

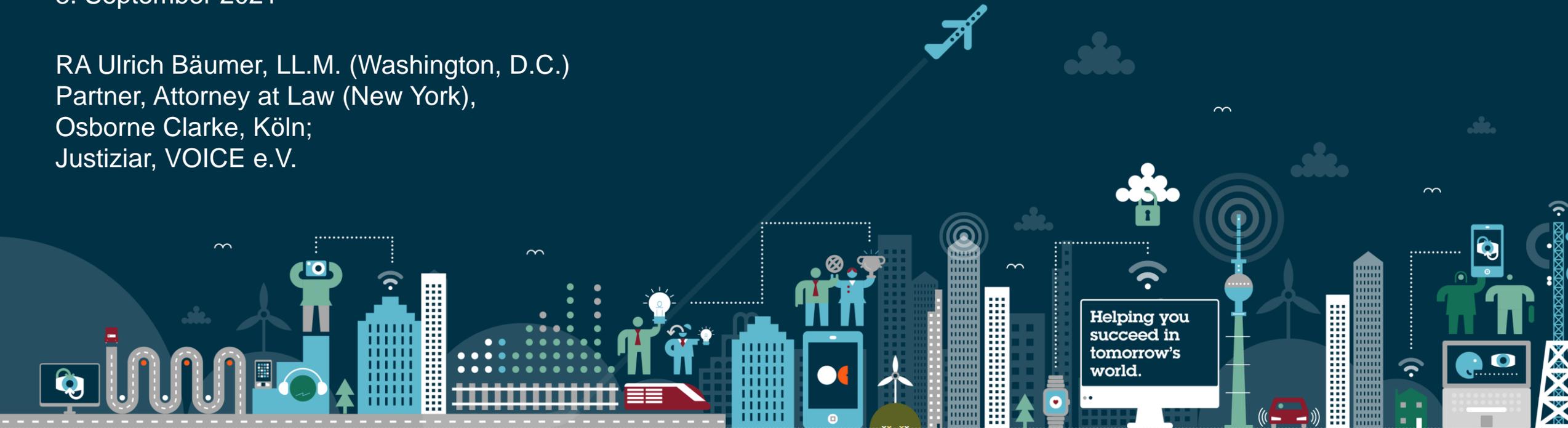
IT-Verträge für den Maschinenbau



IT-Verträge und IT-Projekte rechtssicher gestalten sowie Erwerb,
Implementierung oder Konvergenz meines ERP-Systems

8. September 2021

RA Ulrich Bäumer, LL.M. (Washington, D.C.)
Partner, Attorney at Law (New York),
Osborne Clarke, Köln;
Justiziar, VOICE e.V.



Ausgezeichnet!

Auch aktuell wieder:

IT-Anwalt des Jahres 2021
(Handelsblatt und
Wirtschaftswoche)



IT-Verträge und IT-Projekte rechtssicher gestalten sowie Erwerb, Implementierung oder Konvergenz meines ERP-Systems

Agenda:

1. Einführung
2. IT-Vertragsrecht
3. IT-Projekte in der Krise
4. Verhandlungen mit den großen internationalen Providern (MS, SAP, AWS, etc.)



1

Einführung - IT-Verträge: Welcher Vertragstyp passt zu welchem Vorhaben?



1.1 Überlassungsverträge Standard- und Individualsoftware

- Standardsoftware
 - Einmalzahlung (Kauf)
 - wiederholende Zahlung (Miete)
 - SaaS (Miete, Dienstleistung, etc.)
 - typengemischte Verträge
- Individualsoftware
 - Werkvertrag
 - kann auch Dienstvertrag sein ...
 - kann auch Arbeitnehmerüberlassung sein ...
- Sonderfall: agile Projekte (siehe Exkurs)



1.2 Werkvertrag vs. Dienstvertrag; AÜG

Fachliche Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Ziff. 1.1.6 der Bundesagentur für Arbeit, 20. März 2017

Arbeitnehmer- überlassung	Werkvertrag	Dienstvertrag
<ul style="list-style-type: none"> • Erstmals legal definiert in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG n.F. • Arbeitgeber (Verleiher) stellt Arbeitskräfte (Leiharbeitnehmer) an Dritten (Entleiher) zur Verfügung • Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers • Dritter setzt Arbeitnehmer nach seinen Weisungen im Betrieb ein 	<ul style="list-style-type: none"> • Unternehmer verpflichtet sich gegenüber Besteller zur Herstellung eines versprochenen Werkes (Erfolg) • Eigenverantwortliche Organisation, eigenes Unternehmensrisiko • evtl. Einsatz von Sub-Werkunternehmern: unterliegen allein den Weisungen des Werkunternehmers 	<ul style="list-style-type: none"> • Dienstleister erbringt Dienste für Drittbetrieb unter eigener Verantwortung (bzgl. Organisation, Zeit, Art und Weise) • i.d.R. Dienste mit hoher Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative, fachlicher Selbstständigkeit • evtl. Einsatz von Erfüllungsgehilfen: unterliegen allein den Weisungen des Dienstleisters

Überprüfung laufender und neuer Fremdpersonaleinsätze in Bezug auf diese "3" Vertragstypen

1.2 Werkvertrag vs. Dienstvertrag; AÜG - Voraussetzungen

Dienstvertrag:

- Gesamtverantwortung bei AG
- Kontrollausübung durch AG
 - Erforderliches Know-How bei AG
 - Notwendige Ressourcen bei AG
 - Lediglich Erbringung der Dienstleistung geschuldet
 - Ausnahmefall!
 - Erhöhtes Risiko für verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Werkvertrag:

- Gesamtverantwortung bei AN
- Kontrollausübung durch AN
 - Erforderliches Know-How bei AN
 - Notwendige Ressourcen bei AN
- Konkreter Erfolg geschuldet
 - Normalfall



1.2 Werkvertrag vs. Dienstvertrag; AÜG Scrum - Risikoerhöhende Faktoren im Hinblick auf eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

- Ausgestaltung als Dienstvertrag
- Bildung "gemischter" Scrum Teams (AN und AG)
- Bildung "gemischter" Scrum Teams (eigene Arbeitnehmer und Solo-Selbstständige)
- Intensive Zusammenarbeit von AN und AG
- Ggf. Vergütungsmodell



- **Schritt 2: Risikoanalyse**
- Bei agilen Methoden (Scrum) besteht ein erhöhtes Risiko für eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung!
-  **Risikominimierung durch Vertragsgestaltung u. Projektmanagement**



1.3 Die (un-)verhohlene Androhung eines Lizenzaudits

Lizenzaudits:

Überprüfung von Softwarelizenzen nach Nutzungsumfang (z.B. Anzahl User) und Nutzungsintensität

Stimmt die **tatsächliche Nutzung** der Lizenzen mit der **vertraglich vereinbarten Nutzung** überein?



Interesse des Lizenzgebers: Urheberrechtlicher Schutz des Computerprogramms (§ 69a UrhG), Untersagung nicht autorisierter Nutzung (§ 69c UrhG) + finanzielle Interessen



Hohes Risiko: Fehllizenzierungen oder Unterlizenzierungen →

Es drohen hohe Kosten für Nachlizenzierungen, zukünftige Lizenzen und Rechtsstreitigkeiten!

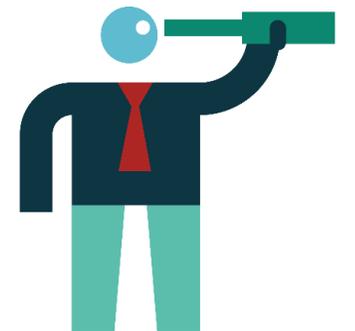


1.3 Die (un-)verhohlene Androhung eines Lizenzaudits

Risiken von Lizenzaudits aus Sicht der Anwenderunternehmen:

- Personal für Begleitung des Lizenzaudits muss verfügbar gemacht werden
- Störung des Betriebsablaufs dadurch, dass ein Computerprogramm während des Audits nur beschränkt nutzbar ist
- Einblick in Unternehmensabläufe: Gefahr, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder Know-How bekannt werden
- Risiko für personenbezogene Daten von Mitarbeitern, Kunden und Lieferanten

 Vertragliche Absicherung gegen die Risiken (soweit möglich)



1.3 Die (un-)verhohlene Androhung eines Lizenzaudits

Gesetzliche Grundlagen für Lizenzaudits:

- §§ 101, 101a UrhG
 - Hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Urheberrechtsverletzung erforderlich
 - Besichtigung soll dazu dienen, letzte Zweifel an dem Anspruch auszuschließen
 - Besondere Schutzmaßnahmen bei vertraulichen Informationen
- §§ 809, 242 BGB



1.3 Die (un-)verhohlene Androhung eines Lizenzaudits

Vereinbarung von Lizenzaudits in AGB:

- **Transparenz:** Auditmaßnahmen müssen detailliert dargestellt werden und Verhältnis untereinander muss geklärt werden
- **Unangemessene Benachteiligung**
 - Wenn ohne jegliche Voraussetzung Audit gewährt werden muss
 - Wenn missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Lizenznehmers durchgesetzt werden
 - Kein Schutz vor Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs
 - Kein Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen
 - Keine Gewährleistung von Konformität mit Datenschutzrecht



1.3 Die (un-)verhohlene Androhung eines Lizenzaudits

Individualvertragliche Vereinbarung von Lizenzaudits:

- Themen, die eine Audit-Klausel adressieren sollte:
 - Häufigkeit
 - Prüfung durch Lizenzgeber selbst oder durch Third Party Auditor
 - Prüfmethode
 - Prüfungsinhalt
 - Tools
 - Verfahrensregeln
 - Ankündigungsfrist, zu Geschäftszeiten, Kostentragung
 - Vertraulichkeitsregelungen
 - Nachkaufkonditionen
 - Schlichtungsklausel



1.3 Die (un-)verhohlene Androhung eines Lizenzaudits - Praxistipps

- Vermeiden Sie Unsicherheiten! Informieren Sie sich genau, welche Lizenzen für die angestrebte Nutzung benötigt werden!
- Unklare Formulierungen in Lizenzbedingungen sollten vor Vertragsschluss mit dem Softwareanbieter geklärt werden.
- Bereits bei Vertragsschluss Vereinbarung einer gemeinsamen Vorgehensweise in Bezug auf Audits mit dem Lizenzgeber
- Interner Prozess, wie und unter Beteiligung welcher Parteien Lizenzaudits durchgeführt werden; alle relevanten Unternehmensabteilungen informieren



1.4 Einzelvertrag, Vorvertrag, AGB

Einzelvertrag:

- unterliegt dem Rahmenvertrag, aus Sicht Einkäufer ohne Ausnahmen
- regelt technische, kommerzielle, projektbezogene Dinge
- regelt **nicht** rechtliche Themen
- muss schnell gehen, deswegen auch Rahmenvertrag
- oft ohne Beteiligung der Rechtsabteilung



1.4 Einzelvertrag, Vorvertrag, AGB

Vorvertrag:

- LOI, MOU, etc - Name ist irrelevant
- Macht es Sinn - ‚sideways instead of forward‘
- Wer benötigt dies überhaupt?
- Projektteams wollen es häufig, „weil sie es wollen“



1.4 Einzelvertrag, Vorvertrag, AGB

AGB:

- Sollte man abbedingen oder im Rahmenvertrag überschreiben!
- Warum noch anwenden, wenn Rahmen- und Einzelvertrag vereinbart?
- Nur in Ausnahmefällen anwendbar
- Achtung: AGB-Kontrolle strikt



1.5 RFI (request for information), RFP (request for proposal)

- Rechtliche Bedingungen müssen bereits im RFP/RFI Prozess bereitgestellt werden
- Anbieter muss diese (zumindest die wesentlichen Klauseln) akzeptieren oder seine Änderungen final kenntlich machen
- Akzeptanz des eigenen Rahmenvertrags sollte in die Auswahlkriterien des erfolgreichen Anbieters einfließen (neben Preis und Lösung)
- Anbieter muss hier eng geführt werden, um spätere langwierige Verhandlungen zu unterbinden (zeitliches Investment bekommt man mit dem Faktor 5 später zurück)

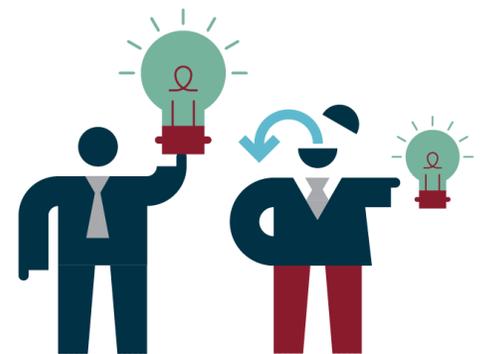


2 IT-Vertragsrecht



2.1 Präambel

- Einleitung / Erklärung für den Vertrag
- Inhalt:
 - Beschreibung der Parteien
 - Zusammenfassung des Hintergrundes für die Verhandlungen
 - Zusammenfassung des Vertrags(ziels)
 - Sehr ausgeprägte Kompetenz einer Partei oder bestimmte Qualität eines Produkts (Experte?)
<https://www.bearingpoint.com/de-de/unser-team/unsere-experten/>
 - Fehlende Erfahrung einer Partei in einem bestimmten Bereich
 - Bestimmte Erklärungen und Aussagen der Parteien
 - bestehende Verträge zwischen den Parteien



2.1 Präambel

- Generelle Regel: keine Verpflichtungen
- Präambel dient der Interpretation und Auslegung des Vertrags
- Es besteht keine Pflicht zum Vertragsabschluss
- Aber eine solche Pflicht kann sich aus einer Vereinbarung der Parteien ergeben (insbesondere bei Festpreisen und Phasenmodellen)



2.2 Leistungen des Anbieters

- hier nur Auffangtatbestand aufnehmen
- „and inherent subtasks,“
- Öffnungsklausel notwendig, um späteren Change Request Forderungen des Anbieters entgegenwirken zu können
- Leistungen/Festpreis/Change Request sind enge Verwandte



2.3 Lieferzeitpunkt und Leistung

- Kann im Vertrag geregelt werden → entscheidend für den Verzug
- Wenn Zeitpunkt für die Leistung definiert ist → keine Mahnung erforderlich (§ 286 BGB)
- Fristen bindend oder eben nicht- Regel/Ausnahme-Prinzip festlegen, je nach Vertragspartei (löst, wenn nach Kalendertagen bemessen, Verzug ohne Mahnung aus)



2.4 Normhierarchie

- Im Falle konkurrierender Klauseln (gesetzliche oder vertragliche) – Vereinbarung, die regelt, welche Klausel sich durchsetzt
- Konflikt ebenfalls möglich zwischen dem Rahmenvertrag und den Einzelverträgen, den Anlagen, den AGB,



2.5 Vom Dienstleister zu erbringende Leistungen

- Definition der Leistung und des Leistungsumfang muss geregelt werden
- Differenzierung: Welcher Vertragstyp liegt vor?
 - Sonderproblem: agile Softwareentwicklung vs. Wasserfall
 - Sonderproblem: AÜG
 - Sonderproblem: indirekte Nutzung
 - Sonderproblem: XaaS (SaaS, PaaS, etc)



2.6 Pflichten des Kunden

- Gesetzliche Normen regeln nur die grundlegenden Pflichten, e.g. §§ 241, 433, 611, 631 BGB
- Abhängig von der jeweiligen Leistung, die erbracht wird, sind weitere Regelungen erforderlich (e.g. wer stellt den Arbeitsplatz zur Verfügung und wer trägt die Kosten dafür?)



2.7 Kooperation zwischen den Vertragsparteien

- Erbringung von Dienstleistungen ist gewöhnlich ein Dauerschuldverhältnis
- Kooperation muss, auch im Hinblick auf die eigenen Pflichten den Einsatz von Subunternehmern und Arbeitnehmern geregelt werden



2.8 Arbeitnehmer des Dienstleisters

Within the framework of the INDIVIDUAL CONTRACT (SOW), the CONTRACTOR considers the instructions of the CLIENT. However, the CLIENT is not authorized to directly give instructions to the CONTRACTOR's staff members. The CONTRACTUAL PARTIES have agreed that all rights to instruct the employees placed for fulfilling the contractual duties are retained only and exclusively with the CONTRACTOR. The instruction rights cover especially - but not limited to it - all specifications on the methods and place of executing services as well as on the planning of the daily, weekly and monthly working time, also the dates and duration of the team member's vacation.



2.9 Projektsprache

- Obwohl Englisch die internationale Wirtschaftssprache ist, bevorzugen viele deutsche Unternehmen die deutsche Sprache
 - Dienstleister haben sich darauf einzustellen und die Dokumente, Verträge und Leistungen in deutscher Sprache vorzubereiten
- Trotzdem sind abweichende Vereinbarungen möglich
- "The project language is English unless another language has been agreed in the INDIVIDUAL CONTRACT (SOW). Documentation and delivery of all work results will be made in the respective project language."
- Achtung: hidden cost driver - Haben Sie eine Vorstellung, was die Übersetzung eines Rahmenvertrags plus Anlagen kostet? 25.000 + EUR



2.10 Beidseitige Unterstützung

- Abhängig von der jeweiligen Leistung, ist die Unterstützung vom Vertragspartner erforderlich
→ § 241 II BGB
- Aber § 241 II BGB regelt nicht konkrete Pflichten, sondern vielmehr die abstrakte Pflicht, die Rechte, rechtliche Interessen und anderen Interessen der anderen Partei zu berücksichtigen
- Wichtige Pflichten sollten deshalb ausdrücklich im Vertrag geregelt und konkretisiert werden



2.10 Beidseitige Unterstützung

The CLIENT shall be obliged to support the CONTRACTOR in carrying out the contractual performances to the best of its ability. [...]

The CONTRACTOR will provide the CLIENT on demand with a monthly written status report [...]

Each CONTRACTUAL PARTY appoints a competent staff member to the other party, who can give the information required for executing the INDIVIDUAL CONTRACT (SOW) and who can make or call for decisions.



2.11 Änderung der vertraglich geschuldeten Leistung

- Change Request: Sollte proaktiv im Vertrag geregelt werden
- Definition von Leistungsumfang und Verantwortung des Dienstleisters für den Fall der Änderung der vertraglich geschuldeten Leistung
- Keine Änderung ohne die Unterschrift des Dienstleisters und des Kunden
- Klare Regeln für eine Änderung der vertraglich geschuldeten Leistung und Verwendung eines Change Request Vordrucks
- Siehe Exkurs später



2.12 Audits

The CONTRACTOR allows the CLIENT to conduct quality audits in particular according to DIN ISO 19011 at the site of the CONTRACTOR during the normal business hours and after at least 1 week advance notification. The cost for such audits are borne by Contractor.



2.13 Schutzrechte

- Nach deutschem Recht ist eine Übertragung des Urheberrechts nicht möglich (anders im US-Recht!)
- Stattdessen kann ein Nutzungsrecht eingeräumt werden.
- Achtung: Verträge mit Big Four (SAP, Oracle, Amazon, Microsoft)
- Normalerweise enthält die Klausel über dieses Nutzungsrecht die folgenden Parameter:
 - Einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht
 - Unwiderrufliches oder widerrufliches Nutzungsrecht
 - Unbeschränktes oder beschränktes Nutzungsrecht (in zeitlicher / räumlicher Hinsicht)
 - Recht des Lizenznehmers, weitere Unterlizenzen zu erteilen (bzw. Verbot Unterlizenzen zu erteilen)
 - Beschränkte oder unbeschränkte Rechte des Lizenznehmers



2.13 Schutzrechte

All Pre-Existing Industrial Property Rights of the Contractor [...] remain the sole possession of the Contractor.

All Industrial Property Rights [...] created by the Contractor for the Client [...] under this MSA will become the exclusive possession of the Client upon creation.

All Industrial Property Rights [...] provided to the Contractor by Client [...] will remain the exclusive possession of the Client → will be either given back or deleted upon written request.



2.13 Schutzrechte

CONTRACTOR shall guarantee that the rights of third party are **not** infringed in connection with his performance- unlimited liability, indemnity and liability w/o fault.

Absolut wichtige Klausel für Einkäufer, geben sogar Big Four

Geringe Eintrittswahrscheinlichkeit, hohe Schäden

Procedure in case of third party rights infringement – indemnity clause

inform

assist

not acknowledge



2.14 Abnahme

- Grundsätzlich nur relevant in Werkverträgen
- § 640 BGB:
 - Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.
 - Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.
 - Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.
 - Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.
- Entscheidend für den Dienstleister (Gewährleistungsfrist, Fälligkeit der Vergütung, Beweislast für Mängel, Verlust des Arbeitsergebnisses)



2.14 Abnahme

- Outsourcing Vereinbarungen enthalten grundsätzlich detaillierte Abnahme-Regelungen, die verschiedene Pflichten regeln, die jede Partei vor, während oder nach der Abnahme erfüllen muss.
- Mittelpunkt der Interessenanalyse: Welcher Vertragstyp ist auf eine bestimmte Situation anwendbar?
- Berechtigung die Abnahme zu verweigern hängt von der jeweiligen Fehlerklasse ab
- Abnahmefiktionen?



2.14 Abnahme – Leistungsstandfeststellung

- Neu geregelt in § 648a Abs. 4 BGB:
- Verlangt Mitwirkung beider Parteien an Feststellung des bisherigen Leistungsstands innerhalb einer angemessenen Frist
- Dient allein der Prävention von Streitigkeiten und hat keine mit einer Abnahme des Werks vergleichbaren Rechtsfolgen
- Verweigert eine Partei in zu vertretener Weise die Mitwirkung, trifft diese die vollumfängliche Beweislast für den Leistungsstand im Zeitpunkt der Kündigung
- Entsprechende Verweigerung kann sich bereits aus einer Verzögerungstaktik o.Ä. ergeben



2.15 Gewährleistung

- Gewährleistung = gesetzliche Haftung für Sach- und Rechtsmängel
- Garantie → freiwilliges Versprechen oder Zusicherung bezogen auf die Qualität oder Haltbarkeit eines Produkts oder einer Leistung

- Beginnt mit Abnahme
- Gesetzliche Gewährleistungsfrist: 24 Monate
- Kann durch Einzelvertrag oder durch Allgemeine Geschäftsbedingungen beschränkt werden



2.16 Verzug

Schlüsselpunkt der Verhandlungen:

- Kunde begehrt in der Regel bei Verzug eine Vertragsstrafe
- Dienstleister versucht diese zu verhindern bzw. möglichst gering zu halten



2.16 Verzug

- Kein Verzug, es sei denn
 - Bestimmte Zeit festgelegt (durch Vertrag oder Gesetz),
 - Dienstleister hat eine Mahnung erhalten
(Ausnahmen möglich, z. B. Dienstleister verweigert die Leistung),
 - Dienstleister ist mit der Leistung in Verzug und er ist dafür verantwortlich.
- Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Frist:
 - Unschuldige Partei ist berechtigt, den entstandenen Schaden geltend zu machen
 - Aber unschuldige Partei hat kein Kündigungsrecht
(es sei denn anders vereinbart)



2.17 Haftung: Grundlagen

- Schadensersatz für
 - Verzug
 - Nichtleistung
 - Schlechtleistung



2.17 Haftung: Maßstab

- **Einfache Fahrlässigkeit**
 - Sorgfaltspflichtverletzung
(z.B. versehentlich bei schlechten Sichtverhältnissen eine rote Ampel überfahren)
- **Grobe Fahrlässigkeit**
 - Wesentliche Sorgfaltspflichtverletzung
(z.B. wissend im Dezember in den Alpen ohne Winterreifen fahren)
- **Vorsatz**



2.17 Haftung: Maßstab

- **Direkter Schaden:**
 - Verlust entsteht als unmittelbare Folge des Mangels
- **Indirekter Schaden:**
 - Anderer Verlust als Folge des Mangels
(z.B. Vermögensschaden, Nutzungsausfall)
- **Mittelbarer Schaden verursacht durch einen Mangel:**
 - Verlust verursacht durch eine Gefahr, die nicht unmittelbare Folge des Mangels ist
(z.B. Dienstleister ist verantwortlich für einen Systemfehler und Kunde kann seine Waren nicht verkaufen)



2.17 Haftung: Übersicht

	Simple negligence	Gross negligence	Intent	Consequential damage caused by a defect & Indirect damage
Unlimited Liability	x	x	x	x
Limited Liability	x	x		
Excluded Liability				x

x = Contract resp. industry → standard Limit: 1 to 3 times contract value

x = Statutory → predictable damage

2.18 Höhere Gewalt

- Definiert als ein unvorhersehbares und unerwartetes Ereignis, das außerhalb der Kontrolle der Parteien liegt und die Erfüllung des Vertrags unmöglich macht.
- Konsequenz der höheren Gewalt ist, dass die Partei nicht für die Nichterfüllung des Vertrags haftet.
- Die Parteien müssen im Vertrag nicht jedes mögliche Ereignis höherer Gewalt definieren.



2.19 Geheimhaltung und Datenschutz

- Die Pflicht die Daten des Vertragspartners zu schützen ist nicht ausdrücklich niedergelegt
- Die Pflicht wird aus § 241 BGB herausgelesen
- Dennoch sollte der Umfang der Geheimhaltung im Vertrag geregelt werden und nicht der Entscheidung der Gerichte überlassen werden
- Siehe oben (Teil 1, II. und III.)



2.20 Vergütung

- Grundsätzlich vereinbaren die Parteien im Vertrag, dass für erbrachte Leistungen eine Vergütung zu zahlen ist
- Wenn eine solche Vereinbarung fehlt, finden verschiedene Konsequenzen Anwendung, abhängig davon, welcher Vertragstyp vorliegt:
 - Kaufvertrag → kein Vertrag, solange nicht alle *essentialia negotii* vorliegen
 - Dienstvertrag → § 612 BGB findet Anwendung!
 - Werkvertrag → § 632 BGB findet Anwendung!



2.21 Abwerben

- Das BGB kennt keine Norm, die speziell das Abwerben von Mitarbeitern regelt
- Aber: § 241 BGB und **§ 75 f HGB** als absolute Grenze
- Danach gilt der Grundsatz: "Je länger die Vertragsbeziehung andauert, umso mehr sind die Rechte, rechtlichen Interessen und andere Interessen der anderen Partei zu schützen".
- Problem: Beweislast und kein Verbot der passiven Rekrutierung



2.22 Vertragsdauer

- Die Vertragsparteien müssen die Vertragsdauer festlegen
- Bei der Bestimmung der Vertragsdauer sind die Parteien grundsätzlich frei
- In IT-Verträgen wird meistens eine bestimmte Vertragsdauer vereinbart, nach deren Ablauf sich der Vertrag entweder verlängert (verlängert werden muss) oder endet
- Aus Sicht der Einkäufer ist time boxing ein Muss



2.23 Kündigung aus wichtigem Grund

- Gesetzlich geregelt durch § 648a BGB → seit 01.01.2018 in Kraft getreten
 - Der wichtige Grund wird in § 648a BGB als ein Grund definiert, der so dringend ist, dass es der betroffenen Partei nicht zugemutet werden kann, bis zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werkes zu warten
 - Allein abhängig von den konkreten Umständen → keine Prognosen möglich
 - Es muss innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntniserlangung über den Kündigungsgrund gekündigt werden (Verweis § 314 Abs. 3 BGB)
- Anspruch auf die Vergütung, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werkes entfällt



2.23 Kündigung

- Ein Outsourcing-Projekt ist normalerweise auf Dauer angelegt
→ Deshalb muss der Rahmenvertrag alle relevanten Aspekte des Projekts, einschließlich der Beendigung, regeln
- Wichtig: Was passiert mit einem bestehenden Einzelvertrag, wenn der Rahmenvertrag wirksam gekündigt wird bzw. was passiert mit dem bestehenden Rahmenvertrag, wenn ein Einzelvertrag wirksam gekündigt wird?



2.24 Übergang

- Die Übergangsklausel regelt wie die Parteien miteinander umgehen, wenn ihre Vertragsbeziehung endet, da die Parteien in der Regel vermeiden wollen, dass das Gericht den Übergang der Leistungen regelt.
- Deshalb enthält die Übergangsklausel beidseitige Rechte und Pflichten, die nach Beendigung des Vertrags gelten sowie eine Regelung darüber, wie lange der Dienstleister noch nach Beendigung des Vertrags Leistungen für den Kunden erbringen muss (u.a. welche Leistungen, wie lange, zu welchen Konditionen).



2.25 Schiedsgerichtsverfahren

At first the CONTRACTUAL PARTIES try to solve any and all disputes, controversies and claims in connection with or from this CONTRACT by means of the escalation regulated in Sect. XX. If this escalation process cannot solve the dispute the CONTRACTUAL PARTIES will clarify the dispute according to the rules of arbitration of the arbitration board of the Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e. V. (German Association for Law and Computer), Am Fasanengarten 5, Geb. 50.31, 76131 Karlsruhe and will apply to this arbitration in order to rectify the dispute in whole or in part, preliminary or definitely according to its arbitration rules. The arbitration tribunal can bindingly decide on the validity of this arbitration agreement. Place of the arbitral procedure is Cologne. The execution of the arbitration award is subject to German law. The arbitration language is German. Except for the above the ordinary courts have no jurisdiction.



2.25 Schiedsgerichtsverfahren

In connection with this arbitral procedure every CONTRACTUAL PARTY has to bear its own expenses and fees.

In order to make the arbitration possible the CONTRACTUAL PARTIES mutually waive the plea of the statute of limitations for all claims from the disputable facts from the arbitration application to one month after the end of the arbitral procedure. The waiver causes interruption of the statute of limitations.



2.26 Anwendbares Recht und Gerichtsbarkeit

Kommen die Vertragsparteien aus unterschiedlichen Ländern

- Verschiedene Rechtssysteme und verschiedene Gerichtsbarkeiten finden Anwendung
- Eine Vereinbarung über anwendbares Recht und anwendbare Gerichtsbarkeit ist zwingend geboten
- Achtung: kein fauler Kompromiss (dein Recht, mein Gericht)



2.26 Anwendbares Recht und Gerichtsbarkeit; Exkurs Indien

- Es gibt in Indien (je nach Quelle) zwischen 10,5 und 19 Richter pro 1 Millionen Einwohner (Stand 2018; OECD: 55 (2015))
- Es gibt Indien daher ca. 24.700 Richter (BRD: 20.739 → 256 Richter pro 1 Millionen Einwohner (BfJ 2016))
- Anhängige Fälle (2018) → insgesamt 28.717.801
- Davon vor dem Zivilgericht → 8.369.111
- Anhängige Verfahren
 - Allein im Jahr 2018 sind vor dem Supreme Court 56 995 Verfahren anhängig (Stand 1. Dezember 2018; Stand 1. Januar 2019: 57 346)
 - 4.200.000 Verfahren vor den verschiedenen High Courts



2.26 Anwendbares Recht und Gerichtsbarkeit

- 1) Do I have a contractual or legal claim under the applicable law?
- 2) Can I prove it ("burden of proof") – Evidence according to US Law (hearsay, etc.)?
- 3) Can I enforce it (deep pocket)?
- 4) Where do I have to enforce the claim determined by the court in the end (recognition and enforcement):
 - In the USA: expensive!
 - In India: protracted and inflation
 - In UK: expensive!
 - In Russia: uncertain
 - In China: political and uncertain
 -



2.26 Anwendbares Recht und Gerichtsbarkeit

- Opponents know the risks and associated costs of law enforcement
- In America the economic basis can be taken away during a process (and there is no § 91 German Civil Procedure)
- In India, you can involuntarily "pass on" a legal dispute to your successor!



2.27 Schlussbestimmungen

This CONTRACT and its Annexes constitute the entire agreement between the CONTRACTUAL PARTIES concerning the present facts and replace all previous stipulations.

Changes or amendments of the contract as well as the amicable rescission need to be in writing in order to become effective. This requirement of form can only be waived in writing.

The assignment of rights or the transfer of obligations from this CONTRACT and the respective INDIVIDUAL CONTRACTS (SOW) needs to previously be confirmed in writing by the other CONTRACTUAL PARTY. This CONTRACTUAL PARTY will grant the approval unless there is good and valid reason.



3 IT-Projekte in der Krise



3.1 Was sind die Gründe für eine Krise und wie vermeide ich sie?

- Fehlendes Ziel des Kunden (man kann fehlende Ziele nicht erreichen)
- Fehlendes Wissen des Anbieters (learning on the job)
- Fehlendes Projektmanagement („man kennt Fehler nicht“)
- Fehlende Eskalationsregeln („man kann Fehler nicht lösen“)
- Fehlendes C Level Commitment („who cares“)
- Silos – Einkauf, Rechtsabteilung etc werden zu spät eingeschaltet
- Zeitdruck, Sprache (native speaker advantage!, gerade in Verhandlungen)
- Kulturelle Besonderheiten missachtet (*In der Verhandeln in konzentrischen Kreisen, Amerikaner sind schneller, Engländer reden indirekt, etc pp*)

„Mein Name ist Professor Dr. Müller, ich bin der Leiter der Digitalisierung und seit über 30 Jahren in der IT-Industrie tätig“ vs

„Hi, please call me Joe, pleased to meet you“

3.2 Schiedsgerichte vs. ordentliche Gerichte: Pro und Contra

- Wahl der Schiedsgerichtsbarkeit
 - Vorteil:
 - nicht öffentlich
 - kann schneller sein
 - kann günstiger sein
 - kann technisch näher dran sein
 - Nachteil
 - nicht öffentlich (Vergleichsbereitschaft des Kunden kann sinken)
 - Kann langsamer sein
 - Kann teurer sein
 - **Ergebnis:** IT-Streitigkeiten müssen verglichen werden



4 Verhandlungen mit den großen internationalen Providern



4.1 Hyperscalers and other monopolies



4.2 Eye level

„Sorgen Sie für einen IT-Vertrag auf Augenhöhe. Der Dienstleister muss sich die Zeit nehmen, die Risiken des Kunden anzuhören und diese im IT-Vertrag abzubilden. In der IT sind die vertraglichen Beziehungen immer langfristig und man sitzt am Ende mit dem Dienstleister zusammen im selben Boot- das IT-Projekt muss Erfolg haben.

Daher muss man in jedem Moment der Zusammenarbeit um Augenhöhe kämpfen - nur, wenn einen der Dienstleister als Kunde ernst nimmt, werden aus der Beziehung gute Ergebnisse entstehen. *Das ist harte Arbeit* - wie in jeder Beziehung.

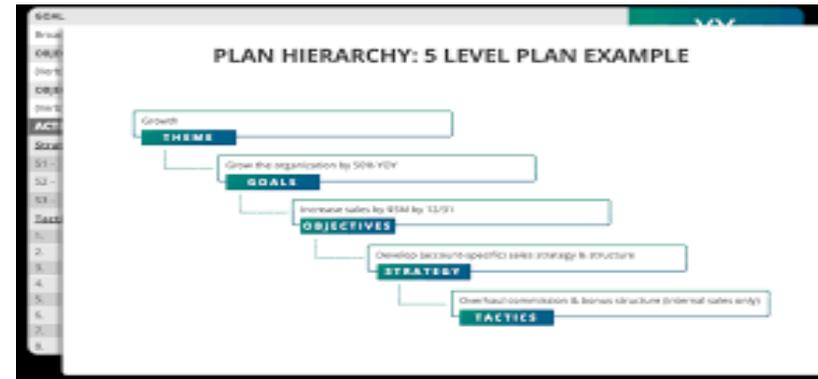
Ansonsten: Schielt als Kunde nicht zu sehr auf den schnellen Rabatt am Anfang, sondern beachtet auch, was der Rabatt mit eurer Abhängigkeit macht.“



CIO 20
JAHRE

4.3 Driver seat

- CIO needs to drive the transaction, provider wants to lull you into sleep
- Provider will send draft MSA 24 hours, before the existing MSA expires
- Have a plan, plan backwards from D-day (expiration of existing MSA)
- Have a team, don't forget your lawyers, tax team, HR team, procurement, licensing- if you are aligned, your framework will be better

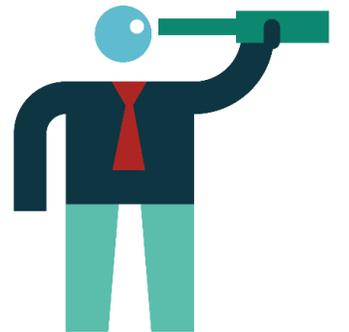


4.4 Everything is possible

Sinngemäß letzte Ziffer eines MSA zwischen einem deutschen Monopolisten und einem 'nicht DAX' Kunden:

„Die (...) vereinbaren über die (.....) Bedingungen dieses Vertrages gegenüber Dritten strenges Stillschweigen (.....).“

Einzigste Ausnahme:
AWS und deutsches Recht!



Ansprechpartner



Ulrich Bäumer, LL.M. (Washington, DC)
Partner / Attorney-at-Law (NY)
Germany

+49 160 969 36 939

ulrich.baeumer@osborneclarke.com

Ulrich Bäumer is a partner in the digital business and technology group of Osborne Clarke in Cologne. He advises the clients of the firm mainly in the areas information technology and (offshore) outsourcing, as well as complex licensing issues (inter alia ERP, XaaS, Cloud, etc). He drafts and negotiates complex international IT project (especially outsourcing and licensing) contracts and assists the technology clients of the firm in M&A transactions. He also advises in all other aspects of technology, data protection and licensing law. Ulrich has successfully worked on and finalised 300 + global IT projects in the last 20+ years. Clients of the firm recommend him as a lawyer who “gets the deal done” (JUVE, 2020).

German business newspaper *Handelsblatt* sees him as the lawyer of the year (June/2020):
<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/beruf-und-buero/buero-special/die-komplette-liste-deutschlands-beste-kanzleien-und-anwaelte-2017/19959484.html>

German business newspaper *Wirtschaftswoche* also sees him as one of the best German IT lawyers (June/2020):
<http://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/wiwo-top-kanzleien-die-besten-anwaelte-fuer-it-recht/13076936.html>

WHO's WHO Legal also recognizes Ulrich as one the leading tech lawyers in Germany (2020):
<http://whoswholegal.com/profiles/67812/0/baumer/ulrich-baumer/>

Finally Best Lawyers also recognize Ulrich as the lawyer of the year in tech lawyers (2020):
www.bestlawyers.com

Ulrich is a guest lecturer for IT law and the National Law School University in India (Bangalore), the WHU- Otto Beisheim School of Management (Vallendar, Germany), the University of Cologne and at Columbia University (NY/Paris). He is the inhouse lawyer (*Justiziar*) for VOICE e.V.

