



Weitere vertragsrechtliche Bestimmungen am Beispiel Softwarevertrag

Univ. Lektor Dr. Ingmar Vinzenz

Email: ingmar.vinzenz@tuwien.ac.at

- Begriff:
 - Den „Softwarevertrag“ gibt es nicht
 - Keine juristische Bezeichnung
 - Einordnung erfolgt nach konkretem Inhalt
- Erscheinungsformen:

Betrifft...	Einordnung
Standardsoftware	Kaufvertrag
Individualsoftware	Werkvertrag
IT-Beratung	Dienstvertrag, Dienstleistung
Nutzung von Software auf Zeit	~Mietvertrag
„Größeres IT-Projekt“	Gemischter Vertrag, Einzelleistungen meist nicht trennbar

„Softwarevertrag“ – Unterschied zwischen den Vertragsarten

- Was ist geschuldet?
 - Unterscheidung, ob ein konkreter Erfolg geschuldet wird
 - Als Folge: Unterschiede in Gewährleistung!

Vertrag	Gegenstand	Gewährleistung?
Kauf-vertrag	Eine konkrete SW auf Datenträger/Download	Ja.
Werk-vertrag	Eine herzustellende SW, oder SW-Anpassungen	Ja. Hinzutreten von Warnpflichten.
Dienst-vertrag	Ein Bemühen, etwas zu tun!	Jain. Eher Verlagerung auf Schadenersatz

- Sachverständigenhaftung im ABGB (Seit 1812)
 - Sachverständiger ist jeder, der eine Tätigkeit ausübt, die besondere Fähigkeiten erfordert
 - § 1299 ABGB
 - „Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennet; oder wer ohne Noth freywillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, **gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den nothwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten.** Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt; oder, bey gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.“
 - § 1300 ABGB
 - „Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachtheiligen Rath ertheilet. Außer diesem Falle haftet ein Rathgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Ertheilung des Rathes dem Anderen verursacht hat.“

Typische Inhalte eines Softwareprojektvertrages

- Fall: Kunde A, ein Verkehrsbetrieb, möchte sein kontaktloses Bezahl- und Fahrtenabbuchungssystem durch ein neues System ersetzen lassen, auch sollen neue Endgeräte für Fahrkartenkontrolleure samt Software geliefert werden. Lieferant B hat ein fertiges Zahlungssystem in diesem Bereich, das auf unterschiedlichster HW eingesetzt werden kann, dieses soll eingesetzt und angepasst werden. Die Endgeräte möchte B bei einem Lieferanten C zukaufen und dann an A liefern.
- Vertragliche Elemente? Einordnung?

???????

■ Elemente:

- Kaufvertrag – für HW
- Kaufvertrag – für Standardsoftware
- In aller Regel: Werkvertrag für Anpassungen und für SW im Endgerät
- Allerdings: Kombination Standard-SW und Anpassungen führen wohl zu einem Gesamtwerk, daher Werkvertrag!

■ Interessen

- Lieferant: Tendenz eher Beratungsleistungen „an den Mann zu bringen“
- Kunde: Möchte ein fertiges und funktionierendes Werk am Ende haben

- Was soll geliefert oder erstellt werden – Kundensicht
 - Kunde kennt hoffentlich seine Anforderungen und die bereits bestehenden Systeme
 - Lastenheft - Problem aus sich des Kunden
 - Beschreibung der Anforderungen des Kunden an die zu erstellende Software
 - Darstellung der SOLL-Funktionen sind SOLL-Prozesse
 - Grundlage für das Angebot für den Lieferanten
 - Grundlage für die Erstellung des Pflichtenhefts durch den Lieferanten
 - „Wünsch dir was“-Gefahr
 - Im Idealfall, hat der Kunde schon...
 - ...seine Anforderungen analysiert
 - ...Use-Cases beschrieben
 - ... Funktionale und nicht-funktionale Anforderungen erhoben
 - Funktionale Anforderungen
 - Was leistet das System
 - Wie verhält sich das System auf das Verhalten der User
 - Welche Ein- und Ausgaben gibt es

- Nicht-funktionale Anforderungen
 - Qualitätsanforderungen, Verfügbarkeiten
 - Anforderungen an eingesetzter Technologie
 - Formatvorgaben
 - Rechtliche Anforderungen
- Auf dieser Grundlage kann ein Lieferant ein Angebot legen
 - Beim kleineren Projekten kann Lastenheft oft ausreichend sein
- Problem in der Praxis:
 - Kunde hat kein Lastenheft, er möchte, dass das der Lieferant das für ihn erledigt, gute Idee?
 - Worauf ist zu achten:
 - Erstellung des Lastenhefts meist als Werk zu qualifizieren, seltener als Beratung
 - Gefahr: Anforderungen werden übersehen
 - Klaren Schlussstrich ziehen: Abnahme des Lastenhefts durch den Kunden, Kunde bestätigt, dass dies seine Anforderungen sind!
 - Gefahr: Anforderungsmanagement beim Kunden kann ausufern
 - Hohe Herausforderungen an das Projektmanagement

- Vorteile der Erstellung durch den Lieferanten:
 - Kunden können besser „eingefangen“ werden
 - Unrealistische Anforderungen können aussortiert werden
- Auf der Grundlage des Lastenhefts kann der Lieferant nun ein Angebot und weiterer Folge auch ein Pflichtenheft erstellen:
 - Pflichtenheft: primär vom Lieferanten, jedoch in Zusammenarbeit mit Kunden erstellt
 - Pflichtenheft – Lösungsansatz aus Sicht des Lieferanten
 - Welche Funktionalitäten sind auf welcher technischen Basis einzuführen
 - Wie wird der Lieferant die Funktionalitäten konkret umsetzen
 - Wichtig für die Leistungserbringung
 - Abnahme des Pflichtenhefts hat Sicherungsfunktion für beide Seiten
 - Lieferant: Kunde kann nicht mehr verlangen, als hier vereinbart
 - Kunde: Kann verlangen, dass die Software das kann, was beschrieben wurde
 - Ist bei der Beschreibung des Leistungsgegenstand wichtig!

- Leistungsgegenstand – oder was liest der Jurist zuerst?
 - Beschreibung des Leistungsgegenstandes ist der wichtigste Bestandteil des Vertrages!
 - Ganz elementar: Was wird geschuldet?
 - Lücken oder Ungereimtheiten in der Leistungsbeschreibung können juristisch nicht gerettet werden!
 - Wenn nicht klar geregelt wurde, was geliefert werden soll,
 - Ist nicht klar, ob der Vertrag erfüllt wurde und ob der Lieferant sein Entgelt erhält oder
 - was im Streitfall eingeklagt werden soll
 - Andere vertragliche Elemente können durch das dispositive Recht ersetzt werden!
 - Richter: „Wenn Sie nicht vereinbart haben, welche Software programmiert werden sollte, wie soll ich es dann wissen?!“

- Interpretation des Leistungsgegenstandes durch die Gerichte?
 - Nur in ganz engem Rahmen möglich, wenn es „Material“ gibt, das interpretiert werden kann
 - Streit vor Gericht über Leistungsgegenstand unberechenbar!
 - Besser klar regeln, was „in scope“ und „out of scope“ ist
 - „Nicht geschuldet ist:“
 - „Gegen gesonderte Bestellung erfolgt...“
 - In Detailfragen kann es dazu führen, dass der Richter zB. meint:
 - „Wieso sollte diese Leistung nicht dabei sein? Jedes andere Programm am Markt kann das auch!“
 - „Meinen Sie nicht, dass Ihre SW mit der vorhandenen Struktur kompatibel sein muss?“
 - Wenn Sie das hätten haben wollen, dann hätten Sie das auch so bestellen müssen, ich kann hier das nicht rauslesen!“
 - Auslegung, sofern überhaupt möglich: „unguided missile“
 - Daher hohes Risiko bei mangelhafter Leistungsbeschreibung!
 - Hier gilt dann wirklich: „Coram iudice et in alto mari sumus in manu Dei.“

- Regelung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers
 - Meist hohe Abhängigkeiten für das Projekt
- Klassische Mitwirkungspflichten:
 - Ernennung von Bevollmächtigten und Kontaktpersonen
 - Beistellung von Informationen (Hardware- und Betriebssysteme, eingesetzte Standardsoftware, Organisations- und Ablaufpläne,...)
 - Zeitnahe Fragenbeantwortung
 - Bereitstellung Zugang zum Testsystem
 - Abnahme von Spezifikationen, Meilensteines, der Gesamtleistung
 - Mitwirkung von „Frau Müller“
- Festhalten: Wenn nicht eingehalten, dann kann Terminplan (oder Meilensteine) nicht eingehalten werden
 - Lieferant möchte nicht in Verzug kommen, wenn AG nicht oder nur schlecht seiner Pflicht nachkommt

- Grundregel: Kein Projekt kommt ohne Änderung der Leistung während der Durchführung aus!
 - Change-Request-Verfahren sollte enthalten sein!
- Typisches CR-Verfahren:
 - Beide Parteien können Vorschläge machen
 - Beschreibung der Änderung und Begründung
 - Auswirkungen für Kosten, Termine, Leistung, Risiko
 - Prüfung des CR durch Lieferanten
- Abschluss des CR-Verfahrens
 - Einvernehmliche Vertragsänderung!
 - Kommt keine Einigung zustande, dann wird CR nicht durchgeführt
 - Einseitige CR: Sehr selten! Achtung auf „Wünsch dir was“
 - Eher selten: CR mit Kostenauswirkungen bis zu einem gewissen Prozentsatz sind kostenlos durchzuführen

- CR aus Auftragnehmersicht
 - Möchte Kunde an CR-Verfahren „gewöhnen“, beginnt mit kleinen, kostenlosen Häppchen!
 - Spätere, teurere Änderungen sind dann einfacher durchzuführen!
 - Kann beim Werkvertrag teilweise dazu verwendet werden, um „Mängel“ zu kaschieren und als CR zu verkleiden!
 - Können Zeit gewinnen!
- CR aus Auftraggebersicht
 - Auftragnehmer hat als Werkunternehmer umfangreiche Warnpflichten, wenn er etwas übersieht oder vergisst zu warnen, dann soll er das vertreten
- CR auf eigenem Formular festhalten
 - Dokumentationszwecke
 - Selbe Form wie Hauptvertrag
 - Wenn Schriftlichkeit gefordert = Unterschriftlichkeit

■ Vertrag als Werkvertrag

- Herstellung eines Werkes gegen Entgelt (§ 1151 ABGB)
- Geschuldet ist ein Erfolg, eine funktionierende Software
- Mangels anderer Vereinbarung wird Werklohn nach Vollendung des Werks fällig
- In der Praxis daher meist Abnahmeverfahren detailliert geregelt, zB
 - Testablauf, Testfälle
 - System hat beschriebene Funktionen zu erfüllen
 - Wesentliche Funktionen ohne Fehler
 - Sonstige Funktionen im Wesentlichen fehlerfrei, kleinere Mängel sollen die Abnahme nicht verhindern
- Abnahme erfolgt dann durch Bestätigung (Abnahmeerklärung) durch den Kunden
 - Uneingeschränkte Bestätigung
 - Festhalten von Mängeln
 - Abnahme wird abgelehnt

■ Verhalten bei der Abnahme

Lieferant	Kunde
Einsatz im Echtbetrieb ist Abnahme	Übernahme in Vollbetrieb ist noch keine Abnahme!
Kleine Fehler sind Fall für Gewährleistung – klare Abgrenzung, wann Abnahme erfolgt ist!	Abnahme erst dann, wenn klar ist, dass Leistungen uneingeschränkt und vertragskonform zur Verfügung stehen!
Erst nach Abnahme gibt es Gewährleistung	Vermischung von Abnahme und Gewährleistung
Klare Beschreibungen	Zahlreiche Fehlerklassen
Kleine Fehler Fall für Gewährleistung	Kleinste Fehler verhindern Abnahme
Genau dokumentierte Tests	Lange Testphasen und Probebetrieb
Drängt auf Abnahme	Keine Abnahme möglich: Verzug!

- Pauschalpreis
 - Unabhängig davon, ob sich Aufwand verändert!
- Nach Aufwand – „time & material“
 - Nach Stunden oder Tagessätzen
- Vereinbarung von planmäßigen Preissteigerungen
 - Anknüpfen an Verbraucherpreisindex
- Art des Vertrages sagt (meist) nichts darüber aus, wie Leistung verrechnet wird!
 - Tendenz: Je individueller eine Leistung, desto eher „time & material“
 - Beratung
 - SW-Anpassung
 - Auch bei Werkverträgen, wenn Lieferant risikoscheu ist
 - Werkverträge, Kaufverträge
 - Eher als Pauschalpreis
 - Modelle können in einem Vertrag auch gemischt sein!

- Woraus ergibt sich, was geschuldet ist?
 - Leistungsgegenstand, Pflichtenheft, Feinspezifikation, Vertrag...
- Rechtfolgen einer Abnahme
 - Der Lieferant hat Anspruch auf Entgelt
 - Übergang vom Verzugsrecht ins Gewährleistungsrecht
 - Wenn Leistung nicht zeitgerecht erbracht wird, gerät Lieferant in Verzug
 - „Rechtsbehelfe“ für Kunden im Verzugsfall relativ stark: Rücktritt, Schadenersatz, Erfüllungsanspruch, Zurückhalten des Entgelts
 - Gewährleistung greift erst dann, wenn System übergeben worden ist.
- Gewährleistung
 - Verschuldensunabhängiges Einstehenmüssen für die Mangelfreiheit im Zeitpunkt der Übergabe
 - Häufige Frage: „Können wir Gewährleistung auf Verschulden begrenzen?“ – NEIN!

■ Gewährleistung

- Ob ein Mangel vorliegt, richtet sich nach
 - Vertrag (bedungene Eigenschaften)
 - Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften
- Gewährleistungsbehelfe
 - Primär: Verbesserung oder Austausch
 - Sekundär: Preisminderung oder Wandlung (=Aufhebung des Vertrages)

■ Rügepflicht des Unternehmers (§ 377 UGB)

- Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung
- Anzeige des Mangels innerhalb angemessener Frist
- Sonst: Verlust des Gewährleistungsrechts
- Abnahmeverfahren sichert auch Kunden ab, da die Rügepflichten relativ lieferantenfreundlich sind

- Vertragliche Gestaltung der Gewährleistung – Lieferantensicht
 - Selbst in B2B: Gänzlicher Ausschluss unzulässig
 - Zulässige Einschränkungen
 - Einschränkungen auf bestimmte Behelfe, zB. nur Verbesserung, möglich
 - Wandlung kann in aller Regel nicht ausgeschlossen werden
 - Ausschluss der Vermutung der Mangelhaftigkeit möglich
 - Beweisregeln
 - Reduktion der Gewährleistungsfrist – Grenze?
 - Ausnahmen gibt es bei offenkundigen Mängeln und Kauf in Pausch und Bogen
 - Meist nicht bei SW relevant
 - Mängel oft versteckt
 - Gewährleistungsfrist
 - 2 Jahre bei beweglichen Sachen
 - 3 Jahre bei unbeweglichen Sachen
 - Gerichtliche Geltendmachung oder als Einrede (bei Klage auf Zahlung)
 - Achtung: Bei Verbesserung des Mangels läuft die Frist neu

- Vertragliche Gestaltung der Gewährleistung aus Kundensicht
 - Garantie statt Gewährleistung
 - Ziel: Verschuldensunabhängiger Schadenersatz, der über die Gewährleistungsrechte hinausgeht
 - Im Wording:
 - Statt „leistet dafür Gewähr“: „garantiert“, „stellt sicher“
 - „Schad- und Klagloshaltungen“
 - Lange Fristen
 - Keine Rügepflicht
- Regelung der Haftungen – Schadenersatz
 - Gesetzliche Haftungen im Wesentlichen unbeschränkt
 - Daher oft beschränkt!

- Zulässige bzw. übliche Beschränkungen
 - Nach Grad des Verschuldens
 - Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit
 - Haftung für Vorsatz und große Fahrlässigkeit nicht möglich
 - Nach Art des Schadens:
 - Ausschluss bestimmter Schadensarten
 - Vermögensschäden, Folgeschäden, entgangenen Gewinn, ausgebliebene Einsparungen, Zinsverluste...
 - Nach Schadenshöhe
 - Üblich: Haftung der Höhe nach auf den Auftragswert oder einen betraglich genannten Wert zu beschränken
 - Selten: Verweis auf Versicherungssummen der Haftpflichtversicherung (sollte vermieden werden)
- Unzulässige Beschränkungen
 - Ausschluss Personenschäden oder soweit das Produkthaftungsgesetz zur Anwendung gelangt (Ausnahmen vorsehen!)
 - Ausschluss Schäden Dritter (dies wären Verträge zu Lasten Dritter)

■ Gewährleistung in der Praxis:

- Klausel 1: „Die Beweislast für das Vorliegen von Mängelfreiheit oder nur geringfügiger Mängel trägt der Auftragnehmer. Bei einer nachweislich ungerechtfertigten Mängelmeldung werden die Kosten für den Auftragnehmer ersetzt.“ (AVB-IT der Rep. Ö)
- „Negativa non sunt probanda“: Nichtvorliegen von Umständen kann nicht bewiesen werden!
- Wie soll Mängelfreiheit nachgewiesen werden?

■ Gewährleistung in der Praxis:

- Klausel 2: „Es wird eine dreijährige Garantie vereinbart, beginnend mit dem Tag der Übernahme. Für die Dauer der Garantiefrist wird der Auftragnehmer Wartungsleistungen für die Software-Komponenten ohne Berechnung zusätzlicher Entgelte oder Spesen erbringen.“
- „Die Wartung von Software verpflichtet zusätzlich zur laufenden Anpassung der Software an gesetzliche Rahmenbedingungen. Der Auftragnehmer hat diese gegen Entgelt umzusetzen. Andernfalls ist der Auftraggeber berechtigt, den Wartungsvertrag umgehend mit sofortiger Wirkung aufzulösen.“
- (AVB-IT der Rep. Ö)
- Problem: Wie soll das kalkuliert werden?
- Problem bei Ausschreibungen: Wartungsleistung in Gewährleistung versteckt
- Ist Anpassung an gesetzliche Rahmenbedingungen nun für die ersten drei Jahre geschuldet?

■ Werkvertrag:

- Regelungen für Leistungsstörungen, Werkerbringung unterbleibt
 - Sphärentheorie
 - 3 Sphären: Werkbesteller, Werkunternehmer, neutraler Bereich
- Warnpflichten des Werkunternehmers
 - Stoff oder Anweisungen, die vom Werkbesteller kommen sind untauglich
 - Bei offenkundiger Untauglichkeit oder Unrichtigkeit: Werkunternehmer trifft die Pflicht, den Besteller zu warnen!
 - Folgen: Gewährleistung und ggf. Schadenersatz
 - Ist der Besteller selbst fachkundig, kommt es zur sog. „geteilten Gewährleistung“
- Was ist der beigestellte „Stoff“ eines Kunden?
 - Lastenheft
 - Bestehende technische Infrastruktur, auf die aufgebaut werden soll

- Verzug und Verzugsfolgen
- Pönalen
- Salvatorische Klausel
- Anwendbares Recht, Gerichtsstand