

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Der IT Systemvertrag, Teil 5: Vertragsgestaltung

Im folgenden Beitrag werden die wichtigsten Klauseln eines IT-Systemvertrages aus der Sicht des Auftraggebers und des Auftragnehmers dargestellt und erläutert. Die Interessen der einzelnen Parteien werden, soweit dies rechtlich vertretbar ist, jeweils in den Vordergrund gestellt. Es wird davon ausgegangen, dass die einzelnen Vorschriften als Individualvertragsklauseln gelten, also verhandelt werden können...

1. Allgemeines

Im Folgenden werden die wichtigsten Klauseln eines IT-Systemvertrages aus der Sicht des Auftraggebers und des Auftragnehmers dargestellt und erläutert. Die Interessen der einzelnen Parteien werden, soweit dies rechtlich vertretbar ist, jeweils in den Vordergrund gestellt.

Es wird davon ausgegangen, dass die einzelnen Vorschriften als Individualvertragsklauseln gelten, also verhandelt werden können. Da bei solchen Individualklauseln die AGB-rechtlichen Vorschriften der §§ 305 bis 310 BGB als gesetzlicher Interessensausgleich keine Rolle spielen die Redaktionshoheit eine ganz erhebliche Rolle. Diejenige Vertragspartei, der es gelingt, ihren Vertragsentwurf zur Verhandlungsbasis zu machen, wird regelmäßig einen großen Vorteil im Rahmen der Verhandlungen haben. Die andere Vertragspartei ist genötigt, ihre Änderungswünsche in den Vertrag hinein zu verhandeln, so dass psychologisch die Vertragspartei mit Redaktionshoheit entsprechende Zugeständnisse macht.

Da bei Vertragsverhandlungen selbstverständlich solche Zugeständnisse nicht bei allen Punkten eingeräumt werden und der Vertragspartner dies meist auch gar nicht erwartet, wird die Redaktionshoheit dazu führen, dass eine Vielzahl von Punkten unverändert im Sinne des Entwurfsverfassers bestehen bleibt und bei anderen Punkten, bei denen der Entwurfsverfasser Zugeständnisse macht, Kompromisse gefunden werden. Insgesamt verbleibt es daher bei einem Vertrag, der bei geschickter Entwurfsverfassung für den Vertragsersteller, wenn auch nicht optimal, so zumindest an vielen Stellen vorteilhaft ist.

An dieser Stelle sei vor der Verwendung von Vertragsmuster gewarnt, den oft werden sie unbesehen auf jeden Vertragsfall angewandt. Es bedarf der genauen Analyse, ob die Muster die Probleme des Falls genau wiedergeben. Hierzu bedarf es in vielen Fällen wesentlicher Änderung einzelner Vertragsklauseln. Auch kann der Laie nicht ersehen, ob die Muster noch dem geltenden Recht entsprechen.

2. Titel des Systemvertrages und Präambel

2.1 Der Titel

Der Titel des Systemvertrages kann bereits die entscheidende Weichenstellung darstellen, wie die Parteien den Vertrag vertragstypologisch einzuordnen gedenken (siehe hierzu Teil 1 unserer Serie). Mit dem Titel „Systemerstellungsvertrag“ oder „GU-Systemvertrag“ bringt der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er alle Leistungen des Vertrages aus einer Hand wünscht und dass der Auftragnehmer die Erfolgsverantwortung trägt. Des Weiteren tendiert der Begriff „Erstellung“ ins Werkvertragsrecht. Lautet der Titel, „Systemlieferungsvertrag“, will der Auftragnehmer die Lieferung eines Systemes vereinbaren und unterstellt den Vertrag dem Kaufrecht. Der Titel ist selbstverständlich nicht ausschlaggebend. Wird nachfolgend ein völlig anderer Vertragstyp gewählt, ist der anderslautende Titel unschädlich. Der Titel kann aber bei Zweifeln als weiteres Indiz für die vertragstypologische Einordnung dienen.

2.2 Die Präambel

Eine Präambel ist Vertragsbestandteil und kein überflüssiger Vorspann. Die Präambel dient im Wesentlichen dazu, die Vertragsparteien und das Vertragsprodukt allgemein zu beschreiben. Die Präambel gibt somit wesentliche Teile der Geschäftsgrundlage wieder, auf der der Vertrag geschlossen wird.

Die Präambel ist deshalb keinesfalls von untergeordneter juristischer Bedeutung, sondern kann bei Streitfragen zumindestens zur Auslegung herangezogen werden. Sofern der Auftraggeber selbst nur über geringes EDV-know-how verfügt, gibt ihm die Präambel die Möglichkeit, seine Projektziele allgemein, unjuristisch und technisch zu beschreiben. Da der Auftragnehmer außerhalb von ausdrücklichen Forschungs- und Entwicklungsprojekten meist die Erfolgshaftung für die Erreichung der Vertragsziele übernimmt, hat die Präambel hier auch bei der konkreten Feststellung des Leistungsinhaltes eine nicht zu vernachlässigende Indizfunktion.

Im Zweifelsfalls verpflichtet sich der Auftragnehmer, die in der Präambel dargestellten Vertragsziele zu realisieren. Es ist daher Auftraggebern und Auftragnehmern sehr angeraten, die Vertragsziele in der Präambel möglichst weit (Auftraggeber) oder möglichst eng (Auftragnehmer) zu gestalten. Der Auftraggeber sollte darauf achten, sein know-how als möglichst gering und das des Auftragnehmers als möglichst umfangreich darzustellen. Der Auftraggeber sollte alle vertraglichen Leistungen zu einem einheitlichen Gesamtsystem zusammenbinden und dem Auftragnehmer die Projekt- und Gesamterfolgsverantwortung zuschreiben.

Hinweis für den Auftragnehmer: Je sachkundiger und branchenerfahrener er sich darstellt, je mehr muss er sich hinsichtlich seiner Beratungs- und Aufklärungspflichten ggf. hieran festhalten lassen. Umgekehrt vermindert oder erweitert die eigene Fachkunde des Auftraggebers entsprechende Nebenpflichten des Auftraggebers.

3. Definitionen

Die Definition von Begriffen, die im Vertragstext verwendet werden, ist beispielweise im amerikanischen und britischen Rechtskreis selbstverständlich. Im deutschen Rechtskreis dagegen hat sich ein derartiger Standard noch nicht heraus gebildet. Die EVB-IT und die BVB verwenden sie aber bereits mit gutem Grund, denn die gemeinsame Begriffserklärung im Vertrag ist von erheblicher Bedeutung, da sich gerade im EDV-Bereich häufig noch keine eindeutigen Begriffsdefinitionen herausgebildet haben und somit bestimmte Bezeichnungen vielfach mehrdeutig verwendet werden. Beispielsweise sei hier nur auf die Begriffe „Patch“ „Update“ und „Release“ sowie „Maintenance“, „Service“, „Wartung“ und „Pflege“ hingewiesen.

Darüber hinaus erleichtert die Vorschaltung von Definitionen bei der Vertragsredaktion die Einhaltung der Terminologie, wodurch begriffliche Inkonsistenzen, also die Verwendung mehrerer Begriffe für einen Sachverhalt, vermieden werden und die Verständlichkeit des Vertrages auf diesem Wege erheblich gefördert wird. Auftragnehmer und Auftraggeber können auch bereits bei Gestaltung der Definitionen ihre Interessen fördern. Es ist beispielsweise von großem Interesse, was alles von einem Upgrade oder Update abgedeckt wird. Darüber hinaus können in Definitionen, Erweiterungen oder Verengungen der Leistungsbeschreibung begrifflich festgelegt werden. Für den Auftraggeber ist es sinnvoll, alle Leistungen des Vertrages mit dem Begriff „Vertrags- oder Gesamtsystem“ zu definieren und beispielsweise folgende Definition im Vertrag vorzunehmen.

4. Rangfolge der Vereinbarungen

Die Vertragsparteien sollten festlegen, welche Regelungen im Vertrag und seinen Anlagen im Zweifelsfall für die Beurteilung von Rechtsfragen im Rahmen des Vertragsverhältnisses maßgeblich sind. Entscheidend ist insbesondere, dass sämtliche Dokumente, die den Leistungsinhalt beschreiben, in ein festgelegtes Verhältnis zueinander gesetzt werden. Dies gilt insbesondere, da Lastenheft und Pflichtenheft meist nicht übereinstimmen.

Sinnvoll ist es auch, eine Abwehrklausel hinsichtlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vertragspartners aufzunehmen. Es kommt häufig vor, dass in der vorvertraglichen Verhandlungs- und Angebotsphase der Vertragspartner in seiner Bestellung oder in seinem Angebot auf seine Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen hinweist. Es können somit beide Geschäftsbedingungen möglicherweise in den Vertrag einbezogen werden, wenn dieser keine Abwehrklausel enthält. In diesem Fall eliminieren sich die unterschiedlichen AGB in sämtlichen Punkten, in denen sie sich widersprechen. Darüber hinaus ist eine Rangfolgenvereinbarung notwendig. Auch die Vereinbarung des zeitlichen Vorgangs dient im Wesentlichen der Klarstellung

5. Leistungsinhalt Leistungen des Auftragnehmers

Für Auftraggeber und Auftragnehmer empfiehlt es sich, im Prosa-Text möglichst umfangreich die einzelnen Leistungen und die Zielsetzungen zu beschreiben, die sich mit der Leistung verbinden. Dies gilt insbesondere für die Lieferung von Standardprodukten, wie Hardware und Software. Kerngedanke dieser Regelung ist es, dem Auftragnehmer möglichst umfangreiche Systemverantwortung auch für die Leistungsbereiche aufzuerlegen, an denen er nur indirekt beteiligt ist. Aus Sicht des Auftraggebers wäre es optimal, wenn der Auftragnehmer uneingeschränkt die Systemverantwortung für die Hard- und Software auch dann übernehmen würde, wenn die Lieferung der Hardware nicht durch ihn erfolgt.

Eine entsprechende vertragliche Gestaltung wird oft jedoch nicht durchsetzbar sein und vom Auftragnehmer als unangemessen zurückgewiesen werden. Notwendig ist es daher, dem Auftragnehmer einerseits weitere Einflussmöglichkeiten zu geben und im Gegenzug dazu in einen größeren Verantwortungsbereich einzuweisen. Der Auftragnehmer hat seinerseits bei der Beschreibung der Einzelleistungen die Möglichkeit darzustellen, dass er für die Leistungsteile, die er nicht geliefert hat, aber auch für die von ihm gelieferten Standardprodukte keinerlei Systemverantwortung übernimmt. Soll er diese dennoch übernehmen, so hat er einen Generalunternehmer-Aufschlag auf das System zu erheben.

6. Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers oder/ Pflichten des Auftraggebers

Während der Auftragnehmer bemüht sein wird, die Mitwirkungsleistung des Auftraggebers als Hauptpflichten zu bezeichnen und so umfassend wie möglich zu definieren, um dadurch die Verantwortung für mögliche Leistungsstörungen wegen Verletzung von Mitwirkungsleistungen auf den Auftraggeber abzuwälzen, muss der Auftraggeber bestrebt sein, Mitwirkungsleistungen nur dort zu übernehmen, wo sie unvermeidbar sind. Aus den besagten Gründen muss er darüber hinaus auch durch die vertragliche Gestaltung dafür Sorge tragen, dass er seine Mitwirkungsleistung ordnungsgemäß und zeitgerecht erbringt.

Aus diesem Grund legt die Formulierung es für den Auftraggeber nur fest, dass Mitwirkungsleistungen nur dort bestehen, wo sie vom Gesetz ausdrücklich normiert werden oder im Vertrag als solche festgehalten sind. Auch die weiteren Regelungen, dass zeitlich nicht im Vorfeld fixierte Mitwirkungsleistungen vom Auftragnehmer abzurufen sind, verhindert, dass der Auftraggeber, ohne es zu wissen, selbst in Verzug gerät und damit dem Auftragnehmer juristisch stichhaltige Argumente für eigene Leistungsdefizite oder -Verzögerungen liefert.

Die eleganteste Methode für einen Auftragnehmer, sich bei einem gefährlichen Projekt selbst aus der Verantwortung zu ziehen, besteht darin, den Handlungsball über die Einforderung von Mitwirkungspflichten an den Auftraggeber zu spielen. Solange der Auftraggeber mit der Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten nicht nachkommt, ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet, seine eigene Leistung fortzusetzen, soweit die Mitwirkungsleistungen hierfür erforderlich wären. Der Auftragnehmer gerät in

diesem Zustand auch nicht mit der Erstellung der Werkleistung in Verzug, da ein Verzug des Auftragnehmers im Verzug des Auftraggebers nicht möglich ist.

7. Eigentumsvorbehalt

Ein Auftraggeber wird in seinem Vertragsentwurf keinen Eigentumsvorbehalt aufnehmen. Der Eigentumsvorbehalt ist eine Regelung, die allein für den Auftragnehmer interessant ist. Der Eigentumsvorbehalt selbst bedeutet, dass die für den Eigentumsübergang notwendige Einigung der Vertragsparteien über den Eigentumsübergang aufschiebend bedingt ist bis zur vollständigen Bezahlung der Vergütung. Die Einigung entfaltet ihre Wirkung damit erst mit Eintritt der Bedingung. Bis zum Bedingungseintritt verbleiben die gelieferten Gegenstände im Eigentum des Lieferanten bzw. des Auftragnehmers. Im Insolvenzfall hat der Auftragnehmer aus seinem Eigentumsrecht gegenüber dem Insolvenzverwalter einen Anspruch auf Aussonderung und Besitzrückgabe der gelieferten Gegenstände.

8. Zeitrahmen

Da sich die Zeitpläne im Rahmen eines Projektverlaufes aufgrund von Prioritätsverschiebungen, Leistungsänderungen usw. sehr häufig ändern, ist die Verweisung von Terminfestlegungen auf eine Anlage unbedingt erforderlich, um jeweils den aktuellen Stand des Terminplanes problemlos fortführend dokumentieren zu können. Der Auftraggeber hat daran Interesse, den Auftragnehmer zu verpflichten, auf eine drohende Terminüberschreitung hinzuweisen. Diese Hinweispflicht ist deshalb von Bedeutung, da sie nicht an ein Verschulden des Auftragnehmers geknüpft ist, sondern unabhängig von der Verursachung zum Tragen kommt. Dadurch erhält der Auftragnehmer bei Eigenverschulden eine zusätzliche Warnfunktion.

Umstritten ist in Krisensituationen häufig, inwieweit Zwischentermine und Milestones für den Auftragnehmer verbindliche Fristen und Termine darstellen. Ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung ist der Auftragnehmer nur verpflichtet, das Gesamtwerk innerhalb der vertraglich festgelegten Zeit fertig zu stellen. Darüber hinaus hat er jedoch zumindest die theoretische Möglichkeit, einen Verzug im Projektverlauf wieder aufzuholen.

In der Praxis ist diese Möglichkeit jedoch tatsächlich graue Theorie, da ein einmal in Verzug geratenes Projekt regelmäßig noch stärker in Verzug gerät. Für den Auftraggeber ist es daher von besonderer Bedeutung, bereits frühzeitig entsprechende Maßnahmen wie Fristsetzung, Forderung der Verzugsstrafe u.a. geltend machen zu können, um nicht abwarten zu müssen, bis das Kind endgültig in den Brunnen gefallen ist. Aus diesem Grund schreibt die Musterformulierung für den Auftraggeber fest, dass sämtliche vereinbarten Termine, also auch Zwischentermine, bindend und verzugsauslösend sind. Der Auftragnehmer wird solches Festlegen meiden. Er hat aber hingegen Interesse daran, seine Haftung im Fall des Verzuges zu beschränken. Daher wird er sich nicht mit der Frage beschäftigen, wann Verzug eintritt, sondern lediglich, wie die Parteien sich im Verzugsfall weiter zu verhalten haben.

9. Nutzungsrechte

Wird Standardsoftware geliefert, so gilt nach der Rechtsprechung des BGH das sog. Zweckübertragungsprinzip. Danach erhält der Lizenznehmer alle die Nutzungsrechte, die er für den gewöhnlichen, bei Vertragsabschluss vorausgesetzten Gebrauch benötigt. Im Zweifel bedeutet dies für den normalen Lizenznehmer, dass ihm lediglich ein einfaches, nicht ausschließliches Nutzungsrecht zusteht, dass andererseits jedoch keinen weiteren Beschränkungen betreffend Nutzungsort, eingesetzte Hardware oder ähnlichem unterliegt.

Für den Auftragnehmer kann es sich im Einzelfall empfehlen, die Gewährung der endgültigen Nutzungsrechte an die vollständige Bezahlung zu knüpfen. Auch für die Individualprogrammierung ist es normalerweise nicht sinnvoll, ausschließliche Nutzungs- und Verwertungsrechte zu vereinbaren. Dies schlägt sich in der Preisgestaltung nieder. Behält sich der Auftraggeber jedoch an den Individualprogrammierungen die ausschließlichen Nutzungsrechte vor, wird der Auftragnehmer den gesamten Aufwand der Programmierung zu Lasten des Auftraggebers kalkulieren, da eine Zweitverwertung zunächst einmal vertraglich ausgeschlossen ist. In diesem Falle sollte der Auftraggeber aber dafür sorgen, dass ihm die Nutzungsrechte bei Erstellung der Software und nicht erst mit der Abnahme eingeräumt werden. Wird nämlich der Vertrag aus welchen Gründen auch immer schon vor der Abnahme beendet und hat der Auftraggeber bereits teilweise gezahlt, kann die bereits bezahlte Software mangels Nutzungsrechten nicht nutzen.

10. Hinterlegung des Quellcodes

Da der Auftraggeber auch theoretisch nicht in der Lage ist, ein angefangenes Projekt bei Leistungsstörungen auf Seiten des Auftragnehmers anderweitig fortzusetzen, wenn er nicht im Besitz der entsprechenden Softwarequellen ist, müssen alle Drohungen mit Ersatzvornahmen letztlich wirkungslos bleiben, da sie unmöglich sind. Der Auftraggeber wird in diesem Fall immer bis zu einem gewissen Grad erpressbar für den Auftragnehmer sein.

Um diese Abhängigkeit zu vermeiden, bestimmt die Musterklausel, dass die Softwarequellen einschließlich der dazugehörigen Dokumentationen zumindest für die Individualprogrammierungen regelmäßig auch während des Projektverlaufes auf dem jeweils neuesten Stand an den Auftraggeber zu übergeben sind. Erst der Besitz der Quellen versetzt den Auftraggeber in die Lage, halbwegs wirkungsvoll mit einem Projektabbruch und Fortsetzung durch einen Dritten auf Kosten des Auftragnehmers drohen zu können.

Soweit der Auftragnehmer nicht bereit ist, dem Auftraggeber die Quellen direkt auszuhändigen, kommt als alternative Lösung die Hinterlegung bei einem Dritten in Betracht. Regelmäßig wird hierzu ein Notar oder Rechtsanwalt gewählt, der im Rahmen einer gemeinsamen Hinterlegungsvereinbarung die Softwarequellen verwahrt und bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen an den Auftraggeber herausgibt. Wesentliche Aufgabe der Hinterlegungsvereinbarung ist es dabei, für den Verwahrer die Umstände, die eine Herausgabe ermöglichen, so klar und eindeutig wie möglich zu beschreiben.

Dabei ist darauf zu achten, dass insbesondere auch die Anforderungen an den Nachweis dieser Umstände exakt festgehalten werden. Problematisch an der Hinterlegung bei einem Notar oder Rechtsanwalt ist aber, dass es sich hierbei um eine fachunkundige Person handeln wird, die den tatsächlichen Gehalt des Datenträgers oder der Dokumentation nicht beurteilen kann. Folgerichtig führt der Notar oder Rechtsanwalt auch keine Prüfung der überlassenen Gegenstände durch, sondern bestätigt lediglich deren Empfang. Wird eine inhaltliche Prüfung gewünscht, so muss eine fachkundige Hinterlegungsstelle gewählt werden. Eine Prüfung der überlassenen Quellen auf Übereinstimmung mit der vertragsgegenständlichen Software sowie Zugehörigkeit der übergebenen Dokumentation nimmt beispielsweise die Firma Escrow Europe Deutschland GmbH vor.

11. Vergütung

Während die vorangegangenen Klauseln die Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers enthielten, befasst sich die Vergütungsklausel nunmehr mit der Hauptgegenleistung des Auftraggebers. Diese besteht regelmäßig in einer Vergütung in Geld. Sofern eine Vergütungsvereinbarung nicht ausdrücklich getroffen sein sollte, was bei Projektverträgen eigentlich undenkbar ist, so gilt nach § 632 Abs. 1 BGB eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung erwartet werden konnte. Eine fehlende Vergütungsvereinbarung im Werkvertrag führt daher regelmäßig nicht zu einem offenen Dissens iSv§ 154 BGB. Dessen Auslegungsregel, nach der der Vertrag im Zweifel als nicht geschlossen anzusehen ist, findet somit keine Anwendung, weil gem. § 632 Abs. 1 BGB die Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt.

Diesen Rechtsgedanken hat die Rechtsprechung im Übrigen auch bei der Frage aufgegriffen, ob komplexe Leistungen des Auftragnehmers im Angebotsstadium (z.B. Pflichtenhefterstellung) auch dann zu vergüten sind, wenn eine vertragliche Vereinbarung letztlich nicht zu Stande kommt.

11.1 Arten der Vergütungsvereinbarung

Im Werkvertragsrecht gibt es drei grundsätzliche Formen der Vergütungsvereinbarung. Dabei handelt es sich um die Vergütung nach Aufwand, die Pauschalvergütung sowie die Festpreisvereinbarung:

- Bei einer Vergütung nach Aufwand werden in aller Regel ähnlich der Bauwirtschaft nur so genannte Einheitspreise vereinbart, die für Material- und Zeitaufwand jeweils den Preis pro Einheit, also zB Preis pro Mann-Tag, festlegen. Für den Auftragnehmer hat eine derartige Preisgestaltung den Vorteil, dass er praktisch kein Kalkulationsrisiko hinsichtlich des Arbeitsaufwandes hat, da dieser ihm in jedem Fall voll vergütet wird. Für den Auftraggeber dagegen bedeutet eine solche Vereinbarung ein erhebliches wirtschaftliches Risiko, da der Endpreis der Leistung für ihn im Vorfeld auch nicht annähernd eingeschätzt werden kann. Derartige Gestaltungen sind daher in Projektverträgen größtenteils unüblich.

- Bei der Pauschalpreisvereinbarung handelt es sich um einen festgelegten Betrag, mit dem alle vertraglichen Leistungen abgegolten sind. Das Risiko einer Massenänderung trägt in diesem Fall grundsätzlich der Auftragnehmer, wobei die Rechtsprechung bei wesentlichen Änderungen eine Preisanpassung des Pauschalpreises vorsieht. Wesentlich ist eine Leistungsänderung dann, wenn sie mehr als 20% des veranschlagten Aufwandes beträgt. Gerade in großen Projektverträgen sind derartige Mehrungen vor allem im Bereich des Zeitaufwandes nicht vollkommen ungewöhnlich.
- Für den Auftraggeber am sichersten ist daher eine Festpreisvereinbarung, die ausdrücklich keine Vergütungsänderung zulässt. Die Rechtsprechung geht hier teilweise so weit, derartige Festpreisvereinbarungen als selbstständige Garantieverprechen auszulegen. Im Falle einer Festpreisvereinbarung sind jedenfalls Nachforderungen des Auftragnehmers grundsätzlich ausgeschlossen. Die einzige Möglichkeit einer Preisanpassung stellt hier der unverschuldete Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB dar. Die Anforderungen an einen solchen Wegfall der Geschäftsgrundlage übersteigen in jedem Fall aber nicht nur die klassischen Ursachen der Fehlkalkulation bzw. normalen Kostensteigerung, sondern auch das Risiko einer Leistungsmehrung oder -minderung weit jenseits der genannten 20%-Grenze.

11.2 Fälligkeit

Die Fälligkeitsvereinbarung des Mustervertrages orientiert sich an der gesetzlichen Regelung des § 641 BGB. Nach dem gesetzlichen Leitbild wird die Vergütung des Werkunternehmers erst mit erfolgreicher Abnahme fällig. Will der Auftragnehmer den Vertrag als Kaufvertrag handhaben, hat er die Vergütungspflicht mit der Lieferung beginnen zu lassen. Das gesetzliche Leitbild stellt heute im Rahmen größerer Projektverträge jedoch keinesfalls mehr die Regel, sondern eher die Ausnahme dar, da der Auftragnehmer meist nicht in der Lage ist, die gesamte Werkleistung vorzufinanzieren. Es gibt daher auch in gesetzlichen Vorschriften bereits normierte Zahlungspläne, die vom ursprünglichen Leitbild des Werkvertrages abweichen (vgl. Makler- und Bauträgerverordnung).

11.3 Einbehalte

Als Sicherungen sind auch Vergütungseinbehalt denkbar.

11.3.1 Zum einen erfolgt bei Teilabnahmen ein Einbehalt bis zur Schlussabnahme

Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Auftraggeber bei einer Teilabnahme zwar die isolierte Funktionstauglichkeit des fertiggestellten Teiles prüfen kann, über die letztliche Einbindung in das Gesamtsystem kann zum Zeitpunkt der Teilabnahme jedoch regelmäßig keine Aussage getroffen werden, da andere Module und Schnittstellen noch nicht fertiggestellt sind. Diesem Restrisiko trägt der Teileinbehalt Rechnung.

11.3.2 Zum anderen kann ein Mängelhaftungs- oder Gewährleistungseinbehalt vereinbart werden

Dieser sichert den Auftraggeber für den Fall, dass der Auftragnehmer seinen vertraglichen oder gesetzlichen Gewährleistungspflichten nicht ordnungsgemäß nachkommt. Vom Grundgedanken her soll der Einbehalt den Auftraggeber ohne weiteren finanziellen Aufwand in die Lage versetzen, ggf. Mängelbeseitigungen im Rahmen der Gewährleistung durch Dritte durchführen zu lassen, ohne zunächst mit zusätzlichen Eigenmitteln in die Vorleistung gehen zu müssen. Im Bereich der Softwareprogrammierung sind derartige Ersatzvornahmen jedoch praktisch sehr schwierig, da bei komplexen Programmen auch ein versierter Dritter selbst mit Quellcode und Quellendokumentation nur sehr eingeschränkt Verbesserungen und Fehlerkorrekturen vornehmen kann. Der Gewährleistungseinbehalt ist faktisch daher eher ein finanzielles Druckmittel, um den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung zu bewegen. Eine weitere gängige Form des Gewährleistungseinbehaltes ist die Ablösung durch eine Gewährleistungsbürgschaft.

12. Leistungssicherung/Bürgschaften

Ein Auftragnehmer wird keine Bürgschaftsklausel in seinen Vertrag einfügen. Eine Bürgschaftsklausel dient der Sicherung der Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer. Kommt der Auftragnehmer seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nach, kann der Auftraggeber zwar grundsätzlich Schadenersatzleistungen nach den §§ 280 I Abs. 3, 281 BGB verlangen, sofern er dem Auftragnehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Nacherfüllung bestimmt hat.

Aber gerade wenn es sich um einen Abnehmer handelt, dessen Leistungsfähigkeit zweifelhaft ist oder einen eigentlich im Ausland ansässigen Auftragnehmer, sind derartige Schadenersatzansprüche oftmals in der Praxis nicht mehr realisierbar. In diesen Fällen hat der Auftragnehmer mit einer Erfüllungsbürgschaft die Möglichkeit, sich zumindestens in der Höhe der Bürgschaft auf relativ einfachem Wege zu befriedigen

13. Haftung für Mängel (Gewährleistung)

In der Gewährleistungsklausel findet eine entscheidende Weichenstellung bei der Vertragstypologisierung des Vertrages statt. Wird der Vertrag dem Kaufrecht zugeordnet, stehen dem Auftraggeber die Gewährleistungsansprüche ab der Lieferung zu. Wird der Vertrag als Werkvertrag bezeichnet, ist der Auftragnehmer bis zur Abnahme beweispflichtig, dass die Leistung mangelfrei war. Ab der Abnahme stehen dem Auftraggeber dann die Gewährleistungsrechte zu. Wichtig in der Gestaltung der Gewährleistungsklausel sind darüber hinaus die Gewährleistungsdauer, die Systemverantwortung, der Gegenstand der Gewährleistung, die Form der Mängelrüge, die Gewährleistungsausschlüsse und Fehlerprioritäten als auch die Beschränkung der Gewährleistung

13.1. Gesetzliche Ansprüche im Falle eines Mangels

Die Rechte des Auftraggebers im Falle eines Mangels sind nach Werkvertragsrecht und Kaufrecht fast identisch. Der eigentliche Unterschied ist letztlich die im Kaufrecht fehlende Abnahme. Das Mängelhaftungsrecht im Werkvertragsrecht richtet sich nach den §§ 633 ff BGB im Kaufrecht nach den §§ 433 ff BGB.

Vor der Abnahme/Lieferung des Werkes/der Sache ist der Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, entweder seinen Erfüllungsanspruch geltend zu machen oder auf die allgemeinen Leistungsstörungenrechte bei Verzug, Unmöglichkeit und vertraglicher Pflichtverletzung zurück zu greifen.

Im Rahmen der Nacherfüllung steht dem Auftraggeber sodann gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB das Wahlrecht zu, den Mangel zu beseitigen oder ein neues Werk herzustellen. Das Beseitigungsrecht auf Kosten des Auftragnehmers kennt das Kaufrecht nicht. Schlägt die Nacherfüllung fehl bzw. kommt der Auftragnehmer seiner Pflicht zu Nacherfüllung nicht ordnungsgemäß (fristgerecht) nach, so stehen dem Auftraggeber die weiteren Rechte nach § 634 Nr.2-4 BGB, § 437 BGB zu.

Im Vergleich zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung ist dabei neu, dass der Auftraggeber nun nicht mehr zwischen Rücktritt und Schadenersatz zu wählen braucht, sondern beide Rechte nebeneinander geltend machen kann. Im Rahmen des Mängelhaftungsrechts ist der Auftraggeber weiterhin beweispflichtig dafür, dass die Werkleistung des Auftragnehmers mangelhaft ist und dieser Mangel im Zeitpunkt der Vertragserfüllung, also bei Abnahme oder der Lieferung (Kaufrecht), bereits vorlag. Dies bedeutet nicht, dass der Mangel bei der Abnahme/Lieferung bereits bekannt gewesen sein muss. Notwendig ist allerdings, dass der Ursprung für die Mangelhaftigkeit hier bereits angelegt war.

Von dem Mängelhaftungsrecht nicht umfasst sind deshalb alle Mängel, die ihre Ursache in Ereignissen oder Handlungen haben, die nach dem mit der Abnahme/Lieferung verbundenen Gefahrübergang eingetreten sind. Macht der Auftragnehmer die Mängelhaftungsrechte geltend, so kommt es hier nicht auf das Verschulden des Auftragnehmers an. Verschuldensabhängig ist lediglich die Schadenersatzhaftung gem. § 634 Nr. 4 BGB und § 437 Abs.1 Nr.3 BGB. Aufgrund der ausführlichen gesetzlichen Regelungen zur werkvertraglichen und kaufrechtlichen Gewährleistung, die grundsätzlich für den Auftraggeber positiv ist, bedarf es aus Auftraggebersicht nur weniger ergänzender Regelungen im Vertrag.

13.2 Mangelbegriff mit Sonderproblem Montageanleitung

Neben dem zentralen Tatbestand der Pflichtverletzung wurde auch der Mangelbegriff neu und zwar zu Gunsten des Auftraggebers gestaltet. Die deutsche Regelung des Mangelbegriffs schafft sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht eine Staffelung, deren Bedeutung bislang noch unklar ist: Die Sache ist mangelfrei, wenn sie

- bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB für Kauf, § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB für Werkvertrag).
- "Soweit" die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, kommt es an auf:
 - o die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bzw. § 633 Abs. 2 Nr. 1 BGB).
 - o ansonsten ("sonst") auf die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und darauf, dass die Sache eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bzw. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB).

Diese Üblichkeit und Erwartungshaltung werden nur im Kaufvertragsrecht maßgeblich auch davon beeinflusst, welche öffentlichen Äußerungen (Werbeaussagen) über die Sache verbreitet sind, § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB. Dies gilt dann nicht, wenn

- der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste oder
- sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berechtigt war oder
- sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

Es gibt also bei der Mängelqualifizierung eine Rangfolge in dem Sinne, dass die "vereinbarte Beschaffenheit" den objektiven Anforderungen an die geschuldete Sache vor geht. Die Vertragsparteien sind also dazu aufgefordert, die Beschaffenheit vertraglich spezifisch und detailliert zu vereinbaren und schriftlich festzuhalten. Da öffentlichen Äußerungen des Herstellers der Software grundsätzlich Bestandteil der vertraglichen Beschaffenheit werden, kann eine Werbeaussage wie "Alles wird einfacher" (ggf. in Verbindung mit einer vertraglich nicht vereinbarten Sperre oder einem Verfalldatum) zumindest zu einer Qualifizierung der Sperre/des Verfalldatums als Mangel führen. Möglicherweise müsste sich der Anbieter sogar Arglist vorwerfen lassen. Arglist verlängert die Verjährungsfrist gemäß (§ 438 Abs. 3 BGB). Gerade im Softwarebereich findet man einen Wildwuchs an AGB, wodurch - meist erfolglos - versucht wird, insbesondere den weiten kaufrechtlichen Mangelbegriff einzuengen. Dazu einige Beispiele:

- Die Klausel "Der Kunde erkennt an, dass Software nie fehlerfrei ist" ist eine Fiktion, die ohnehin unwirksam wäre.
- Die Formulierung "Software ist nie fehlerfrei" läuft regelmäßig auf einen unzulässigen Ausschluss der Mängelrechte des Auftraggebers hinaus und ist daher unwirksam. Zudem kann diese Klausel ein Anerkenntnis der Mangelhaftigkeit darstellen bzw. beweisen, dass die aufgrund der Mangelhaftigkeit vom Anbieter begangene Vertragsverletzung vorsätzlich geschah. Dem Schadensersatzanspruch des Auftraggebers aus § 280 BGB stünde somit nichts mehr im Wege.

Technische Vorgaben können sowohl bei Soft- als auch bei Hardware eine Rolle spielen. "Technische Korrektheit" gilt als zulässigerweise erwartete Eigenschaft und somit Soll-Beschaffenheit von Software.

Eine diesbezügliche Einschränkung des Leistungsprogramms durch AGB ist wegen § 309 Nr. 8 b) BGB kaum aussichtsreich. Bei Wartung von Hardware ist unstrittig, dass es Vorgaben des Hardwareherstellers gibt, die nicht etwa durch die AGB zum Wartungsvertrag eingeschränkt werden

können. Steht in den AGB, "Der Lieferant leistet Gewähr in der Weise, dass er nach seiner Wahl die Software neu liefert oder den Mangel nachbessert", weicht dies vom Wahlrecht des Käufers aus § 439 Abs. 1 BGB ab. Dieses Wahlrecht kann im Verbrauchsgüterkauf nicht einmal durch Individualvereinbarung ausgeschlossen werden (§ 475 Abs. 1 Satz 1 BGB), unter Kaufleuten oder zwischen Privaten jedoch schon.

Eine wichtige Neuerung ist, dass das BGB nunmehr klarstellt, dass eine Montageanleitung insofern Bestandteil der Sache ist, als Mängel der Montageanleitung zugleich Mängel der Sache sind. Für den IT-Bereich stellt sich deshalb die Frage, ob eine Montageanleitung mit der Installationsanleitung gleichzusetzen ist. Hierfür spricht vieles. Der Unterschied (der sehr beachtlich sein kann) ist jedoch, dass mit einer Installationsanweisung nicht die Software "aufgebaut", sondern in ein stehendes System eingebaut wird. Zudem schreibt die gesetzliche Regelung vor, dass dann, wenn die Montage trotz Mängel der Montageanleitung gelingt, dies wiederum keinen Mangel der Ware mehr darstellt. Bei Software dürfte der Fehler der Installationsanleitung verbleiben, da die Software ggf. neu installiert bzw. auf einem neuen Rechner eingerichtet werden muss.

13.3 Zur Unterstützungspflicht

Für den Auftraggeber empfiehlt sich, neben der gewöhnlichen Gewährleistungsverpflichtung, auch dann die Unterstützung des Auftraggebers beanspruchen zu können, wenn er die Störungen oder Schäden selbst verursacht hat. Der Auftragnehmer ist ansonsten in diesen Fällen zu keinerlei Tätigkeit verpflichtet, da er seinerseits alle seine vertraglichen Leistungen korrekt erbracht hat.

13.4 Zur Verjährung von Mängelansprüchen (Gewährleistungsfrist)

Bei einem EDV-System handelt es sich zumindest im Bereich der PC-Technologie und mittleren Datentechnik immer um bewegliche Sachen, die nicht mit einem Bauwerk fest verbunden werden. Allenfalls bei Großtechnologieanlagen könnte uU über eine feste hardwareseitige Verbindung des EDV-Systems mit einem Bauwerk nachgedacht werden. In allen übrigen Fällen kommt jedoch zweifelsfrei die kurze Verjährung des § 634 a Abs 1 Nr. 1 BGB zur Anwendung. Die gesetzliche Gewährleistungsfrist würde daher zwei Jahre betragen, beginnend mit der Abnahme.

13.5 Zur unselbständigen Garantie

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der genaue Wortlaut der Gewährleistungsabrede von entscheidender Bedeutung. Die schlichte Verlängerung der Gewährleistungsfrist hat keine weitergehenden Folgen als eine zeitliche Ausdehnung der Wirkungen des § 634 BGB. Ist nach dem Vertragswortlaut jedoch die Mangelfreiheit garantiert, wobei die Rechtsprechung im Wesentlichen auf die reine Formulierung abstellt, so übernimmt der Auftragnehmer dadurch für diese Garantiefrist die verschuldensunabhängige Haftung dafür, dass innerhalb dieser Frist ein Mangel nicht auftritt. Tritt dennoch ein Mangel auf, wird hierdurch erst die gesetzliche Gewährleistung ausgelöst. Lautet die Vertragsformulierung also: "Der Auftragnehmer garantiert die Fehlerfreiheit des Werkes für zwei Jahre", kann der Auftraggeber einen nach 18 Monaten auftretenden Mangel bis zum 42. Monat nach

Gefahrübergang geltend machen. Bei der Formulierung des Vertragstextes ist daher genau darauf zu achten, ob eine unselbstständige Garantie oder lediglich eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist gewünscht ist, da hiervon entscheidende Konsequenzen hinsichtlich der Gewährleistung abhängen.

14. Haftung

Bei aus der Sicht des Auftraggebers entworfenen Verträgen finden sich regelmäßig keine Haftungsregeln, da die Möglichkeiten des Auftraggebers haften zu müssen, ohnehin relativ eingeschränkt sind und ein Interesse an einer Haftungsbeschränkung des Auftragnehmers zunächst einmal vordergründig nicht existiert. Wegen der u.U. existenziellen Bedeutung einer Haftungsbeschränkung für den Auftragnehmer, wird dieser im Rahmen der Vertragsverhandlungen jedoch immer versuchen, eine derartige Haftungsbeschränkung zu vereinbaren. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist eine wirksame Haftungsbegrenzung lediglich für leichte Fahrlässigkeit möglich und auch nur dann, wenn keine vertraglichen Hauptpflichten verletzt sind oder Personenschäden verursacht wurden und wenn eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz nicht zwingend vorgeschrieben ist

15. Vertragsstrafe/Verzug

Die Verzögerung der Leistung ist die größte Gefahr einer Leistungsstörung im IT-Projekt. Gem. § 280 Abs. 2 in Verbindung mit § 286 BGB hat der Gläubiger Anspruch auf den durch die Verzögerung der Leistung entstandenen Schaden. Er kann dem Schuldner eine Nachfrist setzen und nach Ablauf der Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Der Auftraggeber hat daher einerseits Interesse daran, dass der Schaden ersetzt wird, der ihm durch die Verzögerung entstanden ist. Andererseits wird er einen Verzug auf jeden Fall vermeiden wollen und den Auftragnehmer durch Androhen empfindlicher Konsequenzen dazu anhalten, die vertraglich vereinbarten Fristen einzuhalten.

In vielen Fällen läuft die Geltendmachung von Vertragsverstößen des Vertragspartners aber ins Leere, weil zwar der Vertragsverstoß an sich nachweisbar ist, ein konkreter nachweisbarer Schaden, wie er für eine Schadenersatzforderung wegen vertraglicher Verpflichtung ja auch notwendig ist, allerdings nicht beziffert oder nachgewiesen werden kann. Dies gilt insbesondere für vertragliche Nebenpflichten, wie z.B. Daten- und Know-How-Schutz. Auch wird der Auftraggeber nur dann vom Vertrag zurücktreten wollen, wenn für ihn das Projekt gescheitert ist.

Der Rücktritt ist in diesem Fall die letzte Verzweiflungstat des Auftraggebers. Vertragsstrafen fallen an ohne, dass der Auftraggeber einen konkreten Schaden nachweisen muss. Sie dienen zuvorderst dazu, den Vertragspartner nachhaltig zur Vertragstreue anzuhalten. Der Auftragnehmer wird versuchen, die gesetzlichen Rechte des Auftraggebers im Verzug so weit wie möglich abzumildern. Für den Auftragnehmer ist es auch sehr gefährlich, dass die sogenannte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entfallen ist. Weder § 326 BGB a. F. noch die Regelung in § 634 BGB a. F. ist also aufrechterhalten

worden, wonach vor Inanspruchnahme der Sekundäransprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrag der Auftraggeber eine entsprechende Ablehnungsandrohung auszusprechen hat. Es genügt nunmehr eine einfache Fristsetzung, allerdings bleibt unklar, was anschließend geschieht.

Besteht der Auftraggeber weiter auf Nacherfüllung (und macht parallel dazu einen evtl. schon bestehenden Schaden geltend) oder macht er tatsächlich von seinen Mangelansprüchen Gebrauch? Empfehlenswert ist es, in Individualverträge aufzunehmen, dass der Lieferant dem Kunden eine Erklärungsfrist setzen kann, innerhalb derer sich der Kunde zu entscheiden hat analog der EVB-IT.

16. Subunternehmer

Es ist Sache der Parteien, ob sie die Einschaltung von Subunternehmern vereinbaren. Der Auftraggeber wird sich vorbehalten, dass dies nur mit seiner schriftlichen Genehmigung geschieht, und dass die Subunternehmer sich an vereinbarten Pflichten des Auftragnehmers gebunden werden. Der Auftragnehmer wird die Tendenz haben, bei der Einschaltung von Subunternehmern frei zu sein.

17. Kündigung

Da die Erfüllung des Systemvertrages sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, kann er gekündigt werden. In der Regel außerordentlich. Der Auftraggeber wird ein Interesse haben, dieses Kündigungsrecht zu regeln. Insbesondere das Recht, nach § 649 BGB jederzeit zu kündigen. Der Auftraggeber hat in diesem Fall die vertraglich Vergütung zu entrichten, abzüglich der ersparten Aufwendungen des Auftragnehmers. Diese ersparten Aufwendungen hat der Auftraggeber zu beweisen. Der Auftraggeber hat daher Interesse daran, diesen Anspruch des Auftragnehmers zu pauschalisieren. Eine Möglichkeit, die nur der Individualvertrag bietet.

18. Abnahme oder Ablieferung

Selbst wenn werkvertragsnahe Regelungen wie eine Mitwirkung des Auftraggebers im Vertrag vereinbart wurden, entfällt bzw. fehlt das gesetzlich geregelte Institut der "Abnahme", soweit eine Einordnung nach Kaufrecht erfolgt (siehe hierzu Teil 1 unserer Serie). Denn eine Abnahme ist im Rahmen des Kaufrechts vertragstypisch nicht vorgesehen.

Der Kauf kennt nur das gesetzlich nicht geregelte Institut der „Ablieferung“. Auch im Rahmen von § 651 Satz 2 BGB findet die Abnahme trotz des Verweises auf einige werkvertragliche Vorschriften keine Anwendung. Die Parteien haben daher je nach Vertragstyp, den sie durchsetzen konnten, entweder eine Abnahmeklausel zu vereinbaren oder nicht. Nun ist es aber so, dass Auftragnehmer, die erfolgreich den Systemvertrag als Systemliefervertrag also als Kaufvertrag durchsetzen konnten, dennoch an einem abschließenden Testlauf interessiert sind, um dem Auftraggeber zu demonstrieren, dass das bestellte System vertragsgemäß geliefert wurde. Auch wird der Auftragnehmer in der Regel auf einer solchen Abschlussinspektion bestehen. Darüber hinaus ist nach wie vor nicht gerichtlich geklärt worden, wie die Erstellung eines Systems oder von Individualsoftware vertragstypologisch einzuordnen ist.

Im Hinblick auf die Unterschiede Ablieferung/Abnahme empfiehlt es sich, bei Unklarheit, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt, Leistungshandlungen und Kriterien i. S. von "vereinbarter Beschaffenheit" vertraglich festzuschreiben und ein Verfahren zu deren (evtl. gemeinsamen) Test zu vereinbaren (Beispiel für eine unklare Abgrenzung: der Lieferant passt bei sich die Software für den Auftraggeber an, konfiguriert die Software vor und liefert evtl. die Software bereits auf einem Rechner an den Auftraggeber). In diesem Falle ist es für den Lieferanten günstiger, nicht noch explizit eine Abnahmepflicht in den Vertrag aufzunehmen.

Im kaufmännischen Verkehr ist der Käufer nach § 377 HGB verpflichtet, die Ware sofort zu untersuchen und zu rügen. Mangels Vorliegens eines Kaufvertrages wird der Auftraggeber dazu nicht verpflichtet sein, wenn der Lieferant in seinen AGB ausdrücklich eine Abnahme vorsieht. Viele Verträge enthalten eine Klausel, wonach sich die Parteien noch im Laufe des Projekts auf Abnahmekriterien einigen (sollen). Dies ist - ungeachtet der Frage, wie sich der neue § 651 BGB auf die Abnahme bei Herstellung beweglicher Sachen auswirkt - äußerst riskant.

Die Performance und andere Kriterien (z. B. Fehlerklassen) gehören zum Pflichtenheft bzw. den Anlagen zum Vertrag, anhand derer die Leistung und somit die Abnahmefähigkeit ermittelt werden kann. Deshalb müssen die Abnahmekriterien, ein Verfahren zur Gewinnung dieser Kriterien sowie das Test- und Abnahmeverfahren rechtzeitig vor Vertragsschluss geregelt werden. Dabei sollten auch Fehlerklassen i. V. m. dem Service Level Agreement, eine Schadenspauschalierungen u. a. festgelegt werden. Grundsätzlich setzt die Abnahme Implementierung und Einweisung voraus. In vielen Auftragnehmer-AGB werden einzelne Projektstufen mit bestimmten Rechtsfolgen verknüpft, so etwa mit einer Teilablieferung/-abnahme und diese wiederum mit der Fälligkeit einer Abschlagszahlung. Bei Werkverträgen ist jedoch gemäß § 641 BGB die Vergütung erst mit Abnahme fällig. Eine frühere Fälligkeit der Zahlungen oder eine Anknüpfung von Teilzahlungen an Teilabnahmen wären daher in AGB des Auftragnehmers unwirksam, in AGB des Auftraggebers hingegen wirksam.

Als à-Kontozahlungen sind solche Regelungen denkbar, wobei es sich dann um die Fälligkeitsregelungen zu Abschlagszahlungen handelt, die wiederum am Projektfortschritt orientiert werden. Bei Dienstverträgen wäre eine periodische Fälligkeitsregelung auch in AGB des Anbieters nicht nur wirksam sondern vertragstypisch. In ausgearbeiteten Individualsystemverträgen kann dagegen die Fälligkeit der Abschlagszahlungen nicht nur an den Projektfortschritt gekoppelt, sondern drüber hinaus geregelt werden, dass die Zahlungen ausgesetzt werden können, wenn dieser Projektfortschritt nicht erreicht wird und der Auftragnehmer ggf. den weiteren Zeitplan nicht (mehr) einhalten kann.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin