

# Gestaltung von IT-Verträgen

## Ein Vertrag dient nicht nur der Absicherung von Risiken, sondern auch als Leitlinie der Vertragspartner für den gemeinsamen Umgang miteinander.

Ein guter Vertrag zieht, bei allem berechtigten Eigeninteresse, den Vertragspartner nicht über den Tisch, denn dieser Vertragspartner wird dann zukünftig kein Kunde mehr sein. Ein guter Vertrag sichert damit auch die Kundenzufriedenheit und dient damit letztlich dem Erfolg des Unternehmens. Was aber muss in einem IT-Vertrag geregelt sein? Ein kurzer Überblick über die wichtigsten Fakten. Einen tiefergehenden Einstieg in das Thema bieten die im Frühjahr bei Gabler erscheinenden Bücher „Gestaltung und Management von IT-Verträgen“ und „IT-AGB beurteilen und wirksam vereinbaren“.

Von Rechtsanwalt Dr. Wolf Günther

Ein zentraler Punkt in IT-Verträgen ist die Einräumung von Nutzungsrechten (Lizenzen) an der Software. Wenn diese Frage nicht ausreichend geregelt ist, bestimmt sich der Umfang nach dem von den Partnern zugrunde gelegten Vertragszweck, aber wer kann schon genau wissen, welchen Vertragszweck beide Partner (!) zugrunde gelegt haben? Mit dem Wort „Lizenzen“ sollte man übrigens vorsichtig sein und sich präzise ausdrücken. Denn man kann viele verschiedene Nutzungsrechte an einer Software einräumen:

- **Benutzungsrecht** (Recht, die Software ablaufen zu lassen),
- **Vervielfältigungsrecht** (z. B. zur Installation, Anfertigung einer Sicherungskopie etc.),
- **Bearbeitungsrecht** (das Recht, den Quellcode zu ändern und/oder zu erweitern),
- **verschiedene Vertriebsrechte** (verkaufen, vermieten, verleihen, öffentlich zugänglich machen, zum Beispiel zum Download bereitstellen etc.).

Man kann die Nutzungsrechte auch auf verschiedene Weise einräumen:

### Beschränkte/unbeschränkte Nutzungsrechte

Die Nutzungsrechte an der Software können unbeschränkt eingeräumt werden, sie können aber auch begrenzt werden. Dies ist zum einen räumlich möglich, zum Beispiel nur auf ein bestimmtes Land; das ist – neben der Auswirkung auf die Höhe der Vergütung – gegebenenfalls auch wichtig im Hinblick auf unterschiedliche gesetzliche Anforderungen in einzelnen Staaten. Denkbar sind, zum Beispiel bei Test- und Evaluationslizenzen, gegebenenfalls auch weitere Einschränkungen, die zum Beispiel die Nutzung nur auf dem Gelände des Kunden („site license“) erlauben.

Weiter können die Nutzungsrechte sachlich begrenzt werden. Die Einschränkung kann nach dem Einsatzzweck vorgenommen werden, zum Beispiel kann der Einsatz auf Evaluationszwecke, Schulungszwecke etc. begrenzt werden, es können bestimmte Anwendungen (z. B. für Luftfahrt, für Kernkraftwerke) ausgeschlossen werden oder es kann eine Begrenzung auf eine bestimmte Anzahl von Usern, gleichzeitigen Usern, namentlich benannten Usern („node locked“) oder Arbeitsplätzen vereinbart werden. Wenn eine solche Begrenzung nicht vereinbart wird, muss geregelt werden, was bei Vergrößerung der Unternehmensgruppe gelten soll (soll es einen Unterschied machen, ob die Vergrößerung durch Zukäufe/durch externes Wachstum erfolgt)? Gibt es dann eine höhere Vergütung? Geregelt werden muss in diesem Zusammenhang auch der Fall, dass ein Unternehmen aus der Unternehmensgruppe ausscheidet.

Wer bekommt dann das Nutzungsrecht, fällt es zum Beispiel zurück an die Konzernmutter etc.? Auch lässt sich das Nutzungsrecht im Hinblick auf die technischen Gegebenheiten anpassen, so kann zum Beispiel bei Embedded Software die Nutzung nur für ein bestimmtes Steuergerät etc. erlaubt werden oder die Nutzung kann nur für bestimmte Hardware erlaubt werden. Problematisch ist die Bindung an eine feste Maschine (CPU-Lizenz), dazu mehr bei „Vertragstypen“.

Die Nutzungsrechte können zudem zeitlich (z. B. nur für fünf Jahre) eingeschränkt werden. Vertragsrechtlich handelt es sich dann in der Regel um einen Mietvertrag.

### Ausschließliche/nicht ausschließliche Nutzungsrechte

Extrem wichtig ist auch die Frage, ob die Nutzungsrechte ausschließlich („exklusiv“) oder nicht ausschließlich eingeräumt werden. Wenn die Nutzungsrechte ausschließlich eingeräumt

# CONTRACTOR'S AGREEMENT

**Personal Information**

Name (Last)	(First)	(Middle Initial)	Home Telephone
(Mailing Address)	(City)	(State)	( ) - ( )
		(Zip)	Other Telephone
			( ) - ( )

werden, darf nur der Kunde die Software nutzen, eine Weiterverwertung durch das Softwarehaus ist dann nicht mehr möglich. Daher kommt eine ausschließliche Nutzungsrechteinräumung, wenn überhaupt, nur bei Individualsoftware in Betracht (das wird aber dann natürlich für den Kunden auch teurer sein, denn das Softwarehaus kann die Software kein Mal verkaufen).

» *Nutzungsrechte können zeitlich eingeschränkt werden. Vertragsrechtlich handelt es sich dann in der Regel um einen Mietvertrag.* «

Wenn die Individualsoftware allerdings Standardkomponenten enthält, muss hier unbedingt eine differenzierte Regelung getroffen werden, damit das Softwarehaus die Standardkomponenten auch an andere Kunden verkaufen kann beziehungsweise sich nicht schadenersatzpflichtig macht, weil es die Standardkomponenten schon an andere Kunden verkauft hat. In jedem Fall muss geregelt werden, dass das Softwarehaus sein Know-how, das es bei der Entwicklung der Individualsoftware gewonnen hat, weiter nutzen kann, denn sonst könnte sich das Softwarehaus nie zu einem Spezialisten für bestimmte Gebiete entwickeln.

## Pflege und Mängelbeseitigung

Ein weiteres Thema, das im IT-Vertrag geregelt werden sollte, ist die Pflege der Software. Hierdurch kann das Softwarehaus wei-

tere Geschäfte generieren, zumal die Pflege auch im Interesse des Kunden liegt, der ja oft hohe Einführungskosten hat.

Geregelt werden sollten auch (in der Praxis geschieht das in Service Level Agreements (SLA)) Reaktionszeiten für die Mängelbeseitigung, geordnet nach definierten Mängelklassen, zum Beispiel: schwere Mängel = Programm nicht anwendbar, Beginn der Beseitigung nach X Tagen, gegebenenfalls Umgehungslösung; leichte Mängel = Programm nur umständlicher zu bedienen, Fehlerbehebung gegebenenfalls mit nächstem Update.

Geregelt werden muss im IT-Vertrag ferner, ob der Quellcode überlassen wird und ob dieser bearbeitet, also modifiziert werden darf. Gegebenenfalls kann zur Sicherheit des Kunden eine Hinterlegungsvereinbarung geschlossen werden, sodass der Kunde in bestimmten, im IT-Vertrag zu definierenden Fällen (z. B. Insolvenz des Softwarehauses) auf den Quellcode zugreifen kann.

## Haftungsbeschränkungen

Von großer Bedeutung bei IT-Verträgen ist es, Regressforderungen und Schadenersatzansprüche zu vermeiden. Durch Fehler in der Software können große Schäden entstehen, selbst wenn die Software nicht umfangreich ist, zum Beispiel, wenn durch einen Fehler in der Steuerungssoftware einer Maschine eine ganze Produktion stillsteht. Es ist anerkannt, dass jedenfalls ab einer gewissen Komplexität Abläufe nicht mehr fehlerfrei programmiert werden können. Daher ist es für das Softwarehaus extrem wichtig, die Haftung gegenüber dem Vertragspartner zu beschränken. Letztlich dient eine Haftungsbeschränkung auch den Interessen der Kunden. Denn anderenfalls müssten die Preise für Software viel höher sein, auch gäbe es, wenn das Softwarehaus wegen eines Haftungsfalls insolvent würde, aufgrund des fehlenden Know-hows niemanden, der den Fehler zeitnah besei-

Abb. 1 Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen

Haftungsausschluss in:	für Vorsatz	für grobe Fahrlässigkeit	für einfache Fahrlässigkeit
ausgehandelten Verträgen	nicht ausschließbar	ausschließbar	ausschließbar
AGB	nicht ausschließbar	nicht ausschließbar	nur begrenzt einschränkbar

tigen könnte. Die Haftung kann aber nicht vollkommen ausgeschlossen werden.

In individuell ausgehandelten IT-Verträgen, zum Beispiel Rahmenverträgen, ist der Ausschluss der Haftung für Vorsatz nicht erlaubt. Der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit ist dagegen zwar möglich, ein Unternehmen sollte diese Haftung aber im Regelfall nicht ausschließen. Denn grobe Fahrlässigkeit bedeutet nach dem Bundesgerichtshof (BGH), dass „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden und das nicht beachtet wird, was jedem hätte einleuchten müssen“. Wegen der mit der Nutzung von Software verbundenen Risiken wird der Kunde Wert darauf legen, dass das Softwarehaus – besonders bei sicherheitskritischen Anwendungen – besonders sorgfältig arbeitet. Mit dem Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit würde das Softwarehaus zu erkennen geben, dass es damit rechnet, nahe liegende Überlegungen nicht anzustellen und das nicht zu beachten, was jedem hätte einleuchten müssen – und dafür noch nicht einmal haften will. Das Softwarehaus sollte daher grundsätzlich nur die Haftung für einfache Fahrlässigkeit ausschließen.

### Haftungsbeschränkung in AGB

Nach der Rechtsprechung sind alle Klauseln, die mehrfach verwendet werden, sogenannte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), also auch alle Standardtexte (!). Für diese gibt es besondere gesetzliche Anforderungen. In AGB kann vor allem die Haftung nur begrenzt eingeschränkt werden: Die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit darf nicht ausgeschlossen werden. Bei leichter Fahrlässigkeit darf die Haftung für den typischen vorhersehbaren Schaden (jedenfalls bei der Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten) nicht ausgeschlossen werden und diese Einschränkung muss auch ausdrücklich so formuliert werden. Wenn diese Kriterien nicht erfüllt sind, ist die gesamte Haftungsregelung unwirksam, das heißt, die Haftung besteht dann dem Grunde nach unbeschränkt und ist auch in der Höhe unbegrenzt! Daher muss hier äußerst sorgfältig formuliert werden.

Weiter muss dem Vertragspartner auch die Verpflichtung auferlegt werden, die Software vor dem produktiven Einsatz sorgfältig zu testen, insbesondere, wenn es um den Einsatz im sicherheitskritischen Bereich geht. Auch das Softwarehaus kann die Anforderungen an Tests nicht hoch genug einschätzen, schon,

um Produkthaftung zu vermeiden. Das Softwarehaus benötigt daneben auch eine risikoadäquate Betriebshaftpflichtversicherung, die die Risiken des Einsatzes von Software berücksichtigt.

### Allgemeine Punkte

- Ein wichtiger Punkt, der bei der Vertragsgestaltung zu beachten ist, ist auch die Vermeidung „böser“ Wörter. So bedeuten Wörter wie „Garantie“, „garantiert“, „sichert zu“ eine verschuldensunabhängige Haftung.
- Ferner sollten Pflichten im Aktiv formuliert werden, zum Beispiel „Der Kunde wird ein Lastenheft erarbeiten“ statt „Lastenhefte werden erarbeitet“ (von wem?).

» Wichtig ist auch zu wissen, welcher Vertragstyp auf den jeweiligen IT-Vertrag anwendbar ist. «

- Die Sprache sollte klar und eindeutig sein, zum Beispiel „Die Gewährleistungsfrist beträgt zwölf Monate“ statt „Ein Gewährleistungszeitraum von zwölf Monaten gilt als garantiert“. Sonst ist nicht nur der Text möglicherweise nicht verständlich, sondern Sie verwenden eventuell einen juristischen Begriff, der einen anderen Inhalt hat, als Sie vielleicht annehmen, und geben Zusicherungen/Garantien ab und übernehmen damit unnötigerweise eine weitgehende Haftung.
- Fragen Sie sich bei der Vertragserstellung: Wer soll etwas tun? Was soll derjenige tun? Warum soll er es tun? Wie soll er es tun? Von wem erhält er die dafür benötigten Informationen?
- Lassen Sie den Text von einem Mitarbeiter lesen und fragen Sie ihn, was im Dokument steht (oder auch nicht steht, also fehlt – oder was Sie lieber weglassen wollten, um den Kunden nicht auf Ideen zu bringen). Auf diese Weise finden Sie beispielsweise heraus, ob die Stellen, die Ihnen wichtig sind, auch als solche erkennbar sind.
- Treffen Sie positive Maßnahmen – auch damit Ihr Vertrag attraktiv wirkt: Sie können den Vertrag übersichtlich gliedern und bei umfangreichen Dokumenten ein Inhaltsverzeichnis voranstellen.

## Abb. 2 Formulierungsbeispiele

### Werkvertrag

„SWH erstellt Konzept bzw. Programm für: ...“

Vermeiden Sie Tippfehler – ein schlampiger Vertrag kann beim Kunden Rückschlüsse auf Ihre sonstige Arbeit auslösen.

- Versuchen Sie, präzise Regelungen zu treffen. Bezeichnen Sie dazu Begriffe eine Stufe genauer, als es dem üblichen Sprachgebrauch entspricht, zum Beispiel: „Benutzerdokumentation“ statt „Dokumentation“. Präzise Regelungen sind auch bei den Nutzungsrechten wichtig (s. o.).

» *Bedenken Sie bei der Vertragserstellung alle (auch die unwahrscheinlichen) Szenarien.* «

### Vertragstypen

Wichtig ist auch zu wissen, welcher Vertragstyp auf den jeweiligen IT-Vertrag anwendbar ist. Denn er bestimmt die anwendbaren gesetzlichen Regeln, die dann gelten, wenn im Vertrag zu einer Frage (z. B., wann der Kunde zahlen muss, welche Gewährleistungsrechte er hat etc.), nichts Abweichendes geregelt ist. Ob abweichende Regelungen im Vertrag überhaupt möglich sind, ergibt sich wiederum aus den Regelungen zum anwendbaren Vertragstyp. In AGB kann von den wesentlichen gesetzlichen Leitlinien des jeweiligen Vertragstyps gar nicht abgewichen werden. So ist etwa in einem Kaufvertrag eine Beschränkung des Nutzungsrechts auf eine bestimmte Maschine (CPU-Klausel) nicht zulässig, denn dann wird vom gesetzlichen Leitbild des Kaufvertrags – der Käufer kann über den Kaufgegenstand frei verfügen – zu weit abgewichen. In einem Mietvertrag ist eine solche Regelung eher möglich. Der Vertragstyp ist auch nicht einfach änderbar (z. B. durch Klauseln wie „Alle Leistungen unter diesem Vertrag sind Dienstleistungen“), sondern bestimmt sich nach dem, was geschuldete Leistung ist:

1. **Kaufvertrag:** Prägende Leistung ist Lieferung einer bereits vorhandenen Sache, zum Beispiel ein fertiges Programm (Standardsoftware).
2. **Werkvertrag:** Prägende Leistung ist die Herstellung, zum Beispiel einer Studie oder Spezifikation (wohl auch Individual-

### Dienstvertrag

„SWH unterstützt Kunden bei folgenden Arbeiten: ...“

software, hier ist die Rechtsprechung aber noch uneinheitlich), oder sonst ein Erfolg (z. B. Implementierung einer Software).

3. **Werklieferungsvertrag:** Die prägende Leistung eines Werklieferungsvertrags ist die Herstellung einer beweglichen Sache (evtl. auch Individualsoftware, hier ist die Rechtsprechung aber noch uneinheitlich, s. o.), die vom Lieferanten hergestellt oder erzeugt wird. Es gilt dann weitgehend Kaufvertragsrecht.
4. **Dienstvertrag:** Prägende Leistung ist das Arbeiten in Richtung auf ein Ergebnis, ohne dass der Erfolg eintreten muss.
5. **Mietvertrag:** Prägende Leistung ist die Überlassung von Software (oder Hardware) auf Zeit. Nach der Rechtsprechung ist auch auf Application Service Providing (ASP) Mietvertragsrecht anzuwenden. Daher werden auch die meisten Cloud-Computing-Anwendungen und Software as a Service (SaaS) unter Mietvertragsrecht fallen.

### Weiterdenken

Bedenken Sie bei der Vertragserstellung alle (auch unwahrscheinlichen) Szenarien. Bevor Sie Meilensteile festlegen, überlegen Sie, ob Sie diese auch bei Krankheit eines Ihrer Mitarbeiter einhalten können. Oft wird bei Verpassen von Meilensteinen auf Druck des Kunden eine Vertragsstrafe vereinbart. Denken Sie dann daran, dass Sie, wenn Sie einmal einen Meilenstein verpasst haben, den Zeitplan kaum wieder aufholen können, denn Sie müssten sonst noch schneller arbeiten als geplant. Dann müssen Sie auch bei allen anderen verpassten Meilensteinen die Vertragsstrafe zahlen, Setzen Sie dann also mindestens durch, dass sich bei Verpassen eines Meilensteins alle anderen Meilensteine entsprechend verschieben.

### Literatur

Erben/Günther/Kubert: „Gestaltung und Management von IT-Verträgen“, 2011, in Vorbereitung.

Erben/Günther/Kubert: „IT-AGB beurteilen und wirksam vereinbaren“, 2011, in Vorbereitung.

### Autor

**Dr. Wolf Günther**

ist Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz und Fachanwalt für IT-Recht bei der KANZLEI DR. ERBEN und schwerpunktmäßig im IT-Recht und Marken- und Wettbewerbsrecht tätig. [wolf.guenther@kanzlei-dr-erben.de](mailto:wolf.guenther@kanzlei-dr-erben.de), <http://www.kanzlei-dr-erben.de>