WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

Gute IT-Verträge

– Geld sparen und Konflikte vermeiden –

Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner

Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

WERNER Rechtsanwälte Informatiker

RA Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Partner, Rechtsanwalt
  Diplom-Informatiker
  Fachanwalt für IT-Recht
  Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
  Externer Datenschutzbeauftragter (TÜV-Zertifikat)
- **WERNER Rechtsanwälte Informatiker**
  Oppenheimstraße 16, 50668 Köln
- Telefon 0 221 / 97 31 43 – 66
  Telefax 0 221 / 97 31 43 – 99
  marcus.werner@werner-ri.de
  https://www.werner-ri.de

WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Vorwort

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Was bringt ein guter Vertrag rechtlich?
- Was bringt ein guter Vertrag wirtschaftlich?
- Was bringt ein guter Vertrag technisch/faktisch?

Lassen Sie uns mit einander sprechen!

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- **Software-/Dienstleisterwahl**
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Software- und Dienstleisterauswahl

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-Auswahl
  - Analyse des Ist-Zustandes
    - Technik (Software, Hardware, sonstige IT)
    - Organisation
    - Fähigkeiten und Erfahrungen
  - Visionen, Ziele, Wünsche ermitteln
  - Nutzer einbeziehen: Einkauf weiß nicht immer, was die Anwender oder die IT benötigen bzw. wollen
  - Markt-Analyse
  - GAP-Analyse

Software- und Dienstleisterauswahl

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-Auswahl
  - Frühzeitig DSB und SiBe einbeziehen:

    Software, die inkompatibel mit eigenen TOMs oder bestehenden Verträgen oder regulatorischen Anforderungen (Gesundheit, KRITIS, BaFin) ist, bringt nichts
- Auswahl der IT-Infrastruktur bzw. IT-Landschaft
  - Eigenes Blech oder SaaS/ASP oder „Private Cloud“?

Software- und Dienstleisterauswahl

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

Referenzen nicht zu eng am Projekt!

- Dienstleister analysieren
  - Referenzen und Branchenerfahrung und Zertifizierung (z.B. ISO)

    Wird regelmäßig in öffentlichen Ausschreibungen auf die Spitze getrieben und im Sinne des Projekterfolgs falsch gemacht.

    Beispiel: Vergabe der *projektbegleitenden Rechtsberatung und -prüfung für die Entwicklung AI-softwarebasierter Anonymisierung von Videoaufnahmen im datenschutzsensiblen Raum Klassenzimmer*

    Referenzanforderung: *mindestens 2 und maximal 3 Referenzen für die Begleitung IT-datenschutzrelevanter Verfahren für öffentliche Einrichtungen im Land M-V*

Software- und Dienstleisterauswahl

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Dienstleister analysieren
  - Verhandlungsposition bestimmen
    - Verhandlungsmöglichkeiten werden häufig unterschätzt!
  - Aktuell, Corona-Themen:
    - Erfahrung mit Video-Konferenzen
    - Hygiene-Regelungen
    - Vor-Ort-Einsatz
- Unabhängige Software- oder Projekt-Berater

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- **<u>Vertragsgegenstand</u>**
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Vertragsgegenstand

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Soll-Leistungen definieren
- Organisation des Projektes definieren
  - Strukturen
  - Prozesse/Abläufe
  - Entscheidungswege
  - Verantwortlichkeiten
- Formulierung (ERP-Dienstleister)

  *Die jeweilige Verantwortung je Leistungspaket ergibt sich aus der **Anlage 3** „Leistungselemente der Vertragspartner".*

Anlagen nicht unterschätzen, lesen!

Vertragsgegenstand

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Technische Anforderungen beschreiben (vgl. auch Abschnitt Pflichtenheft)
  - Funktionale Anforderungen (was soll die IT können?)
  - Nicht-Funktionale Anforderungen (in welcher Qualität?)
  - **Entscheidend** ist nicht die Abgrenzung beider Begriffe, sondern dass beides inhaltlich durchdacht und geregelt ist.

Vertragsgegenstand

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Wichtig ist der Vertragstyp: Werk-, Dienst-, Kauf-, Leasing- oder auch Mietvertrag
  - Vom Vertragstyp hängen die wechselseitigen Rechte und Pflichten entscheidend ab, und zwar sowohl Hauptpflichten als auch Nebenpflichten
  - Was, in welcher Zeit, zu welchem Preis geschuldet?
  - „Bloße“ Bemühungen oder bestimmter Erfolg?
- Erfolgs-Fragen
  - Wann ist ein Erfolg „bestimmt“?
    (Wollen nicht alle immer „erfolgreich“ sein?)
  - Gibt es in der IT „Mittlere Art und Güte“?
    (wenn also der Erfolg nicht detailliert definiert ist)

Vertragsgegenstand

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Werkvertrag als „Unfall“
- Beispiel einer Klausel, die alles verändert (hat)?!

Die Firma [ERP-Softwarehersteller] liefert der Firma [Kunde] für deren operative Tochtergesellschaften [Tochter 1 bis 3] ein ***funktionsfähiges ERP-System, bestehend aus*** *den Lizenzen (Anlage 1 Auftrag 20520) und dem Dienstleistungsrahmenvertrag (Anlage 2 Auftrag 20522) mit den geschätzten Tagewerken (Personentage), die zur Einführung erforderlich sind.*

Aus ursprünglich separaten Lizenzvertrag und Dienstvertrag ist ein Werkvertrag geworden.

Vertragsgegenstand

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Trennung von verschiedenen Bestandteilen ?
  - Planung / Blueprint / Feinspezifikation / Scopingphase
  - Hauptleistung (Lieferung, Programmierung, Customizing)
  - Nachbetreuung nach GoLive, u.a. mit Wartung / Pflege, Support
- Falls, ja Gesamt-Projekt und Übersicht nicht aus den Augen verlieren!
  - Das kann durchaus ambitioniert sein. Ein typisches ERP-Projekt kann folgende Verträge beinhalten (Original aus 2019/2020):
  - Verschwiegenheitsvertrag, Workshopvertrag, Pflichtenheftvertrag, Absichtsvertrag (LOI), Beratungsvertrag, Lizenzvertrag, Wartungsvertrag, Servicevertrag, Hostingvertrag, Cloud-Vertrag und AV-Vertrag

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- **Pflichtenheft und Abnahme**
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Pflichtenheft und Abnahme

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Pflichtenheft („Wasserfall“) versus Agil (Scrum & Co.)
- Mindestanforderungen an Pflichtenheft
  - Systemvoraussetzungen (technische Struktur und Einbettung)
  - Anforderungen an die Software bzw. an das Projekt, möglichst strukturiert z.B.
    - Prozessabläufe
    - Schnittstellen
    - Formulare, Drucker
    - Antwortzeitverhalten
  - Besonderheiten

Nicht vergessen, entlang des Pflichtenheftes wird grds. abgenommen!

Pflichtenheft und Abnahme

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Abnahme nach § 640 BGB klar definieren (förmliche Abnahme)
- Abnahmeverlauf und Abnahme**abbruch** definieren
- Abnahme nur mit Protokoll (Beweiserleichterung)
- Vorsicht vor der konkludenten Abnahme oder Abnahmefiktion
- Teil-Abnahmen vorsehen, dann aber auch Folgen regeln, wie Verjährung sowie Schlussabnahme ausdrücklich regeln
- Corona-Risiken regeln: z.B. ein Mitarbeiter zu Abnahme ist nicht verfügbar, ein Dienst ist mangels Helpdesk nicht bedienbar oder Abnahme ist wegen Kontaktbeschränkungen (zeitweise) unmöglich.

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- **SLA / KPI / Reporting**
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

SLA / KPI / Reporting

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- SLA – Service Level Agreement
- bewehrt ist das System:
  - Fehlerklassen
  - Fehlerklassenspezifische Reaktions- und Beseitigungszeiten
  - Eskalationszeiten oder Eskalationsstufen
    (1st-Level-Support => 2nd-Level-Support ... => IT-Vorstand)

SLA / KPI / Reporting

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- SLA: Fehlerklassen
  - Sinnvoll nach Art des Fehlers und nach Dienstkomponente zu differenzieren in Fehlerklassen: Regelmäßig 3 bis 6
    - Schwerer Fehler
    - Mittlerer Fehler
    - Leichter Fehler
  - Wer bestimmt Klasse?
    - Grds. einvernehmlich, aber wer hat Stichentscheid?
  - Wer bestimmt, wer für die Fehlerbeseitigung verantwortlich ist?

Hier gibt es viele kreative Trias:
- Kritisch/Schwer/Leicht
- Betriebsverhindernd/-behindernd/Leicht
- Gravierend/Wesentlich/Unwesentlich

SLA / KPI / Reporting

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- KPI-Reporting
  - ... sinnvoll, um die Qualität von vereinbarten Leistungen zu überwachen:
    - Nur Dinge, die technisch messbar sind, können als KPI berichtet werden
    - Nur Dinge, die **der** Auftragnehmer messen kann, kann er berichten
  - Vertraglich sollte vereinbart werden,
    - was, wie, wer und wo misst,
    - für welchen Zeitraum die Daten aggregiert werden sollen,
    - in welchem Ausgabeformat sie gespeichert werden und
    - wer‘s bezahlt (im Preis inklusive als Service oder gesonderte Leistung).

SLA / KPI / Reporting

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- SLA und KPI
  - Essentiell ist die Rechtsfolge bei einem Verstoß
  - Also Konsequenzen regeln, falls KPI sich verschlechtern oder SLA nicht eingehalten wird.
  - Gegebenenfalls einen gesonderten Reporting oder Monitoring-Vertrag aufsetzen.

Kontrollfrage bei jeder Regelung: „Was passiert wenn der Vertragspartner sich nicht dran hält?“

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- **Projektorganisation**
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Projektorganisation und -management

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Grundlagen für Projektmanagement
  - Projektleiter auf beiden Seiten benennen (sehr wichtig)
  - Digitale Kommunikationswege (E-Mail, Ticket-System, wie z.B. Jira)
  - Rollenkonzept
  - Klare Kompetenzen- und Aufgabenverteilung (Hierarchie-Stufen definieren)
  - Möglichst kurze Entscheidungswege und „Eskalationsverfahren“
  - Nachvollziehbare und überprüfbare Entscheidungen (z.B. Protokolle)
  - Corona-Thema: Auf Redundanz aller Organisations-Ebenen und Leistungen achten; ein tatsächlicher „Plan B“ ist wichtig
  - Regelmäßige Abstimmungskreise (bis hin zum Management-Kreis)

Projektorganisation und -management

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Vertragsgestaltung im Projektmanagement
  - Gilt grundsätzlich: Passiv ist der Tod einer klaren Verantwortlichkeit!
  - Jeder Satz ist eine Antwort auf die Frage: „Wer macht was wann?“
  - Negativbeispiel aus großem (!) ERP-Vertrag:

    Die Projektleiter werden in regelmäßigen Abständen, möglichst alle zwei Wochen, Projektsitzungen abhalten, die aktuellen Aufgaben besprechen und den Status des Projekts feststellen. Über die Zusammenkünfte der Projektleiter wird ein gemeinsames Protokoll erstellt, das die Projektleiter mindestens per E-Mail austauschen.
  - **Ungeklärte Fragen:** Wer bereitet vor (Einladung, Agenda, Zwischenstand seit letztem Jour-Fixe)? Wer führt durch (Konferenzraum: digital oder analog)? Wer bereitet nach (v.a. Protokoll)?

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- **Abrechnung/Preisanpassung**
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Abrechnung und Preisanpassung

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Ausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung:
  - Lieferant soll motiviert bleiben und bekommt seine Tages- und Stundensätze **vs.** Kunde soll seine wirtschaftliche Verhandlungsstellung nicht verlieren und hat eine transparente Übersicht.
  - Formulierungsbeispiel aus einem Vertrag:

    *Zahlungen sind innerhalb von 30 Tagen und ohne Abzug (wie Skonto) nach Rechnungseingang und Eingang einer detaillierten und daher **prüffähigen** (§ 650g Abs. 4 Satz 2 BGB) Leistungsaufstellung fällig.*
    Von den monatlichen Rechnungsbeträgen darf der Auftraggeber 15 % zunächst als Sicherheit einbehalten. Die einbehaltene Summe wird innerhalb von 30 Tagen nach Erreichen des jeweiligen [...] Zahlungs-meilensteins zur Zahlung fällig, ohne dass es einer gesonderten Rechnungstellung bedarf.

Abrechnung und Preisanpassung

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Problemstellung: Es ist Time-and-Material (TM) vereinbart und der Aufwand ist schwer zu schätzen.
  - Risiko: Das Projekt ist „in budget“ schwer realisierbar.
  - Lösung: Prozesse entwickeln, um „Selbstbedienung“ oder „Goldene Wasserhähne“ zu verhindern.
  - Formulierungsideen:

    Es gilt § 649 BGB. [...]

    oder

    Hinsichtlich der Vergütung gilt ein Höchstpreis in Höhe von [...]

Kostenanschlag mit gesetzlichen Warnpflichten oder Preisobergrenze!

Abrechnung und Preisanpassung

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Problemstellung und Ziel: Es ist Time-and-Material (TM) vereinbart und der Lieferant soll „angeregt“ werden, möglichst schnell zu arbeiten.
- Formulierungsideen (Vertrag mit ERP-Dienstleister):

  Bis zum Erreichen von 105 % des geschätzten Aufwandes werden die tatsächlich anfallenden Leistungstage nach Aufwand und nach der Preisliste abgerechnet.

  Übersteigenden die tatsächlich anfallenden Leistungstage den geschätzten Aufwand um mehr als 105 %, so werden weitere Leistungstage ebenfalls nach Aufwand und nach der Preisliste abgerechnet, jedoch mit den folgenden stufenweisen Abschlägen: [...]

... **aber fair bleiben =>**

Abrechnung und Preisanpassung

- Problemstellung und Ziel: Es ist Time-and-Material (TM) vereinbart und der Lieferant soll „angeregt“ werden, möglichst schnell zu arbeiten.
- Formulierungsideen (Vertrag mit ERP-Dienstleister):

  Im Gegenzug *honoriert der Auftraggeber eine überdurchschnittliche Projektarbeit des Auftragnehmers, d.h. eine Projektfertigstellung mit weniger als den geschätzten Aufwand.*

  Unterschreiten die tatsächlichen Aufwände geschätzten Aufwand, erhält der Auftraggeber für bis zum geschätzten Aufwand tatsächlich nicht benötigte Leistungstage (PT) folgenden Bonus für jeden nicht benötigten Leistungstag: [...]

Abrechnung und Preisanpassung

- Einseitige Anpassungsklauseln („Vergütungs-Einbahnstraße“)
  - Negativ-Beispiel: *Die Vergütung unterliegt einer Preisanpassung. Erhöht sich der Verbraucherpreisindex um mehr als 5 % seit Vertragsbeginn, so erhöht sich ab dem nachfolgenden Kalendermonat in gleicher Höhe automatisch die vertraglich vereinbarte Vergütung.*
  - Statistische Preisreihen sind aufwändig und schlecht zu kalkulieren.
  - AGB-rechtliche Frage: Welche Preisreihe ist die richtige und angemessene?
- Staffelpreise: Einfach und transparent
  - Beispiel: *Mit dem Beginn eines jeden Kalenderjahres erhöht sich das Entgelt nach Ziffer X.X um 4 %, so dass gilt: Neues Entgelt = 1,04 x altes Entgelt, erstmals jedoch zum 01.01.2025.*

Abrechnung und Preisanpassung

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Einseitige Anpassungen wegen Kosten mit Begründung und Widerspruchsrechten
  - Beispiel: *Sofern nach Vertragsschluss ein Software-Modul um zusätzliche Funktionen erweitert wird **oder die Eigenkosten des Lizenzgebers steigen**, ist der Lizenzgeber berechtigt, die Vergütung nach billigem Ermessen angemessen entsprechend der Art und dem Umfang der Erweiterung oder der Kostensteigerung mit einer Ankündigung von sechs Wochen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens zu erhöhen. Unwesentliche Erweiterungen sowie Aktualisierungen bereits vorhandener Funktionen und unwesentliche Kostenerhöhungen bleiben außer Betracht.*
  - Wie soll man die Kosten eines Softwareanbieters prüfen?
  - Muss der Softwareanbieter wirtschaftlich „die Hose herunterlassen“ und seine **Kalkulation offenlegen**?

Agenda

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- **Gewährleistung und Haftung**
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Gewährleistung und Haftung

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Dienstvertrag
  - Gutes Geld für (gute) Arbeit?
- Werkvertrag
  - Erfüllung – Abnahme – Vergütung und Gewährleistung
- Regelungsgehalt (kritische, wichtige Themen regeln):
  - Nacherfüllung, Fristen, Leistungsstörung wegen Unmöglichkeit (§ 275 BGB)
  - Minderung, Rücktritt und Schadenersatz (v.a. Exkulpationsmöglichkeit)
  - Vertragsstrafe (Bonus-Malus-Regelungen) und Verjährung

Der Geldbeutel klingelt nicht, wenn die Uhr tickt!

Gewährleistung und Haftung

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Definition: Höhere Gewalt (Force Majeure)
  - BGH: unvorhergesehenes, von Außen kommendes, auch durch äußerste Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis, dass den Sphären der Parteien nicht zuzuordnen ist (BGH, Urteil vom 16.10.2007, Az. I ZR 173/06, ähnlich auch BGH, Urteil vom 16.05.2017, Az. X ZR 142/15) ≈ „Zufall“
- Schwierigkeiten in der Praxis: Scharfe Abgrenzung
  - Wann ist ein Ereignis wirklich unvorhersehbar?
  - Wann ist es zweifelsfrei keiner Vertragspartei zuzuordnen?
  - Wann ist es tatsächlich nicht abwendbar?

Gewährleistung und Haftung

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Konkrete Vertragsklausel sinnvoll, um **Auslegungsrisiken** zu vermeiden
  - Vorschlag:
    - Abstrakte Definition (z.B. dem BGH folgend)

      und
    - eine Aufzählung konkreter Beispiele, hinsichtlich derer Einigung besteht, z.B. Krieg, Terrorakte, Unruhen, Explosion, Brand, Hochwasser, Unwetter, Embargo, Seuche, Epidemie, Pandemie, Streik ...
- Folgen: Vertragsänderung oder Vertragsbeendigung?
  - Abwägen und regeln.

Gewährleistung und Haftung

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Alternative (keine Vertragsregelung):
  - Eine vertragliche Klausel fehlt => Gesetzliche Regelungen und Mechanismen
  - Einzelfallprüfung, ob Voraussetzungen für Störung der Geschäftsgrundlage, Rücktritt oder Kündigung vorliegen
  - Pauschale Bewertung nicht möglich. Beispiel: Trotz vorhandener Ausgangsbeschränkungen gibt es dennoch berufliche Ausnahmen, Stichwort: „Passierschein“ (Arbeitgeberbestätigung über Unabkömmlichkeit)

Gewährleistung und Haftung

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Kosten der Mangelsuche
  - Regelungswunsch des Anbieters:

    Stellt sich bei der Überprüfung der gemeldeten Störung durch [Anbieter] heraus, dass kein gewährleistungspflichtiger Mangel der Software vorlag, so trägt der Lizenznehmer die gesamten Kosten der Überprüfung.
  - Sinnvolle Ergänzung durch Kunden

    [...], die erforderlich waren, um festzustellen, dass ein Gewährleistungsfall nicht vorlag.

Auch hier geht es darum, eine Selbstbedienung zu vermeiden!

Gewährleistung und Haftung

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Mögliche Maßnahmen zur **Projektrettung**
  - Regelungen zur Liquidität, wie Darlehen, Bonus, Vorschuss
  - Veränderung des Leistungsumfangs, wie eine Verringerung oder höhere Standardisierung (statt hohem Anteil an Individualsoftware)
  - Teil-Lösungen, wie Auslagerung eines Auftragsteils auf anderen Auftragnehmer, entweder direkt oder als Unterauftragnehmer
  - Form: Zusatzvereinbarung oder Änderungsvertrag
  - „Die kaufmännische Lösung“

Gewährleistung und Haftung

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Typische Haftungsbeschränkungen des Anbieters sind bekannt
  - Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit
  - Vorsätzliche Pflichtverletzung (selbst oder durch Organe/Mitarbeiter)
  - Leichte Fahrlässigkeit nur bei Verletzung von Kardinalpflichten
  - Garantiehaftung, Produkthaftungsgesetz etc.
- **Häufig vergessen:**
  - Auch der Kunde hat Pflichten und kann haften. Daher: Symmetrische Regelung für beide Parteien durchdenken/vereinbaren
  - Vorschlag: *Die **wechselseitige** Haftung **der Parteien** für Schäden gleich welcher Art ist ausgeschlossen. Dieser Ausschluss gilt nicht für [...]*

Agenda

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- **Änderungsmanagement (CR)**
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Änderungsmanagement (Change-Request)

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Klares Verfahren mit Kriterien festlegen
  - Organisation klären
  - Zuständigkeiten/Vollmachten bestimmen
    - Darf nur der Kunde ein CR anstoßen oder auch der Auftragnehmer?
    - Umfang der Pflicht der Auftragnehmers zum CR?
    - Welche Personen dürfen verbindliche Erklärungen abgeben?
  - Angebotsinhalte (Lastenheft/Projektplan/User Story etc.)
  - Formalien regeln
  - Fristen vereinbaren
  - Verletzungen sanktionieren?

Wer bezahlt das CR-Verfahren selbst?

Änderungsmanagement (Change-Request)

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Auswirkungen des Änderungsverlangens
  - Zeitplanung
  - Leistungsumfang
  - Vergütungspflicht
- Vorgehen bei Nicht-Einigung
  - „Neues“ Baurecht (seit 01.01.2018) beachten: §§ 650b, 650c BGB:
  - Der Auftraggeber entscheidet und die Kosten werden später geklärt
- CR dokumentieren
  - Vertrag (einschließlich der Anlagen) und Software-Dokumentation

Agenda

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- **Wartung und Pflege**
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Wartung und Pflege (und auch Support)

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Warum überhaupt Wartung?
  - Weil der Anbieter ansonsten (also nur innerhalb der Gewährleistung) viel weniger leistet; dies ist meist nicht ausreichend für das operative Geschäft
  - Beispielformulierung (aus Wartungsvertrag Software für Papierlos-Logistik)

    Die Leistungen gemäß den Ziffern X.X (Support), X.X (Updates), X.X (Neue Softwareversionen), X.X (Geräteanschlüsse) und X.X (Anpassung an Systemumgebung) sind nicht Bestandteil der Gewährleistung. Hierfür ist ein gültiger Wartungsvertrag (gemäß Ziffer X.X) Voraussetzung. Ohne gültigen Wartungsvertrag gelten im Gewährleistungsfall von Ziffer X.X abweichende Reaktions- und Bearbeitungszeiten: [...]

Wartung und Pflege (und auch Support)

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Klare Regelungen und Definitionen
  - Was ist der Leistungsumfang?
  - Was sind Reaktionszeiten?
  - Was sind Bearbeitungszeiten?
  - Was sind Wiederherstellungszeiten?
  - Was sind Servicezeiten?
  - Wie erfolgt die Fehlermeldung und Rückmeldung (Ticketsystem)?
  - Wer darf sich an Support wenden, in welcher Sprache?

Gleiche Begriffe wie beim SLA!

Agenda

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- **Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit**
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Datenschutz
  - Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung
    - Entscheidend, wer die Zwecke und Mittel der Verarbeitung **bestimmt**
    - Unerheblich, wer die Daten tatsächlich verarbeitet, solange weisungsgemäß
  - Verarbeitungsgrundsätze und Auskunftspflichten
    - Wichtig: Keine zwecklose Datenverarbeitung; Tools eventuell abschalten
    - Datenschutz-Auskünfte sollten „per Mausklick“ möglich sein

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Datenschutz
  - Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
    - Vor (übereiltem) Abschluss prüfen, ob wirklich AV-Verhältnis vorliegt
    - Rechtsfolgen beidseits bedenken:
      - Verantwortlicher wird für AV-Dienstleister verantwortlich
      - AV-Dienstleister ist weisungsgebunden und muss z.B. Daten löschen
    - AV-Vertrag ist nur wirksam, wenn er den Anforderungen aus Art. 28 Abs. 3 DS-GVO erfüllt.
    - Verantwortlicher muss kontrollieren, ob die Anforderungen aus Art. 28 Abs. 1 erfüllt sind, auch laufend während der AV: TOMs

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Datenschutz
  - Sub-Sub-AVV-Ketten (immer mehr Dienste binden SaaS-Dienste ein, die SaaS-Dienste einsetzen)
    - u.a. Zustimmungs- oder Widerspruchslösung bei neuen AV-lern?
  - Transfer in Drittstaaten
  - Auftragsverarbeiter unterstützt Verantwortlichen bei den DS-GVO-Pflichten
    - Zulieferung von Modulen für Datenschutzhinweise, Verarbeitungsverzeichnis
    - Audits durch Auftraggeber im Einzelfall notwendig, zumindest der TOMs
    - Beantwortung von Betroffenenanfragen: Wer tritt nach „Außen“ auf? Wer zahlt?

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- TOMs = Technische und organisatorische (und vertragliche) Maßnahmen
  - Im Datenschutz, Geheimnisschutz und Informationssicherheitsbereich (ISMS) sehr ähnliche Struktur:
    - Schutzgut sind besondere Informationen: (PbD / Geschäftsgeheimnisse / Schützenswerte Informationen)
    - Es werden daher besondere Maßnahmen (Organisatorische oder Technische [vertragliche sind organisatorisch im Datenschutz-Sinn]; im ISMS- und bei Geschäftsgeheimnissen betrachtet man sie als eigene Kategorie

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- TOMs = Technische und organisatorische (und vertragliche) Maßnahmen
  - Es gibt aber einen **Unterschied**:
    - Im Datenschutzrecht müssen die Maßnahmen ergriffen werden, **weil** die Informationen (personenbezogene Daten) einem besonderen gesetzlichen Schutz unterliegen
    - Im GeschGehG müssen die Maßnahmen ergriffen werden, **damit** die Informationen (Geschäftsgeheimnisse) einem besonderen gesetzlichen Schutz unterliegen
    - Im allgemeinen ISMS schützt man die Daten, weil Daten keinem umfassenden und sicheren gesetzlichen Schutz unterliegen
  - **Wichtig**: TOMs des Auftragnehmers zumindest oberflächig prüfen (Zusammenarbeit von Datenschutz und IT-Sec) und dies dokumentieren!

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- NDAs (=Verschwiegenheitsvereinbarungen oder -klauseln) können eine organisatorische (bzw. vertragliche) Maßnahme sein
  - Catch-all-Klauseln sind beliebt, aber gefährlich
  - Daher zumindest die Klassen von besonderes schutzbedürftigen Informationen aufzählen
  - Und am besten bestimmte Informationen, die geschützt werden sollen

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- NDAs können eine organisatorische (bzw. vertragliche) Maßnahme sein
  - LAG Düsseldorf, Urteil vom 03.06.2020, Az. 12 SaGa 4/20, MMR 2021, 181
  - So geht es nicht:

    Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen können auch in vertraglichen Vereinbarungen liegen. Ungenügend ist eine Vereinbarung, die ***schlicht alle Angelegenheiten und Vorgänge****, die im Rahmen der Tätigkeit bekannt werden, für geheimhaltungsbedürftig erklärt und dies ausdrücklich* ***auch auf solche Vorgänge bezieht, die keine Geschäftsgeheimnisse sind****. Anders kann dies betreffend die vereinbarte Rückgabe der vollständigen Geschäftsunterlagen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sein.*

Agenda

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- **Dokumentation**
- Cloud-Computing-Verträge
- Exit-Strategien

Dokumentation

- Grundsätzlich mindestens Anwenderdokumentation
  - Bei Quell-Code-Hinterlegung entsprechende Dokumentation
- Abweichende Regelungen zulässig?
- Sprache
- Digital oder ausdruckbar oder als „Wiki“
- Passend zum eigenen Dokumentenmanagement (DMS)
- Anwender die Dokumentation testen lassen!

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Escrow/Hinterlegung
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- **Cloud-Computing-Verträge**
- Exit-Strategien

Cloud-Computing-Verträge

Cloud-Computing-Verträge

- Verfügbarkeit in Prozent (%) regeln
  - Wichtig: Das Zeitintervall (Jahr, Monat, Woche, Tag).
    - Auswirkungen:
    - 99 % pro Jahr (3,6 Tage = 86,4 Std.)
    - 99 % pro Monat (0,3 Tage = 8,0 Std.)
    - 99 % pro Woche (0,07 Tage = 1,7 Std.)
    - 99 % pro Tag (0,24 Std. = 14,4 Min.)
  - Messpunkte, Messtechnik, Messverfahren durchdenken
  - Regelung hinsichtlich Downtime (maximale Nichterreichbarkeit am Stück)

Berechnungsformel bzw. -methode angeben **und** durchrechnen!

Cloud-Computing-Verträge

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Ort des Blechs (Hardware)
  - Wichtig ist bei der Cloud: Wo ist das Rechenzentrum (RZ), denn:
    - Datenschutz unterscheidet zwischen EWR und Rest der Welt
    - Sozialdatenschutz verbietet Transfer außerhalb EWR und Schweiz fast vollständig
    - Mithören der Behörden des Sitzstaates: NSA und FSB sind auch für die Informationsbeschaffung für die eigene Industrie zuständig

Agenda

DIGITALXCHANGE powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Software-/Dienstleisterwahl
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft und Abnahme
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation
- Abrechnung / Preisanpassung
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Wartung und Pflege
- Datenschutz, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit
- Dokumentation
- Cloud-Computing-Verträge
- **Exit-Strategien**

Exit-Strategien

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

- Bei jedem IT-Vertrag wichtig, denn **IT-Projekte scheitern** ☺
- Voraussetzungen und vor allem Folgen regeln
  - Freie Kündigung und Kündigungsfolgen für § 648 BGB
  - Alternative: Sonderkündigungsrechte
  - Weiternutzung der Software (für etwaige Backups und Weiterentwicklung)
  - Rechte an sonstigem projektrelevantem Know-how und an Werken sowie an der Dokumentation
  - Unterstützung beim Export und Migration
  - Etwaiger Parallelbetrieb
  - Vorleistungspflichten und Zurückbehaltungsrechte

DIGITALXCHANGE
powered by Innovation Hub Bergisches RheinLand

Vielen Dank für Ihre Mitarbeit.

Empfehlen Sie uns weiter!

WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER