

SPANNUNGSFELD MITWIRKUNGSLEISTUNGEN

Michael Pruß

Ö.b.u.v. Sachverständiger für Systeme und Anwendungen der Informationsverarbeitung

Dr. Wißner & Pruß EDV-Sachverständige, Augsburg
pruss@wissner-pruss.de

Dr. Frank Sarre

Ö.b.u.v. Sachverständiger für Systeme und Anwendungen der Informationsverarbeitung

Projective Expert Group, München
frank.sarre@projective.de

Zusammenfassung

Bei der Durchführung eines komplexen IT-Projekts im Rahmen eines typischen Auftraggeber/Auftragnehmer-Verhältnisses sind üblicherweise Leistungen von beiden Vertragspartnern zu erbringen, nicht nur alleine durch den Auftragnehmer. Die Leistungspflichten des Auftraggebers – in aller Regel als „Mitwirkungsleistungen“ bezeichnet – können sich dabei entweder aufgrund vertraglicher Vereinbarungen oder – für die Vertragspartner allerdings nicht sofort ersichtlich – aus dem Gesetz ergeben.

Ohne die hinreichende Mitwirkung des Auftraggebers ergeben sich in komplexen IT-Projekten in der Praxis zum Teil erhebliche Schwierigkeiten. Die Gründe dafür sind vielfältig. Häufig ist nicht konkret genug, was der Auftraggeber an Mitwirkungsleistungen zu leisten hat, und selbst wenn die erforderlichen Mitwirkungsleistungen klar benannt bzw. beschrieben sind, treten häufig noch Probleme bei der Planung, Ausführung und Integration der zu erbringenden Mitwirkungsleistungen auf.

Rechtlich gesehen sind Mitwirkungsleistungen ohne vertragliche Vereinbarungen nicht immer einfach einzuordnen. Im Werkvertragsrecht sind sie zumeist nur (reine) Obliegenheiten. Erbringt der Auftraggeber die erforderlichen Mitwirkungsleistungen nicht, ist ein Anspruch auf Schadenersatz im Falle von reinen Obliegenheiten ausgeschlossen. Häufig ist es allerdings so, dass die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers als vertragliche Nebenpflichten zu werten sind. In Einzelfällen können Mitwirkungsleistungen sogar zu Hauptpflichten erwachsen, was bei Nichterbringung Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann.

Die in der Praxis der (gerichtlich beauftragten) Sachverständigen auftretenden Problemstellungen lassen sich zumeist auf nur gering ausgeprägte oder sogar fehlende Vereinbarungen hinsichtlich der Mitwirkungsleistungen zurückführen. Während der Durchführung des Projekts tritt dann rasch eine Überforderung des Auftraggebers ein, weil erforderliche Mitwirkungsleistungen nicht zeitgerecht vorbereitet und ausgeführt werden können. Aus rechtlicher Sicht ist dabei die Frage interessant, welche „Schuld“ dem Auftragnehmer auf der einen Seite und dem Auftraggeber auf der anderen Seite in solchen Projektsituationen anzulasten ist.

Wie in dem vorliegenden Beitrag noch gezeigt wird, sind den Vertragspartnern für eine risikoärmere Durchführung eines Projekts die folgenden Punkte dringend zu empfehlen:

- präzise und möglichst vollständige Vereinbarung aller Mitwirkungsleistungen im Vertrag,
- kritische Überprüfung der eigenen Leistungsfähigkeit,
- Integration der Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers in den Aktivitäten- und Fristenplan,
- Klärung der rechtlichen Folgen unterlassener Mitwirkung,
- Durchführung einer Qualitätsprüfung von erbrachten Mitwirkungsleistungen,
- Benennung eines fachlich kompetenten Gesamtkoordinators für die Planung und Steuerung der eigenen Leistungen sowie
- Berücksichtigung im Vorgehensmodell, dass auch die Anforderungen an die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers im gleichen Sinne wie die Anforderungen an die Leistungen des Auftragnehmers weiter präzisiert und vervollständigt werden müssen, so dass eine sachgerechte Integration in den Aktivitäten- und Fristenplan erfolgen kann.

Vertragspartner, die die hier genannten Hinweise ignorieren, werden sich mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in einer schweren Projektkrise wiederfinden, weil schon keine Planung aller erforderlichen Aktivitäten erfolgen kann.

1 Problemlage

Anlass der eingehenden Betrachtung des Themenkomplexes „Mitwirkungsleistungen“ ist die weithin bekannte Tatsache, dass nicht rechtzeitig erbrachte Mitwirkungsleistungen in IT-Projekten immer wieder zu erheblichen Dissonanzen zwischen den Vertragspartnern und in der Folge zu einer Schieflage des Projekts führen.

Sowohl Auftraggeber, als auch Auftragnehmer sehen sich entweder nicht in der Pflicht oder nicht in der Lage, bestimmte Leistungen im Rahmen eines IT-Projekts zu erbringen. Vor allem beim Auftraggeber herrscht regelmäßig Ressourcenknappheit gepaart mit fehlendem Knowhow vor, was nach sich zieht, dass vom Auftragnehmer geforderte Leistungen nicht zeitgerecht und/oder nicht in der erforderlichen Qualität erbracht werden können.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen hinsichtlich der Erbringung von Mitwirkungsleistungen sind für die Vertragspartner in aller Regel schwer zu erfassen und zu überblicken. Vor allem die Unterscheidung von Mitwirkungspflichten einerseits und Mitwirkungsobliegenheiten andererseits bereitet Schwierigkeiten, da die gesetzlichen Regelungen Interpretationsspielräume zulassen und zudem eine Betrachtung des Einfalls erfordern.

In den folgenden Abschnitten soll die hier angerissene Problematik nicht nur aus juristischer Sicht, sondern auch aus dem Blickwinkel der praktischen Projektdurchführung dargelegt und näher diskutiert werden.

2 Probleme bei Mitwirkungsleistungen in der Praxis

Typische Mitwirkungsleistungen sind die Bereitstellung von Daten, Informationen, personellen Ressourcen, Infrastruktur oder Räumlichkeiten.¹ Als besonders problematisch stellen sich in der Praxis der Sachverständigen die Beistellung personeller Ressourcen und die Bereitstellung noch fehlender Daten und Informationen im Verlauf des Projekts dar.

In den folgenden Abschnitten wird auf einige Problemsituationen näher eingegangen.

2.1 Fehlende oder zu grobe Beschreibung der Mitwirkungsleistungen

Bei der Durchsicht von IT-Projektverträgen ist häufig festzustellen, dass die beteiligten Vertragspartner die vom Auftraggeber zu erbringenden Mitwirkungsleistungen nur grob oder sogar zum Teil überhaupt nicht beschrieben haben. Dabei geschieht dies zum Teil bewusst, zum Teil ist es aber auch nicht anders möglich, weil zu wenig Kenntnis darüber vorliegt, welche Mitwirkungsleistungen für das weitere Projekt überhaupt benötigt werden.

Nicht selten ist in Verträgen zum Beispiel zu finden:²

„Der Auftraggeber unterstützt den Auftragnehmer bei der Leistungserbringung im angemessenen und notwendigen Umfang, insbesondere auch durch kompetente Ansprechpartner für fachliche Fragen.“

Viele Auftraggeber sehen in einer solchen Klausel den Vorteil, dass sie nicht für konkrete Mitwirkungsleistungen in Anspruch genommen werden können. Im Hinblick auf den Projekterfolg ist dies jedoch ein Trugschluss. Wenn es erforderlich ist, wird der Auftragnehmer während der Durchführung des Projekts konkrete Anforderungen an die Mitwirkung des Auftraggebers stellen, die der Auftraggeber dann möglicherweise unter hohem Zeitdruck umsetzen muss, ohne dies zuvor einkalkuliert zu haben. Häufig wird dann über Umfang, Qualität und die zeitgerechte Erbringung der Mitwirkungsleistungen gestritten.

Verstärkt wird dieses Problem durch die typischen Interessengegensätze der Vertragspartner: Der Auftraggeber möchte im Normalfall gerade so viele Mitwirkungsleistungen erbringen, wie unbedingt nötig sind. Demgegenüber versucht der Auftragnehmer regelmäßig, nicht nur die unbedingt benötigten Mitwirkungsleistungen einzufordern, sondern sogar noch Teile der geschuldeten Leistungen auf den Auftraggeber „abzuwälzen“.³

¹ Siehe beispielsweise Conrad/Schneider/Witzel in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch IT-Recht, §16, Rdnr. 166 ff

² Siehe Witzel in: Schneider/v. Westphalen (Hrsg.): Softwareerstellungsverträge, Abschn. F, Rz 216

³ So erleben es die Autoren dieses Beitrags regelmäßig in ihrer Praxis als gerichtlich bestellte EDV-Sachverständige.

2.2 Überforderung des Auftraggebers durch den Auftragnehmer

Im Gegensatz zum soeben geschilderten Problem ist in der Praxis aber auch zu beobachten, dass der Auftragnehmer während der Vertragsverhandlungen darauf drängt bzw. sogar dafür sorgt, dass die vom Auftraggeber zu erbringenden Mitwirkungsleistungen möglichst umfassend und dediziert in den Vertrag mit aufgenommen werden. Hierbei unterschätzen die Auftraggeber nicht selten ihre Fähigkeiten und Kapazitäten, da die Mitwirkungsleistungen zwar definiert, aber in aller Regel kaum quantifiziert sind und eine realistische Schätzung des Aufwands nur ausgewiesenen Fachleuten möglich ist; erst während der Durchführung des Projekts stellt der Auftraggeber zu seiner Überraschung fest, dass er die vertraglich definierten Mitwirkungsleistungen weder in der erforderlichen Qualität, noch zeitgerecht erbringen kann.

2.3 Unkoordinierte Anforderung von Mitwirkungsleistungen

In der Praxis ist häufig zu beobachten, dass ein Auftragnehmer Mitwirkungsleistungen „auf Zuruf“ bei seinem Auftraggeber anfordert. Dies kommt besonders häufig in Projektsituationen vor, bei denen entweder überhaupt kein Projektplan bzw. Aktivitäten- und Fristenplan existiert oder denen zwar ein Aktivitäten- und Fristenplan zugrunde liegt, der jedoch lediglich die erforderlichen Aktivitäten des Auftragnehmers enthält. Bei dem Auftraggeber verursachen diese Zurufe jedoch nicht sofort zu überschauende Aufwände, die instantan nicht geleistet werden können.

Ein wesentliches Problem ist dabei, dass die Zurufe häufig auf der Ebene von Projektmitarbeitern geschehen und eben gerade nicht der Kenntnis und der Steuerung der Projektverantwortlichen unterliegen.

2.4 Fehlende Ressourcen beim Auftraggeber

Viele Auftraggeber sind während der Durchführung eines Projekts in der Situation, dass ihnen mehr und mehr klar wird, dass sie doch mehr Mitwirkungsleistungen als ursprünglich angenommen zu erbringen haben. Sehr häufig stehen ihnen aber gerade dann die personellen Ressourcen für die sach- und termingerechte Erbringung der Mitwirkungsleistungen ad hoc nicht zur Verfügung.

Das Problem der fehlenden oder zu knappen Ressourcen entsteht sogar dann, wenn die Vertragspartner bei Vertragsabschluss eindeutige Vereinbarungen darüber getroffen haben, welche Mitwirkungsleistungen im Einzelnen während der Durchführung des Projekts zu erbringen sind. Bei chronischer Arbeitsüberlastung der Mitarbeiter des Auftraggebers und der Notwendigkeit, das Tagesgeschäft aufrecht zu erhalten, sind personelle Engpässe nämlich oftmals kaum abzuwenden.

Eine zeitnahe Kompensation der personellen Engpässe ist in aller Regel schwierig bis unmöglich. Häufig können nämlich personelle Engpässe nur auf längere

Sicht - etwa durch die Einstellung neuer Mitarbeiter oder die Hinzuziehung externer Kräfte verhindert oder zumindest gelindert werden.

2.5 Problem der „Ad-hoc-Mitwirkung“ bei agilem Vorgehen

Die Anwendung bzw. Verwendung einer agilen Projektmethode kann erhebliche Anforderungen an die Mitwirkung des Auftraggebers stellen. Da die zu erbringenden Leistungen im Detail erst während der Laufzeit des Projekts festgelegt werden, muss sich der Kunde bzw. der Auftraggeber darauf einstellen, dass er während der Projektlaufzeit in nennenswertem Maße an dem Vorhaben mitarbeiten muss.⁴

Beispielsweise könnten folgende Mitwirkungsleistungen vom Auftraggeber gefordert werden:

- Fortlaufende Beibringung der fachlichen Anforderungen samt allen erforderlichen Details
- Fortlaufende Priorisierung der Anforderungen
- Unterstützung bei der Entwicklung der Software⁵
- Erstellung von Teilen der Dokumentation⁶
- Prüfung von Projektergebnissen aus fachlicher Sicht, möglicherweise auch aus technischer Sicht

Viele Auftraggeber erkennen nicht, dass schon alleine das Vorhalten der entsprechenden personellen Ressourcen enorme Kapazitäten von Mitarbeitern bindet.

2.6 Nicht vereinbarte oder mangelhafte Qualität der Mitwirkung

Für einen Auftraggeber ist in einem neuen IT-Projekt teilweise schwer zu ermitteln, in welcher Qualität die geforderten Mitwirkungsleistungen zu erbringen sind, weil die Beschreibung der Mitwirkungsleistungen üblicherweise nicht genau genug ist – in den meisten Fällen dürfte es auch an entsprechenden „Abnahmekriterien“ fehlen.

In aller Regel wird der Auftragnehmer das Ergebnis erbrachter Mitwirkungsleistungen umgehend prüfen. Bei ungenügender Qualität wird der Auftraggeber dann üblicherweise dazu aufgefordert, die erbrachten Mitwirkungsleistungen nachzubessern. Der dafür erforderliche Zeitbedarf ist jedoch typischerweise nicht im ohnehin engen Projektplan vorgesehen. Solche „Nachbesserungsschleifen“ kön-

⁴ Einige gängige Methoden wie zum Beispiel XP (Extreme Programming) fordern sogar die permanente Anwesenheit der Mitarbeiter des Kunden im Projekt (ansonsten könnten zum Beispiel auch nicht fortlaufend alle notwendigen fachlichen Anforderungen geklärt werden).

⁵ Also auch die eigentliche Programmierung!

⁶ Insbesondere Erstellung der Anwenderdokumentation

nen also den gesamten Zeitplan verzögern oder sogar platzen lassen, wenn die Mitwirkungsleistungen auf dem kritischen Pfad liegen.⁷

3 Rechtliche Themen

Bei der rechtlichen Beurteilung von Mitwirkungsleistungen muss im ersten Schritt geklärt werden, welchem Vertragstyp ein IT-Projekt unterliegt. Hieraus ergeben sich die maßgeblichen juristischen Rahmenbedingungen und insbesondere die Rechtsfolgen. Dabei ist anzumerken, dass die Diskussionen unter Juristen teilweise noch im Gange sind.⁸

Da die Mitwirkung typischerweise im Werkvertragsrecht explizit gefordert ist und komplexe IT-Projekte in der Praxis regelmäßig diesem Vertragstyp unterliegen, wird im Folgenden überwiegend auf das Werkvertragsrecht Bezug genommen.

3.1 Mitwirkungsobliegenheiten

§ 642 BGB definiert lediglich die Folgen unterlassener Mitwirkung, nicht jedoch die erforderlichen Mitwirkungshandlungen selbst:

§ 642 („Mitwirkung des Bestellers“)

- (1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.
- (2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

Die in § 642 BGB erwähnte Mitwirkung ist im Grundsatz keine Verpflichtung des Auftraggebers, sondern lediglich eine Obliegenheit.⁹ Derartige Obliegenheiten sind nicht einklagbar und nicht vollstreckbar, d.h. der Auftraggeber kann zur Erfüllung solcher Obliegenheiten nicht gezwungen werden.¹⁰

Die Nichterfüllung einer Mitwirkungsobliegenheit schließt den Verzug des Auftragnehmers aus und führt unter den Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB zum

⁷ Der „kritische Pfad“ ist ein Begriff aus der Netzplantechnik. Als kritischer Pfad wird die Sequenz derjenigen Aktivitäten bezeichnet, die die Mindestzeitdauer des Projekts bestimmen.

⁸ Siehe Müller-Hengstenberg/Krcmar in: CR 2002, S. 549 ff

⁹ Siehe hierzu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, § 642, Rz. 2

¹⁰ So auch Müller-Hengstenberg/Krcmar in: CR 2002, S. 554, Abschnitt 4.a) (Rechtliche Aspekte der Mitwirkung)

Annahmeverzug des Auftraggebers.¹¹ Dieser Annahmeverzug löst wiederum einen Entschädigungsanspruch¹² des Auftragnehmers sowie ein Kündigungsrecht gem. §°643 BGB aus:¹³

§ 643 („Kündigung bei unterlassener Mitwirkung“)

Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt.

Dabei ist der Gewinnanteil, der dem Auftragnehmer zusteht, gesetzlich u.a. durch § 645 BGB geschützt.¹⁴

Die hier diskutierte Art und Weise der gesetzlichen Ausgestaltung der Mitwirkung des Auftraggebers wird in juristischen Fachkreisen kritisch hinterfragt, weil die Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit durch den Auftraggeber zwar die in den §§ 642, 643 BGB dargestellten Folgen haben kann, jedoch keinen generellen Schadenersatzanspruch begründet.¹⁵

Würde ein Auftraggeber einen „billigen“ Ausstieg aus einem Projekt suchen, könnte er auf die Idee kommen, die Mitwirkung gezielt zu verweigern, statt nach §°649 BGB den Projektvertrag zu kündigen, denn nach § 642/643 BGB wäre lediglich eine Entschädigung geschuldet, während nach § 649 BGB Ersatz für den Gewinn des Auftragnehmers aus dem gesamten Projekt zu leisten wäre. Dieser Missbrauchsmöglichkeit wird jedoch durch §°242 BGB vorgebeugt, weil in der gezielten Verweigerung der Mitwirkung eine gezielte Gefährdung des Vertragszwecks gesehen wird, die letztlich Schadenersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung nach sich ziehen kann.¹⁶

3.2 Mitwirkungspflichten

Mitwirkungsleistungen sind unter bestimmten Umständen als Mitwirkungspflichten einzustufen, zum Beispiel nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder wegen der Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Verlet-

¹¹ Siehe auch hierzu wieder Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, § 642, Rz. 2

¹² Die Höhe der Entschädigung ist dabei abhängig von tatsächlich entstandenen und zu erwartenden Aufwendungen, beispielsweise die exklusive Vorhaltung von Ressourcen, die kurzfristig nicht mehr anderweitig eingesetzt werden können und konnten.

¹³ Siehe hierzu auch Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, 2011, § 642 (Mitwirkung des Bestellers), Rz. 2. Dieses „Problem“ wird jedoch unter gegebenen Voraussetzungen durch § 242 („Leistung nach Treu und Glauben“) „geheilt“, siehe dazu Abschnitt 3.2

¹⁴ Siehe hierzu auch Müller-Hengstenberg/Krcmar in: CR 2002, S. 554, Abschnitt 4.a) (Rechtliche Aspekte der Mitwirkung)

¹⁵ Siehe hierzu Müglic/Lapp, CR 2004, S. 802, Abschnitt 1 (Nebenpflicht)

¹⁶ Siehe hierzu auch BGH, Urt. v. 13.11.1953 – I ZR 140/52, BGHZ 11, 80

zung von solchen Mitwirkungspflichten kann Schadenersatzansprüche nach den §§ 280 ff. BGB begründen.¹⁷

Mitwirkungsleistungen werden zweifelsfrei zu Mitwirkungspflichten, wenn sie durch vertragliche Vereinbarung explizit geregelt werden. Es ist dann allerdings noch zu unterscheiden, ob die Mitwirkungspflicht als Hauptpflicht oder nur als Nebenpflicht anzusehen ist; davon hängen dann die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung ab, sofern sie nicht explizit geregelt wurden (Schadenersatz des Auftragnehmers, ggf. Anspruch auf Erfüllung etc.).

Die verbreitete Meinung, dass die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers von dessen Sachkunde abhängen, ist im Übrigen nicht richtig;¹⁸ bei Bedarf muss der Auftraggeber auf entsprechende externe Unterstützung zurückgreifen oder sogar den Auftragnehmer bitten, die nicht zu leistenden Mitwirkungshandlungen ersatzweise für ihn selbst vorzunehmen. Erkennt der Auftraggeber seine eigenen Defizite nicht, so ist der Auftragnehmer in den meisten Fällen aufgrund impliziter Aufklärungs- und Beratungspflichten verpflichtet, entsprechende Hinweise abzugeben.

3.3 Einforderung der Mitwirkung

Wenn Mitwirkungsleistungen während der Laufzeit des Projekts benötigt werden, die vertraglich nicht geregelt sind, so muss der Auftragnehmer diese Leistungen von seinem Auftraggeber einfordern. Dabei sollte der Auftragnehmer darauf achten, dass der Auftraggeber auch aus objektiver Sicht in der Lage ist, die geforderten Mitwirkungsleistungen in der gewünschten Qualität und termingerecht zu erbringen. Hierüber muss sich der Auftragnehmer im Einzelfall auch dementsprechend kundig machen, da er ansonsten Gefahr läuft, seine Ansprüche nicht durchsetzen zu können.¹⁹

Die Einforderung einer bestimmten Mitwirkungsleistung kann allerdings auch implizit erfolgen, etwa durch die gemeinsame Festlegung von Aktivitäten in einem Aktivitäten- und Fristenplan.²⁰

3.4 Mitwirkungsleistungen in Auftragnehmer-AGBs

Mitwirkungspflichten sind teilweise in den AGBs des Auftragnehmers enthalten.²¹ Vor diesem Hintergrund ist im Einzelfall zu prüfen, ob die entsprechenden Klau-

¹⁷ So auch Witzel/Stern in: Mitwirkungspflichten des Auftraggebers im Softwareprojekt, ITRB 2007, S. 168, Abschnitt I.1. (Gesetzliche Regelungen)

¹⁸ Dies sieht auch Schneider so in: Handbuch des EDV-Rechts, H, Rz. 147a

¹⁹ Siehe hierzu auch Möglich/Lapp, CR 2004, S. 803

²⁰ Siehe hierzu auch Zahrnt, IT-Projektverträge: Rechtliche Grundlagen, S. 265

²¹ Beispiel: „Der Auftraggeber muss für die gesamte Projektlaufzeit einen Projektleiter zur Verfügung stellen.“

seln in den AGBs des Auftragnehmers überhaupt wirksam vereinbart sind oder nicht.²²

Eine Klausel, die besagt, dass die Mitwirkung des Auftraggebers generell als Hauptpflicht zu verstehen ist, wird als unwirksam erachtet.²³

3.5 Haftungsfragen

Im Hinblick auf die Qualität der vom Auftraggeber zu erbringenden Mitwirkungsleistungen stellt sich die Frage, inwieweit der Auftraggeber für die von ihm zur Verfügung gestellten Leistungen zu haften hat, vor allem im Hinblick auf das gewünschte Gesamtergebnis, das der Auftragnehmer typischerweise im Rahmen eines Werkvertrags vollumfänglich zu verantworten hat.

Zur Beantwortung dieser Frage ist eine Fallunterscheidung dahingehend zu treffen, ob der Auftragnehmer eine vom Auftraggeber angeforderte Mitwirkungsleistung einer umgehenden qualitativen Prüfung unterzieht oder nicht:

1. Auftragnehmer prüft die Mitwirkungsleistung

Sollte sich bei der Prüfung des Auftragnehmers herausstellen, dass das Ergebnis einer vom Auftraggeber erbrachten Mitwirkungsleistung berechtigt zu beanstanden ist, kann der Auftraggeber entscheiden, ob er entsprechend nachbessern und damit die anwendbaren Qualitätskriterien erreichen möchte oder ob er die Weisung ausgeben möchte, dass der Auftragnehmer auf Basis des vorliegenden Ergebnisses weiter fortfahren soll. Erfolgt eine Nachbesserung durch den Auftraggeber, verbleibt die Verantwortung für das Gesamtwerk ohne Einschränkungen beim Auftragnehmer. Im anderen Fall, wenn also keine adäquate Nachbesserung erfolgt und der Auftragnehmer fortfahren soll, ist von einer Enthftung des Auftragnehmers bezogen auf die vom Auftraggeber erbrachten Leistungen auszugehen.²⁴

2. Auftragnehmer prüft die Mitwirkungsleistung nicht

Übernimmt der Auftragnehmer eine vom Auftraggeber erbrachte Mitwirkungsleistung unbesehen, haftet er für die Folgen der mangelhaften Mitwirkungsleistung, wenn er die entsprechenden Mängel hätte erkennen können.²⁵

²² Siehe Schneider/v. Westphalen (Hrsg.): Softwareerstellungsverträge, D, Rz. 275

²³ Siehe zum Beispiel Redeker, IT-Recht, Rz. 415

²⁴ Als Ausnahme ist zu erwähnen, dass der Auftragnehmer die beauftragten Leistungen verweigern kann, wenn durch die Entscheidung des Auftraggebers zum Beispiel Leib und Leben bedroht ist oder wenn eklatant gegen Gesetze verstoßen wird.

²⁵ Der Auftraggeber kann aufgrund von Treu und Glauben (§ 242 BGB) davon ausgehen, dass der für die beauftragte Gesamtleistung verantwortliche Auftragnehmer eine erbrachte Mitwirkungsleistung des Auftraggebers schon im eigenen Interesse im Hinblick auf die weitere Verwendbarkeit im Projekt beurteilt und erkennbare Mängel zurückmeldet.

Die Frage der Haftung des Auftraggebers für die von ihm erbrachten Mitwirkungsleistungen hängt also entscheidend davon ab, ob der Auftragnehmer nicht verwendbare Leistungen des Auftraggebers rechtzeitig beanstandet und von der Art und Weise, wie der Auftraggeber auf vorgebrachte Beanstandungen reagiert.

3.6 Folgen unterlassener Mitwirkung

Erbringt der Auftraggeber eine geforderte Mitwirkungsleistung überhaupt nicht, nicht rechtzeitig oder zum Termin nicht in der erforderlichen Qualität, liegt ein Fall von unterlassener Mitwirkung vor.

Der Auftragnehmer hat - wie bereits erläutert - das Recht zur Kündigung gemäß § 643 BGB.²⁶ Ob der Auftragnehmer bei unterlassener Mitwirkung des Auftraggebers Schadenersatz verlangen kann, ist zunächst eng an die Frage gekoppelt, ob es sich lediglich um eine Mitwirkungsobliegenheit handelt oder ob es tatsächlich um eine echte Mitwirkungspflicht geht:²⁷

- a) Im Falle einer Obliegenheit kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber keinen Schadenersatz verlangen. Sehr wohl können aber Ansprüche aus §§ 642 / 643 BGB entstehen.
- b) Im Falle einer Mitwirkungspflicht ist ein Schadenersatzanspruch möglich, wobei es auf folgende Fallunterscheidung ankommt:
 - i. Handelt es sich um eine unselbstständige Nebenpflicht, ist allenfalls eine Haftung aus § 311 Abs. 2 und 3 sowie aus § 280 BGB gegeben (Schadenersatz neben der Leistung)
 - ii. Wird hingegen eine selbstständige Nebenpflicht verletzt, sind unter Umständen Schadensersatzansprüche auf der Basis von §§ 281, 280 Abs. 1 und 323 BGB möglich (Schadenersatz statt der Leistung).

Schadenersatz kann auch verlangt werden, wenn eine Mitwirkungshandlung als Hauptpflicht einzustufen ist, was im Vertrag durch ausdrückliche Klauseln zu erreichen ist.

²⁶ Die Kündigung des Vertrags nach § 643 BGB ist zwar bei Vorliegen der Voraussetzungen aus juristischer Sicht ein möglicher Weg, in aller Regel führt die Kündigung für den Auftragnehmer aber nicht zu einem befriedigenden Ergebnis. Um das Projekt dennoch fertigstellen zu können, könnte der Auftragnehmer als Ersatz für die ausstehenden Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers eigene Leistungen anbieten, was den Vorteil hat, dass der Auftragnehmer auf diesem Wege auch noch zusätzliches Geschäft generiert. Zudem ist nicht vollständig geklärt, in welchen Situationen ein Auftragnehmer tatsächlich gerechtfertigt vom Vertrag gemäß § 642/ § 643 BGB zurücktreten kann. Zwar eröffnet das Gesetz für den Auftragnehmer die Möglichkeit der Kündigung des Vertrags, wenn der Auftraggeber eine Frist zur Erbringung angeforderter Mitwirkungsleistungen verstreichen lässt, jedoch ist unklar, in welchen Fällen der Auftragnehmer tatsächlich „gesichert“ kündigen kann.

²⁷ Siehe hierzu die fachliche Diskussion in Möglich/Lapp: Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beim IT-Systemvertrag, CR 2004, S. 801 und S. 802, Abschnitt I.1. (Nebenpflicht)

4 Vergütungsthemen

4.1 Vergütung der Mitwirkungsleistungen

In der Praxis wird in IT-Projektverträgen den Mitwirkungsleistungen keinerlei monetärer Wert beigemessen. Die im Rahmen der Mitwirkung zu erbringenden Leistungen haben für den Auftraggeber aber im Hinblick auf die Gesamtkosten des Projekts sehr wohl eine Bedeutung.²⁸

Der Auftragnehmer wird in seiner Kalkulation bestimmte Annahmen treffen, in welchem Umfang er Mitwirkungsleistungen vom Auftraggeber erwartet.²⁹ Nicht immer wird der Auftragnehmer aber dem Auftraggeber transparent machen, in welchem Umfang die erforderlichen Mitwirkungsleistungen tatsächlich zu erbringen sind. Dabei spielen die Überlegungen des Auftragnehmers eine Rolle, dass er selbst weniger Leistungen erbringt, um den Angebotspreis möglichst niedrig zu halten.

Im Grundsatz müssten also die geforderten Mitwirkungsleistungen bereits im Rahmen der Angebotseinholung und den Vertragsverhandlungen so weit konkretisiert werden, dass diese bei der Bewertung des Angebots im Wettbewerb mehrerer Anbieter entsprechend monetär bewertet werden können.

Können die konkreten Mitwirkungsleistungen nicht hinreichend genau beziffert werden, könnte ein IT-Projektvertrag etwa Bonus- und Malusregelungen enthalten, je nachdem, wie viele Mitwirkungsleistungen insgesamt abgefordert werden.³⁰

4.2 Vergütung bei mangelhaft erbrachten Mitwirkungsleistungen

Auch wenn das Problem von mangelhaft erbrachten Mitwirkungsleistungen in Fachkreisen bisher wenig diskutiert wurde, so ist dennoch davon auszugehen, dass die Auswirkungen von mangelhaft erbrachten Mitwirkungsleistungen im Hinblick auf die zu erreichenden Projektziele, den anvisierten Zeitplan und das kalkulierte Budget erheblich sein können. Für den Auftragnehmer stellt sich insbesondere die Frage, ob er einerseits aufwendige Prüfmaßnahmen für die vom Auftraggeber erbrachten Mitwirkungsleistungen vergütet bekommt und wenn ja, in welcher Höhe, und ob er andererseits Zusatzaufwände, die sich aufgrund von Mängeln an den vom Auftraggeber erbrachten Mitwirkungsleistungen ergeben, in Rechnung stellen kann und wenn ja, in welcher Höhe.

Zur Beantwortung dieser Frage wird man wohl zu unterscheiden haben, ob die erbrachten Mitwirkungsleistungen als Mitwirkungsobliegenheiten zu klassifizieren sind oder ob es sich um echte Mitwirkungspflichten handelt. Der Unterschied

²⁸ Im Sinne von TCO (total costs of ownership)

²⁹ Hieraus ermittelt sich ein entsprechender Aufwand, den der Auftragnehmer nicht mehr selbst einkalkulieren muss, was sich in aller Regel mindernd auf den Angebotspreis auswirkt, um im Wettbewerb eventuell einen Vorteil gegenüber Mitbewerbern zu erzielen.

³⁰ Siehe hierzu auch sehr ähnlich Müglic/Lapp, CR 2004, S. 806, Abschnitt 2e (Finanzielle Seite)

besteht darin, dass im Falle der Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten kein Schadenersatz verlangt werden kann, während die Verletzung von Mitwirkungspflichten durchaus Schadenersatzansprüche des Auftragnehmers nach sich ziehen kann.³¹

Wenn sich die Vertragspartner auf die gesetzlichen Regelungen verlassen, ist also nicht ganz klar, ob und wenn ja in welcher Höhe Prüfaufwände des Auftragnehmers sowie Mehraufwände im Falle von mangelhaften oder verzögerten Mitwirkungsleistungen zu vergüten sind. Die Vertragspartner sind also gut beraten, bereits im Vertrag entsprechende Vergütungsregelungen zu vereinbaren, um nicht erst während der Laufzeit des Projekts einvernehmliche Regelungen finden zu müssen.

5 Empfehlungen

In Anbetracht der oben dargestellten Probleme in der Praxis und den juristischen Rahmenbedingungen ergeben sich die folgenden wesentlichen Empfehlungen.

5.1 Vertragliche Vereinbarung der Mitwirkungsleistungen

Den Vertragspartnern ist grundsätzlich zu empfehlen, die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers explizit im Vertrag zu vereinbaren. Dies liegt objektiv betrachtet im Interesse beider Vertragspartner. Durch die Benennung aller benötigten Mitwirkungsleistungen entsteht Klarheit, für welche Leistungen der Auftraggeber verantwortlich ist.

Im Zuge der Definition der Mitwirkungsleistungen sollten die Vertragspartner auch vertraglich festhalten, was für den Fall gelten soll, dass die Mitwirkungsleistungen durch den Auftraggeber nicht oder nicht rechtzeitig erbracht werden.³² Zum Beispiel ist es denkbar, dass mangelhafte oder nicht fristgerechte Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers mit Vertragsstrafen belegt werden, aber auch nur dann, wenn diese Projektaktivitäten auf dem kritischen Pfad der Projektplanung liegen bzw. lagen. Zudem sind konkrete Regelungen zum Schadenersatz zu vereinbaren.

Schließlich ist den Vertragspartnern auch zu empfehlen, sämtliche Vergütungsfragen rund um das Thema Mitwirkungsleistungen zu regeln, unter anderem sollte geregelt sein, ob bzw. in welcher Höhe wiederholte Prüfungsleistungen des Auftragnehmers vergütet werden und wie es zu vergüten ist, wenn Mehraufwände zu kompensieren sind, die durch die verzögerte oder mangelhafte Erbringung von

³¹ Siehe hierzu ausführlicher Abschnitt 3.2

³² Ein Verzicht auf die entsprechenden Vereinbarungen würde im Krisenfall Streitigkeiten über die (Rechts-)Folgen entstehen lassen.

Mitwirkungsleistungen verursacht werden. Auch die bereits erwähnte Bonus-/Malus-Regelung ist in diesem Zusammenhang sinnvoll.

Eine „perfekte Lösung“ existiert in der Praxis allerdings nicht, da die Vereinbarungen in aller Regel nicht beliebig fein sein können, d.h. es treten immer wieder Fragen auf, die im Vertrag nicht vorhergesehen werden konnten und während der Projektlaufzeit von den Vertragspartnern zu beantworten sind.

Sollte im Verlauf des Projekts ein unregelter Streitfall entstehen, ist der Auftragnehmer gut beraten, die strittigen Leistungen im Zweifelsfall selbst zu erbringen, um das Projekt dennoch termingerecht durchführen zu können und nach erfolgreichem Abschluss eine angemessene Vergütung geltend zu machen.

5.2 Integration der Mitwirkungsleistungen in den Aktivitäten- und Fristenplan

Typischerweise obliegt es bei werkvertraglichen Vereinbarungen dem Auftragnehmer, einen Aktivitäten- und Fristenplan zu erstellen und zu pflegen, der deutlich aufzeigt, wie sich die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers mit den vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen „verzahnen“. Dabei wird der Auftragnehmer zu beachten haben, dass der Aktivitäten- und Fristenplan einerseits den vorgegebenen Projektterminen genügt und andererseits auch dem entspricht, was der Auftraggeber aus objektiver Sicht leisten kann.

Durch den Aktivitäten- und Fristenplan lässt sich im Übrigen auch das Thema des rechtzeitigen Abrufs der Mitwirkungsleistungen erledigen. Im Falle ausbleibender oder verspäteter Mitwirkungsleistungen ist mit Hilfe des Aktivitäten- und Fristenplans dokumentiert, zu welchen Terminen die vereinbarten Mitwirkungsleistungen hätten erbracht werden müssen, was bei späteren Auseinandersetzungen essenziell ist, da die Beweislast beim Auftragnehmer liegt, dass die Mitwirkungsleistungen zeitgerecht angefordert wurden.

5.3 Kontrolle der Mitwirkungsleistungen durch den Auftragnehmer

Der Auftragnehmer muss für die Überprüfung und Kontrolle der Mitwirkungsleistungen seines Vertragspartners die entsprechende Zeit und den entsprechenden Aufwand einplanen. Alle diesbezüglichen Aktivitäten sind im Aktivitäten- und Fristenplan festzuhalten.

Je nach Art der Mitwirkungsleistungen ist es in der Praxis schwierig, konkrete Qualitätsanforderungen an die Mitwirkungsleistungen zu formulieren. Der Auftragnehmer kann nicht immer im Voraus erkennen, ob der Auftraggeber überhaupt verstanden hat, was genau zu leisten ist, wenn sich dieser nicht entsprechend äußert. Die Defizite werden dann erst mit der Erbringung der Mitwirkungsleistungen offenkundig. Dennoch ist zu fordern, dass jeder Auftragnehmer stets möglichst konkrete Qualitätskriterien in Verbindung mit der Anforderung von Mitwir-

kungsleistungen übergeben sollte. Auftraggeberseitig sollte zur Vermeidung von vergeblichen Aufwänden bei Unklarheiten stets eine Klärung herbeigeführt werden.

5.4 Überprüfung der Leistungsfähigkeit des Auftraggebers

Der Auftraggeber sollte sich zum frühestmöglichen Zeitpunkt ein klares Bild darüber verschaffen, ob er aus eigener Kraft in der Lage ist, die vereinbarten Mitwirkungsleistungen und solche Leistungen, die sich für ihn noch während des Projekts ergeben werden, qualitäts- und termingerecht zu erbringen.

Sollten im Vertrag nur wenige oder sogar gar keine Mitwirkungsleistungen vereinbart worden sein, ist dem Auftraggeber zu empfehlen, vom Auftragnehmer zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Vertragsabschluss einen Katalog von Mitwirkungsleistungen anzufordern; dabei müssen die Umstände des vorliegenden Projekts, der Vertragszweck und ggf. gesetzliche Regelungen berücksichtigt werden. Ist der Auftraggeber nicht in der Lage, die geforderten Mitwirkungsleistungen selbst zu erbringen, muss er sich rechtzeitig um externe Unterstützung bemühen.

Als „externe Hilfe“ bietet sich auch der Auftragnehmer selbst an. Im Sinne einer zielgerichteten und erfolgsorientierten Projektdurchführung sollte der Auftragnehmer seinem Vertragspartner entsprechende Unterstützung anbieten, wenn sich abzeichnet, dass gewisse Mitwirkungsleistungen nicht, nicht zeitgerecht oder nicht in der erforderlichen Qualität erbracht werden können.

5.5 Auftraggeberseitiger Gesamtkoordinator sowie weiteres Personal

Um Ressourcenengpässe und Überforderungen zu vermeiden, sollten auftraggeberseitig die Mitwirkungsleistungen stets durch einen qualifizierten Gesamtkoordinator verwaltet werden. Die auftraggeberseitige Gesamtkoordination hat einen durchaus anspruchsvollen Charakter, da im eigenen Hause des Auftraggebers zum Teil widerstrebende Interessen von mehreren Abteilungen koordiniert und vor allem gegenüber dem Auftragnehmer zugesagte Termine eingehalten werden müssen.

Zu den üblichen Aufgaben des auftraggeberseitigen Gesamtkoordinators gehören auch weitere Themenfelder, die über die reine Abstimmung der Mitwirkungsleistungen noch hinausgehen; beispielsweise müssen neu aufkommende Anforderungen fortlaufend klassifiziert, priorisiert und gegebenenfalls an den Auftragnehmer übergeben werden.

In größeren IT-Projekten ist die Rolle des Gesamtkoordinators fast immer ein „Full-time-Job“, was jedoch regelmäßig unterschätzt wird. Dem Auftraggeber ist

daher dringend zu empfehlen, eine geeignete Person zu benennen. Eventuell muss sogar ein externer Koordinator beauftragt werden.³³

In vielen Projektkonstellationen macht es auch Sinn, weitere Mitarbeiter des Auftraggebers oder zumindest die jeweiligen Positionen zu benennen und im Vertrag festzuhalten.³⁴

6 Fazit

Die Organisation und Handhabung von Mitwirkungsleistungen ist im Rahmen von komplexen IT-Projekten eine häufig unterschätzte Größe. Die vertraglichen Vereinbarungen müssen eine Balance zwischen den Interessen der Vertragspartner herstellen, damit keiner der Vertragspartner „über Gebühr“ strapaziert wird und damit ein geordnetes Projektvorgehen ermöglicht wird. Die dargestellten Maßnahmen geben den Rahmen für die zu regelnden Aspekte vor, können aber aufgrund der Individualität der erforderlichen Mitwirkungsleistungen nicht im Detail abschließend genau vorgeben, was im Einzelfall konkret zu regeln ist. Sollten sich die Vertragspartner lediglich auf gesetzlichen Regelungen verlassen, sind ganz besonders im Themenbereich Mitwirkungsleistungen Streitigkeiten vorprogrammiert.

7 Literatur

Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.): Beck'sches Mandatshandbuch IT-Recht, Verlag C.H.Beck, München, 2011

BGH: Urt. v. 13.11.1953 – I ZR 140/52, BGHZ 11, 80

Möglich/Lapp: CR 2004, S. 801-809

Müller-Hengstenberg/Krcmar: CR 2002, S. 549-557

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2011

Redeker: IT-Recht, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2007

Schneider/v. Westphalen (Hrsg.): Softwareerstellungsverträge, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006

Schneider: Handbuch des EDV-Rechts, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009

Witzel/Stern: Mitwirkungspflichten des Auftraggebers im Softwareprojekt, ITRB 2007, S. 167-169

³³ In aller Regel wird die Besetzung der Position des Gesamtkoordinators durch einen internen Mitarbeiter des Auftraggebers daran scheitern, dass der Auftraggeber nicht über die notwendigen Ressourcen verfügt.

³⁴ Diese in der Praxis sehr nützliche Anregung geht zurück auf: Witzel/Stern: Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers im Softwareprojekt, ITRB 2007, S. 169, Abschnitt II.2. (Ansprechpartner)

Zahrt: IT-Projektverträge: Rechtliche Grundlagen, dpunkt.verlag, Heidelberg, März 2008