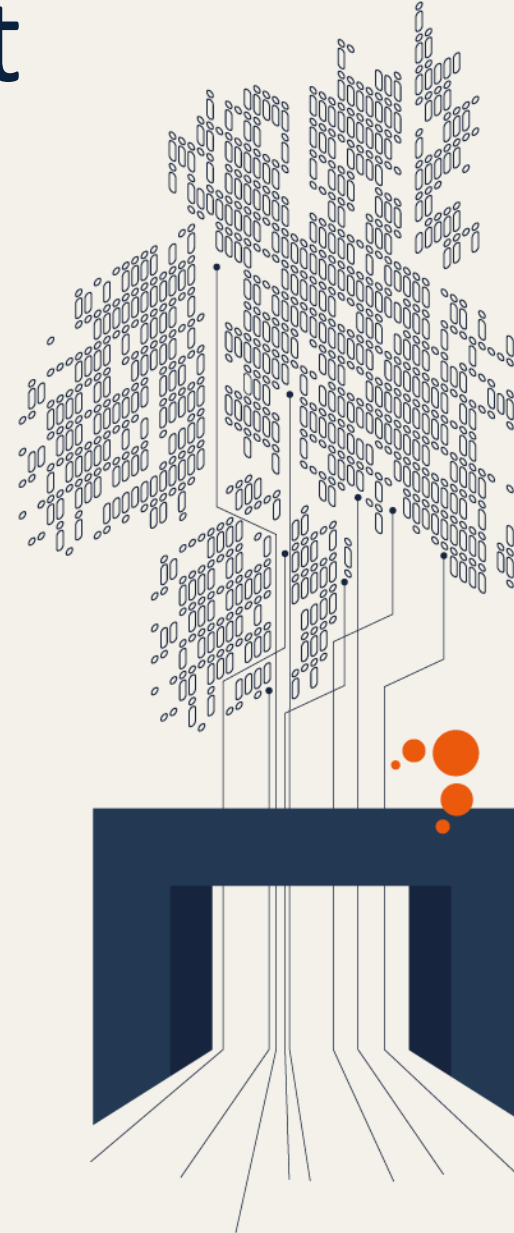


/ Coronavirus & IT-Recht

Auswirkungen der Pandemie auf IT-rechtliche Verträge

23. April 2020

Dr. Thomas Thalhofer und Dr. Torsten Kraul



/ Ausgangslage

- SARS-CoV-2 Pandemie bringt **gravierende Einschränkungen des öffentlichen Lebens, aber auch Änderungen der Rechtslage** mit sich
- z.B. Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (2. BayIfSMV) vom 16.04.2020
 - ▷ Verlassen der eigenen Wohnung nur noch mit “triftigem Grund”
 - ▷ **Ausübung beruflicher Tätigkeit (§ 5 III Nr. 1 BayIfSMV)**
- Umstellung zahlreicher Unternehmen auf **Home Office**
- Pandemie hat Auswirkungen auch auf Leistungen im Bereich der Informationstechnologie
- **Auswirkungen auf IT-Verträge?**



/ Fallbeispiele



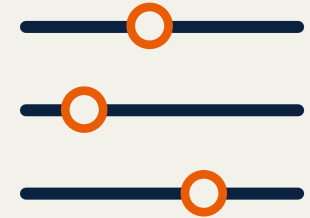
Durchführung von
Softwareimplementierungs-
Workshops
via Videokonferenz?



Verletzung von SLAs in Folge
von COVID-19 Erkrankungen
auf Auftragnehmerseite

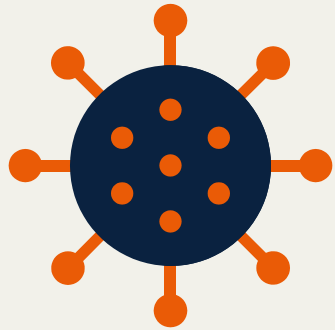


Zahlungspflichten von Cloud
Kunden bei
Betriebsstilllegungen?



Anpassung von IT-Leistungen
bei Geschäftseinbruch?

/ Ausgewählte Rechtliche Aspekte



„Force Majeure“



„Extraordinary Event“



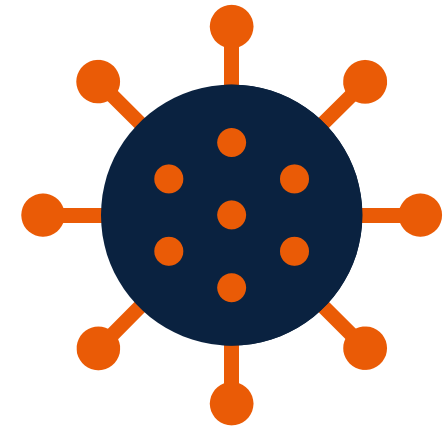
Unmöglichkeit der
Leistungserbringung?



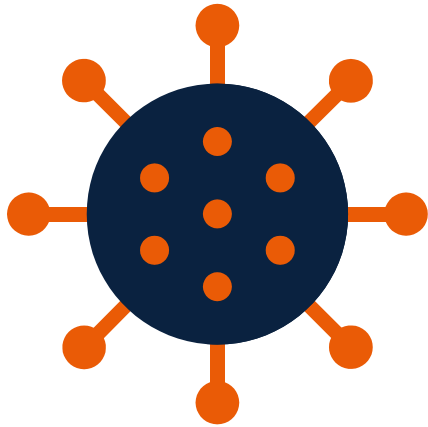
Störung der
Geschäftsgrundlage

/ Force Majeure de lege lata im BGB

- „höhere Gewalt“ im BGB nur vereinzelt erwähnt (z.B. §§ 206, 484 Abs. 2, 701 Abs. 3 Hs. 2. Var. 5 BGB) und nicht gesetzlich definiert
- *BGH NJW 2017, 2677 (2677)* zu § 651j aF: höhere Gewalt ist „ein von außen kommendes, auch durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis, das weder der betrieblichen Sphäre des Reiseveranstalters noch der persönlichen Sphäre des Reisenden zuzuordnen ist“



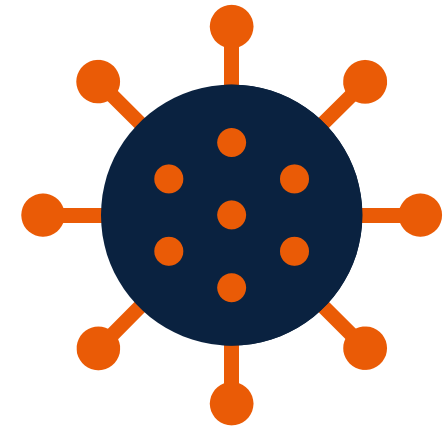
/ Force Majeure in der vertraglichen Gestaltung



- „Force Majeure“-Klauseln in ca. **2/3 aller IT-Verträge enthalten**
- Maßgeblich für Anwendbarkeit insoweit die vertragliche Definition
- Gängige (eher kundenfreundliche) Definition: höhere Gewalt ist **„ein Ereignis, das für keine der Parteien unter Anwendung äußerster, billigerweise zu erwartender Sorgfalt vorhersehbar ist und insbesondere durch Notfallpläne oder Notfallmaßnahmen des Auftragnehmers nicht vermeidbar ist“**
- Typischerweise beispielhafte Aufzählung verschiedener „force majeure“-Ereignisse
- **Leistungsfreiheit der Parteien durch Höhere Gewalt?**

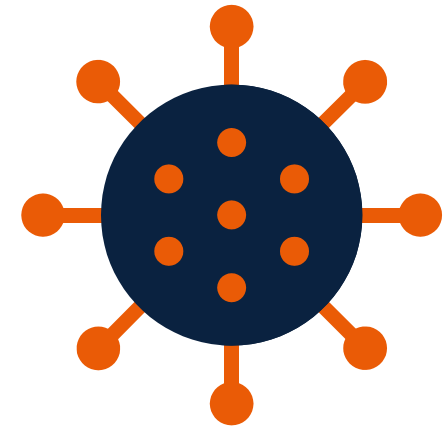
/ Die Pandemie als Force Majeure?

- Vorhersehbarkeit (-), jedenfalls bei Verträgen die vor Beginn der Berichterstattung über den Ausbruch der Pandemie geschlossen wurden (vgl. *Wagner/Holtz/Dötsch*, BB 2020, 845 (846))
- Beeinträchtigung der Leistungserbringung?
 - ▷ IT-Leistungen: Vereinbarung maßgeblich, regelmäßig ortsunabhängige Erbringbarkeit (z.B. Cloud-Services)
 - ▷ Softwareimplementierungs-Workshop vor Ort?
 - Grds. ist die Ausübung beruflicher Tätigkeiten rechtlich zulässig
 - Kritisch etwa bei einem Workshop mit vielen Teilnehmern, einem aus dem Ausland anreisenden Consultant oder, wenn Schulungsleiter (Schlüsselposition) erkrankt oder aufgrund behördlicher Anordnung in häuslicher Quarantäne
 - Erbringung per Videokonferenz → Abhängig von Leistungsortfestlegung



/ Die Pandemie als Force Majeure?

- AG Augsburg Urt. v. 09.11.2004 – 14 C 4608/03, BeckRS 2004, 162212: SARS-Epidemie in China bei geplanter Reise dorthin ein Ereignis höherer Gewalt
- (Wirtschaftliche) Lage des Kunden als höhere Gewalt? → „Geld hat man zu haben“
- Pandemie als höhere Gewalt führt nicht zu grundsätzlicher Leistungsfreiheit, es kommt auf die jeweilige IT-Leistung an
- Rechtsfolgen bei Eingreifen grds. vertragsabhängig, typisch jedoch
 - ▷ Notifizierungspflichten
 - ▷ Best-Efforts Klauseln
 - ▷ Wegfall der Leistungsverpflichtung sowie Ausschluss von darauf beruhenden Schadensersatzansprüchen
 - ▷ Wegfall der Gegenleistung



Ob die Corona-Pandemie in IT-Verträgen zum Ausschluss von Leistungspflichten führt, ist von der spezifischen Leistung und den vertraglichen Regelungen abhängig.

/ Extraordinary Event / Material Adverse Change



- Kundenfreundliche Klausel
- Anwendbarkeit von sog. „Extraordinary Event“-Klauseln erfordert
 - i. signifikante Änderung auf Kundenseite (etwa Divestments, aber auch business turndown)
 - ii. damit einhergehende einseitige Rechte des Kunden, Änderungen an vertraglichen Vereinbarungen zu verlangen
 - iii. Überschreitung von qualitativen und quantitativen Schwellenwerten (etwa Anforderungsänderung im Umfang von 30 % über eine Dauer von mindestens drei Monaten)
- Derartige Anforderungsänderungen sind im Zuge der Pandemie durchaus denkbar

/ Extraordinary Event

- ▶ Rechtsfolge primär Vertragsanpassung (ggf. nach einem speziell definierten Ablauf)
- ▶ Maßgebliches Leitbild: „cost based approach“, d.h. die Ersparnisse des Anbieters die mit den gesunkenen Mengen auf Kundenseite einhergehen sind teilweise an diesen weiterzureichen, wobei gleichzeitig die Margen des Anbieters Berücksichtigung finden.
- ▶ Kunde kann also unter einer „Extraordinary Event“-Klausel in auf business downturn im Zuge der Pandemie mit Vertragsanpassung reagieren
- ▶ Sofern keine Einigung erzielt werden kann -> Kündigungsrecht auf Kundenseite



Bei Verträgen mit Extraordinary-Event Klauseln können im Zuge der Coronavirus Pandemie Vertragsanpassungen aufgrund von business downturn möglich sein.

/ Verträge ohne besondere Klauseln?

Fokus auf B2B-Beziehungen.

Keine Anwendbarkeit der neuen Modifikationen des Vertragsrechts für Verbraucher und Kleinunternehmer unterstellt.

/ Softwareimplementierung via Videokonferenz



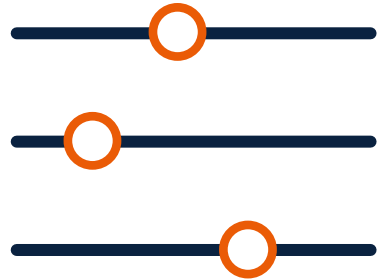
- Anspruch auf Durchführung?
 - ▷ (Rechtliche) Unmöglichkeit bei geltenden Reisebeschränkungen oder häuslicher Quarantäne? Zeitweilige Unmöglichkeit? → Nach Rspr. und überwiegenden Teile der Literatur vorübergehende Suspendierung der Leistungspflichten
 - ▷ Regelfall: Anspruch besteht, im Einzelfall § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 denkbar, überwiegend aber wohl nicht einschlägig
- Muss Auftraggeber diese Art der Leistungserbringung akzeptieren?
 - ▷ Maßgeblich: Vertragliche Regelungen, sofern Workshop vor Ort vereinbart liegt u.U. eine mangelhafte Leistung vor
 - ▷ Vereinbarung über den Leistungsort, ansonsten § 269 BGB
 - ▷ Persönliche Anwesenheit auch bei Videokonferenz (-), Leistungsvereinbarung privilegiert den Kunden abweichend von § 269 BGB → verzichtbar!

/ Zahlungspflichten von Cloud-Kunden bei Betriebsstilllegung

- ▶ Entfall der Zahlungsverpflichtung gem. § 326 I 1 BGB?
 - ▷ Voraussetzung: Unmöglichkeit der Hauptleistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 bis 3 (hier: Zurverfügungstellung der Infrastruktur)
 - ▷ IT-Leistungen: Ortsunabhängige Erbringung von Cloud-Leistungen, Aufrechterhaltung von Infrastruktur bleibt i.d.R. möglich
 - ▷ § 313 BGB: Selten einschlägig – Betriebliche Situation des Kunden fällt einseitig in dessen Risikosphäre, keine gemeinsame Geschäftsgrundlage
 - ▷ Konsequenz: Kunde bleibt zur Zahlung verpflichtet
- ▶ Freiwerden von Zahlungsverpflichtungen daher insb. nach Vertragsbeendigung z.B. durch Kündigung



/ Anpassung von IT-Leistungen bei Geschäftseinbruch



- Anwendbarkeit der Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB?
 - ▷ Unterfall des „Störung des Verwendungszwecks“ auf Gläubigerseite?
 - ▷ Zweckverwirklichungsrisiko jedoch von jeder Partei selbst zu tragen, auch bei Kenntnis der anderen Seite
 - ▷ Finanzielle Lage des Kunden ist keine gemeinsame Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB
 - ▷ Jedenfalls unanwendbar, wenn das Risiko bereits vertraglich etwa im Rahmen einer „Extraordinary Events“-Klausel verteilt ist
- Vertragsanpassung gem. § 313 BGB im Regelfall nicht möglich.

/ Verletzung von Service Level Agreements

- Keine völlig neuen Fragen vor dem Hintergrund der Coronavirus Pandemie
- Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1 bis 3 regelmäßig nicht gegeben
- Bei Verletzung von SLAs in Folge von Covid-19 Erkrankungen auf Anbieterseite maßgeblich ob SLA verschuldensunabhängig garantiert ist
- Andernfalls ggf. Frage nach Organisationsverschulden
- „Technikoffenheit“ des Vertrages → Kann der Dienstleister ausgefallenes menschliches Personal durch Chatbots oder andere Formen künstlicher Intelligenz ersetzen?



Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

/ Haben Sie noch Fragen?



Dr. Thomas Thalhofer

Rechtsanwalt
Partner

+49 89 28628238
thomas.thalhofer@noerr.com

Dr. Thomas Thalhofer ist Co-Leiter der Praxisgruppe Digital Business und auf Rechtsfragen der Digitalisierung der Wirtschaft, auf Vertragsgestaltung und rechtliche Projektberatung sowie Konfliktlösung bei komplexen nationalen und internationalen IT- Projekten, Cloud-Projekten und IT-Outsourcings spezialisiert.

Neben seiner praktischen Arbeit publiziert Herr Dr. Thalhofer regelmäßig und lehrt an der Universität Passau. Er ist u.a. Mitglied des Board of Directors der ITechLaw Association, Co-Chair des dortigen Dispute Resolution Committee sowie Mit-Vorsitzender des Fachausschuss Outsourcing der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik.



Dr. Torsten Kraul, LL.M. (London)

Rechtsanwalt
Associated Partner

+49 30 20942148
torsten.kraul@noerr.com

Dr. Torsten Kraul ist Co-Leiter der Praxisgruppe Digital Business.

Er berät umfassend in den Bereichen IT, Internet und E-Commerce sowie Datenschutz. Ein besonderer Fokus liegt dabei einerseits auf Fragen der IT-Infrastruktur einschließlich komplexer Sourcing- und Outsourcing-Transaktionen und andererseits auf der Umsetzung innovativer digitaler Geschäftsmodelle und der Anwendung neuer Technologien (Internet der Dinge, künstliche Intelligenz, Plattformen, Apps, Blockchain, Big Data).

/ Standorte

Alicante

Noerr Alicante IP, S.L.
Avenida México 20
03008 Alicante
Spanien
T +34 965 980480

Berlin

Noerr LLP
Charlottenstraße 57
10117 Berlin
Deutschland
T +49 30 20942000

Bratislava

Noerr s.r.o.
AC Diplomat
Palisády 29/A
81106 Bratislava
Slowakische Republik
T +421 2 59101010

Brüssel

Noerr LLP
Boulevard du Régent 47-48
1000 Brüssel
Belgien
T +32 2 2745570

Budapest

Kanzlei Noerr & Partner
Fő utca 14-18
1011 Budapest
Ungarn
T +36 1 2240900

Bukarest

S.P.R.L. Menzer & Bachmann - Noerr
Str. General Constantin
Budişteanu nr. 28 C, Sector 1
010775 Bukarest
Rumänien
T +40 21 3125888

Dresden

Noerr LLP
Paul-Schwarze-Straße 2
01097 Dresden
Deutschland
T +49 351 816600

Düsseldorf

Noerr LLP
Speditionstraße 1
40221 Düsseldorf
Deutschland
T +49 211 499860

Frankfurt am Main

Noerr LLP
Börsenstraße 1
60313 Frankfurt am Main
Deutschland
T +49 69 9714770

Hamburg

Noerr LLP
Jungfernstieg 51
20354 Hamburg
Deutschland
T +49 40 3003970

London

Noerr LLP
Tower 42
25 Old Broad Street
London EC2N 1HQ
Großbritannien
T +44 20 75624330

Moskau

Noerr OOO
1-ya Brestskaya ul. 29
Pf. 247
125047 Moskau
Russische Föderation
T +7 495 799 56 96

München

Noerr LLP
Brienner Straße 28
80333 München
Deutschland
T +49 89 286280

New York

Noerr LLP
Representative Office
885 Third Avenue, Suite 2610
New York, NY 10022
USA
T +1 212 4331396

Prag

Noerr s.r.o.
Na Poříčí 1079/3a
110 00 Prag 1
Tschechische Republik
T +420 233 112111

Warschau

Noerr Bieddecki sp.k.
Al. Jerozolimskie 93
02-001 Warschau
Polen
T +48 22 378 85 00

info@noerr.com
www.noerr.com
© Noerr LLP