

Der Softwareerstellungsvertrag

Unverbindliches Muster zum Einstieg in die Vertragsgestaltung

IT-Recht

Softwareerstellungsverträge stellen Unternehmen in der Praxis häufig vor große Herausforderungen. Anders als beim Kauf der fertigen Software wird das Softwareprodukt speziell nach den Wünschen des Kunden angefertigt. Bei der Vertragsgestaltung sind daher verschiedenste Aspekte zu beachten, beginnend bei der vertragstypologischen Ausgestaltung über die Einräumung entsprechender Nutzungsrechte an geistigen

Schutzrechten sowie Fragen der Haftung und Gewährleistung bis hin zur Frage des anwendbaren Rechts. Auch Mitwirkungspflichten des Kunden bei der Erstellung dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Der Beitrag soll einen Einstieg in die komplexe Materie der Vertragsgestaltung im Softwarerecht ermöglichen und erste Anregungen zur Gestaltung entsprechender Verträge liefern. Lesedauer: 23 Minuten

I. Einführung

Nachstehend erfolgt eine Einführung in Grundfragen der Vertragsgestaltung bei Softwareerstellung. Unter Softwareerstellung versteht man die Erstellung maßgeschneiderter Software entsprechend den Bedürfnissen des Kunden. Klassisch grenzt man Softwareerstellung von der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware ab, die als Kauf oder – heute weit verbreitet – Miete vorgefertigter Standardprodukte zu verstehen ist.¹ Als nachhaltige Herausforderung der Softwareerstellung erweist sich vor allem, dass die auch diesem Vertragsmuster zu Grunde liegende Idealvorstellung fest definierter Wünsche des Kunden nicht immer zutreffend ist. In der Praxis weiß der Kunde auch im gewerblichen Bereich zu Beginn des Projekts mitunter nicht abschließend, wie das finale Ergebnis der Softwareentwicklung aussehen wird. Die Zielvorstellungen des Softwareerstellungsvertrags entwickeln sich erst allmählich und stehen mit letzter Gewissheit erst nach dem Ende des Softwareprojekts und den Erfahrungen auf dem Weg zu den Projektmeilensteinen fest. Eine Flexibilisierung der Zielvorstellungen wird in technischer und juristischer Hinsicht insbesondere durch sog. Change Requests und/oder agile Entwicklungsmethoden ermöglicht.² Diesem Muster liegt allerdings zum Einstieg in das Thema der Softwareerstellung die Überlegung zu Grunde, dass der Kunde bei Projektbeginn klare Vorstellungen von den Leistungszielen und den Sollbeschaffenheiten der Software hat. Es folgen weitere Beiträge, in denen auf besondere und anders gelegene Konstellationen der Softwareerstellung eingegangen wird.

Muster für Softwareerstellungsverträge sind grundsätzlich immer nur eine unverbindliche Anregung zum Einstieg in die Vertragsgestaltung. Gerade im B2B-Anwendungsbereich existiert eine Vielfalt notwendiger Einzelregelungen, die sehr komplex und einzelfallbezogen sein können bzw. sind. Im Folgenden werden daher für das Muster nur einige typische Vertragsbestandteile typisierend umschrieben.³

II. Aufbau eines Softwareerstellungsvertrags

Die Struktur von Softwareerstellungsverträgen entspricht genau dem Aufbau aller typischen Muster. In der Präambel werden der für die Auslegung wichtige Zweck des Vertrags sowie die für

eine etwaige AGB-Kontrolle wichtige Rechtsnatur festgelegt. Hauptleistungspflichten sind einklagbar und können nicht einer AGB-Kontrolle unterzogen werden. Demgegenüber sind Nebenleistungspflichten nicht einklagbar, sondern lösen lediglich Schadensersatzansprüche aus. Bei den Leistungsstörungen geht es hauptsächlich um Ansprüche aus Verzug, Unmöglichkeit und Gewährleistung. Unter dem Stichwort „Auflösung“ wird vor allem die Kündigung und deren Folgen geregelt. Abschließende Sonderregeln finden sich dann noch für die Rechtswahl und den Gerichtsstand.

1. Präambel

Hier steht vor allem die Weichenstellung der Parteien in Bezug auf die Einordnung des Softwareerstellungsvertrags unter das Dienst- oder Werkvertragsrecht im Vordergrund. Wie das OLG Frankfurt/M.⁴ bereits entschieden, sind werkvertragliche Folgen durchaus dispositiv auch mit einem Dienstvertrag verknüpfbar. Diese Möglichkeit wird insbesondere durch das typische Fehlen einer AGB-Kontrolle bei individualvertraglich vereinbarten Softwareerstellungsverträgen erleichtert. Wer aus der Sicht eines IT-Anbieters formuliert, wird stets den Dienstvertragscharakter in den Vordergrund stellen und in der Präambel betonen. Wer jedoch aus Kundensicht formuliert, neigt eher zu einer werkvertraglichen Formulierung.

Beispiel

T ist seit vielen Jahren im Versicherungssektor als IT-Dienstleister tätig und stellt in diesem Zusammenhang IT-Systeme, IT-Beratung und fachliches Know-how zur Verfügung. F ist ein Unternehmen, das Software für Versicherungsunternehmen entwickelt. Wesentlicher Inhalt dieser Verträge ist die Bereitstellung, Weiterentwicklung von Modulen und Wartung der von F zu entwickelnden Versicherungssoftware I. Die technischen Eckdaten der Software sind in dem beigefügten Pflichtenheft verankert, das Vertragsbestandteil ist. Die Parteien verpflichten sich hierbei, während der Vertragslaufzeit die besonderen Rechte und Formen der Zusammenarbeit auch bei den außerhalb dieses Vertrags liegenden Tätigkeiten zu berücksichtigen.

2. Hauptleistungspflichten

Bei den Hauptleistungspflichten stehen sich die Pflichten des IT-Anbieters und die Vergütungspflichten des Kunden gegenüber. Der IT-Anbieter schuldet bei einer werkvertraglichen Qualifizierung einen bestimmten Erfolg, der mitunter auch in den Details von sog. Service Level Agreements (SLA) festgelegt werden kann.⁵ Im Vertrag müssen auf jeden Fall als Teil der Lieferpflichten die geschuldete Software-Funktionalität und die einzuräu-

¹ Auer-Reinsdorff/Conrad, HdB IT- und Datenschutzrecht/Conrad/Schneider/Roth-Neuschild, 3. Aufl. 2019, § 13 Rn. 6 f.

² Redeker, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 307.

³ Vgl. auch mwN: Hoeren/Pinelli, IT-Vertragsrecht, 3. Aufl. 2022, Kap. 4, S. 197 ff.; s.a. die diversen anderen Handbücher, etwa Redeker, IT-Recht, 7. Aufl. 2020; Redeker (Hrsg.), HdB der IT-Verträge, Loseblattausgabe; Schneider, HdB des EDV-Rechts, 5. Aufl., 2017; Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014.

⁴ OLG Frankfurt/M. MMR 2018, 100.

⁵ BeckOGK/Lutzenberger, 1.4.2022, BGB § 631 Rn. 740.

menden Rechte genauer formuliert werden. Ferner geht es vor allem um den Objektcode, die zu klärende Frage der Überlassung des Quellcodes bei proprietärer Software (im Falle von Open Source Software stellt sich diese Frage nicht) und die Übergabe einer technischen Dokumentation.⁶

(1) F verpflichtet sich, für T eine betriebsfertige Software nach Vorgaben von T werkvertraglich bereitzustellen und die Betriebsbereitschaft iRd notwendigen Pflege aufrechtzuhalten und zu sichern. Hierzu wird F für T die im Pflichtenheft und in etwaigen Service Level Agreements, die insgesamt Vertragsbestandteil sind, aufgeführten/näher beschriebenen Funktionen der Software bereitstellen und -halten. Zur geschuldeten Software gehören auch die entsprechenden technischen Dokumentationen sowie der Source Code, jeweils auf dem aktuellen Programm- und Aktualisierungsstand.

Im Hinblick auf die Regelung der Rechte sollte man bedenken, dass nicht nur die Nutzungsrechte an der erstellten Software relevant sein können. Vielmehr geht es bei Software um Software iSv § 69a UrhG, Datenbankkomponenten iSv § 87a UrhG und Designelemente nach § 2 UrhG. Ferner kann Software auch Gegenstand eines Markenschutzes für den Titel eines Computerprogramms sowie Schutzgegenstand des Patentrechts sein. Auf jeden Fall sollte für alle Schutzrechte ein Buy-out wie folgt vorgesehen werden.

(2) F räumt T schon jetzt die nach dem Vertragszweck notwendigen Nutzungsrechte in Bezug auf die Software ein. T erhält ein zeitlich und räumlich unbegrenztes, ausschließliches Nutzungsrecht an der Software. Dieses Recht ist übertragbar und berechtigt auch zur Einräumung einfacher Nutzungsrechte. Das Nutzungsrecht schließt auch künftige, neue Nutzungsformen ein. Insbesondere erhält T das Recht, die Software

- zu vervielfältigen, einschließlich der Vervielfältigung im Arbeitsspeicher,
- zu verbreiten, einschließlich der Verbreitung über das Internet,
- umzugestalten und zu bearbeiten, unter Wahrung eventueller Urheberpersönlichkeitsrechte und
- der Öffentlichkeit unkörperlich zugänglich zu machen, einschließlich der Bereitstellung über Internet und Intranet.

Der Kunde hat eine Vergütungspflicht typischerweise nach Abnahme. Dazu muss die Software (ab)geliefert, installiert (hingegen aktiviert bei anderen Lösungen als „on premise“) und getestet worden sein; schließlich bedarf es der Erklärung des Kunden, dass die Software im Wesentlichen in Ordnung ist.⁷ Will er eine Abnahme verweigern, muss er mindestens einen Mangel mitteilen.⁸ Verweigert der Kunde unberechtigt die Abnahme, kann auf die Abnahme geklagt werden (was allerdings sehr kompliziert und langwierig sein kann!).⁹ Sonst bietet sich vor allem die konkludente Abnahme und die Einteilung eines fertigen Projekts in abgeschlossene, wirtschaftlich und funktional abgrenzbare Teilschritte an; verbunden mit einer Teilabnahme.

(3) T schuldet F die in den jeweiligen Leistungsscheinen vereinbarten Vergütungen 14 Tage nach deren Rechnungsstellung. Sofern nichts anderes vereinbart ist, erfolgt die Rechnungsstellung jeweils nach Erbringung der Leistung. Soweit die Leistung einer Abnahme durch T bedarf, beginnt die Zahlungsfrist erst nach der erfolgten Abnahme. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist in den Rechnungen gesondert auszuweisen.

3. Nebenleistungspflichten

Bei den Nebenleistungspflichten geht es vor allem um die Mitwirkungspflichten des Kunden, die für IT-Projekte von zentraler Bedeutung sind. Wenn der Kunde diese Mitwirkungspflichten nicht erfüllt, hat der IT-Anbieter das Recht zur Kündigung nach den §§ 642, 643 BGB.¹⁰ Beizustellen sind insbesondere erforderliches Know-how in Gestalt von Unterstützung durch die Mitarbeiter des Bestellers (Vorsicht: Grenze zur unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung nicht überschreiten) und Rechnerkapazitäten. IT-Anbieter und Kunde sind im Falle der Verarbeitung von personenbezogenen Daten ihrerseits zum Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung über die sog. Auftragsdatenverarbeitung nach Art. 28 ff. DS-GVO verpflichtet.¹¹ Beide Parteien sollten vorsorglich zudem schriftlich eine gesonderte Geheimhaltungsvereinbarung treffen und unterzeichnen.

(1) Die Parteien werden sich wechselseitig alle zur Vertragserfüllung notwendigen Informationen und Unterlagen zur Verfügung stellen. Die Parteien verpflichten sich, alle im Rahmen dieses Vertrags zur Verfügung gestellten oder erstellten Unterlagen ordnungsgemäß aufzubewahren und vor Einsichtnahme Dritter zu schützen.

(2) Die Parteien verpflichten sich sicherzustellen, dass sämtliche iRd Zusammenarbeit erhaltenen Informationen und Dokumente, gleich welcher Art, streng vertraulich zu behandeln und ausschließlich zur Verwendung in dem in der Präambel festgelegten Zweck einzusetzen sind. Die vertraulichen Informationen dürfen nicht ohne die vorherige schriftliche Zustimmung seitens der Parteien an Dritte weitergegeben werden. Das gilt neben den Kenntnissen über die Produkt- und Geschäftspolitik sowie Vertriebswege besonders für alle Informationen, die als vertraulich bezeichnet werden oder als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse erkennbar sind. Dazu gehören grundsätzlich alle betriebswirtschaftlichen, technischen, finanziellen und sonstigen Informationen über Geschäftstätigkeit, Projekte und Kunden. Die Parteien sind sich der Tatsache bewusst, dass Informationen zusätzlich einem spezielleren gesetzlichen Geheimnisschutz unterliegen können. Die Parteien und die von ihnen eingesetzten Berater verpflichten sich, über solche Informationen den gesetzlichen Vorschriften entsprechend ebenfalls strengstes Stillschweigen zu bewahren.

4. Gewährleistung und Haftung

Die Gewährleistung im Werkvertragsrecht ähnelt sehr stark der im Kaufrecht. Daher können viele Elemente des Kaufrechts auch hier auf das Werkvertragsrecht übertragen werden. Gewährleistungsrechte lösen nach § 633 Abs. 2 BGB nicht nur Abweichungen von der vereinbarten oder vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit, sondern auch Differenzen zur gewöhnlichen Verwendung aus. Für den Inhalt von Abreden, die die vereinbarte und/oder gewöhnliche Beschaffenheit der Software näher kennzeichnen bzw. eine zugesicherte Eigenschaft begründen könnten, ist der Kunde bzw. Besteller darlegungs- und beweispflichtig. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz, dass der Anspruchsteller die für ihn günstigen an-

⁶ BeckOGK/Lutzenberger, 1.4.2022, BGB § 631 Rn. 750 f.; Hoeren, IT-Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, S. 210 f.

⁷ Redeker, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 364.

⁸ Redeker, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 364.

⁹ MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 640 Rn. 48 f.

¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 23.7.1999 – 22 U 9/99.

¹¹ Beispiel für ein Muster s. unter: <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publicationen/Mustervertragsanlage.html> oder https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Muster/Muster_Auftragsverarbeitung.pdf;jsessionid=49E1C764FC7ADFE0FEDD5751D6C25789.intranet242?__blob=publicationFile&v=4.

spruchsbegründenden Umstände darlegen und beweisen muss. Insofern bestehen für das Werkvertragsrecht keine Besonderheiten; insbesondere ist auch über den Zeitpunkt der Abnahme hinaus die Sollbeschaffenheit von dem Besteller zu beweisen.¹²

Der Gesetzgeber ging davon aus,¹³ dass eine Werbung Dritter im Werkvertragsrecht faktisch kaum eine Rolle spielt. Insofern lösen Werbeaussagen im Vorfeld eines Softwareerstellungsvertrags eigentlich keine Verantwortlichkeit aus. Da Händler und Hersteller im Werkvertragsrecht regelmäßig identisch sind, sind Werbeaussagen des Unternehmers Bestandteil der Beschaffensvereinbarungen und können aus diesem Grund Gewährleistungsrechte auslösen.¹⁴ Zu beachten ist ferner, dass die im Kaufrecht bereits bei Ablieferung geschuldete Dokumentation im Werkvertragsrecht erst mit dem Abschluss der Arbeiten an dem Produkt geschuldet ist.¹⁵ Fehlt ein Pflichtenheft, ist eine Softwarelösung entsprechend dem Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard geschuldet.¹⁶ Das Fehlen einer die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die sich daraus ergebende Betriebsuntauglichkeit der Anwendungssoftware stellen einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar.¹⁷

Vor der Abnahme muss der Besteller iÜ lediglich dartun, dass ein Softwaremangel besteht oder die Software unvollständig ist. Es ist dann Sache des Softwareerstellers darzulegen und zu beweisen, dass sein Werk nicht mit Mängeln behaftet ist und die erbrachte Leistung nicht hinter der vertraglich geschuldeten zurückbleibt.¹⁸ Vor der Abnahme ist es auch Sache des Softwareerstellers, den Nachweis zu führen, dass sich der Besteller treuwidrig verhält, wenn er sich auf einen Mangel oder eine Unvollständigkeit der erbrachten Werkleistung mit der Begründung beruft, der Mangel oder die Unvollständigkeit der Software seien unerheblich. Der Softwareersteller muss auch die Rechtzeitigkeit der Herstellung beweisen. Demgegenüber hat der Besteller, der sich vor der Abnahme auf ein Rücktrittsrecht beruft, grundsätzlich nur den Zeitpunkt der Fälligkeit, die Setzung und den Ablauf der Frist, sowie die Rücktrittserklärung zu beweisen. Diese Beweislastregeln ergeben sich aus § 363 BGB.

Der BGH¹⁹ hatte über einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Softwareunternehmen die Lieferung und Installation eines Warenwirtschaftssystems sowie dessen Anbindung an mehrere Online-Shops schuldet. Den von der Vorinstanz²⁰ angenommenen hohen Anforderungen an die Darlegung von Mängeln bei Softwarelieferungverträgen hat das Gericht eine deutliche Absage erteilt. Der Besteller von Software genüge seiner Darlegungslast schon durch die genaue Bezeichnung von Mangelerscheinungen, die er einer fehlerhaften Leistung des Unternehmers zuordnet. Es sei damit ausreichend, wenn der Besteller vorträgt, der Unternehmer habe die Herstellung von Schnittstellen geschuldet und diese würden nicht funktionieren. Dagegen sei die Frage, ob die Mangelerscheinungen auf einer nicht vertragsgemäßen Leistung des Unternehmers beruhen, erst Gegenstand des Beweises, nicht schon des Sachvortrags.

Der Auftragnehmer verschweigt einen Mangel arglistig, wenn er den Mangel kennt, für erheblich hält, dennoch Mangelfreiheit vorspiegelt oder den Mangel nicht mitteilt oder beseitigt,

obwohl er nach Treu und Glauben, insbesondere im Hinblick auf die Bedeutung des Mangels, zur Offenbarung verpflichtet wäre.²¹ Arglist setzt dabei immer Kenntnis vom Mangel voraus; bloße Nachlässigkeiten reichen nicht aus. Organisationsverschulden ist ein dem arglistigen Verschweigen gleichgestelltes Verhalten, bei dem ein Auftragnehmer ein Werk arbeitsteilig herstellen lässt, seine Organisationspflicht bei Herstellung und Abnahme des Werks verletzt hat und infolge dieser Verletzung ein Mangel nicht erkannt wurde, der bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre.²²

(1) F hat die mit T in den einzelnen Leistungsscheinen zu vereinbarenden Fälligkeitstermine für Leistungen einzuhalten. Soweit nicht anders vereinbart, handelt es sich bei diesen Fälligkeitsterminen um Fixtermine. Erbringt F die Leistung nicht zum Fälligkeitstermin, befindet sie sich automatisch im Schuldnerverzug, ohne dass es einer Mahnung bedarf. Für den Fall des Schuldnerverzugs stehen T die im BGB geregelten gesetzlichen Rechte ungekürzt zu.

(2) F hat dafür einzustehen, dass ihre Werkleistungen die in diesem Vertrag, dem Pflichtenheft und den SLA vereinbarten Eigenschaften aufweisen, den anerkannten Regeln der Technik nach letztem Stand entsprechen und keine Fehler aufweisen, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werks zu dem gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Für den Fall, dass die Werkleistung mit Mängeln behaftet ist, stehen T die gesetzlichen Gewährleistungsrechte nach den §§ 631 ff. BGB ungekürzt zu. Soweit es zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen einer Nachfristsetzung durch T bedarf, wird diese Frist auf Grund der außerordentlichen Dringlichkeit des Projekts für T auf höchstens drei Kalendertage festgelegt.

T ist bei Werkmängeln nach Ablauf einer gesetzten Nachbesserungsfrist insbesondere berechtigt, die Mängel im Wege der Selbstvornahme durch Dritte zu beheben oder die Werkleistung bei Mängeln durch Dritte auf Kosten von F erbringen zu lassen. Zur Durchführung der Selbstvornahme ist T berechtigt, einen Kostenvorschuss von F iHv 80% der erwarteten Kosten auf Basis eines Kostenvoranschlags des Dritten von F auf erstes Anfordern einzufordern.

(3) Die Vertragsparteien haften einander nach den allgemeinen Haftungsbestimmungen des BGB. Unbeschadet etwaiger darüberhinausgehender Ansprüche und Rechte wird F im Falle einer Nicht- oder Schlechtleistung T und andere Personen oder Gesellschaften, die Rechte von T herleiten, von allen gegen diese erhobenen Ansprüche Dritter einschließlich der Kosten einer etwaigen angemessenen Rechtsverteidigung freistellen. F wird T über alle Vorgänge informieren, die zu Beschwerden geführt haben, und alle Informationen bereitstellen, die T zur Prüfung der Rechts- und Sachlage benötigt.

Die Parteien haften einander bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit für alle von ihr sowie ihren gesetzlichen Vertretern oder Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden unbeschränkt. Bei leichter Fahrlässigkeit haften die Parteien im Fall der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit unbeschränkt. Die Parteien haften einander – gleich aus welchem Rechtsgrund – iÜ bei von ihren Mitarbeitern oder von ihnen eingeschalteten Dritten verursachten unmittelbaren Sach- und Vermögensschäden bis zu einer Höhe von ...

¹² OLG Köln Urt. v. 29.7.2005 – 19 U 4/05.

¹³ BT-Drs. 14/6040, 80.

¹⁴ OLG Düsseldorf Hinweisbeschluss v. 27.1.2015 – I-22 U 154/14.

¹⁵ BGH Urt. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99.

¹⁶ OLG Düsseldorf Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3/97.

¹⁷ OLG Düsseldorf Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99.

¹⁸ BGH Urt. v. 23.10.2008 – VIII ZR 64/07; OLG Köln Urt. v. 6.8.2020 – 24 U 29/16.

¹⁹ BGH MMR 2014, 591.

²⁰ OLG Celle Urt. v. 12.9.2013 – 5 U 63/12.

²¹ OLG München Urt. v. 20.12.2011 – 13 U 877/11.

²² OLG München Urt. v. 20.12.2011 – 13 U 877/11.

5. Beendigungsunterstützung

Der Kunde sollte die Möglichkeit haben, nach jeder Beendigung eines wirtschaftlich abgrenzbaren Projektschritts das Projekt zu

verlassen. Hierzu müssen messbare K.o.-Kriterien festgelegt werden und es muss geregelt werden, wie mit K.o.-Kriterien im Laufe des Projekts umgegangen wird. Geregelt werden sollte auch das Insolvenzrisiko. Weiterhin bedarf es eines Beendigungsmanagements. Auch das Schicksal schon geleisteter Zahlung sollte vertraglich festgesetzt werden. Schließlich lohnt sich der Blick auf einen Streitschlichtungsmechanismus, da es sich meistens nicht lohnt, solche Fälle vor ein staatliches Gericht zu bringen. Die Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, sind aber so komplex, dass im Rahmen dieses Beitrags eine diesbezüglich vertiefte Auseinandersetzung nicht möglich ist.

IRd Kündigung besteht die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB. 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.²³ Damit soll die bisher auf Richterrecht basierende außerordentliche Kündigungsmöglichkeit anerkannt und mithin Rechtssicherheit für die Praxis herbeigeführt werden. Letztendlich wird damit jeder Softwareerstellungvertrag als Langzeitvertrag angesehen, der einem Dauer-schuldverhältnis nahe kommt.²⁴

Eine wichtige Variante ist die in § 648a Abs. 2 BGB vorgesehene Teilkündigung, die sich auf einen „nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung“ bezieht. Anders als in § 8 Abs. 3 VOB/B wird hierbei nicht auf die Hürde von dem „in sich abgeschlossenen Teil einer Leistung“ abgestellt, sodass vielmehr eine klare Abgrenzung von erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen erfolgen kann.²⁵ Bei der Teilkündigung scheint es sinnvoll, die abgrenzbaren Leistungen nach den im Vertrag vorgesehenen Kriterien zu bemessen.²⁶ Für die IT-Szene ergibt sich daraus die Notwendigkeit, Projekte klarer in sich abgeschlossene Einheiten zu unterteilen. Nur dann, wenn sich die Parteien die Mühe machen, in sich abgeschlossene Teilabnahmeschritte zu definieren, können sie in beiderseitigem Interesse Teilkündigungsmöglichkeiten im Vertrag neu vorsehen. Auch für die Justiz entfällt die Notwendigkeit, grundsätzlich bei IT-Projekten immer über das Scheitern des Gesamtprojekts nachzudenken.

Auch die sich aus § 648a Abs. 4 BGB ergebende Mitwirkungspflicht bei der Leistungsstandfeststellung ist in diesem Zusammenhang eine bedeutende Neuerung. Verstößt eine der Parteien gegen diese Mitwirkungspflicht, indem sie sie ablehnt oder zu einem innerhalb angemessener Frist festgelegten Termin nicht erscheint, so geht die Beweislast nach § 648a Abs. 4 S. 2 BGB auf diese Partei über, es sei denn, sie hat ihr Fernbleiben nicht zu vertreten und setzt die andere Partei hiervon unverzüglich in Kenntnis.²⁷ 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.²⁸

Nach § 648a Abs. 4 BGB sind die ersten Schritte vorgezeichnet für ein Transitions- und Kündigungsmanagement. Allerdings fragt sich, wie die dort geregelten Pflichten jemals durchgesetzt werden können. Auch ist eine Ausnahme der Ausnahme vorgesehen, wenn das Fernbleiben an dem Termin von der abwesenden Partei nicht zu vertreten war²⁹ und der entsprechende Umstand der anderen Vertragspartei unverzüglich³⁰ mitgeteilt worden war. Die Formulierung ist hier nicht ganz eindeutig. § 648a Abs. 4 BGB nennt zwei Umstände für die Umkehr der Beweislast, nämlich einmal die Verweigerung der Mitwirkung oder das Fernbleiben bei einem von der anderen Vertragspartei bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung. Die Ausnahme der Ausnahme soll nur dann gelten, wenn die Vertragspartei in Fol-

ge eines von ihr nicht zu vertretenden Umstands „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 gleichzustellen.³¹ Die andere Vertragspartei hat nämlich 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 (zB 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.

Folge der Feststellung könnte im Ergebnis sein, dass derjenige, der sich auf einen anderen, abweichenden Leistungsstand berufen möchte, die Darlegungs- und Beweislast trägt. In § 648a Abs. 4 BGB tritt hinzu, dass die Beweislast nicht nur nach gemeinsamer Feststellung übergeht, sondern bereits dann, wenn die Verweigerung der Feststellung oder das Fernbleiben des Termins erfolgt.

F verpflichtet sich, T bei Kündigung des Vertrags eine Beendigungsunterstützung zur Fortführung des Projekts zu leisten. Die Vertragsparteien werden hierzu binnen einer Woche nach Kündigung des Rahmenvertrags einen entsprechenden Einzelvertrag abschließen. Hierbei hat F innerhalb von vier Monaten nach Kündigung des Rahmenvertrags durch eine ausreichende Zahl von kompetenten Mitarbeitern in Kooperation mit einem Spezialisten-Team von T oder einem etwaigen zukünftigen Partner ein Überführungskonzept zu erstellen. Dieses muss einen Transitionsprozess nebst Pflichtenheft beinhalten, welches in ihrem Detaillierungsgrad mindestens dem hiesigen Regelwerk entsprechen muss. Nach entsprechender Genehmigung des Konzepts durch T wird F die physische Umsetzung der Transition durch X geeignete und entsprechend geschulte Mitarbeiter iRE neuerlichen werkvertraglichen Einzelvertrags sicherstellen.

Die Gegenleistung für die Erstellung des Überführungskonzepts sowie die Umsetzung der Transition werden die Vertragsparteien einvernehmlich festlegen.

Für den Fall, dass sich die Überführung des Prozesses zurück zu T über das Vertragsende des Rahmenvertrags hinaus verzögert, verpflichtet sich F, die Leistungen der abgeschlossenen Einzelverträge und Leistungsscheine mindestens so lange selbst gegen Zahlung der vereinbarten Gegenleistung zu erbringen, bis eine erfolgreiche Transition auf den neuen Leistungserbringer abgeschlossen ist.

6. Sonstige Bestimmungen

Als Schlussklauseln vieler Verträge finden sich salvatorische Klauseln, Schriftformerfordernisse für Nebenabreden sowie Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln.

²³ Langen NZBau 2015, 658 (660).

²⁴ Hoeren/Pinelli MMR 2018, 199 (203).

²⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8468, 51.

²⁶ Langen NZBau 2015, 658 (661).

²⁷ BeckOGK/Kessen, 1.4.2022, BGB § 648a Rn. 49.

²⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8468, 51.

²⁹ 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.

³⁰ Unverzüglich bedeutet gem. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall.

³¹ Hoeren/Pinelli MMR 2018, 199 (203).

Nach der Rechtsprechung des BGH³² führt eine salvatorische Klausel, wonach durch die etwaige Ungültigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen dieses Vertrags die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt wird, zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast.³³ Nach der Begründung des BGH entbindet die Klausel zwar nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen oder aber den Rest hätten gelten lassen. Bedeutsam, so der BGH, sei die Klausel jedoch für die Darlegungs- und Beweislast: Abweichend von § 139 BGB trifft sie im Hinblick auf die Klausel denjenigen, der entgegen der Erhaltungsklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält.³⁴ Als bedenklich gilt allerdings eine Klausel, nach der eine nichtige oder unwirksame Bestimmung durch eine solche zu ersetzen ist, die dem wirtschaftlich Gewollten in zulässiger Weise am Nächsten kommt; denn damit besteht eine Vermutung für die Wirksamkeit der nicht betroffenen Regelungen, die die andere Seite nicht widerlegen kann.³⁵

Hinsichtlich der Schriftform ist die Rechtsprechung des BGH³⁶ zur auch stillschweigend möglichen Abänderung sog. einfacher Schriftformerfordernisse zu beachten. Die Parteien können den vereinbarten Formzwang jederzeit aufheben.³⁷ Als „actus contrarius“ zur formfreien Begründung des Formzwangs ist die Aufhebung der Formabrede gleichfalls formfrei. Einfache Schriftformklauseln können stillschweigend abbedungen werden, auch wenn die Parteien bei ihrer mündlichen Abrede nicht an die Schriftform gedacht haben.³⁸ Es genügt, dass die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben.³⁹ Unwirksam ist eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, insbesondere nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine (lediglich) mündliche Abrede sei entgegen allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam.⁴⁰

Das anwendbare Recht kann (scheinbar) vertraglich durch eine Rechtswahlklausel geregelt werden. Die Parteien vereinbaren die Anwendung einer bestimmten Urheberrechtsordnung auf ihre Rechtsbeziehungen. Nach Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO unter-

liegt ein Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewähltem Recht. Treffen die Parteien demnach eine Vereinbarung darüber, welches Recht Anwendung finden soll, ist diese immer vorrangig zu beachten. Dabei kommt sogar die Annahme einer konkludenten Rechtswahl in Betracht.⁴¹ Insbesondere die Vereinbarung eines Gerichtsstands soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein.⁴² Wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, bestimmt sich das anwendbare Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom-I-VO. Die Ermittlung erfolgt auf Grund objektiver Umstände – also im Wege einer objektiven Anknüpfung.⁴³ Der Grundgedanke des Art. 4 Rom-I-VO, der an die Stelle von Art. 28 EGBGB getreten ist, stimmt mit der alten Rechtslage überein. So sollen Verträge derjenigen Rechtsordnung unterstellt werden, mit der sie am engsten verbunden sind.⁴⁴ Bei Kaufverträgen über Software entscheidet gem. Art. 4 Abs. 1a Rom-I-VO folglich der Sitz des Verkäufers über das anwendbare Recht. Kompliziert wird die Rechtslage, wenn der Käufer nicht nur die Zahlung der Software, sondern auch umfangreiche Vermarktungs- und Verwertungspflichten versprochen hat. Eine klare Zuordnung zu einem der in Absatz 1 aufgeführten Vertragstypen ist nicht möglich, sodass auf Absatz 2 zurückgegriffen werden muss. Es ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Ermittlung der charakteristischen Leistung bedingt keine Besonderheiten.⁴⁵ In dem o.g. Fall können die nicht-pekuniären Pflichten des Käufers durchaus den Vertrag bestimmen, sodass je nach Bedeutung dieser Pflichten das Heimatrecht des Käufers zur Anwendung kommen kann. Kann das anzuwendende Recht zwar ausweislich der Absätze 1 und 2 ermittelt werden, besteht aber eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat, greift die Ausweichklausel des Absatzes 3. Diese Regelung ist ein Korrektiv für Ausnahmefälle.⁴⁶ Dagegen gibt Absatz 4 dem Rechtsanwender auf, die Rechtsordnung über das Prinzip der engsten Verbindung zu ermitteln, sofern die ersten beiden Absätze zu keinem Ergebnis führen.⁴⁷

Darüber hinaus ist zu beachten, dass das gewählte Recht allein für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die oftmals auftretenden deliktischen Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unterstellt, sondern nach dem Deliktsstatut beurteilt. Seit Inkrafttreten der Rom-II-VO gilt gem. Art. 8 Abs. 1 das Schutzlandprinzip. Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. *lex loci protectionis*.⁴⁸ Die umstrittene Frage, ob bei Urheberrechtsverletzungen direkt auf die Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zurückgegriffen werden kann, oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung gelangt,⁴⁹ kann demnach dahingestellt bleiben. Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der *lex loci protectionis*.⁵⁰ Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,⁵¹ die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.⁵²

Das deutsche UrhG enthält jedoch zwingende Regelungen zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können. Hierzu zählen die Regelungen über Urheberpersönlichkeitsrechte, der Zweckübertragungsgrundsatz, die Regelungen zur angemessenen Vergütung von Urhebern und zur weiteren Beteiligung bei einem besonders erfolgreichen Werk (§§ 32, 32a UrhG; s. ausdrücklich § 32b Nr. 2 UrhG) sowie das Rückrufrecht wegen gewandelter Überzeugung (§ 41 UrhG). Ferner gilt eine Rechtswahlklausel von vornherein nicht für das Verfügungsgeschäft, also die rechtliche Beurteilung der Übertragung von Nutzungs-

32 BGH Urt. v. 24.9.2002 – KZR 10/01.

33 Ähnl. auch BGH Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 132/03; BGH Beschl. v. 15.3.2010 – II ZR 84/09.

34 OLG Celle Urt. v. 13.4.2005 – 3 U 3/05.

35 BGH Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 132/03.

36 BGH Urt. v. 17.4.1991 – XII ZR 15/90; OLG Düsseldorf Beschl. v. 19.10.2009 – I-24 U 51/09.

37 BGH Urt. v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74.

38 BGH Urt. v. 2.3.1978 – III ZR 99/76.

39 BGH Urt. v. 20.6.1962 – V ZR 157/60; BGH Urt. v. 12.12.2001 – XII ZR 351/99.

40 BGH Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99; ähnl. KG Urt. v. 28.2.2005 – 12 U 74/03.

41 OLG München Urt. v. 2.5.2012 – 7 U 4830/11; Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht/Ferrari, 3. Aufl. 2018, Rom-I-VO Art. 3 Rn. 26 f.

42 So BGH Urt. v. 19.10.1960 – VIII ZR 27/60; BGH Urt. v. 10.7.1969 – VII ZR 87/67; OLG Frankfurt/M. Urt. v. 16.9.1982 – 5 U 14/82.

43 Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht/Ferrari, 3. Aufl. 2018, Rom-I-VO Art. 4 Rn. 26 f.

44 MüKoBGB/Martiny, 7. Aufl. 2018, Rom-I-VO Art. 4 Rn. 1.

45 Mankowski Rabelsz (63) 1999, 203 (220 f.).

46 Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom-I-VO Art. 4 Rn. 29.

47 Schulze u.a., BGB/Staudinger, 11. Aufl. 2021, Rom-I-VO Art. 4 Rn. 1.

48 EuGH MMR 2012, 828 – Football Dacato; LG Hamburg MMR 2004, 558 – Thumbnails; OLG Frankfurt/M. Urt. v. 13.3.2020 – 11 U 6/19; Sack WRP 2000, 269 (270).

49 Vgl. hierzu Sack WRP 2000, 269 (271).

50 Seit langem schon aA ist Schack, zuletzt in MMR 2000, 59 (63 f.).

51 So auch BGH Urt. v. 29.2.1968 – Ia ZR 49/65; BGH Urt. v. 21.1.1982 – I ZR 182/79; OLG Frankfurt/M. Beschl. v. 13.6.1983 – 6 W 34/83.

52 BGH MMR 1998, 35 mAnm Schrickler – Spielbankaffaire; ähnl. auch LG Hamburg Urt. v. 4.9.2001 – 416 O 6/00.

(1) Dieser Vertrag enthält sämtliche Regelungen der Parteien in Bezug auf den Zweck dieses Vertrags. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vertragspartner gelten nicht im Verhältnis der Vertragspartner zueinander. Änderungen, Ergänzungen sowie eine Vereinbarung über die Auflösung dieses Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Ein Verzicht auf das Erfordernis der Schriftform kann nur im Wege einer ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung erfolgen.

(2) Auf das vorliegende Vertragsverhältnis findet ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung. Ausgenommen ist das UN-Kaufrechtsabkommen – CISG.

(3) Als Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag, seiner Durchführung sowie über die Gültigkeit des Vertrags wird XX vereinbart. XXX ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen.

(4) Eine Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht der Parteien an den nach diesem Vertrag zustehenden Ansprüchen auf Grund von Gegenansprüchen der jeweils anderen Partei ist nicht zulässig, es sei denn, dass die zur Aufrechnung gestellten Forderungen von den Parteien schriftlich anerkannt worden sind.

(5) Jede Partei ist berechtigt, Änderungen der vertragsgegenständlichen Leistungen zu fordern, insbesondere wenn sich die Leistungsanforderungen während der Vertragslaufzeit ändern. Die jeweils andere Partei wird dem Änderungsverlangen (Change Request) dann nachkommen, wenn ihr dies im Rahmen ihrer betrieblichen Leistungsfähigkeit zumutbar und ihr originärer Geschäftsauftrag dadurch nicht gefährdet ist. Jeder Change Request ist schriftlich zu formulieren und den jeweils anderen Parteien zur Prüfung und Umsetzung vorzulegen.

(6) Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarung unwirksam sein oder während der Vertragsdauer unwirksam werden, so wird diese Vereinbarung in allen übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt und gilt unverändert weiter. Die unwirksame Bestimmung soll durch eine andere, zulässige Bestimmung ersetzt werden, die dem Sinn und Zweck der unwirksamen Bestimmung am nächsten kommt.

rechten.⁵³ Wenngleich den Parteien also die Möglichkeit eingeräumt wird, das auf ihre vertraglichen Beziehungen anwendbare Recht zu bestimmen, gibt es viele Bereiche, die sich einer derartigen Rechtswahl entziehen. Deutsches Urheberrecht findet folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden.⁵⁴

Schnell gelesen ...

- Ein Softwarevertrag lässt sich sowohl mit dienst- als auch werkvertraglichen Elementen ausgestalten, wobei die genaue Gestaltung davon abhängt, ob man auf die Sicht des Kunden oder des IT-Anbieters abstellt.
- Mitwirkungspflichten des Kunden sind bei Softwareerstellungsverträgen von zentraler Bedeutung und eröffnen dem IT-Anbieter bei Unterbleiben u.a. ein Recht zur Kündigung.
- Der Kunde sollte die Möglichkeit haben, nach jeder Beendigung eines wirtschaftlich abgrenzbaren Projektschritts das Projekt zu verlassen.
- Parteien ist zu empfehlen, eine Vereinbarung nach Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO darüber zu treffen, welches Recht Anwendung finden soll, wobei zu beachten ist, dass diese nur für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist.



Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Mitherausgeber der MMR.



Stefan Pinelli ist Rechtsanwalt und Leiter der Hauptabteilung Recht DIGITAL bei der Volkswagen AG in Wolfsburg.

⁵³ S.a. BGH MMR 1998, 35 mAnm Schrickler – Spielbankaffäre; daraufhin auch ähnl. OLG München MMR 2002, 312.

⁵⁴ LG Hamburg MMR 2004, 558 – Thumbnails.

SEBASTIAN PECH

Widerrufsrecht bei kostenloser Bereitstellung digitaler Inhalte

Auswirkungen der Mod-RL und DID-RL

Online-Handel

Digitale Inhalte werden Verbrauchern immer häufiger auch ohne Zahlung eines Geldbetrags bereitgestellt, etwa in Form von daten- oder werbefinanzierten Verträgen. Mit Daten „bezahlte“ Verträge unterfallen nicht nur dem in der Richtlinie für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen (DID-RL) geregel-

ten Leistungsstörungsrecht, sondern die Modernisierungs-Richtlinie (Mod-RL) erweitert nun auch ausdrücklich den Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-Richtlinie (VR-RL) und des darin enthaltenen Widerrufsrechts auf datenfinanzierte Verträge. Lesedauer: 20 Minuten

I. Einleitung

Vermehrt werden Verbrauchern digitale Inhalte auch ohne Zahlung eines Geldbetrags angeboten.¹ Dies betrifft in der Praxis vor allem trägerlos bereitgestellte digitale Inhalte, wie etwa Naviga-

¹ Vgl. Erwägungsgrund 24 S. 1 f. DID-RL. Möglich ist auch ein Kombinationsmodell aus kostenloser und kostenpflichtiger Nutzung („Freemium“), bei dem die Grundfunktionen oder ein Grundkatalog an Inhalten kostenfrei angeboten werden, während der volle Umfang erst nach Bezahlung genutzt werden kann.