WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

AGV OBERBERG

Vertragsgestaltung
Workshop – Vol. 2

Gute IT-Verträge

– Geld sparen und Konflikte vermeiden –

Roman Pusep

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

WERNER Rechtsanwälte Informatiker, Köln

Referent: RA Roman Pusep

AGV OBERBERG

- Partner, Rechtsanwalt
  Fachanwalt für IT-Recht
  Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
  Externer Datenschutzbeauftragter (TÜV-Zertifikat)

- **WERNER Rechtsanwälte Informatiker**
  Oppenheimstraße 16, 50668 Köln
- Telefon 0 221 / 97 31 43 – 73
  roman.pusep@werner-ri.de
  https://www.werner-ri.de

WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

Die Präsentation

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

Vorträge:

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

Das Angebot

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

Vorwort: Diskussion erwünscht

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

Lassen Sie uns mit einander sprechen!

Agenda

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

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

Software- und Dienstleisterauswahl

- Software-Auswahl (1)
  - Analyse des Ist-Zustandes
    - Technik (Software, Hardware, sonstige IT)
    - Organisation
    - Fähigkeiten und Erfahrungen
  - Visionen, Ziele, Wünsche ermitteln

Software- und Dienstleisterauswahl

- Vorsicht bei externer „Vor-Planungsleistung“
  - Verantwortlichkeiten klar regeln
  - Wenn der Auftragnehmer was macht, soll er dafür einstehen; umgekehrt genauso der Auftraggeber – „Vermischung“ vermeiden:
- Beispielhafte Regelung zu Mitwirkungsleistungen
  - Original: *Die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers ergeben sich aus der gemeinsam mit dem Auftraggeber erarbeiteten **Anlage** Leistungselemente.*
  - Problem: Unklar, wer hat was gemacht?!
  - *Vorschlag: Die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers ergeben sich aus der vom Auftragnehmer vorgelegten ~~gemeinsam mit dem Auftraggeber erarbeiteten~~ **Anlage** Leistungselemente.*

Software- und Dienstleisterauswahl

- Software-Auswahl (2)
  - Nutzer einbeziehen: Einkauf weiß nicht immer, was Anwender benötigen
  - Markt-Analyse
  - GAP-Analyse
  - Frühzeitig DSB und SiBe einbeziehen:

    Software, die inkompatibel mit eigenen TOMs oder bestehenden Verträgen oder regulatorischen Anforderungen (Gesundheit, KRITIS, BaFin) ist, bringt nichts
- Auswahl der IT-Infrastruktur bzw. IT-Landschaft
  - Eigene IT („on premise“) oder SaaS/ASP oder „Private Cloud“?

Software- und Dienstleisterauswahl

Bitte nicht zu spezifisch suchen ! Ausn.: Branchenlösung

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

    Hier auf die Spitze getrieben und für den „Projekterfolg“ falsch gemacht.

    Beispiel: *Vergabe der projektbegleitenden Rechtsberatung und -prüfung für die Entwicklung AI-softwarebasierter Anonymisierung von Videoaufnahmen im datenschutzsensiblen Raum Klassenzimmer*

    Referenzanforderung: *mindestens 2 und maximal 3 Referenzen für die Begleitung IT-datenschutzrelevanter Verfahren für öffentliche Einrichtungen im Land M-V*
- Verhandlungsposition bestimmen
- Unabhängige Software- oder Projekt-Berater

Agenda

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

Rechtswahl & Co.

- Rechtswahl
  - Sinnvoll bei internationalen Verträgen.
- Ausschluss CISG/UN-Kaufrecht? => meist JA.
  - So geht's **nicht**:

    Für diesen Vertrag gilt ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland.

    Denn: UN-Kaufrecht ist deutsches Recht.
  - Formulierung (ERP-Hersteller):

    Für alle vertraglichen und außervertraglichen Ansprüche gilt ausschließlich deutsches Recht ohne UN-Kaufrecht.

Rechtswahl & Co.

- Schlichtungsklauseln / Schiedsgutachten / Schiedsklauseln
  - **Achtung**: Wie in der IT, so gibt es auch im Recht häufig nur vermeintlich feststehende Begriffe.
- Vertragssprache
  - Bei englischen Verträgen und deutschem Recht: deutsche Definitionen in Klammern ergänzen.
  - Beispiel: *Warranty (= § Gewährleistung, §§ 437 ff. BGB)*
- führende Sprache bei doppelsprachigen Verträgen
  - Beispiel: *Dieser Vertrag auf Englisch und auf Deutsch verfasst. Bei Widersprüchen geht die deutsche Version vor.*

Rechtswahl & Co.

- Gerichtsstand: Zusätzlicher vs. ausschließlicher
  - Beispiel: *Gerichtsstand ist Hamm.*

    Diese Klausel begründet einen (zusätzlichen) Gerichtsstand, aber **keinen ausschließlichen**, was aber gewollt war.
  - OLG Hamm, Beschluss vom 08.06.2017, Az. 32 SA 33/17:

    Wortlaut des Vertrages lässt nicht sicher erkennen, ob Gerichtsstand in Hamm als weiterer Gerichtsstand neben die gesetzlichen Gerichtsstände treten soll oder ob mit ihm alle anderen Gerichtsstände ausgeschlossen werden sollen.
  - Lösung: *Ausschließlicher Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten ist Hamm; gesetzliche ausschließliche Gerichtsstände bleiben unberührt.*

Rechtswahl & Co.

- Gerichtsstand: **Freelancer**
  - Beschränkung nach § 38 Abs. 1 ZPO beachten
  - Zitat:

    Ein an sich unzuständiges Gericht des ersten Rechtszuges wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig, wenn die Vertragsparteien Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind.
  - Hinzugezogene Freelancer meist keine Kaufleute, weil sie keinen Gewerbebetrieb führen, sondern **Freiberufler** sind
    - vergleichbar mit Ingenieuren (nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG), wenn sie bei der Entwicklung der Software planen, konstruieren oder überwachen (BFH, Urteil vom 04.05.2004, Az. XI R 9/03)

Agenda

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

Vertragsgegenstand

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

Vertragsgegenstand

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

Vertragsgegenstand

- Wichtig ist der Vertragstyp: Werk-, Dienst-, Kauf-, Leasing- oder auch Mietvertrag
  - Vom Vertragstyp hängen die wechselseitigen Rechte und Pflichten entscheidend ab, und zwar sowohl Hauptpflichten als auch Nebenpflichten
  - Was, in welcher Zeit, zu welchem Preis geschuldet?
  - „Bloße“ Bemühungen oder bestimmter Erfolg?
- Erfolgs-Fragen
  - Wann ist ein Erfolg „bestimmt“?
    (Wollen nicht alle immer „erfolgreich“ sein?)
  - Gibt es in der IT „Mittlere Art und Güte“?

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: „Erweiterter End-to-End Prozess Workshop“**

Inhalt (Kernelemente)

Ausgangspunkt und Grundlage für die Einführung von [redacted] sind die Geschäftsprozesse. Deshalb ist es wichtig, diese zu identifizieren, zu klassifizieren und in Form einer Prozesslandkarte zu dokumentieren.

- **End-2-End Prozess Workshop**: der Auftragnehmer hilft dem Auftraggeber in einem moderierten Workshop die wertschöpfenden Prozesse, End-2-End, zu identifizieren und auf SAP zu “mappen”.
- **Business Scope:** Auftraggeber und Auftragnehmer legen anhand der Geschäftsprozesse den Business Scope fest. Die Aufnahme liefern erste Business Anforderungen und identifiziert erste Schwachstellen.

Voraussetzungen:

- Auskunftsfähige Ansprechpartner für die unterschiedlichen Unternehmensbereiche des Auftraggebers.
- Lieferung der BPMN 2.0 Software (Business Process Model and Notation Version 2.0 ist der aktuelle Standard zur Geschäftsprozessmodellierung) durch den Auftraggeber – Prämisse für die vom Auftragnehmer abgegebene Aufwandsschätzung ist der Einsatz von [redacted]

Hauptziele

- Identifizierung der [redacted] umzusetzenden wertschöpfenden Prozesse, End-2-End, des Auftraggebers.
- Darstellung erster Business Anforderungen sowie Identifikation erste Schwachstellen des Auftraggebers.

Teilnehmer (Empfehlung)

- Projektleitung
- IT-Leitung
- Key-User

Methoden und Werkzeuge (Best Practices)

- Workshop
- Präsentation
- [redacted]
- Diskussion

Ergebnisse

- Wertschöpfungskette inklusive erster Besonderheiten (.pdf)
- Ggf. Aufnahme erster identifizierter Schwachstellen und Anforderungen (.xlsx)
- Prozesslandkarte auf End-to-End Szenarien bzw. -Prozessebene (.pdf/.bpmn)

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: Webshop (1)**
  - Ausgangslage: In Schieflage geratenes IT-Projekt zur Erstellung eines Webshops für den Verkauf von Sportzubehör.
  - Projektvolumen ca. 40k € (=> Überschreitung um 100 % auf ca. 80k €).
  - Webshop läuft nicht. Diverse Nachbesserungswünsche des Kunden werden nicht umgesetzt: Streit um den Scope (Vertragsumfang); auch die zentrale Schnittstelle zwischen Shopsoftware und Warenwirtschaftssoftware läuft nicht.
  - Aktuell: Ein Versuch, das Projekt zu retten. Hierzu unterbreitet der Rechtsanwalt des IT-Dienstleisters folgendes „Angebot“ …

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: Webshop (2)**
  - Template-Anpassungen – 1.440 €
  - Analyse/Konzeption Relaunch – 600 €
  - Analyse Online-Shop Technik – 400 €
  - Betreuung SEO Technik – 1.620 €
  - Funktions- und Usability-Test – 1.020 €
  - Einrichtung Analytics und Consent-Management Tool – 340 €
  - Einrichtung Conversion-Tracking – 170 €
  - Durchführung Relaunch – 360 €
  - IT-Überprüfung (After-Launch) – 720 €

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

… genau, ich auch nicht!

Vertragsgegenstand

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

- **Beispiel: Webshop (3)**
  - *Responsive Layout*
  - *Technik*
  - *On-Page-SEO*
  - *Warenbestand*
  - *Sonderpreise und Rabattaktionen*
  - *Sonderpreisgruppen, wie Händler*
  - *Sprachen*
  - *Backend/Warenwirtschaft*
  - *Startseite*
  - ***Navigation***
  - *Shop/Themenwelt Kollektionen*
  - *Produktseite*
  - *CMS „Über uns “ etc.*
  - *Sonstige Seiten*
  - *Kundenkonto*
  - *Warenkorb*
  - *Bestellvorgang*

Vertragsgegenstand

Zur Veranschaulichung: Inhalte „Navigation“:

- **Beispiel: Webshop (4)**
  - ***Oberer Balken**, schwarz, mit vier Navigationspunkten (Shop, Kollektionen, Neu, Sale) und Symbolleiste mit Suche, Anmeldung und Warenkorb.*
  - ***Shop und Kollektionen** enthalten Menü mit allen Produkt-Kategorien (Shop) und Themenwelten (Kollektionen).*
  - ***Suche**: ausführliche Suchfunktion mit Liste aktuell häufigster Suchbegriffe und Vorschlägen zu Suchergebnissen; Suchergebnisse sind sortierbar.*
  - ***Anmeldeformular** und **Warenkorb** können im Kunden-Standardlayout bestehen, Farben/Schrift müssen dem Kunden-CI angepasst werden.*
  - ***Unter oberem Balken**: Schmaler weißer Balken mit Sub-Navigation zum Unternehmen mit drei Unterverweisen. Balken blendet beim Scrollen aus.*

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: ERP und Verantwortlichkeiten (1)**

  *Die jeweilige Verantwortung je Leistungspaket ergibt sich aus **Anlage 3** Leistungselemente.*

  - Anlage 3: => => =>
  - und nun ...?

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

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: ERP und Verantwortlichkeiten (2)**
- Wichtig: „Verantwortung“ ausdrücklich definieren, z.B.:
  - *In der Spalte „**Scope**“ bedeutet der Vermerk „**IN**“, dass die Leistung im Projektumfang enthalten (also: in Scope) ist und daher vom Auftragnehmer erbracht oder verantwortet wird. Der Vermerk „**OUT**“ bedeutet , dass die Leistung im Projektumfang nicht enthalten (also: out of Scope) ist und vom Auftragnehmer daher nicht erbracht wird.*
  - *Der Vertragspartner in der Spalte „**Accountable**“ trägt die Leitungs- und Rechenschaftspflicht hinsichtlich der Kosten- bzw. Gesamtverantwortung und entscheidet über Umsetzung der jeweiligen Leistungselemente.*
  - *In der Spalte „**(D)elivery object/ (A)ctivity/ (T)emplate**“ bedeuten die Begriffe* [...]

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: ERP und Planungsverantwortung (1)**
  - Explore-Phase (der Auftragnehmer sichert sich ab):

    [...] Der Auftragnehmer geht dabei davon aus, dass die abgenommene Delta Design Spezifikation (GAP) und der Scope Manager (FIT) den alleinigen und ausschließlichen Leistungsumfang für die späteren, per gesondertem Einzelvertrag zu beauftragende nachfolgenden Projekt-Phasen darstellt.

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: ERP und Planungsverantwortung (2)**
  - Da muss sich auch der Auftraggeber absichern und **Erfolg beschreiben**:

    [...] Der Auftragnehmer geht dabei davon aus, dass die abgenommene Delta Design Spezifikation (GAP) und der Scope Manager (FIT) den alleinigen und ausschließlichen Leistungsumfang für die späteren, per gesondertem Einzelvertrag zu beauftragende nachfolgenden Projekt-Phasen darstellt. Daher müssen beide Dokumente qualitativ geeignet sein, auf dieser Basis nachfolgende Projekt-Phasen durchzuführen; hierzu wird der Auftragnehmer den Scope Manager und die Delta Design Spezifikation entsprechend gestalten, formulieren, aufbauen und dem Auftraggeber im gängigen elektronischen, lesbaren und bearbeitbaren Format zur Verfügung stellen.

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: Werkvertrag als „Unfall“**
- Beispiel einer Klausel, die alles verändert (hat)?
  - Ausgangs-Szenario:
    - Kaufvertrag über Standard-Software
    - Optional: Dienstvertrag für Unterstützungs- und Anpassungsleistungen
  - Dann wird ein „Projektvertrag“ (ein Vierzeiler) abgeschlossen:
    - *Die Firma [ERP-Softwarehersteller] liefert dem Kunden für dessen Tochtergesellschaften [Tochter 1 bis 3] ein **funktionsfähiges ERP-System, bestehend aus** den Lizenzen (Anlage 1 Auftrag 20520) und dem Dienstvertrag (Anlage 2 Auftrag 20522) mit den geschätzten Tagewerken (Personentage), die zur Einführung erforderlich sind.*

Vertragsgegenstand

- **Trennung von verschiedenen Bestandteilen ? (1)**
- Kann durchaus sinnvoll sein, dann Bestandteile, wie
  - Planung / Blueprint / Feinspezifikation / Scopingphase
  - Hauptleistung (Lieferung, Programmierung, Customizing)
  - Nachbetreuung nach GoLive
  - Wartung / Pflege, Support

Vertragsgegenstand

- **Trennung von verschiedenen Bestandteilen ? (2)**
- Bei einer Trennung/Aufsplittung: Das Gesamt-Projekt nicht aus den Augen verlieren!
  - Das kann durchaus ambitioniert sein. Ein typisches ERP-Projekt kann folgende Verträge beinhalten (Original aus ERP-Projekt):
    - Verschwiegenheitsvertrag, Workshop-Vertrag, Pflichtenheftvertrag, Absichtsvertrag (LOI), Beratungsvertrag, Referenzvereinbarung, Lizenzvertrag, Wartungsvertrag, Servicevertrag, Hostingvertrag, Cloud-Vertrag und AV-Vertrag
  - Aufgabenstellung: Verträge mit einander „verbinden“, z.B. durch synchronisieren der Kündigungsrechte, Vertragsbeginn, Zahlungsbeginn, aufschiebende und auflösende Bedingungen etc.

Vertragsgegenstand

- Besondere Herausforderung: **Rahmenvertrag**
  - Er wird häufig vergessen und dann zum Papiertiger
  - Oder sorgt für Widersprüche ...
- Beispiel: Workshop-Protokollierung
  - Einzelvereinbarung: *Nach jedem Workshop wird ein Meeting Protokoll vom Auftragnehmer angefertigt und dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Der Auftraggeber prüft den Inhalt und meldet etwaige Unstimmigkeiten innerhalb von drei Arbeitstagen beim Auftragnehmer.*
  - Rahmenvertrag: *Das Protokoll gilt als verbindlich, wenn der jeweils andere Vertragspartner diesem nicht binnen einer Woche in Textform widerspricht.*

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: Industrie-Zulieferer-Schnittstelle (1)**
  - Entwickler will „nur Arbeiten“ also einen **Dienstvertrag**.
  - Bei der Haftung fügt er daher einen „**Persil-Schein**“ ein:

    Bei der Erstellung der Software schuldet der Auftragnehmer die branchenübliche Sorgfalt. Bei der Feststellung, ob den Auftragnehmer ein Verschulden trifft, ist zu berücksichtigen, dass Software technisch nicht fehlerfrei erstellt werden kann.
  - ...

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: Industrie-Zulieferer-Schnittstelle (2)**
  - Entwickler will „nur Arbeiten“ also einen **Dienstvertrag**.
  - Und dennoch: **Gutes Geld für gute Arbeit**:

    Bei der Erstellung der Software schuldet der Auftragnehmer die branchenübliche Sorgfalt. Bei der Feststellung, ob den Auftragnehmer ein Verschulden trifft, ist zu berücksichtigen, dass Software technisch nicht fehlerfrei erstellt werden kann. Die Programmiergrundsätze (vgl. https://glossar.hs-augsburg.de/Programmierprinzipien) gelten als vereinbart und als Standard der Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer.

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: Haushaltswaren-Branche (1)**
  - Andere Branche – gleiche Idee: Dienstvertrag soll das Leben erleichtern.
  - „Wir wollen doch nur arbeiten!“

    Der Auftragnehmer verpflichtet sich im Rahmen dieses Vertrages dem Kunden für den Betrieb, die Weiterentwicklung und die Durchführung von Updates des „Altsystems“ und des „Projektes Neusystem“ ***personelle Ressourcen*** *für allen oben genannten Leistungsbereiche* ***entgeltlich zur Verfügung zu stellen****.*

Vertragsgegenstand

- **Beispiel: Haushaltswaren-Branche (2)**
  - Andere Branche – gleiche Idee:
  - Und dennoch: **Gutes Geld für gute Arbeit**:

    Der Auftragnehmer verpflichtet sich im Rahmen dieses Vertrages dem Kunden für den Betrieb, die Weiterentwicklung und die Durchführung von Updates des „Altsystems“ und des „Projektes Neusystem“ ***personelle Ressourcen*** *– welche die erforderliche Qualifikation, die erforderliche Erfahrung für die Erbringung der vertraglich geforderten Leistungen, v.a. auch in Prozessen der agilen Programmierung und Softwareentwicklung einschl. Programmiersprachen und Methoden, und über die entsprechende Zuverlässigkeit verfügt sowie die Leistungen nach den jeweils anerkannten Regeln der Technik (Programmiergrundsätze) erbringt – für allen oben genannten Leistungsbereiche* ***entgeltlich zur Verfügung zu stellen****.*

Vertragsgegenstand

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

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

  - Aber …. gaanz unten im Vertrag:

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

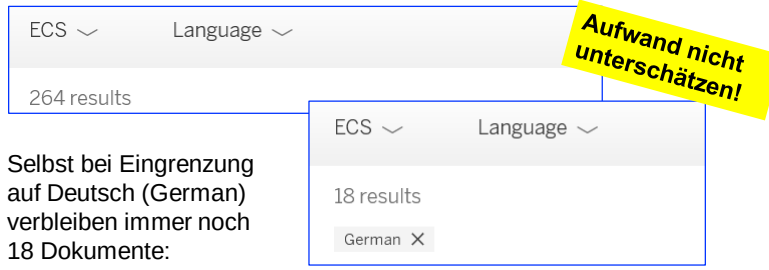
Vertragsgegenstand

- Achtung: **Verträge ganz lesen**, und zwar alle Anlagen, gegebenenfalls herunterladen, prüfen und auch beim Vertragspartner nachfragen:

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

Vertragsgegenstand

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



Aufwand nicht unterschätzen!

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

Agenda

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

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Pauschal oder nach Aufwand ? (1)**
  - Widerspruch in Dokumenten: Aus den Vertragsentwürfen ist teil nicht klar, ob die Abrechnung **pauschal oder nach Aufwand** erfolgt.
  - Zitat aus Vertrag: *Der Auftragnehmer enthält für seine Leistungen eine pauschale Vergütung auf Grundlage der in den Angeboten A230051 und A230052 („Angebote“) kalkulierten Aufwände bzw. Preise.*
  - Zitat aus Angeboten:

Der Aufbau der Planung umfasst das anbinden der Ist-Daten als Plangrundlage, das Erstellen von Use Case basierten Datenbanken, sowie Datenmodellen und Oberflächen.				
- Aufsetzen der Infrastruktur und Datenlogistik	3,00	BT	1.300,00	3.900,00

Zahlungsbedingungen: Wir rechnen monatlich nach tatsächlichem Aufwand und auf Basis der hier beschriebenen Module und Aufgabenbereiche ab.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Pauschal oder nach Aufwand ? (2)**
  - ... und nun – Klarstellung
  - Anpassung im Vertragstext:

    Der Auftragnehmer enthält für seine Leistungen eine ~~pauschale~~ aufwandsbezogene Vergütung auf Grundlage der in den Angeboten A230051 und A230052 („Angebote“) ~~kalkulierten Aufwände bzw. Preise~~ genannten Stunden- und Tagessätze. Die Abrechnung erfolgt monatlich.
  - Anpassung im Angebot:

    ~~*Zahlungsbedingungen: Wir rechnen monatlich nach tatsächlichem Aufwand und auf Basis der hier beschriebenen Module und Aufgabenbereiche ab.*~~

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Laufende Aufwand-/Kostenprognose (1)**
  - Ob Pauschale oder Aufwandsabrechnung – an Controlling denken:
  - Vorschlag des Auftragnehmers:

    Sollte sich im Rahmen der Ausführung des Auftrags herausstellen, dass der tatsächliche Aufwand um mehr als 30 % über die prognostizierte Aufwände hinausgeht, so ist der Auftragnehmer nach einer entsprechenden Anzeige gegenüber dem Auftraggeber berechtigt, diesen Mehraufwand mit einem Abschlag in Höhe von 40 % auf die im Angebot enthaltenen Preise abzurechnen. Der Auftraggeber ist auf eine entsprechende Anzeige des Auftragnehmers berechtigt, innerhalb von fünf (5) Werktagen der weiteren Ausführung der Tätigkeiten zu widersprechen.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Laufende Aufwand-/Kostenprognose (2)**
  - Ob Pauschale oder Aufwandsabrechnung – an Controlling denken:
  - Korrekturen für den Auftraggeber:

    Sollte sich im Rahmen der Ausführung des Auftrags herausstellen oder für den Auftragnehmer absehbar sein, dass der tatsächliche Aufwand um mehr als 30 % über die prognostizierte Aufwände hinausgeht, so ist der Auftragnehmer nach einer entsprechenden Anzeige gegenüber dem Auftraggeber und der entsprechenden Freigabe des Auftraggebers berechtigt und verpflichtet, diesen Mehraufwand mit einem Abschlag in Höhe von 40 % auf die im Angebot enthaltenen Preise abzurechnen. Der Auftraggeber ist auf eine entsprechende Anzeige des Auftragnehmers berechtigt, innerhalb von ~~fünf (5) Werktagen~~ zehn (10) Kalendertagen der weiteren Ausführung der Tätigkeiten zu widersprechen.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Rechnungsprüfung auch im agilen Projekt (1)**
  - Vorschlag des Auftragnehmers:

    Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers entsteht jeweils mit Abschluss eines Sprints für die in im Rahmen dieses Sprints erbrachten Tätigkeiten und wird nach Zugang einer ordnungsgemäßen Rechnung zur Zahlung fällig.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Rechnungsprüfung auch im agilen Projekt (2)**
  - Korrekturen für den Auftraggeber:

    *Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers entsteht jeweils mit Abschluss eines Sprints für die in im Rahmen dieses Sprints ~~erbrachten Tätigkeiten~~ vollständig erstellten Increments (Ziffer 3.2) und wird nach Zugang einer ordnungsgemäßen Rechnung, einschließlich einer detaillierten, nachvollziehbaren und prüffähigen Leistungs-/Tätigkeitsübersicht zur Zahlung fällig. Die Übersicht hat jedenfalls die einzelnen Tätigkeiten zu enthalten, die jeweiligen ausführenden Personen und eine Zuordnung zum Angebot (zu den dortigen Modulbezeichnungen, **Anlage 1**) und zum Product Backlog mit Sprint Backlog (zu dortigen Entwicklungsabschnitten, wie Quellsysteme und Use Cases **Anlage 2**).*

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Lieferanten motivieren und Kunden informieren (1)**
  - Lieferant soll motiviert bleiben vs. Kunde soll seine wirtschaftliche Kontrolle und damit Verhandlungsstellung nicht verlieren
  - Vorschlag IT-Dienstleister
    - *Zahlungen sind innerhalb von 30 Tagen und ohne Abzug (wie Skonto) fällig.*

      Von den monatlichen Rechnungsbeträgen darf der Auftraggeber 15 % zunächst als Sicherheit einbehalten. Die einbehaltene Summe wird innerhalb von 30 Tagen nach Erreichen des jeweiligen [...] Zahlungsmeilensteins zur Zahlung fällig, ohne dass es einer gesonderten Rechnungstellung bedarf.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Lieferanten motivieren und Kunden informieren (2)**
  - Lieferant soll motiviert bleiben vs. Kunde soll seine wirtschaftliche Kontrolle und damit Verhandlungsstellung nicht verlieren
  - Kleine Anpassung für Kunden
    - *Zahlungen sind innerhalb von 30 Tagen und ohne Abzug (wie Skonto) nach Rechnungseingang und Eingang einer detaillierten und daher **prüffähigen** (§ 650g Abs. 4 Satz 2 BGB) Leistungsaufstellung fällig.*

      Von den monatlichen Rechnungsbeträgen darf der Auftraggeber 15 % zunächst als Sicherheit einbehalten. Die einbehaltene Summe wird innerhalb von 30 Tagen nach Erreichen des jeweiligen [...] Zahlungsmeilensteins zur Zahlung fällig, ohne dass es einer gesonderten Rechnungstellung bedarf.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Überlegungen/Problemstellung**: Es ist Time-and-Material (TM) vereinbart und der Aufwand ist schwer zu schätzen. (1)
  - Risiko: Das Projekt ist „in budget“ schwer realisierbar.
  - Lösung: Prozesse entwickeln, um „Selbstbedienung“ oder „Goldene Wasserhähne“ zu verhindern.
  - Formulierungsideen:
    - *Es gilt § 648 BGB. [... Abrechnungsregeln ...]*

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

      oder ....

Abrechnung und Preisanpassung

- **Überlegungen/Problemstellung**: Es ist Time-and-Material (TM) vereinbart und der Aufwand ist schwer zu schätzen. (2)
  - Formulierungsideen:
    - Modifizierte freie Kündigung:

      Die Vertragsparteien vereinbaren ein ordentliches Kündigungsrecht für den Auftraggeber. Die Kündigungsfrist beträgt drei (3) Monate zum Monatsende. Der Auftraggeber vergütet sämtliche bis Vertragsende erbrachte Leistungen des Auftragnehmers. Weitere Vergütung ist nicht geschuldet; § 648 BGB wird abbedungen. Gewährleistungsrechte und sonstige Ansprüche bleiben unberührt. Nach Ausspruch der Kündigung bis zum Vertragsende leistet der Auftragnehmer ausschließlich solche Arbeiten, die er bis zum Vertragsende vollenden und insbesondere ordnungsgemäß dokumentieren kann.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Zuckerbrot und Peitsche (1)**
  - Problemstellung und Ziel: Es ist Time-and-Material (TM) vereinbart und der Lieferant soll „angeregt“ werden, möglichst schnell zu arbeiten.
  - Formulierungsideen (Vertrag mit ERP-Dienstleister):

    Bis zum Erreichen von 105 % des geschätzten Aufwandes werden die tatsächlich anfallenden Leistungstage nach Aufwand und nach der Preisliste abgerechnet.

    *Übersteigenden die tatsächlich anfallenden Leistungstage den geschätzten Aufwand um mehr als 105 %, so werden weitere Leistungstage ebenfalls nach Aufwand und nach der Preisliste abgerechnet, jedoch mit den folgenden **stufenweisen Abschlägen**: [...]*

    ...

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Zuckerbrot und Peitsche (2)**
  - Problemstellung und Ziel: Es ist Time-and-Material (TM) vereinbart und der Lieferant soll „angeregt“ werden, möglichst schnell zu arbeiten.
  - Formulierungsideen (Vertrag mit ERP-Dienstleister):

    ***Im Gegenzug** honoriert der Auftraggeber eine überdurchschnittliche Projektarbeit des Auftragnehmers, d.h. eine Projektfertigstellung mit weniger als den geschätzten Aufwand.*

    *Unterschreiten die tatsächlichen Aufwände geschätzten Aufwand um **10 % oder mehr**, erhält der Auftraggeber für bis zum geschätzten Aufwand tatsächlich nicht benötigte Leistungstage (PT) folgenden Bonus **für jeden nicht benötigten** Leistungstag: [...]*

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel:** Einseitige Anpassungsklauseln (1)
  - Negativ-Beispiel einer „**Vergütungs-Einbahnstraße**“

    Die Vergütung unterliegt einer Preisanpassung. Erhöht sich der Verbraucherpreisindex um mehr als 5 % seit Vertragsbeginn, so erhöht sich ab dem nachfolgenden Kalendermonat automatisch die vertraglich vereinbarte Vergütung im gleichen Verhältnis.
  - Verstoß gegen Preisklauselgesetz (PrKG)
    - § 2 Abs. 3 Nr. 1 PrKG
    - *Eine unangemessene Benachteiligung liegt vor, wenn einseitig ein Preis- oder Wert**anstieg** [eines Index] eine **Erhöhung**, nicht aber ein Preis- oder Wert**rückgang** [eines Index] eine **Ermäßigung** des Zahlungsanspruchs bewirkt.*

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel:** Einseitige Anpassungsklauseln (2)
  - Negativ-Beispiel einer „**Vergütungs-Einbahnstraße**“

    Die Vergütung unterliegt einer Preisanpassung. Erhöht sich der Verbraucherpreisindex um mehr als 5 % seit Vertragsbeginn, so erhöht sich ab dem nachfolgenden Kalendermonat automatisch die vertraglich vereinbarte Vergütung im gleichen Verhältnis.
  - Statistische Preisreihen sind
    - Verwaltungsaufwand und
    - nicht kalkulierbar.
  - AGB-rechtliche Frage:
    - Welche Preisreihe ist die richtige und angemessene? … =>

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel:** Einseitige Anpassungsklauseln (3)
  - Oder **doch kein Verbraucherpreisindex** ?!
  - Vorschlag aus der Spiele-Industrie:

    *Die in **Anlage 1** vereinbarten Preise gelten bis zum 31.12.2023 als verbindlich. Ab 01.01.2024 können jeweils gültige Stundensätze angemessen, jedoch maximal entsprechend dem dann gültigen **Reallohn und Nominallohn Index des Statistischen Bundesamtes J62 (durchschnittliche Bruttomonatsverdienste der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer in Deutschland für den Wirtschaftszweig Erbringung von Dienstleistungen der Informationstechnologie in Deutschland)** jährlich um den jeweiligen prozentualen Wert erhöht werden, jedoch maximal bis zu 5 % pro Kalenderjahr. Im Übrigen gelten für die Preisbindung die Regelungen des Vertrages.*

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel: Staffelpreise**
  - Eigentlich: Einfach und transparent
  - Beispiel:

    Mit dem Beginn eines jeden Kalenderjahres erhöht sich das Entgelt nach Ziffer X.X um 4 %, so dass gilt: Neues Entgelt = 1,04 x altes Entgelt, erstmals jedoch zum 01.01.2025.
  - Aber:
    - Dem Kunden schwer zu „verkaufen“, weil die (von vorne herein) geplante Preiserhöhung transparent wird.

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel:** Einseitige Anpassungsklauseln als „**BlackBox**“ (1)
  - Negativ-Beispiel (Anbieter von MFG‘s):

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

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

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel:** Einseitige Anpassungsklauseln als „**BlackBox**“ (2)
  - Negativ-Beispiel (Anbieter von Analyse Software)
  - *Sofern nach Vertragsschluss ein Software-Modul um zusätzliche Funktionen erweitert wird oder die Eigenkosten des Lizenzgebers für externe Komponenten steigen, kann der Lizenzgeber, die Vergütung nach billigem Ermessen angemessen entsprechend Art und Umfang der Erweiterung oder **Kostensteigerung** mit einer Ankündigung von sechs Wochen zu erhöhen. Unwesentliche Erweiterungen sowie Aktualisierungen bereits vorhandener Funktionen und unwesentliche Kostenerhöhungen bleiben außer Betracht.*

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel:** Einseitige Anpassungsklauseln als „**BlackBox**“ (3)
  - Fragen und Hinweise:
    - Solche Regelungen sind meist bereits sprachlich unklar, weil intransparent ist, welche Kostensteigerungen zu welchen Preiserhöhungen führen sollen.
      - Folge: Klausel bereits als solche intransparent und unwirksam
    - Im Übrigen stellen sich folgende Fragen:
      - Wie soll man die Kosten eines Softwareanbieters prüfen?
      - Muss der Softwareanbieter wirtschaftlich „die Hose herunterlassen“ und seine Kalkulation offenlegen?
      - Führt faktisch jährlichen zu Preisverhandlungen. Sollen Sie das?

Abrechnung und Preisanpassung

- **Beispiel:** Anpassungsklauseln als **Kündigungsprovokation**
  - Preiserhöhung vs. Kündigung

    Der Auftragnehmer ist berechtigt, die vereinbarte Vergütung mit einer schriftlichen Ankündigung von drei Monaten zu Beginn eines neuen Vertragsjahrs anzupassen , erstmals jedoch mit Ablauf der Mindestlaufzeit gemäß Ziffer 4.1. Bei einer Erhöhung von mehr als 10 % ist der Auftraggeber berechtigt, den Vertrag mit einer Frist von zwei Monaten zum Inkrafttreten der Erhöhung zu kündigen.

Agenda

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

Abnahme

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

Abnahme

- Abnahme nur mit Protokoll (Beweiserleichterung)
- Vorsicht vor der konkludenten Abnahme / Abnahmefiktion
- Teil-Abnahmen vorsehen, dann aber auch Folgen regeln, wie Verjährung sowie Schlussabnahme ausdrücklich regeln
- Corona-Risiken regeln: z.B. ein Mitarbeiter zu Abnahme ist nicht verfügbar, ein Dienst ist mangels Helpdesk nicht bedienbar oder Abnahme ist wegen Kontaktbeschränkungen (zeitweise) unmöglich.

Abnahme

- Experimentelles Projekt – auch **ganz ohne Abnahme**

  Eine Abnahme nach § 640 BGB findet – mangels Werkvertrag – nicht statt. ***Funktionstests*** *am MVP dienen dem kontinuierlichen Verbesserungsprozess (KVP) und sollen die Qualität, Marktfähigkeit und Benutzerfreundlichkeit der Software verbessern, um auf dieser Basis in weiteren Projektschritten der Zusammenarbeit ein Software-Produkt zu entwickeln. Der PARTNER ist verpflichtet, nach dem übermittelten Software-Stand eine Funktionsprüfung durchzuführen und an ENTWICKLER die Ergebnisse mitzuteilen. Dieser passt die Projektarbeiten so an, dass etwaige* ***Funktionsstörungen*** *im laufenden Projekt,* ***ohne Zusatzkosten*** *(also ohne Erhöhung monatlicher Finanzierung) beseitigt werden. Dies stellt* ***keine Mangelbeseitigung*** *dar; eine solche ist nicht geschuldet. Über etwaige sonstige Verbesserungsvorschläge (wie Funktions-Erweiterungen) werden die Vertragsparteien verhandeln. Erfolgt keine Einigung, wird das Projekt zu bisher vereinbarten Konditionen fortgesetzt.*

Agenda

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

Gewährleistung und Haftung

- **Beispiel: Kosten der Mangelsuche (1)**
  - Regelungswunsch des Anbieters:
    - *Stellt sich bei der Überprüfung der gemeldeten Störung durch [Anbieter] heraus, dass kein gewährleistungspflichtiger Mangel der Software vorlag, so trägt der Lizenznehmer die gesamten Kosten der Überprüfung und Fehlerbeseitigung.*

Gewährleistung und Haftung

- **Beispiel: Kosten der Mangelsuche (2)**
  - Sinnvolle Ergänzung durch Kunden
    - *Stellt sich bei der Überprüfung der gemeldeten Störung durch [Anbieter] heraus, dass kein gewährleistungspflichtiger Mangel der Software vorlag, so trägt der Lizenznehmer die gesamten Kosten der Überprüfung ~~und Fehlerbeseitigung~~, die erforderlich waren, um festzustellen, dass ein Gewährleistungsfall nicht vorlag.*
    - *Die Kosten der Fehlerbeseitigung übernimmt der Kunde nur, wenn der Anbieter nach der Untersuchung und Feststellung, dass ein Mangel nicht vorliegt, dem Kunden die Fehlerbeseitigung anbietet und der Kunde das Angebot annimmt.*

Gewährleistung und Haftung

- **Beispiel: Einseitige Haftungsbeschränkung (1)**
  - Typische Haftungsbeschränkungen des Anbieters sind bekannt
    - Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit
    - Vorsätzliche Pflichtverletzung (selbst oder durch Organe/Mitarbeiter)
    - Leichte Fahrlässigkeit nur bei Verletzung von Kardinalpflichten
    - Garantiehaftung, Produkthaftungsgesetz etc.
  - Beispiel einer SAP-Einführung : => => =>

Gewährleistung und Haftung

- **Beispiel: Einseitige Haftungsbeschränkung (2)**
  - Klausel aus SAP-Projekt

9. HAFTUNGSBESCHRÄNKUNG

9.1 In allen Fällen vertraglicher und außervertraglicher Haftung leistet SAP Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen nur in dem nachfolgend bestimmten Umfang:

(a) SAP haftet bei Vorsatz in voller Höhe, bei grober Fahrlässigkeit und bei Fehlen einer Beschaffenheit, für die SAP eine Garantie übernommen hat, nur in Höhe des vorhersehbaren Schadens, der durch die verletzte Pflicht oder die Garantie verhindert werden sollte;

(b) in anderen Fällen: nur bei Verletzung einer wesentlichen Pflicht (Kardinalpflicht) und bis zu den im folgenden Unterabsatz genannten Haftungsgrenzen. Die Verletzung einer Kardinalpflicht im Sinne dieses Abschnitts 9.1 (b) liegt vor bei Verletzung einer Pflicht, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglicht oder deren Verletzung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet und auf deren Einhaltung der Auftraggeber regelmäßig vertrauen darf.

9.2 Die Haftung ist in den Fällen von Abschnitt 9.1 (b) beschränkt auf 100.000 EUR pro Schadensfall und insgesamt pro Vertragsjahr auf die Vergütung, die für den betreffenden Cloud Service (bzw. Consulting Service) gemäß der Order Form in dem Vertragsjahr gezahlt wurde, mindestens jedoch in Höhe von 300.000 EUR.

Gewährleistung und Haftung

- **Beispiel: Einseitige Haftungsbeschränkung (2)**
  - Häufig vergessen:
    - Auch der Kunde hat Pflichten und kann haften.
    - Daher: „Symmetrische“ Regelung für beide Parteien durchdenken, prüfen, verhandeln und vereinbaren
  - Vorschlag:

    *Die **wechselseitige** Haftung **der Parteien** für Schäden gleich welcher Art ist ausgeschlossen. Dieser Ausschluss gilt nicht für [...]*

Gewährleistung und Haftung

- **EXKURS**: Verhandeln lohnt sich immer .....
  - Auch die „großen“ sind nicht übermächtig. Verhandlungen können (nicht immer, aber immerhin) zu Änderungen führen.
  - Beispiel:

6.4.	Allgemeine Geschäftsbedingungen der [redacted] KG für [redacted] („Cloud AGB“) Version [redacted] werden wie folgt geändert:
6.5.	Ziffer 3.2. letzter Satz der Cloud AGB wird wie folgt ersetzt: Die Kündigung beendet den betroffenen Cloud Service zum Ende des Kalendermonats, in dem [redacted] die Kündigung erhalten hat.
6.6.	Ziffer 3.5. der Cloud AGB wird wie folgt ergänzt: Die Parteien sind sich einig, dass die Regelung in Ziffer 3.5 die Regelungen gemäß der Vereinbarung des [redacted] und die anwendbaren Bestimmungen des Datenschutzrechts sowie der Verpflichtungen in dieser Vereinbarung zu den Auftraggeberdaten unberührt lässt. [redacted] wendet für die Anonymisierung und Aggregation Methoden an, die weder eine Identifizierung der Daten zu einer natürlichen Person noch eine Zuordnung zu einer Quelle zulässt.
6.7.	Ziffer 4.3 der Cloud AGB wird nach S.4 wie folgt ergänzt: [redacted] wird den Auftraggeber soweit die Umstände dies gestatten auf weitere als auf die in diesem Absatz explizit genannten Mitwirkungsleistungen mit angemessenen Vorlauf hinweisen.

Agenda

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

Änderungsmanagement (Change-Request)

CR-Verfahren = Vertragsänderung

- Klares Verfahren mit Kriterien festlegen
  - Organisation klären
  - Zuständigkeiten/Vollmachten bestimmen
    - Darf nur der Kunde ein CR anstoßen oder auch der Auftragnehmer?
    - Umfang der Pflicht der Auftragnehmers zum CR?
    - Welche Personen dürfen verbindliche Erklärungen abgeben?
  - Angebotsinhalte (Lastenheft/Projektplan/User Story etc.)
  - Formalien regeln
  - Fristen vereinbaren
  - Verletzungen sanktionieren?

Keinen Papier-Tiger schaffen !

Änderungsmanagement (Change-Request)

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

Agenda

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

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

Gesetz lesen, bitte !

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

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

Gesetz lesen, bitte !

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

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

- **Beispiel: Nutzungsrechte planen und durchdenken (1)**
  - Nutzungsrechte beschränkt auf Deutschland (Automotive)

    Mit der Übergabe der Entwicklungsergebnisse räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber ein nicht ausschließliches, dauerhaftes, räumlich auf Deutschland begrenztes, nicht übertragbares Recht ein, diese zu nutzen, soweit sich dies aus dem Zweck des Vertrags ergibt.
  - Grundsätzlich okay, aber ...

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

- **Beispiel: Nutzungsrechte planen und durchdenken (1)**
  - ... einiges mehr sollte doch ermöglicht/geregelt werden:

    Mit der Übergabe der Entwicklungsergebnisse räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber ein nicht ausschließliches, dauerhaftes, räumlich auf Deutschland begrenztes, nicht übertragbares Recht ein, diese zu nutzen, soweit sich dies aus dem Zweck des Vertrags ergibt. Räumlich umfasst ist die weltweite remote-Nutzung, z.B. vom weltweit beliebigen HomeOffice- oder Urlaubsort. Übertragbar ist das Nutzungsrecht insbesondere in folgenden drei Konstellationen: (1) Verkauf des Unternehmens oder von Unternehmensteilen bzw. Umwandlung, (2) Ausführen lassen der Software durch einen Dritten im Auftrag des Auftraggebers, insbesondere RZ- oder Cloud-Betreiber (= Outsourcing) sowie (3) Unterlizensierung an verbundene Unternehmen des Auftraggebers (im Sinne der §§ 15 ff. AktG).

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

- **Zu guter Letzt:** Eine Rechtekatastrophe (1)
  - Angebot eines Social-Media Experten

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

Nutzungsrechte und Lizenzmanagement

Geht's noch ?

- **Zu guter Letzt:** Eine Rechtekatastrophe (2)
  - Dazu die Rechteregelung in den AGB:
    - § 8 (1): *Sofern nicht anders vereinbart, erwirbt der KUNDE für den jeweiligen Verwendungszweck die nicht ausschließlichen erforderlichen Nutzungsrechte der von ANBIETER angefertigten Arbeiten* ***für die Laufzeit des Vertrages****. Die Nutzungsrechte sind örtlich unbegrenzt. [...]*
    - § 8 (6): *Mit Ende des Vertragsverhältnisses ist der KUNDE dazu verpflichtet,* ***alle Leistungen*** *des ANBIETER* ***zu löschen*** *und* ***Veröffentlichungen zu entfernen****. Insoweit der ANBIETER die Zugangsrechte zu Veröffentlichungen besitzt, z. B. zur Website oder zu Social-Media-Kanälen, ist der ANBIETER dazu berechtigt, die Löschungen selbst vorzunehmen.*

Agenda

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

Wartung, Pflege, Support

- Warum überhaupt Wartung?
  - Weil der Anbieter ansonsten (also nur innerhalb der Gewährleistung) viel weniger leistet; dies ist meist nicht ausreichend für operatives Geschäft
- Beispielformulierung (aus Wartungsvertrag Software für Papierlos-Logistik)
  - *Die Leistungen gemäß den Ziffern X.X (Support), X.X (Updates), X.X (Neue Softwareversionen), X.X (Geräteanschlüsse) und X.X (Anpassung an Systemumgebung) sind nicht Bestandteil der Gewährleistung. Hierfür ist ein gültiger Wartungsvertrag (gemäß Ziffer X.X) Voraussetzung. Ohne gültigen Wartungsvertrag gelten im Gewährleistungsfall von Ziffer X.X abweichende Reaktions- und Bearbeitungszeiten: [...]*

Wartung, Pflege, Support

- Klare Regelungen und Definitionen
  - Was ist der Leistungsumfang?
  - Was sind Reaktionszeiten?
  - Was sind Bearbeitungszeiten?
  - Was sind Wiederherstellungszeiten?
  - Was sind Servicezeiten?
  - Wie erfolgt die Fehlermeldung und Rückmeldung (Ticketsystem)?
  - Wer darf sich an Support wenden, in welcher Sprache?

Agenda

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

Datenschutz

- Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung
  - Entscheidend, wer die Zwecke und Mittel der Verarbeitung **bestimmt**
  - Unerheblich, wer die Daten tatsächlich verarbeitet, solange weisungsgemäß
- Verarbeitungsgrundsätze und Auskunftspflichten
  - Wichtig: Keine zwecklose Datenverarbeitung; Tools eventuell abschalten
  - Datenschutz-Auskünfte sollten „per Mausklick“ möglich sein

Datenschutz

- Auftragsverarbeitungs-Verträge (AV-Verträge, AVV)
  - Vor (übereiltem) Abschluss prüfen, ob wirklich AV-Verhältnis vorliegt
  - Rechtsfolgen beidseits bedenken:
    - Verantwortlicher wird **für AV-Dienstleister verantwortlich**
    - AV-Dienstleister **ist weisungsgebunden** und muss z.B. Daten löschen
  - AV-Vertrag ist nur wirksam, wenn er den Anforderungen aus Art. 28 Abs. 3 DS-GVO erfüllt.
  - Verantwortlicher muss kontrollieren, ob die Anforderungen aus Art. 28 Abs. 1 erfüllt sind, auch laufend während der AV: TOMs

Agenda

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

Cloud-Computing-Verträge

- **Verfügbarkeit in Prozent (%) regeln**
  - Wichtig: Der Zeitintervall (Jahr, Monat, Woche, Tag). Auswirkungen:
    - 99 % p.a. (3,6 Tage = 86,4 Std.)
    - 99 % p.m. (0,3 Tage = 8,0 Std.)
    - 99 % p.w. (0,07 Tage = 1,7 Std.)
    - 99 % p.d. (0,24 Std. = 14,4 Min.)
  - Messpunkte, Messtechnik, Messverfahren durchdenken
  - Oft sinnvoll: Nach verschiedenen Elementen der Software zu differenzieren
  - Regelung hinsichtlich Downtime (maximale Nichterreichbarkeit am Stück)

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

Cloud-Computing-Verträge

- **Verfügbarkeit nachrechnen**

Systemverfügbarkeit
Der Prozentsatz für die Systemverfügbarkeit wird folgendermaßen berechnet:

$$\text{Systemverfügbarkeit} = \left(\frac{\textit{Gesamtzahl der Minuten im Monat} - \textit{Ausgeschlossene Ausfallzeit} - \textit{Ausfallzeit}}{\textit{Gesamtzahl der Minuten im Monat} - \textit{Ausgeschlossene Ausfallzeit}}\right) * 100$$

Systemverfügbarkeit *von 99,5 % pro Monat für Produktivversionen*

Ausgeschlossene Ausfallzeiten*: Gesamtzahl der Minuten im Monat, die zurückzuführen sind auf: (i) Planmäßige Ausfallzeiten* [...] oder (ii) ein Fenster für wichtige Upgrades* [...], über die der Auftraggeber mindestens fünf Werktage im Voraus benachrichtigt wurde, oder (iii) Zeiten der Nichtverfügbarkeit aufgrund von Faktoren, die sich der Kontrolle von SAP entziehen, z.B. aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse, die sich selbst unter Anwendung angemessener Sorgfalt nicht hätten verhindern lassen können.*

Agenda

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

Projektrettung vs. Exit-Strategien

- Mögliche Maßnahmen zur Projektrettung
  - Regelungen zur Liquidität,
    - wie Darlehen, Bonus, Vorschuss
  - Veränderung des Leistungsumfangs,
    - wie eine Verringerung oder höhere Standardisierung (statt hohem Anteil an Individualsoftware)
  - Teil-Lösungen,
    - wie Auslagerung eines Auftragsteils auf anderen Auftragnehmer, entweder direkt oder als Unterauftragnehmer
  - Form: Zusatzvereinbarung oder Änderungsvertrag

Projektrettung vs. Exit-Strategien

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

Gleiche Überlegungen aber auch für Exit ohne Scheitern!

Projektrettung vs. Exit-Strategien

- Zu guter Letzt: **„Geiselhaft“ vermeiden**
  - Unangenehm, wenn‘s Mal knallt und der Auftragnehmer in der Lage ist, den Auftraggeber ausbluten zu lassen; Vorsorge treffen, wie:

    Ferner ist der Auftragnehmer verpflichtet, auf Anfrage des Auftraggebers diesem jederzeit und unverzüglich sämtliche Zugänge (v.a. IP-Adressen, Benutzernamen, Passwörter) zu solchen Systemen und Umgebungen (vor allem zum Backend und zu Schnittstellen) mitzuteilen, die der Auftraggeber für den operativen Betrieb benötigt, einschließlich technisch oder gesetzlich notwendiger oder von Herstellern empfohlener Aktualisierungen. Diese Pflichten sind vom Zurückbehaltungsrecht ausgenommen. Falls weitere Leistungen (wie Support, Schulung) erforderlich sind, sind auch diese gegen gesonderte Vergütung zu erbringen. Gegenrechte (wie Aufrechnung, Zurückbehaltung, Selbstvornahme, Unsicherheitseinrede u.ä.) können wechselseitig nur hinsichtlich dieser Pflichten geltend gemacht werden.

Vielen Dank für Ihre Mitarbeit.

Empfehlen Sie uns weiter!

WERNER | R | I

RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

https://www.werner-ri.de