

## IT-Recht

Bearbeitet von  
Dr. Helmut Redeker

6., neubearbeitete Auflage 2017. Buch. XX, 495 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 68727 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 830 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Telekommunikationsrecht, Postrecht, IT-Recht > IT-Recht, Internetrecht, Informationsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

wenn diese Mitwirkungspflichten sich als Pflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis darstellen. 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>405</sup>

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

### 6. Änderung des Softwareerstellungsvertrages

In vielen Fällen wird bei der Erstellung von Individualsoftware die **Realisierung** im Laufe der Erstellungszeit von der **anfänglich konzipierten Lösung abweichen**.<sup>406</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.

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>407</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>408</sup>

<sup>405</sup> Näher dazu → Rn. 345.

<sup>406</sup> Zum Ganzen vgl. auch *Redeker*, ITRB 2002, 190; *Koch*, ITRB 2009, 160.

<sup>407</sup> → Rn. 311a ff.

<sup>408</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>409</sup> Gibt es keine solche 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>410</sup>

- 425 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>411</sup> In vielen Softwareentwicklungsverträgen ist vorgesehen, dass Änderungsvereinbarungen der Schriftform bedürfen. Dies ist sachlich sinnvoll, in allgemeinen Geschäftsbedingungen aber unwirksam<sup>412</sup> und in individuellen Vereinbarungen schwierig.<sup>413</sup>
- 426 Wird **nichts vereinbart** oder wird das vereinbarte Verfahren – wie oft – nicht eingehalten<sup>414</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>415</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>416</sup>
- 427 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. 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>417</sup> Darüber hinaus ist es so, dass dann, wenn umfangreiche Zusatzleistungen (z. B. Zusatzfunktionen) vereinbart wurden, der Besteller auch ohne konkrete Vereinbarung eine angemessene Zusatzvergütung zahlen muss, weil er nicht erwarten kann, dass er eine deutlich umfangreichere Software zum ursprünglich vereinbarten Preis erhält.<sup>418</sup>

<sup>409</sup> Plastisch zu dem Problem OLG München, CR 1989, 803, Anm. *Heussen*.

<sup>410</sup> Näher *Zabrnt*, DB 1986, 157 f.

<sup>411</sup> Dazu ausgiebig *Koch*, ITRB 2008, 61.

<sup>412</sup> BGH Urt. V. 21.9.2005, XII ZR 312/02; OLG Rostock, NJW 2009, 3376.

<sup>413</sup> *Karger*, ITRB 2009, 18 (19).

<sup>414</sup> Dazu *Karger*, ITRB 2009, 18.

<sup>415</sup> *Mebrings*, NJW 1986, 1904 (1906); *Zabrnt*, DB 1986, 157.

<sup>416</sup> KG, CR 1990, 768 ff.; die veröffentlichten Urteilsgründe ergeben aber nicht genau, ob es überhaupt um Änderungen geht.

<sup>417</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.

<sup>418</sup> BGH, Urt. v. 8.1.2002, X ZR 6/00, BB 2002, 648 (LS) = JurPC Web-Dok. 98/2002.

Ist kein Festpreis vereinbart, sondern ein **Aufwandsentgelt**, muss der Besteller die Kosten für einen eventuell zusätzlichen Aufwand tragen. Umgekehrt muss er bei geringerem Aufwand weniger zahlen. Auf große Abweichungen muss der Unternehmer aber hinweisen.<sup>419</sup> 428

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. 429

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>420</sup> 430

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. 431

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>421</sup>.

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 432

<sup>419</sup> OLG Köln, OLG-Report Köln 1998, 157 = CR 1998, 600.

<sup>420</sup> So jedenfalls BGH, CR 1991, 86 (88) mit. krit. Anm. *Brandi-Dobrn*.

<sup>421</sup> *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1431.

nicht geschuldet, wenn diese für den Besteller ohne Nutzen sind.<sup>422</sup> In allen anderen Fällen bleibt beim Scheitern der Vertragsverhandlungen dem Besteller nur eine Kündigung nach § 649 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 § 649 BGB.<sup>423</sup>

433 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 § 649 BGB. In diesen Fällen ist jedoch auch eine Teilkündigung denkbar.

434 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.

## 7. Kündigung und Rücktritt

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

436 Weiterhin gibt es ein Kündigungsrecht für den Unternehmer gem. **§ 643 BGB** bei 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>424</sup> dargestellt.

437 Der Besteller hat des Weiteren ein **Kündigungsrecht nach § 649 BGB**, ohne dass es irgend eines Grundes bedarf.<sup>425</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.

438 Bei **Festvergütungsvereinbarungen**, bei denen die Kalkulationsgrundlage des Unternehmers dem Besteller nicht dargelegt wird, wird es dem Besteller sehr schwer fallen, hier irgend etwas Vernünftiges darzulegen, weil er einfach die Kalkulationsgrundlage nicht

<sup>422</sup> BGH, Urt. v. 5.6.1997 – VII ZR 124/96, NJW 1997, 3017 (3018); MüKoBGB/*Busche*, § 649, Rn. 33.

<sup>423</sup> *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1432.

<sup>424</sup> Rn. 412.

<sup>425</sup> Dazu auch OLG Hamm, CR 2006, 442.

kennt. In diesem Falle hat der BGH die **Darlegungs- ggi. 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>426</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>427</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>428</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 § 649 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 **438a Klauseln**, die für den Fall der Kündigung nach § 649 BGB **Pauschalvergütungen** vorsehen. 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>429</sup> Für Softwareverträge dürften eher 40–50 % angemessen sein<sup>430</sup>.

Neben den erörterten, im Gesetz vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten wird im **439 Werkvertragsrecht** jedenfalls dann, wenn eine längere Zusammenarbeit für die Durchführung des Werkes notwendig ist, auch ein sonstiges **Kündigungsrecht aus wichtigem Grund** (§ 314 BGB) gewährt.<sup>431</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>432</sup>

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.

Wann eine solche **Kündigung aus wichtigen Grund möglich und begründet ist**, ist **440** im Einzelnen streitig. In der schon mehrfach zitierten Entscheidung BGH-Entscheidung

<sup>426</sup> BGHZ 131, 362.

<sup>427</sup> Vgl. dazu BGH, BB 1999, 926; OLG Oldenburg, NJW-RR 1999, 1575; OLG München NJW-RR 2005, 573.

<sup>428</sup> So LG München I, Anlage 3 zu BB 1993, S. 14.

<sup>429</sup> BGH, BB 2011, 1873 mAnm v. Westphalen.

<sup>430</sup> Näher *Redeker*, ITRB 2012, 42.

<sup>431</sup> BGH, NJW 1993, 1972; NJW-RR 1999, 360; OLG Frankfurt, CR 2001, 503; Palandt/*Sprau*, § 649 Rn. 13; *Schmidt*, NJW 1995, 1313.

<sup>432</sup> Vgl. dazu ausführlich BGH, NJW 1993, 1972 ff.

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>433</sup>

- 441 Darüber hinaus haben einzelne Gerichte schon den Einbau einer Programmsperre als Kündigungsgrund angesehen.<sup>434</sup> Andere Gerichte haben diesen Kündigungsgrund unter gleichen Voraussetzungen abgelehnt.<sup>435</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>436</sup> Besteht keine Gefahr, dass die Programmsperre bei ordnungsgemäßer Benutzung des Programms aktiviert wird und liegt deswegen auch nach der Rechtsprechung des BGH kein Mangel vor, dürfte ein Kündigung aus wichtigem Grund ebenfalls ausscheiden.

- 442 Ein Kündigungsgrund aus wichtigem Grund könnte auch dann vorliegen, wenn etwa Mitarbeiter des Softwareherstellerunternehmens **Betriebsgeheimnisse** weiterleiten und das Softwareunternehmen nach Abmahnung dagegen nichts unternimmt.

- 443 Ob eine Kündigung aus wichtigem Grund bei **Nichtvorliegen des wichtigen Grundes** als Kündigung nach **§ 649 BGB zu behandeln ist**, ist streitig.<sup>437</sup> Die Rechtsprechung neigt zu dieser Rechtsfolge.<sup>438</sup> Dies ist in aller Regel auch zweckmäßig, weil bei Entscheidung eines Rechtsstreits eine – sonst notwendige – Fortführung des Werks meist kaum noch möglich ist. Wegen der sehr unterschiedlichen Rechtsfolgen der Kündigungen sollte aber im Einzelfall exakt abgewogen und sollten die Umstände des Falles genau betrachtet werden.

Es empfiehlt sich, in der Vertragsgestaltung die Rechtsfolgen solcher Kündigungen jedenfalls bei komplexeren Projekten ausgiebig zu regeln und eventuell je nach Projektfortschritt auch sonstige Teilkündigungsmöglichkeiten, insbesondere unter Verzicht des Unternehmers auf die Rechte aus § 649 BGB vorzusehen. Die Vertragsparteien haben hier zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten.

- 444 Eine Klausel in den **allgemeinen Geschäftsbedingungen** des Bestellers, die ein einseitiges **freies Kündigungsrecht** des Bestellers vorsieht, verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam. Demgemäß ist auch § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung von der Rechtsprechung nicht anerkannt worden.<sup>439</sup> Ob Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die beiderseitige freie Kündigungsmöglichkeiten nach Fertigstellung einzelner Teilabschnitte vorsehen, als allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam sind, ist offen. Da es um definierte Zeitpunkte und beidseitige Rechte geht, dürfte aber keine unangemessene Benachteiligung vorliegen, auch wenn die Vergütungspflicht des Bestellers nach § 649 BGB ausgeschlossen ist. Immerhin geben die Klauseln auch klar an, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Kündigungsmöglichkeit besteht. Diese Gründe sind auch durch den Projektverlauf sachlich gerechtfertigt. Diese Voraus-

<sup>433</sup> BGH, NJW-RR 1999, 360.

<sup>434</sup> OLG Düsseldorf, Beil. Nr. 13 zu BB 1993, S. 6 f.

<sup>435</sup> OLG Köln, OLG-Report Köln 1995, 285.

<sup>436</sup> AA OLG Düsseldorf, Beil. 13 zu BB 1993, S. 6 f.

<sup>437</sup> Näher *Schmidt*, NJW 1995, 1313.

<sup>438</sup> ZB OLG Düsseldorf, *Zabrt*, ECR OLG 228.

<sup>439</sup> BGH, NJW 1997, 2043 (2044) = CR 1997, 470 (471 ff.) m. zust. Anm. *Lehmann*; ebenso für eine ähnliche Klausel OLG Köln, CR 1998, 82 (noch zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).

setzungen genügen auch den Anforderungen des § 308 Nr. 3 BGB.<sup>440</sup> Weiterhin ist zu beachten, dass sich ein Werkvertrag mit solchen Klauseln meist einem Dauerschuldverhältnis annähert.

Allerdings muss beachtet werden, dass sich nicht aus den individuellen Leistungsvereinbarungen bei Vertragsschluss ergibt, dass ein solches Kündigungsrecht nicht besteht. Eine solche Vereinbarung würde nämlich wegen des Vorrang der Individualabrede den Klauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgehen.

Im Übrigen kann der Unternehmer natürlich dem Besteller ein freies Kündigungsrecht 445 gewähren.<sup>441</sup>

## 8. Klauseln zur Änderung von Gewährleistung und Haftung

### a) Klauseln der Softwareersteller

Der Hersteller von Individualsoftware wird häufig bestrebt sein, die **Mängelansprüche** 446 seines Kunden bzw. seine eigene **Schadensersatzhaftung** generell zu beschränken oder gar ganz auszuschließen. Im Individualvertrag sind hier vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten offen. Die Grenze liegt bei Vorsatz und Arglist sowie in Einzelfällen vielleicht bei der sittenwidrigen Ausnutzung einer Vormachtstellung. Generell sind hier wenig Grenzen zu beachten.

Anders ist dies bei Vereinbarungen in **allgemeinen Geschäftsbedingungen**.<sup>442</sup> Jede 447 Regelung der Gewährleistung muss hier die Grenzen der §§ 305 ff. BGB, insbesondere die Vorschriften des § 309 Nr. 8b BGB beachten.

Diese Vorschriften gelten zunächst nur für neu hergestellte Sachen und Leistungen. Da Computerprogramme keine körperlichen Sachen sind,<sup>443</sup> und auf den ersten Blick nicht unter den Begriff „Leistungen“ fallen, könnte zweifelhaft sein, ob die Vorschrift hier anwendbar ist. Es unterliegt aber keinem Zweifel, dass die Vorschrift des § 309 Nr. 8b BGB auch auf Computerprogramme anwendbar ist. Zunächst ist schon fraglich, ob der Sachbegriff in der Vorschrift überhaupt mit dem Sachbegriff des BGB übereinstimmt oder nicht ohnehin weitergeht. Jedenfalls der Begriff der Leistung ist aber so weit zu fassen, dass er Computerprogramme auch unabhängig von dem jeweiligen Träger, auf dem sie bei Lieferung abgegeben werden, umfasst. Demgemäß ist die **Vorschrift auf Computerprogramme anwendbar**.<sup>444</sup> Dies gilt auch für Open Source Software, jedenfalls, wenn sie nicht zur Weiterentwicklung, sondern zur Nutzung geliefert wird.<sup>445</sup>

§ 309 Nr. 8b aa BGB **verbietet** zunächst den **Ausschluss der Mängelansprüche** sowie 448 die Beschränkung auf die Einräumung von Ansprüchen gegenüber Dritten. Er verbietet auch, in allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzusehen, dass Gewährleistungsansprüche von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden. Hinsichtlich des Gewährleistungsausschlusses gilt die Vorschrift auch im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen.<sup>446</sup>

<sup>440</sup> Vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen/H.Schmidt, § 308 Nr. 3, Rn. 10 ff.

<sup>441</sup> OLG Düsseldorf, *Zabrnt*, ECR OLG 172.

<sup>442</sup> Zum Folgenden ausführlich Lehmann/Schmidt, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 701 ff.

<sup>443</sup> → Rn. 278 ff.

<sup>444</sup> Ebenso Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, § 309 Nr. 8 BGB Rn. 27; Lehmann/Schmidt, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 701 (735); wer im Übrigen einer so erweiterten Wortauslegung nicht folgen will, muss nach Sinn und Zweck der Vorschrift eine Gesetzeslücke annehmen, die im Wege der Analogie zu schließen wäre oder das gleiche Ergebnis über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB erreichen.

<sup>445</sup> AA Sester, CR 2000, 797.

<sup>446</sup> Palandt/Grüneberg, § 309 Rn. 67.

- 449 Ein **genereller Ausschluss der Mängelansprüche** kommt daher im Bereich der Individualsoftware in allgemeinen Geschäftsbedingungen auch bei der Überlassung von Open Source Software<sup>447</sup> **nicht in Betracht**. Dies gilt auch für Klauseln, die anstelle der Gewährleistung einen für den Kunden kostenpflichtigen Wartungsvertrag vorsehen oder Gewährleistungsrechte nur während einer Testphase gewähren.<sup>448</sup> Auch ist es nicht zulässig, die Gewährleistung bei Veränderungen der Software durch den Kunden oder von ihm beauftragte Dritte generell auszuschließen.<sup>449</sup> Dadurch wird die Gewährleistung ja auch für Mängel ausgeschlossen, die bei Abnahme vorlagen und von den Änderungen nicht berührt sind. Für das Vorliegen solcher Mängel ist allerdings der Kunde beweispflichtig.<sup>450</sup>
- 450 Wegen eines Verstoßes gegen das **Transparenzgebot** (jetzt § 307 Abs. 1 S. 2 BGB) soll auch eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen **unwirksam** sein, nach der keine Gewährleistungsansprüche gegen den Softwareersteller bestehen, wenn der Liefergegenstand aufgrund der Vorgaben des Bestellers erstellt wurde und der Mangel hierauf beruht.<sup>451</sup> Bei dieser Klausel kann es nur um Fälle gehen, in denen die Vorgaben allgemein übliche Eigenschaften der Software gefährden. In anderen Fällen bestimmen die Vorgaben ja den Sollzustand der Software, so dass bei vorgabengetreuer Erstellung keine Mängel vorliegen können. Für den sich daraus ergebenden Einsatzbereich der Klausel ist die Entscheidung richtig.
- 451 **In Verträgen zwischen Unternehmen** ist es allerdings möglich, auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Vorgehen gegen Dritte anstelle der Geltendmachung eigener Gewährleistungsansprüche vorzusehen. Ob dies im Einzelnen immer zulässig ist, hängt allerdings auch von weiteren Umständen ab. Sitzt der Dritte z. B. im weit entfernten Ausland, kommt eine Verweisung auf ihn also praktisch einem Ausschluss der Gewährleistung gleich, wird jedenfalls im konkreten Einzelfall die Berufung auf die AGB-Klausel unzulässig sein, wenn nicht die Klausel von vornherein unwirksam ist. Wirksam ist auf jeden Fall eine Klausel, die beim Fehlschlagen der Inanspruchnahme des Dritten Ansprüche gegen den Lieferanten gewährt.<sup>452</sup> Unzulässig sind solche Klausel u. U. auch beim Erwerb von EDV-Gesamtsystemen.<sup>453</sup>
- 452 § 309 Nr. 8a bb BGB **verbietet** es auch im Unternehmensverkehr,<sup>454</sup> die Gewährleistungsansprüche auf **Nacherfüllungsansprüche zu beschränken**. Vielmehr muss der Rücktritt jedenfalls für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung vorbehalten bleiben. Die Minderung kann ausgeschlossen werden.<sup>455</sup> Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob eine solche Klausel bei Softwareverträgen sinnvoll ist – ist doch ein Rücktritt für den Lieferanten in aller Regel ökonomisch die unsinnigste Lösung, weil er nichts zurückerhält, was er anderweitig zusätzlich veräußern kann.
- Der Kunde muss auch Nacherfüllungsversuche zulassen (§ 636 BGB). Erst nach **Fehlschlagen der Nacherfüllung** kommen Rücktritt oder Minderung in Betracht. Dabei ist im Einzelnen sehr streitig, wann denn nun die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist, insbesondere wie viele Nacherfüllungsversuche der Abnehmer zulassen und welche

<sup>447</sup> Koch, ITRB 2007, 285 (286).

<sup>448</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ernst Klauseln, Vertragstypen, AGB-Werke: Softwareverträge, Rn. 46; Weyer, CR 1988, 711 (712).

<sup>449</sup> Vgl. dazu OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1224 = CR 2000, 811.

<sup>450</sup> Lehmann/Schmidt, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 701 (735 f.).

<sup>451</sup> LG Stuttgart, Urt. v. 10.8.1999, 20 O 170/99, JurPC Web-Dok. 230/2000.

<sup>452</sup> MüKo/Wurmnest, § 309 Nr. 8, Rn. 32.

<sup>453</sup> Dazu → Rn. 693.

<sup>454</sup> MüKo/Wurmnest, § 309 Nr. 8, Rn. 48.

<sup>455</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, § 309 Nr. 8b bb, Rn. 70.