

# IT-Recht

Redeker

7., neubearbeitete Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-73723-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Verzögerung entstehen und dem Zuschlag auf diese Kosten im Vertragspreis entsprechen.<sup>417</sup> Bei der Softwareentwicklung geht es meist lediglich um nicht eingesetztes Personal, andere Produktionsmittel, die bereitgehalten werden, fehlen meist. Aber auch das Personal kann oft anderweitig eingesetzt werden, so dass der Anspruch häufig ins Leere geht.

Der Unternehmer kann ferner nach Fristsetzung gemäß § 643 BGB vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall erhält er als Vergütung einen der bis zur Kündigung durchgeführten Arbeit entsprechenden Anteil der vereinbarten Vergütung sowie Aufwendungsersatz für in diesem Anteil nicht enthaltene Aufwendungen (§ 645 Abs. 1 BGB). Er enthält damit im Gegensatz zur Rechtsfolge bei einer Kündigung des Bestellers gem. § 648 BGB nicht seinen der vollen Vergütung entsprechenden Gewinnanteil.<sup>418</sup>

In bestimmten Fällen hartnäckiger Mitwirkungsverweigerung hat die Rechtsprechung sogar entschieden, dass der Unternehmer vor Fertigstellung der Software den vollen Werklohn fordern kann, ohne den Vertrag zu kündigen.<sup>419</sup> Er bleibt dann – sollte die Mitwirkungshandlung nachgeholt werden – auch zur Werkleistung verpflichtet.

Unterlässt der Besteller die Mitwirkung, kommt der Unternehmer ferner nicht in Verzug. Er kann außerdem den Besteller auf Zahlung seiner Vergütung Zug-um-Zug gegen Erbringung der Werkleistung (§ 322 Abs. 1 BGB) bzw. auf Zahlung nach Empfang der Gegenleistung (§ 322 Abs. 2 BGB) verklagen. Wird gleichzeitig der Annahmeverzug im Urteil festgestellt, kann dieses Urteil ohne Erbringung der Gegenleistung vollstreckt werden (§§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB).<sup>420</sup>

Zu beachten ist allerdings, dass die Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers aus Gründen seiner **ingeschränkten Sachkunde** von diesem nicht immer einfach zu erfüllen sind. Darauf hat auch der Unternehmer Rücksicht zu nehmen. Er kann nicht etwa mit für den Besteller schwer verständlichen Fragen Informationen verlangen. Er muss die Fragen so stellen, dass der Besteller in der Lage ist, sie ordnungsgemäß zu beantworten. Macht der Unternehmer sich nicht hinreichend verständlich oder fragt er überhaupt nicht, so kann er sich auf eine mangelnde Mitwirkung nicht berufen.<sup>421</sup> Die **Mitwirkung des Bestellers** muss diesem **zumutbar** sein. Dies ist sie nicht, wenn er entweder gestellte Fragen überhaupt nicht beantworten kann oder aufgrund seiner mangelnden Sachkenntnis gar nicht erkennen kann, dass bzw. in welcher Hinsicht Fragen beantwortet werden müssen. Ist eine Verständigung auch dem Hersteller wiederum nicht zuzumuten, weil er die notwendigen Darstellungsaufgaben nicht übernehmen kann, muss er zumindest anregen, einen Sachkundigen sozusagen als „Dolmetscher“ zu engagieren.

In einzelnen Fällen kann sich im Übrigen ergeben, dass die Mitwirkungsobliegenheiten **Mitwirkungspflichten** sind. Dies ist dann vorstellbar, wenn die Entwicklung der Individualsoftware als Pilotprojekt für eine mögliche Nutzung als Standardsoftware dient oder wenn die Individualsoftware beim Unternehmer eine große Anzahl von Arbeitskräften bindet, die in anderer Weise nicht eingesetzt werden können.<sup>422</sup> Denkbar ist auch, dass die fristgerechte Herstellung des Werkes von den Vorausleistungen des Bestellers abhängt und das Werk nach Fristablauf sinnlos wird (zB weil es als Messepräsentation gedacht war). Auch in diesem Fall stellt sich die Obliegenheit des Bestellers als Pflicht dar. Ihre verspätete Erfüllung führt zu Schadensersatzansprüchen des Unternehmens.<sup>423</sup> In aller

<sup>417</sup> KG Urt. v. 29.1.2019 – 21 U 122/18, BeckRS 2019, 772; BGH Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544.

<sup>418</sup> Palandt/Sprau BGB § 643, Rn. 2; § 645 Rn. 11.

<sup>419</sup> BGHZ 50, 175; OLG Köln *Zabrnt*, ECR OLG 204; ähnlich auch LG Dresden CR 2011, 200

<sup>420</sup> BGH NJW 2002, 1262; *Thewalt*, Der Softwareerstellungvertrag nach der Schuldrechtsreform, 205 ff.

<sup>421</sup> OLG Stuttgart *Zabrnt*, ECR OLG 168 = NJW CoR 1996, 255 (Ls).

<sup>422</sup> Zu weitgehend: *Müller-Hengstenberg/Krcmar* CR 2002, 549 (554 f.).

<sup>423</sup> OLG Köln *Zabrnt* ECR OLG 154; vgl. auch *Schneider* ITRB 2008, 261 (262 f.).

Regel kann sich diese Mitwirkungspflicht des Bestellers allerdings nur aus **ausdrücklichen Vereinbarungen** ergeben.<sup>424</sup>

- 432 Demgemäß versuchen die meisten Softwareersteller in ihren Verträgen eine entsprechende Vereinbarung einzubauen. In individuellen Vereinbarungen ist dies möglich.<sup>425</sup> Inwieweit dies auch in **allgemeinen Geschäftsbedingungen** möglich ist, ist eine noch weitgehend nicht erörterte Frage. Die Verwandlung sämtlicher Mitwirkungsobliegenheiten in Pflichten dürfte aber weit vom gesetzlichen Leitbild dieses Vertrages abweichen und daher zumindest mit § 307 Abs. 2 BGB auch im Unternehmensverkehr nicht vereinbar sein.
- 433 Außerdem ist eine **Konkretisierung** dieser Pflichten in **allgemeinen Geschäftsbedingungen** praktisch nicht möglich. Welche Mitwirkung seitens des Bestellers erforderlich ist, ist projektabhängig. Unterschiedliche Projekte stellen unterschiedliche Anforderungen an die Gestaltung und Verfügbarkeit von Informationen, Räumen und Zugang zum Rechner. Unterschiedliche Kunden haben unterschiedliche Kapazitäten und Fähigkeiten zur Mitwirkung. Ein Kunde, der eine umfangreiche eigene EDV-Abteilung mit jahrelanger Erfahrung in der eigenen Durchführung solcher Projekte innerhalb des Unternehmens hat, wird andere Informationen erteilen können und wollen als ein Kunde, der sich bislang mit kleinen PC-Lösungen zufrieden gegeben hat.
- In allgemeinen Geschäftsbedingungen können konkrete Pflichten nur festgelegt werden, wenn sie auch der kleinste Kunde im kleinsten Projekt in zumutbarer Weise erfüllen kann und sie auch im Rahmen dieses kleinen Projekts sinnvoll und zumutbar sind. Anderenfalls sind die Geschäftsbedingungen unwirksam. Wenn man mehr Konkretisierungen haben möchte, was in vielen Fällen empfehlenswert ist, muss man individuelle Vereinbarungen im Einzelprojekt treffen. Allgemeine Geschäftsbedingungen können hier nur einen allgemeinen Rahmen setzen, der im Wege der Auslegung im Einzelfall zu konkretisieren ist.
- 434 Die oben genannten Fälle, in denen eine **Mitwirkungspflicht** sich unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen ergibt, setzt in aller Regel einen **sachkundigen Besteller** voraus. Derartige Projekte haben nämlich entweder für die Planung des Auftragnehmers eine so große Bedeutung, dass er schon deswegen darauf achten muss, dass ihm ein sachkundiger Besteller gegenübersteht oder sie sind von einem solchen Umfang, dass der Besteller von vornherein sachkundige Personen zur Betreuung des Projekts einstellen wird. Ist Letzteres nicht der Fall, kann dies allerdings dem Besteller zugerechnet werden, wenn er erkennen konnte, dass das Projekt eine solche Dimension annimmt, dass ohne sachkundige Betreuung auf seiner Seite eine ordnungsgemäße Abwicklung nicht möglich ist. Er kann die sachkundige Betreuung allerdings auch durch eine entsprechend weitergehende Beauftragung des Unternehmers – gegen Entgelt – sicherstellen.
- 435 In vielen Verträgen wird im Übrigen eine **sachkundige Betreuung** seitens des Bestellers von Seiten des Unternehmers als Mitwirkungspflicht verlangt. Auch hier stellt sich die Frage, wie weit eine solche Vereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig ist. Auch diese Frage ist bislang noch nicht entschieden. Es spricht aber auch hier sehr viel dafür, dass solche allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind.
- 436 Kommt der Besteller bei vereinbarten oder sich sonst ergebenden Mitwirkungspflichten mit diesen **Pflichten in Verzug**, greifen die Vorschriften der §§ 280, 286 BGB (Schuldnerverzug) ein. Es kommt dann sogar eine Schadensersatzpflicht in Betracht. Es kann sogar sein, dass der Unternehmer sich nach § 323 BGB vom Vertrag lösen kann, wenn diese Mitwirkungspflichten sich als Pflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis dar-

<sup>424</sup> Lehmann/Köhler/Fritzsche, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 513 (600); Heussen CR 1989, 809 f.; Müglichen/Lapp CR 2004, 801 (802).

<sup>425</sup> Dazu Witzel/Stern ITRB 2007, 167 (168).

stellen. In diesem Falle kann der Besteller bei zu vertretender Nichterfüllung der Mitwirkungspflicht vom Vertrag zurücktreten und den vollen Werklohn abzüglich eventueller Ersparnisse im Wege des Schadensersatzes statt Leistung verlangen.

Im Übrigen muss der Besteller das Werk **abnehmen**. Diese Verpflichtung ist Hauptleistungspflicht. Nimmt der Besteller das Werk nicht ab, kommt er dadurch in Annahmeverzug und nach Mahnung auch in Schuldnerverzug. Der Unternehmer kann dann sogar nach § 323 BGB vorgehen. Allerdings setzen all diese Pflichten voraus, dass das Werk überhaupt abnahmefähig ist. Dies setzt die im Wesentlichen mangelfreie Erbringung aller vom Unternehmer geschuldeten Leistungen voraus.<sup>426</sup>

Über diese Pflichten hinaus kann es je nach Vereinbarung im Einzelfall weitergehende Verpflichtungen des Bestellers geben, bei deren Verletzung ebenfalls Schadensersatzansprüche denkbar sind.

## 7. Änderung des Softwareerstellungsvertrages

In vielen Fällen wird bei der Erstellung von Individualsoftware die **Realisierung** im Laufe derstellungszeit von der **anfänglich konzipierten Lösung abweichen**.<sup>427</sup> So kann sich während der Laufzeit herausstellen, dass die zunächst gewählte Lösung möglicherweise nicht besonders geeignet ist. Es können sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen ändern. Es kann zwischenzeitlich im Betrieb des Unternehmens ein Betriebsrat gebildet worden sein, der Mitbestimmungsrechte geltend macht. Vielleicht will der Kunde auch nur eine komfortablere EDV-Lösung. **Projektänderungen** sind aus vielen Gründen denkbar. Sie werden auch häufig in der Praxis durchgeführt. Die agile Projektmethodik ist eine Antwort auf diese Situation. Die folgenden Ausführungen betreffen daher im Kern nur die klassischen **Softwareentwicklungsmethoden** wie zB Wasserfall.

Erfahrungsgemäß treten auch bei ordnungsgemäß erstellen Pflichtenheften oft **Interpretationsspielräume** auf. Insbesondere bei modernen Entwicklungsmethoden stellt das Pflichtenheft oft nur einen ersten Einstieg zur Problemlösung dar.<sup>428</sup> Oft ist es auch so, dass sich im Pflichtenheft Fehler eingeschlichen haben. Es können Vorgaben unzureichend oder gar unausführbar sein. Demgemäß müssen ggf. Aufgabenstellungen nachkorrigiert werden. Dieser Fall lässt sich von einem Änderungsverlangen oft nicht sauber trennen.

Für beide Fälle sollten daher die vertraglichen Vereinbarungen bereits ein **Änderungsverfahren** (sog. Change-Request-Verfahren) vorsehen, wie dies in Ansätzen auch in der BVB-Erstellung vorgesehen ist. In der Praxis haben sich Projektausschüsse, Projektlenkungsausschüsse u. ä. bewährt, die gemeinsam entscheiden. Bei besonderen Streitfällen müssen ggf. auch die Gesamtprojektverantwortlichen oder gar die Geschäftsleitung in das Verfahren mit einbezogen werden. Nur so kann das Projekt in der notwendigen vertrauensvollen Zusammenarbeit fertig gestellt werden. Es sollte auf jeden Fall dafür gesorgt werden, dass die Handelnden die notwendigen Vollmachten haben. Die Aufgaben aller Gremien müssen freilich so definiert werden, dass die Realisierung des Softwareprojekts alleinige Aufgabe des Softwareerstellers bleibt. Andernfalls droht die Gefahr, dass aus einem Werkvertrag ungewollt ein Dienstvertrag wird.

Ein in der Praxis bewährtes Change-Management-Verfahren ist auch in ITIL enthalten.<sup>429</sup>

<sup>426</sup> Näher dazu → Rn. 370.

<sup>427</sup> Zum Ganzen vgl. auch *Redeker* ITRB 2002, 190; *Koch* ITRB 2009, 160.

<sup>428</sup> → Rn. 311a ff.

<sup>429</sup> Dazu *Hoppen/Victor* CR 2008, 199 (201 f.).

Es sollte in all diesen Verfahren auch geklärt sein, was denn bei **Nichteinigung** geschieht und wer für die Lösung der dabei auftretenden Probleme verantwortlich ist.<sup>430</sup> Gibt es keine solchen Regelungen, wird der Vertrag bei Unklarheiten nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien auszulegen sein. Der Unternehmer hat dabei insbesondere die betriebliche Situation des Auftraggebers zu beachten, der Kunde kann demgegenüber nicht die optimal denkbare Lösung verlangen, wenn diese gegenüber einer durchaus zumutbaren und branchenüblichen Lösung einen erheblichen Zusatzaufwand für den Unternehmer bedeutet.<sup>431</sup>

- 442 Oft sind mit den Projektänderungen erhebliche **Zusatzaufwendungen** verbunden. Hier stellt sich die Frage, wer diese Zusatzaufwendungen tragen muss. Auch dies sollte in der geschilderten Weise durch Änderungsvereinbarung geklärt werden. Wichtig ist insgesamt, dass die Folgen der Änderungen abgeschätzt und für ein Softwareprojekt beherrschbar geregelt werden.<sup>432</sup> In vielen Softwareentwicklungsverträgen ist vorgesehen, dass Änderungsvereinbarungen der Schriftform bedürfen. Dies ist sachlich sinnvoll, in allgemeinen Geschäftsbedingungen auch in Form der sog. doppelten Schriftformklausel aber unwirksam<sup>433</sup> und in individuellen Vereinbarungen schwierig.<sup>434</sup>
- 443 Wird **nichts vereinbart** oder wird das vereinbarte Verfahren – wie oft – nicht eingehalten<sup>435</sup>, gilt Folgendes: Zunächst ist festzustellen, ob überhaupt eine Änderung vorliegt oder lediglich Mängel beseitigt oder das Pflichtenheft präzisiert wird. Dazu ist ein ordentliches Pflichtenheft nötig.<sup>436</sup> Fehlt es an einem solchen, lässt sich oft nicht einmal feststellen, ob das Projekt überhaupt geändert oder nur schon grob vereinbarte Leistungen jetzt detaillierter verlangt werden. Im letzteren Fall wird ein eventueller Zusatzaufwand vom Unternehmer zu tragen sein. Selbst dann, wenn es sich möglicherweise um Änderungen handelt, kann der Zusatzaufwand bei einer nicht genau beschriebenen Aufgabenstellung vom Unternehmer zu tragen sein, nämlich dann, wenn diese Änderungen vorhersehbar waren, vom Unternehmer aber nicht vorhergesehen wurden.<sup>437</sup>
- 444 Liegt eine Änderung vor, ist zu unterscheiden: Ist ein **Festpreis vereinbart** und wird eine Änderung der Leistungsbeschreibung vereinbart, ohne am Festpreis etwas zu ändern, gilt der ursprünglich geschuldete Festpreis.<sup>438</sup> Dies kann freilich nicht unbegrenzt gelten. Die Rechtsprechung hat im Baurecht bei einer vergleichbaren Problemstellung eine „Schmerzgrenze“ anerkannt, bei deren Überschreitung dem Bauunternehmer, bei deren Unterschreitung dem Bauherrn ein Festhalten am Pauschalpreis nicht mehr zugemutet wird. Die Grenze liegt im Bereich von 20 % bis 25 %.<sup>439</sup> Darüber hinaus ist es so, dass dann, wenn umfangreiche Zusatzleistungen (zB Zusatzfunktionen) vereinbart werden, der Besteller auch ohne konkrete Vereinbarung eine angemessene Zusatzvergütung zahlen muss, weil er nicht erwarten kann, dass er eine deutlich umfangreichere Software zum

<sup>430</sup> Plastisch zu dem Problem OLG München CR 1989, 803, mAnm *Heussen*.

<sup>431</sup> Näher *Zahrnt* DB 1986, 157 f.

<sup>432</sup> Dazu ausgiebig *Koch* ITRB 2008, 61.

<sup>433</sup> BGH Ur. V. 21.9.2005, XII ZR 312/02; NJW 2006, 138; Beschl. v. 25.1.2017 – XII ZR 69/16, NJW 2017, 1017; OLG Rostock NJW 2009, 3376; OLG Celle Ur. v. 30.1.2019 7 U 157/18, IBRRS 2019, 3736.

<sup>434</sup> *Karger* ITRB 2009, 18 (19).

<sup>435</sup> Dazu *Karger* ITRB 2009, 18.

<sup>436</sup> *Mehring* NJW 1986, 1904 (1906); *Zahrnt* DB 1986, 157.

<sup>437</sup> KG CR 1990, 768 ff.; die veröffentlichten Urteilsgründe ergeben aber nicht genau, ob es überhaupt um Änderungen geht.

<sup>438</sup> OLG München Beschl. v. 2.5.2016 28 U 3932/15 Bau, IBRRS 2019, 0903.

<sup>439</sup> BGH *Schäfer/Finnern*, Z 2, 311 Bl. 5 (Erhöhung um 20 % noch zumutbar); OLG Stuttgart BauR 1992, 639 (Veränderung unter 20 % zumutbar); OLG Düsseldorf BauR 1976, 363 (Überschreitung von mehr als 20 % erheblich); OLG München NJW-RR 1987, 598 (Risikorahmen bei etwa 20 %); *Tempel* JuS 1979, 494 mwN.

ursprünglich vereinbarten Preis erhält.<sup>440</sup> Das Gegenteil kann zwar vereinbart werden. Das kommt aber nur selten in Betracht.<sup>441</sup> Hat der Softwareentwickler freilich das Risiko evtl. Mehraufwände übernommen, muss er auch die Kosten dafür tragen.<sup>442</sup> Wird umgekehrt einvernehmlich weniger geleistet, verbleibt es auch beim vereinbarten Pauschalpreis, es sei denn, die Abweichung ist so groß, dass ein Festhalten am Pauschalpreis dem Besteller nicht mehr zumutbar ist.<sup>443</sup>

Ist Mehrvergütung zu zahlen, muss ihre Höhe im Wege ergänzender Vertragsauslegung ermittelt werden. Dabei ist in erster Linie auf die dem Softwareentwickler entstehenden Mehrkosten abzustellen, zu denen ein angemessener Gewinnzuschlag kommt. Auf die ansonsten im Vertrag vereinbarte Vergütung kommt es nicht an.<sup>444</sup> Im Vertrag kann auch ein anderes Berechnungsverfahren vereinbart werden. Bei Regelungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die Grenzen des § 307 Abs. 2 BGB einzuhalten.

Ist kein Festpreis vereinbart, sondern ein **Aufwandsentgelt**, muss der Besteller die Kosten für einen eventuell zusätzlichen Aufwand tragen. Umgekehrt muss er bei geringem Aufwand weniger zahlen. Auf große Abweichungen muss der Unternehmer aber hinweisen.<sup>445</sup> 445

Liegt keine Veränderung, sondern eine **Mangelbeseitigung** vor, wird also durch die geänderten Vorgaben ein entstehender oder entstandener Mangel beseitigt, muss der Zusatzaufwand vom Unternehmer getragen werden. Dies gilt freilich wiederum dann nicht, wenn der Mangel auf fehlerhaften Vorgaben des Bestellers beruht. In diesem Falle muss der Besteller zumindest die Kosten tragen, die bei ursprünglich richtigen Vorgaben entstanden wären. Nur die eventuellen Zusatzkosten, die durch die nachträgliche Mängelbeseitigung entsteht, müsste der Unternehmer tragen. 446

Ähnliches gilt, wenn der Zusatzaufwand auf ein **mangelhaftes Projektmanagement** zurückzuführen ist. Solange dies ein Mangel im Projektmanagement des Unternehmers ist, muss dieser die Zusatzaufwendungen als Schadensersatz tragen. Ähnliches gilt auch dann, wenn ein Zusatzaufwand dadurch entsteht, dass der Unternehmer zunächst fehlerhaft aufgeklärt hat und jetzt nachträglich die Folgen der mangelnden Aufklärung durch Projektänderung beseitigt werden müssen. Auch hier ist – wie oben – allerdings zu beachten, dass dann kein Schaden entstanden ist, wenn die mangelnde Aufklärung letztendlich nicht zu einem Zusatzaufwand führt, weil das, was jetzt zusätzlich erbracht werden muss, bei rechtzeitiger Aufklärung auch hätte erbracht werden müssen (sog. **Ohnehin-Kosten**). In diesem Fall muss der Besteller den Zusatzaufwand tragen. Für die letztere Tatsache ist allerdings der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig. Weigert der Unternehmer sich in den hier geschilderten Fällen, die Zusatzleistung zu erbringen, kann der Besteller u. U. sogar Rechte nach §§ 323, 280, 281 BGB haben. Jedenfalls kann der Besteller die Bezahlung der Vergütung bis zur Erfüllung durch den Unternehmer verweigern.<sup>446</sup> 447

<sup>440</sup> BGH Urt. v. 8.1.2002, X ZR 6/00, BB 2002, 648 (LS) = JurPC Web-Dok. 98/2002; OLG München Urt. v. 13.2.2019 20 U 1475/18, BeckRS 2019, 1763; vgl. aber auch OLG München Beschl. v. 2.5.2016 28 U 3932/15 Bau, IBRRS 2019, 0903.

<sup>441</sup> OLG Brandenburg Urt. v. 21.11.2018 4 U 19/18, NJW-RR 2019, 136.

<sup>442</sup> ein sehr plastisches Beispiel aus dem Baubereich: OLG München Urt. v. 12.2.2019 9 U 728/18 Bau, BauR 2019, 1156.

<sup>443</sup> OLG Köln Urt. v. 6.9.2017 11 U 104/11, IBRRS 2019, 1447.

<sup>444</sup> BGH Urt. v. 8.8.2019 VII ZR 34/18, NZBau 2019, 706; ähnlich KG Urt. v. 27.8.2019 21 U 160/18, NZBau 2019, 771.

<sup>445</sup> OLG Köln OLG-Report Köln 1998, 157 = CR 1998, 600.

<sup>446</sup> So jedenfalls BGH CR 1991, 86 (88) mkritAnm *Brandi-Dobrn*.

- 448 Geht es um eine Projektänderung und können sich die Parteien darüber **nicht verständigen**, hat zunächst prinzipiell der Besteller keinerlei Anspruch auf eine Vertragsänderung. Einmal geschlossene Verträge müssen eingehalten werden.

Ein **Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsänderung** kann sich nur aus den Regeln über die Veränderung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ergeben. Ein solcher Fall ist insbesondere dann denkbar, wenn Rechtsvorschriften in unvorhergesehener Weise geändert werden. In diesem Falle dürfte eine Vertragsanpassung im Hinblick auf die geänderten Rechtsvorschriften möglich und vom Unternehmer auch geschuldet sein – allerdings nur zu den der Änderung angemessenen Bedingungen<sup>447</sup>.

- 449 Ergibt sich der Zusatzwunsch allerdings nicht aus solchen Änderungen, sondern aus anderen Dingen, die im Verantwortungsbereich des Bestellers liegen, gilt dies nicht. Solches ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Betriebsrat, der zunächst nicht unterrichtet war, nachträglich seine Mitbestimmungsrechte geltend macht und Änderungen der geplanten Programmstruktur verlangt. Hier ist der Unternehmer im Prinzip berechtigt, eine Änderung des Vertrages abzulehnen. Er ist allerdings bei für den Besteller zwingend notwendigen Änderungen verpflichtet, in Verhandlungen über eine Änderung des Auftrages einzutreten. Er darf in diesen Verhandlungen auch keine ganz unangemessenen Forderungen stellen und dabei die Zwangsposition des Bestellers ausnutzen. Verhandelt er ohne triftigen Grund nicht oder macht er überhöhte Forderungen geltend, kann in Einzelfällen eine Kündigung aus wichtigem Grund seitens des Bestellers in Frage kommen. In diesem Fall ist ein Werklohn für noch nicht fertig gestellte Teile der Software nicht geschuldet, wenn diese für den Besteller ohne Nutzen sind.<sup>448</sup> In allen anderen Fällen bleibt beim Scheitern der Vertragsverhandlungen dem Besteller nur eine Kündigung nach § 648 BGB, allerdings verbunden mit der Notwendigkeit, dann den vollen Werklohn abzüglich möglicher Ersparnisse des Unternehmers zu zahlen.

Änderungswünsche können sich letztendlich auch ohne zwingende Notwendigkeit im Bereich des Bestellers einfach dadurch ergeben, dass der Besteller gerne zusätzliche Leistungen hätte. Insoweit geht es um Zusatzwünsche, die frei verhandelbar sind. Scheitern die Verhandlungen, bleibt dem Unternehmer nur der Weg nach § 648 BGB.

Das soeben Gesagte gilt sinngemäß auch dann, wenn die **Änderungen** des Projektes sich in Wirklichkeit als eine **Einschränkung des Auftrages** darstellen. Auch hier kommt eine Anpassung nur im Rahmen der Veränderung der Geschäftsgrundlage in Betracht. In allen anderen Fällen herrscht Verhandlungsfreiheit. Der ursprünglich vereinbarte Vertrag muss eingehalten werden. Kommt keine einvernehmliche Änderung zustande, bleibt dem Besteller nur der Weg nach § 648 BGB. In diesen Fällen ist jedoch auch eine Teilkündigung denkbar.

- 450 In vielen Punkten entspricht die hier dargestellte Rechtslage den Vereinbarungen in der **EVB-IT System**. Dort ist vorgesehen, dass der Auftraggeber schriftlich eine Änderung verlangen kann, wenn diese dem Auftragnehmer nicht unzumutbar ist (16.1 EVB-IT System). Es ist vorgesehen, bei entsprechendem Mehraufwand über die neue Vergütung, die geänderten Ausführungsfristen oder eine Abänderung des Abnahmeverfahrens zu verhandeln. Grundlage der Verhandlung ist ein Angebot des Unternehmers (16.3 EVB-IT System). Kommt man bei einer zumutbaren Änderung zu keiner Einigung über notwendige Vertragsänderungen, gilt allerdings als vereinbart, dass der Vertrag mit der geänderten Leistung zu angemessenen Konditionen weiterzuführen ist (16.6 EVB-IT System). Ob eine solche Rechtsfolge als einseitige Leistungsänderungsklausel zu Gunsten des Verwenders wirksam ist, erscheint jedoch offen.

<sup>447</sup> Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1432.

<sup>448</sup> BGH Urt. v. 5.6.1997 – VII ZR 124/96, NJW 1997, 3017 (3018); MüKoBGB/Busche § 649 Rn. 33.

## 8. Kündigung und Rücktritt

Von einem Werkvertrag kann nach den allgemeinen Vorschriften **zurückgetreten** 451 werden, also insbesondere bei Nichtlieferung nach Nachfristsetzung oder wegen Unmöglichkeit oder Verweigerung der Lieferung.

Weiterhin gibt es ein Kündigungsrecht für den Unternehmer gem. **§ 643 BGB** bei 452 mangelnder Mitwirkung des Bestellers. Der Unternehmer hat dann einen Teilvergütungsanspruch für die schon erbrachte Leistung gemäß § 645 Abs. 1 Satz 2 BGB. Einzelheiten sind oben<sup>449</sup> dargestellt.

Der Besteller hat des Weiteren ein **Kündigungsrecht nach § 648 BGB**, ohne dass es 453 irgendeines Grundes bedarf.<sup>450</sup> Allerdings behält in diesem Fall der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch. Er muss sich nach der Vorschrift allerdings das anrechnen lassen, was er durch die Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Das Vorliegen dieses Abzugspostens ist vom Besteller darzulegen und zu beweisen.

Bei **Festvergütungsvereinbarungen**, bei denen die Kalkulationsgrundlage des Unternehmers dem Besteller nicht dargelegt wird, wird es dem Besteller sehr schwer fallen, hier 454 irgendetwas Vernünftiges darzulegen, weil er einfach die Kalkulationsgrundlage nicht kennt. In diesem Falle hat der BGH die **Darlegungs- ggf. auch Beweislast** abgeändert. In diesem Falle muss der Unternehmer nämlich darlegen, wie die Grundlagen seiner Kalkulation sind und welche Ersparnisse oder Nichtersparnisse vorliegen. Gegebenenfalls hat er dazu die maßgeblichen Preisermittlungsgrundlagen nachträglich zusammenzustellen und mit ihnen die ersparten Aufwendungen konkret vorzutragen.<sup>451</sup> Wie weit diese Darlegungspflichten gehen, ist allerdings vom Einzelfall abhängig. Hat der Unternehmer seine Kalkulation konkret dargelegt, müsste dann wiederum der Besteller darlegen, dass die Kalkulation nicht zutrifft oder etwa von der üblichen Kalkulation in vergleichbaren Fällen abweicht.<sup>452</sup> Darüber hinaus muss er darlegen, was er durch anderweitigen Erwerb erhalten oder dass kein anderweitiger Erwerb stattgefunden hat.<sup>453</sup> Insbesondere vor Bekanntwerden der zitierten BGH-Entscheidungen waren die Instanzgerichte allerdings gegenüber den Unternehmern relativ großzügig. So wurde teilweise schlicht unterstellt, dass Softwareunternehmen immer an Auftragsüberhang leiden und dadurch überhaupt keine Aufwendungen ersparen, wenn ihnen ein Auftrag entgeht.<sup>454</sup> Diese Rechtsprechung dürfte aber mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung nicht übereinstimmen. Eine solche generelle Annahme war und ist auch vom Tatsächlichen her falsch.

Nach § 648 S. 3 BGB wird vermutet, dass dem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Vergütung zustehen. Der Gesetzgeber vermutet hier also einen Kostenanteil von 95 %, der erspart werden kann. Diese Vermutung trifft möglicherweise auf Bauverträge mit ihrem hohen Kostenanteil zu. Für Softwareverträge gilt dies jedoch nicht. Der Anteil ersparter Aufwendungen dürfte bei Softwareprojekten erheblich niedriger liegen. Diese Vorschrift passt für Softwareverträge daher nicht.

Angesichts der Schwierigkeiten des Nachweises verwenden manche Unternehmen 455 **Klauseln**, die für den Fall der Kündigung nach § 648 BGB **Pauschalvergütungen** vor-

<sup>449</sup> → Rn. 426.

<sup>450</sup> Dazu auch OLG Hamm CR 2006, 442.

<sup>451</sup> BGHZ 131, 362.

<sup>452</sup> Vgl. dazu BGH BB 1999, 926; OLG Oldenburg, NJW-RR 1999, 1575; OLG München NJW-RR 2005, 573.

<sup>453</sup> dazu auch OLG Köln Urt. v. 14.12.2018 – 19 U 27/18, BeckRS 2018, 35098.

<sup>454</sup> So LG München I Anlage 3 zu BB 1993, S. 14.

sehen. Auf solche Regelungen finden §§ 308 Nr. 7a und 309 Nr. 5b BGB Anwendung. Dem Kunden muss der Nachweis geringerer geschuldeter Vergütung offenbleiben. Die Höhe des Prozentsatzes der Pauschalvergütung muss plausibel sein. § 649 Abs. 3 BGB hat dabei keine Leitbildfunktion. Für Bauverträge hat der BGH 10 % akzeptiert, 15 % aber skeptisch gesehen.<sup>455</sup> Für Softwareverträge dürften eher 40–50 % angemessen sein<sup>456</sup>.

- 456 In Frage kommt auch eine **Kündigung aus wichtigem Grund** nach § 648a BGB. Eine solche Kündigung setzt voraus, dass ein Abhilfebegehren mit angemessener Frist oder eine Abmahnung vorausgegangen ist, wobei auch erkennbar gemacht wird, dass eine Kündigung droht<sup>457</sup>. Die Kündigung muss ferner in angemessener Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes erfolgen.<sup>458</sup> Die Frist beginnt in den meisten Fällen mit Ablauf der Nachfrist<sup>459</sup>.

Im Gegensatz zu dem in diesen Fällen meist auch gegebenen Rücktrittsrecht wird der Vertrag durch die Kündigung nur mit Wirkung für die Zukunft beendet. Dies bedeutet, dass die erbrachten Leistungen beim Besteller verbleiben, dieser die erbrachten Leistungen allerdings auch vergüten muss.<sup>460</sup> Beide Parteien müssen auf Verlangen der jeweils anderen Partei an der Feststellung des Leistungsstandes bei Vertragsende mitwirken (§ 648a Abs. 4 BGB).

Eine solche Vergütungspflicht setzt freilich voraus, dass das erbrachte Werk mangelfrei ist. Der Besteller kann einer solchen Vergütungspflicht auch entgegenhalten, das erbrachte Teilwerk sei für ihn völlig nutzlos. Dies muss er allerdings darlegen und beweisen. Es fragt sich dann allerdings, ob der Besteller in solchen Fällen nicht zurücktreten muss. Eine entsprechende Erklärung kann ggf. umgedeutet werden.

- 457 Wann eine solche **Kündigung aus wichtigen Grund möglich und begründet ist**, ist im Einzelnen streitig. In der schon mehrfach zitierten Entscheidung BGH-Entscheidung ging es um eine langfristig verzögerte Lieferung, die sicherlich auch zu einem Rücktritt berechtigt hätte. Auch in einem anderen Fall hat der BGH für das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine Kündigung die Voraussetzungen des seinerzeit noch geltenden § 326 BGB geprüft.<sup>461</sup>

- 458 Darüber hinaus haben einzelne Gerichte schon den Einbau einer Programmsperre als Kündigungsgrund angesehen.<sup>462</sup> Andere Gerichte haben diesen Kündigungsgrund unter gleichen Voraussetzungen abgelehnt.<sup>463</sup>

Richtig dürfte sein, dass der Einbau einer **Programmsperre**, der die konkrete Gefahr eines Programmabbruchs möglich macht, jedenfalls dann, wenn nach Abmahnung die Programmsperre nicht entfernt wird, eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigt. Ohne eine solche Abmahnung dürfte nur in Extremfällen ein Kündigungsgrund vorliegen. Der Kündigungsgrund ist sicherlich dann gegeben, wenn der Eintritt der Sperre kurzfristig zu befürchten ist.

Ist die Sperre entfernt, besteht kein Kündigungsgrund mehr.<sup>464</sup> Besteht keine Gefahr, dass die Programmsperre bei ordnungsgemäßer Benutzung des Programms aktiviert wird

<sup>455</sup> BGH BB 2011, 1873 mAnm v. Westphalen.

<sup>456</sup> Näher Redeker ITRB 2012, 42.

<sup>457</sup> MüKoBGB/Gaier § 314 Rn. 24.

<sup>458</sup> OLG Düsseldorf Urt. v. 19.11.2014 – 18 U 26/10, BeckRS 2014, 124316.

<sup>459</sup> zum Grundsatz und evtl. Ausnahmen: OLG Köln Urt. v. 1.6.2018, CR 2018, 631; umfassend auch zur Vertragsgestaltung Heydn CR 2018, 621.

<sup>460</sup> Vgl. dazu ausführlich BGH NJW 1993, 1972 ff.

<sup>461</sup> BGH NJW-RR 1999, 360 (noch zum alten Recht).

<sup>462</sup> OLG Düsseldorf Beil. Nr. 13 zu BB 1993, S. 6 f.

<sup>463</sup> OLG Köln OLG-Report Köln 1995, 285.

<sup>464</sup> AA OLG Düsseldorf Beil. 13 zu BB 1993, S. 6 f.