

**Webinare zu rechtlichen und technischen Fragen in
IT-Projekten**

**Wie mit Kostensteigerungen in
IT-Projekten umgehen?**

Daniel Brunner Daniel Holtorf

22. Juni 2021

Statt Folien: Unterlage zum Webinar

Inhaltsverzeichnis

1	Typische Ausgangssituation in IT-Projekten: Wie ist das Projekt technisch in die Schieflage geraten?	3
1.1	Projekt wurde zu günstig verkauft	3
1.2	Arbeitsweise von Kunden und Dienstleistern passen nicht zusammen	5
1.3	Der Stahlwerkeffekt	5
1.4	Entscheidungen und Probleme wurden in die Zukunft verschoben	6
1.5	Handwerkliche Fehler	6
1.6	Mängel im Projektmanagement	7
2	Rechtliche Einordnung: Wie ist das Projekt rechtlich in die Schieflage geraten?	9
2.1	Vertragliche Grundlagen	10
2.2	Übersicht Vertragsarten	12
2.3	Zuordnung von IT-Leistungsbereichen	16
2.4	Möglichkeit einer Teilabnahme	19
2.5	Vergütung in IT-Verträgen	20
2.6	Mögliche Ausgangsmöglichkeiten ("Exists")	23
2.7	Zusammenfassung	26
3	Handlungsempfehlungen	27
3.1	Ursachen und Risiken ermitteln	27
3.2	Projektabbruch erwägen	27
3.3	Flucht nach vorne: Verhandlungen zur Projekt- und Vertragsanpassung führen	29
4	Unsere Kontaktdaten	30

1 Typische Ausgangssituation in IT-Projekten: Wie ist das Projekt technisch in die Schieflage geraten?

Über IT-Projekte und insbesondere über Projekte mit Software-Entwicklung existieren eine Vielzahl von Lehrbüchern und Best-Practice-Beispielen. Vielen Büchern gemein ist, dass sie beklagen, dass IT-Projekte oftmals ihre Ziele nicht erreichen und ebenso häufig außerhalb des Budgets zu liegen kommen (vgl. beispielsweise Sommerville, Software Engineering, 10. Auflage, 2018, S. S. 717).

Ebenso findet man in der Tagespresse ausreichend Beispiele, in denen Projektziele nicht erreicht wurden oder die Kosten förmlich explodiert sind. Und, aus dem privaten und geschäftlichen Umfeld hört man oft, dass ein Projekt teurer geworden ist als eigentlich geplant.

Woran liegt das und wie kann man sich davor schützen? Im Bereich der Software-Entwicklung gibt es eine Reihe von Untersuchungen und Ansätzen. Einige der Erkenntnisse werden mit aufgenommen, im Folgenden beschreiben wir typische Fallkonstellationen, wie sie in den vergangenen Jahren in der IT-Beratung aufgetreten sind. Auch als Entwickler oder in der Leitung eines Projekts war und ist man nicht vor Fehlern nicht gefeilt, daher beruhen die Erkenntnisse einerseits aus Fällen der externen Beratung oder Sachverständigentätigkeit sowie auch aus eigener *leidvoller* Erfahrung (oder wie man sagt: "das hat man von befreundeten Unternehmen schon einmal gehört"). Der Fokus liegt klar auf Software-Projekten, sei es Eigenentwicklung oder auch die Einführung von Standard-Software. Die Ursachen sind aber auch auf andere Bereiche der Informationstechnologie übertragbar.

1.1 Projekt wurde zu günstig verkauft

Bereits in der Angebots- und Verhandlungsphase können Risiken für den Projekterfolg und das Budget gelegt sein. Kurz vor Abschluss, der Vertrieb wähnt den Auftrag schon sicher, steigt der Kunde in ein Preisgespräch ein.

Die sich nun anschließende Budgetverhandlung ist einerseits vom Willen des Kunden getrieben, einen günstigen Preis auszuhandeln, wohingegen der Dienstleister beginnt in der Gefahr des Abspringens Zugeständnisse zu machen.

Ein mir bekannter Architekt kommentierte diese Verhandlungen immer mit: "Ein Projekt kostet, was es kostet." Bei Lizenzen etc. mag der Dienstleister noch gut nachgeben können, bei den kalkulierten Zeitaufwänden für Berater, Programmierer etc. bleiben ihm in der Regel nicht viele Spielräume, soll sich das Projekt nicht ins Minus drehen oder er gegenüber dem Interessenten unglaublich werden. Also treten beispielsweise folgende Verhandlungsmuster auf:

- Wird ein Projekt in unterschiedlichen Komplexitäts- oder Komfortstufen angeboten, so einigt man sich auf eine niedrigere Stufe, dann mit einem niedrigeren Budget.
- Der Kunde übernimmt Teile des Projektes (wie beispielsweise Tests und Maßnahmen der Qualitätssicherung oder besonders beliebt, Teile der Datenmigration).
- Für einige der Schritte werden vermeintlich günstigere Methoden gewählt (bspw. bei einer Anforderungsermittlung Fragebögen statt Workshops).

In der Folge kommt es nun häufig zu Kostensteigerungen: Einerseits können die Annahmen (geringere Komplexität oder Kunde kann Aufgaben nicht übernehmen) nicht zutreffen und der Dienstleister schreibt Nachtragsangebote. Andererseits kann es sein, dass der Dienstleister nun für jede kleine, wenn auch nur vermeintliche Abweichung vom ursprünglichen Auftrag ein Nachtragsangebot schreibt ("Das holen wir über Nachträge wieder herein!"). Da Anforderungen an Software nie so formuliert werden können, dass alle Handlungsspielräume erschöpft sind, bleibt immer ein Ansatzpunkt für Nachverhandlungen. Vor dieser Vorgehensweise ist der Kunde auch nicht bei Festpreisangeboten, Pauschalangeboten oder Budgetgrenzen geschützt (siehe die rechtliche Einordnung in der Folge).

1.2 Arbeitsweise von Kunden und Dienstleistern passen nicht zusammen

Diese Ursache für Kostensteigerungen findet sich ebenfalls oft in der Verhandlungs- und Angebotsphase. So beschreiben die Dienstleister vielfach ihre Projektmethodik bzw. das Vorgehensmodell, das sie im konkreten Projekt anzuwenden gedenken. Es wird vom Kunden und Dienstleister allerdings nicht hinterfragt, ob diese Vorgehensweise auch zur Organisation und Vorgehensweise des Kunden passt oder welche Erwartungen an den Kunden verbunden sind. Am Beispiel illustriert: Der Dienstleister arbeitet agil nach der Scrum-Methode, dem Kunden ist aber gar nicht klar, wie er sich da einbringen muss und ihm fehlt auch das Wissen und die Ressourcen, um an den Besprechungen des Dienstleisters auf fachlicher Ebene so mitzuarbeiten, dass das Projekt seine Ziele erreicht. In diesem Zusammenhang kommt es auch zu Differenzen, wenn der Dienstleister mit dem agilen Projekt *nur* Zeit (Time & Material) verkaufen möchte, der Kunde aber eigentlich am Ende ein fertiges Produkt (Werk) in Händen halten möchte. Siehe hierzu auch die Ausführungen unter 2.2 zu den unterschiedlichen Vertragsarten in solchen Fällen.

1.3 Der Stahlwerkeffekt

Mit dem “Stahlwerkeffekt” beschreiben wir ein typisches Problem beim Projektmanagement in größeren Projekten. Neben der operativen Ebene trifft sich die Entscheiderebene (Geschäftsführung, Abteilungsleiter, Vorstände) regelmäßig zu Projektbesprechungen. Die eigentlichen Probleme werden dort aber gar nicht hin adressiert, sondern auf dem Weg dorthin abgemildert (“weich gespühlt”), ignoriert oder geleugnet. Auf der Entscheiderebene sieht es nun ständig so aus, als würde das Projekt gut voran kommen, als wären die Probleme und Herausforderungen bewältigbar und die Risiken beherrschbar. So gibt es Projekte, bei denen zeigte die Risikoampel bis kurz vor der Projektkrise grün oder gelb an und ganz plötzlich tauchten Probleme und Widrigkeiten auf. Den Namen für diesen Effekt haben wir dem Desaster um Thyssen-Krupp und dessen Bau eines Stahlwerks in Brasilien entnommen. Eine ausführliche Reportage, an der man diesen Effekt gut nachvollziehen kann, fand ich in der ZEIT (vgl. <https://www.zeit.de/2012/28/DOS-ThyssenKrupp>).

1.4 Entscheidungen und Probleme wurden in die Zukunft verschoben

Ein weiteres typisches Problem im Rahmen des Projektmanagements liegt darin, wichtige Entscheidungen und Probleme in die Zukunft zu verschieben. In der Folge wird zwar am Projekt weiter gearbeitet und Kosten verursacht, mögliche Schwierigkeiten und Probleme aber zu spät angegangen; ebenso werden auf diese Art und Weise auch unüberwindliche Hindernisse ("Show stopper") gar nicht gesehen und führen irgendwann unweigerlich zur Projektkrise. An Beispielen illustriert:

- Eine Anforderung ist mit der aktuellen Version der Standard-Software nicht oder nur mit großen Mühen umzusetzen, Antwort des Dienstleisters: "Mit Version X wird das umgesetzt, wir nutzen dann einfach später diese." Wenn es soweit ist, dann klappt es möglicherweise tatsächlich; ich habe allerdings auch schon oft beobachtet, dass die umgesetzte Produkteigenschaft dann doch nicht in der Lage war, die Anforderung zu erfüllen.
- Man beginnt bei der Einführung von Standard-Software erst einmal mit der Datenmigration und lässt die Analyse und Umsetzung der fachlichen Anforderungen sein. Sehr spät im Projekt stößt man dann erst auf die Probleme der Umsetzung.
- Die zentralen Probleme werden überhaupt nicht als solche erkannt und adressiert, das Projekt verschiebt alles Wichtige in die Zukunft und geht in den Blindflug über.

1.5 Handwerkliche Fehler

In praktisch allen Software-Projekten der eigenen IT-Beratung der letzten Jahre sind eklatante Mängel in den Prozessen feststellbar gewesen. Der Prozess Software-Entwicklung umfasst nicht nur die Umsetzung (Programmierung), sondern auch eine Vielzahl weitere Prozesse. Diese wurden nicht oder nur mangelhaft ausgeführt und das Projekt geriet in die Krise. Diese Mängel sind vom Kunden häufig lange Zeit nicht bemerkt worden, beispielsweise, weil ihm das dafür nötige fachliche Know-how fehlt oder sie haben nie den Weg zu den Entscheidern gefunden (siehe 1.3).

Um Bände von Lehrbüchern zu IT-Projekten zusammenzufassen, so erscheinen mir zwei Fragen wichtig, über die sich die Beteiligten im Vorhinein und im Projektverlauf klar sein müssen:

1. Was soll die Software, das IT-System, leisten?
2. Wie erfolgt der Nachweis, dass die Software bzw. das IT-System korrekt arbeitet?

Mit diesen beiden, sehr banalen Fragen, kann man im Prozess der Software-Entwicklung tief in die Gebiete der Anforderungsermittlung, Spezifikation, Qualitätssicherung, Test- und Verifikationsverfahren absteigen. In der Praxis beobachte ich jedoch, dass es abgesehen von einigen dürren Worten wenig bis nichts dazu gibt und die Prozesse auch nicht beherrscht und umgesetzt werden, in Beispielen:

- Fehlende Spezifikation des Systems (“Das ist teuer und das machen wir hinterher mit der Dokumentation.”),
- Fehlende Maßnahmen zur Qualitätssicherung (keine Tests, keine vernünftigen Testverfahren, fehlende Lasttests, mögliche Unit Tests nicht oder nur ungenügend umgesetzt),
- Testphase wird übersprungen (bspw. ersetzen manche Dienstleister eine Abnahme durch Inbetriebnahme),
- Dokumentation für den Kunden und Dokumentation, was umgesetzt wurde, wird nicht ausgeführt (bzw. wird als optionale Leistung angeboten und aus Kostengründen nicht ausgeführt, siehe Abschnitt 1.1).

1.6 Mängel im Projektmanagement

Abschließend sei noch auf handwerkliche Fehler im Projektmanagement hingewiesen, die regelmäßig für Projektkrisen sorgen:

- Projektziele werden nicht oder nicht SMART aufgeschrieben. SMART steht in diesem Zusammenhang als Akronym für spezifisch, messbar, aktivierend, realistisch und terminiert (vgl. hierzu [https://de.wikipedia.org/wiki/SMART_\(Projektmanagement\)](https://de.wikipedia.org/wiki/SMART_(Projektmanagement))).

Insbesondere Kunden formulieren gerne nicht-SMARTE Projektziele der Art (alles Beispiele aus echten Anforderungskatalogen):

- Das neue System muss einfach und intuitiv bedienbar sein.
 - Das neue System muss performant sein.
 - Beliebige Exporte müssen möglich sein.
 - Wir wollen mit dem neuen Produkt ein einheitliches System umsetzen.
 - Wir erwarten vom neuen System eine Integration in Office.
- Anforderungskataloge sind wenig beschreibend. So verwenden manche Kunden bei der Formulierung nur Hauptwörter und erklären keine Zusammenhänge. Werden diese dann erst nach Projektstart erhoben, kann es zu unerwarteten Kostensteigerungen kommen (“Das ging aus Ihrem Anforderungsprofil so nicht hervor.”).
 - Anforderungen werden gar nicht formuliert; typischerweise erspart sich der Kunde das mit der Floskel: “Das ist doch Standard.”
 - Kein oder unzureichendes Risikomanagement. Bei Ian Sommerville heißt es: “Risikomanagement ist eine der wichtigsten Aufgaben eines Projektmanagers.” (Sommerville, a. a O., S. 719) Oft wird anfangs auch eine Risikoliste erarbeitet, jedoch nie fortgeführt oder mit einander besprochen. Realisieren sich die Risiken, kommen diese Entwicklungen für die Beteiligten plötzlich und Gegenmaßnahmen kosten viel Zeit und Energie oder sind bereits unmöglich geworden.
 - Regelmäßige Kommunikation wurde vernachlässigt. Diese Ursache wird vielfach thematisiert und dennoch tritt sie regelmäßig auf. Die Gründe für das Abbrechen der Kommunikation sind vielfältig, Beispiele aus der Praxis:
 - Der Dienstleister gerät in Rückstand und es ist ihm unangenehm, darüber und über die Konsequenzen für das Projekt zu sprechen.
 - Es stehen schlechte Nachrichten (Zeitverzug, Kostensteigerung o. ä.) an und man verschiebt die Kommunikation darüber auf eine vermeintlich günstige Gelegenheit.

- Dem Kunden ist nicht klar, dass er für das Projekt gebraucht wird und erwartet, man liefere ihm nach Ende der Projektlaufzeit ohne sein weiteres Zutun das fertige Produkt ab.
- Es ist überhaupt keine regelmäßige Kommunikation wie ein wöchentlicher Jour Fixe vereinbart.
- Fehlende Ergebnissicherung: Eine weitere sehr häufig vorkommende Ursache ist die fehlende Ergebnissicherung. Ergebnisse von Besprechungen, Analysen oder Überlegungen werden nur mündlich kommuniziert und nicht schriftlich festgehalten. Dies führt insbesondere bei mehreren Projektpartnern zügig zu Unklarheiten über die Inhalte.

2 Rechtliche Einordnung: Wie ist das Projekt rechtlich in die Schieflage geraten?

Nach den Erfahrungen in der anwaltlichen Beratung im Zusammenhang mit IT-Projekten fehlt es häufig an guten Verträgen bzw. Vereinbarungen.

Das liegt zumeist daran, dass sich die Vertragsparteien im Vorfeld nicht ausreichend klar über die vertraglichen Grundlagen werden oder die Projektbeteiligten auf Standardverträge zurückgreifen, die im Problemfall nicht so gut passen wie ein individuell gestaltetes Vertragswerk, das die beiderseitigen Rechte und Pflichten der Parteien umfassend regelt.

Das ist vergleichbar mit einem Anzug von der Stange. Der mag passabel sitzen und ordentlich aussehen.

Wenn Sie aber auf der Hochzeit Ihres besten Freundes damit ein aktives, ein agiles Hochzeitsspiel durchführen, kann es sein, dass der Standardanzug plötzlich an einer Stelle reißt, die bei einem Maßanzug gehalten hätte.

Das generelle Problem um die Unsicherheit im Zusammenhang mit den vertraglichen Grundlagen mag dem Zeit- und Kostendruck geschuldet sein. Aufträge sollen schnell vergeben weil möglicherweise noch etwas Budget vorhanden ist oder weil einem die Entscheiderebene sprichwörtlich „im Nacken sitzt“.

Die Problematik lückenhafter Verträge wird bei agilen IT- Projekten erheblich dadurch verschärft, wenn im Vertrag die Anwendung einer bestimmten agilen Projektmethode nicht ausdrücklich vereinbart ist, das Projekt aber gleichwohl agil durchgeführt werden soll. Es wird dann aller Erfahrung nach an vielen Ecken im Projekt klemmen und zwicken.

Merksatz: Agile Projektmethoden kann der Auftragnehmer nicht alleine anwenden.

Der Appell lautet daher: **Nehmen Sie sich im Vorfeld eines IT-Projekts ausreichend Zeit für eine durchdachte Vertragsgestaltung.**

Wenn das entsprechende IT-Projekt wie im ersten Teil beschrieben erst einmal in die Krise gerät oder im schlimmsten Fall nicht mehr zu retten ist, werden die damit zusammenhängenden Kostensteigerungen die Kosten für eine anfänglich gut durchdachte vertragliche Gestaltung möglicherweise um ein Vielfaches übertreffen.

Man kommt also nicht umhin, sich mit den vertraglichen Grundlagen auseinanderzusetzen, da diese für das Verständnis der Vertragsgestaltung sehr wichtig sind.

Man kann diese vertraglichen Grundlagen mit einem stabilen Fundament vergleichen, auf dem das IT-Projekt steht. Ist das Fundament lückenhaft und unzureichend, ist das IT- Projekt möglicherweise insgesamt gefährdet.

2.1 Vertragliche Grundlagen

Im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) werden verschiedene Vertragstypen bereitgestellt.

Ob ein konkreter Vertrag dem einen oder anderen Vertragstypus entspricht, richtet sich nach den vertraglich vereinbarten Pflichten.

Weiterhin gibt es Anforderungen aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

Für die Vertragspraxis bei Software- und sonstigen IT-Verträgen sind so genannte Standardklauseln von zentraler Bedeutung. Fast sämtliche Unternehmen, die Softwareprodukte liefern und Leistungen im sonstigen Umfeld IT-Leistungen anbieten, machen dies regelmäßig in einer Vielzahl von Fällen.

In jedem Fall sämtliche Vertragsvereinbarungen einzeln auszuhandeln, ist jedoch ziemlich aufwendig und dementsprechend teuer.

Die vertragliche Bewältigung unterschiedlichster Vereinbarungen bei einer Vielzahl einzelner Kunden ist in der Vertragsdurchführung daher nicht praktikabel. Eine gewisse Standardisierung ist somit erforderlich.

Das Alltagsgeschäft vieler Unternehmen im IT-Bereich wird in der Regel auch ordentlich durch Standardklauseln bewältigt.

Vor allem in größeren Projekten und ungewöhnlichen Konstellationen gibt es in nennenswertem Umfang individuell ausgehandelte Verträge, die auf bestimmte spezifische Vertragsanforderungen passen.

Wichtig: Alle Standardklauseln stellen allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB dar und unterliegen besonderen Anforderungen, wenn sie wirksam sein sollen.

Am wichtigsten ist in diesem Kontext § 307 BGB. Dort ist in Abs. 2 geregelt, wann eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist. Wird durch eine bestimmte Klausel ein Vertragspartner unangemessen benachteiligt, ist diese benachteiligende Klausel in der Regel unwirksam.

Obwohl die Privatautonomie es grundsätzlich zulässt, Verträge inhaltlich so zu gestalten, dass sie nicht genau einem gesetzlich vorgegebenen Vertragstyp entsprechen, empfiehlt sich dennoch ein Blick auf die Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen, weil die Gerichte bei der Beurteilung von Verträgen (insbesondere von AGB) einen der im Gesetz aufgeführten Vertragstypen heranziehen.

Und auch wenn der Beratungsansatz ist, den Gerichtsweg zu vermeiden, muss die Planung so ausgerichtet sein, dass man mit einem Vertrag zu Gericht gehen könnte.

Zudem sollten die Vertragsgestaltungen entlang der gesetzlichen Leitbilder vorgenommen werden, weil ansonsten die Rechtsunsicherheit im Streitfall noch zunimmt. Das Typenmuster des BGB wirkt bisweilen als vertragliche Auslegungshilfe und Lückenfüller.

Gleichwohl gibt es zwischen den einzelnen Vertragstypen eine gewährleistungsrechtliche Risikoeinschätzung, wonach das Dienstvertragsrecht dem Kunden die schwächste, das Mietrecht hingegen die stärkste Rechtsposition im Hinblick auf Gewährleistung einräumt.

Es gibt gewissermaßen ein vertragstypisches “Risikogefälle” im Hinblick auf Leistungsstörungen.

Aus Anbietersicht ist das Kaufrecht im Vergleich zum Werkvertragsrecht an einigen Stellen empfindlich strenger.

§ 377 HGB (*die Untersuchungs- und Rügepflicht des Kunden*) schützt den Anbieter nur bei einem beiderseitigen Handelskauf (*d. h. vereinfacht Kaufvertrag zwischen Unternehmern*).

Im Werkvertragsrecht ist die Vorschrift des § 377 HGB hingegen *nicht* anwendbar.

2.2 Übersicht Vertragsarten

Im Folgenden eine Übersicht über die gängigen Vertragsarten in Bezug auf Mängel und Rechtsfolgen:

	Kaufvertrag	Mietvertrag	Werkvertrag
I. Mängeldefinition	Mangelfreiheit bei Gefahrübergang	Mangel	Mangelfreiheit bei Abnahme
1.	liegt vor, wenn vereinbarte Beschaffenheit gegeben, ansonsten nichts vereinbart	der bei Übergabe besteht oder später besteht	(wie Kauf)
2.	Eignung für nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, ansonsten	Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch	(wie Kauf)
3.	Eignung für die gewöhnliche Verwendung	aufgehoben oder gemindert	(wie Kauf)
a)	Beschaffenheit: wie bei Sachen der gleichen Art üblich		(wie Kauf)
b)	die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann		(wie Kauf)
c)	inkl. öffentliche Äußerungen des Verkäufers oder des Herstellers bzw. dessen Gehilfen		(öffentliche Äußerung entfällt)
4.	Garantie (verschuldensunabhängiges Einstehenmüssen auch für Schadensersatz)		(wie Kauf)

II. Rechtsfolgen	Nacherfüllung nach Wahl des Käufers	Anzeige	Nacherfüllung nach Wahl des Unternehmers
1.	Nachbesserung oder	Nachbesserung/Ersatzvor-	Nachbesserung oder
a)	Neulieferung innerhalb an-	nahme	Neues Werk herstellen
b)	gemessener Frist nach Fehl-	Minderung der Mietzahlung	
c)	schlagen oder Weigerung		Selbstvornahme, Aufwen-
2.	Minderung oder Rücktritt	Minderung	dungersatz
3.	Schadensersatz oder Auf-		Minderung oder Rücktritt
	wendungsersatz		und
			Schadensersatz oder Auf-
			wendungsersatz

Quelle: Schneider/Conrad, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 10, Rn. 26.

Noch einige Worte zur Vertragsart des Dienstvertrages, die in obiger Darstellung nicht enthalten ist.

Typisch für einen Dienstvertrag ist, dass es zwar eine Vertragsverletzung des Vertrages geben kann, nicht jedoch verschuldensunabhängige Mängelansprüche wie es zum Beispiel beim Werkvertrag oder Kaufvertrag der Fall ist.

Für den Auftragnehmer stellt sich der Dienstvertrag deshalb als eine nahezu ideale Alternative zu dem weitreichenden Pflichtenkatalog des Werkvertrages mit dessen Erfolgsdruck dar.

Zur Unterscheidung Dienst- oder Werkvertrag kann nicht die Art der Tätigkeit als solche herangezogen werden.

Vielmehr ist das relevante Unterscheidungsmerkmal, ob ein Erfolg geschuldet ist.

Ist ein Erfolg geschuldet, liegt sehr wahrscheinlich ein Werkvertrag vor. Ist eine Leistung geschuldet, liegt ein Dienstvertrag vor.

Wenn zum Beispiel Standardsoftware mit Anpassung an die betrieblichen Besonderheiten geschuldet ist, ist der Vertrag in der Regel als Werkvertrag zu qualifizieren. Dies gilt auch, wenn zusätzlich die Lieferung von Hardware sowie die Einarbeitung des Personals und die Erfassung betrieblicher Daten übernommen wird.

Dienstvertragsrecht kommt für Rahmenverträge, in der Regel mit freien Mitarbeitern und für Subunternehmer-Vertragsverhältnisse in Betracht.

Bei enger Zusammenarbeit, etwa typisch bei agilen Methoden wie Scrum, verstärkt sich die Gefahr, dass die Abgrenzung zwischen Werk-, Dienst- und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu sehr verschwimmt und möglicherweise (unerlaubte) Leiharbeit bzw. Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.

Dies kann arbeitsrechtliche, sozialrechtliche und im schlimmsten Fall strafrechtliche Konsequenzen mit sich bringen.

2.3 Zuordnung von IT-Leistungsbereichen

Zu besseren Verständlichkeit anbei eine Übersicht zu verschiedenen IT-Leistungsbereichen und den verschiedenen Vertragstypen. Hierbei sind die einzelnen Vertragarten wie folgt abgekürzt: Dienstvertrag D, Kaufvertrag K, Werkvertrag V, Mietvertrag M.

Leistungsbereiche		D	K	W	M
1	Projektberatung				
1.1	Planung, Unterstützung durch Auftragnehmer	D			
1.2	Lasten-/Pflichtenhefterstellung, Blueprint-Erstellung			W	
1.3	Projektleitung	D (z. B. bei Unterstützung)		W	
2	Hardware				
2.1	Gerätelieferung				
2.1.1	dauerhaft und gegen Einmalentgelt		K		
2.1.2	Leasing				M
2.2	Assembling, Konfiguration		K		
2.3	Wartung	D (z. B. Hotline)		W	
3	Software				
3.1	Überlassung				
3.1.1	dauerhaft und Einmalentgelt, seit EuGH/BGH zu UsedSoft reicht Recht, die Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen.		K		
3.1.2	auf Zeit und/oder Mehrfachentgelt				M
3.2	Erstellung				
3.2.1	Standardsoftware			W	
3.2.2	Individualsoftware				
3.2.2.1	mit Erfolgsrisiko			W	
3.3	Anpassung				
3.3.1	der vom Auftragnehmer gestellten Standardsoftware			W	

Leistungsbereiche		D	K	W	M
3.3.2	der vom Auftraggeber gestellten Standardsoftware			W	
3.3.3	Customizing, SAP-Modell	D		W	
4	Softwarepflege insgesamt				
4.1	Fehler/Störungen				
4.1.1	Beseitigung			W	
4.1.2	Bearbeitung/Unterstützung	D			
4.2	Update				
4.2.1	Lieferung		K		
4.2.2	Aktualisierungspflicht bei sich ändernder Anforderung			W	
4.3	Hotline				
4.3.1	Beratung	D			
4.3.2	Fehlerbeseitigung (sofern selbständige Leistung oder keine Mängel, während der Dauer der Gewährleistungszeit Mängelbeseitigung ggf. kostenlos im Rahmen von K oder W; bei M während gesamter Mietzeit)			W	
4.3.3	Lieferung (DFÜ)		K		
5	Systemvertrag				
5.1	Lieferung Hardware und Software		K		
5.2	Lieferung Hard- und Software und zusätzliche Leistungen			W	
6	Rechenzentrumvertrag, auch "hei- ßes" Backup			W+M	
7	"Services"				
7.1	Installation (Hardware, Software)			W	
7.2	Einweisung	D			
7.3	Schulung	D			
7.4	Konvertierung			W	
7.5	Portierung			W	
8	Provider-(online-)Verträge				

Leistungsbereiche		D	K	W	M
8.1	Reiner Zugangs-/ Accessprovider-Vertrag	D			
8.2	Hostprovider-Vertrag			W	
8.3	Webdesign-Vertrag			W	
8.4	Vertrag über Beschaffung und Registrierung einer Internet-Domain			W	
8.5	Internet-Systemvertrag			W	

Quelle: Schneider/Conrad, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 10, Rn. 37

Projektverträge über die Erstellung von Individualsoftware stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) Werkverträge dar.

Auch Projektverträge über die Einführung, Anpassung und Implementierung von Standardsoftware ordnet der BGH in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich als Werkverträge ein.

Gegen die Vereinbarung der Anwendung von Dienstvertragsrecht auf agile Softwareprojekte bestehen Bedenken. Daher ist eine solche Vereinbarung meines Erachtens nicht empfehlenswert. Im Hinblick auf die typischerweise bei agilen Softwareprojekten im Streitfall aufkommende Diskussion, ob der Vertrag Dienst- oder Werkvertragsrecht unterliegt, ist es allerdings ebensowenig empfehlenswert, das die Frage nach dem anzuwendenden Vertragsrecht einfach offen zu lassen.

Vielmehr sollte – gerade in agilen Softwareprojekten – die Anwendung von Werkvertragsrecht ausdrücklich vereinbart werden, denn gegen diese Vereinbarung bestehen keine fundierten Bedenken und die leidige Diskussion über das anzuwendende Vertragsrecht wird dadurch im Streitfall vermieden.

Aus Auftragnehmersicht ist die Vereinbarung von Werkvertragsrecht zwar auf den ersten Blick nachteilig. Im agilen Projekt sind aber auf der Grundlage des Werkvertragsrechts Gestaltungen zu Gunsten des Auftragnehmers möglich, die im herkömmlichen Projekt nicht so einfach durchzusetzen sind, wie z. B. die Vereinbarung von Teilabnahmen.

2.4 Möglichkeit einer Teilabnahme

Das erste und zentrale Prinzip agiler Softwareerstellung ist die frühe Auslieferung brauchbarer Softwareteile, die im Idealfall unmittelbar nach ihrer Auslieferung in den Produktivbetrieb des Auftraggebers übernommen werden können.

Dieses Prinzip legt es nahe, zu Gunsten des Auftragnehmers Teilabnahmen der jeweils ausgelieferten Softwareteile zu vereinbaren.

Beispiel für eine solche Teilabnahmeklausel wäre zum Beispiel wie folgt:

Teilabnahmen der Product Increments

(1) Der Auftraggeber führt nach jedem Sprint Review Meeting eine Prüfung der Funktionalität der Product Increments anhand der Product Backlog Items nach Maßgabe der entsprechenden Definitions of Done durch. Der Auftraggeber erstellt unverzüglich nach der Prüfung ein Teilabnahmeprotokoll und eine Liste etwaiger Mängel.

(2) Jedes Product Increment gilt als abgenommen, wenn der Auftraggeber nicht innerhalb von zehn Tagen nach Aufforderung durch den Auftragnehmer in Textform Mängel meldet.

(3) Die Entscheidung des Product Owners, dass ein geliefertes Product Increment in den Produktivbetrieb übernommen werden soll, ohne dass gemäß Absatz 2 Mängel gemeldet worden sind, gilt ebenfalls als Teilabnahme dieses Product Increments.

Bei der Vereinbarung von Teilabnahmen ist selbstverständlich auch beim agilen Projekt eine Endabnahme des Gesamtsystems nicht entbehrlich, da die einzelnen Softwareteile nicht nur für sich genommen, sondern auch im Zusammenspiel miteinander funktionieren müssen.

Eine entsprechende Endabnahmeklausel könnte dementsprechend wie folgt lauten:

Endabnahme des Gesamtsystems

(1) Nach der Teilabnahme des letzten Sprints nimmt der Auftraggeber die Prüfung der Abnahmefähigkeit des gesamten Produkts vor und protokolliert diese.

(2) Die Endabnahme betrifft die noch zu überprüfenden integrativen Teile des Produkts, d.h. Funktionen, die erst durch die Gesamtintegration überprüft werden können, sowie dessen Leistungsfähigkeit. Bereits erfolgte Teilabnahmen bleiben hiervon unberührt.

(3) Wegen unwesentlicher Mängel darf der Auftraggeber die Abnahme nicht verweigern. Diese steht jedoch unter dem Vorbehalt der unverzüglichen Beseitigung der Mängel durch den Auftragnehmer. Diese Mängel sind im Abnahmeprotokoll einzeln aufzuführen.

2.5 Vergütung in IT-Verträgen

Die frühe Auslieferung brauchbarer Softwareteile kann und sollte sich zu Gunsten des Auftragnehmers auch in einer Vorverlagerung der Zahlungsflüsse niederschlagen. In der anwaltlichen Praxis gibt es immer wieder Fälle, in denen über viele Monate an einem Softwareprojekt gearbeitet wurde, der Auftragnehmer aber noch keine einzige Zahlung erhalten hat.

Das kann unter Umständen erhebliche Auswirkungen auf die Liquidität des Auftragnehmers haben.

Die häufigsten Vergütungsvarianten sind die Folgenden:

- Festpreis
- Vergütung nach Aufwand
- Kombination aus aufwandsabhängiger und erfolgsabhängiger Vergütung

Preisabreden sind in der Regel nach § 307 Abs. 3 BGB kontrollfrei, weil es um die Festlegung von Hauptleistungspflichten und nicht auf die Abweichung von gesetzlichen Regelungen geht.

Dies gilt jedoch nicht für sog. Preisnebenabreden wie bspw. Abreden über Bearbeitungsgebühren, weil diese Regelungen an Stelle disponibler gesetzlicher Regelungen treten. Solche Abreden unterliegen der Wirksamkeitskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.

Zu den Preisnebenabreden gehören z. B. auch Regelungen über Transportkosten.

In der Vertragspraxis sind ferner Teilzahlungsabreden wichtig.

Nach dem Gesetz muss im Kaufrecht Zug um Zug gegen Ablieferung des gekauften Gegenstandes, im Werkvertragsrecht mit der Abnahme, gezahlt werden. Dies bedeutet, dass der jeweilige Softwarelieferant sehr viele Leistungen erbringen muss, bevor sein Auftraggeber zahlen muss. In allen größeren Projekten führt dies zu erheblichen Vorleistungen des Auftragnehmers. Eine solche Vorfinanzierung ist oft teuer und teilweise sogar unmöglich. Darüber hinaus wächst durch sie das Druckpotential des Kunden für Vertragsänderungen und sonstige Anpassung. Er kann ja bis zur Abnahme seine Zahlungen zurückhalten.

Nach § 632a BGB (*in Kraft seit 01.01.2018*) sind freilich Abschlagzahlungen für schon teilweise erbrachte Leistungen möglich.

Dies ermöglicht zwar keine Vorauszahlungen – allerdings können schon Zahlungen verlangt werden, bevor das Werk fertiggestellt und abgenommen ist. Eine Abschlagzahlung kann auch dann verlangt werden, wenn noch keine abgeschlossene Teilleistung vorliegt.

Allerdings setzt das Verlangen nach einer Abschlagzahlung voraus, dass die Leistungen des Softwareerstellers dem Kunden nicht mehr entziehbar zur Verfügung stehen, z. B. durch Übereignung.

Bei vielen Softwareprojekten dürfte diese Leistungsvoraussetzung nicht ohne weiteres erfüllt werden können, wenn z. B. die Projektentwicklung weitgehend auf Testsystemen des Auftragnehmers stattfindet. Wenn freilich beim Kunden entwickelt wird oder diesem schon Teilleistungen zur Funktionsprüfung überlassen wurden, ist die Situation wohl anders. Dies

dürfte eine Abschlagsforderung rechtfertigen. Die Leistungen müssen bei der Abschlagsrechnung durch eine Aufstellung nachgewiesen und die geforderte Abschlagszahlung damit nachvollziehbar begründet werden.

Solche Abschlagsrechnungen lassen sich bei einer Vergütung nach Aufwand recht leicht nachweisen und berechnen.

Bei Pauschalvereinbarungen hingegen dürfte dies zur Aufdeckung der Kalkulation zwingen, was in der Regel zu vermeiden ist.

Möglich ist es aber auch, Abschlagszahlungen bei bestimmten Leistungsabschnitten zu vereinbaren. Dies war bislang schon üblich und ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig. Meist werden auch noch in gewissem Umfang Vorauszahlungen vereinbart. Übliche Klauseln sehen eine Erstzahlung bei Vertragsschluss, weitere Teilzahlungen bei Erreichen bestimmter Projektabschnitte, eine vorletzte Teilzahlung nach Abnahme und die Restzahlung nach Ablauf der Verjährungsfrist für Sachmängelansprüche vor.

Dies sichert einerseits das Interesse des Lieferanten daran ab, dass er nicht zu viel vorleisten muss, andererseits wird auch das Interesse des Kunden geschützt, dass auftretende Mängel beseitigt werden. In diesem Rahmen darf eine Teilzahlung auch an die Abnahme geknüpft werden.

Dies ist auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers zulässig, weil dieser nicht nur zu Lasten des Auftragnehmers eventuell eine Zahlung erst nach Abnahme vorsieht, obwohl der Gesetzgeber eine Zahlung Zug um Zug bei Lieferung annimmt. Umgekehrt darf ein Auftragnehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht eine vollständige Zahlung bei Anlieferung eines noch zu installierenden Gegenstandes vorsehen.

Ein Formulierungsvorschlag zur schrittweisen Zahlung des Entgelts könnte lauten:

- 20% bei Vertragsabschluss
- 20% bei Übergabe des Pflichtenheftes
- 20% bei Fertigstellungsanzeige
- 30% bei Abnahme

10% nach Ablauf der Gewährleistungsfrist

2.6 Mögliche Ausgangsmöglichkeiten („Exits“)

Vor allem im Werkvertragsrecht kann sich für den Auftraggeber die Frage stellen, welche von mehreren Ausgangsmöglichkeiten („Exits“) er ergreifen kann und will, um sich aus dem Projekt zu lösen. Dabei spielen natürlich vor allem ökonomische Fragen eine Rolle.

Besonders wichtig erscheinen solche Exits, die schon vor Abnahme geltend gemacht werden können.

Für den Auftragnehmer erscheint wichtig, diese Exits als erhebliches Risikopotential zu erkennen und zu berücksichtigen.

Im Folgenden werden die verschiedenen Exits aus dem Bereich der Kündigung aufgelistet.

Das „Arsenal“ der möglichen Exits ist neben vertraglichen Regelungen etwa bei Wartung, Pflege, SaaS, sehr reichhaltig:

- Kündigung, *va* durch Besteller gemäß § 648 BGB (für Verträge geschlossen ab 1.1.2018);
- Kündigung außerordentlich, § 314 BGB bei Dauerschuldverhältnissen, wurde auch auf Projektverträge angewandt;
- Kündigung außerordentlich, § 648a BGB, gemäß Abs. 2: auch Teilkündigung;
- § 626 BGB, Kündigung aus wichtigem Grund bei Dienstvertrag,
- § 543 BGB wichtiger Grund bei Miete,
- Kündigung des Bestellers nach § 649 Kostenanschlag,
- Kündigung des Unternehmers, §§ 642, 643 wegen fehlender Mitwirkung des Bestellers
- Rücktritt (§§ 631, 323, 346 BGB vor Abnahme und §§ 631, 634, 323, 346 BGB nach Abnahme)

Zur ordentlichen Kündigung durch den Auftraggeber:

Während dem Auftragnehmer im Werkvertragsrecht kein Recht zur ordentlichen Kündigung zusteht, kann der Auftraggeber ein werkvertraglich gestaltetes IT-Projekt gemäß § 648 S. 1 BGB jederzeit kündigen.

Allerdings hat der Auftragnehmer dann Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich dessen, was er sich *“infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt”* (§ 648 S. 2 BGB).

Streit über die Höhe dieser Abzüge ist in solchen Fällen vorprogrammiert und für beide Seiten mit erheblichen Unwägbarkeiten in der Beweisbarkeit der jeweils für sie günstigen Tatsachen verbunden.

Für den Auftragnehmer bedeutsam ist, dass seine Werklohnforderung im Falle der Kündigung laut BGH erst fällig wird, wenn der Auftraggeber die bis dahin erbrachten Leistungen abgenommen hat.

Der Auftragnehmer sollte daher im Rahmen der Vertragsverhandlungen versuchen, das freie Kündigungsrecht soweit wie möglich einzuschränken und eventuell sogar auszuschließen.

Letzteres dürfte sich im Regelfall jedoch nur selten durchsetzen lassen. Realistischer ist eine Beschränkung des Kündigungsrechts auf wichtige Gründe verbunden mit einer – individuell zu vereinbarenden– Pauschalierung des Vergütungsanspruchs.

Zur Kündigung durch den Auftragnehmer:

Für den Auftragnehmer ist die Kündigung eines werkvertraglich ausgestalteten Projektvertrages nur unter den deutlich engeren Voraussetzungen der §§ 642, 632 BGB möglich.

Bei nicht erbrachter Mitwirkungsleistung des Auftraggebers kann der Auftragnehmer gemäß §§ 642, 643 BGB eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung setzen. Erbringt der Auftraggeber

die Mitwirkungsleistung dann nicht innerhalb dieser Frist, gilt der Vertrag gemäß § 643 S. 2 BGB automatisch als aufgehoben.

Der Auftragnehmer hat dann Anspruch auf Vergütung der bisher erbrachten Leistungsteile und daneben auf Entschädigung gemäß § 642 BGB für die Verzugszeit bis zur Kündigung. Verletzt der Auftraggeber andere vertragliche Pflichten als die Erbringung von Mitwirkungsleistungen bleibt der Weg für die Anwendung des § 648a BGB offen.

Zu erwähnen sind zudem die Möglichkeiten der Anpassung des Vertrages bzw. Änderung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, und Rücktritt nach allgemeinen Leistungsstörungenrecht, §§ 323 f. BGB.

Der Auftraggeber kann ein IT-Projekt, das durch eine oder mehrere Pflichtverletzungen des Auftragnehmers in Schieflage geraten ist, abbrechen.

Gemäß §§ 631, 323, 346 BGB (*vor Abnahme*) bzw. gemäß §§ 631, 634, 323, 346 BGB (*nach Abnahme*) kann er dann vom Vertrag zurücktreten.

Für den Auftragnehmer ist der Rücktritt sozusagen der „worst case“, da dies für ihn gemäß § 346 Abs. 1 BGB die – im Regelfall vollständige – Rückzahlung der bereits erhaltenen Vergütung bedeutet. Das kann je nach Projektstadium ein erheblicher Betrag sein.

Tritt der Auftraggeber zurück, wird er zusätzlich neben den Rückzahlungsansprüchen auch Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB fordern, was bei guter Dokumentation der ihm entstandenen Aufwände und Kosten schnell bis zu sechs- oder siebenstelligen Beträgen führen kann. Allerdings muss sich der Auftraggeber bei der Rückforderung der geleisteten Vergütungen die aus der Nutzung der Teile der erbrachten Leistung entstandenen wirtschaftlichen Vorteile anrechnen lassen und Nutzungsentschädigung leisten (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Wirtschaftliche Vorteile dürfte der Auftraggeber im Regelfall nur dann gehabt haben, wenn er Teilprojekte bereits produktiv nutzen konnte oder wenn Teilleistungen auch für ein Nachfolgeprojekt genutzt werden können. Feststellungen dazu dürften in der Praxis schwierig sein, so dass sich Auftragnehmer darauf einstellen müssen, dass im Falle eines berechtigten Rücktritts auch nur in geringem Umfang Anspruch auf Vergütung besteht.

Je weiter die Projektphase und produktive Nutzung durch den Auftraggeber fortgeschritten ist, desto unwahrscheinlicher wird der Rücktritt, da insbesondere eine Rückkehr zum Altsystem nur in der Anfangsphase des IT-Projekts möglich ist.

Erwähnenswert ist die Leistungsstandfeststellung, § 648a Abs. 4 BGB:

Nach Kündigung kann jede Partei von der anderen die Mitwirkung an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes verlangen. Die nicht-entschuldigte Mißachtung hat Konsequenzen für die Beweislast, § 648a Abs. 4 S. 2 BGB nF.

Dann muss nämlich die Partei den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung beweisen, die an der Leistungsstandfeststellung nicht mitwirkt oder diese verweigert.

2.7 Zusammenfassung

Insbesondere agile Softwareprojekte kommen am Werkvertragsrecht des BGB nicht vorbei.

Trotz der Anwendung des Werkvertragsrechts sind sie auf Grund ihrer Flexibilität tendenziell krisenfester als herkömmliche Softwareprojekte. Ausschließen lässt sich ein Scheitern des Projekts durch Anwendung einer agilen Methode allerdings nicht.

Um den Vertragspartnern im Fall einer Krise eine effiziente Problemlösung oder, falls nötig, eine effektive Streitbeilegung zu ermöglichen, ist es auch im agilen Projekt unabdingbar, dass der Vertrag das dafür notwendige Instrumentarium zur Verfügung stellt. Bei der Vertragsgestaltung sind die Besonderheiten der agilen Vorgehensweise abzubilden.

Daher gelten die folgenden Ratschläge:

- **In agilen Softwareprojekten sollte die Anwendung von Werkvertragsrecht ausdrücklich vereinbart werden.**
- **Eine Kombination von aufwandsabhängiger und erfolgsabhängiger Vergütung wird den Parteiinteressen im agilen Projekt am ehesten gerecht.**

- **Eine gemeinsame Projektevaluierung sollte mit der Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung durch beide Parteien als “Sollbruchstelle” vorgesehen werden.**

3 Handlungsempfehlungen

Planen Sie ein IT-Projekt oder stecken Sie in einem Projekt fest, überlegen Sie mit Bedacht, wie es weitergehen kann. Oder wie man sich vom Vertragspartner löst. Das Lösen und Aufgeben des Projekts muss kein Beinbruch sein. Sofern man noch miteinander sprechen kann, ist fast immer eine Einigung zu erzielen. Im Folgenden möchten wir Ihnen drei Handlungsempfehlungen geben, sollte Ihr Projekt bereits in die Schieflage geraten sein:

3.1 Ursachen und Risiken ermitteln

Wie weit ist das Projekt voran geschritten und wie groß ist die Abhängigkeit vom Dienstleister? Gibt es technische Abhängigkeiten (Lock-in), ist der Dienstleister noch austauschbar?

3.2 Projektabbruch erwägen

Abbruch des Projektes erwägen und die Folgen dieser Entscheidung abschätzen. Ein Abbruch ist in manchen Situationen eine gute Entscheidung, auch wenn sie erstmals sehr schmerzhaft aussieht. Es entstehen Kosten (bereits aufgewendeter Teil des Budgets), es entsteht ein Zeitverlust durch den Abbruch, da ein neuer Dienstleister oftmals nicht auf den Stand aufsetzen kann. Darüberhinaus sehen sich Entscheider auch mit einem Ansehensverlust konfrontiert, haben sie doch den Dienstleister vorher ausgewählt.

Da häufig die Parteien zu Beginn eines agilen IT- Projekts noch keine konkrete Vorstellung davon haben, wie das Projektergebnis aussehen soll, ist die Gefahr, dass sich das Projekt im Verlauf als undurchführbar darstellt, ungleich größer als bei herkömmlichen Projekten. Denn je vager die Vorstellungen der Parteien zu Beginn des Projekts sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich später herausstellt, dass die Vorstellungen nicht übereinstimmen. In

agilen Projekten sollte daher immer eine Möglichkeit vorgesehen werden, das Projekt vorzeitig zu Bedingungen, die für beide Parteien akzeptabel sind, zu beenden.

Es gibt zum einen die Möglichkeit, das Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 648 BGB zu modifizieren und hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers danach zu differenzieren, ob die Kündigung in einem frühen oder in einem späteren Stadium des Projekts erfolgt.

Eine entsprechende Vertragsklausel könnte etwa wie folgt aussehen:

Projektausstieg

Der Auftraggeber kann diesen Vertrag jederzeit ohne Angabe von Gründen mit sofortiger Wirkung kündigen (Projektausstieg).

Abweichend von § 648 S. 2 und 3 BGB gilt in diesem Fall folgendes: Erfolgt der Projektausstieg innerhalb der ersten drei Monate seit Projektbeginn, wird zusätzlich zur Vergütung der erbrachten Leistungen unabhängig vom Umfang der zu liefernden Leistungen ein Betrag von ... Euro fällig.

Erfolgt der Projektausstieg später als drei Monate seit Projektbeginn, sind lediglich die erbrachten Leistungen (Personentage, Materialien, Spesen) zu vergüten; darüber hinaus ist keine weitere Kompensation zu leisten.

Diese Variante berücksichtigt jedoch nur das Interesse des Auftraggebers an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung.

Da im agilen Projekt Auftraggeber und Auftragnehmer sehr eng zusammenarbeiten, kann es sehr viel eher als im herkömmlichen Projekt vorkommen, dass auch der Auftragnehmer ein Interesse an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung hat, etwa wenn die Zusammenarbeit nicht gut funktioniert, die Problematik für eine außerordentliche Kündigung jedoch nicht ausreichend ist.

Bei agilen Projekten bietet es sich daher an, eine gemeinsame Projektevaluierung mit der Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung durch beide Parteien gewissermaßen als bereits erwähnte "Sollbruchstelle" vorzusehen.

Eine entsprechende Vertragsklausel könnte wie folgt lauten:

Projektauvaluierung

(1) Die Parteien führen nach den ersten drei Sprints gemeinsam eine Evaluierung des Projekts durch. In dieser Projektauvaluierung bewertet jede Partei den bisherigen Verlauf des Projekts.

(2) Jede Partei kann im Rahmen der Projektauvaluierung entscheiden, das Projekt abubrechen. Entscheiden beide Parteien oder nur der Auftraggeber, das Projekt abubrechen, sind die erbrachten Leistungen (Personentage, Materialien, Spesen) zu vergüten. Entscheidet der Auftragnehmer, das Projekt abubrechen, sind die erbrachten Leistungen abzüglich 20 % zu vergüten. § 648 BGB findet keine Anwendung.

(3) Jede Partei kann im Rahmen der Projektauvaluierung verlangen, dass das Projekt nur zu geänderten vertraglichen Bedingungen fortgesetzt wird. Kommt eine Einigung über die geänderten Bedingungen nicht innerhalb von zwei Wochen zustande, gilt das Projekt als abgebrochen; Abs. 2 S. 2 bis 4 gelten entsprechend.

So kann man im Falle des Scheiterns des Projekts oder im Fall einer verfahrenen Situation diese Sollbruchstelle verwenden, um ohne großen Reputationsverlust aus dem Projekt herauszukommen

3.3 Flucht nach vorne: Verhandlungen zur Projekt- und Vertragsanpassung führen

Entscheiden Sie sich für die Fortführung, so rufen Sie die "Projektkrise" aus und erarbeiten mit dem Geschäftspartner Wege aus der Krise:

1. Ursachengemäß auf den Vertragspartner einwirken, beispielsweise:
 - War das Projekt wohl zu günstig verkauft: Die noch offenen Punkte gemeinsam erheben und bewerten.
 - Gemeinsame Arbeitsweise abstimmen, genauere, insbesondere schriftliche Absprachen, Ergebnisse von Arbeitsschritten schriftlich einfordern, regelmäßige Besprechungen etablieren

- Projektmethodik gemeinsam verbessern
 - Beratende Hilfe von außen hinzuholen (einmal um einen Blick von außen zu gewinnen, aber auch um die Zusammenarbeit der Beteiligten zu moderieren und auf die Einhaltung von Methoden hinzuwirken)
2. Verhandlungen zur Vertragsanpassung führen
 3. Bei Verträgen der Entscheidung: Klare Meilensteine und messbare Größen, auch aus den Verhandlungen mit den Dienstleistern, für eine Entscheidung festlegen.

Werden diese Meilensteine und messbaren Größen nicht erreicht, so treffen Sie die Entscheidung (bspw. Abbruch). Hintergrund dieser Maßnahme ist, dass man oftmals geneigt ist, Entscheidungen weiter hinaus zu schieben (“warten wir bis nächste Woche, was dann da ist”, “wir sind doch schon so weit gekommen” ...).

4 Unsere Kontaktdaten

Dipl.-Vw. Daniel Brunner ist Berater, Sachverständiger und Software-Entwickler.
Brunner GmbH & Co. KG Informationsverarbeitung, Schulstraße 8, 35216 Biedenkopf
06461/9287-0, Fax 06461/9287-40, daniel.brunner@systemhaus-brunner.de

Rechtsanwalt Daniel Holtorf ist Fachanwalt für IT-Recht.
CO.LEGUM Dr. Reinhardt & Partner, Biegenstraße 2, 35037 Marburg
06421/49803-00. Fax 06421/49803-99, dh@colegum.de