

Vertragsgestaltung bei IT-Projekten



I. Vertragsgegenstand

IT-Projekte sind ausgesprochen vielgestaltig und können unterschiedlichste Leistungen umfassen. Neben der Erstellung von Individualsoftware umfassen IT-Projekte häufig die Anpassung von Standardsoftware, die Implementierung von Individual-, Standard- oder einer angepassten Standardsoftware im System des Auftraggebers, die Migration von Daten aus dem bestehenden System in das neue System des Auftraggebers, Konvertierungs- und Portierungsleistungen, Pflegeleistungen, Beratungsleistungen, Schulungsleistungen oder auch die – hier nicht näher zu vertiefende – Beschaffung erforderlicher neuer Hardware. IT-Projekte zeichnen sich durch unterschiedlichste Ausgestaltungen und Kombinationen entsprechender Leistungen sowie häufig durch eine ausgesprochen hohe Komplexität aus. Schon um Auseinandersetzungen über den jeweils geschuldeten Leistungsumfang zu vermeiden, gilt es stets, Art und Umfang der einzelnen Leistungen – selbstverständlich auch soweit sie vom Auftraggeber erbracht werden sollen – vertraglich soweit irgend möglich detailliert zu bestimmen. Insbesondere gilt dies für die Festlegung der Leistungsmerkmale der geschuldeten Software in einem umfassenden Pflichtenheft beziehungsweise einer fachlichen Feinkonzeption (ggf. nach Erstellung eines ersten Grobkonzeptes), den Funktionsumfang der Software, etwaige Performancekriterien, die Anforderungen an die Hardware, auf der die Software eingesetzt werden soll, sowie die Anforderungen an die gegebenenfalls vom Auftraggeber zu beschaffende beziehungsweise einzusetzende Betriebssystemsoftware oder etwa die Erstellung, Beschaffung oder Bereitstellung einer erforderlichen Schnittstellensoftware.

II. Projektplanung- und Organisation

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet häufig bereits die zur Realisierung von IT-Projekten erforderliche Planung. Dies gilt sowohl für die vorbereitende Planung als auch für die im Verlaufe des Projektes erforderliche weitere Planung, insbesondere weil sich Art und Umfang des Projektes und dessen Realisierungsdauer zu Beginn nur annähernd absehen lassen. Schließlich erstrecken sich IT-Projekte häufig über Jahre. Regelmäßig ist es daher erforderlich, die Planung detailliert zu regeln und sie sinnvollerweise in verschiedene Realisierungsphasen und Teilabschnitte aufzugliedern. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Planung der Projektrealisierung, sondern auch für die Planungskoordination selbst, also gleichsam die „Planung der Planung“. Schon im Hinblick auf eine etwaige Haftung des Auftragnehmers für ein Beratungsverschulden dürfen die Bestimmung des Planungsgegenstands und Planungsumfangs, erforderliche Anpassungen von Pflichtenheft oder Feinkonzeption sowie die Dokumentation der Planungsergebnisse nicht unberücksichtigt gelassen werden. Um der Abgrenzung zwischen vorbereitender Planung und Projektrealisierung (einschließlich ggf. erforderlicher laufender weiterer Planung) Rechnung zu tragen, ist regelmäßig deren gesonderte vertragliche Regelung in Erwägung zu ziehen.

III. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

Sowohl bei der Planung als auch bei der Realisierung von IT-Projekten ist eine Mitwirkung des Auftraggebers unerlässlich. Gerade aus Sicht des mit der Projektrealisierung beauftragten Auftragnehmers ist es dringend erforderlich, Art und Umfang entsprechender Mitwirkungsleistungen auch vertraglich zu regeln. Damit eröffnet sich der Auftragnehmer die Möglichkeit, verspätete oder unzureichende Mitwirkungsleistungen einzuwenden oder deswegen eigene Ansprüche geltend zu machen. Geregelt gehören durchweg Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers bei der Planung, fachliche Anforderungen an zu erstellende Software, die Zugänglichmachung zu Räumen und Anlagen des Auftraggebers sowie die Beschaffung, Aufstellung, Installation, Konfiguration und Inbetriebnahme von Systemplattformen (Hardware, Betriebssystemsoftware und sonstige Systemsoftware), die an die Systemplattformen zu stellenden technischen Anforderungen und deren Wartung beziehungsweise Pflege, wie etwa die fortlaufende Aktualisierung der Betriebssystemsoftware nach Maßgabe der jeweiligen Herstellerempfehlungen, die Abstimmung von Mitarbeitern, die bevollmächtigt sind, über Planungs- und Realisierungsfragen zu entscheiden, die Überlassung von Testdaten und sonstigen Daten sowie die Zurverfügungstellung von Datenfernübertragungseinrichtungen. Geregelt gehören ferner Fristen und Termine, innerhalb der beziehungsweise bis zu denen entsprechende Mitwirkungsleistungen erbracht sein müssen, sowie weitere Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers bei der Abnahme von Leistungen des Auftragnehmers. Die Verletzung von Mitwirkungspflichten des Auftraggebers kann Schadenersatzansprüche und Kündigungsrechte des Auftragnehmers auslösen (§§ 642, 643 BGB).

IV. Lenkungsausschuss

Planung und Realisierung komplexer IT-Projekte erfordern regelmäßig die Einbeziehung einer Reihe von Abteilungen und Personen in den Unternehmen der beteiligten Vertragsparteien, die häufig höchst unterschiedliche Interessen haben. Dem Ausgleich dieser Interessen, der Koordination der Planung und Realisierung, aber auch der Flexibilisierung von IT-Strategien und der Kommunikation dient der Lenkungsausschuss. Soll ein Lenkungsausschuss eingesetzt werden und nicht nur zusätzliche Verwirrung stiften, so gehören dessen Zusammensetzung, die Anforderungen an die Beschlussfähigkeit und Beschlussmehrheiten innerhalb des Lenkungsausschusses und dessen Entscheidungsbefugnisse klar geregelt. Insbesondere ist darauf zu achten, ob und inwieweit Entscheidungen des Lenkungsausschusses Einfluss auf wechselseitig geschuldete Leistungen haben dürfen, damit der Ausschuss nicht einseitige Vertragsänderungen oder -anpassungen zuungunsten einer der Parteien beschließen kann. Das gilt insbesondere für den Fall, dass keine paritätische Besetzung des Ausschusses aus Entscheidungsträgern des Auftraggebers und des Auftragnehmers gewährleistet ist.

V. Meilensteinregelungen

Im Interesse des Auftraggebers kann es sinnvoll sein, Bestimmungen über die Projektplanung und -realisierung in gegebenenfalls auch parallel laufenden oder „rollierenden“ Teilschritten (Meilensteinen) zu treffen, in denen die Meilensteine soweit möglich bereits konkretisiert oder jedenfalls hinsichtlich der Planungsschritte festgelegt werden. Bei der Planung und Realisierung entsprechender Meilensteine sollten hinreichende Phasen für Integrationstests zwischen Fertigstellung und Implementierung berücksichtigt werden. Sinnvollerweise wird sodann die Fälligkeit von (Teil-)Vergütungen an die Erfüllung und Abnahme einzelner Meilensteine geknüpft.

VI. Change-Request-Regelungen

Im Verlauf der Realisierung jedes größeren IT-Projekts erweisen sich Änderungen, Erweiterungen oder Anpassungen der zunächst vereinbarten Leistungen als erforderlich. Geschuldet und zu vergüten sind zunächst nur die vom Vertrag umfassten Leistungen. Zusätzliche Leistungen müssen hingegen grundsätzlich gesondert vereinbart und vergütet werden. Soweit Leistungsänderungen durch nicht vorhergesehene Umstände erforderlich werden, kommen wechselseitige Ansprüche auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB oder auch ein Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 S. 1 BGB in Betracht. Auch wird der Auftragnehmer (Softwarehersteller) solche Änderungswünsche des Auftraggebers befolgen müssen, die für ihn bei fachgerechter Planung zur Realisierung des vertraglich vorgesehenen Vorhabens voraussehbar waren und keine Abweichung vom ursprünglichen Vertragsinhalt darstellen. Hiervon abgesehen muss sich der Auftragnehmer (Softwarehersteller) indes nicht bereit erklären, Änderungswünsche oder gar Erweiterungswünsche des Auftragnehmers zu berücksichtigen. Sinnvollerweise sind daher vertragliche Regelungen zu treffen, unter welchen Voraussetzungen „Change Requests“, also Änderungs- und Erweiterungsverlangen des Auftraggebers, zu berücksichtigen sind. Dabei ist zu beachten, was dem Auftragnehmer zumutbar und realisierbar ist. Regelungsbedürftig sind ferner die Vergütung von Change Requests und gegebenenfalls weitere Folgen der Umsetzung entsprechender Änderungsverlangen. Dies gilt insbesondere für die Frage der Verlängerung vereinbarter Fertigstellungsfristen, deren Einhaltung durch die Berücksichtigung von Change Requests sonst gefährdet oder gar unmöglich gemacht würde.

Schon zur Vermeidung unnützer Aufwendungen und Verzögerungen gehört auch das Prozedere („Change Request Management“) der erforderlichen gesonderten Einigung über die Durchführung späterer und nicht von vornherein dem Vertrag unterworfenen Änderungswünsche klar geregelt. Die einzelnen Verfahrensschritte lassen sich dabei etwa wie folgt gliedern: Übermittlung des Änderungsverlangens des Auftraggebers an den Auftragnehmer; gemeinsame Ausarbeitung einer technischen Lösung; Abgabe eines Änderungsangebotes des Auftragnehmers auf der Grundlage des gemeinsamen Lösungsansatzes mit Termin und Kostenangabe oder jedenfalls -schätzung; gegebenenfalls erforderliche Nachverhandlungen; Annahme des Angebotes; Durchführung der Leistungen; Übergabe der Leistungen; Funktions- und Integrationstests und schließlich Anforderungen an die Durchführung der Abnahme entsprechender Leistungen. Besonderer Wert sollte ferner darauf gelegt werden, die Geltung der vertraglich vorgesehenen Bestimmungen insbesondere über Art und Umfang von Nutzungsrechten, über Mängelansprüche, Quellcodes, Pflegeleistungen und dergleichen auch für spätere Vereinbarungen über die Umsetzung von Change Requests für anwendbar zu erklären. Anderenfalls besteht das Risiko, dass spätere Vereinbarungen über zusätzliche Leistungen anderen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen unterworfen sind, als die sonst geschuldeten Leistungen.

VII. Softwarepflege bereits während der laufenden Projektdurchführung

Regelmäßig erweist sich die Pflege neuer Software – insbesondere wenn diese stufenweise in den Produktivbetrieb gesetzt wird – schon während der laufenden Projektrealisierungen als erforderlich. Gerade in derartigen Fällen kann die Abgrenzung von Erfüllungsverpflichtungen, Mängelansprüchen und Pflegeleistungen schwierig sein. Zu klären sind dabei Fragen wie „Welche Leistung ist noch im Rahmen der Projektrealisierung geschuldet?“, „Was ist entgeltlich im Rahmen der Pflege geschuldet?“ und „Was fällt unter Mängelansprüche?“.

Entsprechende Abgrenzungen sollten vertraglich soweit möglich getroffen werden. Aus Sicht des Auftragnehmers (Softwarelieferanten) sollte klargestellt werden, dass Fehlerkorrekturen und ähnliche Leistungen im Zweifel als vergütungspflichtige Pflegeleistungen zu qualifizieren sind. Weitere Einzelheiten finden sich in dem Beitrag „Softwarepflege“ in diesem Buch.

VIII. Nutzungsrechte

A.

Nach der allgemeinen urheberrechtlichen Zweckübertragungslehre (§ 31 Abs. 5 UrhG) werden Nutzungsrechte nur in dem Umfang eingeräumt, der für die Erreichung des Vertragszwecks erforderlich ist. Auf die Besonderheiten der weitgehend unabdingbaren Nutzungsrechte der Anwender von Software (§§ 69c ff. UrhG; Installation, Laden, Ablaufenlassen, Fehlerbeseitigung, Herstellung der Interoperabilität/Dekompilierung, Reverse Engineering) soll dabei an dieser Stelle ebenso wenig eingegangen werden, wie auf besondere Fragen der Drittwirkung von Nutzungsbeschränkungen und insbesondere Weitergabeverbote. Bereits die urheberrechtliche Zweckübertragungslehre und die hieraus resultierenden Fragen der Vertragsauslegung begründen jedoch gerade für den Auftraggeber/Werknutzer das dringende Erfordernis, den Zweck der geschuldeten Leistungen sowie insbesondere Art und Umfang der dem Auftraggeber eingeräumten Nutzungsrechte detailliert zu regeln. Dies gilt insbesondere in Anbetracht des Umstands, dass der Umfang eines Nutzungsrechts auch bei pauschalen Vereinbarungen über die Einräumung von Nutzungsrechten durch den Vertragszweck bestimmt und im Allgemeinen beschränkt wird (BGH GRUR 1996, 121, 123 – „Pauschale Rechteeinräumung“).

Auch in IT-Projektverträgen gehört folglich klar und eindeutig bestimmt, wofür die unter dem Vertrag erstellte Software bestimmt ist, in welchem inhaltlichen, räumlichen und zeitlichen Umfang diese vom Auftraggeber genutzt werden darf, ob entsprechende Nutzungsrechte ausschließlich (exklusiv) oder nicht ausschließlich (einfach) eingeräumt werden und ob diese auf Dritte übertragbar sind. Typischerweise regelungsbedürftig ist danach, ob die Software auf nur einzelnen Rechnern oder einer bestimmten oder beliebigen Vielzahl von Servern und/oder Client-Rechnern genutzt werden darf, ob die Nutzung im gesamten Unternehmen des Auftraggebers oder gar im ganzen Konzern erfolgen darf (Unternehmens- oder Konzernlizenz), ob und in welchem Umfang die lizenzierte Software vom Auftraggeber geändert, bearbeitet oder sonst umgestaltet werden darf, unter welchen Bedingungen gegebenenfalls weitere Nutzungsrechte einzuräumen sind oder als eingeräumt gelten und für welche Dauer die Nutzung erfolgen darf. Bei der Vertragsgestaltung sind dabei urheber- und AGB-rechtliche Grenzen von Nutzungsbeschränkungen zu beachten. Diese Grenzen sollen hier nicht weiter vertieft werden. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass insbesondere die Zulässigkeit von Systemvereinbarungen umstritten ist, bei denen die Befugnis zur Nutzung der lizenzierten Software an die Verwendung einer bestimmten Hardware oder eines bestimmten Hardwaretyps gekoppelt wird. Dies gilt auch nach der „CPU-Klausel“-Entscheidung des BGH vom 24.10.2002 (GRUR 2003, 416 ff.). Nach dieser Entscheidung haben in jedem Fall die Hersteller komplexer, hochpreisiger Computerprogramme mit zahlenmäßig begrenzten Einsatzmöglichkeiten ein berechtigtes Interesse daran, dass sie die Nutzung ihrer Software im Einzelnen nachvollziehen und kontrollieren können. Es begegne daher keinen Bedenken, dass sie ihre Software nicht verkaufen – was eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts zur Folge habe –, sondern bemüht seien, ihre Nutzer im Rahmen von

Dauerschuldverhältnissen an sich zu binden und die Umstände der zeitlich begrenzten Verwendung der Software im Einzelnen vertraglich regeln. Um Missbrauchsgefahren zu begegnen, sei es nicht unangemessen, den Einsatz der lizenzierten Software immer nur auf einem näher bezeichneten Rechner zuzulassen und den Einsatz auf anderen Rechnern von der Mitwirkung des Softwareherstellers abhängig zu machen. Vor diesem Hintergrund könnten Klauseln, die die Verwendung derartiger Software zunächst an einen bestimmten Rechner binden, die Verwendung eines anderen Rechners aber nicht ausschließen, sondern im Falle des Einsatzes eines anderen oder weiteren Rechners die Mitwirkung des Lizenzgebers erforderlich machen, nicht von vornherein als unzulässig angesehen werden. Bei einer solchen Bindung sei indes zu berücksichtigen, dass der Verwender in der Lage bleiben müsse, die Hardware zu erneuern und einzelne Rechner gegen andere, leistungsstärkere auszutauschen. Der BGH hielt insoweit eine Klausel für zulässig, die die Verwendung einer auf begrenzte Zeit überlassenen Software auf einem im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Rechner leistungsstärkeren Rechner oder auf weiteren Rechnern von der Vereinbarung über die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung abhängig macht.

B.

Aus Sicht des Auftragnehmers (Softwareherstellers) gilt es gesondert zu prüfen, ob auch Mitarbeiter des Auftraggebers an der Softwareerstellung mitwirken und insoweit ein gemeinsames Werk von Miturhebern geschaffen wird. Derlei würde dem Auftragnehmer die Möglichkeit nehmen, die so geschaffene Software ohne Zustimmung des Auftraggebers zu verwerten. Der Auftragnehmer sollte folglich dringend darauf achten, dass er sich Nutzungsrechte an den Leistungen des Auftraggebers beziehungsweise dessen Mitarbeitern ausschließlich, zeitlich, räumlich und gegenständlich ohne besonderes Entgelt einräumen lässt, wobei dann eine Rücklizenzierung an den Auftraggeber im Rahmen der diesem einzuräumenden Rechte an den geschuldeten Gesamtleistungen zu erfolgen hat.

IX. Quellcoderegelungen

Auf die Frage, inwieweit auch und insbesondere bei Erstellung von Individualsoftware gegebenenfalls auch der Quellcode überlassen werden muss, ist der Verfasser bereits in dem Beitrag „Vertragsgestaltung bei Softwareüberlassung auf Dauer (Standardsoftware)“ eingegangen. Die dort angesprochenen Probleme und insbesondere das erhebliche Interesse des Softwareherstellers an der Geheimhaltung seiner Quellcodes geben allemal Anlass, in IT-Projektverträgen detailliert zu regeln, ob, zu welchem Zweck und mit welchen Nutzungsrechten Quellcodes überlassen werden sollen. Die Möglichkeiten entsprechender Regelungen sind vielfältig. Sie reichen von der Überlassung der Software nur im Objektcode über die Hinterlegung bei Dritten (wie zum Beispiel Escrow-Unternehmen, Notare und anderen) über die Hinterlegung beim Auftraggeber selbst bis zur generellen Überlassung des Quellcodes mit weitgehenden oder gar uneingeschränkten Nutzungsrechten.

Generell dürfte ein erhebliches Interesse eines jeden Softwareherstellers bestehen, seinen Quellcode nicht zu offenbaren, gleich ob es sich um den Hersteller einer in großer Zahl absetzbaren Standardsoftware oder den Hersteller einer Individualsoftware handelt (verfehlt insoweit OLG Celle, NJW-RR 1993, 432, 434 ff., das ein solches Interesse nur für den Hersteller von Standardsoftware sieht). Die Hinterlegung oder gar Überlassung von Quellcodes sollte folglich

nur insoweit vorgesehen werden, als dies durch zwingende Interessen des Auftraggebers an der Vertragserfüllung oder eigenen Bearbeitung der überlassenen Software oder etwaiger Teile hiervon gerechtfertigt ist. Doch auch dann muss den Interessen des Auftragnehmers (Softwareherstellers) durch Absicherungen gegen die missbräuchliche Verwendung des Quellcodes oder gar dessen Weitergabe Rechnung getragen werden.

Zu bevorzugen ist insoweit eine Hinterlegung bei Dritten, denen die Verpflichtung auferlegt wird, den Quellcode nur in äußerst eingeschränkten Fällen an den Auftraggeber herauszugeben. Gerade im Fall einer Quellcodehinterlegung beim Auftraggeber selbst sind die Anforderungen an die Hinterlegung und den Schutz vor unbefugtem Zugriff und unbefugter Verwendung detailliert zu regeln. Bei stufenweiser Ablieferung von Software gehört die entsprechende stufenweise Hinterlegung des Quellcodes geregelt, einschließlich der Verpflichtung, Vorversionen wieder zurückzugeben. Im Interesse des Auftraggebers wird es liegen, sich Möglichkeiten zu verschaffen, die Übereinstimmung des Quellcodes mit der jeweiligen Software im Objektcode zu überprüfen. Hier kann sich anbieten, eine gemeinsame Überprüfung mit anschließender Versiegelung des Quellcodes zu vereinbaren. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Beitrag „Quellcode – Hinterlegung und Herausgabe“ verwiesen.

X. Abnahmeregelungen, Mängelklassifikation

Der Besteller eines Werkes ist grundsätzlich zur Abnahme des Werkes verpflichtet, mit welcher der Vergütungsanspruch des Werkunternehmers fällig wird (§§ 640, 641 BGB). Die Abnahme kann nicht wegen „unwesentlicher“ Mängel verweigert werden (§ 640 Abs. 2 S. 2 BGB). Mit Abnahme erlöschen grundsätzlich Erfüllungsansprüche; an deren Stelle treten Mängelansprüche (Nacherfüllung/Mangelbeseitigung, Neuherstellung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadenersatz – §§ 634 ff. BGB). Hierüber hinaus ist zu beachten, dass der Auftraggeber seine Mängelansprüche im Fall der vorbehaltlosen Abnahme trotz Kenntnis eines Mangels weitgehend verliert (§ 640 Abs. 2 BGB). Hinzu kommt, dass der Auftraggeber bis zur Abnahme für die Erfüllung der ihm obliegenden Leistungen und damit auch deren Mangelfreiheit beweislaster ist, während nach Abnahme der Auftragnehmer etwaige Mängel nachweisen muss.

All dies zeigt die Bedeutung der Abnahme, weshalb auch und gerade in IT-Projektverträgen detaillierte Abnahmeregelungen getroffen werden müssen. Diese Regelungen sollten bereits bei der Frage ansetzen, wann die geschuldete Leistung (insbesondere Softwareerstellung und Installation) als abnahmereif zu beurteilen ist, das heißt, ob überhaupt in Abnahmetests eingetreten werden muss. Hier bietet sich etwa an, schwerwiegende Mängel wie test- und produktionsverhindernde Mängel (d. h. die Anwendung funktioniert nicht oder eine Fachfunktion/ein Vorgang lässt sich technisch oder fachlich nicht abschließen) von vornherein als Grund für die Verweigerung jeglicher näheren Abnahmeprüfung konkret festzuschreiben. Als die Abnahmefähigkeit ausschließend lassen sich „mittelschwere“ Mängel festlegen, wie insbesondere produktionsbehindernde Mängel (Produktion nur mit Einschränkungen möglich, System arbeitet nicht wie erwartet, aber der Vorgang bzw. die Fachfunktion kann „auf Umwegen“ mit korrekten Ergebnissen etwa über manuelle Nacharbeiten oder alternative Vorgänge abgeschlossen werden) oder eine höhere Anzahl von Bagatelldingen (System arbeitet nicht wie erwartet, aber die Produktion ist nicht eingeschränkt). Liegen nur wenige Bagatelldinge vor, so wären diese als „unwesentliche Mängel“ kein Grund für eine Abnahmeverweigerung. Rechtzeitig festgelegt

werden sollten dann auch die Kriterien für die technischen und sonstigen Voraussetzungen für Abnahmetests und deren Durchführung, die Abnahme selbst und die Dokumentation von etwaigen Mängeln. Sinnvoll ist es, entsprechende Regelungen auch für die Zwischenabnahme von Teilleistungen festzulegen. Dabei darf nicht aus dem Auge verloren werden, dass abgenommene Teilleistungen selbstverständlich auch im Gesamtsystem funktionieren müssen. Sofern derlei nicht im Rahmen folgender Teilleistungen überprüft werden kann, ist diese Prüfung jedenfalls für die Gesamtabnahme vorzusehen. AGB-rechtliche Probleme von Teilabnahmen und insbesondere Abnahmefiktionen sollen hier nicht vertieft werden; entsprechende Regelungen sollten indes nach Möglichkeit individualvertraglich vereinbart werden.

XI. Vergütungsregelungen

Die Einordnung eines IT-Projektvertrags als Werkvertrag unterstellt, ist mangels abweichender Vereinbarungen eine „übliche“ Vergütung geschuldet (§ 632 Abs. 2 BGB) und mit Abnahme des Werkes fällig (§ 641 Abs. 1 BGB). Für in sich abgeschlossene Teile (wie etwa selbstständig nutzbare und in Betrieb zu nehmende Softwaremodule) können Abschlagszahlungen verlangt werden (§ 632a BGB). Von derartigen Abschlagszahlungen zu trennen sind Vorauszahlungen auf noch zu erbringende Leistungen, wie sie häufig vereinbart werden. Die Vereinbarung eines Fest- oder Pauschalpreises ist für den Werkunternehmer (Softwarehersteller) mit nicht unerheblichen Risiken verbunden. Der Besteller/Auftraggeber hingegen geht bei Vereinbarung einer rein aufwandsbezogenen Vergütung erhebliche Risiken ein. Soweit Pauschalpreisregelungen nicht getroffen werden und eine Vergütung vielmehr nur nach Aufwand erfolgen soll, hat der Auftragnehmer allerdings grundsätzlich die Pflicht, den Auftraggeber auf ein durch unvorhergesehene Probleme entstehendes, erhebliches Anwachsen der Kosten hinzuweisen. Dies gilt insbesondere, wenn ein Kostenvoranschlag abgegeben wurde, ohne dass die Gewähr für dessen Richtigkeit übernommen wurde (§ 650 Abs. 2 BGB). Stellt sich heraus, dass das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlages ausführbar ist, so kann der Auftraggeber kündigen. Dem Auftragnehmer steht dann nur der Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und der in dieser nicht inbegriffenen Auslagen zu (§§ 650 Abs. 1, 645 Abs. 1 BGB). Gegebenenfalls setzt sich der Auftragnehmer auch Schadenersatzansprüchen des Auftraggebers aus. Werden veranschlagte Preise garantiert, kann der Auftragnehmer auch nur diese fordern. Stets empfiehlt es sich folglich klar zu regeln, unter welchen Voraussetzungen Kostenüberschreitungen möglich sind. Insgesamt ist eine Vielzahl unterschiedlichster Vergütungsregelungen denkbar. Nicht unüblich sind auch Mischformen zwischen Pauschalpreisen und aufwandsbezogenen Vergütungen, um so den beiderseitigen Parteiinteressen gerecht zu werden. Auch hier sind ist Vielzahl von Varianten möglich, wobei strikt darauf geachtet werden sollte, unterschiedliche Vergütungen beziehungsweise Vergütungsteile für klar voneinander abgrenzbare Leistungen beziehungsweise Leistungsteile zu vereinbaren.

Im Fall der Überlassung von Standardsoftware, deren Anpassung auf die Bedürfnisse des Auftraggebers, der Installation dieser angepassten Software im System des Auftraggebers und der anschließenden Migration von „Altdaten“ aus dem bestehenden System des Auftraggebers sowie Schulungsleistungen des Auftragnehmers ließe sich etwa folgende Aufteilung treffen:

Vereinbart wird die Zahlung einer pauschalen Vergütung für die Softwareanpassung, -überlassung und -implementierung, die nur unter engen Voraussetzungen überschritten werden darf.

Diese pauschale Vergütung ist zu einem Teil mit Projektfortschritt zahlbar, nämlich in Form von Abschlagszahlungen für die Erfüllung einzelner Meilensteine/Abnahme und Produktivsetzung in sich abgeschlossener und selbstständig nutzbarer Softwaremodule. Ein weiterer Teil wird mit Abnahme des Gesamtsystems nach Überprüfung der Gesamtfunktionalität aller Module fällig. Ein verbleibender kleinerer Teil wird erst nach Ablauf der Verjährungsfrist für Sachmängelansprüche fällig (Gewährleistungseinbehalt). Ein entsprechender Gewährleistungseinbehalt sollte durch Bankbürgschaft ablösbar sein. Migrationsleistungen sowie Schulungsleistungen werden hingegen nach Aufwand vergütet.

Regelungsbedürftig sind durchweg auch die Erstattung beziehungsweise Vergütung von Reisekosten und -zeiten. Soweit eine Pflege der zu überlassenden Software – insbesondere bereits während der laufenden Projektdurchführung – vereinbart wird, deren Vergütung sich nach einem bestimmten Prozentsatz der für die Projektrealisierung geschuldeten Vergütung beziehungsweise Vergütungsteile richtet, sind auch diese Größen exakt zu bestimmen. Wird beispielsweise als fortlaufende Pflegevergütung ein bestimmter Prozentsatz der für die Softwareüberlassung des jeweils der Pflege unterfallenden Softwaremoduls geschuldeten Lizenzgebühr vereinbart, so ist diese Lizenzgebühr im Projektvertrag auch gesondert von allen anderen Vergütungsbestandteilen auszuweisen. Unterfällt dem IT-Projektvertrag auch die Überlassung von Hardware oder sonstigen Systemkomponenten, so ist schon im Hinblick auf eine gegebenenfalls streitige Höhe künftiger Minderungsbeträge bei Sachmängeln exakt auszuweisen, welche Vergütungen beziehungsweise Vergütungsbestandteile auf derartige Komponenten im Einzelnen entfallen. Klar zu regeln ist schließlich auch, ob sich ausgewiesene Preise beziehungsweise Preisbestandteile exklusive oder inklusive gesetzlicher Mehrwertsteuer verstehen. Auch unter Kaufleuten gilt: Im Zweifel ist die Mehrwertsteuer im angebotenen Preis enthalten (BGH NJW 2002, 2312 m. w. N.).

XII. Bonus-/Malusregelungen

Bonus-/Malusregelungen sollen Leistungsanreize schaffen, indem erhöhte Vergütungen bei vorzeitigem oder jedenfalls rechtzeitigem Erreichen eines Vertragsziels und/oder Vergütungsminderungen (die ggf. neben Verzugs Schadenersatzansprüche treten) für Leistungsverzögerungen vereinbart werden. Die Eignung zur Schaffung von Leistungsanreizen erscheint indes fraglich. Häufig üben bereits die gesetzlichen Verzugsfolgen einen hinreichenden „Druck“ auf den Auftragnehmer aus. Zusätzliche Bonus-/Malusregelungen können das Verhältnis der Vertragsparteien belasten, indem sie polarisieren und zu Interessengegensätzen führen.

XIII. Vertragsstrafen

Vertragsstraferegelungen sind mit Malusregelungen vergleichbar. In beiden Fällen wird der Betroffene im Fall bestimmter Verfehlungen finanziell belastet. Der Malus führt jedoch regelmäßig nur zu einem „Mindererlös“, während die Vertragsstrafe eine Zahlungsverpflichtung begründet. Vertragsstraferegelungen sind auch deutlich verbreiteter und dienen nicht allein dazu, die Verfehlung bestimmter Leistungsziele oder Fristen zu sanktionieren. Mit Vertragsstrafen sanktioniert werden vielmehr häufig auch Verletzungen von Geheimhaltungsregelungen durch eine der Vertragsparteien oder etwa eine abredewidrige Verwendung des Quellcodes durch den Auftraggeber.

Insgesamt lassen sich sowohl Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder Verstöße gegen Unterlassungspflichten sanktionieren. Gerade in den Fällen, in denen die Einhaltung einer

Verpflichtung für eine Vertragspartei von besonderer Bedeutung ist, die Bezifferung eines aus einer Pflichtverletzung resultierenden Schadens jedoch nicht oder nur schwer möglich ist (wie insbesondere bei der Verletzung von Geheimhaltungsregelungen und der abredewidrigen Verwendung von Quellcodes), können sich Vertragsstrafen als durchaus sinnvoll erweisen. Sie dienen sowohl als „Druckmittel“ als auch der Durchsetzung von Schadenersatzforderungen. Gesetzliche Regelungen über Vertragsstrafen finden sich in §§ 339 ff. BGB. So kann eine für den Fall der Nichterfüllung versprochene Vertragsstrafe statt der Erfüllung verlangt werden. Wird die Strafe verlangt, so ist der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen (§ 340 Abs. 1 BGB). Die Vertragsstrafe kann als Mindestbetrag eines Schadens wegen Nichterfüllung verlangt werden, die Geltendmachung weitergehender Schäden ist nicht ausgeschlossen, soweit nicht Abweichendes vereinbart ist (§ 340 Abs. 2; 341 Abs. 2 BGB). Wird eine Vertragsstrafe für die nicht „gehörige“, insbesondere nicht zeitgerechte Erfüllung einer Verpflichtung vereinbart, so kann diese nur verlangt werden, wenn sich der Gläubiger dieses Recht bei der Annahme der Leistung vorbehält (§ 341 Abs. 3 BGB). Die vorbehaltlose Annahme einer verspäteten Softwarelieferung schließt daher die Geltendmachung einer für diesen Fall vorgesehenen Vertragsstrafe aus. Eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe kann nach § 343 BGB durch Urteil herabgesetzt werden, was indes für Kaufleute nicht gilt (§ 348 HGB). Im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist eine Überprüfung einer individualvertraglich vereinbarten Vertragsstrafe nur in ganz besonders gravierenden Fällen möglich. Eine formularmäßig vereinbarte Vertragsstrafe muss sich hingegen auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr als angemessen erweisen; sie unterliegt der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle (§ 307 BGB). Unzulässig sind insoweit AGB-mäßige Vertragsstrafen, die auch ohne Verschulden verwirkt werden oder zu einer Kumulierung von Schadenersatz und Vertragsstrafe führen.

XIV. Mängelhaftung, Schadenersatz

Ohne näher auf die umstrittene vertragstypologische Einordnung insbesondere der Erstellung von Individualsoftware einzugehen (Kauf- oder Werkvertrag, Kaufvertrag mit ergänzender Anwendung einzelner Werkvertragsregeln nach § 651 S. 3 BGB) bleibt festzuhalten, dass diese Einordnung insbesondere für die Bestimmung der maßgeblichen gesetzlichen Mängelbestimmungen bedeutsam sein kann. So ist etwa eine werkvertragliche Selbstvornahme nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB im Kaufrecht nicht vorgesehen. Sowohl nach Kauf- als auch nach Werkvertragsrecht begründen indes Mängel Nacherfüllungsansprüche, gerichtet auf Mangelbeseitigung oder Neuerstellung beziehungsweise Nachlieferung (§§ 437 Nr. 1, 439; 634 Nr. 1, 635 BGB), insbesondere bei Unzumutbarkeit oder Fehlschlagen der Nacherfüllung, Rücktritts- oder alternativ Minderungsrechte (§§ 437 Nr. 2, 441; 634 Nr. 3; 636) sowie Schaden- oder Aufwendungsersatzansprüche (§§ 437 Nr. 3, 440; 634 Nr. 4, 636 BGB). Bei Beratungsleistungen, Schulungsleistungen und gegebenenfalls auch sonstige Dienstleistungen umfassenden IT-Projekten können hingegen auch dienstvertragliche Regelungen einschlägig sein (§§ 607 ff. BGB). Liegt der Schwerpunkt indes auf der Softwarelizenzierung kann das Vertragsverhältnis auch mietvertraglich einzuordnen sein, mit der Folge der fortlaufenden und gegenüber dem Kauf- und Werkvertragsrecht weiterreichenden Gewährleistung über die gesamte Nutzungsdauer nach § 536c BGB und Selbstvornahmeansprüchen des „Mieters“ nach § 536a Abs. 2 BGB.

Gerade eine Selbstvornahme (Mangelbeseitigung durch den Auftraggeber selbst) wird der Auftragnehmer/Softwarehersteller durchweg ausschließen wollen, zumal er hierfür regelmäßig

den Quellcode zur Verfügung stellen müsste. Sein Interesse wird vielmehr darin liegen, sich umfassende Nachbesserungsmöglichkeiten vorzubehalten. Auch wird er Rücktrittsrechte des Auftraggebers möglichst weit einschränken wollen. Ferner wird er auch ein erhebliches Interesse daran haben, seine Schadenersatzhaftung – insbesondere hinsichtlich künftiger Vermögensschäden des Auftraggebers – möglichst weit einzuschränken. Anderenfalls geht er das Risiko ein, bereits bei einfachster Fahrlässigkeit der Höhe nach unbeschränkt in die Haftung genommen zu werden. Gerade Schadenersatzansprüche des Auftraggebers – die im Fall eines Rücktritts wegen mangelhafter Leistungen oder Verzugs auch neben Erstattungsansprüche des Auftraggebers treten können und regelmäßig auch treten werden – gehören aus Sicht des Auftragnehmers folglich dem Grunde und der Höhe nach beschränkt. Insgesamt ist es durchweg erforderlich, Gestaltungsmöglichkeiten auszuloten und zu nutzen, die die Risiken insbesondere des Auftragnehmers/Softwarelieferanten kalkulierbar machen, gleichwohl aber auch die Interessen des Auftraggebers an einer zügigen und einwandfreien Umsetzung seines Vorhabens hinreichend zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die nachstehend erläuterten Risiken, die aus einer Rückabwicklung eines gescheiterten IT-Projektes drohen können.

XV. Vertragsdauer, vorzeitige Vertragsbeendigung

Grundsätzlich endet ein als Werkvertrag zu qualifizierender IT-Projektvertrag mit Erfüllung aller wechselseitigen Rechte und Pflichten. Der Vertrag endet folglich regelmäßig mit Ablauf der für Mängelansprüche maßgeblichen Verjährungsfrist. Insbesondere soweit jedoch im Rahmen des IT-Projektes eine nur zeitlich befristete Softwarelizenzierung oder fortlaufende Pflegeverpflichtungen vereinbart sind, werden wegen des dann hinzutretenden Dauerschuldverhältnisses Regelungen zur Laufzeit und zur Vertragskündigung erforderlich. Doch auch ein Werkvertrag kann vorzeitig beendet werden. So begründet etwa § 649 BGB das Recht des Werkunternehmers/Auftraggebers, den Werkvertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit und ohne Angabe von Gründen zu kündigen. Der Auftragnehmer kann in diesem Fall den vereinbarten Werklohn fordern, jedoch unter Abzug ersparter Aufwendungen sowie ferner der durch anderweitigen Einsatz der Arbeitskraft erzielten oder böswillig nicht erzielten Erlöse. Derlei kann den Auftragnehmer in erhebliche Bedrängnis bringen, zumal regelmäßig streitig sein wird, was er denn an Aufwendungen erspart und anderweit erzielt hat beziehungsweise hätte erzielen können. Aus Sicht des Auftragnehmers kann es daher erforderlich sein, Kündigungsrechte des Auftraggebers aus § 649 BGB entweder vollständig auszuschließen oder aber detailliert festzuschreiben, welche konkrete Vergütung ihm im Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung zu stehen soll.

Neben § 649 BGB besteht für den Auftraggeber grundsätzlich auch das Recht, den Werkvertrag fristlos aus wichtigem Grund zu kündigen, insbesondere also im Fall schwerwiegender Vertragsverletzungen des Auftragnehmers, die die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen (z. B. grobe Mängel von Teilleistungen, Fristüberschreitungen, Erfüllungsverweigerung). Ein Vergütungsanspruch besteht in diesem Fall – allenfalls – für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen, soweit diese mangelfrei sind. In entsprechenden Fällen der fristlosen Kündigung werden jedoch in aller Regel auch Schadenersatzansprüche des Auftraggebers begründet sein, die den verbleibenden Vergütungsanspruch aufzehren, wenn nicht gar bei Weitem übersteigen. Insbesondere im Fall des Verzugs des Auftragnehmers oder bei Vorliegen von nicht unerheblichen Mängeln bestehen ferner Rücktrittsrechte des Auftraggebers

[§§ 323 Abs. 1, 634, 636 BGB]. Im Fall eines Rücktritts sind die wechselseitig erbrachten Leistungen der Parteien zurückzugewähren (zur Rückabwicklung eines IT-Projektvertrags bei Verzug vgl. etwa OLG Köln, CR 2004, 331); daneben können Schadenersatzansprüche des Auftraggebers bestehen.

Eine vollständige Rückabwicklung eines gescheiterten IT-Projekts kann nicht nur für kleine Softwarehersteller den sicheren Gang in die Insolvenz bedeuten. Ergebnisse gar jahrelanger Arbeit werden nicht vergütet, bereits erhaltene Vorauszahlungen sind zu erstatten – jedenfalls soweit sich erbrachte Teilleistungen für den Auftraggeber als nicht verwertbar erweisen – und zusätzlicher Schadenersatz droht. Dem gilt es durch Regelungen vorzubeugen, die eine vollständige Rückabwicklung soweit möglich ausschließen, dem Auftragnehmer/Softwarehersteller bereits gezahlte Teilzahlungen soweit möglich belassen und – wie oben bereits ausgeführt – seine Haftung dem Grunde und der Höhe nach soweit möglich ausschließen beziehungsweise begrenzen. Je weitergehend allerdings Regelungen sind, die für den Auftraggeber dazu führen, dass er nicht vollendete Leistungen bezahlen muss, desto mehr wird auch über korrespondierende Regelungen dafür Sorge getragen werden müssen, dass er in die Lage versetzt wird, erbrachte Teilleistungen selbst fertig zu stellen beziehungsweise fertig stellen zu lassen, etwa durch Überlassung des Quellcodes und weiteren Know-hows. Bei Be- beziehungsweise Einschränkungen von Rückabwicklungsmöglichkeiten des Auftraggebers oder Mängel- und Schadenersatzansprüchen sind überdies die insoweit maßgeblichen – hier jedoch nicht weiter zu vertiefenden – AGB-rechtlichen Grenzen entsprechender Regelungen zu beachten. Je weitergehend die gesetzlichen Rechte und Ansprüche des Auftraggebers beschnitten werden, desto mehr sollte dies Ergebnis individueller, im Einzelnen ausgehandelter Vereinbarungen zwischen den Parteien sein.

XVI. Geheimhaltung und Datenschutz

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unterliegen einem weitgehenden gesetzlichen Schutz nach den §§ 17 ff. UWG. Geheimhaltungspflichten sind regelmäßig auch als vertragliche Nebenpflichten begründet, soweit eine Vertragspartei der anderen im Rahmen der vertraglichen Zusammenarbeit Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse offenbart. Gleichwohl empfiehlt sich die ausdrückliche Vereinbarung detaillierter Geheimhaltungsregelungen schon um klarzustellen, welche konkreten Informationen als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren beziehungsweise geheim zu halten sind. Dies gilt insbesondere für geheimhaltungsbedürftige Kenntnisse über bestimmte Eigenschaften der vertragsgegenständlichen Software und vor allem deren Quellcode. Regelungsbedürftig sind durchweg auch der Umgang mit vertraulichen Unterlagen, Einschränkungen der Weitergabe entsprechender Unterlagen in den Unternehmen der Parteien oder gar an Dritte sowie die Rückgabe oder Vernichtung entsprechender Unterlagen, soweit diese nicht mehr zur Vertragsdurchführung benötigt werden. Da sich Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung von Geheimhaltungspflichten durchweg nur schwer beziffern lassen, sollte die Einhaltung entsprechender Verpflichtungen durch Vertragsstrafen gesichert werden. Weitergehend kann auch ein Interesse des Auftragnehmers bestehen, dass der Auftraggeber das im Rahmen des Projekts erlangte Know-how über die Funktionsweise der Software weder selbst noch gar für Dritte ausgewertet beziehungsweise verwendet. Auch die Einhaltung entsprechender Auswertungsverbote gehört ausdrücklich geregelt und sinnvollerweise durch Vertragsstrafen gesichert.

Entsprechendes gilt für den Umgang mit sensiblen, insbesondere personenbezogenen Daten. Hier wiederum besteht regelmäßig ein erhebliches Sicherheitsbedürfnis des Auftraggebers, der solche Daten in seiner IT verwaltet. Im Rahmen von IT-Projekten etwa in Banken und Versicherungen kann es unvermeidlich sein, dass die mit der Umsetzung von Systemumstellungen befassten Auftragnehmer die Möglichkeit der Kenntnisnahme und des Zugriffes auf entsprechende Daten erhalten. Hier wird es regelmäßig erforderlich sein, Datenschutzregelungen zu treffen. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Beitrag „Rechtsfragen der IT-Security“ in diesem Buch verwiesen.

XVII. Schiedsklauseln

Bei den Schiedsvereinbarungen ist zwischen Schiedsgerichts- und Schiedsgutachtervereinbarungen zu unterscheiden. Schiedsgerichtsvereinbarungen dienen dazu, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Derartige Schiedsgerichtsvereinbarungen können als Schiedsklauseln in IT-Projektverträgen oder in einer gesonderten Schiedsabrede getroffen werden (§ 1029 ZPO). Schiedsgutachtervereinbarungen dienen hingegen dazu, einen Dritten – den Schiedsgutachter – Tatsachenumstände feststellen oder Tatfragen entscheiden zu lassen, ohne dass er jedoch bindend entscheiden kann, welche Verpflichtungen der Parteien sich hieraus ergeben; dies bleibt dem staatlichen Gericht vorbehalten (§ 319 BGB). Gerade Schiedsgerichtsvereinbarungen erweisen sich in komplexen IT-Projektverträgen als ausgesprochen sinnvoll. Sie ermöglichen in der Regel eine wesentlich zügigere Entscheidung durch (auch IT-technisch) qualifizierte Schiedsrichter, als dies im Fall einer Auseinandersetzung vor den überlasteten staatlichen Gerichten zu erwarten ist. Vor staatlichen Gerichten sind überdies Spezialkammern für IT-Fragen nach wie vor eine Seltenheit.