

# Empfehlungen für eine einheitliche Abnahmeprozedur

## 1 Ergebnisse aus einem AESAS-Arbeitstreffen

Von den AESAS-Mitgliedern wurden im Zusammenhang mit der Abnahme von Produkten / Werk- oder Dienstleistungen folgende Punkte als wichtig identifiziert:

- Eine Abnahme soll zusammen mit den Kunden erarbeitet werden, um eine Kooperation von vornherein zu erwirken.
- Es sollten seitens AESAS Vorschläge für eine Abnahmeprozedur zur allgemeinen Verwendung erstellt werden.
- AESAS-Mitglieder bieten eine gemeinsame Abnahme an bei Projekten, in denen (Software-) Module mehrerer AESAS Mitglieder zum Einsatz kommen.

Mit dieser Zielsetzung wurden - wie nachfolgend wiedergegeben - die rechtlichen Rahmenbedingungen zusammengestellt und die aktuelle Praxis erörtert. Daraus resultierend werden Empfehlungen für eine Abnahmeprozedur, beginnend mit unterstützenden Formulierungen im Angebotstext bis hin zu einer Vorlage für ein Abnahmeprotokoll, abgegeben.

## 2 Rechtliche Rahmenbedingungen (Deutschland)

### 2.1 Differenzierung von Individual- und Standardsoftware

In der aktuellen Rechtsprechung (BGH v. 23.07.2009, Az: VII ZR 151/08) wird zwischen Individualsoftware und Standardsoftware unterschieden: Bei dem Erwerb von Individualsoftware wird ein Werkvertrag bzw. Werklieferungsvertrag abgeschlossen, der Erwerb von Standardsoftware gilt als Sachkauf. Entsprechend gelten unterschiedliche Vorschriften für die Abnahme von Software.

### 2.2 Standardsoftware

Für den Kauf einer Sache gilt § 433 BGB. Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen



Kein Sachmangel liegt nach §434 BGB vor, wenn die Software die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Software frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, oder wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Software der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Software erwarten kann.

Im Falle vorliegender Mängel kann der Kunde Nacherfüllung oder Nachlass fordern oder vom Kaufvertrag zurücktreten. Einzelheiten regeln §437 und §439 BGB.

Wenn Standard-Software auf die individuellen Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten wird, sind die Beziehungen zwischen Lieferant und Kunden nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.

## 2.3 Individualsoftware

Für den Werkvertrag ist die Abnahme in § 640 BGB geregelt. Sie ist die Erklärung des Bestellers, dass er das Werk akzeptiert, und somit von erheblicher Bedeutung für die Abwicklung eines Werkvertrages.

Der Unternehmer hat Anspruch auf die Abnahme, wenn das Werk - abgesehen von unwesentlichen Mängeln - vertragsgemäß hergestellt ist. Ob ein wesentlicher Mangel vorliegt, bestimmt sich danach, ob es dem Auftraggeber zumutbar ist, die Werkleistung abzunehmen und die hierdurch eintretenden Rechtsfolgen hinzunehmen. Ein wesentlicher Mangel kann dann vorliegen, wenn entweder die Gebrauchs- oder Funktionsfähigkeit des Werks wesentlich beeinträchtigt ist oder der Mangel ein erhebliches finanzielles Gewicht hat, d. h. erhebliche finanzielle Aufwendungen zu seiner Beseitigung erfordert.

Die Abnahme ist vom Besteller ausdrücklich zu erklären, in der Praxis erfolgt aber häufig nur eine stillschweigende Abnahme, die z.B. in der Regel in einer vollständigen Zahlung der Vergütung gesehen werden kann. Außerdem tritt die Abnahme ohne Erklärung des Bestellers ein (fiktive Abnahme), wenn der Besteller zur Abnahme verpflichtet ist und die Abnahme trotz Fristsetzung des Unternehmers nicht erklärt (§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Die Abnahme hat insbesondere folgende Wirkungen:

- Die Vergütung wird fällig (§ 641 Abs. 1 BGB) und ist zu verzinsen (§ 641 Abs. 4 BGB).
- Die Gefahr der zufälligen Verschlechterung geht auf den Besteller über (Gefahrübergang, § 644 BGB).
- Der Besteller verliert bestimmte Ansprüche hinsichtlich solcher Mängel, die er bei Abnahme kennt, aber nicht vorbehält (§ 640 Abs. 2 BGB).
- Die Beweislast für das Vorhandensein eines Mangels liegt nach der Abnahme beim Besteller (Beweislastumkehr), soweit nicht bei Abnahme ein Vorbehalt erklärt wurde.



- Die Verjährungsfrist für bestimmte Mängelansprüche beginnt zu laufen (§ 634a Abs. 2 BGB).
- Der Besteller verliert einen Anspruch auf eine vom Unternehmer verwirkte Vertragsstrafe, soweit nicht bei Abnahme ein Vorbehalt erklärt wurde (§ 341 Abs. 3 BGB).
- Der Werkvertrag kann nicht mehr gekündigt werden.

## **3 Aktuelle Praxis**

### **3.1 Standardsoftware**

Auf Verträge zur Lieferung herzustellender beweglicher Sachen ist schon seit dem 1. Januar 2002 Kaufrecht - statt zuvor Werkvertragsrecht - anzuwenden. Eine Abnahme ist für Kaufverträge nicht vorgesehen. Vielmehr hat der Auftraggeber die fertig übergebene Leistung unverzüglich zu untersuchen und erkennbare Mängel zu rügen, um Gewährleistungsansprüche nicht zu verlieren. Auch für die Fälligkeit der Vergütung und den Beginn der Gewährleistungsfrist ist gesetzlich keine Abnahmeerklärung notwendig, die bloße Übergabe vollständiger Leistungen reicht dafür aus. Zudem entfällt die Möglichkeit des Auftraggebers, nicht fristgerecht bereinigte Mängel auf Kosten des Auftragnehmers selbst zu beseitigen. Bei Kaufverträgen kann allerdings der Auftraggeber wählen, ob der Auftragnehmer vorhandene Mängel durch Nachbesserung oder Neuerstellung beseitigen soll. Andererseits darf der Auftragnehmer gesetzlich weder Teilleistungen (etwa Phasen, Milestones) erbringen, noch erhält er Abschlagszahlungen für erbrachte Teilleistungen.

### **3.2 Individualsoftware**

#### **3.2.1 Abnahmefähigkeit**

Zur Abnahmefähigkeit einer Software gehört die Betriebstauglichkeit, die ihrerseits nur gegeben ist, wenn neben einer technischen Funktionsfähigkeit auch die zur Software dazugehörige Dokumentation geliefert wurde. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, wann eine Dokumentation gebrauchstauglich ist. Im Grundsatz soll die Dokumentation den Anwender in die Lage versetzen, das Programm zu überprüfen und zu nutzen und damit die zu einer Abnahme erforderlichen Tests durchzuführen.



### 3.2.2 Abnahmetest

Ein Abnahmetest, Verfahrenstest, Akzeptanztest oder auch User Acceptance Test (UAT) ist ein Test der gelieferten Software durch den Kunden. Oft sind Akzeptanztests Voraussetzung für die Rechnungsstellung. Dieser Test kann bereits auf der Produktivumgebung mit Echtdateien durchgeführt werden.

Bei einem solchen Test wird das Blackbox-Verfahren angewendet, d. h. der Kunde betrachtet nicht den Code der Software, sondern nur das Verhalten der Software bei spezifizierten Handlungen (Eingaben des Benutzers, Grenzwerte bei der Datenerfassung, etc.). Das Blackbox-Verfahren kann auch auf allen anderen Teststufen angewandt werden.

Eine Abnahme kann aber auch aus einem Review der Testprotokolle des Systemtests bestehen.

### 3.2.3 Abnahmekriterien

Abnahmekriterien sind relevante Punkte (Muss-Kriterien) aus einem Lastenheft und/oder Pflichtenheft. Die Punkte müssen unbedingt erfüllt sein, damit es zum Beispiel zu einer Anlagenabnahme kommen kann.

Werden die Muss-Kriterien bei einem Probelauf nicht erfüllt, wird der Kunde eine Inbetriebnahme in seinen Räumlichkeiten ablehnen. Die Software verbleibt zur Nachbesserung beim Hersteller. Eine vollständige Abnahme ist meistens mit einem Geldtransfer verbunden (Restzahlung nach Auftragserteilung).

Bei kleineren Abweichungen oder Mängeln kann eine teilweise Freigabe (auch „Freigabe mit Abweichungen“ genannt) erfolgen. In diesem Fall willigt der Auftraggeber ein, die Software in seinen Räumlichkeiten in Betrieb zu nehmen und dem Hersteller die Möglichkeit der Nachbesserung zu gewähren.

### 3.2.4 Abnahme

Zu einer erfolgreichen Abnahme sind die folgenden Schritte zu beachten:

- Festlegung der Abnahmekriterien im Angebot
- Vereinbarung einer Abnahmeprozedur (siehe Kap. Empfehlungen) im Angebot
- Rechtzeitige Vereinbarung des Abnahmezeitpunktes
- Erstellung eines Abnahmeprotokolls



## 4 Empfehlungen

Es ist zunächst sorgfältig zu prüfen, ob es sich um den Kauf von Standardsoftware oder um einen Werkvertrag für Individualsoftware handelt.

Im Falle eines Werkvertrages empfiehlt es sich, mit der Angebotsabgabe die nachfolgende Abnahmeprozedur (oder eine sinngemäß entsprechende) mit dem Auftraggeber zu vereinbaren:

*„Nach der Installation des Vertragsgegenstandes weist der Auftragnehmer vom Auftraggeber benannte Mitarbeiter in die Benutzung des Softwareprogramms ein. Die Einweisung im Hause des Auftraggebers dauert ..... (Zeit bitte einsetzen). Der Auftragnehmer verpflichtet sich zu weiteren Einweisungen gegen zusätzliche Vergütung, falls dieses gewünscht wird.*

*Vor der Abnahme räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine einmonatige Testphase ein (Oder: Der Auftragnehmer weist binnen einer Woche nach erfolgter erster Einweisung durch angemessene Abnahmetests die Funktion des Vertragsgegenstandes nach). (Ggf. ergänzen: Teilabnahmen von einzelnen Teilabschnitten können vereinbart werden). Die Abnahme ist nach Übergabe der zum Vertragsgegenstand gehörenden Unterlagen zu erklären und in einem von den Vertragspartnern zu unterzeichnenden Abnahmeprotokoll festzuhalten.*

*Kleinere Mängel, welche Funktion und Nutzungsmöglichkeit des Vertragsgegenstandes nicht beeinflussen, hindern die Abnahme nicht, wenn der Auftragnehmer diese verlangt und die Beseitigung der Mängel zusagt. Läuft eine vom Auftragnehmer gesetzte Frist von ...(Zeit bitte einsetzen) zur Abnahme ergebnislos ab, gilt die Abnahme als erteilt.*

*Liegen erhebliche Mängel vor, verpflichtet sich der Auftragnehmer, die Mängel zu beseitigen. Die Abnahme ist innerhalb einer Woche nach Anzeige der Mängelbeseitigung zu wiederholen.“*

Die automatische Abnahme durch Fristüberschreitung ist kritisch.

**Für die Abnahme selbst empfiehlt sich die Verwendung des von AESAS für diesen Zweck erarbeiteten und zur allgemeinen Verwendung (auch für Nichtmitglieder) bereitgestellten Formulars oder eines ähnlichen Protokolls.**

Ein schwerwiegendes Problem, das grundsätzlich mit der Abnahme nichts zu tun hat, aber immer wieder damit in Zusammenhang gebracht wird, ist das Auftreten von (geringfügigen) Mängeln bei Abnahme oder nach einem längeren Betrieb. Dieser Fall ist im Rahmen der Gewährleistung entweder in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Besonderen Vertragsbedingungen zu regeln. Vorteilhaft sind z. B. Klauseln wie *„Die Gewährleistungsfrist beginnt mit dem Datum der Lieferung bzw. Abnahme und beträgt 12 Monate. Vergehen bei Werkverträgen*



*zwischen Lieferung und Abnahme mehr als 6 Monate, so beginnt die Gewährleistungsfrist nach Ablauf des 6. Monats nach Lieferung“.*

Ein wesentlicher Beitrag zur Vermeidung der Gewährleistungsdiskussion – insbesondere nach Ablauf der Gewährleistungspflicht – kann der Abschluss eines Wartungsvertrages sein. Das Dr. Weidl-Rektenwald (TU Wien) zugeschriebene Zitat sollte als Argumentation genügen: *"Die Wartung von Softwaresystemen als letzte Phase des Software Lifecycles wurde historisch in ihrer Komplexität und der Notwendigkeit geeigneter Methoden und Werkzeuge zur angemessenen Durchführung unterschätzt. Dabei beansprucht die Wartungsphase circa 2/3tel des Gesamtbudgets für den Bau und Betrieb eines Softwaresystems von der Vision bis zur Stilllegung."*

## 5 Anhang: Textauszüge aus dem BGB

### § 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen

### § 434 Sachmangel

(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1.wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst

2.wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.

(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.

### § 437 Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1.nach § 439 Nacherfüllung verlangen,

2.nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und

3.nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.



#### § 439 Nacherfüllung

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(4) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348

#### § 640 Abnahme

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig 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.

(2) 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.  
.Fassung aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 ( BGBl. I S. 3138) m.W.v. 1.1.2002.

## 6 Allgemeiner Haftungsausschluss

Die in diesem Dokument zusammengestellten Informationen und Empfehlungen wurden nach besten Wissen und Gewissen sorgfältig erarbeitet. Es wird kein Anspruch an Vollständigkeit und Ausschließlichkeit der Inhalte gestellt. Die zur Verfügung gestellten Informationen ersetzen keine individuelle juristische Beratung. Es wird keine Gewähr dafür übernommen, dass im Streitfall den hier dargelegten Urteilen und Ansichten gefolgt wird. Eine Haftung für die Inhalte dieses Dokumentes wird daher nicht übernommen.

