

Editorial



„IT-Recht in der Praxis“

Liebe Leserinnen und Leser,

2015 ist nach dem Chinesischen Mondkalender das Jahr der „Holz-Ziege“. Die Ziege steht dabei unter anderem für Kooperation, das Holz für Kreativität. Als Kanzlei, die das Rechtsgebiet der Informationstechnologie beherrscht und darin profund berät, haben wir uns für das aktuelle Jahr gemäß dieses doch sehr philosophischen Prologs ähnlich hohe Ziele gesetzt.

Wie in keinem anderen Rechtsgebiet, gilt es gerade im IT-Recht, stets mit der rasanten technologischen Entwicklung Schritt zu halten, und hierbei kritisch die sich bietenden Möglichkeiten zu hinterfragen. Besonders in diesem neuen Rechtsgebiet ist der anwaltliche Dienstleister zu einer kreativen Rechtsgestaltung angehalten. Dies hängt unter anderem mit dem Umstand zusammen, dass Gerichte meist noch keine ähnlich gelagerten Sachverhalte zu würdigen hatten.

Der Rechtsanwalt als Pionier verbindet gerade hier Gebiete, die auf dem ersten Blick nur rudimentär miteinander zusammenhängen. Das Arbeitsrecht mit dem Datenschutzrecht, das Telekommunikationsrecht mit dem gewerblichen Rechtsschutz, oder aber das Strafrecht mit dem Telemediengesetz.

Im Folgenden, stellen wir unter anderem einen ersten Teilbereich dieser schwer einzugrenzenden Sparte des Rechts dar. Der von mir verfasste Artikel soll dabei mit einer simplen Fallgestaltung aus der Praxis sensibilisieren, dass die präventive anwaltliche Konsultation nicht zu unterschätzen ist.

Es grüßt Sie aus Erlangen,

Dominic Baumüller
Rechtsanwalt
FA für Arbeitsrecht

Wettbewerbsrecht

BGH – Keine Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ohne Rezept

Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied am 08.01.2015 (Az. I ZR 123/13), dass die Abgabe eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels durch eine Apotheke ohne vorherige Vorlage eines Rezepts wettbewerbsrechtlich unzulässig ist.

Gemäß § 48 Arzneimittelgesetz dürfen rezeptpflichtige Arzneimittel grundsätzlich nur bei Vorliegen einer ärztlichen Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden. Die von einem Konkurrenten verklagte Apotheke argumentierte, sie habe vor Ausgabe des Medikaments telefonisch eine Auskunft bei einer ihr bekannten Ärztin eingeholt und demzufolge geglaubt, zur Abgabe des Medikaments auch ohne Rezept berechtigt zu sein. Hintergrund dieser Argumentation ist § 4 Arzneimittelverschreibungsverordnung. Diese Vorschrift erlaubt die Abgabe eines verschreibungspflichtigen Medikaments in Fällen akuter Gesundheitsgefährdung zunächst ohne Verschreibung. Allerdings setzt dies voraus, dass der verschreibende Arzt den Apotheker mündlich über die Verschreibung und deren Inhalt unterrichtet. Nachdem die Beklagte hier allerdings nicht mit dem verschreibenden Arzt, sondern mit einer Ärztin, welche den Patienten gar nicht kannte, telefoniert hatte, ging der BGH von einer Wettbewerbsverletzung aus und verurteilte die Apotheke zur Unterlassung. Dabei verwies der BGH darauf, dass § 48 Arzneimittelgesetz dem Schutz der Patienten diene.

Dr. Christopher Lieb
Rechtsanwalt

Was genau ist IT-Recht, wozu braucht man das eigentlich?

Heute: Softwarevertragsrecht

Lassen Sie uns zusammen einen der Realität entsprungene Fall betrachten, der geradezu typisch für die Probleme rund um den Abschluss eines Softwarevertrages ist. Der Fall spielt in Nordrhein-Westfalen und betrifft eine bekannte Großhandelskette. Um Sie nicht mit den Problemen alleine zu lassen, wenden wir uns anschließend den Möglichkeiten zu, wie Sie die Softwareverträge erfolgreich abschließen und umsetzen.

Der Fall und die sich aufdrängenden Fragen:

Sie sind ein Unternehmen mit ca. 200 Mitarbeitern an zwei Standorten und planen den Erwerb einer Standard-ERP-Software, die, angepasst an die Bedürfnisse Ihres Unternehmens im *Vertrieb*, in der *Produktionsplanung* sowie in der *Finanzbuchhaltung* eingesetzt werden soll. Auf Basis eines von Ihnen als Pflichtenheft bezeichneten Dokuments, wird eine Ausschreibung durchgeführt und sich auf Basis eines Präsentationstermins und einiger Gespräche für die Standard-ERP-Software „08/15“ des Herstellers X-AG entschieden. Diese hatte im Rahmen einer Präsentation zugesichert, dass die Geschäftsprozesse Ihres Unternehmens in der Standardfunktionalität bereits vollumfänglich abgebildet seien. Anpassungen seien ausschließlich durch Parametrisierungen (die korrekte Implementierung eines Softwaresystems durch das Einstellen von Parametern, gemäß den Anforderungen und Bedürfnisse der Kunden) möglich, eine Zusatzprogrammierung sei nicht erforderlich. Die in der Präsentation abgegebene Zusicherung findet sich auch im Angebot der X-AG wieder: „Die Module unserer Standard Software „08/15“ stellen einzigartige Fähigkeiten bereit, die das komplette Anforderungsprofil Ihres Unternehmens abdecken, ohne dass zusätzliche Programmierungen erforderlich sind.“

Überlassung, Anpassung und Implementierung der Module für den *Vertrieb*, die *Produktionsplanung* und die *Finanzbuchhaltung* werden von der X-AG zu einem Festpreis von mehreren

100.000 € netto angeboten. Dieser Festpreis sollte ausweislich des Angebots alle bis zur Inbetriebnahme erforderlichen Leistungen umfassen. Vertragliche Grundlage war

- das Angebot der X-AG (Stand 2010), das keinen Bezug auf die Ausschreibung Ihres Unternehmens und das Pflichtenheft nimmt, sowie
- die AGB der X-AG (Stand 2008) für Softwareüberlassung und Dienstleistungen (Customizing und Anpassung).

Geplante Inbetriebnahme für alle Module war ausweislich des Angebots der X-AG der 1. Februar 2012.

Am 30.6.2012 wird tatsächlich das Modul *Finanzbuchhaltung* in Betrieb genommen. Nach anfänglichen Schwierigkeiten läuft das Modul bis auf gelegentliche Fehlermeldungen stabil. Das Modul *Produktionsplanung* wurde am 1. Februar 2013, also ein Jahr nach dem ursprünglich geplanten Termin, in Betrieb genommen und kann nur eingeschränkt genutzt werden. Das Modul für den *Vertrieb* konnte bislang überhaupt nicht in Betrieb genommen werden.

Im Projektverlauf hatte sich herausgestellt, dass die Geschäftsprozesse Ihres Unternehmens keineswegs durch Parametrisierungen umgesetzt werden konnten, sondern umfangreiche Zusatzprogrammierungen erforderlich sind (dies hat für Ihr Unternehmen zur Folge, dass gewünschte Funktionalitäten nur dann zu Verfügung stehen, wenn Teile der Software neu programmiert werden und Sie selbstverständlich der X-AG diesen Aufwand erneut vergüten).

Ihre Unzufriedenheit mit den Leistungen der X-AG nimmt langsam zu. Sie haben sich bereits mit -selbstverständlich vergütungspflichtigen-nachträglichen Vereinbarungen (so genannte Change Requests) in Höhe von 10.000 € netto einverstanden erklärt. Am 30.9.2013 wird Ihnen erneut ein Nachtragsangebot vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass für eine Inbetriebnahme des Moduls *Vertrieb* weitere zusätzliche Leistungen und eine Vergütung in Höhe von 100.000 € erbracht werden müssen. Als unverbindlicher Termin für die Inbetriebnahme wird seitens der X-AG nunmehr der 2.12.2014 angegeben.

Das Fass ist für Sie spätestens damit endgültig übergelaufen. Sie sind nicht mehr bereit, das Verhalten der X-AG noch weiter zu akzeptieren.

Als Reaktion konsultieren Sie daher erstmalig einen auf die Informationstechnologien spezialisierten Rechtsanwalt, der Ihnen vor allem hinsichtlich der folgenden Fragen zur Seite stehen soll:

- „Ist das Projekt noch zu retten?“
- „Welche Beendigungsmöglichkeiten bestehen“, bzw. „welche Voraussetzungen zur Beendigung des bestehenden Vertrags müssen geschaffen werden?“
- „Inwieweit ist zu berücksichtigen, dass die Module *Finanzbuchhaltung* und *Produktionsplanung* ganz oder teilweise produktiv genutzt werden können?“

Antworten und Tipps, wie Softwareverträge problemlos gemeistert werden können:

1. Ist das Projekt noch zu retten?“

Selbstverständlich, wenn Sie das wünschen, aber nur unter anwaltlicher Federführung, die sicherstellt, dass die X-AG ihre ursprünglichen Vertragspflichten erfüllt und nicht immer wieder neue Fakten zu Ihrem Nachteil schafft.

Welche Beendigungsmöglichkeiten bestehen, bzw. welche Voraussetzungen zur Beendigung des bestehenden Vertrags müssen geschaffen werden?

2. „Inwieweit ist zu berücksichtigen, dass die Module *Finanzbuchhaltung* und *Produktionsplanung* ganz oder teilweise produktiv genutzt werden können?“

Wenn Sie an einer Fortführung des Vertrags mit der X-AG kein Interesse mehr haben, gibt es mehrere Möglichkeiten, sich von diesem zu lösen. Zunächst könnte daran zu denken sein, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Schließlich hat sich die X-AG weder an die Vorgaben ihre Ausschreibung, noch an ihr Pflichtenheft gehalten.

Eine Anfechtung des Vertrags infolge arglistiger Täuschung ist jedoch nicht möglich. Im Angebot der X-AG (Stand 2010) wurde nicht auf Ihre Ausschreibung Bezug genommen. Ebenfalls wurde Ihr Pflichtenheft nicht erwähnt. Da zwei der drei Module funktionieren und Ihnen das Angebot bekannt war, kann man der X-AG weder eine Täuschung, noch eine Arglist unterstellen. Vielmehr wurde Ihr ur-

sprüngliches Angebot unter Abänderungen angenommen. Da Sie sich hierzu nicht geäußert haben, wurde ein Vertrag nach den Vorgaben der X-AG geschlossen!

Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte Sie ein Rechtsanwalt darauf hingewiesen, dass die X-AG das ihrem Angebot zu Grunde liegende Anforderungsprofil nahezu vollkommen abgeändert und somit nicht die von Ihnen gewünschte Software angeboten hat.

Infolgedessen bleiben die Möglichkeiten, einen Aufhebungsvertrag mit der Gegenseite zu schließen, einen Rücktritt zu erklären, oder aber zu kündigen. Da jedoch die vertraglichen Grundlagen im Vorfeld nicht ausreichend definiert wurden, Sie sich jedoch subjektiv etwas anderes erwartet haben, als Ihnen „verkauft“ wurde, und bereits zwei der insgesamt drei angebotenen Module durch Inbetriebnahme abgenommen wurden, setzt man der X-AG entweder eine erneute Frist, ordnungsgemäß das ursprünglich von dieser angebotene Modul *Vertrieb* zu erbringen (dies dürfte erneut zu erheblichen Verzögerungen der Inbetriebnahme führen), oder man kündigt den Vertrag und sucht sich einen neuen Softwareanbieter.

Insgesamt also ein äußerst unbefriedigender Zustand, den man im Vergleich zu einer Rückabwicklung mit einem marginalen Aufwand hätte im Vorfeld der Vertragsdurchführung vermeiden können.

3. Fazit

Als Fazit bleibt somit festzuhalten, dass bei Sachverhalten, die einen Bezug zu Informationstechnologien aufweisen, die vorherige Konsultation eines Anwalts mit Schwerpunkt im IT-Recht zu empfehlen ist. Der Rechtsanwalt im Informationstechnologierecht begleitet bestenfalls bei der Anschaffung von Softwareprodukten, berät beim Abschluss der Verträge und legt mit Ihnen gemeinsam vor Beginn der Vertragsverhältnisse verlässlich fest, welche Rechte und Pflichten durch die Verträge im Einzelnen bestehen sollen. Während des Projektverlaufs steht Ihnen der Rechtsanwalt partnerschaftlich zur Seite, sollte es Fragen zur oder sogar Probleme mit der Umsetzung der Verträge geben. Sollte die Vertragsbeziehung durch Streitigkeiten über einzelne Punkte belastet werden, kümmert sich der mit der Materie bestens vertraute Rechtsanwalt um die außergerichtliche,

wie gerichtliche Durchsetzung Ihrer Ansprüche und wehrt für Sie unberechtigte Forderungen Ihres Vertragspartners ab. Indem Sie sich von Anfang an anwaltlich begleiten lassen, sind Sie auf der sicheren Seite im hochkomplexen Bereich des Informationstechnologierechts.

Zugegebenermaßen war dies ein äußerst komplexer und langer Sachverhalt. Weder Sie, noch ich, führen ein in Köln beheimatetes Großhandelsunternehmen und haben sich den Slogan „Besser leben“ auf die Fahne geschrieben, um dann wegen der falschen Software, abgelaufene Lebensmittel in den Kühltheken anzubieten.

Es lässt sich aus der eigenen Erfahrung aber festhalten, dass auch den erfahrensten Unternehmen unzählige – schwerwiegende, da im Nachhinein teure – Fehler bei der Gestaltung von Softwareverträgen unterlaufen, die mit der nötigen Expertise leicht zu vermeiden wären. Um nicht in die üblichen Fallen zu tappen, stehen ich und sämtliche Rechtsanwältinnen unserer Kanzlei mit besonderen Kenntnissen im IT-Recht gerne zu Ihrer Verfügung

Der Jurist hat das Credo „Besser Wissen“. „Besser Wissen“ hätte vorliegend zumindest bei der Geschäftsführung zu sehr viel „Besser leben“ geführt.

Einen guten Start in das neue Jahr 2015 und ein besseres Leben, wünscht Ihnen

*Dominic Baumüller
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

Lebensmittelrecht

Der Vertrieb von Lebensmitteln und seine Tücken

Wer in Deutschland Lebensmittel vertreiben möchte, muss sich in einer Myriade von Rechtsvorschriften zurechtfinden.

Nicht nur, dass jegliche Werbung den Verbraucher nicht irreführen darf, um einen unmittelbaren Verstoß gegen das Gesetz gegen

den unlauteren Wettbewerb zu vermeiden, existieren auch noch zahlreiche Spezialgesetze. Ein Verstoß hiergegen kann, neben behördlichen Sanktionen, auch die Gefahr bergen, von Wettbewerbern abgemahnt und auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden oder sich gerichtlicher Verfolgung ausgesetzt zu sehen.

Für sämtliche Lebensmittel gilt grundsätzlich das LFMG, das Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, in welchem zahlreiche Verbote normiert sind, wie grundlegende Verbote zum Schutz der Gesundheit oder beispielsweise hinsichtlich des Hinzufügens von Lebensmittelzusatzstoffen. Zusätzlich müssen jedoch zahlreiche Verordnungen beachtet werden, die die Kennzeichnung von Lebensmitteln regeln, wie etwa die Verordnung über diätetische Lebensmittel, die Los-Kennzeichnungs-Verordnung, die Fertigpackungsverordnung oder gewisse produktspezifische Verordnungen.

Neu hinzugekommen ist die Lebensmittelinformationsverordnung, die weitere Anforderungen an die Kennzeichnung stellt. So werden nach Ablauf einer Übergangsfrist Nährwertangaben für nahezu alle verpackten Lebensmittel Pflicht. Weiter müssen sämtliche Kennzeichnungen in einer gewissen Mindestgröße angegeben werden, und über Allergene muss auch bei loser Ware informiert werden. Einige Änderungen gibt es bei Fleisch und unverarbeiteten Fischereierzeugnissen, bei denen die Angabepflicht hinsichtlich des Einfrierdatums und bei Fleisch bezüglich Ursprung und Herkunft erweitert wird.

Besonders herauszustellen ist zudem, dass im Fall von Lebensmittel-Imitatoren Ersatzzutaten deutlich anzugeben sind. Beispielsweise muss für Formfleisch oder „Formfisch“ angegeben werden, dass sie aus Fleisch- oder Fischstücken zusammengefügt wurden, da sonst suggeriert wird, es handle sich um ein gewachsenes Stück Fleisch oder Fisch.

Wichtig ist insbesondere für Betreiber von Online-Shops, dass bei verpackten Lebensmitteln alle Pflichtangaben vor Abschluss des Kaufvertrages dem Käufer mitgeteilt werden müssen. Dies betrifft unter anderem die Liste der Zutaten, die Allergen Kennzeichnung ebenso wie die Nettofüllmenge.

Es werden den Käufern somit ausführlichere Informationen bezüglich der Inhaltsstoffe geboten. Inwieweit die Regelungen sinnvoll sind, wird sich in der Praxis zeigen.

*Dr. Kathrin Gack
Rechtsanwältin*

Impressum

v.i.S.d.P.: Rechtsanwältin Saskia Krusche
LIEB.Rechtsanwälte
Bucher Straße 21 / 90419 Nürnberg
Fon + 49 (0)911 2179090 / Fax +49 (0)911 21790999
saskia.krusche@lieb-online.com
www.lieb-online.com

Hinweis: Dieser Newsletter kann keine Einzelfallberatung ersetzen. Alle Angaben ohne Gewähr und Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Abmeldung aus dem Verteiler schreiben Sie bitte eine E-Mail an saskia.krusche@lieb-online.com

© LIEB.Rechtsanwälte 2014