Gute IT-Verträge

– Geld sparen und Konflikte vermeiden –

Roman Pusep

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

WERNER Rechtsanwälte Informatiker

Marc Robin Wiemert LL.M.

Syndikusrechtsanwalt, Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht

artegic AG

Referent: RA Roman Pusep

- Partner, Rechtsanwalt
  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 – 73
  Telefax 0 221 / 97 31 43 – 99
  roman.pusep@werner-ri.de
  https://www.werner-ri.de

Co-Referent: RA Marc Robin Wiemert LL.M

- Syndikusrechtsanwalt
  Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht
  Datenschutzbeauftragter

- **artegig AG**
  Zanderstraße 7, 53177 Bonn
- Telefon 0 228 / 22 77 97 - 0
  Telefax 0 228 / 22 77 97 - 900
  mwi@artegic.de
  https://www.artegic.de

Agenda

Themenaufteilung:
RA Pusep: schwarz
RA Wiemert: rot

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Pflichtenheft
- SLA / KPI / Reporting
- Projektorganisation / Agilität
- 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

Vorwort

- 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

- **<u>Software-/Dienstleisterwahl</u>**
- 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

Software- und Dienstleisterauswahl

- 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 / IT benötigen bzw. wollen
  - Markt-Analyse
  - GAP-Analyse

Software- und Dienstleisterauswahl

- 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

- 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*
  - Verhandlungsposition bestimmen

Software- und Dienstleisterauswahl

- Dienstleister analysieren
  - Aktuell, Corona-Themen:
    - Erfahrung mit Video-Konferenzen
    - Hygiene-Regelungen
    - Vor-Ort-Einsatz
- Unabhängige Software- oder Projekt-Berater

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

Rechtswahl & Co.

- Sinnvoll bei transnationalen Verträgen.
- Ausschluss CISG/UN-Kaufrecht?

  Formulierung (ERP-Hersteller): *Für alle vertraglichen und außervertraglichen Ansprüche gilt ausschließlich deutsches Recht ohne UN-Kaufrecht.*
- Schlichtungsklauseln / Schiedsgutachten / Schiedsklauseln
- Vertragssprache; führende Sprache bei doppelsprachigen Verträgen
  - Bei englischen Verträgen und deutschem Recht: deutsche Definitionen in Klammern ergänzen. Beispiel: „Warranty (§ Gewährleistung, §§ 437 ff BGB)“
- Gerichtsstand: Zusätzlicher vs. ausschließlicher
- **Wichtig**: Rechtswahl – Gerichtsstand – Sprache sollten einheitlich sein

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

Vertragsgegenstand

- Soll-Leistungen definieren
- Organisation des Projektes definieren (vgl. auch Abschnitt Projektmanagement)
  - Strukturen
  - Prozesse/Abläufe
  - Entscheidungswege
  - Verantwortlichkeiten
- Formulierung (ERP-Dienstleister)

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

Vertragsgegenstand

- 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, sondern dass beides inhaltlich durchdacht und geregelt ist.

Vertragsgegenstand

- 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“?

Vertragsgegenstand

- 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.*

Vertragsgegenstand

- Der Wunsch nach einem Werkvertrag
- Beispiel einer Klausel-“Entwicklung“, Version 1:

  *Die Leistungen zur Installation von Software oder die Durchführung von Parametrisierungs- oder Customizingeinstellungen, sofern sie alleine durch [ERP-Dienstleister] vorgenommen werden **und** das angestrebte Ergebnis klar auf Basis einer Leistungsbeschreibung spezifiziert **und** vereinbart worden ist, unterliegen dem Werkvertragsrecht gemäß §§ 631 ff. BGB. Sonstige Beratungs-, Unterstützungs- oder Schulungsleistungen unterliegen dem Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 ff. BGB.*

Vertragsgegenstand

- Der Wunsch nach einem Werkvertrag
- Beispiel einer Klausel-“Entwicklung“, Version 4:

  Die Leistungen zur Installation von Software oder die Durchführung von Parametrisierungs- oder Customizingeinstellungen, sofern sie alleine durch [ERP-Dienstleister] vorgenommen werden (= „Responsible“ nach Anlage 2 Leistungselemente der Vertragspartner) und das angestrebte Ergebnis klar auf Basis einer Leistungsbeschreibung spezifiziert und vereinbart worden ist, unterliegen dem Werkvertragsrecht gemäß §§ 631 ff. BGB. Sonstige Beratungs-, Unterstützungs- oder Schulungs-leistungen unterliegen dem Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 ff. BGB.

Vertragsgegenstand

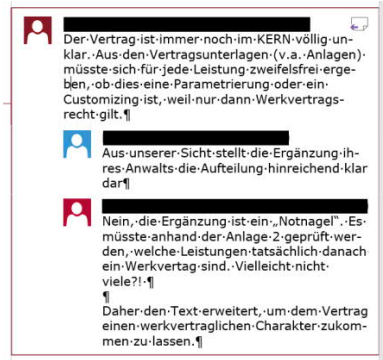
- Der Wunsch nach einem Werkvertrag
- Beispiel einer Klausel-“Entwicklung“, Version 6:

  Die Leistungen zur Installation von Software oder die Durchführung von Parametrisierungs- oder Customizingeinstellungen, sofern (i) sie alleine durch [ERP-Dienstleister] vorgenommen werden (= „Responsible“ nach ***Anlage 2*** *Leistungselemente der Vertragspartner) und/oder (ii) das angestrebte Ergebnis ~~klar~~ auf Basis einer Leistungsbeschreibung spezifiziert und vereinbart worden ist und/oder (iii) hierfür eine Abnahme vereinbart wurde, unterliegen dem Werkvertragsrecht gemäß §§ 631 ff. BGB. Sonstige Beratungs-, Unterstützungs- oder Schulungsleistungen unterliegen dem Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 ff. BGB.*

Vertragsgegenstand

- Der Wunsch des Auftraggebers nach einem Werkvertrag
- Beispiel einer Klausel-“Entwicklung“

  Wort-“Gefecht“ über Word-Kommentar-Funktion (und natürlich auch per zahlreicher Video-Konferenz-Sessions:


[redacted]
Der Vertrag ist immer noch im KERN völlig unklar. Aus den Vertragsunterlagen (v.a. Anlagen) müsste sich für jede Leistung zweifelsfrei ergeben, ob dies eine Parametrierung oder ein Customizing ist, weil nur dann Werkvertragsrecht gilt.

[redacted]
Aus unserer Sicht stellt die Ergänzung ihres Anwalts die Aufteilung hinreichend klar dar

[redacted]
Nein, die Ergänzung ist ein „Notnagel“. Es müsste anhand der Anlage 2 geprüft werden, welche Leistungen tatsächlich danach ein Werkvertag sind. Vielleicht nicht viele?!

Daher den Text erweitert, um dem Vertrag einen werkvertraglichen Charakter zukommen zu lassen.

Vertragsgegenstand

- Der Wunsch nach einem Werkvertrag
- Beispiel einer Klausel-“Entwicklung“, Version 9:

  *Die Leistungen zur Installation von Software oder die Durchführung von Parametrisierungs- oder Customizingeinstellungen, sofern (i) sie alleine durch [ERP-Dienstleister] vorgenommen werden (= ~~„Responsible“~~ „Accountable“ nach **Anlage 2** Leistungselemente der Vertragspartner) und/oder (ii) das angestrebte Ergebnis auf Basis einer Leistungsbeschreibung spezifiziert und vereinbart worden ist und/oder (iii) hierfür eine Abnahme vereinbart wurde, unterliegen dem Werkvertragsrecht gemäß §§ 631 ff. BGB. Sonstige Beratungs-, Unterstützungs- oder Schulungsleistungen unterliegen dem Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 ff. BGB.*

Vertragsgegenstand

- Trennung von verschiedenen Bestandteilen ?
  - Planung / Blueprint / Feinspezifikation / Scopingphase
  - Hauptleistung (Lieferung, Programmierung, Customizing)
  - Nachbetreuung nach GoLive
  - Wartung / Pflege, Support
- Falls, ja Gesamt-Projekt 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

- 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

Pflichtenheft

- 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!

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

SLA / KPI / Reporting

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

SLA / KPI / Reporting

- 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 den Fehler verantwortlich ist?

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

SLA / KPI / Reporting

- SLA: Fristen
  - Reaktionszeit
  - Beseitigungszeit, eventuell auch „mit einem der nächsten Updates“ bei untersten Klassen
  - Eventuelle Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers
  - Eskalationszeiten bis hin zum (technischen) Vorstand
  - Wann laufen Fristen: Reicht während Kernzeiten oder rund um die Uhr?

SLA / KPI / Reporting

- SLA: Formulierung aus einem Vertrag

  Die Fristen zur Fehlerbeseitigung richten sich nach folgenden Fehlerklassen:

  a) FEHLERKLASSE 1 (CRITICAL): Fehler, welche - akute Auswirkungen auf die Betriebskonsistenz oder -sicherheit des Systems haben z.B. eintretender Datenverlust an Schnittstellen; - […]

  d) FEHLERKLASSE 4 (LOW): Fehler, welche die zweckmäßige bzw. wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Software im Rahmen des Standard-Software-Funktionsumfangs nur unwesentlich, d. h. ohne nennenswerte Auswirkungen auf die Funktionalität und Performance des Gesamtsystems einschränken bzw. behindern. [...]

=>

SLA / KPI / Reporting

- SLA: Formulierung aus einem Vertrag

  ...

  Zur Einhaltung der Fristen zur Beseitigung kann die Mitwirkung des Auftraggebers erforderlich sein, insb. wird der Auftraggeber den Fehler nach seinen Fähigkeiten beschreiben, einen Ansprechpartner für Nachfragen zu benennen und sonstige Handlungen vorzunehmen, die zur Fehleranalyse, einschließlich der Reproduktion, und -beseitigung notwendig sind und von Auftragnehmer nicht selbst erbracht werden können. Dazu gehört auch die Mitwirkung bei Wiederinbetriebnahme nach Fehlerbeseitigung.

STEP 1 (Identifikation)	Meldung
STEP 2 (Beginn der Fehlerbehebung)	werktäglich innerhalb von 120 Minuten ab Meldung
STEP 3 (Abschluss der Fehlerbehebung)	4 Stunden nach Beginn
Leiter oder stv. Leiter SAAS-IT CTO / Vorstand	3 Std. nach Beginn Nach 8 Stunden nach Beginn

SLA / KPI / Reporting

- KPI-Reporting
  - Oftmals sinnvoll, um die Qualität von Leistungen, die man vereinbart, zu monitoren/überwachen:
    - Nur Dinge, die technisch überhaupt gemessen werden können, können als KPI reportet werden
    - Nur Dinge, die **der** Auftragnehmer messen kann, kann er reporten
    - Aber z.B. auch Erreichbarkeit Ansprechpartner, Durchführung der Steuerungsrunden
  - Vertraglich sollte gemeinsam beschrieben und definiert werden, was, wie, wer und wo misst und für welchen Zeitraum die Daten aggregiert werden sollen und wer‘s bezahlt
  - Ausgabeformat definieren: CSV, TXT etc.

SLA / KPI / Reporting

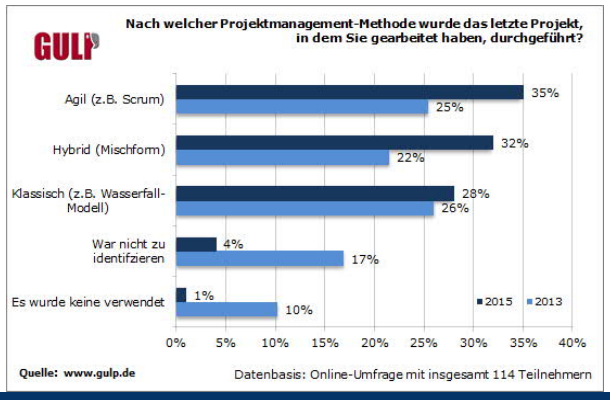
- KPI-Reporting
  - Ampel-System
    (gut = grün, noch ausreichend = gelb, nicht mehr ausreichend = rot)
    und akzeptiertes Maß der Schlechtleistung sind ein gutes System
  - Konsequenzen, wenn sich KPI verschlechtern
  - IT und Fachunterseite frühzeitig involvieren
  - Ggf. einen gesonderten Reporting/Monitoring-Vertrag aufsetzen

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

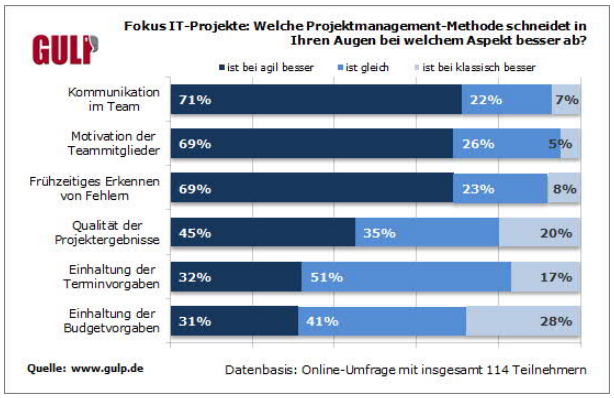
Projektorganisation und -management

- Agiles Programmieren gegen Wasserfall-Modell



Projektorganisation und -management

- Vor- und Nachteile der Projektmanagement-Methode



Projektorganisation und -management

- Vor- und Nachteile der Projektmanagement-Methode „**Wasserfall**“
- **Pro**:
  - Planbarkeit und Kontrolle (klarer Zusammenhang zw. Leistung und Kosten)
  - Bekanntes Vorgehen („keine Experimente“) und Erfahrung in der Rechtsprechung
  - Klare Abgrenzung der einzelnen Schritte
  - Von Anfang an gemeinsames Verständnis über das abzuliefernde Werk (durch Lasten- bzw. Pflichtenheft)
  - Zuarbeit des Auftraggebers ist nur in der Konzeptionsphase nötig
  - Klare Verantwortlichkeit beim Scheitern

Projektorganisation und -management

- Vor- und Nachteile der Projektmanagement-Methode „**Wasserfall**“
- **Contra**:
  - Unflexibel gegenüber Änderungen und im Vorgehen
  - Am Anfang des Projekts weiß man nicht immer, was man am Ende braucht und muss über CR nachsteuern; es verlängert und verteuert das Projekt
  - Fehlentwicklungen fallen erst sehr spät im Projekt auf
  - Konzeptionsphase kann bei unkonkreten Vorgaben einen langen Abstimmungsprozess beinhalten
  - Je mehr Stakeholder, desto mehr Opportunitätskosten
  - Fast alle IT-Teams arbeiten intern mehr oder weniger agil: „Wasserfall“ demotiviert und erschwert Recruiting

Projektorganisation und -management

- Vor- und Nachteile der Projektmanagement-Methode „**Wasserfall**“
- **Zwischenergebnis**:
  - Wenn man vorher schon sicher weiß, was man genau braucht: Perfekt
  - Auch für Standardsoftwarebeschaffung gut geeignet
  - Bei kurzen und kleinen Projekten besser als bei großen und langen
  - Sonst langsamer und potentiell teurer

Projektorganisation und -management

- Vor- und Nachteile der Projektmanagement-Methode „**Agil**“
- **Pro**:
  - Änderungen der Anforderungen ohne klassisches Change Request (CR)
  - Das Produkt entwickelt sich im Dialog zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und kann jederzeit an geänderte Rahmenbedingungen, Anforderungen oder Prioritäten angepasst werden
  - „Fast to fail“-Prinzip: Fehlentwicklungen werden frühzeitig erkannt
  - Man kommt schnell zu einem ersten – sichtbaren – Ergebnis, Konzeptions- und Abstimmungsphasen verflachen sich
  - Das Endprodukt entspricht besser den tatsächlichen Bedürfnissen des Auftragnehmers am Ende des Projektes

Projektorganisation und -management

- Vor- und Nachteile der Projektmanagement-Methode „**Agil**“
- **Contra**:
  - Der Auftraggeber muss stark ins Projekt involviert sein
  - Es gibt kein Dokument, das bei Vertragsschluss ein gemeinsames Ergebnisverständnis definiert
  - Der Auftragnehmer schuldet kein zu Beginn definiertes Werk, sondern das Volumen des Entwicklungsprozesses
  - Der Auftraggeber zahlt die Arbeit, nicht das Ergebnis

Projektorganisation und -management

- Vor- und Nachteile der Projektmanagement-Methode „**Agil**“
- **Zwischenergebnis**:
  - Skaliert viel besser bei komplexen und langen Projekten und bei mehr Stakeholdern
  - Probleme (Projekt und Bedarf passen nicht zusammen; Chemie zwischen Parteien) fallen viel früher auf; Abhilfe schneller und Abbruch billiger
  - IT-ler arbeiten weit überwiegend gerne agil und sind das gewöhnt, weniger Reibungseffekte

Entscheidend: Sauberes methodisches Vorgehen!
Agil ≠ unstrukturiert

Projektorganisation und -management

- In der Praxis erprobte Gestaltungsvariante: **Mischform**
- Rahmenvertrag mit Regeln für die laufenden Dienstelemente, Grundlagen für Projektmanagement, Datenschutz etc.
  - Viele Einzelprojekte/Projektschritte, die jeweils als „Wasserfall“ oder „Agil“ organisiert werden
  - Trennung von Leitplanung, Ramp-Up und Run mit Kündigungsmöglichkeiten zu gewissen Milestones
  - Teilweise mit Leistungsbeschreibung des laufenden System als Einzelprojekt vor oder nach Go-Life

Projektorganisation und -management

- Grundlagen für Projektmanagement
  - Projektleiter auf beiden Seiten benennen (sehr wichtig)
  - Digitale Kommunikationswege (E-Mail, Ticket-System, wie 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

- 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/analog)? Wer bereitet nach (v.a. Protokoll)?

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

Abrechnung und Preisanpassung

- Ausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung:
  - Lieferant soll motiviert bleiben vs. Kunde soll seine wirtschaftliche Verhandlungsstellung nicht verlieren
  - Formulierungsbeispiel

    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

- 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 [...]

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):

  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: [...]

  ...

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 automatisch die vertraglich vereinbarte Vergütung.*
  - Statistische Preisreihen sind (großer) Verwaltungsaufwand 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

- 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

- 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

Abnahme

- Abnahme nach § 640 BGB klar definieren (förmliche Abnahme)
- Abnahmeverlauf und Abnahme**abbruch** definieren
- Abnahme nur mit Protokoll (Beweiserleichterung)
- Vorsicht vor der konkludenten Abnahme / 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

- 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

Gewährleistung und Haftung

- 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

Gewährleistung und Haftung

- 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

- 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

- 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

- 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.

Gewährleistung und Haftung

- 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

- 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

- 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

Änderungsmanagement (Change-Request)

- 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)

- Auswirkungen des Änderungsverlangens
  - Zeitplanung
  - Leistungsumfang
  - Vergütungspflicht
- Vorgehen bei Nicht-Einigung
  - „Neues“ Baurecht (seit 01.01.2018) beachten: §§ 650b, 650c BGB
- Vorgehen bei Unzumutbarkeit oder subjektiver Unmöglichkeit
  - Wie vorgehen, wenn gewünschter CR außerhalb der Kompetenzen des Auftragnehmers liegt?

Änderungsmanagement (Change-Request)

- Abgrenzung CR zu Neuauftrag
  - Soll eine Ausweitung des räumlichen Scopes als CR gelöst werden oder durch LEA (Local Enabeling Agreement)?
  - Sollen geänderte regulatorische Anforderungen auch als CR gelöst werden oder durch Vertragsänderung?
- Für CR vorbauen
  - Zusätzlich T&M-Kontingente auf Abruf
  - Nutzung von Service-Kontingenten für CR?
- CR dokumentieren
  - Vertrag (einschl. Anlagen) und Software-Dokumentation

Änderungsmanagement (Change-Request)

- Herkömmliches Model des CR (frei nach VOB):

1. Schriftliches Änderungsverlangen des Auftraggebers oder des Auftragnehmers
2. Formelle Prüfung durch Auftragnehmer
3. Mitteilung an Auftraggeber, falls Arbeiten vorläufig einzustellen sind, um Doppelarbeiten zu vermeiden
4. Rücksprache, ob das Prüfungsverfahren (kostenpflichtig) durchgeführt werden soll und Abstimmung, was im Falle der Nichtdurchführung geschehen soll
5. Durchführung der Prüfung mit anschließendem Umsetzungsangebot
6. Beauftragung durch den Auftraggeber **oder** Ablehnung des Angebots
7. Durchführung des Changes mit Anpassung der Fristen und Kosten **oder** normale weitere Durchführung des Vertrags

Änderungsmanagement (Change-Request)

- Herkömmliches Model des CR (frei nach VOB):

1. Schriftliches Änderungsverlangen des Auftraggebers oder des Auftragnehmers
2. Formelle Prüfung durch Auftragnehmer
3. Mitteilung an Auftraggeber, falls Arbeiten vorläufig einzustellen sind, um Doppelarbeiten zu vermeiden
4. Rücksprache, ob das Prüfungsverfahren (kostenpflichtig) durchgeführt werden soll und Abstimmung, was im Falle der Nichtdurchführung geschehen soll
5. Durchführung der Prüfung mit anschließendem Umsetzungsangebot
6. Beauftragung durch den Auftraggeber **oder** Ablehnung des Angebots
7. Durchführung des Changes mit mit Anpassung der Fristen und Kosten **oder** normale weitere Durchführung des Vertrags

Änderungsmanagement (Change-Request)

- Etwas agileres Model des CR („T-Shirt-Sizing“):

1. CR wird in Textform/Ticketing-System eingestellt
2. Grobschätzung des Projektaufwandes und Grobprüfung
3. Beauftragung Angebot oder Abstand*
4. Angebot
5. Beauftragung Umsetzung oder Abstand*
6. Umsetzung

Änderungsmanagement (Change-Request)

- Etwas agileres Model des CR („T-Shirt-Sizing“):

*Die Parteien vereinbaren für die Anpassung und Änderung der Software ein CR-Verfahren, das von beiden Parteien durch ein detailliertes **Änderungsverlangen** initiiert werden kann. Der Auftragnehmer wird daraufhin innerhalb einer angemessenen Frist auf Grundlage eines T-Shirt-Sizing-Verfahrens (XS unter 1 PT; S: 1 - 3 PT; M […]; XXXL: >100 PT) eine erste **Aufwandsschätzung** zur Verfügung stellen. Der Auftraggeber kann sich dann **entscheiden**, ob er ein umfassendes Angebot wünscht, den Auftragnehmer unmittelbar beauftragt oder keine Umsetzung anstrebt. Erfolgt keine Beauftragung des CR ist der Auftragnehmer berechtigt die entstandenen Aufwände für die Kostenschätzung bzw. das Angebot abzurechnen. [...]*

Für Serviceleistungen (z.B. Unterstützung- und Beratungsleistungen, Updates und Change Requests) vereinbaren die Parteien einen Support-Kontingent sowie ein weiteres Budget für Abrechnung nach Aufwand.

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

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

- Nutzungs- und Verwertungsarten (§ 15 UrhG) – Grundsatz:
  - Sollte jeder Vertragsverantwortliche gelesen (und verstanden) haben!
  - Körperliche **Verwertung**: Vervielfältigung, Verbreitung und Ausstellung
  - Öffentliche **Wiedergabe**: Vortrag / Aufführung / Vorführung, öffentliche Zugänglichmachung, Sendung, Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger
- Software-Besonderheiten in § 69c UrhG
  - Software = Computerprogramm nach § 69a UrhG?
- Einfache und ausschließliche Nutzungsrechte (§ 31 Abs. 2, 3 UrhG)
  - Prüfen, was benötigt wird; ggf. absichern und etwas mehr regeln.
  - Aber: „Ich will alles!“ (Exklusivität) kann teuer werden (§§ 32 und 32a UrhG)

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

- Räumliche, zeitliche und inhaltliche Beschränkungen
  - **Corona-Thema:** Home-Office-Nutzungen bedenken
- Übertragbarkeit und Vermietbarkeit (Unterlizenz)
  - Abgrenzungen denkbar: gewerblich / nicht gewerblich oder Konzerntochter / Dritte
  - Formulierung (aus öffentlichem Bereich)

    Das Nutzungsrecht ist ein unterlizenzierbares für öffentliche Aufträge, für staatliche Maßnahmen zur Förderung von Wissenschaft und Technik und zur Durchführung gemeinsamer Programme mit anderen (Bundes-)Staaten und zwischen-/überstaatlichen Organisationen, Einrichtungen und NGOs.
- Bei fehlender Regelung: Zweckbestimmung (§ 31 Abs. 5 UrhG)

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

Escrow / Quellcodehinterlegung

- Absicherung gegen Insolvenz bzw. gegen Unwilligkeit des Auftragnehmers zu leisten
  - Hilft nicht bei SaaS / ASP
- Es gibt spezialisierte Dienstleister, die sind aber teuer. DVD bei Notar in Verwahrung gibt es auch, ist der einfachste Weg für den Anbieter, für den Auftraggeber aber nahezu sinnlos (und nicht umsonst)
  - Rechtsanwälte (-): Verbot doppelnütziger Treuhand, § 3 Abs. 1 S. 2 BORA
- Problem: Notwendig ist der jeweils aktuelle Quellcode, also auch der richtige Patchlevel:
  - Wenn mehrfach im Monat gepatcht wird, muss auch mehrfach im Monat hinterlegt werden, bzw. Divs hinterlegt werden

Escrow / Quellcodehinterlegung

- Problem: Wie stellt man sicher, dass der Quellcode, den man nicht einsehen kann, der von der Software ist, die man hat?
  - Lösung mit automatischem Build und Hash-Vergleich zur installierten Version gibt es, kosten aber auch erheblich
- Hinterlegungsfälle müssen sehr genau bestimmt werden
- In der Praxis ist der direkte Erwerb an dem Quellcode mit einer Lizenz nur auf den Hinterlegungsfall oft praktischer und billiger, zumindest wenn es maßgefertigte Software ist

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

Wartung und Pflege (und auch Support)

- Warum überhaupt Wartung?
  - Weil der Anbieter ansonsten (also nur innerhalb der Gewährleistung) viel weniger leistet; dies ist meist nicht ausreichend für operatives 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)

- 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?

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

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

- 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

- 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

- Datenschutz
  - Sub-Sub-Sub-Sub-AVV-Ketten (immer mehr Dienste binden SaaS-Dienste ein, die SaaS-Dienste einsetzen)
  - 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 bezahlt?

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

- Datenschutz
  - Unterauftragsverarbeiter
    - Zustimmungs- oder Widerspruchslösung bei neuen?
    - Durchleitung der Pflichten, insbesondere Kontrollrechte
    - Bei SaaS-/Cloud-Diensten faktisch nicht ausschließbar

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

- Datenschutz
  - Corona-Themen
    - Datenverarbeitung wg. Corona-Gesetze und Corona-Verordnungen/Verfügungen sorgsam vor der Umsetzung prüfen (z.B. IT-ler Listen bei Vor-Ort-Terminen):
    - Welche Maßnahmen sind wirklich erlaubt?
    - Braucht man eine Einwilligung?
    - Was passiert mit den Daten?
    - Müssen Datenschutzhinweise ergänzt werden?

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

- 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

- 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

- NDAs können eine organisatorische (bzw. vertragliche) Maßnahme sein
  - Catch-all-Klauseln sind beliebt, aber gefährlich
    - Zumindest die Klassen von besonderes schutzbedürftigen Informationen aufzählen

Daten-, Geheimnisschutz und IT-Sicherheit

- NDAs können eine organisatorische (bzw. vertragliche) Maßnahme sein
  - Catch-all-Klauseln sind beliebt, aber gefährlich
    - 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

- 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

Dokumentation

- Grundsätzlich mindestens Anwenderdokumentation
  - Bei Quell-Code-Hinterlegung entsprechende Dokumentation
- Abweichende Regelungen zulässig?
- Sprache
- Digital / Ausdruckbar / 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: Der Zeitintervall (Jahr, Monat, Woche, Tag). Auswirkungen:
    - 99 % p.a. (3,6 Tage = 86,4 Std.)
    - 99 % p.m. (0,3 Tage = 8,0 Std.)
    - 99 % p.w. (0,07 Tage = 1,7 Std.)
    - 99 % p.d. (0,24 Std. = 14,4 Min.)
  - Messpunkte, Messtechnik, Messverfahren durchdenken
  - Oft sinnvoll: Nach verschiedenen Elementen der Software zu differenzieren
  - Regelung hinsichtlich Downtime (maximale Nichterreichbarkeit am Stück)
  - KPIs sollten auch vom Auftraggeber, und v.a. überhaupt messbar sein

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

Cloud-Computing-Verträge

- Leistungsänderungsvorbehalte
  - Meisten Änderungsklauseln in AGB unwirksam
    - sie können aber technisch zwingend erforderlich sein und
    - auch im Interesse des Auftraggebers sein (technisch, wirtschaftlich)
  - Häufige Updates
    - => Können nachteilig für das operative Geschäft sein
  - Änderungen beim „Stand der Technik“ sollten nachvollziehbar sein (Stichwort: „aufgedrängte Innovation“)

Cloud-Computing-Verträge

- Ort des Blechs
  - Wichtig ist bei der Cloud, wo das RZ ist
  - 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

- 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**

Exit-Strategien

- 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

Vielen Dank für Ihre Mitarbeit.

Empfehlen Sie uns weiter!

FORUM · Institut für Management GmbH

www.forum-institut.de