WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

Gute IT-Verträge

– Ausgewählte Themen –

Roman Pusep

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

Mittwoch, 19. April 2023

Referent: RA Roman Pusep

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- 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
  roman.pusep@werner-ri.de
  https://www.werner-ri.de

WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

Die Präsentation

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- ... gibt es kostenlos und zur freien Verfügung
- ... unter der Website https://www.werner-ri.de
- ... unter „TEAM“ => „PARTNER“ => „Roman Pusep“
- ... und dann unten unter „VORTRÄGE“

Vorträge:

- **Gute IT-Verträge**, Geld sparen und Konflikte ve
  Frankfurt am 17.05.2022, Link zur PDF-Datei
- **Blockchain-Basics**: Überblick Technik und Rech
  Veranstaltungsreihe "Innovation & Recht" an d
- Einführung in Funktionsweise und **Systematik**
  Hybridveranstaltung Seminar und Webinar, W
- **Vertragsrecht im IT-Umfeld**, Seminar/Webinar

Kollegialer Austausch

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- Kollegialer **Austausch** ist herzlich willkommen.
- Melden Sie sich, **rufen Sie an** oder
- **Vernetzen** Sie sich unter einander oder mit mir:
  - LinkedIn: https://www.linkedin.com/in/roman-pusep-36b33374
  - XiNG: https://www.xing.com/profile/Roman_Pusep/cv
  - Facebook
  - Instagram & Co.

Vorwort : Themenvielfalt – ein Ausschnitt

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Was ist unser Ziel ?
- Aha-Erlebnisse
- Neue Perspektiven
- „Selbstverständlichkeiten“ sind ebenfalls wichtig

Vorwort: Diskussion erwünscht

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

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

Lassen Sie uns miteinander sprechen!

Agenda

- **Software-/Dienstleisterwahl**
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. 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

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- 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
  - Eigene IT („on premise “) oder SaaS/ASP oder „Private Cloud“?

Software- und Dienstleisterauswahl

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- Bitte nicht zu spezifisch suchen
- Ausn.: Branchenlösung

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

    Hier auf die Spitze getrieben und für den „Projekterfolg“ 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
- Unabhängige Software- oder Projekt-Berater

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- **Rechtswahl & Co.**
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Rechtswahl & Co.

- Rechtswahl
  - Sinnvoll bei internationalen Verträgen.
  - **Nein**: Zwingend bei internationalen Verträgen!
  - Sogar bei vermeintlich kleineren Projekten:
    - Beispiel: Softwareunternehmen „baut“ eine App für eine Versicherung. Als Freelancer ist ein Programmierer aus Spanien eingebunden. Vertrag ist eine Seite lang. Rechtswahl ist nicht getroffen. Rechte Regelung:
    - *„Sämtliche Rechte an der Software gehören dem Auftraggeber.“*
      „All rights to the software belong to the client.“
  - **Problem**: Die Klausel ist schon nach deutschem Recht eine Katastrophe, die Ungewissheit, ob spanisches Recht hinzukommt, ist ebenfalls schlecht.

Rechtswahl & Co.

- Ausschluss CISG/UN-Kaufrecht? => meist JA.
  - So geht's **nicht** (Denn: UN-Kaufrecht ist deutsches Recht):

    Für diesen Vertrag gilt ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland."
  - Formulierung (ERP-Hersteller):

    Für alle vertraglichen und außervertraglichen Ansprüche gilt ausschließlich deutsches Recht ohne UN-Kaufrecht.
  - Formulierung (ausführlicher):

    Für alle vertraglichen und außervertraglichen Ansprüche aus diesem Vertrag, im Zusammenhang mit diesem Vertrag und über sein Bestehen oder Nichtbestehen, gilt ausschließlich deutsches Recht ohne UN-Kaufrecht.

Rechtswahl & Co.

- Schlichtungsklauseln / Schiedsgutachten / Schiedsklauseln
  - **Achtung**: Wie in der IT, so gibt es auch im Recht häufig nur vermeintlich feststehende Begriffe. Ein Beispiel:
    - IHK Krefeld: „Ein Schiedsgutachten ist die Stellungnahme eines unabhängigen, unparteiischen und sachverständigen Dritten zu einem zwischen (Vertrags-) Parteien umstrittenen Sachverhalt. Diese Stellungnahme bezieht sich lediglich auf Tatsachenfeststellungen, **eine rechtliche Würdigung beinhaltet sie nicht**."
    - Vorwerk, Prozessformularbuch: „Übertragen die Vertragsparteien einem Dritten die Aufgabe, bestimmte tatsächliche **oder rechtliche Einzelfragen** verbindlich festzustellen, spricht man von einem Schiedsgutachten (Grüneberg, § 317 BGB Rdnr. 3)"
  - Hinweis: Schiedsklausel (z.B. DIS) nur mit entsprechender Erfahrung!

Rechtswahl & Co.

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Vertragssprache
  - Bei englischen Verträgen und deutschem Recht: deutsche Definitionen in Klammern ergänzen.
  - Formulierungsbeispiel:

    „*Warranty (Gewährleistung, §§ 437 ff. BGB)*“
- Führende Sprache bei doppelsprachigen Verträgen
  - Formulierungsbeispiel:

    „*Dieser Vertrag auf Englisch und auf Deutsch verfasst. Bei Widersprüchen geht die deutsche Version vor.*“

Rechtswahl & Co.

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Gerichtsstand: Zusätzlicher vs. ausschließlicher
  - So geht‘s **nicht**: „*Gerichtsstand ist Köln.*“

    Diese Klausel begründet einen zusätzlichen Gerichtsstand, aber **keinen ausschließlichen**, was aber gewollt war.
  - OLG Hamm, Beschluss vom 08.06.2017, Az. 32 SA 33/17: „*Wortlaut des Vertrages lässt nicht sicher erkennen, ob Gerichtsstand in XX als weiterer Gerichtsstand neben die gesetzlichen Gerichtsstände treten soll oder ob mit ihm alle anderen Gerichtsstände ausgeschlossen werden sollen.*“
  - **Wichtig**: An § 38 Abs. 1 ZPO denken – Kaufmannseigenschaft kann fehlen, v.a. bei hinzugezogenen Freelancern!

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- **Vertragsgegenstand**
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Vertragsgegenstand

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

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Technische Anforderungen beschreiben
  - Funktionale Anforderungen (was soll die IT können?)
  - Nicht-Funktionale Anforderungen (in welcher Qualität?)
  - Das ist nur Terminologie: Entscheidend ist nicht die Abgrenzung, sondern dass beides inhaltlich durchdacht und geregelt ist.

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Beispiel (Webshop):**
  - Ausgangslage: In Schieflage geratenes IT-Projekt zur Erstellung eines Webshops für den Verkauf von Sportzubehör.
  - Projektvolumen ca. 40.000 € (= Überschreitung um fast 100 %).
  - Webshop läuft nicht. Diverse Nachbesserungswünsche des Kunden werden nicht umgesetzt: Streit um den Scope (Vertragsumfang); auch die zentrale Schnittstelle zwischen Shopsoftware und Warenwirtschaftssoftware läuft nicht.
  - Aktuell: Versuch, das Projekt zu retten. Hierzu unterbreitet der Rechtsanwalt des IT-Dienstleisters folgendes „Angebot“ ...

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- **Beispiel (Webshop):**
  - Template-Anpassungen – 1.440 €
  - Analyse/Konzeption Relaunch – 600 €
  - Analyse Online-Shop Technik – 400 €
  - Workshop – 360 €
  - Betreuung SEO Technik – 1.620 €
  - Funktions- und Usability-Test – 1.020 €
  - Einrichtung Analytics und Consent-Management Tool – 340 €
  - Einrichtung Conversion-Tracking – 170 €
  - Durchführung Relaunch – 360 €
  - IT-Überprüfung (After-Launch) – 720 €

„bla bla bla“ … wissen Sie, was vertraglich geschuldet ist?

… genau, ich auch nicht!

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

Dann schreibt der Kunde, was er haben will … auf 11 Seiten mit folgender Gliederung:

- **Beispiel (Webshop):**
  - *Responsive Layout*
  - *Technik*
  - *On-Page-SEO*
  - *Warenbestand*
  - *Sonderpreise und Rabattaktionen*
  - *Händler, Vereine und andere Sonderpreisgruppen*
  - *Sprachen*
  - *Backend/Warenwirtschaft*
  - *Navigation*
  - *Startseite*
  - *Shop/Themenwelt Kollektionen*
  - *Produktseite*
  - *CMS „Über uns “ etc.*
  - *Sonstige Seiten*
  - *Kundenkonto*
  - *Warenkorb*
  - *Bestellvorgang*

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

Zur Veranschaulichung: Inhalte „Navigation“:

- **Beispiel (Webshop):**
  - ***Oberer Balken****, schwarz, mit vier Navigationspunkten (Shop, Kollektionen, Neu, Sale) und Symbolleiste mit Suche, Anmeldung und Warenkorb.*
  - ***Shop und Kollektionen*** *enthalten Menu mit allen Produkt-Kategorien (Shop) und Themenwelten (Kollektionen).*
  - ***Suche****: ausführliche Suchfunktion mit Liste aktuell häufigster Suchbegriffe und Vorschlägen zu Suchergebnissen; Suchergebnissen sind sortierbar.*
  - ***Anmeldeformular und Warenkorb*** *können im Standardlayout von ******* bestehen, Farben/Schrift müssen dem CI vom Kunden angepasst werden.*
  - *Unter oberem Balken: Schmaler weißer Balken mit **Sub-Navigation** zum Unternehmen mit drei Unterverweisen. Balken blendet beim Scrollen aus.*

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- **Beispiel: Formulierung (ERP-Dienstleister)**
  - *Die jeweilige Verantwortung je Leistungspaket ergibt sich aus der **Anlage 3** „Leistungselemente der Vertragspartner“.*
  - Anlage 3: => => =>
  - Wichtig: „Verantwortung“ / „Begriffe“ ausdrücklich definieren, z.B.:
    - *In der Spalte „**In Scope**“ bedeutet das „I“, dass die Leistung im Projekt-Umfang enthalten (in Scope) und das „O“, dass die Leistung nicht im Projektumfang enthalten (out of Scope) ist.*
    *In der Spalte „**(D)elivery object/ (A)ctivity/ (T)emplate**“ bedeuten die Begriffe […]*

In scope	Accountable	[redacted]	Client	(D)elivery object (A)ctivity (T)emplate
I	Client	R	R	D
I	Client	R	R	D
I	[redacted]	R	R	D
I	[redacted]	R	R	A
I	[redacted]	R	w/o	T

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Wichtig ist der Vertragstyp: v.a. Werkvertrag vs. Dienstvertrag
  - 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

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Erfolgs-Fragen: Möglicherweise kein Werkvertrag, dann aber ...
  - **Höhere Sorgfalts- und Hinweispflichten des Auftragnehmers**:
    - OLG Schleswig, Urteil vom 03.06.2016, Az. 17 U 49/15
    - Sachverhalt: Anforderungen an die Software nicht näher in einem „Pflichtenheft“ präzisiert.
    - Auftragnehmer hat auf „*die konkrete Tauglichkeit des Produkts hinzuweisen*“.
    - Pflicht des Fachunternehmers, den Kunden auf die Sinnhaftigkeit einer derartigen Fixierung von Anforderungen in einem Pflichtenheft hinzuweisen (hier nicht geschehen, weil die SAP-Einführung als „kleineres Standard-Projekt“ **–** vom Auftragnehmer **falsch – eingeschätzt**).

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- **Werkvertrag als „Unfall“**
- Beispiel einer Klausel, die alles verändert (hat) !?
  - Was war passiert: Der ERP-Softwarehersteller unterbreitete zwei Angebote: Erstens einen Kaufvertrag über der Erwerb der ERP-Software und Zweitens einen Dienstvertrag über die Einrichtung und Anpassung der Software im System des Kunden. Nach Verhandlungen kam es zu einem „**OnePager**“:
  - *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

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- Achtung: **Verträge zu Ende lesen**, nicht von vermeintlich großzügigen Formulierungen des Werkvertrages „**mit Fixpreis“** blenden lassen:
  - Klingt erstmal gut:

> Das folgende Angebot basiert auf den vorab geführten Abstimmungen und beinhaltet die Projektbeschreibung, Zielsetzung, Abgrenzung sowie einzelne Angebotspositionen.
> Es handelt sich um ein Fixpreisangebot in Form eines Werkvertrages.

  - Aber …. ga-a-anz unten im Vertrag:

12 (Opt.)	**Weitere Anpassungen** Nicht benannte Anpassungen können beauftragt werden. Die Abrechnung erfolgt nach Aufwand. Der Stundensatz beträge 110,-€ netto je h. Abgerechnet wird in Slots á 15min. Mit der Abrechnung von Leistungen nach Aufwand erfolgt ein Nachweis der geleistetet Tätigkeit.

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- Achtung: **Verträge ganz lesen**, und zwar alle Anlagen, gegebenenfalls herunterladen, prüfen und auch beim Vertragspartner nachfragen:
  - Beispiel für Verweis auf **Unterlagen im Internet**:

Dokument	Name	Link
	Diese Order Form einschließlich Anlage 1 (“**Order Form**”)	
	Anlage 2 zu dieser Order Form: Rise with SAP S/4 HANA Private Cloud and SAP ERP Roles-and-Responsibilities (“R&R”)	https://www.sap.com/about/agreements/hec.html > Language: All languages > Language: German
A.	Cloud Service Supplemental Terms and Conditions (Ergänzende Bedingungen) (“**Supplement**”)	http://www.sap.com/agreements-cloud-supplement > Language: All languages > Language: German
	Dokument A-2 zu dieser Order Form: Rise with SAP S/4HANA Private Cloud Service Description Guide (“SDG”)	https://www.sap.com/about/trust-center/agreements/cloud/cloud-services.html?tag=agreements:product-use-support-terms/service-description-guides&sort=latest_desc

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- Achtung: **Verträge ganz lesen**, und zwar alle Anlagen, gegebenenfalls herunterlasen, prüfen und auch beim Vertragspartner nachfragen:
  - Der Klick auf https://www.sap.com/about/agreements/hec.html
  - Führt zu einer Website mit hunderten Dokumenten:

ECS ⌄ Language ⌄

264 results

Aufwand nicht unterschätzen!

  - Selbst bei Eingrenzung auf Deutsch (German) verbleiben immer noch 18 Dokumente:

ECS ⌄ Language ⌄

18 results

German ✕

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Achtung: **Folge-Verträge im Auge behalten**:
  - Standardhinweis in einem ERP-Projekt nach harten Verhandlungen:
  - Zitat (Hinweis an Mandanten):

    *„Seien Sie bitte während **künftiger vertraglicher Abstimmungen** besonders sensibel für die Änderung von jeglichen AGB. Es passiert nach unserer Erfahrung regelmäßig, dass in der Geschäftsbeziehung **vermeintliche Kleinigkeiten** angepasst werden, wobei der Vertragspartner stets auf seine **aktuellen AGB verweist**, die dann ab dem Zeitpunkt der neuen Einbeziehung auch für bereits abgeschlossene Verträge gelten. So könnten mit geringem Aufwand die hier geführten Verhandlung mit [...] konterkariert werden.“*

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Trennung von verschiedenen Bestandteilen ?**
- Kann durchaus sinnvoll sein, dann Bestandteile, wie
  - Planung / Blueprint / Feinspezifikation / Scopingphase
  - Hauptleistung (Lieferung, Programmierung, Customizing)
  - Nachbetreuung nach GoLive
  - Wartung / Pflege, Support

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Trennung von verschiedenen Bestandteilen ?**
- Bei einer Trennung/Aufsplittung: Das 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, Referenzvereinbarung, Lizenzvertrag, Wartungsvertrag, Servicevertrag, Hostingvertrag, Cloud-Vertrag und AV-Vertrag
  - Aufgabenstellung: Verträge mit einander „verbinden“, z.B. durch synchronisieren der Kündigungsrechte, Vertragsbeginn, Zahlungsbeginn, aufschiebende und auflösende Bedingungen etc.

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- 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

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- 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

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

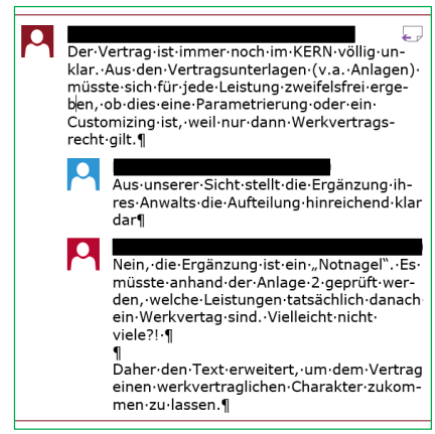
- Der **Wunsch nach einem Werkvertrag**
- Beispiel einer Klausel-“Entwicklung“, Version **6**:
  - *Die Leistungen zur Installation von Software oder die Durchführung von Parametrisierungs- oder Customizingeinstellungen, sofern (i) sie alleine durch [ERP-Dienstleister] vorgenommen werden (= „Responsible“ 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

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- Der **Wunsch nach Werkvertrag**
- Beispiel einer Klausel-“Entwicklung“
  - Ein 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

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- 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

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Viele Themen rund um „**BGB 2.0**“, ein **Beispiel – Aktualisierung**:
  - Der Kunde nutzt die Software für Endkunden (= meist Verbraucher).
  - Dann gelten §§ 327 ff. BGB und damit auch die Aktualisierungspflicht (zwischen Kunde und Endkunde) nach dem § 327f BGB (= Aktualisierung, v.a. IT-Sicherheit, sonst Produktmangel).
  - Softwarelieferant möchte solche Aktualisierungen nicht oder allenfalls gegen Zusatzvergütung programmieren und liefern.
  - Formulierungsbeispiel (SaaS-Lieferant im Finanzsektor):

    Die Gewährleistung wird für Software ausgeschlossen [...] die der KUNDE gegenüber den Endkunden aufgrund veränderter Umstände gegebenenfalls anpassen und vor allem aktualisieren muss (z.B. nach § 327f BGB); über solche Arbeiten können sich die Vertragsparteien gesondert einigen (die Regelungen zum Change Request finden keine Anwendung).

Vertragsgegenstand

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Viele Themen rund um „**BGB 2.0**“, eine **Abgrenzung**:
  - Bitte nach dem neuen digitalen Vertragsrecht (für Verbraucher, B2C) trennen zwischen:
    - verpflichtenden Aktualisierungen (= technisch notwendige Änderungen, wie Fehlerbehebung oder Sicherheits-Patches) nach § 327 f BGB und
    - freiwilligen Funktionsänderungen nach § 327 r BGB (hier auch das AGB-Recht beachten, u.a. § 308 Nr. 4 BGB – Änderungsvorbehalt)
  - Weiterer interessanter Gedanke:
    - Was passiert/gilt, wen eine als „Update“ oder „Upgrade“ getarnte Produktneuerung weder eine Aktualisierung (§ 327f BGB) noch eine Funktionsänderung (§ 327r BGB) darstellt, sondern eine Ersetzung des digitalen Produkts darstellt (vgl. Hessel/Potel, RDi 2022, 25, 27-28 – Zustimmung des Verbrauchers erforderlich).

Vertragsgegenstand

- Viele Themen rund um „**BGB 2.0**“, ein **Produktupdate**:
  - Sachverhalt: Softwarelieferant bietet ein Produkt per SaaS an, z.B. eine Engine, Frontend und Backend zur 3D-Darstellung von Gesicht/Kopf. Der Kunde verwendet dieses Produkt und bietet es als eigenes gegenüber Endverbrauchern an. Der Softwarelieferant verändert immer wieder das Produkt im Rahmen seiner Weiterentwicklungs-Roadmap, welche er teils auch offenlegt.
  - Der Kunde darf nach § 327r BGB das digitale Produkt gegenüber den Endverbrauchern nicht einfach ändern. Vertragliches Änderungsvorbehalt (in den AGB) dürfte unwirksam sein, wenn es abstrakt ist:
    - *Wir können Änderungen am digitalen Produkt vorzunehmen, sofern ein triftiger Grund vorliegt und Ihnen Zusatzkosten nicht entstehen.*
  - Konflikt verschiedener Interessen: Noch ungelöst ! ☹

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- **<u>Abrechnung/Preisanpassung</u>**
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Problemstellung**: Ausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung:
  - **Lieferant soll** motiviert bleiben vs. **Kunde soll** seine wirtschaftliche Verhandlungsstellung nicht verlieren
  - Formulierungsbeispiel (Ausgangslage)
    - *Zahlungen sind innerhalb von 30 Tagen und ohne Abzug (wie Skonto) 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 [...] Zahlungsmeilensteins zur Zahlung fällig, ohne dass es einer gesonderten Rechnungstellung bedarf.

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Problemstellung**: Ausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung:
  - **Lieferant soll** motiviert bleiben vs. **Kunde soll** seine wirtschaftliche Verhandlungsstellung nicht verlieren
  - Formulierungsbeispiel (Nachverhandlung)
    - *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 [...] Zahlungsmeilensteins zur Zahlung fällig, ohne dass es einer gesonderten Rechnungstellung bedarf.

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **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 aus Sicht des Auftraggebers entwickeln, um „Selbstbedienung“ oder „Goldene Wasserhähne“ zu verhindern.
  - Lösungsideen:
    - *Es gilt § 648 BGB. [...]*

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

Details regeln ...

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Was denn, T&M oder Höchstpreis?

- **Höchstpreise** (und anderes) klar vereinbaren.
  - Beispiel (Automotiv-Branche):
    - *6.1 ANBIETER erhält von KUNDE für die vertragsgemäße Entwicklung, Konfiguration und Überlassung vollständigen Entwicklungsergebnisses eine aufwandsbasierte Vergütung nach Maßgabe von Anlage 1.*
    - *6.2 Über die Budgetplanung hinaus hat ANBIETER einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung, soweit KUNDE von ANBIETER angekündigte Zusatzaufwänden für die Umsetzung von Änderungsverlangen zugestimmt hat, oder wenn Aufwände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht vorhersehbar gewesen sind und für die Aufwandsschätzung in Anlage 1 deswegen nicht berücksichtigt werden konnten.*

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Klarstellung(en) ...

- **Höchstpreise** (und anderes) klar vereinbaren.
  - Beispiel (Automotiv-Branche):
    - *6.1 ANBIETER erhält von KUNDE für die vertragsgemäße Entwicklung, Konfiguration und Überlassung vollständigen Entwicklungsergebnisses, welche in Ziffer 2. dieses Vertrages und in **Anlage 4** festgelegt ist, eine aufwandsbasierte Vergütung nach Maßgabe von **Anlage 1**.*
    - *6.2 Die Vertragsparteien vereinbaren einen Höchstpreis: Über die Budgetplanung (**Anlage 1**) hinaus hat ANBIETER einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung,*
      - *entweder soweit KUNDE von ANBIETER angekündigte Zusatzaufwänden für die Umsetzung von Änderungsverlangen zugestimmt hat (Change Request), oder*
      - *wenn Aufwände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ....*

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Problemstellung**: 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**: 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

- **Rechtliche Grundlagen bei Preisanpassung**:
  - Starke Restriktionen für Preisänderungen, vor allem für einseitige Preiserhöhungen, weil dadurch nachträglich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verändert werden könnte.
  - Unwirksam z.B. AGB-Klauseln, die
    - Voraussetzungen und Umfang der Preisänderung nicht in einer für den Vertragspartner nachvollziehbaren Weise spezifizieren;
    - dem Verwender unkontrollierte Spielräume verschaffen, um das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu seinem Vorteil zu verändern. Im Klartext: Der Preisanpassungsmechanismus darf nicht dazu führen, dass nachträglich seine Gewinnspanne erhöht wird. (vgl. Münchener Kommentar-Wurmnest, BGB, 9. Aufl. München 2022, § 307, Rdnr. 106 und 107)

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einseitige Anpassungsklauseln („**Vergütungs-Einbahnstraße**“)
  - Negativ-Beispiel:

    Die Vergütung unterliegt einer Preisanpassung. Erhöht sich der Verbraucherpreisindex (VPI) um mehr als 5 % seit Vertragsbeginn, so erhöht sich ab dem nachfolgenden Kalendermonat automatisch die vertraglich vereinbarte Vergütung im gleichen Verhältnis.

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einseitige Anpassungsklauseln („**Vergütungs-Einbahnstraße**“)
  - Negativ-Beispiel (Anbieter von MFG‘s):

    Wenn sich die Einkaufspreise oder die Personalkosten für [***] verändern, hat [***] das Recht, mit einer Frist von 3 Monaten die vereinbarte Vergütung entsprechend neu festzusetzen.

    Sofern [***] innerhalb von 12 Monaten Preiserhöhungen von mehr als durchschnittlich 6 % verlangt, bedarf es insoweit der ausdrücklichen Zustimmung des Kunden. Verweigert der Kunde die Zustimmung, ist [***] berechtigt, die Erhöhung bis zu 6 % durchzuführen. Ersatzansprüche gegen [***] wegen einer solchen Änderung sind ausgeschlossen

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einseitige Anpassungsklauseln („**Vergütungs-Einbahnstraße**“)
  - Negativ-Beispiel (Cloud-AGB):

    5.1 [...] *Die für Verlängerungslaufzeit geltende Vergütung entspricht der Vergütung vorhergehender Laufzeit,* ***soweit SAP die Vergütung*** *nicht wie folgt* ***erhöht****:*

    5.1.1 ***SAP kann*** *die* [...] *Vergütung mit Ankündigungsfrist von* [...] ***durch Anpassungserklärung*** *gegenüber dem Auftraggeber nach ihrem Ermessen unter Einhaltung der folgenden Grundsätze ändern:* [...]

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einseitige Anpassungsklauseln („**Vergütungs-Einbahnstraße**“)
  - Preisklauselverbot in § 1 Preisklauselgesetz (PrKlG)
  - Beispiel einer unangemessenen Benachteiligung § 2 Abs. 3 Nr. 1 PrKlG:
    - „Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere vor, wenn **einseitig ein Preis- oder Wertanstieg** eine Erhöhung, **nicht aber umgekehrt ein Preis- oder Wertrückgang** eine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruchs bewirkt.“

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Themen bei Anpassungsklauseln**
  - Statistische Preisreihen sind Verwaltungsaufwand und nicht kalkulierbar.
  - AGB-rechtliche Fragen:
    - Welche Preisreihe ist die richtige und angemessene?
    - Was hat der Verbraucherpreisindex mit IT-Leistungen zu tun?

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einseitige Kostenanpassungen **nur** mit Begründung **und** Widerspruch
  - *Sofern nach Vertragsschluss ein Software-Modul um zusätzliche Funktionen erweitert wird oder die Eigenkosten des Lizenzgebers steigen, kann der Lizenzgeber, die Vergütung nach billigem Ermessen angemessen entsprechend Art und Umfang der Erweiterung oder* ***Kostensteigerung*** *mit einer Ankündigung von sechs Wochen 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?
  - Führt faktisch jährlichen zu Preisverhandlungen. Sollen Sie das?

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Staffelpreise**:
  - Grundsätzlich: einfach und transparent
  - Beispiele:
    - *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.*
    - *Die Vergütung für die Cloud Services erhöht sich jährlich mit Wirkung zum jeweiligen Jahrestag von 01.11.2022, um 3,3 %. Diese Erhöhung gilt zusätzlich zu(r) Jahresvergütung(en), die in der Tabelle in Anlage 1 zu dieser Order Form angegeben ist / sind und die jährlich erhöht werden, und unabhängig von Mindest- oder Verlängerungslaufzeiten.*
  - Aber: ....

Abrechnung und Preisanpassung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Staffelpreise**:
  - ABER (1) : Kunden schwer zu überzeugen sein, jedenfalls „Cut“ für Zukunft.
  - ABER (2) : Rechtlich zu bewerten, ob prozentuale Erhöhungen überhaupt Staffelpreise im Sinne des BGB sein können und andere Überlegungen:
    - AGB-rechtlich eher nicht überraschend nach § 305c Abs. 1 BGB
    - Verstoß gegen wesentliche gesetzliche Grundgedanken nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB? => §§ 557 und 557a BGB [Wohnraummiete]
      - Erhöhung/Miete muss Geldbetrag ausweisen (§ 557a Abs. 1 BGB)
      - Miete mindestens ein Jahr unverändert (§ 557a Abs. 2 BGB)
      - Kündigungsrecht max. vier Jahre ausschließen (§ 557a Abs. 3 BGB)
    - Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. (?)

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- **Abnahme**
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Abnahme

- Abnahme nach § 640 BGB klar definieren (förmliche Abnahme)
- Abnahmeverlauf und Abnahme**abbruch** definieren
  - *Treten während der Abnahmeprüfung Mängel der Mängelklasse 1 oder mindestens 10 Mängel der Mängelklasse 2 auf, liegt die Abnahmereife nicht vor. Der Auftraggeber kann die Abnahme abbrechen und nach unverzüglicher Nachbesserung und erneuter Mitteilung der Abnahmereife durch den Auftragnehmer neu beginnen. Mängel der Mängelklasse 3 verhindern die Abnahme nicht. [ggf. Kostenerstattung]*
  - Voraussetzung:
    - Mängelklassen definieren und
    - Verschiedene Abnahmekonstellationen durchdenken

Abnahme

- Abnahme nur mit Protokoll (Beweiserleichterung)
- Vorsicht vor der konkludenten Abnahme / Abnahmefiktion
- Teil-Abnahmen vorsehen, dann aber auch Folgen regeln, wie
  - Verjährung sowie
  - Schlussabnahme
- 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
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- **Gewährleistung und Haftung**
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Gewährleistung und Haftung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- 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 und Fehlerbeseitigung.*

Gewährleistung und Haftung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Kosten der Mangelsuche
  - Sinnvolle Ergänzung durch Kunden
    - *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 ~~und Fehlerbeseitigung~~, die erforderlich waren, um festzustellen, dass ein Gewährleistungsfall nicht vorlag.*
    - *Die Kosten der Fehlerbeseitigung übernimmt der Kunde nur, wenn der Anbieter nach der Untersuchung und Feststellung, dass ein Mangel nicht vorliegt, dem Kunden die Fehlerbeseitigung anbietet und der Kunde das Angebot annimmt.*

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: ....

Gewährleistung und Haftung

- Typische Haftungsbeschränkungen des Anbieters sind bekannt
  - [...]
- 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 [...]*

Gewährleistung und Haftung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Dienstvertrag
  - Gutes Geld für (gute) Arbeit !?
  - Beispiel (Online-Diensteanbieter/Shopersteller):
    - *Dienstverträge erfüllt der ANBIETER mit der üblichen kaufmännischen Sorgfalt. Unsere KUNDEN haben keine Mängelansprüche bei Dienstverträgen.*
  - Beispiel (SaaS-Dienstleister, Finanzbranche):
    - *Der ANBIETER gewährleistet für den Zeitraum von 24 Monaten ab Erbringung der Dienstleistungen, dass diese fachmännisch und mit der verkehrsüblichen Sorgfalt erbracht werden. Ein bestimmter Erfolg wird nicht geschuldet.*

Gewährleistung und Haftung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Kaufvertrag
  - Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377 HGB)
    - Beispiel (Betriebssoftware, Warenwirtschaft und Fertigung):

      Der KUNDE wird die Software unverzüglich nach Erhalt auf offensichtliche Mängel untersuchen und diese bei Vorliegen an ANBIETER unverzüglich mitteilen, anderenfalls ist die Gewährleistung für diese Mängel ausgeschlossen (§ 377 HGB bzw. § 536c BGB). Dies gilt auch für weitere Lieferungen, wie Updates.
  - Verlust von Mangelrechten aus Kundensicht vermeiden
    - z.B. stets ausdrücklich die Abnahme regeln, § 377 HGB ausschließen!

Gewährleistung und Haftung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Weitere Regelungen (kritische, wichtige Themen regeln):
  - Nacherfüllung, Fristen, Leistungsstörung wegen Unmöglichkeit (§ 275 BGB)
  - Minderung, Rücktritt und Schadenersatz (v.a. Exkulpationsmöglichkeit)
  - Vertragsstrafe (Bonus-Malus-Regelungen)
  - Verjährung

Gewährleistung und Haftung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- 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

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Höhere Gewalt (Force Majeure)
- 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 ...
    - Aber: Nicht wenn Hauptleistungspflicht, wie Brand im RZ
- Folgen: Vertragsänderung oder Vertragsbeendigung?
  - Hinweispflichten, Kündigung etc.

Gewährleistung und Haftung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Höhere Gewalt (Force Majeure)
- Beispiel 1 (Softwarehersteller):
  - *ANBIETER haftet nicht für Schäden oder Mängel aufgrund von Umständen, die außerhalb seiner vertraglichen Verantwortung liegen. Hierzu gehören v.a. Höhere Gewalt oder kriminelle Handlungen, z.B. Naturkatastrophen, Kriege, Terroranschläge, Aufstände, staatliche Maßnahmen, Epidemien, Streik, Pandemien, Diebstahl, Feuer, Explosion, (D-)DOS-Angriffe, Hacking, Cracking. In diesen Fällen ist der ANBIETER auch von seiner Leistungspflicht befreit,* ***soweit*** *ihm die Leistungserbringung* ***aufgrund*** *Höherer Gewalt oder krimineller Handlungen tatsächlich unmöglich oder wirtschaftlich nicht vertretbar ist.*

Gewährleistung und Haftung

- Höhere Gewalt (Force Majeure)
- Beispiel 2 (ERP-Anbieter):
  - *Ein wichtiger Kündigungsgrund, der den KUNDEN zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt, liegt insbesondere vor, wenn ANBIETER aufgrund von Höherer Gewalt oder von kriminellen Handlungen von seiner Leistungspflicht befreit ist und dieser Zustand länger als drei Monate andauert.*
- Beispiel 3 (IT-Einkäufer, Medizinbranche):
  - *Der ANBIETER unterrichtet den KUNDEN unverzüglich über den Eintritt der Höheren Gewalt. Erfolgt die Meldung nicht oder nicht rechtzeitig, gilt die Höhere Gewalt als nicht gegeben.*

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)

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- **Änderungsmanagement (CR)**
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Änderungsmanagement (Change-Request)

CR-Verfahren = Vertragsänderung

- 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?

Keinen Papier-Tiger schaffen !

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Selbstbedienung aus Unwissenheit (= Projekt-Unklarheit) vermeiden
  - Beispiel:

    Die Vertragsparteien können zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht alle Details der Leistungserbringung regeln. Sie werden daher die weitere Detaillierung im Rahmen von Change Requests vornehmen. Sie werden, insbesondere:

    - *Definition aller technischen Anforderungen der Auftraggeberin an das Gesamtsystem vereinbaren.*
    - *Definition der Schnittstelle nach Ziffer 6.4 dieses Vertrags vornehmen.*
    - *Konkrete und detaillierte Ausgestaltung der Mitwirkungsleistungen und Beistellungen verhandeln.*

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Formulare vorsehen ?!
  - Beispiel (Lieferung einer komplexen Kommunikationsanlage):

    *Die Vertragsparteien können Änderungen durch einen Änderungsantrag einleiten. Der Änderungsantrag erfolgt schriftlich in Form des **Anhangs „Change Request Formular“** dieses Vertrags.*
  - Dann aber auch Verstoßauswirkungen regeln (oder auch bewusst nicht?!)

    Das Change Request Verfahren kann ausschließlich auf Grundlage dieses, vollständig ausgefüllten Formulars eingeleitet werden. Insbesondere beginnen die wechselseitigen Leistungspflichten und v.a. die Fristen ab Zugang eines solchen Formulars.

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Oder doch nicht zu formalistisch ?!
  - Schriftliches Änderungsverlangen des KUNDEN oder des ANBIETERS
  - Formelle Prüfung durch ANBIETER
  - Mitteilung an KUNDEN, falls Arbeiten vorläufig einzustellen sind, um Doppelarbeiten zu vermeiden
  - Rücksprache, ob das Prüfungsverfahren (kostenpflichtig) durchgeführt werden soll und Abstimmung, was im Falle der Nichtdurchführung geschehen soll
  - Durchführung der Prüfung mit anschließendem Umsetzungsangebot
  - Beauftragung durch den KUNDEN **oder** Ablehnung des ANBIETERS
  - Durchführung des Changes mit Anpassung der Fristen und Kosten **oder** normale weitere Durchführung des Vertrags

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Oder doch nicht zu formalistisch ?!
  - Schriftliches Änderungsverlangen des KUNDEN oder des ANBIETERS
  - Formelle Prüfung durch ANBIETER
  - Mitteilung an KUNDEN, falls Arbeiten vorläufig einzustellen sind, um Doppelarbeiten zu vermeiden
  - Rücksprache, ob das Prüfungsverfahren (kostenpflichtig) durchgeführt werden soll und Abstimmung, was im Falle der Nichtdurchführung geschehen soll
  - Durchführung der Prüfung mit anschließendem Umsetzungsangebot
  - Beauftragung durch den KUNDEN **oder** Ablehnung des ANBIETERS
  - Durchführung des Changes mit Anpassung der Fristen und Kosten **oder** normale weitere Durchführung des Vertrags

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Stichwort: Wer macht was ?!

- Auf „Vertragshygiene“ achten
  - Beispiel (Lieferung einer komplexen Kommunikationsanlage):

    Die Vertragsparteien sind verpflichtet, etwaige Änderungen im jeweiligen Change Request Formular unter konkreter Bezugnahme auf die zu ändernden Bestimmungen dieses Vertrags und gegebenenfalls seiner Anhänge zu dokumentieren.
  - Dann aber auch richtig und zwar mit der Festlegung „wer macht was?“

    Der Auftragnehmer ist ~~Die Vertragsparteien sind~~ verpflichtet, etwaige Änderungen im jeweiligen Change Request Formular unter konkreter Bezugnahme auf die zu ändernden Bestimmungen dieses Vertrags und gegebenenfalls seiner Anhänge zu dokumentieren und dem Auftraggeber die aktualisierte Dokumentenfassung zur Freigabe zuzusenden.

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Stichwort: Wer macht was ?!

- Auf „Vertragshygiene“ achten
  - Beispiel (Lieferung einer komplexen Kommunikationsanlage):

    *Sämtliche beauftragten Change Requests werden mit Verweis auf die sich etwaig ändernden Bestimmungen im **Anhang „Übersicht beauftragte CR“** fortlaufend aufgelistet.*
  - Dann aber auch richtig und zwar mit der Festlegung „wer macht was?“

    *Der Auftragnehmer listet sämtliche beauftragten Change Requests ~~werden~~ mit Verweis auf die sich etwaig ändernden Bestimmungen im **Anhang „Übersicht beauftragte CR“** fortlaufend auf~~gelistet~~ und sendet dem Auftraggeber die aktualisierte Übersicht zur Freigabe zu.*

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Wer hat das letzte Wort ?
  - Formulierung aus dem Bauvertragsrecht interessant (§ 650b Abs. 2 BGB) :

    [1]*Erzielen die Vertragsparteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1,* ***kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen****.*

    [2]*Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist.*

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Vorschlag Softwarehersteller:

- Wer hat das letzte Wort ?
  - Beispiel (Automotivbranche) :
    - *Die Entwicklungsleistungen zur Herstellung des Entwicklungsergebnisses werden im Rahmen iterativer Entwicklungsphasen von in der Regel jeweils 1-4 Wochen (Mo. bis Fr.) erbracht (jeweils ein „Sprint“). Die geplante Dauer und den geplanten Aufwand je Sprint stimmen die Verantwortlichen jeweils miteinander ab.*

Und nun … wer hat das Sagen??

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Lösungsvorschlag:

- Wer hat das letzte Wort ?
  - Beispiel (Automotivbranche) :
    - *Die Entwicklungsleistungen zur Herstellung des Entwicklungsergebnisses werden im Rahmen iterativer Entwicklungsphasen von in der Regel jeweils 1-4 Wochen (Mo. bis Fr.) erbracht (jeweils ein „Sprint“). Die geplante Dauer und den geplanten Aufwand je Sprint stimmen die Verantwortlichen jeweils miteinander ab.*
    - *Werden sich die Vertragsparteien nicht einig, darf der KUNDE die Dauer und den Aufwand bestimmen. Der ANBIETER richtet einen Widerspruch an KUNDEN und schildert dort etwaige Bedenken gegen die einseitige Vorgabe; auf dieser Basis erfolgen weitere Verhandlungen im Eskalationsprozess, währenddessen die operativen Arbeiten nach der KUNDEN-Vorgabe ~~fortgesetzt werden~~ ruhen.*

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Das hier ist keine geeignete Regelung eines „Prozesses“:

- **EXKURS:** a propos „Eskalationsprozess“
  - Beispiel (Automotivbranche) :
    - *9. Eskalationsprozess*
    - *9.1 Sollten aus oder im Zusammenhang mit dem Projektvertrag Streitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten auftreten, werden die Vertragspartner Parteien sich zunächst bemühen, diese nach dem Grundsatz von Treu und Glauben informell beizulegen.*
    - *9.2 Die Einleitung des Eskalationsprozesses erfolgt durch Mitteilung des Eskalationsgegenstandes gegenüber der anderen Vertragsparteimit Hinweis auf die Einleitung des Eskalationsprozesses in Textform.*

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Für Change-Request vorbauen
  - Zusätzlich T&M-Kontingente auf Abruf vereinbaren
    - ... um eine Unzumutbarkeit für den Anbieter auszuschließen
  - Nutzung von Service-Kontingenten für CR regeln ?!

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Einseitige** Leistungsänderungsvorbehalte
  - Die meisten Änderungsklauseln in AGB dürften unwirksam sein

    Um die Funktionalität der Leistungen zu verbessern oder die Leistungen dem Stand der Technik anzupassen, kann der Auftragnehmer die Leistungen nach Vertragsbeginn ohne Zustimmung des Auftraggebers anpassen.
    - Völlig offen und unvorhersehbar: Weitere Regelungen erforderlich, um die AGB-konformität (bestenfalls) herzustellen.
    - Also v.a. angemessene Ankündigungszeit, Kündigungsrecht oder idealerweise Zurückweisungsrecht des Kunden

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Einseitige** Leistungsänderungsvorbehalte
  - Beispiel (Cloud AGB)
  - *3.5.1 Um standardisierten* [...] *anzubieten, kann SAP den Cloud Service (einschl. Support, Wartung- und Upgrade-Fenster)* ***verbessern oder ändern****. Dies beinhaltet die Option,* ***Funktionen*** [...] ***zu entfernen****, wenn SAP entweder gleichwertige Funktionen bereitstellt, oder dadurch die Hauptfunktionen des Cloud Service nicht wesentlich verringert werden.* [...]
  - *3.5.2. SAP informiert* [...] *über Modifikationen* [...] *mit einer angemessener Frist im Voraus.* [...] *einen Monat im Voraus* [...].
  - *3.5.3. Sofern* [...] *berechtigte Interessen des Auftraggebers so nachteilig berührt werden, dass ihm* ***insoweit*** *ein Festhalten [am Vertrag] nicht mehr zugemutet werden kann, kann [er] den* ***betroffenen*** *Cloud Service schriftlich [fristgerecht] kündigen. Sofern der Auftraggeber nicht fristgemäß kündigt, tritt die Modifikation in Kraft.* ***.... => => =>***

Änderungsmanagement (Change-Request)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Einseitige** Leistungsänderungsvorbehalte
  - Beispiel (Cloud AGB)
  - **Anmerkungen**:
    - **Kündigungsfrist** von einem Monat bei komplexen Systemen **viel zu kurz**, um festzustellen, (1) ob Nachteile überhaupt vorliegen und (2) ob diese Nachteile tatsächlich schwerwiegend und eine Kündigung rechtfertigen (= Unzumutbarkeit).
    - Ferner ist der Zeitraum auch deutlich zu kurz, um einen neuen Dienstleister zu finden und zu beauftragen; **Umstellungszeitraum** dürfte bei mindestens sechs Monaten liegen, eher bei einem Jahr.
    - Schließlich: Es besteht das Risiko/Möglichkeit für den Dienstleister, einen unliebsamen Kunden **zur Kündigung zu provozieren**.

Änderungsmanagement (Change-Request)

- **Einseitige** Leistungsänderungsvorbehalte
  - Häufige Updates
    - => Können nachteilig für das operative Geschäft sein, weil Testungen erforderlich sein können.

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- **Nutzungsrechte und Lizenzen**
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Gesetz lesen, bitte !

- 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?
  - § 69c Nr. 1 UrhG: „*Vervielfältigung eines Computerprogramms **mit jedem Mittel und in jeder Form**. Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erfordert, bedürfen diese Handlungen der Zustimmung des Rechtsinhabers.*“

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Gesetz lesen, bitte !

- Nutzungsrechte (§ 31 Abs. 2, 3 UrhG)
  - Einfache vs. ausschließliche Nutzungsrechte
    - Bei ausschließlichen Nutzungsrechten an Ausnahmekatalog denken!
    - Denn ansonsten könnte der Programmierer faktischem Wettbewerbsverbot unterliegen => Unwirksam vs. Entschädigung
  - Prüfen, was benötigt wird; ggf. absichern (und etwas mehr regeln).
- Einschränkungen (§ 31 Abs. 1 UrhG)
  - Zeitlich, örtlich, inhaltlich
  - Sinnvollerweise dieses Wording einhalten

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Freelancer vs. Arbeitnehmer

- Kein Guter Glaube beim Rechteerwerb
  - Folge: Der Kunde erwirbt nur diejenigen Rechte, die der Softwarehersteller bzw. Vertragspartner dem Kunden auch einräumen darf.
  - Risiko: Der Kunde könnte vertraglich zwar Rechte eingeräumt erhalten, tatsächlich darf er jedoch die Software nicht nutzen.
  - Lösung: Prüfen, wer was programmierte, um dann vom einzelnen Programmierer bis zum Kunden die Rechtekette zu prüfen.
    - Problem: Zu teuer, zu aufwändig !
    - Alternative:
      - Garantie vom Vertragspartner einholen => => =>
      - Aber: Natürlich ist die Garantie nur so gut, wie die Bonität und Beständigkeit des Vertragspartners.

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Freelancer vs. Arbeitnehmer

- Kein Guter Glaube beim Rechteerwerb
  - Beispiel (Haushaltsprodukte-Hersteller vs. Websop-Anbieter):
    - *5.1 Der Auftragnehmer räumt dem KUNDEN an den individuell für ihn erbrachten Leistungen, also v.a. am individualisierten Web-Frontend, das ausschließliche, räumlich, zeitlich und inhaltlich uneingeschränkte sowie übertragbare Recht zur Nutzung einschließlich Umgestaltung ein.*
    - *5.2 Der Auftragnehmer garantiert, dass sämtliche von der Rechteübertragung erfassten Leistungen entweder von eigenen Mitarbeitern des Auftragnehmers erbracht werden oder von Subunternehmern, mit welchen eine ausreichende Nutzungsrechtsvereinbarung besteht, sodass der Auftragnehmer seine Verpflichtung aus diesem Abschnitt „5. Rechte“ gegenüber dem KUNDEN vollständig erfüllen kann.*

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Gesetz lesen, bitte !

- Weitere Themen
  - Vermietrecht/Lizensierung zu Gewerbezwecken (§ 17 Abs. 3 UrhG und § 69c Nr. 3 UrhG)
  - Ausschluss des Urheberbenennung (§ 13 Satz 2 UrhG)
  - Recht zur Bearbeitung (§ 69c Nr. 2 UrhG)

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Regelung zur Übernutzung** (= Unterlizensierung)
  - Beispiel: „*Im Falle einer Übernutzung ist Auftraggeber verpflichtet, diese **unverzüglich anzuzeigen** und eine **Order Form zu unterzeichnen**, welche die zusätzliche Nutzung und die **zusätzliche Vergütung** ausweist. Die entsprechende Vergütung entsteht von dem Tag an, seit dem die Überschreitung besteht und entspricht den bei SAP zum Zeitpunkt des Beginns der Übernutzung **gültigen Preisen**.*“
  - Grundsätzlich in Ordnung und fair nach §§ 305 ff. BGB (= AGB-Recht)
  - Der Kunde muss die Software-/Cloudnutzung überwachen.
    - Hier sollte nachverhandelt werden, um etwaige Werkzeuge zu nutzen:
    - „*Der Auftragnehmer informiert den Auftraggeber über alle **Werkzeuge zur Nutzungsmessung** und ermöglicht, dass der Auftraggeber diese Werkzeuge eigenverantwortlich nutzt.*“

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Zu guter Letzt:** Eine Rechtekatastrophe
  - Angebot eines Social-Media Experten

Bezeichnung	Menge	Einzel €	Gesamt €
Social Media Komplettservice "Full" Monatliche Betreuung des Facebook- und Instagram-Auftritts | Bis zu 3 Facebook- und Instagram-Beiträge pro Woche | Zeitnahes Reagieren/Antworten auf Kommentare und Nachrichten (auf Facebook & Instagram) | Fortlaufende Analyse und Optimierung inkl. monatlicher Auswertung von Facebook- & Instagram-Werbeanzeigen | Posten von Instagram-Storys | Content (Fotos & Videos) wird vom Kunden geliefert	6	2.000,00	12.000,00

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Zu guter Letzt:** Eine Rechtekatastrophe
  - Dazu die Rechteregelung in den AGB:
    - § 8 (1): *Sofern nicht anders vereinbart, erwirbt der KUNDE für den jeweiligen Verwendungszweck die nicht ausschließlichen erforderlichen Nutzungsrechte der von ANBIETER angefertigten Arbeiten* ***für die Laufzeit des Vertrages****. Die Nutzungsrechte sind örtlich unbegrenzt. [...]*
    - § 8 (6): *Mit Ende des Vertragsverhältnisses ist der KUNDE dazu verpflichtet,* ***alle Leistungen*** *des ANBIETER* ***zu löschen*** *und* ***Veröffentlichungen zu entfernen****. Insoweit HD die Zugangsrechte zu Veröffentlichungen besitzt, z. B. zur Website oder zu Social-Media-Kanälen, ist der ANBIETER dazu berechtigt, die Löschungen selbst vorzunehmen.*

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- **Wartung, Pflege, Support**
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Wartung, Pflege, Support

- Warum überhaupt Wartung/Pflege/Support ?
  - Weil der Anbieter ansonsten (also nur innerhalb der Gewährleistung) viel weniger leistet; dies ist meist nicht ausreichend für operatives Geschäft
  - Dies v.a. wegen der „angemessenen Nachfrist“ für Fehlerbeseitigung. Diese kann durchaus Wochen und Monate dauern.
- Beispielformulierung (aus Wartungsvertrag für ERP-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, Pflege, Support

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- 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?

Wartung, Pflege, Support

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Achtung bei Ausschlüssen
  - Beispiel:
    - *Folgende Typen von Meldungen sind von den oben beschriebenen Reaktionsstufen für vom Auftraggeber aufgegebene Meldungen ausgeschlossen: Meldungen, die ein Release, eine Version und/oder Funktionen der Cloud Services betreffen,* ***die speziell für den Auftraggeber entwickelt wurden*** *(einschließlich Entwicklungen von Custom Development und/oder verbundenen Unternehmen oder einzelnen Content-Services)*
    - Verständlich aus Sicht des Software-Anbieters
    - Gleichzeitig gegebenenfalls Katastrophal aus Sicht des Nutzers/Kunden
      - vor allem wenn eine Updateverpflichtung besteht, weil ansonsten die Supportpflicht erlischt

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- **Datenschutz**
- Cloud-Computing-Verträge
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

Datenschutz

- Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung
  - Entscheidend, wer die Zwecke und Mittel der Verarbeitung **bestimmt** (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO)
  - Unerheblich, wer die Daten tatsächlich verarbeitet, solange die Verarbeitung weisungsgemäß nach Vorgaben des Verantwortlichen erfolgt
- Verarbeitungsgrundsätze und Auskunftspflichten
  - Wichtig: Keine zwecklose Datenverarbeitung, Art. 5 Abs. 1 lit. b) DS-GVO
    - Aktivierte aber nicht verwendete Tools sind abzuschalten
    - Beispiel: Nicht operativ genutzte Tracking-Tools
  - Auskünfte (Art. 15 DS-GVO) sollten „per Mausklick“ möglich sein

Datenschutz

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
  - Vor (übereiltem) Abschluss prüfen, ob wirklich AV-Verhältnis vorliegt:
    - Art. 4 Nr. 8 DS-GVO: Auftragsverarbeiter ist diejenige Person, die personenbezogene Daten **im Auftrag** des Verantwortlichen **verarbeitet**
    - Eigenverantwortliche Datenverarbeitung (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO) des vermeintlichen „Auftragsverarbeiters" überprüfen
    - Hier macht Art. 28 Abs. 10 DS-GVO große Probleme
      - Wortlaut: „*Unbeschadet der Artikel 82, 83 und 84 gilt ein Auftragsverarbeiter, der unter Verstoß gegen diese Verordnung die Zwecke und Mittel der Verarbeitung bestimmt, in Bezug auf diese Verarbeitung als Verantwortlicher.*"
      - Wird häufig verallgemeinernd – und falsch, weil pauschal – unter Aufgaben-oder Funktionsexzess behandelt

Datenschutz

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
  - Ausnahmen klarstellend vereinbaren, wie
    - *Unter-Auftragsverhältnisse im Sinne dieses AV-Vertrages sind nur Leistungen, die sich **unmittelbar** auf die Erbringung der Hauptleistung (vgl. Ziffer 1.2 und 1.3) beziehen. Davon nicht umfasste Leistungen und damit **bloße Nebenleistungen** sind z.B. Telekommunikationsleistungen, Post-/Transportdienstleistungen, Wartung, Support und Benutzerservice, Datenträgerentsorgung, sonstige Maßnahmen zur Sicherstellung der Vertraulichkeit, Verfügbarkeit, Integrität und Belastbarkeit der Hard- und Software* [...]

Datenschutz

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
  - 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 **allen** Anforderungen aus Art. 28 Abs. 3 DS-GVO erfüllt.
  - Verantwortlicher muss **kontrollieren**, ob die Anforderungen aus Art. 28 Abs. 1 DS-GVO erfüllt sind
    - Sowohl vor dem Vertragsabschluss
    - Als auch laufend während der AV

v.a. TOMs prüfen !
Zertifikate prüfen !

Datenschutz

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Prüfung führt mal zu Überraschungen

- Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
  - Beispiel (Transport/Postdienste) – Original-Hinweise an Mandanten:
    - *Bitte prüfen Sie, ob es eine neuere Version der IT-Sicherheitsrichtlinie gibt. Die mir vorliegende (Version 1.2, Stand: 30.07.2021) ist veraltet. So verweist sie unter Ziffer 4. auf §§ 9 und 11 BDSG und Ziffer 4.1 auf die Anlage zu § 9 BDSG, wobei die alte Fassung vor Mai 2018 gemeint ist.*
    - *Nach Ziffer 4.1.6.3 soll die Datenlöschung nach 90 Tagen, früher falls vereinbart; beim Backup durch Überschreiben nach 120 Tagen erfolgen. Dies widerspricht der Darstellung in Anlage 5 Lösungskonzept, Seite 2, Ziffer 7, dass die Standard-Speicherung 60 Tage beträgt. Was ist richtig?*
    - *AWS-Zertifikat (ISO 27001) ist weiterhin ungenügend. Die Datei hat zwei Fehler: Gültigkeit abgelaufen: „Expiration date of certificate: November 7, 2022"; ferner wurde das Dokument nach Ergebnis der Signaturprüfung „verändert oder ist beschädigt"*

Datenschutz

- Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
  - Themen für Unter-AV-Verträge / Unter-Auftragsverarbeiter:
    - **Sub-Sub-AVV-Ketten** durchdenken und gegebenenfalls beschränken (denn: immer mehr Dienste binden SaaS-Dienste ein, die wiederum fremde SaaS-Dienste einsetzen)
    - Art. 28 Abs. 4 Satz 1 DS-GVO: *Dem Unterauftragnehmer sind „**dieselben** Datenschutzpflichten [aufzuerlegen], die in dem Vertrag [...] zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter gemäß Absatz 3 festgelegt sind.*“
      - Was heißt „dieselben“? Wer ist Leistungsgläubiger beim Unter-AV?
      - Lösung wohl in Art. 28 Abs. 4 Satz 2 DS-GVO: Die vertragliche Haftung erfolgt ausschließlich in der Leistungsbeziehung vom Verantwortlichen zum Auftragsverarbeiter.

Datenschutz

- Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
  - Auch hier: Sorgfältiges Vertragsstudium und Vermeiden von Widersprüchen:
    - Hauptregelung (Order Form): „*Die Cloud Services die der Auftraggeber in dieser Order Form erwirbt, werden in einem* [...] *eigenen Rechenzentrum in Frankfurt erbracht.*“
    - Regelung im AVV (DPA): „*EU Access. In cases where a subprocessor provides also EU Access enabled services (*[...]*) the respective subprocessor is marked with “X” in the in the column “EU Access”.*“
      - Es folgt eine Tabelle von über 50 (**!**) Unter-Auftragnehmern
      - Also kann der Dienstleister doch durch Hinzuziehung von Unter-Auftragnehmern die Datenverarbeitung aus Deutschland auslagern.
    - Dieser Widerspruch müsste gesehen und **aufgelöst** werden.

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- **Cloud-Computing-Verträge**
- Projektrettung vs. Exit-Strategien

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.)
  - **Messpunkte**, Messtechnik, Messverfahren durchdenken
  - Oft sinnvoll: Nach verschiedenen Elementen der Software bzw. des SaaS-Service zu **differenzieren**
  - Regelung hinsichtlich **Downtime** (maximale Nichterreichbarkeit am Stück)

Berechnungsformel bzw. -methode angeben **und** durchrechnen (s.o.)!

Wartung, Pflege, Support

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Verfügbarkeit** unbedingt nachrechnen !
  - Beispiel (SaaS-Anbieter Finanzsektor)

    3.5 Messmethode zur Berechnung der Verfügbarkeit: Die Verfügbarkeit berechnet sich wie folgt:

    *(1) Verfügbarkeit = (Zeit in der die vertragsgegenständliche Leistung tatsächlich verfügbar waren [h] / Servicezeit [h] * 100 %*

    (2) Die Servicezeit ist die Zeit, in der die Anwendung hätte zur Verfügung stehen sollen:

    (a) Servicezeit = Betriebszeit [h] – vereinbarte Wartungsfenster [h] ~~– Wartungszeiten für dringende Wartungsarbeiten* [h]~~*

    (b) Betriebszeit = 24 Stunden am Tag, an 365~~/366~~ Jahrestagen

Cloud-Computing-Verträge

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Latenz**
  - => die **Verzögerung** bei der Netzwerkkommunikation. Sie zeigt die Zeit an, die Daten für die Übertragung über das Netzwerk benötigen.
  - Eine hohe Latenz führt bei der Benutzung einer Cloud-Anwendung zu einer hohen **Reaktionszeit**.
  - Sinnvoll: Latenz vertraglich vereinbaren und messen:
    - Time to First Byte (**TTFB**; Zeit bis zum erste Byte) => Zeit, die das erste Datenbyte benötigt, um den Client vom Server aus zu erreichen, nachdem die Verbindung hergestellt wurde.
    - Round Trip Time (**RTT**) => Zeit, die der Client benötigt, um eine Anfrage zu senden und die Antwort vom Server zu empfangen.
    - Entscheidend jedoch: Die **richtige** Messstelle!

Cloud-Computing-Verträge

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Ein „**Abschalten**“ durch den SaaS-Anbieter ausschließen
  - Unternehmenskritische gehostete Software kann der SaaS-Anbieter faktisch/technisch jederzeit abschalten.
    - So z.B. wegen bestehender und auch vermeintlich bestehender Forderungen (wie aus Hosting oder auch aus anderen Verträgen)
  - Beispiel (Cloud AGB)
    - *5.2 SAP kann die Nutzung des Cloud Service, soweit der Auftraggeber im Zahlungsverzug ist, nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist ganz oder teilweise vorübergehend bis zur erfolgten Zahlung verweigern. SAP wird den Auftraggeber vorab über die Aussetzung der Nutzung informieren.*

Cloud-Computing-Verträge

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Ein „**Abschalten**“ durch den SaaS-Anbieter ausschließen
  - Lösungsansätze
    - Zurückbehaltungsrechte/Kündigungsrechte wegen Nichtzahlung möglichst ausschließen oder jedenfalls beschränken.
    - Zweitsystem vorhalten:
      - Verpflichtung technischer Vor-Einrichtung der Portabilität/Migration,
      - z.B. Snapshot von Systemen, Standardanwendungen, System- und Migrationsbeschreibungen und v.a. (**!**) Tests durchführen
      - => teuer $$$

Agenda

- Software-/Dienstleisterwahl
- Rechtswahl & Co.
- Vertragsgegenstand
- Abrechnung / Preisanpassung
- Abnahme
- Gewährleistung und Haftung
- Änderungsmanagement (CR)
- Nutzungsrechte und Lizenzen
- Wartung, Pflege, Support
- Datenschutz
- Cloud-Computing-Verträge
- **Projektrettung vs. Exit-Strategien**

Projektrettung vs. Exit-Strategien

- 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

Projektrettung vs. Exit-Strategien

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

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

Gleiche Überlegungen aber auch für Exit ohne Scheitern!

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Vielen Dank für Ihre Mitarbeit.

Empfehlen Sie uns weiter!

WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

https://www.werner-ri.de