

7. BAUSTELLEN DES IT- UND TELEKOMMUNIKATIONSRECHTES

Thomas Hoene

Planung und Steuerung von IT-Großprojekten nach modernisiertem Schuldrecht

1. Projektstruktur als moderner Beschaffungsprozess für IT-Leistungen

Unsere Welt ist seit der ersten industriellen Revolution im 19. Jahrhundert komplizierter und deshalb für menschliche Normengefüge zunehmend unbeherrschbarer geworden. Der Prozess der Verkomplizierung unserer Lebenssachverhalte beschleunigt sich mit fortschreitendem technischen Fortschritt exponentiell. Die moderne Informationsgesellschaft des späten 20. und des beginnenden 21. Jahrhunderts stellt historisch gewachsene Normensysteme vor Aufgaben, deren Bewältigung nicht selten ihre Leistungsfähigkeit überschreitet. Beispielhaft deutlich macht dies der wirtschaftliche Beschaffungsvorgang für Hard- und Softwarelösungen im Austauschverhältnis zwischen Anbieter und Benutzer.

Erst seit Ende der 80iger Jahre des 20. Jahrhundert hat sich in der Praxis des Wirtschaftslebens als Verhaltensregel bei derartigen Beschaffungsprozessen entwickelt, den Beschaffungsvorgang in Projektform zu gestalten. Eine projektbezogene Vorgehensweise zeichnet sich durch folgende typischen und wesentlichen Kriterien aus:

Der Beschaffungsvorgang gliedert sich in mehrere Projektphasen, die auch hinsichtlich ihrer vertragstypologischen Einordnung durch unterschiedliche Leistungsinhalte im Austauschverhältnis geprägt sind. So beginnen IT-Projekte häufig erst mit der Untersuchung der konkret zu lösenden Aufgabenstellung und dem Suchen, Planen und Konzeptionieren in Betracht kommender – mitunter alternativer – Lösungen. Das im eng verzahnten Dialog gestaltete Suchen, Planen und Konzeptionieren ist vertragstypologisch anders zu bewerten als das Realisieren einer am Ende der Phase 1 gemeinsam konzeptionierten Lösung. Anders als bei der Realisierung steht nicht das Erstellen eines Ergebnisses, sondern der Know-how-Austausch aus unterschiedlichen Ansätzen und mit unterschiedlichem Fachwissen im Vordergrund. Das Ergebnis ist offen. An die Realisierung in der Phase 2 schließt sich die Optimierung (z. B. in Form von Wartung und Pflege, Weiterentwicklung und Fehlerbehebung) und der Know-how-Transfer auf den Anwender, mitunter auch der Betrieb der Lösung im Auftrag an. Auch hier unterscheiden sich die Leistungsarten von denen der vorausgehenden Phasen wesentlich.

Die gesuchten und im Projekt eventuell gefundenen Lösungen sind in der Regel aufgrund der Einzigartigkeit der Aufgabenstellung jedenfalls in Teilspekten neu, dem leistenden Fachunternehmen im Detail bei Vertragsbeginn unbekannt, ebenso die Lösungswege. Dies hat Auswirkungen auf die

Kalkulierbarkeit der variablen Größen Zeit und Aufwand und stößt im Leistungsgefüge der Vertragsparteien auf besondere Risiken der Äquivalenz- und Leistungsstörung. Normmuster, die sog. »Alles-oder-Nichts-Lösungen« verordnen, gewähren selten sachgerecht erscheinende Konfliktlösungen.

Das Projekt dauert über lange Zeiträume von vielen Jahren. Der Projektgegenstand wie auch die dem Projekt zugrundeliegende kaufmännische Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ändert sich während der Projektlaufzeit nicht unerheblich. Diese Dynamik wird in gesetzlichen Normtypen des Schuldrechts jedenfalls per 31.12.2001 nicht abgebildet.

Die Leistungsbeiträge der Austauschpartner im Projekt sind eng miteinander verzahnt, ebenso die Verantwortungsbereiche. In einzelnen Phasen des Projekts können Leistungsbeiträge des Auftraggebers im Vordergrund stehen und den Anbieter nur als Mitwirkenden qualifizieren, in anderen Projektphasen ist dies wiederum anders. In allen Phasen ist ein hoher Grad an Zusammenarbeit, Kommunikation und Dokumentation erforderlich. Diese Typologie lässt sich nach altem Schuldrecht mit reinen Austauschverhältnissen wie Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag nicht hinreichend widerspiegeln.

2. Modernisierungsanspruch des neuen Schuldrechts

Die Bundesregierung hat dem zur Umsetzung der drei Richtlinien des Europäischen Parlaments RL 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkauf), RL 2000/35/EG (Bekämpfung von Zahlungsverzug) und RL 2000/31/EG (Elektronischer Geschäftsverkehr) bestimmten Gesetzentwurf nicht nur den Titel Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gegeben, sondern ihn neben den Umsetzungsnotwendigkeiten auch mit der Notwendigkeit der Modernisierung des Schuldrechts zur Anpassung an sich gewandelte wirtschaftliche Sachverhalte begründet. Eine Analyse aus Sicht der Vertragspraxis und Praktikererfahrung im Umgang von Konfliktlösungen in IT-Projekten kommt – in einer frühen Phase nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – anhand von drei ausgesuchten Aspekten der Reform zu folgenden Ergebnissen:

Die Vereinheitlichung des Leistungsstörungsrechts im Gegensatz zu den stark voneinander abweichenden Regeln der Gewährleistung in den Vertragstypen des alten Rechts kommt im Sinne einer Modernisierung den beschriebenen Besonderheiten des IT-Projektes entgegen. Das werkvertragliche Gewährleistungsmodell der primären Nachbesserung oder Ersatzlieferung gegenüber der sekundären Wandlung, Minderung oder dem Schadensersatz trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass IT-Leistungen, insbesondere Software-Produkte, auch unter Beachtung der Regeln der Technik und Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erst in länger währenden Optimierungsprozessen nach Einführung im Echtbetrieb vollständig fehlerfrei gemacht werden können. Die Vertragspraxis unter Geltung des alten Schuldrechts entsprach bereits dem neuen Recht, in dem meist ein einheitliches dem Muster des Werkvertrag folgendes Gewährleistungsrecht geregelt wurde.

Der Gesetzgeber hat es nicht geschafft, eine klare und sachgerechte vertragstypologische Einordnung von Herstellungsleistungen im IT-Bereich zu bewerkstelligen. Durch die Neuregelung des Werklieferungsrechts in § 651 BGB n.F. werden Herstellungsleistungen auf der Basis oder unter Verwendung bestehender Teillösungen dem sachgerechten Werkvertragsrecht entzogen, bei vollständigen Neuerstellungen bleibt unklar, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht gilt; dies obwohl ausweislich der Begründung zu § 651 BGB n.F. Verträge über die Herstellung und Lieferung unkörperlicher Sachen dem Werkvertragsrecht überlassen bleiben sollen. Die keineswegs widerspruchsfreie und schlüssige Rechtsprechung wird in der Rechtspraxis, bis hin zur Rechtsprechungspraxis der Untergerichte, dazu führen, Computerprogramme, obwohl ihrem Wesen nach eher unkörperliche Leistungen, als Sachen zu behandeln und deshalb Kaufrecht zu unterwerfen. Wegen des AGB-rechtlichen Primats der vertragstypologisch gerechten Einordnung von Vertragsgegenständen bleibt es zweifelhaft, ob in vorformulierten Verträgen Wesenselemente des Werkvertrags wie die Notwendigkeit einer Abnahme zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht rechtswirksam vorgesehen werden kann. In IT-Projekten kommt jedoch der Abnahme aus Sicht beider Vertragsparteien eine wesentliche den Projekterfolg fördernde Funktion zu. Sie stellt eine sachdienliche Zäsur zur Abgrenzung von Projektphasen dar und ermöglicht ein klar und einvernehmlich definiertes Aufsetzen neuer Phasen auf erzielte Ergebnisse.

Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip« des alten Wandlungs- und Rücktrittsrechts hat der Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung nicht beseitigt, in § 323 Abs. (6) BGB n.F. nur um eine neue Variante erweitert. Der sog. Wandlungsschaden, der aufgrund der Kurzlebigkeit von IT-Produkten meist enorm ist, wird deshalb keiner sachgerechten Konfliktlösung zugeführt werden können, weil Schadensteilungsprinzipien des § 254 BGB den Rechtsfolgen von Schadensersatzansprüchen vorbehalten bleiben, zu denen dieser Schaden nicht zählt. Der Inhalt und Geltungsbereich des § 323 Abs. (6) BGB n.F., nach dem der Rücktritt des Gläubigers ausgeschlossen sein soll, wenn er für den den Rücktritt auslösenden Umstand verantwortlich ist, bleibt unklar.

Vermutlich einen »handwerklichen Fehler« allerdings von großer Tragweite stellt die Neuregelung des § 444 (ebenso § 639) BGB n.F. dar. Wer Eigenschaften garantiert oder – so eindeutig nach der Gesetzesbegründung und -historie – zusichert, soll eine Haftung dafür mittels individueller Vereinbarung, also außerhalb der Anwendung der §§ 307 BGB n.F., weder ausschließen noch beschränken können. Die Tragweite dieser Regelung wurde bei der Beratung des Gesetzes nicht gesehen. Sie führt dazu, dass in großen Industrieprojekten, in denen die Marktverhältnisse eine Verweigerung von Eigenschaftsgarantie nicht zulassen, deutsches Recht untauglich geworden ist. So lässt sich die Qualität von IT-Betriebsleistungen von herzustellenden IT-Lösungen nur über bestimmte Kenngrößen (»Service-Levels«) wie Systemverfügbarkeit, Performance und Störungsbehebungszeiten beschreiben. Die Grenze zur Eigenschaftszusicherung ist nah und wenig scharf, häufig je nach Verhandlungssituation nicht vermeidbar. Die Rechtsfolgen der Nichtein-

haltung von Eigenschaftszusicherungen zu begrenzen, ist nicht nur angemessen und ein Gebot der kaufmännischen Sorgfaltspflicht, sondern wurde bislang in der Regel von Verhandlungspartnern auch im Grundsatz akzeptiert. Der Gesetzeswortlaut erklärt dies in § 444 BGB und § 639 BGB nunmehr für ausnahmslos unwirksam. Der Versuch, diesen Gesetzgebungsfehler durch ebenso erfindungsreiche wie kreative Argumentationen des Inhalts zu umgehen, dass das Haftungsbeschränkungsverbot für Eigenschaftszusicherungen und Garantien nicht gelten soll, die die Haftungsbeschränkung gleich beinhalten, ist zwar ehrenwert, aber höchst riskant. Es leuchtet nicht zwangsläufig ein, weshalb der Ort, an dem im Vertrag die Haftungsbeschränkung für den Fall der Verletzung der Garantie oder Eigenschaftszusicherung formuliert ist, eine Rolle für die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung spielen soll. Die Eigenschaftszusicherung erschöpft sich im erklärten gesteigerten Entstehenwollen für das Vorliegen bestimmter Leistungsmerkmale, die Konsequenzen für den Fall, dass die zugesicherten Leistungsmerkmale nicht vorliegen, sind Gegenstand einer entweder ausschließlich der Eigenschaftszusicherung oder neben anderen Haftungsfällen auch der Eigenschaftszusicherung zugeordneten Haftungsregelung. Der Gesetzeswortlaut unterscheidet nicht danach, ob sich die Haftungsbeschränkung auch oder ausschließlich auf die Eigenschaftszusicherung beziehen soll. Es fällt auch keine andere Logik ein, woraus sich die Differenzierung ergeben soll.

3. Fazit

Auch wenn es zu früh ist, über das Gelingen oder Misslingen der Schuldrechtsmodernisierung ein Urteil zu fällen, enthält die intendierte Modernisierung gegenüber dem alten Gesetzeszustand aus der Perspektive des IT-Großprojektes zum Teil gravierende Nachteile; zum Teile fehlt es an mittels anderer Wege, die man hätte beschreiten können, durchaus denkbaren Verbesserungen, und nur teilweise erscheint das Gesetz moderner, weil den neuen Sachverhalten seit Ende des 19. Jahrhunderts angepasster. Die Frage, ob eine Modernisierung gelungen ist, wird sich also weiterhin stellen. Schade, aber sicher wird die Geschwindigkeit des Gesetzesvorhabens nicht ohne Auswirkung auf das Ergebnis geblieben sein. »Nur nicht hudeIn«, sagt der Schwabe.