

München 2013

Workshop
IT-Projekte

Gliederung

- Überlassung von Standardsoftware
 - Vertragstypen
 - Unterschiede
- Leistungsbeschreibung – Pflichtenheft
- Verzug – Mängel
- Datenmigration
- Change Request
- Intellectual Property : Umfang der Rechteübertragung
- Einsatz von Subunternehmern

Workshop IT-Projekte

Überlassung von Standardsoftware - Vertragstypen

Vertragstypen

Terminologie:

Lieferung von Standardsoftware mit Anpassungsleistungen:

- Verwendung von Einstellungsmöglichkeiten, die in der Software vorhanden sind = **Parametrisierung**
- Wird der Quellcode angepasst oder im Auftrag des Kunden neuer Code programmiert = **Customizing**

Vertragstypen

Anpassungsleistungn - Parametrisieren (P) / Customizing (C):

- Untergeordnete Anpassungsleistung: **Kaufvertrag**
- Umfangreiche Anpassung nach individuellen Vorgaben des Kunden:
Überlassung Standardsoftware: **Kaufvertrag**
Anpassungsleistungen: **Dienstvertrag**
- Durch die Anpassung soll eine bestimmte Funktionalität oder Ergebnis erreicht werden: **Werklieferungsvertrag**
- Prägt das durch die Anpassung zu erreichende Ergebnis das Vertragsverhältnis so entscheidend, dass die Standardsoftware dagegen in den Hintergrund tritt: **Werkvertrag**

Entscheidend ist der Schwerpunkt der Leistung

Vertragstypen

Kaufvertrag

- Lieferung Standard-Systemkomponenten
- Die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft stellt **nicht** den Schwerpunkt der Leistung dar
- Planung und Erstellung von Individualsoftware ist **nicht** Gegenstand Vertrags
- geringfügige Anpassungsleistungen (z.B. Customizing, Parametrisierung, Integration, Installation),
- sonstige geringfügige Leistungen (Schulung, Einführungsunterstützung)

Vertragstypen

Kaufvertrag:

- Maßgeblich wirtschaftlicher Schwerpunkt: Der Wert der Anpassungsleistungen (Aufstellung, Integration, Installation etc.) ist im Verhältnis zum Wert der Systemkomponenten deutlich geringer
- Die Rechtsprechung hat eine Erheblichkeitsschwelle bei 16 % des Auftragswertes angesetzt (OLG Köln vom 10.03.2006, 19 U 160/05). Diese Schwelle **nur generelle Richtschnur !**

Vertragstypen

Werklieferungsvertrag § 651 BGB

- Nach der Rechtsprechung **Software noch immer eine Sache** => § 651 S.1 BGB: für Vertrag über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen gilt **Kaufrecht**.
- Bei vertretbaren Sachen (idR Standardsoftware): **reines Kaufrecht**
- Bei nicht vertretbaren Sachen (idR Individualsoftware): ergänzend gelten einige **werkvertragliche** Vorschriften. Aber **keine Abnahme**, sondern **kaufrechtliche Ablieferung** (§ 438 Abs. 2 BGB).

Vertragstypen

Werklieferungsvertrag § 651 BGB

- Vorteile für Software-Ersteller:
 - *nur Ablieferung der SW (keine Abnahme)*
 - *sofortige Rügepflicht des Käufers nach HGB (§ 381 Abs. 2 HGB)*
 - *mit Ablieferung Vergütung vollfällig*
 - *mit Ablieferung Lauf Verjährungsfrist für Mängelansprüche (Gewährleistung)*

Vertragstypen

Werklieferungsvertrag § 651 BGB

- Nachteile für Software-Ersteller:
 - *Käufer muss keine Abschlagszahlungen bei Teillieferungen leisten*
 - *Käufer muss keine Teilleistungen annehmen*
 - *Käufer ist bei einer Nacherfüllung nicht dem Wahlrecht des Softwareerstellers ausgesetzt, sondern könnte eine Neulieferung der Software verlangen.*

Vertragstypen

Werkvertrag

- Vertraglicher Schwerpunkt ist die Anpassungsleistung, insbesondere bei umfangreichem Customizing (Quellcodebearbeitung)
- es ist ein Erfolg geschuldet

Dienstvertrag

- (Anpassungs-) Leistungen nach konkreten Vorgaben des Kunden
- kein Erfolg, nur reine Tätigkeit geschuldet (**Vorsicht:** Zeitabrechnung nicht zwingendes Indiz, da auch beim Werkvertrag üblich)

Vertragstypen

Gestaltungsmöglichkeit bei nachteiligem Werkvertrag nach Vertragsschwerpunkt

TIPP: Zwei Verträge abschließen:

- Die Standardsoftware mit einem Vertrag verkaufen (Nutzungsrechtseinräumung)
- Für die Anpassungsleistungen gesonderter Vertrag (bestenfalls Dienstvertrag).

=> Misslingt die Anpassung der Standardsoftware, bleibt zumindest die Vergütung für ihre Überlassung

Workshop IT-Projekte

Leistungsbeschreibung-Pflichtenheft

Leistungsbeschreibung / Pflichtenheft

- **Lastenheft:** Kundenanforderungen Es stellt die grundlegende Aufgabenstellung des Auftraggebers dar. Projektziel so genau wie möglich festlegen. Empfehlenswert ist eine Klassifizierung nach Muss-, Soll oder Kann-Anforderung
- **Pflichtenheft:** Es detailliert und verfeinert die Ergebnisse des Anforderungskataloges. Es enthält das fachliche Feinkonzept und dokumentiert bindend die Vorgaben des Auftraggebers

Leistungsbeschreibung / Pflichtenheft

Inhalt Lasten- und Pflichtenheft (fachliches Feinkonzept):
(Checkliste)

Ist-Zustand (Ausgangssituation)

Soll-Zustand (Zielbeschreibung)

Beschreibung der Schnittstellen z.B. zwischen Benutzer oder Nicht-EDV-Funktionseinheiten (z.B. elektronischen Steuerungen), jeweils mit Beschreibung von Bildschirmein- und -ausgaben, von Inhalten der Information und von Formaten,

Listenausgaben,

Verarbeitungsregeln,

Prüfregeln,

Mengengerüste,

Sicherung der Daten,

zeitlicher Rahmen,

Ergonomieanforderungen,

benötigte Erweiterungsmöglichkeiten.

Leistungsbeschreibung / Pflichtenheft

Fehlen des Pflichtenhefts:

Dann ist laut BGH ein mittlerer Ausführungsstandard geschuldet.

„Haben die Vertragsparteien nicht im Einzelnen vereinbart, was das zu erstellende Programm zu leisten hat, schuldet der Unternehmer ein Datenverarbeitungs-Programm, das **unter Berücksichtigung des vertraglichen Zwecks des Programms dem Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard entspricht**. Welche Anforderungen sich hieraus im Einzelnen ergeben, hat der Tatrichter ggf. mit sachverständiger Hilfe festzustellen.“

=> **Risiko für Softwareersteller, mehr Leistung als kalkuliert erbringen zu müssen**

Workshop IT-Projekte

Verzug-Mängel

Gewährleistungsrechte

Allgemein:

Gewährleistung: Dienstvertrag (= Aufwand wird geschuldet) ist immer besser für den Software-Ersteller als ein Werkvertrag (=Erfolg wird geschuldet), da keine Gewährleistungsregeln eingreifen

=> **TIPP:** Anpassungs- und sonstige Leistungen dienstvertraglich gestalten (keine Leistungsbeschreibung, Abrechnung nach Zeit, keine Abnahme- und Verzugsregeln wie milestones)

Lieferkette: Die Gewährleistungs- und Verzugsregeln zwischen Software-Ersteller und Händler auf der einen Seite und Händler-Endkunde auf der anderen Seite müssen gleichgeschaltet sein (zB Verjährungsfrist)

Verzug

Software-Ersteller soll am besten keine Leistungstermine vereinbaren, da folgende Kundenrechte bei Anbieterverzug:

- die Zahlung der vereinbarten Vergütung verweigern, wenn er nicht vorleistungspflichtig ist (§ 320 Abs. 1 S. 1 BGB), oder
- vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 1 BGB) und/oder
- Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen (§ 280 Abs. 1 BGB), oder
- nach Ablauf einer gesetzten Frist Schadensersatz statt der Leistung

Mängel

Definition Mangel

Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistungs- oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche **Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll**. Der BGH nimmt eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit und damit Sachmangel an, **wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt** (BGH 08.11.2007 - VII ZR 183/05).

Mängel

Softwareersteller soll möglichst wenig Leistungen nach Werkvertragsrecht erbringen, da der Kunde dann folgende Mängelrechte hat:

- Nacherfüllung
- Minderung
- Rücktritt
- Selbstvornahme und Ersatz der vergeblichen Aufwendungen
- Schadensersatz
- Kunde kann die Abnahme (§ 640 BGB) verweigern, da das geschuldete Werk nicht vertragsgemäß ist
- Kunde kann bei Teilabnahmen einen Abnahmevorbehalt im Abnahmeprotokoll festhalten

Mängel

-=> Ohne Abnahme:

- keine Fälligkeit der Vergütung
- keine Beginn des Laufs der Gewährleistungsfrist
- Nachlieferungs- und Nachbesserungsrechte

Mängel

Kunde macht Mängelrechte geltend – zu Recht ?

Nacherfüllung:

- Der Kunde muss eine (angemessene) Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Vorsicht: die Frist kann unter bestimmten Umständen entbehrlich sein
- Software-Ersteller kann Nacherfüllung verweigern, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre (muss dann aber Umgehungs- oder Ausweidlösung realisieren)
- Zunächst hat der AG seinen Anspruch auf Nacherfüllung geltend zu machen, erst wenn dieser Anspruch nicht erfüllt wird, kann der AG die anderen Gewährleistungsrechte gleichzeitig bzw. einzeln geltend machen.

Mängel

Kunde macht Mängelrechte geltend – zu Recht ?

Minderung der Vergütung

- Kunde muss Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben (die erfolglos abgelaufen ist)
- Software-Ersteller kann die Nacherfüllung wegen der unverhältnismäßigen Kosten nicht verweigern, s.o.

Mängel

Kunde macht Mängelrechte geltend – zu Recht ?

Rücktritt

- Ausgeschlossen bei nur unerheblichen Mängeln
- Kunde muss Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben (die erfolglos abgelaufen ist)
- Software-Ersteller kann die Nacherfüllung wegen der unverhältnismäßigen Kosten nicht verweigern, s.o.

Verzug - Mängel

Kunde macht Mängelrechte geltend – zu Recht ?

Selbstvornahme

- Kunde muss Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben (die erfolglos abgelaufen ist)
- Software-Ersteller kann die Nacherfüllung wegen der unverhältnismäßigen Kosten nicht verweigern, s.o.

Verzug - Mängel

Mängelrechte des AG aus Werkvertrag

Schadensersatz

- Kunde muss Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben (die erfolglos abgelaufen ist)
- Software-Ersteller kann die Nacherfüllung wegen der unverhältnismäßigen Kosten verweigern, s.o.

Workshop IT-Projekte

Datenmigration

Datenmigration

Sollen in einem IT-Projekt Altdatenbestände übernommen werden, bedarf dies grundsätzlich besonderer Vereinbarung

Ablaufschema:

Migrationsplanung im Rahmen der Projektplanung,
Erhebung/Verifikation der Ausgangsdatenmodelle und der
Datenqualität,
Planung der Datentransformation,
Transformation in das Zwischenformat,
(Verifikation von) Bereinigung/Abgleich,
Transformation in die Zielformate,
Laden in die Testumgebung,
Laden in Produktivumgebung.

Achtung: gesonderte Vergütung, am besten nach Zeitaufwand, da unüberschaubar, für Migration vereinbaren

Workshop IT-Projekte

Change Request

Change Management

Die Steuerung von Änderungen oder Erweiterungen im “Change Management”

Es gibt zwei Arten von Änderungen (“Changes”):

- **Mängelbeseitigungen**, die der Software-Ersteller kostenfrei erbringen muss, und
- **Leistungsänderungen** (oder -erweiterungen), deren Durchführung kostenpflichtig ist (Sonderwünsche).

=> Im Vertrag klarstellen, dass Leistungsänderungen gesondert abgerechnet werden

Change Management

Inhalt Change Request:

- Art des Changes
- durch ihn ausgelöste Mehrkosten
- mögliche Terminverschiebungen (wichtig bei milestones wegen Verzug)
- Regelung im Rahmenvertrag, ob die Prüfung von Change Requests auf ihre Machbarkeit Vergütung auslöst; für Mängelbeseitigungen ist diese Prüfung kostenfrei vom Anbieter durchzuführen.

Fortsetzg. nächste Folie

Change Management

Inhalt Change Request:

- Die Ablehnung von gewünschten Changes sollte durch ausdrückliche Erklärung erfolgen.
- Regelung, was gelten soll, wenn über einen Change Request keine Einigung erzielt werden kann.
- Unterzeichnung beide Seiten
- **TIPP:** Formular der Bundesverwaltung verwenden - **Anhang**

Workshop IT-Projekte

Intellectual Property

Umfang der Rechteübertragung

Intellectual Property : Umfang der Rechteübertragung

Typische Leistungsgegenstände bei IT-Projekten:

- Beschaffung Hardware
- Installation Standardsoftware
- Anpassung Standardsoftware
 - auf Quellcode-Ebene (Customizing)
 - durch Parametereinstellung
- Erstellung Individualsoftware:
 - reine Neuentwicklung
 - Auf Basis vorhandener Standardsoftware
- Kombiniert mit Wartung (HW) und Pflege (SW)

Intellectual Property : Umfang der Rechteübertragung

Nach Gesetz/Rechtsprechung unbefriedigende Ergebnisse hinsichtlich der Rechteübertragung auf den Kunden:

- Überlassung Standardsoftware: Kaufvertrag (grds. einf. Nutzungsrechte) – mit Parametrisierung Werklieferungsvertrag
- Individualsoftware / Customizing: Werkvertrag (grds. ausschließl. Nutzungsrechte)
- im Zweifel: Rechtseinräumung nach Vertragszwecktheorie

=> ggf. Zwecksetzungsklausel in Präambel oder eigenen Abschnitt

=> Rechteübertragung sollte vertraglich geregelt werden

Intellectual Property : Umfang der Rechteübertragung

Regelung der Rechteübertragung auf den Kunden:

- Beschaffung Hardware: *Eigentumsübertragung – Auftragnehmersicht: mit Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung*
- Installation Standardsoftware (Kaufvertrag): *einfache Nutzungsrechte*
- Anpassung Standardsoftware:
 - auf Quellcode-Ebene, Customizing (Werkvertrag): *ausschließliche Nutzungsrechte*
 - durch Parametereinstellung: *einfache Nutzungsrechte*
- Kombiniert mit Softwarepflege: *Dienstvertrag / Updates, Upgrades: einfache Nutzungsrechte*

Intellectual Property : Umfang der Rechteübertragung

Rechtsprechung zur Überlassung des Quellcode:

Standardsoftware (Kaufvertrag, Werklieferungsvertrag) grds. keine Überlassungspflicht. Klarstellung im Vertrag/AGBs empfehlenswert.

Werkvertrag ohne Vereinbarung zum Quellcode/Nutzungsrechten:

BGH, Urteil v. 16.12.2003, Az. X ZR 129/01 (Grundsatzurteil):

Ob der Werkunternehmer, der sich zur Erstellung eines Datenverarbeitungsprogramms verpflichtet hat, dem Besteller auch den Quellcode des Programms überlassen muss, ist mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Neben der **Höhe des vereinbarten Werklohns** kann dabei insbesondere dem Umstand Bedeutung zukommen, ob das Programm **zur Vermarktung** durch den Besteller erstellt wird und dieser zur **Wartung und Fortentwicklung** des Programms des Zugriffs auf den Quellcode bedarf.

Intellectual Property : Umfang der Rechteübertragung

Sonstige Regelungen:

- Anspruch auf Arbeitsunterlagen und Aufzeichnungen
- Rechte an gemeinsamen Arbeitsergebnissen
- Regelung der Verwertung von Programmbausteinen und –vorstufen
- Regelung der Rechte an Datenbanken
- Mindestens stufenweise Rechteeinräumung – kein Rechtsvorbehalt !

Workshop IT-Projekte

Einsatz von Subunternehmern

Einsatz von Subunternehmern

Rechteübertragung:

- § 69 b UrhG (automatische Übertragung der Arbeitsergebnisse an den Arbeitgeber) gilt nicht für Subunternehmer, sondern nur für Angestellte und Beamte
- => Keine Übertragung der Nutzungsrechte an Software auf den Dienstherrn/Auftraggeber kraft Gesetz
- => Vertragliche Vereinbarung notwendig, damit die benötigten Rechte dem Auftraggeber eingeräumt werden.

Einsatz von Subunternehmern

Datenschutzniveau:

Insbesondere bei Berührung mit personenbezogenen Daten

- Vereinbarung, dass Datenschutz beachtet wird und dass das IT-Security-Niveau den gesetzlichen *Anforderungen*, insbesondere § 9 BDSG entspricht
- Ggf. Unterzeichnung Datenschutzerklärung
- Ggf. Verpflichtung auch der Mitarbeiter des Subunternehmers, die Datenschutzerklärung zu unterzeichnen

Workshop IT-Projekte

Kontrollfragen

Workshop IT-Projekte

Rechtsanwältin

Natalie Wall

Karlsplatz 7
80335 München

FON 089 30 90 589-0

FAX 089 30 90 589-11

MOB 0173-3582228

wall@wall-legal.de

www.wall-legal.de