

RECHTSANWALT
DR. ARTHUR WOLFF

J O H A N N E S G A S S E 2 2 / 2
A - 1 0 1 0 W I E N
T E L E F O N (0222) 715 72 25 Δ
T E L E F A X (0222) 713 60 46
B A N K A U S T R I A A G
K O N T O N R. 405311804
U I D . N R . : A T U 10490501

DAS VERTRAGSRECHT DER
COMPUTER-SOFTWARE

INHALTSVERZEICHNIS

- 1. SOFTWARE ALS VERTRAGSGEGENSTAND
 - 1.1 Einteilung der Verträge
 - 1.2 Die rechtliche Einordnung der verschiedenen Arten der Software-Überlassung
 - 1.2.1 Allgemeines
 - 1.2.2. Anwendbares Recht
- 2. VERTRÄGE ÜBER DIE ERSTELLUNG VON SOFTWARE
 - 2.1 Rechtliche Einordnung als Werkverträge
 - 2.2 Detaillierte Leistungsbeschreibung und Phasenbildung
 - 2.2.1 Detaillierte Leistungsbeschreibung
 - 2.2.2 Konkretisierung der Aufgabenstellung
 - 2.2.3 Erstellung der Spezifikation als eigener Auftrag
 - 2.2.4 Art der Erstellung der Spezifikation
 - 2.2.5 Vorgaben zur Erstellung der Spezifikation
 - 2.2.6 Inhalt der Funktionsspezifikation
 - 2.2.7 Phasenbildung und Änderungswünsche
 - 2.2.8 Klärung der Lieferpositionen
 - 2.3 Festlegung der Leistungsmodalitäten
 - 2.3.1 Qualitätssicherung
 - 2.3.1.1 Definition und Begriff der Qualität
 - 2.3.1.2 Qualitätssicherung bei der Softwareentwicklung
 - 2.3.1.3 Vereinbarungen zur Qualitätssicherung
 - 2.3.1.3.1 Zur Entwicklung
 - 2.3.1.3.2 betreffend die Beurteilbarkeit von Anforderungen
 - 2.4 Berücksichtigung der urheberrechtlichen Seite - wem stehen die Rechte an der Software zu? - Sicherung der erforderlichen Nutzungsrechte

- 2.4.1 Rechtslage
- 2.4.2 Vertragliche Regelung
- 2.4.3 Grenzen des Urheberrechts und Know-how-Schutz
- 2.5 Preis und Zahlung
- 2.6 Personal und Projekt-Management
- 2.7 Nachforderungen des Lieferanten/Change-Request-Verfahren
 - 2.7.1 Geltendmachung von Nachforderungen
 - 2.7.2 Change-Request-Verfahren
- 2.8 Abnahme
- 2.9 Leistungsstörungen
 - 2.9.1 Verzug
 - 2.9.2 Gewährleistung
 - 2.9.3 Schadenersatz
- 2.10 Koppelung von Hardware und Individualsoftware
 - 2.10.1 Beschaffung von einem Lieferanten
 - 2.10.2 Koppelung bei mehreren Lieferanten
- 2.11 Pflege von Individualprogrammen
 - 2.11.1 Absicherung der Eigenpflege
 - 2.11.2 Absicherung der Pflege durch den Lieferanten
- 2.12 Weitere Absicherungen
- 2.14 Zusammenfassung der Empfehlungen zur Erstellung von Software
- 2.14 Checkliste zur Programmerstellung
- 3. (LIZENZ-)VERTRÄGE ÜBER DIE ÜBERLASSUNG VON (STANDARD-) SOFTWARE AN ANWENDER
 - 3.1 Rechtsnatur und Gegenstand
 - 3.2 Arten
 - 3.3 Benutzungsrecht
 - 3.3.1 Allgemeines

- 3.3.2 Umfang des Benutzungsrechts
 - 3.3.2.1 "Berechtigtes" System
 - 3.3.2.2 (Qualitativer) Wechsel der Anlage
 - 3.3.2.3 Anfänglicher Umfang des Benutzungsrechts
 - 3.3.2.4 Optionen für die Erweiterung des Benutzungsumfangs
- 3.3.3 Softwareschutzmaßnahmen des Lieferanten
- 3.3.5 Übertragung des Benutzungsrechts
- 3.5 Zweckmäßige Vorgangsweise bei paralleler Anschaffung von Hardware
- 3.6 Beschaffung von Standardsoftware unabhängig von der Beschaffung von Hardware
- 3.6 Besonderheiten bei PC-Software
- 3.7 Inhalt des Software-Lizenzvertrages
 - 3.7.1 Spezifikation des Programm-Codes und der Dokumentation
 - 3.7.2 Einsatz- und Betriebsbedingungen
 - 3.7.3 Status der Software
 - 3.7.4 Lieferung, Installation und Abnahme der Software
 - 3.7.5 Berechtigte Anwender
 - 3.7.5.1 Berechtigte Anwender
 - 3.7.6 Vervielfältigungsrecht
 - 3.7.7 Neue Versionen (Releases)
 - 3.7.8 Anpassungen und Änderungen
 - 3.7.8.1 Änderungsrecht des Anwenders
 - 3.7.8.2 Anpassungsprogrammierung
 - 3.7.8.2.1 Vorgangsweise
 - 3.7.8.2.2 Pauschalpreis nach (detaillierter) Klärung der Anforderungen
 - 3.7.8.2.3 Beratungsauftrag für den künftigen Lieferanten
 - 3.7.8.2.4 Einführung mehrerer Anwendungen
 - 3.7.8.2.5 Absicherungen der Anpassungsprogrammierung

- 3.7.8.2.6 Beteiligung des Anwenders an der weiteren Verwertung von Zusatz-
programmen
- 3.7.9 Softwarewartung
- 3.7.10 Entgelt und Zahlungsbedingungen
 - 3.7.10.1 Entgelt
 - 3.7.10.2 Entgelt für erweiterte Nutzung
 - 3.7.10.3 Änderungen des Entgelts
 - 3.7.10.4 Minderung oder Wegfall des Entgelts
 - 3.7.10.5 Zahlungsbedingungen
- 3.7.11 Pflichten des Anwenders
 - 3.7.11.1 Rechtspflichten
 - 3.7.11.2 Verantwortlichkeit und Obliegenheiten des Anwenders
- 3.7.12 Gewährleistung
 - 3.7.12.1 Gewährleistung für Sachmängel und zugesicherte Eigenschaften
 - 3.7.11.2 Gewährleistung für Rechtsmängel
 - 3.7.12 Dauer und Beendigung
 - 3.7.12.1 Allgemeines
 - 3.7.12.2 Kündigung durch den Anwender
 - 3.7.12.3 Kündigung durch den Lieferanten
 - 3.7.13.4 Folgen der Vertragsbeendigung
- 3.7.14 Anhang: Software-Spezifikationen
- 3.7.15 Zusammenfassung der speziellen Empfehlungen zur Beschaffung von Stan-
dardsoftware
 - 3.7.15.1 Benutzungsrecht und Pflichten zum Programmschutz
 - 3.7.15.2 Anpassungsprogrammierung zu Standardsoftware
 - 3.7.15.3 Beschaffung unabhängig von Hardware (und Systemsoftware) über die Emp-
fehlungen zur Beschaffung von Systemen hinaus
 - 3.7.15.4 Besonderheiten bei PC-Software
- 3.7.16 Ergänzende Checkliste für die Beschaffung von Standardsoftware
 - 3.7.16.1 Softwarespezifische Ergänzungen zur Checkliste für die Beschaffung von
Computersystem

- 3.7.16.2 Checkliste für die Beschaffung von Standardsoftware allein
- 4. SOFTWAREWARTUNGS- (PFLEGE-) VERTRÄGE
 - 4.1 Rechtsnatur und Gegenstand
 - 4.2 Arten der Softwarewartung
 - 4.3 Typische rechtliche Probleme
 - 4.3.1 Abgrenzung von Wartung und Gewährleistung
 - 4.3.2 Neue Versionen
 - 4.4 Typische Leistungen der Softwarewartung
 - 4.5 Wartungsbedingungen
 - 4.5.1 Softwarespezifikation
 - 4.5.2 Mehrfachnutzung
 - 4.5.3 Modularisierung
 - 4.5.4 Softwareänderungen
 - 4.5.5 Ersatzlieferung
 - 4.5.6 Softwarewartung im Schnittstellenbereich
 - 4.5.7 Übertragung der Softwarewartung
 - 4.6 Art und Umfang der Leistungen
 - 4.6.1 Korrektur von Programmfehlern
 - 4.6.2 Anpassung der Software an Anwenderbedürfnisse
 - 4.6.3 Weiterentwicklung der Software
 - 4.7 Softwarewartungsbedingungen
 - 4.8 Mitwirkung des Anwenders
 - 4.9 Entgelt und Zahlungsbedingungen**
 - 4.10 Gewährleistung/Garantie
 - 4.10.1 Garantie für Reaktionszeiten
 - 4.10.2 Betriebstüchtigkeit
 - 4.10.3 Datensicherheit und Datenschutz

- 4.10.4 Folgen der Garantieverletzung
- 4.11 Vertragsdauer
- 4.12 Steuer- und Abgabenrechtliche Aspekte
 - 4.12.1 Umsatzsteuer
 - 4.12.2 Rechtsgeschäftsgebühr
- 5. SOFTWAREVERTRIEBSVERTRÄGE
 - 5.1. Interessenlage
 - 5.1.1 Ziel und Zweck
 - 5.1.2 Schutz der Interessen
 - 5.2 Rechtsnatur
 - 5.3. Typen von Software-Vertriebsverträgen
 - 5.4 Vertragsinhalt
 - 5.4.1 Vertragsgegenstand
 - 5.4.2 Vertriebslizenz
 - 5.4.3 Vertriebsart
 - 5.4.4 Lizenzgebiet
 - 5.4.5 Lizenzgebühren
 - 5.4.6 Gewährleistung für Rechte an der Software
 - 5.4.7 Geheimhaltung
 - 5.4.8 Vervielfältigungen
 - 5.4.9 Schadloshaltung
 - 5.4.10 Lieferung
 - 5.4.11 Installation
 - 5.4.12 Einschulung
 - 5.4.13 Gewährleistung
 - 5.4.14 Haftungsbeschränkungen
 - 5.4.15 Software-Wartung

- 5.4.16 Updates und Verbesserungen
- 5.4.17 Änderungen
- 5.4.18 Vertragsbruch
- 5.14.19 Vertragsdauer
- 5.14.20 Source-Code
- 6. VERTRÄGE ÜBER DIE HINTERLEGUNG VON SOURCE-CODE
 - 6.1. Ausgangslage
 - 6.2 Das Problem: Zugang zum Source Code
 - 6.3 Lösung des Problems: Hinterlegung des Source Code
 - 6.4 Inhalt des Hinterlegungs-Vertrags
 - 6.5 Verbleibende Probleme
 - 6.5.1 Insolvenzrechtliche Probleme
 - 6.5.2 Aktualität des Source Code
- 7. LEISTUNGSSTÖRUNGEN: HAFTUNG FÜR VERZUG, MANGELHAFTE ERFÜLLUNG UND DIE NICHT-ERFÜLLUNG VON LEISTUNGEN, SCHADENERSATZ, PRODUKTHAFTUNG
 - 7.1 Verzug
 - 7.2 Gewährleistung bei mangelhafter Software
 - 7.2.1 Mängeldefinition
 - 7.2.2. Anwendbares Gewährleistungsrecht
 - 7.2.2.1 Art der Softwareüberlassung
 - 7.2.3 Standard-Software
 - 7.2.3.1 Nutzungsrecht auf unbegrenzte Zeit
 - 7.2.3. Nutzungsrecht auf bestimmte Zeit oder unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit
 - 7.2.4 Individual-Software
 - 7.2.4.1 Unterschied zu Standard-Software
 - 7.2.4.2 Mängeldefinition
 - 7.2.4.3 Anwendbares Gewährleistungs-Recht
 - 7.2.5 Rechtsmängel

- 7.2.6 Abdingbarkeit der gesetzlichen Gewährleistung im Vertrag
- 7.2.6.1 Allgemeines
- 7.2.6.2 Ausschluß/Beschränkung der Gewährleistung
- 7.2.6.3 Gewährleistungsfristen
- 7.2.7 Programmwartung
- 7.3. Leistungsstörungen bei gemeinsamer Anschaffung von Hardware und Software
- 7.4 Haftungsrisiken, Haftung für Schadenersatz und Produkthaftpflicht
- 7.4.1 Allgemeines
- 7.4.2 Sorgfaltspflichten
- 7.4.3 Haftungsbeschränkung/-ausschluß
- 7.4.4 Produkthaftpflicht

1. SOFTWARE ALS VERTRAGSGEGENSTAND

Es gibt einige Vertragstypen, die sich hauptsächlich oder teilweise auf Computerprogramme ("Software") beziehen. Der Eindruck größerer Vielfalt entsteht durch die Vielfalt der Bezeichnungen für manche Vertragstypen verwendet werden insbesondere für den Vertrag, dessen Gegenstand die Einräumung der Nutzung von Software ist. Im folgenden werden die wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit den Grundformen der softwarebezogenen Verträge dargestellt.

1.1 Einteilung der Verträge

Die in der Praxis anzutreffende Vielfalt von Verträgen betreffend Software kann auf folgende Grundformen zurückgeführt werden, welche im folgenden näher behandelt werden:

- Verträge mit angestellten Programmierern
- (Werk-)Verträge über die Erstellung von Computer-Software (dazu unten Pkt 2)
- Verträge über die Überlassung von Software an Anwender (dazu unten Pkt 3)
- Verträge über die Software-Wartung(-Pflege) (dazu unten Pkt 4)
- Verträge über den Software-Vertrieb durch Händler etc.(dazu unten Pkt 5)
- Verträge über die Hinterlegung des Source Code bei einem neutralen Dritten (Treuhänder); (dazu unten Pkt 6)

Man kann in der Praxis zu findenden Verträgen voneinander zwar oft nicht klar einem dieser Typen zuordnen, da es auch Mischformen gibt, doch können die grundlegenden Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten an den angeführten Typen dargestellt werden.

1.2 Die rechtliche Einordnung der verschiedenen Arten der Software-Überlassung

1.2.1 Allgemeines

Eine einheitliche Definition des Vertrages betreffend die Überlassung von Software ist nicht ohne weiteres möglich, doch wird allgemein danach unterschieden, ob der Lieferant fertige Software, also "Standard-Software", entweder an Anwender (dazu unten Pkt 1.3) oder an den Händler zum Weitervertrieb (dazu unten Pkt 1.4) überläßt oder ob er die Erstellung von Software schuldet, die den besonderen Anforderungen des Anwenders entsprechen soll, also die Erstellung von "Individual-Software" (dazu unten Pkt). Das auf solche Verträge anwendbare Recht und die zweckmäßige Vertragsgestaltung werfen unter folgenden Gesichtspunkten Probleme auf:

Wenngleich seit einigen letzten Jahren auch die Möglichkeit besteht, Software durch "down loading", also on-time zu beziehen, ist zunächst ist zwischen der "Software" und dem "(Daten-) Träger", auf welchem diese zur Verfügung gestellt wird, zu unterscheiden. - Auch wenn man Software auf unbestimmte Zeit auf Grund einer "Lizenz" zur Verfügung stellt, erwirbt der "Lizenznehmer" am Datenträger selbst in der Regel Eigentum. Der hier offenkundige Unterschied zwischen dem Datenträger als körperlicher und der Software als unkörperlicher Sache ist aber - weil nicht von wirtschaftlichem Interesse – zu vernachlässigen.

Von großer Bedeutung für die Rechte und Pflichten der Vertragspartner nach dem allgemeinen Vertragsrecht soweit diese innerhalb der Vertragsfreiheit nicht geregelt werden, ist jedoch die Frage nach der Rechtsnatur der Softwareüberlassungsverträge, also nach dem Recht (Kaufrecht, Mietrecht etc.), welches auf sie anzuwenden ist. **Dabei ist die Frage, ob es sich um urheberrechtlich geschützte Software handelt, von großer Bedeutung.**

Früher war problematisch, daß dies von vornherein nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, da es letzten Endes darauf ankam, ob ein Gericht die Software (in einer rechtskräftigen Entscheidung) als Werk iS des Urheberrechts qualifizieren würde. Man mußte daher bei der Vertragsgestaltung möglichst detaillierte Regelungen vorsehen unter Berücksichtigung der Möglichkeit, daß Urheberrechtsschutz möglich ist oder auch nicht. Mit der Urheberrechtsgesetz-Novelle 1993 wurde nur klargestellt, daß Software als urheberrechtliches Werk schützbar ist, wenn eine gewisse schöpferische Leistung vorliegt. Da die Anforderungen hier nicht so hoch sind, wird dieses Erfordernis meistens erfüllt sein, Software also Urheberrechtsschutz

genießen und bei der Vertragsgestaltung werden, daher die Software verzo-
genes Sonderregelungen des UrhG zu berücksichtigen sein.

Auch wenn insoweit nun Klarheit herrscht, ist nach wie vor die Rechtsnatur der Verträge über die Überlassung von Standard-Software umstritten. Die in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen wollen meist entweder das auf Kauf- oder Mietverträge anzuwendende Recht (analog) anwenden oder den Software-Überlassungsvertrag als Vertrag eigener Art (Know-how- oder urheberrechtlicher Lizenzvertrag) ansehen. In Österreich gibt es dazu noch keine ausgeprägte Rechtsprechung, wohl aber unter anderem in der BRD, welche wegen der ähnlichen Rechtslage auch in Österreich von Bedeutung sein kann. Der deutsche Bundesgerichtshof hatte schon in einer Entscheidung (NJW 1981, 2684 f - Programmsperre) zwar die Frage, ob es sich bei einem Software-Lizenzvertrag um einen Know-how-Vertrag handelt (so die Vorinstanz) ausdrücklich offengelassen, jedoch wegen der Orientierung des Vertragsverhältnisses am Leitbild des Mietvertrages (Programmüberlassung für 5 Jahre) mietrechtliche Bestimmungen angewandt und auch in einem anderen Fall (NJW 1982, 696 ff - Krankenscheinaufkleber) Mietrecht für anwendbar erklärt. Im Gegensatz dazu stehen allerdings die Entscheidung vom 6.6. und 20.6. 1984 (NJW 1984, 2938 ff und NJW 1985, 129 ff) und zahlreiche folgende Entscheidung in denen er bei fehlerhafter Software bereit war, die Sachmängelhaftung des **Kaufrechts** anzuwenden (so auch eine Entscheidung des OLG Schleswig, ZIP 1982, 457, wobei es allerdings um die Überlassung von Hardware und Software ging und die gesamte Anlage wegen des Fehlers nicht einsatzfähig war).

1.2.2. Anwendbares Recht

Wird Software entsprechend den Anforderungen eines Anwenders - also als **Individual-Software** - erstellt und ihm gegen Entgelt auf Dauer überlassen, sind die Bestimmungen des **Werkvertragsrechtes** (analog) anzuwenden.

Wird Software dem Anwender gegen ein **einmaliges Entgelt auf Dauer** zur mehr oder weniger freien Verfügung überlassen, wird **Kaufrecht** (analog) anwendbar sein, wenngleich ein Kaufvertrag an sich durch einen einmaligen Leistungsaustausch auf beiden Seiten (Geld gegen Ware) charakterisiert ist, er also in der Regel mit der Erbringung der Leistung durch beide Seiten abgewickelt ist. Auch wenn für die Überlassung von Software nur ein einma-

liges Entgelt gezahlt wird, sind solche Verträge in der Regel als Art eines Lizenzvertrages gestaltet und der Anwender übernimmt in der Regel eine Reihe von Verpflichtungen, die seine freie Verfügung über die Software beschränken.

Weil es sich bei der Software in der Regel um ein urheberrechtliches Werk handelt, wird der Vertrag in der Praxis vor allem der Anbieter als Lizenzvertrag angesehen und damit als Vertrag eigener Art, nicht jedoch als Kaufvertrag. Das ändert aber nichts daran, daß der Vertrag über die Überlassung der Software selbst dann, wenn für die Software Urheberrechtsschutz besteht und er inhaltlich als Lizenzvertrag ausgestaltet ist, zumindest in mancher Hinsicht (nach der Rechtsprechung zB betreffend Gewährleistungsfragen als Kaufvertrag angesehen und subsidiär Kaufrecht (analog) angewendet werden kann.

Wenn die Verträge jedoch so gestaltet sind, daß kein reines Austauschverhältnis besteht, das mit der Erbringung der Leistungen beider Seiten abgewickelt ist, sondern eine auf längere Zeit angelegte Rechtsbeziehung vorliegt, ist ein **Dauerrechtsverhältnis** anzunehmen, das nicht den Kaufvertragsregeln, sondern den **Mietvertragsregeln** unterstellt werden kann.

Kaufrecht wird auf die Überlassung von Software immer dann **nicht** anzuwenden sein, wenn ein Nutzungsrecht lediglich auf Zeit eingeräumt wird, die Art und Weise der Nutzung bis ins Detail vertraglich geregelt und nach Ablauf des Nutzungsrechtes die Software zurückzugeben oder zu "vernichten" ist, dh auf allen Speichern und externen Datenträgern des Anwenders zu löschen ist. Da in der Praxis Verträge über die Überlassung von Software - wie gesagt - als Lizenzverträge gestaltet werden, liegt es nahe, die Bestimmungen über die entgeltliche Gebrauchsüberlassung, also die Miete, erst recht auf solche befristeten Verträge anzuwenden.

Die Frage, ob Lizenzverträge als mit wiederkehrender Zahlung Mietverträge oder mit der herrschenden Meinung als Verträge eigener Art anzusehen sind, kann für Software-Überlassungsverträge jedoch letzten Endes offen bleiben, da die Bestimmungen des Mietrechts nach herrschender Ansicht jedenfalls analog anzuwenden sind.

2. VERTRÄGE ÜBER DIE ERSTELLUNG VON SOFTWARE

2.1 Rechtliche Einordnung als Werkverträge

Der Vertrag über die Erstellung von Software als ein vom Lieferanten geschuldetes Ergebnis ist nach ständiger Rechtsprechung ein Werkvertrag.

In einem Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Erfolges, hier also zur Erstellung von funktionstüchtiger Software samt Dokumentation etc. Wie der zu erbringende Erfolg auszusehen hat, hängt zB vom gewünschten Programmtyp ab, also davon, ob ein Standard-Anwenderprogramm oder ein individuelles Anwenderprogramm erstellt werden soll. Daher ist von entscheidender Bedeutung die Beschreibung des gewünschten Erfolges, also die Leistungsbeschreibung oder das Pflichtenheft mit den Spezifikationen des zu erstellenden Programms, an denen dann gemessen wird, inwieweit der Vertrag ordentlich erfüllt wurde.

Softwarelieferanten nennen entsprechende Verträge allerdings häufig "Dienstleistungsverträge" und meinen damit Dienstverträge, obwohl solche Verträge tatsächlich meist Werkverträge darstellen. Grund dafür ist vor allem der Wunsch, die Haftung für den Erfolg im Rahmen eines Werkvertrages und den Formalismus der Abnahme mit den rechtlichen Konsequenzen zu vermeiden, also das größere Haftungsrisiko beim Werkvertrag gegenüber dem beim Dienstvertrag.

Ein weiterer Grund ist die verbreitete - falsche - Gleichsetzung von "Festpreis = Werkvertrag" und "Entgelt nach Aufwand = Dienstvertrag". Beim Werkvertrag sieht sich der Lieferant zu einem frühen Zeitpunkt bei wenig geklärter Aufgabenstellung mit der Forderung des Auftraggebers nach einem Festpreis und dann damit verbundenen Risiko konfrontiert. In anderen Bereichen, in denen auch Entwicklungsarbeiten Vertragsgegenstand sind, auf so unsicherer Basis vereinbart werden kaum Festpreise. Während hier die Konkretisierung der Aufgabenstellung (Spezifikation) Pflichtenheft mehr oder weniger in den Realisierungsauftrag einbezogen wird.

Die Ablehnung der Lieferanten von Festpreisen ist eine Antwort auf die Schwierigkeit, Software im Rahmen schlecht geplanter Vorhaben bzw unzureichend definierter Anforderungen (Spezifikationen, Pflichten) zu erstellen.

Ein Anwender sollte einen Festpreis daher nur anstreben, wenn die Aufgabenstellung endgültig und ausreichend spezifiziert ist.

Die Durchführung von Software Entwicklungsprojekten ist schon intern schwierig. Erschwert wird sie durch die Schnittstelle zwischen Anwender und Entwickler und weiters durch deren Formalisierung, besteht damit doch die Gefahr, daß die künftigen Benutzer nicht ausreichend in die Entwicklung einbezogen werden.

2.2 Detaillierte Leistungsbeschreibung und Phasenbildung

Die Leistungen beider Seiten sind detailliert zu regeln. Bei der Erstellung von Software ist dies eng mit Einteilung des Projektes in Phasen verknüpft.

Vor allem bei bedeutenderen Softwareprojekten sind neben der Erstellung der Software noch zu regeln die

- Organisationsberatung
- Ausbildung der Anwender
- Einführungsunterstützung
- Wartung

2.2.1 Detaillierte Leistungsbeschreibung

Die elektronische Datenverarbeitung ist relativ jung und hat doch in kurzer Zeit eine stürmische Entwicklung mitgemacht, in der es ständig zu bedeutenden Änderungen kam und kommt. Eine ausführliche Beschreibung der beiderseitigen Leistungen ist bei der Softwareerstellung von besonderer Bedeutung, da es nur eingeschränkt Handelsbräuche gibt, was der Lieferant im einzelnen schuldet und was nicht. Der Anwender kann sich also oft nicht (erfolgreich) darauf berufen, daß diese oder jene Leistung bzw Funktion, die er als selbstverständlich erwartet, verkehrsüblich sei oder dem Stand der Technik entspreche und daher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung geschuldet sei. Er muß vielmehr eine nicht ausdrücklich vereinbarter Leistung bzw Funktion, die der Lieferant nicht erbringen will oder nicht erbracht hat, diesem erst abringen oder zusätzlich bezahlen, auch wenn sie vielleicht vor Vertragsschluß besprochen worden war.

2.2.2 Konkretisierung der Aufgabenstellung

Die Erstellung von Software erfolgt in Phasen und beinhaltet einen Lernprozeß. Die Phasenbildung bei Softwareprojekten entspricht dem Stand der Technik und ist unbedingt vorzunehmen. Die einzelnen Phasen werden nicht endgültig abgeschlossen. Richtig bei Änderungen der Aufgabenstellung verstandene Phasenkonzepte verlangen, daß jeweils bis zum frühesten (zu dem am wenigsten detaillierten) Dokument, auf das sich die Änderung auswirkt, zurückgegangen und damit - punktuell - wieder in die Phase eingestiegen wird, in der dieses Dokument erstellt wurde. Die Änderung wird dann in die Dokumente dieser und der folgenden Phase(n) eingearbeitet. Bei Prototyping können die Phasen verschoben und teilweise konzeptionell stärker wiederholt werden.

Die Zahl der Phasen und deren Abgrenzung hängen - auf der Grundlage des jeweiligen Phasenmodells - insbesondere von der Größe und der Komplexität des Projektes ab. Wie die Phasen gebildet werden, ist weniger wichtig als die Einigkeit über den Inhalt der einzelnen Phasen.

Jede Phase sollte gesondert behandelt werden und mit einer dokumentierten Zwischenabnahme enden, also mit einer Prüfung der Ergebnisse der vorangegangenen Phase, die in einem (Zwischen-)Abnahmeprotokoll zu dokumentieren ist.

Die Betonung der Phasenbildung zwingt auch den Anwender dazu, seinen Mitwirkungspflichten - zeitgerecht - nachzukommen. Wird nicht von vornherein ein Festpreis für das Projekt vereinbart, so entlastet das beide Seiten vom Festpreisdruck.

2.2.3 Erstellung der Spezifikation als eigener Auftrag

Wenn der Anwender nicht selbst eine (ausreichende) Leistungsbeschreibung (Spezifikation) erstellt hat, sollte er diese in Auftrag geben. Selbst sollte sie nur verfassen, wenn er dafür fachlich ausreichende Kenntnisse hat und dazu in der Lage ist. Wenn nicht, kann er den in Aussicht genommenen Auftragnehmer oder Dritter beauftragen. Die Betrauung des potentiellen Auftragnehmers hat den Nachteil, daß dieser – zumindest unbewußt – versucht sein wird, das Pflichtenheft so zu gestalten, daß ihm bei Erteilung des Entwicklungsauftrages seine Erfüllung ohne weiteres möglich ist. Diese Gefahr entfällt bei Erteilung des Auftrags zur Ausarbeitung des Pflichtenheftes an einem Dritten, der mit der Entwicklung der Software nichts zu tun haben wird.

Die BVB in Deutschland hatten für die Erstellung von Software bzw für die Planung von Softwareprojekten die bisherigen Erfahrungen berücksichtigt und sie in Anweisungen an den öffentlichen Auftraggeber dahingehend umgesetzt, daß

- ein Vertrag, der sich auf die Erstellung der Spezifikation bezieht, nur bis zu deren Abschluß reichen darf (einschließlich eines systemtechnischen Grobentwurfs)
- und dann für Entwurf und Realisierung ein neuer Vertrag zu schließen ist.

Grund dieser Konzentration auf die Planungsphase sind die Hauptprobleme der Softwareentwicklung:

Häufigster Auslöser von Problemen sind Schwierigkeiten bei der Einigung der Vertragspartner, etwa dort, wo es längere Zeit nicht möglich ist, sich über die zukünftige Lösung zu einigen. Fast jedes Softwareprojekt enthält Konfliktpotential, weil divergierende Erwartungen und Vorstellungen mit ihm verbunden werden. Divergenzen gibt es zB bei der Wahl der Entwicklungssprache oder der Hardware, der Datenbanklösung und vor allem der Formulierung der Anforderungsspezifikation. Die Konfliktfronten verlaufen dabei sowohl zwischen dem Anwender und dem Entwickler der Software, zwischen einzelnen Mitarbeitern des Anwenders als auch des Entwicklungsunternehmens.

Der Prozeß der Softwareentwicklung ist nicht nur ein Prozeß zunehmender Verfeinerung der Zielvorgaben, sondern gleichzeitig auch der Reduzierung ihrer Abstraktheit. Versuche, diese Abstraktheit nicht kontinuierlich, sondern sozusagen sprunghaft zu reduzieren, etwa durch die Diskussion sehr konkreter Gestaltungsfragen auf der Ebene von Einzelanwendungen - zB den Aufbau einzelner Masken, erhöhen eher das Krisenpotential. Die grundsätzlichen Prämissen und Implikationen des isolierten Gestaltungsproblems werden dann nicht angesprochen - und damit nicht die notwendige Klärung der Zusammenhänge und Voraussetzungen. Unklarheiten und ungelöste Widersprüche werden so unter Umständen über mehrere Entwicklungsschritte fortgeschleppt, bis sich irgendwann ihre Klärung aufdrängt, häufig erst bei der Konfrontation mit dem fertigen "Produkt".

Auch bei richtiger Vorgangsweise werden damit nicht alle Probleme gelöst. Schließlich ist Softwareentwicklung ein inkrementeller Prozeß. Aber es ist damit zumindest eine gute Grundlage für den Projekterfolg geschaffen oder aber frühzeitig, und damit rechtzeitig zur Abwendung einer Hauptkrise, eine Krise provoziert:

In eine Krise geraten Projekte vor allem ja dann, wenn deutlich wird, daß ein vorgegebener Termin oder Budgetrahmen nicht eingehalten werden kann. Wenn sich im Projektverlauf allmählich und zunächst nicht in Frage gestellte Abweichungen gegenüber dem vorgegebenen Zeit- und Kostenrahmen oder auch eher nur diffus bestehende Erwartungen aufgebaut haben, kommt es zu einer Auseinandersetzung über diese und deren Ursachen, die dann meist zu einer Neudefinition der Terminvorgaben, des Projektvolumens oder des Leistungsumfangs, wenn nicht gar zu einem Abbruch des Projekts führen.

In der Praxis hat sich auch das Modell des definierten Abbruchpunktes bewährt: Der Vertrag wird zwar von vornherein über alle Erstellungsphasen geschlossen. Es wird aber das Entgelt zunächst nur für die Spezifikationsphase vereinbart. Über die endgültige Spezifikation die Vertragspartner und über das Entgelt für die folgenden Entwurfs- und Realisierungsphasen müssen sich noch einigen. Ist dies nicht möglich, endet der Vertrag.

2.2.4 Art der Erstellung der Spezifikation

Unabhängig davon, ob die Erstellung der Spezifikation als eigener Auftrag oder als erster Teil eines Gesamtauftrags vergeben wird, sollte festgelegt werden, in welcher Weise der Anwender dabei mitwirkt.

2.2.4.1 Erstellung durch beide Seiten gemeinsam erstellen:

Die kann in einem Vertrag mit definiertem Abbruchpunkt folgendermaßen formuliert werden:

"Der Anwender und der Lieferant werden gemeinsam die Aufgabenstellung konkretisieren und eine Spezifikation erstellen. Der Lieferant formuliert und erstellt diese formell. Der Anwender hat innerhalb von __Tagen nach Erhalt zur Spezifikation Stellung zu nehmen. Die genehmigte Spezifikation ist Grundlage für die Realisierung."

Für kompetente Anwender liegt der Vorteil dieser Vorgangsweise darin, daß sie die Lösung der Grundfragen maßgeblich mitgestalten können. Es sollte geregelt werden,

- daß der Lieferant während der Konkretisierung sofort geltend machen muß, wenn seiner Meinung nach die Vorstellungen des Anwenders über den mit dem Festpreis entgoltenen Leistungsumfang hinausgehend. Es sollte vereinbart werden, daß der Anwender dann umgehend entscheidet, in welcher Weise/in welchem Umfang konkretisiert werden soll;
- welches Entgelt der Lieferant im Falle des Abbruchs der gemeinsamen Arbeit erhält.

2.2.4.2 Erstellung durch den Lieferanten dies in seiner Verantwortung als Werkunternehmer mit Unterstützung durch den Anwender.

Das kann in einem Vertrag mit definiertem Abbruchpunkt folgendermaßen formuliert werden:

"Der Lieferant wird mit Unterstützung des Anwenders die Aufgabenstellung konkretisieren, eine entsprechende Spezifikation ausarbeiten und diese dem Anwender zur Genehmigung vorlegen. Der Anwender hat innerhalb von __Tagen zur Spezifikation Stellung zu nehmen. Die genehmigte Spezifikation ist die Grundlage für die Realisierung."

Es sollte geregelt werden,

- in welchem Umfang der Lieferant die Konkretisierung mit dem Anwender abstimmen muß
- wie Leistungsänderungen/-erweiterungen behandelt werden (ähnlich wie bei gemeinsamer Konkretisierung)
- daß der Lieferant die Spezifikation zur (fachlichen) Genehmigung vorzulegen hat.

2.2.5 Vorgaben zur Erstellung der Spezifikation

Damit das angestrebte Ergebnis erreicht wird, sollte Folgendes geregelt werden:

- daß der Lieferant bei der Entwicklung, Dokumentation und Qualitätssicherung bestimmte Richtlinien zu befolgen hat. Damit können sich einige der folgenden Punkte erledigen;
- wie die Instanzen des Anwenders, insbesondere die Benutzer, beteiligt werden;
- wie die Spezifikation für die Benutzer verständlich abgefaßt werden kann, so daß diese sie prüfen können;
- daß der Lieferant darstellen soll, inwieweit die Spezifikation von der ursprünglichen Aufgabenstellung abweichen. Der Anwender soll wissen, auf was er verzichtet bzw soll der Lieferant wissen, was er ersatzweise zusätzlich leisten will. Möglichst sollte die Gliederung der Spezifikation der Gliederung der Aufgabenstellung entsprechen, da dies die Kontrolle wesentlich erleichtert;
- wie detailliert die Spezifikation sein soll. An und für sich soll sie endgültig detailliert sein. Wenige Anwender arbeiten mit einer Mustervorgabe, welche die Konkretisierung einer beispielhaften Aufgabenstellung punktuell darstellt, so daß es einen ansatzweisen Maßstab gibt.

Bei komplexen Entwicklungen ist es sinnvoll, zunächst eine mittelfeine Spezifikation der Aufgabenstellung insgesamt vor einer endgültigen Konkretisierung der einzelnen Teile zu machen.

Da es unsicher ist, wie eine nicht endgültige Konkretisierung nach Genehmigung der Spezifikation fortzusetzen ist, sollte Folgendes vereinbart werden:

"Soweit eine Detaillierung der Spezifikation auch nach ihrer Genehmigung wegen erkennbar nicht endgültiger Konkretisierung erforderlich ist, darf der Anwender davon ausgehen, daß die Fortsetzung entsprechend seinen Wünschen vorgenommen wird."

- daß der Lieferant DV-technische Festlegungen, die der Anwender genehmigen soll, gesondert darstellt.

2.2.6 Inhalt der Funktionsspezifikation

Die Funktionsspezifikation soll enthalten

- eine Beschreibung der Hardware-Umgebung
- eine Beschreibung der Software-Umgebung (Spezifikationen des Betriebssystems, Programmiersprache etc.)
- Angaben betreffend die interne Organisation, Ausführungsgeschwindigkeit, Möglichkeiten für Verbesserungen und Änderungen, Möglichkeiten der Fehlererkennung und Behebung etc.
- Programmier- und Dokumentations-Standards (Details betreffend Inhalt der Dokumentation und deren Umfang, Natur und Ausmaß der Kodierung)

2.2.7 Phasenbildung und Änderungswünsche

Änderungswünsche sollten strikt gemäß der vereinbarten Phasenbildung erfüllt, der Änderungswunsch also zuerst in das Dokument eingearbeitet werden, das die höchste Ebene berührt. Erst dann ist die Änderung in die anderen, bereits erstellten Dokumente einzuarbeiten. Alle Dokumente sind also fortzuschreiben; Insoweit der Anwender zur Mitwirkung für die Verabschiedung eines Dokuments verpflichtet ist, gilt dies auch für die Fortschreibung.

2.2.8 Klärung der Lieferpositionen

Der Anwender soll klären, welche Programme und Dokumentation er bekommt und in welcher Form. Die meisten Punkte werden durch die Entwicklungs- und Dokumentationsrichtlinien geregelt:

- Programme (Source Code)
 - Quellprogramme
 - Übersetzungsanweisungen
 - Entwicklungswerkzeuge ("tools")
- Dokumentation
 - Benutzer(Anwender-)dokumentation
 - Entwicklungsdokumentation, zB die Testdokumentation
 - systemtechnische Dokumentation für die Pflege/Wartung

2.3 Festlegung der Leistungsmodalitäten

Im Zusammenhang mit den Leistungsmodalitäten sind vor allem die Analyse der Ausgangssituation und die Modalitäten der Abnahme genau zu regeln. Dabei ist Folgendes zu beachten:

2.3.1 Qualitätssicherung

2.3.1.1 Definition und Begriff der Qualität

Qualität ist in DIN 55350 Teil II relativ definiert als "Gesamtheit von Eigenschaften und Merkmalen eines Produktes oder einer Tätigkeit, die sich auf

die Eignung zur Erfüllung gegebener Erfordernisse beziehen." Dabei hat nicht nur jeder einzelne Anwender seine spezifischen Anforderungen, sondern innerhalb seiner Organisation jeder Funktionsträger (Benutzer) gerade ihn betreffende Anforderungen, die mit denen anderer Funktionsträger in Konflikt stehen können: Der Benutzer, der in seiner Arbeit unterstützt werden will/soll, verlangt insbesondere Funktionsabdeckung und (Software-)Ergonomie; die DV-Systemabteilung verlangt insbesondere Effizienz; die Anwendungsprogrammierung, wenn sie die Pflege der Software übernehmen soll, verlangt insbesondere Pflegbarkeit der Programme; die interne Revision verlangt die Erfüllung der Grundsätze ordnungsgemäßer Datenverarbeitung; die Unternehmensleitung, die über eine Investition entscheidet, verlangt Wirtschaftlichkeit, dh möglichst geringe Kosten.

Qualitätsmerkmale können in fast beliebiger Zahl definiert werden. Hier ist folgende Einteilung hilfreich:

- Funktionalität
- benutzerbezogene Qualität
- Leistungsverhalten
- sonstige DV-technische Qualität

2.3.1.2 Qualitätssicherung bei der Softwareentwicklung

Qualitätssicherung hat zwei Aspekte: Der zeitlich nachfolgende betrifft die Qualitätssicherung im herkömmlichen Sinn als Prüfung der Einhaltung der Qualität bei der Fertigung. Bei der Softwareentwicklung steht der erste Aspekt im Vordergrund: Qualität muß in das Produkt hineinentwickelt werden. Dies geschieht durch Auswahl der richtigen Methoden zur Vorgehensweise und zur Gestaltung und durch Verwendung der erforderlichen und geeigneten Werkzeuge und Bausteine. Die wichtigste Maßnahme ist die in Pkt __ dargestellte Phasenbildung.

Zur Qualitätssicherung gehören auch korrigierende Maßnahmen: Die Qualitätsprüfung muß laufend und verstärkt am Ende einer jeden Phase erfolgen

(fehlererdeckende Maßnahmen). Die Phasenbildung erhöht die Kontrollierbarkeit.

Zur Sicherung der geforderten Qualität ist insbesondere die institutionalisierte Beteiligung der Benutzer nötig, damit eine Instanz vorhanden ist, welche die Aspekte "Benutzerfreundlichkeit" und "organisatorische Einbettung" ausreichend vertritt und die Zielkonflikte innerhalb der Funktionsträger frühzeitig aufdeckt und mitlöst.

Nicht nur deswegen, sondern auch aus anderen Gründen sollte sich der Anwender an der Prüfung beteiligen, unabhängig von der rechtlichen Gestaltung seiner Beteiligung, denn bei der Abnahmeprüfung ist nicht mehr viel korrigierbar:

- Die Aufgabe der Qualitätssicherung ist am Ende oft gar nicht mehr überschaubar und handhabbar.
- Die Kosten für Änderungen steigen; uU sind Maßnahmen, welche die Qualität gemindert haben, gar nicht mehr revidierbar.
- Was nicht genau beurteilbar ist, kann überhaupt nur im Laufe der Softwareentwicklung beeinflusst werden. Einiges ist kaum beurteilbar: Über Bedienungsfreundlichkeit kann man viel streiten. Wenn die Software im Interesse der Pflegbarkeit flexibel gestaltet werden soll, so ist es weitgehend eine Frage des Fingerspitzengefühls, an welchen Stellen Änderungen zu erwarten sind und in welche Richtung diese voraussichtlich gehen werden.
- Der Zeitdruck steht oft der Forderung entgegen, vom Lieferanten notwendige und noch mögliche Maßnahmen zur Erhöhung der Qualität zu verlangen.

2.3.1.3 Vereinbarungen zur Qualitätssicherung

2.3.1.3.1 Zur Entwicklung

Zur Entwicklung sollten vereinbart werden:

- die Phasenbildung
- die gewünschten Qualitätsmerkmale mit Gewichtung. Der Lieferant sollte aufgefordert werden, in seinem Angebot den Mehraufwand für die Realisierung der gewünschten Qualität im Vergleich zu einer einfacheren Version der Software anzugeben
- Entwicklungs- und Dokumentationsrichtlinien und die zu verwendenden Werkzeuge und Bausteine, sowie der sich bereits aus dem Phasenkonzept ergebende Grundsatz, daß die Dokumentation nicht am Ende, sondern parallel zu erstellen ist, sollte in den Dokumentationsrichtlinien wiederholt werden
- die Pflicht des Lieferanten zur Überprüfung der Aufgabenstellung am Anfang
- die Beteiligung der Benutzer an der Spezifikation (innerhalb deren gegebenenfalls gemeinsamer - Erstellung)
- die - frühzeitige - Vorlage einer für die Benutzer verständlichen Spezifikation
- die Vorführung der Maskenentwürfe (falls nicht schon Teil der Spezifikation) oder sogar weitergehendes Prototyping
- die frühzeitige Vorlage der Benutzerdokumentation
- die Überprüfung der weiteren Zwischenergebnisse, möglichst unter Einbeziehung der Benutzer, denn zum Zeitpunkt der Abnahmeprüfung ist wie - oben dargestellt - aus Sachzwängen meist nicht mehr viel korrigierbar.

Zu bedenken ist auch, daß das, was nicht genau beurteilbar ist, nicht Gegenstand der Abnahmeprüfung sein, sondern im Laufe der Softwareentwicklung beeinflußt werden sollte. Das gilt insbesondere für die benutzerbezogene und die DV-technische Qualität, wie Bedienungsfreundlichkeit oder Pfl egbarkeit. Es gibt erhebliche Beurteilungsspielräume, welche Maßnahmen

der Bedienungsfreundlichkeit oder der Pflegbarkeit dienen. Der Anwender kann nur während der Erstellung ausreichend Einfluß darauf nehmen.

Daher ist zu vereinbaren:

- das Testen von einigermaßen ausgetesteten Teilen der Software durch den Anwender. Der Lieferant sollte verpflichtet werden, dabei zu helfen.
- der Umfang der Testdaten, die der Lieferant zu erstellen hat. Es gibt verschiedene Ansätze, zB
 - daß mindestens alle Funktionen einmal durch Testdaten ausgelöst worden sein müssen
 - daß alle Einzelbefehle mindestens einmal angesprochen worden sein müssen.

Es gibt verschiedene Testwerkzeuge, dies zu prüfen.

- Umfang der Testdaten, die der Anwender zu erstellen hat (wann/für welche Tests?), zB mit der Vorgabe:
 - 1/3 normale Fälle
 - 1/3 Sonderfälle
 - 1/3 fehlerhafte Fälle

Der Anwender soll auch Testdaten zur Verfügung stellen,

- damit der Lieferant prüfen kann, ob er die Vorgaben richtig verstanden hat
- weil Mitarbeiter des Lieferanten Gefahr läuft, ihre Denkfehler bei der Softwareentwicklung bei der Erarbeitung von Testdaten zu wiederholen. Das Risiko wird gemindert, wenn der Lieferant eine getrennte QS-Instanz hat.
- die Lieferung einer Testdokumentation oder zumindest der durchgeführten Testmaßnahmen

- daß der Anwender die Leistungsfähigkeit der vom Lieferanten eingesetzten Mitarbeiter überprüfen kann. Der Anwender sollte sich das Recht vorbehalten, einen Mitarbeiter innerhalb einer bestimmten Frist nach Aufnahme der Tätigkeit mit oder ohne Angaben von Gründen abzulehnen oder sogar noch später dessen Austausch verlangen zu können. Eine solche Regelung macht auch bei einem Werkvertrag Sinn
- bei großen Projekten die Beteiligung von Mitarbeitern des Anwenders im Team des Lieferanten, um laufend Wissen übertragen und Zwischenergebnisse kontrollieren zu können

2.3.1.3.2 betreffend die Beurteilbarkeit von Anforderungen

Um Interpretationsspielräume zu verringern, sind Anforderungen möglichst so zu definieren, daß sie bei der Abnahme als meßbare Größen geprüft werden können. Die Forderung nach einer "zufriedenstellenden" Antwortzeit ist dazu nicht geeignet. Bei einer Quantifizierung, sollte man sich auch Gedanken über die Konsequenzen der Nicht-Erreichung des Ziels. Beispielsweise können vereinbart werden:

- k.o.-Kriterien, wenn eine minimale Leistung nicht erbracht wird
- der versuchsweise Einsatz mit Verbesserung, wenn eine minimale Leistung erbracht wird, aber die vereinbarte Leistung noch nicht erreicht ist
- der volle Einsatz, wenn die vereinbarte Leistung voll erreicht (oder sogar überschritten) wird.

Die Forderung nach "zufriedenstellender" Antwortzeit kann zB so konkretisiert werden:

"Wird bei 80 % der Transaktionen bei einer Transaktionsrate von bis zu X Transaktionen pro Stunde auf einem reinen Online-System eine Antwortzeit von 2 Sekunden oder darunter erzielt, ist die Antwortzeit zufriedenstellend.

Liegt der Wert bei 3 Sekunden, wird das System grundsätzlich abgenommen, ist jedoch innerhalb von X Tagen/Wochen/Monaten auf 2 Sekunden zu verbessern.

Wird der Wert von 3 Sekunden nicht erreicht, wird das System vorerst nicht eingeführt.

Im Abnahmetest gelten Werte als erreicht, wenn bei Simulation jeweils X % der vorgegebenen Grenz-Zeitwerde eingehalten werden."

2.4 Berücksichtigung der urheberrechtlichen Seite - wem stehen die Rechte an der Software zu? - Sicherung der erforderlichen Nutzungsrechte

2.4.1 Rechtslage

Im Hinblick auf den wahrscheinlichen Urheberrechtsschutz der Software ist auch die immaterialgüterrechtliche Seite gebührend zu berücksichtigen. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, daß auch der Werkvertrag nach Art eines Lizenzvertrages ausgestaltet wird, wobei dem Besteller dann je nach Gestaltung des Vertrages ein ausschließliches oder nicht-ausschließliches (nicht übertragbares) Recht (Werknutzungsbewilligung bzw. Werknutzungsrecht) zur Verwertung der Software eingeräumt wird. Vor allem dann, wenn der Source-Code nicht zur Verfügung gestellt wird, wird im Zweifel (mangels ausdrücklicher Regelung) ein nicht-ausschließliches Verwertungsrecht des Bestellers anzunehmen sein.

Wird insoweit nichts geregelt, stehen die urheberrechtlichen Nutzungsrechte dem Anwender insoweit zu, als er sie nach dem Vertragszweck benötigt. Weitergehende Rechte können sich daraus ergeben, daß der Anwender eine solche Vorlage liefert, daß die Arbeit des Lieferanten als unselbständige Bearbeitung dieser Vorlage erscheint und damit dem Anwender die urheberrechtlichen Nutzungsrechte weitestgehend zustehen sollen.

Wird die Verteilung der Nutzungsrechte im Vertrag nicht geregelt, gilt die Zweckübertragungstheorie. Diese stellt zur Bestimmung, in welchem Umfang Nutzungsrechte übertragen werden, auf die Regelungen im Vertrag ab, die sich auf die Zielsetzung der Softwareerstellung beziehen. Diese wird oft sehr konkret und damit aus urheberrechtlicher Sicht eingeschränkt geregelt, zB in der Form, daß die Software bestimmte Aufgaben in einer bestimmten Betriebsstätte unterstützen soll. Damit wird der Umfang der zu übertragenden Nutzungsrechte entsprechend eng festgelegt.

2.4.2 Vertragliche Regelung

Um die aus einer unklaren oder sogar fehlenden Vertragsregelung resultierenden Probleme zu vermeiden, sollte der Umfang der Nutzungsrechte unabhängig von der Zielsetzung klar geregelt werden, also

- ob nur der Besteller die Software verwerten darf oder auch der Lieferant der Software oder beide gemeinsam
- der Umfang der Nutzungsberechtigung (zB Verwendung der Software nur auf einer Anlage, sonstige sachliche oder örtliche Beschränkungen)
- der Anwender die Software nur für eigene Zwecke oder auch für Zwecke der zur Unternehmensgruppe gehörenden Gesellschaften beliebig nutzen.

Andererseits dürfte es im Normalfall zu weit gehen, daß der Anwender die Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte verlangt. Schließlich liegt ihm selbst daran, daß der Lieferant möglichst viele Vorarbeiten - kostengünstig - einbringt.

Sinnvoll sind auch Vereinbarungen betreffend Kennzeichnungen, Copyright-Vermerke.

Als Grundregel sollte gelten, daß der Besteller, der den gesamten Aufwand trägt, auch die entsprechenden, also ausschließlichen Verwertungsrechte erhalten soll. Tragen beide Teile jedoch mehr oder weniger gleichwertig zur Problemlösung bei oder deckt das vom Auftraggeber zu zahlende Entgelt nicht den gesamten Aufwand des Auftragnehmers, wird eine Verwertungsbefugnis beider Teile sachgerecht sein.

2.4.3 Grenzen des Urheberrechts und Know-how-Schutz

Das Urheberrecht schützt nur die Ausdrucksform der Software, nicht den Inhalt, schützt also nur vor deren anderweitigen Verwendung. Treu und Glauben können den Lieferanten daneben zum Schutz des speziellen fachlichen Know-how verpflichten, das er beim Anwender kennengelernt hat und für eine angemessene Zeit nicht anderweitig verwerten darf.

Der Anwender kann auch ganz andere schützenswerte Interessen haben: Die Software braucht gar kein spezielles Know-how zu enthalten. Der Anwender kann aber mit der Software einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Konkurrenten anstreben, etwa daß er seine Kunden kostengünstiger oder schneller als jene bedienen kann.

Der Anwender sollte daher allenfalls den Umständen entsprechend ergänzende Regelungen verlangen,

- inwieweit der Lieferant die Investition des Anwenders zu schützen hat, dh während einer bestimmten Zeit für dessen Konkurrenten keine ähnliche Software erstellen und ihnen nicht eine Lösung für die betroffene Aufgabe als Standardprogramm anbieten darf
- inwieweit und wie lange der Lieferant durch den Auftrag gewonnenes Know-how geheim zu halten hat
- die Verletzungen dieser Verpflichtungen mit einer Vertragsstrafe sanktionieren.

2.5 Preis und Zahlung

Die Hauptpflicht des Bestellers besteht in der Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts. Die am wenigsten zu empfehlende Preisgestaltung erfolgt nach Aufwand (Zeit und - bei der Softwareerstellung wenig relevant - Material), da bei individuell erstellter Software das Risiko, daß die Fertigstellung länger als erwartet oder vorgesehen dauern wird, sehr groß ist. Es ist daher bei dieser Preisgestaltung jedenfalls ein oberstes Limit festzusetzen. Aus der Sicht des Bestellers ist jedenfalls eine Pauschalpreisvereinbarung vorzuziehen und als den Interessen beider Teile angemessen Rechnung tragend eine Bezahlung nach "Milestones" zu empfehlen.

2.6 Personal und Projekt-Management

Auch unter anderem folgendes sollte daher ausdrücklich geregelt werden

- die Anforderungen an die fachliche Qualifikation des Personals

- die Beistellung einer Kontaktperson auf beiden Seiten
- klare Informationsmodalitäten, insbesondere bei Verspätungen, Schwierigkeiten, Kostenüberschreitungen
- Fragen des Lieferanten sind vom Besteller sofort zu beantworten
- Arbeit in geordneten Phasen
- Stufenbesprechungen (Besprechungen über den Entwicklungsstand)
- Bedeutung der Genehmigung von Zwischenergebnissen (Abnahme oder nur "grünes Licht" für Weiterarbeit)
- ein Verfahren für Projektänderungen
- Teilnahme- und Durchführungsmodalitäten für den Abnahmetest
- Modalitäten für den Zugang des Erstellers zu den Räumlichkeiten, unter Umständen zur Datenverarbeitungsanlage des Bestellers

2.7 Nachforderungen des Lieferanten/Change-Request-Verfahren

2.7.1 Geltendmachung von Nachforderungen

Nachforderungen kommen insbesondere wegen Änderungs- und Zusatzwünschen des Anwenders und wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflichten in Betracht. Die Rechtslage ist im Einzelfall ziemlich unsicher und die Beweislast für den Lieferanten schwierig zu erfüllen.

Für beide Fälle sollte - im Interesse beider Seiten - vorgesehen werden, daß der Lieferant Nachforderungen unverzüglich zu stellen, der Anwender sie aber auch unverzüglich zurückzuweisen hat, wenn er mit ihnen nicht einverstanden ist.

Vorweg ist jedoch zu beachten, daß der Anwender Änderungen und zusätzliche Leistungen nicht "verlangen" kann, da diese auf eine die Zustimmung des Lieferanten erforderliche Vertragsänderung hinauslaufen.

Will der Anwender die Aufgabenstellung ändern, ist der Lieferant höchstens verpflichtet, dem zuzustimmen, soweit dies für ihn zumutbar ist. Soweit sich die Realisierung eines Änderungswunsches auf den Vertrag auswirkt, kann der Lieferant sonst eine angemessene Anpassung des Vertrags, insbesondere die Erhöhung des Entgelts und/oder die Verschiebung von Terminen verlangen. Vereinbarungen über Änderungen und deren Auswirkungen auf

den Vertrag bedürfen der Schriftform. Was dabei zu berücksichtigen ist, wird unten in Pkt 2.8.2 dargestellt.

Soweit vom Lieferanten nicht zu vertretende Ursache die Termineinhaltung beeinträchtigen, kann er eine angemessene Verschiebung der Termine verlangen. Erhöht sich der Aufwand und liegt die Ursache im Verantwortungsbereich des Anwenders, kann der Lieferant auch die Vergütung seines Mehraufwands verlangen.

Der Lieferant sollte Forderungen unverzüglich geltend machen und der Anwender unverzüglich widersprechen, wenn er mit diese nicht einverstanden ist.

2.7.2 Change-Request-Verfahren

Bei einem Change-Request Verfahren geht es darum, die beiden Aspekte

- Änderungsverlangen im weitesten Sinne, also auch Wünsche des Lieferanten zur Änderung der Vorgaben, und
- vertragliche Auswirkungen

in einem formalisierten Verfahren zu regeln, welches sicherstellt, daß Änderungen gemäß diesem Verfahren kontrolliert durchgeführt werden. Der Änderungsvorschlag ("change request" - "CR") kann bzw soll beinhalten.

- die Projektnummer, Nummer des CR-Antrags, Datum und Antragsteller
- die Beschreibung der Änderung auf der Ebene des Phasenkonzepts, auf der die Änderung relevant wird, möglichst auch schon auf den weiteren Ebenen, die bisher bereits bearbeitet worden sind
- eine Begründung
- den für die Entscheidung gewünschten Termin
- den für die Realisierung gewünschten Termin

Dieser ist zu ergänzen durch

- eine technische Beurteilung und Stellungnahme der betroffenen Funktionsträger
- Angaben über Auswirkungen auf das Projekt (Ablauf/Ergebnisse)
- die Kosten und Termine
- eine Abwägung der Kosten und Nutzen

Die Entscheidung kann insbesondere enthalten:

- eine endgültige Spezifikation
- Angaben zur notwendigen Überarbeitung von Folgedokumenten
- vertragliche Vereinbarungen, insbesondere betreffend Kosten und Termine

2.8 Abnahme

Die Abnahmeprüfung ist angesichts der empfohlenen Maßnahmen zur Qualitätssicherung nur der letzte Schritt der Prüfung der vertragsgemäßen Erfüllung der Leistung, aber vertraglich gesehen der wichtigste. Eine vollständige Prüfung ist praktisch kaum möglich. Dementsprechend wird häufig auf eine Abnahmespezifikation abgestellt. Diese soll nicht nur ein Hilfsmittel für den Anwender sein, wie er die Abnahmeprüfung durchführen kann, sondern auch Abnahmekriterien enthalten. Wenn diese erfüllt sind, gilt die Software als vertragsgemäß erstellt und ist abzunehmen. Der Lieferant hat ein besonderes Interesse daran, an der Abnahmeprüfung beteiligt zu sein, nicht zuletzt deshalb, damit der Anwender bald zu einem Ende der Prüfung kommt.

Die Abnahmespezifikation kann bereits als Teil der Spezifikation der Aufgabenstellung erarbeitet werden. Sie kann mit jedem Zwischendokument bei der Programmerstellung (zB mit dem DV-technischen Entwurf) verfeinert bzw. ergänzt werden.

Zur Erleichterung der Abnahme sollte der Lieferant verpflichtet werden zur

- Erstellung einer Abnahmespezifikation als Hilfsmittel für die Abnahmeprüfung
- Lieferung einer Testdokumentation
- Demonstration der Betriebsbereitschaft der Software, was auch die erste Phase der Abnahmeprüfung sein kann
- Beteiligung an der eigenen Prüfung durch den Anwender

Für den Abnahmetest sind zu regeln

- Beginn und Dauer
- eine Verlängerung bei Störung der Prüfung durch Fehler, zB um die Zahl der Tage, an denen die Abnahmeprüfung ab Fehlermeldung nicht sinnvoll fortgeführt werden konnte
- welcher Zustand an Stabilität der Software für die Abnahme erreicht sein muß. Dafür sollte ein Abnahmekriterium vereinbart werden. Dies kann insbesondere folgendermaßen geregelt werden, wobei Fehlerklassen definiert werden:
 - Wieviele Fehler treten in den verschiedenen Klassen auf? Wird eine vereinbarte Obergrenze überschritten, wird die Abnahmeprüfung nach Beseitigung (fast) aller Fehler wiederholt; oder:
 - Wieviele Fehler in den verschiedenen Klassen müssen (trotz laufender Fehlerbeseitigung) noch nicht beseitigt zu sein?
 - Hat der Lieferant die Software ausreichend getestet? Oder liegt "Bananensoftware" vor, die "grün" geliefert wird und beim Kunden "reift", weil dieser notgedrungen intensiv testet, um die Stabilität (mit) zu erhöhen? Der Anwender kann sich diesen Aufwand erstatten lassen: Der Lieferant zahlt Vertragsstrafe für jeden Fehler in der Istbeschaffenheit, den er durch besseres Testen hätte verhindern können;

allerdings wird eine akzeptable Menge an Fehlern je Fehlerklasse davon ausgenommen.

2.9 Leistungsstörungen

Für folgende Leistungsstörungen ist bei der Vertragsgestaltung folgendes zu berücksichtigen:

2.9.1 Verzug

Für den Verzug des Lieferanten, insbesondere zB bei Vereinbarung eines "Fixtermines" sind Vertragsstrafen (Pönnen), möglichst schon bei Verzug mit der Fertigstellung einzelner vereinbarter Phasen, zu vereinbaren.

Für den Zahlungsverzug des Anwenders Verzugszinsen und bei Verzug des Anwenders mit der Abnahme eine fingierte Abnahme zu vereinbaren.

2.9.2 Gewährleistung

Besonders detailliert muß die Gewährleistung geregelt werden: Es ist klar zu definieren, was als unter die Gewährleistung fallender Mangel zu verstehen ist - oft liegt dem Nichtfunktionieren von Software ja auch fehlerhafte oder eine nicht (ausreichend) geeignete Hardwarekonfiguration zugrunde. Die Modalitäten über die Behebung von Mängeln sollten schon im Vertrag geregelt sein.

2.9.3 Schadenersatz

Im Zusammenhang mit dem Verzug und auch dem Auftreten von Mängeln ist eine klare Regelung betreffend Schadenersatzansprüche des Anwenders vorzusehen, insbesondere was Mangelfolgeschäden betrifft, da sich hier für den Lieferanten unabsehbare Haftungsfolgen ergeben können. Eine Pauschalierung oder andere Begrenzung von Schadenersatzforderungen und ein Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist üblich.

2.10 Koppelung von Hardware und Individualsoftware

2.10.1 Beschaffung von einem Lieferanten

Wie bei der Beschaffung von Standardsoftware kann der Anwender auch bei der von Individualsoftware an einer gleichzeitigen Beschaffung von Hardware vom selben Lieferanten Interesse haben und beides zu "koppeln". Das Interesse an der Koppelung wird dadurch aber häufig verringert, daß im Falle des Scheiterns des ersten Lieferanten ein anderer in der Lage ist, die Software auf der gelieferten Hardware einsetzbar fertigzustellen bzw solche Software neu zu erstellen. Liegt der Grund für die Vertragslösung in der Hardware, kann ohnehin der Vertrag für Hard- und Software aufgelöst werden.

Die Koppelung führt insbesondere dazu, daß die Hardware bei entsprechend sinnvoller Vertragsgestaltung nicht bereits mit der Lieferung (geschweige denn mit der Lieferung vom Vorlieferanten selbst für die Softwareentwicklung) zu bezahlen ist, sondern erst nach Fertigstellung der Software und Abnahme nach einem erfolgreichen Test des Gesamtsystems. In der Praxis wird der Anwender aber vor allem wegen Liquiditätsproblemen und auch wegen des Sicherheitsinteresses der Lieferanten nicht um Teilzahlungen herumkommen. Diese Konsequenz muß eventuell wegen Liquiditätsproblemen des Lieferanten teilweise rückgängig gemacht werden.

2.10.2 Koppelung bei mehreren Lieferanten

Erstellt ein Lieferant die Individualsoftware und liefert ein zweiter die Hardware, wird das Interesse an einer Koppelung, die in diesem Fall ohnedies nur schwer zu vereinbaren sein wird, noch geringer sein, da die Hardware in diesem Fall meist als solche für die Entwicklung und für den Einsatz der Individualsoftware tauglich sein wird und daher bei einem Wechsel des Lieferanten für die Individualsoftware weiterhin verwendet werden kann. Da der Lieferant der Hardware in der Regel mit der Softwareerstellung nichts zu tun haben möchte, kann nur beschränkt angenommen werden, daß die beiden Verträge ein Gesamtrechtsgeschäft bilden. Die Koppelung sollte also bei Bedarf ausdrücklich vereinbart werden.

In der Praxis kommen hier Konsortien eher vor als bei Projekten auf der Basis von Standardsoftware.

Eine gewisse sachliche Absicherung schaffen Projektführungsverträge, bei denen der eine Lieferant die Koordinierung der Projektabwicklung für alle Lieferanten gegenüber dem Anwender übernimmt. Insofern liegt funktional, aber nicht rechtlich ein Konsortium vor.

2.11 Pflege von Individualprogrammen

Die Sicherstellung der Pflege von Individualsoftware ist in der Praxis weniger bedeutend, da hier die Anwender Software oft selbst pflegen.

2.11.1 Absicherung der Eigenpflege

Will der Anwender die Software selbst pflegen, muß er den Lieferanten verpflichten, nicht nur den Source Code und die Entwicklungs- und Wartungsdokumentation zu liefern - andernfalls kann zweifelhaft sein, ob diese zum geschuldeten Leistungsumfang gehören - sondern auch die Entwicklungswerkzeuge, welche für die Pflege notwendig oder jedenfalls eine wesentliche Hilfe sind, außer der Anwender kann sich diese selbst auf dem Markt beschaffen.

Der Anwender sollte den Lieferanten auch verpflichten, Mitarbeiter des Anwenders in die Systematik der Software einzuarbeiten. Bei großen Projekten geschieht dies manchmal in der Weise, daß von vornherein Mitarbeiter des Anwenders im Realisierungsteam mitarbeiten um die Software kennenzulernen, nicht um die Kosten zu verringern.

2.11.2 Absicherung der Pflege durch den Lieferanten

Soll der Lieferant die Pflege übernehmen, ist vertraglich sicherstellen, daß der Lieferant ihm Rahmen der Pflege verpflichtet ist

- zur Fehlerbeseitigung
- zur Weiterentwicklung auf der Grundlage von Einzelaufträgen, für die Vertragsbedingungen bereits vereinbart werden sollten. Insbesondere kann eine maximale, vom Umfang des Auftrags abhängige Lieferzeit vereinbart werden.

- zum Einsatz von geeignetem Personal, dh insbesondere der Mitarbeiter, welche die Programme erstellt haben.

Im übrigen werden Pflegeverträge in Pkt 4 behandelt.

2.12 Weitere Absicherungen

Die meisten Gesichtspunkte, die bei der Beschaffung von Computer-Systemen (dh Hard- und Software) zu beachten sind, sind in abgewandelter Form auch bei Verträgen über die Software zu beachten.

Das heißt, es sind

- der Informationsprozeß zu regeln
- die Einsatzvorbereitung zu klären, die hinsichtlich die Parametrierens hier einfacher ist, soweit Bedarf besteht
- die Fehlerbeseitigung abzusichern, was hier noch wichtiger ist, weil gerade individuell erstellte Software meist fehlerhafter als Standardsoftware ist
- die Gewährleistungsfrist zu verlängern. Hier kommt es insbesondere darauf an, bei Teilabnahmen ein einheitliches Ende für die Gewährleistungsfrist zu vereinbaren
- eine Preisabdeckungsklausel vorzusehen
- Zahlungstermine an Leistungen zu knüpfen ("milestones")
- alle Zusagen schriftlich zu vereinbaren
- der eigene Sitz als Gerichtsstand oder eine Schiedsgerichtsklausel, zu vereinbaren

2.14 Zusammenfassung der Empfehlungen zur Erstellung von Software

Phasenbildung

- Phasen getrennt beauftragen oder
- Meilensteine als echte Einschnitte definieren
- Art der Beteiligung des Anwenders, insbesondere der Benutzer, an der Konkretisierung der Aufgabenstellung regeln
- Anforderungen an die endgültige Spezifikation festlegen

Qualitätsicherung

- Qualitätsmerkmale vereinbaren
- die Benutzer an der Spezifikation beteiligen (siehe oben)
- eine für die Benutzer verständliche Spezifikation erstellen lassen
- Zwischenergebnisse überprüfen
- wenn vorhanden, die eigenen Entwicklungs- und Dokumentationsrichtlinien vereinbaren
- sich selbst zur Stellung von Testdaten verpflichten
- den Umfang der Testdaten festlegen, die der Lieferant zu erstellen hat
- sich die fachliche Überprüfung der Mitarbeiter des Lieferanten vorbehalten

Sicherung der erforderlichen Nutzungsrechte

- im Hinblick auf die Weitergabe der Software
- im Hinblick auf das Know-how, das der Lieferant gewonnen hat
- im Hinblick auf den Investitionsschutz gegenüber der Konkurrenz

Verpflichtung des Lieferanten, Nachforderungen unverzüglich zu stellen, oder ein Change Request-Verfahren vereinbaren

Abnahmeregelung

- Nachweis der Betriebsbereitschaft
- Testdokumentation, Abnahmespezifikation
- Abnahmeprüfung, gegebenenfalls unter Beteiligung des Lieferanten

Koppelung von Hardware und Software

Schaffung der Grundlagen für die Pflege

Was auch bei Beschaffungsverträgen gilt

- den Informationsprozeß regeln
- die Einsatzvorbereitung klären
- die Fehlerbeseitigung absichern
- die Gewährleistungsfrist verlängern

sowie die ganz allgemeinen Empfehlungen

- Preisabdeckungsklausel
- Zahlungstermine nach Leistung
- sich alle Zusagen schriftlich geben lassen
- Gerichtsstand bei Anwender oder Schiedsgerichtsklausel

2.14 Checkliste zur Programmerstellung

Vertragsgegenstand

Vertragsbestandteile
geschuldeter Gebrauch

- Aufgabenstellung (Ausgangslage/Zielsetzung)

im Hinblick auf

- Funktionalität
- Leistungsverhalten
 - • • • • gefordertes Leistungsverhalten
(Antwortzeiten, Eriedigungszeiten)
 - • • • • Leistungsbedarf hinsichtlich Betriebsmittel (Zielanlage)
- benutzerbezogene Qualität
- sonstige DV-technische Qualität
Dokumentations- und Entwicklungsrichtlinien

Benötigte Betriebsmittel der Art nach (Zielsystem)

- Versionsstand der Systemsoftware
- Behandlung neuer Versionen der Systemsoftware

Entwicklungsumgebung

- vom Anwender vorgegebene
- vom Lieferant zu liefernde Erstellungshilfsmittel

Qualitätssicherungsplan einschließlich Testplan

- Prototyping/Vorlage Maskenentwürfe
- Vorlage Entwurf Benutzerdokumentation
- Vorlage (DV-technischer) Entwurf
- Reviews
- Testdaten des Lieferanten/Testabdeckung
- Vorlage Testdokumentation
- Austausch von Mitarbeitern des Lieferanten auf Verlangen des Anwenders

Dokumentation (soweit nicht durch Richtlinien bestimmt)

- systemtechnische Dokumentation
- Benutzerdokumentation einschl. Aspekt Organisationshandbuch
- Schulungsdokumentation

Eingebrachte Bausteine/Eingebrachte Standardsoftware

- Darstellungsform
- Dokumentation

Vorgehen

Überprüfung der Vorgaben des Anwenders

Phasenbildung

Termin- und Arbeitsplan

- Periodizität für Fortschreibung
- Beteiligung des Anwenders

Vorgehen zwecks Konkretisierung der Aufgabenstellung

Vorlage der Spezifikation

- Detaillierungsgrad
- formale Abfassung
- Angabe von Änderungen gegenüber der Aufgabenstellung laut Vertrag
- Behandlung nicht endgültig detaillierter T-eile
- DV-technische Festlegungen

Genehmigung der Spezifikation

Vorlage weiterer Zwischenergebnisse

- Behandlung durch den Anwender

Organisation der Zusammenarbeit

- Einsatz eines Projektmanagementwerkzeugs
- Projektleiter/Ansprechpartner
- Projektteam
- Projektsteuerungsausschuß (Kontrolle, Konfliktlösung)

- Protokollführung
- Projektbesprechungen
- Berichtspflicht

Behandlung von Änderungswünschen des Anwenders/Change Request-Verfahren

- Umfang des Anspruchs auf Änderungen
- Änderungsverfahren vertraglich
 - Schweigen
 - Anspruch auf Vergütung des Untersuchungsaufwands
 - Detaillierung der Änderung
 - Begründung und Gegenforderungen
- Fortschreibung von bereits verabschiedeten Dokumenten

Arbeitsort

Optimierung des Leistungsverhaltens

- vor Lieferung
- nach Lieferung
 - Funktionen
 - Effizienz (Ausrichten der Software auf die quantitativen Einsatzbedingungen, Definition der Dateiparameter, Verteilung der Dateien)
 - Benutzerbezogene Qualität, insbesondere Benutzeroberfläche

Konfigurationsmanagement

Selbständige QS-Organisation des Lieferanten

Beistellungen/Mitwirkung des Anwenders

Entwicklungssystem

- Umfang der Systeme
- Zugangszeiten (wenn bei Anwender)
- Bereitstellen und Generieren
- Laufendes Operating
- Anwenderseitige Aufgaben der Wartung/Pflege

- Einsatz weiterentwickelter Versionen
- Verfügbarkeit
- Leistungsverhalten
- Dokumentation des Entwicklungssystems

Informationen

Personelle Mitarbeit

Testen

- Testdaten
- Beteiligung am Testen

Verletzung von Mitwirkungspflichten

Mitarbeiter des Anwenders im Team des Lieferanten

Einsatzvorbereitung (Einzelheiten Checkliste Beschaffung Systeme)

Installation

Einweisung/Schulung

Organisation des Anwenders ausrichten 0 Einrichten

Datenübernahme/-erfassung

Termine

Meilensteintermine

Teillieferungen

Terminplan (siehe unter Vorgehen)

Vertragsstrafe bei Verzug

Abnahme

Demonstration der Betriebsbereitschaft

DauerderAbnahmeprüfung
Mitwirkung des Lieferanten

Inhaltliche Vereinbarungen zur Abnahmeprüfung

- Entwurf einer Abnahmespezifikation durch den Lieferanten
- Testdaten
- Zulässige Fehlerrate nach Fehlerkategorien
- Sanktion wegen zu großer Fehlerzahl (schlechtes Testen durch den Lieferanten)

BeschreibungderÄnderungenbeiLieferungeinesneuen Programmstands

Fehlerbeseitigung (gleich ob bis Abnahme oder während Gewährleistungsfrist)

Fehlermeldungen

- Adresse
- Zeiten
- Art (Schriftform, Formular, Übertragungsweise)

Schnelle Fehlerbeseitigung

- Maximale Reaktionszeit für Arbeitsbeginn nach Fehlerkategorien
- Maximale Beseitigungszeit nach Fehlerkategorien
- Folgen bei Nichteinhaltung

Installation von Korrekturmaßnahmen

- Durchführung
- Nachweis der erfolgreichen Fehlerbeseitigung
- Korrektur der systemtechnischen Dokumentation
- Korrektur der Benutzerdokumentation
- Beschreibung der Maßnahme (Angabe der Fehlerursache)
-

Entgelt

Festpreis

- durch Festpreis abgeholte Unterstützung bei der Einsatzvorbereitung einschließlich Abnahmeprüfung

Entgelt nach Aufwand

- Honorarsatz
- Reisezeiten

- Kostenvoranschlag
- Richtpreis/Zirkapreis
- Obergrenze

Unterschiedliche Entgeltformen bei Phasenbildung

Reisekosten

Nebenkosten

Entgeltsätze bei Zusatzarbeiten (wenn nicht schon bei Vergütung nach Aufwand behandelt)

Preisvorbehalt

Zahlungsbedingungen

- Termine (nach Leistung)
- Bürgschaften bei Vorauszahlungen

Eingebrachte Standardprogramme

Nutzungsrechte am Werk und Know-how-Schutz

Know-how als solches

- über den Betrieb des Anwenders
- über das Einsatzgebiet der Software
- über die DV-technische Realisierung beim Anwender
- über DV-Technik

Software

- Darstellung
- Grundlage für andere Software

Eingebrachte Bausteine

Eingebrachte Standardsoftware: Entgelt bei Mehrfachnutzung

Investitionsschutz: Verbot für den Lieferanten, ähnliche Software zu erstellen

Pflege

Pflegebereitschaft (siehe Checkliste zur Pflege durch den Lieferanten)

Eingebrachte Bausteine (im Objektcode geliefert)

Eingebrachte Standardprogramme (im Objektcode geliefert)

Erstellungs- = Pflegehilfsmittel (siehe unter Vertragsgegenstand)

Einweisung/Schulung

Sonstige Vereinbarungen

Einschaltung von Unterlieferanten

Wechsel von Mitarbeitern des Lieferanten

Kündigungsrecht durch Anwender

Gewährleistung

- Dauer der Gewährleistungsfrist, insbesondere bei Teilleistungen
- Verlängerung (Hemmung)
- Aufwandserstattung bei Vergütung nach Aufwand

Sonstiges

- Preisabdeckungsklausel
- Zahlungstermine nach Leistung

- sich alle Zusagen schriftlich geben lassen
- Gerichtsstand bei Anwender oder Schiedsgerichtsklausel

3. (LIZENZ-)VERTRÄGE ÜBER DIE ÜBERLASSUNG VON (STANDARD-) SOFTWARE AN ANWENDER

3.1 Rechtsnatur und Gegenstand

Die Einräumung von Nutzungsrechten an Standard-Software erfolgt in der Praxis meist in der Form eines Lizenz-Vertrages, das heißt also durch Einräumung eines Nutzungsrechts an einem immateriellen Gut (hier: Software), ohne daß das immaterielle Gut selbst übertragen wird. Zwar wird die Bezeichnung "Lizenzvertrag" in den entsprechenden Verträgen nicht immer verwendet - es finden sich auch Ausdrücke wie "(Programm- bzw Software-) Überlassungsvertrag", "(Programm-) Mietvertrag" etc. - doch sind die Verträge dem Inhalt nach praktisch immer als Lizenzverträge gestaltet; das heißt, daß ein Software-Unternehmen als Inhaber der (von einem Softwareentwickler unter Umständen außer Haus oder von einem angestellten Programmierer erworbenen) immateriellen Rechte an Software, insbesondere der urheberrechtlichen Verwertungsrechte, dem Anwender das Recht zu dessen Nutzung einräumt.

Gegenstand des Lizenz-Vertrags ist dabei die Software selbst und die dazugehörige Dokumentation¹. Auch Werkverträge über die (individuelle) Erstellung von Software haben ein lizenzvertragliches Element, da im Hinblick auf den (potentiellen) Urheberrechtsschutz der Software auch die immaterialgüterrechtliche Seite gebührend zu berücksichtigen ist.²

Lizenzverträge sind nach herrschender Ansicht Verträge eigener Art, die sich nicht (unmittelbar) einem der gesetzlich geregelten Vertragstypen zuordnen lassen. Die vertragliche Vereinbarung ist daher für ihren Inhalt von besonderer Bedeutung, ist doch bei diesen als im Gesetz nicht geregelte Verträge eigener Art das neben der vertraglichen Vereinbarung anwendbare und diese ergänzende Gesetzesrecht anders als zB beim Kauf oder der Miete nicht unmittelbar erkennbar. Welches Gesetzesrecht - analog - angewendet

¹) Zur Begriffsbildung vgl Wolff, Der rechtliche Schutz von Computer-Software, COMPU-TERWELT 1986, Nr.1, Seite 33.

²) Vgl dazu Wolff, Verträge über Computer-Software und deren vorteilhafte Gestaltung, 2. Teil, COMPUTERWELT 1987 Nr. 4, Seite 11.

werden kann - in Frage kommen vor allem das Kauf- und das Mietrecht -, ergibt sich aus der vertraglichen Gestaltung. Bei der Überlassung von Software gegen eine Einmalzahlung liegt es nahe, Kaufrecht (analog) anzuwenden, bei der Überlassung gegen periodische Zahlung hingegen Mietrecht.

3.2 Arten

Standard-Software wird in der Regel im Rahmen einer nicht-ausschließlichen und oft nicht-übertragbaren Lizenz zur Verfügung gestellt. Der Vertrag enthält meist eine Reihe mehr oder weniger weitgehender Beschränkungen für den Anwender. Je nach der Bedeutung und dem Preis der Software wird der Vertrag mehr oder weniger ausgefeilt sein.

Bei billigerer Software in größerer Zahlen, welche wie andere Massenprodukte "verkauft" wird, wo also kein gesonderter schriftlicher Vertrag geschlossen wird, versucht sich eine aus Amerika stammende Praxis mit sogenannten "Shrink-Wrap"- (Schutzhüllen)-Lizenzen zu helfen. Ob eine "Shrink-Wrap"-Lizenz nach österreichischem Recht wirksam zustande kommen kann, ist zweifelhaft, zumal die Texte oft noch in englischer Sprache gedruckt sind und daher Personen, die der englischen Sprache nicht (hinreichend) mächtig sind, den Text allenfalls nicht (ausreichend) verstehen werden. Insbesondere bei nicht für gewerbliche oder sonstige berufliche Zwecke verkaufter Software können derartige Lizenzen oder zumindest einzelne Bestimmungen ungültig sein, wenn ein Verstoß gegen das Konsumentenschutzgesetz vorliegt.

3.3 Benutzungsrecht

3.3.1 Allgemeines

Der Anwender hat unabhängig von der vertraglichen Gestaltung schon nach dem Urheberrecht eine relativ günstige Rechtsposition, Standardsoftware zu benutzen: Das UrhG räumt ihm das Recht zur "bestimmungsgemäßen Benutzung" ein. Einschränkungen im Benutzungsumfang, zB auf eine bestimmte Zahl an Benutzern, können die bestimmungsgemäße Benutzung eingrenzen. Die Lieferanten bemühen sich deswegen, in ihren (Standard-)Verträgen bzw Allgemeine Geschäfts-(Liefer-, Lizenz-)bedingungen ihre Interessen insbesondere durch eine einschränkende Definition der erlaubten - und damit "bestimmungsgemäßen" - Benutzung zu sichern bzw deren Um-

fang von der Höhe des Entgelts abhängig zu machen. Der Anwender sollte daher den eigenen Bedarf im Detail klären, mit dem Angebot des Lieferanten vergleichen und eine seinem Bedarf entsprechende Vereinbarung helfen.

3.3.2 Umfang des Benutzungsrechts

3.3.2.1 "Berechtigtes" System

In der Praxis werden Rechte zur Benutzung von Software (ausgenommen PC-Software) oft nur für bestimmte, durch Typ und Maschinenummer und/oder ihren Standort spezifizierte Host-Systeme eingeräumt. Der Anwender hat oft das Bedürfnis, die Software in einem weiteren Umfang zu gebrauchen. Insbesondere an folgende Fälle ist zu denken:

- die Software zeitweise auf einen anderen System eingesetzt werden, wenn die Kapazität des Host-Systems dafür nicht ausreicht?
- Darf die Software bei Ausfall des berechtigten Systems vorübergehend auf einer Ausweich-Anlage eingesetzt werden?
- Darf die Software ohne weiteres (also etwa nach einfacher schriftlicher Mitteilung) an einem neuen Installationsort eingesetzt werden?

Gegen eine zusätzliche Gebühr werden "erweiterte Lizenzen" für die erweiterte oder Mehrfach-Nutzung eingeräumt, insbesondere Lizenzen für

- alle Systeme an einem gleichen Installationsort
- alle Systeme innerhalb eines bestimmten Gebäudes
- alle miteinander über ein Netzwerk verbundenen Systeme ("Netzwerk")
- alle Systeme eines Unternehmens (unabhängig vom Aufstellungsort!)
- alle Systeme der Unternehmen eines Konzerns

Die Lizenzgebühren für eine derartige Mehrfachnutzung sind meist gestaffelt.

3.3.2.2 (Qualitativer) Wechsel der Anlage

Der Wechsel von einer vorgesehenen Anlage auf eine andere sollte nichts oder wenig kosten, wenn nicht zugleich der Benutzungsumfang vergrößert wird. Viele Standardprogramme, die auf verschiedenen Anlagen eingesetzt

werden können, werden bereits mit den Schnittstellen für die verschiedenen vorgesehenen Anlagen geliefert. Manche Lieferanten liefern die Varianten für die anderen vorgesehenen Anlagen gesondert. Der Anwender erhält in diesem Fall eine zusätzliche Schnittstelle, die bei der ersten Form der Auslieferung bereits durch das Entgelt abgedeckt ist. Er sollte also nicht mehr als einen beschränkten Aufpreis zahlen. Wie hoch dieser ist, sollte von vornherein vereinbart werden, wenn der Wechsel in Betracht kommt.

Will der Anwender die Standard-Software auf einer anderen, größeren Anlage einsetzen, muß er oft eine zusätzliche Zahlung leisten, wenn das Benutzungsrecht von der Leistungsfähigkeit der Anlage abhängt.

Ist nichts vereinbart, ist der Anwender nicht darin eingeschränkt, auf welchem (Typ von) Computer er die Software einsetzt. Der Lieferant kann das aber einschränken und seine Standardsoftware nur für bestimmte Anlagen freigeben. Das kann seine guten Gründe haben, nämlich wenn der Lieferant die Standardsoftware nur für den Einsatz auf bestimmten Computern getestet hat. Man denke an die vielen Varianten von UNIX. Will der Anwender andere Computer nutzen, muß das geregelt werden (wahrscheinlich) die Lieferung des Source Code wie zB zur Anpassung (Portierung) und/oder die Übernahme des Risikos durch den Anwender, wenn Fehler auftreten: Entweder endet der Wartungsvertrag beim Einsatz des Programms auf einer solchen Anlage oder der Lieferant ist berechtigt, die Wartung zu kündigen, sobald der Einsatz Schwierigkeiten schafft, zu Störungen führt, die der Lieferant bei Einsatz auf einer vorgesehenen Anlage nicht reproduzieren kann. Viele Lieferanten neigen dazu, die Wartung bei Einsatz auf einer nicht vorgesehenen Anlage abzulehnen; das Kündigungsrecht dürfte meist der günstigere Weg auch für die Lieferanten sein. Es kann auch klargestellt werden, daß der Lieferant bei Einsatz auf einer "fremden" Anlage bei deren inkompatibler Weiterentwicklung sein Standardprogramm nicht nachführen muß, um die Kompatibilität wieder herzustellen.

3.3.2.3 Anfänglicher Umfang des Benutzungsrechts

Die Lieferanten machen die Höhe des Entgelts vom Benutzungsumfang abhängig. Das entspricht auch den Interessen der Anwender, wenn man von Übertreibungen der Lieferanten absieht wie zB der, daß das Benutzungsrecht erlöschen soll, wenn die zugleich erworbene Hardware nicht mehr

verwendet wird. Der Umfang kann zum Beispiel nach der Zahl der CPU, auf denen die Software benutzt werden darf, differenziert werden, aber auch innerhalb einer Anlage nach der Zahl der Benutzer oder auch über alle Anlagen hinweg nach der Gesamtzahl der Benutzer.

Betreffend die **Zahl der Anlagen** (allenfalls der PCs) sollte geklärt werden, ob es darum geht, auf wievielen die Software **installiert oder** auf wievielen sie gleichzeitig **genutzt werden** darf. Der Unterschied wird bei Einsatz eines Dongles oder einer ähnlichen Autorisierungsvorrichtung deutlich: Die Software darf dann auf vielen Anlagen zugleich installiert sein, kann aber jeweils nur auf einer benutzt werden.

Betreffend die **Zahl der Benutzer** ist festzulegen, ob es um gleichzeitig aktive Benutzer geht oder um namentlich benannte Benutzer, also solche, die der Software als berechtigte Benutzer bekannt gegeben worden sind. Diese Einschränkung ist für den Anwender problematisch, bedeutet sie doch für den Fall, daß ein Vertreter für den benannten Benutzer tätig werden soll - etwa weil dieser (zB wegen Krankheit oder Urlaub) nicht am Arbeitsplatz ist, auch ein Vertreter benannt werden, und dafür zusätzlich gezahlt werden muß. Daher wird sich der Vertreter unter dem Namen des Vertretenen anmelden. Damit wird aber das gesamte System, Zugriffsrechte festzulegen, gefährdet. Überspitzt ausgedrückt: Irgendwann heißen die Benutzer der Finanzbuchhaltung "FIBU 1, FIBU 2 etc.".

Auch auf gleichzeitig aktive Benutzer abzustellen, hat einen Nachteil, wie das folgende Beispiel zeigt: Wer morgens bei Arbeitsbeginn erst einmal einige Programme aufruft, um bei Bedarf schnell zwischen diesen wechseln zu können, zählt als Benutzer jedes Programms, auch wenn er diese die meiste Zeit nicht benutzt. Dieser Nachteil kann ohne erhebliche Belastung vermieden werden.

3.3.2.4 Optionen für die Erweiterung des Benutzungsumfangs

Die Bedingungen für eine Erweiterung des Benutzungsumfangs sollten von vornherein festgelegt werden. **Muß** man später den Benutzungsumfang erweitern, hat man nämlich eine weniger gute Verhandlungsposition. Gerade betreffend den Preis für eine Erweiterung des Benutzungsumfangs gibt es häufig einen erheblichen Verhandlungsspielraum, wenn man diese Frage

rechtzeitig anspricht. Wenn der Anwender bei der Erstbeschaffung einen Sonderrabatt erhalten hat, sollte er die Forderung stellen, daß dieser auch für die Erweiterung des Benutzungsumfangs gilt. Andererseits muß er aber einsehen, daß er als Interessent weniger wichtig wird. Ein Kompromiß kann zB dahingehend gefunden werden, daß Sonderrabatte nur für Erweiterungen bis zu einem bestimmten Datum gelten.

3.3.3 Softwareschutzmaßnahmen des Lieferanten

Es ist verständlich, wenn Lieferanten Maßnahmen gegen die mißbräuchliche Benutzung ihrer Software ergreifen. Diese können aber deren Gebrauch einschränken, also einen Fehler/Mangel darstellen, insoweit solche Schutzmaßnahmen nicht üblich sind. Der Anwender darf damit rechnen, daß der Lieferant ihn über solche Maßnahmen im Vertrag informiert. Eine Absicherung ist rechtlich gesehen also nur dann nötig, wenn der Lieferant auf Softwareschutzmaßnahmen, zB den Schutz durch Dongles, bis zum Vertragsschluß hinweist. Da dies aber oft nicht geschieht, obwohl solche Maßnahmen getroffen werden, sollte der Anwender vorsichtshalber vor Vertragsschluß fragen, ob der Lieferant solche Maßnahmen beabsichtigt.

3.3.5 Übertragung des Benutzungsrechts

Kaum ein Grundsatz wird von Anbietern teurer Software für so wichtig gehalten wie der, daß das Benutzungsrecht nicht übertragbar ist. Anbieter von PC-Software haben sich bereits weitgehend daran gewöhnt, daß Software so wie andere Produkte weitergegeben werden darf. Die Anbieter teurer Programme betonen die Mißbrauchsgefahr, wenn die Weitergabe nicht verboten sei, etwa dahingehend, daß der erste Anwender die Software weiterhin neben dem Erwerber einsetzen würde. Eigentlich geht es den Anbietern um die Möglichkeit, einem neuen Kunden die Software zu verkaufen; letztlich räumen sie bei Diskussionen ein, daß das Risiko gering sei, ihre Software werde an einen fremden Anwender weitergegeben. Es besteht also ein erheblicher Widerspruch zwischen der Betonung des Grundsatzes und dessen realer Bedeutung.

Steht das Weitergabeverbot in Standardverträgen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen, ist es bei Vollzahlung der Software, an der ein zeitlich

unbeschränkter Nutzungs..... besteht unwirksam. Der Anwender sollte sich also im Normalfall nicht um das Verbot kümmern.

Anders liegt der Fall allerdings, wenn der Anwender ein Benutzungsrecht für viele Anlagen erwirbt. Dann darf er zwar das Benutzungsrecht insgesamt weitergeben, aber nicht Teile abspalten. Dann sollte geregelt werden, inwieweit der Anwender das Benutzungsrecht teilweise an andere Gesellschaften (der Unternehmensgruppe) übertragen darf.

Wer Software erwirbt, um sie zu vermieten, benötigt dazu allerdings die Erlaubnis seines Lieferanten. Diese muß also geregelt werden.

3.5 Zweckmäßige Vorgangsweise bei paralleler Anschaffung von Hardware

Software genießt Priorität vor der Hardware. Software hat gegenüber der Hardware mehr Fehlerquellen und ist schwieriger in Betrieb zu nehmen. Soll beides, also ein Computersystem, angeschafft werden, sollte daher möglichst die Hardware auf Grund der Software-Spezifikation ausgewählt werden und nicht umgekehrt. Die Angaben der Software-Anbieter betreffend die Anwendungen und Funktionen sind nicht für bare Münze zu nehmen, sondern durch eine Vorführung der Anwendungen und Funktionen auf einer Hardware zu verifizieren, welche der für den Einsatz der Software in Aussicht genommenen nach Art, Konfiguration und Typ vergleichbar ist. Man sollte sich auch Referenz-Installationen nennen lassen. Wenn eine Anpassung der Standardsoftware an die spezifischen Bedürfnisse des Anwenders notwendig ist, sollten die Einzelheiten (Zeitraum, Kostenaufwand) klar geregelt werden.

3.6 Beschaffung von Standardsoftware unabhängig von der Beschaffung von Hardware

Die Empfehlungen in Pkt 3.4 gelten auch, wenn Standardsoftware allein erworben wird. Zusätzlich zu beachten ist, daß die isolierte Beschaffung von Systemsoftware eine Schnittstelle zur Hardware bzw die von Anwendungssoftware eine Schnittstelle zur Computer-Anlage schafft, die muß abgesichert werden muß.

Beschafft der Anwender zugleich Hardware (mit oder ohne Systemsoftware) von einem anderen Lieferanten, sollte er die beiden Verträge koppeln (siehe Pkt ____). Auch wenn die Koppelung nicht erreicht werden kann, sollte wenigstens vereinbart werden, daß jeder der Lieferanten verpflichtet ist, bei der Fehlerlokalisierung mitzuwirken.

Die Schnittstelle zur Hardware hat qualitative und quantitative Aspekte. Qualitativ geht es darum, daß die Standardsoftware mit der vorgesehenen Hardware kompatibel sein muß. Die Hardware kann bereits vorhanden sein oder soll erst beschafft werden. In beiden Fällen ist sie genau zu beschreiben.

Betreffend die quantitative Seite kann die Situation sehr unterschiedlich sein: Es kann um Standardsoftware gehen, die neben vielen anderen Programmen auf einem Großrechner eingesetzt werden soll, aber auch um solches, welche das die Hardware erheblich belastet. Der Anwender sollte dieses Thema auf jeden Fall ansprechen, gleichgültig ob er die benötigte Hardware bereits hat oder erst beschaffen will.

Die quantitative Seite ist schwieriger als die qualitative zu behandeln; dies ist von der Problematik her aber bereits von der Beschaffung von Computer her bekannt. Der Anwender muß seine mengenmäßigen Anforderungen (zu speichernde Daten, Umfang der Verarbeitung, und zwar im Zeitablauf, und das gewünschte Leistungsverhalten des Systems) definieren. Der Lieferant muß dann, wenn die Hardware erst beschafft werden soll, angeben, welche Leistungsfähigkeit diese unter Berücksichtigung des Leistungsbedarfs seiner Software haben muß. Wenn die Hardware bereits vorhanden ist, muß er ermitteln, ob diese ausreicht oder gegebenenfalls aufgerüstet werden muß.

3.6 Besonderheiten bei PC-Software

Beschafft der Anwender PC-Software allein, ist er in der Einsatzvorbereitungs- und in der Benutzungsphase stärker auf sich selbst gestellt, denn Beratungsleistungen sind im Verhältnis zu den Kosten von PC-Software teuer. Dementsprechend ist hier eine gute Vorbereitung und das Finden einer passenden Lösung mit einem zuverlässigen Lieferanten noch wichtiger.

Wenn der Anwender die PC-Software selbst installieren will/soll, sollte er sich zusagen lassen, daß sie eine Routine zur automatischen Installation hat. Bei Bedarf sollte er den Lieferanten auch zu einer Schulung und Beratung zu definierten Bedingungen verpflichten.

Wenn Fehlerbeseitigung oder wenigstens Unterstützung bei der Umgehung von Fehlern vereinbart ist, nutzen hier die sonst empfohlenen kleinen Sanktionen wenig. Hier sollte eine Vertragsstrafe in Höhe von einer Arbeitsstunde des Lieferanten pro Tag angestrebt werden.

3.7 Inhalt des Software-Lizenzvertrages

3.7.1 Spezifikation des Programm-Codes und der Dokumentation

Der Anwendungsbereich, die Funktionen und die Leistungen der Software sollten detailliert definiert und als schriftliche Spezifikation im Vertrag selbst oder in einem Anhang enthalten sein. Will der Anwender nicht nur über die maschinell lesbare Form der Software, sondern auch über den Source-Code und die Entwicklungsdokumentation verfügen - er benötigt diese für Veränderungen, Anpassungen und Weiterentwicklungen der Software -, muß er sich dies ausdrücklich ausbedingen.

Genau zu regeln ist auch, woraus die Programmdokumentation bestehen soll, nämlich insbesondere aus

- Programmbeschreibungen
- Benutzer-Handbuch
- Operatoranweisungen

und deren Form, das heißt zB als Handbuch (Manual) oder in maschinell lesbarer Form, deren Sprache und die Verpflichtung des Anbieters, diese an neue Versionen der Software anzupassen, so daß sie der jeweils letzten Version der vom Anwender benutzten Software entsprechen.

3.7.2 Einsatz- und Betriebsbedingungen

Der Anwender will nicht nur wissen, auf welchem Computer-System und in welcher Konfiguration (inklusive Softwarekonfiguration wie Betriebssystem

und Utilities) die Software laufen soll (kann), sondern auch, ob sie "aufwärts kompatibel" ist, dh, ob eine spätere Version auf derselben Hardware oder die (ursprüngliche) Software auf einem Nachfolge-System der Hardware laufen kann. Dies sollte im Vertrag berücksichtigt werden!

3.7.3 Status der Software

Es ist klarzustellen, welches die gültige Version der Software ist und ob sie aktiv weiterentwickelt und verbessert wird sowie - wenn dies zutrifft - wie lange und wie häufig neue Releases zu erwarten sind.

3.7.4 Lieferung, Installation und Abnahme der Software

Neben dem Zeitpunkt der Lieferung der Software ist die **Art der Lieferung** zu regeln, nämlich, ob sie in einer zur Umwandlung mit einem bestimmten Compiler geeigneten Form oder bereits umgewandelt auf einem Datenträger geliefert wird. Es ist auch möglich, daß die Software auf einen vom Anwender zur Verfügung gestellten Datenträger direkt überspielt wird oder er sie durch "down loading" oder ihm bezieht.

Im Zusammenhang mit der Lieferung sind die Unterstützungsleistungen der Lieferung und **Installation** (allgemeine organisatorische und software-technische Beratung und Unterstützung etc.) zu regeln und dabei zu beachten, daß dann den Anbieter eine Sorgfaltspflicht zur richtigen Beratung trifft. In diesen Bereich fällt zB die Installation, Generierung, Kompilierung und das Anfahren der Software, die Programmierung von Schnittstellen zu bestehenden Anwendungen, zur Systemsoftware des Host-Systems und das Testen der Software beim Anfahren, die Einführung und die Ausbildung des Personals des Anwenders.

Im Zusammenhang mit der Lieferung ist ein etwaiges Recht des Anwenders zu regeln, während einer bestimmten Testperiode (unentgeltlich!) die Software zu testen und ohne Kostenfolgen vom Vertrag zurücktreten zu können, wenn sich die Software als nicht entsprechend geeignet erweist.

Eine **formelle Abnahme** der Software schafft klare Verhältnisse. Jeder Vertrag sollte daher eine entsprechende klare Regelung enthalten und insbesondere klarstellen, ob Abnahmedatum eine Bestätigung der Funktionstüchtigkeit

keit im Abnahmeprotokoll durch den Anwender ist. - Lizenzgebühren sollten erst nach dem definitiven Abnahmedatum fällig sein

3.7.5 Berechtigte Anwender

3.7.5.1 Berechtigte Anwender

Bei der Einräumung des Benutzungsrechts (Lizenz) ist darauf zu achten, wer zur Nutzung der Software befugt sein soll, zB, ob sie genutzt werden darf

- auch von Tochter- und Konzerngesellschaften des Lizenznehmers
- durch diesen auch als Dienstleistungsunternehmen für Dritte, zB bei CAD, als Rechenzentrum im Rahmen der Erbringung von Rechenleistungen für Kunden oder als Teil einer "Programmbibliothek" zur Ausführung von Arbeiten durch Kunden selbst.

Der Lieferant schränkt die Benutzung häufig auf Zwecke des Anwenders oder der zu dessen Unternehmensgruppe gehörenden Gesellschaften ein (vgl auch oben Pkt 3.3.2.1). Will dieser die Software für Dritte benutzen, also zB in einem Rechenzentrumsbetrieb, soll er zusätzlich zahlen. Gibt es Tochtergesellschaften (oder sind solche in Zukunft zu erwarten), sollte das Verbot einer Benutzung für/durch Dritte nicht für zur Unternehmensgruppe gehörende Gesellschaften gelten. Zu beachten ist, daß wenn andere Gesellschaften die Software auf eigenen Anlagen benutzen sollen, es nicht um die Frage der berechtigten Anwender geht, sondern um die Frage der Zahl der Anlagen nach Pkt _____

In der Praxis von großer Bedeutung für den Kreis der berechtigten Anwender ist die Frage, ob das Benutzungsrecht (die Lizenz) übertragbar ist, und wenn ja, zu welchen Bedingungen, insbesondere, ob dies nur gegen ein zusätzliches Entgelt oder auch unentgeltlich möglich ist.

Dies kann in der Praxis insbesondere für Betriebssystemlizenzen ein Problem sein, wenn diese nicht zusammen mit der CPU weiterveräußert werden (also übertragen) werden dürfen (vgl dazu zB den Bericht über "DEC revidiert Lizenzpläne vom Herbst 1986" in der COMPUTERWELT vom 20.3.1987, Seite 6).

Zu regeln sind auch die Folgen der Veräußerung des Host-Systems ("berechtigtes" System) an einen Dritten bzw ist die "Second User Policy" des Anbieters zu umschreiben. Diese Frage ist insbesondere im Zusammenhang mit der eben erwähnten Problematik betreffend Betriebssystemlizenzen von erheblicher praktischer Bedeutung. Zu klären ist also, ob der Dritt-Erwerber des Systems die Software weiter benützen darf oder ob der Anbieter zumindest zusichert, mit ihm einen Lizenzvertrag (und zu welchen Bedingungen, den gleichen wie mit dem Erstbenutzer?) zu schließen?

3.7.6 Vervielfältigungsrecht

Lieferanten verbieten gerne Vervielfältigungen über das Erstellen einer Sicherungskopie hinaus. Nach der zwingenden, dh vertraglich nicht beschränk- baren Regelung hat der Anwender Recht, die zur bestimmungsgemäßen Benutzung notwendigen Zahl von Vervielfältigungsstücken herzustellen, zB eine zweite Kopie als Archiv- oder Sicherungskopie.

Wird die Benutzerdokumentation in Papierform geliefert, darf der Anwender daher diese für seine Benutzer vervielfältigen. Entgegenstehende Klauseln sind allerdings wirksam. Der Anwender muß also für eine Klarstellung sorgen.

Das Recht des Anwenders, die Software und die Dokumentation zu vervielfältigen (also Kopien zu machen) bedarf eingehender Regelung, um den sonst unscharfen gesetzlichen Begriff der "bestimmungsgemäßen Benutzung" den konkreten Umständen entsprechend zu präzisieren. In der Praxis wird meist ausdrücklich das Recht zur Herstellung von Sicherungs- und Archivkopien (also von Kopien zur Erfüllung von zB handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten) eingeräumt, welche der Anwender auch nach Ablauf des Lizenzvertrages behalten darf und zB die Zahl der Arbeitsplätze angegeben, auf denen die Software eingesetzt werden darf. Auch ohne ausdrückliche Einräumung dieses Rechts besteht eine entsprechende Befugnis gemäß UrhG, nach der rechtmäße Anwender die zur bestimmungsgemäße Benutzung der Software notwendigen Kopien machen darf.

3.7.7 Neue Versionen (Releases)

Betreffend weiterentwickelte, erweiterte oder verbesserte Versionen der lizenzierten Software und der Dokumentation ("Releases") sollte folgendes geregelt werden:

- Erhält der Anwender die neuen Versionen automatisch?
- Ist bei wiederkehrenden Lizenzgebühren das Entgelt dafür in diesen enthalten oder erhält der Anwender - bei Erwerb einer Lizenz gegen eine Einmalzahlung - diese gegen Zahlung eines bestimmten Entgelts bzw eines (limitierten) Zuschlags zum Preis der ursprünglichen Version?
- Wird das neue Release geliefert?
- Darf der Anwender die installierten Versionen unabhängig von der Verfügbarkeit und der Installation eines neuen Release weiter benutzen oder hat er diese zB Zug um Zug gegen die Lieferung der neuen Version zurückzugeben?
- Darf das neue Release parallel zur bisher verwendeten Version probeweise verwendet und danach eine Entscheidung betreffend Installation der neuen oder die Weiterbenützung der bisherigen Version getroffen werden?
- Welche Folgen treten ein, wenn der Anwender nicht auf die neuen Version "umsteigen" will? Meist sind für den Anwender nachteilige Folgen für die Softwarewartung, beratende Unterstützung, die Gewährleistung vorgesehen!

3.7.8 Anpassungen und Änderungen

3.7.8.1 Änderungsrecht des Anwenders

Nach _____ darf der Anwender die Software ändern, soweit dies zu ihrer bestimmungsgemäßen Benutzung erforderlich ist. Dieses Recht kann er idR nur ausüben, wenn er den Source Code erhalten hat. Auch wenn der Lieferant den Source Code liefert, impliziert dies zugleich, daß Änderungen durch den Anwender sich nicht auf seine Gewährleistungspflichten und nicht auf einen Pflegevertrag auswirken sollen, sodaß die Pflichten des Lieferanten auf die Standardfassung beschränkt bleiben.

Auch wenn der Lieferant den Source Code liefert, kann eine Klausel, wirksam sein, daß Änderungen verboten sind, soweit über das zwingende Recht des Anwenders, die zu bestimmungsgemäßen Benutzung notwendigen Änderungen zu machen hinausgehen. Der Anwender sollte sicherheitshalber auf einer Klarstellung bestehen, daß er Änderungen vornehmen darf.

Kann der Anwender die Änderungen nicht selbst durchführen, ist unsicher, ob er den Source Code einem Dritten zur Vornahme der Änderungen zur Verfügung stellen darf. Eine Klausel, die das verbietet, ist mE wirksam. Schließlich enthält der Source Code den Konstruktionsplan und das Know-how des Lieferanten. Der Anwender sollte also eine Vereinbarung anstreben, daß er einen anderen Auftragnehmer mit Zustimmung des Lieferanten einschalten darf, dieser die Zustimmung jedoch nur verweigern darf, wenn der andere Auftragnehmer ähnliche Software vertreibt oder wenn zu erwarten ist, daß er konkurrierende Software entwickeln wird, um sein Produktangebot abzurunden.

Änderungen sind in dem Umfang zulässig, wie sie zur bestimmungsgemäßen Benutzung gehören. Es gibt Grenzfälle, wie zB die Portierung auf eine Anlage, für welche die Software nicht freigegeben ist. Der Anwender sollte eine entsprechende Klarstellung anstreben.

Einen wichtigen Punkt in der Vertragsgestaltung stellt das Recht des Anwenders zur Anpassung bzw Parametrisierung der Software an das Host-System, die Basissoftware, andere Anwendungssoftware, die Art und Struktur der zu verarbeitenden Daten etc dar. Auch ohne ausdrückliche Einräumung eines entsprechenden Rechts ist der Anwender gemäß § 21 Abs. 1 UrhG, Abs 2 dazu (innerhalb gewisser Grenzen) berechtigt, soweit dies zu bestimmungsgemäßen Benutzung notwendig ist. Faktisch ist allerdings für die Ausübung dieses schon nach dem Gesetz bestehenden (beschränkten) Änderungsrechts die Verfügbarkeit des entsprechenden Source-Code und der Entwicklungsdokumentation notwendig, so daß - will man von diesem Änderungsrecht auch wirklich Gebrauch machen - vertraglich deren Verfügbarkeit sicherzustellen ist. Zu regeln ist dann auch, wer die Änderungen oder Anpassungen vornehmen kann, der Anwender, der Anbieter oder (unter Übernahme von Geheimhaltungspflichten!) ein drittes Unternehmen.

Anpassungen und Parametrisierungen bzw Änderungen von Software können sich auf diese - und damit auch auf die Softwarewartung - negativ auswirken. Zu regeln ist daher auch, welche Auswirkungen diese auf die Verpflichtungen des Anbieters zur Softwarewartung haben.

- Werden dadurch die Ansprüche auf Softwarewartung aufgehoben?
- Besteht die Pflicht zur Softwarewartung weiterhin, jedoch nur nach Möglichkeit und Verfügbarkeit und gegen Ersatz des Aufwandes?
- Unterstützt der Anbieter den unveränderten Teil der Software bis zu einer definierten Schnittstelle?

3.7.8.2 Anpassungsprogrammierung

3.7.8.2.1 Vorgangsweise

Der Interessent an Standardsoftware will diese oft nur erwerben, wenn der Lieferant sie an seine konkreten Anforderungen anpaßt. Es gibt mehrere Möglichkeiten, die Anforderungen des Anwenders zu ermitteln und die Standardsoftware an diese anzupassen. Die dafür notwendigen Maßnahmen können je nach Größe und Art des Projekts teilweise zusammenfallen:

- Ermittlung der Grobanforderungen
- Marktuntersuchung; Make-or-Buy-Entscheidung
- Ermittlung der genauen Anforderungen an Anpassungsprogrammierung für ein bestimmte Standardsoftware
- Detaillierung der kundenspezifischen Anforderungen (Programmiervorgabe)
- Realisierung der Anpassungsprogrammierung

Wie bei der Erstellung von Individualsoftware sollten auch hier für die Leistungen stufenweise Aufträge erteilt werden, also zunächst für die Ermittlung der genauen Anforderungen und dann für die Realisierung.

In der Praxis wird häufig darauf verzichtet, die Anforderungen vor Abschluß des Software Überlassungsvertrags eindeutig zu ermitteln. Eine wesentliche Ursache dafür ist, daß viele Anwender einen Pauschalpreis für die (Ermittlung und) Anpassung verlangen, aber für die Ermittlung ihrer Anforderungen nichts zahlen wollen.

3.7.8.2.2 Pauschalpreis nach (detaillierter) Klärung der Anforderungen

Eine riskante Praxis einiger Lieferanten besteht darin, die Wünsche des Anwenders ungefähr zu ermitteln, die erforderlichen Maßnahmen abzuschätzen und dann auf dieser Grundlage einen Pauschalpreis zu akzeptieren. Es sollten beide Seiten zuerst die genauen Anforderungen ermitteln und schriftlich vorlegen.

Lieferanten, die das nicht nötig haben, bieten die Überlassung ihrer Standardsoftware mit der Ergänzung an, daß Änderungen gegen gesondertes Entgelt vereinbart werden können. Was dann bei einem zunächst angegebenen/vereinbarten Preis an zusätzlichem Aufwand herauskommt, ist im wesentlichen davon abhängig, inwieweit der Anwender auf Änderungswünsche zu verzichten bereit ist, wenn er die jeweiligen Preise dafür erfährt. Ein zunächst niedriger Preis kann sich dann als teurer entpuppen als Angebote zu einem höheren Preis, der die Realisierung der Anforderungen des Anwenders bereits enthält.

Für den Anwender besteht außerdem das Risiko, daß der Vertrag über die Überlassung und der über die Anpassungsprogrammierung rechtlich nicht zusammenzuhängen müssen. Das bedeutet, daß der Vertrag über die Überlassung der Standardsoftware gültig bleiben kann, auch wenn die nachträglich im Auftrag gegebene Anpassungsprogrammierung scheitert.

Es darf aber nicht übersehen werden, daß diese Vorgehensweise durchaus praktikabel sein kann, nämlich dann, wenn geklärt ist, daß auf jeden Fall die Software eines bestimmten Lieferanten die Basis für das Projekt sein soll, weil der Anwender sich davon ausreichend überzeugt hat, und wenn der Umfang der Modifikationen/Erweiterungen keine entscheidende Rolle spielt.

Am besten ist es, wenn der Anwender genau erklärt, was er will, und der Anbieter mitteilt, was er zu welchem Preis zu leisten vermag. Dabei sollten die Schwierigkeiten für den in der EDV nicht (so) erfahrenen Anwender, die Anforderungen zu ermitteln, nicht unterschätzt werden. Es kann sich für ihn also sehr wohl empfehlen, zunächst einen Beratungsauftrag zur Ermittlung der Anforderungen zu erteilen.

Auftragnehmer kann ein (neutraler) Berater sein. Es kann aber auch der Anbieter einer in Frage kommenden Standardsoftware sein. Gerade bei großen Softwarepaketen hat ein guter Anbieter wenig Interesse, dem Anwender eine Lösung aufzuschwatzen, die nicht richtig paßt und deswegen viel Anpassungsprogrammierung und damit Ärger und Aufwand verursacht.

3.7.8.2.3 Beratungsauftrag für den künftigen Lieferanten

In einer Variante des Beratungsauftrages wird dem ins Auge gefaßten Lieferanten ein Beratungsauftrag für die Ermittlung der Anforderungen im Hinblick auf seine Standardsoftware erteilt. Voraussetzung ist, daß die Anforderungen schon grob formuliert sind und eine Vorauswahl durchgeführt werden konnte. Der Lieferant kann dann mit dem Anwender ein Optimum für diesen von Anpassung und Preis suchen.

Die Bedingungen des Softwareüberlassungsvertrages und auch der Softwarepflege sollten bereits zugleich mit den Beratungsvertrag vereinbart werden. Ist ein Beratungsauftrag erst einmal - oft gegen erhebliches Entgelt - positiv durchgeführt worden, hat der Anwender kaum noch Verhandlungsmacht gegenüber dem Anbieter, wenn es um das Aushandeln der Bedingungen für den Überlassungsvertrag selbst geht. Der Überlassungsvertrag soll aber erst dann endgültig verbindlich werden, wenn der Preis für die Realisierung der Anpassungsprogrammierung feststeht. Der Überlassungsvertrag soll also unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, daß die Parteien sich über die Realisierung der Anpassungsprogrammierung einigen.

3.7.8.2.4 Einführung mehrerer Anwendungen

Die Frage, wann der Überlassungsvertrag abgeschlossen werden soll, wenn der Anwender mehrere Anwendungspakete einführen will - was viel Zeit in

Anspruch nehmen kann! -, ist nicht so einfach zu beantworten. Die für die Einführung aller Pakete auf einmal verwendete Bezeichnung "big bang" zeigt, wie gefährlich diese Vorgehensweise ist. Besser ist es, die Standardsoftware stufenweise einzuführen. Der Anwender wird hier kaum noch zurücktreten können, wenn die zweite oder dritte Stufe scheitert. Dementsprechend ist noch mehr Wert auf die Auswahlphase - bezogen auf die Softwarefamilie und die Seriosität des Lieferanten - zu legen.

3.7.8.2.5 Absicherungen der Anpassungsprogrammierung

Der Anwender sollte verlangen, daß die Anpassungsprogrammierung möglichst nicht durch Änderung der Software selbst, sondern durch anwenderspezifischen Anforderungen abdeckende Zusatzprogramme durchgeführt wird. Dazu soll der Lieferant bei der Festlegung der Modifikationen oder bei deren Detaillierung angeben, wie die einzelnen Anforderungen realisiert werden sollen, gegebenenfalls alternativ als Erweiterung mit höherer Vergütung. Der Grund für diese Empfehlung liegt darin, daß die Möglichkeit der Pflege der Software zu Standardbedingungen möglichst gewährleistet bleiben soll.

Die optimale Lösung für den Anwender wäre die Verpflichtung des Lieferanten die Modifikationen/Erweiterungen in den Standard aufzunehmen und damit als Standard zu pflegen. Allerdings kann dies gefährlich sein, wenn viele Anwender dieses Ansinnen stellen und damit das Konzept des Standards überfrachtet wird.

Der Anwender sollte darauf bestehen, daß er insgesamt, zumindest aber je Softwarepaket, einen einzigen Ansprechpartner hat. Er muß ohnehin davon ausgehen, daß der "Verkäufer" des Lieferanten für die Durchführung des Projekts nicht zuständig ist und er ohnehin einem weiteren Mitarbeiter des Lieferanten seine Probleme klar machen muß. Aber das sollte dann auch reichen und der Anwender nicht "herumgereicht" werden.

Da die Anwendung des Werkvertragsrechts für den Anwender günstig ist, sollte er - unter Berufung auf den werkvertraglichen Charakter einer Anpassungsprogrammierung - verlangen, daß insgesamt das Werkvertragsrecht gilt. Die Lieferanten wollen ihre Leistungen hier meist nicht als Werkvertrags-, sondern Dienstleistungen vereinbaren.

Ist Anpassungsprogrammierung für die Nutzbarkeit der Software dringend erforderlich, soll sie aber erst nach Abschluß des Überlassungsvertrags in Auftrag gegeben werden, sollte im Überlassungsvertrag eine Koppelungsklausel mit den späteren Verträgen über die Anpassungsprogrammierung vorgesehen werden. Für den Lieferanten beinhaltet dies das Risiko, daß der Anwender den Überlassungsvertrag noch rückgängig machen kann, wenn irgendein späterer Auftrag über die Anpassungsprogrammierung scheitert. Deswegen sollte eine Grenze festgelegt werden, bis zu welchem Zeitpunkt Verträge über eine Anpassungsprogrammierung geschlossen werden können, die mit dem Überlassungsvertrag zusammenhängen. Als Zeitpunkt kommt insbesondere in Betracht:

- das Ende einer ersten Phase, die der Ermittlung der kundenspezifischen Anforderungen dient
- der Abschluß der Inbetriebnahme, also der Beginn der Abnahmeprüfung.

Bei einer Anpassungsprogrammierung ist übrigens die Frage nach der Lieferung des Source Code häufig wichtiger als bei Standardsoftware.

3.7.8.2.6 Beteiligung des Anwenders an der weiteren Verwertung von Zusatzprogrammen

Der Anwender will oft an den Einnahmen beteiligt werden, die der Lieferant aus einer weiteren Verwendung (umfangreicher) Erweiterungen durch Aufnahme in den Standard erzielt.

Der Lieferant wird dem positiv gegenüberstehen, wenn es sich um einen Zusatz handelt, den er als neue Position in seine Preisliste aufnehmen kann.

Ist das nicht der Fall, ist der Lieferant eher bereit, von vornherein bei der Vereinbarung des Entgelts für die Anpassungsprogrammierung einen Nachlaß und damit seine Beteiligung an den Kosten zu vereinbaren.

Zu bedenken ist hier, daß Anpassungsprogrammierung zwar häufig den Lieferanten dazu anregt, seinen Standard zu verbessern, die aber häufig erst in der Weise geschieht, daß er Erfahrungen aus einer Anpassungsprogram-

mierung für verschiedene Anwender sammelt und dann eine echte Standardlösung neu entwickelt. Der einzelne Anwender bewirkt also keine erhebliche Kostenentlastung des Lieferanten.

Zu bedenken ist auch, daß manche Anwender gerne bereit sind, die Kosten voll zu tragen, wenn der Lieferant seinerseits bereit ist, die Modifikationen in den Standard aufzunehmen und dann als Standard zu pflegen.

3.7.9 Softwarewartung

Zu unterscheiden sind Unterstützungsleistungen bei der Installation und Einführung der Software und Pflege- (Wartungs-)Leistungen während der Softwarenutzung. Die Unterstützungsleistungen bei der Installation und Einführung können die in Pkt ____ angeführten Leistungen umfassen. Dies sowie ob dies gegen ein gesondertes Entgelt erfolgt oder vom Entgelt (von der Lizenzgebühr) erfaßt ist, ist im Vertrag vorzusehen. Der Umfang der Leistungen ist zu beschreiben. Man kann aber auch vorsehen, daß sie "nach Bedarf" des Anwenders erbracht werden und dieser auch eine zusätzliche Einführungsunterstützung gegen Entgelt nach Aufwand verlangen kann, wobei meist auf eine "jeweils gültige" Preisliste verwiesen wird.

Die Softwarepflege (-wartung) während der Nutzung der Software umfaßt die

- Korrektur von Softwarefehlern
- Anpassung der Software an besondere Bedürfnisse des Anwenders
- Weiterentwicklung und Verbesserung.

Die entsprechenden Leistungen können Teil der Leistungen gemäß dem Überlassungsvertrag sein (meist bei wiederkehrenden Entgeltzahlungen) oder gemäß einem Programmpflege-(-wartungs-)Vertrag gegen gesondertes Entgelt erbracht werden.

3.7.10 Entgelt und Zahlungsbedingungen

3.7.10.1 Entgelt

Das Entgelt ist entweder zu zahlen

- als einmalige Pauschalgebühr für die Nutzung der Software auf unbegrenzte Zeit ("für immer") - es handelt sich also quasi um einen Kauf
- oder periodische Zahlungen (oft als "Lizenzgebühr") für die Nutzung der Software auf unbestimmte Zeit (also bis zur Kündigung oder Vertragsauflösung aus wichtigem Grund) oder auf eine von vornherein bestimmte Zeit (allenfalls mit Verlängerungsmöglichkeit). Gelegentlich ist neben dem wiederkehrenden Entgelt auch eine größere Zahlung vorweg zu leisten.

Im Zusammenhang mit der Entgeltregelung ist klarzustellen, ob und wofür weitere Kosten anfallen und insbesondere, ob folgende Leistungen vom Entgelt abgedeckt sind:

- Softwarewartung (wie weit?) und - falls dies nicht zutrifft - ob diese gegen ein erhöhtes Entgelt als Option angeboten wird oder überhaupt ein gesonderter "Softwarewartungsvertrag".
- Datenträger, Versand, Installation
- Zusatzmaterial, zB Diagnose- und Testhilfen
- Einschulung
- Steuern, Abgaben und Gebühren³

Es sollte - aus der Sicht des Anwenders - in den Vertrag eine allgemeine Klausel aufgenommen werden, nach welcher alle nicht ausdrücklich als zusätzlich zu berechnen bezeichnete Leistungen vom Entgelt für die Nutzung der Software erfaßt sind.

Wenn die Softwarewartung im Entgelt nicht enthalten ist, sollten die Bedingungen für einen Softwarewartungsvertrag und überhaupt auch für "Regiearbeiten" durch den Anbieter geregelt werden.

3.7.10.2 Entgelt für erweiterte Nutzung

Klarzustellen ist auch, ob bzw welches Entgelt für folgende Arten der erweiterten Nutzung (zu dieser vgl. Pkt. ____) zu zahlen ist:

³) Zu diesem Problemkreis vgl. Wolf, Urheberrechtsschutz von Computer Software - Konsequenzen nach dem Umsatzsteuer-, Einfuhrabgaben- und Gebührenrecht, COMPUTERWELT 1986 Nr. 11 vom 15.10.1986, Seite 17 [1. Teil], und 1986 Nr. 12 vom 29.10. 1986 [2. Teil].

- zusätzliche "Lizenzen" für die gleiche Software (zB Erhöhung des Entgelts entsprechend dem erweiterten Nutzung auf mehreren Arbeitsplätzen oder in einem Netzwerk oder gestaffelter Rabatt für Mehrfach-Lizenzen)).

Bei Mehrfach-Lizenzen, bei denen die Leistungen zur Softwarewartung im Entgelt enthalten sind, sollte die Mehrfach-Lizenzgebühr dadurch geringer gehalten werden, daß nur eine installierte Version der Software als "Wartungs-Version" bezeichnet wird.

- Wechsel des Hardware-Systems, auf dem die Software nach dem Vertrag eingesetzt wird, oder Wechsel des Installationsortes.

3.7.10.3 Änderungen des Entgelts

Wurden periodische Lizenzgebühren vereinbart, kann eine (teilweise) Begrenzung der Erhöhung erreicht werden durch Vereinbarung der

- Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist
- Zulässigkeit nur einer Erhöhung pro Jahr
- Bindung der Lizenzgebühr an einen Index
- Beschränkung auf einen maximalen Prozentsatz pro Erhöhung.

Der Anwender sollte sich für den Fall der Erhöhung der periodische Lizenzgebühren ein Kündigungsrecht ausbedingen. Leistungen zur Softwarewartung werden häufig vermindert, etwa in Folge einer Umstufung der Software in eine niedrigere "Wartungsklasse". Ist die Softwarewartung in den Lizenzgebühren enthalten, sollte vorgesehen werden, daß diese bei einer Verminderung der Wartungsleistungen entsprechend herabgesetzt werden.

Der Lieferant sollte klarstellen, daß er das Recht zur Anpassung der Lizenzgebühren an geänderte Steuern und Abgaben hat.

3.7.10.4 Minderung oder Wegfall des Entgelts

Klarzustellen ist, ob das Entgelt gemindert wird oder entfällt

- bei Nicht-Erreichung der Leistungs- und Verfügbarkeitsdaten gemäß Pkt. —
- bei Unbenützbarkeit, Verlust oder Veräußerung des Host-Systems
- bei zeitweiliger oder dauernder Aufhebung der Kompatibilität der Software mit dem Host-System.

3.7.10.5 Zahlungsbedingungen

Zu regeln ist, wann das Entgelt in Rechnung gestellt wird, zB

- bei Vertragsabschluß
- bei Lieferung der Software
- bei Installation
- nach Ablauf einer Testperiode bzw erfolgreiche Abnahme.

Der Softwareanbieter sollte eine Regelung für den Fall der Nicht-Erfüllung oder des Verzugs des Anwenders vorsehen.

3.7.11 Pflichten des Anwenders

3.7.11.1 Rechtspflichten

Software ist ein wertvolles wirtschaftliches Gut. Es fließen in erheblichem Umfang Kenntnisse, Erfahrungen und Fachwissen des Herstellers als EDV-bezogenes Know-how ein. Dem Anwender sind daher vertraglich Beschränkungen aufzuerlegen, welche das wirtschaftliche Interesse der Lieferanten an der Software sichern. Üblich ist die Vereinbarung folgender Beschränkungen bzw Pflichten:

- Beschränkungen der Benutzung (vgl dazu Pkt 3.3)
- Geheimhaltungspflichten (für den Anwender, die er auch auf sein Personal zu überbinden hat)
- Vorschreibung bestimmter Maßnahmen der Datensicherung
- Bedingungen und Maßnahmen, unter denen Dritten (zB Wartungstechnikern des Host-Systems in Zusammenhang mit der Diagnose von Systemfehlern) Zugang zur Software gewährt werden kann
- Anbringen von Schutzrechtsvermerken auf befugt hergestellten Kopien der Software.

Für den Fall der Verletzung der Pflichten des Anwenders sind Sanktionen vorzusehen (zB Widerruf der Lizenz, Vertragsstrafen). Der Anwender kann unter Umständen versuchen, einen Haftungsschluß für leichte Fahrlässigkeit zu vereinbaren.

3.7.11.2 Verantwortlichkeit und Obliegenheiten des Anwenders

Im Vertrag soll klargestellt werden, ob (und inwieweit) der Anwender verantwortlich ist für:

- Auswahl, Einsatz und Gebrauch der Software
- Schaffung und Aufrechterhaltung bestimmter Einsatz- und Betriebsbedingungen insbesondere betreffend
 - die Konfiguration der Hardware
 - eine bestimmte Version der Basissoftware
 - die Qualifikation des Bedienungspersonals
 - die Einhaltung der Bedienungsanweisungen gemäß Softwaredokumentation
 - Auswahl und Aufbereitung der Eingabedaten, Anpassung der eigenen Aufbau- und Ablauforganisation etc.

3.7.12 Gewährleistung

3.7.12.1 Gewährleistung für Sachmängel und zugesicherte Eigenschaften

Die vom Lieferanten zugesicherte Eigenschaften der Software sind im Vertrag oder in einer Beilage zu definieren und anzugeben, wie der Anbieter für die Einhaltung der Software-Funktionen Gewähr leistet. Ist der Lieferant bereit, auch für Leistungen Gewähr zu leisten, sollten diese bestimmt angegeben werden, so zB

- die Einhaltung von Leistungsdaten aus einem "Benchmark-Test"

- Verarbeitungsgeschwindigkeit, Durchsatz, Speicherbelegung auf dem Host-System, Möglichkeit zur parallelen Verarbeitung anderer Applikationen
- Einhaltung maximaler und durchschnittlicher Antwortzeiten
- Einhaltung der Aufwärts-Kompatibilität
- Erfüllung bestimmter Zuverlässigkeitsdaten

•• Periodizität nicht definierter Softwarefehler ("MTBF" = "mean time between failure") als durchschnittliche (Mindest-)Zeit zwischen deren Auftreten

•• maximale und durchschnittliche Dauer zwischen einer Fehlermeldung und der Reaktion des Lieferanten ("Response Time")

•• maximale und durchschnittliche Dauer zur Behebung eines Softwarefehlers ("MTTR" = "mean time to repair")

•• Mindest-Verfügbarkeit der Software in Prozentsätzen der gesamten für den produktiven Einsatz vorgesehenen Zeit.

Klarzustellen ist, ob diese Gewährleistung auf Dauer (wie bei einer Miete - dies wird bei einer Lizenz mit periodischen Lizenzgebühren eher der Fall sein, kommt in der Praxis aber kaum vor) oder nur während einer bestimmten Zeit (dies ist meist bei Lizenzen gegen eine einmalige Zahlung der Fall) gegeben wird.

Es kommt leider häufig vor, daß der Lieferant aus nicht vom Anwender zu vertretenden Gründen nicht in der Lage ist, die Software bei Lieferung und Installation in einen zum vereinbarten Gebrauch tauglichen Zustand zu bringen bzw diesen zu erhalten. Die dem Anwender dann zustehenden Ansprüche sollten klar geregelt werden, insbesondere ob er Anspruch hat auf

- eine Minderung des Entgelts
- die Leistung unentgeltlicher Softwarewartung
- die Rückgabe der Software und Rückerstattung bereits gezahlter Beträge.
- Schadenersatzansprüche, wenn in Folge von Softwarefehlern trotz Einhaltung der vorgeschriebenen Einsatz- und Betriebsbedingungen,

Schäden, Ausfälle und Verluste entstehen (Zerstörung oder Änderung von Daten, Produktionsausfälle, Mehraufwand an Personal, uneinbringliche Forderungen und Ansprüche Dritter wegen fehlerhafter Produkte oder Dienstleistungen des Anwenders, nicht realisierte Einsparungen etc)

3.7.11.2 Gewährleistung für Rechtsmängel

Die Verwendung von Software durch den Anwender kann Rechte Dritter verletzen. Dies würde unter die Gewährleistung des Lieferanten für Rechtsmängel fallen. Für solche Fälle ist vorzusehen, ob der Lieferant den Anwender

- gegenüber den angeblich in seinen Rechten verletzten Dritten verteidigt
- die ungestörte Benutzung der Software verschafft (zB durch deren Änderung, so daß sie die Rechte des Dritten nicht mehr verletzt, oder durch den Erwerb einer Lizenz von diesem auf eigene Kosten)
- schad- und klaglos hält, wenn der Dritte seine Ansprüche erfolgreich durchsetzt.

3.7.12 Dauer und Beendigung

3.7.12.1 Allgemeines

Softwareüberlassungsverträge werden geschlossen auf

- bestimmte Zeit (zB drei Jahre), allenfalls mit Verlängerungsmöglichkeit
- unbestimmte Zeit, das heißt, bis sie gekündigt werden
- unbegrenzte Zeit (bei Einmal-Zahlung des Entgelts, praktisch also quasi ein Kauf).

Bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen sind für die Kündigung Fristen und Termine vorzusehen.

3.7.12.2 Kündigung durch den Anwender

Neben einer Kündigung unter Einhaltung von Kündigungsfristen und -terminen oder einer bestimmten Vertragsdauer sollte eine vorzeitige (fristlose) Auflösungsmöglichkeit vorgesehen werden bei

- unbefriedigenden Ergebnissen in einer Testperiode
- Ankündigung der Erhöhung periodischer Lizenzgebühren
- Umstufung der Software in eine niedrigere Wartungsklasse
- Verlust der Kompatibilität mit einem definierten Host-System
- Auslieferung eines neuen Release mit Kompatibilitätsproblemen
- Untergang oder Veräußerung des Host-Systems
- Nicht-Einhaltung zugesicherter Leistungen und Funktionen
- Einschränkung oder Wegfall des Benutzungsrechtes wegen Verletzung von Schutzrechten Dritter. Für den Fall, daß der Anwender diese Auflösungsrechte ausübt, sollte auch geregelt werden, welche Ansprüche damit verbunden sind (Rückerstattung der Lizenzgebühren zur Gänze oder zum Teil, Schadenerstaz etc.)

3.7.12.3 Kündigung durch den Lieferanten

Eine Auflösung des Vertrags durch den Lieferanten kann für den Anwender - je nach Einsatzzweck der Software - äußerst unangenehme Folgen für die Führung seines Unternehmens haben, ja dieses unter Umständen zum Stillstand bringen. Er muß daher darauf achten, ob ein Kündigungs- oder Auflösungsrecht des Lieferanten angemessen beschränkt ist.

Aus der Sicht des Anwenders sollte ein Kündigungsrecht daher eingeschränkt und nicht wie sonst grundlos möglich sein, sondern insbesondere nur wegen

- Vertragsverletzung durch den Anwender (zB Überschreitung der Beutzungsbefugnis, Verletzung von Geheimhaltungspflichten)
- Zahlungsverzug

und auch dies erst nach schriftlicher Mahnung unter Setzung einer angemessenen Nachfrist. Damit wird der Übergang zu der nach der ständigen Rechtsprechung auch ohne vertragliche Vereinbarung jederzeit möglichen Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses mit softartiger Wirkung aus wichtigem Grund, dh wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist, verwischt.

Bei Schutzrechtsverletzungen sollte der Lieferant den Vertrag erst kündigen dürfen, wenn alle zumutbaren Bemühungen des Lieferanten dem Benutzer

eine die Schutzrechte Dritter nicht verletzende Nutzung der Software zu verschaffen, fehlschlagen.

3.7.13.4 Folgen der Vertragsbeendigung

In Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung ist folgendes zu regeln:

- Ist der Anwender zur Rückgabe der Software oder zu deren Vernichtung mit entsprechender schriftlicher Bestätigung verpflichtet?
- Darf er zur Erfüllung gesetzlicher Aufbewahrungs- und Nachweispflichten und für den nicht produktiven Gebrauch Archiv- und Sicherungskopien behalten?
- Darf er die mit anderen Programmen verknüpften Teile der Software ("Macro-Instruktionen") weiterbenützen?
- Welche Pflichten des Anwenders bleiben trotz der Beendigung des Vertrages aufrecht (zB zur Geheimhaltung, Wahrung von Schutzrechten des Lieferanten)?

3.7.14 Anhang: Software-Spezifikationen

Die Spezifikationen der Software sind wesentlich für die Sicherstellung und Kontrolle der richtigen Erfüllung eines Software-Überlassungsvertrags und meist in einem "Software-Überlassungsschein" etc. enthalten. Sie sollten folgendes enthalten:

Programm-Beschreibung

- Programm- (Release-) Nummer und -Bezeichnung
- Identifikation der lizenzierten Programm-Module
- Programmiersprache und -standard
- Anwendungen und Funktionen
- allenfalls Anpassungen und Parametrisierungen

Dokumentationsbeschreibung

- ausführliche Programmbeschreibung
- Benutzerhandbuch

- Installations- und Betriebshandbuch
- Programmablaufpläne
- Umwandlungslisten
- Muster von Belegen, Bildschirm-Masken
- Quellenprogramme

Einsatz- und Betriebsbedingungen

- Hardware-Konfiguration des Host-Systems
- vorausgesetzte Grundsoftware (Release Nr.)
- Netzwerk
- Aufrechterhaltung der Kompatibilität mit dem Host-System
- Arten, Menge und Struktur der zu verarbeitenden Daten
- Zahl der Benützer, Häufigkeiten und Periodizitäten der Durchführungen
- vorgesehene Parallel-Verarbeitungen

3.7.15 Zusammenfassung der speziellen Empfehlungen zur Beschaffung von Standardsoftware

3.7.15.1 Benutzungsrecht und Pflichten zum Programmschutz

Festlegung des Umfangs des Benutzungsrechtes nach Überprüfung des Bedarfs:

- Auf wieviel DV-Anlagen (Zentraleinheiten/Konfigurationen) darf die Standardsoftware

* installiert werden?

* gleichzeitig genutzt werden?

- Benutzung auf einer Ausweicheanlage ist zulässig (= nicht regelungsbedürftig).
- Von wieviel Benutzern darf sie benutzt werden?

* Gleichzeitig aktive Benutzer
(meist vorzuziehen) oder benannte Benutzer (meist nachteilig)

- * Differenzierung zwischen Vollnutzern und Informationsnutzern (für diese geringere Vergütung)

Erweiterung des Benutzungsumfangs über den hinaus, der durch des Preis abgegolten ist

- Bedingungen für die spätere Ausweitung
- Preisstaffel im Prinzip festlegen
- Vereinbaren, daß Sonderrabatte fortgelten (gegebenenfalls bis zu einem bestimmten Datum)

Berechtigte Anwender

- nur für eigene Zwecke des Erwerbes
- auch für Zwecke anderer, zur Unternehmensgruppe des Erwerbers gehörende Gesellschaften
- auch für Dritte (externer Rechenzentrumsbetrieb)

Übertragung an Dritte: Eher nicht ansprechen, weil erlaubt - ein Recht zur Vermietung muß gesondert eingeräumt werden.

- Qualitativer Wechsel der DV-Anlage (zur Vergrößerung des Benutzungsumfangs siehe oben)
- Für welche DV-Anlagen ist die Software freigegeben?
- Welche anderen Varianten sind verfügbar?
- Zuschlag für deren Lieferung?
- Unterstützung bei Wechsel auf nicht-freigegebene DV-Anlagen

Änderungsrecht

- Durchführung durch andere Auftragnehmer
- Auswirkung auf Gewährleistungs-/Pflegepflicht
- auch zum Zwecke der Portierung?

Kopierrecht: Ergibt sich im wesentlichen aus den vorhergehenden Punkten.

Kopieren der (ausgedruckt gelieferten) Benutzerdokumentation

Softwareschutzmaßnahmen des Lieferanten: Diese dürfen den unge störten Einsatz nicht einschränken.

3.7.15.2 Anpassungsprogrammierung zu Standardsoftware

Den Überlassungsvertrag zwar frühzeitig schließen, aber unter Vorbehalt der Einigung über die Anpassungsprogrammierung

Phasenweise bei der Realisierung der Anpassungsprogrammierung wie bei der Erstellung von Software vorgehen

Eingriffe in den Source-Code möglichst vermeiden

Einen einzigen (Haupt-)Ansprechpartner des Lieferanten definieren

Werkvertragsrecht insgesamt vereinbaren

Sich einen Anteil an der weiteren Verwertung von Zusatzprogrammen sichern

3.7.15.3 Beschaffung unabhängig von Hardware (und Systemsoftware) über die Empfehlungen zur Beschaffung von Systemen hinaus

Siehe die Empfehlungen zur Beschaffung von DV-Anlagen

Art und Menge der benötigten Betriebsmittel (Anforderungen an die DV-Anlage) festlegen

3.7.15.4 Besonderheiten bei PC-Software

Installationsroutine vorhanden?

Bedingungen für Schulung und sonstige Unterstützung festlegen

3.7.16 Ergänzende Checkliste für die Beschaffung von Standardsoftware

Es folgen zwei Checklisten: Die erste in Pkt 3.7.16.1) ist als Ergänzung zur Beschaffung von Computersystemen um die Software spezifischen Punkte gedacht. Die zweite dient der Beschaffung von Standardsoftware allein; ergänzend ist die erste Checkliste in Pkt 3.7.16.1 zu beachten.

3.7.16.1 Softwarespezifische Ergänzungen zur Checkliste für die Beschaffung von Computersystem

Benutzungsumfang

Zahl der DV-Anlagen/Zentraleinheiten/Konfigurationen

Besonderheiten für Testen und Schulung

Definition der Anlage in Abhängigkeit von der Art und Größe der Anlage

Einsatzbeschränkungen innerhalb der Anlage

Einsatz auf einer Ausweichanlage

Einsatz auf einer anderen Anlage auf Dauer

- gelieferte Variante
- verfügbare andere Varianten; zusätzliche Vergütung dafür
- Einsatz auf Computern, für welche die Software nicht freigegeben sind

Einsatz zu Gunsten Dritter

- direkt (RZ-Service), auch durch Dritte
- mittelbar (Hilfsmittel für eigene entgeltliche Tätigkeit)

Übertragung an Dritte

- Abwicklung
- Ausschluß/Genehmigungsvorbehalt bei Source Code

Änderungs-/Erweiterungsrecht

- Einschaltung Dritter als Auftragnehmer
- Informationen über Schnittstellen

Herstellen von Kopien der Software

- Zwecke: Sicherung, Fehlersuche, Modifikationen
- Übernahme von Copyrightvermerken auf Datenträgern
- Ort der Aufbewahrung

Herstellen von Kopien der Dokumentation

- Copyrightvermerke
- Nachkauf

Softwareschutz

Maßnahmen des Lieferanten

- verursachte Einschränkung des Benutzungsumfangs

Pflichten des Anwenders

Kenntnisgabe des Source Code an Dritte

Vergütung

Abhängigkeit vom Benutzungsumfang

für Erweiterung des Benutzungsumfangs in der Zukunft (zB Rabattstaffel, größenabhängige Entgelt)

für Ersatzlieferung bei Verlust der Software: nur Erstattung des Kopieraufwands

Anpassungsprogrammierung durch Lieferanten

Positionen

Pflichtenheft/endgültige Spezifikation

Eingriffe in Source Code

Preisfindung

Unterstützung durch den Anwender

Lieferpflicht Source Code/systemtechnische Dokumentation

Benutzerdokumentation

Beteiligung des Anwenders an anderweitigen Einnahmen

Pflicht, künftig Aufträge über Anpassungsprogrammierung zu übernehmen

3.7.16.2 Checkliste für die Beschaffung von Standardsoftware allein

Vertragsgegenstand

Geschuldeter Gebrauch

- Vorgaben des Anwenders daran
- Dokumente des Lieferanten

im Hinblick auf

- Funktionalität
 - Einsatz im Ausland
- Leistungsverhalten - gefordertes Leistungsverhalten (Antwortzeiten, Erledigungszeiten)
 - benötigte Betriebsmittel der Menge nach (Zielanlage)
- benutzerbezogene Qualität
- sonstige DV-technische Qualität

benötigte Betriebsmittel der Art nach (Zielsystem)

- Versionsstand der Systemsoftware

- Hilfsmittel für eigene Pflege

Darstellungsform (Source-/Objekt Code)

- bei Objekt Code: Informationen über Schnittstellen

Datenträger

- Originaldatenträger
- Spezifikation (Kompatibilität mit DV-Anlage)

- Dokumentation
- Art, Umfang, Sprache, Menge, Speichermedium
- Testkunde (Daten mit Testdaten und vordefinierten Parametern/
Tabellen)

Schulungsunterlagen (Lernhilfen)

"Testinstallation" (siehe Checkliste Beschaffung System)

Einsatzvorbereitung allgemein; Installation Software;
Einsatzvorbereitung/Planung bzw. Durchführung (siehe Checkliste Beschaffung System)

systemtechnische Unterstützung durch den Anwender
Beistellungen durch den Anwender
DV-Anlage(n), auf der/denen zu installieren ist

Abnahme (siehe Checkliste Beschaffung System)
Besonderheiten bei Pilotinstallation

Termine für alle Leistungen/Mitwirkungen
Pflicht, auf drohende Nichteinhaltung hinzuweisen

Vertragsstrafe bei Verzug

Gewährleistung (siehe Checkliste Beschaffung System)

Miete

Höhe
Preisvorbehalt, Kündigungsrecht bei Erhöhungen
Mindestmietdauer/Beschränkung des Kündigungsrechts für Lieferanten
Kündigungszeitpunkt, Ankündigungsfrist

Kaufoption

Sonstige Pflichten des Anwenders

Beachtung der Benutzerdokumentation

Datensicherungsmaßnahmen

Änderung von Betriebsmitteln nur mit Zustimmung des Lieferanten

Rückgabe/Löschen bei Benutzungsende

Pflege (siehe Checkliste Pflege Standardprogramme)

Sonstiges (siehe Checkliste Beschaffung System)

Koppelung des Vertrags mit dem eines anderen Lieferanten (DV-Anlage)

4. SOFTWAREWARTUNGS- (PFLEGE-) VERTRÄGE

4.1 Rechtsnatur und Gegenstand

Ohne die ständige Unterstützung und Betreuung durch das Softwareunternehmen könnte der Anwender von Computersoftware häufig früher oder später auf Grund eines Softwareentwicklungs- oder Lizenzvertrags erworbene Software nicht mehr bestimmungsgemäß benutzen. Die Wartung der Software ist daher ein entscheidender Faktor für deren wirtschaftlichen Einsatz. Sie ist gelegentlich Gegenstand von Software-Überlassungs- oder Software-Erstellungs-Verträgen, wenngleich idR gesonderte Vereinbarungen getroffen werden. Da häufig 50% oder mehr der gesamten Software-Kosten auf deren Wartung entfällt, ist deren wirtschaftliche Bedeutung - und damit die Notwendigkeit einwandfreier Vertragsgestaltung - nicht zu unterschätzen.

Was nun unter Software-Wartung (-Pflege) verstanden wird, ist wegen der in der Praxis vielgestaltigen, häufig auch rein individuellen Vereinbarungen nicht klar zu beantworten. Die im Rahmen solcher Verträge erbrachten Leistungen unterscheiden sich von Unternehmen zu Unternehmen, oft auch von Fall zu Fall, und umfassen Leistungen an der Software selbst, sowie Leistungen im Bereich der "Umgebungs-Software", wie etwa Einschulung oder Anwender oder telefonische Hilfsdienste. Im wesentlichen geht es darum, Probleme abzudecken, die aus bisher unentdeckten Fehlern und veränderten Anforderungen entstehen, sowie Regelungen über Programmiererweiterungen/-Anpassungen zu treffen.

Wartung kann also zB stehen für

- die Suche nach und Behebung von Fehlern
- die Mitteilung von Änderungen von Programmen und anderen Informationen, soweit allgemein wichtig bzw marktüblich
- die Einfügung von Programmerweiterungen und Ergänzungen
- die Zurverfügungstellung neuer Programmversionen einschließlich Programmdokumentation
- die Verbesserungen
- die Einweisung des Personals in neue Programmversionen
- die technische Hilfe
- die Anpassung der Programme an geänderte oder neue Anlagen, Geräte oder Grund-Software oder geänderte Nutzungserfordernisse inkl. entsprechender Anpassung/Ergänzung der Programmdokumentation etc.

Es gibt daher keinen typischen "Wartungsvertrag". Je nach Art des vertraglich festgelegten Leistungsgegenstandes handelt es sich bei Software-Wartungs-Verträgen um Dienst- oder Werkverträge. Häufig liegt eine Mischform aus beiden Vertragstypen vor, da der Leistungsgegenstand teilweise erfolgsorientiert ist (zB Fehlerbeseitigung, Anpassungen), teilweise leistungsorientiert (zB Beratung). Konsequenzen daraus ergeben sich insbesondere für die Gewährleistung. Auch bei den Wartungsverträgen ist daher der Leistungsgegenstand klar und ausführlich zu definieren.

4.2 Arten der Softwarewartung

Folgende Arten der Softwarewartung sind zu unterscheiden:

- **"Gekoppelte" Softwarewartung** als Nebenleistung im Rahmen eines Hardware-Miet-oder-Wartungsvertrags (zB für Mikroprogramm, Betriebssystem), bei dem das Entgelt für die Softwarewartung im Entgelt für das System eingeschlossen ist.
- **Nebenleistung im Rahmen eines Softwarelizenzvertrags** mit periodische Lizenzgebühren, wobei das Entgelt für die Softwarewartung in der Lizenzgebühr eingeschlossen ist.

- **Softwarewartung während der Gewährleistungsfrist eines Softwareentwicklungsvertrags bzw eines Softwarelizenzvertrags** mit pauschaler Gebühr, wobei das Entgelt Teil der Kosten der Programm-entwicklung bzw der Pauschallizenz ist und sich die Leistungen der Softwarewartung auf die Korrektur von Programmfehlern beschränken.
- **Selbständige Leistung im Rahmen eines Softwarewartungsvertrags**
- **Softwareunterstützung nach Aufwand**, wenn der Anwender aus irgendeinem Grund auf die dauernde Wartung der Software nicht angewiesen ist oder eine solche nicht vereinbart wurde.

4.3 Typische rechtliche Probleme

Die wichtigsten rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit Software-Wartungs-Verträgen sind folgende:

4.3.1 Abgrenzung von Wartung und Gewährleistung

Software-Wartungsverträge regeln insbesondere auch die Beseitigung von Fehlern und Mängeln. Dies kann jedoch auch im Rahmen eines Software-Erstellungs-Vertrags oder Software-Überlassungs-Vertrags vom Vertragspartner im Rahmen des Entgelts für die Software-Erstellung oder Software-Überlassung geschuldete Leistung sein, für die nicht ein gesondertes Entgelt zu verrechnen ist.

Darauf ist bei der Vertragsgestaltung zu achten, so daß entweder die Entgeltspflicht im Rahmen des Wartungsvertrags erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist einsetzt und bis dahin nur für Leistungen ein Entgelt zu zahlen ist, die nicht von der Gewährleistungspflicht umfaßt sind oder aber - was vielleicht einfacher ist - für die Dauer der Gewährleistungsverpflichtung nur ein gemindertes Entgelt für die Pflege zu zahlen ist. - Dies kann natürlich im Einzelfall zu Abgrenzungs- und Formulierungsproblemen führen.

4.3.2 Neue Versionen

Software-Wartungs-Verträge sehen oft vor, daß der Anwender unter bestimmten Voraussetzungen neue Programmversionen übernehmen muß

oder daß nur die jüngste Fassung der Software gepflegt wird. Diese Verpflichtung dürfte für den Anwender zumutbar sein, weil dies zur Vermeidung oder Beseitigung von Mängeln oder zur Vermeidung anderer Probleme für den Anwender zweckmäßig ist.

Sollte dies wegen besonderer Umstände im Einzelfall nicht zumutbar sein, stellt sich das Problem, ob der Auftragnehmer zur zeitlich unbegrenzten Wartung der alten Programm-Version verpflichtet ist. Man wird davon ausgehen können, daß es in der Praxis üblich ist und auch dem Stand der Technik entspricht, Software dadurch zu pflegen, daß nach bestimmten, von Anzahl, Umfang und Auswirkung von Fehlern/Änderungen und Anpassungen abhängigen Zeitpunkten eine neue Programmversion herausgegeben und dann (allenfalls nach Ablauf einer gewissen Zeit) nur mehr diese gepflegt wird. Letztlich ist dies auch im Interesse des Auftraggebers, da dadurch die Kalkulation der Softwarewartung kostengünstiger gestaltet werden kann.

Für den Auftraggeber ist es jedenfalls sinnvoll, sich für den Fall, daß der Anwender nicht innerhalb angemessener Zeit auf die neueste Softwareversion übergehen will, ein Kündigungsrecht vorzubehalten.

4.4 Typische Leistungen der Softwarewartung

Der Inhalt eines Softwarewartungsvertrags läßt sich auf folgende Leistungsarten reduzieren:

- (Suche nach und) Behebung von Fehlern, die nie zu vermeiden sind, da ein Programm regelmäßig nicht zur fehlerfreien Datenverarbeitung unter allen, im praktischen Einsatz auftretenden Betriebsbedingungen fähig ist
- Anpassung der Software an die sich mit der Zeit ändernde Konfiguration der Hardware und Basissoftware, insbesondere des Betriebssystems
- Weiterentwicklung und Verbesserung von Anwendungssoftware, um den geänderten Anwenderanforderungen zu entsprechen
- Beratung beim Einsatz der Software
- Aufklärung von Bedienungsfehlern

- Beseitigung der Auswirkungen von Bedienungsfehlern
- telefonische Kurzberatung
- Lieferung neuer Releases bzw sonstige Weiterentwicklung der Software.

4.5 Wartungsbedingungen

Die zu wartende Software sowie die für die Wartung maßgeblichen Umstände und Betriebsbedingungen sind möglichst genau zu beschreiben, etwa nach folgendem Schema:

4.5.1 Softwarespezifikation

Die zu wartende Software ist mit mindestens folgenden Angaben zu beschreiben

- Anwendungen, Programm-Module, Grund- und Zusatzfunktionen
- Hard- und Softwarekonfiguration des Systems
- Einsatz- und Betriebsbedingungen (zB der Arbeitsstationen, Parallelbetrieb, Arten, Mengen und Strukturen der verarbeiteten Daten, Häufigkeit und Periodizität der Durchführungen).

4.5.2 Mehrfachnutzung

Zu klären ist, ob für jede eingesetzte Softwareversion ein Wartungsvertrag abgeschlossen werden oder ob eine von ihnen als "Wartungsversion" bezeichnet werden kann, welche das Softwareunternehmen wartet, während der Benutzer Programmkorrekturen, neue Releases etc auf die anderen, parallel genutzten Versionen übertragen kann.

4.5.3 Modularisierung

Bei Softwaresystemen ist zu klären, ob die Softwarewartung auf bestimmte Teile (Module) beschränkt werden kann oder ob funktionell eng aufeinander

bezogene Softwarepakete separat oder nur als Gesamtpaket gewartet werden können.

4.5.4 Softwareänderungen

Es ist zu klären, ob und in welchem Umfang (unter welcher Wartungskategorie) das Softwareunternehmen Softwarewartung auch für geänderte bzw an spezifische Einsatzbedingungen des Benützers angepaßte Software (allenfalls nach vorheriger Überprüfung) anbietet.

4.5.5 Ersatzlieferung

Es ist zu vereinbaren, ob sich die Softwarewartung auch auf den Ersatz irrtümlich veränderter oder gelöschter Programmkopien erstreckt.

4.5.6 Softwarewartung im Schnittstellenbereich

Es ist klarzustellen, ob das Softwareunternehmen auch in diesem Bereich Wartung leistet.

4.5.7 Übertragung der Softwarewartung

Zum regeln ist, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen die Softwarewartung auf ein anderes System, auf ein anderes beim Anwender installiertes Exemplar der gewarteten Software oder auf einen anderen Anwender (zB bei einer Veräußerung des Systems) übertragen werden kann.

4.6 Art und Umfang der Leistungen

Es soll im Vertrag klar geregelt werden, welche der folgenden Leistungen das Wartungsunternehmen gegen pauschalierets Entgelt oder nach Aufwand im Rahmen eines Wartungsvertrags oder kostenlos im Rahmen eines Softwareüberlassungsvertrags erbringen muß:

4.6.1 Korrektur von Programmfehlern

Folgende Leistungen können im Zusammenhang mit der Fehlerkorrektur vereinbart werden:

- Beratung und Unterstützung bei auftretenden Problemen durch telefonischen Auskunftsdienst ("Hot-Line"-Service), Dokumentation, Reference Manuals, etc
- Unterstützung bei Analyse und Dokumentation von Programmfehlern: Definition des Fehlerzustandes durch Wartungstechniker, Analyse- und Diagnose-Programme sowie Testhilfen, allenfalls durch Ferndiagnose, durch Kontaktaufnahme mit dem Wartungssystem des Softwareunternehmens über ein Telekommunikationsnetz.
- Korrektur von Programmfehlern durch Lieferung eines Korrektur-Codes, Entwicklung und Installation einer Umgehungslösung ("emergency bypass") oder Entwicklung und Einbau vorläufiger Korrekturen("temporary fix")
- Austesten und Einführung des Fehlerkorrektur-Codes mit Erkennen und Beseitigung von Folge-Fehlern aus dem Einbau des Korrektur-Codes
- entsprechende Änderung/Ergänzung der Programmdokumentation und Nachschulung des Personals

4.6.2 Anpassung der Software an Anwenderbedürfnisse

Folgende Leistungen können im Zusammenhang mit der Anpassung der Software an spezifische Anwenderbedürfnisse bzw "Parametrisierung" vereinbart werden:

- Entwicklung des Programmcodes in einer zum Einsatz auf dem Computer des Anwenders und unter seinen Betriebsbedingungen geeigneten Form
- Leistungen im Zusammenhang mit Installation und Einführung von angepassten Systemen: Eingabe, Umwandlung, Funktionstest und Anfahren des Programms, Einbau von Schnittstellen, Durchführung einer Abnah-

meprüfung, Ausbildung und Einführung des Personals, organisatorische Beratung und Unterstützung

- Änderung variabler Parameter ("Parametrisierung")
- Anpassung an die systemtechnische Umgebung, insbesondere bei Konfigurationsänderungen der Hardware oder des Betriebssystems
- Anpassung an geänderte externe Anforderungen: neue rechtliche Vorschriften (zB im Steuerrecht), geänderte kommerzielle Standards, neue EDV-Normen (zB Programmierungs- und Dokumentations-Standards)

4.6.3 Weiterentwicklung der Software

Folgende Leistungen können im Zusammenhang mit der Weiterentwicklung vereinbart werden:

- Vorschlagsrecht der Anwender für Verbesserungen und Erweiterungen
- Information über Entwicklungen und Verbesserungen
- Teilnahme am Erfahrungsaustausch der Anwender
- Bezugsrecht für Weiterentwicklungen auf "Subskriptionsbasis"
- Lieferung neuer Programmversionen ("Releases")
- Vorschlagsrecht der Anwender für Verbesserungen oder Erweiterungen
- Information über Entwicklungen und Verbesserungen
- Teilnahme am Erfahrungsaustausch der Anwender
- Bezugsrecht für Weiterentwicklungen auf "Subskriptionsbasis"
- Lieferung neuer Programmversionen ("Releases")

4.7 Softwarewartungsbedingungen

Zu vereinbaren sind

- die Infrakstruktur des Wartungsunternehmens für die Wartung (Organisation, Möglichkeit der Fernwartung, Fehlerkorrektur "online")
- Wartungskategorien mit eindeutiger Beschreibung der in die einzelnen Kategorien fallenden Wartungsleistungen. Eine Änderung der Wartungskategorien, insbesondere eine Zurückstufung des gewarteten Program-

mes in eine tiefere Wartungskategorie, beeinflusst den Umfang der Wartungsleistungen und damit auch die Zuverlässigkeit der Aufrechterhaltung der Betriebstüchtigkeit zum Teil erheblich. Die Voraussetzungen und Bedingungen einer solchen Umstufung sind daher genau zu prüfen, insbesondere ob (und in welchem Umfang) bei Ankündigung eines neuen Release automatisch eine Zurückstufung in eine tiefere Wartungskategorie erfolgt.

- Ausführung von Wartungsarbeiten (zB zu welcher Zeit [Tageszeiten, Wochentage] die Wartungsleistungen erbracht werden), ob bei Nicht-Korrektur von Fehlern innerhalb bestimmter Frist ein "Eskalationsverfahren" vorgesehen ist etc
- Bedingungen für die Lieferung und Installation neuer Programmversionen (zB in welcher Form neue Versionen des gewarteten Programms geliefert werden [Format, Datenträger], zu welcher Beratungstätigkeit das Wartungsunternehmen betreffend die Einführung eines neuen Release verpflichtet ist, ob das Softwareunternehmen Anpassungen des neuen Release an besondere Einsatz- und Betriebsbedingungen des Anwenders vornimmt).

4.8 Mitwirkung des Anwenders

Softwarewartung setzt die Mitwirkung des Anwenders voraus. Dieser hat also gewisse Obliegenheiten, die im Vertrag explizit vereinbart werden sollen. Neben allgemeinen Obliegenheiten (Gewährung von Zutritt, Datensicherung) ist insbesondere folgendes zu beachten:

- **Letzte gültige Programmversion**

Ist der Anwender zur Installation der jeweils letzten gültigen aktiv gewarteten Version des Programms verpflichtet bzw welche nachteiligen Folgen treten ein, wenn der Anwender dies nicht tut?

- **Aufrechterhaltung der "Einsatz- und Betriebsbedingungen"**

Der Anwender soll zur unverzüglichen Mitteilung einer Änderung der vereinbarten und definierten Einsatz- und Betriebsbedingungen verpflichtet sein. Welche Folgen hat deren Änderung?

- **Mitwirkung bei der Fehlerdokumentation**

Der Anwender soll die gemeinsam festgelegten Richtlinien für Fehlermeldungen etc einhalten. Ist der Anwender zur Überwachung, Kontrolle, Registrierung und Dokumentation der Programmfunktionen und der Programmfehler verpflichtet? Wenn ja, sind diese Aufgaben genau zu spezifizieren.

- **Beistellung von Mitteln zur Fehleranalyse und -korrektur**

Wie weit muß er Anwender bei der Analyse, Test und Rekonstruktion der Fehlerbedingungen mitwirken und zu diesem Zweck dem Softwareunternehmen Maschinenkapazität, Testdaten, Datenträger, Dokumente, Bedienungspersonal etc zur Verfügung stellen.

4.9 Entgelt und Zahlungsbedingungen

Zu regeln ist, welche Leistungen in dem pauschalierten Wartungsentgelt eingeschlossen sind, ob die nicht eingeschlossenen Leistungen vom Softwareunternehmen "in Regie" angeboten werden bzw wie sie dann verrechnet werden, welcher Preisschutz gegenüber späteren Erhöhungen des periodisch zu zahlenden Wartungsentgelts besteht (zB durch Indexierung), welche Ansätze für die nicht geschlossenen Leistungen zur Programmwartung ("Regie-Arbeiten") gelten, welche Nebenkosten anfallen, welche Entgeltstruktur bzw welche Rabatte bei Mehrfachnutzung bestehen.

4.10 Gewährleistung/Garantie

Im Interesse der zweckentsprechenden Einsatzfähigkeit der Software unter den definierten Einsatz- und Betriebsbedingungen sollte das Softwareunternehmen bestimmte Gewährleistungen bzw Garantien für die Qualität der Wartung übernehmen. Zu regeln wäre folgendes:

4.10.1 Garantie für Reaktionszeiten

- Reaktionszeiten für den Beginn von Wartungsarbeiten ab Fehlermeldung des Anwenders ("Response-Time")
- Durchführung eines "Eskalationsverfahrens", wenn der Programmfehler nicht innerhalb einer bestimmten Frist analysiert und korrigiert wird
- durchschnittliche und maximale Dauer zur Korrektur analysierter und dokumentierter Programmfehler (MTTR - Mean Time to Repair)
- Zusicherung einer definierten Mindestverfügbarkeit des Systems trotz auftretender Fehler während einer bestimmten Zeitspanne
- Garantie von durchschnittlichen und von Mindest-Zeiträumen zwischen dem Auftreten von Fehlerzuständen (MTBF-Mean Time Between Failure).

4.10.2 Betriebstüchtigkeit

Garantie der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Programme in den vorhin umschriebenen Grenzen, solange der Anwender die definierten Einsatz- und Betriebsbedingungen einhält.

4.10.3 Datensicherheit und Datenschutz

Übernahme von Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Wahrung der Datensicherheit und des Datenschutzes bei der Ausführung von Wartungsarbeiten, welche regelmäßig einen Zugriff auf die Datenbestände des Anwenders voraussetzen.

4.10.4 Folgen der Garantieverletzung

Als Folgen einer Garantieverletzung können zB vereinbart werden:

- Gutschrift bzw Rückerstattung von Wartungsgebühren
- ein "Bonus/Malus"-System für Überschreitung oder Unterschreitung der vorausgesetzten und zugesicherten Verfügbarkeitswerte

- Unterstützung bei der Rekonstruktion irrtümlich gelöschter oder veränderter Datenbestände des Benützers
- Ersatz von Mangelfolgeschäden in einem bestimmten Umfang

4.11 Vertragsdauer

Zu regeln ist unter anderem

- wie lange die Softwarewartung (mindestens) zugesichert wird (etwa während der voraussichtlichen wirtschaftlichen Lebensdauer des gewarteten Programms)
- unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang und mit welcher Frist der Anwender die Wartung des Programms ganz oder teilweise kündigen kann (etwa zum Ende einer Wartungsperiode, bei Rückstufung des Programms in eine andere Wartungsklasse, Erhöhung des Wartungsentgelts, Verlust der Kompatibilität der Programme mit der Hardware, deren Veräußerung, Untergang oder Nicht-Verfügbarkeit, wiederholter Nichterfüllung garantierter Verfügbarkeitswerte des gewarteten Programms).
- Welche Rechte der Anwender bei Vertragsbeendigung durch das Softwareunternehmen hat (zB ob er das Recht auf Herausgabe des Quellprogramms und Wartungsunterlagen hat).

4.12 Steuer- und Abgabenrechtliche Aspekte

4.12.1 Umsatzsteuer

Betreffend die Umsatzsteuer gibt es keine Besonderheiten, dh das Wartungsentgelt unterliegt der Umsatzsteuer mit dem Normalsatz von 20%.

4.12.2 Rechtsgeschäftsgebühr

Gemäß § 33 TP 5 Abs 1 Z 1 Gebührengesetz ("GebG") unterliegen Bestandverträge (§§ 1090 ff ABGB) und andere Verträge, auf Grund derer jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und

gegen einen bestimmten Preis erhält, einer Rechtsgeschäftsgebühr von einem Prozent nach dem Wert. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ("VwGH") gilt dies auch für Verträge über die Überlassung von Software (vgl dazu Wolff, Softwarelizenzverträge und Rechtsgeschäftsgebühr, EDV & Recht 1987/1, S. 4 ff). Hingegen unterliegen **Wartungsverträge generell** an sich **nicht** der **Rechtsgeschäftsgebühr**.

Es kommt nun in der Praxis vor, daß ein Rahmenvertrag geschlossen wird, dessen Inhalt auf verschiedene Verträge Bezug nimmt und auf diese anwendbare Regelungen enthält bzw diese als "integrierte Bestandteile" des Rahmenvertrages bezeichnet und durch diese ergänzt wird, im EDV-Bereich etwa ein Rahmenvertrag über ein Computersystem durch Verträge über die Miete und Wartung von Hardware bzw über die Überlassung (Lizensierung) und Wartung von Software.

Unbedachte Formulierungen in solchen Rahmenverträgen können sich gebührenrechtlich nachteilig auswirken, wie folgender Fall zeigt:

In der Präambel eines Rahmenvertrages über die Lieferung eines Computersystems wurden ein Miet- und ein Wartungsvertrag als "integrierte Bestandteile" des Rahmenvertrags bezeichnet.

In diesem heißt es weiter,

- bei Auslegung der Bestimmungen dieser Verträge sei davon auszugehen, daß sie eine Einheit bilden
- daß bei Unklarheiten und Widersprüchen die Bestimmungen des Rahmenvertrages denen des Miet- und Wartungsvertrages vorgehen
- daß die Vertragspartner bei Kündigung eines der Verträge das Recht haben, auch die anderen Verträge zu kündigen, wobei im Rahmenvertrag vorgesehen war, daß alle in ihm erwähnten Verträge, also insbesondere auch der Miet- und Wartungsvertrag, gemäß dem in ihm enthaltenen Bedingungen gekündigt werden können.

Im Rahmenvertrag war das monatlich zu zahlende Mietentgelt und das Wartungsentgelt getrennt ziffernmäßig angegeben.

Nach Auffassung der Finanzbehörde war nun in diesem Fall Bemessungsgrundlage für die Rechtsgeschäftsgebühr gemäß § 33 TP 5 Abs. 1 Z 1 GebG nicht nur das Mietentgelt, sondern die Summe aus dem im Rahmenvertrag angeführten Miet- und Wartungsentgelt. § 33 TP 5 GebG selbst sagt nicht, was unter dem für die Berechnung der Rechtsgeschäftsgebühr heranzuziehenden "Wert" zu verstehen ist. Der VwGH meint in ständiger Rechtsprechung, zum "Wert" zählen alle Leistungen, zur deren Erbringung sich der Mieter verpflichtet hat, um in den Genuß des Gebrauchsrechtes aus dem Objekt zu gelangen. Übernimmt der Vermieter gegenüber dem Mieter neben der bloßen Überlassung des Gebrauchs des Mietobjektes auch andere Verpflichtungen, die der Sicherung, der Erhaltung oder der Erleichterung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Mietobjektes dienen, dann ist das vom Mieter für die Übernahme der sonstigen Verpflichtungen des Vermieters zu zahlende Entgelt ebenfalls ein Teil des "Preises", und damit auch der Bemessungsgrundlage für die Rechtsgeschäftsgebühr.

Im Erkenntnis vom 2.6. 1987, 86/15/0138, meinte der VwGH nun zu diesem Fall, wenn in der Präambel eines Rahmenvertrages der Miet- und der Wartungsvertrag als "integrierte Bestandteile dieses Vertrages" bezeichnet werden und beide Verträge aufeinander Bezug nehmen, sei das im Rahmenvertrag festgesetzte Wartungsentgelt als Teil der Bemessungsgrundlage für die Festsetzung der Rechtsgeschäftsgebühr heranzuziehen. In diesem Fall liegen nicht zwei völlig voneinander getrennte Abreden über einen Bestandvertrag und einen Wartungsvertrag vor, sondern es ist das für die Wartung zu entrichtende Entgelt als Teil jener Leistungen zu betrachten, zu deren Erbringung sich die Mieterin verpflichtet hat, um in den Genuß des ungestörten Gebrauchsrechtes am Mietobjekt zu gelangen.

Er meinte weiter, im Rahmenvertrag seien alle Vereinbarungen, und zwar auch über die Wartung des Mietobjektes enthalten, da dieser die beigelegten Miet- und Wartungsobjekte als integrierte Bestandteil bezeichnet, sodaß nicht davon gesprochen werden könne, es handle sich um zwei völlig voneinander getrennte Abreden über einen Mietvertrag und einen Wartungsvertrag, auf die im Rahmenvertrag Bezug genommen wird. Sowohl die Formulierung, der Miet- und Wartungsvertrag bilden einen integrierten Bestandteil des Rahmenvertrages, als auch sein Inhalt, sprechen deutlich aus, daß "diese eine Einheit bildenden Verträge, wozu auch der Wartungsvertrag gezählt wurde,

eine so ineinander verzahnte Einheit bilden, daß im konkreten Fall der eine ohne den anderen nicht denkbar wäre". Das im Rahmenvertrag eingeräumte Recht, den Vertrag "insgesamt oder für einzelne Lieferungen und Leistungen" aufzukündigen, werde durch andere Vertragsklauseln (den Vertragspartnern steht das Recht zu bei Kündigung eines dieser Verträge auch die anderen Verträge zu kündigen; der Mieter hat die Beseitigung von Störungen, Umstellungen und Änderungen der Geräte nur durch den Vermieter ausführen zu lassen, die Wartung umfaßt die vorbeugenden Wartungsarbeiten, die Beseitigung von Störungen und Schäden...) jedenfalls für den Bereich des Wartungsvertrages wieder außer Kraft gesetzt. Es sei daher einerseits die besondere Bedeutung führt die Mieterin erkennbar, daß die gemietet EDV-Anlage ständig durch die Vermieterin so gewartet wird, daß sie jederzeit störungsfrei benutzt werden kann und andererseits, daß auch die Vermieterin ein eminentes Interesse daran hat, daß die ihr gehörende EDV-Anlage durch sie stets fachkundig gewartet wird.

Selbst wenn auf dem Gebiet des EDV-Wesens auch von anderen Verträgen unabhängige Wartungsverträge möglich wären, könne im vorliegenden Fall keine Rede davon sein, daß dies bei diesem Vertrag zutreffe. Das dafür entrichtete Entgelt ist daher als Teil jener Leistungen zu betrachten, zu deren Erbringung sich die Mieterin verpflichtet hat, um in den Genuß des ungestörten Gebrauchsrechtes am Mietobjekt zu gelangen.

Der VwGH berücksichtigt also bei der Auslegung des für die Bemessungsgrundlage der Rechtsgeschäfte heranzuziehenden "Wertes" (§ 33 TP 5 Abs 1 Z 1 GebG) den § 17 Abs GebG. nach welchem für die Festsetzung der Gebühren der Inhalt der "über das Rechtsgeschäft errichteten Schrift (Urkunde) maßgebend ist", also der Vertrag, und zu diesem Inhalt "auch der Inhalt von Schriften zählt, der durch Bezugnahme zum rechtsgeschäftlichen Inhalt" (im vorliegenden Fall insbesondere durch die Worte "integrierter Bestandteil") gemacht wird.

Die "Moral von der Geschicht' ":

Der Inhalt eines Vertrages über die Wartung von Hard- oder Software soll weder ausdrücklich noch inhaltlich durch Bestimmungen in einem Vertrag über die Miete von Hardware oder Überlassung (Lizensierung) von Software

oder in einem Rahmenvertrag (über ein Computersystem) zum Inhalt des Mietvertrages gemacht werden.

5. SOFTWAREVERTRIEBSVERTRÄGE

5.1. Interessenlage

5.1.1 Ziel und Zweck

Software, vor allem zB "Anwendungspakete" für die Lösung von Anwendungsproblemen aus Forschung und Technik, Wissenschaft, Administration, Rechnungswesen, Bild-, Grafik- und Textverarbeitung erfordern Investitionen, die mehrere oder sogar viele Mannjahre ausmachen können. Sie können grundsätzlich für die Lösung gleicher oder ähnlicher Anwendungsprobleme einer Vielzahl von Benützern eingesetzt werden.

In maschinell lesbarer Form auf Datenträger gespeicherte Software kann sehr einfach vervielfältigt und vertrieben werden. Es ist daher ein natürliches Bestreben aller Softwareentwickler, das Resultat ihrer Arbeit gegen Entgelt möglichst vielen Anwendern zur Verfügung zu stellen und dadurch die hohen Entwicklungskosten zu amortisieren.

5.1.2 Schutz der Interessen

In eine Software-Entwicklung ist oft sehr erhebliches EDV-technisches und anwendungsorientiertes Know-how eingeflossen. Das fertige Programm verkörpert daher sowohl für den Software-Entwickler wie auch für den Anwender, der oft durch den Einsatz von Software eine erhebliche Rationalisierung in seiner Arbeit hofft, einen hohen Wert. Software kann jedoch sehr einfach vervielfältigt und kopiert werden. Es geht daher auch beim Vertrieb von Software darum, das in ihr verkörperte Know-how und die an ihr bestehenden Schutzrechte vor der Nutzung durch Unberechtigte zu schützen.

Für einen Anwender individuell entwickelte Software enthält oft bzw beruht auf dessen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und verleiht ihm einen Wettbewerbsvorsprung. Bei der Lizenzierung solcher Software an Dritte sind daher auch wettbewerbsrechtliche Aspekte zu berücksichtigen.

Das Vertriebsunternehmen (Distributor) will häufig die (Nutzungs-)Rechte an der Software an seine Kunden nur im Rahmen einer "End User"-Lizenz des Rechteinhabers weitergeben, so daß die entstprechenden rechtlichen Beziehungen direkt zwischen diesem und dem Kunden (Anwender) entstehen und damit auch ein zumindest nicht unwesentlicher Teil der Probleme direkt zwischen diesen entstehen kann und geregelt werden muß. So kann zB die Support-Verpflichtung direkt den Software-Entwickler treffen.

Andererseits will das Vertriebsunternehmen oft die Software in Kombination mit anderen Programmen und/oder Hardware vertreiben, muß daher die Kompatibilität sichern. Es hat dann auch großes Interesse daran, daß es die vertriebene Software unterstützen kann und dies auf Dauer gesichert ist. Es will daher auch über den Source-Code verfügen. Wegen der entgegengesetzten Interessen des Rechteinhabers ist dann eine treuhändige Hinterlegung des Source-Code sinnvoll.

5.2 Rechtsnatur

Software-Vertriebsverträge enthalten Elemente von Handelsvertreter- oder Vertragshändlerverträgen. Geht man davon aus, daß Software meist ein Werk im Sinne des UrhG ist, ergeben sich für entsprechende Vertriebsverträge Besonderheiten: Der Vertrieb ist ja dann eine "Verbreitung" im Sinne § 16 des UrhG und damit grundsätzlich dem Urheber bzw den Inhabern einer entsprechenden Werknutzungsberechtigung (§ 24 UrhG) vorbehalten. Der "Vertriebsvertrag" betreffend urheberrechtlich geschützte Software ist also ein Vertriebslizenzvertrag. Insoweit unterscheiden sich Vertriebsverträge über Software ganz wesentlich von anderen Vertriebsverträgen. Praktisch wird mit einer solchen Lizenz nicht nur die Befugnis zur Verbreitung der Software, sondern häufig auch zu deren Vervielfältigung, also zur Herstellung der zur Verbreitung bestimmten Werkstücke (Programmkopien) eingeräumt. Es handelt sich also um einen Verlagsvertrag; dieser ist ja dadurch charakterisiert, daß der Urheber eines Werkes einem anderen dieses zur Vervielfältigung und Verbreitung überläßt.

5.3. Typen von Software-Vertriebsverträgen

Je nach Art des Zusammenwirkens zwischen dem Software-Entwickler und dem Software-Vertriebsunternehmen lassen sich insbesondere folgende Formen des Software-Vertriebs unterscheiden:

- 5.3.1 Der Software-Entwickler hat für einen Anwender ("Pilot-Kunden") Software entwickelt und ist nun daran interessiert, diese (zum Schutz des Anwendungs-Know-how des Erstanwenders oft in einer sogenannten "standardisierten Vertriebs-Version") weiteren Kunden entgeltlich zur Verfügung zu stellen: Der Pilot-Kunde kann dadurch einen Teil der in die Entwicklung geflossenen Investitionen amortisieren.
- 5.3.2 Diese Lösung ist auch dort möglich, wo der "Pilot-Kunde" in erheblichem Umfang eigene Leistungen erbracht hat und die Beteiligung am Ertrag aus dem Vertrieb der Standard-Version eine Abgeltung dieses besonderen Entwicklungsbeitrages darstellt, nicht zuletzt als Folge von Auseinandersetzungen der Parteien eines durch Kostenüberschreitung geplagten Software-Entwicklungsprojekts.
- 5.3.3 Ein Anwender hat Software für den eigenen Gebrauch entwickelt, welche er über ein EDV-Unternehmen oder ein spezialisiertes Softwareunternehmen an Dritte vertreiben will. Viele Computer-Hersteller sind bereit und interessiert, alle Rechte oder zumindest Vertriebsrechte an solcher Software zu erwerben, sie in ihre eigene "Programmbibliothek" aufzunehmen und an Dritte zu vertreiben, weil dies den Absatz ihrer Produkte fördert.
- 5.3.4. Der Software-Entwickler hat von vornherein als Standard-Lösung konzipierte Software entwickelt, welche er über (ein) andere(s), dafür besser geeignete (s) Unternehmen vertreiben will. In den beiden zuletzt genannten Fällen wird der Softwareentwickler dem Vertriebsunternehmen die Software entweder auf eine Masterdisk (CD-ROM, Diskette, Band) und die Dokumentation mit dem Recht zur Vervielfältigung, dh Anfertigung von Kopien für deren Vertrieb geben oder die Software direkt installieren oder auch jeweils ein (versiegeltes) Paket mit der Software zur ungeöffneten Weiterlieferung an den Anwendern liefern. Wofür er sich entscheidet, hängt von seiner Geschäftspolitik ab.

Der Inhalt entsprechender Verträge ist einerseits ähnlich dem von Vertriebsverträgen allgemein, muß andererseits aber auch die Besonderheiten der

Software berücksichtigen, insbesondere, daß es sich bei ihr (meist) um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handelt, dessen rechtmäßiger Vertrieb ein urheberrechtliches Verbreitungsrecht voraussetzt. Der Vertrag weist meist insoweit daher auch Merkmale eines Lizenzvertrages auf, enthält also eine "Vertriebslizenz".

Wegen der Vielfalt und der unterschiedlichen Interessenlage beim Software-Vertrieb können die im folgenden angeführten Punkte nur als grobe Anleitung dafür dienen, was geregelt werden sollte (könnte), zumal Software-Vertriebsverträge in der Regel individuell ausgehandelt werden. Für die Zwecke des Vertrages sind die wichtigsten Begriffe zur Klarstellung zu definieren, zB die "lizenzierte Software", das Vertragsgebiet, der Markt (wenn die Lizenz nur für bestimmte Anwendungsgebiete oder Branchen erteilt wird).

5.4 Vertragsinhalt

5.4.1 Vertragsgegenstand

Es ist genau festzulegen und zu beschreiben, was Gegenstand des Vertriebsvertrages ist (ua zB welche Version bzw welches Release der Software). Es kann Standardsoftware sein oder auch Resultat eines Software-Projektes, das sich über das konkrete Projekt hinaus vermarkten läßt, oder aber ein im Hinblick auf "Standardisierung" - unter Unterdrückung vor allem aus Gründen der Aufrechterhaltung der Konkurrenzfähigkeit des Bestellers vertraulich zu behandelnder, anwendungsbezogener Informationen - "neutralisiertes" Software-Paket. Ein solches sollte vor der Aufnahme des Vertriebs in einem gemeinsamen Protokoll der Partner zur "standardisierten Vertriebsversion" erklärt werden.

5.4.2 Vertriebslizenz

Unter diesem Gesichtspunkt zu regeln, sind die Natur der Lizenz (ausschließlich/nicht-ausschließlich, übertragbar/nicht übertragbar und insbesondere auch Beschränkungen des Vertriebs (für bestimmte Hardware, für ein bestimmtes Betriebssystem oder Gebiet etc.)). Auch die Lizenzbedingungen, welche mit Dritten zu vereinbaren sind (besonders betreffend den Umfang des Benutzungsrechtes Vertraulichkeit und Schutzrecht) sollten festgelegt werden.

Handelt es sich um (an sich) individuell für einen Besteller entwickelte Software, die sich aber weiter vermarkten läßt, sollten der Ersteller der Software und der Besteller von vornherein regeln, welcher der beiden Vertragspartner (normalerweise das spezialisierte EDV-Unternehmen) bzw ob jeder der beiden Partner der Software-Entwicklung berechtigt ist, am entwickelten Softwarepaket im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Dritten Nutzungsrechte und allenfalls sogar nachgeordnete Vertriebslizenzen einzuräumen.

5.4.3 Vertriebsart

Zu regeln ist, ob das Vertriebsunternehmen die Software im Wege von Unterlizenzen, die im eigenen Namen eingeräumt werden, oder als Vertreter im Namen des Inhabers der Rechte an der Software im Wege eines Lizenzvertrages direkt zwischen seinen Kunden und jenem vertreibt, also als Handelsvertreter mit Abschlußvollmacht agiert.

5.4.4 Lizenzgebiet

Klarzustellen ist, für welche Gebiete die Rechte eingeräumt werden.

5.4.5 Lizenzgebühren

Zu regeln ist insbesondere die Art der Lizenzgebühr, deren Höhe und was diese umfaßt.

Meist wird eine Stücklizenz für jedes lizenzierte Softwarepaket - allenfalls bis zu einem Maximalbetrag - vereinbart. Eine pauschalisierte Summe (Maximalbetrag) wird manchmal vereinbart, wenn die Software vom Vertriebsunternehmen selbst auf Bestellung entwickelt wurde. Sie sollte sich nach dem vom Besteller als Entgelt bzw als "Eigenleistung" für die Entwicklung und Einführung des Softwarepakets erbrachten Aufwendungen oder der voraussichtlichen wirtschaftlichen Nutzungsdauer eines in seinen wesentlichen Bestandteilen unveränderten Anwendungspaketes während einer bestimmten Periode (zB 5-10 Jahre nach Ablieferung des Software-Paketes beim Besteller) richten.

Als zusätzliches Entgelt wird sich der Besteller oft ausbedingen, daß ihm Weiterentwicklungen und Verbesserungen, die bei der Einführung des Software-Paketes bei Dritten anfallen, unentgeltlich zur Benutzung zur Verfügung gestellt werden.

Eine Pflicht des Vertriebsunternehmens, den Absatz der Software nach Kräften zu fördern, ist vor allem vorzusehen, wenn es ein exklusives Vertriebsrecht hat. Besser ist es, mit ihm bei einem exklusiven Vertriebsrecht einen von ihm jährlich unabhängig vom tatsächlichen Umsatz zu zahlenden Mindestbetrag (Mindestlizenzgebühr) zu verlangen, da exklusive Rechte den Rechteinhaber nicht nur von der Vergabe entsprechender Vertriebsrechte an andere ausschließen, sondern auch selbst die Software zu vertreiben. Der Partner hat das Vertriebsunternehmen für den Vertrieb mit Unterlagen, Informationen und durch die Mitwirkung an Vorführungen oder Demonstrationen zu unterstützen bzw seine Anwendung als Referenz zur Verfügung zu stellen.

5.4.6 Gewährleistung für Rechte an der Software

Zu regeln ist, ob der Vertragspartner des Vertriebsunternehmens Gewähr dafür leistet, daß alle Rechte an der Software ihm zustehen oder daß er zumindest zur Einräumung der Vertriebslizenz befugt ist sowie ein Anerkenntnis des Vertriebsunternehmens, daß jenem alle Rechte zustehen und es nur ein Vertriebsrecht und ein auf vertriebsfördernde bzw -begleitende Maßnahmen eingeschränktes Nutzungsrecht (zB im Rahmen von Vorführungen/Demonstrationen, Schulung, Installation) erwirbt. Im Zusammenhang mit der Gewährleistung für Rechte an der Software kann auch eine Zusammenarbeit der Partner bei der Verteidigung der Schutzrechte an der vertriebenen Software vorgesehen werden.

5.4.7 Geheimhaltung

Art, Umfang und Dauer der Geheimhaltungspflicht sind im Detail zu regeln.

5.4.8 Vervielfältigungen

Zu regeln ist, wer die Kopien für die Kunden macht, ob es Beschränkungen für den Gebrauch der Kopien und für

deren Anzahl gibt etc.

5.4.9 Schadloshaltung

Klarzustellen ist, ob der Rechteinhaber das Vertriebsunternehmen gegenüber allen Ansprüchen Dritter schadlos hält, die aus dem Benutzung der Software durch Kunden und/oder Händler bzw deren Vertrieb resultieren.

5.4.10 Lieferung

Zu regeln ist insbesondere, wer und wann die Software dem Kunden liefert, das Vertriebsunternehmen oder dessen Partner.

5.4.11 Installation

Zu regeln ist, wer die Software bei den Kunden des Vertriebsunternehmens installiert, wann dies geschieht und wie dies zu vergüten ist.

5.4.12 Einschulung

Details der Einschulung des Vertriebsunternehmens und insbesondere von dessen Kunden durch den Rechteinhaber oder - eher der Praxis entsprechend - dieser durch das Vertriebsunternehmen sind zu regeln, insbesondere die Einführungsunterstützung und Anpassung ("Parametrisierung") der Software an besondere Einsatz- und Betriebsbedingungen des jeweiligen Anwenders; dies ist normalerweise eine Angelegenheit des spezialisierten EDV-Unternehmens.

5.4.13 Gewährleistung

Im Detail ist zu regeln, wofür und unter welchen Bedingungen der Rechteinhaber dem Vertriebsunternehmen bzw allenfalls bei direkten Verträgen mit dessen Kunden diesen Gewähr leistet.

5.4.14 Haftungsbeschränkungen

Für den Fall nicht ordnungsgemäßer Funktion der Software und daraus resultierender Schäden ist die Haftung auf bestimmte Arten des Ver-

schuldens, bestimmte Schadenstypen und möglichst auf einen bestimmten Höchstbetrag zu beschränken.

5.4.15 Software-Wartung

Der Anwender anspruchsvoller Software bedarf nicht nur eines Exemplares des Programmcodes und der Benützerdokumentation, sondern er muß auch über einen Partner verfügen, welcher in der Lage ist, die für die Aufrechterhaltung der dauernden Betriebstüchtigkeit der Software erforderliche Unterstützung zu leisten.

Voraussetzung dafür ist die Verfügung über die Entwicklungsunterlagen. Bei der Regelung des Software-Vertriebes ist daher immer auch festzulegen, wer die Software für die künftigen Anwender wartet und die näheren Einzelheiten dazu. Dabei ist zu berücksichtigen, daß dies üblicherweise nur durch spezialisierte Unternehmen der Softwarebranche gemacht werden kann, also das Vertriebsunternehmen die entsprechenden Voraussetzungen erbringen muß, und ihm dann auch der Source-Code und die Entwicklungsdokumentation zur Verfügung zu stellen ist.

5.4.16 Updates und Verbesserungen

Zu regeln ist, ob das Vertriebsunternehmen (dessen Kunden) Anspruch auf Updates und Verbesserungen hat und zu welchen Bedingungen.

5.4.17 Änderungen

Vorzusehen sind auch Regelungen, ob und unter welchen Bedingungen das Vertriebsunternehmen die Software bearbeiten (ändern, weiterentwickeln, anpassen) darf, wobei die bearbeitete Software nach wie vor den Regeln der Vertriebsvereinbarung unterliegen muß, und die Folgen für Gewährleistungs- und Wartungsverpflichtungen des Rechteinhabers als Partners des Vertriebsunternehmens.

5.4.18 Vertragsbruch

Die besonderen Umstände, welche die Vertragspartner als Vertragsbruch ansehen sowie überhaupt die Folgen eines Vertragsbruchs, sind klarzustellen.

5.14.19 Vertragsdauer

Unter diesem Gesichtspunkt sind nicht nur die Voraussetzungen für die Vertragsbeendigung zu regeln, sondern auch die Folgen, wie zB die Verpflichtung des Vertriebsunternehmers, die Software nicht mehr zu verwenden und zu vertreiben und alle Kopien zu vernichten bzw zurückzugeben und deren Vernichtung zu bestätigen.

5.14.20 Source-Code

Zu regeln ist, ob das Vertriebsunternehmen Zugriff zum Source-Code und zu Entwicklungs-Dokumentation haben soll und unter welchen Bedingungen.

6. VERTRÄGE ÜBER DIE HINTERLEGUNG VON SOURCE-CODE

6.1. Ausgangslage

Für die Behebung von Fehlern, Änderungen und die Pflege (Weiterentwicklung) von Software ist der Source-Code notwendig. Diesen steht der Rechteinhaber dem Anwender aber idR nicht zur Verfügung, da es relativ leicht ist, ihn verändert in den Objekt Code umzusetzen, aber dann sehr schwer, eine (unbefugte) Kopie nachzuweisen. Dies gilt nicht für nur im Objekt Code gelieferte Programme - eine Kopie im Objektcode ist idR leicht nachweisbar.

Der Software-Lieferant stellt auch aus einem zweiten Grund den Source-Code nicht gerne zur Verfügung: Ändert der Anwender die Software, kann dies deren Pflege durch den Lieferanten sehr erschweren. Ändert der Lieferant zB die Software, um einen Fehler zu beheben und hat der Anwender diesen Teil der Software bereits stark verändert, kann der Anwender unter Umständen die Korrektur nicht ohne weiteres in sein Programm übernehmen. Obwohl er dies selbst zu vertreten hat, wird er dann glauben, deswegen den Softwarelieferanten zur Verantwortung ziehen zu können. Würde er über den Source-Code nicht verfügen, könnte dieses Problem gar nicht entstehen.

6.2 Das Problem: Zugang zum Source Code

Für die Anwender von relativ billiger Standardsoftware ist die mangelnde Verfügbarkeit des Source Code idR von geringer Bedeutung. Für den Erwerber von teurer und/oder individuell erstellter Software, die häufig von größerer Bedeutung für ein Unternehmen sind, ist der Zugang zum Source Code jedoch sehr wichtig, ist es doch fast unmöglich, ohne diesen die Software pflegen und zu warten. Solange die Programmpflege (-wartung) durch den Lieferanten sichergestellt ist, gibt es kein Problem. Geht dieser jedoch zum Beispiel in Konkurs (was in der Softwarebranche nicht selten ist) oder werden alle seine Source-Code-Kopien zum Beispiel durch einen Brand vernichtet, kann der Anwender große Schwierigkeiten haben.

Will er dem vorbeugen, verlangt er daher, daß ihm der Source Code zur Verfügung gestellt wird. Diesem Wunsch stehen die Interessen des Software-Lieferanten entgegen. Die Lösung des Problems kann von der Stärke der Verhandlungsposition der Parteien abhängen. So wird bei Standardsoftware der Lieferant idR diesen Wunsch nicht erfüllen wollen.

6.3 Lösung des Problems: Hinterlegung des Source Code

Das Problem kann durch eine den Interessen beider Seiten Rechnung tragende, in den USA entwickelte und sich nun zunehmend in anderen Ländern verbreitende Vorgangsweise gelöst werden:

Der Software-Lieferant hinterlegt bei einem Treuhänder eine Kopie des Source Code samt Dokumentation mit dem Auftrag, diese dem Kunden bei Eintritt bestimmter, Bedingungen auszuhändigen. Der Treuhänder verpflichtet sich dazu mit Vertrag. Die entsprechenden Verpflichtungen können in einem Vertrag mit den drei Beteiligten als Partnern enthalten sein oder auch in getrennten Verträgen zwischen Software-Lieferanten und Treuhänder einerseits und zwischen jenem und dem Anwender andererseits (so zB schon im Lizenz-Vertrag betreffend die Software im Objekt-Code).

In einer Reihe von Ländern ist die Hinterlegung bei Notaren, Banken oder eigens dafür geschaffenen Gesellschaften möglich. In Österreich ist die Hinterlegung noch wenig üblich, kommt aber gelegentlich bei einem Notar vor.

Seit einiger Zeit ist auch die Hinterlegung bei einem Patentanwalt in Wien möglich.

6.4 Inhalt des Hinterlegungs-Vertrags

Der Vertrag sollte insbesondere folgendes genau regeln, wobei hier von der Konstruktion ausgegangen wird, daß alle drei Beteiligten Partner des selben Vertrags sind:

- die Verpflichtung des Software-Lieferanten zur Hinterlegung des näher definierten Source Codes samt Dokumentation beim Treuhänder innerhalb bestimmter Frist, zu dessen unverzüglicher Aktualisierung durch Updates etc und entsprechender Information des Anwenders
- die Befugnis **und** Verpflichtung des Treuhänders zu dessen Herausgabe an den Anwender beim (nachgewiesenen) Eintritt bestimmter Bedingungen (insbesondere Nichterfüllung von Gewährleistungs-, Wartungs-Pflege-Verpflichtungen, Tod oder Konkurs des Software-Lieferanten)
- die Verpflichtung des Anwenders, den Source Code nur nach Maßgabe der Bedingungen im (Lizenz-) Vertrag (betreffend die Software im Objekt-Ccode) zu verwenden
- die Verpflichtung des Software-Lieferanten und/oder des Anwenders zur Zahlung des Entgelts des Treuhänders
- Geheimhaltungsverpflichtungen des Treuhänders und des Anwenders
- einen Haftungsausschluß des Treuhänders für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität des hinterlegten Source Codes samt Dokumentation
- die Beendigung des Vertrags.

6.5 Verbleibende Probleme

Die Hinterlegung des Source-Code bei einem Treuhänder schließt allerdings nicht folgende Probleme aus:

6.5.1 Insolvenzrechtliche Probleme

Nach dem Recht mancher Länder gibt ein derartiger Vertrag dem Anwender nicht hinreichende Sicherheit, da zum Beispiel konkursrechtliche Bestimmungen den Masseverwalter unter Umständen berechtigen, die Vereinbarung aufzulösen und vom Treuhänder die Herausgabe des Source Codes zu verlangen, wie zB in den USA.

Wegen der auch in Österreich nicht völlig klaren Rechtslage sollte jedenfalls bei der Formulierung des Vertrages darauf geachtet werden, daß die Hinterlegung treuhändig ausdrücklich zugunsten des Anwenders erfolgt und mit dem Entgelt für die Lieferung der Software im Objekt Code auch die (zB durch den Konkurs des Software-Lieferanten) aufschiebend bedingte Übergabe des Source Codes entgolten ist.

6.5.2 Aktualität des Source Code

Für den Anwender ist es wichtig, daß der bei seinem Treuhänder hinterlegte Source-Code und die Dokumentation dem Objekt Code im jeweils aktualisierten/verbesserten Zustand zu dem Zeitpunkt entsprechen, in dem die den Herausgabeanspruch auslösende Bedingung eintritt.

Der Software-Lieferant wird nun - selbst wenn er dazu verpflichtet und entsprechend organisiert ist - bei Änderungen des Objekt Codes der beim Kunden eingesetzten Software häufig nicht (sofort) auch den hinterlegten Source Code samt Dokumentation entsprechend aktualisieren. Erst recht gilt dies, wenn er in finanzielle Schwierigkeiten gerät und letzten Endes in Konkurs: Gerade in solchen Fällen wird er andere Prioritäten haben, als den treuhändig hinterlegten Source Code zu aktualisieren. Der Kunde ist dann in der unangenehmen Situation, daß ihm der wegen des Konkurses des Lieferanten vom Treuhänder herauszugebende Source Code nicht ohne weiteres hilft, entspricht er doch nicht der von ihm zu diesem Zeitpunkt verwendeten Version des Objekt Codes.

7. LEISTUNGSSTÖRUNGEN: HAFTUNG FÜR VERZUG, MANGELHAFTE ERFÜLLUNG UND DIE NICHT-ERFÜLLUNG VON LEISTUNGEN, SCHADENERSATZ, PRODUKTHAFTUNG

7.1 Verzug

Der Verzug spielt bei der Erbringung von EDV-Leistungen eine besonders große Rolle, da er sehr häufig vorkommt. Bei Software-Verträgen ist er besonders bei der Erstellung von Individual-Software und der Anpassung von Standard-Software bedeutend. Die Ursachen des Verzuges können nicht nur im Bereich des Lieferanten liegen, sondern auch beim Anwender, wenn er die notwendige Kooperation, Information und Aufklärung, vor allem über betriebliche Umstände und Anforderungen unterläßt.

Bei der Vertragsgestaltung ist daher insbesondere auf folgendes zu achten:

___ aus der Sicht des Anwenders

- daß - soweit möglich - die vom Anbieter zu erbringenden Leistungen in einzelne Phasen mit einzelnen Termine zerlegt werden, bei deren Nicht-Einhaltung Pönalen zu zahlen sind;
- daß das Entgelt möglichst auf Teilzahlungen verteilt mit Fertigstellung der in einzelnen Phasen zu erbringenden Leistungen fällig wird; die Aufschiebung der Zahlung des gesamten Entgelts auf die Gesamtfertigstellung ist für den Anbieter nicht zumutbar, da er ja schließlich auch Aufwendungen und laufende Kosten hat.
- daß der Anwender ein Rücktrittsrecht hat, wenn ein weiterer Verzug des Lieferanten für ihn nicht akzeptabel ist, wobei dann auch geregelt werden müßte, was mit den bisher von beiden Seiten erbrachten Leistungen zu geschehen hat.

___ aus der Sicht des Lieferanten

- daß der Anwender zur zweckentsprechenden Kooperation, Information und Aufklärung verpflichtet ist und einen verantwortlichen Ansprechpartner zur Verfügung stellt.

Für die einzelnen zu regelnden Umstände sollte man Checkliste heranziehen.

Für die Nicht-Erfüllung von (Teil-)Leistungen des Lieferanten gilt das Obige im wesentlichen sinngemäß.

7.2 Gewährleistung bei mangelhafter Software

7.2.1 Mängeldefinition

Programmfehler sind häufig. Ein fehlerfreies Programm läßt sich - vor allem bei einiger Komplexität des Programms - nach dem derzeitigen Stand der Technik auch mit aufwendigen Testmethoden nicht erstellen. Nach Erfahrungsberichten gibt es durchschnittlich 1, 5 Fehler pro 100 Zeilen eines Programms. Die Hälfte entdeckt der Programmhersteller bei Tests. Es bleiben daher ca. 7 Fehler pro 1.000 Zeilen Code. 80% der erst während oder nach dem Abnahmetest gefundenen Fehler sind auf Fehler im Entwurf, nicht auf fehlerhafte Programmierung zurückzuführen. Standard-Programme sind ausgetestet und weisen daher weniger Fehler als Individualprogramme auf. Wegen der möglichen weitreichenden Auswirkungen von Software-Fehlern (vgl. dazu auch unten Pkt. 7.4.4) ist die daher die Gewährleistungspflicht des Erstellers oder Anbieters von großer Bedeutung.

Ein rechtserheblicher, unter die (gesetzliche) Gewährleistung fallender Mangel liegt vor, wenn eine Sache die ausdrücklich bedungenen oder die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften nicht aufweist (§ 922 ABGB). Nicht jeder Programmfehler ist ein solcher Mangel: Ein Fehler ist nur dann als Mangel eines Programms anzusehen, wenn er diese Kriterien erfüllt, also ZB wenn die Programmspezifikationen gemäß Leistungsbeschreibung/Pflichtenheft nicht erfüllt sind (ausdrücklich bedungene Eigenschaft!) oder wenn ein Buchhaltungssoftware noch mit 18% USt. anstelle mit 20% rechnet (im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft!). Zu den Rechtsmängeln vgl unten Pkt. 7.2.5.

Mängel können unter anderem sein

- Nichterfüllung (Fehlen) bestimmter Funktionen

- Falscherfüllung von Funktionen (Produktion fehlerhafter/falscher Ergebnisse)
- Schlechterfüllung von Funktionen (langsames Arbeiten, unübersichtliche Darstellung von Ergebnissen)
- nicht gewünschte Funktionen
- mangelnde Anwendbarkeit aus der Sicht des Anwenders, des Betriebs- und Wartungspersonals.

Die **Ursachen** dafür können unter anderem sein

- mangelnde Spezifikation
- Zeit- und Kostenbeschränkungen für den Software-Ersteller
- unsystematisches Vorgehen bei der Software-Erstellung
- falsche Software-Auswahl: die an sich mangelfreie Software entspricht nicht den konkreten Anforderungen des Anwenders.

Für die Rechtsanwendung und die Vertragsgestaltung ergeben sich weder aus Definitionen oder Aufzählungen wie den eben gegebenen unmittelbar verwertbare Ergebnisse, doch illustrieren diese den möglichen Umfang und das Ausmaß des Problems.

7.2.2. Anwendbares Gewährleistungsrecht

Die folgenden Ausführungen gelten, wenn oder soweit die Gewährleistung im Vertrag über die Softwareüberlassung nicht geregelt ist, was bei (billigen) Standard-Software (vgl. oben Pkt 3) eher der Fall ist als im Rahmen eines Vertrages über die Erstellung Software (vgl. oben Pkt 2).

7.2.2.1 Art der Softwareüberlassung

Das Gesetz regelt die Gewährleistung für einzelne Vertragstypen unterschiedlich. Welche Gewährleistungsbestimmungen auf die Überlassung von

Software anwendbar sind, hängt daher von der Art der Programmüberlassung ab.

Als **Faustregel** kann gelten, daß bei der zeitlich unbegrenzten Überlassung von Standard-Software die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts, bei der Erstellung von Individual-Software die des Werkvertragsrechtes und bei der Überlassung auf bestimmte Zeit bzw auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit die des Mietrechts anzuwenden sind.

Unabhängig vom anwendbaren Recht hat der Anwender Mängel zu dokumentieren und dem Lieferanten der Software mitzuteilen. Diese Pflicht darf bei einem Laien nicht überspannt werden, da von ihm nicht mehr als eine Beschreibung des Fehlers erwartet werden kann (Landgericht Hannover 26.6.84 BB 1985, 134).

Software kann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ein Werk iS des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) und als solches schützbar sein. Die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des UrhG kann auch bei nicht derart geschützte Software vereinbart werden; damit wird solche Software aber noch nicht zu einem urheberrechtlichen Werk, sondern es gilt nur zwischen den Vertragspartnern, jedenfalls nicht gegenüber Dritten, die Anwendbarkeit der entsprechenden Bestimmungen. Jedenfalls gibt es insoweit keine besondere gesetzliche Gewährleistungsregelung für Werke iS des UrhG. Die Gewährleistungspflicht des Anbieters folgt daher sowohl für urheberrechtlich geschützte als auch für ungeschützte Software denselben Regeln.

7.2.3 Standard-Software

7.2.3.1 Nutzungsrecht auf unbegrenzte Zeit

Stellt Software eine schöpferische Entwicklung (des Herstellers oder auch eines Dritten) dar, wird das Urheberrecht ihres "Schöpfers" geschützt. Da das Urheberrecht als solches nicht übertragbar ist, können auf die Verträge über die Einräumung von Nutzungsrechten an solcher Software **nicht nur** die kauf- und mietrechtlichen Vorschriften angewendet werden. Wer das Recht zur Nutzung solcher Programme erwirbt, erwirbt Eigentum nur am Da-

tenträger, an der Software nur ein **Nutzungsrecht** auf Grund einer **urheberrechtlichen Lizenz**.

Bei der Überlassung von Standard-Software (gegen Einmalzahlung) auf unbeschränkte Zeit, welches nicht ein Werk iS des UrhG ist – dies wird wohl aber die Ausnahme sein - sind grundsätzlich die kaufrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen anzuwenden, da hier ein dem Kaufvertrag sehr ähnliches Rechtsgeschäft vorliegt. Ein Kauf im eigentlichen Sinn liegt wohl nicht vor, da dieser grundsätzlich einen einmaligen Leistungsaustausch (Geld gegen Ware) voraussetzt, Softwareüberlassungsverträge aber auch bei Einmalzahlung den Anwender beim Gebrauch der Software beschränkende Bestimmungen (zB Verwendung nur auf einer CPU) enthalten, also als Lizenzvertrag gestaltet sind.

Die (analoge) Anwendbarkeit des Kaufrechts bestätigten auch deutsche Gerichte. In Österreich gibt es dazu noch keine Gerichtsentscheidungen.

Ist als Entgelt nur ein "Kaufpreis" vereinbart, also eine Einmalzahlung, so ist die Überlassung der Standard-Software auf unbeschränkte Zeit als kaufähnliche Nutzungsübertragung anzusehen, die mit einer Einmalzahlung abgegolten wird. Im Verhältnis zwischen dem Lieferanten der Software und dem Er....., ist also Kaufrecht anzuwenden.

Es soll aber nicht jeder Fehler die Gewährleistungsverpflichtung auslösen, sondern nur Fehler, die auch Mangel im Sinne der Gewährleistungsrechtes sind, also welche die technische Ausführbarkeit und Brauchbarkeit der Software betreffen, soweit nichts anderes vereinbart ist, insbesondere Eigenschaften zugesichert wurden.

Im Rahmen der Vertragsfreiheit – also innerhalb der grenzen des zwingenden Rechts - ist es allerdings möglich, Gewährleistung so zu vereinbaren, wie sie aus der Sicht der Parteien sinnvoll ist, also von typisch kaufrechtlichen Regelungen abweichend zu vereinbaren.

Was die Gewährleistungsbestimmungen betrifft, gilt das oben zu Pkt 6.2.2.2.3.2 Gesagte, da die Bestimmung des § 1096 ABGB sowohl für Miet- als auch für Pachtverträge gilt.

Bei der Überlassung von Standard-Software schuldet der Lieferant nicht wie bei einer Individual-Software eine ganz bestimmte Software, sondern einen nach bestimmten Leistungsspezifika beschreibbaren Softwaretyp. Eine derart nur der Gattung nach bestimmte Software muß (mangels abweichender Vereinbarung) mit dem Datenträger (nur) von mittlerer Art und Güte sein (§ 360 HGB).

Nach Kaufrecht hat der Anwender bei **wesentlichen**, dh den ordentlichen oder den vertraglich festgelegten Gebrauch verhindernden **Mängeln** das Recht, den Vertrag **aufzulösen**, wenn sie auch unbehebbar sind. Ist ein **wesentlicher Mangel behebbar**, hat er Anspruch auf "Verbesserung" (= kostenlose Beseitigung des Mangels). Statt der Verbesserung kann er auch angemessene **Preisminderung** verlangen. Verzug des Programm-Lieferanten mit der Verbesserung berechtigt nach angemessener Nachfristsetzung zur Auflösung des Vertrages.

Bei **unwesentlichen, unbehebbar**en **Mängeln** ist **nur Preisminderung** möglich, bei **unwesentlichen und behebbaren Mängeln** hat der Anwender die Wahl zwischen Verbesserung oder Preisminderung.

Zur Frage, wann ein Mangel von Software als wesentlicher oder unwesentlicher anzusehen ist, gibt es in Österreich noch keine Gerichtsentscheidungen.

Der Mangel muß - was bei Programmen die Regel ist - zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein. Offenkundige Mängel müssen sofort gerügt werden. Ansprüche sind innerhalb von 6 Monaten bei sonstigem Ausschluß mit Klage geltend zu machen. **Die Mängelrüge allein genügt nicht!**

7.2.3. Nutzungsrecht auf bestimmte Zeit oder unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit

Wird das Recht zur Nutzung von Software für einen bestimmten (wenn auch verlängerbaren) Zeitraum oder auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit gegen laufende Zahlungen eingeräumt - die Verträge sind meist als "Lizenzverträge" gestaltet - so sind idR die Gewährleistungsbestimmungen des Mietrechts anzuwenden. Es sind jedoch die Besonderheiten des Vertragsgegenstandes zu berücksichtigen. Der Lieferant hat dann dafür Gewähr

zu leisten, daß die Software in brauchbarem Zustand übergeben und für die gesamte Vertragsdauer in einem dem vertragsgemäßen Gebrauch entsprechenden Zustand erhalten wird (§ 1096 ABGB). Der vertragsgemäß geschuldete Gebrauch - insbesondere also, ob bestimmte Eigenschaften zugesichert wurden - ergibt sich in erster Linie aus dem Vertrag und ist allenfalls durch Auslegung zu ermitteln. **Eine insoweit klare und eindeutige Regelung ist daher wichtig!**

Während der Lieferant beim Kauf- oder Werkvertrag mangels abweichender Vereinbarung für die gesetzliche Gewährleistungsfrist von 6 Monaten Gewähr leisten muß, leistet er hier für die gesamte Vertragsdauer Gewähr. Die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften sind also für den Anwender viel vorteilhafter. Nach der gesetzlichen Regelung würde der Anwender für die Dauer und nach Maßgabe der geminderten Brauchbarkeit des Programms von der Zahlungspflicht befreit sein.

Es ist allerdings auch bei der Softwareüberlassung auf unbestimmte Zeit die Vereinbarung der kaufrechtsähnlichen Gewährleistungsbestimmungen möglich - und üblich! - mit dem Nachteil für den Anwender, daß er nach Ablauf der vereinbarten Gewährleistungspflicht (von zB 3 Monaten) das Entgelt in voller Höhe auch weiterzahlen muß, wenn Mängel auftreten, und er deren Behebung gesondert im Rahmen einzelner Aufträge oder einen Wartungsvertrages zu bezahlen hat.

7.2.4 Individual-Software

7.2.4.1 Unterschied zu Standard-Software

Der Unterschied zwischen Verträgen zur Überlassung von Standard-Software und zur Erstellung von Individual-Software besteht darin, daß bei diesen neben der Überlassung ein bestimmter Erfolg, nämlich das Erstellen einer näher definierten Software geschuldet ist ("Werkvertrag").

7.2.4.2 Mangeldefinition

Individual-Software ist idR nicht so ausgetestet und ausgereift wie Standard-Software; Fehler treten häufiger auf, Mängel sind bedeutender. Maßstab für die Prüfung ist idR nicht der (markt-)übliche Gebrauch - sondern der **vertrag-**

lich konkret vereinbarte Gebrauch, für den die Individual-Software tauglich sein muß. Ungenaue und unzureichende Formulierungen in den Programmbeschreibungen wirken sich ja unmittelbar zum Nachteil des Anwenders aus und verhindern vor allem, daß er ausreichend genau nachprüfen kann, ob die wesentlichen Spezifikationen erfüllt sind.

Nicht alle Störungen müssen vom Ersteller beseitigt werden. Auszuschließen sind vor allem vom Anwender zu vertretende Ursachen, wie zB

- Nichtbeachtung der Bedienungsanleitung
- Verwenden von vertragswidrigen Datenträgern
- Nichteinhaltung der Installations- und Aufstellungsvoraussetzungen
- riskante Handlungen wie Änderungen
- Einwirkungen aus der Risikosphäre des Anwenders, wie zufällige Ursachen oder höhere Gewalt.

7.2.4.3 Anwendbares Gewährleistungs-Recht

Das anwendbare Gewährleistungsrecht ist das des Werkvertrages, sodaß mangels abweichende Vereinbarung die kurze gesetzliche Gewährleistungsfrist von 6 Monaten gilt.

Nach der gesetzlichen Regelung ist anders als beim Kauf (vgl. oben Pkt 6.2.2.2.3.1) unabhängig von der Wesentlichkeit oder Behebbarkeit des Mangels auch Preisminderung möglich. Der Besteller kann also zwischen Vertragsauflösung und Preisminderung wählen.

7.2.5 Rechtsmängel

Ein Rechtsmangel liegt unter anderem vor, wenn der bestimmungsgemäße Gebrauch einer Sache Rechte Dritter verletzt. Die Verwendung von Software kann –vor allem wenn es sich um eine Raubkopie handelt - Rechte Dritter verletzen. Der Anwender hat dann nicht nur gegen den Lieferanten Gewährleistungsansprüche, sondern - wenn dieser von der Rechtsverletzung

wissen mußte oder sogar davon wußte - Schadenersatzansprüche, wenn ihn der Dritte in Anspruch nimmt.

7.2.6 Abdingbarkeit der gesetzlichen Gewährleistung im Vertrag

7.2.6.1 Allgemeines

Das Gewährleistungsrecht des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches ("ABGB") und des Handelsgesetzbuches ("HGGB") ist grundsätzlich abdingbar. Zugunsten der "Verbraucher", also von Personen, für welche das Geschäft nicht zum Betrieb des Unternehmens gehört, sieht § 9 Konsumentenschutzgesetz allerdings zwingende Gewährleistungsregelungen vor. Daneben hat die Rechtsprechung allgemeine Grenzen der Abdingbarkeit zivilrechtlicher Gewährleistungsbestimmungen entwickelt.

Sehr wichtig ist in diesem Zusammenhang die Leistungsbeschreibung (Pflichtenheft): Für nach dieser nicht geschuldete Leistungen (zB bestimmte Funktionen) und auch sonst nicht gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften der Software ist auch nicht Gewähr zu leisten. Insoweit stehen die vertragliche Leistungsbeschreibung und die Gewährleistungspflicht in engem Zusammenhang. Eine Leistungsbeschreibung, die zB klarstellt, mit welchen Störungen der Vertragspartner zu rechnen hat oder welche Eigenschaften oder Funktionen nicht erfüllt werden, erübrigt für diese Mängel einen Gewährleistungsausschluß. Allerdings darf mit Hilfe einschränkender Leistungsbeschreibungen das zwingende Verbot eines Gewährleistungsausschlusses nicht umgangen werden.

Soweit eine Leistungsbeschreibung nur die geschuldete Leistung präzisiert, insbesondere Zweifel über bestimmte Eigenschaften, Verwendungsmöglichkeiten, Funktionen, etc des Leistungsgegenstandes beseitigt oder bestimmte Mängel offenlegt, mit denen der Vertragspartner rechnen muß, wird das Verbot des (völligen) Gewährleistungsausschlusses nicht umgangen.

7.2.6.2 Ausschuß/Beschränkung der Gewährleistung

Der völlige Ausschuß einer Gewährleistung in allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen ist bei der Veräußerung fabrikneuer Waren nach der Rechtsprechung sittenwidrig. Die Beschränkung der Gewährleistung auf den Nachtrags- oder Verbesserungsanspruch ist hingegen zulässig.

Dies gilt auch für Verträge über die Überlassung von Software: Die Gewährleistung kann daher auf die nachträgliche Erbringung fehlender Eigenschaften, Funktionen, etc. der Software oder die Beseitigung von Mängeln beschränkt werden!

7.2.6.3 Gewährleistungsfristen

Die Rechtsfolgen der Gewährleistung treten nicht schon mit dem Vorhandensein der fehlerhaften Beschaffenheit ein, sondern müssen vom Erwerber **vor Gericht** durch Klage (oder Einrede gegenüber der Klage des Lieferanten) geltend gemacht werden.

Die im Gesetz dafür vorgesehenen Fristen können durch die Vertragspartner einvernehmlich verlängert oder verkürzt werden. Die von Softwareanbietern vor allem in ihren Standardbedingungen vorgesehenen (kurzen) Gewährleistungsfristen sind daher rechtlich zulässig, wenngleich für den Anwender oft unzumutbar kurz, da Fehler oft erst nach Ablauf der sehr kurzen Frist auftreten.

7.2.7 Programmwartung

Unter "Pflege" (auch "Wartung") eines Programms versteht man die Beseitigung von Mängeln und auch die Weiterentwicklung von Programmen (verbesserte "Versionen") oder auch die Anpassung an veränderte Bedingungen (zB an einen neuen USt-Satz) und den Austausch verbesserter Standard-Software einschließlich Dokumentation gegen neue, verbesserte Versionen. Obwohl Software ohne sachgemäße Pflege schnell unbrauchbar werden kann, wird diese nicht automatisch mit der Überlassung vom Lieferanten geschuldet. Dies ist gesondert zu vereinbaren, was auch häufig gemacht wird. Die Praxis ist insoweit bedenklich, als hier häufig gesondert etwas vereinbart

wird, was eigentlich ohnedies zur vertraglichen Hauptpflicht des Lieferanten gehört, nämlich (mangels abweichender Vereinbarung) beim "Kauf" die Mängelbeseitigung während der Gewährleistungsfrist, bei der "Miete" die Mängelbehebung während der Vertragsdauer.

Sinnvoll und notwendig sind gesonderte Vereinbarungen betreffend die Wartung, die über die eigentliche Überlassung hinausgeht und besondere Wünsche des Anwenders abdecken soll, oder bei Verträgen, die zeitlich unbegrenzt abgeschlossen werden und auf die deshalb reines Kaufrecht anzuwenden ist.

Zu beachten ist, daß diese (meist getrennt zu vergütende) Wartung nicht mit der Gewährleistung für Mängel der Software identisch ist, die im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sind und Gewährleistungsansprüche auslösen.

Dem Anwender sollte ohne gesonderte Berechnung die jeweils neueste Version der Software und der Dokumentation überlassen bzw die vorhergehende gegen diese ausgetauscht werden. Die Installation der verbesserten Versionen, eventuelle Nachschulungen, Umstellungen der Software auf ein anderes Betriebssystem etc erfolgen idR gegen (zusätzliche) Vergütung.

7.3. Leistungsstörungen bei gemeinsamer Anschaffung von Hardware und Software

Oft wird die Hardware und die Software vom selben Anbieter erworben. Kommt es zu Schwierigkeiten bei der Installation der Software, da sie nicht oder nicht zum vereinbarten Zeitpunkt die an sie gestellten Anforderungen erfüllt, erhebt sich die Frage, ob der Anwender den Vertrag nicht nur betreffend die Software, sondern auch die an sich ordnungsgemäß funktionierende Hardware auflösen kann. Gibt es für beide nur einen Vertrag, stellt sich kein besonderes Problem, wohl aber, wenn es zwei getrennte Verträge gibt.

Daß mehrere Leistungen in verschiedenen Verträgen geregelt werden, schließt nun nach ständiger Rechtsprechung nicht die Möglichkeit aus, daß diese als rechtliche Einheit anzusehen sind. Es ist dabei auf folgende Umstände abzustellen:

- Entstehungsgeschichte der Verträge (Äußerungen der Vertragspartner bei den Vertragsverhandlungen)
- Umstände des Vertragsabschlusses (zeitliche Nähe!)
- Anhaltspunkte in den Verträgen (gegenseitige Verweise!)
- Beurteilung nach Natur und Gegenstand der Verträge (wirtschaftlicher Zusammenhang des Hardware- und des Software-Vertrages, da Software für die Hardware nötig ist!)

In der Regel wird das Problem in der **Anwender**-Software liegen. Nach einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes kommt es nun für die Lösung des Problems nicht darauf an, ob der eine Teil der Leistung ohne den anderen grundsätzlich unbrauchbar wird, sondern darauf, ob es sich vom Standpunkt des Anwenders aus unter Berücksichtigung des den Vertragspartnern bekannten Vertragszweckes um eine solche Einheit handelt, die dem Vertragszweck nur durch das ordentliche Funktionieren **aller** ihrer Teile gerecht wird. Ob es noch andere Möglichkeiten gibt, den mangelhaften Leistungsteil des Anbieters zum ordentlichen Funktionieren zu bringen, ist nach der Auffassung des OGH unbeachtlich. Daher spielt es für die Teilbarkeit der Anwender-Software keine Rolle, ob sich der Anwender ein entsprechendes Programm bei einem (anderen) Software-Haus - und dies meist unter beträchtlichen Mehrkosten - besorgen könnte. Dem Anwender kann auch in der Regel nicht unterstellt werden, er verzichte notfalls auf dieses Programm und auf die volle Nutzung der Anlage für seine Zwecke.

Ist die gesamte Anwender-Software für den Anwender unbrauchbar, ist daher davon auszugehen, daß beim Erwerb von Hardware und Software vom selben Anbieter auch zwei getrennte Verträge unter den oben angeführten Gesichtspunkten rechtlich als Einheit anzusehen sein können, mit der Folge, daß die Unbrauchbarkeit der Software den Anwender nicht nur zur Auflösung des Software-Vertrages sondern auch des Hardware-Vertrages berechtigt.

Dies hat der österreichische Oberste Gerichtshof in einigen Entscheidungen bejaht; auch in der BRD wird dies bereits durch eine Reihe von Entscheidungen anerkannt.

Selbstverständlich können die Vertragsparteien vereinbaren, daß die einzelnen Komponenten des EDV-Systems, abweichend von den hier dargelegten Grundsätzen, voneinander unabhängig Leistungen bilden sollen. Für den Anbieter liegt es nahe, dies in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Formularverträgen vorzusehen, doch wird diese Bestimmung wohl eine gröbliche Benachteiligung des Anwenders im Sinne des § 879 Abs 3 des ABGB und daher unwirksam sein.

7.4 Haftungsrisiken, Haftung für Schadenersatz und Produkthaftpflicht

7.4.1 Allgemeines

Im Hinblick auf den Einsatzumfang und die Einsatzarten von Computer-Software können im Zusammenhang mit der Überlassung von Software große Haftungsrisiken entstehen. In Verträgen betreffend die Überlassung von (Individual- oder Standard-) Software ist daher der Ausschluß bzw. die Beschränkung der Haftung des Anbieters für Schadenersatz üblich. Dies sollte ebenso für etwaige Ansprüche aus der Produkthaftpflicht gelten, doch existiert in Österreich dazu im Zusammenhang mit Software noch kaum ein Problembewußtsein (vgl. dazu unten Pkt. 7.4).

Durch Haftungsausschlüsse bei Beschränkungen wird das Risiko leichter zu überblicken und zu kalkulieren; die Software kann daher billiger angeboten werden.

7.4.2 Sorgfaltspflichten

Den Lieferanten trifft als Fachunternehmen eine gesteigerte Sorgfaltspflicht: Er haftet gemäß § 1299 ABGB dafür, daß er die erforderlichen Fachkenntnisse hat und diesen gemäß handelt. Es trifft ihn daher nicht nur die Pflicht, gemäß dem Stand der Technik etwa im Sinn von "Grundsätzen ordnungsgemäßer Programmierung" seine Leistungen zu erbringen, sondern auch zu einer entsprechenden Beratung und Aufklärung des Anwenders, vor allem bei der Festlegung des Vertragsinhaltes, insbesondere zB bei der Leistungsbeschreibung bei der Erstellung von Individual-Software oder der Empfehlung bestimmter Standard-Software.

Dies übersehen Anbieter oft und verlassen sich einfach auf die häufig mehr oder weniger nebulösen Vostellungen und Angaben der Anwender, was sich im Streitfall zum ihrem Nachteil auswirken kann.

7.4.3 Haftungsbeschränkung/-ausschluß

Die Haftung für Schadenersatz kann (jedenfalls bei vertragswesentlichen Pflichten) nach ständiger Rechtsprechung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formularverträgen nicht völlig ausgeschlossen werden - dies wäre sittenwidrig!, - sondern nur auf Haftung für grobes Verschulden eingeschränkt. Für Verträge mit Verbrauchern, also Personen, für welche der Vertragsabschluß nicht zum Betrieb des Unternehmens gehört (Erwerb von Software für den privaten Gebrauch) gilt dies auch für individuell ausgehandelte Verträge.

Beides gilt auch für das Verschulden von Personen, deren sich der Anbieter als Erfüllungsgehilfen bedient, also praktisch sein Personal.

Mit anderen Worten: Unter diesen Gesichtspunkten kann in den meisten Fällen nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden.

Betragsmäßige Schadenersatzpauschalierungen (etwa auf einen bestimmten Prozentsatz des Vertragswertes oder einen bestimmten Betrag) werden wohl gültig sein, wenn das Risiko für den Anwender voraussehbar und kalkulierbar war.

Entsprechende Haftungsbeschränkungen sind daher aus der Sicht des Anbieters unbedingt in den Vertrag aufzunehmen.

7.4.4 Produkthaftpflicht

Erleidet der Erwerber den Fehler eines Produkts einen Folgeschaden, stehen ihm nur ausnahmsweise gegen den Händler Ersatzansprüche zu, da diesen meist kein Verschulden treffen kann - er hat ja das Produkt nicht hergestellt, sodaß er Fehler des verwendeten Materials, der Konstruktion oder der Fabrikation nicht zu vertreten hat und nur in geringem Maß zur Prüfung ihm gelieferter neuer Waren verpflichtet ist.

Zunächst die Rechtsprechung die Gesetzgebung) helfen hier mit einem direkten Anspruch gegenüber dem Erzeuger.

Auch Fehler in Software können zu Folgeschäden führen, die zum Teil **unabsehbar** sein können: Man denke an einen Fehler in der Software des Bordcomputers eines Flugzeugs in der Steuerung der Abläufe eines Kernreaktors oder von welchen ohne Eisenbahn oder von Verkehrsampeln, für statische Berechnungen etc. Zwischen einem Folgeschaden verursachenden Fehler von Software und einem anderen Produkt besteht nun kein grundsätzlicher Unterschied, sodaß - da auch Software wirtschaftlich ein Produkt ist - auch hier eine Produkthaftung in Frage kommt.

Entwickler von Software für sensitive Projekte oder Verwendungszwecke, zB Überwachung von Tunnels, Flugraumüberwachung, Produktionssteuerung in gefährlichen Bereichen (Chemie!) müssen daher ein entsprechendes Problembewußtsein haben. Sie sollten sich dann jedenfalls im Rahmen der üblichen Möglichkeiten gegen eine Produkthaftung versichern.

Aber auch in Einsatzbereichen von Software, die an sich nicht gefährlich sind, kann sich die Möglichkeit einer Produkthaftung ergeben, wie in den 80er Jahren ein Fall in den USA zeigte, wo ein Anwender von Lotus 1-2-3 direkt den Hersteller dieses Programmes unter dem Gesichtspunkt der Produkthaftungspflicht geklagt hatte, weil in Folge eines angeblichen Programmfehlers bei der Berechnung der Daten für eine Ausschreibung für ein großes Bauprojekt ein Kalkulationsfehler einen Schaden in Millionenhöhe verursachte.