

Inhalt

I. Vorvertraglich

Sachverhalt / Vorstellung der Parteien / Workshop



<!-- vorvertragliche Beratungs-/Aufklärungspflichten -->

II. Vertragsverhandlungen

Rechte & Pflichten von Auftraggeber u. Auftragnehmer / Verhandlungstaktik



<!-- Vertragsgestaltung Inhalt & Form -->

III. Abnahme

Abnahmeprozess / Testphase / Mängelbegriff



<!-- Rechte & Pflichten bei der Abnahme -->

IV. Nachvertraglich

Gewährleistung / Mängelbegriff



<!-- Vertragsbeendigung und die rechtl. Folgen -->

V. Datenschutz u.a.

Sonderprobleme Datenschutz & rechtliche Rahmenbedingungen

Sachverhalt

IT-Projekt:

Erstellung einer eCommerce-Software mit Anbindung an bestehende Warenwirtschaft zur Ablösung einer alten Shopsoftware

Vorstellung des Auftraggebers

- eCommerce-Betreiber
- bestehender, erfolgreicher aber alter Webshop
- keine eigene IT-Abteilung
- feste Budgetvorgaben
- feste Zeitvorgaben
- keine Erfahrungen mit modernen Vorgehensweisen
- keine eigene Rechtsabteilung

Vorstellung des Auftragnehmers

- versierte Software-Schmiede
- bietet vornehmlich moderne, agile Vorgehensweise
- arbeitet vornehmlich auf Dienstbasis und nach „time & material“
- wenig „formal“, streng nach „agilen Manifest“
- keine eigene Rechtsabteilung

Sachverhalt

Die Parteien haben bereits einen **Workshop** durchgeführt und über ihre Wünsche und Ziele ausführlich gesprochen:

Was will der Auftraggeber

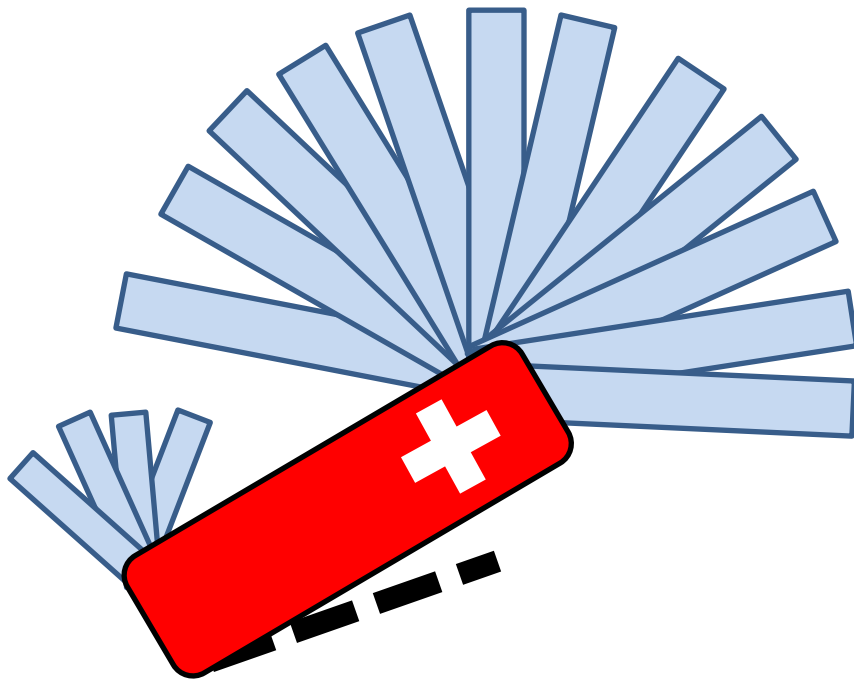
- moderne Optik / moderner Shop
- Schnelligkeit / Performance
- Datenbankanbindung
- Anbindung Warenwirtschaft
- Auswertung Kundendaten
- strenge zeitliche Vorgabe (Weihnachtsgeschäft)
- ein Vertrag, „in scope“, „in time“ und „in budget“
- „4.0“, online Chat, Abbrecher-Verfolgung, Big Data, one click usw.
- Performance

Was will der Auftragnehmer

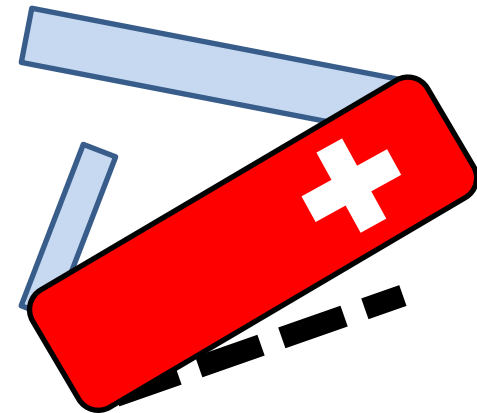
- das Projekt gewinnen
- wenig bis keine Haftung
- agil vorgehen / entwickeln (SRCUM)
- die technische Lösung bieten, nicht für den Content verantwortlich sein
- fest verdiente Vergütung für geleistete Tätigkeit

...oder anders gesagt:

Das will der Auftraggeber



Das verspricht der Auftragnehmer





Wissensblock „Vorvertragliches“ (1/3)

Gesetzliche Anspruchsgrundlagen:

vorvertragliche Pflichten [§§ 311 (2) BGB i.V.m. 241 (2) BGB]

➤ **Abgrenzung:**

- (nach-)vertragliche Pflichten [§ 241 (2) BGB]
- Vertragsauslegung [§ 242 BGB]
- Treu und Glauben [§ 242 BGB]

➤ **Unterscheidung:**

- Beratungspflichten
- Aufklärungspflichten
- Erkundigungs- und Ermittlungspflichten

Generelle Beratungspflicht?

- Einzelfallbetrachtung

wesentliche Voraussetzung: Wissensgefälle

- Erkennbarkeit des Wissensgefälles



Wissensblock „Vorvertragliches“ (2/3)

➤ Umfang der Beratungspflicht

- Kompatibilität?
- Anforderungen an Hardware / Infrastruktur / Software?
- Kapazitätsprobleme?
- Software- / Hardware-Sizing (auch für Testumgebung)?

➤ entscheidende Faktoren

- Sachkunde der Beteiligten
- Komplexität des Projektes
- gestellte Fragen



Wissensblock „Vorvertragliches“ (3/3)

LG Hamburg (LG Hamburg Urt. v. 31.8.2015 – 419 HKO 48/11, BeckRS 2015, 115450)

- Rahmenvertrag und Software-Überlassungsvertrag Einführung einer ERP-Software; Mail des Anbieters: Angaben zur Leistungsfähigkeit eines neuen Servers; Kl: Rat zum Kauf des Servers, obwohl dieser nicht über die notwendige Rechnerkapazität verfüge, was die Beklagte schon damals habe erkennen müssen.
- LG HH:
 - Durch RV Beratungspflicht (auch Nebenpflicht in Bezug auf HW), **soweit ein solcher Rat konkret erbeten wurde.**
 - RV ist **keine Verpflichtung** der Beklagten zu entnehmen, **ungefragt** Auskunft zu erteilen
 - SV nicht zu entnehmen, dass Anbieter vor Anschaffung des Servers um Rat gefragt wurde.
 - Cursorische Angaben in Mail bilden keine Entscheidungsgrundlage für Auswahl Server. Zudem hatte Anwender eigene IT-Abteilung.

LG Wiesbaden (LG Wiesbaden Urt. v. 30.11.2016 – 11 O 10/15, ITRB 2/17, S. 36 ff.)

Vorvertraglich



Beraterhinweis für Auftraggeber

- Anbieter aufklären und vollständig informieren
- Fragen an Anbieter stellen: Ist das kompatibel? Reichen die Rechte an Software aus?
- Keine eigene IT-Kenntnis vortäuschen (wenn nicht vorhanden)
- **Wer schreibt, der bleibt:** Protokollierung von Workshops, bzw. genaue Prüfung der Protokolle

Vorvertraglich



Beraterhinweis für Auftragnehmer

- bei erkennbarem Wissensgefälle Auftraggeber umfassend und vollständig informieren
- im Zweifel Auftraggeber nach seinen Kenntnissen und Wünschen befragen
- **Wer schreibt, der bleibt:** Protokollierung von Workshops, bzw. genaue Prüfung der Protokolle, Protokollierung von erteilten Ratschlägen
- ggf. Ausschluss im Vertrag

II. Vertragsverhandlung: Vorgehensmodell

Auftraggeber

- werkvertragliche Gestaltung
- Festpreis
- klare Preisgestaltung
- Messbare Leistung und klare Preisgestaltung (kein „moving target“)
- Leistungsergebnis konkret festlegen: E-Commerce Shop so schnell wie Amazon
- Bezugnahme auf Lastenheft, Requirement-Katalog, Workshop, Protokoll o.ä.

Auftragnehmer

- ohne Definition kein Commitment
- agile Vorgehensweise nach SCRUM
- dienstvertragliche Gestaltung
- Vergütung nach Aufwand
- keine Rückzahlungspflicht bei (vorzeitiger) Beendigung
- Leistungsergebnis wird nicht vorab festgelegt, sondern gemeinsam erarbeitet
- keine Bezugnahme auf Dokumente
- keine extra Dokumentation, Dokumentation nur im Product Backlog

1.) Vorgehensmodell

- agile Vorgehensweise nach (modifiziertem) SCRUM
- Definition gemeinsames Ziel „einer der führenden E-Commerce Shops in DE in der Branche“
- Benennung der Kernfunktionalitäten, Designanforderungen und des verfolgten Zwecks
- Referenzierung auf Workshop Protokoll
- Festlegung im Product Backlog

1.) Vorgehensmodell

- wohl Werkvertragsrecht anzuwenden, da Erfolg geschuldet
- konkreter Leistungsumfang nicht feststellbar. Referenz für die Abnahme? Mittlerer Ausführungsstandard? Stand der Technik?
- in scope / out of scope? Referenz für Mehraufwand / Mehrvergütung?
- kein Einbezug des Workshop Protokolls, Lastenhefts, Requirement-Katalogs
- Product BackLog wohl nicht ausreichend zur Bestimmung der Sollstellung
- keine Regelung über Dokumentation der Leistung
- agiles Vorgehen erschwert den Gesamtrücktritt, da die einzelnen Iterationen gesondert abgenommen werden. Rechtfertigungsaufwand größer

2.) Leistungsgegenstand („in scope“)

Auftraggeber

- fertiges Werk am Ende zum Festpreis
- Bezugnahme auf Lastenheft, Requirement-Katalog, Workshop, Protokoll o.ä.

Auftragnehmer

- Leistungsgegenstand wird gemeinsam im Product Backlog festgelegt
- Auftraggeber liefert die Userstories
- Auftraggeber priorisiert die einzelnen Userstories
- gemeinsame Festlegung der einzelnen Sprints im Sprint-Backlog
- Tätigkeit nach „time & material“
- keine Rückzahlungspflicht bei (vorzeitiger) Beendigung
- Dokumentation erschöpft sich im Product Backlog

2.) Leistungsgegenstand („in scope“)

- „einer der führenden E-Commerce Shops in DE“
- Agiles Vorgehen nach Scrum modifiziert um Endabnahme und festes Budget
- keine Rückzahlungsverpflichtung für „abgenommene“ und bezahlte Sprints
- hohe Anforderungen an Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

2.) Leistungsgegenstand („in scope“)

- festes Budget
- fester Zeitplan
- konkreter Leistungsumfang nicht feststellbar. Referenz für die Abnahme? Mittlerer Ausführungsstandard? Stand der Technik?
- in scope / out of scope? Referenz für Mehraufwand / Mehrvergütung?
- kein Einbezug des Workshop Protokolls, Lastenhefts, Requirement-Katalogs
- Product BackLog wohl nicht ausreichend zur Bestimmung der Sollstellung
- keine Regelung über Dokumentation der Leistung
- agiles Vorgehen erschwert den Gesamtrücktritt, da die einzelnen Iterationen gesondert abgenommen werden. Rechtfertigungsaufwand größer

3.) Leistungszeit („in time“)

Auftraggeber

- Weihnachtsgeschäft elementar
- Livegang geplant zum 01.10.2017
- Vorversion bis 15.09.2017

Auftragnehmer

- Zeit eigentlich egal, da Festlegung der Anzahl der zu leistenden Sprints
- was in den Sprints gemacht werden soll, entscheidet der AG

3.) Leistungszeit („in time“)

- going live einer Grundversion am 01.10.2017
- Anpassung der Iterationen auf 01.10.2017
- Festlegung auf bestimmte Anzahl von Iterationen, Gesamt-Rücktrittsrecht nur, wenn bestimmte Grundfunktionalitäten nicht vorliegen
- konkrete Führung und Kontrolle zur Erreichung des Zeitplans, Hinweise etc.

3.) Leistungszeit („in time“)

- fester Abnahmezeitpunkt
- fester Zeitplan
- keine inhaltliche Bestimmung
- Festlegung der Führung und Kontrolle – Werksvertragsrecht?
- Big Bang?
- kein Gesamtrücktritt vorgesehen

4.) „in budget“

Auftraggeber

- **Projektbudget i.H.v. 100TEUR**
- **darf unter keinen Umständen überschritten werden**

Auftragnehmer

- **Termin und Kosten werden fixiert;
Scope bleibt variabel**

4.) „in budget“

- übliches Druckmittel (Zurückhaltung der Vergütung) fällt durch die vielen Iterationen weg
- u.U. erhält AN für das gesamte Budget nur einen Rebrush des alten Shops, keine neuen Features oder Performance Verbesserungen
- Lösung nur durch Vereinbarung eines Gesamtrücktritts
- Klarstellung: kein Interesse an Teilleistung.

4.) Budget

- es gibt einen Festpreis
- keine klare Leistungsbeschreibung
- übliches Druckmittel (Zurückhaltung der Vergütung) fällt durch die vielen Iterationen weg
- u.U. erhält AN für das gesamte Budget nur einen Rebrush des alten Shops, keine neuen Features oder Performance Verbesserungen
- Lösung nur durch Vereinbarung eines Gesamtrücktritts
- keine Klarstellung, dass kein Interesse an Teilleistung besteht

5.) Dokumentation

Auftraggeber

- **umfassende Dokumentation geschuldet**
- **Dritte müssen in der Lage sein, bei Beendigung weiter zu entwickeln**

Auftragnehmer

- **keine Dokumentation erforderlich, da alles gemeinsam abgestimmt**
- **vollständige Dokumentation im BackLog vorhanden**
- **Vorrang hat das funktionsfähiges Programm vor „formalistischer“ Dokumentation (nach dem „agilen Manifest“)**

5.) Dokumentation

- keine besondere Regelung über die Dokumentation

5.) Dokumentation

- keine Anwenderdokumentation definiert
- keine Inline-Dokumentation festgeschrieben
- BackLog dokumentiert die Userstories und die Historie
- Unterscheidung Benutzerdokumentation, Entwicklerdokumentation
- Unterscheidung Inline Doku, Online Doku, Doku im Rahmen von Abstimmungsprozessen



Wissensblock „Vertragsverhandlungen“

Gerade im agilen Umfeld für glasklare Vertragsgestaltung sorgen!

- **eindeutige Beschreibung der Vorgehensweise:**
 - ausführliche Beschreibung der Vorgehensweise (ggf. mit Verweis auf ausführlichere Anlagen)
 - ausführliche Beschreibung der Rechten und Pflichten in Abhängigkeit zur Vorgehensweise (z.B. Mitwirkungspflicht des AG = Hauptpflicht usw.)
 - klare Abnahmeregeln
 - Ausführliche Regelungen zur Dokumentationspflicht

- **Vermeidung von „Mischformen“**
 - wenn SCRUM, dann richtig SCRUM
 - Orientierung an den gesetzlichen Vertragstypen, Entscheidung für einen Vertragstypus

- **Lassen sich Mischformen nicht vermeiden:**
 - keine sich widersprechenden Regelungen schaffen
 - in einem Vertragsgefüge bleiben

III.) die Abnahme

Auftraggeber

- **Gesamtabnahme**
- **Testphase „funtional“**
- **Testphase „produktiv“**

Auftragnehmer

- **keine Gesamtabnahme erforderlich, da die einzelnen Sprints abgenommen werden**
- **AG stets in die Entwicklung eingebunden, keine „Dungeon-Entwicklung“**
- **wenn Abnahme, dann nur im Testsystem, danach Go-Live**

III.) die Abnahme

- Going Live nur nach Endabnahme
- Festlegung einer bestimmten Abnahmeprozedur:
 - 2 Wochen Testphase für den AG,
 - danach 2 Wochen Bugfixes für den AN,
 - anschließend 1 Woche zur Schlusskontrolle
- keine besondere vertragliche Regelung für die Folgen

III.) die Abnahme

- Festschreibung einer Endabnahme mit einer klar definierten Abnahmeprozedur
- Unterscheidung funktionale Testphase und produktive Testphase (Live Test)
- kein Gesamtrücktritt vorgesehen
- keine Berücksichtigung der „nicht-funktionalen“ Anforderungen (Datenschutz, rechtliche/behördliche Vorgaben usw.)

IV.) Nachvertraglich

Auftraggeber

- alles nicht zu gebrauchen
- Rücktritt, Geld zurück

Auftragnehmer

- super Software
- Vergütung für „abgenommene“ Sprints nicht möglich

IV.) Nachvertraglich

- **Was passiert, wenn der AG nicht zahlt** (LG Wiesbaden, Urteil vom 30.11.2016 – 11 O 10/15)
- **Was passiert, wenn später Mängel auftreten?**
 - in der Abnahmephase erkennbar gewesen?
 - versteckte Mängel?
- **Definition einzelner Mängelklassen?**
- **„kostenlose“ Nachbesserungspflicht oder kostenpflichtiges Ausbessern (Dienstvertrag kennt keine Gewährleistung)?**
- **ADR / Streitschlichtung unter Ausschluss des Klageweges?**

V.) **Datenschutz u.a.**

Auftraggeber

- **Brief von der Datenschutzbehörde: Software ist angeblich nicht Datenschutzkonform, da zu viele Daten abgefragt / gespeichert und verarbeitet werden**
- **Abmahnung von der Verbraucherzentrale: Zahlungsmittel werden vor Vertragsschluss belastet**

Auftragnehmer

- **Was habe ich damit zu tun?**
- **Wir sind technische Dienstleister, und damit nicht für den Inhalt verantwortlich!**
- **Rechtliche Gestaltung der AGB alleinige Sache des AG!**

Sonderproblem Datenschutz u.a.

1.) Datenschutz

EU-Datenschutzgrundverordnung: „dataprotection by design“

- Datenschutzprobleme = Sach-/Rechtsmangel?

2.) Zahlungsarten und Vertragsschluss

eCommerce-Anbieter verschieben den Zeitpunkt des Vertragsschluss durch AGB nach hinten, buchen aber schon vorher ab

- Software definiert Schnittstellen und legt den Geschäftsabschluss fest

3.) „VW“-Modell

Anbieter täuscht über technische Inhalte

- Sach-/Rechtsmangel?

Zusammenfassung

Auftraggeber

vorvertraglich

- Dokumentation von Anforderungen
- Hinweis auf Besonderheiten

Vertragsverhandlungen

- Festlegung auf ein Vorgehensmodell
- eindeutige Definitionen
- Festschreibung eines Leistungserfolges
- Dokumentationspflichten definieren

Abnahme

- Abnahmeprozedur beschreiben
- Funktionale Tests und Tests in Live-Systemen durchführen

Nachvertraglich

- Gewährleistungsrechte abhängig vom Vertragstyp

Auftragnehmer

vorvertraglich

- Dokumentation von Anforderungen
- Erfüllung von Hinweis- & Aufklärungspflichten nebst Dokumentation

Vertragsverhandlungen

- Festlegung auf ein Vorgehensmodell
- eindeutige Definitionen
- Dokumentationspflichten definieren
- klare Vergütungsregeln und Regeln bei Beendigung des Vertrages

Abnahme

- Abnahmeprozedur beschreiben (im Hinblick auf das Vorgehensmodell)
- großzügige Fristen

Nachvertraglich

- Gewährleistungsrechte abhängig vom Vertragstyp

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Fragen?

Axel Burkart

Rechtsanwalt

Fachanwalt für IT-Recht und
gewerblichen Rechtsschutz

040 - 480 639 990

axel.burkart@wzr-legal.com

Florian König M.L.E.

Rechtsanwalt

Fachanwalt für IT-Recht,
gewerblichen Rechtsschutz und
Steuerrecht

040 - 30 39 49 -0

info@net-lawyer.de