

IT Agreements in Germany

Englischsprachige IT-Verträge nach deutschem Recht

von
Joachim Schrey, Tobias Kugler

1. Auflage

IT Agreements in Germany – Schrey / Kugler

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Informationsrecht, Neue Medien – Allgemeines



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62058 4

nung in drei Fehlerklassen vorgesehen, nämlich kritische Fehler, wesentliche Fehler und unwesentliche Fehler. Was jeweils kritische, wesentliche und unwesentliche Fehler ausmacht, ist in der Definitionenliste in § 1 des vorgestellten Vertragsmusters beschrieben.

Streitig und der Anlass für umfangreiche Diskussionen im Laufe von Vertragsverhandlungen ist häufig, wer das letzte Entscheidungsrecht über die Klassifizierung festgestellter Fehler haben soll. Da die Klassifizierung von Fehlern regelmäßig danach erfolgt, welche Auswirkungen der Fehler letztlich auf die Abwicklung der in der Softwarelösung abgebildeten Geschäftsvorfälle hat, ist naturgemäß der Auftraggeber zur Letztentscheidung über die Fehlerklassifizierung berufen. Auftragnehmer fürchten in einer solchen Situation jedoch oftmals, dass der Auftraggeber dazu neigen könnte, festgestellte Fehler möglichst als kritische oder wesentliche Fehler zu klassifizieren, um eine sofortige Fehlerbeseitigung zu erreichen und nicht auf eine Fehlerbeseitigung im Rahmen seiner Mängelansprüche oder gar im Rahmen eines für die Zeit nach Produktivsetzung abzuschließenden Wartungsvertrages angewiesen zu sein. Damit verknüpft ist die Sorge, dass der Auftraggeber die Abnahme und damit den Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche sowie die Fälligkeit der an die Abnahme geknüpften Zahlungsmeilensteine möglichst weit hinauszögern könnte, um schließlich eventuell sogar die Zeit bis zum Nachtest festgestellter Fehler für weitere Tests nutzen zu können. Daher verlangt der Auftragnehmer häufig ein Vetorecht gegen eine vom Auftraggeber vorgenommene Fehlerklassifizierung. Ein solches Vetorecht führt die Parteien aber möglicherweise in ein Sackgasse, weil dadurch keine für beide Parteien verbindliche Fehlerklassifikation vorgenommen wird. Denkbar sind verschiedene Kompromisslösungen, wobei im vorgestellten Vertragsmuster der Kompromiss darin besteht, dass letztlich die Letztentscheidung des Auftraggebers maßgeblich ist, der Auftragnehmer aber – wie bei allen zwischen den Parteien entstehenden Rechtsstreitigkeiten – die Möglichkeit hat, den im Vertrag vorgesehenen Eskalationsweg zu beschreiten.

c) Verpflichtung zur Abnahmeerklärung: In Ziff. 7.3 des vorgestellten Vertragsmusters wird der Auftraggeber verpflichtet, die Abnahme unter bestimmten Bedingungen zu erklären. Eine Verpflichtung zur Abnahmeerklärung besteht dann, wenn keine kritischen oder wesentlichen Fehler in der Softwarelösung festgestellt wurden, auch die Dokumentation der Softwarelösung frei von Unzulänglichkeiten ist und schließlich die Softwarelösung im Rahmen der Abnahmetests eine gewisse Laufstabilität über mehrere Tage gezeigt hat. Bei der Bemessung der Zeitdauer, innerhalb derer die Softwarelösung diese Laufstabilität aufzuweisen hat, sollten die unterschiedlichsten Echtbetriebsbedingungen simuliert oder erprobt werden, einschließlich Verarbeitungsläufen im Hintergrund oder über Nacht sowie eventuelle Sicherungsläufe etc. Daher ist die Frist für diesen Lauffähigkeitstest auch nicht in Werktagen, sondern in Kalendertagen ausgedrückt. Die Regelung des vorgestellten Vertragsmusters zu Gründen, die zur Abnahmeverweigerung berechtigen, ist so formuliert, dass in allen anderen Fällen die Abnahme erklärt werden muss, so dass besondere Sorgfalt auf die Formulierung des Katalogs der Fälle gelegt werden sollte, in denen der Auftraggeber zur Verweigerung der Abnahme berechtigt ist.

d) Unwesentliche Mängel: Mit der Regelung in Ziff. 7.3 des vorgestellten Vertragsmusters wird ferner eine Regelung nachgebildet, wie sie bereits in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB enthalten ist. Unwesentliche Mängel sollen den Auftraggeber eben nicht zur Verweigerung der Abnahme berechtigen; vielmehr ist es ihm bei diesen Mängeln zumutbar, auf die Mängelansprüche nach Vertrag bzw. gemäß § 634 BGB verwiesen

3. Teil

C. Kommentierung des vorgestellten Vertragsmusters

zu werden. Der Begriff des unwesentlichen Mangels (im vorgestellten Vertragsmuster als „*minor defect*“ bezeichnet) ist ebenfalls in der Definitionenliste in § 1 des vorgestellten Vertragsmusters definiert; ergänzend kann auf die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden, wonach ein Mangel dann als unwesentlich eingestuft wird, wenn es dem Auftraggeber zumutbar ist, trotz des festgestellten Mangels die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen. Letztlich kommt es also auf die Umstände des Einzelfalls an, ob eine solche Zumutbarkeit im Einzelfall unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gegeben ist (beispielsweise BGH, NJW 1992, 2481 oder OLG Köln, NJW-RR 2004, 1693).

e) Abnahmefiktion: Die Abnahmefiktionen am Ende von Ziff. 7.3 des vorgestellten Vertragsmusters erfüllen mehrere Funktionen:

Zum einen üben sie auf den Auftraggeber mittelbaren Druck aus, den Abnahmetest auch tatsächlich durchzuführen und nicht zu verzögern, um dadurch nicht in die Situation zu geraten, dass die Abnahmefiktion eingreift, ohne dass der Auftraggeber die Chance hatte, tatsächlich bestehende Mängel zu rügen.

Zum anderen wird der Auftragnehmer durch die Abnahmefiktion vor einem vertragswidrigen Verweigern und Verzögern der Abnahme geschützt, da die Abnahmefiktion auch dann eingreifen soll, wenn der Auftraggeber beispielsweise parallel zur Abnahmeprüfung die Softwarelösung auch schon ganz oder teilweise produktiv nutzt. In diesen Fällen verschafft sie dem Auftragnehmer die Befreiung vom Erfüllungsanspruch des Auftraggebers, der mit erklärter ebenso wie mit fingierter Abnahme endet und sich auf die entweder im Vertrag vorgesehenen oder gesetzlichen Mängelansprüchen konkretisiert.

Schließlich bewirkt der Eintritt der Abnahmefiktion auch, dass der an die Abnahme geknüpfte Zahlungsmeilenstein fällig wird und der Auftragnehmer somit einen fälligen Anspruch gegen den Auftraggeber hat, die an die Abnahme geknüpfte Teilzahlung zu leisten. Voraussetzung für den Eintritt der Abnahmefiktion ist natürlich, dass die Softwarelösung vom Auftraggeber zur Abnahme bereit gemeldet wurde und tatsächlich auch abnahmefähig ist. Im vorgestellten Vertragsmuster führen zwei Situationen zur Abnahmefiktion. Die erste Situation findet sich in ähnlicher Weise in der Regelung in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Anders als allerdings in diesem gesetzlich geregelten Fall ist nach der Regelung in Ziff. 7.3 des vorgestellten Vertragsmusters eine Frist zur Aufnahme der Abnahmetestmaßnahmen bereits vorgesehen und muss also nicht mehr ausdrücklich vom Auftragnehmer gesetzt werden. Die zweite im vorgestellten Vertragsmuster beschriebene Situation, die zu einer Abnahmefiktion führt, ist von der Rechtsprechung nach deutschem Recht als Fall der stillschweigenden Abnahme durch schlüssiges Verhalten des Auftragnehmers qualifiziert worden. Die produktive Ingebrauchnahme von Software wird – wenn sie über eine gewisse Zeit fortgesetzt wird – selbst bei Kenntnis kleinerer Mängel als stillschweigende Abnahme angesehen (vgl. OLG München, NJW 1991, 2158 oder OLG Düsseldorf, CR 2002, 324). Eine vorzugsweise vom Auftragnehmer formularmäßig verwendete Klausel, wonach die Softwarelösung sofort mit Aufnahme der produktiven Nutzung als abgenommen gilt, wäre gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam und damit nichtig, da die Gebrauchsfähigkeit von Software erst nach ausreichend langem Einsatz in der Praxis beurteilt werden kann. Damit würde die Möglichkeit des Auftraggebers, die Softwarelösung auf Fehler zu prüfen und diese zu rügen, in unangemessener Art und Weise eingeschränkt, zumal dies ja nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht des Auftraggebers ist (vgl. OLG Hamm, NJW 1989, 1041). Will der Auftragnehmer also eine Abnahmefiktion schon dann bewirken, wenn der Auftraggeber nur mit der produktiven Nutzung der Soft-

warenlösung beginnt, muss er dies in einer mit dem Auftraggeber individuell zu verhandelnden und zu vereinbarenden Klausel regeln.

5. Abnahmeverweigerung (Ziff. 7.4): Die Regelungen in Ziff. 7.4 des vorgestellten Vertragsmusters konkretisieren die Rechte des Auftraggebers bzw. Pflichten des Auftragnehmers in dem Falle, dass der Auftraggeber einen zur Verweigerung der Abnahme berechtigenden Fehler feststellt. Da er zu diesem Zeitpunkt die Abnahme ja gerade noch nicht erklärt hat, sind die Ansprüche des Auftraggebers in diesem Fall noch Erfüllungsansprüche und noch keine Mängelansprüche, die der vertraglichen oder der gesetzlichen (§ 634a BGB) Verjährung von Mängelansprüchen unterliegen.

a) Reproduzierbarkeit festgestellter Fehler: Voraussetzung für die Beseitigung eines vom Auftraggeber im Rahmen der Abnahme festgestellten Fehlers ist, dass der Auftragnehmer diesen Fehler nachvollziehen kann. Zu diesem Zweck benötigt er das Testverlaufsprotokoll, den Testvorfallsbericht und den Testergebnisbericht. Folgerichtig verpflichtet die Regelung in Ziff. 7.4 Satz 1 des vorgestellten Vertragsmusters den Auftraggeber, zusammen mit der schriftlichen Mitteilung über die Abnahmeverweigerung dem Auftragnehmer Kopien dieser Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Für die Vorlage dieser Unterlagen und der Anzeige der Abnahmeverweigerung wird dem Auftraggeber im vorgestellten Vertragsmuster wiederum eine Frist gesetzt, um im Interesse des Auftragnehmers für eine zügige Behandlung eventuell festgestellter Fehler zu sorgen und dem Auftragnehmer die Wahrnehmung des ihm ja auch nach deutschem Recht zustehenden Rechts auf Mangelbeseitigung zu ermöglichen. Da in diesem Fall ja schon feststeht, dass die Softwarelösung mangelhaft und damit nicht abnahmefähig ist, verbietet es sich, an die Versäumung dieser Frist zu Lasten des Auftraggebers ebenfalls eine Abnahmefiktion zu knüpfen. Da im vorgestellten Vertragsmuster jedoch die Zurverfügungstellung des Testverlaufsprotokolls, des Testvorfallberichts und des Testergebnisberichts als vertragliche Verpflichtung des Auftraggebers definiert ist, stehen dem Auftragnehmer im Falle der Versäumung dieser Frist durch den Auftraggeber mindestens Schadenersatzansprüche gemäß der §§ 280 ff. BGB zu.

b) Rechtsfolgen der Abnahmeverweigerung: Die im vorgestellten Vertragsmuster an die Abnahmeverweigerung geknüpften Rechtsfolgen bestehen zunächst in dem mangels Abnahme ja nach wie vor bestehenden Erfüllungsanspruch, der sich in dieser Situation in erster Linie in einen Anspruch auf Beseitigung der festgestellten Mängel konkretisiert. Wie der letzte Satz von Ziff. 7.4 des vorgestellten Vertragsmusters zeigt, erschöpfen sich die Rechtsfolgen der berechtigten Abnahmeverweigerung aber nicht nur in einem Anspruch auf Beseitigung der festgestellten Mängel. Vielmehr sollen dem Auftraggeber in dieser Situation natürlich auch alle anderen ihm nach Vertrag oder anwendbarem Recht zustehenden Ansprüche erhalten bleiben. Als vertragliche Ansprüche des Auftraggebers in dieser Situation kommen insbesondere Vertragsstrafen oder Ansprüche auf Schadenspauschalen in Betracht, die die Parteien möglicherweise an anderer Stelle des Vertrages an ein Scheitern der Abnahme oder an die Aufnahme des Produktivbetriebs geknüpft haben, die sich aufgrund des Scheiterns der Abnahme möglicherweise auch zeitlich verschiebt. Bei den im vorgestellten Vertragsmuster erwähnten gesetzlichen Ansprüchen kommen bei Anwendbarkeit deutschen Rechts insbesondere Schadenersatzansprüche neben der Leistung wegen eintretender Projektverzögerungen in Betracht. Als ersatzfähige Schäden wäre insbesondere an zusätzliche Aufwendungen des Auftraggebers zu denken, die aufgrund einer verspäteten Produktivsetzung der Softwarelösung entstehen können. Derartige Schadenersatzansprüche stünden dem Auftraggeber allerdings nur im Rahmen der an anderer Stelle des

3. Teil

C. Kommentierung des vorgestellten Vertragsmusters

vorgestellten Vertragsmusters vereinbarten Haftungsbeschränkungen zu. Soweit die Abnahme tatsächlich wegen Mängeln der Softwarelösung oder der Dokumentation verweigert wurde, dürfte dem Auftragnehmer der Nachweis, dass ihn an diesen Verzögerungen kein Verschulden trifft, wohl kaum gelingen.

6. Regressionstests (Ziff. 7.5): Nach Beseitigung der Mängel ist die Softwarelösung dem Auftraggeber erneut zur Prüfung vorzulegen. Die dann vorzunehmenden Tests des Auftraggebers bestehen in der Wiederholung aller oder einer Teilmenge aller Testfälle aus dem Abnahmetestverfahren, wie es in Ziff. 7.2 des vorgestellten Vertragsmusters beschrieben wurde. Damit sollen alle Aus- und Nebenwirkungen der vom Auftraggeber zur Fehlerbeseitigung vorgenommenen Modifikationen der bereits getesteten Softwarelösung aufgespürt werden. Aufgrund dieses leicht veränderten Testziels spricht man hier von Regressionstests („Regression-Tests“). Wie bei Regressionstests per definitionem möglich und üblich, kann der Auftraggeber selbst entscheiden, ob er das gesamte Abnahmetestverfahren, wie in Ziff. 7.2 des vorgestellten Vertragsmusters beschrieben, von Anfang an noch einmal durchführen möchte, oder ob er sich auf Nachtests der Module oder einzelner Funktionsbereiche hieraus beschränken will, in denen die zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Fehler festgestellt wurden. Falls sich die Abnahmeverweigerung nur auf wesentliche Unzulänglichkeiten der Dokumentation beschränkt, kann sich nach Korrektur der Dokumentation die Überprüfung des Auftraggebers auf die als unzulänglich befundenen Stellen der Dokumentation beschränken.

7. Scheitern der Mangelbeseitigung (Ziff. 7.6): Die in Ziff. 7.6 des vorgestellten Vertragsmuster definierten Rechtsfolgen für den Fall, dass die Beseitigung von während der Abnahmeprüfung festgestellten Fehlern in der Softwarelösung scheitert, bestehen zum einen aus dem Recht des Auftraggebers, von dem Vertrag mit Bezug auf die Implementierungs- und jede weitere Phase zurückzutreten, und zum anderen in einem Anspruch auf Ersatz der entstandenen Schäden oder vergeblichen Aufwendungen. Damit kommt das Bündel der im vorgestellten Vertragsmuster vorgesehenen Rechtsfolgen schon den im deutschen Recht gegebenen Rechtsfolgen relativ nahe; nach dem Katalog der Rechtsfolgen im vorgestellten Vertragsmuster hat der Auftraggeber jedoch anders als nach deutschem Recht keinen Anspruch auf Minderung bei gleichzeitigem Verbleib der fehlerbehafteten Softwarelösung beim Auftraggeber zur zumindest teilweisen produktiven Nutzung. In individuell ausgehandelten Verträgen dürfte dieser Ausschluss des Minderungsrechts zulässig und wirksam sein. Wäre das Minderungsrecht des Auftraggebers formularmäßig in einem vom Auftragnehmer vorgelegten Standardvertrag oder einer sonstigen allgemeinen Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 305 ff. BGB ausgeschlossen, so wäre die Bestimmung in § 309 Nr. 8 lit. (b) Alt. bb BGB zwar über §§ 310 Abs. 1, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch im Verkehr zwischen Unternehmern anwendbar (vgl. BGH, WM 1995, 1456; BGH, NJW 1994, 1005). Dennoch dürfte der im vorgestellten Vertragsmuster lediglich vorgesehene Ausschluss des Minderungsrechts AGB-rechtlich zulässig sein, weil sie sich ja eher zum Nachteil des die Klausel verwendenden Auftragnehmers auswirkte: Zum einen wäre nur die Beschränkung ausschließlich auf den Nachbesserungsanspruch AGB-rechtlich bedenklich und zum anderen zwänge der Ausschluss des Minderungsrechts den Auftraggeber ja immer zu der „radikalere Lösung“ des Rücktritts. Das wäre für den Auftragnehmer also sogar eher nachteilig, weil sie ihm nicht die Möglichkeit des zumindest teilweisen Erhalts seines Anspruchs auf Vergütung belässt.

Für den Fall, dass die Abnahme zunächst nur aufgrund von Unzulänglichkeiten der Dokumentation verweigert wurde und auch die Nachbesserung der Dokumentation

durch den Auftragnehmer scheitern sollte, wäre ein komplettes Scheitern des Softwareprojekts eine wohl unangemessen scharfe Reaktion, zumal Dokumentationsdefizite immer auch noch durch eigenes Personal oder sachverständige Dritte korrigiert und ausgeglichen, während Nacharbeiten an der Softwarelösung selbst durch Dritte nur ungleich schwieriger nachgeholt werden können. Daher ist in Ziff. 7.6 des vorgestellten Vertragsmusters für den Fall der gescheiterten Nachbesserung der Dokumentation als einzige Rechtsfolge ein entsprechender Schaden- oder Aufwendungsersatzanspruch in Höhe der Kosten vorgesehen, die dem Auftraggeber für eine Nachbesserung der Dokumentation durch eigene Kräfte oder Dritte entstehen sowie der hierdurch wiederum verursachten weiteren Verzögerungsschäden im Betrieb des Auftraggebers.

Anstelle dieser doch weitgehend den Rechtsfolgen nach deutschem Recht nachgebildeten Regelung finden sich in Softwareprojektverträgen, die ursprünglich nach angloamerikanischen Recht entworfen wurden, wesentlich weitergehende Restriktionen der dem Auftraggeber zustehenden Rechtsfolgen. Ein Beispiel:

“Supplier does not warrant that the Software Solution will be error-free, that the use of the Software Solution running on the productive environment of the Customer will be uninterrupted or that all defects will be corrected. Supplier specifically disclaims any representations or warranties, express or implied, regarding the Software Solution or any part thereof, its merchantability, its fitness for a particular purpose, accuracy and any other implied warranties arising from a course of dealing, usage, trade practice or performance.”

Würde ein Vertrag, der eine solche Klausel enthielte, im Übrigen unverändert dem deutschen Recht unterstellt werden, so wäre bei formularmäßiger Verwendung dieser Klausel als allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 305 ff. BGB deren Unwirksamkeit offensichtlich. Folge wäre nicht nur die Nichtigkeit dieser Klausel (§ 306 Abs. 1 BGB), sondern auch die in § 306 Abs. 2 BGB angeordnete Anwendbarkeit der vollen Bandbreite der werkvertraglichen Mängelansprüche gemäß §§ 634 ff. BGB. Selbst wenn eine solche Klausel trotz individueller Verhandlung der Parteien unverändert vereinbart worden wäre, scheiterte sie im Bereich der vorsätzlichen Mängel- und damit Schadensverursachung an § 276 Abs. 3 BGB, da dem Auftragnehmer die Haftung wegen Vorsatz im Voraus auch in individuell ausgehandelten Verträgen nicht erlassen werden kann.

§ 8 – Migration Phase

8.1 Migration iterations:

In parallel to the Implementation work, Supplier shall develop migration instructions specifying how Legacy Data shall be automatically extracted from the Customer’s legacy systems. According to the results of maximum five (5) test runs in which Legacy Data are extracted and entered into the Software Solution on Customer’s Testing Environment, Supplier with reasonable support of the Customer shall evaluate these results and enhance the migration instructions accordingly. Upon completion of the last module test, Supplier shall extract a complete set of Legacy Data from the legacy systems of Customer and its Affiliates. Supplier shall fill the extracted Legacy Data into the Software Solution on Customer’s Testing Environment and shall notify the Customer upon completion thereof and the readiness of migrated data for Customer’s acceptance pursuant to § 9 below.

3. Teil

C. Kommentierung des vorgestellten Vertragsmusters

8.2 Final Migration Run:

As part of Supplier's services for the Going Live Phase, Supplier shall fill a complete set of Legacy Data freezed and extracted from the legacy productive systems of Customer and its Affiliates into Customer's (and its Affiliate's) production environment short before the due date for Going Live ("Final Migration Run"). Only one (1) Final Migration Run per production environment shall be covered by the fixed price agreed by the Parties for Supplier's services in the Going Live Phase.

Anmerkungen

1. Einführung: Eine Datenmigration ist das Ersetzen einer Plattform, mit der Daten verwaltet werden. Die Datenmigration besteht typischerweise aus drei Schritten:

- Im Extraktionsschritt wird gefiltert, welche Daten übernommen werden sollen, da in jedem Anwendungssystem denkbar ist, dass bestimmte Daten, beispielsweise weil sie zeitlich veraltet sind, nicht mehr übernommen werden müssen. Solche Daten müssten aus dem Altsystem des Auftraggebers nicht mehr extrahiert und in die nächsten Migrationsschritte überführt werden.
- Der zweite Schritt besteht aus einer Transformation der im Datenmodell des Altsystems vorhandenen Daten in das Datenmodell des Zielsystems.
- Im dritten und letzten Schritt werden die transformierten Daten ins Zielsystem geladen.

Technisch realisiert werden kann eine Datenmigration beispielsweise mit Hilfe von ETL-Tools oder mit SQL-Skripten. Dabei ist natürlich die Zuverlässigkeit der Datenmigration von eminenter Bedeutung, da für das Zielsystem notwendige Daten selbstverständlich nicht verloren gehen sollen. Zudem müssen regelmäßig sehr viele Objekttypen migriert werden, sodass sicherzustellen ist, dass die zu einem Objekttyp gehörigen Daten im Zielsystem tatsächlich auch in den für den identischen Objekttyp vorgesehenen Datenfeldern „landen“. Schließlich ist insbesondere bei selbstentwickelten Systemen die Beobachtung zu machen, dass ursprünglich einmal für einen Objekttyp erdachte oder als freies Bemerkungsfeld vorgesehene Datenfelder für die Belegung mit Daten anderer Objekttypen gewählt wurden, sodass im Rahmen der Transformation zumeist durch individualisierte Transformationsbefehle sichergestellt werden muss, dass auch solche Daten an die richtige Stelle im Datenmodell des Zielsystems eingeordnet werden.

Eine Ablaufsteuerung koordiniert den Datenmigrationsprozess für die verschiedenen Objekttypen. Die Ergebnisse einer Datenmigration werden im Zuge einer Migrationsverifikation anhand ausgewählter Testfälle regelmäßig manuell oder durch statistische Auswertungen überprüft.

2. Migrationsläufe (Ziff. 8.1):

a) Iteratives Vorgehen: Die Regelungen in Ziff. 8.1 des vorgestellten Vertragsmusters beschreiben das oben allgemein skizzierte Vorgehen bei der Datenmigration und ordnen diese Leistung komplett dem Auftragnehmer zu. Bis zu einer endgültigen automatisierten Datenmigrationslösung müssen typischerweise mehrere Iterationen mit den oben beschriebenen drei Migrationsschritten durchlaufen werden. Im Zuge der Migrationsverifikation festgestellte Fehler bei der Datenextraktion, deren Transformation oder der Zuordnung in das Datenmodell des Zielsystems werden in der nächsten Iteration korrigiert und erneut eine Datenmigration durchgeführt und verifiziert. Ziel

ist es, bei der Datenmigration einen möglichst hohen Automatisierungsgrad zu erreichen und damit den Umfang der manuell zu übertragenden Daten so gering wie möglich zu halten. Um andererseits aber auch den Aufwand zur Entwicklung einer hoch automatisierten Datenmigrationslösung in angemessenem Verhältnis zu dem andererseits entstehenden Aufwand für eine manuelle Restmigration zu halten, wurde im vorgestellten Vertragsmuster die Anzahl der zu durchlaufenden Iterationen auf maximal fünf beschränkt. Daten, die dann nicht oder nicht zutreffend migriert werden können, müssten auf Kosten des Auftraggebers manuell übertragen werden.

Auch die Entwicklung der automatisierten Datenmigrationslösung in den einzelnen Iterationen erfolgt selbstverständlich auf einer Entwicklungs- und die Verifikation auf einer Testumgebung des Auftraggebers.

b) Datenschutzrechtliche Relevanz der Altdatenmigration: Soweit bei den Arbeiten an einer automatisierten Datenmigrationslösung der Auftragnehmer auch Einsicht in Bestände des Auftraggebers mit personenbezogenen Daten (Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten, Interessenten etc.) erhält, sind die Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes zu beachten. Soweit möglich, ist es für die Parteien die günstigste Lösung, die Leistungen des Auftragnehmers im Zusammenhang mit der Datenmigration als Auftragsdatenverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG zu strukturieren und hierfür die in Ziff. 24.3 des vorgestellten Vertragsmusters in Bezug genommene Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung mit den in § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG vorgegebenen Inhalten speziell ausgerichtet auf die Datenmigrationsvorgänge abschließen.

c) Abnahme der Datenmigration: Auch die Datenmigration bedarf der Abnahme des Auftraggebers, sodass sichergestellt ist, dass die aus dem Altsystem des Auftraggebers extrahierten Daten auch in zutreffender Art und Weise in das aus der Softwarelösung bestehende Zielsystem übertragen werden. Da dies nur anhand der Inhalte und der funktionalen Bedeutung der Daten überprüft werden kann, ist die Mitwirkung des Auftraggebers nicht nur im Rahmen der einzelnen Datenmigrationsiterationen und insbesondere der Migrationsverifizierungen notwendig, sondern auch bei der finalen Abnahme.

3. Finale Datenmigration (Ziff. 8.2): Erst wenn diese finale Abnahme der automatisierten Datenmigrationslösung vorliegt, kann diese ein letztes Mal unmittelbar vor Produktivsetzung der Softwarelösung eingesetzt und ein „Produktivdatenbestand“ in die Produktivumgebung des Auftraggebers übernommen werden. Modifikationen an der abgenommenen automatisierten Datenmigrationslösung sind dann nicht mehr möglich bzw. von dem ursprünglich hier von den Parteien auf der Basis gewisser Annahmen vereinbarten Festpreis abgedeckt. Daher ist in Ziff. 8.2 Satz 2 des vorgestellten Vertragsmusters auch klarstellend geregelt, dass pro Produktivinstanz nur ein Final Migration Run erfolgt.

§ 9 – Acceptance of Migration

9.1 The Migration shall be subject to the Customer's acceptance. The Customer shall accept the Migration by giving written notice thereof within ... [insert number of Business Days] Business Days upon being notified by the Supplier of the full completion of the Migration unless Legacy Data to be migrated has not been migrated or the migrated Legacy Data is defective. If the Customer rightfully refuses to accept

3. Teil

C. Kommentierung des vorgestellten Vertragsmusters

the Migration pursuant to the forgoing sentence, it shall notify the Supplier thereof giving details of the missing Legacy Data or the defects of migrated data and request rectification thereof within reasonable time. If the Supplier fails to migrate the missing Legacy Data or to rectify the defect of the migrated Legacy Data within such reasonable time granted by the Customer, the Customer may (i) withdraw from this Agreement to the extent it concerns the Migration Phase (§ 8 Migration Phase) and at Customer's sole free discretion also to the Going Live Phase, and (ii) claim damages or wasted expenditure.

9.2 The proper completion of the Final Migration Run shall be quick-checked by the Customer in preparation of its decision to go live.

Anmerkungen

Die Abnahme der automatisierten Datenmigrationslösung unmittelbar vor dem Final Migration Run ist in § 9 des vorgestellten Vertragsmusters in ihrem Vorgehen sehr stark an das Vorgehen bei der Abnahmeprüfung der Softwarelösung selbst angelehnt. Es kann daher auf die Kommentierungen zu § 7 des vorgestellten Vertragsmusters verwiesen werden.

Allerdings beschränkt sich das Rücktrittsrecht des Auftraggebers auf die bei Scheitern der Abnahme der automatisierten Datenmigrationslösung auf die bis dahin noch nicht erbrachten Leistungen, also nur auf die Migration und die Going-Live-Phase.

Die automatisierte Datenmigrationslösung wird nach ihrer Abnahme final auf einen unmittelbar vor dem Going-Live-Termin „eingefrorenen“ Datenbestand im Altsystem des Auftraggebers angewendet und so zur Vorbereitung der Produktivsetzung in die inzwischen auch vom Auftragnehmer auf der Produktivumgebung des Auftraggebers installierte Softwarelösung überführt. Eine nochmalige Abnahme dieser letztmaligen Datenmigration des Produktivdatenbestandes (im vorgestellten Vertragsmuster als „Final Migration Run“ bezeichnet) bedarf nicht mehr der aufwendigen Abnahmeprüfung durch den Auftraggeber, da ja auch die automatisierte Datenmigrationslösung „eingefroren“ und nicht mehr verändert wurde. Vielmehr genügt jetzt nur noch eine finale Plausibilitätsprüfung, um bislang nicht entdeckte, aber möglicherweise die Produktivsetzung verhindernde Fehler in der Datenmigration eventuell noch aufdecken zu können.

§ 10 – Going-Live

10.1 Going Live Decision:

Upon (i) acceptance of the Migration and (ii) an explicit decision of the Parties' Steering Committee to go live with the Software Solution, the Supplier shall copy the Software Solution onto the Customer's production environment and shall thereafter conduct the Final Migration Run pursuant to Section 9.2 above.

10.2 Going Live Services:

If the Parties agreed upon additional services, such as training, on-site support during start of productive use, floor-walking-services etc. in