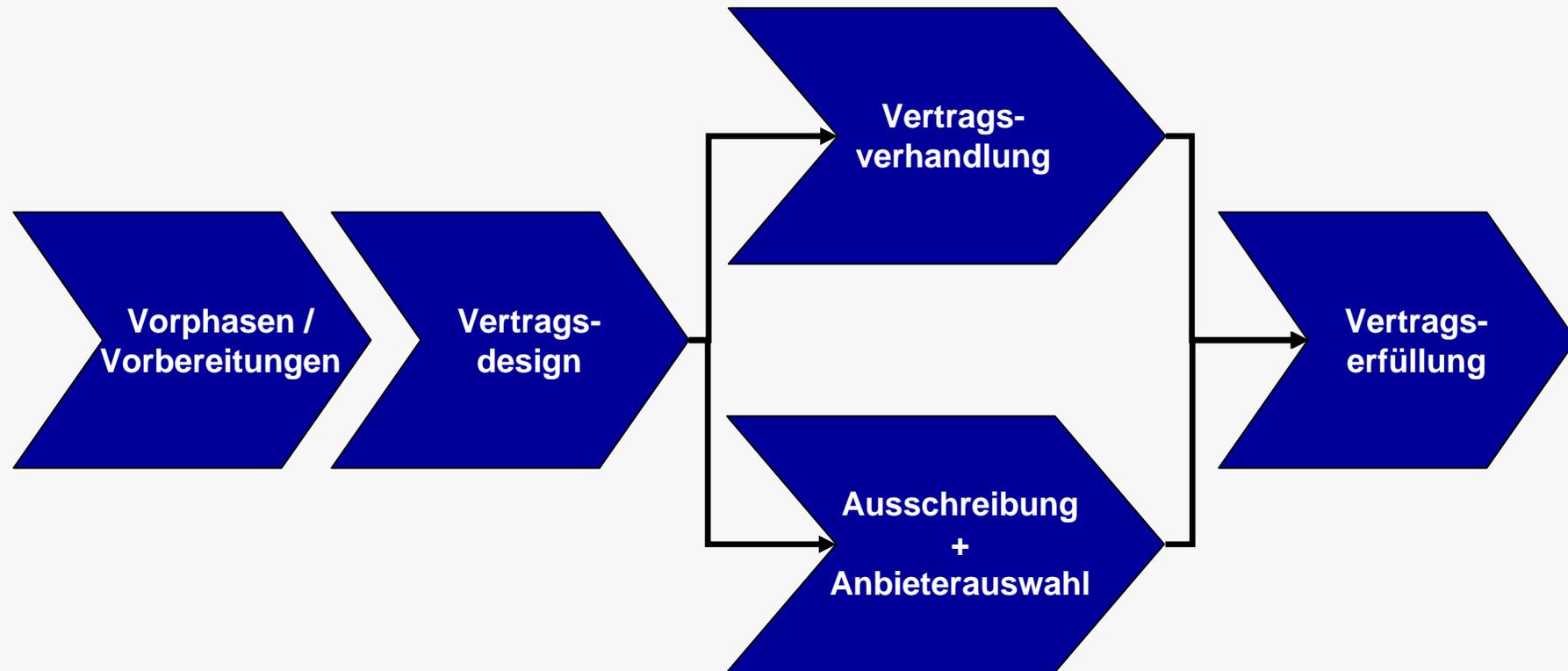


# **Gesetzlich geregelte Vertragstypen und spezielle Vertragstypen**



1. **Individuell verhandelte Verträge** sind fast immer deutlich besser als andere Optionen
2. Der Vertragscharakter sollte stets durch den **Vertragsinhalt** vorgegeben werden
3. **Wettbewerb** unter verschiedenen Anbietern tut dem Auftraggeber gut
4. Vertragsverhandlungen brauchen **ausreichend Zeit!**
5. Das **Vertragsmanagement** muss während des gesamten Projekts ausgeführt werden.
6. Der **Projektverlauf** muss gut **dokumentiert** werden!
7. **Kein Projekt neben dem Vertrag!**
8. Kein Projekt ohne **Aktivitäten- und Fristenplan!**

# Keine Verträge - schlechte Verträge

## Was kommt in der Praxis vor?

- Keine Verträge
- Verträge, die aber nicht unterzeichnet sind
- Nicht ausverhandelte „Standardverträge“
- AGB des Anbieters
- ...

→ **Juristisch immer heikel**

## Empfehlungen einer renomierten IT-Rechtskanzlei:

- Vertrag immer schriftlich
- Genaue Analyse des Problems, das gelöst werden soll
- Leistungsbeschreibung / Pflichtenheft wird Vertragsanlage
- Mitwirkungspflichten des Kunden benennen
- Verantwortungsbereiche klar definieren und abgrenzen
- Klare Vereinbarungen zu den Zahlungen
- Realistischer Zeitplan
- Klares Verfahren zur Findung von Entscheidungen
- Change Request Regelungen nicht vergessen!
- Arbeiten für das Projekt nicht vor Vertragsabschluss beginnen!

# Welcher Vertragstyp in der Praxis?

Es gibt gesetzlich geregelte und nicht gesetzlich geregelte Vertragstypen.  
In der Praxis ist häufig ein „gemischter“ Vertrag anzutreffen,  
z.B.

Beschaffung von Hardware:	Kaufvertrag
Wartung der HW:	<b>Werkvertrag</b>
Standardsoftware:	Kauf oder Miete?
Anpassungen:	<b>Werkvertrag</b>
Schulungen:	Dienstvertrag
Neuherstellung:	<b>Werkvertrag</b>
Planung:	Dienstvertrag
Pflege von Software:	<b>Werkvertrag / „Miete“</b>

# Gesetzlich geregelte Vertragstypen

## Kaufvertrag

- Beschaffung von Hardware
- Kauf von Standardsoftware

## Werkvertrag

- Erstellung von Individualsoftware  
(jedoch strittig, ob wg. §651 BGB nicht Kaufrecht gilt)
- Konfiguration von Systemsoftware
- Durchführung einer Abnahmeprüfung
- Gutachten

## Dienstvertrag

- Schulungsleistungen
- Zugangsvermittlung
- Externes Projekt-Controlling
- Beratungsleistungen  
(ohne Ergebnisverantw.)

### Wichtig:

1. Der Vertragsinhalt bestimmt den Vertragstyp
2. In der Praxis gibt es häufig gemischte Verträge
3. Jeder Vertragstyp impliziert unterschiedliche Verantwortungen für AG und AN

## Der Verkäufer schuldet (§ 433 I BGB):

- Übergabe der Sache
  - Eigentumsverschaffung
  - Freiheit von Sach- und Rechtsmängeln  
(ehemals „Gewährleistung“)
- 

## Der Käufer schuldet (§ 433 II BGB):

- Zahlung des Kaufpreises
- Abnahme (Entgegennahme) der Sache  
(≠ Abnahme beim Werkvertrag!)

## Der Hersteller ...

- **schuldet die Herstellung** des versprochenen Werkes (§ 631 BGB)
  - hat die **Projektverantwortung**
  - trägt das **Erfolgsrisiko** für das geschuldete Arbeitsergebnis
  - schuldet die **Freiheit von Sach- und Rechtsmängeln** (§ 633 BGB)
  - hat das Wahlrecht zwischen Mängelbeseitigung und Neulieferung
- 

## Der Besteller ...

- ist zu Mitwirkungs- / Beistellungsleistungen verpflichtet
- hat Anspruch auf eine Nacherfüllung
- schuldet die Abnahme des Werkes (§ 640 BGB)
- muss die vereinbarte Vergütung zahlen (§ 631 I BGB)

## Falsch ist ...

- Wenn der Vertrag die Überschrift „Werkvertrag“ trägt, ist es automatisch ein Werkvertrag.
- Auftraggeber und Auftragnehmer sitzen in einem Boot und „rudern“ gemeinsam
- Wichtige Entscheidungen müssen immer gemeinsam getroffen werden.
- Wenn kein Pflichtenheft vorliegt, kann es kein Werkvertrag sein.
- Vereinbarte Termine sind nur unverbindliche Termine.
- Es gibt feste Fristen für die Beseitigung von Mängeln.

Eine Abnahme ist nur beim Werkvertrag im Gesetz vorgesehen  
("Abnahme" beim Kaufvertrag bedeutet „Entgegennahme“)

- **Gesetzliche Regelung und Definition**

- § 640 ff. BGB
- Erklärung des Bestellers, dass das Werk im Wesentlichen vertragsgemäß ist

## § 640 BGB (Abnahme)

- (1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.

Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

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

# Form der Abnahmeerklärung

- schriftlich
- mündlich
- durch schlüssiges Verhalten (z.B. Ingebrauchnahme)
- Abnahmefiktion

(„Automatische“ Abnahme, wenn ein abnahmefähiges Werk nicht innerhalb einer angemessenen Frist abgenommen wird, siehe § 640 I 3 BGB)

- Anspruch auf Teilabnahme besteht nur bei einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung (!)
- Freigaben und Teilabnahmen sollten nicht verwechselt werden. Es besteht die Gefahr, dass Freigaben als Teilabnahmen interpretiert werden.

- Erfüllungsanspruch erlischt
- Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB)
- Änderung der Gefahrtragung (§ 644 BGB)
- Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche (§ 634a II BGB)
- Mängelansprüche bestehen bei Mängeln, die schon bei der Abnahme bekannt waren, nur dann, wenn sich der Auftraggeber die Mängelrechte vorbehalten hat (§ 640 II BGB)

# „Kippen“ der Beweislast

- Bis zur Abnahme ist der Auftragnehmer beweisbelastet, dass das Werk mangelfrei ist.
- Ab der Abnahme ist der Auftraggeber beweisbelastet, dass das Werk mangelhaft ist.

- **Aufhebungsvertrag**
- **Erfüllung**
- **Kündigungsrechte des Auftraggebers (§ 649 BGB)**
  - Der AG kann jederzeit bis zur Vollendung des Werks kündigen
  - Der AG muss die volle Vergütung zahlen, abzüglich der Einsparungen des Auftragnehmers und böswillig unterlassenem anderweitigem Erwerbs
- **Außerordentliche Kündigung**
  - Durch AG oder AN aus wichtigem Grund
  - Der Vergütungsanspruch des AN kann entfallen, wenn die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen mangelhaft oder nicht nachbesserungsfähig sind, also unbrauchbar für den AG sind

# Haftung beim Werkvertrag

- Die Haftung ist zunächst der Höhe nach nicht begrenzt  
→ Die Haftung sollte einvernehmlich begrenzt werden
- Die Haftung gilt für jede Art von Schäden  
(nicht erzielte Einsparungen, entgangene Gewinne etc.)

# Was bevorzugen IT-Dienstleister?

## Häufige Argumente der IT-Anbieter für einen Dienstleistungsvertrag:

- „Es ist im Vorhinein nicht möglich, die geschuldeten Leistungen qualitativ und quantitativ präzise zu definieren.  
Wir machen das während des Projekts.“
- „Nur der Auftraggeber kennt seinen Betrieb genau –  
die Projektverantwortung muss daher bei ihm liegen.“
- „Wir stemmen das Projekt auf der Basis einer partnerschaftlichen  
Zusammenarbeit gemeinsam.“

## Merkmale

- Der Auftragnehmer schuldet „nur“ die Zurverfügungstellung seiner qualifizierten Arbeitskraft -  
ein vorab definierter Erfolg ist nicht geschuldet!
- Weisungsrecht liegt beim Auftraggeber  
→ Projektverantwortung liegt beim Auftraggeber
- Entgeltrisiko liegt beim Auftraggeber
- Keine Abnahme (!)
- Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung unmittelbar
- Kündigung gemäß § 620 ff. BGB

# Vorteile des AN beim Dienstvertrag

- „Schlechtleistung“ ist beim Dienstleistungsvertrag in aller Regel schwer zu beweisen
- Falls ein IT-Projekt in die Krise kommt, hat der Auftragnehmer seine Vergütung schon weitgehend erhalten, so dass der Schaden beim Auftragnehmer gering ist - hingegen ist die unvollständige oder noch mangelhafte Leistung für den Auftraggeber kaum verwertbar

## Falsch ist ....

- Ein Dienstvertrag ist immer besser als ein Werkvertrag
- Jedes Projekt nach Aufwand ist immer ein Dienstvertrag
- Ein Dienstvertrag passt mit einem Festpreis nicht zusammen

- **Keine Sachmängelhaftung im Dienstvertragsrecht**
- **Nur Möglichkeit zum Schadenersatz wegen Pflichtverletzung**  
(§ 280 BGB)
- **Mögliche Regelungen bei Schlechtleistung:**
  - Sollten die Leistungen des AN nicht vertragsgemäß sein, so muss der AN innerhalb von x Tagen seine vertragliche Pflicht nachholen
  - Sollten die Leistungen des AN nach zweimaligen Nachleisten nicht vertragsgemäß erbracht worden sein, kann der AG mindern oder ...

- **Aufhebungsvertrag**
- **Zeitablauf (§ 620 Abs. 1 BGB)**
- **Tod des Dienstpflichtigen (§ 613 S.1 BGB)**
- **Kündigung (§ 621 ff. BGB)**
  - Ordentlich
  - Fristlos (aus wichtigem Grund, § 626 BGB)

# Vergütungsmodelle

	Festpreis	Variable Vergütung
Werkvertrag	X	X
Dienstleistungsvertrag	X	X

## Wichtig:

**Das Vergütungsmodell bestimmt nicht den Vertragstyp!**

# Gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen

- "Lizenzvertrag"
- "Systemvertrag "
- "Projektvertrag"
- "Outsourcing"
- v.a. die Kombinationen
- Leasing

## 1. Unechter Lizenzvertrag:

Überlassung auf Dauer gegen Einmal-Entgelt auf Datenträger =  
Kauf

## 2. Typischer Lizenzvertrag:

Nicht starke Anteile von Miete  
(Nichtüberlassung auf Dauer, Mehrfachvergütung)

## 3. Überlassung der Standardsoftware zum Download

nicht auf Datenträger, keine Erschöpfung -> evtl. kein Kauf,  
jedenfalls Wirksamkeit der Weitergabeverbote

# IT-Projektverträge für Individualsoftware (1)

1. Langzeit-Projekt mit erheblicher Komplexität,
2. "Pflichtenheft" entspricht oft nicht einer fachlichen Feinspezifikation, sondern (zu) grob
3. Starke Kooperationsanteile Auftraggeber / Auftragnehmer
4. Festpreis-Risiko oft typischerweise beim Auftragnehmer
5. Oft Planungsphase zu kurz bzw. weggelassen

6. Schrittweise Übergabe, mit Problemen von Teilabnahmen, unterschiedlichen Laufzeiten der Verjährungsfristen, Bedeutung der Gesamtabnahme
7. Typischer möglicher Aufbau für einen Projektvertrag (extra Folie)
8. Besondere Themen:
  - Rechtseinräumung - Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers, v.a. Anpassung seiner Organisation
  - Änderungskonzept/Verfahren, CR
  - Abnahmekriterien und -verfahren
  - Mängelkriterien (synchron mit Abnahme-Kriterien)
  - "weiche" Abnahmekriterien, z.B. Performance, Bedienungsfreundlichkeit

# Bestandteile eines komplexen IT-Vertrags

## „Reguläre“ Projekt- durchführung

### Leistungen

Ziele des Auftraggebers  
Anforderungen des Auftraggebers  
Feinspezifikation der Leistungen  
Abnahmekriterien  
Beratungspflichten des Auftragnehmers  
Produktivsetzung  
Dokumentationen  
Konfigurationsmanagement  
Qualitätssicherung und Qualitätsstandards  
Schulungen und Einweisung  
Pflege / Wartung

### Termine

Terminplan mit Meilensteinen  
Verzug  
Vertragsstrafen  
Höhere Gewalt

### Projektdurchführung

Projektorganisation, -verantwortung  
Projektplanung  
Berichtspflichten des Auftragnehmers  
Gremien und Entscheidungskompetenzen  
Eskalation und Schlichtung  
Einzusetzendes Personal, Subunternehmer

### Mitwirkungspflichten

Generelle Mitwirkung  
Einzelne Leistungen des Auftraggebers

### Vergütung

Preise und Fälligkeiten  
Aufrechnung und Zurückbehaltung  
Abschlagszahlungen  
Rechnungsstellung und Mehrwertsteuer

### Abnahmen

Gegenstand der Abnahmen und Bereitstellung  
Prüfverfahren und Zeitplan  
Fehlerkategorien  
Wiederholung einer Abnahme  
Scheitern einer Abnahme  
Fiktion einer Abnahme

## „Irregulärer“ Projektverlauf

### Änderungsverfahren

Änderungsverlangen  
Leistungen bis zur Einigung  
Änderungsprüfung und Vergütung  
Leistungsunterbrechung

### Sach- und Rechtsmängelhaftung

Verjährungsfrist  
Sachmängel  
Rechtsmängel/Verletzung Schutzrechte Dritter  
Fristen zur Nacherfüllung bei Sachmängeln  
Wahlrecht des Auftragnehmers  
Scheitern der Nacherfüllung  
Aufwandsverrechnung bei unberechtigten Mangelmeldungen  
Freiheit von Rechten Dritter  
Freistellung des Auftraggebers bei Rechtsmängeln  
Versicherungen

### Schadensersatz

Unbegrenzte Haftung  
Begrenzte Haftung

### Eskalationsverfahren

Eskalation über die Führungsebene  
Schlichtung

### Vertragsbeendigung

Kündigung  
Verpflichtung zur Abmahnung  
Schriftform der Kündigung

## Sonstige Rechte und Pflichten

### Rechtseinräumung, Nutzungsrechte

Weitergabe der Projektergebnisse  
Lizenzvereinbarungen  
Auswechslung der Hardware  
Know-How des Auftragnehmers  
Eigentumseinräumung und Übergabe des Quellcodes  
Hinterlegung der Vertragssoftware  
Rechte Dritter  
Abgeltung

### Geheimhaltung und Datenschutz

Vertraulichkeit von Informationen und Unterlagen  
Verpflichtung zur Einhaltung des Datenschutzes und Verpflichtungserklärung  
Verpflichtung von Subunternehmern  
Verstöße gegen Geheimhaltung und Datenschutz  
Fortgeltung

### Sicherheiten

Vertragserfüllungsbürgschaft  
Zurückbehaltungsrecht „Gewährleistungsbürgschaft“

### Sonstiges

Gerichtsstand  
Anwendbares Recht  
Loyalitätsklausel  
Schriftformerfordernis  
Salvatorische Klausel

# Outsourcing-Verträge (1)

- Web-Design
- Web-Hosting mit verschiedenen Varianten
- Zugangs-Vermittlung (Dienstvertrag)
- Content/Datenbanken
- Rechenzentrum-Service-Betrieb / Betreiberkonzept
- IT-Auslagerung

## Probleme die häufig vergessen werden:

- Anlaufphase / Abnahmekriterien (Transition)
- Datenschutz, Einwilligung
- Re-Transition und Unterstützung
- Praktikable, zeitnah wirkende SLA
- Haftung in Übergangsphasen

- **Definition:**

Verschiedene Vertragsgegenstände, die verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sind, die aber zusammen in einem Vertragswerk geregelt werden.

- **Beispiel:** Der Systemvertrag

- **Zahlreiche Theorien der gemischten Verträge:**

Schwerpunkt und Prüfung, ob die Vertragsgegenstände genügend klar voneinander abgrenzbar sind, so dass unter Umständen unterschiedliche Mängelregimes unterfallen können.

- Verschiedene Vertragsurkunden und AGB für verschiedene Leistungsbereiche sind Indizien für zwar vielleicht technische oder wirtschaftliche Zusammenhänge, aber rechtlich unabhängige Verträge
- Die Klammer kann durch den Vertrag hergestellt werden, in dem die Vertragsgegenstände "miteinander stehen und fallen, und zwar auch rechtlich".
- Die Frage der Einheitlichkeit ist Auslegungssache (§§ 133, 157 BGB). Bei zusammengesetzten Verträgen wirkt sich ein Mangel des einen Vertragsteils auf den Gesamtvertrag aus. Dies gilt dann auch für Rückabwicklung, auch für Schadenersatz, §§ 281, 323 BGB

## Arten gemischter Verträge:

- Typischer Vertrag mit andersartiger Nebenleistung
- Kombinationsvertrag, etwa Miete einer Maschine mit Dienstverschaffungsvertrag hinsichtlich des bedienten Personals
- Gekoppelter Vertrag, doppeltypischer Vertrag
- Typenverschmelzungsvertrag, die verschiedenen Elemente sind untrennbar miteinander verbunden
- Theorien
  - Absorbtion
  - Kombination
  - Theorie der analogen Rechtsanwendung
  - Schwerpunkt

*Palandt/Grüneberg, Rz. 16 ff., v.a. 19, 20 - 23 Überblick v. § 311 BGB*

Software-Anpassung wird praktisch wie Software-Erstellung behandelt.

## Ausnahmen:

1. Lieferung der Software durch den AN  
→ Kaufrecht über § 651 BGBaF, § 377 HGB
2. Beistellung der Software durch den AG  
→ Reines Werkvertragsrecht, § 377 HGB nicht anzuwenden
3. Zurufprojekt  
→ Dienstvertrag

# Unterschiede der einzelnen Vertragstypen (1)

Regelung	Kaufvertrag	Werkvertrag	Dienstvertrag
Gegenstand	Lieferung einer bewegl. Sache, Verschaffung des Eigentums hieran	Herstellung des vereinbarten Werks	Erbringung der vereinbarten Leistung
Gefahrübergang	Mit der Übergabe	Mit der Abnahme	---
Fälligkeit der Vergütung	Mit Entstehung der Forderung bei Vertragsabschluss (soweit nicht anders vereinbart)	Bei Abnahme, jedoch evtl. Anspruch auf Abschlagszahlungen	Nach dem Ableisten der Dienste, soweit nicht anders vereinbart
Abnahme	---	Muss erfolgen, wenn das Werk vertragsgemäß erstellt wurde	---

# Unterschiede der einzelnen Vertragstypen (2)

Regelung	Kaufvertrag	Werkvertrag	Dienstvertrag
Mängelansprüche	Zunächst Nacherfüllung, dann Rücktritt oder Minderung sowie Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen	Zunächst Nacherfüllung, dann Ersatzvornahme und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen oder Rücktritt oder Minderung sowie Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen	Kein Mangelanspruch, aber Anspruch wegen Pflichtverletzung bei Schlechtleistung, verschuldensabhängiger Anspruch auf Schadensersatz
Verjährungsfristen für Mängel	2 Jahre ab Ablieferung (bei Arglist 3 Jahre)	2 Jahre bei Herstellung einer beweglichen Sache, 3 Jahre bei geistigen Werken oder bei Arglist	3 Jahre

# Unterschiede der einzelnen Vertragstypen (3)

Regelung	Kaufvertrag	Werkvertrag	Dienstvertrag
Zugesicherte Eigenschaften / Garantien	Beschaffenheit- und Haltbarkeitsgarantie	Beschaffenheitsgarantie	---
Kündigung	---	Kündigungsrecht des Bestellers	Es gelten die gesetzlich festgelegten Fristen, wenn nichts anderes vereinbart ist