

§ 11 Erstellung von Software

Schrifttum: *Auer-Reinsdorff*, Haftungsregelung für Folgeschäden in IT-Projekten, ITRB 2006, 181; *Bartsch*, Musterbeispiel „Vertrag über ein Softwareprojekt“, in: Gebele/Scholz (Hrsg.), Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (BHW), 14. Aufl. 2022, III. G.4; *ders.*, Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW 2002, 1526; *ders.*, Das neue Schuldrecht, Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR 2001, 649; *ders.*, Themenfelder einer umfassenden Regelung der Abnahme, CR 2006, 7; *dies.*, Individualsoftwareerstellung. § 651 BGB und die Neugestaltung des „Abnahmeverfahrens“, ITRB 2003, 62; *Bischof*, Die Gestaltung von Präambeln in IT-Projektverträgen unter Einbeziehung von Presales-Präsentationen der IT-Unternehmen, ITRB 2006, 289; *dies.*, Der EVB-IT Erstellungsvertrag, CR 2013, 553; *Bräutigam/Rücker*, Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion?, CR 2006, 361; *Deckers*, AGB im Web-Design-Vertrag, CR 2002, 900; *Denga*; Deliktische Haftung für künstliche Intelligenz, CR 2018, 69; *Derleder/Zänker*, Der ungeduldige Gläubiger und das neue Leistungsstörungenrecht, NJW 2003, 2777; *Diedrich*, Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform. Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen, CR 2002, 473; *Ernst*, Die Verfügbarkeit des Source Codes, MMR 2001, 208; *ders.*, Agile Softwareprojekte und Vertragsauslegung, CR 2017, 285; *Feil/Leitzen*, Die EVB-IT nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 407; *Frank*, Ein Vorschlag zur rechtlichen Absichtung zwischen Planung und Realisierung, CR 2011, 138; *Gennen/Völkel*, Recht der IT-Verträge, 2009; *Goldmann/Redecke*, Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2002, 3; *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechtsrichtlinie, 2002; *Habel/Rauch*, Technologieverträge, 2. Aufl. 2005; *Härting* in Redeker Handbuch der IT-Verträge, Stand 4/2018, Kap. 3.1 Webdesign-Vertrag; *ders.*, Internetrecht, 7. Aufl. 2023; *Hengstler*, Gestaltung der Leistungs- und Vertragsbeziehungen bei SCRUM-Projekten, ITRB 2012, 113; *Heutz*, Freiwild Internetdesign?, MMR 2005, 267; *Heydn*, Kündigung von IT-Projektverträgen aus wichtigem Grund, CR 2018, 621; *Heydn*, Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung, MMR 2020, 284; *Heydn/Schultz*, Vertragsklauseln zum IT-Projektmanagement, CR 2021, 145. *Hilty*, Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft, MMR 2003, 3; *Hoppen/Thalhofer*, Der Einbezug von Open Source-Komponenten bei der Erstellung kommerzieller Software, CR 2010, 275; *Hoeren*, Die Reform des Bauvertragsrechts und des IT-Vertragsrechts, CR 2017, 281; *ders./Webkamp*, Individualität im Quellcode? Softwareerschutz und Urheberrecht, CR 2018, 1; *ders./Pinelli*, Der Softwareerstellungsvertrag, MMR 2022, 511; *Hoeren/Pinelli*, IT-Vertragsrecht, 3. Aufl. 2022, 4. Kapitel Softwareerstellungsverträge; *Imhof* in Beck'sches Formularbuch IT-Recht, 5. Aufl. 2020, C.3 Erstellung von Individual-Software; *Karger*, Rechtseinräumung bei Softwareerstellung, CR 2001, 357; *ders.*, Softwareentwicklung. Rechtseinräumung bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung, ITRB 2001, 67; *ders.*, Vergütung bei Software-Erstellung, ITRB 2006, 255; *ders.*, Weitere Beteiligung des Urhebers bei Software-Erstellung, ITRB 2006, 279; *Kilian/Heussen* (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, 32. EL, Stand: 08/2013; *Koch*, Schuldrechtsmodernisierung – Auswirkungen auf das Gewährleistungsrecht bei IT-Verträgen, CR 2001, 569; *ders.*, Vertragsgestaltung für die Werklieferung eines Webdesigns, ITRB 2003, 281; *ders.*, Macht Parametrisierung Standardsoftware zur unvertretbaren Sache?, ITRB 2004, 13; *ders.*, Agile Software-Entwicklung – Dokumentation, Qualitätssicherung und Kundenmitwirkung, ITRB 2010, 114; *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 41. Aufl. 2023; *Kremer*, Gestaltung von Verträgen für die agile Softwareerstellung, ITRB 2010, 283; *Kühn/Ehblenz*, Agile Werkverträge mit SCRUM – Konkrete Vertragsgestaltungs- und Formulierungsvorschläge, CR 2018, 139; *Lapp*, Vertragsgestaltung zwischen Leistungsbeschreibung, Garantie und sinnvoller Beschränkung der Gewährleistung, ITRB 2003, 42; *ders.*, Projektvertrag als Werkvertrag gestalten, ITRB 2006, 166; *Lehmann/Spindler* in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 82 Verträge über Computerprogramme, Rn. 54–59; *Lejeune*, Softwareverträge: Vertragstypologie, Gewährleistungs- und Haftungsfragen nach US-amerikanischem Recht, ITRB 2013, 139; *Meißner*, BeckOF IT- und Datenrecht, 14. Ed. 2023, Stand: 1.2.2023, Kap. 1.4; *Metzger/Klein*, Zur Effizienz der Schlichtung im IT-Bereich, CR 2017, 73; *Müller-Hengstenberg/Kirn*, Die technologischen und rechtlichen Zusammenhänge der Test- und Abnahmeverfahren bei IT-Projekten, CR 2008, 755; *dies.*, Welche Bedeutung haben Prototyp und Pilot sowie Prototyping- und Pilotierungsphase bei IT-Projekten?, CR 2010, 8; *dies.*, Kausalität und Verantwortung für Schäden, die durch autonome smarte Systeme verursacht werden, CR 2018, 682; *Munz*, BeckOK IT-Recht, Borges/Hilber, 13. Ed., Stand: 1.1.2024, BGB § 307 Inhaltskontrolle, Kap. I, *Polenz*, Neues zum Subunternehmervertrag, CR 2008, 685; *Redeker*, Vertragsrechtliche Einordnung von Softwarelieferverträgen: Einzelprobleme, ITRB 2013, 165; *ders.*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das neue Schuldrecht. Erste Entscheidungen des BGH und ihre Bedeutung für Softwareverträge, CR 2006, 433; *ders.* (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, 49. EL, Stand: 3/2023; *ders.*, IT-Recht, 8. Aufl. 2023; *Rockstroh/Kunkel*, IT-Sicherheit in Produktionsumgebungen, Verantwortlichkeit von Herstellern für Schwachstellen in ihren Industriekomponenten, MMR 2017, 77; *Rockstroh/Schub*, BeckOF Vertrag, 63. Ed. 2023, Stand: 1.1.2023, 9.1.1 Software-Projektvertrag; *Rücker/Thalhofer*, Website-Erstellungsvertrag, BeckOF Vertrag, 64. Ed. 2023 Stand: 1.3.2023, Kap. 9.2.1; *Sarre*, Kritische Schnittstellen zwischen der Projektmethodik „SCRUM“ und juristischer Vertragsgestaltung, CR 2018, 198; *Scheja*, Schutz von Algorithmen in Big Data Anwendungen, CR 2018, 485; *Schmeißer/Zirkel*, Forschungs- und Entwicklungsverträge – Rechtliche Einordnung und vertragliche Gestaltung, MDR 2003, 849;

Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 5. Aufl. 2017; *Schuster*, Mitwirkungspflichten bei IT-Verträgen – Warum aus § 642 BGB keine bloße Obliegenheit folgt, CR 2016, 627; *ders.*, Softwareprojekte und Dauerschuldverhältnisse – Wie sich die Ergebnisse eines vorgelagerten Softwareprojektes auf ein anschließendes Dauerschuldverhältnis (wie etwa SaaS) auswirken können, CR 2018, 209; *Schuster/Hunzinger*, Pflichten zur Datenschutzzeichnung von Software – Wie die Pflichten zur Verwendung datenschutzkonformer IT-Lösungen auf die vertragliche Sollbeschaffenheit von Software durchschlagen, CR 2017, 141; *Schuster/Grützmacher*, IT-Recht, Kommentar, 2020; *Schweinoch*, Geänderte Vertragstypen in Software-Projekten – Auswirkungen des BGH-Urteils vom 23.7.2009 auf die vertragstypologische Einordnung üblicher Leistungen, CR 2010, 1; *ders.*, Zur Frage der Anwendbarkeit von Kaufrecht auf Verträge über die Erstellung und Anpassung von Software, CR 2009, 640; *Söbbing*, Der agile Festpreisvertrag, ITRB 2019, 11; *Taeger/Poble*, Computerrechts-Handbuch Werkstand: 37. EL Mai 2022; *Ulmer*, Verjährung der Mängelansprüche beim Werkvertrag, ITRB 2003, 162; *Warnke*, Rechtsmangelhafte Software und Nacherfüllungsanspruch aus § 639 BGB, 2005; *Witte*, Agiles Programmieren und § 651 BGB, ITRB 2010, 44; *Witzel*, Gestaltungsmöglichkeiten für die „worst case“-Szenarien in IT-Projekten, CR 2017, 213; *dies.*, Vertragsgestaltung mit Subunternehmern: Gestaltungsmöglichkeiten bei Kündigung und Vertragsbeendigung – Teil 1, ITRB 2018, 191; Teil 2 ITRB 2018, 212; *dies.* Vertragsgestaltung für Generalunternehmer in IT-Projekten: CR 2018, 345; *dies.* Abnahme, Projektbeendigung und Schadenersatz, CR 2017, 213.

I. Einleitung

1. Abgrenzung von Software-Erstellungsverträgen zu anderen IT-Verträgen

- 1 Software-Erstellungsverträge bilden einen Themenkomplex, bei dem Ausgangspunkt die Neu-Erstellung von (Individual-)Software ist. In früheren Zeiten wurde tatsächlich für den Auftraggeber/Kunden (der seinerseits ein Softwarehaus sein kann) Software **neu** hergestellt. In der Zwischenzeit ist dies eher selten geworden. Heutzutage haben Softwareanbieter Bibliotheken aufgebaut bzw. arbeiten mit Programmtechniken, die es erlauben, auf kleine vorhandene, mehrfach verwendbare Versatzstücke zurückzugreifen, aus diesen einen erheblichen Teil der zu erstellenden Software zusammen zu setzen und den „Rest“ individuell zu erstellen. Infolgedessen handelt es sich in vielen Fällen bei der „Erstellung“ von Software tatsächlich um Zusammenstellung, Verknüpfung und Weiterentwicklungen vorhandener Bausteine. Eine entsprechende Situation ergibt sich, wenn für den Kunden vorhandene Software angepasst werden soll und dabei die Software verändert bzw. bearbeitet und weiterentwickelt wird. Diese Anpassungsprojekte sind daher thematisch den Software-Erstellungsprojekten zuzurechnen.
- 2 Abzugrenzen sind Software-Erstellungsverträge einerseits von der **Software-Überlassung** (Überlassung von Standardsoftware) mit evtl. Zusatzleistungen wie Installation, andererseits von den (noch) komplexeren **Projekt- bzw. Systemverträgen**, bei denen auch Beratung, Hardware, Wartung sowie Pflege eine wesentliche Rolle spielen (können).¹ Teilweise parallel zu den Erstellungsverträgen hatte sich über die Internet-Entwicklung auch eine eigene Behandlung und Gestaltung der Web-Design-Verträge entwickelt.² Das Schrifttum behandelt den Software-Erstellungsvertrag und den Webdesign-Vertrag teils einheitlich, teils ob ihrer Unterschiede aber auch getrennt. Im Prinzip ergeben sich hier keine großen Unterschiede,³ wohl aber im Detail, gerade in technischer Hinsicht, was Quellcode, Dokumentation u.ä. betrifft.⁴ Auch urheberrechtlich werden Unterschiede gemacht.⁵ Diese resultieren aus den einzelnen, zu differenzierenden Komponenten: Inhalte, Programm, Oberfläche.⁶

¹ → § 12 „Überlassung von Software auf Dauer“, → § 13 Überlassung von Software auf Zeit und → § 18 IT-Projektmanagement.

² → § 21 Providerverträge im Internet. Rücker/Thalhofer, Website-Erstellungsvertrag, BeckOF Vertrag, Kap. 9.2.1; Härting Rn. 657 ff.; *ders.*, in Redeker Handbuch der IT-Verträge, 3.1 Webdesign-Vertrag, Sa BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, CR 2010, 327 Rn. 21 mwN.

³ Sa BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, CR 2010, 327 Rn. 21.

⁴ S. Ernst MMR 2001, 208.

⁵ Sa LG München I 11.11.2004 – 7 O 1888/04, MMR 2005, 267 zum relativ geringen Schutz, dazu Heutz MMR 2005, 567, sowie → § 5 Rechtsschutz von Computerprogrammen.

⁶ S. zB Härting Rn. 657 ff.

2. Kernprobleme anwaltlicher Beratung bei Software-Erstellung

Vom Prinzip her hat der Erstellungsvertrag eine praktikable **gesetzliche Grundlage** im **Werkvertragsrecht** des BGB.⁷ Die Probleme bestehen im Detail. So halten sich etwa die Parteien häufig schon bei der Vertragsgestaltung nicht an das Mindestmaß dessen, was man vereinbaren sollte.⁸ Es fehlen zB Leistungsbeschreibung und Leistungskriterien bzw. es mangelt an einer (ausreichenden) Dokumentation der beidseitigen Leistungen.⁹ In anderen Fällen liegt zwar ein guter Vertrag vor, die Parteien halten sich aber bei der Durchführung nicht an dessen Vorgaben zB in puncto Verantwortungszuordnung bzw. -verteilung.

Der Prozentsatz der Software-Erstellungs- und -Anpassungsprojekte, die scheitern oder zumindest schief liegen, ist relativ hoch.¹⁰ Die wenigsten gehen allerdings zu Gericht. Dies könnte dafür sprechen, dass in vielen Fällen beide Seiten „schuldig“ sind. Gerade bei Software-Erstellung ist für den vertragsgestaltenden Anwalt wichtig, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen verschiedenen Interessenlagen herbeizuführen. Ein „Zuviel“ zugunsten des eigenen Mandanten kann an anderer Stelle durchaus ein „Zu-wenig“ im Sinne eines Nachteils für die Mandantschaft bedeuten. Typisch ist etwa, dass der Kunde (Auftraggeber) wünscht, maßgeblichen Einfluss auf das Projekt nehmen zu können (durch Ausschüsse, Committees uÄ). Häufig übersieht der Kunde, dass damit zumindest Teile der **Projektherrschaft/Projektverantwortlichkeit** auf ihn, den Auftraggeber, übergehen. Je stärker der Kooperationscharakter hervortritt, umso mehr tritt die Erfolgsverantwortung des Auftragnehmers zurück.¹¹ Dies ist ein strukturelles Problem der modernen Projekttechniken, etwa Agile Programming und dessen Ausprägungen.¹² Häufig vergessen werden Regelungen zur **Mitwirkung** bzw. zu deren genauem Umfang. Dies kann zu Streit führen, etwa wegen Testdaten, Testsystem und anderen „Beistellungen“.¹³

Für den in anderen Rechtsgebieten als IT-Recht beratenden Anwalt ist es eher weniger üblich, sich (intensiver) mit „technischen“ Fragen zu befassen. IT-Recht lässt sich aber nicht ohne vertieftes Verständnis und Kenntnissen der IT-Technik und Organisation bewältigen. Beim Erstellungsvertrag wird der Rechtsanwalt nicht darum herumkommen, sich mit dem „Pflichtenheft“¹⁴ und dessen Qualitäten ebenso zu befassen, wie mit Projektorganisation hinsichtlich Änderungsverfahren („CR“), Gremien und Aktivitäten- und Fristenplan, der Ausgestaltung der Mitwirkungsleistungen, den Leistungskriterien (dort iVm dem AVV einschließlich Sicherheit bzw. TOM¹⁵) und ähnlichen Details der Vertragsdurchführung bis hin zu Fragen der Kompatibilität.¹⁶ Das fehlende „Pflichtenheft“ ist eine häufige Ursache für das Scheitern eines Software-Erstellungsprojekts. Die Bezeichnung als *Spezifikation* mit Dif-

⁷ Die Vertragsgestaltung und va Handhabung mancher Projekte legt eher **Dienstvertrag** nahe, etwa dann, wenn der Auftraggeber sich letztlich die Projektverantwortung verschafft. Die Rechtsprechung des BGH, aber auch der OLG, ist weitgehend einheitlich im Hinblick auf vertragstypologische Einordnung (als Werkvertrag) und eine Vielzahl von Details beim Erstellungsvertrag und bietet derzeit eine gesicherte Plattform („hM“) für die Vertragsgestaltung. Zur (Nicht-)Anwendung von § 650 BGB → § 10. Zur Wirkung der §§ 327 ff auf die Vertragstypologie s. → § 10 Rn. .

⁸ S. zB Förster IT-Vertragsrecht: Teil 1 – Grundlagen und Allgemeiner Teil, MMR 2024, 4 – Darstellung und Formulierungsvorschläge für die wichtigsten, in der Praxis immer wiederkehrenden Regelungsthemen von IT-Verträgen.

⁹ → § 18 IT-Projektmanagement.

¹⁰ Zu den typischen „Projektsünden“ → § 18 IT-Projektmanagement Rn. 13 ff.

¹¹ S. etwa insofern kritisch das Vertragsmuster von BeckFormB BHW/Bartsch Form. III. G. 4, § 13 (2).

¹² S. § 18 ; Heydn, Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung, MMR 2020, 284 zu Vertragsmuster agile Entwicklung mit Betonung der Verantwortung des AN s. Meßmer, Beck OF IT- und Datenrecht, 14. Ed. 2023, Stand: 1.2.2023, Kap. 1.4.

¹³ Sa Schuster CR 2016, 627; Redeker, IT-Recht, 2020, Rn. 425–438.

¹⁴ Zum Unterschied im juristischen und technischen Verständnis dieses Begriffs s. Voigt/Wiegand in Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, EL 36, 33.1, Rn. 14, 15; Schneider/von Westphalen/Schneider Kap. C Rn. 66 ff. Bei neuen (agilen) Projektmethoden gibt es häufig kein Pflichtenheft im klassischen Sinne, siehe → Rn. 44 ff., 169; → § 18 Rn. 63 ff.

¹⁵ Zum Auftragsverarbeitungsvertrag → § 34, zu TOM (technisch-organisatorische Maßnahmen, Art. 32 DSGVO) → § 34.

¹⁶ Zu den typischen Themenfeldern des Vertrags → Rn. 42 ff.

ferenzierung *fachlicher* und technischer Spezifikation könnte die einfache und neutrale Lösung sein.¹⁷

- 6 Unklar ist, in welchem Umfang der Unternehmer evtl. fehlende Vorleistungen und Kenntnisse des Bestellers kompensieren muß, andernfalls er etwa wegen Beratungsverschulden haftet.¹⁸ Dies betrifft einen von zwei Problemkomplexen, die anhand älterer Urteile relativ klar zu bewältigen sind, deren Fragestellung also klar beantwortet werden kann. Allerdings ist die Frage, ob diese Antworten noch zeitgemäß sind. Der eine Komplex ist dem Grunde und dem Umfang nach die **vorvertragliche** Beratungspflicht, dazu auch die Erfüllung eventueller vertraglicher Pflichten seitens des Unternehmers (etwa Hinweise auf fehlende Informationen) gehört.
- 7 Der andere Komplex betrifft die **Dokumentationen**, die ggf. ohne ausdrückliche Vereinbarung geschuldet sind. Dabei geht es vor allem um die (schriftlichen) **Bedienungshandbücher**,¹⁹ bei denen man inzwischen annehmen könnte, dass sie obsolet werden, geworden sind und dafür eine sehr gute Bediener-Führung und -Unterstützung seitens der Software selbst erfolgt.²⁰ Spätestens für Verträge zu Standardsoftware gilt „Qualität“ als explizite Anforderung, § 434 BGB. Tatsächlich heißt es aber in § 434 Nr. 4 seit 1.1.2022, dass ua die Montage- oder Installationsanleitung sowie andere Anleitungen zu übergeben wird, deren Erhalt der Käufer *erwarten* kann. Umfangreiche Dokumentation würde in der Informatik eher als Andeutung von Mangelhaftigkeit interpretiert werden können, orientiert auch an Normen (Stichwort usability). Vertragsrechtlich wird § 434 BGB insofern aber zu berücksichtigen sein und mit einem „dann erst recht“-Argument auch bei § 634 hineininterpretiert werden können.
- 8 Zur Frage der **Aufklärungs- und Beratungspflichten** des Unternehmens gibt es eine Reihe von Entscheidungen über die Jahre, insbesondere seit der BGH-Entscheidung von 1984.²¹ Diese wies eine Besonderheit auf, die oft übersehen wird: der Unternehmer hatte „die gemeinsam ... erarbeitete Problemlösung als Angebot“ unterbreitet und in dem Angebot auch den Ist-Zustand und die Aufgabenstellung beschrieben, dazu einen *Organisationsvorschlag*. Diese Vorschläge waren nicht zutreffend. Dh der Auftragnehmer ist vorvertraglich tätig geworden, aber das, was er dabei geleistet hat, war mangelhaft. Dass dies eine vorvertragliche Pflichtverletzung ist, scheint ohne weiteres akzeptabel.
- 9 Die Wirkung des Urteils ist aber wohl viel größer, weil sie dahin geht, auch wenn dies nicht immer referiert wird, dass den Auftragnehmer eine sehr breite, viele Varianten umfassende vorvertragliche Aufklärungs- und Beratungspflicht trifft, von sich aus aktiv aufklärend tätig zu werden, wobei die Anspannung seiner Pflichten allerdings stark vom Kenntnisstand des Kunden abhängig sein soll.
- 10 Damit verbindet sich eine Vermehrung von Pflichten, die mit der mangelnden Differenzierung von fachlichen Anforderungen (Lastenheft) und technischen/seitigen Anforderungen (Pflichtenheft) zusammenhängt. Überspitzt gesagt: wenn ein Auftraggeber nicht in der Lage ist, seine fachlichen Anforderungen zu formulieren, kann deren Gewinnung nur dann Sache des Auftragnehmers sein, wenn er hierzu explizit und in der Regel vergütungspflichtig beauftragt wird. Wichtig ist auch, dass dann, wenn der Auftragnehmer merkt, dass auf seine berechnete Anfrage zu fachlichen Anforderungen nichts oder nichts Brauchbares kommt, er dem Auftraggeber dies als Behinderung mitteilt. Die Rechtsprechung einiger OLG tendiert allerdings dazu, dass hier der Auftragnehmer kompensierend einspringen, etwa aufklären und beraten muss.²² Das vermutete Kompetenzgefälle besteht tatsächlich bei Überlassung

¹⁷ Sarre: Die Spezifikation: „Must-have“ oder nur „Nice-to-have“ in komplexen IT-Projekten? DSRITB 2017, 489.

¹⁸ Zum Übbl. (allg., nicht nur IT) s. BeckOK BGB/Voit BGB § 631, Rn. 65 Beratungspflicht vor Beginn der Werkerstellung.

¹⁹ BGH 4.11.1992 – VIII ZR 165/91, und in Fortführung BGH 14.7.1993 – VIII ZR 147/92 (fehlendes „Handbuch“).

²⁰ S. aber aktuellen Verweis Hoeren/Pinelli, MMR 2022, 511, 513 Fn. 15 auf BGH 20.2.2001 – X ZR 9/99, dazu → Rn. .

²¹ BGH 6.6.1984 – VIII ZR 83/83.

²² Insofern liegt bei Unterlassen evtl. näher: Funktionsmangel → Rn 54.

von Standardssoftware hinsichtlich der Eigenschaften dieser Software, im Zusammenhang mit Anpassungsprojekten also auch bezüglich der Eigenschaften hierfür. Bei dieser Zangenbewegung – Anpassung von Software und Organisation aufeinander hin – hilft die Verwendung von Blueprint, → Rn. 182.

Anders OLG Köln in 2 Varianten: 1. „Der Anbieter muß z. B. von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse ermitteln, darauf drängen, daß der Anwender sie in einem Pflichtenheft niederlegt, für ihn erkennbare Unklarheiten und Bedürfnisse aufklären, bei der Formulierung der Aufgabenstellung mitwirken und einen Organisationsvorschlag zur Problemlösung unterbreiten.“²³ 11

OLG Köln 2. Variante: „Grundsätzlich ist es Sache des Bestellers, für den Auftragnehmer das für die Programmierung der Software erforderliche Anforderungsprofil zu erstellen (vgl. Senat NJW-RR 1993, 1529, 1530; 1995, 1460, 1462). Der Auftragnehmer muss daran aber in der Weise mitwirken, dass er von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse, Wünsche und Vorstellungen ermittelt, für ihn erkennbare Unklarheiten aufklärt, bei der Formulierung der Bedürfnisse hilft und Organisationsvorschläge zur Problemlösung unterbreitet (vgl. Senat NJW-RR 1993, 1528; 1999, 51, 52).“²⁴ 12

OLG München²⁵ ergänzt die 1. Variante (bei einem Mietvertrag) um den Aspekt, dass die mangelnde Erfahrung des Kunden mit dem Buchungsprogramm vom Softwareersteller erkannt wird: dann obliegt es dem Ersteller zu klären, welcher Art der Betrieb des Kunden ist und welche Anforderungen er an eine hierfür zu verwendende Buchungssoftware hat. 13

Im Hinblick auf die Gestaltung und Risikobewertung²⁶ von Software-Erstellungsverträgen ist entscheidend, wie die einzelnen Vertragsklauseln ineinander verzahnt sind bzw. welche Implikationen bestimmte Regelungen haben (so etwa Zeitabschnitte/Leistungsabschnitte im Hinblick auf Teilabnahmen, Verpflichtungen des Auftraggebers zu Freigaben uä). 14

Dabei werden auch die *BVB-Planung* und *BVB-Erstellung* berücksichtigt, zudem die *EVB-IT System*, die die *BVB-Erstellung* weitgehend ablösen.²⁷ Dort sind Regelungen enthalten, die sich im Laufe der Zeit (wenn auch nicht als Gesamtwerk) im Einzelnen bewährt haben.²⁸ 15

Neben den juristischen Grundlagen gibt es eine ganze Reihe von – zum Teil allerdings auch wieder etwas technischen Regelwerken – die das „richtige“ Vorgehen beim Erstellen von Software betreffen. Eines der bekanntesten Phasenmodelle ist etwa das der BVB-Erstellung, das eine Art Fortsetzung im so genannten V-Modell – präferiert in den EVB-IT System – erfahren hat.²⁹ 16

Praxistipp:

Bewährt hatten sich die BVB³⁰ insbesondere für die Strukturierung einer Software-Erstellung in mindestens zwei Phasen:

- Planung und
- Realisierung.

Die Notwendigkeit dessen wird in der Praxis häufig übersehen.³¹ Moderne Projektmethoden heben die phasenmäßige Zerteilung des Projekts bewusst auf (→ § 18). Für den Kunden kann dies insoweit zu erheblichen Nachteilen führen,³² wenn unklar ist,

²³ OLG Köln 6.3.1998 – 19 U 228/97, NJW-RR 1999, 51.

²⁴ OLG Köln 29.7.2005 – 19 U 4/05.

²⁵ 8.8.2022 – 20 U 3236/22.

²⁶ Zur Pflicht des AG-Vorstands zum Risikomanagement in IT-Projekten s. Frank/Petersen/Bernzen CR 2022, 757.

²⁷ → § 40 Öffentliche Vergabe von Leistungen der Informationstechnologien.

²⁸ → § 40 Öffentliche Vergabe von Leistungen der Informationstechnologien und → § 41 Besondere und ergänzende Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand.

²⁹ → § 18 IT-Projektmanagement.

³⁰ Neue (agile) Projektmethoden haben sich von dem klassischen V-Modell/Wasserfallmodell der Softwareentwicklung entfernt, → Rn. 144 ff.

- was als Gegenstand der Leistung geschuldet ist (in scope) und was dagegen für den Kunden regelmäßig kostenpflichtiger Change Request ist,
- was Referenz für die Abnahme und bei Fehlen ein Mangel ist,
- was zum Zeitpunkt eines vorzeitigen Projektabbruchs bereits erbracht ist (je nach Projektstand) und was als noch nicht erbrachte Leistung im Falle § 648 BGB nF vorbehaltlich ersparter Aufwendungen zu vergüten ist,
- was lediglich zur Demonstration von Funktionalitäten in Workshops mit den Fachbereichen des Kunden dient und inwieweit in solchen Workshops Teilabnahmen (etwa anhand eines Prototypen) erfolgen.

- 17 Neben dem fehlenden Pflichtenheft ist die fehlende Strukturierung eine der häufigsten Gründe für das Scheitern von Erstellungsverträgen. Deshalb will dieses Kapitel versuchen, die juristische und die „technische“ Seite miteinander zu verzahnen, und deutlich machen, welche Instrumente in den Erstellungsvertrag eingebaut werden können, um den Erstellungsprozess auch unter juristischen Aspekten zu steuern.

II. Erstellung von Software

1. Vertragstypologie und Konsequenzen für Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung

- 18 a) **Werkvertrag.**³³ Vertragstypologisch ist der Software-Erstellungsvertrag über ca. 30 Jahre sehr konstant typischerweise als Werkvertrag eingeordnet worden.³⁴ Dabei können einige Ähnlichkeiten zum Baurecht und dort zu den VOB festgestellt und in Verträgen auch berücksichtigt werden. In einer ungebrochenen Kette von Entscheidungen hatte der BGH seit 1971 im wesentlichen Werkvertragsrecht angewandt.³⁵ Fraglich wurde dies zum einen durch § 650 BGB (bis 31.12.2017 § 651 BGB aF).³⁶ Zum anderen können bei Anwendung moderner Projekt- und Programmieretechniken begründete Zweifel an der Erfolgswweisung an den Auftragnehmer entstehen, selbst wenn der Vertragstext evtl. ausdrücklich Werkvertrag behauptet.³⁷

Für Werkvertrag gilt die ex- oder implizite Voraussetzung, dass mit der Erstellung ein **Erfolg des Auftragnehmers** geschuldet ist, der in der Herstellung der Software besteht.

Praxistipp für den Auftraggeber:

Eine werkvertragliche Erfolgsorientierung setzt nicht voraus, dass der Erfolg bereits sehr detailliert beschrieben ist. Vielmehr würde grundsätzlich auch genügen, etwa zu vereinbaren: *„eine an den Belangen des Kunden orientierte oder an diesen ausgerichtete Branchenlösung der XY-Branche“*.

- 19 Das Entscheidende ist also nicht, ob der Auftragnehmer Dienstleistungen vorzunehmen hat, weil auch beim Werkvertrag Gegenstand des Vertrages eine Dienstleistung sein kann.³⁸

³¹ Siehe zur Abschtichtung zwischen Planung und Realisierung Frank CR 2011, 138; Hoeren/Pinelli, IT-Vertragsrecht, 4. Kapitel, Vorab.

³² Einzelheiten → § 18 IT-Projektmanagement Rn. 73 ff.

³³ Zu allgemeinen Grundsätzen der Vertragstypologie → § 10 Vertragliche Grundlagen, Ziffer II.1.

³⁴ BGH 11.2.1971 – VII ZR 170/69, WM 1971, 615 – Testauswertung (Werkvertrag); auch Werkvertrag, wenn nur einzelne Leistungen Herstellung oder Anpassung betreffen: BGH 5.6.2014 – VII ZR 276/13; s. Heydn, MMR 2020, 284 zum Vertragstyp.

³⁵ BGH 11.2.1971 – VII ZR 170/69, WM 1971, 615 – Testauswertung; aus jüngerer Zeit s. BGH 16.12.2003 – X ZR 129/01, CR 2004, 490; BGH 25.3.2010 – VII ZR 224/08, CR 2010, 422; ausführlich → § 10 Vertragliche Grundlagen.

³⁶ S. auch BGH 23.7.2009 – VII ZR 151/08, CR 2009, 637; BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, CR 2010, 327.

³⁷ Offen zu Werk- oder/und Dienstvertrag bei agiler Methodik OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16, sa Rn. 144 ff. und § 18.

³⁸ BGH 6.6.2013 – VII ZR 355/12 Rn. 9 – Winterdienst; indirekt bestätigt durch BGH 19.1.2017 – VII ZR 235/15.

Das Besondere am Werkvertrag ist, dass der „Werkunternehmer“ durch seine Dienstleistung(en) einen **Erfolg** herbeizuführen hat.

„Der Einordnung [...] als Werkvertrag steht auch nicht entgegen, dass der Auftraggeber ein pauschales, nach Zeitabschnitten bemessenes Entgelt zu entrichten hat (vgl. Peters, LMK 2011, 316557). Ebenso wenig ist entscheidend, dass der Vertrag auf eine bestimmte Zeitdauer angelegt ist und somit Züge eines Dauerschuldverhältnisses aufweist. Angesichts des auf einen Erfolg bezogenen Vertragszwecks kommt diesen Umständen kein entscheidendes Gewicht zu (OLG Brandenburg, GE 2012, 1558).“³⁹

b) Dienstvertrag. Beim so genannten **Zuruf-Projekt**⁴⁰ könnte es an dieser Erfolgsorientierung fehlen: Die Mitarbeiter des Auftraggebers (Kunden) dürfen und sollen ihre „Wünsche“ (fachlichen Anforderungen) hinsichtlich der Gestaltung der Software äußern und der Auftragnehmer versucht, diese, etwa zunächst als annäherungsweise Iterationsschritt, ähnlich einem Prototyp,⁴¹ zu realisieren. Die Ergebnisse dessen führt der Auftragnehmer vor, ändert sie entsprechend den geäußerten Wünschen und lässt so allmählich die Software nach den Vorstellungen der Kunden-Mitarbeiter entstehen. Evtl. bestehen die Teams dabei aus Tandems, je ein Mitarbeiter des Auftraggebers und des Auftragnehmers.⁴² Dies wäre grundsätzlich Dienstvertrag, da eine Erfolgsverantwortung bzw. Erfolgsorientierung hierbei nicht erkennbar ist. Vielmehr erfolgt eine Art Beratung (Dienstleistung) im Dialog bzw. im Team mit dem Auftraggeber.⁴³

Die Abgrenzung zum Dienstvertrag hat der BGH⁴⁴ im Zusammenhang mit einem **Forschungs- und Entwicklungsvertrag** behandelt. Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass insoweit der Parteiwille maßgeblich ist.

Praxistipp:

Dementsprechend wird es sich empfehlen, in der Praxis auf den Parteiwillen abzustellen. Jedenfalls dann, wenn der Kunde bewusst das Projekt durch seine fachlichen und sonstigen strukturellen Anweisungen mitgestaltet und mitsteuert, wird regelmäßig **kein** Werkvertrag vorliegen. Ob dann eine BGB-Gesellschaft oder nur ein Dienstvertrag anzunehmen ist, wird Frage des Einzelfalls sein. Der Auftraggeber tut sich von den Folgen her, was Rechtseinräumung uä betrifft, keinen Gefallen mit einer ARGE-/BGB-Gesellschaft.

Die Unterschiede zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag – insbesondere Erfolgs- und Mängelhaftung – werden va für den Auftragnehmer (Anbieter) relevant, der mit seinem Kunden zwar Werkvertragsrecht vereinbart hat, der aber seinerseits mit selbständigen „freien Mitarbeitern“ (Freelancer, Programmierern) dienstvertraglich verbunden ist. Hier wirken sich die Divergenzen zwischen dem Werkvertrag mit dem Kunden und den Dienstverträgen mit den freien Mitarbeitern sehr ungünstig auf die „Sandwich-Position“ des Auftragneh-

³⁹ BGH 6.6.2013 – VII ZR 355/12 Rn. 12 – Winterdienst. Das OLG Frankfurt a.M. (17.8.2017 – 5 U 152/16) ermöglicht ebenfalls einen Werkvertrag bei Ratenzahlung (BGH 31.7.2018 – VII ZR 203/17 – Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde).

⁴⁰ Zu neuen Vorgehensformen in IT-Projekten sowie der Auswirkungen auf die Rechtsnatur des zugrundeliegenden Vertrages s. Heydn. MMR 2020, 284.

⁴¹ S. zur Bedeutung von Prototypen bei IT-Projekten auch im Hinblick auf die vertragstypologische Einordnung, Müller-Hengstenberg/Kirn CR 2010, 8. Zur Abgrenzung Werkvertrag von Werklieferungsvertrag bei Erstellung eines Prototyps s. OLG Hamm 29.10.2012 – I-17 U 130/11.

⁴² Zu den Merkmalen s. Schneider ITRB 2019, 213; zu Plattformtools bei der Entwicklung Schneider ITRB 2020, 194.

⁴³ OLG München 23.4.1996 – 5 U 5708/95, CR 1997, 27; anderer Ansicht, nämlich Werkvertrag, für den konkreten Fall einer entsprechenden Vorgehensweise in Bezug auf die Einstellung einer fertigen Software: OLG Karlsruhe Urt. v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95; kritisch dazu: Schneider CR 2003, 317. Ivm agil s. zu Dienstvertrag LG Düsseldorf 17.8.2022 – 41 O 61/21 und dazu → Rn.).

⁴⁴ BGH 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3323; LG Düsseldorf 17.8.2022 – 41 O 61/21, berücksichtigt die E., kommt aber im konkreten Fall zum Dienstvertrag, s. → Rn. 25.

mers aus. Divergenzen liegen etwa bei der Beurteilung des Aufwands bei CR, Dokumentation und Mängelbeseitigung nahe, wenn die freien Mitarbeiter laufend bzw. auf Zuruf für den Anbieter als Hauptauftragnehmer tätig werden.⁴⁵ Hier empfiehlt sich für den (Haupt-)Auftragnehmer, eine Synchronisierung herbeizuführen.⁴⁶

- 23 c) § 650 BGB als Problem speziell für den Software-Erstellungsvertrag. Nach wohl herrschender Meinung wird Software-Erstellung als Werkvertrag qualifiziert und nicht über § 650 BGB nach Kaufrecht bzw. Kaufrecht mit werkvertraglichen Regelungen beurteilt.⁴⁷ Auch die Literatur⁴⁸ (Rechtsprechung gibt es zu dieser Problematik va seit Mitte 2009)⁴⁹ beurteilt die Herstellung von Software überwiegend als Werkvertrag, ohne § 651 aF/ § 650 BGB anwenden zu wollen.
- 24 Für die Vertragsgestaltung und die Beurteilung von Verträgen, insbesondere von AGB empfiehlt sich aber, die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass § 650 BGB evtl. doch greift und Kaufrecht Anwendung findet. Dabei soll differenziert werden zwischen der Neuerstellung von Software (von der hier grundsätzlich ausgegangen wird) und der Anpassung von Software sowie zwischen dem Umfang der Rechtseinräumung bzw. deren Exklusivität.⁵⁰
- 25 Dem ersten Anschein nach wäre es kein Problem, Software-Erstellungsverträge nach Kaufrecht zu beurteilen. Das Mängelrecht von Kauf und Werkvertrag war durch die Schuldrechtsreform angeglichen worden.⁵¹ Seit 1.1.2022 unterscheiden sich jedoch die Regeln in § 434 BGB erheblich von denen in § 633 BGB. Bei Anwendung des § 650 BGB ist eine differenzierte Handhabung vorzunehmen. Danach wäre die Herstellung von Standardsoftware die Herstellung einer vertretbaren Sache, die sich mithin nach „reinem“ Kaufrecht beurteilen würde, ohne dass die Regelung nach § 650 Abs. 1 S. 3 BGB greifen würde (wonach zB auch die Mitwirkung aus dem Werkvertragsrecht zu berücksichtigen wäre).⁵²
- 26 Nur wenn eine Herstellung der Software zu einer nicht vertretbaren Sache führt (weil sie nur für einen individuellen Kunden hergestellt wird), greift § 650 Abs. 1 S. 3 BGB. Aber auch dieser enthält keine Regelung zur Abnahme. Soweit der Vertrag in AGB geregelt wird, stehen also folgende Regelungen auf dem Prüfstand bzw. ist kaum eine wirksame Regelung für folgende Regelungsgegenstände denkbar:
- Einführung einer Abnahmepflicht hinsichtlich der Prüfung und Erklärung seitens des Kunden, evtl. stattdessen Demonstration der Vertragsgemäßheit durch den Auftragnehmer, ggf. anhand vereinbarter Testfälle und -Kriterien (zum Ansatz s. EVB-IT Systemlieferung, § 31),
 - Mitwirkungen des Kunden bei Herstellung von Standardsoftware,
 - Wahlrecht des Auftragnehmers bei Nacherfüllung,
 - Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme als Recht des Kunden.
- 27 Hins. des Mangelbegriffs kann es sein, dass bei Anwendung von Kaufrecht auch Herstellerangaben bzw. öffentliche Anpreisungen einzubeziehen sind bzw. einbezogen sind (gemäß § 434 Abs. 1 S. 3 BGB/§ 434 Abs. 3 S. 2 BGB seit s. 1.1.2022).
- 28 Im Rahmen eines Werkvertrags bietet sich dem Unternehmer über §§ 642f. BGB die Möglichkeit, den Besteller dazu aufzufordern, die nötigen Anforderungen zu geben. Die Nicht-Lieferung solcher Angaben wäre eine Verletzung von Mitwirkungsleistungen des Bestellers, §§ 642, 643 BGB, die allerdings nicht als „Hauptpflichten“ gelten und insofern auch nicht den Unternehmer zum Schadensersatz berechtigten.

⁴⁵ S. etwa OLG München 23.4.1996 – 5 U 5708/95, CR 1997, 27.

⁴⁶ Zu Subunternehmerverträgen → Rn. 220 ff. Zum Datenschutzaspekt → § 34, Rn. .

⁴⁷ Zum Streitstand ausführlich → § 10 Vertragliche Grundlagen in der 2. Auflage.

⁴⁸ Eher die Mindermeinung, Anwendung des § 650 BGB: Schweinoch/Roas CR 2004, 326; Schneider/von Westphalen/Schneider B.; Schweinoch CR 2010, 1; s. andererseits zB Redeker CR 2004, 88; Bräutigam/Rücker CR 2006, 361; Thewalt, Der Softwareerstellungvertrag nach der Schuldrechtsmodernisierung, 2004; s. Marly Rn. 677 ff.; Koch S. 465 ff.

⁴⁹ Meist keine Anwendung, s. Vorauf. Fn. 47.

⁵⁰ Redeker CR 2004, 88; Bräutigam/Rücker CR 2006, 361; Redeker IT-Recht, Rn. 298 ff, 303.

⁵¹ → § 10.

⁵² Vgl. § 10 in der 2. Auflage.

Praxistipp für den Auftragnehmer:

Wenn der **Planungsanteil** wesentlich, vielleicht sogar überwiegend ist, wäre dies im Vertrag herauszustellen, um hinsichtlich der Nichtanwendung des § 650 BGB sicherer zu sein.⁵³ Die Lit. ist zwar zT der Auffassung, die Planungsleistung sei der Software-Erstellung immer eigen.⁵⁴ Da aber gerade viele Auftraggeber die Planungsleistung entweder selbst vornehmen oder entfallen lassen wollen, wäre die klare und betonte Regelung empfehlenswert.⁵⁵

Bei einer am **Wortlaut orientierten Auslegung** des § 650 BGB ergibt sich grob folgende Situation:⁵⁶ 29

- (1) **Herstellung von Standardsoftware:**⁵⁷ „Reines Kaufrecht“, da eine vertretbare Sache hergestellt wird. Im Gesetz (§ 650 BGB iVm §§ 433 ff. BGB) sind keine Mitwirkungsleistungen vorgesehen. Ist keine besondere Beschaffenheit durch Pflichtenheft vereinbart, insbesondere also nicht das vom Besteller erarbeitete Pflichtenheft Vertragsbestandteil geworden, greifen die weiteren Definitionen der mangelfreien Leistung. Das bedeutet aber auch, dass dann „Üblichkeit“ (wie schon bisher) und insbesondere auch das, was der Auftraggeber erwarten kann, nach der Art des Leistungsgegenstandes, Einfluss hat bzw. maßgeblich ist.
- (2) Die **Herstellung von Individualsoftware** ist die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache (§ 650 S. 3 BGB) mit der Folge, dass die Mitwirkungsleistungen des Werkvertragsrechts auch bei Anwendung von Kaufrecht gelten.
- (3) Dies gilt dann aber auch für die **Anpassung von vom Lieferanten „beigestellter“ bzw. mitgelieferter Standardsoftware**, bei der hinsichtlich der Mitwirkungsleistungen der Unternehmer wie nach bb) vorgehen kann.
- (4) Die Bearbeitung/Anpassung von **vom Kunden beigestellter Software** wird als „reiner“ Werkvertrag zu qualifizieren sein.⁵⁸
- (5) Auf Planungsleistungen ist Werkvertragsrecht nach BGH nur ausnahmsweise anzuwenden, wenn „die **Planungsleistung so dominiert**, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert“. „Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrages stehenden Lieferung herzustellender [Software] anzusehen sind“, sollen dagegen der Beurteilung des Vertrages nach § 650 BGB nicht entgegenstehen.

Die Vertragsgestaltung und **Verfahrensweise** des Auftragnehmers sollte in den Fällen (2) 30 und (3) sein, den Aktivitäten- und Fristenplan aus dem „Pflichtenheft“ (fachliche Anforderungen) zu entwickeln, festzulegen und zu vereinbaren, ggf. sollte der Besteller aufgefordert werden, seine (fachlichen) Anforderungen beizubringen. Unterbleibt dies, kann sich der Auftragnehmer als behindert darstellen und nach § 643 BGB ggf. auch nach Nachfrist kündigen, wobei dies unter Umständen nicht sehr „schlau“ ist. Ökonomisch besser wird sein, dem Besteller Unterstützung – ggf. als zusätzliche Leistung – anzubieten und dann die Vergütung fällig zu stellen.⁵⁹ Für (1) muss die „Mitwirkung“ explizit und detailliert im Vertrag

⁵³ Zur Frage des „Gewichts“ der Planungsleistung und deren Relevanz s. BGH Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08 (Rn. 25), CR 2009, 637 (640) mAnm Schweinoch – Siloanlage; zu den diversen, durch die BGH-Entsch. betroffenen Meinungen s. ders. CR 2010, 1 (6). Zum gemischten Vertrag, dort mit geringem Gewicht des werkvertraglichen Anteils s. a. BGH 8.10.2009 – III ZR 93/09, CR 2010, 109 – Video-Partnerportal.

⁵⁴ S. etwa Maume/Wilser CR 2010, 209.

⁵⁵ Auch im Hinblick auf BGH 4.3.2010 – III ZR 79/09, CR 2010, 327; → § 10 Vertragliche Grundlagen.

⁵⁶ EU-rechtlich geboten, in der Lit. aber die Mindermeinung, Einzelheiten → § 10 Vertragliche Grundlagen. Der BGH bestätigt die am Wortlaut orientierte Auslegung in seiner Entsch. v. 23.7.2009, die allerdings nicht zu Software erging, in Rn. 16 (VII ZR 151/08, CR 2009, 637 (638 f.)). Weitere Einzelheiten → § 10 der Vorauflage.

⁵⁷ Sa Schneider/von Westphalen/Schneider B. Rn. 106 ff.

⁵⁸ S. schon BGH 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93 zu Portierung; Argument auch: BGH 25.3.2010 – VII ZR 224/08, CR 2010, 422; → § 10 Vertragliche Grundlagen.

⁵⁹ S. BGH 13.7.1988 – VIII ZR 292/87, CR 1989, 102 – Registrierkasse.

geregelt sein, um zu greifen. Hierfür ist das Verfahren zur Gewinnung der Anforderungen, deren Formulierung und ggf. Freigabe detailliert zu regeln.

- 31 Die Besonderheit in den Fällen (1) und (2) ist, dass aufgrund des Mangelbegriffs des Kaufrechts auch die öffentlichen Äußerungen des Herstellers im Rahmen dessen, was übliche Beschaffenheit und Erwartungshaltung betrifft, gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB einbezogen bzw. als Beschreibung der Sollbeschaffenheit zu berücksichtigen sind. Relevant wird dies va, wenn sich die Äußerungen auf die zu erwerbende anzupassende Standardsoftware beziehen (3). Zudem greift § 377 HGB.
- 32 Der Auftraggeber ist bei (4) und (5) nicht über die Verweisungskette in § 650 S. 3 BGB zur Mitwirkung verpflichtet, sondern unmittelbar nach Werkvertragsrecht, was aber qualitativ keinen Unterschied macht. Jedoch ist in diesem Falle eine **Abnahme** vom Gesetz her vorgesehen. Das heißt, dass hier auch der praktische Abgleich zwischen Referenz (Pflichtenheft als „SOLL“) und Software sowie Dokumentation („IST“) erfolgt. Anders als bei der **Ablieferung**, die eine Art punktueller Akt der Übergabe in den Bereich des Auftraggebers ist, kann sich diese Aktion über eine längere Zeit hinziehen. Möglicherweise muss hierbei wiederum der Unternehmer den Besteller unterstützen.

Praxistipp:

Im Hinblick auf die **Unsicherheiten**, was genau gilt, ob etwa der „hM“ der Vorzug in der Praxis gegeben wird und auch die Herstellung von Standard- und Individualssoftware dem Werkvertragsrecht zugerechnet wird,⁶⁰ wird es sich empfehlen, in das Pflichtenprogramm des Vertrags nicht nur die **fachlichen Anforderungen**, sondern va das projektmäßige **Vorgehen** (Organisation, Zusammenarbeit, Mitwirkung) aufzunehmen. Das bedeutet, dass eine **Kombination** von Pflichtenheft und Aktivitäten- und Terminplan sinnvollerweise erstellt wird, was nicht zuletzt auch im Hinblick auf das Change Management⁶¹ Vorteile hat.

- 33 d) **Dauerschuldverhältnis, Kündigung.** Aufgrund des relativ hohen Prozentsatzes an schiefliegenden und gescheiterten Software-Erstellungsprojekten⁶² haben die Kündigungsmöglichkeiten eine große Bedeutung, insbesondere das freie Kündigungsrecht des Bestellers nach § 649 S. 1 BGB aF/§ 648 S. 1 BGB.⁶³ Dieses kann in AGB des Auftragnehmers nicht ausgeschlossen werden.⁶⁴ Ein nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksamer Ausschluss liegt auch dann vor, wenn in einem werkvertraglich zu qualifizierenden IT-Vertrag gemäß AGB des Anbieters eine Mindestlaufzeit gelten soll. Somit unterliegt nicht nur die Dauer einer Mindestlaufzeit der AGB-Kontrolle, sondern auch das Ob der Mindestlaufzeit. Letzteres ist vom Vertragstyp abhängig. Vom LG Düsseldorf⁶⁵ wurde bei einem IT-Projektvertrag der Einzelvertrag des Rahmenvertrags als Dienstvertrag qualifiziert, und zwar unter Berufung auf Heydn,⁶⁶ die Zweifel an der generellen Einordnung ins Werkvertragsrecht andeutet, aber letztlich auf Zweck und Interesse, ein brauchbares Werk zu erhalten, abstellt.
- 34 Klarer wäre es, im Vertrag zu regeln, dass eine Kündigung des Rahmen- oder Hauptvertrags Einzelverträge, die zuvor geschlossen worden waren, bestehen lässt, wenn diese nicht auch wirksam gekündigt werden (können), s aber LG Düsseldorf: „Eine Regelung in AGB des Auftraggebers betreffend einen IT-Projektvertrag, die eine automatische Beendigung des

⁶⁰ S. nur BGH 23.7.2009 – VII ZR 151/08, CR 2009, 637 – Siloanlage – einerseits, OLG München 23.12.2009 – 20 U 3515/09, CR 2010, 156, andererseits.

⁶¹ Ausführlich zum Change Management → § 18 IT-Projektmanagement.

⁶² Einzelheiten → § 18 IT-Projektmanagement.

⁶³ Zu den Änderungen per 1.1.2018 im Werkvertragsrecht s. Ammann, Das neue Bauvertragsrecht und seine Auswirkungen auf die Gestaltung von IT-Verträgen, DSRITB 2018, 667; Roth-Neuschild, ITRB 2017, 261 (ua zur Abnahmefiktion).

⁶⁴ LG Essen 16.12.2016 – 16 O 174/16, MMR 2017, 196.

⁶⁵ LG Düsseldorf 17.8.2022 – 41 O 61/21, MMR 2023, 310.

⁶⁶ MMR 2020, 284, 287: „... tendenziell aber IT-Projekte auch bei Vereinbarung einer agilen Vorgehensweise wohl eher als Werkvertrag einzuordnen sein werden. Denn der Auftraggeber wird am Ende eine brauchbare Software haben wollen ... und an ergebnislosen Arbeitsleistungen kein Interesse haben.“

Vertrags im Falle der Kündigung des bestehenden Hauptvertrags ohne weitere Erklärung oder Vereinbarung vorsieht, stellt eine unangemessene Benachteiligung dar.⁶⁷

Für Verträge, die seit dem 1.1.2018 geschlossen wurden, gilt das Recht beider Parteien (§ 648a BGB) zur Kündigung aus wichtigem Grund, wobei ausdrücklich auch eine Teilkündigung abgrenzbarer Teile möglich ist.⁶⁸ § 648a BGB wiederholt in weiten Teilen § 314 BGB.⁶⁹ Letztlich wird dadurch normiert, was die Rechtsprechung und Literatur auch bisher schon auf Basis von § 314 BGB angenommen hatte.⁷⁰ Die Kündigung nach § 648a BGB kann fristlos erfolgen. Ein wichtiger Grund liegt bereits dann vor, „wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.“ (648a Abs. 1 S. 2 BGB). Im Ergebnis wird also jeder Software-Erstellungsvertrag „einem Dauerschuldverhältnis nahe kommen“.⁷¹ Aus § 648a Abs. 4 BGB ergeben sich beiderseitige Mitwirkungspflichten der Parteien am Projektende zur gemeinsamen Leistungsstandfeststellung. Die Verweigerung der Mitwirkung führt grds. zu einer Beweislastumkehr für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung, es sei denn die nicht mitwirkende Partei hat den Umstand nicht zu vertreten und hat dies der anderen Partei unverzüglich mitgeteilt.

Bei der freien Kündigung des Auftraggebers nach § 648 BGB ist eine – evtl. gemeinsame – Leistungsstandfeststellung nicht geregelt. Sind im Angebot oder im Vertrag die Kalkulationsgrundlagen des Auftragnehmers nicht offengelegt und nicht ausgewiesen, welcher Projektfortschritt je Projektplan welchem Anteil an der vereinbarten Gesamtvergütung entspricht, dürfte im Falle eines vorzeitigen Projektabbruchs gerade bei Festpreisvereinbarungen die Höhe des Vergütungsanteils für erbrachte Leistungen streitig werden.

Die Bedeutung des freien Kündigungsrechts des Bestellers ist in der Praxis aufgrund der Beweisprobleme eines wichtigen Grundes (siehe auch unten) und aufgrund dessen, dass in der Regel nicht eine Partei allein eine Schiefelage des Projekts verursacht hat (viele Kunden haben gerade bei agilen Projektmethoden zu wenig Kapazitäten für die umfangreichen Mitwirkungserfordernisse oder unterschätzen diese), sehr groß. Zudem scheuen manche Auftraggeber (wenn möglich) Schuldzuweisungen gegen den Auftragnehmer, die bei Kündigung aus wichtigem Grund unvermeidlich sind. Allerdings kann für den Auftraggeber § 648 BGB aufgrund der Konsequenz für die Vergütungspflicht hins. nicht erbrachter Leistungen relativ ungünstig sein. Im Falle der Kündigung nach § 648 BGB ergibt sich die Höhe der zu zahlenden Vergütung hins. des noch nicht erbrachten Teils der Leistungen aus der Differenz zwischen der insoweit vereinbarten Vergütung und den kündigungsbedingt für nicht erbrachte Leistungen ersparten Aufwendungen. Auch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft oder deren böswilliges Unterlassen muss sich der Auftragnehmer zurechnen lassen. Erspart sind solche Aufwendungen, die der Unternehmer bei Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss.⁷² Dem Werkunternehmer wird also in den Fällen des § 648 BGB auch der kalkulierte und aufgrund der Kündigung entgangene Gewinn erstattet. Nach der gesetzlichen Vermutung des § 648 S. 3 BGB kann der Auftragnehmer nur 5 % des Vergütungsanteils für nicht erbrachte Leistungen verlangen und muss sich 95 % als ersparte Aufwendungen anrechnen lassen. Der Gesetzgeber arbeitet also mit einer Pauschalierung. Eine höhere Pauschale in AGB ist nicht per se unwirksam. Bei Bauverträgen hat der BGH in Verbraucher-AGB des Werkunternehmers immerhin 10 %⁷³ als Pauschale akzeptiert und 15 %⁷⁴ als nicht per se unangemessen beurteilt, allerdings fehlten für die Beurteilung der Angemessenheit tatsächliche Feststellun-

⁶⁷ LG Düsseldorf 17.8.2022 – 41 O 61/21, MMR 2023, 310, LS.

⁶⁸ Heydn CR 2018, 621; Hoeren/Pinelli MMR 2022, 511, 514.

⁶⁹ Hoeren CR 2017, 281 ff.; Roth-Neuschild ITRB 2017, 261 ff.

⁷⁰ OLG Frankfurt 15.12.2000 – 24 U 240/98, CR 2001, 503; BGH 13.6.2006 – X ZR 167/04, DB 2006, 1953; OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17, CR 2018, 631.

⁷¹ Hoeren CR 2017, 281 (284); Heydn CR 2018, 621 (622).

⁷² Für einen Internet-System-Vertrag OLG Düsseldorf 12.4.2016 – I-23 U 149/14, CR 2017, 256.

⁷³ BGH 27.4.2006 – VII ZR 175/05.

⁷⁴ BGH 5.5.2011 – VII ZR 161/10.

gen des Berufungsgerichts. Nach *Redeker*⁷⁵ sind bei Software-Erstellungsverträgen eher 40–50 % angemessen.

- 38 Die Kündigung aus wichtigem Grund steht – anders als § 648 BGB – beiden Parteien zu. Für den Kunden hat sie den Vorteil, dass – anders als bei § 648 BGB – keine Vergütungspflicht für noch nicht erbrachte Leistungen besteht (§ 648a Abs. 5 BGB). Die Vergütungspflicht für erbrachte Teile des Werks bleibt grds. bestehen, wobei ein Schadensersatz des Kunden nicht ausgeschlossen ist. Die Besonderheit des Projektabbruchs aus wichtigem Grund und des Schadensersatzes des Kunden lagen auch schon vor Inkrafttreten des § 648a BGB (über § 314 BGB) in den Beweisproblemen, **inwieweit ein wichtiger Grund vorliegt und inwieweit bezahlte Leistungen für den Kunden nicht brauchbar sind** und einen Schadensersatz begründen.
- 39 Hins. des wichtigen Grundes ließ der BGH⁷⁶ in einer älteren baurechtlichen Entscheidung genügen, dass der Werkunternehmer selbstgenannte Termine und Kosten beträchtlich überschritten hatte (wobei strittig war, ob diese verbindlich waren oder nicht) und den Wunsch der Beklagten nach weiterer – verbindlicher – Präzisierung nicht erfüllt hat. Nach Ansicht des BGH ist der Auftragnehmer auf ein – unter Berücksichtigung des bisherigen Verhaltens des Auftragnehmers – berechtigtes Verlangen des Kunden nach konkreteren Absprachen nicht eingegangen. Deshalb habe der Eindruck entstehen können, der Auftragnehmer wolle seine Position zum Nachteil des Kunden ausnutzen. Dies begründe einen für einen wichtigen Grund hinreichend schwerwiegenden Vertrauensverlust des Kunden, den der Auftragnehmer zu vertreten hat.
- 40 Hins. der **Vergütungspflicht** war die Auffassung jedenfalls zu § 314 BGB (schematisch zusammengefasst), dass die Leistungen, die der Auftragnehmer bereits erbracht hat, die abgerechnet sind und die der Kunde bereits bezahlt hat, vom Kunden als nicht mangelfrei dargelegt werden müssen, wenn der Kunde sein bereits bezahltes Geld zurückverlangen will. Dagegen muss der Auftragnehmer, wenn er noch nicht bezahlte Vergütung für erbrachte Leistungen haben will, darlegen und beweisen, dass der bis zur Kündigung erbrachte Teil der Werkleistungen mangelfrei ist. Dass der Teil für den Kunden von Wert ist, muss der Auftragnehmer nicht beweisen.⁷⁷ Wie die Mangelfreiheit bei vorzeitigem Projektabbruch hins. eines Teils bewiesen werden kann, der ggf. für sich genommen noch nicht lauffähig und ggf. auch sonst schwer prüfbar ist, was die Leistungsbeschreibung oder vereinbarte Abnahmekriterien betrifft, kann sowohl für den Kunden als auch für den Auftragnehmer ein Risiko sein. Insoweit bleibt abzuwarten, wie sich § 648a BGB in der Praxis der Software-Erstellungsprojekte bewährt. Das LG Wiesbaden⁷⁸ hatte zB angenommen, dass auch bei einem SCRUM-Projekt eine **Dokumentation** zu liefern und synchron zum Projekt zu erstellen ist. Fehlt bei vorzeitigem Projektabbruch des Kunden die Dokumentation, sei der erbrachte Teil des Werks schon allein deshalb mangelbehaftet, was einem vollständigen Vergütungsanspruch für den erbrachten Teil entgegenstehe. Das OLG Frankfurt⁷⁹ hatte dem widersprochen und ausgeführt, dass die bei Abbruch des Projekts ohne Fristsetzung fehlende Dokumentation der Systemarchitektur und ihrer Komponenten im „agilen“ fortlaufend korrigierten System der Softwareerstellung keinen Mangel darstellt. Dokumentation sei erst dann *„sinnvoll, wenn die Systemarchitektur und die letztlich verwendeten Komponenten feststehen.“* Das ergibt sich auch aus einer BGH-E, wonach ohne abweichende Vereinbarung *„von einem Softwarehersteller nicht ohne weiteres erwartet werden, dass er ohne*

⁷⁵ Redeker IT-Recht Rn. 455.

⁷⁶ BGH 25.3.1993 – X ZR 17/92, CR 1993, 759 – Bauherrenmodell, wobei der BGH klarstellte, dass Abrechnung nach Zeitaufwand und Werkvertrag sich keineswegs ausschließen, s.a. Siebers: Agile Softwareentwicklung in der forensischen Praxis, DSRITB 2018, 629, 643.

⁷⁷ BGH 25.3.1993 – X ZR 17/92, CR 1993, 759 – Bauherrenmodell.

⁷⁸ LG Wiesbaden 30.11.2016 – 11 O 10/15. Anspruch auf Dokumentation bejaht, Fälligkeit aber erst mit Abschluss der Arbeiten: BGH 20.2.2001 – X ZR 9/99, CR 2001, 367. Synchrone Erstellung ausdrücklich vereinbart: LG Bonn, → Rz. 74.

⁷⁹ OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16, dazu BGH 31.7.2018 – VII ZR 203/17: Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

*Rücksicht auf mögliche künftige Erweiterungen und Änderungen des Programms in jedem Stadium seiner Arbeiten eine diesen entsprechende Dokumentation gestaltet“.*⁸⁰

Vertraglich kann anderes vereinbart werden, etwa eine projektsynchrone permanente Parallelentwicklung der Software, u. a. als Inline-Dokumentation und dies in einer Qualität, die es dem Auftraggeber erlauben würde, jederzeit bei etwaigem Abbruch mit einem anderen Auftragnehmer weiterzuarbeiten. Dazu war etwa bei LG Bonn vereinbart:

*„Der Auftragnehmer ist verpflichtet, das Projekt, die Dokumentation und damit auch den Source Code während der Projektumsetzung jederzeit so zu dokumentieren, dass der Auftraggeber das Projekt zu jeder Zeit mit einem über die nötige Expertise verfügenden Dritten oder selbst weiterentwickeln bzw. nutzen kann.“*⁸¹

Eine weitere Tücke der Kündigung aus wichtigem Grund ist die Fristsetzung (§ 648a Abs. 3, § 314 Abs. 2 und Abs. 3 BGB). In einem Fall des OLG Köln⁸² war im Rahmen eines Outsourcing-Projekts eine Transitionsphase vereinbart worden, in der die IT-Infrastruktur des Kunden zum Anbieter transferiert wird, Schnittstellen angepasst bzw. erstellt werden u. ä. Software-Erstellungsleistungen erbracht werden.⁸³ Das OLG Köln hatte hins. des englischsprachigen IT-Outsourcing-Vertrags aus 2013 angenommen, dass zwei Unternehmen individualvertraglich von § 314 Abs. 2 BGB abweichen können, insbesondere wenn die Anforderungen der außerordentlichen Kündigung erleichtert werden. Gerade dann ist aber die Frage des Beginns der Frist des § 314 Abs. 3 BGB nicht leicht zu bestimmen. Die fragliche Kündigungsregelung war in der Entscheidung des Gerichts wie folgt ins Deutsche übersetzt worden:⁸⁴ Der Kunde kann *„den Vertrag ganz oder teilweise beenden, sofern der Lieferant grundlegend gegen seine Pflichten oder Verpflichtungen aus diesem Vertrag verstößt, eine derartige Verstoß erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Services, Dienste oder Dienstleistungen hat und falls der Lieferant einen derartigen Verstoß nicht innerhalb von 30 Tagen nach schriftlicher Mitteilung behebt.“*

Nach Ansicht des OLG Köln⁸⁵ war der Kunde (Klägerin) *„aufgrund dieser Regelung zwar nicht gem. § 314 Abs. 2 BGB verpflichtet, der Beklagten vor Ausspruch der Kündigung eine Frist zur Abhilfe zu setzen. Die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung scheitert also nicht bereits daran, dass die Klägerin die Beklagte nicht zuvor unter Androhung der fristlosen Kündigung erfolglos eine Frist zur Beendigung der Transitionsphase gesetzt hat. Vielmehr haben sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Mitteilung einer wesentlichen Pflichtverletzung, die hier in dem Nichterreichen eines Meilensteins besteht, ausreichend ist, was angesichts der Konsequenzen für den Dienstverpflichteten bei Nichteinhalten bestimmter Meilensteine (ganz oder teilweiser Wegfall ihrer Übergangsvergütung) als Warnung genügend ist. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Abmahnung, hier also eine Fristsetzung von 30 Tagen verbunden mit der Androhung der Kündigung, nicht als ungeschriebenes Merkmal in die – sehr detailliert gefasste – Kündigungsregelung im Service-Rahmenvertrag hineinzulesen.“* Das OLG Köln kam also zu dem Schluss, dass die vertraglich geregelte „Behebungsfrist“ nicht gleichbedeutend mit einer Abhilfefrist nach § 314 Abs. 2 BGB ist und dass die Parteien individualvertraglich von § 314 Abs. 2 BGB abweichen konnten insbesondere, wenn dies die Voraussetzung der Kündigung aus wichtigem Grund erleichtert.

In Bezug auf den Fristbeginn des § 314 Abs. 3 BGB ist aber ggf. beachtlich, ob § 314 Abs. 2 BGB abbedungen ist. Im konkreten Fall waren bereits mehrere Meilensteine gemäß

⁸⁰ BGH 20.2.2001 – X ZR 9/99, dazu Zitat bei Rn 74 u. 174; s. a. Schneider, ITRB 2017, 36, ders., ITRB 2017, 231.

⁸¹ LG Bonn 12.11.2021 – 10 O 296/19, Rn. 7. Zur Dokumentation war zudem geregelt (Rn. 7): „Gemäß § 1 lit. e) des Vertrages ... besteht „Dokumentation (...) aus Quellcode der Software mit Inline-Dokumentation, weiterführender Dokumentation im ResT-Format, User Stories und Designdokument. Die Dokumentation ermöglicht der Auftraggeber/in jederzeit, das Projekt auch ohne die Auftragnehmer/in zu betreiben, weiterzuentwickeln bzw. ggf. zu Ende zu führen, wenn entsprechende einschlägige Expertise vorhanden ist.“

⁸² OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17, CR 2018, 631.

⁸³ Heydn CR 2018, 621 (622).

⁸⁴ OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17 Rn. 79.

⁸⁵ OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17 Rn. 80.

Meilensteinplan nicht eingehalten worden (die Verantwortung dafür war, wie bei IT-Projekten üblich, umstritten) und der Kunde hatte dies jeweils gerügt. Als erneut ein kritischer Meilenstertermin verstrich, zeigte der Kunde das Nichterreichen an, forderte den Anbieter mit Fristsetzung zur Leistungserbringung auf und kündigte die Geltendmachung eines Verzugschadens an, bat aber zugleich um ein klärendes Gespräch. Nach weiteren Gesprächen forderte der Kunde den Anbieter mit Fristsetzung (3 Wochen) zur **Vorlage eines Alternativkonzepts** auf, wie das Projekt anders zum Abschluss gebracht werden könne. Vor Ablauf dieser Frist und vor Vorlage des Alternativkonzepts verstrich der Meilenstertermin Nr. 9 „System switched“, was der Kunde anzeigte.⁸⁶ Die – allerdings sehr praxistypische – Schwierigkeit des Falls lag darin, dass der Kunde den Anbieter zur Vorlage eines Alternativkonzepts aufgefordert hatte, der Anbieter fristgemäß einen Alternativvorschlag geliefert hatte, den aber der Kunde nicht annahm. Zwischenzeitlich verstrich ein weiterer Meilenstein. Der Kunde kündigte nun aus wichtigem Grund innerhalb von drei Monaten (bzw. 30 Tagen und 2 Monaten) nach Meilenstertermin Nr. 9. Nach Ansicht des OLG Köln ist eine Frist von **maximal 2 Monaten** bei einem IT-Projekt noch angemessen.⁸⁷ Fraglich ist jedoch, wann die 2 Monate zu laufen beginnen. Nach Rspr. des BGH⁸⁸ ist im Falle einer Abhilfefrist nach § 314 Abs. 2 BGB abweichend vom Wortlaut des § 314 Abs. 3 BGB für den Fristbeginn nicht auf die Kenntnis des Kündigungsgrundes, sondern auf das Verstreichen der Abhilfefrist abzustellen. Anders jedoch ggf., wenn von § 314 Abs. 2 BGB abgewichen wird. Das OLG Köln kam zum Schluss, dass der Zugang des Alternativkonzepts entscheidend für den Fristbeginn sei, zumal die vertraglich vereinbarte Behebungsfrist bei einem verstrichenen Meilenstein ohnehin reine Formalie sei.⁸⁹

Praxistipp:

Für die Vertragsgestaltung empfiehlt sich, nicht nur kritische Meilensteine zu definieren, sondern auch die Kündigungsgründe mehr zu konkretisieren, als dies in der Praxis üblich ist (auch was die Mitwirkung betrifft und ggf. kurze Zeitfenster, in denen ein Versäumen des Meilenstertermins noch keinen wichtigen Grund darstellt). Dazu ausgewogenen, tendenzielle eher Auftragnehmerfreundlichen Formulierungsvorschlag von Heydn:⁹⁰

- „(1) [...] Der Kunde kann diesen Vertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn
- (a) der Anbieter die Frist für die Erbringung eines *Kritischen Meilensteins* um mehr als zwei Wochen überschreitet und der Kunde sämtliche für den betreffenden *Kritischen Meilenstein* relevanten Mitwirkungspflichten gemäß § X sowie sämtliche für frühere Meilensteine relevanten⁹¹ Mitwirkungspflichten gemäß § X rechtzeitig und vollständig erfüllt hat.
 - (b) ...
 - (c) ...
 - (d) ...
- (2) [...] Der Anbieter kann diesen Vertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn der Kunde [(a) ... bis (d) ...]
- (3) [...] Die Kündigungsrechte gemäß Abs. 1 und Abs. 2 dürfen erst ausgeübt werden, nachdem die kündigungsberechtigte Partei der anderen Partei spätestens drei Bankarbeitstage⁹² nach Kenntnisnahme von dem zur Kündigung berechtigendem Umstand unter Androhung der Kündigung erfolglos eine 30-tägige Frist zur Abhilfe gesetzt hat oder, wenn der zur Kündigung berechtigte

⁸⁶ OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17 Rn. 11.

⁸⁷ OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17, amtl. LS 1.

⁸⁸ BGH 7.3.2013 – III ZR 231/12; zu kurzer Erklärungsfrist bei § 648a BGB, in Anlehnung an § 626 BGB: Busche MKBGB, 9. Aufl. 2023, Rn. 7.

⁸⁹ OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17, amtl. LS 2–5.

⁹⁰ Vollständiger Formulierungsvorschlag siehe Heydn CR 2018, 621 (628, 629).

⁹¹ Dieser Aspekt ist eine erhebliche Erschwerung für den Kunden. Hat er Mitwirkungspflichten für früher Meilensteine verspätet erbracht oder wurden sie sogar durch den Anbieter selbst nachgeholt, dann kann der Kunde wegen Meilensteinversäumnis kaum noch aus wichtigem Grund kündigen, auch wenn die Versäumnis des Kunden inzwischen ggf. aufgeholt oder irrelevant ist, zB aufgrund CR.

⁹² Die kurze 3-Tagesfrist sowie der relativ lange Zeitraum von 6 Monaten bei der Abmahnung erschweren die Kündigung, was tendenziell günstiger für den Anbieter ist. In der Praxis wird ein Kunde aus wichtigem Grund mit zeitnaher Wirkung kündigen wollen.

Umstand nicht mehr andauert, die andere Partei erfolglos abgemahnt hat und zwischen Zugang der Abmahnung und erneuter Pflichtverletzung nicht mehr als sechs Monate verstrichen sind. Die Setzung der Abhilfefrist ist entbehrlich, wenn sich aus dem Projektfortschritt oder aus sonstigen Umständen klar ergibt, dass eine Abhilfe innerhalb von 30 Tagen unmöglich ist; im Übrigen bleibt § 314 Absatz 2 Satz 2 BGB iVm § 323 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB unberührt.
[(4) ...(5)...]“

Zu Recht weist Heydn⁹³ darauf hin, dass die im genannten Urteil des OLG Köln⁹⁴ geregelte Frist von 2 Monaten nur ausnahmsweise als noch angemessen im Sinne des § 314 Abs. 3 BGB anzusehen ist. Der Regelfall dürfte eher ein Monat sein.

e) **Einfluss der personellen Besetzung von Projektleitung bzw. Gremien auf den Vertragstyp.** Das BGB verwendet die Begriffe „Verantwortung“, „Projektverantwortung“ oder „Projektleitung“ im Werkvertragsrecht nicht für den Unternehmer und dessen Pflichten, wohl aber für den Besteller (§ 645 BGB). § 631 Abs. 1 BGB besagt, dass der Unternehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet wird. § 631 Abs. 2 BGB präzisiert, dass der Gegenstand des Werkvertrages sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache sein kann und zwar „als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“. Aus dieser Erfolgsorientierung des Werkvertrages (im Gegensatz zum Dienstvertrag iSv § 611 BGB) und der Pflichtenteilung (Besteller/Kunde hat die Vergütung zu zahlen, § 631 Abs. 1 BGB, und Mitwirkungsleistungen zu erbringen, § 642 BGB) ergibt sich, dass grundsätzlich der Auftragnehmer im Verhältnis zum Auftraggeber allein die Verantwortung für diesen Erfolg bzw. das Gelingen des Werkes trägt. Die **Risikoverteilung** des Werkvertrages geht davon aus, dass allein der Auftragnehmer das Risiko der Fertigstellung übernimmt.

Im Falle einer werkvertraglichen Charakterisierung eines Software-Erstellungsvertrages erscheint es folgerichtig, den Begriff der Projektverantwortung einzuführen und den Auftragnehmer in der Situation zu sehen, dass er grundsätzlich die Projektverantwortung allein zu tragen hat und dass ihm grundsätzlich auch die alleinige **Projektleitung** obliegt. Um nämlich seine alleinige Projektverantwortung auszuführen, hat der Auftragnehmer sowohl das Recht als auch die Pflicht zur Projektleitung.

Praxistipp:

Einige Meinungen, die die Projektverantwortung bei Software-Erstellung nicht (allein) beim Auftragnehmer sehen,⁹⁵ kann man als praxisbezogen bezeichnen.⁹⁶ Der klaren Zuordnung von Aufgaben und Risikosphären ist dies nicht zuträglich. Besser wäre bei gemeinsamer Verantwortung auch ein anderes Vertragsmodell zu unterlegen, etwa Dienstvertrag oder Gesellschaft, was aber meist nicht erwünscht ist bzw. nicht erfolgt.

f) **Änderung des Vertragstyps im Projektverlauf.** Strebt der Kunde einen Werkvertrag (bzw. einen Leistungserfolg als Vertragsgegenstand) an, behält der Kunde aber alle möglichen Kompetenzen, das Projekt zu steuern, Einfluss zu nehmen, Änderungen vorzunehmen uä, koordiniert der Kunde evtl. sogar mehrere Teams, an die Einzelverträge vergeben worden sind, kann sich der vom Kunden angestrebte **Vertragstyp Werkvertrag in einen Dienst-**

⁹³ Heydn CR 2018, 621, (630).

⁹⁴ OLG Köln 1.6.2018 – 19 U 164/17.

⁹⁵ S. zB Bartsch in BeckFormB BHW Form. III. G. 4. § 12 zur PL und § 13 andererseits zu Gremien; Müller-Hengstenberg/Kirn CR 2008, 755 (760).

⁹⁶ Zum Sprachgebrauch sa das Beispiel OLG München 22.11.1988 – 1 U 5606/87, CR 1989, 803, wo „Projektleitung“, „Ansprechpartner“ uä durcheinander gehen; aber auch LG Saarbrücken 28.4.1998 – 6 O 434/96, CR 1999, 362 zur „Leitung der Projektsteuerung“ und BGH 10.6.1999 – VII ZR 215/98, DB 1999, 1900 zur „Projektsteuerung“ beim Bau; zur Gestaltung als Werkvertrag s. a. Lapp ITRB 2006, 166; zur Vertragstypologie bei **Subunternehmerverträgen** → Rn. 220 ff.

vertrag zurückverwandeln.⁹⁷ Spiegelbildlich versuchen naturgemäß viele – va große – Auftragnehmer, die Verträge so auszugestalten, dass genau dieser Effekt eintritt, dass nämlich der Kunde das Projekt steuert und somit der Vertrag als Dienstvertrag einzuordnen ist.

- 49 Wenn es jedoch bei dem Risiko-Schema des Werkvertrags verbleibt, muss der Auftragnehmer bei der **Vertragsdurchführung** dafür sorgen, dass er insbesondere die Schnittstellen zwischen der eigenen Verantwortung und der (im Werkvertragsrecht grundsätzlich untergeordneten) Verantwortung des Kunden so handhabt, dass der Auftragnehmer seiner Erfolgsverantwortung tatsächlich nachkommen kann. Dies betrifft vor allem die Bereitstellung des Pflichtenhefts und die späteren Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers, bei Letzterem vor allem die Bereitstellung von Testdaten und evtl. notwendige Konkretisierungen des Pflichtenhefts.

Praxistipp für den Auftraggeber:

Der Kunde wiederum muss beachten, dass er während der **Vertragsdurchführung** nicht schleichend die Erfolgsverantwortung erhält, indem er zB typische Pflichten des Werkunternehmers bei der Projektsteuerung – etwa Leitung von Teams/Ausschüssen/Committees, Erteilung von Weisungen etc – nicht einfordert, sondern selbst vor(weg)nimmt.

- 50 g) **Einfluss der Vergütungsart auf den Vertragstyp.** Ein verbreiteter Irrtum ist, dass eine Art feste Zuordnung von Vergütung und Vertragstyp bestünde (Erstellung nach Zeitaufwand sei Dienstvertrag, zum Festpreis hingegen Werkvertrag). **Richtig ist**, dass sich beide Vergütungsarten sowohl mit Dienst- als auch mit Werkvertrag kombinieren lassen.⁹⁸
- 51 Das OLG Frankfurt⁹⁹ hatte in zweiter Instanz zu entscheiden, ob der Vergütungsanspruch bei einem gescheiterten IT-Projekt, zu dem nur ein sog. „Letter of Intent“ abgeschlossen wurde, fällig war. Den beabsichtigten „Projektentwicklungsvertrag“ hatten die Parteien nicht geschlossen, aber das Projekt bereits begonnen. Das Gericht ließ offen, ob die Softwareerstellung im SCRUM-Verfahren vertragstypologisch als Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren ist. Auch bei Werkvertrag sei der **Vergütungsanspruch fällig**. OLG ließ weiter offen, ob sich dies „bereits unmittelbar aus der gewählten „agilen“ Vertragsentwicklung nach dem SCRUM-Verfahren“ folge. Gem. dem LoI sollte die monatlich geschuldete Grundvergütung nach dem tatsächlich geleisteten Aufwand abgerechnet werden, sodass in Betracht käme, „in der jeweiligen Beauftragung für den Folgemonat eine Billigung des bisher Geleisteten im Sinne einer zumindest konkludenten Abnahme zu sehen.“ Jedenfalls aber könnten Erklärungen der Bekl. (insb. in einer Ratenzahlungsvereinbarung) so verstanden werden, „dass die Bekl. die bis dahin erbrachten Leistungen der Kl. als grundsätzlich vertragsgerecht geleistet und den geltend gemachten Zahlungsanspruch deswegen als fällig anerkennen wollte. (...)“

Die Vergütungsart ist also für die vertragstypologische Einordnung **nicht maßgeblich**.

2. Grundlegender Aufbau von Software-Erstellungsverträgen

- 52 a) **Allgemeines.** Häufig sind die Vertragsparteien der Ansicht, sobald die Tinte unter den Verträgen trocken ist, verschwinden die Verträge in der Schublade und werden allenfalls bei Streitigkeiten der Parteien wieder hervorgeholt. Richtigerweise dürften gerade Software-Erstellungsverträge zu den Verträgen gehören, in die die Vertragspartner sinnvoller Weise auch während der Vertragsdurchführung des Öfteren hineinschauen sollten. Vielleicht soll-

⁹⁷ Sa zu „Verschiebung“ im Laufe der Vertragsdurchführung von Kauf (Standard-Software und Hardware) zu Werkvertrag BGH 10.3.1998 – X ZR 70/96, CR 1998, 393 – Warenermingeschäft; s. LG Saarbrücken 28.4.1998 – 6 O 434/96, CR 1999, 362 zu den relevanten Kriterien der Bezahlung, Festlegung von Arbeitsort, Zeit und Tempo sowie die Leitung der Projektsteuerung.

⁹⁸ S. zB zu Anpassung nach Zeitaufwand (Stundensätzen) als Werkvertrag BGH 25.3.1993 – X ZR 17/92, CR 1993, 759. So auch OLG Frankfurt a.M. 17.8.2017 – 5 U 152/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen: BGH 31.7.2018 – VII ZR 203/17).

⁹⁹ OLG Frankfurt a.M. 17.8.2017 – 5 U 152/16 (Vorinstanz LG Wiesbaden 30.11.2016 – 11 O 10/15).

ten sogar Auszüge daraus (etwa die Anlagen) oder „Übersetzungen/Drehbücher“ des juristischen Textes in für das Projektteam leichter verständlicher Sprache an alle Beteiligten ausgehändigt werden. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Termine bzw. Terminpläne, sondern auch für die Leistungen und für das Pflichtengefüge. Insbesondere, wenn die Leistungen von Auftraggeber und Auftragnehmer eng verzahnt werden, ergibt es Sinn, diese **Verzahnung** für beide Parteien transparent zu machen, damit jeder der beiden Vertragspartner seinen Pflichten¹⁰⁰ inhaltlich richtig und termingerecht nachkommt. Wichtige Instrumente dabei sind „Pflichtenheft“¹⁰¹ sowie Aktivitäten- und Fristenplan.¹⁰² Ein transparenter Vertragsaufbau mit klarem Schema der Anlagen kann sehr dazu beitragen, dass der Vertrag später auch tatsächlich mit Leben gefüllt wird.¹⁰³

b) **Vertragsgegenstand.** Eine mögliche Methode zur transparenten Gestaltung des Vertragsgegenstandes ist, zunächst einmal in einem Überblick zum Vertragsgegenstand die Leistungen des Auftragnehmers, insbesondere auch den gewünschten Erfolg, grob zu beschreiben. Soweit dazu bereits bekannte Einzelhandlungen erforderlich sind, sollten auch diese beschrieben werden. Dies gilt etwa, wenn zB weitere Leistungen zur eigentlichen Software-Erstellung hinzutreten, mittels derer erst getestet oder in Produktivbetrieb gegangen werden kann (insbesondere Datenübernahme).¹⁰⁴ 53

c) **Leistungsbeschreibung/Fachliche Feinspezifikation/Pflichtenheft.** Zur Klarstellung: 54
Wenn im Folgenden von „Pflichtenheft“ die Rede ist, ist damit entsprechend der Rspr. des BGH die fachliche Feinspezifikation gemeint. Im Bereich der Informatik wird dafür der Begriff „Lastenheft“ verwendet.¹⁰⁵

Es empfiehlt sich, in einem evtl. gesonderten Abschnitt/Paragraph des Vertrages die Leistungsbeschreibung („Pflichtenheft“) genau zu bezeichnen und in Bezug zu nehmen, dh, dass der geschuldete Erfolg des Auftragnehmers in der Realisierung (Umsetzung) der im Pflichtenheft beschriebenen fachlichen Spezifikationen bestehen soll.¹⁰⁶ 55

Strittig bzw. offen könnte sein, 56

- ob und inwieweit diese Beschreibung abschließend ist,¹⁰⁷
- wer ihre Richtigkeit schuldet bzw. die Unrichtigkeit zu verantworten hat¹⁰⁸ und
- wie bei evtl. Mängeln der Leistungsbeschreibung zu verfahren ist, insbesondere ob der Auftragnehmer eine genuine Prüfungspflicht hat.

Die In-Bezugnahme von Dokumenten/Anlagen sollte über eine **klare Bezeichnung/Identifizierung nach Datum, Version, Autor(en)** erfolgen, wobei umfangreiche Anlagen ungern gesehen werden. Dem kann abgeholfen werden, wenn nur die ersten Seiten mit Gliederungen aufgenommen werden. Wichtig ist, dass die Leistungsbeschreibung das „Soll“ der Leistung **fachlich** beschreibt. Weder ein Wunschkatalog noch eine technische Beschreibung sind geeignet. Die Bezeichnung als „**fachliche Feinspezifikation**“ legt schon nahe, dass es daneben eine **technische** Feinspezifikation gibt, ebenso aber auch, dass es eine sowohl fachliche als auch technische **Grobspezifikation** als Vorstufe gibt. In der Praxis insbesondere der Gerichte 57

¹⁰⁰ Zur Verzahnung der Pflichten s. Rn. 5; zu neuen Vorgehensformen in IT-Projekten, die zT ohne Pflichtenheft sowie Aktivitäten- und Fristenplan auskommen s. → Rn. 144 ff.

¹⁰¹ → Rn. 44 ff.

¹⁰² → Rn. 64 ff.

¹⁰³ Zum Verhältnis Vertrag und Anlagen und dessen Gestaltung s. Redeker ITRB 2006, 242; Kremer in Redeker Handbuch der IT-Verträge, 6.1 Projektvertrag, Ziff. 1 und Rn. 23 ff. (v. a. zur Rangfolge).

¹⁰⁴ Zur Produktivsetzung vor Abnahme s. Grützmacher ITRB 2019, 88; → § 18 Rn.

¹⁰⁵ Voigt/Wiegand in Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch Werkstand: 37. EL Mai 2022, 33.1 IT-Projektverträge, Rn. 14, 15, u.a. Verweis auf OLG Celle 5.10.1994 – 13 U 17/94, s. a. Redeker IT-Recht, Rn. 315 ff.

¹⁰⁶ Zu Terminologie u. Inhalten Koch/Siegmund/Siegmund MMR 2022, 731, und → § 18 IT-Projektmanagement, Ziffer III.

¹⁰⁷ Evtl. auch Abgrenzung zu cic; s. zu Funktionsmangel BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511; BGH v. 29.9.2011 – VII ZR 87/11, NJW 2011, 3780 – Elektrodrücker.

¹⁰⁸ S. zB als „Warnung“: OLG Celle 20.2.1991 – 6 U 15/90, CR 1991, 610. Härte der Werkunternehmer schon bei Übernahme des Auftrags erkennen müssen, dass die ihm zur Verfügung gestellten Vorgaben für das zu erstellende Programmsystem unzureichend waren, war er verpflichtet, darauf hinzuweisen und vor den dadurch drohenden Mehrkosten zu warnen.

ist immer noch der Begriff des „Pflichtenhefts“ üblich. Da dieser im Bereich der Sachverständigen/Informatik anders belegt ist, wird es sich empfehlen, vertraglich klarzustellen, wer für was verantwortlich ist bzw. um was es sich genau handelt.¹⁰⁹

Einzelfragen:

- 58 *aa) Prüfungspflichten des Auftragnehmers.* Wenn der Auftraggeber das Pflichtenheft bestellt, ist häufig unklar, ob insoweit der Auftragnehmer eine Pflicht hat, diese Vorgaben des Auftraggebers zu **prüfen**, etwa auch dann, wenn sie ihm erst nach Vertragsschluss übergeben werden. Das Problem stellt sich bei vorvertraglicher Übergabe des Pflichtenhefts und Einbeziehung in den Vertrag regelmäßig nicht so stark. In einer solchen Konstellation wird im Regelfall die Kalkulation des Auftragnehmers auf diesem Pflichtenheft beruhen und der Auftragnehmer es insoweit geprüft haben. Erschwerungen und Hindernisse, die sich dann ggf. im Laufe des Projekts ergeben, werden eher zu seinen Lasten gehen, nicht zuletzt, wenn es um die Änderung der Ausführungsart und deren Erschwernisse geht.

Praxistipp:

Als vertragliche Regelung ist zu empfehlen, den **Reifegrad des „Pflichtenhefts“ (fachliche Anforderungen) deutlich zu machen** und ggf. bestehende Pflichten, etwa Verfeinerung oder Prüfung genau zu beschreiben.

Praxistipp für den Auftragnehmer:

Aus Auftragnehmer-Sicht günstig ist es, wenn vertraglich festgelegt ist, „dass der Auftraggeber mit dem Pflichtenheft seine **fachlichen Vorgaben vollständig** und **richtig** eingebracht hat und **für Änderungen und Mängel bzw. den mit deren Beseitigung und deren Folgen verbundenen Aufwand einsteht.**“

- 59 *bb) Fehlendes Pflichtenheft.* Was ist, wenn das Pflichtenheft (die fachlichen Anforderungen) nicht vorvertraglich vorlag oder dieses Pflichtenheft lückenhaft und/oder mangelhaft ist? Man wird davon auszugehen haben, dass ein nicht richtiges „Pflichtenheft“ (fachliche Anforderungen des Auftraggebers) eine Pflichtverletzung des Auftraggebers darstellt, die den Katalog der Rechte auslöst, wie dies allgemein bei einer Pflichtverletzung der Fall ist. Bleibt es dabei, dass der Auftraggeber das Pflichtenheft zu stellen hat, trägt der Auftraggeber die Verantwortung für dessen Richtigkeit. Dennoch kann es dann eine Pflicht des Auftragnehmers geben, den Auftraggeber bei der Abfassung zu unterstützen¹¹⁰ und das Pflichtenheft auf seine Richtigkeit hin zu prüfen, etwa im Sinne einer Schadensminderungsobliegenheit.
- 60 *cc) Übersicht Prüfungspflichten des Auftragnehmers.* Schematisch lassen sich verschiedene Situationen absichten, die unterschiedliche Pflichten bzw. Konsequenzen bei deren Verletzung nach sich ziehen:
- 61 Der Auftragnehmer wird verpflichtet sein, die Vorgaben des Auftraggebers einer Art Sichtprüfung im Hinblick auf **offensichtliche Fehler** zu unterziehen. Verletzt der Auftragnehmer diese Pflicht, kann er sich einerseits selbst schadensersatzpflichtig machen, andererseits daran gehindert sein, den evtl. Mehraufwand, der aus den Mängeln resultiert, erfolgreich geltend machen zu können.

¹⁰⁹ Sa Schneider/von Westphalen/Schneider Kap. C; ausführlich zu Spezifikationen und Pflichtenheft → § 18 IT-Projektmanagement, Ziffer III.; s. a. BGH 13.6.2006 – X ZR 167/04, DB 2006, 1953 – keine Pflicht des Bestellers zur Überprüfung des „Konstruktionsansatzes“ des Auftragnehmers. Zum Pflichtenheft → § 10 und → § 18.

¹¹⁰ S. zB OLG München 8.8.2022 – 20 U 3236/22, MMR 2023, 211, LS 3, mit Verweis auf OLG Köln 6.3.1998 – 19 U 228/97 bez. Erkundigungspflicht bei erkennbar fehlender Erfahrung des Kunden mit dem Programm.

Ist der Mangel der Vorgabe derart, dass er erst im Laufe der Realisierung erkennbar wird bzw. ist er nicht bei einer Grobdurchsicht erkennbar, wird der Auftragnehmer verpflichtet sein, **unverzüglich** nach Kenntnis entsprechende Mitteilung zu machen, den Auftraggeber zur Beseitigung bzw. Klarstellung aufzufordern. Etwaige Erschwernisse bzw. Mehraufwand hieraus werden zu Lasten des Auftraggebers gehen. 62

Was gilt, wenn die Anforderungen des Auftraggebers zwar nicht falsch sind, aber der **Konkretisierung bedürfen**? Der Auftraggeber wird verpflichtet sein, diese Konkretisierung nachzuholen (Mitwirkung). Probleme bereitet dies, falls § 642 BGB nicht explizit über § 650 BGB anzuwenden ist bzw. dies nicht individualvertraglich vereinbart ist. Den Mehraufwand auf Seiten des Unternehmers wird wahrscheinlich der Auftraggeber zu tragen haben, etwa im Sinne eines Zusatzauftrages auf Unterstützung, also nach § 612 BGB.¹¹¹ 63

Bei der Konkretisierung wurden, evtl. mangels spezifischer Vorgaben des Auftraggebers, die Mängelkategorien „**gewöhnliche Verwendung**“ bzw. „**berechtigte Erwartungshaltung**“ eine Rolle spielen.¹¹² Vielleicht wäre es richtiger, statt eines „mittleren“ einen „**üblichen**“ Ausführungsstandard, der der Aufgabenstellung entspricht (ähnlich § 633 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 434 Abs. 3 BGB), zu fordern.¹¹³ 64

Auch sind die sog. **Funktionsmängel** zu berücksichtigen: dem Auftragnehmer wird als Mangel zugerechnet, wenn er nicht auf die Mängel der **Vorleistung** (des Drittunternehmers) hinweist, etwa denkbar als Problem der Interaktion, des Zeitverhaltens uä beim Zusammenwirken von Datenbank-Software und Warenwirtschaft.¹¹⁴ 65

Checkliste Prüfungspflichten

Im Hinblick auf die Vertragsgestaltung wird es sich empfehlen, explizit zu regeln:

- Prüfung etwaiger Vorgaben des Auftraggebers,
- evtl. Vergütung dieser Prüfung,
- die Verantwortung für die Vorgaben des Auftraggebers bzw. für das Prüfungsergebnis des Auftragnehmers,
- die damit verbundene „Ausführungsart“.

dd) Keine Prüfungspflicht des Auftraggebers. Es liegt nahe, den Auftraggeber in der Pflicht zu sehen, seinerseits die Planungsleistung zu prüfen, va das ggf. vom Auftragnehmer in der ersten Phase auf Grund expliziter Beauftragung erstellte „Pflichtenheft“. Soweit es um die **Richtigkeit der fachlichen Angaben** in dem Sinne geht, dass der Auftraggeber diese Anforderungen stellt, wird man dies wirksam regeln und seitens des Auftragnehmers als Mitwirkung vom Auftraggeber verlangen können.¹¹⁵ Was nicht ohne abweichende Individualvereinbarung verlangt werden kann, ist eine Prüfung der Ausführungsplanung, also des technischen Konzepts.¹¹⁶ 67

¹¹¹ Zu einem Verfahren im Rahmen der Zusammenarbeit und deren Regelung → Rn. 60 ff. und → § 18 IT-Projektmanagement.

¹¹² In § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 in der Relation: „... für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann“.

¹¹³ BGH 16.12.2003 – X ZR 129/01, CR 2004, 490, „mittlerer Ausführungsstandard“ (s. schon BGH 24.9.1991 – X ZR 85/90), wäre jeweils etwas spezifischer auf den konkreten Vertrag und dessen Zweck hin zu fassen. S. a. → § 18 Rn. 73 ff.; Hoeren/Pinelli MMR 2022, 511 m. Verw. auf OLG Düsseldorf 18.7.1997 – 22 U 3/97.

¹¹⁴ S. zu unzureichender Leistung des Blockheizkraftwerks für die vom Auftragnehmer gemäß Leistungsbeschreibung erstellte Heizungsanlage BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511; s. a. zur Hinweispflicht BGH 29.9.2011 – VII ZR 87/11, NJW 2011, 3780 – Elektrodrücker.

¹¹⁵ Zur „Freigabe“ → Rn. 68, 187 ff.

¹¹⁶ So hinsichtlich „Konstruktionsansatz“ BGH 13.6.2006 – X ZR 167/04, DB 2006, 1953 und → Rn. 165 ff.

- 68 d) **Rechtseinräumung.** Viele Auftraggeber haben die Vorstellung, ihnen „gehöre“ alles, was für sie hergestellt wird. Manche Verträge regeln zwar die „Eigentums“-Verhältnisse, nicht jedoch die Nutzungsrechtseinräumung.¹¹⁷ Eine ähnliche Spezifikation wie die Leistungsbeschreibung bringt hinsichtlich des Vertragsumfangs die „Rechtseinräumung“ mit sich. Hier wird klargestellt, welche Rechte der Kunde an der Software erhält, ggf. auch unter welchen Bedingungen (Zahlung, Bestehen des Pflegevertrages uä). Eigentum iVm Software zu regeln, erscheint aber nur für die Materialien sinnvoll, die die Entwürfe, Abläufe, Schemata und Codes enthalten.¹¹⁸ Die Schutzfähigkeit v. a. von kürzen Quellcodeabschnitten, kann im Einzelfall unklar sein.¹¹⁹ Komplexere, umfangreiche Codes werden im Zweifel über die erforderliche Individualität und Originalität verfügen. Es gibt vielfältige Möglichkeiten, Programmcode zu schreiben und Funktionalitäten umzusetzen. Allerdings werden diese Möglichkeiten durch „*Syntax der Programmiersprache, verfügbare technische Infrastruktur, angesteuerte Drittprogramme, Konventionen sowie Stilvorgaben eingeschränkt.*“¹²⁰ Ein Quellcode dürfte wohl im Regelfall qualitativ hochwertiger sein, je mehr er Programmierrichtlinien einhält, was jedoch gerade die urheberrechtlich geforderte Individualität einschränkt. Auch bei Computerprogrammen kommt es für die Schutzfähigkeit darauf an, dass der Programmierer individuell über Formulierungen entscheiden konnte und nicht nur sklavische Einhaltung von Programmierrichtlinien oder sonstigen Zwängen hins. der Umsetzung in Code ohne Entscheidungsspielräume vorliegt. Dabei ist nicht der Umfang der einzelnen Entscheidung maßgeblich, sondern eine Summe vieler kleiner Entscheidungen des Programmierers genügt.¹²¹ Setzt der Programmierer zB mathematische Formen in Code um, sind aufgrund der Vorgaben der Mathematik die Entscheidungsspielräume sehr eingeschränkt.
- 69 Wird ein Anspruch auf Herausgabe des Quellcode zugunsten des Auftraggebers vereinbart,¹²² impliziert dies zunächst (allenfalls) die konkludente Einräumung der Mindestrechte nach §§ 69a ff. UrhG und evtl. darüber hinaus Bearbeitungsrechte im Rahmen der Ermittlung des Umfangs im Sinne der **Zweckübertragungstheorie**. Soll es um **Bearbeitung, Vertrieb und Ausschließlichkeit** gehen, ist eine explizite Vereinbarung zu empfehlen. Diese Rechtseinräumung wäre vorsorglich auch bei Hinterlegung des Quellcodes zu vereinbaren¹²³ und zwar für die jeweils aktuell hinterlegte Version, wenn der Herausgabefall eintritt.
- 70 Ebenso sollte explizit geregelt werden, **wann** die Rechtseinräumung greift. Für den Auftragnehmer würde es wie ein Eigentumsvorbehalt wirken,¹²⁴ falls die Rechte erst voll auf den Kunden übergehen, wenn voll bezahlt ist.¹²⁵ Der Kunde will erst voll zahlen, wenn die Software bei ihm funktioniert und stabil sowie performant gemäß Service Level Agreement läuft.
- Für Tests, ggf. im Echtbetrieb, braucht der Besteller bereits Nutzungsrechte. Die Abnahme bzw. Vertragsgemäßheit sollte er erst erklären, wenn er **alles** erhalten und erprobt hat.

Praxistipp:

¹¹⁷ Einzelheiten und Erläuterungen zu Rechten an der Software → § 5 Rechtsschutz von Computerprogrammen und digitalen Inhalten.

¹¹⁸ S. schon BGH 20.1.1994 – I ZR 267/91, CR 1994, 275 – Holzhandelsprogramm.

¹¹⁹ S. aber zur Frage der Urheberschaft bei einzelnen Komponenten BGH 20.9.2012 – I ZR 90/09 – UniBasic-IDOS.

¹²⁰ Hoeren/Wehkamp CR 2018, 1 (7).

¹²¹ Hoeren/Wehkamp CR 2018, 1 (7); zum UrhR-Schutz bei Anpassung III.3 (→ Rn 183 ff) und generell bei Software → § 5.

¹²² Sogar aufschiebend bedingt für zukünftige Versionen insolvenzfest gemäß BGH 17.11.2005 – IX ZR 162/04, CR 2006, 151 (iVm Vergütungsregelung). Ohne explizite Vereinbarung der Herausgabe ist der Anspruch darauf unsicher, s. → Rn. 141 mit div. Entscheidungen im Übbl.

¹²³ S. a. → Rn. 135 ff., 141 zur Rspr. Zur Hinterlegung s. Remmert/Kast, Digital Escrow. Rechtsschutz durch Hinterlegung digitaler Wirtschaftsgüter, 2022; → § 38.

¹²⁴ Zum Problem des Eigentumsvorbehalts bei Software Schneider Q Rn. 557 ff.

¹²⁵ S. a. Muster Lehmann/Spindler in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 82 Verträge über Computerprogramme, Rn. 58 § 5 mit Varianten.

Die Spannung zwischen diesen Haltungen lässt sich auftragnehmergünstig durch die explizite Regelung des **stufenweisen Übergangs der Rechte** ausgleichen.¹²⁶ Für den Auftraggeber wäre wichtig klarzustellen, dass die stufenweise Rechteinräumung (gestuft nach seinen Zahlungen) allenfalls für die ausschließlichen Rechte gilt. Andernfalls muss er befürchten, dass bei Zurückbehaltung oder Minderung der Vergütung (zB aufgrund von Mängeln, die der Auftragnehmer nicht als solche anerkennt) Streit entsteht, ob der Auftraggeber überhaupt ein Nutzungsrecht hat.

e) **Zusammenarbeit der Parteien/Projektverantwortung/Mitwirkung.**¹²⁷ Vertragsgegenstand, Leistungsbeschreibung und Rechteinräumung bilden insofern eine Einheit, als sie den Leistungsumfang mit Pflichten des Auftragnehmers und Mitwirkung des Auftraggebers im Wechselspiel zusammenfasst. Insofern wird es sich anbieten, in einem weiteren Abschnitt/Paragraph die Zusammenarbeit der Parteien und die Mitwirkung des Auftraggebers/Kunden detailliert zu regeln,¹²⁸ wozu auch der Aktivitäten- und Fristenplan dient (→ Rn. 64 ff.).

Es ist eine weitverbreitete und in Notsituationen gern geäußerte Vorstellung, insbesondere bei Software-Erstellungsprojekten würden Auftragnehmer und Auftraggeber „in einem Boot sitzen“, beide Vertragspartner seien verantwortlich,¹²⁹ mit der Folge, dass man sich bei Störungen (wieder) zusammensetzt, um gemeinsam nach Lösungen zu suchen. Dabei übersieht der Kunde häufig, dass Voraussetzung für die Einordnung eines Software-Erstellungsvertrages als Werkvertrag grundsätzlich ist, dass die alleinige bzw. die Gesamt-Verantwortung beim Auftragnehmer liegt.

Die werkvertragliche Risikoverteilung sieht vor, dass **allein der Auftragnehmer das Risiko der Fertigstellung** übernimmt. Aus der Erfolgsverantwortung des Werkunternehmers/Auftragnehmers resultiert also dessen Projektverantwortung und daraus wiederum dessen Projektleitungsfunktion. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Projektleitung werkvertraglich auch dann dem Auftragnehmer obliegt, wenn im Vertrag eine Projektleitung **nicht ausdrücklich** ausgewiesen ist. S. dagegen bei „agilem“ Vorgehen Rn. 166. ff.

Bei Zusammenarbeit der Parteien müssen also auf beiden Seiten Ansprechpartner – insbesondere auch auf Seiten des Auftragnehmers der „Projektleiter“ – zu nennen sein und die Art und Weise, wie diese zusammenarbeiten.

Praxistipp:

Es kann sinnvoll sein, dass auch bei größeren Projekten die primären Ansprechpartner nur bestimmte Personen sind bzw. deren Stellvertreter, die also die gesamte Kommunikation kanalisieren. Nicht zu verkennen ist dann aber, dass diese Personen in gewissem Sinne das Nadelöhr bilden, also etwa bei Ausfall oder personellen Engpässen der Grund für Defizite werden könnten.

f) **Fristen- und Aktivitätenplan.** Generell bei Erstellungsverträgen, insbes. aber wegen der Unsicherheit, was hinsichtlich § 650 BGB gilt,¹³⁰ empfiehlt es sich, neben der inhaltlichen Leistungsbestimmung (Fachliches Feinkonzept, „Pflichtenheft“) das – evtl. gemeinsame – Vorgehen in einem „Aktivitäten- und Fristenplan“, „Vorgehensplan“, manchmal auch Masterplan genannt, festzulegen. **Rang, Änderungsverfahren und Folgen der Nichteinhaltung** sollten im Vertrag selbst geregelt werden, sodass der Vertrag (ua) zwei große „Anlagen“ hat:

- Fachliches Feinkonzept,

¹²⁶ S. Karger CR 2001, 357; ders. ITRB 2001, 67, dazu Redeker IT-Recht, Rn. 566: bei AGB unwirksam bzw. individuell vereinbart problematisch, wenn individuelle Ratenzahlung vereinbart wird; Entsprechendes wird für Zahlung je Spint bzw. Abschnitt bei agil gelten.

¹²⁷ Detailliert zu Projektverantwortung, Projektmanagement und Projektorganisation → § 18 IT-Projektverträge.

¹²⁸ Zur Mitwirkung siehe auch unten bei Software-Anpassung → Rn. 293 ff., → § 18 Rn. 167 ff., 193.

¹²⁹ S. etwa Redeker in Redeker Handbuch der IT-Verträge, Vertragsmuster 1.6 Softwareanpassung § 2; s. a. Müller-Hengstenberg/Kirn CR 2008, 755 im Zusammenhang mit Abnahme.

¹³⁰ → Rn. 15 ff.

- Aktivitäten- und Fristenplan.

76 Im Aktivitäten- und Fristenplan wird festgelegt, wer wann **welchen Schritt, evtl. federführend mit dem Vertragspartner gemeinsam bis wann ausführt**. Die Abhängigkeiten der Schritte von der Ausführung der jeweils vorausgehenden Schritte sind transparent darzustellen, ebenso die Folgen der Nicht- oder Schlechterbringung. Der Aktivitäten- und Fristenplan wird nicht für die gesamte Projektlaufzeit mit gleichbleibender Detailliertheit bereits bei Vertragsschluss vorliegen (können). Infolge dessen muss der Vertrag regeln, **wie und wann** die weitere Verfeinerung – etwa hinsichtlich späterer Phasen – erfolgen soll. Bei Erfolgsverantwortung auf Seiten des Auftragnehmers wird man grundsätzlich auch dessen Zuständigkeit für diese Aufgabe vorzusehen haben. Allerdings wird sich der Auftraggeber im Hinblick auf seine Ressourcen ausbedingen, dass er hinsichtlich der Mitwirkungsleistungen gefragt wird und die Festlegungen in Abstimmung mit ihm erfolgen.

77

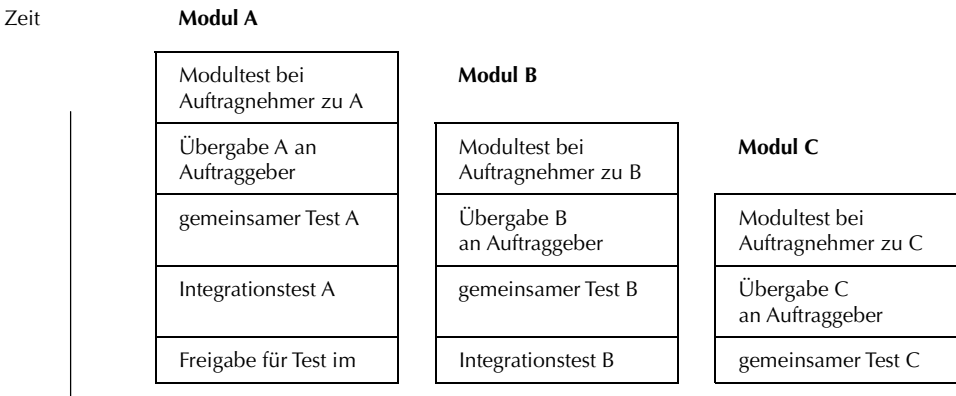
**Checkliste
Grundelemente Aktivitäten- und Fristenplan**

Gestaltungsvorschläge iVm Stufen-/Schrittfolge (wie üblicherweise bei komplexeren Test- und Abnahmeverfahren):

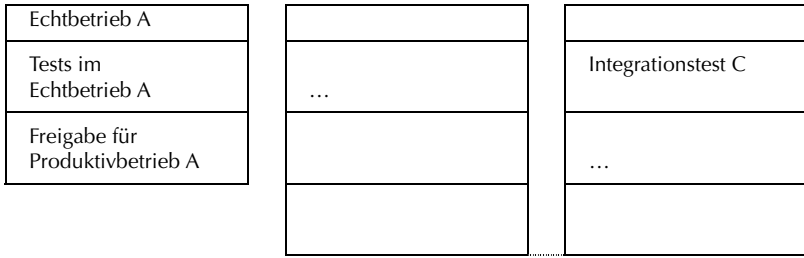
1. Bezeichnung der Aktivität einschl. laufender Nr.,
2. Inhalt, Ergebnis mit Bezug zum „Pflichtenheft“, Bezüge zu anderen Aktivitäten im Sinne netzplanmäßiger Abhängigkeiten (kritische Pfade),
3. Frist, Termin (Start, Ende),
4. Spalten mit den Parteien (AG/AN/Beide) zur Angabe, wer die Aktivität ausführt (sind „Beide“ genannt, ist der Federführende zuerst anzugeben),
5. Angaben zur Ausführung, Erfüllung, Kontrolle, Referenzierung von Protokollen,
6. Bemerkungen, va Revisionen.

78 Bei einem stufenweisen Projekt – etwa Leistungsbereiche nach Funktionsblöcken gegliedert – kann ein spezielles Vorgehensmodell die jeweilige Gewinnung der Nutzeranforderungen mit Erstellung der Spezifikation bis zu den Tests je Phase/Block so verteilen helfen, dass die diversen Teams zeitlich versetzt kontinuierlich mit ihren jeweils speziell eigenen Kompetenzen (zB ... Test für A, dann für B usw.) für die verschiedenen Blöcke/Module beaufschlagt werden.

79 Ein entsprechendes Vorgehensmodell kann sich auch speziell für modulweise Tests – je nach Aufgliederung – empfehlen:¹³¹



¹³¹ Beispiel aus Schneider T. Rn. 86.



g) **Change Management/Change Request (CR)**. Im Rahmen von IT-Verträgen sind mit „Changes“ nicht Änderungen des Vertragswortlauts gemeint, sondern **Änderungen der Leistung**. Solche Änderungen können aufgrund von Änderungswünschen des Kunden, aber ggf. auch durch Anregungen des Auftragnehmers angestoßen werden. Hierzu sind regelmäßig die Möglichkeiten vorzusehen, wie ein CR eingeleitet und durchgeführt werden kann und wie er mit Blick auf die Vergütung behandelt wird.¹³² In → § 18 IT-Projektmanagement wird auf dieses Thema genauer eingegangen. 80

h) **Abnahme**.¹³³ Einen eigenen Komplex im Vertrag bilden die Regelungen im Zusammenhang mit der Abnahme, wobei es dazu Vorläufer in Form von Tests beim Auftragnehmer, Test beim Kunden, Übergaben, unterschiedliche Arten von Tests, Abnahmekriterien uä gibt. Auch bei Anwendung von Kaufrecht lassen sich dem Abnahmeverfahren entsprechende Kriterien und Tests zur Ermittlung der Vertragsgemäßheit formulieren und vereinbaren. Im Folgenden wird weiter die werkvertragliche Terminologie benutzt. 81

Als grundsätzliche Frage ist zu entscheiden, 82

- ob die Parteien nach Fertigstellung noch längere Zeit die Möglichkeit haben, die Software mit Echtdaten zu testen, ohne dass es sich um einen die Abnahmefiktion auslösenden „Produktivbetrieb“ handelt oder
- ob es eine Art Stichtag gibt, an dem die Umstellung bewirkt wird, ab dem mit der neuen Software ausschließlich ohne Parallelbetrieb gearbeitet wird, evtl. also als Test im Echt- bzw. Produktiv-Betrieb, was mit erheblichen Risiken und Schwierigkeiten der Verantwortungsverteilung verbunden ist, va wenn für diese Phase (vor Abnahme) auch vereinbart ist, wie ggf. bei Mängeln zu verfahren ist, Mängel also noch keine sekundären Mängelrechte auslösen.¹³⁴

Eine **Abnahmeprüfung** im Rahmen des **Produktivbetriebs** berechtigt den Auftragnehmer als typische Notwendigkeit in einem solchen Stadium dazu, dass bei Auftreten von Mängeln zB SLA noch nicht greifen, ebenso wie sich Rechte des Kunden noch nicht nach Mangelrecht inkl. Nacherfüllung beurteilen.¹³⁵ Dies könnte auch evtl. Folgeschäden wie „Dateninkonsistenzen“, „Datenverlust“ oä betreffen, jedenfalls die **Schadensersatzposition des Kunden schwächen**. Entsprechend wichtig sind Regeln im Vertrag zu der **Verteilung der Verantwortung, wenn sich Fertigstellung, Prüfung und Nutzung überschneiden**. 83

¹³² S. z. B. Hoeren/Siegwarth/Pinelli: Change-Request-Management in IT-Outsourcing-Verträgen, MMR 2022, 921; Sarre/Welkenbach: Klassisches Änderungsmanagement für agile IT-Projekte? DSRITB 2021, 615.

¹³³ Zu Abnahme s. Schuster in Schuster/Grützmaker, IT-Recht, § 640 Abnahme; unter Verweis ua auf Grützmaker, Produktivsetzung vor Abnahme, ITRB 2019, 88; zu Themenfeldern einer umfassenden Regelung s. Bartsch CR 2006, 7; zu Vereinbarungen zu Test- und Abnahmeverfahren s. Bischof/Witzel ITRB 2006, 95; zu technologischen und rechtlichen Zusammenhängen der Test- und Abnahmeverfahren s. Müller-Hengstenberg/Kirn CR 2008, 755. Einzelheiten unter → § 18.

¹³⁴ BGH 19.1.2017 – VII ZR 301/13 – Fassade. Die Ausnahme, die der BGH gelten lässt (s. LS b): der AG kann nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen), würde nicht greifen, im Gegenteil, die Weiterarbeit ist gewollt.

¹³⁵ BGH 19.1.2017 – VII ZR 301/13 – Fassade, – VII ZR 235/15 – Anbau und – VII ZR 193/15 – Terrasse, dazu Schwenker NJW 2017, 1579; Schwepcke Die Wirksamkeit einer Fristsetzung zur Nacherfüllung vor Abnahme, NJW 2023, 2006; OLG Düsseldorf 25.4.2019 – I-5 U 185/17, NZBau 2019, 649 (nach BGH).

- 84 Die Abnahmekriterien sind am besten ähnlich wie die Mängelkriterien zu gestalten, wenn sich die Parteien hierüber auslassen wollen. Das maßgebliche Kriterium für die Differenzierung ist die **Auswirkung, die Schwere des Mangels**.
- 85 Für die Abnahme spielt die Spezifikation¹³⁶ als Referenz eine zentrale Rolle. Da eine „Abnahme“ im Sinn von § 640 BGB die Feststellung ist, ob die Leistung vertragsgemäß ist, ist eine Abnahme ohne eine Spezifikation schwer möglich. Weiter erforderlich ist die **Dokumentation**,¹³⁷ genauer: **Bedienungsanleitung mit Installationsanweisung**. Onlinehilfen sind kein Ersatz. Ohne Bedienungsanleitung (und Installationsanleitung) ist nicht erfüllt, **keine Abnahmereife** hergestellt.¹³⁸ Hinsichtlich des Stellenwertes der Dokumentation sind zwei Entscheidungen zu einem SCRUM-Projekt in den Fokus gerückt. Das OLG Frankfurt a.M. (Urt. v. 17.8.2017 – 5 U 152/17) hat dem BGH folgend eine Dokumentationspflicht erst bei Abschluss des gesamten Projekts angenommen. Dies hatte im Fall zur Folge, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf die Vergütung der Teilleistungen hatte, obwohl bei Projektabbruch keine (ausreichende) Dokumentation erstellt wurde. Die Vorinstanz (LG Wiesbaden Urt. v. 20.11.2016 – 11 O 10/15) lehnte den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ab, weil die erbrachten Teilleistungen eben nicht dokumentiert und somit für den Auftraggeber wertlos gewesen seien. Im Vertrag, den LG Bonn¹³⁹ zum Gegenstand hatte, war die „nach dem Vertrag geschuldeter Inline-Dokumentation im Quellcode, Design-Dokumentation sowie Anforderungsdokumentation“ projektsynchron gefordert, s. II. 3.
- 86 *aa) Mängelkategorien*. Es ist üblich, sog. Mängelkategorien zu vereinbaren. Im Hinblick auf SLA und die Folgen deren Nichteinhaltung erscheint dies besonders wichtig.¹⁴⁰ Auch die Formulierung in § 640 BGB legt dies nahe: „Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.“ (Abs. 1 S. 2). Obwohl das Mangelrecht keine solche Stufung vorsieht, kann sie sich im Hinblick auf SLA, Tests und „Abnahmefähigkeit“ empfehlen.
- 87 Das Verfahren zur Analyse und Qualifizierung/Bewertung (in Anlehnung an DIN 66.217) sollte genauer festgelegt werden. Siehe etwa folgende typische Einteilung) der Mängelkategorien in tabellarischer Form:¹⁴¹

Bezeichnung	Stufe/Priorität	Kennzeichnung/ Beschreibung	Wirkung/ Einvernehmliche Feststellung	Reaktions-, Beseitigungs- und evtl. Pufferzeit
A – Systemausfall	1, Extrem hoch	Die Software steht/läuft nicht ab. Die Software ist im Wesentlichen nicht nutzbar.	Abnahmeprüfungshindernd	R:1, B:2 P:0
B – Funktionsausfall	2, Hoch	Wesentliche Funktion steht oder ist praktisch nicht	Abnahmeprüfungshindernd	R:1 B:4 P:0

¹³⁶ → Rn. 44 ff.; § 18 IT-Projektmanagement.

¹³⁷ Anpassung von Software als Werkvertrag ist erst mit Übergabe der Dokumentation vollendet, s. BGH 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, CR 1993, 681 – Verkaufsabrechnung; Der Anspruch des Bestellers einer Individualsoftware auf Lieferung der Dokumentation wird grundsätzlich erst mit dem Abschluss der Arbeiten am Programm fällig. Vor allem bei möglichen häufigen Erweiterungen und Änderungen muss der Auftragnehmer nicht ohne weiteres in jedem Stadium eine entsprechend gestaltete Dokumentation fertig gestaltet haben; s. a. BGH 20.2.2001 – X ZR 9/99, CR 2001, 367 – Warentermingeschäft II; a.M. Vorinstanz OLG Düsseldorf 8.12.1998 – 21 U 152/95, BeckRS 1998, 16012.

¹³⁸ Zu Dokumentation ausführlich → § 18 IT-Projektmanagement.

¹³⁹ 12.11.2021 – 10 O 296/19.

¹⁴⁰ Zu SLA → § 14 Softwarepflege und Support.

¹⁴¹ Aus Vortragsunterlagen Schneider und Bischof.

Bezeichnung	Stufe/Priorität	Kennzeichnung/ Beschreibung	Wirkung/ Einvernehmliche Feststellung	Reaktions-, Beseitigungs- und evtl. Pufferzeit
		nutzbar.		
C – Funktionsstörung	3, Mittel	Es treten Mängel und dadurch Beeinträchtigungen bei der Nutzung auf.	Erhebliche Störung, Inkonsistenz, Nacharbeiten	R:2 B:6 P:1
D	4, Niedrig		Nicht wesentliche Störung	

bb) *Abnahmekriterien*. Es fehlen häufig Regelungen, nach welchen Kriterien und welchem Verfahren die Abnahme durchzuführen ist. In vielen Verträgen mangelt es an Regelungen zu Testsystem, parallelem Betrieb, Inbetriebnahme als Abnahmevoraussetzung (und nicht als konkludente Abnahmeerklärung), unterbrechungsfreier Erprobung ohne die Abnahmeprüfung hindernde Mängel und ohne Nachbesserungen. Stattdessen enthalten viele Verträge eine Klausel, wonach sich die Parteien noch im Laufe des Projekts auf Abnahmekriterien einigen (sollen). Dies ist äußerst riskant. Die Performance und andere Kriterien (zB Fehlerklassen) gehören zum Pflichtenheft bzw. den Anlagen zum Vertrag, anhand derer die Leistung und somit die Abnahmefähigkeit ermittelt werden kann.¹⁴² 88

Vorschlag: Test- und Abnahmekriterien, Verfahren zur Gewinnung iVm Abnahmeverfahren sollten rechtzeitig vor Vertragsschluss festgelegt werden, dabei auch Fehlerklassen iVm SLA, Schadenspauschalierungen uä. 89

cc) *Abnahmeverfahren*¹⁴³ 90

**Checkliste
Abnahme (Schrittfolgen bzw. Regelungspunkte)**

Bei „echtem“ Werkvertrag würde bei ausgearbeiteten Verträgen unterschieden:

- Fertigstellung der Software bei Anpassung und Erstellung von Software, Bereitschaft zur Übergabe
- betriebsbereite, abnahmefähige Übergabe iVm Einspielen und wohl auch Einweisung,
- gemeinsame Besichtigung mit Testläufen, gestaffelt nach Art der Tests, also etwa
 - Schreibtischtest/modulweise
 - Modultest praktisch
 - Wiederholung für die weiteren Module
- Integrationstest auf dem Testsystem/der Entwicklungsumgebung beim Auftragnehmer
- Installation auf dem Testsystem (?) beim Auftraggeber
- Abnahmetests, evtl. mit fester Frist, während derer keine Abnahme verhindernden und die Abnahmeprüfung behindernden Mängel auftreten dürfen
- Abnahmeerklärung, evtl. sogar noch – vorgeschaltet – endgültiger Test im Produktivsystem mit anschließender Abnahmeerklärung.

Zur Neutralisierung, falls doch **Kaufrecht** anzuwenden wäre, wird es sich empfehlen, trotz „Wegfalls“ des Instituts der Abnahme, zwischen

¹⁴² BGH 3.11.1992 – X ZR 83/90, CR 1993, 352 – Voraussetzungen stillschweigender Werkabnahme trotz expliziter Abnahmeregelung; BGH 12.3.1992 – VII ZR 5/91, NJW 1992, 1754 – Ablieferungskontrolle; BGH 12.10.2006 – VII ZR 272/05, NJW 2007, 366 (zum Subunternehmer → Ziffer IV); BGH 2.11.1995 – X ZR 93/93, CR 1996, 667 – Keine Abnahme, wenn Funktionsfähigkeit erst im Laufe der Benutzung feststellbar und AG Mängel sofort gerügt hat; BGH 13.3.1996 – VIII ZR 333/94, DB 1996, 1275; BGH 2.7.1996 – X ZR 64/94, NJW 1996, 2924 – Befundversicherungspflicht/Beweislast bei Nichtfunktion der Datensicherung (s. a. OLG Hamm 10.5.1999 – 13 U 95/98, CR 2000, 289).

¹⁴³ S. a. Witzel CR 2017, 213; Voigt/Wiegand in Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, Werkstand: 37. EL Mai 2022, 33.1 Rn. 55 – 68.

- Tests,
- Probebetrieb und
- Erprobung im Echtbetrieb
zu unterscheiden.

Regelmäßig geregelt werden sollten im Zusammenhang mit der Abnahme bzw. den Tests folgende Punkte bzw. Fragen:

- Testdaten**, deren Struktur und Umfang,
- wer stellt das **Testsystem** bzw. die Testsysteme,
- wer bewirkt die **Migration**, also dass tatsächlich auf dem Produktivsystem mit Echtdaten gearbeitet werden kann,
- wer ist für die **Sicherheit** auf dem **Produktivsystem** bis wann bzw. ab wann verantwortlich,
- was ist mit den **Ausfallschäden**, wenn ein Test auf dem Produktivsystem vereinbart ist und dieser fehl schlägt und erhebliche Nacharbeiten hinsichtlich der Daten erforderlich werden?

Praxistipp für den Auftraggeber:

Es empfiehlt sich, diese Fragen in dem **Vorgehensplan** dadurch genauer zu klären, dass jeweils feststeht, was bis zu welchem Zeitpunkt bzw. bis zu welchem relativen Zeitpunkt im Raster des Gesamtplans geleistet sein muss und wer dafür verantwortlich ist. Es wird also durchaus möglich sein, trotz des Vorliegens des Vertragstyps Kauf, die Projektverantwortung beim „Lieferanten“ bei Software-Erstellung zu belassen.

- 91 Ein oft vernachlässigtes Thema, das sich spätestens bei der Abnahme stellt, ist die Altdatenübernahme bzw. **Migration**. Ohne explizite Regelung im Vertrag oder implizit durch die Ausgestaltung der **Testscenarien** (zB Test mit aktuellen Echtdaten durch den Auftragnehmer, s. a. sogleich) wird die Datenübernahme Sache des Auftraggebers sein. Im Vertrag sollte die Migration auf das neue System genau geregelt sein. Bei Phasen der Entwicklung mit jeweils „Teilabnahme“ wird zwischen der ersten **Altdatenübernahme** einerseits und dem endgültigen **Umstieg** auf das neue System andererseits nicht nur längere Zeit liegen, sondern sich auch eine erhebliche **Änderungsrate** der Daten ergeben. Dazu kann die Eigenschaft der neuen Software erforderlich sein, auch die Altdaten aktiv verwalten zu können (zB für Abrechnungen oder im Zusammenhang mit Renten-/Pensionsverwaltungen).
- 92 Die **Qualität** der Altdaten wird für die Erfolgsrate der Übernahme entscheidend sein. Der Auftraggeber hat hier wesentliche Vorleistungen zu erbringen bzw. das Risiko schlechter Qualität grundsätzlich auf seiner Seite:¹⁴⁴
- „1. Unter den Begriff der „Installation“ fällt die Aufstellung der Hardware und das Aufspielen der bestellten (neuen) Software; er umfasst jedenfalls dann nicht auch die Übernahme der Altdaten, wenn hierzu weitere Programmierarbeiten erforderlich sind.
 2. *Schuldet der Auftragnehmer die Übernahme vorhandener Adressdaten in das von ihm gelieferte Programm, so bedeutet dies nicht, dass die Adressfelder des alten mit denen des neuen Programms identisch sein müssen.*
 3. *Der Auftragnehmer kommt so lange mit der Übernahme der Daten nicht in Verzug, als der Auftraggeber die von ihm angeforderten Informationen, in welche Felder des neuen Programms bestimmte Daten übernommen werden sollen, nicht erteilt hat, auch wenn der Auftraggeber derartige Angaben nicht für erforderlich hält.“*
- 93 Dennoch kann das Problem schlecht gepflegter, nicht dokumentierter Altdaten den Auftragnehmer treffen, etwa wenn er **vorbekanntlos die Übernahme durch ein spezielles Programm** angeboten hat:¹⁴⁵

¹⁴⁴ OLG Köln 21.1.1994 – 19 U 100/93, CR 1994, 538 (Leitsätze der Redaktion).

¹⁴⁵ Zum Problem s. OLG München 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646.

„... 3. Ein Konvertierungsprogramm, das eine beim Kunden vorbestehende Adressdatei übernehmen soll, ist auch dann mangelhaft, wenn die reibungslose Übernahme deshalb nicht funktioniert, weil die Adressdatei nicht im Industriestandard abgespeichert ist, es sei denn, letzteres wäre vertraglich vereinbart gewesen.“

Zur **Neutralisierung** gegenüber § 650 BGB können Regelungen gemäß folgender Schemata dienen: Eine Klausel in AGB, die erklärt „dieser Vertrag ist ein Werkvertrag“ oder „auf diesen Vertrag findet Werkvertragsrecht Anwendung“, dürfte wegen Intransparenz unwirksam sein, wenn § 650 BGB greift, da § 650 BGB auf Kaufrecht verweist.¹⁴⁶ Was aber wirksam sein müsste und daher ein gangbarer Weg wäre, sind Regelungen, Kriterien und Verfahren für die Feststellung, ob die Leistung des Auftragnehmers vertragsgemäß ist. Das Relevante ist also die Bestimmung der Leistung und der Abnahme(kriterien).¹⁴⁷ 94

Checkliste Grobschema Test-Regelung¹⁴⁸

Das folgende **Grob-Schema** muss entsprechend auf Module, Funktionalitäten usw. erweitert werden:

1. Test des Auftragnehmers anhand der vereinbarten Kriterien, wobei näher zu regeln wäre:
 - Testplan, evtl. Anlage zum Vertrag,
 - Testsystem (Wer stellt dieses? in dieser Phase der Auftragnehmer),
 - Testdaten (stellt der Auftraggeber, der dabei evtl. vom Auftragnehmer unterstützt werden muss),
 - Testfälle (stellt der Auftraggeber, der dabei evtl. vom Auftragnehmer unterstützt werden muss).
 2. Übergabe der Software und der Testergebnisse an den Auftraggeber mit Freigabe für Tests durch den Auftraggeber.
 3. Test des Auftraggebers, evtl. modulweise, evtl. mit Unterstützung des Auftragnehmers:
 - Funktional,
 - Integration,
 - Performance.
 4. Bearbeitung eingehender Meldungen, Mängelbeseitigung.
 5. Test im Rahmen eine Erprobung mit vereinbartem Zeitfenster ohne Störungen und Mängelbeseitigungen (frozen zone) möglichst unter Last.
 6. Freigabe für den Produktivbetrieb, evtl. noch Tests im Produktivbetrieb mit Regelungen zu Verantwortlichkeiten. Regelung im Vertrag, wie oft Ziffer 5. wiederholt werden kann bzw. soll.
 7. Der Beginn des Produktivbetriebs ohne Testcharakter wird einvernehmlich festgestellt.
- Ziffer 7. stellt zugleich den Beginn der Verjährungsfrist für Mängel dar. Von diesem Zeitpunkt errechnet sich auch die Frist herabgesetzter Pflege-Vergütung.¹⁴⁹

i) Mängel. Mit „Abnahme“ beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche nach § 634a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB. Allerdings käme es nicht zur Einordnung nach § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB, wenn man zwar § 650 BGB „umgeht“, jedoch mit der Begründung, 96

¹⁴⁶ BeckOK BGB/Voit, 65. Edition, Stand: 1.11.2022, BGB § 650 Werklieferungsvertrag; Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte Rn. 24, (Regelungen nur im Rahmen des Kaufrechts). Für Verbraucherverträge gelten gem. § 650 Abs. 2, 3 und 4 besondere Regeln, ua statt der §§ 633 bis 639 die §§ 327 BGB, s. iE Voit § 650, Rn. 26 ff.

¹⁴⁷ Die Regelungen zu SLA und Mängelrechten sollten mit diesen Kriterien abgestimmt sein. Sind keine Kriterien vereinbart, gilt mittlerer Ausführungsstandard orientiert am Vertragszweck, s. zu BGH 24.11.1991 – X ZR 85/90 und 16.12.2003 – X ZR 129/01 → Rn. 53.

¹⁴⁸ Tipps zur Planung und Durchführung eines Testverfahrens bei Witzel CR 2017, 213, 214 ff.

¹⁴⁹ Zum Problem der Vergütungspflicht des Pflegevertrags während der Verjährungsfrist für Mängel aus dem Beschaffungsvertrag → § 14 Softwarepflege und Support.

Software sei keine Sache bzw. es gehe nicht um die Herstellung einer neuen Sache. Durch die Unsicherheiten, wie § 650 BGB umgangen wird, ist auch die Verjährung sowohl hinsichtlich Dauer als auch Beginn unklar. Eine Einordnung der Verjährung bei Software-Erstellung nach § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB bereitet systematische Schwierigkeiten.¹⁵⁰

- 97 Allenfalls kommt eine Beurteilung nach § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB in Frage. Auch diese Frist kann, sogar in AGB, auf ein Jahr verkürzt werden, § 309 Nr. 8b) ff. BGB. Jedoch beginnt der Fristlauf nicht mit Abnahme(erklärung), sondern gemäß den Voraussetzungen der regelmäßigen Verjährungsfrist, § 199 BGB (Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis). In AGB des Unternehmers wird der Beginn nicht wirksam auf Abnahme vorverlagert werden können.
- 98 In **Einkaufsbedingungen** könnte auch die 2-Jahresfrist bei Anwendung von Kaufrecht auf 3 Jahre **ausgedehnt** werden.¹⁵¹ Erst recht wird der Besteller die 3-Jahresfrist in seine AGB wirksam aufnehmen können.

Praxistipp für den Auftragnehmer:

Mängelkategorien iVm Beseitigungszeiten, Wahl der Nacherfüllungsart und Zahl der Nachbesserungsversuche und deren Wirkung (Hemmung) sollten vorsorglich genau geregelt werden.¹⁵² Der Anbieter wird bestrebt sein, die Feinspezifikation möglichst zur alleinigen Referenz für Mängel iSv § 633 Abs. 2 S. 1 BGB („vereinbarte Beschaffenheit“), zu machen so dass für die anderen Mängelsebenen kein Raum bliebe.¹⁵³

- 99 AGB von Auftragnehmern sehen bisweilen vor, dass der Auftraggeber bei allen seinen Mängelrechten stets Nacherfüllungsfristen setzen muss.¹⁵⁴ Eine solche Klausel ist unwirksam, wenn sie nicht berücksichtigt, in welchen Fällen Nachfristsetzung entbehrlich ist:

„Eine Formularbestimmung, wonach der Vertragspartner des Verwenders diesem eine Frist zur Nacherfüllung setzen muss, auch wenn eine Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2, § 326 Abs. 5, § 636 BGB entbehrlich ist, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht.“¹⁵⁵

- 100 Sofern Software-Erstellungsverträge Gegenstand von Gerichtsentscheidungen sind, ist eine häufige Unklarheit, wie der Auftraggeber Mängel darzulegen hat.¹⁵⁶ Der BGH hat im Zusammenhang mit einem Online-Shop-Portal entschieden:

„Der Besteller genügt seiner Darlegungslast, wenn er Mangelercheinungen, die er der fehlerhaften Leistung des Unternehmers zuordnet, genau bezeichnet. Zu den Ursachen der Mangelercheinung muss der Besteller nicht vortragen. Ob die Ursachen der Mangeler-

¹⁵⁰ S. Ulmer ITRB 2003, 162; → Rn. 15 ff. und 85 f.

¹⁵¹ BGH 5.10.2005 – VIII ZR 16/05, NJW 2006, 47; s. dazu Redeker CR 2006, 433 (435).

¹⁵² Unberechtigte Mängelrügen, die Probleme aus der Sphäre des Kunden betreffen und die dieser hätte erkennen können, führen zu einem Erstattungsanspruch des Auftragnehmers, BGH 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, CR 2008, 278. Dabei hat der Kunde nur die Mangelercheinung mitzuteilen (zB Software stürzt regelmäßig ab), nicht aber die Mangelursache, BGH 30.10.2007 – X ZR 101/06, CR 2008, 145. Das bedeutet auch, dass AGB, wonach der Auftraggeber besondere technische Umstände hinsichtlich der Ursachen beschreiben soll, unwirksam sein dürften.

¹⁵³ Schuster/Hunzinger diskutieren für die Datenschutzzeignung von Software ein Durchschlagen der Datenschutzregelungen auf die vertragliche Sollbeschaffenheit, siehe CR 2017, 141. S. a. zur weiteren Disk. Dümeland: Sachmangelhaftigkeit von Software bei nicht DSGVO-konformer Entwicklung, DSRITB 2018, 641; Specht-Riemenschneider MMR 2020, 73; Potthoff ZD 2020, 348; Schneider ZD 2021, 458.

¹⁵⁴ Zur Fristsetzung zur Abnahme bzw. Abnahmefiktion trotz Mängelrüge vor Abnahme (§ 640 Abs. 2 BGB) s. Scheuch, NJW 2018, 2513; OLG Schleswig 10.10.2021 – 1 U 64/20.

¹⁵⁵ BGH 6.6.2013 – VII ZR 355/12 – Winterdienst (Leitsatz); zur Forderung nach Aufweichung der Vertragstypik Kirn/Müller-Hengstenberg: Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB? NJW 2017, 433; zur Typologie bei DID-RL und Umsetzung Sattler, NJW 2020, 3623.

¹⁵⁶ Einzelheiten zu prozessualen Aspekten → § 45 und 46.

*scheinung tatsächlich in einer vertragswidrigen Beschaffenheit der Leistung des Unternehmers zu suchen sind, ist Gegenstand des Beweises und nicht des Sachvortrags (BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 – VII ZR 488/00 ...).*¹⁵⁷

Im konkreten Fall hatte der Auftraggeber vorgetragen, dass die Schnittstelle eines Warenwirtschaftssystems zu einem Online-Shop-Portal, die der Auftragnehmer herzustellen hatte, nicht funktioniere (dh ein automatischer Datenaustausch nicht stattfinde) und das System nicht durchgängig funktionsfähig sei. 101

Teilweise hat die Rechtsprechung¹⁵⁸ weitreichende vorvertragliche Beratungspflichten des Anbieters bei Umstellung einer veralteten Software auf ein modernes IT-System angenommen. Vorvertragliche Pflichtverletzungen (Informations- oder Beratungsverschulden) können auch eine Sachmängelhaftung für die Leistungen aus dem IT-Projektvertrag begründen und ein Rücktrittsrecht für den Besteller eröffnen: 102

„Rn. 24: Die Kl. kann wg. Verletzung vorvertraglicher Beratungspflichten gem. §§ 280, 311 Abs. 2 BGB als Schadensersatz (negatives Interesse) die Rückabwicklung der mit den Beklagten zustande gekommenen Verträge über den Kauf und die Einführung der Software verlangen.

*Rn. 26: Für den Bereich von Verträgen über die Anschaffung von IT-Hardware oder IT-Software ist aufgrund der ein hohes Maß an Information und ggf. Beratung erfordernden Eigenheiten dieses Geschäftsfeldes seit längerem anerkannt, dass eine – auch – denkbare Sachmängelhaftung eine derartige Haftung aus vorvertraglichem oder auch bereits vertraglichem Informations- oder Beratungsverschulden betreffend die Eigenschaften der zu erwerbenden IT-Lösung nicht verdrängt (BGH, Urteil vom 6. Juni 1984 – VIII ZR 83/83, NJW 1984, Se. 2398 ff., bei juris, Rn. 34). Liegt es derart, kann offenbleiben, ob – wofür bei funktionaler Betrachtung manches spricht – bei einer dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht genügenden Erwerbsempfehlung durch den IT-Anbieter eine für sich funktionsfähige IT-Lösung zugleich sachmängelbehaftet ist (hierfür etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 10. Dezember 1993 -17 U 33/93).*¹⁵⁹

*Schuster/Hunzinger*¹⁶⁰ haben die Frage behandelt, wie die Pflicht zu Verwendung datenschutzkonformer IT-Lösungen auf die vertragliche Sollbeschaffenheit der Software durchschlägt. Das aufgrund der DS-GVO gestiegene Bußgeldrisiko und die hohen Kosten, die mit Anpassungen von Software auf die Anforderungen der DS-GVO verbunden sein können, haben die Bedeutung der Fragestellung verstärkt. Primär müsste der Anwender darauf hinwirken, dass Datenschutzcompliance der Software gegeben sein muss. Man wird aber auch argumentieren können, dass die insbes. auch hinsichtlich Sicherheit zur üblichen bzw. gewöhnlichen Beschaffenheit iSd § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 gehört.¹⁶¹ Insbesondere folgende Funktionalitäten bzw. Eigenschaften der Software bzw. ihr Fehlen können datenschutzrechtliche Relevanz haben: 103

- granulare Löschfunktionen
- granulares Berechtigungskonzept
- Report-Funktionalität: anonyme Reports
- Datenportabilität (zB „Kontoumzugsfunktion“ für Bankkunden)
- Aktualisierungsfunktion für Datei-Eigenschaften (Datenschutz-Default-Einstellungen), evtl. kombiniert mit Signatur
- Funktionen zur Protokollierung, Abrufbarkeit und Widerrufbarkeit von elektronischen Einwilligungen der Betroffenen

¹⁵⁷ BGH 5.6.2014 – VII ZR 276/13, MMR 2014, 591, Rn. 16, u. dazu Hoeren/Pinelli MMR 2022, 511, 513.

¹⁵⁸ Z. B. OLG Schleswig 3.6.2016 – 17 U 49/15, CR 2017, 83.

¹⁵⁹ OLG Schleswig 3.6.2016 – 17 U 49/15, Hervorhebungen durch Verfasser.

¹⁶⁰ CR 2017, 141.

¹⁶¹ Zur Ausstrahlungswirkung der §§ 327 ff BGB und § 434 BGB s. Schneider ZD 2021, 458.

- 104 Das Datenschutzrecht legt dem Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter Pflichten auf, jedoch grds. nicht Unternehmen in ihrer Rolle als reine Ersteller von Software,¹⁶² die Verantwortliche und Auftragsverarbeiter einsetzen. Ggf. hat jedoch der Kunde des Software-Erstellers Mängelrechte, wenn die Software nicht datenschutzkonform einsetzbar ist. Für den Kunden empfiehlt sich Anforderungen (ggf. unter Einbindung des Datenschutzbeauftragten) für Lieferanten festlegen, dh, welche Funktionalitäten aus datenschutzrechtlicher Sicht erforderlich sind (Ausgangspunkt sind fachliche Spezifikationen bzw. Leistungsbeschreibung). *Schuster/Hunzinger*¹⁶³ behandeln zunächst, inwieweit den Software-Veräußerer eine Beratungs- und Aufklärungspflicht oder Erkundigungs- und Ermittlungspflicht trifft.¹⁶⁴ Bei der Frage, ob ein Mangel vorliegt, müssten die fraglichen datenschutzrelevanten Eigenschaften der Software vereinbart oder sich aus der vertraglich vorausgesetzten Verwendung ergeben¹⁶⁵ oder zur üblichen Beschaffenheit gehören. Danach kann wohl zB eine vollautomatisierte Berücksichtigung von Lösch- und Aufbewahrungspflichten durch die Software ohne entsprechende Vereinbarung vom Kunden nicht verlangt werden.¹⁶⁶
- 105 Strittig ist, inwieweit sich bei kauf- und werkvertraglichen Software-Überlassungs- bzw. Erstellungsverträgen eine Pflicht zur Anpassung an Gesetzesänderungen (etwa DS-GVO) aus Leistungssicherungspflichten herleiten lässt.¹⁶⁷ Bei Verbraucherverträgen besteht insoweit eine Aktualisierungspflicht.¹⁶⁸ Bei Software-Miete gehört die Anpassung an Gesetzesänderungen, soweit für die Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit erforderlich, zur Hauptleistungspflicht des Vermieters.¹⁶⁹ Bei Pflegeverträgen ist zwar die Anpassung an geänderte funktionale Bedingungen üblich, maßgeblich ist aber das Vereinbarte.¹⁷⁰ *Raue* bejaht bei Herstellern hochpreisiger Software eine Pflicht, die den Hersteller „für die übliche Nutzungszeit dazu verpflichtet, die Software so an Gesetzesänderungen anzupassen, dass sie für den vertraglichen Nutzungszweck gebrauchstauglich ist“ aufgrund § 241 Abs. 1 BGB.¹⁷¹ Allerdings hat der Hersteller Anspruch auf angemessene Vergütung und die Leistungspflicht muss erforderlich und zumutbar sein.¹⁷² Allerdings ist § 241 Abs. 1 BGB dispositiv kann also modifiziert und abbedungen werden, woran aber in AGB des Herstellers hohe Transparenzanforderungen zu stellen sind.¹⁷³
- 106 j) **Haftung.** Eng mit der Abnahme hängt das Thema Mängel zusammen, mit diesem wiederum das Thema Schadensersatz/Haftung. Häufig wird das Thema Schadensersatz behandelt unter dem Stichwort „Sonstige Haftung“, was nur dann sinnvoll ist, wenn diese Regelung mit den möglichen Haftungsbegrenzungen/-einschränkungen bei den einzelnen Fallgruppen der Schlechtleistung bzw. Nichterfüllung abgestimmt ist. Möglicherweise kann eine Auffangklausel zur „Sonstigen Haftung“ entfallen, wenn keine Begrenzungsmöglichkeiten bei diesem Abgleich und aus den übernommenen Leistungsverpflichtungen verbleiben.

Praxistipp für den Auftraggeber:

¹⁶² Anders, wenn zB im Erstellungsprozess personenbezogene Daten zB zu Testzwecken verarbeitet werden. Einzelheiten → § 18.

¹⁶³ CR 2017, 141.

¹⁶⁴ S. Beispiele → Rn. 5.

¹⁶⁵ S. zB OLG München 17.11.2021 – 7 U 5822/20 (allerdings zu § 434 BGB).

¹⁶⁶ *Schuster/Hunzinger* CR 2017, 141 (148).

¹⁶⁷ Dafür *Raue* CR 2018, 277 (278), der die Pflicht aus § 241 Abs 1 BGB herleitet; dagegen *Marly*, *Praxishandbuch Softwarerecht*, 7. Aufl. 2018, Rn. 1046 f.; differenzierend *Redeker IT-R*, 6. Aufl. 2017, Rn. 675, der eine Aktualisierungspflicht des Herstellers nach Gefahrübergang aus §§ 19, 20 GWB ableitet, aber darüber hinaus verneint.

¹⁶⁸ §§ 327e, f BGB; *Hessel/Potel*, Update qua Gesetz – Aktualisierungspflicht nach § 327f BGB in der Praxis, *RD* 2022, 25; s. a. weitere Fundstellen sogleich.

¹⁶⁹ *Marly* Rn. 1346; *Orthwein/Bernhard* CR 2009, 354 (355). Einzelheiten → § 13.

¹⁷⁰ *Orthwein/Bernhard* CR 2009, 354 (355); *Raue* CR 2018, 277 (278).

¹⁷¹ *Raue* CR 2018, 277 (285).

¹⁷² Zur Aktualisierungspflicht bei B:C-Verträgen über digitale Produkte (seit 1.1.2022) *Felsch/Kremer/Wagener*: Handhabung der neuen Aktualisierungspflicht bei digitalen Produkten, *MMR* 2022, 18; *Specht-Riemenschneider/Mehner*: Updates und das „Recht auf Reparatur“, *ZfDR* 2022, 313.

¹⁷³ *Raue* CR 2018, 277 (285).

Bei Software-Erstellung sollte besonderes Augenmerk auf die Rechtsmängel und deren Verjährung gerichtet werden, insbesondere dann, wenn der Auftragnehmer teilweise „fertige“ Bausteine einbringt bzw. Fremd-Software insofern in Bezug nimmt, als er diese portiert uä.¹⁷⁴

Bei Anbietern aus dem anglo-amerikanischen Bereich finden sich häufig Regeln, wonach die Haftung für indirekte und direkte Schäden durch die Software bzw. das Produkt ausgeschlossen sein sollen („consequential and incidental damages“).¹⁷⁵ Aus Sicht des deutschen Rechts gibt es die Einordnung so nicht, wenn auch die Fallgruppen teilweise als Mangel- und Mangelfolgeschäden diskutiert werden. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit dieser Haftungsbeschränkungen ist nach deutschem Recht eher fraglich (etwa § 309 Nr. 7 u. 8 BGB sowie § 307 Abs. 1 BGB – Was ist überhaupt ein indirekter Schaden?).¹⁷⁶

Zu Haftungsregelungen hinsichtlich „Folgeschäden“ s. *Auer-Reinsdorff*,¹⁷⁷ mit folgenden Beraterhinweisen und **Musterformulierungen** für Haftungsbegrenzungen hinsichtlich Folgeschäden:

Praxistipp für den Auftragnehmer:

Der Ausschluss einzelner Arten von Folgeschäden (zB entgangener Gewinn) ist ausdrücklich im Vertrag aufzunehmen.

Beispielformulierung:

„Eine Haftung über den pauschalierten Schadensersatz hinaus wird nicht übernommen. Dem Anbieter steht es frei, den Eintritt eines geringeren Schadens nachzuweisen. Bei Feststellung des entstandenen Schadens bleiben mittelbare Vermögensschäden außer Betracht. Dies sind insbesondere, aber nicht abschließend, Schadensersatzforderungen wegen entgangenen Gewinns, personeller Mehraufwand beim Auftraggeber, Nutzungsausfall und Umsatzeinbußen.“

Des Weiteren ist ua zu berücksichtigen:

„Der Ausschluss der Haftung für einzelne Arten von Folgeschäden ist nur dann wirksam, wenn es durch eine klarstellende Formulierung nicht zu [.] unwirksamen Haftungsausschlüssen [etwa für Vorsatz] kommt.

Der Haftungsausschluss für mittelbare Vermögensschäden gilt nicht bei Vorsatz, grober Fahrlässigkeit, bei der Verletzung des Lebens oder des Körpers, der Gesundheit oder soweit gesonderte Beschaffenheitsgarantien übernommen werden. Für Verzug, Mängelhaftung und die übernommenen Garantien sind die jeweiligen Vereinbarungen abschließend.“

Die EU-Kommission ist angesichts der technischen Entwicklungen auch im Bereich der autonomen Systeme/KI aktiv geworden und hat Vorschläge zur Anpassung des Haftungs- und des Produkthaftungsrecht an die Herausforderungen der KI vorgelegt.¹⁷⁸ Diese Entwicklungen wird man bei Vertrags-, aber auch bei Produktgestaltung berücksichtigen müssen.

Im Hinblick auf Zuordnungs- und Beweisprobleme, die etwa auch bei Gewährleistungsprozessen auftreten können, hat die Kommission die neuen Phänomene der *Autonomie* und der *Opazität* im Visier.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Weitere Hinweise zur Haftungsbegrenzung → § 16 Standardklauseln (AGB-Recht).

¹⁷⁵ Zur Darstellung der Lage nach US-Recht Lejeune ITRB 2013, 139.

¹⁷⁶ Dazu auch Grützmaker, Haftungsausschlüsse für indirekte Schäden, Kölner Tage für IT-Recht 2018.

¹⁷⁷ Auer-Reinsdorff ITRB 2006, 181; sa Diedrich in Schuster/Grützmaker, IT-Recht, § 444 zu Haftungsausschluss.

¹⁷⁸ Zu den Vorschlägen der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz: Steege, MMR 2022, 926; Spindler, CR 2022, 689; Wagner/Ruttloff/Römer CCZ 2023, 109; Staudenmayer: Haftung für Künstliche Intelligenz, NJW 2023, 894.

¹⁷⁹ Staudenmayer NJW 2023, 894, Rn. 3 ff; Käde/von Maltzan, CR 2020, 66 zur Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI); zur Zusammenschau der beiden Vorschläge Ebert/Busch/Spiecker gen. Döhmann/Wendt: Roboter im Supermarkt, ZfPC 2023, 16.

- 111 Ua ist ein wichtiges Anliegen die Herstellung von **Transparenz**.¹⁸⁰ Über §§ 327e, 434 gehört „Sicherheit“ zu den objektiven Anforderungen. Wie diese bei KI-Produkten beurteilbar sein soll, wird ein kardinales Problem.¹⁸¹
- 112 Die bisherige Diskussion ging u. a. um die Frage, ob Software ein Produkt im Sinne der Richtlinie ist. Dies gilt insbesondere für Software, die in einem anderen Produkt zur Anwendung kommt.¹⁸²
- 113 **k) Einweisung, Schulung.** In vielen Software-Erstellungsverträgen findet sich ein relativ großes Paket von Regelungen, die nicht unmittelbar den Vertragsgegenstand, wohl aber die Abwicklung des Vertrages und das Verhalten dabei betreffen. Typischerweise gehören dazu
- Mitarbeiter beider Vertragspartner und deren Verhalten bzw. Wohlverhalten,¹⁸³
 - Ausbildung von Mitarbeitern beim Auftragnehmer, etwa während des Entwicklungsprozesses, Einweisung der Mitarbeiter des Kunden in zeitlicher Nähe zur Abnahme, Schulung,
 - Geheimhaltung¹⁸⁴, Schutz des Know-how und Datenschutz.¹⁸⁵
- 114 In Software-Erstellungsverträgen und IT-Projektverträgen werden die Begriffe Einweisung¹⁸⁶ und Schulung uneinheitlich und teilweise synonym verwendet.¹⁸⁷ Einweisung orientiert sich eher am arbeitsrechtlichen Begriff der Unterweisung. Folgt man diesem Verständnis, ist die Einweisung gerichtet auf eine konkret anstehende Handhabung oder Tätigkeit von Mitarbeitern des Kunden, zB im Hinblick auf ihre Mitwirkung im Rahmen der Software-Einführung. Häufig ist nämlich für Mitwirkungsleistungen des Kunden, etwa im Rahmen der Erstellung der technischen Feinspezifikationen oder im Rahmen der Datenübernahme, aber auch für die Abnahmeprüfung, erforderlich, dass die entsprechenden Mitarbeiter des Kunden über grundlegende Kenntnisse hinsichtlich (einiger) Funktionen und Handhabungen der neuen Software verfügen. Dementsprechend findet die Einweisung regelmäßig in einer relativ frühen Phase der Software-Einführung statt und ist im Vergleich zur Schulung weniger umfangreich. Manche Anbieter bezeichnen eine solche Einweisung als Grundschulung oder Basis-Schulung, was den Begriff der Einweisung verwässert. Üblicherweise werden bei der Einweisung keine gesonderten Schulungs- bzw. Einweisungsunterlagen übergeben. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach Ansicht des BGH¹⁸⁸ die Einweisung keine Kompensation für eine ordnungsgemäße Dokumentation/Bedienungsanweisung ist. Die Dokumentation/Bedienungsanweisung konserviert – so der BGH – das aufgrund der Einweisung vorhandene Wissen der Benutzer über den Gebrauch der Software und verleiht der Einweisung Dauerhaftigkeit – zB auch im Hinblick auf neue Mitarbeiter des Auftraggebers, die bei der **Einweisung** nicht dabei waren. Die Einweisung hat „Annexcharakter“¹⁸⁹

¹⁸⁰ Molavi Vassefi, K&R 2022, 8. S. a. Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruscheheimer/Steinrötter zur Bewertung der KI-VO € und zu „Optimierungsbedarf“ Rdi 2021, 52.

¹⁸¹ Burchardi: Risikotragung für KI-Systeme, EuZW 2022, 685.

¹⁸² Zur Haftung bei autonomen smarten Systemen Müller-Hengstenberg/Kirn CR 2018, 682; zur deliktischen Haftung bei künstlicher Intelligenz Denga CR 2018, 69. Zur Unterlassensstrafbarkeit bei autonomen Fahrzeugen Gortan CR 2018, 546. Zu Robotics siehe Spindler ITRB 2018, 87; Wagner/Ruttloff/Römer, Neuerungen und digitale Aspekte des Vorschlags der EU-Kommission für eine neue Produkthaftungsrichtlinie, CCZ 2023, 109.

¹⁸³ Im Einzelnen zu Regelungen zur Qualifikation der Mitarbeiter des Auftragnehmers (und ggf. des Auftraggebers im Hinblick auf seine Mitwirkung) sowie zur Zusammenarbeit der Vertragspartner, Projektorganisation uä → Rn. 2 ff. sowie → § 18 IT-Projektverträge, ua Rn. 145 ff.

¹⁸⁴ Zu Geheimhaltung → Rn. 107 ff. sowie → § 12 Überlassung von Software auf Dauer Rn. 274 ff.; → § 19 Outsourcing-Verträge Rn. 12; → § 24 Vertrieb von Software und Hardware Rn. 31 und 118 ff.; → § 10 Allgemeine vertragliche Grundlagen Rn. 32 ff.; → § 30 Elektronische Kommunikation und berufsspezifische Besonderheiten Rn. 10; → § 15 Hardware-Verträge inkl. Wartung Rn. 108 und → § 34 Recht des Datenschutzes Rn. 66; zu Geheimhaltungsprozess → § 45 Gerichtliche Auseinandersetzungen Rn. 22 ff.

¹⁸⁵ Dazu sogleich → Rn. 107 ff.

¹⁸⁶ Einweisung ist in diesem Zusammenhang nicht zu verwechseln mit der Unterbringung in eine psychiatrische Klinik.

¹⁸⁷ OLG Stuttgart 23.6.1986 – 2 U 252/85, CR 1988, 24; OLG München 22.3.2000 – 7 U 5021/99, CR 2000, 731; s. → § 10, Rn. 65.

¹⁸⁸ BGH 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, CR 1990, 189 (209) – Personal-Computer.

¹⁸⁹ Schneider N. Rn. 520, M. Rn. 213 ff.

zur Lieferung und Übergabe der Software und deren Installation.¹⁹⁰ Die umfangreichere **Schulung** muss dagegen regelmäßig ausdrücklich vereinbart¹⁹¹ und zusätzlich vergütet werden.

Im Gegensatz zu Einweisung ist bei Schulung die Anwendung der Software im Ganzen abstrakt der Gegenstand der Unterrichtung. Im Regelfall sind die Schulung bzw. das Schulungskonzept und die Schulungsunterlagen¹⁹² weitgehend standardisierte Leistungen des Anbieters. Teilweise differenziert die Literatur daher nach der Art der Software: Zu Individualsoftware bzw. individuellen Anpassungen soll eher die Einweisung gehören, zu Standardsoftware die Schulung.¹⁹³ Bei Standardsoftware hat der BGH¹⁹⁴ die Einweisung (ebenso wie die Installation) – als zusätzlich vereinbar und nicht als automatisch mitgeschuldet angesehen. Anders als bei Software-Kauf wird bei Software-Erstellung nach wohl überwiegender Ansicht die Einweisung, wenn nicht Besonderes vereinbart ist, mitgeschuldet.¹⁹⁵ Aus einer älteren BGH-Entscheidung¹⁹⁶ lässt sich möglicherweise entnehmen, dass der Auftragnehmer bei Werkvertrag verpflichtet ist, die Einweisung unentgeltlich zu erbringen (es sei denn, dies ist ausdrücklich anders vereinbart). In dem zugrundeliegenden Fall sah der BGH den Auftragnehmer als verpflichtet an, Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers nicht nur rechtzeitig und qualifiziert abzurufen, sondern auch seine Unterstützung hierbei anzubieten. Die Einweisung kann mit einer solchen Unterstützung vergleichbar sein.

Schulungen sind, wenn nichts anderes vereinbart ist, zusätzlich zu vergüten. Die Vergütung bezieht sich üblicherweise auf eine Lehrkraft mit Kosten pro Tag (zB 4 × 1,5h Vortrag zzgl. Pausen), Spesen und Auslagen. Die Schulungen sind im Regelfall dienstvertragliche Leistungen, weil das erforderliche Erfolgsmoment fehlt. Anders kann es evtl. bei einer Einweisung sein, deren Zweck es ist, dass die Mitarbeiter des Auftraggebers die Abnahmeprüfung durchführen können. Schulung ist weiter abzugrenzen von der Hotline-/Anwenderunterstützung und sonstigen Beratungsleistungen.¹⁹⁷

Gerade bei großen Kunden bzw. zahlreichen Nutzern werden nicht alle Nutzer des Kunden geschult, sondern nur sogenannte (vom Kunden bestimmte) Key-User, die wiederum die übrigen Nutzer schulen (sog. Train-the-Trainer-Konzept).

Formulierungsbeispiel:¹⁹⁸

„Train-the-trainer“-Schulungen und Einweisung

- (1) Der Auftragnehmer führt „Train-the-trainer“-Schulungen durch, in denen umfassend und systematisch die Kenntnis von der Handhabung und Anwendung der ...-Software vermittelt wird. Train-the-Trainer bedeutet, dass der Auftragnehmer die vom Auftraggeber bestimmten ... [zB 5] Key-User schult; der Auftraggeber lässt sodann durch diese geschulten Key-User die übrigen Nutzer schulen. Der Auftraggeber sorgt dafür, dass die zu schulenden Key-User über die erforderlichen allgemeinen PC-Kenntnisse und MS-Windows Grundlagenkenntnisse verfügen.
- (2) ... Schulungskonzept und ... Schulungsdokumentation ... Anforderungen an das Schulungsmaterial ...
Aktualisierung ...
- (3) Der Auftragnehmer schult qualifizierte Fachleute ...
- (4) Neben der Schulung übernimmt der Auftragnehmer die Einweisung der für die Mitwirkung

¹⁹⁰ Schneider/v. Westphalen/Redeker D. Rn. 99 f.

¹⁹¹ Zu Muster für Rahmenvertrag für die Erbringung von Schulungsleistungen Bischof/Witzel in Redeker Handbuch der IT-Verträge, Dok.-Stand 4/22, 1.8; IT-Schulungsvertrag Brüggemann/Rein in BeckOF IT- und Datenrecht, 14. Edition 2023, Stand: 1.2.2022, 1.10.; Ritter in BeckFormB IT-R, Weitnauer/Mueller-Stöfen, 5. Aufl. 2020, Form. D. 2.

¹⁹² Zur Schulungsdokumentation s. → § 1 Rn. 668 ff.

¹⁹³ Witzel ITRB 2002, 22 (23); restriktiv gegenüber Einweisung als Pflicht ohne ausdrückliche vertragliche Regelung Redeker, IT-Recht, Rn. 564.

¹⁹⁴ BGH 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, CR 2000, 207.

¹⁹⁵ Witzel ITRB 2002, 22 (23).

¹⁹⁶ BGH 13.7.1988 – VIII ZR 292/87, CR 1989, 102 – Registrierkasse.

¹⁹⁷ Schneider N. Rn. 524.

¹⁹⁸ Auftraggeberfreundliches Beispiel.

(siehe Ziff. ...) vorgesehenen Key-User sowie der EDV-Mitarbeiter des Auftraggebers. Mit der Schulung stellt der Auftragnehmer sicher, dass die EDV-Mitarbeiter in die Lage versetzt werden, selbstständig Installations- und Administrationsaufgaben bezüglich der ...-Software auszuführen.

(5) Ort der Schulungen ... Termine ... Dauer ... Vergütung ...

- 119 1) **Geheimhaltung, Datenschutz.** aa) *Know-how-Schutz, Geheimnisschutz.* Standardverträge von Software-Herstellern sehen häufig zweiseitige, sehr umfassende und pauschale Geheimhaltungsvereinbarungen vor, die auch nachvertraglich gelten sollen.¹⁹⁹ Dabei wird übersehen, dass das Schutzbedürfnis von Auftraggeber und Auftragnehmer nicht gleich gelagert ist. Häufig besteht ein größeres Geheimhaltungsbedürfnis des Auftraggebers (dazu sogleich). Zudem fehlt in vielen Geheimhaltungsvereinbarungen eine hinreichend klare Abgrenzung zwischen Geheimnis-, Urheberrechts- und Wettbewerbsschutz. Gerade bei Individualsoftware erfolgt regelmäßig eine falsche Zuordnung, wem eigentlich speziell das Geheimnis berechtigterweise zusteht (dazu sogleich). Diese Differenzierungen sind auch unter AGB-Gesichtspunkten relevant, va wenn ein Geheimhaltungsverstoß eine Vertragsstrafe auslöst.²⁰⁰ Auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten können unangemessene Geheimhaltungsvereinbarungen relevant sein.
- 120 Der Anbieter will regelmäßig sein Know-how, zB Quellcode²⁰¹, (Entwicklungs-)Dokumentation, evtl. Algorithmen, Konzepten, Einführungsmethodik uä, schützen.²⁰² Nicht alle diese Gegenstände genießen Urheberrechtsschutz.²⁰³ Nicht urheberrechtsfähig sind regelmäßig Algorithmen, Erfahrungen/Ideen/Erkenntnisse oder theoretische Modelle (jedenfalls soweit sie nicht verkörpert sind). Lt. BGH²⁰⁴ kann allerdings im konkreten Einzelfall die konkrete Anwendung und Verknüpfung von Algorithmen in einem Programm sowie die Art und Weise ihrer Implementierung und Zuordnung zueinander urheberrechtsfähig sein. Das dürfte aber bei Algorithmen für KI Systeme und Big Data-Anwendungen nicht recht weiterhelfen, weil dort der Kern des Know-How im Algorithmus selbst liegt und häufig nicht der in der Art seiner Implementierung.²⁰⁵ Die Know-how-Richtlinie 2016/943/EU und das deutsche Umsetzungsgesetz (GeschGehG²⁰⁶) verbessern insoweit den Schutz, weil der Algorithmus ein Geschäftsgeheimnis darstellen kann. Allerdings verlangt Art. 13 Abs. 2 lit. f DS-GVO, dass der Verantwortliche die betroffenen Personen in Fällen von automatisierter Entscheidungsfindung einschließlich Profiling „*aussagekräftig [...] über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person*“ informiert. Dies bedeutet in der Konsequenz eine Informationspflicht über die Funktionsweise des Algorithmus. Der BGH²⁰⁷ hatte in 2014 (noch vor DS-GVO) entschieden, dass sich der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch nach § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 BDSG aF nicht auf die Scoreformel erstreckt, die ein Geschäftsgeheimnis der Auskunftsei sei.

¹⁹⁹ Typische Klauseln siehe Marly S. 838 f.

²⁰⁰ Speziell zu Vertragsstrafe s. Marly S. 841 ff.

²⁰¹ → Rn. 133 ff.

²⁰² Zur Abgrenzung der Schutzgüter im Zusammenhang mit Daten und Datenbanken siehe Conrad/Grütz-macher/Lehmann, Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, S. 133; zu den Rechten an Geschäftsprozessdaten und an der darauf basierenden Parametrisierung von ERP-Software: Conrad/Grütz-macher/Huppertz, Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, S. 143.

²⁰³ S. etwa zum Schutz des Entwurfsmaterials nach SW-Schutz-RL EuGH 2.5.2012 – C-406/10 und 22.12.2010 – C 393/09; Antoine, Entwurfsmaterial im Schutzsystem der Software-Richtlinie, CR 2019, 1. Zum Rechtsschutz von Computerprogrammen und Datenbanken → § 5 und 6.

²⁰⁴ 4.10.1990 – I ZR 139/89, GRUR 1991, 449 – Betriebssystem; s. a. BGH zur Schutzfähigkeit von Teilen einer Software BGH 20.9.2012 – I ZR 90/09 – UniBasic-IDOS; Schippel Micro-Services – Schutzgegenstand des § 69a UrhG? MMR 2020, 445; Apel/Kaulartz, Rechtlicher Schutz von Machine Learning-Modellen, RD 2020, 24; Apel Zur defensiven Nutzung KI-generierter Innovationen, RD 2024, 109.

²⁰⁵ Scheja CR 2018, 485 (487).

²⁰⁶ Dazu unten → Rn. 115.

²⁰⁷ BGH 28.1.2014 – VI ZR 156/13 – SCHUFA-Scoring. S aber nun EuGH 7.12.2023 – C-634/21 C-634/21 (Scoring ist bereits Profiling), C-26/22 und C-64/22.

Es ist nicht selbstverständlich, dass Anbieter-Präsentationen (etwa in PowerPoint) uä eine ausreichende Schöpfungshöhe besitzen, um schutzfähig zu sein. Vielmehr kommt es darauf an, dass nicht nur eine geistige, sondern auch eine schöpferische Leistung des Verfassers vorliegt (str.).²⁰⁸ Im Zusammenhang mit der Frage der Urheberrechtsfähigkeit eines Anwaltschriftsatzes hat der BGH betont, dass es für die Frage der Schutzfähigkeit auf die gewerbliche Verwertbarkeit nicht ankommt, vielmehr auf den geistig-schöpferischen Gesamteindruck der konkreten Gestaltung, und zwar im Gesamtvergleich gegenüber vorbestehenden Gestaltungen²⁰⁹:

„Anwaltschriftsätze sind grundsätzlich dem (rechts-) wissenschaftlichen und nicht dem literarischen Bereich zuzuordnen. Bei wissenschaftlichen Werken findet der erforderliche geistig-schöpferische Gehalt seinen Niederschlag und Ausdruck in erster Linie in der Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs und nicht ohne weiteres auch – wie meist bei literarischen Werken – in der Gedankenformung und -führung des dargebotenen Inhalts (vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1980 – I ZR 106/78, GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit; Urt. v. 27.2.1981 – I ZR 29/79, GRUR 1981, 520, 521 – Fragensammlung; Urt. v. 29.3.1984 – I ZR 32/82, GRUR 1984, 659, 660 – Ausschreibungsunterlagen; BGHZ 94, 276, 285 – Inkasso-Programm). Die Frage, ob ein Schriftwerk einen hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad besitzt, bemißt sich dabei nach dem geistig-schöpferischen Gesamteindruck der konkreten Gestaltung, und zwar im Gesamtvergleich gegenüber vorbestehenden Gestaltungen. Lassen sich nach Maßgabe des Gesamtvergleichs mit dem Vorbekanntem schöpferische Eigenheiten feststellen, so sind diese der durchschnittlichen Gestaltertätigkeit gegenüberzustellen. Die Urheberrechtsschutzfähigkeit erfordert ein deutliches Übertagen des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials (vgl. BGHZ 94, 276, 285 – Inkasso-Programm).“

Der Schwerpunkt des Interesses des Anbieters dürfte weniger in der eigentlichen Geheimhaltung liegen, sondern im Schutz vor unlauterer Nachahmung und Leistungsübernahme sowie vor Behinderung durch Vereitelung der Amortisation seines Entwicklungsaufwands, evtl. auch Schutz vor unerlaubter Beseitigung und Umgehung von Schutzmechanismen (insbes. Programmsperren).²¹⁰ Dieser Schutz erfolgt zu einem wesentlichen Teil über das UWG und über das Urheberrecht, ua DRM (Digital Rights Management).²¹¹ Auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§§ 1004, 823 BGB analog) ist im Einzelfall denkbar. Nach wohl hM ist jedoch § 823 BGB subsidiär gegenüber dem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz.²¹²

Zu beachten ist, dass das Wettbewerbsrecht **kein umfassender Leistungsschutz** ist. Damit die Grenzen des Immaterialgüterrechts nicht unterlaufen werden, muss insbesondere mit den Nachahmungstatbeständen des § 4 Nr. 3 UWG zurückhaltend umgegangen werden (Prinzip der Nachahmungsfreiheit²¹³). Sonderschutzrechte (wie das Urheberrecht) stehen nach neuerer Auffassung gleichrangig neben dem Nachahmungsschutz des Lauterkeitsrechts.²¹⁴ Die Schutzzwecke unterscheiden sich ebenso wie die Tatbestände bzw. deren Anknüpfungsmerkmale und die Rechtsfolgen.²¹⁵ Urheberrecht etwa schützt und setzt voraus

²⁰⁸ Zur Frage der Urheberrechtsfähigkeit eines Anwaltschriftsatzes siehe: BGH 17.4.1986 – I ZR 213/83 – Anwaltschriftsatz, Vorinstanz LG Düsseldorf GRUR 1983, 758. Abrufbar unter www.lexetius.com; Disk. Wird neu belebt durch Einsatz von Code-generierender KI, s. zB Käde Next-Level Software Development, MMR 2024, 142; Apel Zur defensiven Nutzung KI-generierter Innovationen, RdI 2024, 109.

²⁰⁹ BGH 17.4.1986 – I ZR 213/83 Rn. 12.

²¹⁰ Ausführlich zu Wettbewerbschutz bei Software-Erstellung siehe Schneider/v.Westphalen/Karger A. Rn. 248–295.; siehe auch Marly S. 237 ff.; zu Konkurrenzverbot speziell bei „freien“ Software-Entwicklern (Freelancer) und Subunternehmern siehe Schneider/v.Westphalen/Gennen E. Rn. 274.

²¹¹ Zu § 69f und § 95a UrhG → § 5 Rechtsschutz von Computerprogrammen und digitalen Inhalten.

²¹² MüKo/Wagner BGB § 823 Rn. 197 mwN.

²¹³ Sa Köhler/Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 41. Aufl. 2023, § 4 Rn. 3.3 mwN.

²¹⁴ Vgl. etwa Köhler/Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 41. Auflage 2023, § 4 Rn. 3.6a.

²¹⁵ Vgl. Köhler/Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 41. Auflage 2023, § 4 Rn. 3.6a.

die *persönliche, individuell geprägte geistige Schöpfung*²¹⁶ Allerdings ist je nach Art des Sonderrechtsschutzes das Verhältnis zum Nachahmungsschutz spezifisch zu prüfen.²¹⁷ In der Entscheidung *Hartplatzhelden* stellt der BGH²¹⁸ klar (LS 1): „Die unmittelbare Übernahme des Leistungsergebnisses eines Dritten ist keine Nachahmung im Sinne von § 4 Nr. 9 [Nr. 3 nF, Anm. d. B.] UWG“. Nach Ansicht des BGH bedürfe die vom Kläger (der Württembergische Fußballverband e. V.) erbrachte Leistung der Organisation und Durchführung der Fußballspiele keines Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 3 UWG.

- 124 Der urheberrechtliche Schutz und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz haben gemeinsam, dass sie sich *„immer nur auf die konkrete Gestaltung eines Erzeugnisses, nicht auf die dahinter stehende abstrakte Idee (wie zB Werbe-, Geschäfts-, Konstruktions-, Gestaltungsideen) beziehen. [...] Entsprechendes gilt für sonstige allgemeine Gedanken oder Lehren, wie zB einen bestimmten Stil, eine bestimmte Technik oder Methode [...], sei es auch eine geschäftliche Methode (dazu Jänich GRUR 2003, 483, 487). Sie sollen im Interesse der Allgemeinheit und der Freiheit des Wettbewerbs frei zugänglich bleiben und nicht für einen Wettbewerber monopolisiert werden [...]“*²¹⁹ Ggf. können Ideen als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse geschützt sein, die Anforderungen daran sind jedoch relativ hoch.²²⁰
- 125 Was zu der vom grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit umfassten wirtschaftlichen Verwertung der beruflich erbrachten Leistung gehört und was nicht, ist insbesondere dann schwierig zu beurteilen, wenn das Produkt eines anderen nur teilweise nachgeahmt wird. *„Wird das Produkt eines Wettbewerbers nicht mit allen Gestaltungsmerkmalen, sondern nur teilweise übernommen, muss sich die wettbewerbliche Eigenart gerade aus dem übernommenen Teil ergeben, dh gerade die übernommenen Gestaltungsmerkmale müssen geeignet sein, im Verkehr auf eine bestimmte betriebliche Herkunft oder – ganz allgemein – auf die Besonderheit des jeweiligen Produkts hinzuweisen (BGHZ 141, 329, 340 – [Tele-Info-CD]). [...] (vgl. zu dessen Verhältnis zur Nachahmung schon BGHZ 39, 352, 356 – [Vortragsabend])“*²²¹
- 126 Inwieweit das Know-how des Anbieters als (Betriebs- und Geschäfts-)Geheimnis Schutz genießt (§§ 17–19 UWG aF), war fraglich.²²² Der Begriff ist zu vage bzw. nicht eindeutig und deshalb nicht als (pauschale) Bezeichnung in Geheimhaltungsvereinbarungen geeignet.²²³ Gerade bei sehr umfassenden und pauschalen Geheimhaltungsvereinbarungen können in Software-Erstellungs- und Überlassungsverträgen Widersprüche zwischen der Geheimhaltungsvereinbarung und der Rechtseinräumung (den Nutzungsrechten) bestehen.²²⁴
- 127 Die **EU-Richtlinie (2016/943)** zum Schutz von vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor dem rechtswidrigen Erwerb sowie die rechtswidrige Nutzung und Offenlegung ist in Deutschland erst spät umgesetzt worden.²²⁵ Die Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten lief am 5.6.2018 ab. In Deutschland wurde das **GeschGehG**²²⁶ am 21.3.2019 vom Bundestag beschlossen. Die Rechtsprechung zu § 17 UWG war sehr uneinheitlich; teils wurde der Schutz auch ohne Geheimhaltungsvereinbarung und ohne Schutzmaßnahmen zuerkannt.

²¹⁶ Vgl. Köhler/Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Auflage 2023, § 4 Rn. 3.7.

²¹⁷ S. jeweils für UrhR, Geschmacksmuster und Markenrecht Köhler/Bornkamm/Köhler UWG § 4 Rn. 3.7 ff.

²¹⁸ BGH 18.10.2010 – I ZR 60/09, MMR 2011, 379 mAnm Hoeren/Schroeder; Berufungsinstanz OLG Stuttgart 19.3.2009 – 2 U 47/08, MMR 2009, 395 mAnm Maume.

²¹⁹ Köhler/Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Auflage 2023, § 4 Rn. 3.23 mwN.

²²⁰ Dazu sogleich → Rn. 116 zu den Anforderungen.

²²¹ OLG Stuttgart 19.3.2009 – 2 U 47/08 – Hartplatzhelden.

²²² Zum Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses (mit Schwerpunkt auf Daten und Datenbanken): Conrad/Grützmaker/Gennen, Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, S. 155.

²²³ S. zu § 2 GeschGehG: Alexander in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Auflage 2023, Rn. 87, 88.

²²⁴ Zum Verhältnis von Geheimnisschutz und Urheberrecht siehe Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 69g UrhG, Rn. 33–36.

²²⁵ Fuhlrott/Hieramente, BeckOK GeschGehG, 15. Edition, 1–4-2023; zum Know-how-Schutz über das GeschGehG hinaus: Musiol in Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Auflage 2022, § 24 Geschäftsgeheimnisse und Know-how-Schutz (GeschGehG), Rn. 177.

²²⁶ BR-Drs. 129/19 v. 22.3.2019.

Die alte Differenzierung zwischen einem eher kaufmännischen Geschäftsgeheimnis und einem eher technischen Betriebsgeheimnis oder Know-How ist aufgrund der Know-how-Richtlinie obsolet.²²⁷ Nach der neuen Definition in Art. 2 Nr. 1 RL 2016/943 sind ein „Geschäftsgeheimnis“ Informationen, die alle nachstehenden Kriterien erfüllen:

- a) Sie sind in dem Sinne geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind;
- b) sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind;
- c) sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt;²²⁸
- d) Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse.

Die Information muss generell unbekannt oder dem Verkehrskreis nicht bekannt sein. Unklar bleibt, was gelten soll, wenn sich zB bei einem Hacker-Angriff Dritte unberechtigt Zugang/Zugriff auf die vertraulichen Informationen verschaffen). In einem solchen Fälle wäre wohl die Information dem Verkehrskreis gleichwohl nicht ohne weiteres zugänglich.

Ein Geschäftsgeheimnis soll gerade aufgrund dessen, dass es geheim ist, von kommerziellem Wert sein. Dies dürfte die größte Änderung zur bisherigen Rechtslage darstellen und das Tatbestandsmerkmal begegnet erheblichen Bedenken.²²⁹ Zum einen müsste der Wert dokumentiert, ggf. bilanziert werden. Zum anderen wird es viele Informationen geben, die auch dann von kommerziellem Wert sind, wenn sie nicht geheim sind. Dass eine Information gerade deshalb von Wert sein soll, weil die geheim ist, leuchtet nicht ohne weiteres ein und scheint an sich auch nicht zwingend. Der Wortlaut der EU-Richtlinie ist aber eindeutig.

Es empfiehlt sich, jedenfalls in AGB, die bisher übliche Definition von Geheimnis oder vertrauliche Informationen entsprechend anzupassen.

Praxistipp:²³⁰

Eine am Gesetzestext orientierte Anpassung der Definition könnte etwa wie folgt lauten: „Geschäftsgeheimnis ist jede Information, die bisher weder insgesamt noch in ihren Einzelheiten bekannt oder ohne weiteres zugänglich war, deshalb von wirtschaftlichem Wert ist und seitens des Inhabers durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt ist.“

Unklar ist auch, ob auch negative Information (etwa Information über einen Kartellverstoß) ein Geschäftsgeheimnis sein kann. Dagegen spricht der Zweck der Richtlinie, nämlich Schutz von Innovationsanstrengungen v.a. bei Entstehung neuer und innovativer Geschäftsmodelle (siehe Erwägungsgründe 1–4). Dafür spricht die Whistleblower-Regelung in Art. 5 lit b) der Richtlinie/§ 5 Nr. 2 GeschGehG.

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG verboten ist jeder unbefugte Zugang und unbefugte Kopieren von Unterlagen, aus denen sich das Geheimnis ergibt oder Nr. 2 andere Verhaltensweisen, die „unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit“ entsprechen. § 3 regelt explizit erlaubte Handlungen, darunter die für Software besonders relevante Klausel zu Reverse Engineering: „2. ein Beobachten, Untersuchen, Rückbauen oder Testen eines Produkts oder Gegenstands, das oder der

- a) öffentlich verfügbar gemacht wurde oder
- b) sich im rechtmäßigen Besitz des Beobachtenden, Untersuchenden, Rückbauenden oder Testenden befindet und dieser keiner Pflicht zur Beschränkung der Erlangung des Ge-

²²⁷ Vgl. Schneider/von Westphalen/Karger A. Rn. 302 mwN.

²²⁸ Lejeune (ITRB 2018, 140) sieht hier die größte Änderung gegenüber § 17 UWG.

²²⁹ Hoeren/Münker WRP 2018, 150.

²³⁰ Siehe auch Mustergeheimhaltungsvertrag Redeker in Redeker Handbuch der IT-Verträge, Dok.-Stand 6/2020, 6.4 Geheimhaltungsvertrag.

- schäftsgeheimnisses unterliegt“. Für Software sind wegen der Einschränkung in b) die entsprechenden Maßnahmen nur gemäß Ausnahmen (§§ 69d, e UrhG) rechtmäßig.
- 133 Eine Verletzung von § 17 UWG lag demnach auch früher nicht vor, wenn die Ermittlung einer *Schnittstelle* im Wege einer nach § 69e UrhG erlaubten Dekompilierung erfolgte.²³¹ *Reverse Engineering* des Objektcodes ist im Rahmen von § 69d Abs. 3 UrhG erlaubt, *Dekompilierung* bzw. Herstellung der Interoperabilität und die dafür erforderlichen Maßnahmen im Rahmen des § 69e UrhG.²³²
- 134 Nicht geregelt, aber weiterhin erlaubt ist, weil anderenfalls die Arbeitnehmerfreizügigkeit erheblich erschwert würde, dass Arbeitnehmer ihre am Arbeitsplatz gewonnen Erfahrungen (Wissen) auch beim neuen Arbeitgeber einsetzen („im Kopf“ mitnehmen).²³³ Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen im Verhältnis zu den Arbeitnehmern. Nachvertragliche Geheimhaltungspflichten gegen Arbeitnehmer sind nur in sehr engen Grenzen wirksam. Ein unbefugtes Weiterverwenden von Unterlagen des alten Arbeitgebers ist aber nicht erlaubt. Die Abgrenzungsfragen können sehr strittig sein. Ebenfalls unberührt und weiterhin erlaubt bleiben unabhängige urheberrechtliche Schöpfung, allgemeine Testfreiheit, Fair Use, Whistleblowing sowie die Rechte des Betriebsrats.
- 135 §§ 6ff GeschGehG enthalten sehr differenziert Regelungen zu den Ansprüchen bei Rechtsverletzungen. Es empfiehlt sich nicht nur für den Geschäftsgeheimnisinhaber, sondern auch für seine Vertragspartner möglichst klare Abgrenzung der Geschäftsgeheimnisse von sonstigen Informationen sowie, für den Inhaber, gerichtsfeste Dokumentation der Geschäftsgeheimnisse, ihres Werts und dessen Abhängigkeit von der Vertraulichkeit, ggf. eine Bilanzierung des Werts, was zwangsläufig den Kreis der Geschäftsgeheimnisse einschränkt.
- 136 Im Hinblick auf das konstituierende Moment der Geheimhaltungsmaßnahmen (§ 2 Nr. 1b) GeschGehG²³⁴ ist die fortlaufende Dokumentation der Schutzmaßnahmen (ua Geheimhaltungsvereinbarung, technische Maßnahmen, ua Verschlüsselung etc.) essentiell. Im Ergebnis müssen Vertraulichkeitsvereinbarungen in Software-Erstellungsverträgen individueller ausgestaltet werden, als dies bislang häufig durch sehr pauschale gegenseitige Formulierungen der Fall war. Eindeutige Rechte- und Verantwortungszuweisung für Geschäftsgeheimnisse in Verträgen sind sehr empfehlenswert.
- 137 Nur Informationen, die nicht allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich sind und daher von wirtschaftlichem Wert sind (§ 2 Nr. 1a) in Verbindung mit c) GeschGehG), können ein Geheimnis sein. Zudem muß (neben den Maßnahmen zur Geheimhaltung) ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen (§ 2 Nr. 1c) GeschGehG). Strafbewehrte Geheimhaltungsvereinbarungen in AGB, die auch Offenkundiges umfassen, stellen regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung dar.²³⁵
- 138 § 2 Nr. 1a) GeschGehG staffelt den Kreis der Personen, auf deren Kenntnis es ankommt, nach dem Detaillierungsgrad. Einmal geht es um die Frage, ob die Information **insgesamt** allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist. Die Alternative ist, ob die *Information in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist.*²³⁶ Je offener die Entwicklung – etwa in diversen gemischten Teams, im Home Office – geschieht, desto weniger dürfte es noch möglich sein, die erforderliche strikte Geheimhaltung einzuhalten.²³⁷

²³¹ S. BGH 24.2.2000 – I ZR 141/97 – Programmfehlerbeseitigung; EuGH 6.10.2021 – C-13/20 – Top System, dazu Kaboth ZUM 2022, 126. Im Einzelnen → § 5 Rechtsschutz von Computerprogrammen.

²³² S. BGH 24.2.2000 – I ZR 141/97 – Programmfehlerbeseitigung; EuGH 6.10.2021 – C-13/20 – Top System, dazu Kaboth, ZUM 2022, 126. (zu Einzelheiten s. → § 5).

²³³ Anders BGH 27.4.2006 – I ZR 126/03 – Kundendatenprogramm – zu § 17 UWG aF.

²³⁴ Alexander in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 41. Auflage 2023, GeschGehG § 2 Rn. 48 ff zu angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen.

²³⁵

²³⁶ Ohly GRUR 2019, 441; → 3. Aufl. zu § 17 mit Rspr. dazu in Rn 125–129.

²³⁷ S. a. zum Geheimnisschutz bei Software s. zB Redeker IT-Recht Rn. 204, 205; zu den Maßnahmen Ohly GRUR 2019, 441, 443.

Ggf. können Kunden- und Lieferantenlisten des Anbieters Geschäftsgeheimnisse darstellen. *Das gilt jedoch zB insoweit nicht, als der Anbieter seine (Referenz-)Kunden in Anbieterpräsentationen, Werbebroschüren oder auf seiner Homepage veröffentlicht. Der Geheimnisschutz hat drei Tatbestandsmerkmale: Tatsache, keine Offenkundigkeit und Geheimhaltungswille. Indizien für den Geheimhaltungswillen sind zB der Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung oder Kennzeichnung von Unterlagen mit dem Vermerk „Vertraulich“. Streitig ist regelmäßig die Offenkundigkeit. Offenkundig sind Tatsachen, wenn sie allgemein bekannt oder von jedem Interessierten ohne größere Schwierigkeiten erlangt werden können.*²³⁸ Offenkundigkeit ist (noch) nicht gegeben, wenn Tatsachen nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind oder bekanntgemacht werden. Wie groß dieser sein darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere davon, ob die Mitwisser Betriebsangehörige oder Außenstehende und ob sie vertraglich oder zB aufgrund Berufsgeheimnisses zu Verschwiegenheit verpflichtet sind. Sind Tatsachen in einem Konzern-Intranet abrufbar, auf das viele tausend freie und angestellte Mitarbeiter und (zumindest partiell) auch Lieferanten/Partner Zugriff haben, dürfte die Grenze zur Offenkundigkeit wohl überschritten sein (str.).²³⁹

Inwieweit Arbeitsergebnisse einer Software-Erstellung Geschäftsgeheimnisse sein können und, wenn ja, von wem (Anbieter oder Kunde), lässt sich nicht pauschal beantworten, insbesondere wenn der Anbieter den Quellcode (regelmäßig!) mitliefert. Software bzw. der Quellcode wird nicht schon dadurch offenkundig, dass eine Hinterlegung bei einem Escrow-Agent erfolgt.²⁴⁰ Software ist auch nicht bereits dann offenkundig, wenn ein Konkurrent sie zwar durch eigene Anstrengung gleichfalls hätte herstellen können, diese eigene Anstrengung aber unterlässt, um Zeit und Kosten zu sparen.²⁴¹ Software kann durch häufiges Raubkopieren offenkundig werden.²⁴² Ein an sich entschlüsseltes Computerprogramm, dessen illegales Auswertungsprogramm noch nicht weit verbreitet ist, sei (noch) geheim.²⁴³ Teilweise wird in der Literatur nach Individualsoftware und Standardsoftware differenziert. **Individualsoftware** soll regelmäßig ein **Geschäftsgeheimnis des anwendenden Unternehmens** (also der Kunden!) darstellen können.²⁴⁴ Dagegen soll Standardsoftware allenfalls ein Geschäftsgeheimnis des Herstellers sein, aber nicht des Kunden.²⁴⁵ Dies ist jedenfalls bei sehr verbreiteter Standardsoftware einleuchtend (etwa Windows-Betriebssystem oder bei Micro-soft-Office). Evtl. müsste man hinsichtlich der Verbreitung der Software differenzieren sowie hinsichtlich individueller Anpassungen von Standardsoftware. Individuelle Anpassungen im Code und evtl. auch das **Ensemble der Parameter-Einstellungen** für den Kunden, können ein Geschäftsgeheimnis des Kunden sein.²⁴⁶ Zumindest bei Standardsoftware soll nach § 17

²³⁸ Köhler/Bornkamm/Köhler UWG § 17 Rn. 6: „... allgemein bekannt oder doch leicht zugänglich ist (wird)“.

²³⁹ So wohl auch Fezer/Rengier UWG § 17 Rn. 14 (mwN. Ua BGH St. 41, 140, 143). Nach Rengier bleibt eine Tatsache nur so lange geheim, als sie nur einem „eng begrenzten“ Personenkreis bekannt ist. Es komme darauf an, ob der Geheimnisträger den Kreis der Mitwisser unter Kontrolle hält. Dies sei bei einem „kleinen Kreis von Mitarbeitern“ zu bejahen. AA evtl. Köhler/Bornkamm/Köhler UWG § 17 Rn. 7a: Köhler differenziert danach, ob die Mitwisser Mitarbeiter oder andere gesetzlich oder vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtete Personen sind. Dann soll es auf die Anzahl nicht ankommen. Bei sonstigen Dritten sei die Anzahl dagegen mitentscheidend.

²⁴⁰ So auch Schneider/v. Westphalen/Karger A. Rn. 311. Zu Software Escrow → § 38 IT in der Insolvenz, Escrow.

²⁴¹ Köhler/Bornkamm/Köhler UWG § 17 Rn. 8 mit Verweis ua auf BayObLG 28.8.1990 – Rreg. 4 St 250/89, GRUR 1991, 694; Harte-Bavendamm GRUR 1990, 657; BGH 7.11.2002 – I ZR 64/00, GRUR 2003, 356 (358) – Präzisionsmessgeräte.

²⁴² Meier JZ 1992, 663.

²⁴³ Fezer/Rengier UWG § 17 Rn. 15 mwN. BayObLG 28.8.1990 – Rreg. 4 St 250/89, GRUR 1991, 694 (696) – Geldspielautomat.

²⁴⁴ Schneider/v. Westphalen/Karger A. Rn. 310 mwN.

²⁴⁵ Schneider/v. Westphalen/Karger A. Rn. 310 mwN.

²⁴⁶ Zur Frage, ob „das Ensemble“ der Parameter-Einstellungen – neben und evtl. sogar selbständig von der Software Urheberrechtsschutz genießen kann, möglicherweise als Datenbankwerk, siehe etwa Briner ua Urheberrecht – Schutz von Parametrisierungen und Software-Komponentenentwicklung, Vortrag beim 18. Dreiländer-Treffen der DGRI am 17.6.2011.

UWG der Objektcode regelmäßig kein Betriebsgeheimnis sein können. Er dürfte wohl auch kein Geschäftsgeheimnis im Sinne der RL 2016/943/EU und des GeschGehG sein, da der Objektcode im Regelfall gerade nicht durch Geheimhaltungsmaßnahmen des Herstellers geschützt wird, sondern vertrieben wird.

- 141 Dagegen kann der Quellcode ein Betriebsgeheimnis des Herstellers (früher § 17 UWG), nach RL 2016/943/EU und GeschGehG ein Geschäftsgeheimnis sein, jedenfalls wenn er dem Kunden nicht überlassen wird.²⁴⁷ Ob Schnittstellen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse darstellen können, ist streitig. Jedenfalls scheidet eine Anwendung von (früher) § 17 UWG bzw. RL 2016/943/EU und GeschGehG aus, wenn die Ermittlung einer Schnittstelle im Wege einer nach § 69e UrhG erlaubten Dekompilierung erfolgt.²⁴⁸
- 142 Bei Erstellung einer Individualsoftware im Auftrag des Kunden liegt also im Ergebnis eher ein Geschäftsgeheimnis des Kunden vor als ein Geheimnis des Herstellers. Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Individualsoftware bzw. die individuellen Anpassungen und deren Quellcode, sondern auch im Hinblick auf sonstige interne Unterlagen und Daten des Auftraggebers, mit denen der Anbieter während der Einführung in Berührung kommt (etwa im Rahmen der Migration). Häufig fließen in das Lastenheft, evtl. auch in die technischen Feinspezifikationen, vertrauliche Informationen zu den betrieblichen Abläufen des Auftraggebers ein. Befindet sich der Auftragnehmer beim Auftraggeber vor Ort, so kommt er uU mit vielen vertraulichen Unterlagen und Daten in Berührung (evtl. auch zu Kunden/Lieferanten des Auftraggebers). Die Vereinbarung einer Kennzeichnungspflicht für vertrauliche Unterlagen/Informationen dürfte für den Anbieter noch praktikabel sein, für den Auftraggeber dagegen kaum.
- 143 Zumindest bis 2009 wurde die Geheimhaltung häufig verknüpft mit dem Datenschutz in einer gemeinsamen Klausel („Die Vertragspartner werden die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und personenbezogenen Daten der jeweils anderen Partei vertraulich behandeln und Diese Geheimhaltungsvereinbarung besteht nach Abschluss der Arbeiten des Auftragnehmers für ... Jahre fort.“). Dies ist einerseits intransparent, weil es bei personenbezogenen Daten auf die Offenkundigkeit und das Geheimhaltungsinteresse gerade nicht ankommt und weil es grds. nachvertraglich keine zeitliche Begrenzung für den Datenschutz gibt. Zum anderen sind solche Datenschutzregelungen aus Sicht des Art. 28 DS-GVO bei Weitem nicht ausreichend.²⁴⁹

Praxistipp zu angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen²⁵⁰:

Dazu gehören physische Zugangsbeschränkungen/Vorkehrungen und vertragliche Sicherungsmechanismen. Nicht erforderlich ist dagegen, jede geheim zu haltende Information als solche gesondert zu kennzeichnen.

Die Üblichkeit von Geheimhaltungsmaßnahmen in Anbetracht insbesondere der Bedeutung des Geheimnisses und der Unternehmensgröße des Inhabers dürfte weiterhin von Bedeutung sein, denn KMU sollen nicht benachteiligt werden.²⁵¹

Letztlich empfiehlt sich ein ähnliches und synchrones Vorgehen wie bei dem risikobasierten Ansatz nach DS-GVO:

1. Schutzbedarfsfeststellung und Risiko-/Schwachstellenanalyse
2. Klassifizierung/Kategorisieren (Schutzstufen)
3. Sicherungsmaßnahmen (nach innen und außen!), zB Schulung von Mitarbeitern; technische und vertragliche Sicherungsmaßnahmen; ggf. Outsourcing von Geheimnissen (zum Schutz gegenüber eigenen Mitarbeitern)
4. Dokumentation: Wann sind an wen welche Informationen unter welchen Bedingungen geflos-

²⁴⁷ Redeker Rn. 199.

²⁴⁸ Im Einzelnen → § 5 Rechtsschutz von Computerprogrammen.

²⁴⁹ Sind Auftraggeber der Software-Einführung öffentliche Stellen der Länder, dann gelten statt Art. 28 DS-GVO regelmäßig die entsprechenden Vorschriften des jeweiligen Landesdatenschutzgesetzes. Dazu im Einzelnen → § 14 Softwarepflegeverträge, Rn. 99a ff.

²⁵⁰ S. a. Ohly GRUR 2019, 441, 443 zu den Maßnahmen.

²⁵¹ Kalbfus GRUR-Prax 2017, 391.

sen?²⁵²

bb) *Auftragsverarbeitung bei Software-Erstellung.*²⁵³ Die DS-GVO unterscheidet – anders als dies nach § 11 Abs. 5 BDSG aF der Fall war – bei der Auftragsverarbeitung nicht mehr danach, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten beabsichtigt ist oder nur „bei Gelegenheit“ geschieht.²⁵⁴ Auch bei Softwareerstellung sowie deren Pflege und Wartung sind die Regeln der Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO uneingeschränkt zu beachten, soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt. Ob allein die Möglichkeit des Zugriffs ausreicht, ist strittig.²⁵⁵ Aus Haftungsgründen wird man den Parteien empfehlen, einen Auftragsverarbeitungsvertrag abzuschließen, wenn eine Verarbeitung personenbezogener Daten nicht ausgeschlossen werden kann (str.).²⁵⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat in § 80 Abs. 5 SGB X 2018 klargestellt, dass bei „Verträgen über die Prüfung oder Wartung von automatisierten Verfahren oder Datenverarbeitungsanlagen durch andere Stellen im Auftrag, bei denen ein Zugriff auf Sozialdaten nicht ausgeschlossen werden kann“ zwar die speziellen sozialdatenschutzrechtlichen Anforderungen des § 80 Abs. 3 SGB X 2018 nicht gelten, die Anforderungen des Art. 28 DS-GVO bleiben aber unberührt. 144

m) *Vergütung, Reisekosten etc.* Ebenfalls einen eigenen Komplex bilden die Vergütungsregelungen, die thematisch näher an die Leistung gerückt werden. Bei der Vergütung ist zunächst einmal zwischen der Abrechnung nach **Zeitaufwand** oder **Festpreis** zu unterscheiden. Für den Auftraggeber empfiehlt sich auch bei Festpreis, für **zusätzliche Leistungen**, etwa nach Aufwand zu zahlende Änderungswünsche oder Zusatzaufträge, die entsprechenden Beträge festzuhalten und dabei auch die Geltungsdauer. 145

Im Zusammenhang mit dem **Erfüllungsort** ist zu regeln, ob die Leistungen des Auftragnehmers „vor Ort“ beim Kunden erbracht werden, was dann mit Reisekosten, Reisespesen, Unterkunft, Verpflegung uä verbunden ist. Wenn Mitarbeiter des Auftragnehmers relativ viel beim Kunden arbeiten, sollten Vorkehrungen gegenüber einer Verwässerung der Trennung zwischen beiden Mitarbeitergruppen getroffen werden, insbesondere im Hinblick auf **Arbeitnehmerüberlassung** bzw. deren Vermeidung. 146

n) *Absicherungen (Quellcode, evtl. Versicherung etc).* Einen eigenen Komplex im Vertrag kann die gesamte Absicherung der Zahlungen iVm dem Quellcode und evtl. Versicherung darstellen. Wenn der Auftragnehmer eine monatliche oder eine projektfortschrittsabhängige Zahlung wünscht, dann wird er akzeptieren müssen, dass der Auftraggeber eine Sicherung hierfür verlangt. Insofern könnte sich das Thema ähnlich wie bei Baurecht mit **Bankbürgschaften** erledigen lassen. 147

Gleichzeitig stellt sich aber die praktische Frage, wer die **Fertigungsgrade beurteilt**, was im Falle der Nichteinigung geschehen soll uä. Dies führt zu der Gesamthematik **Mediation** bzw. **Schlichtung** auch schon während des Projekts, aber auch zur Frage, wie offen der Auftragnehmer mit dem **Quellcode** umgeht. 148

Die Quellcodeproblematik zieht sich also von dem Leistungsgegenstand bis hin zur „Sicherheit“, etwa in der Form, dass dem Kunden der Quellcode stets schon in dem Stadium, in dem er gerade fertig gestellt ist, zur Sicherung übergeben wird. Dabei kann die Mechanik nicht wie bei „Sicherungseigentum“ sein. Infolge dessen müssen andere Verabredungen getroffen werden. Im Hinblick darauf, dass auch aufschiebend bedingte Verfügungen hinsichtlich des Quellcodes insolvenzfest sein können,²⁵⁷ eröffnet sich hier ein relativ breiter Spielraum. 149

²⁵² Hauck, Vortrag beim 14. OSE-Symposium am 25.1.2019 in München.

²⁵³ Weitere Einzelheiten zum Datenschutz bei IT-Projekten → § 18 Rn. 243 ff.

²⁵⁴ § 34 Recht des Datenschutzes. Siehe auch Auer-Reinsdorff/Conrad IT-R 1. Aufl. § 11.

²⁵⁵ Nach BayLDA (OH Auftragsverarbeitung Ziff. 1a) Absatz 3, Version 2.0 | Stand: 1. April 2019) soll es weiterhin auf die Zugriffsmöglichkeit ankommen: www.datenschutz-bayern.de/technik/orient/oh-auftragsverarbeitung.

²⁵⁶ → § 14 Rn. 110.

²⁵⁷ S. BGH Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, CR 2006, 151 mAnm Plath/Scherenberg; s. a. → § 38.

Die Pflicht zur Quellcode-Herausgabe seitens des Auftragnehmers bedarf sorgfältiger Regelung, da ohne Regelung im Vertrag große Unsicherheit über diese Pflicht besteht.²⁵⁸

- 150 Aufgrund einer BGH-Entscheidung v. 1986 ging die Rechtsprechung davon aus, – einzige Ausnahme war für längere Zeit LG München I –, dass eine **Mitlieferung** des Quellcodes auch bei voller Bezahlung und auch dann, wenn der Auftraggeber eigentlich Anspruch auf die Unterlagen hat, **nicht geschuldet ist, wenn der Quellcode nicht ausdrücklich als dem Auftraggeber herauszugeben geregelt ist.**²⁵⁹
- 151 Ein Anspruch auf den Quellcode musste **ausdrücklich** zu Gunsten des Auftraggebers geregelt sein. Ansonsten bestand die Herausgabepflicht nicht. Diese Meinung ist im Wandel begriffen, wie die Beispiele sogleich (→ Rn. 140) zeigen. Es können sich Umstände aus dem Vertrag ergeben, die auf einen Anspruch des Kunden auf Herausgabe des Quellcodes als Vertragsgegenstand (ohne zusätzliche Vergütung) schließen lassen.²⁶⁰
- 152 Um den **Umfang eventueller Quellcodeleistung** zu erfassen, sollte man den **Gebrauch**, den man davon machen will (etwa Weiterentwicklung, Aktualisierung, Portierung), beschreiben. Dies hat eine **Doppelfunktion**. Zum einen erstrecken sich dann bestimmte Nutzungsrechte auch auf den entsprechenden Umgang mit dem Quellcode, zum anderen wird der Umfang dessen, was herauszugeben ist (u. a. Entwicklungsdokumentation, Datenmodell usw.), klar.

Praxistipp für den Auftraggeber:

Man kann also zusätzlich zu den **Beschaffenheitsanforderungen an die Unterlagen** in den Vertrag aufnehmen, dass der Quellcode mit Beschreibung dazu in einer Art der Ausgestaltung herauszugeben ist, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, selbst die Software zu pflegen, weiter zu entwickeln, zu verbessern und mit anderer Software zu verbinden sowie solche Leistungen gegenüber dem Auftraggeber durch Dritte erbringen zu lassen, wobei diese Verwendbarkeit der Abnahmeprüfung unterliegt.

- 153 Damit ist noch nicht genau geregelt, was herauszugeben ist. Es wäre jedoch innerhalb eines relativ breiten Spektrums Fachleuten klar, was erforderlich ist. Notfalls ist dies mit einem Sachverständigengutachten festzustellen.

154 Checkliste für den Auftraggeber Quellcode-Regelung

Im Rahmen der Regelung der Quellcode-Übergabe wäre festzulegen bzw. zu konkretisieren:

- Umfang und Version(en) des Quellcodes,
- seine Ausgestaltung (Muster) und
- Grad an Kommentierung sowie
- gegenständlichen Repräsentationen (Datenträger, Listen)
- zwecks Bestimmtheit auch für evtl. Titel genau zu beschreiben bzw. dazu zu verpflichten,
- Testergebnissen, va Verifikation der Compilierbarkeit.

- 155 Die Rechtsprechung im Überblick zeigt in der Tendenz eher keine Pflicht zur Herausgabe, wenn nicht besondere Umstände vorliegen:
- OLG München²⁶¹ (ablehnend);

²⁵⁸ → § 38 IT in der Insolvenz, Escrow.

²⁵⁹ S. BGH 30.1.1986 – I ZR 242/83, CR 1986, 377; a. M. LG München I 18.11.1988 – 21 O 11 130/88, DB 1989, 973.

²⁶⁰ S. BGH 16.12.2003 – X ZR 129/01, CR 2004, 490; dazu auch sogleich.

²⁶¹ OLG München 16.7.1991 – 25 U 2586/91, CR 1992, 208.

- OLG Frankfurt²⁶² mit falscher Anmerkung/Überschrift (es ging um Schadensersatzansprüche bei abgebrochenem Projekt);
- OLG Saarbrücken²⁶³ mit Randüberlegung, ob bei voller Vergütung und Nicht-Übernahme einer Pflegeverpflichtung eine Herausgabepflicht besteht, die aber im konkreten Fall nicht entschieden wurde.
- LG Aschaffenburg²⁶⁴ Die Herausgabe des Quellcodes ist bei Software-Erstellung bzw. individuell für den Auftraggeber erstellter Software zwecks weiteren Absatzes „der Regelfall“ (sehr problematisch), s. aber BGH.²⁶⁵
- OLG Karlsruhe²⁶⁶ Quellcode ist als Teil der vereinbarten Wartungs-Dokumentation mitgeschuldet (problematisch).
- LG Köln:²⁶⁷ „Grundsätzlich wird bei Erstellung von Individualsoftware nach der Rechtsprechung jedenfalls dann, wenn wie nicht zugleich ein Wartungsvertrag abgeschlossen wird, (die einjährige kostenlose Wartung gemäß Vertrag der Parteien steht dem nicht gleich) angenommen, dass auch die Herausgabe des Quellcode geschuldet ist.“²⁶⁸
- OLG Karlsruhe:²⁶⁹ Auch ohne besondere Vereinbarung ist bei einem Vertrag zur Einstellung von Fremdsoftware eines Dritt-Herstellers der Quellcode vom Auftragnehmer mitzuliefern.²⁷⁰
- LG Köln:²⁷¹ Der Ausschluss einer Herausgabepflicht hinsichtlich des Quellcodes in AGB ist wirksam.
- Nach Meinung des BGH kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an:²⁷² etwa ist die Software für Vermarktung durch Besteller zu erstellen, der für Weiterentwicklung und Wartung den Quellcode braucht.
- ÖOGH: Kein Anspruch auf Herausgabe des Sourcecodes bei Softwareerstellungsverträgen²⁷³
- OLG Karlsruhe zu einem Webdesign-Vertrag bei dessen einvernehmlicher vorzeitiger Beendigung:²⁷⁴ „Sieht ein Webdesignvertrag für den Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung vor, dass Auftragnehmer die Webseite unter Verwendung der bis dahin erbrachten Leistungen fertigstellen und anschließend nutzen können soll, setzt dies den Zugriff auf den Quellcode samt Begleitmaterialien voraus.“ (LS 1) und „Bei übereinstimmender vorzeitiger Vertragsbeendigung greifen hinsichtlich der Werkherausgabe und der Vergütungspflicht die allgemeinen gesetzlichen Regelungen ein. Danach steht dem Besteller grundsätzlich ein Anspruch auf das bis dahin erstellte Werk zu, wozu auch die Herausgabe des Quellcodes gehört.“

Soll zwar eine vertragliche Regelung erfolgen, will aber der Auftragnehmer den Quellcode nicht schon an den Auftraggeber übergeben, wird häufig als Mittelweg „*Hinterlegung*“ bei einem Dritten (Escrow-Agent) vereinbart.²⁷⁵ Die Vertragsparteien regeln die Fälle, bei denen der Auftraggeber berechtigt ist, den Quellcode herauszuverlangen.²⁷⁶ Dabei wird AGB-Recht relevant, wenn bspw der Auftragnehmer mit dem Agenten die Verwendung bestimmter Klauseln im Verhältnis zum Auftragnehmer vereinbart. Solche Klauseln werden regelmäßig „Standard-Werkzeug“ des Agenten und damit AGB iSv § 305 Abs. 1 BGB sein. Streitpunkt ist hier, wer als Verwender der AGB gilt. Das dürfte insbesondere davon abhängen

²⁶² OLG Frankfurt 4.5.1995 – 6 U 29/88, ECR OLG 195.

²⁶³ OLG Saarbrücken 22.9.1994 – 8 U 64/91, ECR OLG 173.

²⁶⁴ LG Aschaffenburg 16.12.1997 – 1 O 354/93, CR 1998, 203.

²⁶⁵ BGH 16.12.2003 – X ZR 129/01, CR 2004, 490.

²⁶⁶ OLG Karlsruhe 14.5.1998 – 11 U 39/96, CR 1999, 11.

²⁶⁷ LG Köln 3.5.2000 – 20 S 21/99, CR 2000, 505.

²⁶⁸ LG Köln 3.5.2000 – 20 S 21/99, CR 2000, 505.

²⁶⁹ OLG Karlsruhe 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95.

²⁷⁰ S. kritisch Schneider CR 2003, 317.

²⁷¹ LG Köln 15.4.2003 – 85 O 15/03, CR 2003, 484.

²⁷² BGH 16.12.2003 – X ZR 129/01, CR 2004, 490.

²⁷³ 3.8.2005 – 9 Ob 81/04h, MMR 2006, 152.

²⁷⁴ OLG Karlsruhe 18.3.2019 – 10 U 13/18, MMR 2020, 492.

²⁷⁵ S. zB Remmert/Kast, Digital Escrow, 2022.

²⁷⁶ → § 38 IT in der Insolvenz, Escrow.

gen, ob der Escrow-Agent als neutraler Dritter zu sehen oder dem Auftragnehmer bzw. Softwareanbieter zuzurechnen ist. In einer neuen Entscheidung hat der BGH den Dritten für den Fall als Verwender gesehen, wenn dieser über die bloße Vermittlung hinaus eigene Interessen am Vertragsschluss hat.²⁷⁷

- 157 o) **Übergangsunterstützung.** Viele Projektverträge berücksichtigen bereits mögliche Exit-Szenarien, etwa als differenzierte Kündigungsregeln²⁷⁸ iVm. jeweils verschiedenen Folgen für Vergütung und auch noch Unterstützungsleistungen. Die Regelungen sind evtl. den §§ 648, 648a, 649, 650, 314 nachgebildet, evtl. verbunden mit speziellen Fallgestaltungen, auch bei agil. Eventuell wird sogar noch geregelt, wie evtl. ein Übergang auf einen anderen Auftragnehmer bewerkstelligt werden kann und der bisherige Auftragnehmer dabei unterstützt. Das ist insbesondere bei Beendigungen in Phasen wie Parallelbetrieb, vor Transition und endgültiger Implementation sinnvoll.
- 158 p) **Schlussbestimmungen.** Am Schluss des Vertrages stehen regelmäßig Klauseln zu
- Verträgen, die zB im Anschluss an die Software-Erstellung weitere Leistungen im Bezug auf die Software regeln, etwa Optionen im Hinblick auf die **Pflege** der Software,
 - Gerichtsstand und Erfüllungsort,
 - Schriftform,
 - Schlichtung,
 - die Nicht-Geltung von AGB und
 - die so genannte salvatorische Klausel (die als AGB meist unwirksam ist).

3. Agile Programmierung

- 159 a) **Charakteristika moderner Projektmethoden.** Im Hinblick auf die Erfolgsverantwortung bei der Softwareerstellung wird grundsätzlich die Zweiteilung in Planung und Realisierung empfohlen.²⁷⁹ Dies ist die Miniform des „**Wasserfall-Modells**“ des Vorgehens.²⁸⁰ Dessen Nachteile sind bekannt. So müsste zB gerade bei IT-unerfahrenen Auftraggebern vor Projektstart zunächst ein Vorprojekt zur Pflichtenhefterstellung durchgeführt werden, was die Kosten erhöht und den Projektstart verzögert. Zudem wird die klassische Zweiteilung in Planungs- und Realisierungsphase meist nicht eingehalten.
- 160 Die EVB-IT System gehen grundsätzlich davon aus, dass das V-Modell XT als Methodik zugrunde gelegt wird, lassen aber auch andere Methodiken zu. Die EVB-IT Erstellung gehen nicht auf die Vorgehensmethodik ein.²⁸¹
- 161 Beispiele für agile Projektmethoden sind eXtreme Programming, Industrial XP, Feature Driven Development, Crystal, SCRUM oder Kanban.²⁸² Der Ansatz bzw. das Ziel der agilen Programmierung lässt sich mit folgendem Zitat aus dem sogenannten **Agile Manifesto**²⁸³ zusammenfassen [Formatierung von den Verfassern geändert]:

„We are uncovering better ways of developing software by doing it and helping others to do it. Through this work we have come to value:

<i>Individuals and interactions</i>	<i>over</i>	<i>processes and tools</i>
<i>Working software</i>	<i>over</i>	<i>comprehensive documentation</i>
<i>Customer collaboration</i>	<i>over</i>	<i>contract negotiation</i>
<i>Responding to change</i>	<i>over</i>	<i>following a plan.</i>

²⁷⁷ BGH 27.1.2017 – V ZR 130/15. Dazu auch von Westphalen NJW 2018, 205.

²⁷⁸ Zu § 648 ff und 314 BGB s. a. → Rn. 25 ff.

²⁷⁹ Einzelheiten → § 18 IT-Projektmanagement.

²⁸⁰ → § 1 Erstellung und Pflege von Software Rn. 26; zu Projektmethoden siehe auch § 18 IT-Projektmanagement.

²⁸¹ Zu EVB-IT → § 41.

²⁸² Siehe Zusammenstellung bei Sarre, CR 2018, 18; zu Auswahlkriterien s. Schneider/von Westphalen/Witzel H. Rn. 48 ff., 72 ff. mwN. Einzelheiten → § 1 Erstellung und Pflege von Software Rn. 46 ff.

²⁸³ <http://agilemanifesto.org/>; s. a. Kremer in Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, Werkstand: 37. EL Mai 2022 Rn. 14; Sarre CR 2018, 18; Lapp ITRB 2018, 263; Schneider ITRB 2019, 213; Schröder/Stiemerling ITRB 2019, 183.

That is, while there is value in the items on the right, we value the items on the left more. ...

We follow these principles:

1. *Our highest priority is to satisfy the customer through early and continuous delivery of valuable software.*
2. *Welcome **changing requirements**, even late in development. Agile processes harness change for the customer's competitive advantage.*
3. *Deliver working software frequently, from a couple of weeks to a couple of months, with a preference to the shorter timescale.*
4. *Business people and developers must **work together** daily throughout the project.*
5. *Build projects around motivated individuals. Give them the environment and support they need, and **trust** them to get the job done.*
6. *The most efficient and effective method of conveying information to and within a development team is **face-to-face conversation**.*
7. *Working software is the primary measure of progress.*
8. *Agile processes promote sustainable development. The sponsors, developers, and users should be able to maintain a constant pace indefinitely.*
9. *Continuous attention to technical excellence and good design enhances agility.*
10. ***Simplicity** – the art of maximizing the amount of work not done – is essential.*
11. *The best architectures, requirements, and designs emerge from **self-organizing** teams.*
12. *At regular intervals, the team reflects on how to become more effective, then tunes and adjusts its behavior accordingly.“*

Es wird also zugunsten einer möglichst schnell lauffähigen Software, die möglichst gut den Anwenderbedürfnissen entspricht, bewusst auf umfangreichere Planungen und – untechnisch gesprochen – Dokumentationen (sei es im Rahmen der Pflichtenhefterstellung oder im Rahmen der Vertragsgestaltung oder Software-/Entwicklungsdokumentation) verzichtet. Auf nice-to-have Features wird grundsätzlich stringent verzichtet. Gleichzeitig wird vom Auftraggeber eine sehr häufige (tägliche) intensive und kooperative Mitwirkung gefordert.²⁸⁴ Unklar ist, wie selbständig die einzelnen Abschnitte (Inkrement, Sprints) zu sehen sind, insbes. hinsichtlich Abnahme und Rücktrittsfolgen.²⁸⁵ 162

Ein Beispiel für eine agile Programmiermethode ist **SCRUM**²⁸⁶ (engl. Gedränge). Bei SCRUM (und verwandten Techniken) wird eine Projektstruktur eingeführt, bei der lose und ggf. unkoordinierte Anforderungen des Auftraggebers zu relativ überschaubaren Teilschritten und deren Realisierungen zusammengefasst werden. Der Prozess ist – anders als beim klassischen V-/Wasserfallmodell – nicht linear, sondern iterativ, tendenziell spiralförmig. Die Konsequenz davon ist, dass an die Stelle der inhaltlichen Ausgestaltung eines Pflichtenhefts (= technisch-funktionelle Vorgabe) die Einrichtung von bestimmten Gremien/Prozessen und Aufgaben (= nicht-hierarchische organisatorische Vorgaben) treten und zu vereinbaren sind, insbesondere 163

- Steuerausschuss,
- Projektleiter,
- Zuteilung von Rollen und Aufgaben auf die einzelnen Personen und auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite und schließlich
- die Organisation.

²⁸⁴ Sehr anschaulich die Darstellung der Beklagten bei LG Bonn (12.11.2021 – 10 O 296/19) zu einem SCRUM-Projekt, es handle sich um einen „Kooperationsvertrag“, „der dadurch geprägt sei, dass vom Kläger weitreichende Mitwirkungspflichten geschuldet gewesen seien, so wie sich dies auch aus dem Regelwerk Scrum im Sinne einer Anwenderdokumentation ergebe“, die Sprints seien jeweils eigenständige Werkverträge. Ähnlich OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16 (aG einer Teilzahlungsabrede).

²⁸⁵ LG Bonn 12.11.2021 – 10 O 296/19. S. Muster zu Abschnittsweiser Beauftragung von Imhof in Beck-FormB IT-R 5. Aufl. 2020, C.3; zu agil s. Rockstroh/Schug, BeckOF Vertrag, , 63. Edition 2023, Stand: 1.1.2023, Form. 9.1.1; von Schenck, MMR 2019, 139; Kühn/Ehlenz, CR 2018, 139; Koch/Kunzmann/Müller, MMR 2020, 8.

²⁸⁶ Die nachfolgende Darstellung von Scrum folgt im Wesentlichen der bei Wikipedia.de wiedergegebenen Beschreibung. Einzelheiten → § 1 Erstellung und Pflege von Software Rn. 60; sa → § 18 Rn.

- 164 Das Vorgehensmodell SCRUM besagt hinsichtlich der Entwicklungsmethodik, dass es auf dem agilen Manifest²⁸⁷ aufbaut, also den eben zitierten vier Grundkategorien des Manifestes.
- 165 Hinzu kommt die klare Zuweisung bestimmter Rollen, nämlich der
- Product Owner, der das Ziel definiert, das ein Team erreichen muss und auch das Budget „zur Verfügung stellt“.
 - Das Team selbst, das die Aufwände für die einzelnen Backlog-Elemente abschätzt.
 - Der SCRUM Master, der die Aufgabe hat, Prozesse der Entwicklung und Planung durchzuführen und die Aufteilung der Rolle und Rechte zu implementieren und zu überwachen. Er behält sozusagen die Transparenz über das gesamte Vorgehen. Er ist aber nicht dafür verantwortlich, dass Team und Product Owner miteinander kommunizieren. Dies geschieht vielmehr direkt (was dann auch eine der größeren Gefahren ist).
- 166 Der Ausdruck SCRUM erklärt sich va daraus, dass an jedem Tag ein vom SCRUM Master moderiertes Team-Meeting stattfinden soll, bei dem bestimmte Fragen, die der Arbeit im Wege stehen könnten, diese fördern uä besprochen werden sollen, um so möglichst allen Hindernissen frühzeitig aus dem Wege zu gehen.
- 167 Die wesentliche Grundlage von SCRUM bilden die sogenannte Artefakte, darunter das erwähnte Product Sprint Backlog als die Funktionalitäten bzw. Anforderungen für das zu entwickelnde Programm mit den Funktionalitäten, die der Kunde wünscht, wo er aber nicht verpflichtet ist, eine Art Systematik bereits einzubauen.
- 168 Die Detail-Genauigkeit der Anforderungen könnte also unterschiedlich ausfallen.
- Ein **Sprint Backlog** enthält die Aufgaben, die notwendig sind, um das Ziel des Sprints zu erfüllen. Man geht davon aus, dass ein Sprint Backlog nicht länger als wenige Tage dauern soll, weil ansonsten eine Zerlegung erfolgen müsste. Die häufig (auch in Wikipedia) angegebene Zahl von 16 Stunden als Maximum resultiert daraus, dass zwei Tage daran gearbeitet wird. Die acht Stunden sind bezüglich eines Puffers von einer Stunde.
 - Ein **Burn Down Chart** ist eine grafische, pro Tag zu erfassende Darstellung des noch zu erbringenden Restaufwands.
- 169 Das wesentliche Element des gesamten Vorgehens ist dann der Sprint, der in einem Entwicklungszyklus durchlaufen wird. Dieser Sprint hat ebenfalls eine begrenzte Zeit, die mit maximal 30 Tagen angenommen wird. Hierfür wird aus dem Product Backlog die Aufgabe für den jeweiligen Sprint gesammelt. Es wird dann für den Sprint ein spezielles Backlog zusammengestellt. Dann erfolgt der Sprint und realisiert sozusagen diese für ihn speziell zusammengestellten Anforderungen, die dann anschließend in ein funktionsfähiges Produkt mit eingebaut werden.²⁸⁸ Die Verwendbarkeit jeden Abschnitts macht die Beurteilung, wie selbständig die Sprints zu sehen sind, bei Gesamtrücktritt Schwierigkeiten, s.z.B. LG Bonn:²⁸⁹ *„Bereits in der Präambel des Vertrages haben die Parteien festgehalten, dass die Entwicklung in Etappen (Sprints) erfolgen solle und jeder Sprint mit Vorlage eines in sich vollständigen Software-Produkts (getestetes Inkrement lauffähiger Software, vgl. Ziff. 3 Präambel) abgeschlossen ist. Kern des Vorgehens war dabei eine von Sprint zu Sprint schrittweise Verbesserung und Weiterentwicklung des Produkts auf Grundlage eines entsprechend kontinuierlich zu verfeinernden und zu verbessernden langfristigen Plans (product backlog).“*
- 170 Wenn jeweils die einzelnen Sprints abgenommen werden, entsteht das Problem, dass durch die Arbeiten im nächsten Abschnitt/Sprint die bisherige Version einfach (ohne CR-Verfahren, als laufende Verbesserung oder wg. neu aufgegriffener Maßgaben und Tickets) geändert wird. Die angestrebte weitere Verbesserung bildet eine Klammer. Die Version, auf die sich die letzte Abnahme bezieht, wird mit der nächsten Abnahme „überschrieben“.

²⁸⁷ Sowohl zu agilem Manifest als auch zu agilen Vorgehensweisen insgesamt siehe etwa: Hoeren/Pinelli, MMR 2018, 199; Sarre, CR 2018, 198; Heydn, MMR 2020, 284.

²⁸⁸ Zu einzelnen Regelungspunkte und Vorschläge dazu s. von Schenck, MMR 2019, 139; Muster z. B. Imhof, Agile Softwareprogrammierung in BeckFormB IT-R, Weitnauer/Mueller-Stöfen, 5. Aufl. 2020, Form. D.4; Meßmer, BeckOF IT- und Datenrecht, 14. Ed. 2023, Stand: 1.2.2023, Kap. 1.4.

²⁸⁹ 12.11.2021 – 10 O 296/19.

Mängel für ältere Sprints geltend zu machen, kann sehr schwierig werden, ist evtl. auch nicht mehr sinnvoll.

b) **Herausforderungen der modernen Projektmethoden für die Vertragsgestaltung.** Was 171
zunächst chaotisch klingt, könnte bei stringenter Durchführung ein relativ geordnetes Verfahren sein, dessen Aufwand sich evtl. früher abschätzen lässt und das sich in gewissem Sinne dem Prototyping annähert, weil im Laufe der Zeit immer deutlicher erkennbar wird, was aus den (ursprünglichen) Anforderungen an die Software geworden ist. Der sogenannte „**Moving Target Effect**“, wonach sich die Arbeitsweise bzw. die Priorisierung von fachlichen Anforderungen an die Entwicklung immer angepasst werden kann, ist einer der Vorteile der agilen Methodik.²⁹⁰ Dem Vorgehen muß sich auch die Vertragsgestaltung anpassen, indem sie stärker auf die Projektabläufe, die Dynamik des Projekts und deren Steuerung eingeht und diese praxisnah regelt.²⁹¹ So soll etwa eine möglichst frühzeitige **Ingebrauchnahme** der Software (oder jedenfalls von Teilen davon) stattfinden. Das ist eine Herausforderung für die nächsten Versionen, die dann auch gleich in Betrieb gehen sollen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass bei agilen Methoden im Regelfall

- auch Iterationsschritte möglich sind, die bisher Verarbeitetes wieder ganz oder teilweise zunichtemachen, man sich also spiralförmig bewegen könnte, und
- es eine Art Rückverlagerung und Verteilung der Projektleitung in die einzelnen Teams gibt.

In der Praxis wird Wasserfall in Reinform sehr selten angewendet. Deshalb erscheint es 172
folgerichtig, für die ohnehin intendierte eher spiralförmige Vorgehensweise ein entsprechendes formelles Regelwerk zu schaffen. Eine Eigenheit agiler Methoden ist, dass der Kunde über ausreichende Fachkenntnisse, Erfahrungen und Kapazitäten bzgl. der Leitung von IT-Projekten/Software-Erstellung verfügen muss, was viele Kunden überfordert. Der Kunde muss fachlich und von seinen Kapazitäten her in der Lage sein, die für ein agiles Vorgehen erforderlichen **Rollen** (insbes. Product Owner; Beteiligung bei der **gemeinsamen Scope Governance**/Lenkungsreis etc.) auszufüllen. Anderenfalls ist ein kontinuierlicher Spezifikationsprozess und Festlegung der jeweils am höchsten priorisierten Anforderungen als User Stories bzw. Referenz User Stories nicht möglich. Neben der Spezifikation hat der Kunde auch im Rahmen der Tests Aufgaben, die klassische/wasserfallartige Vorgehensweise weit übersteigen, da fortlaufend parallel zur Spezifikation bereits die Umsetzung erfolgt, die kontinuierlich getestet werden muss. Nicht untypisch für Verträge über agile Software-Erstellung/-Anpassung ist, dass Kosten und Termine zunächst nur in einem groben Rahmen festgelegt werden und die genauere Festlegung erst nach einer initialen Testphase erfolgen soll, nach der auch beurteilt wird, ob der initiale Maximalpreisrahmen überschritten wird.²⁹²

Im klassischen werkvertraglichen IT-Projekt²⁹³ gilt bzw. galt, dass der Kunde nur insoweit 173
auch ohne ausdrückliche Regelung „aus in der Natur der Sache liegenden Gründen“ zur Mitwirkung verpflichtet ist, wenn „... der Softwarehersteller die **Verpflichtung zur Programmierung nur sinnvoll unter Mitwirkung des Kunden erfüllen**“ kann.²⁹⁴ Nachdem die Grundfunktionalität seitens des Auftragnehmers hergestellt worden ist, geben die Mitwirkung und Interaktion den agilen Programmiermethoden ein besonderes Gepräge. Die sehr intensive, reflektierte²⁹⁵ und kompromissbereite **Mitwirkung** kann gerade IT-unerfahrene Auftraggeber überfordern. Zwar trägt der Kunde – anders als bei vielen klassischen Projekten – nicht das Verwendungsrisiko, also das Risiko, die vertraglich vereinbarte Software zu

²⁹⁰ Kühn/Wulff CR 2018, 417 (418).

²⁹¹ S. zB Heydn, MMR 2020, 284; Heydn/Schultz, Vertragsklauseln zum IT-Projektmanagement, CR 2021, 145.

²⁹² Söbbing ITRB 2019, 11 f.

²⁹³ Allgemein zur Vertragstypologie → Rn. 10 ff.

²⁹⁴ BGH 13.7.1988 – X ZR 292/87, CR 1989, 102 (104), LS 2 – Registrierkassen – und Bestätigung durch BGH 10.3.1998 – X ZR 70/96, CR 1998, 393 (395) – Warentermingeschäft. Ausführlich zur Mitwirkung bei IT-Verträgen: Schuster CR 2016, 627.

²⁹⁵ Zu Mitwirkung siehe Lapp ITRB 2010, 69; Redeker, IT-Recht, 2020, Rn. 425–438, und → Rn. 60 ff, 193 ff.

erhalten, die aber für die Anwender nur eingeschränkt nutzbar ist. Allerdings erschwert eine Entwicklung „Feature by Feature“ möglicherweise das einheitliche Design der Software.²⁹⁶ Koch weist darauf hin, dass der Kunde evtl. nicht vorab feststellen kann, mit wie vielen (für ihn möglicherweise in doppelter Hinsicht²⁹⁷ kostenauslösenden) Iterationen er rechnen muss.

- 174 Damit einher geht das Problem der Abnahme bei agilen, spiralförmigem Vorgehen, weshalb zu regeln wäre, wann Teilabnahmen, wann „Abnahmen“ und wann Endabnahmen vorliegen.²⁹⁸ Ob „Freigaben“ statt Abnahmen das Mittel der Wahl bei agilem Vorgehen sind, ist fraglich. Denkbar wäre, die Freigaben nur auf die fachliche Spezifikation und deren Richtigkeit zu beschränken, so dass eine Änderung der freigegebenen fachlichen Vorgaben einen CR nach sich zieht. Gerade bei agilem Vorgehen oder Prototyping wird jedoch der Auftragnehmer auch auf kleinteilige Freigaben/Abnahmen der technischen Umsetzung drängen.
- 175 Eine weitere, nämlich **urheberrechtliche Unklarheit** der vertraglichen Situation bei agiler Programmierung kann sich aus der „**paarweisen**“ Programmierung ergeben (Tandems von Mitarbeitern des Auftraggebers und des Auftragnehmers). Hins. gemeinsam erschaffener Arbeitsergebnisse stehen den Urhebern an sich (wenn ausdrücklich nicht etwas anderes geregelt ist, was aber zumindest individualvertraglich denkbar wäre) die Rechte gemeinsam zu (§ 8 Abs. 1 UrhG).²⁹⁹

Praxistipp:

Zu regeln wäre daher aus Sicht des Auftraggebers, dass diesem auch an gemeinsamen Arbeitsergebnissen (ggf. auch an Entwürfen/Vorstufen) mit deren Entstehung zumindest inhaltlich unbeschränkte Nutzungsrechte auf Dauer als nicht-ausschließliche Rechte zustehen, einschließlich des Rechts zum Service-Betrieb durch Dritte, und dass der Auftraggeber unabhängig vom Auftragnehmer das Recht zur weiteren Bearbeitung, Unterlizenzierung, Verbreitung (ggf. sogar Vermarktung) hat. Zu klären wäre, ob dies auch hins. anmeldebedürftigen Schutzrechten (etwa denkbaren Patenten bei Hardware-naher Software) gelten soll, oder ob insoweit die Anmeldung nur gemeinsam durchgeführt werden kann bzw. nur dann allein durch den Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer im Einzelfall ausdrücklich verzichtet.

- 176 Ein weiteres typisches Problem der Rechteinräumung bei agiler Software-Erstellung ist der Umstand, dass häufig **Open Source** Komponenten eingesetzt werden.³⁰⁰ Dies ist zwar nicht zwangsläufig mit agilem Vorgehen verbunden, jedoch in der Praxis regelmäßig anzutreffen. Ursache mag sein, dass aufgrund der geforderten Schnelligkeit und Flexibilität des Projektfortschritts naheliegt, auf vorbekannte Lösungen der Open Source Community zurückzugreifen. Die Compliance-Risiken, die sich stellen können, sind bei Komponenten, die unter einer Copyleft-Lizenz stehen, naturgemäß am größten.³⁰¹ Aber auch in anderen Fällen können dem Auftraggeber Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen sowie Vernichtungs-, Rückruf- und Überlassungsansprüchen drohen. Eine ausschließliche Rechteinräumung an den Auftraggeber ist grds. nicht möglich.
- 177 Nicht zuletzt seit der Reform der **Arbeitnehmerüberlassung**, die seit 1.4.2017 gilt,³⁰² sind für den Auftraggeber agile Entwicklungsteams, die nicht allein von seinen eigenen Arbeitnehmern besetzt sind, problematisch. Gerade in agilen Projekten setzten Auftraggeber

²⁹⁶ Ebenfalls teilweise kritisch: Koch ITRB 2010, 114 (117); sa Schuster in Schuster/Grützmaker, IT-Recht, § 631, a) Softwareerstellung als Werk, Rz. 27, 30.

²⁹⁷ Zum einen bezahlt der Kunde den Iterationsschritt des Anbieters, zum anderen stellt er seine eigenen Mitarbeiter bei.

²⁹⁸ Schneider CR 2016, 634 (635).

²⁹⁹ Hoeren/Pinelli: Miturheberschaft in der agilen Softwareentwicklung? MMR 2019, 779; s. a. (nicht zu agil) OLG Hamburg 23.7.2020 – 5 U 18/14, CR 2020, 712 – Voraussetzungen der Miturheberschaft an einem Computerprogramm.

³⁰⁰ Kühn/Ehlenz CR 2018, 139 (148).

³⁰¹ Einzelheiten zur OSS-Compliance → § 9 Open Source and Open Content.

³⁰² BGBl. 2017 I Nr. 8; siehe etwa §§ 10 AÜG.

entweder selbst Freelancer ein, um die Kapazitäten der Fachbereich zu entlasten, und der Softwareanbieter (etwa der SCRUM Master), der die gemeinsamen Entwicklungsteams mit-besetzt, setzt eigene Arbeitnehmer oder seinerseits Freelancer ein. Hierbei können sich vielfältige Fragen der Scheinselbständigkeit und Arbeitnehmerüberlassung stellen.³⁰³

Die folgende Tabelle fasst schematische einige Unterschiede hins. der Anwendungsbedingungen von agilen Methoden im Vergleich zu klassischem (wasserfallmäßigem) Vorgehen zusammen. Dabei wird unterstellt, dass Agiles Vorgehen tendenziell zu Dienstvertrag führt. Es wäre aber durchaus denkbar, dass einzelne Schritte als eigener Einzelauftrag Werkvertraglich zu beurteilen wären.³⁰⁴

178

179

Prioritäten/ Anwendungsbedingungen	Typische Ausprägung bei Wasserfall-Modell/Werkvertrag	Typische Ausprägung bei Agilem Vorgehen oder Hybridformen als Dienstvertrag
Vergütung	Fest/Price Cap denkbar (Spezifikation als Referenz)	Offen/Schätzung/Budgets; daher Agil eher geeignet für relativ kleine Projekte; Eine jüngere Entwicklung, die kritisch gesehen wird, ist der sog. „agile Fest- preisvertrag“, wonach im Vertrag der Vertragsgegenstand (konkret die we- sentlichen Projektziele, Themen, Soft- wareanforderungen und Epics) sowie die Rollen (ua Scope Governance durch Lenkungskreis) grob beschrie- ben wer und zunächst nur ein grober Maximalfestpreis- und Terminrahmen festgelegt werden. ³⁰⁵ Weitere Festle- gungen (Auswahl repräsentativer Epics, Spezifikation von User Stories etc.) sowie die Konkretisierung des Kostenrahmens folgen nach Projekt- start. Das Risiko des Dissenses ist rela- tiv hoch, als AGB ohnehin fraglich. ³⁰⁶
Termin	Fest (zB Meilensteine, Endtermin); detaillierter Projektplan als Referenz	„Fastest time to market“ (zumindestens hinsichtlich eines lauffähigen Minimalergebnisses)
Leistungs- beschrei- bung/Spezifikation	Grundlage für das Angebot und den Vertrag; allerdings ist denk- bar – falls beim Kunden ein Lasten- heft fehlt – ein Vorprojekt zur Lastenhefterstellung oder zumin- dest zur Grobkonzepterstellung durchzuführen	Dokumentation von Rollen/ Drehbüchern für das Vorgehen
Inhalt/Vorgabe der fachli- chen Anforderungen	<ul style="list-style-type: none"> • Fest (Spezifikation als Referenz) • zumindest teilweise individuell 	<ul style="list-style-type: none"> • Vage, evtl. kreativ/neuartig oder • wenig komplex, überschaubar, un-

³⁰³ Heise/Friedl: Flexible („agile“) Zusammenarbeit zwischen Unternehmen versus illegale Arbeitnehmerüberlassung – das Ende von Scrum? NZA 2015, 129; → § 37 „Arbeitsrechtliche Bezüge“. Kühn/Wulff CR 2018, 417. Siehe etwa Bußgeldrisiko (§ 16 AÜG und § 111 Abs. 4 SGB IV).

³⁰⁴ Sogleich → Rn. 163.

³⁰⁵ Söbbing ITRB 2019, 11 (12): „Ein Festpreis passt ebenso wenig zu einer agilen Projektgestaltung wie die agile Grundmethodik zur Vertragstypologie des BGB; das juristische Problem ist ein Projektstart ohne vertragliche Festlegung des Leistungsumfangs.“

³⁰⁶ Söbbing ITRB 2019, 11 (13 f.).

Prioritäten/ Anwendungsbedingungen	Typische Ausprägung bei Wasserfall-Modell/Werkvertrag	Typische Ausprägung bei Agilem Vorgehen oder Hybridformen als Dienstvertrag
<p>Fertigstellung/ Ausführungsart</p> <p>Bestimmte Ausführungsergebnisse (hohe Qualität)</p> <p>Change Requests; hohe Änderungsrate bei Anforderungen zB aus Umfeld</p> <p>Statische Anforderungen (relevant va für Festpreis und Festtermin)</p> <p>Kontrollmöglichkeit</p> <p>Leitung und Steuerung des Projekts</p> <p>Mitwirkung des Kunden</p> <p>Auch für Mängelrechte, Haftung</p>	<p>und von den internen Prozessen beim Kunden abhängig</p> <p>Risiko des Auftragnehmers</p> <p>Fest (Spezifikation als Referenz), wichtig va bei festen Anforderungen wie ISO-/DIN-Normen etc</p> <p>Formalisiertes Change Management (Spezifikation als Referenz)</p> <p>Fest</p> <p>Fest (Spezifikation und Projektplan sowie Aktivitätenplan als Referenz der Vergütungspflicht bei vorzeitigem Projektabbruch; § 649 BGB)</p> <p>Durch den Auftragnehmer; der Kunde wirkt mit und der Auftragnehmer steuert/koordiniert auch das Zusammenspiel mit der Mitwirkung</p> <p>Festgelegt/planbar nach Phasen; ggf. anderweitige Ressourcenbindung beim Kunden;</p> <p>Risiko des Auftragnehmers während Gewährleistungszeit; Spezifikation als Referenz; Abnahme im laufenden Betrieb denkbar</p>	<p>kritisch hins. Zeit/Budget oder</p> <ul style="list-style-type: none"> • Das Endergebnis steht im Prinzip und evtl. hinsichtlich wichtiger einzelner Parameter fest (zB „Erstellung eines Web-Shops für rezeptpflichtige Medikamente, im Prinzip wie ...“ oder „Chaotisches, fahrerloses Lager für ... Zulieferer-Produkte/ Ersatzteileversorgung“) • daher Agil eher ungeeignet für unternehmenskritische Projekte wie ERP-Einführung <p>Risiko des Kunden</p> <p>Vage, evtl. kreativ/neuartig</p> <p>Flexibler, va bei langem Projekt; allerdings schwierig hinsichtlich Referenz für Mehraufwand/Mehrvergütung (in scope/out of scope)</p> <p>Vage</p> <p>Vage</p> <p>Durch den Kunden (muss über entsprechende Erfahrungen, Kenntnisse und Kapazitäten verfügen!); Agil daher va geeignet, wenn der Kunde über größeres Know-How und größere Kapazitäten als der Anbieter verfügt</p> <p>Vage und wenig planbar; jedenfalls sehr intensive und umfangreiche Kooperation und entsprechende Kapazitäten des Kunden (auch für Qualitätsmanagement und Backup bei Personalausfällen) während gesamter Laufzeit erforderlich</p> <p>Bei Dienstvertrag keine Mängelrechte</p>

Für den Kunden stellt sich die Frage, ob und ggf. wann durch Ingebrauchnahme eine **(Teil-)Abnahme** eingetreten ist und wann die **Verjährungsfrist** der Mängelrechte beginnt.³⁰⁷ „Gefällt“ dem Auftraggeber das Programmiererergebnis eines Programmierschritts (noch) nicht, kann er insoweit noch Änderungen auf einfache Weise durch Fortsetzung im Rahmen des nächsten Inkrements erreichen.

Praxistipp:

Bei modernen Projektmethoden sind Änderungen Teil des Konzepts. Dies erschwert jedoch ein geordnetes **Change Request (CR)**-Verfahren, insbesondere die Feststellung von Minderungen (Mängeln bei vertraglich vereinbarten Leistungen, „in scope“) und Mehrungen (vom Vertragsinhalt nicht erfasster Mehraufwand des Auftragnehmers, „out scope“). Ohne Pflichtenheft fehlt möglicherweise jede Referenz, was in scope oder out scope ist. Mehrfachvergütung für dieselbe Leistung sind wahrscheinlich.

c) **Vertragstypologie bei agilem Vorgehen.** In der Literatur geht die wohl überwiegende Ansicht von einer weitgehend dienstvertraglichen Einordnung aus.³⁰⁸ Mit Blick auf die Eigenheiten agiler Projektverfahren hatte *Koch* eine vertragsrechtliche Differenzierung zwischen

- der Phase bis zur Herstellung einer ersten Fassung einer lauffähigen und demonstrierbaren Grundfunktionalität und
 - der darauffolgenden Phase der Anpassungen und Weiterentwicklungen
- vorgeschlagen.³⁰⁹ Während die erste Phase im fast ausschließlichen Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegt und dieser einen Erfolg schuldet, mithin klar Werkvertragsrecht anzunehmen ist, sind die nächsten Etappen von einer besonders starken Mitwirkung und Mitgestaltung des Auftraggebers geprägt, sodass die Annahme dienstvertraglicher Elemente jedenfalls diskussionswürdig erscheint. Eine durchgehende Einordnung als Dienstvertrag wäre hingegen oft wohl nicht sachgerecht.³¹⁰

Eine andere phasenweise Betrachtung geht davon aus, dass Planungsphasen, die allerdings bei agilen Methoden schwer als solche abgrenzbar sind, überwiegend dienstvertraglichen Charakter haben, während die Realisierung eher werkvertraglich ist.³¹¹ Teilweise wird empfohlene³¹², bei einem SCRUM-Projekt einen Rahmenvertrag abzuschließen und für jeden Sprint „Mini-Werkverträge“ in Form von Leistungsscheinen abzuschließen, was wohl ein erheblicher organisatorischer Aufwand bei größeren agilen Projekten sein dürfte.

In einer Entscheidung des LG Wiesbaden³¹³ hatten die Parteien einen LoI abgeschlossen und – sehr praxistypisch – ohne Abschluss eines Projektvertrags mit der Durchführung des Projekts begonnen, für das sie die Methodik SCRUM festlegten. *„Bei diesem Verfahren erfolgt die Softwareerstellung in kleinen Schritten orientiert an den vom Auftraggeber fortlaufend definierten Aufgaben oder vorgegebenen, in der Software abzubildenden Sachverhalten, ohne dass zuvor das Endergebnis der Entwicklung festgelegt ist. Diese Methode eignet sich besonders in den Fällen, in denen der Auftraggeber selbst nicht über genügende Kenntnisse verfügt, um wie bei der klassischen Softwareerstellung ein Lasten- und Pflichtenheft zu erstellen.“*³¹⁴ Die Parteien gingen SCRUM-typisch agil vor und führten „Sprints“ durch. Der Kunde war der – so das LG Wiesbaden – „Projekt-Owner“ (gemeint ist wohl

³⁰⁷ Siehe Schneider, Probleme bei Projektverträgen, Vortrag Kölner CR-Tage am 11.3.2010.

³⁰⁸ Kremer ITRB 2010, 283; Witte ITRB 2010, 44; Ernst CR 2017, 285.

³⁰⁹ Siehe Koch ITRB 2010, 114 (119); gegenteilig: Frank, CR 2011, 138; offener: Meyer-van Raay/Höffler/Wallbank, ITRB 2021, 65.

³¹⁰ Vgl. Redeker ITRB 2013, 165 (167); bei Werkvertrag sind gem. LG Bonn die Sprints Teilleistungen (12.11.2021 – 10 O 296/19), s. sogleich → Rn. 176 aE und Zitat zu Rz. 247.

³¹¹ Kühn/Ehlenz CR 2018, 139 (141).

³¹² Frank CR 2011, 138; Welkenbach CR 2017, 646.

³¹³ LG Wiesbaden 30.11.2016 – 11 O 10/15.

³¹⁴ LG Wiesbaden 30.11.2016 – 11 O 10/15.

Product Owner). Das Gericht qualifizierte das Vertragsverhältnis auf Basis des LoI als **Werkvertrag**. Da bei SCRUM – anders als bei Wasserfall-Methodik – gerade kein Lastenheft/Pflichtenheft vorgeschaltet ist bzw. am Anfang des Projekts steht, ist bei SCRUM die **Planung** in den Sprints integriert. Die **Konzeptionshoheit** liege beim Auftraggeber, die **Ausführungsverantwortlichkeit einschließlich Dokumentationspflicht** beim Auftragnehmer. Daran ändere auch der Verzicht auf eine vorherige Planung oder eine Vergütungsvereinbarung nach Aufwand (Time & Material) nichts. Der werkvertragliche Charakter liegt somit vor, auch wenn die Verantwortlichkeiten der Parteien nicht so deutlich wie beim klassischen Wasserfallmodell voneinander abgegrenzt sind. Die zweite Instanz³¹⁵ ließ offen, ob die Softwareerstellung im SCRUM-Verfahren vertragstypologisch als Dienst- oder Werkvertrag oder sogar beides zu qualifizieren ist. Das LG Bonn sah abgenommene Sprints als Teilleistungen an, einen Gesamt-Rücktritt, § 323 V, jedoch nicht als gerechtfertigt: „Denn der Kläger kann ein – wegen ausbleibender Restleistung – entfallenes Interesse an bereits erbrachten und abgenommenen Teilleistungen nicht mit deren Mangelhaftigkeit begründen (so auch BGH, Urteil v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, Rn. 29). Vielmehr hätte er in Ansehung dieser Mängel seine Rechte aus § 634 BGB geltend machen und der Beklagten (unter Fristsetzung) die Gelegenheit zur Nachbesserung geben müssen.“³¹⁶ Somit würde sich der gesamte Vertrag nach Werkvertragsrecht beurteilen.

- 184 Die Einbindung der agilen Programmiermethodik in die Vertragsgestaltung ist eine Herausforderung für den Anwalt.³¹⁷ Denn viele Mandanten und ihre Vertragspartner haben auf der Fach-Ebene längst intern beschlossen, eine moderne Programmiermethodik und damit Vorgehensweise einzuschlagen, ohne dass deren Voraussetzungen und Implikationen (nicht zuletzt für den Vertragstyp) auch nur berücksichtigt, geschweige denn ausdrücklich festgehalten werden. Das bedeutet in der Folge, dass die Realisierung des Projekts und der oft zugrundeliegende Werkvertrag nicht synchronisiert sind.³¹⁸ Das Projekt verläuft nach völlig anderen (für den Auftraggeber bzw. für die gestaltenden Anwälte evtl. unbekannt) Regeln, die sich in einem Werkvertrag nicht widerspiegeln können. Aus diesen Gründen erscheint die von *Koch*³¹⁹ vorgeschlagene Differenzierung von Projektphasen und deren unterschiedliche Einordnung in Werkvertrag (bis zum Herstellen der Grundfunktionalität) und Dienstvertrag (Weiterentwicklungen und Anpassungen nach Herstellung der Grundfunktionalität) sinnvoll.

Praxistipp:

Haben die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen ausdrücklich über das geplante agile/moderne Projektvorgehen gesprochen (etwa anhand von graphischen Darstellungen/Vorgehensplänen des Auftragnehmers) und wurde die Vereinbarung einer solchen modernen Methodik evtl. sogar schriftlich (zB in Verhandlungsprotokollen) dokumentiert, dann besteht insoweit ggf. eine individuelle Vereinbarung.

Passen die **Einkaufs-AGB** des Auftraggebers nicht dazu, etwa weil sie die klassische Zuteilung von Planungs- und Realisierungsphase vorschreiben oder weil die Mitwirkung des Auftraggebers während des Projekts abschließend beschrieben ist und die intensive Kooperation fehlt, dann sind die AGB ggf. (teilweise) mangels Transparenz unwirksam (etwa was den Vertragstyp betrifft) oder zumindest nachrangig hinter den individuellen Absprachen zur Projektmethodik.

³¹⁵ OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16.

³¹⁶ Urt. v. 12.11.2021 – 10 O 296/19.

³¹⁷ Ua bei gemischten Teams, s. Meyer-van Raay/Höffler/Wallbank, ITRB 2021, 65 zur Vertragsgestaltung bei gemeinsamer Konzeptionierung und Programmierung.

³¹⁸ Ernst, CR 2017, 285.

³¹⁹ Koch ITRB 2010, 114 (119); → Rn. 165.

Unklar ist jedoch, wie sich dies zu der **Rechtsprechung zum „vergessenen Pflichtenheft“** 185 verhält.³²⁰ Zunehmend versuchen die Vertragspartner (bzw. ihre Anwälte) die „moderne Projekt-Methodik“ in den Vertrag mit aufzunehmen, indem etwa ein Rahmenvertrag vereinbart wird und die jeweiligen einzelnen Leistungsgegenstände bzw. Projektteile in Scheinen, „Statements of Work“ uä von der Fachabteilung bzw. dem Projektteam beschrieben werden.³²¹

Schon allein die gemeinsame Bearbeitung der Software durch Auftragnehmer und Auftraggeber, die typisch für viele moderne Projektmethoden ist, aber auch die starke Rückverlagerung der Erfolgsverantwortung auf den Auftraggeber, die gemeinsame Besetzung der (Projektsteuerungs-)Gremien uä stehen einem Werkvertrag regelmäßig entgegen. Wenn der Vertrag zusätzlich noch die Beteiligung des Auftraggebers mit seinen Mitarbeitern als „Mitwirkungen“ im Rahmen werkvertraglicher Durchführung qualifiziert, also als bloße Obliegenheiten, ist eigentlich das Scheitern des Projekts schon weitgehend angelegt, es sei denn, man sieht es wie ein Forschungs- und Entwicklungsprojekt an. Auch unter diesem Blickwinkel sollte die uneingeschränkte Anwendung des Werkvertragsrechts hinterfragt werden. Das Dienstvertragsrecht könnte wie dargelegt einen für alle Seiten gangbaren Ausweg darstellen. Um diesbezüglichen Streitigkeiten schnell und va kostengünstig zu begegnen, kann sich eine Schiedsklausel im Vertrag anbieten.³²²

Eine im Wesentlichen zu **ungenau** Formulierung für agile Programmierung lautet etwa 187 wie folgt:

„.....

2. Umfang der Dienstleistungen:

Der Auftragnehmer erbringt für den Auftraggeber Dienstleistungen gemeinsam mit den Mitarbeitern des Auftraggebers gem. den in einzelnen Projektscheinen (Statements of Work) festgehaltenen Aufgaben.

..... Die Vertragspartner vereinbaren, dass der Auftragnehmer für die Zeit jeweils eines Projektscheins, die dort näher geregelt ist, das dort ebenfalls näher bestimmte Team zur Verfügung stellt.

Der Auftraggeber zahlt für diese zur Verfügung gestellte Kapazität pro Monat den sich aus der Preisliste ergebenden Betrag (je nach Qualifikation der Mitarbeiter des Auftragnehmers). Diese Vergütung ist jeweils pro Monat am Ende des Monats fällig.

Der Vertrag läuft auf unbestimmte Zeit. Er endet, wenn die Vertragspartner keinen Projektschein mehr unterzeichnen und die bisherigen Projektscheine abgearbeitet sind.“

Auszug aus dem Projektschein:

Dem Auftraggeber werden folgende Kapazitäten/Ressourcen in folgender Qualifikation für die in Ziff. genannte Zeit vom Auftragnehmer zur Verfügung gestellt:

1. Agile Program Manager

2. Agile Program Technology

3.

4. Designer für Programm und Oberfläche

Evtl. Durchschnitts-Verfügbarkeit der einzelnen Personen

Im gemeinsamen Team, gebildet aus sogenannte Planungs-Meetings (Iterationsplanungs-Meetings durchführen).

In diesen Meetings wird der bisher erarbeitete Stand kurz betrachtet, des Weiteren wird vereinbart, welche Schritte die nächsten sein werden bzw. aus welchen Anforderungen der Mitarbeiter des

³²⁰ BGH 24.9.1991 – X ZR 85/90, CR 1992, 543; siehe auch Schneider, Probleme bei Projektverträgen, Vortrag Kölner CR-Tage am 11.3.2010.

³²¹ Siehe etwa Schneider ITRB 2010, 18; Witte ITRB 2010, 44; Lapp ITRB 2010, 69, Auer-Reinsdorff ITRB 2010, 93; Koch ITRB 2010, 114; s. aber Frank CR 2011, 138 zu „flexibler Vertragsstruktur“ in Kombination mit Werkvertrag.

³²² So anhand der Analyse von DGRI-Schlichtungsverfahren empfohlen von Metzger/Klein CR 2017, 73.

Auftraggebers diese Schritte gebildet werden, welche Anforderungen mit den nächsten Schritten zu erfüllen sind. Die Ergebnisse der Meetings werden in einem Protokoll festgehalten und von den Projektleitern beider Vertragspartner unterschrieben. Diese Protokolle werden Bestandteile des Projektscheins.

..... Für die Laufzeit dieses Projektscheins, bis mit dem in beschriebenen Team zahlt der Auftraggeber einen Festpreis von pro Monat, insgesamt also, fällig jeweils am Monatsende, s. a. oben

Voraussichtlicher Zeitplan

- 189 d) Die **Dokumentation bei agilem Vorgehen**. Fehlt eine **Referenz für die Abnahme** in Form eines „Pflichtenhefts“,³²³ dürfte dies für den Auftraggeber ua bei Vereinbarung eines **Festpreises** sehr nachteilig sein.³²⁴ Allerdings könnte diese Referenz parallel als Dokumentation während des Projekts entstehen, was aber genauer zu regeln wäre. In gewissem Sinne kann auch über die Inline-Kommentierung eine ähnliche Referenz entstehen. Häufig bleibt jedoch unklar, was während der Projektdauer im Einzelnen geleistet werden könnte oder sollte. Inwieweit der Anbieter verpflichtet ist, vor Vertragsschluss auf die Tauglichkeit der konkreten Projektmethodik für den einzelnen Kunden bzw. auf die nachteiligen Konsequenzen für den Kunden hinzuweisen.
- 190 Das LG Wiesbaden³²⁵ hatte als Mangel angesehen, dass bei einem Projektvorgehen nach SCRUM, bei dem zur Dokumentation nichts vereinbart worden war, im Falle eines vorzeitigen Projektabbruchs durch den Auftraggeber eine **übergreifende System-/Architektur-Dokumentation** gefehlt hat. Die erste Instanz schlussfolgerte aus der fehlenden die **Wertlosigkeit der erbrachten Teilleistungen**. Die Dokumentation bei agilen Projekten bekam somit einen gleich hohen Rang wie bei Wasserfall, was den Grundsätzen des Agilen Manifestes eher nicht entspricht. Nach Ansicht des Berufungsgerichts³²⁶ (und auch des BGH³²⁷) ist die Dokumentation erst bei Abschluss des Projekts fällig, soweit sie gefordert wird. Bei Vergütung nach Zeitaufwand wäre die Erstellung der Dokumentationen wohl nicht in der Vergütung für die Programmierleistungen inkludiert und somit gesondert zu vergüten. Das Gericht führte aus, dass die bei Abbruch des Projekts ohne Fristsetzung fehlende Dokumentation der Systemarchitektur und ihrer Komponenten im „agilen“ fortlaufend korrigierten System der Softwareerstellung keinen Mangel darstellt. Dokumentation sei erst dann „*sinnvoll, wenn die Systemarchitektur und die letztlich verwendeten Komponenten feststehen.*“³²⁸
- 191 Für IT-Anwälte spielt die **Dokumentation** seit jeher eine große Rolle im Zusammenhang mit den Rechten der Kunden, sei es als Benutzerdokumentation zur Bedienungsführung und Selbsthilfe für den Kunden oder als Entwicklungsdokumentation zur Weiterentwicklung/Fehlerbehebung durch den Kunden selbst (sofern er über eigene Softwareentwickler verfügt) oder durch einen Drittanbieter.³²⁹ In SCRUM-Projekten wird häufig, um eine gewisse Ordnung hineinzubringen, vereinbart, dass der Auftragnehmer dennoch verpflichtet sei (durch bestimmte Personen) das Pflichtenheft als eine Art Dokumentation der Ergebnisse mitzuführen. Das heißt also, es werden unter Umständen vertragliche Vereinbarungen getroffen, die den iterativen bis zirkulären Prozess bewusst konterkarieren oder linearisieren sollen. Würde man für diese Projektphasen Dienstvertragsrecht annehmen, hätte man eine klarere vertragliche Einbettung und könnte den Eigenheiten der agilen Projektmethoden mit größerer Transparenz und Klarheit gerecht werden. Denn bei agilem Vorgehen ist naturgemäß nicht

³²³ Dazu: Schneider CR 2016, 634 u.638; Grützmaker ITRB 2019, 88; Schuster Schuster/Grützmaker, IT-Recht, 2020, § 640 BGB Rn. 9 ff.

³²⁴ Viele diskutiert: der „agile Festpreis“; s. zB Heinemann, Ist der agile Festpreis Smart Law?, K&R 2017, 99; Söbbing, ITRB 2019, 11; Kühn/Ehlenz CR 2018, 139, 147 ff.; Kremer Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, Werkstand: 37. EL Mai 2022, 32.4 Rn. 84–86.

³²⁵ LG Wiesbaden 30.11.2016 – 11 O 10/15.

³²⁶ OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16.

³²⁷ BGH 20.2.2001 – X ZR 9/99, CR 2001, 367.

³²⁸ OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16.

³²⁹ Ausführlich zur Dokumentation → § 18 IT-Projektmanagement.

alles bis ins kleinste Detail planbar, wie es ein Werkvertrag jedoch mit seiner Erfolgshaftung und einseitigen Zuordnung des Ausführungsrisikos voraussetzt bzw. unterstellt.

Richtig an der Idee des Pflichtenhefts auch bei agil/SCRUM ist, dass dann bei der Abnahme eine Referenz für die „vereinbarte Beschaffenheit“ iSd § 633 Abs. 2 S. 1 BGB zur Verfügung steht. Allerdings wird kaum ein Auftraggeber bei „Agil“ bzw. SCRUM es dem Auftragnehmer überlassen, das (fachliche) Pflichtenheft zu erstellen. Außerdem ist der Auftragnehmer, wenn der Auftraggeber den SCRUM-Master stellt, kaum in der Lage, die SCRUMs bzw. die Backlogs so zu beeinflussen, dass einfach zu dokumentierende Ergebnisse entstehen. Das heißt also, dass alle Festlegungen, die der Vertrag insoweit nicht zuletzt auch im Hinblick auf Termine und Festpreis vorsieht, eigentlich mit SCRUM nicht vereinbar sind und das Werkvertragsrecht hier fehl am Platze ist.

Praxistipp für den Auftraggeber:

Ein völliger Verzicht auf **Dokumentation** ist für den Kunden nicht ratsam.³³⁰ Das gilt va bei unternehmenskritischer und/oder aktualisierungsbedürftiger Software. Allerdings schließen agile Projektmethoden nicht zwingend Dokumentationspflichten aus. Denkbar ist etwa, zumindest für bestimmte Teile der Software eine Dokumentation durch den Anbieter zu vereinbaren.

Je weniger dokumentiert wird, umso wichtiger sind **Iterations-, Aktivitäten- und Fristenpläne**.

Unabhängig von der Projektmethodik, gerade aber bei agilen Methoden, empfiehlt sich eine vertragliche, hinreichend detaillierte Regelung von **Reports/Statusberichten** einschließlich

- Häufigkeit (nicht zu selten, in einem auf den Projektfortschritt abgestimmten Rhythmus),
- Inhalte der Reports/Statusberichte (unter Berücksichtigung sonstiger Dokumentationspflichten des Anbieters),
- Berichtswege sowie
- Eskalationsroutinen.

Ob allein eine **Inline-Kommentierung des Sourcecodes** ausreicht, ist zweifelhaft. Als Lackmустest ist zu fragen, ob zB die IT-Abteilung des Auftraggebers bei Ausfall des Anbieters vor Projektende mit Hilfe dieser Dokumentation die bisherigen Projektergebnisse selbst oder unterstützt durch einen neuen Anbieter fortführen könnte.³³¹

III. Einstellen, Anpassen und Modifizieren von Standardsoftware

1. Grundlagen des Customizing

Das „Zuschneiden“ oder „Anpassen“ von Standardsoftware ist eine weit verbreitete Alternative gegenüber Neu-Erstellung. Auch dabei wird häufig agile Methodik eingesetzt. Der Begriff des *Customizing* ist für diese Art Projekt zwar weit verbreitet, aber nicht sehr scharf. Er signalisiert, dass es um das Zurückten und Zuschneiden der Software hin auf die (individuellen) Belange des Kunden geht.³³² Unklar ist,³³³ ob dies geschieht mittels

- **Änderungen am Code**
- **Parametrieren** (Einstellen der dafür vorgesehenen Parameter) ohne Code-Änderungen oder
- zusätzlicher **neuer** Programmteile (Software-Erstellung), oder
- **Änderungen der Oberfläche** durch Gestaltung des GUI.

Zum letzten Punkt, der strittig sein dürfte, sei vermerkt, dass es urheberrechtlich wichtig sein kann,³³⁴ dass die Benutzeroberflächen (wie auch Bildschirmmasken) erst durch den

³³⁰ Ausführlich zu den Arten der Dokumentation → § 1 Erstellung und Pflege von Software, Rn. 514 ff.

³³¹ Zu dieser hohen Anforderung und den erforderlichen Dokumentationen trotz Scrum-Methodik s. LG Bonn 12.11.2021 – 10 O 296/19 (neben Inline-Dokumentation ua „Design-Dokumentation“, „Anforderungsdokumentation“).

³³² S. mit Formulierungsvorschlag zu Parametrisierung Schneider/von Westphalen/Witzel G. Rn. 139 ff.

³³³ Die EVB-IT Erstellungs-AGB (1.0 v. 8.7.2013) definieren Customizing als „Anpassen von Standardsoftware* an die Anforderungen des Auftraggebers, das nicht auf Quellcodeebene erfolgt“.

³³⁴ Grützmacher, in Wandtke/Bullinger 6. Aufl. § 69a UrhG, Rn. 14.

Programmablauf generiert werden und dadurch erst sichtbar werden, insofern also das Ergebnis des Programm**betriebs** sind, nicht der Programme.³³⁵

- 194 Vielleicht ist es hilfreich, auf die deutschen Begriffe zurückzugreifen und diese spezifisch zu belegen, etwa:
- **Einstellen** ist das Zurichten der Software, ohne den Code zu verändern, also das **Parametrieren**,
 - **Anpassen** ist wie Ändern (Modifizieren) zu verstehen, beinhaltet also **auch** Änderungen am Code, aber auch Parametrieren.
 - Ergänzung wäre eine spezielle Form des Änderns, bei der der Code erweitert wird (ua Add-ons).
- 195 **Relevant** sind die Unterschiede der Arten des Customizing zum einen, wenn es um die vertragstypologische Einordnung geht, sodann bei Fragen der urheberrechtlichen Beurteilung der Berechtigung und der Ergebnisse und schließlich praktisch bei Pflege und Release-Festigkeit bzw. -Fähigkeit.

2. Vertragstyp

- 196 Der Anpassungsvertrag, bei dem Software und Organisation des Kunden aufeinander hin entwickelt werden, ist eigentlich kein typischer Werkvertrag, da das Erfolgsmoment auf beiden Seiten liegt. Insofern liegt va bei Zurufprojekten (ohne Spezifikation) Dienstvertrag nahe. Dem folgt die Rspr. nicht. Nach altem BGB war fast immer auch das Anpassungsprojekt als Werkvertrag qualifiziert worden.³³⁶
- 197 Unter Aspekten der Anwendung des § 650 BGB bietet sich an, darauf abzustellen, wer die Standardsoftware beistellt, um deren Anpassung es geht. Verfügt der Kunde bereits über die Standardsoftware, liegt es nahe, den Vertrag, bei dem ein Erfolg hinsichtlich der Parametrierung geschuldet ist, nicht nach § 650 BGB zu beurteilen, also weiterhin Werkvertragsrecht anzuwenden.³³⁷
- 198 Würde man § 650 BGB auf Softwareanpassung anwenden, würde sich daran bei Parametrierung die Software nichts ändern, da die Software eine vertretbare Sache bleibt. Bei Änderungen am Code würde § 650 Abs. 1 S. 3 BGB greifen, so dass zusätzlich zu Kaufrecht die §§ 642, 643, 645, 648 und 649 BGB gelten würden und an die Stelle der Abnahme der nach §§ 446, 447 BGB maßgebliche Zeitpunkt tritt. Wie erwähnt ist aber die überwiegende Meinung gegen eine Anwendung des § 650 BGB auf Software-Erstellung und -Änderung, gleich wer die Standardsoftware beistellt.³³⁸
- 199 Die **Beschaffung** der anzupassenden Standardsoftware dürfte typisch Kaufvertrag sein. Allerdings gibt es va. US-amerikanische Anbieter, die auf dem Charakter einer mietähnlich überlassenen Lizenz bestehen.³³⁹ Wird die Standardsoftware käuflich erworben, gilt insofern für evtl. Mängelansprüche § 434 BGB der eine neue Struktur seit 1.1.2022 aufweist. Z. B. greifen die objektiven Anforderungen und entfalten Wirkung im Hinblick auf die Anpassung. Etwa ist es bei vielen Anpassungsprojekten vorgesehen, dass der Kunde wo immer möglich den Standard übernimmt (und seine Organisation möglichst anpasst), also Änderungen der Software eher die Ausnahme sein sollen. Ein Werkzeug, diese Verzahnung von

³³⁵ Zum fehlenden Schutz für Oberflächen s. EuGH 22.12.2010 – C-393/09 BSA und dazu → § 5.

³³⁶ S. zB LG Landshut 20.8.2003 – 2 HK O 2392/02, CR 2004, 19; OLG Karlsruhe 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95; BGH 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93; OLG Celle 10.7.1996 – 13 U 11/96, CR 1997, 150; OLG Karlsruhe 30.9.1994 – 15 U 89/94, CR 1995, 397; Werklieferungsvertrag, wenn Unternehmer die Software beistellt: OLG Celle 5.10.1994 – 13 U 17/94, CR 1995, 152; BGH 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, CR 1993, 681.

³³⁷ S. zu Portierung BGH 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93; ebenso nach SRM: BGH 25.3.2010 – VII ZR 224/08 und BGH 5.6.2014 – VII ZR 276/13; s. a. OLG Hamm 26.2.2014 – I-12 U 112/13 und OLG Düsseldorf 14.3.2014 – I-22 U 134/13.

³³⁸ → Rn. 21 ff., 24. Vgl. zur rechtlichen Einordnung von Verträgen über die Anpassung und Einführung von Standardsoftware auch Schneider/von Westphalen/Witzel G. Rn. 71 ff.

³³⁹ Ob sich das Investment in die Anpassung für den Auftraggeber bei Miete der zugrundeliegenden Software lohnt, wenn diese also nicht auf Dauer erworben wird, ist zu bezweifeln. Jedenfalls wird die Vergütung des zumeist zusätzlich abzuschließenden Pflegevertrags angesichts der Pflichten aus dem Mietvertrag sehr kritisch zu beurteilen sein.

Standard, Parametrierbarkeit und individuellen Anforderungen abzubilden und als Leistungsbeschreibung zu verwenden, ist der sog. Blueprint als eine Kombination von Anforderungskatalog, Lastenheft und Pflichtenheft, s. Rn 188.

3. Urheberrechtliche Beurteilung/Besonderheiten der Lizenzierung

Die Änderung am Code zwecks Anpassung an neue Forderungen erfordert die Einräumung eines Änderungsrechts, wenn sie über das Recht zur Fehlerbeseitigung³⁴⁰ und zur Herstellung der Interoperabilität³⁴¹ hinausgehen soll. Insoweit ist eine besondere Rechtseinräumung zugunsten des Bestellers erforderlich, der die Änderungen durchführen (lassen) will.³⁴²

Evtl. räumt der Hersteller der Standardsoftware dieses Bearbeitungs- und Änderungsrecht³⁴³ nicht dem Endkunden, sondern seinen Partnern ein, die diese Änderungen beim Kunden bzw. für diesen ausführen dürfen, was dem Endkunden nur die Mindestrechte und dabei das Nutzungsrecht an den Änderungen lassen würde.³⁴⁴ Denkbar wäre evtl., dass die Tickets der User (Anforderungen) im System zu deren Bearbeitung, etwa als „Backlog“, zusammen mit diesem eine Datenbank bilden, die nach §§ 87a ff. UrhG geschützt wäre.³⁴⁵

Im Rahmen der Software-Überlassung ist „Lizenz“ als Vertragsgegenstand und dessen Nennung weit verbreitet. Diese Lizenz soll sich weder nach Kauf noch nach Miete richten bzw. beurteilen,³⁴⁶ sondern sich eher einer Art „Gestattungsvertrag“ annähern, meist jenseits der urheberrechtlichen und vertragsrechtlichen Grundlagen.³⁴⁷ AGB-Recht ist dabei in der Regel nicht berücksichtigt. Die Rspr. nimmt für Software völlig unabhängig von der Bezeichnung, aber auch unter Verwendung des Begriffs „Lizenz“ die Vertragstypik nahezu ausschließlich anhand der Regelung zur Dauer der Nutzungsrechtseinräumung vor.³⁴⁸ Dh, dass AGB sich möglichst am jeweils vorliegenden Vertragstyp orientieren sollten. Dem entsprechen die AGB oft nicht.

Beispiel:

Zum Beispiel enthielten AGB eines großen Anbieters über Jahre die Klausel: *„Dieser Vertrag ist ein Lizenzvertrag und kein Kaufvertrag.“*

Vertragstypologisch bzw. AGB-rechtlich ist es nicht zulässig, eine Klausel, die später in der AGB-rechtlichen Prüfung stehen soll, für die vertragstypologische Einordnung heranzuziehen.³⁴⁹ Das bedeutet, dass eine Klausel wie die Vorstehende nicht für die vertragstypologische Einordnung verwendet werden darf. Ist der Vertragstyp entschieden (etwa, weil Überlassung auf Dauer vorliegt und damit Kauf, s. § 12), ist ggf. zu prüfen, ob diese Klausel wirksam ist.³⁵⁰ Dies kann dazu führen, dass ganze Abschnitte aus einem solchen „Lizenzvertrag“ unwirksam sind, wenn sie nicht für den Kunden günstige Regelungen enthalten.³⁵¹

³⁴⁰ Zu den Voraussetzungen EuGH 6.10.2021 – C-13/20 – Top System.

³⁴¹ Interoperabilität hat in § 327e II 2 BGB eine Definition für die Beurteilung als Anforderung erhalten und zusätzliche Relevanz durch die Änderung von § 434 BGB gewonnen.

³⁴² Zu den urheberrechtlichen Mindestbefugnissen des Kunden → § 5 Rechtsschutz von Computerprogrammen und digitalen Inhalten. Zum Schutzzumfang s. a. EuGH 22.10.2010 – C-393/09, CR 2011, 221; EuGH 2.5.2012 – C-406/10, CR 2012, 428 – SAS Institute.

³⁴³ Zur Reichweite des Schutzes vor rechtswidriger Bearbeitung BGH 23.2.2023 – I ZR 157/21 – Action Replay; dazu s. a. Antoine GRUR 2023, 1227 zur Vorinstanz s. Czychowski/Nordemann GRUR 2022, 457.

³⁴⁴ Zum Verhältnis kundenspezifische Änderungen und Pflegeleistungen → Rn. 216 sowie → § 14 Softwarepflegeverträge.

³⁴⁵ Einzelheiten siehe Conrad/Grütmacher/Huppertz, Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, S. 155 ff.

³⁴⁶ Anders die einmal als Miet- (Teil 9.1.3.) und einmal als Kaufvertrag (9.1.2.) ausgestalteten Software-Lizenzverträge in BeckOF Vertrag, 43. Edition 2018 (Entwürfe jeweils von Schug/Rockstroh).

³⁴⁷ So im Urt. des LG Köln 22.1.2018 – 18 O 16/13, wo es um die Nutzung und Weiterentwicklung eines Webservice ging.

³⁴⁸ EuGH 3.7.2012 – C-128/11, und BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08 – Oracle/UsedSoft II. Zuletzt BGH 19.3.2015 – I ZR 04/14 – Green-IT.

³⁴⁹ BGH 4.3.1997 – X ZR 141/95, CR 1997, 470.

³⁵⁰ Zu den SAP-Lizenzbedingungen, insbes. zur direkten und indirekten Nutzung als Basis der Lizenzberechnung: Söbbing ITRB 2018, 161; zur indirekten Nutzung und der AGB-Problematik, insbesondere soweit ein Lizenzmodell nur schuldrechtliche und nicht urheberrechtliche Wirkung hat: Redeker ITRB 2017, 44;

- 204 Eine evtl. Klausel zur Weiterarbeit mit Dritten und zur Nutzung bei Abbruch vor Abnahme (wie oben aus LG Bonn in → Rn 31 zitiert) sollte durch eine Rechtseinräumung ergänzt werden, die auch schon vor Abnahme greift. Ansonsten, selbst wenn Rechte trotz fehlender Übergabe/Abnahme übergehen, hätten diese nur den restriktiv/minimalen Umfang gemäß **Zweckübertragungslehre**.³⁵²

4. Besonderheiten bei Anpassung

- 205 a) **Bestimmung des Vertragsgegenstands, „Pflichtenheft“**.³⁵³ Häufig lässt sich die Feinplanung nicht ohne die Projektion auf eine konkrete Software, für die die Erwerbsentscheidung schon gefallen ist, durchführen. Die Mitarbeiter des Kunden wissen evtl. nicht, „*was sie wollen dürfen*“. Der Auftragnehmer wünscht sich ein Verfahren, bei dem das Feinkonzept von Kunden **abgenommen** wird. Der AG weiß gar nicht, im Hinblick auf was er die Vertragsgemäßheit prüfen soll, außer evtl. im Hinblick auf ein Grobkonzept. Ob das Feinkonzept die Vorgaben der Leistungsbeschreibung richtig konkretisiert und bestmöglich auf die Standardsoftware projiziert, kann der Auftragnehmer, kaum der AG beurteilen. Evtl. „hilft“ ein Verfahren mit **Freigabe** wie folgt:³⁵⁴

Praxistipp:

Das Problem der **Kosten** und deren Zuordnung bei späteren Änderungen lässt sich evtl. weitgehend dadurch auffangen, dass der AG zwar nicht formell „abnimmt“, nach Freigabe jedoch Änderungen dem normalen CR Verfahren unterliegen, der AG Mehraufwand (nach Verrechnung der Minderungen mit Mehrungen) zu zahlen hat, wenn sich erweist, dass das Feinkonzept die Leistungsbeschreibung bzw. das Grobkonzept richtig übersetzt hat und die Anforderungen des Kunden richtig übernommen worden waren.

- 206 Das Hauptproblem ist, häufig etwas versteckt, die mangelnde Regelung der Pflicht zur **Anpassung an die Sollbeschaffenheit der Software seitens des Kunden**. Eine solche Regelung müsste sowohl die grundsätzliche Pflicht des Kunden zur Anpassung seiner Organisation an die Software als auch deren genauen Umfang beschreiben. Die Spezifikationen sind oft Delta-Konzepte,³⁵⁵ die nur die über den Ist-Zustand der vorhandenen Software bzw. über den Standard hinausgehende (noch zu bewerkstellende) Funktionalität der Software beschreiben, ohne deutlich zu machen, dass im Übrigen sich die Organisation des Kunden der Software bzw. den Festlegungen anzupassen hat. Ändert der Kunde seine Organisation oder schränkt er die Bereitschaft zur Anpassung an die Software ein (wie es die Fachabteilung will), bleibt dem Auftragnehmer nur, die Lücke durch Änderungen bzw. seine Leistungen zu füllen, wenn er nicht aufgrund klarer Vereinbarungen die fehlende Mitwirkung des Kunden darlegen und beweisen kann.
- 207 Besser als ein Delta-Konzept erscheint für diese Zwecke, den Auftraggeber seinerseits zur Anpassung an den Standard bzw. die „Best Practice“ zu verpflichten, die Blue-Print - Technik, evtl. schon in der Auswahlphase, wozu der Anbieter die Anforderungen des Anwenders (Request for Proposal) beantwortet mit **Kategorien der Abdeckung**:
- Standard, evtl. ab Release [x,y],

Schneider ITRB 2017, 286; Hoppen/Metzger CR 2017, 625; Kroke, Ist die Lizenz- und Vergütungspflicht für indirekte Nutzung von Software urheberrechtlich unwirksam? CR 2019, 73; Scholz, Zur indirekten und automatisierten Nutzung von User-basiert lizenzierter Software, CR 2019, 417; Barnitzke, Zur indirekten Nutzung von Software – Komplex, intransparent und unwirksam?, K&R 2018, 455.

³⁵¹ Im Zusammenhang der Lizenz mit der Pflege von Software → § 14 Softwarepflege und Support.

³⁵² Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Auflage 2022, § 69a, Rn. 67.

³⁵³ → § 18, Rn. 24 ff., 73 ff.

³⁵⁴ Hintergrund, warum nicht „Abnahme“: BGH 13.6.2006 – X ZR 167/04, DB 2006, 1953, keine Pflicht des Bestellers zur Überprüfung des „Konstruktionsansatzes“ des Auftragnehmers.

³⁵⁵ S. OLG Düsseldorf 10.6.1992 – 19 U 23/91, CR 1993, 361; dazu a. Müller-Hengstenberg CR 1993, 689; dagegen Zahrt CR 1994, 404; s. a. Schneider, CR 2000, 27, 34; Schneider, Handbuch Q. Rn. 734 ff.

- Parametrierung, Einstellen gemäß Best Practice (evtl. dazu Anpassung der Abläufe beim Kunden),
- Parametrierung, Einstellen gemäß spezif. Kundenforderung,
- Änderungen des Standards gemäß Kundenforderung,
- Neue Software, evtl. über API, GUI, individuelle Teile.
- Nichtabgedeckt, Anpassung durch Änderung der Abläufe beim Kunden.
→ § 10.

Dass die Leistungen des Unternehmers im Pflichtenheft **abschließend** beschrieben seien, 208 infolgedessen nicht mehr geschuldet sei, lassen Gerichte oft nicht gelten. Vielmehr schulde der Unternehmer eine auf die Belange des Kunden zugeschnittene Lösung.³⁵⁶

b) **Einheitlichkeit der Gegenstände.** Bei Leistungsstörungen bzw. deren Rechtsfolgen, va 209 bei Rücktritt, würde es naheliegen, zwischen dem Vertrag über die Standardsoftware und dem über die Anpassung zu unterscheiden. Zugunsten des Kunden empfehlen sich insoweit Regelungen, die eine einheitliche Handhabung, zB Rückabwicklung der Standardsoftware bei Scheitern der Anpassung, erlauben. Relativ leicht ist die Differenzierung der Gegenstände bei zwei verschiedenen Lieferanten/Vertragspartnern. Bei Identität des Vertragspartners neigen Gerichte dazu, beide Leistungen zu einem einheitlichen Werkvertrag zu verbinden.³⁵⁷

c) **Dokumentation.**³⁵⁸ Auch bei Anpassung ist die Bedienungsanleitung selbstverständlich 210 mitgeschuldete Leistung.³⁵⁹ Ein Streitpunkt ist, insbes. bei Vergütung nach **Zeitaufwand**, häufig die **Dokumentation**. Grundsätzlich muss der Auftragnehmer zu seinen softwarebezogenen Leistungen auch die Bedienungsanleitung liefern, also bei Anpassung die entsprechenden Änderungen der Dokumentation. Dazu sind die Auftragnehmer bereit, häufig aber nicht ohne entsprechende Vergütung.

Praxistipp:

Es empfiehlt sich wegen der unterschiedlichen Probleme, im Vertrag zu regeln, ob die Änderungen synchron bzw. sofort im Anschluss jeweils dokumentiert werden sollen oder am Ende, wenn die Softwareanpassung fertig ist. Ohne besondere Vereinbarung würde der Unternehmer va nach hoher Frequenz der Änderungswünsche des Auftraggebers dann noch eine angemessene Frist zur Erstellung der Dokumentation haben.³⁶⁰

Die nachträgliche Erstellung dürfte allerdings, wenn der Kunde nicht häufig Änderungen 211 der Spezifikation fordert, aufwändiger sein. Man wird aber die BGH-Entscheidung so verstehen können, dass jedenfalls eine nachträgliche Erstellung der Dokumentation nicht zu beanstanden ist, wenn nichts Besonderes insofern vereinbart wurde.

d) **Mitwirkung.**³⁶¹ Beim Werkvertrag zieht der BGH³⁶² aus § 642 BGB den Schluss, dass 212 die Mitwirkung des Kunden bloße Obliegenheit sei, nicht aber Pflicht des Kunden. Bei einem Vertrag, der (AGB-fest) die Mitwirkung etwa von ihrem Umfang her als Hauptpflicht ausgestaltet, ist die vertragstypologische Einordnung als Werkvertrag fraglich. In der Literatur³⁶³ wird teilweise kritisiert, dass bei werkvertraglicher Software-Erstellung und –Anpassung die Mitwirkung nur Obliegenheit und nicht Pflicht des Auftraggebers sein soll und dass der Auftragnehmer sich nur auf ein Fehlen der Mitwirkung berufen können soll,

³⁵⁶ S. etwa OLG Köln 4.11.2002 – 19 U 27/02, CR 2003, 246 – „Gesamtlösung“ durch die angebotene Anwendersoftware auch ohne zusätzliche Leistungen; OLG Köln 14.2.2001 – 19 U 176/95, CR 2001, 506.

³⁵⁷ S. etwa OLG Karlsruhe 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95; s. a. Welkenbach CR 2017, 639, 643 und LG Bonn 12.11.2021 – 10 O 296/19, zur Gesamtlösung als Erfolg des Werkvertrags.

³⁵⁸ Im Einzelnen zu Dokumentation → § 18 IT-Projektverträge Rn. 258 ff.

³⁵⁹ S. BGH 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, CR 1993, 681.

³⁶⁰ S. BGH 20.2.2001 – X ZR 9/99, CR 2001, 367; OLG Karlsruhe 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95; s. a. → Rn. 31.

³⁶¹ → § 18 IT-Projektmanagement. Schuster CR 2016, 627.

³⁶² BGH 14.7.2016 – VII ZR 193/14; BGH 15.6.2013 – VII ZR 257/11.

³⁶³ Schuster CR 2016, 627 (631).

wenn er zur Mitwirkung aufgefordert hat. *Schuster*³⁶⁴ differenziert ua nach offensichtlichen und nichtoffensichtlichen Mitwirkungspflichten des Kunden. Wie bei Software-Erstellung schuldet der Kunde Mitwirkung, auch wenn im Vertrag nichts Besonderes bestimmt ist. Schon hier wirkt sich das Fehlen einer vertraglichen Regelung uU ungünstig für den Auftragnehmer aus. Bei Anpassung wirkt sich aber das Fehlen von expliziten, spezifizierten Mitwirkungspflichten und deren konkreter Beschreibung noch fataler aus.³⁶⁵ Der Erfolg lautet etwa: Anpassung an die Belange und Gegebenheiten des Kunden. Praktisch gelingt dies nie, wenn diese Belange und die Prozesse beim Kunden nicht klar beschrieben sind. Im Hinblick auf die Verzahnung der Leistungspflichten des Unternehmers und der Mitwirkung des Kunden empfiehlt sich ein einheitlicher, verbindlicher (im Vertrag verankerter) **Aktivitäten- und Fristenplan**, der auch die Mitwirkung detailliert enthält.

213 Hilfreich wäre etwa folgende Klausel:

Formulierungsvorschlag:

„Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers sind Hauptpflichten.“ (und nicht nur Nebenpflichten mit eingeschränkten Folgen der Nichteinhaltung, § 643 BGB). Solche Regelungen sollen laut *Redeker* zumindest in AGB unwirksam sein.³⁶⁶

Eine **Formulierung**, die die Mitwirkungsleistung des Auftraggebers durchaus anspricht:

„§ 18 Mitwirkung des AG

(1) Der AG wird den AN in dem Projekt umfassend, fachkundig und rechtzeitig unterstützen, womit nicht eine Übernahme von Verpflichtungen des AN gemeint ist. Er stellt zu Gunsten des Projekts qualifizierte Mitarbeiter in angemessenem Umfang von anderen Tätigkeiten frei. Rechtzeitig erbringt er die Beistellungen (§ 5), gibt Informationen und gewährt dem AN im notwendigen Umfang Zugang zu Räumen, Hard- und Software und Telekommunikationseinrichtungen.

(2) Der AG schlägt rechtzeitig Testfälle und Testverfahren vor und übergibt Testdaten.

(3) Der AN fordert alle Mitwirkungsleistungen des AG rechtzeitig und spezifiziert an.“³⁶⁷

214 Zu ergänzen wäre, dass der Auftraggeber spezielle Testsysteme beizustellen hat, dass er dort evtl. spezielle Hardware und Software zur Verfügung zu stellen hat und evtl. einen Parallelbetrieb sicherstellen muss. Insofern empfiehlt sich die Aufnahme sämtlicher Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers in den Aktivitäten- und Fristenplan.

215 Häufig wird übersehen, dass der Kunde Mitwirkung hinsichtlich **Anpassung seiner Organisation**, insbesondere **Geschäftsabläufe** erbringen muss, um den Erfolg herbeizuführen. Die dafür erforderlichen Änderungen sind aber oft nicht beschrieben. Das **Risiko** für den Anbieter besteht darin, dass seine evtl. Anpreisungen – wenn es diese Qualifizierung noch geben sollte – aus der Präsentation und die Angaben aus dem Angebot so zu verstehen sind, dass

- der Kunde keine Anpassung seiner Organisation erbringen muss,
- der Anbieter die Leistung der Anpassung evtl. ohne Mehraufwand zu erbringen hat.³⁶⁸

216 Auch solche Auftragnehmer, die die Kooperation in ihren Anpreisungen besonders herausstellen, wollen diese Abhängigkeit der Leistungen meiden und nur die Standardsoftware als solche „verkaufen“ und im Übrigen evtl. selbst oder über Dritte nach Weisungen des Auftraggebers noch gewisse Einstellungen/Änderungen (nicht am Code) tätigen. Hierbei soll aufs Engste zusammengearbeitet werden.

217 So eng diese Zusammenarbeit auch ist, so ist nicht zu verkennen, dass evtl. trotzdem die einzelnen Vertragsgegenstände isoliert zu sehen sind und der **Systemcharakter aufgegeben**

³⁶⁴ Schuster CR 2016, 627 (631).

³⁶⁵ Schneider ITRB 2008, 261; Witzel/Stern ITRB 2017, 167; Schuster CR 2016, 627.

³⁶⁶ Schneider/von Westphalen/Redeker Kap. D. Rn. 241; s. a. Redeker, IT-Recht, 8. Aufl. Rn. 433.

³⁶⁷ Aus Bartsch in Gebele/Scholz, BeckFormB BHW Form. III.G.4.

³⁶⁸ S. va OLG Köln 4.11.2002 – 19 U 27/02, CR 2003, 246; zur Bedeutung und Gestaltung von Präambeln im Hinblick auf Präsentationen s. Bischof ITRB 2006, 289.

wird. Falls später das Projekt „scheitert“, ist nicht klar, welche Vorstufen davon ebenfalls einbezogen werden dürfen, wenn es um Schadensersatz oder Rückabwicklung geht.

Bei einem **Kooperationsvertrag** hinsichtlich eines neuartigen technischen Geräts kann der Vertrag evtl. auch einfach durch Ablauf der vereinbarten Zeit enden, der Entwickler aber auch schon vorher erkennen, dass er das Gerät nicht zu einem vermarktungsfähigen Zustand bringen wird. In diesem Fall soll er verpflichtet sein, bei Vertragsende die jeweils erzielte Entwicklungsstufe zu übergeben, die bei pflichtgemäßem Einsatz bis zu diesem Zeitpunkt zu erreichen sei.³⁶⁹ 218

Es wäre deshalb jeweils zu prüfen, ob nicht zugunsten von Kooperationsvorstellungen (die sich ebenfalls nachteilig für den Auftraggeber auswirken können) gleichzeitig eine Auflösung des Systemgedankens erfolgt. So gesehen wäre „Projekt“ Anlass, diese Zusammenhänge jeweils zu überprüfen und, wo notwendig, auch zum Vertragsgegenstand zu machen. 219

Die **Mitwirkungsleistungen** des Auftraggebers sind lediglich im Bereich des Werkvertrages – und nur abstrakt – im BGB geregelt. Bei Dienstvertrag erübrigt sich diese Regelung aufgrund des **Weisungsrechts** des Dienstherrn. Zur Steuerung komplexer, langfristiger Verträge sagt das BGB nichts. 220

Im Hinblick auf die **Risikoverteilung** (Projektverantwortung) ist es evtl. problematisch, für den Auftraggeber sogar schädlich, wenn er zu viele Möglichkeiten der Projektsteuerung in seiner Kompetenz behalten will.³⁷⁰ Diese ist nicht zu verwechseln mit der als Mitwirkung erforderlichen **internen Projektorganisation** beim Auftraggeber. Diese muss natürlich mit der Organisation des externen Projekts, also der Zusammenarbeit der Vertragspartner, synchronisiert werden. 221

Die **Kombination** des Pflichtenhefts (der Spezifikation) mit 222

- **Zeitplan,**
 - **Vergütungsregelung** und
 - **Mitwirkung** (evtl. als Hauptpflicht zu vereinbaren)
- bildet das **Kernstück der Vertragsverhandlungen**. Dieses zentrale „Pflichtenprogramm“ ergibt sich im Regelfall aus den Anlagen des Vertrages, nämlich aus
- den fachlichen Spezifikationen („Pflichtenheft“),
 - dem „Aktivitäten- und Termin- bzw. Fristenplan“, der auch die Mitwirkungsleistungen enthält,
 - den Preislisten und Kalkulationen.

Hier hat es auch der Auftragnehmer noch in der Hand (ohne dass man über vertragliche Definitionsformulierungen sprechen müsste), den eigentlichen Vertragsgegenstand und in der Folge damit auch den Projektverlauf zu prägen. Etwa würden sich aus einem ausgefeilten **Zeitplan** auch die Zeitpunkte ergeben, zu denen der Auftraggeber Mitwirkungsleistungen zu erbringen hätte, würde sich mithin deren Einfordern erübrigen. 223

Die **rechtzeitige Einforderung** von Mitwirkungsleistungen – mit Darstellung der Behinderungsgefahr und deren Folgen – wird als Aufgabe desjenigen zu verstehen sein, der die Projektverantwortung innehat. Diese Maßnahme wird wiederum von vielen Auftragnehmern vernachlässigt oder sogar gar nicht gesehen, was wiederum eine Vertragsverletzung darstellen kann bzw. verzugsbegründend wirken kann. 224

Die Verzahnung der wechselseitigen Rechte und Pflichten bzw. der Beteiligungen im Rahmen der Projektarbeit war zB bei den BVB deutlich.³⁷¹ Inzwischen hat sich bewährt, dass die Vertragspartner ihre Leistungen über den Aktivitäten- und Fristenplan synchronisieren.³⁷² Die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers sind meist in den Verträgen explizit erwähnt, werden dennoch aber in der Praxis der Projektarbeit häufig vernachlässigt. Extrem stark wirkt die Mitwirkungsleistung und nähert sich der Kooperation, wenn vereinbart wird, dass das Realisierungsteam (auch) aus Mitarbeitern des Auftraggebers besteht. Im Hinblick auf den nach altem Schuldrecht minderen Rang von Mitwirkungsleistungen hat es sich bisher 225

³⁶⁹ OLG München 3.2.1999 – 7 U 1892/98, DB 1999, 1057.

³⁷⁰ → Rn. 60 ff.

³⁷¹ S. Schema in Schneider T. Rn. 80 ff.

³⁷² S. Schema in Schneider T. Rn. 88 ff.

empfohlen, dass der Auftragnehmer zu seinen Gunsten **aushandelt**, dass es sich bei den Mitwirkungsleistungen um Hauptpflichten handelt. Es ist zu erwarten, dass diese Unterscheidung, die durch die Schuldrechtsmodernisierung eigentlich entfallen ist, dennoch von den Gerichten weiter so gehandhabt wird. Infolgedessen bleibt die Empfehlung bestehen.

- 226 Kommt der Auftraggeber mit seinen **Mitwirkungsleistungen in Verzug**, kommt bei kausaler Wirkung auf den Projektverlauf nicht nur kein Verzug des Auftragnehmers mehr in Betracht, sondern begeht der Auftraggeber zugleich eine Pflichtverletzung nach § 280 BGB, was häufig übersehen wird.³⁷³
- 227 e) **Abnahme, Vorbereitung**. Nicht empfehlenswert ist, die Abnahmekriterien oder auch die Testkriterien erst während des Projektverlaufs zu erstellen, schon gar nicht durch den Auftraggeber. Wenn der Auftraggeber nicht weiß, worauf es ihm maßgeblich ankommt, dann muss er insoweit eine zusätzliche Beratung einholen oder aber tolerieren, dass es eben keine solchen Regelungen gibt.
- 228 Was sich in diesem Zusammenhang iV auch mit dem Aktivitätenplan als hilfreich herausgestellt hat, ist eine Art ausgearbeitetes Konzept von – erweiterten – **Meilensteinen**. Danach wird ein bestimmtes Vorgehen in Schritten pro Zeiteinheit, aber auch pro überschaubaren Arbeitsabschnitt vorgenommen. Danach wäre jeder Arbeitsabschnitt am Ende so zu prüfen, dass dies einer Abnahme gleichkommt, aber nicht die Wirkung einer Abnahme hat. Die Wirkung ist lediglich, dass nunmehr der nächste Arbeitsschritt im Detail in Angriff genommen werden kann. Auf die Weise wird es möglich, in verschiedenen Teams verschiedene Leistungen parallel vorzunehmen.
- 229 Im Vertrag oder in der Leistungsbeschreibung sollten also geregelt sein:
- Abnahmekriterien, etwa Performance,
 - Abnahmeverfahren, mit Tests, Testfällen und Testdaten (wer stellt diese bei),
 - Fristen, Termine, Rückrechnung vom Endtermin, Erklärung der Gesamtabnahme, evtl. nach 2. Versuch.
- 230 f) **Modulweise Abnahme und Pflegevergütung**. Die **Vergütungspflicht für die Pflege** soll nach AGB der Softwarelieferanten bei Ablieferung der Software beginnen. Zu diesem Zeitpunkt kann der Anwender mit der Software, die noch angepasst werden soll, nichts anfangen. Die Mängelansprüche des Kunden können bereits zu verjähren beginnen – besser wäre für den Anwender eine **Synchronisierung mit der Anpassung**. Immerhin überschneiden sich dann aber für ein Jahr, bei schlechten AGB des Lieferanten für zwei Jahre, Mängelansprüche und Pflegeleistungen.
- 231 Der „normale“ Pflegevertrag enthält in der Regel Leistungen, die sich auf Mängel beziehen. Die genaue Ausgestaltung ist unterschiedlich. Eine der üblichen Varianten ist, dass sich im Pflegevertrag der Auftragnehmer verpflichtet, ihm gemeldete „Fehler“ zu beseitigen. Der Begriff des Fehlers wird in manchen Fällen im Einzelnen definiert. Grundsätzlich würde er sich wohl weitgehend mit dem des „Mangels“ decken. Insofern sind die Leistungen aus dem Pflegevertrag dann deckungsgleich mit der so genannten „Gewährleistung“, also der Mängelhaftung. Dies macht die Vergütungspflichtigkeit aus dem Pflegevertrag für die Laufzeit der Verjährung aus dem Beschaffungsvertrag problematisch. Zumindest erscheint in vielen Fällen diese **Doppelvergütung „intransparent“**.³⁷⁴
- 232 Des Weiteren wird oft übersehen, dass der Pflegevertrag – was die Intransparenz eher erhöht – seinerseits ein Mängelregime hat, also dem Kunden für den Fall der **nicht ordnungsgemäßen Ausführung der Pflegeleistungen** Ansprüche gewährt.
- 233 Bei Anpassungsprojekten spielt eine noch größere Rolle, **ab wann** die Pflegevergütung einmal ganz unabhängig von der Gewährleistung schlicht im Hinblick auf die Frage zu zahlen ist, wann der Kunde mit der Software etwas anfangen kann. Viele große Anbieter fordern, dass die Pflegevergütung bereits ab **Ablieferung** zu zahlen ist, auch wenn der **Anpas-**

³⁷³ Bei nicht rechtzeitiger Erfüllung einer Nebenpflicht, kann jedenfalls dann, wenn auf deren Erfüllung weitere Leistungen aufbauen und infolgedessen der Eintritt des geschuldeten Erfolgs gefährdet ist, ein Rücktritt nach § 636 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen, s. BGH 20.3.2001 – X ZR 180/98, NJW 2001, 2024. Ausführlich zur Mitwirkungspflicht des Auftraggebers Schuster CR 2016, 627.

³⁷⁴ Zu dieser Problematik ausführlich → § 14 Softwarepflegeverträge.

sungsprozess und auch die **Abnahme** dieser Anpassungen noch Jahre beim Kunden dauern könnte. Wenn der Kunde den Pflegevertrag nicht abschließt bzw. nicht vergütet, am Ende dann die Pflege (für die Standardsoftware) abschließen will, nachdem die Software angepasst ist, muss er eine entsprechende Nachzahlung vornehmen („Upgrade“).

Im Vertrag wird es sich zu Gunsten des Kunden deshalb empfehlen, diese Frage der Vergütungspflicht sowohl im Hinblick auf den Anteil der Mängelbearbeitung als auch im Hinblick auf die produktive Nutzbarkeit individualvertraglich genau zu regeln bzw. zu staffeln. Dies kann auch **modulweise bzw. phasenweise** geschehen, etwa besonders dann, wenn bestimmte Funktionen der Software schon in Nutzung genommen werden können, während die weiteren Funktionen noch angepasst werden. 234

Üblicherweise hat der Pflegevertrag als Gegenstand die Standardsoftware, zumindest bezogen auf Updates und sonstige Aktualisierungen (Releases) und meist auch bei den mangelbezogenen Leistungen. Die Frage ist dann, wie sich die kundenspezifischen Änderungen zu den Pflegeleistungen verhalten. Sind diese nicht „releasefest“, müssen sie **nachgeführt** werden. Der Begriff „realeasefest“ sollte im Vertrag definiert werden, weil einige Anbieter realeasefest mit realeasefähig (= Änderungen sind geeignet, nachgeführt zu werden; das erfordert aber Mehraufwand) gleichsetzen. Diese Leistung des Nachführens ist (sofern nicht ausdrücklich vereinbart) nicht vom Pflegevertrag erfasst, zumindest nicht durch die Pauschalvergütung der Pflege abgegolten. Es empfiehlt sich deshalb aus Auftraggebersicht, zumindest (wenn nicht schon die Releasefestigkeit) die Releasefähigkeit und dazu die „**leichte**“ **Pflegbarkeit der Änderungen als Forderung in die Spezifikation** aufzunehmen. Denkbar ist auch, bereits den Preis für die Nachführung im Rahmen der Pflege zu „deckeln“, wenn über die Anpassung verhandelt wird. 235

5. Erstellungs- und Anpassungsprojekte im Vorfeld zu einem Dauerschuldverhältnis (SaaS)

Bei Software as a Service (SaaS)³⁷⁵ liegt zwar regelmäßig keine Softwareerstellung vor, da lediglich die Nutzbarkeit eines Programms (ggf. samt Zusatzleistungen wie Speicher) gewährt³⁷⁶ wird. Denkbar ist aber auch, dass der SaaS-Vereinbarung im Rahmen eines Projektes die Anpassung der Software oder die Erstellung eigener Module vorweg geht.³⁷⁷ Die Anpassung wird in der Regel werkvertraglicher Natur sein (vgl. oben → Rn. 166 ff), beim SaaS meist Mietrecht vorliegen bzw. angenommen.³⁷⁸ Der BGH hat für einen sog. Internetsystemvertrag Werkvertrag angenommen.³⁷⁹ Oft werden B:B für Erstellung der Software und deren Betrieb in der Cloud getrennte, unabhängige Verträge vorliegen. Ob eine rechtliche Einheit anzunehmen ist (nicht nur ein wirtschaftlicher Zusammenhang) muß sich konkret erkennen lassen und ist deshalb im Einzelfall zu prüfen.³⁸⁰ Sofern sowohl Anpassung als auch die Cloud-Services vom selben Anbieter erbracht werden, stellt sich die Frage, wann eine solche Verknüpfung dennoch angenommen werden kann. Dazu müssen Projekt- und Cloud-Vertrag derart miteinander verbunden sein, dass sie miteinander stehen und fallen sollen.³⁸¹ Finden sich beide Vereinbarungen auf einer gemeinsamen Urkunde, so dürfte man ohne große Probleme eine rechtliche Verbindung annehmen können.³⁸² Allerdings kann es sich auch bei dem Cloud-Vertrag als Übergangslösung um eine andersartige Nebenleistung 236

³⁷⁵ Ausführlich → § 13 Softwareüberlassung auf Zeit.

³⁷⁶ Der BGH hat dies bei ASP noch als „überlassen“ qualifiziert (15.11.2006 – XII ZR 120/04).

³⁷⁷ Dazu Schuster CR 2018, 209.

³⁷⁸ Dazu auch Schneider M Rn. 476; analog (trotz der Unterschiede gegenüber ASP) BGH 15.11.2006 – XII ZR 120/04. S. a. Krück, in BeckOF IT- und Datenrecht, 14. Edition 2023, Stand: 1.8.2021, 1.15 Cloud Services Vertrag (SaaS), Anm. 2 zum Muster.

³⁷⁹ BGH 8.1.2015 – VII ZR 6/14 (betraf Erstellung, Nutzungsüberlassung, Hosting und Betreuung einer Internetpräsenz über eine Laufzeit von 48 Monaten).

³⁸⁰ Zur früher typischen Konstellation der Kombination von Hardware, Standard- und Spezial-Software s. BGH 7.3.1990 – VIII ZR 56/89; zu Erstellung eines sog. Partnerportals BGH 8.10.2009 – III ZR 93/09: entscheidend ist vertragstypische Hauptleistung (bei Anwendung von §§ 627 f BGB).

³⁸¹ MüKoBGB/Ellenberger § 311 Rn 29 ff zu gemischten Verträgen, Rn. 32 Bedeutung des Gesamtcharakters.

³⁸² MüKoBGB/Ellenberger § 311 Rn. 35.

handeln, die vom Hauptvertrag absorbiert wird.³⁸³ Schwieriger wird es bei unterschiedlichen Vertragsurkunden. Dann können schnell aufwändige Auslegungen (§§ 133, 157 BGB) nötig sein, um zu ermitteln, ob die Verbindung tatsächlich – sei es durch rechtliche Verbindung oder dergestalt, dass der eine Teil jeweils Geschäftsgrundlage des anderen ist – vom gemeinsamen Parteiwillen gedeckt ist und nicht bloßes Wunschdenken einer Seite ist. Aus anwaltlicher Sicht ist daher verstärkt darauf zu achten, dass diese Konstellation ausdrücklich vertraglich geregelt wird. Sei es durch Aufnahme entsprechend wechselseitiger Passagen in die jeweiligen Verträge oder Abschluss eines „verbindenden“ Vertrages.³⁸⁴ Zu beachten ist auch, dass ein Rückgriff auf die Regelungen von §§ 358 ff BGB wegen des Zuschnitts auf Verbrauchergeschäfte nicht möglich ist (auch nicht analog).³⁸⁵

- 237 Folge der Verbindung ist, dass bei zum Rücktritt berechtigenden Mängeln im Projektvertrag auch eine Kündigung des SaaS-Vertrages möglich sein wird (und ggf. umgekehrt). Vor dem Hintergrund, dass *va* für denjenigen, der die Leistungen in Anspruch nimmt, nur beide Teile gemeinsam sinnvoll einsetzbar sind, ist dies ein befriedigendes Ergebnis.
- 238 Komplizierter wird es jedoch, wenn Projekt- und SaaS-Vertrag mit unterschiedlichen Vertragsparteien abgeschlossen werden. Dann wird ein Mangel bzw. eine Störung im einen Vertrag in der Regel keine Auswirkung auf den anderen Vertrag haben. Der Nutzer wird so auf einer für ihn weniger oder gar nicht nützlichen Leistung sitzen bleiben.³⁸⁶ In dieser Konstellation ist eine ausdrückliche Regelung in beiden Verträgen vorzusehen, was bei Störungen im jeweils anderen Vertrag geschehen soll.

6. Auswirkungen §§ 327 ff., § 434 BGB in der Leistungskette bis zum Entwickler

- 239 Mit Wirkung zu Beginn 2022 wurde ua § 434 BGB geändert und §§ 327 ff BGB eingefügt. Gem. § 327 Abs. 4 BGB finden die neuen Vorschriften zur Bereitstellung digitaler Produkte auf Verbraucherverträge auch Anwendung, wenn digitale Produkte nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden (auch über § 650 Abs. 2 BGB). Praktisch wird es eher selten sein, dass sich ein Verbraucher Software erstellen lässt. Vom Wortlaut her wäre fraglich, ob auch die Entwicklung von Software-Teilen unter § 327 Abs. 4 BGB fällt. Praktisch relevant erscheint der Umstand, dass Software bei Verbraucher-Verträgen objektiven Anforderungen unterliegt, die nicht erst beim Händler als letztem Glied, sondern in der Leistungskette bewerkstelligt werden müssen. Dies gilt etwa für Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit (§ 327a Abs. 3 Nr. 2.). Auch die **Aktualisierungen (§ 327f BGB)** werden in der Leistungskette zu bewirken sein.
- 240 Die Relevanz der §§ 327 ff BGB für Softwareerstellung besteht also vor allem dann, wenn ein Projekt die Erstellung einer Software zum Gegenstand hat, die für die Geschäftsprozesse und ggf. Bereitstellungen im Zusammenhang mit digitalen Produkten gegenüber Verbrauchern eingesetzt werden soll. Dann ergeben sich zahlreiche gravierende Anforderungen aus den Pflichten, denen der Anwender als Anbieter direkt oder als Betreiber für andere Anbieter indirekt unterliegt. ZB auch Infopflichten (auch Datenschutz), Änderungen, Einzelgestaltungen für Abweichungen,
- 241 B:B ist bei Kaufverträgen zu Software (hier relevant bei Beschaffung für die Anpassung) vor allem § 434 BGB zu beachten, der im Rahmen der Softwareprojekte bei der Beschaffung von Standardsoftware (die anzupassen bzw. zu implementieren ist) greift.
- 242 Unmittelbare Relevanz entfalten die neuen Regeln, insbes. auch § 434 BGB, dass insbes. Software seit dem 1.1.2022, und dies nicht nur beim Verbraucher-Vertrag, objektiven Anforderungen unterliegt, die stark auf technische Gegebenheiten bezogen sind, darunter – neben Qualität und Funktionalität – Kompatibilität, Interoperabilität und Sicherheit. § 434 BGB könnte zudem bei Softwareerstellung B:B über § 650 BGB Anwendung finden. Relevanter erscheint, dass Software häufig für den Zweck hergestellt, auch modifiziert, wird, um, ggf. geändert, weiter vertrieben zu werden.

³⁸³ MüKoBGB/Ellenberger § 311 Rn. 34.

³⁸⁴ Schuster CR 2018, 209.

³⁸⁵ MüKoBGB/Habersack § 358 Rn. 18 und § 359 BGB Rn. 20.

³⁸⁶ Schuster CR 2018, 209.

Soweit der Kunde nach dem Vertragsverhältnis die Standardsoftware erwirbt, um sie dann anpassen zu lassen, oft in langwierigen Implementierungsverfahren, ist auf die Standardsoftware unmittelbar § 434 BGB anzuwenden. 243

Das Thema **Sicherheit** ist zugleich auch eine Querverbindung zum Datenschutz. 244

Den Datenschutz wiederum thematisieren eine ganze Reihe verschiedene Komplexe, die im Zusammenhang der beiden Parteien B.B auftreten können:

- (gemeinsamer) Betrieb eine Entwicklungsplattform,³⁸⁷ was wiederum neben Mitarbeiter – Datenschutz auch Fragen des Weisungsrechts anspricht. Dieses steht gemäß DSGVO zwangsläufig dem Auftraggeber zu.
- daraus resultiert die Notwendigkeit eines Auftrags-Verarbeitungsvertrags, der gegenüber Sub-Unternehmer Ausstrahlungswirkung hat: Art. 28 Abs. 4 DSGVO verpflichtet den Auftragsverarbeiter (hier also den Werkunternehmer in der Funktion als Auftragsverarbeiter), dem weiteren Auftragsverarbeiter dieselben Datenschutzpflichten auferlegt, die in dem Vertrag oder anderen Rechtsinstrument zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter gemäß Absatz 3 festgelegt sind.
- spezielle Maßnahmen werden im Zusammenhang mit dem **Geheimnis-Schutz** zu regeln sein, wobei für die Erhaltung des Schutzes Sicherheitsmaßnahmen konstitutive Voraussetzungen sind, die aber zugleich auch Datensicherung im Sinne des Datenschutzes bzw. Art. 32 DSGVO entsprechen.

Datenschutz und speziell der AV-Vertrag [s.-a. → Rn. 130] spielen schon während des Projekts eine größere Rolle, wenn der Auftragnehmer laufend gemeinsam mit dem Auftraggeber oder für diesen testet, erst recht, wenn er für eine Weile, etwa bei der Umstellung im Parallelbetrieb die neue Software für den Auftraggeber betreibt.³⁸⁸ Im Hinblick auf die Spezifikationen, insbesondere bei Neuerstellen von Software, die für den Vertrieb an Dritte vorgesehen ist, könnte die Frage, ob am Ende der Leistungskette ein Verbrauchervertrag steht, von Bedeutung werden. In diesem Falle müsste dann ja die Software für diesen Verbraucher-Vertrag die erforderlichen objektiven Anforderungen und andere mit diesen technischen Kriterien erfüllen.³⁸⁹ 245

Bei **gemeinsamen Teams**, zu dem Mitglieder sowohl vom Auftraggeber als auch vom Auftragnehmer gestellt werden, besteht die nicht unerhebliche Gefahr, dass Mitarbeiter einander neben fachlichen Weisungen auch personelle/organisatorische geben werden, die das Verhältnis der Vertragspartner faktisch in die Nähe der Arbeitnehmerüberlassung rutschen lässt. Sehr strikte Verträge mit detaillierten Regelungen könnten zwar nützlich sein, entscheidend wäre letztlich aber die tatsächliche praktische Handhabung und diese wiederum kümmert sich bei agilen Projekten häufig nicht um die vertragliche Ausgestaltung. Zur Abgrenzung bei den Weisungen siehe BAG.³⁹⁰ Als Problem wurde Scheinselbstständigkeit im Zusammenhang mit agil gesehen.³⁹¹ Evtl. besteht dabei auch die *Doppelfunktionalität* von Weisungen eine Rolle.³⁹² 246

IV. Subunternehmervertrag bei der Software-Erstellung

1. Ausgangslage

³⁸⁷ Zur Entwicklungsmaschine/- Plattform, arbeitsrechtlichen Aspekt: Schneider, Plattform – Tools bei IT Projekten, ITRB 2020, 194.

³⁸⁸ Frage der Zulässigkeit wäre primär zu klären, s. dazu → § 34.

³⁸⁹ S. zu Verträgen in der Leistungskette im Verhältnis zum Endverbraucher-Vertrag Schneider, ITRB 2023, 104.

³⁹⁰ BAG 27.9.2022 – 9 AZR 468/21, BeckRS 2022, 30721, dazu Eufinger Wet Lease als Arbeitnehmerüberlassung in der Luftfahrt, GWR 2023, 62.

³⁹¹ Heise/Friedl, Flexible („agile“) Zusammenarbeit zwischen Unternehmen versus illegale Arbeitnehmerüberlassung – das Ende von Scrum? NZA 2015, 129; Hengstler, Arbeitnehmerüberlassung in Scrum-Projekten, ITRB 2015, 217.

³⁹² Litschen/Yacoubi NZA 2017, 484 (488); Meyer NZA 2020, 1273 (1278).

- 247 Der Auftragnehmer (nachfolgend: Hauptauftragnehmer), der die Erstellung von Software anbietet und erbringen will, wird sich bereits in einer frühen Phase der Angebotserstellung oder der Vorgespräche mit dem Auftraggeber überlegen müssen, ob er alle potentiellen Aufgaben selbst und in den vorgegebenen Fristen erfüllen kann.³⁹³ Aufgrund des sich abzeichnenden Bedarfs an Personal und an Know-How wird er zu entscheiden haben, ob er weitere Partner (**quantitative Unterstützung**) oder externes Know-How (**qualitative Unterstützung**) für die Software-Erstellung einbeziehen will.
- 248 Entscheidet sich der Hauptauftragnehmer zusätzlich Unterstützung durch Dritte bei der Realisierung der Software-Erstellung einzubinden, kann er dies neben zusätzlichen eigenen Mitarbeitern über
- freie Mitarbeiter,³⁹⁴
 - Entleihe von Arbeitnehmern,³⁹⁵
 - Konsortialpartner oder
 - Subunternehmer
- bewerkstelligen.
- 249 Der Hauptauftragnehmer wird weiter zu entscheiden haben, ob er die externen Kräfte in seine eigenen Teams einbinden will oder ob er ihnen Teilaufgaben (eigenverantwortliche Erstellung) übertragen will. Bei komplexeren Aufgabenstellungen wird er abzuwägen haben, ob er mit seinen potentiellen Partnern die Verantwortung für den Erfolg der Software-Erstellung gemeinschaftlich tragen will (zB Konsortium, Anbiertergemeinschaft).
- 250 Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Fallkonstellation, in der der Hauptauftragnehmer, der im Vertrag mit einem Auftraggeber die Software-Erstellung übernommen hat (nachfolgend: Hauptvertrag), einen **Subunternehmer mit der Erstellung einer Teilleistung** beauftragt. Der Fokus wird dabei auf der komplexen Aufgabenstellung und Interessenlage des Hauptauftragnehmers liegen, da dieser durch die Einbindung des Subunternehmers nicht nur die Software-Erstellung mit und gegenüber dem Auftraggeber zu steuern und zu managen hat, sondern zusätzlich die Leistungserbringung des Subunternehmers koordinieren und die Erfüllung und Erfüllbarkeit des Hauptvertrages gerade auch hinsichtlich der Leistungsanteile des Subunternehmers sicherstellen muss.

2. Vertragstypologie

- 251 Bei Subunternehmerverträgen (besonders bei sog. *Rahmenverträgen*, die Beratung, Erstellung, Änderung und sonstige Services als Vertragsgegenstand auflisten) ist die Rechtsprechung – anders als sonst bei Software-Erstellungsverträgen³⁹⁶ – stärker geneigt, **Dienstvertragsrecht** anzuwenden. Als ausschlaggebend dafür wird angesehen, dass der Subunternehmer bzw. dessen Mitarbeiter beim Hauptauftraggeber tätig werden und somit die Gefahr besteht, dass ihr Leistungsanteil nicht mehr deutlich erkennbar ist. Für den Generalunternehmer/Hauptauftragnehmer führt das zu einer verheerenden „Sandwich“-Position: Er selbst haftet gegenüber seinem Besteller im Rahmen eines Werkvertrages, während ihm gegenüber sein Sub-Unternehmer nur die dienstvertraglichen Pflichten zu erfüllen hat.³⁹⁷ Bei agilem Vorgehen setzt der Auftragnehmer eher noch öfter als beim Wasserfallprojekt Freelancer ein, mit denen sogar je unterschiedliche Verträge bestehen können. Das ergibt einen Mix von Typen, ggf. zu wahren Fristen und Rechten, der große Unsicherheiten birgt.

3. Vertragsverhandlungen mit dem Auftraggeber und Change Requests

³⁹³ Ausführlich zur Vertragsgestaltung bei Generalunternehmerprojekten: Witzel CR 2018, 345.

³⁹⁴ → § 37 Arbeitsrechtliche Bezüge zur Problematik der Scheinselbstständigkeit.

³⁹⁵ → § 37 Arbeitsrechtliche Bezüge zur Arbeitnehmerüberlassung.

³⁹⁶ → Rn. 12 ff.

³⁹⁷ S. etwa OLG München 23.4.1996 – 5 U 5708/95, CR 1997, 27 iVm LG München I 28.9.1995 – 7 O 534/95, CR 1996, 232; s. a. LG München I 21.7.1994 – 7 O 9748/92, CR 1995, 33 zu einem „Aufwandsprojekt“, bei dem ein bestimmtes Programmresultat geschuldet war; trotzdem Werkvertrag, obwohl Mitarbeiter des Auftraggebers die Realisierung vornehmen sollten: BGH 23.1.1996 – X ZR 105/93, CR 1996, 467 – Service-RZ II.

Die Grundkonstellation ist aus dem Baurecht bekannt. Es gibt insoweit Rspr. Diese sollte allerdings nur mit Vorsicht auf den IT-Bereich übertragen werden, in dem es zudem einige Besonderheiten, va über das Urheberrecht gibt.³⁹⁸ Der Hauptauftragnehmer wird (zB vor der Angebotsabgabe) die Einbindung des Subunternehmers bereits im Vorfeld wünschen und und ggf. mit dem Kunden klären, etwa hins.

- Vorbereitung des Angebotes des Hauptauftragnehmers gegenüber dem Kunden,
- Ermittlung der fachlichen Anforderungen an die zu erstellende Software,
- System- und Einsatzbedingungen,
- Konkretisierung der Leistungen und der Beschaffenheit der Software und in die
- Vertragsverhandlungen

Der Hauptauftragnehmer muss sicherstellen, dass er den (die) Subunternehmer bei der Erstellung der Software einbinden darf. In einer Vielzahl von Verträgen schließt der Auftraggeber die Einbindung von Subunternehmern aus oder macht sie zumindest von seiner Zustimmung abhängig. Soweit der Subunternehmer personenbezogene Daten des Kunden im Auftrag verarbeitet, ist Art, 28 Abs. 4 DS-GVO zu beachten. Eine Geheimhaltungsvereinbarung mit dem Subunternehmer wird dann nicht ausreichen.

Soweit im Vertrag mit dem Auftraggeber (Hauptvertrag) die Leistungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht abschließend festgelegt sind oder wenn spätere Änderungen und Erweiterungen der Leistungen des Hauptvertrages möglich sind (Regelungen über Change Management und Change Request Verfahren),³⁹⁹ muss das Verfahren zur Konkretisierung und ggf. Änderung der Leistungsbeschreibung mit dem Subunternehmervertrag synchronisiert werden.

Die im Hauptvertrag im Zusammenhang mit einem Change Management/Change Request Verfahren vereinbarten Fristen müssen im Subunternehmervertrag angepasst werden (zB: Verlängerung der Angebotsbindefristen; Verkürzung der Antwortzeiten auf einen Change Request). Dem Hauptauftragnehmer muss es durch die im Subunternehmervertrag angepassten Fristen möglich sein, die Fristen im Hauptvertrag einzuhalten.

Besonders wichtig ist, dass ein Verfahren vereinbart wird, das es zwar dem Hauptauftragnehmer (Generalunternehmer) ermöglicht, die sich aus dem Hauptvertragsverhältnis ergebenden Änderungen einzubringen, aber nicht als einseitige Leistungsbestimmung. ZB wäre zu regeln, dass der Generalunternehmer ein Änderungsangebot gegenüber seinem Auftraggeber vom Subunternehmer freigeben, wenn nicht sogar erstellen lässt. Die Annahme- bzw. Geltungs- und Reaktionsfristen der verschiedenen Vertragsverhältnisse müssen aufeinander abgestimmt sein.

Wichtig ist, dass die Referenz zur Beurteilung von Änderungen (Spezifikation) in beiden Vertragsverhältnissen gleich ist, zumindest Deckungsgleichheit hinsichtlich der Beurteilung, wann eine Änderung vorliegt, besteht.

4. Regelungen des Subunternehmervertrages

Das zentrale Anliegen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinem Subunternehmer wird sein, dass der Subunternehmer die übertragenen Aufgaben und Teilleistungen so erbringt, dass sie zur Vertragserfüllung gegenüber dem Auftraggeber verwendet oder unmittelbar „durchgereicht“ werden können.⁴⁰⁰ Die vom Subunternehmer zu erbringende Leistung muss zumindest die Vorgaben des Hauptvertrages erfüllen. Hierzu bedarf es einer engen Planung und Koordinierung zwischen den Pflichten und Regelungen des Haupt- und des Subunternehmervertrages.⁴⁰¹

Werden im Subunternehmervertrag Teilaufgaben des Hauptvertrages auf den Subunternehmer übertragen, kommt der Hauptauftragnehmer im Verhältnis zum Subunternehmer in die Rolle des Auftraggebers. Die vorstehenden Überlegungen zum Aufbau des Software-

³⁹⁸ Zum Subunternehmervertrag im IT-Recht auch im Vergleich zum Baurecht s. Polenz CR 2008, 685.

³⁹⁹ Im Einzelnen → § 18 IT-Projektmanagement.

⁴⁰⁰ Ausführlich zum Subunternehmervertrag: Witzel ITRB 2018, 191; dies. ITRB 2018, 212.

⁴⁰¹ Zum Folgenden s. va Polenz CR 2008, 685.

Erstellungsvertrages,⁴⁰² können daher grundsätzlich auch zum Aufbau des Subunternehmervertrages herangezogen werden.

- 260 Der Hauptauftragnehmer sollte sich jedoch nicht darauf beschränken, einen eigenständigen und vom Hauptvertrag unabhängigen Software-Erstellungsvertrag mit dem Subunternehmer über eine Teilleistung zu vereinbaren. Um die Erfüllung des Hauptvertrages zu gewährleisten, muss er die selbständig nebeneinander stehenden Vertragsverhältnisse (Hauptvertrag und Subunternehmervertrag) inhaltlich über entsprechende Regelungen im Subunternehmervertrag und ggf. im Hauptvertrag verzahnen.
- 261 Der Wunsch des Hauptauftragnehmers wird dahin gehen, dass die Regelungen des Hauptvertrages, insbesondere die Beschreibung der Leistung und der Beschaffenheit möglichst identisch im Subunternehmervertrag für die zu erbringende Teilaufgabe enthalten sind. Ein einfacher Verweis im Subunternehmervertrag auf die Leistungsbeschreibung und die Regelungen des Hauptvertrages wird dabei unter mehreren Gesichtspunkten nicht ausreichend sein.
- Im Subunternehmervertrag müssen insbesondere für die folgenden Bereiche Konkretisierungen und eine Koordination mit dem Hauptvertrag erfolgen (beispielhafte Aufzählung):
- 262 a) **Leistungsbeschreibung.** Im Subunternehmervertrag muss die konkret zu erbringende Leistung beschrieben werden; ein Verweis auf den Hauptvertrag wird sich nur dort anbieten, wo die Leistungen des Subunternehmers abschließend und – möglichst – als Teilleistung beschrieben sind. Ein Verweis auf den Hauptvertrag setzt zudem voraus, dass der Subunternehmer diesen kennt.
- 263 Für nachträgliche Änderungen insbesondere im Leistungsspektrum bedarf es klarer Regelungen für das Procedere, also ein sinnvolles „Change Management“ bzw. „Change Request“. Worauf dabei zu achten ist, wird in → § 18 „IT-Projektmanagement“ genauer dargestellt.
- 264 b) **Leistungszeiten.** Die Leistungszeiten aus dem Hauptvertrag müssen im Subunternehmervertrag ggf. verkürzt werden. Insbesondere wenn die Leistungen des Subunternehmers für die weitere Leistungserbringung des Hauptauftragnehmers benötigt werden, sind die Leistungszeiten im Subunternehmervertrag unter Berücksichtigung der Fristen des Hauptvertrages festzulegen. Ebenso wird der Hauptauftragnehmer bei der Festlegung der Leistungsfristen des Subunternehmers eigene Integrationsleistungen und mögliche Testphasen berücksichtigen.
- 265 c) **Mitwirkungsleistungen des Hauptauftragnehmers.** Die Mitwirkungsleistungen, insbesondere die Beschaffung von Informationen vom Auftraggeber sind im Subunternehmervertrag zu konkretisieren. Hierbei wird der Hauptauftragnehmer hinsichtlich der Zeiträume für die Bereitstellung von Mitwirkungsleistungen berücksichtigen, dass er selbst solche Leistungen und Informationen beim Auftraggeber anfordern muss. Ähnlich wie die Änderungsverfahren müssen also die Informationspflichten und deren Ausübung aufeinander abgestimmt sein. Dies ist im Hinblick auf Verzug über die Entschädigungsregel in § 642 Abs. 1 BGB und das Risiko der Kündigung nach § 643 BGB erforderlich.
- 266 d) **Einräumung von Nutzungsrechten.** Besonders sorgfältig wird der Hauptauftragnehmer im Subunternehmervertrag die Einräumung von Nutzungsrechten an der vom Subunternehmer erstellten Teilleistung regeln.
- 267 Fehlt eine Regelung, erhält der Hauptauftragnehmer nur in dem Umfang Nutzungsrechte an den Teilleistungen, wie diese zur Erfüllung des Subunternehmervertrages notwendig sind (**Zweckübertragungslehre**). Der Hauptauftragnehmer wird sich deshalb vom Subunternehmer mindestens in dem Umfang **übertragbare** Nutzungsrechte an der Teilleistung einräumen lassen, wie er sie selbst auf den Auftragnehmer übertragen muss.
- 268 Soweit der Hauptauftragnehmer die zu erstellende Software nicht nur zur Erfüllung des Hauptvertrages nutzen, sondern diese zum Standardprodukt weiterentwickeln oder als solches vertreiben will, wird er sich die ausschließlichen, unbeschränkten Nutzungsrechte vom Subunternehmer einräumen lassen.

⁴⁰² → Rn. 42 ff.

Setzt der Subunternehmer eigene oder fremde Tools zur Software-Erstellung ein und werden diese für eine Nutzung der Software benötigt, muss auch insoweit ein übertragbares Nutzungsrecht eingeräumt oder für den Auftraggeber beschafft werden. 269

Besonderes Augenmerk sollte auf mögliche „computer-implementierte“ Erfindungen (Software-Patente) gelegt werden. Soweit solche Erfindungen grundsätzlich denkbar sind, müssen hierzu Regelungen gerade auch im Hinblick auf das Arbeitnehmererfindergesetz in den Subunternehmervertrag aufgenommen werden. So muss dann die Inanspruchnahme einer Dienstleistung eines Mitarbeiters des Subunternehmers durch den Subunternehmer verpflichtend vorgegeben werden. 270

e) **Abnahme der Subunternehmerleistung.** Der Hauptauftragnehmer wird ein Interesse daran haben, dass die vom Subunternehmer erstellte Teilleistung im Rahmen der Gesamtleistung vom Auftraggeber abgenommen wird, soweit eine Abnahme vereinbart oder nach dem Werkvertragsrecht vorgesehen ist.⁴⁰³ Eine Regelung in Standardbedingungen des Hauptauftragnehmers dergestalt, dass die Teilleistung des Subunternehmers immer mit der Gesamtleistung durch den Kunden abgenommen wird, dürfte im Regelfall unwirksam sein. 271

Der Subunternehmer wird dagegen anstreben, dass seine Leistung nach Fertigstellung vom Hauptauftragnehmer und nicht vom Auftraggeber abgenommen und die vereinbarte Vergütung bezahlt wird.⁴⁰⁴ Es empfiehlt sich deshalb, im Subunternehmervertrag individuell die Abnahme der Subunternehmerleistung zu regeln. Grundlage dazu kann ein individuell mit dem Auftraggeber vereinbartes Abnahmeverfahren sein. 272

f) **Mitwirkung bei der Abnahme beim Auftraggeber.** Selbst wenn die Subunternehmerleistung im Verhältnis zwischen Hauptauftragnehmer und Subunternehmer abgenommen ist oder keiner Abnahme bedarf, kann die Teilnahme des Subunternehmers bei einer Gesamtanahme der erstellten Software durch den Auftraggeber notwendig sein. Diese Mitwirkung an einer Gesamtanahme muss dann im Subunternehmervertrag ausdrücklich geregelt sein. Der Subunternehmer wird diese Leistung bei der Bestimmung der von ihm geforderten Vergütung entsprechend berücksichtigen wollen. 273

g) **Vergütung/Zeitpunkt der Vergütung.** Die Vergütung für die Leistungen des Subunternehmers und deren Fälligkeit sollten explizit im Subunternehmervertrag geregelt werden. Ein einfacher Verweis auf den Hauptvertrag wird im Regelfall nicht interessensgerecht und auch nicht bestimmt genug sein. 274

Gerade dort, wo die Subunternehmerleistung als Dienstleistungen im Sinne des § 611 BGB erbracht werden, wird der Subunternehmer eine pro rata temporis Vergütung fordern. Aber auch bei einer Teilleistung, mit der ein Erfolg erreicht werden muss, wird der Subunternehmer eine zeitnahe Vergütung nach deren vereinbarungsgemäßer Fertigstellung fordern. 275

Hier wird der Hauptauftragnehmer gefordert sein, Teilvergütungen oder Abschlagszahlungen im Hauptvertrag zu vereinbaren, um eine Finanzierung der Vergütungen des Subunternehmers über den Hauptvertrag zu erreichen. 276

h) **Verfahren der Mangelbeseitigung/Verjährungsfristen.** Die Koordinierung von Ansprüchen und Rechten bei Mängeln und deren Verjährung bedarf einer sorgfältigen Planung und Vereinbarung im Subunternehmervertrag. Dies insbesondere dann, wenn die vertragstypologische Einordnung des Hauptvertrages zu einem anderen Ergebnis führt als beim Subunternehmervertrag. Selbst bei gleichem Vertragstyp kann durch einen unterschiedlichen Beginn der Verjährungsfrist Regelungsbedarf entstehen. Wird beispielsweise die Subunter-

⁴⁰³ Beruht der Mangel der Funktionstauglichkeit auf einer unzureichenden Vorleistung eines anderen Unternehmers, wird der Unternehmer auch nach dem durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts geänderten Werkvertragsrecht von der Mängelhaftung frei, wenn er seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat, s. BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05 – NJW 2008, 511; s. a. → Rn 54.

⁴⁰⁴ Der Werkunternehmer, der das Werk arbeitsteilig herstellen lässt, muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Werk bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies und wäre der Mangel sonst erkannt worden, gilt die Verjährungsfrist wie bei arglistigem Verschweigen, gleichermaßen bei Bauwerken und anderen Werken, § 638 I BGB aF, s. BGH 30.11.2004 – X ZR 43/03, NJW 2005, 893.

nehmerleistung (Modul) vom Hauptauftragnehmer früher als die Gesamtleistung (erstellte Software einschließlich des Moduls) abgenommen, endet die Verjährung der Mängelansprüche gegenüber dem Subunternehmer früher. Der Hauptunternehmer wird versuchen, dieses Delta durch entsprechende Vereinbarungen zu verhindern.

- 278 Zu beachten ist, dass ein Mangel in der Gesamtleistung, der nicht die vom Subunternehmer erstellte Teilleistung betrifft, im Hauptvertrag zu einer Hemmung der Verjährungsfrist führt. Die Verjährungsfrist nach dem Subunternehmervertrag läuft dessen ungeachtet „ungehemmt“ weiter. Der Hauptauftragnehmer wird deshalb – zumindest vorsorglich – mit dem Subunternehmer eine Mangelbeseitigung auch nach dem Ende der Verjährungsfrist von Mängelansprüchen vereinbaren.
- 279 Der Generalunternehmer möchte die ihn evtl. treffende Last der Vertragsstrafen, etwa aus SLA, „durchreichen“. Die Frage ist, ob der Subunternehmer als Erfüllungsgehilfe auch dann voll einzustehen hat, wenn sehr straffe Zeiten und sehr hohe Strafen im Hauptvertragsverhältnis vereinbart sind.⁴⁰⁵ Zumindest eine **Hinweispflicht** wird seitens des Generalunternehmers zu erfüllen sein.
- 280 **i) Beendigung Hauptvertrag/Subunternehmervertrag.** Neben einer Kündigung des Hauptvertrages nach § 648 BGB (im Werkvertragsrecht) kann der Hauptvertrag aus unterschiedlichen Gründen gekündigt oder rückabgewickelt werden. Der Hauptauftragnehmer wird in diesen Fällen das Interesse haben, den Subunternehmervertrag und seine Pflichten daraus ebenfalls beenden zu können. Üblich aber unwirksam sind AGB, „*wonach nur die erbrachten Leistungen des Auftragnehmers vergütet werden und weitergehende Ansprüche ausgeschlossen werden, wenn der Auftraggeber ohne besonderen Grund kündigt, [die Bestimmung, Anm. d. B.] benachteiligt den Auftragnehmer entgegen Treu und Glauben unangemessen und ist unwirksam, § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (im Anschluss an BGH, Urt. v. 4.10.1984 – VII ZR 65/83, BGHZ 92, 244 = MDR 1985, 222)*“.⁴⁰⁶
- 281 Der Subunternehmer wird demgegenüber auf die Erfüllung insbesondere der Vergütungspflichten bestehen, wenn der Hauptvertrag aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen beendet wird. Ob es ein einseitiges Kündigungsrecht des Generalunternehmers gegenüber dem Subunternehmer über § 648 BGB nF hinaus bei Beendigung des Hauptvertrags gegeben könne, ist zweifelhaft.⁴⁰⁷ Ein Ausweg könnten § 313 BGB sein. Nach Ansicht des BGH⁴⁰⁸ ist zwar ein formularmäßiger Subunternehmervertrag unwirksam, nach dem ein wichtiger Kündigungsgrund für den Generalunternehmer bereits dann vorliegen soll „wenn der Hauptvertrag endet“. Allerdings kann der Wegfall des Hauptvertrags ein wichtiger Grund im Sinne §§ 626, 314 BGB sein, wenn dieser Wegfall nicht durch eigene Kündigung des Generalunternehmers erfolgt ist oder wenn die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Hauptvertrags für den Generalunternehmer so schwer wiegt, dass ihm auch ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Subunternehmervertrags zusteht.⁴⁰⁹ Insofern sind evtl. Regeln zu Exitzenarien des Hauptvertrags zu berücksichtigen bzw. in ihrer evtl. Wirkung abzufedern.
- 282 **j) Pflege der Subunternehmerleistungen/Weiterentwicklungen.** Der Auftraggeber wird schon zur Sicherung seiner Investition die Pflege der erstellten Software und ggf. deren Weiterentwicklung durch den Hauptauftragnehmer erwarten und den Hauptauftragnehmer entsprechend im Hauptvertrag oder in einem gesonderten Pflegevertrag dazu verpflichten. Der Hauptauftragnehmer wird dann im Regelfall dem Subunternehmer im Subunternehmervertrag oder zumindest in einem zusätzlichen Vertrag korrespondierende Pflichten auferlegen wollen. Auch insoweit müssen die Pflege- und Weiterentwicklungsverpflichtungen,

⁴⁰⁵ Sa Polenz CR 2008, 685 (689 f.), auch zur Rolle des Subunternehmers als Erfüllungsgehilfe iVm BGH 18.12.1997 – VII ZR 342/96, NJW 1998, 1493 (1494) und 25.1.2000 – X ZR 197/97, NJW-RR 2000, 684 (685).

⁴⁰⁶ BGH 12.7.2007 – I ZR 18/04, CR 2007, 728.

⁴⁰⁷ Ablehnend Redeker Rn. 487 ff.

⁴⁰⁸ BGH 29.7.2004 – III ZR 293/03, MMR 2004, 750.

⁴⁰⁹ Witzel CR 2018, 345 (352).

einschließlich der Leistungszeiten (zB: Reaktionszeiten auf Fehlermeldungen) mit dem jeweiligen Haupt- oder Pflegevertrag koordiniert werden.

Die Fassung der vorstehenden Regelungsbereiche in Standardvertragsklauseln kann zu unwirksamen Regelungen führen, wenn dadurch entgegen dem Gebot von Treu und Glauben der Subunternehmer unangemessen benachteiligt wird.⁴¹⁰ Es empfiehlt sich deshalb, zumindest zentrale Regelungen des Subunternehmervertrages im Einzelnen mit dem Subunternehmer auszuhandeln und zu vereinbaren. „Grds. kann die Kündigung des Hauptvertrags in einem gestuften Dienstleistungsverhältnis einen wichtigen Grund iSv § 626 Abs. 1 BGB für die Kündigung des Vertrags mit dem Subunternehmer darstellen (vgl. BGH 29.7.2004 – III ZR 293/03, [...] MMR 2004, 750 mAnm Pohle)“.⁴¹¹

Und weiter: „Zudem ist in einem solche Fall eine fristlose Kündigung des Subunternehmervertrags nach § 626 Abs. 1 BGB nur gerechtfertigt, wenn die Kündigung des Hauptvertrags wirksam war (vgl. BGH NJW RR-RR 2004, 1498 [= MMR 2004, 750 mAnm Pohle]). Dazu trägt die Bekl. nicht vor, welche Leistung sie der ... schuldet“.⁴¹²

k) Wettbewerbsklauseln. Ein Wettbewerbsverbot für 1 Jahr wird als wirksam vereinbar angesehen.⁴¹³ Jedoch ist zu beachten, dass dieses Verbot bei typischen Freelancern uä nicht entschädigungslos sein darf: *Die für kaufmännische Angestellte geltenden Wettbewerbsregelungen der §§ 74 ff. HGB sind wegen des vergleichbaren Schutzbedürfnisses auch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter (Subunternehmer) anzuwenden.*⁴¹⁴

l) Zurechnung. Im Rahmen von § 638 BGB aF gilt gem. BGH: 286

„a) Dem Unternehmer kann die Kenntnis eines mit der Prüfung des Werkes beauftragten Mitarbeiters eines Subunternehmers auch dann zuzurechnen sein, wenn er einen Bauleiter zur Überwachung eingesetzt hat.

b) Das ist der Fall, wenn der Mangel auch bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung vom Bauleiter nicht wahrgenommen werden kann, weil er bei der Kontrolle der Leistung vom Bauleiter infolge weiter geführter Arbeiten nicht zu bemerken war.“⁴¹⁵

5. Verhandlungen und Abschluss des Subunternehmervertrages

Der Zeitpunkt für die Verhandlungen und den Abschluss des Subunternehmervertrages erfordert vom Hauptauftragnehmer eine über das Zwei-Parteien-Verhältnis hinausgehende sorgfältige Planung bzw. Koordination. Der Hauptauftragnehmer wird sicher stellen, dass

- der potentielle Subunternehmer ihn bei der **Vorbereitung und Verhandlung des Hauptvertrages** mit seinem Know How unterstützt, und dass
- der Subunternehmer nach **Abschluss des Hauptvertrages** mit ihm einen entsprechenden Subunternehmervertrag abschließt und die Ergebnisse hinsichtlich des vom Subunternehmer zu übernehmenden Teils der Leistungen akzeptiert und realisiert werden können.

Es kann sich in der Phase der Vertragsverhandlungen mit dem Auftraggeber empfehlen, den Subunternehmer schon vertraglich an den Hauptauftragnehmer zu binden. Dann müssen jedoch Verfahrens- und Ausstiegsregelungen im Subunternehmervertrag vorgesehen werden, die es zum einen erlauben, die Leistungen und Gegenleistungen zu konkretisieren, und die es zum anderen erlauben, in definierten Fällen den Subunternehmervertrag zu beenden (zB Hauptvertrag kommt nicht zu Stande).

6. Konsortialverträge

⁴¹⁰ Zu einzelnen Regelungsansätzen s. Redeker CR 1999, 137 (noch zum „alten“ Schuldrecht).

⁴¹¹ Zu Einzel- und Rahmen-Vertrag LG Düsseldorf 17.8.2022 – 41 O 61/21, MMR 2023, 310, Rn. 79 zu agil unter Bezugnahme auf Heydn MMR 2020, 284 (287) bezüglich Vertragstyp Dienstvertrag wohl zu pauschal. s. a. oben → Rn 25.

⁴¹² LG Düsseldorf 17.8.2022 – 41 O 61/21, MMR 2023, 310, Rn. 81.

⁴¹³ S. Polenz CR 2008, 685 (691) mwN.

⁴¹⁴ BGH 10.4.2003 – III ZR 196/02, CR 2005, 254, LS.

⁴¹⁵ BGH 12.10.2006 – VII ZR 272/05, NJW 2007, 366.

- 289 Soweit mehrere Vertragsparteien auf Seiten des Auftragnehmers die Verpflichtungen aus dem Hauptvertrag über die Erstellung von Software gemeinschaftlich übernehmen, sind im Verhältnis der Auftragnehmer untereinander ggf. **gesellschaftsrechtliche** Bestimmungen (zB: Regelung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder der offenen Handelsgesellschaft) zu berücksichtigen. Diese Gestaltung wird nicht nur für die Auftragnehmerseite allein diskutiert, sondern auch gemeinsam für alle beteiligten Parteien. Auftraggeber und -nehmer stünden dann gewissermaßen auf einer Ebene.⁴¹⁶
- 290 Bei einer Gemeinschaft von Auftragnehmern müssen die jeweiligen Leistungsteile und das Zusammenwirken (einschließlich interner Zeitplanung und Fristen) sowie das interne und das externe Projektmanagement sowie die Kommunikation gegenüber dem Auftraggeber geplant und verbindlich (explizit) vereinbart werden. Das interne Projekt zwischen den Auftragnehmern muss dabei mindestens mit der gleichen Aufmerksamkeit und Sorgfalt durchgeführt werden, wie die Vertragserfüllung gegenüber dem Auftraggeber, um die Software-Erstellung erfolgreich zu erfüllen.

⁴¹⁶ So schon Frank CR 2011, 138. Diskutiert und abgelehnt von Kühn/Ehrenz CR 2018, 139, 143.