

---

**Vorlesung FH Dortmund – Fachbereich Informatik –  
Wintersemester 2023/23**

**IT-Recht Grundlagen für Informatiker**

**oder**

**was Geschäftsleitung, Vertrieb und Entwicklung schon immer wissen  
wollten, aber nicht zu fragen wagten!**

**Problem- und praxisorientierte Tipps für die Vertragsgestaltung**

**Rechtsanwalt Prof. Wolfgang Müller**

Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Schlichter / Schiedsrichter nach SOBau

Honorarprofessor der Technischen Universität Dortmund und

Lehrbeauftragter der Fachhochschule Dortmund

**Schlüter Graf Rechtsanwälte PartG mbB, Dortmund / Hamburg / Dubai**

**Sonstige Begrifflichkeiten!**

**oder**

**Richtig definiert ist halb gewonnen!**

**oder**

*„Ganz gewonnen wäre, wenn auch das gemeint wäre, was  
gesagt wurde!“*

**oder**

*„Die Gerichtssprache ist Deutsch!“*

## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 6):

Ob der guten Zusammenarbeit zwischen Ihnen und der „**Deal GmbH**“ möchte man fortan enger zusammen arbeiten.

Darüber, wie diese Zusammenarbeit im Einzelnen aussehen soll, ist man sich noch nicht ganz im Klaren. Auf jeden Fall soll der gemeinsame Wille schon einmal statuiert werden.

Sie fragen sich, ob Sie ein „**Memorandum of Understanding**“ oder besser einen „**Letter of Intent**“ abschließen sollen ...

Richtig definiert ist halb gewonnen!





***Na ja, nicht so ganz!***

***Da gehört schon  
etwas mehr zu!***



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

---

„**formulieren**“ =

- etwas „**aussagen, ausdrücken**“, etwas „**genauer bestimmen**“
- einen „**Wortlaut**“ von etwas festlegen, in „**passender sprachlicher Form**“ ausdrücken, „**in Worte kleiden**“\*

„**definieren**“ =

- einen „**kurzen, verfestigten sprachlichen Ausdruck** festlegen“\*

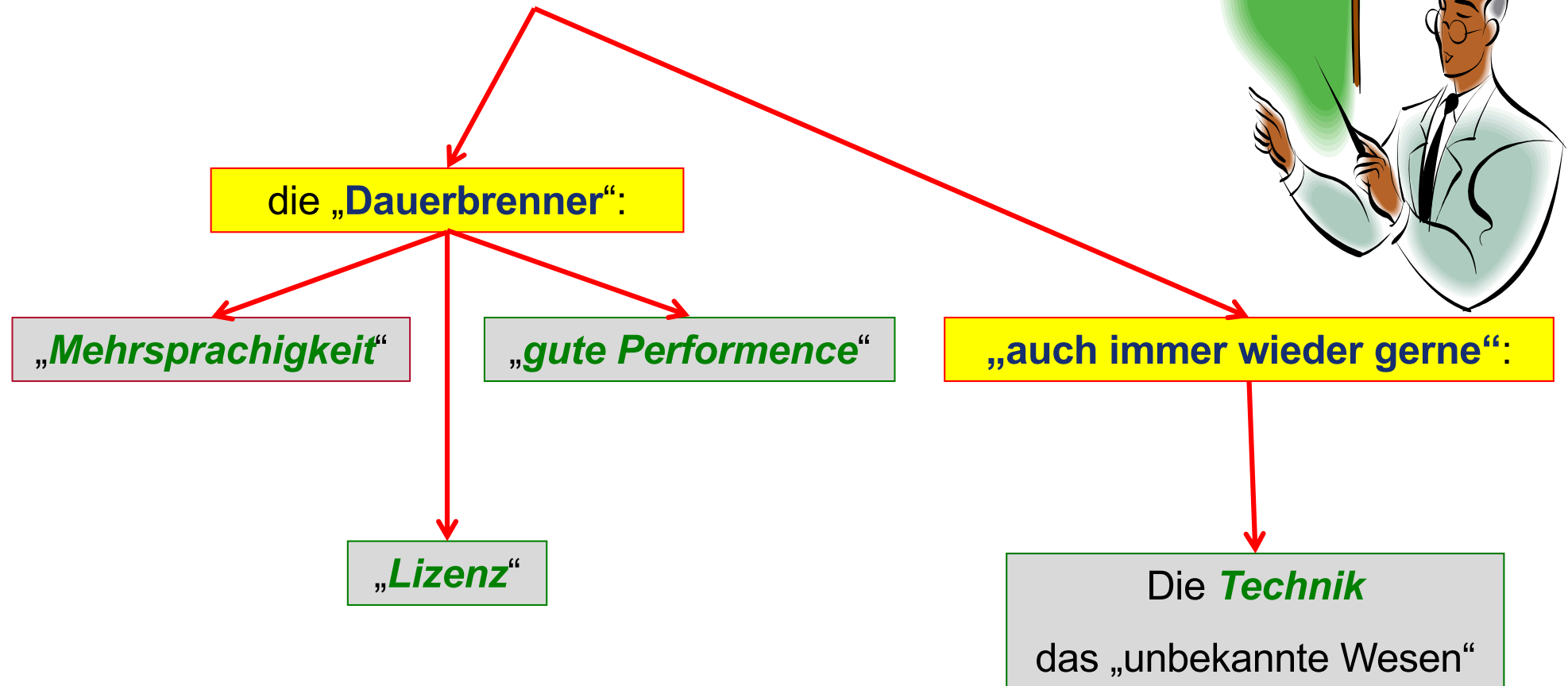
„**konkretisieren**“ =

- in eine „**konkrete Form**“ bringen, „**weniger abstrakt**“ darstellen
- „**verdeutlichen**“ sich „**genauer ausdrücken**“, „**präzisieren**“, an „**Beispielen festmachen**“\*\*

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

Konkrete Beispiele für „gelungene“ Formulierungen:



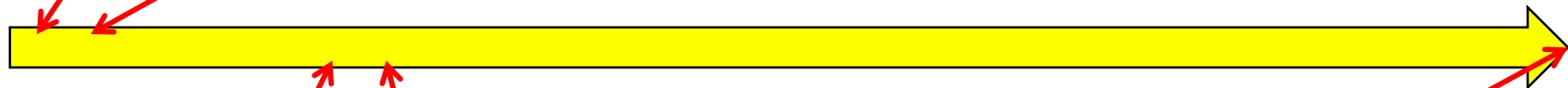
# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

„die Anwendung wird **mehrsprachig** programmiert“

zweisprachig? wohl eher (-), wegen der Auslegung im Rahmen des Sprachgebrauchs

dreisprachig? wohl eher (+), wegen der Auslegung im Rahmen des Sprachgebrauchs



alle (24) Amtssprachen der EU? wohl (+)

auch die halbamtlichen Sprachen der EU? auch denkbar! (+)

- baskisch
- galicisch
- katalanisch
- schottisch-gälisch
- walisisch

alle Sprachen der Welt

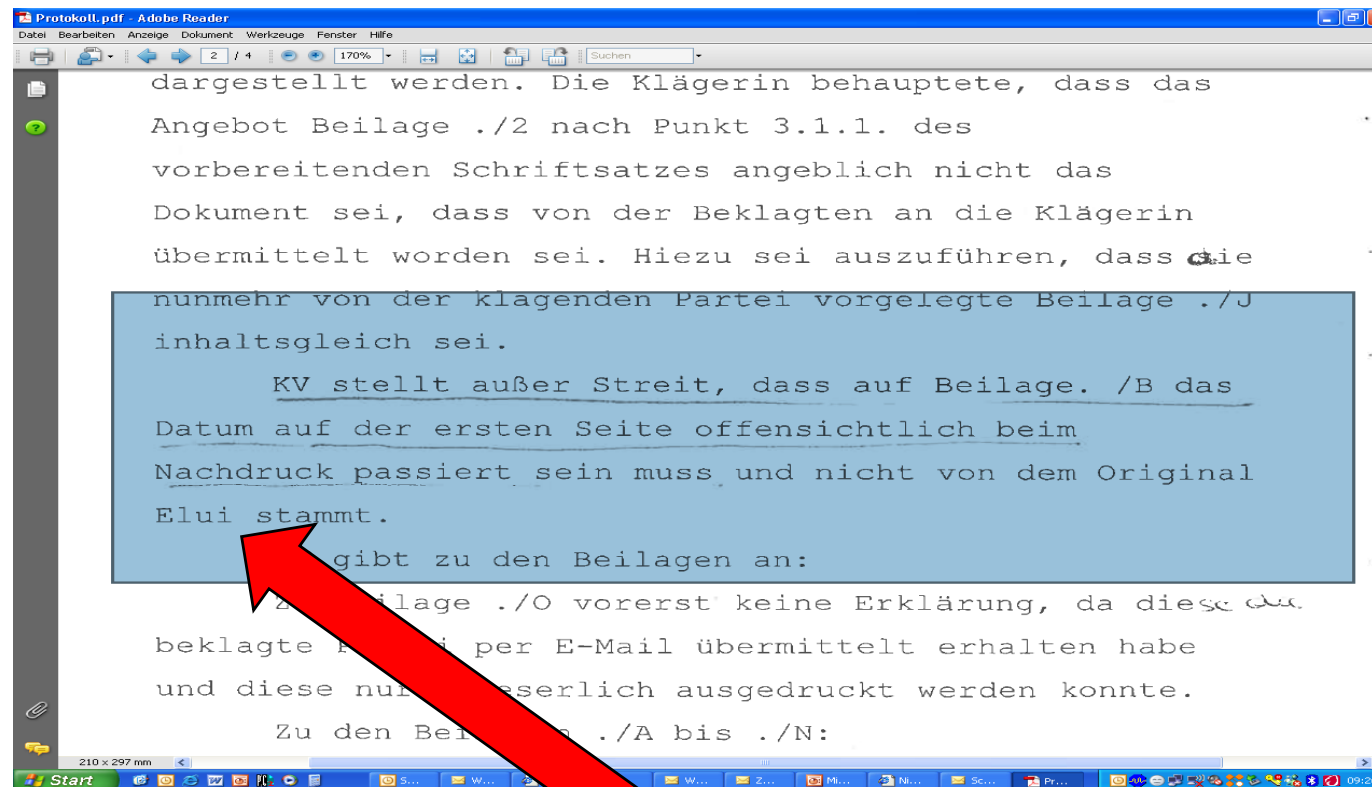
wohl (-) dann dann eher „allsprachlich“

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

„die Software verfügt über eine *gute Performance*“

1. In **IT-Kreisen** kaum bekannte **Vorschrift**, § 184 GVG:  
„**Die Gerichtssprache ist deutsch**“



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

The image shows a screenshot of a PDF document titled "Protokoll.pdf" in Adobe Reader. The document text is partially obscured by a large orange callout box. The callout box contains the text: "Aus einem Gerichtsprotokoll: „..... Der Kläger hat die Maske (?) mit einem Tuhl (?) erstellt. ....“". To the right of the callout box is a dark blue thought bubble containing three white question marks "???". The background text of the PDF is: "dargestellt werden. Die Klägerin behauptete, dass das Angebot Beilage ./2 nach Punkt 3.1.1. des vorbereitenden Schriftsatzes angeblich nicht Dokument sei, dass von der Beklagten an die". Below the callout box, the text "und d... unleserlich ausgedruckt werden konnte. Zu den Beilagen ./A bis ./N:" is visible. The Windows taskbar at the bottom shows the Start button and several open applications.

Protokoll.pdf - Adobe Reader

Datei Bearbeiten Anzeige Dokument Werkzeuge Fenster Hilfe

Suchen

dargestellt werden. Die Klägerin behauptete, dass das Angebot Beilage ./2 nach Punkt 3.1.1. des vorbereitenden Schriftsatzes angeblich nicht Dokument sei, dass von der Beklagten an die

**Aus einem Gerichtsprotokoll:**

„.....

**Der Kläger hat die Maske (?) mit einem Tuhl (?) erstellt.**

.....“

und d... unleserlich ausgedruckt werden konnte.

Zu den Beilagen ./A bis ./N:

210 x 297 mm

Start

S... W... Y... V... W... Z... Mi... Ni... Sc... Pr...

09:26

## IT-Recht Grundlagen für Informatiker

### Sonstige Begrifflichkeiten

---

„die Software verfügt über eine *gute Performance*“

oder auch nicht!

2. Keine dem Vertrag geschuldeten ausreichenden **Antwortzeiten**?

3. Kein dem Vertrag geschuldeter **Durchsatz**?

4. Mangelhafte **Netzanbindung**?

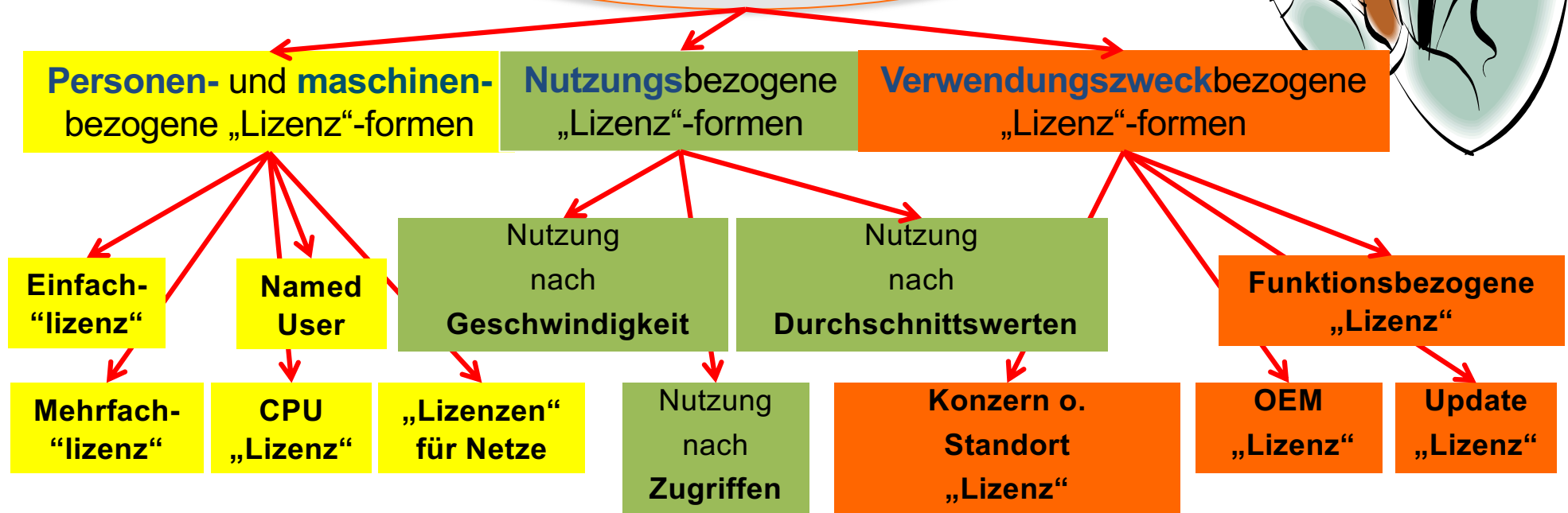
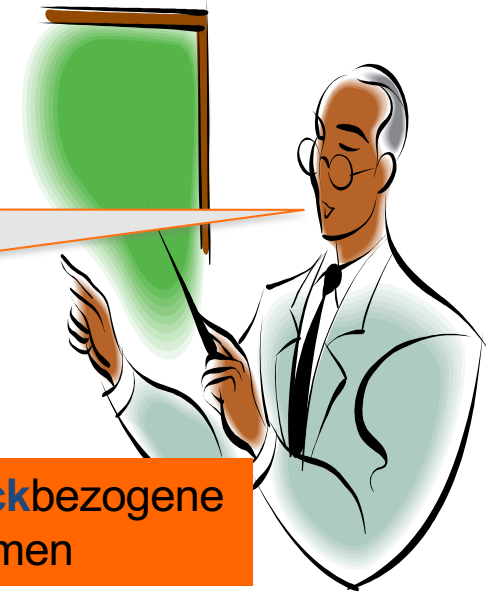
.....**???**

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

„der Auftraggeber erhält an der Software eine **Lizenz**“

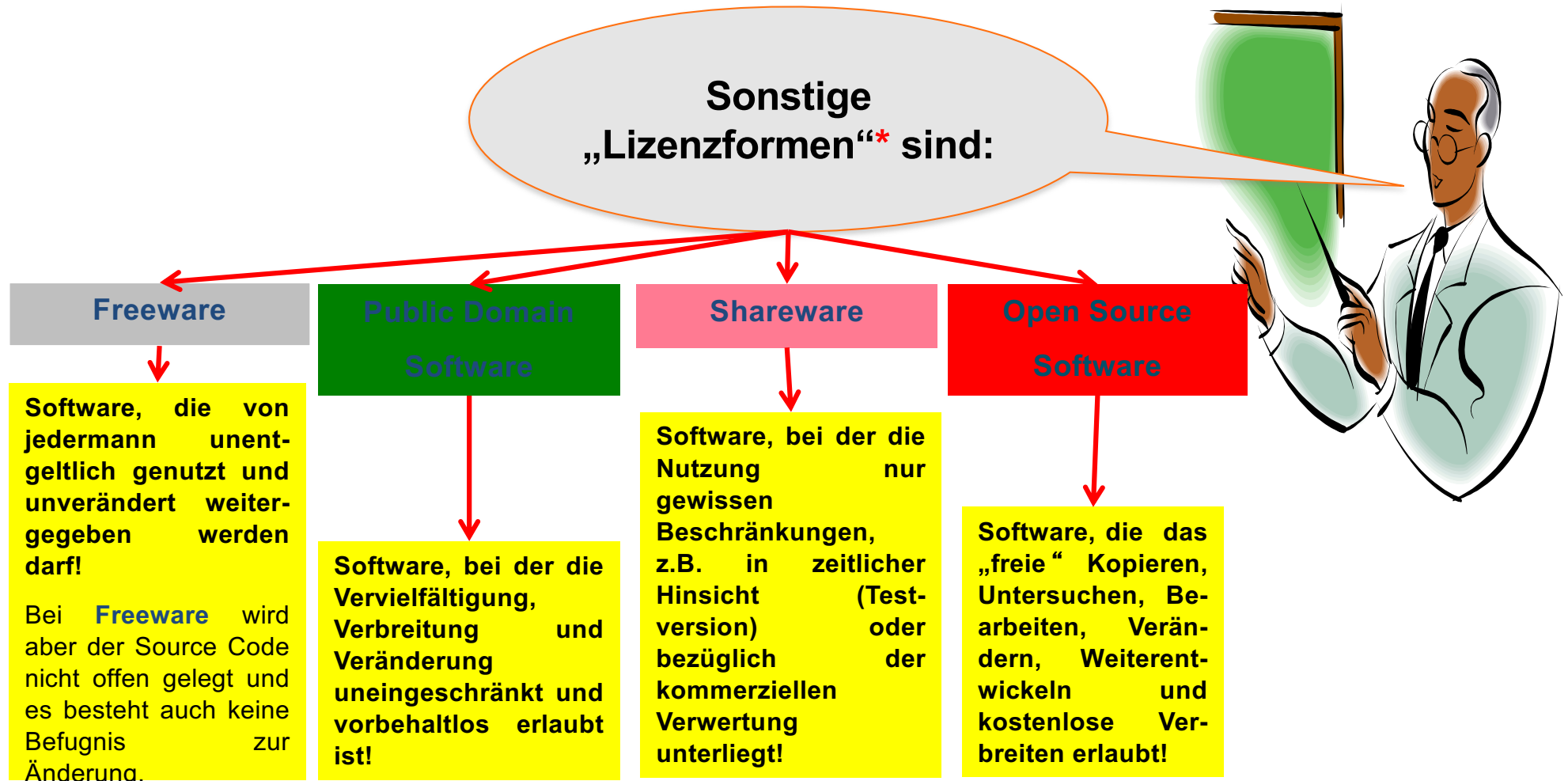
Vereinbare  
„Standardlizenzformen“\* sind:





# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

Die **Technik** das „**unbekannte Wesen**“

„**Stand der Wissenschaft und Technik**“

„**Allgemein anerkannte Regeln  
der Technik**“ - **aaRdT**

„**Stand der Technik**“

„**GMP** oder **cGMP**“

„**beste verfügbare Technik**“

„**technische Regelwerke**“

„**DIN-Normen**“



#### „Allgemein anerkannte Regeln der Technik“ - aaRdT

**Allgemein anerkannte Regeln der Technik** sind diejenigen technischen Regeln für den Entwurf und die Ausführung von (baulichen) Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen sowie insbesondere in dem Kreise der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeter Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt sind.

Der Begriff der **allgemein anerkannten Regeln der Technik** umfasst alle überbetrieblichen Normen, zu denen insbesondere die **DIN-Normen**, die **ETB** (Einheitliche Technische Baubestimmungen des Instituts für Bautechnik), die **Richtlinien des Vereins Deutscher Ingenieure (VDI)**, die **VDE-Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektriker** und auch mündlich überlieferte technische Regeln gehören.\*

Im medizinischen Bereich finden sich vielfach schriftlich fixierte „**Leitlinien**“, „**Richtlinien**“ oder „**Empfehlungen**“; auch diese können geeignet sein, rechtliche Gegebenheiten des medizinischen Bereichs zu konkretisieren. Hierzu gehören z.B. die **GMP** oder **cGMP**.\*\*

→ Ein **Verstoß** gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik liegt vor, wenn der **Auftragnehmer** solche technischen Regeln **nicht** beachtet, **die sich in der Wissenschaft als richtig durchgesetzt und die sich in der (Bau-)Praxis als richtig bewährt haben!**

---

\*Knifka/Koeble *Kompendium des Baurechts*, 4. Aufl. 2014, 6. Teil Rdn. 32;

\*\*Good Manufacturing Practices „Gute Herstellungspraxis“;

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

### „**Stand der Technik**“

Der **Stand der Technik** beschreibt die Verfahrensweisen, die **nach den gegenwärtigen technischen Gegebenheiten erreichbar sind**. Er spiegelt die **machbaren technischen Spitzenleistungen** wider, die zum maßgeblichen Zeitpunkt – i.d.R. bei Abnahme – erreichbar sind.

Mit der Verpflichtung zur Einhaltung des **Standes der Technik** ist – worauf auch Streitz\* zu Recht verweist, insbesondere bei länger laufenden Projekten ein **hohes Risiko** für den **Auftragnehmer** verbunden.

→ Allerdings ist dies auch für den **Auftraggeber** insbesondere im Anlagenbau nicht ohne Risiko, da eine Erstellung nach dem **Stand der Technik** auch das Risiko fehlerhafter Konstruktionen birgt. Solche Konstruktionen sind häufig **Versuchsmodelle**, so dass eine dementsprechende Erstellung **insbesondere in der laufenden Produktion abgelehnt werden sollte!**



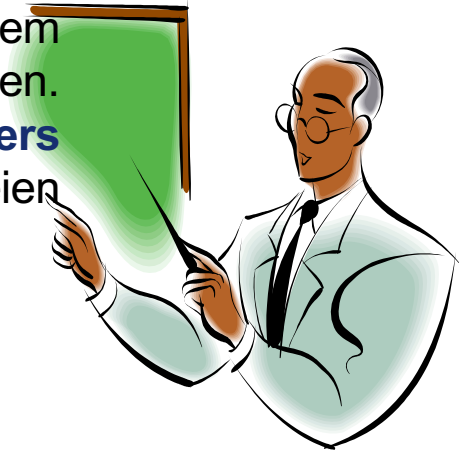
# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

### „**Stand der Wissenschaft und Technik**“

Der **Stand der Wissenschaft und Technik** beschreibt über das momentan praktisch-technisch Erreichte hinaus **auch die neusten Ergebnisse des derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisstandes**.\*

→ Software und Anlagen die dieser Definition unterliegen sollen, sind dem streng genommen dem **Entwicklungs- bzw. Labormaßstab** zu ordnen. Dies sollte deshalb nur dann **vereinbart und** auch **vertraglich besonders abgesichert** werden, wenn dies allen Beteiligten klar ist und beide Parteien sich in einer „**Entrepreneur**“\*\* Position sehen!



→ Mittlerweile findet sich auch noch das aus dem in § 3 Abs. 6 BImSchG bestimmten Beurteilungsmaßstab abgeleitete Kriterium „**beste verfügbare Technik**“ unter diesem Begriff wird die **in der Europäischen Gemeinschaft vorhandene optimale Technik verstanden**.

\*Ulrich, *Der gerichtliche Sachverständige*, 12. Aufl. 2006, Rdn. 291;

\*\*Im Englischen beschreibt das ursprünglich französische Wort „*Entrepreneur*“ eine Persönlichkeit, die bereit dazu ist, hohe Verantwortung und hohes Risiko zu tragen!



***So jetzt noch einmal!***





## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 6):

Ob der guten Zusammenarbeit zwischen Ihnen und der „**Deal GmbH**“ möchte man fortan enger zusammen arbeiten.

Darüber, wie diese Zusammenarbeit im Einzelnen aussehen soll, ist man sich noch nicht ganz im Klaren. Auf jeden Fall soll der gemeinsame Wille schon einmal statuiert werden.


Sie fragen sich, ob Sie ein „**Memorandum of Understanding**“ oder besser einen „**Letter of Intent**“ abschließen sollen ...

## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 6):

Ob der guten Zusammenarbeit zwischen Ihnen und der „**Deal GmbH**“ möchte man fortan enger zusammen arbeiten.

Darüber, wie diese Zusammenarbeit im Einzelnen aussehen soll, ist man sich noch nicht ganz im Klaren. Auf jeden Fall soll der gemeinsame Wille schon einmal statuiert werden.

Sie fragen sich, ob Sie ein „**Memorandum of Understanding**“ oder besser einen „**Letter of Intent**“ abschließen



Was man weiss,  
oder was man  
wissen sollte!!!

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

Vorvertragliche Vereinbarungen/Lol und MoU oder „*Was man weis, was man wissen sollte!*“

### Letter of Intent

- grds. einseitige Absichtserklärung
- Stand der Verhandlungen wird fixiert
- Absichtsbekundung, einen Vertrag abzuschließen, wenn Einigung über noch zu verhandelnde Punkte erreicht ist
- i.d.R. keine Bindungswirkung gewollt

Aber in der Praxis:

Treffen verbindlicher Regelungen!

Folge:

zwei übereinstimmende Willenserklärungen

➔ Vertrag!

### Memorandum of Understanding

- beider- oder mehrseitige Erklärung über erzielt Einvernehmen
- Fixierung der Verhandlungsergebnisse und auch Absichtserklärungen
- Vertrauen in die Ernsthaftigkeit der Vertragsabsichten festigen
- i.d.R. keine Bindungswirkung gewollt

Aber in der Praxis:

Treffen verbindlicher Regelungen!

Folge:

zwei übereinstimmende Willenserklärungen

➔ Vertrag!

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Sonstige Begrifflichkeiten

Vorvertragliche Vereinbarungen/Lol und MoU oder „Was man weiß, was man wissen sollte!“

Ist im übrigen im deutschen  
Recht auch

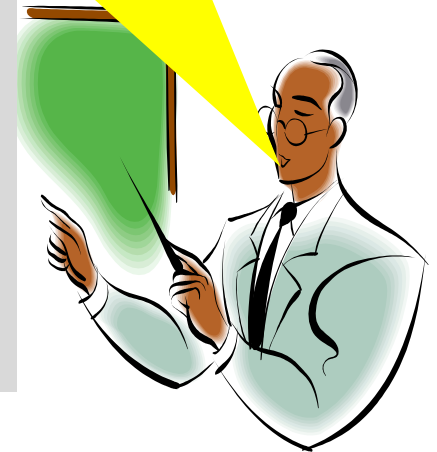
überhaupt nicht nötig denn:

**§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse.** (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zu Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach **§ 241 Abs. 2** entsteht **auch** durch

1. **die Aufnahme von Vertragsverhandlungen**
2. **die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder**
3. **ähnliche Kontakte.**

(3) <sup>1</sup>Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. <sup>2</sup>Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.



**§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis.** (1) <sup>1</sup>Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. <sup>2</sup>Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.  
(2) **Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.**

## Bei allen Vereinbarungen gilt der Grundsatz:

### ***„falsa demonstratio non nocet“***

- die Bezeichnung ist für die rechtliche Einordnung nicht maßgeblich, sondern der Inhalt und der zum Ausdruck gebrachte Parteiwille
- die Bezeichnung kann allenfalls ein Indiz dafür sein, ob eine Bindung in Bezug auf den Hauptvertrag gewollt ist

### **Tipps:**

- fehlenden Bindungswillen schon im Inhalt manifestieren
- Verträge nicht durch ‚halbfertige‘ Lols oder MoUs ersetzen
- auch bei LOI & MoU im Zweifel besser die AGB einbeziehen

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

oder

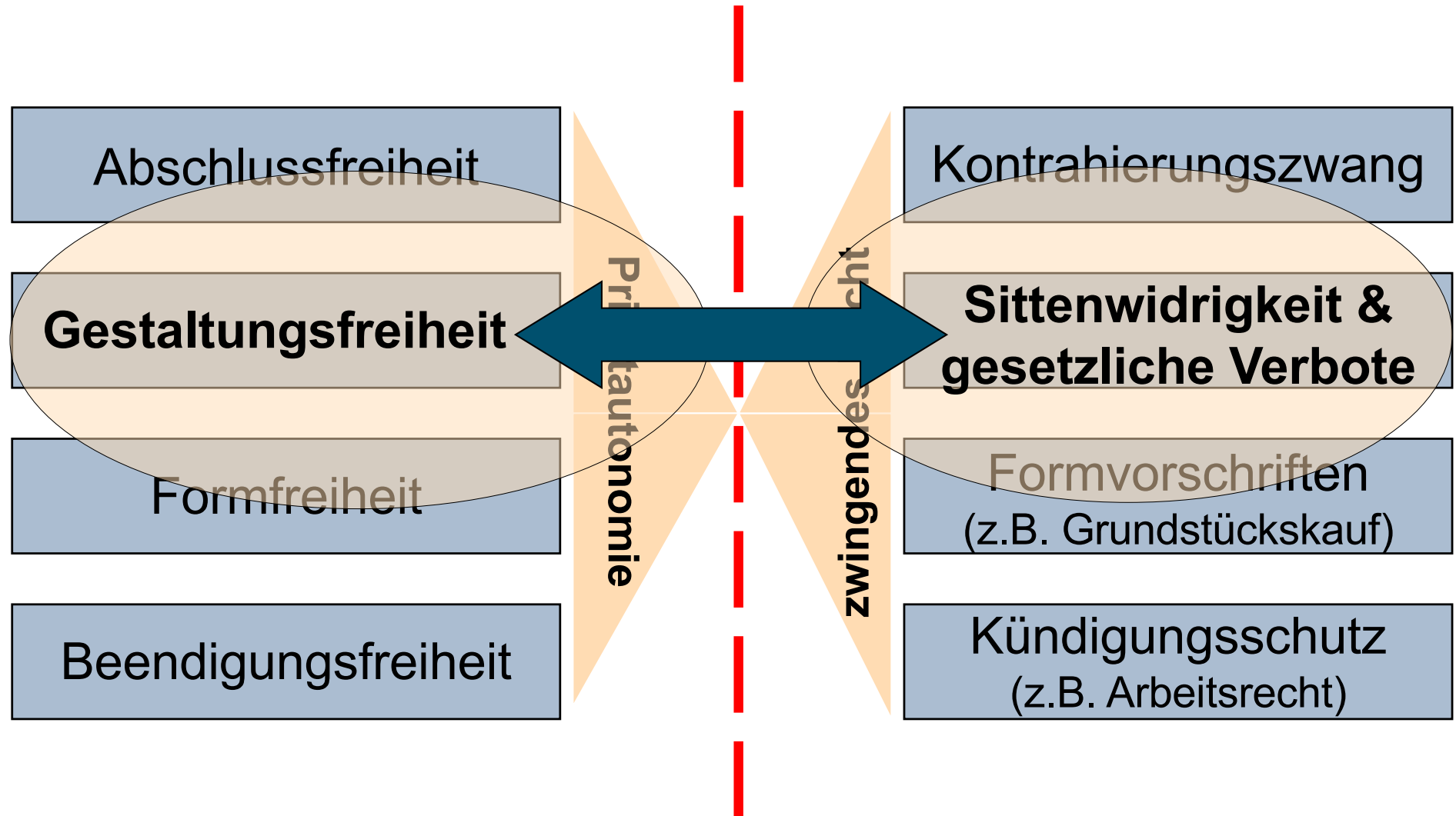
**„... aber wir sind doch nur Dienstleister!“**

- Hardwareverkauf
- Hardwareüberlassung auf Zeit
- Leistungsverzeichnis
- Customizing
- Abnahme
- Beratungsleistungen
- Lege Artis
- Erstellung von Individualsoftware
- typengemischte Verträge

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

Grundlagen – Gestaltungsfreiheit oder „Was stören mich (US-)Exportvorschriften!“





■ **Gestaltungsfreiheit bedeutet:**

- Parteien können den Vertragsinhalt frei definieren
- Grenzen findet dies bei
  - Sittenwidrigkeit und
  - gesetzlichen Ge- und Verboten

■ **gesetzlich vorgegebene Vertragstypen sind z.B.:**

- Kaufvertrag, § § 433 ff. BGB
- Mietvertrag, § § 535 ff. BGB
- Werkvertrag, § § 631 ff. BGB
- Dienstvertrag, § § 611 ff. BGB

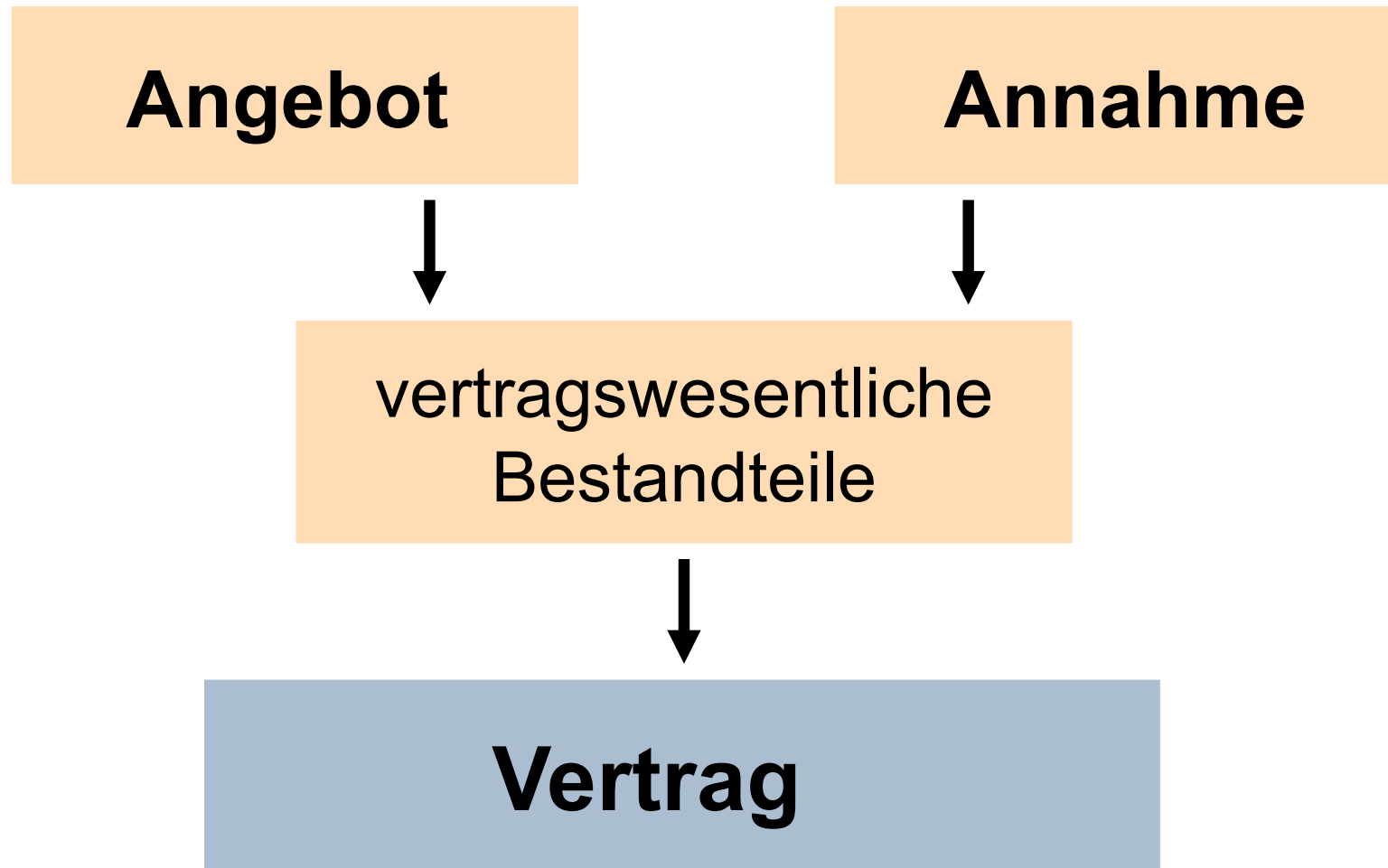
■ **Gestaltungsfreiheit bedeutet:**

- Parteilichkeit, Interessenkonflikte vermeiden
- 

***„Wo bitte finde ich denn  
den iterativen  
Kooperationsvertrag?“***

- Mietvertrag, §§ 535 ff. BGB
- Werkvertrag, §§ 612 ff. BGB
- Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB





## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 7):

Ihre Firma, die „**Software & Hardware GmbH**“, erhält per Post eine Mitteilung, nach der sich die „**Lebensmittel AG**“ für die umfassende Einführung neuer Hardware interessiert.

Ihre Mitarbeiter erstellen daraufhin ein diesbezügliches Angebot, welches von der „**Lebensmittel AG**“ angenommen wird. Die Hardware soll von Ihnen geliefert und von der „**Lebensmittel AG**“ bezahlt werden.

**Welche vertragliche Möglichkeiten gibt es und welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich hieraus?**

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Kaufvertrag

---

#### Kaufvertrag - § 433 BGB

- Hauptpflicht des *Verkäufers*:

- Übergabe des Kaufgegenstandes an den Käufer
- Verschaffung des Eigentums an dem Kaufgegenstand

Übergabe = Besitzverschaffung  
(Besitz = tatsächliche  
Sachherrschaft)

keine Eigentumsverschaffung  
durch Kaufvertrag –  
notwendig ist Erfüllungsvertrag  
(dinglicher Vertrag)

- Hauptpflicht des *Käufers*:

- Zahlung des Kaufpreises und Ab-/Annahme des Kaufgegenstandes

Erfüllung Zug um Zug

- Sachkauf und Rechtskauf

- Rechte bei Mängeln § 437 BGB

siehe Sekundäransprüche

## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 8):

Ihre Firma, die „**Software & Hardware GmbH**“, erhält per Post eine Mitteilung, nach der sich die „**Lebensmittel AG**“ für die umfassende Einführung neuer Hardware interessiert.

Aus Liquiditätsgründen beabsichtigt die „**Lebensmittel AG**“ die Hardware allerdings nicht zu kaufen.

Gleichwohl sind Sie an diesem Geschäft interessiert und überlegen, welches Angebot Sie der „**Lebensmittel AG**“ machen können.

**Welche vertragliche Möglichkeiten gibt es und welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich hieraus?**

---

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Mietvertrag

---

Wenn zugleich Besitzverschaffung =  
durch Rechtsprechung manchmal  
fast  
eigentumsähnlich, bspw. privater  
Wohnraum

Komfortable Position für den Mieter

Einfach- oder Mehrfachzahlung

Befristete Verträge können nur aus  
wichtigem Grund gekündigt werden

Abgrenzung zur Hauptpflicht,  
siehe oben

## Mietvertrag - § 535 BGB

- Hauptpflicht des *Vermieters*:
  - Gebrauchsüberlassung der Mietsache auf Zeit an den Mieter
  - Instandhaltung der Mietsache während der Mietzeit
- Hauptpflicht des *Mieters*:
  - Zahlung des vereinbarten Mietzinses
- befristete und unbefristete Mietdauer
- Rechtsfolgen bei Mängeln, § § 536 ff.

**In der Gegenüberstellung bedeutet dies:**





# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen – Kauf- und Mietvertrag

---

#### Kaufvertrag - § 433 BGB

- Hauptpflicht des *Verkäufers*:
  - Übergabe des Kaufgegenstandes an den Käufer
  - Verschaffung des Eigentums an dem Kaufgegenstand
- Hauptpflicht des *Käufers*:
  - Zahlung des Kaufpreises und Ab-/Annahme des Kaufgegenstandes
- Sachkauf und Rechtskauf
- Rechte bei Mängeln § 437 BGB

#### Mietvertrag - § 535 BGB

- Hauptpflicht des *Vermieters*:
  - Gebrauchsüberlassung der Mietsache auf Zeit an den Mieter
  - Instandhaltung der Mietsache während der Mietzeit
- Hauptpflicht des *Mieters*:
  - Zahlung des vereinbarten Mietzinses
- befristete und unbefristete Mietdauer
- Rechte bei Mängeln § § 536 ff.

**Gibt es da sonst noch was?**



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Leasingvertrag

---

gesetzlich nicht vorgesehen.  
Behandlung analog § § 535 ff.  
**BGB**

komfortable Position für den  
Leasinggeber

Verträge können nur aus wichtigem  
Grund gekündigt werden.

In der Regel keine Ansprüche gegen  
den Leasinggeber, lediglich  
Abtretung der Ansprüche gegen den  
Hersteller.

## Leasingvertrag

- Hauptpflicht des *Leasinggebers*:
  - Beschaffung der Leasingsache nach Wahl des Leasingnehmers und dessen Gebrauchsüberlassung auf Zeit.
- Hauptpflicht des *Leasingnehmers*:
  - Zahlung der vereinbarten Leasingrate
  - Instandhaltung der Leasingsache
- feste nicht kündbare Vertragslaufzeit
- Rechtsfolgen bei Mängeln

## Leasingvertrag

Es gibt nicht „**den**“ Leasingvertrag

Leasingmodelle sind beispielsweise:

- Finance-Leasing
- Operate-Leasing
- Sale & Lease Back
- Depot-Leasing
- Vollamortisation
- Teilamortisation

- Hauptpflicht des *Leasinggebers*:
  - Beschaffung der Leasingssache nach Wahl des Leasingnehmers und dessen Gebrauchsüberlassung auf Zeit.
- Hauptpflicht des *Leasingnehmers*:
  - Zahlung der vereinbarten Leasingrate
  - Instandhaltung der Leasingssache
- feste nicht kündbare Vertragslaufzeit
- Rechtsfolgen bei Mängeln

## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 9):

Zur Implementierung eines ERP-Systems bei der „**Lebensmittel AG**“ haben Sie sich mit deren Verantwortlichen auf die Verhandlung eines Vertrages verständigt.

Bei der Frage, welche Inhalte der Vertrag haben soll, diskutieren Sie mit dem Kunden, ob

- ein Coaching gewünscht ist, oder ob
- Ihr Unternehmen die vollständige Durchführung verantworten soll.

Die „**Lebensmittel AG**“ entscheidet sich dafür, dass die „**Software & Hardware GmbH**“ die **Gesamtverantwortung** für die Implementierung übernehmen soll.

**Sie überlegen sich, worauf bei einem solchen „Implementierungsvertrag“ zu achten ist ...**

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Werkvertrag

---

#### Werkvertrag - § 631 BGB

- Hauptpflicht des *Unternehmers*:
  - erfolgreiche Erstellung des geschuldeten Werkes
- Hauptpflicht des *Bestellers*:
  - Zahlung der Vergütung
  - Abnahme des Werkes
- Projekt- und Erfolgsverantwortung liegt beim Auftragnehmer
- Rechte bei Mängeln § 634 BGB
- Mitwirkung des Bestellers § 642 BGB

Projekt- und Erfolgsverantwortung liegt beim Auftragnehmer

Definition durch das Pflichtenheft, sonst: mittlere Art und Güte

siehe Sekundäransprüche

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Werkvertrag

#### Werkvertrag - § 631 BGB

- Hauptpflicht des *Unternehmers*:
  - erfolgreiche Erstellung des geschuldeten Werkes
- Hauptpflicht des *Bestellers*:
  - Zahlung der Vergütung
  - Abnahme des Werkes
- Projekt- und Erfolgsverantwortung liegt beim Auftragnehmer
- Rechte bei Mängeln § 634 BGB
- Mitwirkung des Bestellers § 642 BGB

#### kleines Fällchen – große Wirkung

Sie implementieren das besagte ERP-System. Es ist vereinbart, die Abnahme drei Wochen nach Produktivstart zu beginnen. Eine Woche nach Produktivstart, aber noch vor der Abnahme, ist die Software auf dem Server nicht mehr vorhanden. Vieles spricht für eine Spannungsspitze, für die niemand zur Verantwortung gezogen werden kann. Der Kunde verlangt, dass Sie zum Abnahmeterrn eine fertige Software vertragsgemäß installiert haben.

#### wesentliches Ereignis:

**erst jetzt:** Gefahrübergang  
**erst jetzt:** Vergütungsanspruch  
**erst jetzt:** Beginn Gewährleistung

siehe Sekundäransprüche

## Tipps!

- **Erklärung** der Abnahme = Hauptpflicht des Kunden!
- **Abnahmeverfahren** und **Testfälle** eindeutig definieren!  
→ gesetzlich **nicht** vorgegeben!
- **Fehlerklassen** und **(Rechts-)Folgen** eindeutig definieren!  
→ gesetzlich **nicht** vorgegeben!
- **Keine produktive Nutzung** vor Erhalt der Abnahmeerklärung!
- Eine **gesetzliche Abnahmefiktion** gibt es de facto **nicht!**\*
- **Projektmanagement**: Bedeutung der Abnahme realisieren!  
→ nichts geht **ohne** Abnahme!



***Aber in Bezug  
auf die  
Abnahme hat  
sich was zum  
01.01.2018  
geändert:***



## § 640 Abnahme

(1) <sup>1</sup>Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. <sup>2</sup>Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. <sup>3</sup>**Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.**

(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

(1) <sup>1</sup>Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. <sup>2</sup>Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

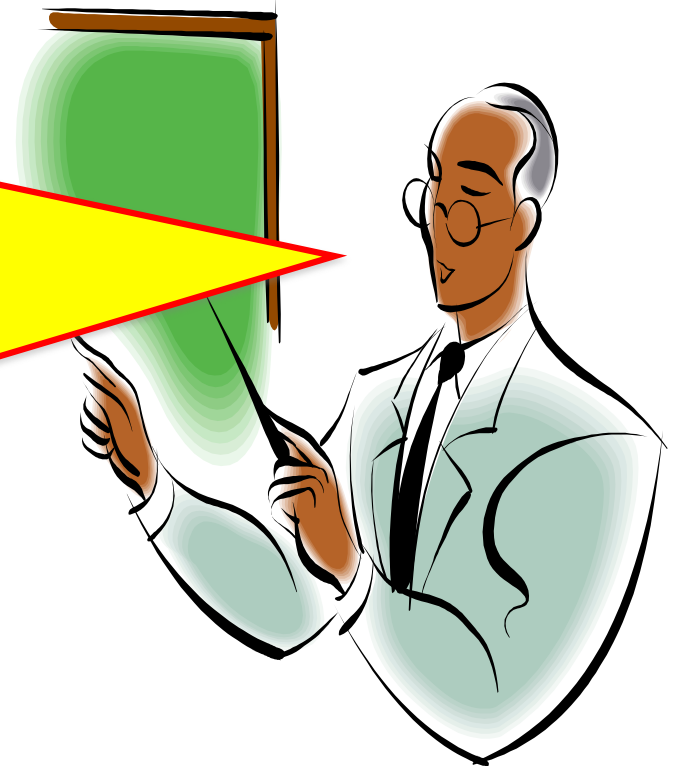
(2) <sup>1</sup>Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller **nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.** <sup>2</sup>Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme **hingewiesen hat**; der Hinweis muss in **Textform** erfolgen.

(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

## § 640 Abnahme

Der Gesetzgeber hat versucht mit der Neuregelung das Erreichen einer Abnahme für den Auftragnehmer mit einer sog. „**Abnahmefiktion**“ zu erleichtern da dieser bislang gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB alt die Beweislast für die „**Abnahmereife**“ hatte.

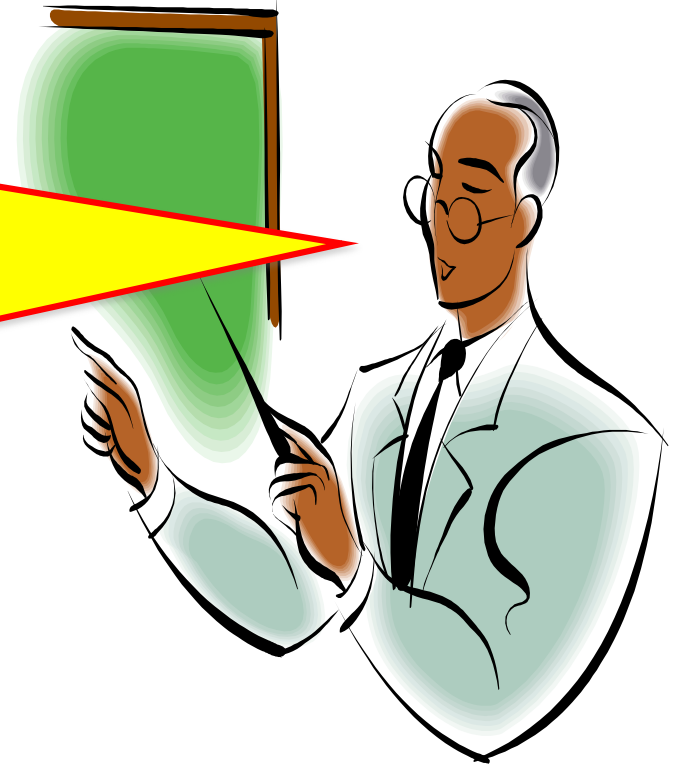
Nunmehr muss der Auftraggeber die Abnahme **unter Bezeichnung konkreter Mängel (Mangelsymptome!)** verweigern, um zu verhindern, dass die Abnahmewirkungen mit Fristablauf eintreten.



## § 640 Abnahme

Der Auftragnehmer muss aber darlegen und beweisen, dass er sein Werk „**fertiggestellt**“\* hat! Dies bedeutet, dass er ggfls. darzulegen und zu beweisen hat, dass die vertraglich geschuldeten Leistungen abgearbeitet hat.

Dann kann der Auftragnehmer (dennoch) unter Verweis auf konkrete Mängel (besser: **Mangelsymptome**!) innerhalb der ihm gesetzten Frist die Abnahme verweigern!



## § 640 Abnahme

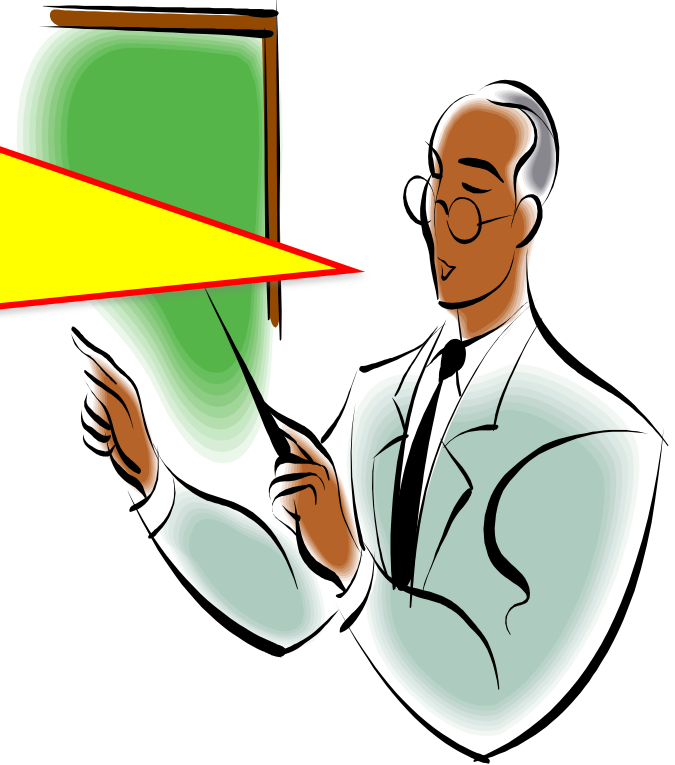
Auf der Basis der Motive des Gesetzgebers dürfte für die Abnahmefiktion indes keine Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ und „vermeintlichen“ oder „tatsächlichen“ Mängeln bestehen, da die Unterscheidung im Einzelfall schwierig ist und häufig erst im gerichtlichen Verfahren festgestellt wird!

Das bedeutet, dass auch wenn der Auftraggeber nur einen „vermeintlichen unwesentlichen“ Mangel rügt, alles beim Alten bleibt!



## § 640 Abnahme

Es ist auch nicht nötig, dass der AG alle Mängel angibt. Ist die Fiktion nicht eingetreten, gelten die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zur (un-)berechtigten **Abnahmeverweigerung**, deren Vorliegen erst in einem späteren Prozess festgestellt werden kann!  
Der AG kann also auch Mängel „**nachschieben**“!



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Werkvertrag

---



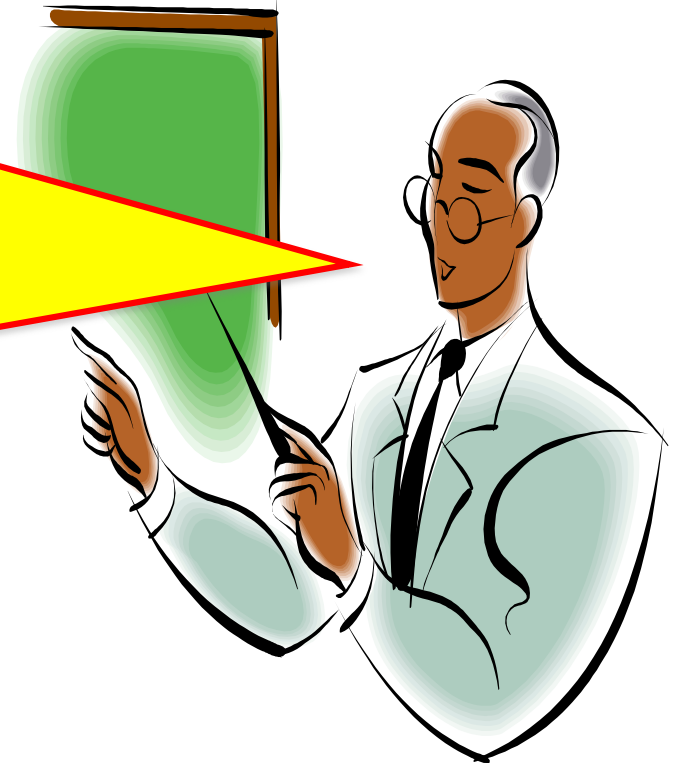
## § 640 Abnahme

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Hinweispflicht gem. § 640 Absatz 2 Satz 2 BGB bei Verträgen mit Verbrauchern!

Es ist noch in keiner Weise entschieden wie genau bzw. in welcher Tiefe der Auftragnehmer den Auftraggeber/ Verbraucher über sein Verweigerungsrecht bei Mängeln informieren muss und inwieweit z.B. ein Hinweis auf die

*„Symptomrechtsprechung“*

des Bundesgerichtshofes erforderlich ist.





# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

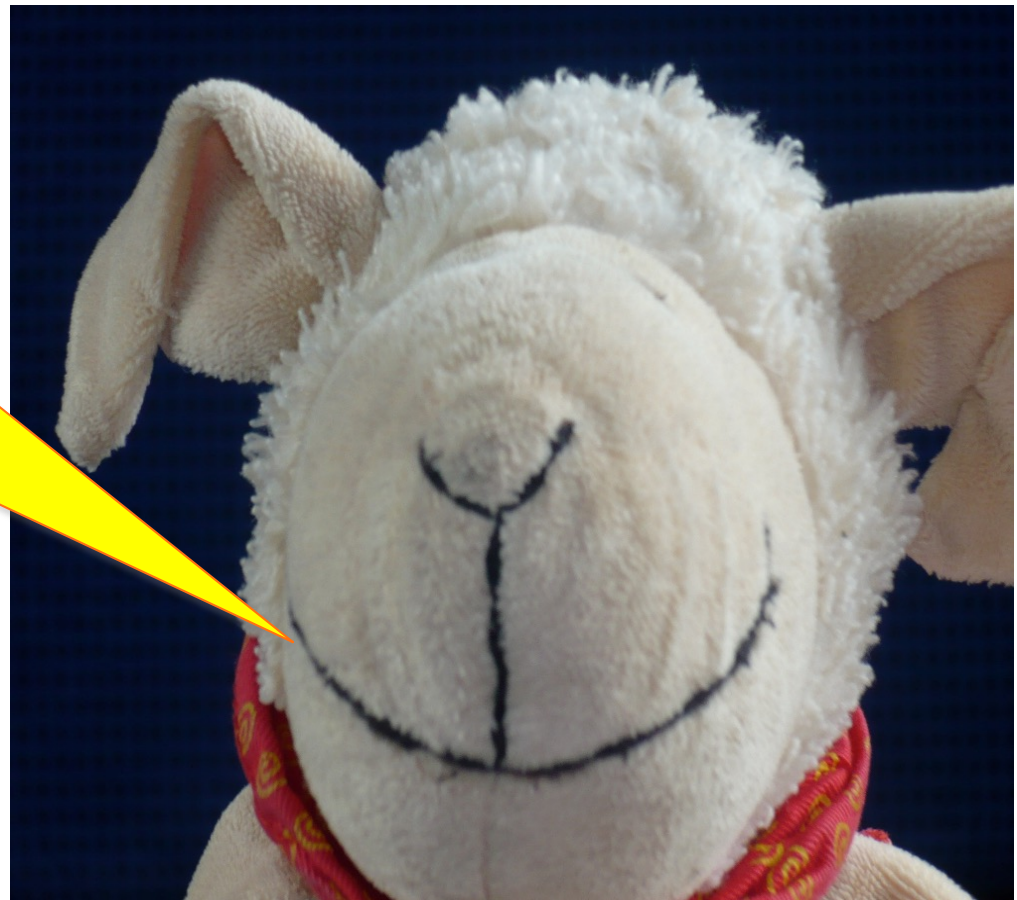
## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Werkvertrag

---

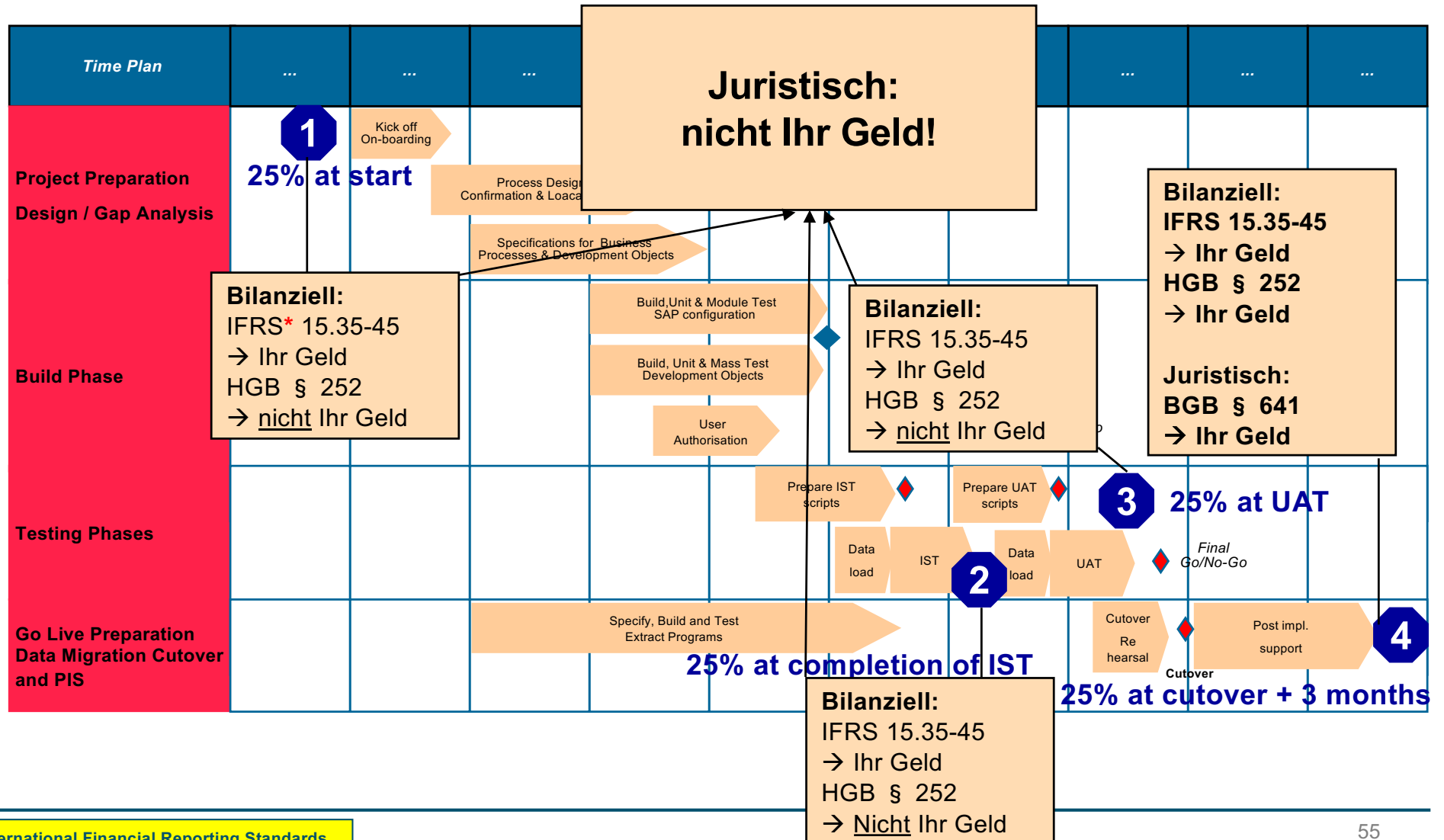


***Und weiter  
gehts!!!***



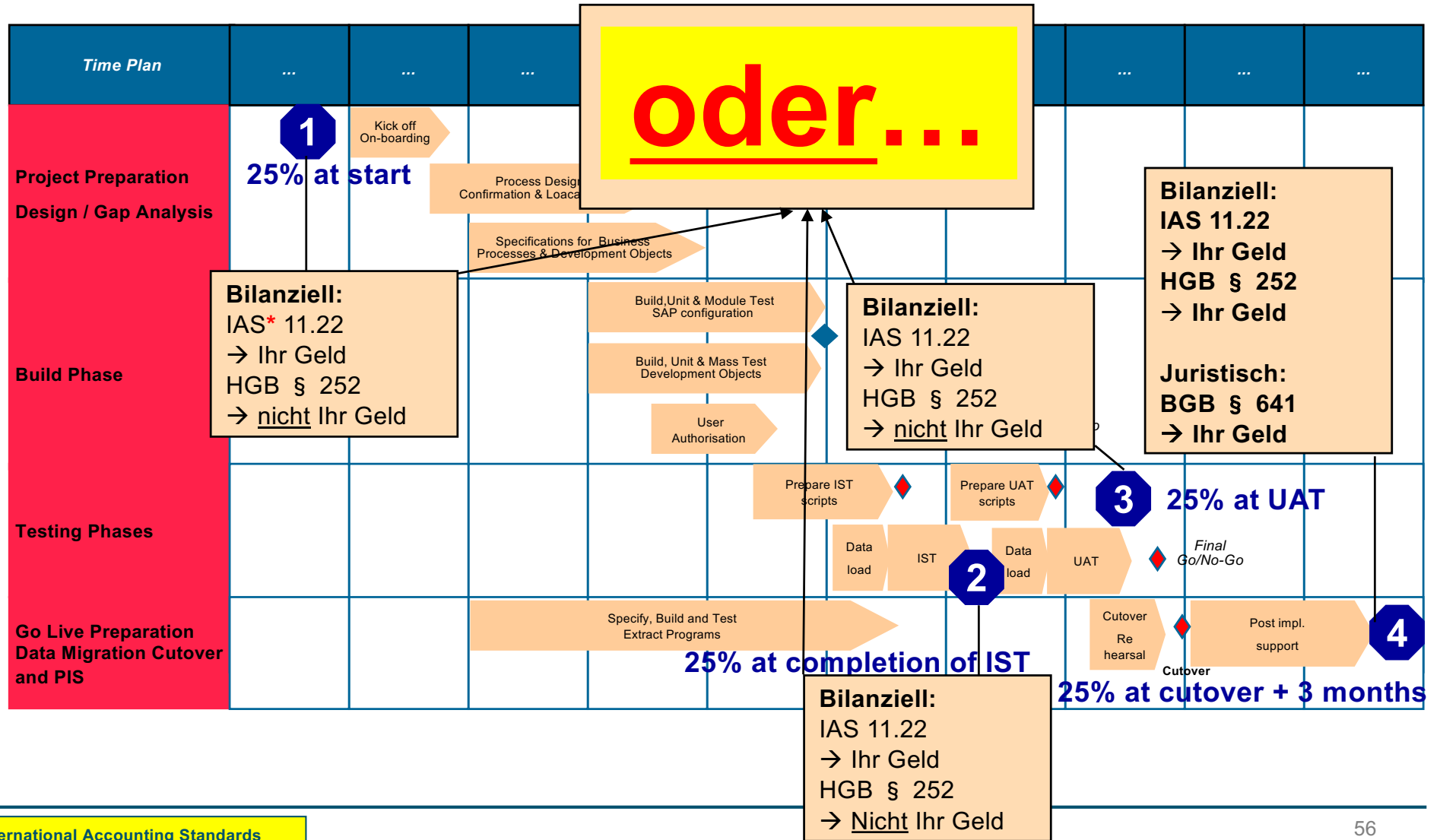
## einzelne Vertragstypen / Werkvertrag

## Payment Schedule for each work package



## einzelne Vertragstypen / Werkvertrag

## Payment Schedule for each work package



**Juristisch:**

**§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB:**

*„Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten.“*

**Aber:**

**§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB** ist dispositives Recht, d.h.  
veränderbar.

**Also:**

**Vertragliche Festlegung**, dass frühere Zahlungen  
bereits wirksame Zahlungen auf die Gesamtvergütung  
sind.

**Folge:**


Der rechtliche Anspruch auf das Geld  
besteht mit jeder Zwischenzahlung.

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Werkvertrag

#### Juristisch:



§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB:

„[...]  
der Abnahme des Werkes zu entrichten.“

Wenn eine  
(**Gesamt-)****Abnahme**  
nicht erfolgt, ist Alles  
wieder  
**zurückzuzahlen!!!**

**Stlegung**, dass frühere Zahlungen  
Zahlungen auf die Gesamtvergütung

**Folge:**  
Der rechtliche Anspruch auf das Geld  
besteht mit jeder Zwischenzahlung.

## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 10):

Zur Implementierung eines ERP-Systems bei der „**Lebensmittel AG**“ haben Sie sich mit deren Verantwortlichen auf die Verhandlung eines Vertrages verständigt.

Bei der Frage, welche Inhalte der Vertrag haben soll, diskutieren Sie mit dem Kunden, ob

- ein Coaching gewünscht ist, oder ob
- Ihr Unternehmen die vollständige Durchführung verantworten soll.

Die „**Lebensmittel AG**“ entscheidet sich ausschließlich für ein **Coaching**.

**Was ist bei der Vertragserstellung zu beachten?**

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen/Dienstvertrag

---

#### Dienstvertrag - § 611 BGB

kein Erfolg geschuldet, sondern bestmögliches Bemühen nach anerkannten Regeln der Kunst (Lege Artis)

unmittelbarer Vergütungsanspruch

keine „Gewährleistung“

- Hauptpflicht des *Dienstverpflichteten*:
  - Erbringung der versprochenen Dienste
- Hauptpflicht des *Dienstberechtigten*:
  - Zahlung der Vergütung
  - keine Abnahme
- Projekt- und Erfolgsverantwortung liegt beim Auftraggeber
- nur Schadensersatz
- Weisungsrecht des Auftraggebers, grds. keine Mitwirkungspflichten



**In der Gegenüberstellung bedeutet dies:**



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### einzelne Vertragstypen / Werk- und Dienstvertrag

---

#### Werkvertrag - § 631 BGB

- Hauptpflicht des *Unternehmers*:
  - erfolgreiche Erstellung des geschuldeten Werkes
- Hauptpflicht des *Bestellers*:
  - Zahlung der Vergütung
  - Abnahme des Werkes
- Projekt- und Erfolgsverantwortung liegt beim Auftragnehmer
- Rechte bei Mängeln § § 634 BGB ff.
- Mitwirkung des Bestellers § 642 BGB

#### Dienstvertrag - § 611 BGB

- Hauptpflicht des *Dienstverpflichteten*
  - Erbringung der versprochenen Dienste
- Hauptpflicht des *Dienstberechtigten*:
  - Zahlung der Vergütung
  - keine Abnahme
- Projekt- und Erfolgsverantwortung liegt beim Auftraggeber
- nur Schadenersatz & Regress
- Weisungsrecht des Auftraggebers, grds. keine Mitwirkungspflichten

## Abgrenzung von Werk- und Dienstvertrag

- es kommt darauf an, ob eine Dienstleistung als solche oder deren Erfolg geschuldet wird (**BGH Urt. v. 16.7.2002 - X ZR 27/01**)
- der Titel des Vertrags ist irrelevant – „*Falsa demonstratio* ...“
- für das Vorliegen eines Werkvertrages spricht:
  - Art & Umfang der Leistung sind konkret festgelegt
  - Vergütung ist erfolgsabhängig gestaltet
- für das Vorliegen eines Dienstvertrages spricht:
  - zeitaufwandsabhängige Vergütung

## Abgrenzung von Werk- und Dienstvertrag

### Tipp!

Dem von den Parteien gewählten Titel eines  
Vertrages – etwa: **Projektvertrag** – sowie der

Art und Weise der Vergütung kommt allenfalls Indizwirkung zu!

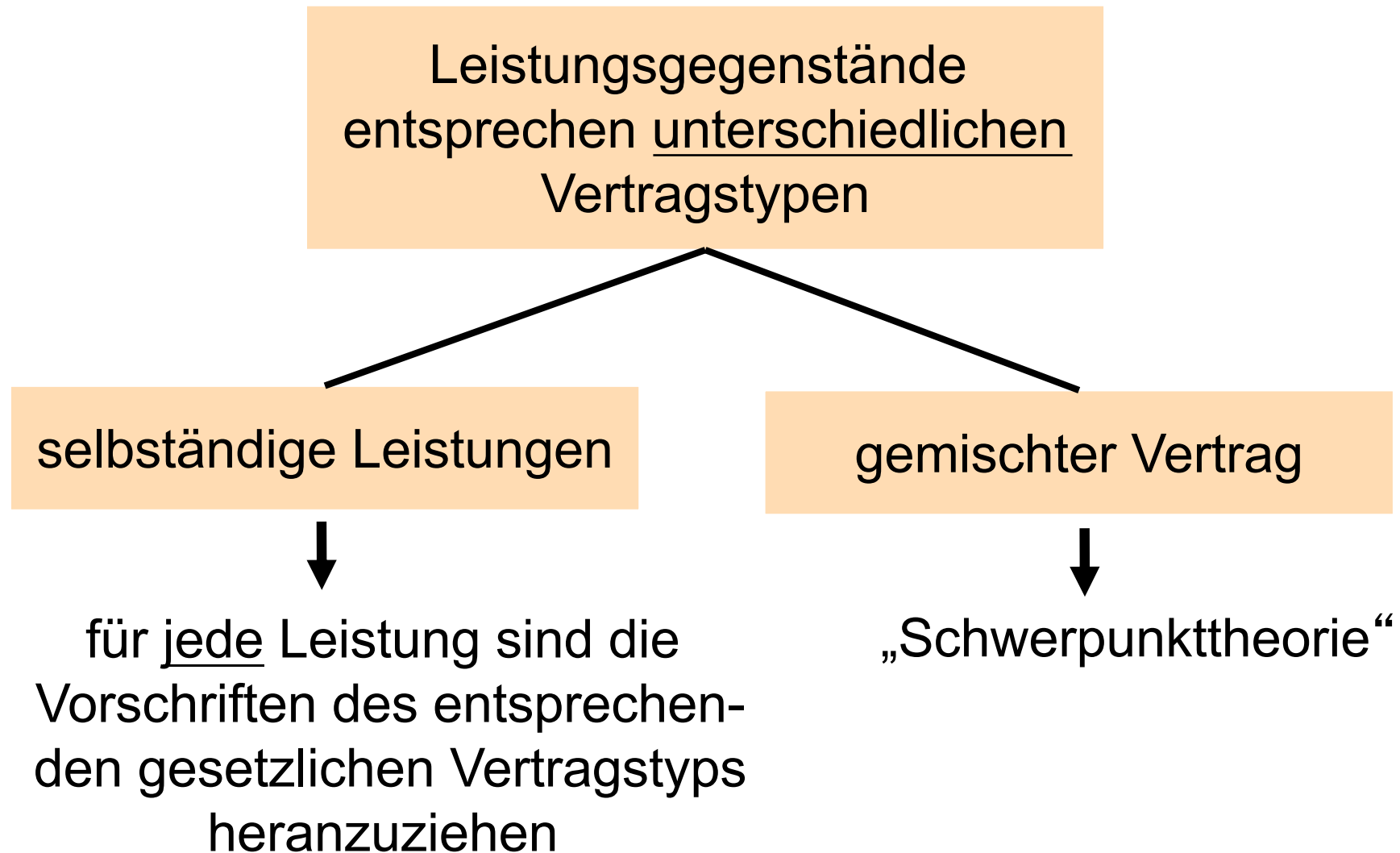
- Fixpreis bedeutet nicht zwangsläufig ein Werkvertrag,
- Aufwandsprojekte sind nicht zwangsläufig Dienstverträge!

- zeitaufwandsabhängige Vergütung



**...und was  
gildet eigentlich,  
wenn Alles  
durcheinander  
geht???**





Leistungsgegenstände  
entsprechen unterschiedlichen  
Vertragstypen

***„Ich kenne keine gemischten Verträge,  
ich kenne nur SLAs, ASP, Outsourcing  
und Managed Services!?“***



Vorschriften des entsprechen-  
den gesetzlichen Vertragstyps  
heranzuziehen

## Schwerpunkttheorie:

- bei Kollision rechtlicher Vorschriften ist das Recht anzuwenden,
  - welches den **rechtlichen** oder
  - **wirtschaftlichen** Schwerpunkt des Vertrages bildet
- bei „gleichwertigen“ Schwerpunkten ist das Recht des Vertragstyps anzuwenden, das
  - dem Vertragszweck und
  - dem Willen der Parteien **am besten entspricht!**

### Beachte!

Der Vertragstyp kann sich durch nachträgliche **Änderungen**, die den **Schwerpunkt der Leistungspflichten** verlagern, ebenfalls verändern.



## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 11):

Ihre Firma, die „**Software & Hardware GmbH**“, erhält per Post eine Mitteilung, nach der die „**Lebensmittel AG**“ sich für den Kauf einer neuen Standardsoftware zur Textverarbeitung interessiert.

Ihre Mitarbeiter erstellen daraufhin ein diesbezügliches Angebot, welches von der „**Lebensmittel AG**“ angenommen wird.

Die Software wird auf einer Master DVD (Golden Disc) von Ihnen geliefert und von der „**Lebensmittel AG**“ bezahlt.

**Was ist bei der Vertragserstellung zu beachten?**

#### Kaufvertrag - § 433 BGB

- Hauptpflicht des *Verkäufers*:
  - Übergabe des Kaufgegenstandes an den Käufer
  - Verschaffung des Eigentums ausschließlich an der DVD
  - Einräumung bestimmter Nutzungsrechte
- Hauptpflicht des *Käufers*:
  - Zahlung des Kaufpreises und Abnahme des Kaufgegenstandes
- Sachkauf und Rechtskauf
- Rechte bei Mängeln § 437 BGB

Übergabe = Besitzverschaffung  
(tatsächliche Sachherrschaft)

Im Gegensatz zum reinen Sachkauf ist eine **Rechtseinräumung** zwingend erforderlich („Lizenz“).

#### **beispielhafte Nutzungsrechte:**

- einfaches Nutzungsrecht
- (nicht) ausschließliche Rechte
- zeitlich / räumlich (un)begrenzt

## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 12):

Sie wollen nun mit ihrem Kunden „**Lebensmittel AG**“ einen Vertrag über die Erstellung von Individualsoftware schließen.

Hierbei handelt es sich um eine völlig neue Warenwirtschaftssystem-Entwicklung, die dem Kunden gemäß Pflichtenheft an einem bestimmten Tag funktionsfähig zur Verfügung gestellt werden muss.

Sie fragen sich, welcher Vertragstyp bei der Erstellung von Individualsoftware zur Anwendung kommt?

Werkvertragsrecht, Dienstvertragsrecht, Kaufrecht oder gar etwas ganz Anderes?

**Was denn nun???**



Vertragliche Einordnung der  
Erstellung von **Individual-Software**:  
Werkvertrag versus Kaufvertrag

## Werkvertrag =

*ein entgeltlicher gegenseitiger Vertrag, bei dem ein Unternehmer sich gegenüber einem Besteller zur Herstellung und Verschaffung eines individuellen Werks, d.h. zur Herbeiführung eines bestimmten Arbeitsergebnisses (Erfolges) im Austausch gegen die Leistung einer Vergütung verpflichtet.\**



Der Gegenstand der Leistungspflicht des Unternehmers ist die entgeltliche Wertschöpfung dadurch, dass er durch seine Arbeitsleistung für den Besteller das vereinbarte **Werk** schafft oder einen erfolgsbezogenen Beitrag zu seiner Verwirklichung leistet.\*\*

**Dies ist z.B.:**

←  
ein **körperliches**  
**Arbeitsergebnis**

→  
ein **unkörperliches**  
**Arbeitsergebnis**

---

\*Palandt, Einf. v. § 631 Rdn. 1

\*\*BGH, Urt. v. 11.10.2001 – VII ZR 475/00, NJW 02, 749

# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### Werkkauf

---

Mit dem *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG)\** hat der Gesetzgeber zur Umsetzung der *Verbrauchgüterkauf-Richtlinie (VerbrGKRL)\*\** der EU über die Neufassung des § 651 Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen **insgesamt dem (neuen) Kaufrecht unterstellt**. Aus Gründen der Vereinfachung und Übersichtlichkeit würden hierbei aber nicht nur Verbraucherverträge, sondern auch **alle entsprechenden Verträge über die Lieferung neu hergestellter beweglicher Sachen** mit erfasst und neu geregelt bzw. einbezogen („*überschießende Umsetzung*“).



Nach seiner Konzeption unterstellt § 651 BGB, anders als die a.F. Verträge zur Lieferung beweglicher Sachen, die erst herzustellen oder zu erzeugen sind, **insgesamt dem Kaufrecht** unabhängig davon, ob der Vertrag nach der Art der eingegangenen Verpflichtung (Herstellung einer bestimmten Sache und damit die Verpflichtung zu einem Arbeitserfolg) **vertragstypisch dem Werkvertragsrecht zuzuordnen wäre, und unabhängig davon, ob es sich um vertretbare oder unvertretbare Sachen handelt**, bzw. wer das Material stellt.

Bei Lieferungsverträgen über **nicht vertretbare Sachen** erklärt § 651 S. 3 BGB außerdem in bestimmtem Umfang **einige werkvertragliche Vorschriften für zusätzlich anwendbar**.

\*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl I 2742

\*\*Richtlinie 1999/44/EG v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl EG Nr L 171 S 12

## § 650 ( § 651 alt) BGB Anwendung des Kaufrechts / Neuregelung des § 650 ( § 651 alt) BGB zum 01.01.2002

*§ 651 Anwendung des Kaufrechts. <sup>1</sup>Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender **beweglicher Sachen** zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. <sup>2</sup>...*

*<sup>3</sup>Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um **nicht vertretbare** Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.*



# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### Werkkauf

**Nochmals:** Nach seiner Konzeption unterstellt **§ 650 BGB**, anders als die a.F. Verträge zur Lieferung beweglicher Sachen, die erst herzustellen oder zu erzeugen sind, insgesamt dem Kaufrecht unabhängig davon, ob der Vertrag nach der Art der eingegangenen Verpflichtung (Herstellung einer bestimmten Sache und damit die Verpflichtung zu einem Arbeitserfolg) vertragstypisch dem Werkvertragsrecht zuzuordnen wäre, und unabhängig davon, ob es sich um vertretbare oder unvertretbare Sachen handelt, bzw. wer das Material stellt. Bei Lieferungsverträgen über nicht vertretbare Sachen erklärt **§ 650 S. 3 BGB** außerdem in bestimmtem Umfang einige werkvertragliche Vorschriften für zusätzlich anwendbar.

Ein Vertrag der ein entsprechendes Gewerk zum Inhalt hat, soll nur dann **nicht** unter **§ 650 BGB** fallen, wenn nach dem Vertragsinhalt **nicht** die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund steht, **sondern ein über die bloße technische Herstellung einer Sache hinausgehender Gesamterfolg** den Schwerpunkt der Verpflichtung des Unternehmers bildet.

Dass soll dann der Fall sein, wenn für den Gesamterfolg **weitere über die Pflicht zur rein technischen Herstellung der Sache hinausgehende Leistungen** erforderlich sind, die den Schwerpunkt des Vertrages bilden.

**Wichtig:** Mit der Herstellung zusammenhängende Leistungen, wie z.B. eine **planerische Tätigkeit** des Unternehmers als Vorstufe der Herstellung sollen hierzu indes **nicht** genügen.\*





# IT-Recht Grundlagen für Informatiker

## Vertragsarten, typische Inhalte & Problemfelder

### Werkkauf

---

Werkvertragsrecht gilt deshalb für die Herstellung oder Produktion unkörperlicher Werke (z.B. Architektenplanung, Erstellung von Gutachten, Unterricht, Seminare, Theateraufführung usw.)



bzw. von anderen Werken, die nicht als Sache anzusehen sind, auch wenn das Werk **zwar in einer beweglichen Sache verkörpert ist, sein Schwerpunkt aber in der dort wiedergegebenen geistigen Leistung liegt** (z.B. schriftl. Gutachten, Werbedesign).\*

## Was sagt das (Werkvertrags-) Recht also aus?

### § 650 BGB Anwendung des Kaufrechts

Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den **Kauf** Anwendung. (...)



Ist Software eine Sache?

### § 90 BGB Begriff der Sache:

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände

- **BGH-Urteil vom 15.11.2006 - XII ZR 120/04 („ASP-Urteil“; CR 2007, 75)**
  - „Der Bundesgerichtshof hat wiederholt entschieden, dass eine auf einem Datenträger **verkörperte Standardsoftware** als **bewegliche Sache** anzusehen ist, ...“ (Rz. 15)
  - „... denn die **der Steuerung des Computers dienenden Programme müssen**, um ihre Funktion erfüllen zu können, d.h. um überhaupt nutzbar zu sein, **in verkörperter Form vorhanden sein** ...“ (Rz. 16)
  - „Gegenstand ... ist somit **stets die verkörperte geistige Leistung**. ... Vergleichbar mit dem elektronischen Datenträger ist das Buch. Auch das Buch, dessen Sachqualität nicht angezweifelt wird, ist Ergebnis einer schöpferischen Geistestätigkeit und wird ausschließlich wegen seines geistigen Inhalts und nicht wegen seines Informationsträgers, des Papiers, erworben. Dadurch verliert es jedoch nicht seine Sachqualität “ (Rz. 16)

■ BGH-Urteil vom 23.07.2009 - VII ZR 151/08 (CR 2009, 637)

Amtliche Leitsätze 1 und 3:

- Kaufrecht ist auf **sämtliche** Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender **beweglicher Sachen** anzuwenden ...
- Eine andere Beurteilung ist auch dann **nicht** gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung ... vorauszugehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.

## Software ist also eine bewegliche Sache!



Die herrschende Meinung in der Juristerei:

Software ist zwar ein immaterielles Gut,  
das man nicht anfassen kann ...

... allerdings werden die Daten  
auf einem Datenträger verkörpert.

**Also: Software = bewegliche Sache**

**Das bedeutet also:**

#### § 650 Anwendung des Kaufrechts

Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender **beweglicher Sachen** zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den **Kauf** Anwendung. (...)

#### **Aber:** § 650 Satz 3

(...) Handelt es sich um **nicht vertretbare Sachen**, sind neben dem Kaufrecht bestimmte Vorschriften aus dem Werkvertragsrecht anzuwenden.

#### **Nicht vertretbare Sachen**

sind solche, die durch die Art ihrer Herstellung den Kundenwünschen angepasst sind und deshalb individuelle Merkmale besitzen, nicht austauschbar und für den Unternehmer schwer oder gar nicht anderweitig absetzbar sind.

#### § 650 Anwendung des Kaufrechts

Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender

**Die Erstellung von  
Individualsoftware richtet  
sich folglich nach  
Kaufvertragsrecht!!!**

**(ergänzt um werkvertragliche Regelungen)**



**Zumindest noch nach  
der jetzigen  
gesetzlichen Lage!**

angepasst sind und deshalb individuelle Merkmale besitzen, nicht austauschbar und für den Unternehmer schwer oder gar nicht anderweitig absetzbar sind.

### Werkvertrag

( § 631 BGB )

- Hauptpflicht des *Unternehmers*:
  - ▶ erfolgreiche Erstellung des geschuldeten Werkes
- Hauptpflicht des *Bestellers*:
  - ▶ Zahlung der Vergütung
  - ▶ Abnahme des Werkes § 640 BGB
- Projekt- und Erfolgsverantwortung für das Werk liegt beim Auftragnehmer
- Rechte bei Mängeln § 634 BGB
- Mitwirkung des Bestellers § 642 BGB

### Werkkaufvertrag

( § 650 S. 3 BGB )

- Hauptpflicht des *Verkäufers*:
  - ▶ Übergabe der Kaufsache
  - ▶ Eigentumsübertragung
- Hauptpflicht des *Käufers*:
  - ▶ Zahlung des Kaufpreises und Annahme der Kaufsache § 433 BGB
- Verantwortung für Lieferung der Kaufsache liegt beim Auftragnehmer
- Rechte bei Mängeln § 437 BGB
- Mitwirkung des Bestellers § 642 BGB



## Ein Sachverhalt aus dem realen Leben (Fall 13):

Nach dem Verkauf der Hardware an die „**Lebensmittel AG**“ und Ablauf der „Gewährleistung“, stellt diese fest, dass sie aufgrund personeller Engpässe nicht in der Lage ist, die Hardware selbst zu warten. Sie bittet die „**Software & Hardware GmbH**“ um einen Vorschlag.

Die „**Software & Hardware GmbH**“ bietet den Abschluss eines Wartungsvertrages an.

**Was ist ein Wartungsvertrag?**

#### Wartungsvertrag

- Hauptpflicht des *Unternehmers*:
  - erfolgreiche (?) Wartung der Hardware
- Hauptpflicht des *Bestellers*:
  - Abnahme der gewarteten Hardware?
  - Zahlung der Vergütung
- Erfolgsverantwortung liegt beim Auftragnehmer oder Auftraggeber?
- Rechte bei Mängeln?
- Mitwirkung des Bestellers?

geschuldete Leistung =  
Herbeiführung eines bestimmten  
Arbeitsergebnisses (Erfolg)?  
→ Werkvertrag

Vergütung erst mit Abnahme fällig?  
→ Werkvertrag

Gewährleistung?  
→ Werkvertrag

#### Wartungsvertrag

- Hauptpflicht des *Unternehmers*:
  - erfolgreich Hardware
- Haupt... are?
- Erf... er?
- Rechte
- Mitwirkung des Bestellers?

**...und war  
da nicht noch  
irgend etwas  
Anderes???**

geschuldete Leistung =  
Herbeiführung eines bestimmten  
Arbeitsergebnisses (Erfolg)?



#### Service Level Agreement

##### Regelungsinhalt

- Gemeinsame Vereinbarung über die Qualität der zu erbringenden Leistungen
- Messmethoden, Messpunkte und Messwerte müssen definiert werden
- Verpflichtung zur Einhaltung definierter Serviceparameter (z.B. Reaktionszeit, Behebungszeiten, Verfügbarkeiten, Servicezeit)
- Es definiert die Poenalisierung im Falle der Nichterreichung der vereinbarten Servicequalität.

Gesetzlich nicht vorgesehen.  
Behandlung analog § § 631 ff.  
**BGB**

→ Grundlage also Werkvertrag

geschuldetes Werk = Herbeiführung  
eines bestimmten  
Arbeitsergebnisses (Erfolg)

Vertragsstrafe, pauschalierter  
Schadenersatz oder pauschalierte  
Minderung

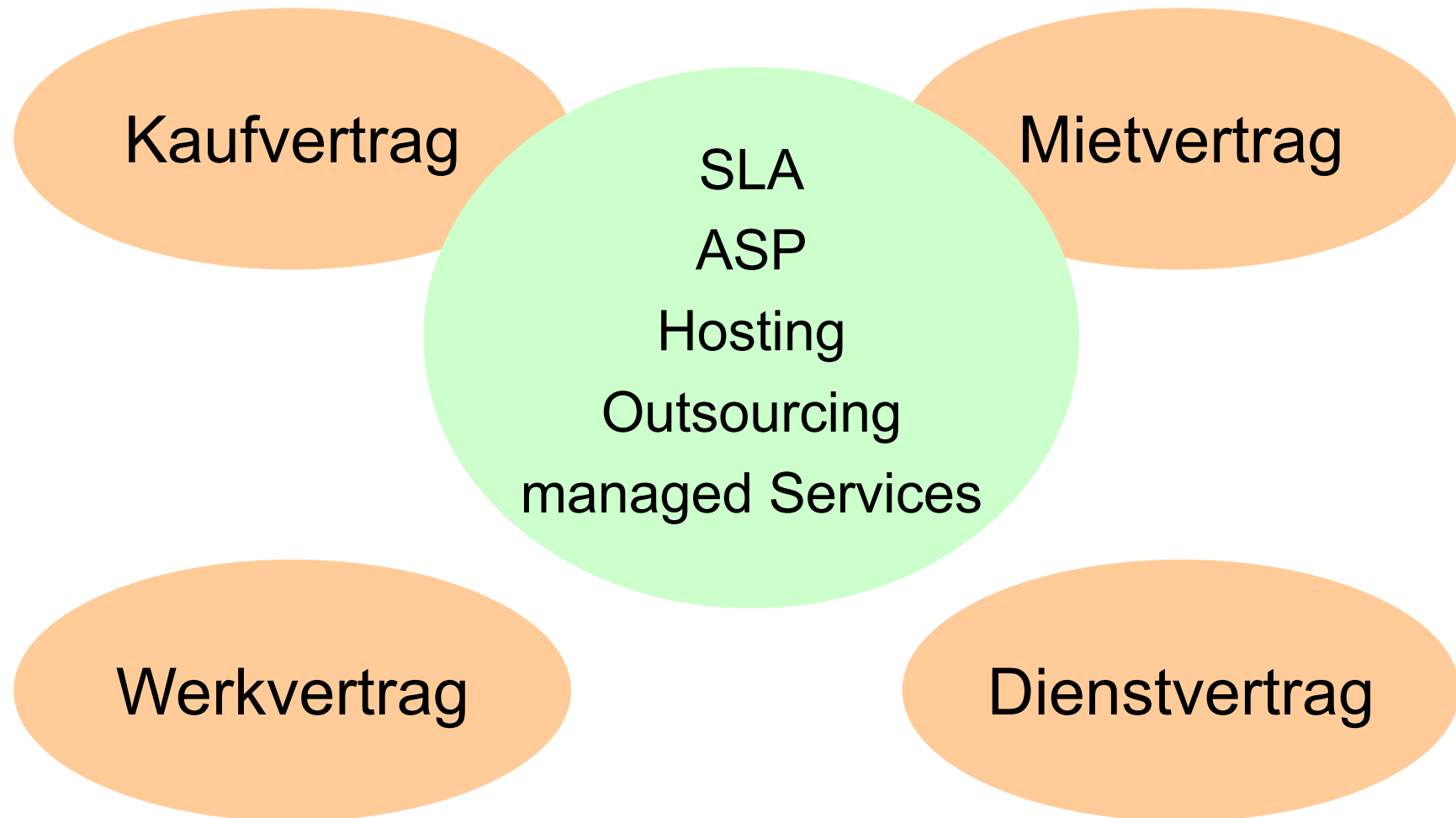
Service Level Agreements (SLAs) dienen dazu, geschuldete Leistungen näher zu definieren.

Ist **nichts** geregelt, ist die Leistung immer vollumfänglich, also zu 100% zu erbringen!

(BGH Urt. v. 12.12.2000 - IX ZR 138/00 „Postbank-Urteil“ )



Welche Vertragsart findet Anwendung bei ...



#### ■ Application Service Providing (ASP)

- Technische Möglichkeit und Berechtigung, auf eine fremde Softwareapplikation, die auf einem Server betrieben wird, zuzugreifen und im Rahmen des Vertrages zu nutzen. Applikationsverantwortung liegt beim *Auftragnehmer*.

Zugriffs- und Nutzungsberechtigung auf die Applikation auf Zeit gegen Entgelt → **Miete**

#### ■ Hosting

- Betrieb eigener Softwareapplikationen auf fremden Serversystemen. Applikationsverantwortung liegt beim *Auftraggeber*.

Zugriffs- und Nutzungsberechtigung auf die Server auf Zeit gegen Entgelt → **Miete**

#### ■ Outsourcing

- Übertragung von bislang selbst oder einem Dritten durchgeführten/erbrachten IT-Leistungen auf einen anderen IT Dienstleister.

mit Erfolgsverantwortung:  
**Werkvertrag**

ohne Erfolgsverantwortung:  
**Dienstvertrag**



**Was gilt denn  
jetzt überhaupt  
bei  
Software???**

- Überlassung von Standardsoftware auf Dauer und auf Datenträger = **Kauf** (wohl unstr.)
- Überlassung von Standardsoftware auf Zeit und auf Datenträger = **Miete** (wohl unstr.)
- Überlassung von Standardsoftware auf Zeit und „online“ = **Miete** (BGH-Urteil vom 15.11.2006 - XII ZR 120/04, „ASP-Urteil“; **CR 2007, 75**, wohl unstr.)
- Überlassung von Standardsoftware auf Dauer und „online“ = **Kauf** (so jetzt EuGH, Urt. v. 3. Juli 2012 – C -128/11 UsedSoft GmbH / Oracle International Corp)
- Überlassung von Individualsoftware auf Dauer und wie auch immer = **Kauf- o. Werkvertrag** (wegen § 650 BGB wohl Kaufvertrag!)



Nochmals:



Dem von den Parteien gewählten **Titel eines Vertrages**

– etwa: „**Projektvertrag**“ –

sowie der **Art und Weise der Vergütung** kommt

allenfalls Indizwirkung zu!

- Fixpreis bedeutet nicht zwangsläufig ein Werkvertrag!
- Aufwandsprojekte sind nicht zwangsläufig Dienstverträge!

## **Herzlichen Dank für ihre Aufmerksamkeit**

**Rechtsanwalt Prof. Wolfgang Müller**

Fachanwalt für Informationstechnologierecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Schlichter / Schiedsrichter nach SOBau

Honorarprofessor der Technischen Universität Dortmund und

Lehrbeauftragter der Fachhochschule Dortmund

**Schlüter Graf Rechtsanwälte PartG mbB, Dortmund / Hamburg / Dubai**