

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

11
K&R

- Editorial: Europäischer Verbraucherschutz –
Aktionismus statt Qualität · *Prof. Dr. Stefan Engels*
- 669 Nichts geht mehr? – Das Online-Marketing
nach Wirksamwerden der DSGVO
Dr. Diana Ettig
- 675 Web-Analytics/Retargeting und automatisierte
Einzelfallentscheidung · *Christian Galetzka*
- 680 Novelle des Werkvertragsrechts 2018 – Auswirkungen
auf IT-Verträge · *Dr. Tobias Sedlmeier*
- 686 Das Medienrecht und die Herausforderung
der technologischen Hybridisierung
Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur und Prof. Dr. Tobias Gostomzyk
- 693 Satirische Werbung und die juristische Humorkontrolle
Dr. Tobias Hermann
- 697 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 700 EuGH: Kommunikationsdaten müssen auch bei nicht schweren
Straftaten herausgegeben werden
- 711 BGH: Preisnebenabreden: AGB-Verstoß durch Entgeltklauseln
beim Online-Ticketkauf
mit Kommentar von *Dr. Thomas C. Körber* und *Fiona Trabold*
- 716 BGH: Werbeblocker verstößt nicht gegen Wettbewerbsrecht
- 721 BGH: YouTube: Zum Haftungsumfang eines Plattformbetreibers
bei Urheberrechtsverstößen
- 726 OLG Frankfurt a. M.: Kein „Recht auf Vergessenwerden“
gegenüber Suchmaschinenbetreiber
mit Kommentar von *Stefan Michel*
- 733 LG Frankfurt a. M.: Rechtswidrige Bildnisveröffentlichung
ohne Einwilligung nach KUG und DSGVO
mit Kommentar von *Dr. Jonas Kahl*

21. Jahrgang

November 2018

Seiten 669 – 740

werbebranche interessant scheint daher künftig der Gang über Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO. Hiernach gilt das Verbot der automatisierten Entscheidung nicht, wenn diese für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist. Webseitenbetreiber könnten im Rahmen der Grenzen der Vertragsfreiheit auf die Idee kommen, über Nutzungsbedingungen das Retargeting als einen weiteren Gegenstand der Vertragserfüllung zu regeln, um auf diese Weise selbst in den oben aufgezeigten besonders beeinträchtigenden Fällen weiterhin Werbeanzeigen schalten zu dürfen und hierbei mit Vertragserfüllung zu argumentieren.⁵² Art. 22 Abs. 3 DSGVO fordert in diesem Fall allerdings, dass der Verantwortliche angemessene Maßnahmen trifft, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren.

V. Fazit und Ausblick

Praktisch wie rechtlich dogmatisch bleibt es spannend im Bereich des Webtracking und Retargeting. Dies gilt zumindest so lange, bis erste Beanstandungsverfahren der Aufsichtsbehörden auf Grundlage ihrer bisher recht fraglichen Positionsbestimmung angestrengt werden oder erste gerichtliche Entscheidungen ergehen. Auch Leitlinien und Empfehlungen des Europäischen Datenschutzausschusses (vgl. Art. 68 ff. DSGVO) vor allem für die Anwendung und Auslegung des allgemein gefassten Art. 22 DSGVO in der Praxis können helfen.⁵³ Aber bis diese vorliegen, wird wohl ebenfalls noch Zeit vergehen.

Ebenfalls noch nicht absehbar sind die Konsequenzen, die aus der EuGH-Entscheidung zur gemeinsamen Ver-

antwortlichkeit für Facebook Fanpages⁵⁴ gezogen werden. Naheliegender anzunehmen wäre hier, dass zwischen dem Anbieter eines Webtracking- oder Retargeting-Dienstes und dem Webseitenbetreiber, der diesen Dienst nutzt, eine gemeinsame Verantwortlichkeit i. S. d. Art. 26 DSGVO besteht. Zudem bleibt abzuwarten, wie der EuGH die Vorlage des BGH in der Rechtssache Planet49 entscheiden wird.⁵⁵ Letztere Entscheidung wird auch Auswirkungen auf das bis zum Inkrafttreten der E-Privacy-VO in der Schwebe hängende Verhältnis zwischen DSGVO und E-Privacy-RL haben.

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung wird – wie so oft – eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die Werbebranche im E-Commerce und die anwaltliche Beratungspraxis verbleiben, die durch unkonkrete und mäßig begründete Rechtsauffassungen der Aufsichtsbehörden im Datenschutz noch zusätzlich erschwert wird. Die zumindest schwach am Horizont aufblitzende E-Privacy-VO wird ebenfalls ihren Teil dazu beitragen, dass bisher vertretbare und auch hier vertretene Auffassungen zur Rechtfertigung von Webtracking und Retargeting wieder neu bewertet und ggf. revidiert werden müssen.⁵⁶

52 In diese Richtung ebenfalls *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 462, Rn. 26; *Hanloser*, ZD 2018, 213, 217, Rn. 56.

53 *Hladjk*, in: *Ehmann/Selmayr* (Fn. 7), Art. 22 Rn. 14.

54 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475 – ULD Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH.

55 Hierzu bereits oben unter III. 1. b).

56 Ausblick auf die E-Privacy-VO bzgl. Webtracking und dem Einsatz von Cookies bei *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 463 ff.; *Hanloser*, ZD 2018, 213, 217; *Rauer/Ettig*, ZD 2018, 255, 256 ff.

RA Dr. Tobias Sedlmeier, Heidelberg*

Novelle des Werkvertragsrechts 2018 – Auswirkungen auf IT-Verträge

Die Reform des Werkvertragsrechts 2018 hat von der gesetzgeberischen Intention her einen rein bauvertraglichen Hintergrund. Da die Reform aber auch in die allgemeinen Regeln zum Werkvertrag eingreift, sind ihre Auswirkungen auf Verträge über IT-Werkleistungen erheblich und erzeugen auf diesem Gebiet einen hohen vertraglichen Gestaltungsbedarf.

I. Einleitung

Mit dem „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“¹ hat der Gesetzgeber zum 1. 1. 2018 nicht nur ein neues Bau-, Architekten/Ingenieur- und Bauträgervertragsrecht in das BGB implementiert,² sondern auch das allgemeine Werkvertragsrecht geändert. Der Fokus der Bundesregierung als Initiatorin des Gesetzes sowie der Fokus des Gesetzgebers selbst lagen bei der Anpassung

des allgemeinen Werkvertragsrechts ebenfalls auf einer rein baurechtlichen Betrachtung.³

Damit war die Sichtweise des Gesetzgebungsverfahrens stark auf einen einzelnen und zugleich sehr speziellen Anwendungsbereich des allgemeinen Werkvertragsrechts begrenzt.

Die Änderungen des allgemeinen Werkvertragsrecht haben aber auf IT-Verträge, die ganz oder teilweise dem Werkvertragsrecht unterfallen, insb. IT-Projektverträge einschließlich Softwareentwicklungsverträge, erhebliche Auswirkungen. Diese untersucht der folgende Beitrag.

* Dr. iur. Tobias Sedlmeier ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht sowie Gründungspartner von Dr. Sedlmeier & Dr. Dihsmair Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Heidelberg. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 BGBl. I 2017, S. 969.

2 Siehe §§ 650 a bis 650 v BGB.

3 BT-Drs. 18/8486, S. 1 f. und 24 ff.; Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11437, S. 1 f. und 38 ff.

II. Abschlagszahlungen, § 632 a BGB

1. Inhalt der Änderungen und Konsequenzen für IT-Verträge

Die bis Ende 2017 gültige Fassung von § 632 a BGB gewährte dem Werkunternehmer in ihrem Abs. 1 S. 1 das Recht, „von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat“. Der Besteller durfte die Zahlung von Abschlägen wegen nur unwesentlicher Mängel nicht verweigern (§ 632 a Abs. 1 S. 2 BGB a. F.).

Nummehr kann der Werkunternehmer „eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistung verlangen“ (§ 632 a Abs. 1 S. 1 BGB). Ferner ist nun im Gesetz geregelt, dass der Besteller „die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern“ kann, wenn „die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß“ sind (§ 632 a Abs. 1 S. 2 BGB).

Damit gelten seit dem 1. 1. 2018 zwei entscheidende Änderungen:

- Bzgl. der Berechnung des Abschlags ist nicht mehr der Wertzuwachs beim Besteller aufgrund der erbrachten Teilleistung entscheidend, sondern der Wert der geschuldeten und bereits tatsächlich erbrachten Leistungen.
- Der Besteller kann einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung auch bei nur unwesentlichen Mängeln verweigern, da auch bloß unwesentliche Mängel eine Abweichung von den vertraglichen Vereinbarungen darstellen.⁴

Ersteres ist – auch für die Praxis der IT-Verträge – in der Regel eine starke Vereinfachung der Berechnung von Abschlagszahlungen. Denn die bisherige Berechnungsgrundlage, der Wertzuwachs beim Besteller aufgrund der Teilleistung, war, jedenfalls bei IT-Projekten, nur sehr schwer handhabbar: In der Regel tritt bei IT-Projekten ein Wertzuwachs beim Besteller erst mit Produktivsetzung des Werks ein. Das Gesetz nimmt nun bewusst in Kauf, dass der Wertzuwachs beim Besteller geringer sein kann als die Abschlagszahlung.⁵ Maßstab für die Abschlagszahlung ist jetzt also primär die für die jeweilige Teilleistung vereinbarte Vergütung bzw., sofern eine Zuordnung der Vergütung zur Teilleistung im Vertrag fehlt, der Anteil der Gesamtvergütung, der auf die betreffende Teilleistung entfällt.⁶

Das allgemeine Werkvertragsrecht enthält keine Regel, die die Parteien zu einer vollständigen und klaren Beschreibung der Leistungsanforderungen zwingen würde, wie es nun beim Verbraucherbauvertrag der Fall ist (§ 650 k BGB). Des Weiteren hat der Besteller, der Partei eines IT-Vertrages ist, nach dem allgemeinen Werkvertragsrecht keinen gesetzlichen Anspruch, Sicherheit zu verlangen – wie es nun gemäß § 632 a Abs. 1 S. 6 BGB beim Bauvertrag und gemäß § 650 m BGB beim Verbraucherbauvertrag der Fall ist. Diese beiden Themen müssen also, sofern gewünscht, im IT-Projekt weiterhin vertraglich gelöst werden.

Die zweite Änderung, das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers, bringt in IT-Projekten ein erhebliches neues Konfliktpotenzial. Denn dem Besteller wird mit dem teilweisen Zurückbehaltungsrecht bei nur unwesentlichen Mängeln ein mächtiges Druckmittel an die Hand gegeben: Der Besteller kann nun z. B. bereits bei bloßen „Look and Feel“ Abweichungen vom vereinbarten Standard (also z. B. farblichen Abweichungen, Positionsabweichungen von Feldern etc.) Abschlagszahlungen jedenfalls teilweise verweigern. Da das Gesetz die Höhe des Betrags, den der Besteller zurückbehalten darf, lediglich mit „einem angemessenen Teil des Abschlags“ beschreibt, kann dieser zunächst „großzügig“ zu eigenen Gunsten agieren und einen tendenziell hohen Betrag einbehalten. In einem solchen Fall sind Streitigkeiten in der Praxis kaum zu vermeiden.

Der Gesetzgeber hat es leider auch bei dieser Werkvertragsnovelle versäumt, eine gesetzliche Regelung für Vorauszahlungen zu schaffen. Vorauszahlungen sind Anzahlungen des Bestellers, denen – im Gegensatz zu Abschlagszahlungen – kein entsprechender wirtschaftlicher Wert der Leistungen des Unternehmers gegenübersteht.⁷ Vorauszahlungen haben gerade bei Fixpreis-IT-Projekten eine hohe praktische Bedeutung: Bei derart vergüteten IT-Projekten werden oft bereits mit Vertragsabschluss erhebliche Vorauszahlungen fällig.

Der Gesetzgeber hat es leider auch bei dieser Werkvertragsnovelle versäumt, eine gesetzliche Regelung für Vorauszahlungen zu schaffen. Vorauszahlungen sind Anzahlungen des Bestellers, denen – im Gegensatz zu Abschlagszahlungen – kein entsprechender wirtschaftlicher Wert der Leistungen des Unternehmers gegenübersteht.⁷ Vorauszahlungen haben gerade bei Fixpreis-IT-Projekten eine hohe praktische Bedeutung: Bei derart vergüteten IT-Projekten werden oft bereits mit Vertragsabschluss erhebliche Vorauszahlungen fällig.

2. Abdingbarkeit

In Individualverträgen ist § 632 a BGB abdingbar.⁸ In AGB, die gegenüber Verbrauchern verwendet werden, ist die Abdingbarkeit von § 632 a BGB aufgrund des neuen § 309 Nr. 15 lit. a BGB weitgehend ausgeschlossen. Es dürfte danach allenfalls eine Abweichung der Höhe der Abschlagszahlung zulasten des Bestellers von maximal 20 % möglich sein.⁹

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegenüber Unternehmern verwendet werden, gilt § 309 Nr. 15 lit. a BGB nicht unmittelbar. Auch eine mittelbare Geltung über § 307 BGB scheidet nach richtiger Auffassung aus: Die Begründung des Gesetzentwurfs erörtert beim neu eingeführten kaufrechtlichen § 309 Nr. 8 lit. b cc) BGB ausführlich dessen Anwendbarkeit auch gegenüber Unternehmern über § 307 BGB und bejaht eine solche grundsätzlich.¹⁰ Im Hinblick auf den neuen § 309 Nr. 15 lit. a BGB fehlt in der Begründung des Gesetzentwurfs jedoch eine solche Auseinandersetzung, obwohl dort § 309 Nr. 15 lit. a BGB unmittelbar im Anschluss an die o. g. Erörterung zu § 309 Nr. 8 lit. b cc) BGB erläutert wird; hinzu kommt: Die Gesetzesmaterialien betonen bei § 309 Nr. 15 lit. a BGB ausschließlich dessen Relevanz bei Verbraucherverträgen.¹¹ Daher wollte die Bundesregierung als Gesetzesinitiatorin mit § 632 a BGB ganz offensichtlich kein vertragliches Leitbild schaffen, das gegenüber Unternehmern gemäß § 307 BGB eine Inhaltskontrolle von vorformulierten Klauseln gebieten würde, in denen von § 632 a BGB abgewichen wird.

Sofern sich die Gerichte dem anschließen werden, ist künftig in IT-Projekten, bei denen keine Verbraucher beteiligt sind, nicht nur in Individualverträgen, sondern auch in AGB eine sehr freie Gestaltung der Vergütung der Projektleistungen, einschließlich deren Fälligkeiten, möglich. Dies würde sowohl für Klauseln in Anbieter-AGB gelten, als auch für Beschaffungs-AGB der Besteller, die

4 BT-Drs. 18/8486, S. 47; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 632 a Rn. 9.

5 BT-Drs. 18/8486, S. 47.

6 Im letzteren Fall weiterhin auf das Verhältnis des Wertes der Teilleistung zum Wert des Gesamtwerks abstellend: *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 632 a Rn. 10 – hierfür gibt es jedoch im Gesetz keinen Anhaltspunkt mehr.

7 *Busche*, in: MüKo, BGB, 7. Aufl. 2018, § 632 a Rn. 4; *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 632 a Rn. 5.

8 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 632 a Rn. 3; *Busche*, in: MüKo (Fn. 7), § 632 a Rn. 22.

9 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 4), § 309 Rn. 116.

10 BT-Drs. 18/8486, S. 36 f.

11 BT-Drs. 18/8486, S. 37 f.

Abwehrklauseln gegen solche Gestaltungen enthalten, oder auch gegen § 632 a BGB selbst.¹²

Ob sich die Rechtsprechung hier zu einer Durchsetzung der Motivation der Gesetzesinitiatorin im Hinblick auf Abschlagszahlungen in AGB im rein unternehmerischen Bereich durchringen wird, bleibt jedoch abzuwarten. Ferner bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung vor dem Hintergrund dieser Motivation ihre bisher auch im rein unternehmerischen Verkehr sehr restriktive Haltung gegenüber in AGB geregelten Vorauszahlungen aufrechterhalten wird, nach der sich Vorauszahlungen nicht am Zeitablauf orientieren dürfen, ohne dass zugleich auch ein Projektfortschritt aufgrund zusätzlicher Leistungen des Werkunternehmers einhergeht.¹³

III. Abnahmefiktion, § 640 Abs. 2 S. 1 BGB

1. Inhalt der Änderungen und Konsequenzen für IT-Verträge

Bislang hatte der Werkunternehmer gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a. F. die Möglichkeit, bei einem abnahmereifen Werk eine Frist zu setzen, binnen der der Besteller das Werk abnehmen muss.

Nunmehr gilt (§ 640 Abs. 2 S. 1 BGB): „Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.“ Verbraucher sind auf diese Rechtsfolgen bei der Aufforderung zur Abnahme in Textform hinzuweisen (§ 640 Abs. 2 S. 2 BGB).

Die Abnahmefiktion knüpft also nicht mehr an die Abnahmereife an,¹⁴ sondern an die „Fertigstellung“ des Werks. Vom allgemeinen Sprachgebrauch her würde man unter diesem Begriff eine vertragsgemäße, also mangelfreie Herstellung des Werks erwarten. Die Gesetzesinitiatorin möchte bei der Interpretation dieses Begriffs jedoch vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichen, und versteht unter einer „Fertigstellung“ im Sinne von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB, dass das Werk „nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als fertig anzusehen“ sei.¹⁵ Dies sei dann der Fall, „wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet bzw. erbracht“ seien – und zwar „unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht“.¹⁶ Dies ist eine *contradictio in se*: Es gibt sprachlogisch keine mangelhaften Werke, die nach den vertraglichen Vereinbarungen als „fertig“ angesehen werden können.

Die gesetzliche Neuregelung überzeugt aber nicht nur sprachlich in keiner Weise, sie führt in der Sache im Ergebnis dazu, dass die Abnahmefiktion auch bei Vorliegen von wesentlichen Mängeln eintreten kann – also vor Abnahmereife des Werks. Hierfür ist kein sachlicher Grund ersichtlich. Die Abnahmefiktion erzeugt nun nach der Begründung des Regierungsentwurfs also bereits von ihren Voraussetzungen her eine deutlich höhere Gefahrenlage für den Besteller.

Diese höhere Gefahrenlage versucht der Gesetzgeber offenbar dadurch zu kompensieren, dass der Besteller die Abnahmefiktion bereits durch die Nennung eines einzigen Mangels innerhalb der gesetzten, angemessenen Frist¹⁷ verhindern kann. Dabei soll die Nennung eines nur unwesentlichen Mangels genügen.¹⁸ Da für die Nennung eines solchen Mangels bereits die bloße Beschreibung der Symptome des Mangels ausreicht,¹⁹ genügt es zur Verhin-

derung des Eintritts der Abnahmefiktion im Rahmen von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB, dass der Besteller das Erscheinungsbild eines nur unwesentlichen Mangels, wie z. B. einer bloßen „Look and Feel“ Abweichung,²⁰ mitteilt. Dies wird dem Besteller bei einem IT-Projekt in aller Regel gelingen.

Die Bundesregierung als Gesetzinitiatorin möchte die Beteiligten mit den o. a. Mechanismen anhalten, „sich im Falle der Abnahmeverweigerung über die Gründe dafür auszutauschen“; zudem habe der Unternehmer ja „die Möglichkeit, tatsächlich bestehende Mängel zu beseitigen“.²¹ Diese Einlassung zeugt von bemerkenswerter Praxisferne: Die Setzung einer Frist zur Abnahme erfolgt in praxi normalerweise nur, wenn die Parteien bereits einen Disput über die Vertragsgemäßheit des Werks führen – und der Besteller deshalb die Abnahme noch nicht erklärt oder verweigert hat. Die jetzige Fassung von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB verleitet die Parteien bei Anwendung der Auslegung wie in der Begründung des Regierungsentwurfs allenfalls zu wechselseitigen „Schnellschüssen“, die den Konflikt noch vergrößern: Der Werkunternehmer wird in einem solchen Fall trotz fehlender Abnahmereife eine Frist zur Abnahme setzen – der Besteller wird sich mit der Meldung von unerheblichen Mängeln verteidigen, da diese – meist rein optischen – Mängel für ihn am greifbarsten sind. Der pädagogische Ansatz der Gesetzesinitiatorin, zu glauben, sie könne die Parteien durch die gewählten Mechanismen zum Dialog anhalten, ist mehr als zweifelhaft.²²

Dies alles zeigt, dass die von der Bundesregierung intendierte Auslegung des Begriffs „Fertigstellung“ weder dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, noch eine konfliktpräventive Anwendung von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB ermöglicht. Eine „Fertigstellung“ kann nach dem objektiven Wortsinn nur dann vorliegen, wenn das Werk zumindest abnahmereif ist, sprich nicht mehr mit wesentlichen Mängeln behaftet. Denn nur in diesem Fall liegt eine Leistung vor, die nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als „fertig“ anzusehen ist. Diese Auslegung verhindert zugleich ein sachlich nicht gerechtfertigtes Eintreten der Abnahmefiktion – und kann die in der Norm intendierte Konfliktprävention verwirklichen.

Umgekehrt macht es keinen Sinn, dass bereits die Meldung eines bloß unwesentlichen Mangels die Abnahmefiktion verhindern kann. Denn liegen in einem solchen Fall keine wesentlichen Mängel vor, kann der Werkunternehmer trotz der Mangelmeldung des Bestellers die Abnahme verlangen (und dies auch gerichtlich durchsetzen), da die Abnahme auch nach geltendem Recht gemäß § 640 Abs. 1 S. 2 BGB bei nur unwesentlichen Mängeln nicht verweigert werden darf. Es fehlt also bei Vorliegen von nur unwesentlichen Mängeln ein schutzwürdiges Eigeninteresse des Bestellers, die Abnahmefiktion nicht eintreten zu lassen. Das Verhindern der Abnahmefiktion in einem

12 Siehe zu Abwehrklauseln in Beschaffungs-AGB auch *Hoeren*, CR 2017, 281, 283.

13 BGH, 10. 7. 1986 – III ZR 19/85; BGH, 10. 10. 1991 – VII ZR 289/90.

14 So ausdrücklich auch BT-Drs. 18/8486, S. 48 f.

15 BT-Drs. 18/8486, S. 49.

16 BT-Drs. 18/8486, S. 49.

17 Vgl. zur Angemessenheit und Entbehrlichkeit der Frist *Scheuch*, NJW 2018, 2513 ff.

18 BT-Drs. 18/8486, S. 48.

19 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 640 Rn. 16.

20 Siehe oben II. 1.

21 BT-Drs. 18/8486, S. 49.

22 Ähnlich *Hoeren*, CR 2017, 281, 283.

solchen Fall durch Meldung eines lediglich unwesentlichen Mangels ist also eine nutzlose Rechtsausübung und deshalb rechtsmissbräuchlich.²³

Um dieses Szenario der unzulässigen Rechtsausübung zu vermeiden, wie es auch die Gesetzesinitiatorin ausdrücklich intendierte,²⁴ muss § 640 Abs. 2 S. 1 BGB in seiner Auslegung dahingehend reduziert werden, dass die Meldung von bloß unwesentlichen Mängeln die Abnahmefiktion nicht verhindert.²⁵

2. Abdingbarkeit

In individuell vereinbarten Abnahmeregelungen für IT-Projekte wird man, bis zur Klärung der Auslegung von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB durch die Gerichte, versuchen, von vornherein alternative Abnahmeregelungen mit funktionierenden Eskalationsmechanismen zu etablieren und ein ausgewogenes Kräfteverhältnis der Parteien in Bezug auf die Abnahmereife und Abnahmefiktion herzustellen – z. B. durch vertragliche Klarstellung, dass eine Abnahmefiktion zum einen Abnahmereife voraussetzt und zum anderen nur durch die Meldung von wesentlichen Mängeln durchbrochen werden kann. Eine solche Vereinbarung ist individuell möglich.²⁶

In AGB unterliegt zunächst die Überprüfungs- und Abnahmefrist den Grenzen aus § 308 Nr. 1 lit. b BGB, und zwar aufgrund von § 310 Abs. 1 S. 1 BGB unmittelbar auch im rein unternehmerischen Verkehr.²⁷ Ferner unterliegen diese Fristen auch im rein unternehmerischen Verkehr der Inhaltskontrolle nach § 271 a BGB.²⁸ Fristen, die rechtliche Fiktionen wie Abnahmefiktionen herbeiführen, unterliegen gegenüber Verbrauchern des Weiteren den Beschränkungen aus § 308 Nr. 5 BGB. § 308 Nr. 5 BGB hat jedoch im unternehmerischen Verkehr nach richtiger Auffassung bei Abnahmefiktionen keinerlei Indizwirkung für die Wirksamkeitskontrolle gemäß § 307 BGB, da solche Fiktionen im unternehmerischen Verkehr grundsätzlich üblich sind.²⁹

Die Frage, die sich seit dem 1. 1. 2018 stellt, ist also, ob abgesehen von diesem Fristthema vom Wortlaut des § 640 Abs. 2 S. 1 BGB ganz oder teilweise abgewichen werden kann. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dürften dem jedoch nicht entgegenstehen, da die Begründung des Gesetzentwurfes die Änderungen aus § 640 Abs. 2 S. 1 BGB im Ergebnis mit Zweckmäßigungsargumenten der Konfliktvermeidung rechtfertigt³⁰ und die Änderung somit nicht einem grundlegenden Gerechtigkeitsgebot entspringt. In solchen Fällen scheidet die Anwendung von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB aus.³¹ Die Frage ist aber, ob eine Abweichung vom Wortlaut des § 640 Abs. 2 S. 1 BGB eine sanktionierte Abweichung vom vertraglichen Leitbild gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB und damit eine Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB begründet. Zulasten von Verbrauchern als Bestellern wird dies aufgrund von § 640 Abs. 2 S. 2 BGB wohl zu bejahen sein; denn diese Norm legt mit ihrer Hinweispflicht auf die Rechtsfolgen aus § 640 Abs. 2 S. 1 BGB nahe, dass § 640 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber Verbrauchern ein neues vertragliches Leitbild geschaffen hat, das zwingend gelten soll. Bzgl. Verträgen gegenüber Verbrauchern bleibt somit im Ergebnis abzuwarten, wie die Gerichte § 640 Abs. 2 S. 1 BGB auslegen werden. Zwischen Unternehmern ist aber, jedenfalls bei IT-Verträgen, keine Schutzbedürftigkeit erkennbar, die eine Unabdingbarkeit in AGB nach Maßgabe von §§ 307 Abs. 1 S. 1, 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB rechtfertigen würde.³² Gegen eine solche Schutzbedürftigkeit spricht bereits die oben in 1. gezeigte Erhöhung des Konfliktpo-

tenzials durch § 640 Abs. 2 S. 1 BGB sowohl aus Bestellersicht als auch aus Werkunternehmersicht. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB entfaltet also gerade keine *Schutzwirkung* für eine der Parteien, sondern ist für beide Parteien vielmehr gefahrerhöhend. Daher ist § 640 Abs. 2 S. 1 BGB im unternehmerischen Verkehr, außerhalb der Angemessenheit der Abnahmefrist, frei abdingbar.³³

IV. Kündigung aus wichtigem Grund, § 648 a BGB

1. Inhalt der Änderungen und Konsequenzen für IT-Verträge

Bisher gab es für Werkverträge keine spezielle gesetzliche Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund. Bis Ende 2017 wendete die Rechtsprechung vielmehr § 314 BGB im Werkvertragsrecht an, aber nur, wenn der konkrete Werkvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellte oder ähnlichen Charakter hatte.³⁴ Daher war der Besteller bei Werkverträgen ohne Dauerschuldcharakter bisher v. a. auf sein Kündigungsrecht aus § 648 BGB (vormals § 649 BGB) angewiesen, der Werkunternehmer zum einen auf das Kündigungsrecht bei unterlassener Mitwirkung aus § 643 BGB, zum anderen auf das Leistungsstörungenrecht aus §§ 323 ff. BGB – letzteres mit der in IT-Projekten meist für beide Parteien problematischen oder sogar unbrauchbaren Rechtsfolge des Rücktritts inkl. Rückabwicklung.

Nun hat der Gesetzgeber in § 648 a BGB eine eigene Regelung zur fristlosen Kündigung des Werkvertrags aus wichtigem Grund geschaffen. Auf einen Dauerschuldcharakter des Werkvertrags kommt es für eine Kündigung aus wichtigem Grund somit nicht mehr an.

a) Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

Anders als bei § 314 BGB stellt § 648 a Abs. 1 S. 2 BGB als Kündigungsvoraussetzung auf die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur „Fertigstellung“ des Werks ab. Wie oben in III. 1. gezeigt, soll nach dem Regierungsentwurf eine solche Fertigstellung selbst dann vorliegen, wenn das Werk mit Mängeln behaftet ist.

23 So in der Tendenz auch *Scheuch*, NJW 2018, 2513, 2517; vgl. zur Fallgruppe der unzulässigen Rechtsausübung bei Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 4), § 242 Rn. 50 f.

24 BT-Drs. 18/8486, S. 48.

25 A. A. *Bachem/Bürger*, NJW 2018, 118, 120 mit dem unzutreffenden Argument, dass eine solche Auslegung gegen den in der Begründung des Regierungsentwurfs formulierten Gesetzgeberwillen schwer vertretbar sei; dies verkennt, dass die Begründung des Regierungsentwurfs nicht vom Gesetzgeber, sondern lediglich von der Bundesregierung als bloße Gesetzesinitiatorin stammt. Ferner verkennt dieses Argument, dass die Materialien der Gesetzgebung von vornherein kein entscheidendes Auslegungsmittel sind, sondern nur ein unverbindlicher Auslegungsversuch. Der für die Interpretation eines Gesetzes entscheidende Gesetzeszweck ist vielmehr alleine aus dem Inhalt des Gesetzes selbst und aus dessen Auswirkungen zu bestimmen. So bereits Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969, S. 254; ferner *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 4), Einleitung, Rn. 46 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

26 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 640 Rn. 19.

27 Vgl. *Wurmnest*, in: MüKo, BGB, 7. Aufl. 2016, § 308 Nr. 1 b Rn. 1; *Becker*, in: BeckOK, BGB, 46. Ed. 1.5.2018, § 308 Nr. 1 b Rn. 3.

28 *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 308 Nr. 1 b Rn. 20.

29 *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 308 Nr. 5 Rn. 70; *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 28), § 308 Nr. 5 Rn. 15.

30 Siehe oben III. 1.

31 BGH, 25. 6. 1991 – XI ZR 257/90, Rn. 17.

32 Eine solche Schutzbedürftigkeit wäre aber Voraussetzung für das Eingreifen von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, vgl. *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 4), § 307 Rn. 39.

33 A. A. *Bachem/Bürger*, NJW 2018, 118, 121.

34 *Sprau*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 649 Rn. 13, § 643 Rn. 1.

Somit ist die Schwelle zur Unzumutbarkeit für den Besteller nach dem Willen der Gesetzesinitiatorin als sehr hoch anzusehen. Denn selbst mit wesentlichen Mängeln behaftete Werke wären demnach „fertiggestellt“ und folglich auch zumutbar. Die Begriffsbesetzung des Regierungsentwurfs für die „Fertigstellung“ würde im Ergebnis dazu führen, dass die möglichen Szenarien einer Kündigung aus wichtigem Grund für den Besteller extrem eingeschränkt wären. Im Wesentlichen würden danach aus Bestellersicht nur noch Szenarien wie eine von vornherein nicht mehr erreichbare vereinbarte Qualität des Werks oder Terminüberschreitungen eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen.

Wie bereits oben für § 632 a BGB dargelegt, zeigt sich also auch im Rahmen des § 648 a Abs. 1 S. 2 BGB, dass die Auslegung des Begriffs „Fertigstellung“ durch den Regierungsentwurf nicht haltbar ist. Auch im Kontext von § 648 a Abs. 1 S. 2 BGB muss dieser Begriff vielmehr so ausgelegt werden, dass eine Fertigstellung nur vorliegt, wenn das Werk zumindest abnahmereif, also nicht mehr mit wesentlichen Mängeln behaftet ist. Nur mit dieser Auslegung ist in Bezug auf den zeitlichen und sachlichen Horizont der Unzumutbarkeit sichergestellt, dass der Besteller Werke mit wesentlichen Mängeln nicht als zumutbar hinnehmen muss.

b) Teilkündigung

Gemäß § 648 a Abs. 2 BGB sind Teilkündigungen möglich, wenn sich diese „auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen“. Dafür soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs kein in sich abgeschlossener Teil der Leistung nötig sein; ausreichend sei vielmehr, „dass die Vertragspartner eine klare Abgrenzung der von der Teilkündigung erfassten und der danach noch von einem anderen Werkunternehmer zu erbringenden Leistungen vornehmen können und der von der Kündigung betroffene Unternehmer in der Lage ist, die von ihm noch geschuldeten Leistungen ohne Beeinträchtigung zu erbringen“.³⁵

Bei IT-Projekten ist eine Fortsetzung nach einer Teilkündigung „ohne Beeinträchtigung“ aber kaum denkbar. Denn anders als bei großen Bauprojekten agiert selbst in sehr umfangreichen IT-Projekten federführend jeweils meist nur ein einzelner Werkunternehmer, wenn auch z.T. als Generalunternehmer mit Subunternehmern. Die Teilkündigung führt dazu, dass ab dem Kündigungszeitpunkt mehrere „Haupt“-Werkunternehmer nebeneinander agieren müssen, die in der Regel zugleich Wettbewerber sind. Die Beeinträchtigung von IT-Projekten ist bei Teilkündigungen gemäß § 648 a Abs. 2 BGB also vorprogrammiert. Zudem geht der Regierungsentwurf davon aus, dass bei einer Teilkündigung aus wichtigem Grund – der in der Regel in einer Vertragsverletzung liegt (!) – die Parteien noch in der Lage sind, eine einvernehmliche Abgrenzung der betroffenen Teilleistungen vorzunehmen.

Diese Sicht lässt sich aus der Praxisperspektive nicht rechtfertigen. Hier ist vielmehr eine weniger subjektive Auslegung von § 648 a Abs. 2 BGB angebracht: Die Teilkündigung darf nur dann möglich sein, wenn sie sich auf einen durch einen informierten Dritten bestimmbaren abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks bezieht, wobei diese objektive Bestimmung entweder anhand des abgeschlossenen Vertrags und der vereinbarten Leistungsbeschreibungen bzw., bei Fehlen von einschlägigen vertraglichen Regelungen, anhand des Projektstandes und der erbrachten Leistungen sowie noch zu erbringenden Leistungen vorzunehmen ist.

c) Leistungsstandsfeststellung

§ 648 a Abs. 4 BGB sieht nun vor, dass nach einer Kündigung bzw. Teilkündigung aus wichtigem Grund „jede Vertragspartei von der anderen“ die Mitwirkung an einer „gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes verlangen“ kann. Aufgrund der Ausformulierung dieser Norm („kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie [...] mitwirkt“) entsprechend der Legaldefinition des Anspruchs aus § 194 BGB, ist sie als einklagbare Pflicht auf Mitwirkung ausgestaltet – und nicht bloße Obliegenheit.³⁶

Der Inhalt der Pflicht ist freilich überschaubar: Wie § 648 a Abs. 4 S. 2 und S. 3 BGB zeigen, umfasst diese Pflicht im Wesentlichen das Erscheinen beim Termin zur Leistungsstandsfeststellung, welcher gemäß S. 2 entweder von den Parteien zu vereinbaren ist oder von einer Partei mit angemessener Vorfrist bestimmt werden kann.

Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder versäumt sie schuldhaft den Termin zur Leistungsstandsfeststellung, ohne der anderen Partei den Verhinderungsgrund unverzüglich mitgeteilt zu haben (siehe S. 3), so trifft sie gemäß S. 2 die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Wirksamkeit³⁷ der Kündigung. Kommt es in dem Termin zu keiner Einigung der Parteien zum Leistungsstand, so hat dies keine Konsequenzen. Insbesondere hat die Leistungsstandsfeststellung keine Abnahmewirkung³⁸ und auch sonst kein Billigungselement.³⁹ Sie dient noch nicht einmal der qualitativen Bewertung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen, sondern nur der quantitativen.⁴⁰

Hieraus folgt, dass auch der übrige, über die Anwesenheit im Feststellungstermin hinausgehende Inhalt der Mitwirkungspflichten begrenzt ist: Aus Werkunternehmersicht im IT-Projekt beschränkt sich demnach die Mitwirkung auf die Beschreibung und Offenlegung der für die bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachten Leistungen nach Art und Menge⁴¹ und deren Zuordnung zu den vereinbarten Leistungsbeschreibungen. Zur Leistungsqualität muss sich der Werkunternehmer nicht äußern.⁴² Dies wäre umgekehrt Aufgabe des Bestellers im Rahmen der Mitwirkung, wobei die Leistungsqualität nach dem eben Gesagten nur dann relevant wäre, wenn sie zugleich eine quantitative Auswirkung auf den Leistungsstand hat. Untersuchungen des Inhalts der erbrachten Leistungen können nicht verlangt werden.⁴³

Es muss nach alledem stark bezweifelt werden, dass § 648 a Abs. 4 BGB in der Praxis der IT-Projekte zur Vermeidung von Streitigkeiten über den Leistungsstand führen wird. Vielmehr ist zu befürchten, dass die Leistungsstandsfeststellung eine bloße, beiden Vertragsparteien lästige Formalie darstellen wird, die nur deshalb absolviert wird, um eine Beweislastumkehr zu vermeiden. Der eigentliche Streit über den Leistungsstand sowie dessen Qualität wird durch § 648 a Abs. 4 BGB nicht verhindert und muss bei Nichtbeilegung weiterhin gerichtlich geklärt werden, insb. im

35 BT-Drs. 18/8486, S. 51.

36 A. A. Hoeren, CR 2017, 281, 284; Sprau, in: Palandt (Fn. 4), § 648 a Rn. 12.

37 Sprau, in: Palandt (Fn. 4), § 648 a Rn. 13.

38 BT-Drs. 18/8486, S. 51.

39 Voit, in: BeckOK (Fn. 27), § 648 a Rn. 12.

40 BT-Drs. 18/8486, S. 51.

41 Sprau, in: Palandt, (Fn. 4), § 648 a Rn. 11.

42 Sprau, in: Palandt, (Fn. 4), § 648 a Rn. 11; BT-Drs. 18/8486, S. 51.

43 Sprau, in: Palandt, (Fn. 4), § 648 a Rn. 11; weitergehend: Busche, in: MüKo (Fn. 7), § 648 a Rn. 12, welcher auch Mitwirkung an Aufmaßen o. Ä. für verpflichtend hält.

Rahmen einer Feststellungs- oder Leistungsklage und/oder einem selbständigen Beweisverfahren. Damit schafft § 648 a Abs. 4 BGB nicht, wie von der Gesetzesinitiatorin beabsichtigt, einen angemessenen Anreiz, das notwendige Zusammenwirken der Vertragsparteien auch nach einer Kündigung zu fördern,⁴⁴ sondern dürfte in der Regel die ohnehin bereits sehr konfliktgeladene Situation zwischen den Parteien, die unweigerlich bei Ausspruch einer Kündigung aus wichtigem Grund entsteht, noch weiter anheizen.

d) Vergütung nach Kündigung

§ 648 a Abs. 5 BGB regelt, dass der Werkunternehmer im Fall der Kündigung aus wichtigem Grund nur diejenige Vergütung verlangen kann, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt. Die Berechnung dieser Vergütung erfolgt entsprechend den zur Kündigung des Bestellers aus § 648 BGB (§ 649 BGB a. F.) von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.⁴⁵

e) Keine Regelung für Softwarenutzungsrechte

§ 648 a BGB enthält keine Regelung, aus der hergeleitet werden kann, welche Rechte dem Besteller im Fall einer Kündigung eines IT-Vertrags aus wichtigem Grund an einer bis dahin vom Werkunternehmer unter dem Vertrag ganz oder teilweise hergestellten Software zustehen. Da bei einer Kündigung gemäß § 648 a BGB der Vertrag *ex nunc* endet,⁴⁶ hilft die in § 31 Abs. 5 UrhG kodifizierte Zweckübertragungslehre nicht weiter: Denn was soll der Vertragszweck eines vorzeitig beendeten Softwareentwicklungsvertrags sein?

Der Besteller erhält in diesem Fall in der Regel allenfalls eine unfertige Software, mit der er nichts anfangen kann. Was der Besteller in einem solchen Fall benötigt, ist das Recht, die Softwareentwicklung durch einen anderen Anbieter vollenden zu lassen. Hierzu braucht er zum einen den Quellcode der Software, und zudem das Recht gemäß § 69 c Nr. 2 UrhG, die „Rumpf“-Software durch einen anderen Anbieter bearbeiten zu lassen. Des Weiteren benötigt dieser Anbieter für die erfolgreiche Fortsetzung und Vollendung der Softwareentwicklung meist zudem eine vernünftige Kommentierung des Quellcodes der „Rumpf“-Software sowie ggf. weitere Informationen zu genutzten Entwicklungstechniken, Entwicklungsumgebungen, ferner Entwurfsdokumente etc.

All dies kann der Besteller über § 31 Abs. 5 UrhG nicht erlangen und muss somit – auch unter der neuen Rechtslage – vertraglich vereinbart werden.

2. Abdingbarkeit

Beim fristlosen Kündigungsrecht aus § 314 BGB besteht Einigkeit, dass dies in seinem Kern zwingendes Recht darstellt und jedenfalls in AGB im Ergebnis nicht eingeschränkt werden kann.⁴⁷ Auch in Individualverträgen kann § 314 BGB nach überwiegender Auffassung kaum beschränkt werden.⁴⁸

Zur Abdingbarkeit von § 648 a BGB wird hingegen vereinzelt vertreten, dass diese Vorschrift in Verträgen von kurzer Dauer abdingbar sei, und zwar auch in AGB.⁴⁹ Demgegenüber wird aber auch vertreten, dass § 648 a BGB jedenfalls in AGB nicht abbedungen werden kann.⁵⁰ Richtigerweise wird man Folgendes zur Abdingbarkeit von § 648 a BGB sagen müssen:

Durch Individualvereinbarungen kann § 648 a BGB jedenfalls dann frei abbedungen werden, wenn die übrigen

gesetzlichen Kündigungs- und Lösungsrechte der Parteien im Vertrag nicht wesentlich eingeschränkt werden. Eine Schutzbedürftigkeit der Parteien selbst bei völligem Ausschluss des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund besteht in diesem Fall nicht: Dem Besteller bleibt sein jederzeitiges Kündigungsrecht aus § 648 BGB (§ 649 BGB a. F.). Dem Werkunternehmer bleibt in diesem Fall das Kündigungsrecht bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers aus § 643 BGB sowie das Leistungsstörrungsrecht aus §§ 323 ff. BGB. Werden umgekehrt die §§ 649 und 323 ff. BGB durch Individualvereinbarung zu Lasten des Bestellers stark beschränkt oder ausgeschlossen, was in IT-Projektverträgen nicht selten anzutreffen ist, muss dem Besteller zumindest ein Kündigungsrecht verbleiben, das – angelehnt an § 314 BGB – den Inhalt der Regelungen aus den Absätzen 1, 3, 5 und 6 von § 648 a BGB enthält. Andernfalls hätte der Besteller in einem solchen Fall im Ergebnis selbst bei schweren Pflichtverletzungen des Werkunternehmers kein Lösungsrecht vom Vertrag mehr. Eine solche Gestaltung dürfte sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB sein, da der Besteller so mehr oder weniger der Willkür des Werkunternehmers ausgesetzt wäre, was allgemeinen Wertvorstellungen widerspricht.⁵¹ Auch bei Ausschluss des Kündigungsrechts des Werkunternehmers bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers aus § 643 BGB erscheint ein zusätzlicher Ausschluss von § 648 a Abs. 1, 3, 5 und 6 BGB aus entsprechenden Gesichtspunkten unzulässig: In diesem Fall hätte der Werkunternehmer kein wirksames Lösungsrecht bei Verletzung der zentralen Pflichten des Bestellers mehr. Die §§ 323 ff. BGB können dies nicht kompensieren, da diese Vorschriften zu der aus Werkunternehmersicht in der Regel völlig unangemessenen Rechtsfolge der Rückabwicklung führen.

In AGB, die im rein unternehmerischen Verkehr im Rahmen von IT-Verträgen verwendet werden, muss das eben für Individualverträge Gesagte ebenfalls gelten: § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB stehen in den oben skizzierten individuell abdingbaren Konstellationen einer Abdingbarkeit von § 648 a BGB in AGB nicht entgegen, da selbst bei vollständigem Ausschluss von § 648 a BGB aufgrund der verbleibenden sonstigen gesetzlichen Kündigungs- und Lösungsrechte weder ein Gerechtigkeitsgebot noch eine sonstige Schutzbedürftigkeit erkennbar ist, die eine Unabdingbarkeit von § 648 a BGB in AGB im unternehmerischen Verkehr nach Maßgabe von § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB rechtfertigen würde.⁵² Jeder Partei stehen auch in diesem Fall vielmehr noch hinreichend Lösungsmöglichkeiten vom Vertrag zu. Erst bei wesentlicher Beschränkung bzw. Ausschluss der sonstigen gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten vom Vertrag ist eine Beschränkung bzw. ein Ausschluss von § 648 a Abs. 1, 3, 5 und 6 BGB im rein unternehmerischen Verkehr nicht hinnehmbar.

44 BT-Drs. 18/8486, S. 51.

45 Voit, in: BeckOK (Fn. 27), § 648 a Rn. 8; Sprau, in: Palandt (Fn. 4), § 648 a Rn. 14.

46 Busche, in: MüKo (Fn. 7), § 648 a Rn. 10; Sprau, in: Palandt, (Fn. 4), § 648 a Rn. 10.

47 BGH, 8. 2. 2012 – XII ZR 42/10, Rn. 26 ff.; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 4), § 314 Rn. 3; Gaier, in: MüKo (Fn. 27), § 314 Rn. 4.

48 Grüneberg, in: Palandt (Fn. 4), § 314 Rn. 3; Gaier, in: MüKo (Fn. 27), § 314 Rn. 4.

49 Sprau, in: Palandt (Fn. 4), § 648 a Rn. 17.

50 Voit, in: BeckOK (Fn. 27), § 648 a Rn. 20.

51 Siehe zum Maßstab der Sittenwidrigkeit bei Widerspruch gegen allgemeine Wertvorstellungen Armbrüster, in: MüKo, BGB, 7. Aufl. 2015, § 138 Rn. 14 f.

52 S. zu den Voraussetzungen von § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB oben III. 2.

In AGB gegenüber Verbrauchern als Bestellern muss dies anders bewertet werden: § 648 a BGB führt bisher nicht existente – und v. a. für den Besteller relevante – Gestaltungsmöglichkeiten und Rechtsfolgen ein, wie z. B. das Teilkündigungsrecht in Abs. 2 sowie die Leistungsstands-feststellung in Abs. 4. Die Vergütungsfolgen sind in § 648 a Abs. 5 BGB bestellerfreundlicher ausgestaltet als im jederzeitigem Kündigungsrecht aus § 648 BGB, wonach der Besteller in der Regel zusätzlich zur Vergütung für den bis zur Wirksamkeit der Kündigung erbrachten Leistungsteil noch mindestens 5 % der Vergütung für den aufgrund der Kündigung wegfallenden Leistungsteil schuldet (§ 648 S. 2 und S. 3 BGB). Verbrauchern dürfte in der Regel die Verhandlungsmacht fehlen, diese tendenziell bestellerfreundlichen Regelungen aus § 648 a BGB zu erhalten, wenn der Werkunternehmer diese in seinen AGB beschränkt oder ausschließt. Daher ist § 648 a BGB gegenüber Verbrauchern als Bestellern als nicht abdingbar anzusehen.

3. Verhältnis zu anderen Kündigungs- oder Lösungsrechten vom Vertrag

§ 648 a BGB besteht neben dem jederzeitigen Kündigungsrecht des Bestellers aus § 648 BGB⁵³ sowie neben dem Kündigungsrecht des Werkunternehmers bei unterlassener Mitwirkung aus § 643 BGB.⁵⁴ § 648 a BGB ist *lex specialis* zu § 314 BGB und aufgrund seiner Möglichkeit zur Teilkündigung zugleich *lex specialis* zu § 313 BGB in Bezug auf die Rechtsfolge der Vertragsauflösung.⁵⁵ Das Verhältnis zu den §§ 323 ff. BGB ist komplett unklar. Streng genommen regelt § 648 a BGB die Voraussetzungen und Rechtsfolgen für eine Vertragsbeendigung bei Pflichtverletzungen der Vertragsparteien umfassend. Ein zwingendes Bedürfnis für die Anwendung der §§ 323 ff. BGB neben § 648 a BGB ist nicht ersichtlich.

In IT-Verträgen empfiehlt es sich, das Verhältnis von § 648 a BGB zu den sonstigen Kündigungs- oder Lösungsrechten ausdrücklich und individuell zu vereinbaren – ebenso wie die gesetzlich nicht geregelten, aber im IT-Projekt relevanten Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrags.⁵⁶

V. Fazit

Die am 1.1.2018 in Kraft getretene BGB-Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts hat im allgemeinen Werkvertragsrecht in den Bereichen Abschlagszahlungen und Abnahmefiktion erhebliche Änderungen vorgenommen sowie ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund eingeführt. Obwohl das gesetzgeberische Ziel hierbei war, v. a. das zivile Baurecht zu reformieren, verschieben diese Regelungen erheblich das Gefüge der Rechte und Pflichten der Parteien von IT-Verträgen, die ganz oder teilweise dem Werkvertragsrecht unterfallen. Ferner enthalten die Neuregelungen gerade in Bezug auf werkvertragliche IT-Verträge erhebliche Regelungslücken. Diese Verschiebungen und Regelungslücken bedürfen in der Praxis korrigierender Eingriffe durch abweichende Vereinbarungen der Parteien. Der Spielraum für solche Vereinbarungen ist jedoch bei Einsatz von AGB gegenüber Verbrauchern sehr stark beschränkt, bei Gebrauch von AGB im rein unternehmerischen Verkehr teilweise.

53 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 648 a Rn. 15 i.V.m. § 648 Rn. 12; *Voit*, in: BeckOK (Fn. 27), § 648 Rn. 1.

54 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 648 a Rn. 15 i.V.m. § 643 Rn. 1; *Voit*, in: BeckOK (Fn. 27), § 643 Rn. 9.

55 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 4), § 648 a Rn. 15; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 4), § 313 Rn. 14.

56 Siehe hierzu oben IV. 1. e).

Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur, Hamburg und Prof. Dr. Tobias Gostomzyk, Dortmund*

Das Medienrecht und die Herausforderung der technologischen Hybridisierung

Eine Kommentierung der Regelungen zu Medienintermediären im Entwurf des Medienstaatsvertrags der Länder

Der aktuelle Entwurf des Medienstaatsvertrags (MStV-E) will den Rundfunkstaatsvertrag an die Logik neuer, netzbasierter Angebots- und Nutzungsformen anpassen. Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienintermediäre führen dazu, dass klassische Medien zunehmend die Hoheit über die Distribution ihrer Inhalte verlieren. Regelungen des MStV-E sollen deshalb den Zugang und die Auffindbarkeit von Medieninhalten in Netzwerk-Umgebungen gewährleisten. Damit werden sie allerdings den technologischen Gegebenheiten neuer Intermediäre wie Suchmaschinen und sozialen Netzwerken nicht gerecht.

I. Einleitung

Vertreten durch die Staatskanzlei Rheinland-Pfalz haben die Länder am 23.7.2018 den Entwurf eines Medienstaatsvertrags zur öffentlichen Konsultation gestellt.¹ Sinn und Zweck dieses Staatsvertrags ist es, den bestehenden Rundfunkstaatsvertrag zu novellieren – und in Bezug auf Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienin-

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 15.10.2018.

1 Rundfunkkommission der Länder, Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre, Stand: Juli/August 2018, abrufbar unter: www.rundfunkkommission.rlp.de.