

Geänderter Vertragstyp für die Erstellung von Individualsoftware

Information Seite 1/2

Themenübersicht

- ITK-Projekte nach Kaufrecht?
- Kernaussagen des Bundesgerichtshofs
- Software als Sache
- Konsequenzen des BGH-Urteils
- Auswirkungen für Verträge und AGB
- Grundlegend andere Regeln für Projekte
- Handlungsbedarf

ITK-Projekte nach Kaufrecht?

Seit der Modernisierung des Schuldrechts zum 01.01.2002 wird kontrovers diskutiert, ob die Erstellung von Individualsoftware nach den Neuregelungen einen (reinen) Werkvertrag oder einen Kaufvertrag mit nur einigen Werkvertragsregeln („Werkkauf“) darstellt. In der Praxis werden solche Softwareprojekte oft weiterhin wie Werkverträge behandelt.

Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied am 23.07.2009 erstmals grundsätzlich über die Anwendung der maßgeblichen Vorschrift (§ 651 BGB) dafür, ob ein (reiner) Werkvertrag oder ein „Werkkauf“ vorliegt – mit wohl ganz erheblichen Auswirkungen.

Kernaussagen des Bundesgerichtshofs

Im Urteil vom 23.07.2009 (Az: VII ZR 151/08) hat der BGH über die Lieferung von Teilen für eine technische Anlage entschieden. Der für Werkvertragsrecht zuständige 7. Zivilsenat traf dabei grundlegende höchstrichterliche Aussagen für die Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag nach der Schuldrechtsmodernisierung:

Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge anzuwenden, die zur Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden *beweglichen Sache* verpflichten (amtlicher Leitsatz 1). Das gilt auch, wenn dafür Planungsleistungen zu erbringen sind, solange diese nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden (amtlicher Leitsatz 3).

Software als Sache

Die Brisanz dieses Urteils wird im Zusammenspiel mit der rechtlichen Bewertung von Software durch den BGH deutlich: Zuletzt im Urteil vom 15.11.2006 (Az: XII ZR 120/04) hatte der BGH seine Rechtsprechung bestätigt, dass Software eine Sache darstellt. Für ihre Nutzbarkeit müsse Software stets gespeichert und damit verkörpert

sein, selbst wenn nur vorübergehend. Rechtlich ist Software nach dem BGH also eine *bewegliche Sache*.

Konsequenzen des BGH-Urteils

Gegenstand und Ziel von Verträgen zur Neuerstellung von Individualsoftware ist typischerweise gerade die Lieferung oder Übergabe der funktionsfähigen Individualsoftware. Das aktuelle Urteil des Bundesgerichtshofs legt mehr als nahe, dass dafür seit der Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002 Kaufrecht mit einigen werkvertraglichen Ergänzungen gilt (§ 651 S. 3 BGB).

Dann ist Kaufrecht mit einigen werkvertraglichen Ergänzungen auch die Grundlage für Vereinbarungen über die Neuerstellung von Individualsoftware und nicht – „wie gewohnt“ – Werkvertragsrecht.

Auswirkungen für Verträge und AGB

Grundlage des Urteils des BGH sind die bereits seit dem 01.01.2002 geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Die Aussagen des BGH gelten daher für alle seitdem geschlossenen Verträge, auch für laufende Projekte. Sie sind auch maßgeblich für die (Un-)Wirksamkeit von Regelungen in Standardtexten für Vereinbarungen (Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB) wegen zu weitgehender Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen.

Soweit individuelle Verträge keine Regelung treffen, gelten ergänzend die gesetzlichen Bestimmungen. Sind Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, gelten an deren Stelle ebenfalls die gesetzlichen Bestimmungen. Bisher ging die Praxis davon aus, dass dann jeweils Werkvertragsrecht gilt. Der BGH legt nun mehr als nahe, dass stattdessen Kaufrecht mit einigen werkvertraglichen Ergänzungen anzuwenden ist – also grundlegend andere Regelungen.

Das würde für laufende und neue Projekte bedeuten, dass sich die Vertragspartner an den „falschen“ gesetzlichen Bestimmungen orientieren und entsprechend handeln. Die schwer vorhersehbaren rechtlichen Konsequenzen solcher „falschen“ Vorgehensweisen bedeuten erhebliche wirtschaftliche Risiken für beide Vertragspartner.

Grundlegend andere Regeln für Projekte

Eine Geltung von Kaufrecht mit einigen werkvertraglichen Ergänzungen bedeutet wesentliche Änderungen gegenüber (reinem) Werkvertragsrecht. Dazu nur als Beispiele für die gesetzlichen Bestimmungen:

Das Gesetz sieht keine Abnahmeerklärung vor, auch kein Selbstabhilferecht des Auftraggebers bei nicht fristgerecht bereinigten Mängeln. Der Auftraggeber kann für eine Nacherfüllung zwischen Neulieferung und Nachbesserung wählen. Der Auftragnehmer ist nicht zu Teilleistungen berechtigt und erhält auch keine Abschlagszahlungen für Teilleistungen (etwa Phasen, Milestones).

Die Auswirkungen der geänderten gesetzlichen Grundlage sind je nach konkretem Projekt unterschiedlich. Sie konfrontieren beide Vertragspartner mit möglichen Vor- und Nachteilen. Etwa unangemessene oder lückenhafte Ergebnisse der gesetzlichen Bestimmungen erfordern entsprechende vertragliche Regelungen.

An Werkvertragsrecht orientierte Standard-Vertragstexte tragen in wesentlichen Bereichen (etwa Abnahme) ein hohes Risiko der Unwirksamkeit. Handeln die Vertragspartner nach solchen Regelungen, können sie erhebliche Nachteile zu ihren eigenen Lasten bewirken.

Zwar fehlen weiterhin Urteile spezifisch zum Vertragstyp der Neuerstellung von Individualsoftware nach modernisiertem Schuldrecht. Der Bundesgerichtshof gibt dafür aber eine klare Linie für die Anwendung von Kaufrecht mit einigen werkvertraglichen Ergänzungen (§ 651 S. 3 BGB) vor – statt (reines) Werkvertragsrecht.

Eine Ausnahme davon gilt nach dem BGH allenfalls wenn Planungsleistungen so dominieren, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bilden – etwa weil kein funktionsfähiges Leistungsergebnis geschuldet wird. Dann soll weiterhin Werkvertragsrecht anwendbar sein. Das kann etwa für Konzepte oder Spezifikationen gelten, die im Rahmen des Vertrages nicht (auch) in funktionsfähige Software umzusetzen sind.

Handlungsbedarf

Die erheblich geänderten Grundlagen müssen nicht nur in individuellen Verträgen berücksichtigt und umgesetzt werden, sondern erfordern auch die Überprüfung und Anpassung der Vertragsmuster und Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Selbst Vereinbarungen für bereits laufende Projekte sind nach den neuen Maßstäben zu überprüfen und soweit möglich anzupassen.

Von großer Bedeutung ist die praktische Umsetzung der geänderten rechtlichen Vorgaben in der Anbahnung und Durchführung von Projekten, auch laufender Projekte. Nur so können aus der geänderten rechtlichen Bewertung folgende – teilweise ganz erhebliche – Risiken erkannt und kontrolliert werden.

Schließlich sind geänderte Vertragstexte und angepasstes Vorgehen für Projekte in internen Prozessen abzubilden, von der Geschäftsanbahnung bis zum Risk Management.

Da die Beurteilung des BGH für alle Verträge seit der Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002 gilt, ist die zeitnahe Umsetzung des Handlungsbedarfs geboten.

Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Martin Schweinoch
(m.schweinoch@skwschwarz.de)

Practice Group IT, Internet und E-Business

Nikolaus Bertermann	Dr. Matthias Nordmann, M.A.
Dr. Oliver Bühr	Dr. Andreas Peschel-Mehner
Markus von Fuchs, LL.M.	Dr. Ulrich Reber
Florian Hensel	Stefan C. Schicker, LL.M.
Johann Heyde	Prof. Dr. Mathias Schwarz
Dr. Oliver Hornung	Martin Schweinoch
Dr. Daniel Kaboth	Udo Steger
Dr. Wulf Kamlah	Martin Stück
Sabine Kröger	Dr. Johannes Thoma
Dr. Eberhard Kromer MBA	Julian Westpfahl
Dr. Karolin Nelles	Dr. Anne Zoll

Impressum

SKW Schwarz
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaft
Sitz der Partnerschaft ist München,
eingetragen beim Amtsgericht München PR 884.

Vertretungsberechtigter: Prof. Dr. Mathias Schwarz,
Redaktionell Verantwortlicher: Martin Schweinoch.

E-Mail: IT@skwschwarz.de

Standorte:

10719 **Berlin**
Kurfürstendamm 38/39
T +49 (0) 30.889 26 50-0
F +49 (0) 30.889 26 50-10

40212 **Düsseldorf**
Steinstraße 1/Kö
T +49 (0) 221.82 89 59-0
F +49 (0) 221.82 89 59-60

20095 **Hamburg**
Spitalerstraße 4
T +49 (0) 40-33 40 10
F +49 (0) 40-33 40 15 [30](http://www.skwschwarz.de)

60598 **Frankfurt/Main**
Mörfelder Landstraße 117
T +49 (0) 69.63 00 01-0
F +49 (0) 69.63 55 22

80333 **München**
Wittelsbacherplatz 1
T +49 (0) 89.286 40-0
F +49 (0) 89.280 94-32

**Bitte beachten Sie die neue
Faxnummer des Standorts
Hamburg**

Um den IT-Ticker abzubestellen, senden Sie uns bitte eine E-Mail oder informieren Sie Ihren Ansprechpartner in der Kanzlei. Gerne informieren wir Sie über unsere anderen Ticker und Newsletter.

Gesetzliche Berufsbezeichnung: Rechtsanwalt/-anwältin der BRD.

Zuständige Rechtsanwaltskammer: Rechtsanwaltskammern Berlin, Düsseldorf, Frankfurt a.M., Hamburg und München.

Die berufsrechtlichen Regelungen sind unter <http://www.brak.de> in der Rubrik „Berufsrecht“, Informationspflichten gem. § 5 TMG abrufbar.

© SKW Schwarz 2009