



IT und Software

Thomas Hoeren

Die Reform des Bauvertragsrechts und das IT-Vertragsrecht

Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung und des Werkvertragsrechts im IT-Recht

Bundestag und Bundesrat haben im Frühjahr 2017 beschlossen, das Bauvertragsrecht des BGB zu reformieren. Dabei haben sie zahlreiche Neuregelungen in das BGB gebracht, die das IT-Vertragsrecht nachhaltig verändern. Ausgehend von der Zielsetzung der Reform (I.) stellt der Beitrag die insbesondere für IT-Projektverträge wichtigen Novellierungen vor, etwa zu Ein- und Ausbaurkosten im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelhaftung (II.), neues AGB-Recht (III.) und werkvertragliche Abschlagzahlungen, Abnahme und Kündigung (IV.).

I. Einführung: Zielsetzung der Reform

Anfang März 2017 hat der Bundestag das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ verabschiedet, das demnächst im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und für alle ab 1.1.2018 geschlossenen Kauf- und Werkverträge gelten wird. Der Gesetzesentwurf sieht vor, die oftmals undetaillierten Regelungen des Werkvertragsrechts im Hinblick auf die mannigfaltigen Arten möglicher Vertragsgegenstände zu modernisieren und sie an das komplexer gewordene Baurecht anzupassen.¹ Zudem werden ergänzende, verbraucherbeschützende Regelungen im Bereich des Bauvertrags- und Werkvertragsrechts geschaffen. Hierzu ist eine ganze Bandbreite an Spezialregelungen für besondere Vertragsarten vorgesehen (z.B. Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag, Architektenvertrag, etc.).² Die angestrebten Änderungen der kaufrecht-

lichen Mängelhaftung sind die Reaktion auf die Rechtsprechung des *EuGH* und *BGH*. Sie lösen insbesondere die Problematik um die sog. „Einbaufälle“.³ Hier soll gemäß dem Koalitionsvertrag sichergestellt werden, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten der vom Lieferant zu verantwortenden Produktmängel sitzen bleiben.⁴

Das Gesetz hat auch für IT-Verträge gravierende Folgen: Zum einen im Kaufrecht (Softwareüberlassungsverträge), zum anderen im allgemeinen Werkvertragsrecht (für IT-Projektverträge), die im Weiteren skizziert werden sollen.

II. Anpassungen in der kaufrechtlichen Mängelhaftung: Ein- und Ausbaurkosten

Zur Anpassung an die Rechtsprechung des *EuGH*⁵ wird Abs. 3 des § 439 BGB dahingehend modifiziert, dass der Verkäufer dem Käufer im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig zum Aufwendungsersatz „für das Entfernen der mangelhaften und für den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache“ verpflichtet ist.⁶ Hierdurch erweitert sich der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs im Vergleich zur jetzigen Rechtslage. Das im Gesetzesent-

▷ Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster.

1 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 1, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/114/1811437.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.3.2017); zum Text s. auch die gute Synopse der Kanzlei CMS abrufbar unter <https://cms.law/de/DEU/Publication/Bauvertragsrechtsreform-2017> (zuletzt abgerufen am 28.3.2017).

2 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 2, dazu auch *Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Jerger*, Reform des Bauvertragsrechts und Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung, ZRP 2015, 237.

3 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 1; vgl. *EuGH*, Urt. v. 16.6.2011 – Rs. C-65/09, Rs. C-87/09, VuR 2011, 356 = ZIP 2011, 1265.

4 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung v. 18.5.2016 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung), BT-Drucks. 18/8486, 25 abrufbar unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&cv=3 (zuletzt abgerufen am 28.3.2017); Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 25, abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 28.3.2017).

5 *EuGH*, Urt. v. 16.6.2011 – Rs. C-65/09, Rs. C-87/09, VuR 2011, 356.

6 § 439 BGB-E lt. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 7.

Die Reform des Bauvertragsrechts und das IT-Vertragsrecht

Der Rechtsausschuss nimmt insofern an, dass die Rechtsprechung ihre bisherige Praxis auch für den neu eingefügten und erweiterten § 309 Nr. 8 b) cc) BGB fortsetzen wird.²⁰

IV. Die neuen Vorschriften des allgemeinen Werkvertragsrechts

Die Neufassung des BGB bringt gerade auch für das allgemeine Werkvertragsrecht wichtige Neuerungen. Das Werkvertragsrecht spielt vor allem bei Softwareerstellungverträgen im IT-Projektgeschäft eine große Rolle. Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber neben den neuen Regelungen für Bau- und Verbraucherbauverträge Änderungen für alle Werkverträge etwa bei Abschlagszahlungen, bei der Abnahme und im Kündigungsrecht vorgenommen hat. Auf die Besonderheiten der IT-Branche wurde dabei keine Rücksicht genommen.²¹

1. Abschlagszahlungen

Der § 632a BGB-E gestaltet die Abschlagszahlungen neu, indem die bisherige Berechnungsgrundlage verändert wird. Wurde bisher auf den Wertzuwachs beim Besteller abgestellt, bemisst sich die Abschlagszahlung fortan am Wert der vom Unternehmer vertraglich geschuldeten und erbrachten Leistungen.²² Zur Begründung führt der Gesetzesentwurf aus, dass der Wertzuwachs beim Besteller und der Wert der geschuldeten Leistungen nicht zwangsläufig identisch sind, so dass durch die angestrebte Änderung eine leichtere Berechnung der Höhe der geschuldeten Abschlagszahlungen möglich ist.²³ Das punktuell erhöhte Risiko für den Besteller erscheint mit Blick auf die erheblichen Vereinfachungen bei der Berechnung und die neu eingeführten Verbraucherschutzregelungen im Bauvertragsrecht (s. nur § 650k BGB-E) hinnehmbar.²⁴ Bei IT-Projekten gibt es einen solchen Verbraucherschutz allerdings nicht.

Die Änderung hat große Auswirkungen für das IT-Recht: Künftig sind die Auftraggeber eines IT-Projekts damit einem erhöhten Risiko von gesetzlich vorgeschriebenen Meilenstein-Zahlungen ausgesetzt. Man wird fortan sicherlich die Lösung suchen, derartige Zahlungen individualvertraglich zu verhandeln. Ob aber in der Zukunft in Einkaufsbedingungen des Auftraggebers solche Modifikationen standardmäßig vorgesehen werden dürfen, ist ein offenes Thema.

Des Weiteren stellt der Gesetzesentwurf klar, dass der Besteller auch bei wesentlichen Mängeln nur einen Teil der Leistung zurückbehalten darf.²⁵ Nach bisherigem Recht fand hierzu eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln statt, wobei dem Besteller eine vollständige Leistungsverweigerung nur im Falle wesentlicher Mängel zustand.²⁶ Allerdings ist die Verweigerung eines angemessenen Teils der Abschlagszahlung fortan gem. § 640 Abs. 2 BGB-E allein mit der Behauptung möglich, die Leistung sei nicht vertragsgemäß.

2. Abnahme

Auch für den Bereich der Abnahme im Werkvertrag sind Änderungen vorgesehen. Ziel ist die Beschleunigung des Abnahmeverfahrens und damit die Schaffung von Rechtssicherheit im Hinblick auf die Vergütung gem. § 640 Abs. 1 BGB.²⁷ Daher soll die aktuell gültige Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB, die die Nichtabnahme des Werkes trotz Verpflichtung innerhalb einer bestimmten Frist voraussetzt, modifiziert werden. Die Abnahmefiktion tritt gem. § 640 Abs. 2 BGB-E schon dann ein, wenn der Besteller nicht innerhalb der gesetzten Frist „die Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat“²⁸. Anders als bisher bei § 640 BGB ist der Besteller nunmehr gehalten, aktiv auf ein Abnahmeverlangen zu reagieren, um den Eintritt der Abnahmefiktion verbunden mit einer Beweislastumkehr zu vermeiden. Ansonsten gilt die Abnahme als erteilt, selbst wenn tatsächlich wesentliche Mängel bestehen.

Die Neufassung ändert zwei wesentliche Details:

- ▷ Erstens wird die **Vollendung des Werks zur Voraussetzung** für die Setzung einer angemessenen Frist zur Abnahme, um den Missbrauch der Abnahmefiktion durch eine verfrühte Andienung des Werks zu vermeiden.²⁹
- ▷ Zweitens kann der Unternehmer aus § 640 Abs. 2 BGB-E die **Abnahme selbst herbeiführen**, indem er nach Vollendung des Werks eine Frist setzt und der Besteller die Abnahme nicht unter Angabe „mindestens eines Mangels“ verweigert.

Hier kommt es zu großen Veränderungen im IT-Projektgeschäft zu Lasten des Auftraggebers: Die Änderung der Formulierung „mindestens ein Mangel“ ergab sich erst in letzter Sekunde der Bundestagsberatungen als Änderungsvorschlag aus den entsprechenden Fachausschüssen.³⁰ Sie ist für die IT-Branche fatal. Mag es im normalen Baurecht einfach sein, einen einzelnen Mangel als solchen zu benennen, dürfte dies im Bereich der IT-Verträge schwierig sein. Die numerische Einordnung von Mängeln ist dort kaum möglich. Eine Funktionsstörung kann dort einmal als Teilmangel oder selbständiger Mangel definiert und umschrieben werden.

Ob die mit der Modifizierung gefassten Ziele, die „Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht zu verteilen“ und eine „missbräuchliche Verweigerung der Abnahme“ zu verhindern,³¹ tatsächlich erreicht werden, bleibt zweifelhaft. Eine einseitige Herbeiführung der Abnahme kann der Besteller schon dadurch verhindern, dass er die Abnahme unter Angabe irgendeines auch nur unwesentlichen Mangels verweigert, wobei das tatsächliche Vorliegen des Mangels zunächst gänzlich irrelevant für die Abnahme ist (§ 640 Abs. 2 S. 1 BGB-E).³²

20 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 46.

21 Dazu allgemein auch Hoeren, Der Softwareprojektvertrag – Lehren aus dem Baurecht in Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, 2011, S. 61–76.

22 Glöckner, BGB-Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes – Teil 2, VuR 2016, 163 (163); BeckOGK/Mundt BGB, § 632a Rz. 123f.

23 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8468, 47.

24 Ebd.

25 BeckOGK/Mundt BGB, § 632a Rz. 125.

26 Langen, Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts, NZBau 2015, 658 (659).

27 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8468, 48.

28 So in der Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 14; im Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8468, 12 heißt es noch „unter Angabe von Mängeln“.

29 Langen, NZBau 2015, 658 (659).

30 Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8468, 12 spricht noch von „Mängeln“ in der Mehrzahl.

31 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8468, 48.

32 Kimpel, Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus der Sicht des gewerblichen Unternehmers, NZBau 2016, 734 (734); dazu auch Orlowski, Das gesetzliche Bauvertragsrecht – Übersicht und Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, ZfBR 2016, 419 (421).

Die Reform des Bauvertragsrechts und das IT-Vertragsrecht

wurf vorgesehene Wahlrecht des Verkäufers, den Ein- und Ausbau selbst vorzunehmen oder Wertersatz zu leisten, wurde vom Ausschuss verworfen, um mögliche Konkurrenzen zwischen werkvertraglichen Hauptleistungspflichten und kaufvertraglichen Gewährleistungspflichten zu vermeiden. Sie können insbesondere dann auftreten, wenn der Unternehmer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels bei einem Dritten eingebaut hatte.⁷ Ob die sich aus § 439 BGB-E ergebende Pflicht zum Ausbau der alten und zum Einbau der mangelfreien Kaufsache auch unabhängig von der Pflicht zur Nachbesserung oder zur Nachlieferung bestehen kann, bleibt indes durch die Formulierung „im Rahmen der Nacherfüllung“ unklar.⁸ Zu diskutieren ist dies für die Fälle, in denen sowohl eine Nachbesserung als auch eine Nachlieferung unmöglich sind, der Käufer die mangelhafte Sache aber wieder entfernt haben will.⁹

Bemerkenswert ist, dass die Änderung nach den letzten (verbindlichen) Änderungen des *Bundestags* nicht auf die klassischen Einbaurfälle beschränkt bleibt. Nunmehr soll durch Einbeziehung des „Anbringens“ der Anwendungsbereich um die Fälle erweitert werden, in denen die Kaufsache zwar nicht im buchstäblichen Sinne eingebaut wurde, aber in ähnlicher Weise zweckgemäß an eine Sache „angebracht“ wurde (z.B. nachträglicher Einbau einer Festplatte oder Konnektierung eines Druckers).¹⁰ Der Verkäufer wird durch eine Erweiterung der Regressansprüche gegen den Lieferanten weitestgehend geschützt, so dass eine Selbstvornahme des Verkäufers auch aus Gründen der Kostenbegrenzung nicht erforderlich ist. Die bisher in § 478 Abs. 2 BGB geregelten Regressansprüche gegen den Lieferanten, werden mit § 445a Abs. 1 BGB-E um einen eigenständigen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungskosten im Falle der Nachbesserung ergänzt. Zudem besteht entgegen der bisherigen Vorschrift des § 478 Abs. 2 BGB, die voraussetzt, dass der Endabnehmer Verbraucher ist, mit § 445a Abs. 1 und 2 BGB-E die Möglichkeit, den Lieferanten auch dann in Regress zu nehmen, wenn der Endabnehmer Unternehmer ist. Damit wird der Lieferantenregress beim Verbrauchsgüterkauf auf den Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausgeweitet.¹¹

III. Änderungen des AGB-Rechts

Die neuen Vorschriften sind dispositiver Natur – eine vertragliche Abbedingung ist demnach möglich. Fraglich ist, ob die Vorschriften im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen abbedungen werden können. Meines Erachtens ist hier zwischen dem Fall *Business to Consumer* (B2C) und *Business to Business* (B2B) zu unterscheiden:

1. B2C

Soweit das Verhältnis zum Verbraucher betroffen ist, ist die Pflicht des Verkäufers zur Erstattung der Ausbau- und Einbaukosten europarechtlich vorgegeben. Der An-

spruch beruht auf der Interpretation des *EuGH*, dass Hauptzweck der Verbrauchsgüterrichtlinie¹² der Verbraucherschutz ist. Entsprechend soll der Verbraucher vor Kosten, die ihn von einer Geltendmachung seiner Ansprüche abhalten könnten, geschützt werden.¹³ Nach Auslegung des *EuGH* sind davon alle Kosten umfasst, die mit der Nacherfüllung entstehen.¹⁴ Ein solch europarechtlich vorgeprägter Anspruch kann dann aber wohl nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden, ohne gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen zu verstoßen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Es ist daher nur verständlich, dass der Gesetzgeber mit der Reform des Bauvertragsrechts auch das AGB-Recht entsprechend geändert hat.

Für das IT-Recht hat das zur Folge, dass nunmehr ab 1.1.2018 über die Frage nachgedacht werden muss, ob und wie in Software-AGB mit dem Problem der Ein- und Ausbauposten im Rahmen der Nacherfüllung umgegangen werden soll.

2. B2B

Anders stellt sich die Situation zwischen Gewerbetreibenden dar. Hier ist die entsprechende Regelung zur Erstattung von Einbau- und Ausbauposten nicht europarechtlich vorgeprägt. Der *Bundestag* hat vielmehr den Verbraucherschutzrechtlichen Gedanken auch auf den Gewerbebereich bezogen. Meines Erachtens sind Gewerbetreibende weniger schutzbedürftig, so dass eine AGB-rechtliche Abbedingung in diesem Fall möglich sein müsste. Dafür spricht auch, dass der *BGH*¹⁵ einen derartigen Folgeanspruch im Bereich B2B ausdrücklich abgelehnt hat. Der Senat wies darauf hin, dass ein solcher Anspruch lediglich auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt sei und nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern ausgedehnt werden könne.¹⁶ Der *Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz* hielt eine Erweiterung des Anwendungsbereiches von § 309 Nr. 8 b) cc) BGB mit Blick auf die von der Rechtsprechung angenommene Indizwirkung der Klauselverbote indes nicht für erforderlich.¹⁷ Denn auch wenn § 309 BGB gegenüber Unternehmen keine unmittelbare Anwendung findet, hat die Rechtsprechung wiederholt betont, dass die Klauselverbote i.S.v. § 309 BGB auch bei Unternehmen in der Regel ein Indiz für eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1, 2 BGB sind.¹⁸ Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn die Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden kann.¹⁹

7 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 46.

8 *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, Reform des Bauvertragsrechts und Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung – ein „update“, ZRP 2016, 76 (76).

9 Ebd.

10 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 46.

11 *Eckhoff*, Der neue § 439 BGB: Haftung ohne Grenzen?, abrufbar unter www.cmshs-bloggr.de/commercial/der-neue-439-bgb-haftung-ohne-grenzen/ (zuletzt abgerufen am 28.3.2017).

12 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlament und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am 28.3.2017).

13 *EuGH*, Urt. v. 16.6.2011 – Rs. C-65/09, Rs. C-87/09, VuR 2011, 356 (357).

14 *EuGH*, Urt. v. 16.6.2011 – Rs. C-65/09, Rs. C-87/09, VuR 2011, 356 (357).

15 *BGH*, Urt. v. 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183 = ZIP 2014, 1177.

16 *BGH*, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, CR 2013, 16 = NJW 2013, 220 (222); *BGH*, Urt. v. 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183 (2184).

17 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11437, 45.

18 *BGH*, Urt. v. 29.10.1997 – VIII ZR 347/96, CR 1998, 212 = NJW 1998, 677 (678) [zu § 11 AGBGB].

19 *BGH*, Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, NJW 1984, 750 (1751) [zu § 11 AGBGB]; *BGH*, Versäumnisurteil v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774 (3775).

Die Reform des Bauvertragsrechts und das IT-Vertragsrecht

3. Kündigung

Im Bereich der Kündigung wird die bisherige Kündigungsmöglichkeit aus § 649 BGB um die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB-E erweitert. Die Vorschrift wiederholt in weiten Teilen den § 314 BGB. Die Kündigung kann fristlos erfolgen und ein wichtiger Grund liegt bereits vor, wenn einem Vertragspartner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Werksvollendung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls nicht zugemutet werden kann.³³ Damit soll die bisher auf Richterrecht basierende außerordentliche Kündigungsmöglichkeit anerkannt werden und zu mehr Rechtssicherheit für die Praxis führen. Von einem speziellen Kündigungstatbestand der Insolvenz, wie er in den §§ 8, 9 VOB/B geregelt ist, sieht der neue Gesetzestext ab: Zwar erweise sich ein insolventer Unternehmer als unzuverlässig und nicht leistungsfähig. Allerdings sei im Einzelfall, wie beispielsweise im „Schutzschirmverfahren“ nach § 270 InsO, ausnahmsweise kein wichtiger Kündigungsgrund vorhanden.³⁴

Als Folge für das IT-Recht wird damit letztendlich jeder Softwareerstellungvertrag als Langzeitvertrag angesehen, der einem Dauerschuldverhältnis nahe kommt.

4. Teilkündigung

Eine echte Neuheit ist die in § 648a Abs. 2 BGB-E vorgesehene Teilkündigung, die sich auf einen „nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung“ bezieht. Anders als in § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B wird hierbei nicht auf einen „in sich abgeschlossenen Teil einer Leistung“ abgestellt, so dass eine klare Abgrenzung von erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen erfolgen kann.³⁵ Bei der Teilkündigung scheint es sinnvoll, die abgrenzbaren Leistungen nach den im Vertrag vorgesehenen Kriterien zu bemessen.³⁶

Für die IT-Szene ergibt sich daraus die Notwendigkeit, Projekte klarer in Einheiten zu unterteilen. Nur dann, wenn die Parteien sich die Mühe machen, in sich abgeschlossene Teilabnahmeschritte zu definieren, können sie in beiderseitigem Interesse Teilkündigungsmöglichkeiten im Vertrag vorsehen. Auch für die Justiz entfällt die Notwendigkeit, immer grundsätzlich bei IT-Projekten über das Scheitern des Gesamtprojektes nachzudenken.

5. Mitwirkungspflichten am Projektende

Die sich aus § 648a Abs. 4 BGB-E ergebende Mitwirkungspflicht bei der Leistungsstandfeststellung ist ebenfalls eine bedeutende Neuerung. Verstößt eine der Parteien gegen diese Mitwirkungspflicht, indem sie die Mitwirkung verweigert oder zu einem innerhalb einer angemessenen Frist festgelegten Termin der Leistungsstandfeststellung fernbleibt, geht die Beweislast nach § 648a Abs. 4 S. 2 BGB-E auf diese Partei über, es sei denn, sie hat ihr Fernbleiben nicht zu vertreten und setzt die andere Partei hiervon unverzüglich in Kenntnis. Hiermit soll der Anreiz geschaffen werden, bei der Feststellung der quantitativen Bewertung der bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachten Leistungen mitzuwirken, um einem anschließenden Streit über dessen exakten Umfang vorzubeugen.³⁷

33 Langen, NZBau 2015, 658 (660).

34 Ebd.

35 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8468, 51.

36 Langen, NZBau 2015, 658 (661).

a) Der Wortlaut

Der Wortlaut von § 648a Abs. 4 BGB-E ist schwer zu verstehen:

„(4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. ²Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. ³Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstandes fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.“

Nach § 648a Abs. 4 BGB-E sind die ersten Schritte für ein Transitions- und Kündigungsmanagement vorgezeichnet. Allerdings fragt sich, wie die dort geregelten Pflichten jemals durchgesetzt werden können.

b) Rechtsnatur der Mitwirkungspflichten

Fraglich ist, welche Rechtsnatur die hier erstmals gesetzlich verankerten Mitwirkungspflichten bei IT-Verträgen haben³⁸. Es dürfte sich hierbei nicht um einen Hauptleistungsanspruch handeln, den man als solchen einklagen kann.³⁹ Insofern geht es hier eher um Mitwirkungspflichten im Rahmen der Nebenpflichten. Dementsprechend knüpft § 648a Abs. 4 BGB-E an die verweigerte Mitwirkung eine Art Umkehr der Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung.

Im IT-Bereich würde dies dazu führen, dass die Behauptungen der anderen Seite in Bezug auf z.B. bereits erbrachte oder nicht erbrachte Leistungen im Kern als richtig vermutet werden.

c) Die Ausnahme der Ausnahme

Allerdings ist eine Ausnahme der Ausnahme vorgesehen, wenn das Fernbleiben am Termin von der abwesenden Vertragspartei nicht zu vertreten war⁴⁰ und der entsprechende Umstand der anderen Vertragspartei unverzüglich⁴¹ mitgeteilt wurde. Die Formulierung ist an dieser Stelle unklar. § 648a Abs. 4 BGB-E nennt zwei Umstände für die Umkehr der Beweislast, nämlich einmal die Verweigerung der Mitwirkung und zum anderen das Fernbleiben bei einem von der anderen Vertragspartei bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung. Die Ausnahme der Ausnahme soll nur dann gelten, wenn die Vertragspartei in Folge eines von ihr nicht zu vertretenden Umstandes „fernbleibt“. Die Ausnahme in Satz 3 bezieht sich nach Sinn und Zweck nur auf den vereinbarten und den angemessen gesetzten Termin. Die Verweigerung der Terminvereinbarung ist nicht mit der Verweigerung der Feststellung gleichzusetzen. Denn die andere

37 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8468, 51; dazu auch BeckOGK/Reiter BGB, § 649 Rz. 222.

38 Dazu grundlegend auch Schuster, CR 2016, 627 ff.

39 So allerdings falsch die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8486, 26, wo von einem „Anspruch der Parteien auf eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes“ gesprochen wird. Ein solcher Anspruch gegen sich selbst ist dem kontinentaleuropäischen Recht fremd.

40 Das Vertretenmüssen in Satz 3 richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen in § 276 BGB. Der Umstand ist zu vertreten, wenn dieser vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde.

41 Unverzüglich bedeutet gem. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall.

Agile Softwareprojekte und Vertragsauslegung

Vertragspartei hat immer noch die Möglichkeit, eine angemessene Frist zur Feststellung zu setzen. Neben der Verweigerung der Leistungsstandfeststellung ist eine Versagung der Feststellung möglich. Einer Vertragspartei wird die Möglichkeit genommen, den Leistungsstand festzustellen (z.B. durch ein Verbot, das Grundstück zu betreten). Daraus ergibt sich neben der Beweislastumkehr ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung nachträglicher Kooperationspflichten nach §§ 241, 280 ff. BGB.⁴²

d) Die Parallele zur VOB/B

Fraglich ist, welche Wirkung die Feststellung des Leistungsstandes hat. Auch wenn die Feststellung nicht mit der Abnahme vergleichbar ist, dürfte der festgestellte Leistungsstand im Ergebnis über die noch geschuldete Vergütung entscheiden. Die Leistungsstandfeststellung in § 648a BGB-E entspricht der Regelung des § 4 Abs. 10 VOB/B:

„Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.“

Letztendlich werden damit Strukturen der VOB/B ins allgemeine Werkvertragsrecht übernommen. Allerdings geht § 648a BGB-E über die VOB/B hinaus, als für letztere gilt, dass der „Zustand von Teilen der Leistung“ nur dann festzustellen ist, „wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden“. Es geht bei der VOB/B z.B. um Feststellungen zu Brandschutzvorrichtungen, die in später verschlossenen Schächten und Deckenbereichen nicht mehr überprüft werden können.⁴³ Im Kern ist die Leistungszustandfeststellung nicht notwendig mit der Mängelfrage verknüpft; es geht im Wesentlichen nur um eine Feststellung mit Bezug auf den „Zustand“ und damit um eine rein objektive Feststellung der Leistung.⁴⁴ Sie kann zusätzlich eine *Feststellung der Mangelfreiheit*

umfassen, was allerdings begrifflich nicht notwendig der Fall ist. Im VOB-Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, dass die reine Zustandsfeststellung *keine rechtsgeschäftliche Teilabnahme umfasst* und somit nicht mit den generellen Wirkungen einer Abnahme/Teilabnahme verknüpft ist.⁴⁵

Diese Neuregelung hat gravierende Konsequenzen für das IT-Recht: Konsequenz der Feststellung könnte sein, dass derjenige, der sich auf einen anderen abweichenden Leistungsstand berufen möchte, die Darlegungs- und Beweislast trägt. Durch § 648a Abs. 4 BGB-E tritt hinzu, dass die Beweislast nicht nur nach gemeinsamer Feststellung übergeht, sondern bereits wenn die Verweigerung der Feststellung oder das Fernbleiben am Termin erfolgt.⁴⁶

V. Fazit

Unternehmen müssen sich jetzt schon auf die Änderungen des BGB einstellen. Dies betrifft vor allem das IT-Projektgeschäft. Hier bestehen nunmehr gesteigerte Mitwirkungspflichten insbesondere des Auftraggebers sowohl im Bereich der Abnahme (§ 640 BGB-E) wie auch bei der Feststellung des Leistungsstandes (§ 648a Abs. 4 BGB-E). Für viel Ärger wird auch das AGB-feste Gebot sorgen, die Kosten des Ein- und Ausbaus von IT-Produkten zu tragen. Insofern wird die Szene die zum 1.1.2018 in Kraft tretenden Änderungen aufmerksam zur Kenntnis nehmen müssen. Als Trost sei darauf verwiesen, dass die Vorschriften nach Art. 229 EGBGB nur für Schuldverhältnisse gelten, die ab dem 1.1.2018 entstehen. Für vorher abgeschlossene Verträge gilt das bisherige Recht, auch wenn der Vertrag erst im Jahr 2018 abgewickelt wird.

44 So Gartz in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Aufl. München 2016, § 4 Rz. 169.

45 Merkmens in Kapellmann/Messerschmidt/VOB/B, 5. Aufl. 2015, § 4 Rz. 226; Leinemann/Leinemann, VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 4 Rz. 193; Bschorr in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen VOB/B, 6. Aufl. 2017, § 4 Rz. 335.

46 Genau diese Rechtsfolge ist bei den VOB/B allerdings umstritten; s. etwa Leinemann/Leinemann, VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 4 Rz. 194; Jungbenn in Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, 3. Aufl. 2013, § 4 Abs. 10 Rz. 8, dagegen Gartz in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rz. 175 (mit Verweis auf die Regeln zur Beweisvereitelung im Einzelfall).

42 So das Schrifttum zur VOB/B Gartz in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rz. 176.

43 So das Beispiel von Gartz in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rz. 166.

Stefan Ernst

Agile Softwareprojekte und Vertragsauslegung

Zugleich Anmerkung zu LG Wiesbaden Urt. v. 30.11.2016 – 11 O 10/15, CR 2017, 298

Nach einer einleitenden Darstellung zum Stand von Literatur und Rechtsprechung zum agilen Programmieren (I.) zeichnet der Beitrag zunächst Sachverhalt, Parteivortrag und Entscheidung des LG Wiesbaden nach (II.), bevor auf die Besonderheiten dieser konkreten Entscheidung eingegangen wird (III.). Sodann werden kurz die wesentlichen Unterschiede zwischen klassischer und agiler Softwareentwicklung hervorgehoben und die daraus resultierenden rechtlichen Eigenheiten herausgearbeitet (VI.), bevor der Beitrag mit einem Fazit (V.) schließt.

I. Einleitung

Obleich das Phänomen der agilen Programmierung selbst in Juristenkreisen mittlerweile seit etwa zehn Jahren bekannt ist, sind die insofern vorhandenen jüngeren Äußerungen der juristischen Fachliteratur vergleichsweise dünn gesät.¹ Was gerichtliche Verfahren angeht

1 Siehe etwa Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rz. 311a ff.; Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Kap. M Rz. 31 f., N Rz. 52 ff., Q Rz. 32 ff.; Schneider in Schneider/v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Kap. CRz. 113 ff.; von dem Busschel/Schelinski in MünchAnwHb-IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 1 Rz. 94 ff.; ältere Literatur: Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427; Frank, CR 2011, 138; Auer-Reinsdorff, ITRB 2010, 93; Hengstler, ITRB 2012,