IT-Recht

Redeker

8., vollständig überarbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-79266-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Bei Verletzung von Beratungspflichten kann ein Schadensersatzanspruch auch auf Rückgängigmachung des Vertrages gerichtet sein.[415] Daneben kommt ein Anspruch auf Ersatz des Schadens in Betracht, der dem Kunden durch Festhalten an dem Vertrag entsteht. Ein Anspruch auf Vertragsanpassung besteht nicht.[416] **420**

b) Geheimhaltung

Eine zweite Gruppe von Pflichten ist die der **Geheimhaltungspflichten.** Bei der Erstellung von Individualsoftware muss der Unternehmer in aller Regel zwangsläufig mit Details der Betriebsgestaltung des Bestellers vertraut werden, da er anderenfalls die Software gar nicht erstellen kann. Er erhält so oft Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen des Bestellers. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ist er im Hinblick auf diese Geschäftsgeheimnisse zur vertraulichen Behandlung verpflichtet. Eine darüber hinaus gehende und diese Regelung präzisierende vertragliche Regelung ist schon wegen § 2 Nr. 1 Buchst. b GeschGehG dringend angezeigt. Solche Vereinbarungen gehören zu den von dieser Vorschrift geforderten angemessenen Geheimhaltungsvorschriften. Insbesondere sollte auch vereinbart werden, in welcher Art und Weise der Unternehmer die Geheimnisse schützt und dass er auch seine Arbeitnehmer selbst zur Einhaltung der Betriebsgeheimnisse verpflichtet.[417] Solche Regelungen sind auch als allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam.[418] **421**

Bei Verletzung der Geheimhaltungspflicht muss der Unternehmer Schadensersatz leisten. Die Höhe des Schadens dürfte in vielen Fällen freilich schwer dazulegen sein, so dass sich in aller Regel im Hinblick auf Geheimhaltungspflichten die Vereinbarung einer **Vertragsstrafe** für den Fall der Verletzung anbietet. Dies ist auch nicht nur in individuellen Verträgen, sondern auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig. Die Höhe muss freilich angemessen sein. Ggf. sind vertraglich unterschiedliche Höhen – je nach verletztem Schutzinteresse – zu vereinbaren. Darüber hinaus ist bei einer nachhaltigen Pflichtverletzung die Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit entfallen, so dass der Hersteller nach § 324 BGB vom Vertrag zurücktreten kann. Er kann dann aber schon erbrachte Teilleistungen auch dann nicht behalten, wenn sie für ihn von Interesse sind. **422**

Es stellt sich die Frage, ob er diese Folge dadurch überwinden kann, dass er nicht vom Vertrag zurücktritt, sondern kündigt. Bei **komplexeren Entwicklungsaufträgen** dürfte sich ein solches Kündigungsrecht im neuen Recht aus § 314 BGB ergeben. Auch Werkverträge können im Einzelfall Dauerschuldverhältnisse sein.[419] Dies gilt besonders für größere Softwareprojekte. Hier geht aber § 648a § 314 BGB vor.[420] **423**

c) Weitere Pflichten

Weiterhin sind Fälle bekannt geworden, in denen der Unternehmer in das Programm eine **Sperre** einbaute oder durch sonstige programmtechnische Gestaltungen die Nutzungsmöglichkeit des Programms einschränkte. Soweit Sperren dem Schutz gegenüber unbefugten Dritten dienen und der Abnehmer so unterrichtet und ausgebildet wird, dass seine Benutzungsmöglichkeiten nicht eingeschränkt werden, ist dies zulässig.[421] Werden **424**

[415] OLG Koblenz CR 1990, 41 (43) = WM 1989, 222 (223 f.).
[416] BGH BB 2006, 1650 = NJW 2006, 3139.
[417] Dazu Intveen ITRB 2007, 259.
[418] Anders wegen § 74 Abs. 2 HGB im Arbeitsrecht.
[419] Grüneberg/Grüneberg BGB § 314 Rn. 2.
[420] Grüneberg/Retzlaff BGB § 648a Rn. 15.
[421] BGH NJW 1981, 2684; → Rn. 344.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

hingegen die Nutzungsmöglichkeiten des Anwenders durch diese Maßnahmen beeinträchtigt und die Maßnahmen vor Abnahme ergriffen, handelt es sich um Mängel des Werks, so dass die Mängelansprüche eingreifen.[422] Neben diesen Ansprüchen dürfte ein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch nicht gegeben sein.

425 Werden diese Sperren **nach Abnahme** etwa im Zuge von Nachbesserungsarbeiten oder im Zuge der üblichen Wartungsarbeiten eingebaut, so ist dann, wenn ein Wartungs- bzw. Pflegevertrag besteht, die Frage im Zusammenhang mit diesem Vertrag zu erörtern.[423]

Geht es um Nachbesserungsarbeiten, so geht es um eine eigenständige Vertragsverletzung, die sich aus weitergehenden Treuepflichten während der Vertragsabwicklung hinsichtlich des ursprünglichen Werkvertrages ergibt. In diesem Fall ist im Zuge des Schadensersatzes der Unternehmer sowohl zur Beseitigung dieser von ihm bewusst eingebauten Mängel verpflichtet als auch zum Ersatz darüber hinausgehender Schäden.[424]

6. Leistungsstörungen auf Seiten des Bestellers

426 Auch der **Besteller** muss bei der Softwareerstellung **mitwirken.** Je nach Komplexität der Aufgabe kann es dabei um sehr umfangreiche Mitwirkungshandlungen gehen.[425] Im Vordergrund stehen Informationen über den Betrieb des Bestellers und dessen Organisation, die notwendig sind, damit die Software ordnungsgemäß erstellt werden kann. Dazu gehört uU auch der Hinweis auf die Änderung maßgeblicher gesetzlicher Vorschriften oder einschlägiger Normen.[426] Wird Software beim Besteller installiert, muss er auch die dafür notwendige Hardware und Betriebssoftware zur Verfügung stellen. Gegebenenfalls muss der Besteller auch ein Testsystem bereithalten. Sogar eine Organisationsänderung beim Kunden kann Voraussetzung für den Erfolg eines Softwareprojekts sein.[427] Softwareprojektverträge sollten über den Umfang der Pflichten und auch darüber, wie hinsichtlich ihrer Erfüllung kommuniziert werden soll, Vereinbarungen treffen.[428]

427 Werden die entsprechenden Leistungen vom Besteller **trotz Aufforderung** seitens des Unternehmers **nicht erbracht,** handelt es sich in aller Regel um **Obliegenheitsverletzungen.** Unterlässt der Besteller trotz entsprechender Aufforderung die erforderlichen Mitwirkungshandlungen[429], kommt er in Annahmeverzug (§ 295 Satz 2 BGB) mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen.[430]

So reduziert sich die Haftung des Unternehmers auf grobe Fahrlässigkeit. Der Unternehmer kann außerdem in diesem Fall nach **§ 642 BGB** eine angemessene Entschädigung verlangen. Die Entschädigung soll die durch die verzögerte Mitwirkung entstehenden Belastungen auffangen. Kann Personal und Material zeitweilig nicht eingesetzt werden, muss der Besteller die dem Unternehmer dafür entstehenden Selbstkosten ersetzen[431]. Dabei geht es in der Regel um die Kosten für während der Verzögerungszeit für die

[422] BGH CR 1987, 358 (360 ff.) = NJW 1987, 2004; OLG Stuttgart CR 1986, 639; OLG Celle NJW-RR 1993, 432 (434).

[423] Es dürfte eine Schlechterfüllung dieses Vertrages vorliegen.

[424] Vgl. OLG Zweibrücken 22.4.2021 – 2 U 46/20, IBRRS 2022, 2760 zu bei Reparaturarbeiten neu verursachten Mängeln eines Kfz.

[425] Näher Müller-Hengstenberg/Krcmar CR 2002, 549.

[426] OLG Frankfurt 22.3.1980, zitiert bei Brandi-Dohrn CR 1986, 63 (71).

[427] Schneider ITRB 2008, 261.

[428] Näher Witzel/Stern ITRB 2007, 107.

[429] Heydn/Schultz CR 2021. 145 (150).

[430] BGH NJW-RR 1994, 1469 (1470); MüKoBGB/Busche § 642 Rn. 21; aA wenig überzeugend Kapellmann, NZBau 2011, 193; zum folgenden ausführlich: Redeker ITRB 2011, 656.

[431] BGHZ 143, 32 (34).

beck-shop.de

Werkerstellung vorgehaltene und nicht anderweitig eingesetzte Arbeitsmittel.[432] Hinzu kommen evtl. kalkulatorisch nachweisbare Zuschläge auf diese Kosten, die während der Zeit der Verzögerung entstehen und dem Zuschlag auf diese Kosten im Vertragspreis entsprechen.[433] 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.

428 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.[434]

429 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.[435] Er bleibt dann – sollte die Mitwirkungshandlung nachgeholt werden – auch zur Werkleistung verpflichtet.

430 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).[436]

431 Zu beachten ist allerdings, dass die Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers aus Gründen seiner **eingeschränkten 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.[437] 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.

432 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.[438] Denkbar ist auch, dass die fristgerechte Herstellung des Werkes von den Vorausleistungen des Bestellers abhängt

---

[432] Ausgiebig dazu KG 29.1.2019 – 21 U 122/18, BeckRS 2019, 772.

[433] KG 29.1.2019 – 21 U 122/18, BeckRS 2019, 772; BGH 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544.

[434] Grüneberg/Retzlaff BGB § 643 Rn. 2; § 645 Rn. 7.

[435] BGHZ 50, 175; OLG Köln Zahrnt, ECR OLG 204; ähnlich auch LG Dresden CR 2011, 200

[436] BGH NJW 2002, 1262; Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, 205 ff.

[437] OLG Stuttgart Zahrnt, ECR OLG 168 = NJW CoR 1996, 255 (Ls).

[438] Zu weitgehend: Müller-Hengstenberg/Krcmar CR 2002, 549 (554 f.).

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.[439] In aller Regel kann sich diese Mitwirkungspflicht des Bestellers allerdings nur aus **ausdrücklichen Vereinbarungen** ergeben.[440]

433 Demgemäß versuchen die meisten Softwareersteller in ihren Verträgen eine entsprechende Vereinbarung einzubauen. In individuellen Vereinbarungen ist dies möglich.[441] 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.

434 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.

435 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.

436 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.

---

[439] OLG Köln Zahrnt ECR OLG 154; vgl. auch Schneider ITRB 2008, 261 (262 f.).

[440] Lehmann/Köhler/Fritzsche, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 513 (600); Heussen CR 1989, 809 f.; Müglich/Lapp CR 2004, 801 (802).

[441] Dazu Witzel/Stern ITRB 2007, 167 (168).

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

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 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. **437**

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.[442] **438**

Über diese Pflichten hinaus kann es je nach Vereinbarung im Einzelfall weitergehende Verpflichtungen des Bestellers geben, bei deren Verletzung ebenfalls Schadensersatzansprüche denkbar sind. **439**

7. Änderung des Softwareerstellungsvertrages

In vielen Fällen wird bei der Erstellung von Individualsoftware die **Realisierung** im Laufe der Erstellungszeit von der **anfänglich konzipierten Lösung abweichen.**[443] So kann sich während der Laufzeit herausstellen, dass die zunächst gewählte Lösung möglicherweise nicht 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. **440**

Erfahrungsgemäß treten auch bei ordnungsgemäß erstellen Pflichtenheften oft **Interpretationsspielräume** auf. Oft ist es auch so, dass sich im Pflichtenheft Fehler eingeschlichen haben. Es können Vorgaben unzweckmäßig oder gar unausführbar sein. Demgemäß müssen ggf. Aufgabenstellungen nachkorrigiert werden. Dieser Fall lässt sich von einem Änderungsverlangen oft nicht sauber trennen. **441**

Für beide Fälle sollten daher die vertraglichen Vereinbarungen bereits ein **Änderungsverfahren** (sog. Change-Request-Verfahren) vorsehen, wie dies schon in der BVB-Erstellung vorgesehen war. 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. **442**

---

[442] Näher dazu → Rn. 366.

[443] Zum Ganzen vgl. auch Redeker ITRB 2002, 190; Koch ITRB 2009, 160.

Ein in der Praxis bewährtes Change-Management-Verfahren ist auch in ITIL enthalten.[444]

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.[445] Gibt es keinen 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.[446]

443 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.[447] 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[448] und in individuellen Vereinbarungen schwierig.[449]

444 Wird **nichts vereinbart** oder wird das vereinbarte Verfahren – wie oft – nicht eingehalten[450], 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.[451] 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.[452]

445 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.[453] 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 %.[454] Darüber hinaus ist es so, dass

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

[444] Dazu Hoppen/Victor CR 2008, 199 (201 f.).

[445] Plastisch zu dem Problem OLG München CR 1989, 803 mAnm Heussen.

[446] Näher Zahrnt DB 1986, 157 f.

[447] Dazu ausgiebig Koch ITRB 2008, 61.

[448] BGH 21.9.2005 – XII ZR 312/02; NJW 2006, 138; NJW 2017, 1017; OLG Rostock NJW 2009. 3376: OLG Celle 30.1.2019 7 U 157/18, IBRRS 2019, 3736.

[449] Karger ITRB 2009, 18 (19).

[450] Dazu Karger ITRB 2009, 18.

[451] Mehrings NJW 1986, 1904 (1906); Zahrnt DB 1986, 157.

[452] KG CR 1990, 768 ff.; die veröffentlichten Urteilsgründe ergeben aber nicht genau, ob es überhaupt um Änderungen geht.

[453] OLG München IBRRS 2019, 0903.

[454] 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.

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 ursprünglich vereinbarten Preis erhält.[455] Das Gegenteil kann zwar vereinbart werden. Das kommt aber nur selten in Betracht.[456] Hat der Softwareentwickler freilich das Risiko evtl. Mehraufwände übernommen, muss er auch die Kosten dafür tragen.[457] 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.[458]

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.[459] 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 **446**
Kosten für einen eventuell zusätzlichen Aufwand tragen. Umgekehrt muss er bei geringerem Aufwand weniger zahlen. Auf große Abweichungen muss der Unternehmer aber hinweisen.[460]

Liegt keine Veränderung, sondern eine **Mangelbeseitigung** vor, wird also durch die **447**
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.

Ähnliches gilt, wenn der Zusatzaufwand auf ein **mangelhaftes Projektmanagement** **448**
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. **Sowieso-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 uU sogar Rechte nach §§ 323, 280, 281 BGB haben. Jedenfalls kann der Besteller die Bezahlung der Vergütung bis zur Erfüllung durch den Unternehmer verweigern.[461]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

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

[456] OLG Brandenburg 21.11.2018 4 U 19/18, NJW-RR 2019, 136.

[457] Ein sehr plastisches Beispiel aus dem Baubereich: OLG München BauR 2019, 1156.

[458] OLG Köln IBRRS 2019, 1447.

[459] BGH 8.8.2019 VII ZR 34/18, NZBau 2019, 706; ähnlich KG NZBau 2019, 771.

[460] OLG Köln OLG-Report Köln 1998, 157 = CR 1998, 600.

[461] So jedenfalls BGH CR 1991, 86 (88) mkritAnm Brandi-Dohrn.

449 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[462].

450 Ergibt sich der Zusatzwunsch allerdings nicht aus solchen Änderungen, sondern aus anderen Dingen, die im Verantwortungsbereich des Bestellers liegen, gilt dies nicht. Das 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 nach § 648a BGB seitens des Bestellers in Frage kommen. In diesem Fall ist ein Werklohn für noch nicht fertig gestellte Teile der Software nicht geschuldet (§ 648a Abs. 5 BGB).[463] 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.

451 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 Unternehmer (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.

---

[462] Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1432.

[463] BGH NJW 1997, 3017 (3018); MüKoBGB/Busche § 648a Rn. 10.

beck-shop.de DIE RECHTSHANDELN