

Ralf Blaha/Martin Schiefer

IT-Projektvertrag

Handbuch für die Vertragsgestaltung und -abwicklung

IT-Recht / Vertragsrecht

MUR

Verlag Medien und Recht • Wien

I. Einleitung

1. Benutzeranleitung für dieses Buch

Mit dem kommentierten IT-Projektvertrag samt SLA soll dem Nutzer das Werkzeug in die Hand gegeben werden, einen auf seine Bedürfnisse angepassten Vertrag zu erstellen bzw nach dem „Baukastenprinzip“ zusammenzustellen. Die Vertragstexte sind so formuliert, dass sie für IT-Projekte sowohl im **öffentlichen** als auch im **privaten Bereich** eingesetzt werden können. Welche Teile des Mustervertrages sinnvollerweise verwendet werden sollten, hängt vom konkreten Projekt ab. Erschöpft sich zB ein Projekt im Wesentlichen in der Lieferung der Standardsoftware, können die meisten der unter Abschnitt 4.2 beschriebenen Leistungen des Auftragnehmers wie auch die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers unter Punkt 4.3 entfallen.

Im grau hervorgehobenen **Vertragstext** sind die zu ergänzenden projektspezifischen Inhalte in eckiger Klammer angeführt.

Im **Kommentar** werden die zum jeweiligen Abschnitt gehörigen Themen unter Bezugnahme auf die österreichische Judikatur und Literatur behandelt. Der Kommentartext wurde dabei so weit wie möglich von Gesetzesbestimmungen freigehalten; diese finden sich in den Fußnoten. Alle Gesetzesbestimmungen sowie (fast alle) zitierten Entscheidungen können kostenfrei im Rechtsinformationssystem des Bundes² abgerufen werden.

Die Autoren haben das Ziel verfolgt, die Vertragsbestimmungen **ausgewogen** zu formulieren. Wenn die Erstellung eines Vertrages gewünscht ist, der den Interessen einer der beiden Vertragsparteien stärker Rechnung tragen soll, sind die Vertragsbestimmungen entsprechend anzupassen.

Um sicherzustellen, dass alle für das Projekt wesentlichen Themen bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden, können die jeweils am Ende der Kapitel zu findenden **Checklisten** verwendet werden.

2. Vertragsanbahnung und -verhandlung

2.1 Entscheidung über das Projekt und Markterkundung

Am Beginn steht die Erkenntnis des Auftraggebers, dass Geschäftsprozesse bzw betriebliche Abläufe durch IT abzubilden bzw zu unterstützen oder bestehende IT-Systeme zu ersetzen sind. Daraus resultiert die grundsätzliche Entscheidung des Auftraggebers, das IT-Projekt durchzuführen.

² <https://www.ris.bka.gv.at>.

An diesem Punkt sollten wichtige Eckpunkte des Projektes wie das **Projektziel** (Strategiedefinition), das **Projektteam** samt Verantwortlichkeiten, der **Kostenrahmen** sowie ein **Grobprojektplan** samt Meilensteinen definiert und die Unterstützung des Projekts durch die Entscheidungsträger sichergestellt werden.

Im nächsten Schritt hat der Auftraggeber festzustellen, ob er das IT-Projekt mit eigenen Mitarbeitern umsetzen kann. Ist dies nicht der Fall, wird der Auftraggeber den **Markt erkunden**. Dabei sind vor allem folgende Fragen zu klären:

- Welche IT-Systeme, Technologien und Architekturen sind für die Umsetzung der Anforderungen geeignet?
- Welche IT-Dienstleister bieten diese Leistungen an?
- Mit welchen Kosten ist in etwa zu rechnen?

Verfügt der Auftraggeber nicht selbst über das spezifische IT-Know-how, um diese Markterkundung durchzuführen, bietet sich die Beiziehung spezialisierter, herstellerneutral agierender **IT-Berater** an. Die Kenntnis des Marktes ist von wesentlicher Bedeutung und schlägt unmittelbar auf die Kosten des Projektes durch: Engt der Auftraggeber die Markterkundung zu früh auf bestimmte Technologien oder Systeme ein, bleiben andere Technologien und Systeme, mit denen die Anforderungen möglicherweise effizienter und günstiger umsetzbar wären, außer Betracht. Die sich dadurch in den Bereichen Funktionalitäten und Kosten ergebenden Nachteile für den Auftraggeber können weitaus schwerer wiegen als das ersparte Beraterhonorar. Im schlimmsten Fall führt dies zu einer frühzeitigen, sachlich nicht notwendigen Festlegung auf ein bestimmtes Produkt und einen bestimmten Unternehmer, der dann bei seiner Preisgestaltung nicht von einer Wettbewerbssituation, sondern einer Monopolstellung ausgehen kann.

Der nächste Schritt ist die Einholung von Angeboten von Unternehmern, die für die Leistungserbringung in Frage kommen.

2.2 Private Auftraggeber

Private Auftraggeber können bei der Angebotseinholung grundsätzlich nach eigenem Ermessen vorgehen; sie sind in ihrer Entscheidung, wen sie zur Angebotslegung einladen und mit wem sie verhandeln, gesetzlich nicht gebunden. Eine Bindung kann sich jedoch durch **Complianceregel**n des eigenen Unternehmens oder des Konzerns ergeben. Zudem kann durch den Abschluss eines unvorteilhaften IT-Vertrages im Falle des Außerachtlassens der gebotenen Sorgfalt auch eine Haftung der Geschäftsführung einer Gesellschaft mit

beschränkter Haftung³ bzw des Vorstandes einer Aktiengesellschaft⁴ resultieren; im Falle von Vorsatz drohen auch strafrechtliche Konsequenzen (zB wegen Untreue⁵). Auch privaten Auftraggebern ist daher eine Objektivierung und transparente Gestaltung des Prozesses der Auftragsvergabe anzuraten.

Korrespondierend zur Freiheit des privaten Auftraggebers bei der Gestaltung des Beschaffungs- und Verhandlungsprozesses sind auch die Unternehmer, die Angebote legen, weitgehend frei. Die einzige Grenze bei der Gestaltung der Angebote ist die Kreativität der Unternehmer; diese können innovative, von den Vorgaben des Auftraggebers abweichende Lösungsansätze präsentieren. Anders als im Bereich des öffentlichen Auftragswesens müssen Unternehmer dann nicht befürchten, dass ihr Angebot aus formalen Gründen nicht berücksichtigt werden kann, obwohl der Zugang dem Auftraggeber inhaltlich gut gefallen würde.

Basis einer erfolgreichen Angebotseinholung ist eine gute **Leistungsbeschreibung**, die alle wesentlichen Anforderungen des Auftraggebers definiert (Vollständigkeit), keine Widersprüche und möglichst wenig Unklarheiten enthält (Eindeutigkeit), damit die Unternehmer ihre Angebote ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken erstellen können, einzelnen Bietern keine Wettbewerbsvorteile bringt (Neutralität) und die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellt.

IT-Dienstleister legen ihre Angebote idR auf Basis ihrer **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** oder branchenspezifischer AGB; große private Auftraggeber holen Angebote idR auf Basis eigener Einkaufsbedingungen ein. AGB

³ § 25 Abs 1 und 2 GmbHG, RGBI 58/1906 idF BGBl I 109/2013:

(1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

(2) Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden.

⁴ § 84 Abs 1 und 2 AktG, BGBl 98/1965 idF BGBl I 35/2012:

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Über vertrauliche Angaben haben sie Stillschweigen zu bewahren.

(2) Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Sie können sich von der Schadenersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben.

⁵ § 153 Abs 1 StGB, BGBl 60/1974 idF BGBl I 134/2013:

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

werden jedoch nur Vertragsbestandteil, wenn der Vertragspartner vor Vertragsabschluss deutlich auf sie hingewiesen wird, tatsächlich von ihnen Kenntnis erlangen kann und sich ihnen zumindest schlüssig (zB durch vorbehaltlosen Vertragsabschluss) unterwirft.⁶ Selbst wenn diese Anforderungen erfüllt sind, gelten sie nicht ohne weiteres, sondern unterliegen zivilrechtlich einer **Geltungs- und Inhaltskontrolle**: Ungewöhnliche, nachteilige Bestimmungen, mit denen der Vertragspartner nicht rechnen brauchte, gelten nicht⁷; gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen sind nichtig.⁸

Akzeptiert der Auftraggeber Angebote der Unternehmer auf Basis unterschiedlicher AGB, führt dies zur Beeinträchtigung der **Vergleichbarkeit der Angebote**. Kann der private Auftraggeber die Unternehmer mangels Einkaufsmacht nicht dazu bewegen, ihre Angebote auf Basis der vom Auftraggeber vorgegebenen Vertragsbedingungen oder zumindest unter Verzicht auf die Berufung auf eigene AGB zu legen, so muss er die AGB der Unternehmer in aufwändiger Arbeit vergleichen, um die darin versteckten Kostenfaktoren finden und bewerten zu können.

Aus Sicht der Verfasser ist es aus diesen Gründen am zweckmäßigsten, auf die Zugrundelegung von AGB, die meist ohnehin nicht zum Projekt passen und daher im Streitfall mit wenig praktikablen Regelungen aufwarten können, zu verzichten und der Angebotseinholung einen ausgewogenen, auf das konkrete Projekt angepassten Vertragsentwurf zugrunde zu legen, der auch von Seiten der IT-Dienstleister eher akzeptiert wird bzw als Grundlage für konstruktive Verhandlungen dienen kann.

Beide Seiten haben in der vorvertraglichen Phase **Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten** zu beachten, die ex lege bereits mit Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontakts entstehen. Diese vorvertraglichen Pflichten entsprechen – mit Ausnahme der (noch) nicht bestehenden vertraglichen Leistungspflichten – jenen nach Abschluss eines Vertrages und sind von dessen

⁶ *Bollenberger in KBB*³ (2010) § 864a Rz 2.

⁷ § 864a ABGB, JGS 946/1811 idF BGBl I 179/2013:

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

⁸ § 879 Abs 3 ABGB:

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Zustandekommen und Gültigkeit unabhängig.⁹ Gehaftet wird insbesondere für die fahrlässige Veranlassung eines Irrtums, und zwar auch durch Gehilfen.¹⁰ Im Vorfeld des Abschlusses eines IT-Vertrages ist daher ein IT-Dienstleister verpflichtet, über konzeptuelle Einschränkungen der von ihm angebotenen Lösung aufzuklären, bzw hat der Auftraggeber die Pflicht, auf spezifische Besonderheiten der eigenen betrieblichen Abläufe gegenüber dem Branchenstandard, die für die Angebotserstellung von Bedeutung sein können, hinzuweisen.

Betrifft das IT-Projekt sensible Bereiche des Auftraggebers oder enthält die den IT-Dienstleistern übermittelte Leistungsbeschreibung Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse des Auftraggebers, sollte bereits im Vorfeld eine **Geheimhaltungsvereinbarung** geschlossen werden. In dieser sind die vertraulichen Informationen und der Personenkreis der Geheimhaltungsträger, die Geheimhaltungsverpflichtungen sowie die Verwertungs- und Weitergabeverbote zu definieren und mit Vertragsstrafen für den Fall der Verletzung der Vereinbarung zu pönalisieren.¹¹ Wenn ein IT-Dienstleister in seinem Angebot bereits Lösungswege offenlegt, die Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sein können, liegt der Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung auch in seinem Interesse.

2.3 Öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind in ihrer Entscheidung, welche Unternehmen sie in den Beschaffungsprozess einbeziehen, durch das Vergaberecht gebunden. Der Grad der Bindung und die Komplexität der anzuwendenden Normen hängt dabei wesentlich vom **geschätzten Auftragswert** ab. Dies reicht von der weitgehend formfreien Direktvergabe bis zu einem geschätzten Auftragswert von bis zu EUR 50.000,¹² bis hin zur Erforderlichkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung ab einem geschätzten Auftragswert von EUR 207.000,¹³ für Liefer- und Leistungsaufträge, zu denen IT-Projekte idR zu zählen sind (alle Werte exkl USt).

Das Vergaberecht fordert eine sorgfältige **Schätzung des Auftragswerts** unter Berücksichtigung aller Optionen und in Frage kommenden Leistungen (auch Kosten für Leistungsanpassungen, Change Requests, Wartung und Be-

⁹ *Karner in KBB*³ (2010) § 1294 Rz 5 mwN.

¹⁰ *Apathy/Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB³ (2005) § 874 Rz 2.

¹¹ Vgl *Knauder/Sima in Knauder/Marzi/Temmel*, Handbuch Wirtschaftsverträge (2013) I, 2.Teil: Geheimhaltungsvereinbarung/Confidentiality Agreement 5f.

¹² Bei Drucklegung gilt für die Direktvergabe gemäß Schwellenwerte-Verordnung befristet bis zum 31.12.2014 ein erhöhter Schwellenwert von EUR 100.000,-.

¹³ Bei Drucklegung geltender Schwellenwert; wird von der EU-Kommission jährlich angepasst.

trieb usw); bei unbefristeten Verträgen ist der vierfache Jahreswert anzusetzen. Ausgangspunkt für die Schätzung können zB in der Vergangenheit eingeholte Angebote, die Ergebnisse von Markterkundungen oder die Einschätzung eines IT-Sachverständigen sein. Nach einer jüngeren Entscheidung des EuGH ist dabei von einer funktionellen Betrachtungsweise auszugehen und sind alle Dienstleistungen, die wirtschaftlich und technisch aus funktionaler Sicht zusammengehören, zusammenzuzählen.¹⁴ Im IT-Bereich wird dabei auf das Projekt im Sinne der oben erwähnten strategischen Zielsetzung abzustellen sein. Das „Splitten“ von technisch, sachlich und zeitlich zusammengehörigen Aufträgen (vor allem, wenn damit das Ziel verfolgt wird, die vergaberechtlichen Regelungen zu umgehen) ist vergaberechtlich unzulässig.

Das Vergaberecht kennt auch eine Reihe von Ausnahmen, von denen bei IT-Beschaffungen gerne der Tatbestand, „*dass bestimmte Leistungen aus technischen Gründen oder wegen bestehender Ausschließlichkeitsrechte EU-weit nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden können*“, bemüht wird und mit dieser Begründung IT-Leistungen im **Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung** mit nur einem Unternehmen vergeben werden.¹⁵ Dabei sollte jedoch bedacht werden, dass an die Anwendbarkeit dieses Ausnahmetatbestandes ein strenger Maßstab angelegt wird: Vom Auftraggeber muss vor Verfahrenseinleitung recherchiert und dokumentiert werden, dass in der gesamten EU tatsächlich nur ein Unternehmen die Leistungen erbringen kann. Diese Nachweise tatsächlich zu führen, kann sich ähnlich aufwändig gestalten wie die Durchführung eines Vergabeverfahrens.

Für öffentliche Auftraggeber noch wichtiger als für private Auftraggeber ist die oben bereits erwähnte Qualität der **Leistungsbeschreibung**, da das Vergaberecht fordert, dass die Leistung nicht so umschrieben werden darf, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen¹⁶ und die Leistungen neutral und so zu beschreiben sind, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist.¹⁷ Die **Neutralität** der Leistungsbeschreibung steht bei IT-Beschaffungen dabei regelmäßig im Spannungsverhältnis zu den in der Vergangenheit getroffenen Systementscheidungen.¹⁸ Die **Vergleichbarkeit der Angebote** ist Voraussetzung für eine transparente, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes.

¹⁴ EuGH 15.3.2012, Rs C-574/10 = RPA 2012, 226 (Anm *Heid*).

¹⁵ § 30 Abs 2 Z 2 BVergG; BGBl I 17/2010 idF BGBl I 128/2013.

¹⁶ § 96 Abs 3 BVergG.

¹⁷ § 96 Abs 1 und 2 BVergG.

¹⁸ Siehe dazu *Blaha*, Freiheit der Systemwahl versus Neutralität der Leistungsbeschreibung, RPA 2009, 169.

Für die Vergabe komplexer IT-Leistungen bietet sich an erster Stelle das **Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung** an. Dieses Verfahren ist insbesondere immer dann zulässig, wenn es die Komplexität der zu vergebenden Leistungen nicht erlaubt, das Leistungsbild vorab so abschließend zu definieren, dass ein offenes oder nicht offenes Vergabeverfahren durchgeführt werden kann.¹⁹ Das Vorliegen der Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren sollte vor seiner Einleitung in einem Vergabevermerk dokumentiert werden.

Das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gliedert sich in die **Präqualifikationsphase** (erste Stufe) und die **Angebots- bzw Verhandlungsphase** (zweite Stufe). In der Präqualifikationsphase trifft der Auftraggeber unter den Unternehmen, die sich für die Teilnahme am Vergabeverfahren bewerben, eine Vorauswahl. In der zweiten Phase werden dann die ausgewählten Unternehmen zur Angebotslegung aufgefordert und wird über den gesamten Auftrag verhandelt. Das Verhandlungsverfahren ermöglicht es, das Know-how der Bieter in die Definition der Leistungen einzubeziehen und die Leistungsbeschreibung im Zuge des Verfahrens nachzuschärfen, um ein optimales Preis-Leistungsverhältnis zu erzielen.

Das Verhandlungsverfahren ist auch eine Verfahrensart, die es den Bietern ermöglicht, **innovative Konzepte**, mit denen der Auftraggeber bei der Konzipierung der Ausschreibung nicht gerechnet hat, zu entwickeln, mit dem Auftraggeber zu verhandeln und in das eigene Angebot einfließen zu lassen. Denn nur diese Verfahrensart gibt dem Auftraggeber die Möglichkeit, die Leistungsbeschreibung im Dialog mit den Bietern während des Verfahrens so anzupassen, dass die Bieter auch Raum für das Anbieten von Lösungen haben, mit denen der Auftraggeber nicht gerechnet hat. Somit steht der Nutzen dieser Verfahrensart im Einklang mit der aktuellen BVergG-Novelle, in der im Sinne des Wunsches nach einer innovationsfördernden öffentlichen Beschaffung ausdrücklich gesetzlich verankert wurde, dass im Vergabeverfahren auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden kann.²⁰ Dabei ist jedoch immer im Auge zu behalten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht verloren gehen darf.

Der Abschluss einer gesonderten **Geheimhaltungsvereinbarung** ist im Bereich der öffentlichen Beschaffung grundsätzlich nicht erforderlich, da Auftraggeber, Bewerber und Bieter ex lege

- verpflichtet sind, den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren,
- als vertraulich bezeichnete Informationen nicht weitergeben dürfen

¹⁹ §§ 29 Abs 1 Z 2, 30 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG.

²⁰ § 19 Abs 7 BVergG.

I. Einleitung

- und zur Verfügung gestellte Ausarbeitungen, Pläne, Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme und dergleichen nur mit ausdrücklicher Zustimmung des anderen für sich verwenden oder an Dritte weitergeben dürfen.²¹

Aus Auftraggebersicht empfiehlt es sich jedoch, einen entsprechenden Hinweis in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen und die gesetzlichen Regelungen gegebenenfalls zu konkretisieren.

²¹ § 23 Abs 1 bis 3 BVergG.

II. Kommentierter IT-Projektvertrag

1. Vertragszweck und Vertragsgrundlagen

1.1 Vertragstypologie und Vertragszweck

Die Vertragsparteien haben im Rahmen eines [Bezeichnung des Verfahrens bei öffentlichen Auftraggebern] den gegenständlichen [Projektvertrag/Leistungsvertrag/Werkvertrag/Dienstleistungsvertrag] abgeschlossen. Ziel und Zweck dieses Vertrages sowie gemeinsames Ziel von Auftraggeber und Auftragnehmer ist die Lieferung, Konfiguration, Anpassung, Installation und Wartung einer Lösung für [Kurzbeschreibung des Einsatzgebietes der IT-Lösung].

a.) Ziel und Zweck des Vertrages

Zunächst ist es wesentlich, dass sich die Vertragspartner über **Ziel und Zweck** des Projekts – und damit des Vertrages – im Klaren sind; Ziel und Zweck sollten daher auch vertraglich explizit festgelegt werden. Die klare Definition von Ziel und Zweck des Vertrages bietet die Basis für die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der Vertragspartner und der Leistungen des Auftragnehmers einerseits (> 2. „Leistungen des Auftragnehmers“) und der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers andererseits (> 3. „Leistungen des Auftraggebers“).

Bräutigam empfiehlt – wohl eher aus Sicht des Auftragnehmers –, Zielvorstellungen und Absichtserklärungen vor Aufnahme in den Vertrag genau zu prüfen bzw unter den Vorbehalt einer genauen vertraglichen Regelung zu stellen.²² *Jaburek* verweist darauf, dass das praktische Problem vieler missglückten Projekte darin besteht, dass die Vertragspartner zu wenig über die Ziele und Randbedingungen gesprochen hatten „*oder auch den anderen ein wenig hinters Licht geführt hatten*“ und immer wieder Informationsdefizite zu folgenden Themenbereichen bestehen:²³

- Organisatorische Leistungsfähigkeit des Auftraggebers;
- Vielfalt und Komplexität der vom neuen System zu unterstützenden Geschäftsfelder und -abläufe;
- IT-Kennntnisstand und Flexibilität der Mitarbeiter des Auftraggebers;
- Rechte des Auftragnehmers an der Software;
- Fähigkeiten und Möglichkeiten des Auftragnehmers;

²² *Bräutigam*, IT-Outsourcing (2004) 650.

²³ *Jaburek*, Handbuch der EDV-Verträge³ Band I (2000) 101 ff.

- Unabhängigkeit des Auftragnehmers;
- Finanzielle Stabilität eines Vertragspartners;
- Reifegrad der dem System zugrunde gelegten Software;
- Funktionalität und Qualität der Software;
- Risikopotential des Projektes.

Da es im Zuge der Vertragsverhandlungen zu einem Austausch von als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis zu qualifizierenden Informationen kommt, ist es sinnvoll, bei der Aufnahme der Vertragsverhandlungen eine entsprechende **Geheimhaltungsvereinbarung** zu treffen. Im Falle eines Vergabeverfahrens eines öffentlichen Auftraggebers ergibt sich die Verpflichtung der Verfahrensteilnehmer zur vertraulichen Behandlung der ihnen mitgeteilten Informationen bereits aus dem Gesetz,²⁴ sollte aber in den Ausschreibungsunterlagen konkretisiert werden.

b.) Abgrenzung der Verantwortungsbereiche

Im Hinblick auf die **Abgrenzung der Verantwortungsbereiche** gibt es zwei grundsätzliche Zugänge, wie ein IT-Projekt realisiert werden kann: Entweder der Auftraggeber übergibt die Projektleitung an den Auftragnehmer, der das Projekt in eigener Verantwortung umsetzt, oder der Auftraggeber leitet das Projekt selbst und nimmt dabei Ressourcen des Auftragnehmers – zB im Bereich der Softwareentwicklung – in Anspruch.

Im ersten Fall – der Übernahme der **Projektleitung durch den Auftragnehmer** – wird das Leistungsbild idR durch eine Spezifikation wie ein Lastenheft (darunter verstehen die Verfasser die Definition der Anforderungen an das System durch den Auftraggeber), Pflichtenheft (darunter verstehen die Verfasser die Beschreibung der konkreten Umsetzung der Anforderungen durch den Auftragnehmer) oder dergleichen abgegrenzt und der Auftragnehmer verpflichtet sich, den darin definierten Funktionsumfang gegen Zahlung eines Pauschalentgeltes umzusetzen. Derartige Projekte werden üblicherweise als „**Pauschalpreisprojekte**“ bezeichnet und sind zivilrechtlich zumeist als Werkvertrag zu qualifizieren. Ein **Werkvertrag** liegt zB bei der Anpassung einer Standardsoftware vor, wenn ein Erfolg zugesagt wurde²⁵, wie auch bei Lieferung einer exakt auf die Bedürfnisse des Erwerbers zugeschnittenen Individualsoftware.²⁶ Der Werkvertrag lässt sich wie folgt von den anderen in Frage kommenden Vertragstypen abgrenzen:

²⁴ § 23 BVergG.

²⁵ OGH 23.10.2012, 5 Ob 111/12b (Spezialsoftware) = jusIT 2013, 6 (Anm *Staudegger*) = MR 2012, 341 (Anm *Blaha*).

²⁶ OGH 3.8.2005, 9 Ob 81/04h (Software für Physio- und Trainingstherapie) = JBl 2006, 174 (Anm *Staudegger*) = MMR 2005, 480.

2. Leistungen des Auftragnehmers

2.1 Zusicherungen des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer hat sich über alle für die Durchführung der in diesem Vertrag definierten Leistungen relevanten Umstände informiert und verpflichtet sich, die ihm übertragenen Leistungen mit fachlicher und kaufmännischer Sorgfalt nach bestem Wissen zu erbringen.

Der Auftragnehmer erklärt, zur Erbringung der Leistungen zu den angebotenen Preisen fähig zu sein. Er hat das Projekt sorgfältig kalkuliert, verfügt über eine ausreichende Anzahl geeigneter Mitarbeiter und kann, wenn notwendig, die Mitarbeiterkapazitäten in kritischen Projektphasen um mindestens [] % aufstocken.

Der Auftragnehmer erklärt, dass seine Lösung aus seiner Sicht eine der kostengünstigsten und vom Ergebnis her für den Auftraggeber erfolgversprechendsten und zukunftssichersten Lösungen am Markt ist.

Von einem sorgfältigen IT-Dienstleister kann erwartet werden, dass er selbständig alle für das IT-Projekt **benötigten Informationen** beschafft und allenfalls fehlende Informationen beim Auftraggeber einfordert bzw den Auftraggeber warnt, wenn Informationen fehlen, die zB für die Beurteilung des Projektrisikos wichtig sind.

Im Hinblick auf die **Kapazitäten des Auftragnehmers** kann es von Bedeutung sein, ob dieser in der Lage ist, das Projektteam aufzustocken, wenn das Projekt droht, in Verzug zu geraten oder der Aufwand sich als höher darstellt als ursprünglich angenommen.

Für den Auftraggeber ist die **Zukunftssicherheit** der zu implementierenden Lösung wesentlich. Lösungen, die auf einer Standardsoftware beruhen, welche am Ende ihres Lebenszyklus steht (idR verbunden mit der Einstellung des Supports durch den Hersteller), oder auf Basis einer veralteten Architektur erstellt werden, bedeuten in absehbarer Zeit die Notwendigkeit zusätzlicher Investitionen. Es sollte daher vor Vertragsabschluss geklärt werden, inwieweit die Zukunftssicherheit der Lösung gewährleistet ist.

2.2 Warn- und Aufklärungspflichten des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer ist sich seiner Rolle als Sachverständiger allgemein und im Anwendungsbereich dieses Vertrages im Besonderen bewusst, insbesondere dass ihn daher auch diesbezügliche Aufklärungspflichten während der Vertragsabwicklung treffen. Der Auftragnehmer wird den Auftraggeber

rechtzeitig auf für einen sachverständigen Dienstleistungserbringer erkennbare Risiken hinweisen. Dem Auftragnehmer ist seine Haftung für etwaige Folgekosten bei unvollständiger Aufklärung bewusst.

Hat der Auftragnehmer Bedenken im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit oder Eignung der Wünsche und Anweisungen des Auftraggebers, so hat er diese – im Rahmen seiner Warn- und Aufklärungspflichten – unverzüglich und unaufgefordert schriftlich mitzuteilen. Ein allfälliger Sachverstand des Auftraggebers bzw dessen sachkundige Beratung entbindet den Auftragnehmer nicht von seinen Mitteilungs-, Aufklärungs- und Warnpflichten.

Schon mit der Aufnahme rechtsgeschäftlicher Kontakte entstehen wechselseitige **Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten**, und zwar insbesondere die Pflicht, den Vertragspartner über Beschaffenheit und eventuelle Gefahren des Leistungsgegenstandes zu informieren, Täuschungen zu unterlassen, Abschlusshindernisse nach Möglichkeit zu beseitigen, nicht grundlos vom Vertrag abzusehen und die Person und sonstige Rechtsgüter des Vertragspartners nicht zu verletzen.⁵⁵ Vor allem grobe Schwachstellen der in Aussicht genommenen Lösung sind vom Auftragnehmer aufzuzeigen.⁵⁶

Insbesondere die Aufklärungspflichten sind bereits im **vorvertraglichen Stadium** von wesentlicher Bedeutung: Ist der Auftraggeber erkennbar nicht fachkundig, ist er insbesondere auf die Notwendigkeit der gemeinsamen Erarbeitung eines Pflichtenheftes und die besondere Bedeutung der zeitintensiven Mitwirkung des Werkbestellers an der Werkerstellung hinzuweisen.⁵⁷ Erkennt der Auftragnehmer an den Aussagen des nicht fachkundigen Auftraggebers, dass dieser falsche Vorstellungen von Produkt und Einsetzbarkeit hat, ist er zur Warnung, uU sogar zur Erkundigung verpflichtet.⁵⁸

a.) Werkvertragliche Warnpflicht

Beim Werkvertrag hat der Auftragnehmer insbesondere die Pflicht, den Auftraggeber zu warnen, wenn der von ihm beigestellte **Stoff untauglich oder Anweisungen offenbar unrichtig** sind und das Misslingen des Werks zur Folge haben können.⁵⁹

⁵⁵ *Staudegger*, Rechtsfragen bei Individualsoftware (1995) 52.

⁵⁶ *Jaburek*, Handbuch der EDV-Verträge³ Band I (2000) 106.

⁵⁷ OGH 23.10.2012, 5 Ob 111/12b (Spezialsoftware) = *jusIT* 2013, 6 (Anm *Staudegger*) = MR 2012, 341 (Anm *Blaha*).

⁵⁸ *Jaburek*, Handbuch der EDV-Verträge³ Band I (2000) 107.

⁵⁹ § 1168a ABGB.

Als „Stoff“ ist dabei alles zu betrachten, aus dem oder mit dessen Hilfe das Werk herzustellen ist, zB Pläne oder Vorarbeiten des Auftraggebers oder Dritter, auf denen aufzubauen ist. Anweisungen wiederum können sich auf das gewünschte Ergebnis oder Modalitäten der Leistungserbringung beziehen; sie können bei Vertragsabschluss oder später erfolgen, wenn sich der Auftraggeber nachträgliche Konkretisierungen ausbedungen hat⁶⁰ (was bei IT-Projekten in der Regel der Fall ist).

Bei IT-Projekten kann

- ein **untauglicher Stoff** beispielsweise eine vom Auftraggeber oder einem Berater des Auftraggebers erstellte Spezifikation oder ein in das neue System einzubindendes bestehendes System sein
- und eine **unrichtige Anweisung** vorliegen, wenn der Auftraggeber in der Spezifikationsphase Vorgaben macht, welche die geplante Funktionalität des Systems beeinträchtigen, oder ein für das Projekt ungeeignetes Vorgehensmodell vorgibt.

Die Warnpflicht besteht nur dann, wenn für einen sorgfältigen IT-Dienstleister mit den üblichen Branchenkenntnissen erkennbar ist, dass das Werk zumindest **mit hoher Wahrscheinlichkeit** misslingen wird und ist besonders intensiv, wenn es um neue Arbeitsmethoden und technische Verfahren geht. Aber auch in den wohl häufigeren Fällen, in denen **unklar** ist, ob das Werk nach den Vorstellungen des Auftraggebers hergestellt werden kann, ist eine (eingeschränkte) Warnpflicht anzunehmen; die Warnung hat sich dann auf ein mögliches Misslingen und dessen Wahrscheinlichkeit zu beschränken.⁶¹ Die Warnpflicht verpflichtet jedoch nicht zu besonderen oder unüblichen Prüfungen; ohne besonderes Entgelt muss der Auftragnehmer auch keine Prüforgane beiziehen. Der Auftragnehmer muss auch nicht davon ausgehen, dass von fachkundiger Seite geleistete Vorarbeiten nicht fachgerecht geleistet wurden; er hat das vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte zwar auf seine Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, muss aber nicht im gleichen Umfang wie der Auftraggeber eigene Untersuchungen anstellen.⁶²

Die Warnung muss so **deutlich** sein, dass sie dem Auftraggeber unmissverständlich klar macht, mit welchen Nachteilen zu rechnen ist. Besteht der Auftraggeber auf seinen Vorgaben und Anweisungen, treffen ihn die **nachteiligen Folgen**, wenn das Werk tatsächlich misslingt. Der Auftraggeber muss also dem Auftragnehmer das vereinbarte Entgelt bezahlen, obwohl das Projekt nicht wie vorgesehen umgesetzt werden kann. Angesichts der Warnung kann der Auftraggeber auch vom Vertrag zurücktreten, der Auftragnehmer hat

⁶⁰ M. Bydlinski in *KBB*³ (2010) § 1168a Rz 6.

⁶¹ M. Bydlinski in *KBB*³ (2010) § 1168a Rz 7.

⁶² *Kietaihl* in *Schwimmann*, ABGB² (2012) § 1168a Rz 8, 10.

diesfalls Anspruch auf das Entgelt, muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.⁶³

Kommt der Auftragnehmer seiner Warnpflicht **nicht** nach, verliert er seinen Entgeltanspruch und wird gegenüber dem Auftraggeber schadenersatzpflichtig. Im Falle der Mangelhaftigkeit des Werkes stehen dem Auftraggeber darüber hinaus Ansprüche aus Gewährleistung zu.⁶⁴

Die werkvertragliche Warnpflicht, wenn das Projekt wegen Nichterfüllung der Mitwirkungspflichten durch den Auftraggeber zu misslingen droht, besteht auch gegenüber dem **sachkundigen Auftraggeber**. Dabei ist ein allfälliges Mitverschulden des Auftraggebers (zB wenn er selbst oder ein von ihm herangezogener Berater die Untauglichkeit oder Unrichtigkeit erkennen hätte können) zu berücksichtigen, wobei das Verschulden des Auftragnehmers jedoch regelmäßig schwerer wiegt und maßgeblich ist, in welchem Ausmaß das konkrete Fachwissen des Auftraggebers ausschlaggebend ist.⁶⁵

Nicht gesetzlich geregelt ist die Konstellation, bei der sich nach Vertragschluss herausstellt, dass nach dem nunmehr gewonnenen Erkenntnisstand das Projekt nur bei (teurerem) **Abgehen von den vereinbarten Ausführungs-details** (bei IT-Projekten: zB Änderung des Vorgehensmodells vom Wasserfallmodell zur agilen Softwareentwicklung) erreicht werden kann. Soweit der Unternehmer dieses Risiko nicht vertraglich übernommen hat, muss er die Mehrleistungen nicht ohne zusätzliche Vergütung erbringen. Will der Auftraggeber am Vertrag festhalten und kommt keine Einigung über das zusätzliche Entgelt zustande, ergibt sich idR aus ergänzender Vertragsauslegung, dass der Auftraggeber eine geeignete Variante zu wählen und dem Unternehmer dafür ein angemessenes – an den vereinbarten Entgelten orientiertes – Entgelt zu entrichten hat.⁶⁶

Die gesetzliche Warnpflicht kann **vertraglich erweitert und eingeschränkt** werden; Einschränkungen sind aber restriktiv auszulegen und können insoweit nicht von der Warnpflicht befreien, als diese bereits im vorvertraglichen Stadium besteht.⁶⁷

⁶³ *Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB² (2012) § 1168a Rz 15.

⁶⁴ *M. Bydlinski* in *KBB*³ (2010) § 1168a Rz 10.

⁶⁵ *Staudegger* in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht³ (2012) 172; *M. Bydlinski* in *KBB*³ (2010) § 1168a Rz 11.

⁶⁶ *M. Bydlinski* in *KBB*³ (2010) § 1168a Rz 9.

⁶⁷ *Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB² (2012) § 1168a Rz 13 f.

b.) Risikofaktoren in IT-Projekten

Das Vorliegen folgender Faktoren im vertragsgegenständlichen System erhöht die **Fehlerwahrscheinlichkeit** und damit auch das **Projektrisiko**.⁶⁸

- Komplexe, gänzlich neue oder vielfach angepasste Funktionen;
- Funktionen, bei denen bestimmte Tools und Techniken zum ersten Mal angewendet wurden;
- Funktionen, deren Entwicklung zwischenzeitig jemand anderem übertragen wurden;
- Funktionen, die unter extremen Zeitdruck entwickelt wurden;
- Funktionen, die überdurchschnittlich optimiert werden mussten;
- Funktionen, in denen bereits zu einem früheren Zeitpunkt viele Fehler gefunden wurden;
- Funktionen mit vielen Schnittstellen;
- Unerfahrene Entwickler;
- Unzureichende Einbeziehung oder Beteiligung der Endbenutzer;
- Unzureichende Qualitätssicherung während der Entwicklung;
- Neue Entwicklungswerkzeuge und -umgebungen;
- Große Entwicklungsteams;
- Fehlende Kommunikation im Entwicklungsteam.

c.) Eignung des Systems

Im Hinblick auf die **ausreichende Dimensionierung** des Systems für die Zwecke des Auftraggebers trifft den Auftragnehmer eine Aufklärungspflicht, wenn der Verwendungszweck zum Vertragsinhalt gemacht wurde.⁶⁹ Wenn der Auftragnehmer im vorvertraglichen Stadium den Auftraggeber darüber in die Irre führt, dass das von ihm konzipierte System den Datenanfall beim Auftraggeber reibungslos bewältigen kann, macht dies den Auftragnehmer schadenersatzpflichtig. Es reicht dabei für die Haftung aus, wenn dem Auftragnehmer als einschlägigem Fachunternehmen die mangelnde Eignung des Systems für die Zwecke des Auftraggebers erkennbar gewesen wäre und er den Auftraggeber nicht informiert und damit den Irrtum des Auftraggebers über die Leistungsfähigkeit des Systems veranlasst hat.⁷⁰

Nach einer Entscheidung des OGH kann sich der **nicht sachkundige Auftraggeber** auf die Leistungszusicherungen des Auftragnehmers **vertrauens-**

⁶⁸ *Biffl/Winkler/Frast*, Qualitätssicherung, Qualitätsmanagement und Testen in der Softwareentwicklung (2011) Punkt 8.1.2.

⁶⁹ OGH 29.11.2007, 1 Ob 199/07g (Schankanlage samt EDV-Kassensystem) (= JBl 2008, 327 = ecolex 2008, 229 [Anm *Judl*]) unter Verweis auf *Binder/Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB³ (2005) § 923 Rz 27 f.

⁷⁰ OGH 8.10.1975, 1 Ob 191/75 (Datenverarbeitungsanlage für Labor).

voll verlassen, da aus der übernommenen Leistungspflicht zur Erstellung eines Programmes ein Recht auf vollständige Aufklärung und Beratung über die Zweckmäßigkeit, die Vor- und Nachteile des Systems und ihrer Auswirkungen auf dem Geschäftsablauf abzuleiten ist.⁷¹

d.) Vermeidung von Schnittstellenproblemen

Eine Ausprägung der Warnpflicht ist die Sicherstellung, dass es bei der Übermittlung von Unterlagen auf elektronischem Wege nicht zu Fehlern infolge von **Inkompatibilitäten** der von den handelnden Personen jeweils verwendeten Software kommt. Diesbezüglich hat der OGH judiziert, dass die im Bauwesen tätigen Professionisten als Sachverständige⁷² in Entsprechung ihrer Sorgfaltspflicht dem Empfänger von Plänen die bei der Planerstellung verwendeten Programme und Dateiformatversionen bekannt geben müssen.⁷³

Umso mehr gilt dies für IT-Dienstleister, wenn Unterlagen in Dateiformaten übermittelt werden, bei denen das Risiko besteht, dass ihr für den Empfänger sichtbarer Inhalt wegen der Verwendung unterschiedlicher Software(versionen) von dem vom Absender vorgesehenen Inhalt abweicht.

2.3 Leistungsumfang

Der Auftragnehmer gilt im Rahmen dieses Vertrags als Generalunternehmer. Sämtliche für die Einhaltung aller Termine wichtigen Koordinationsaufgaben mit dem Auftraggeber und folgenden vom Auftraggeber beauftragten Unternehmen [____] oder für die ordnungsgemäße Erfüllung des Leistungsgegenstands in seiner Sphäre notwendigen Dritten, übernimmt der Auftragnehmer.

Im Rahmen der Erfüllung sind vom Auftragnehmer alle Leistungen zu erbringen, die notwendig sind, um sicherzustellen, dass die Benutzer das System zur Erfüllung ihrer Aufgaben in angemessener, gebrauchstauglicher und dem Stand der Technik entsprechender Weise nutzen können.

Die im Rahmen dieses Vertrages zu erbringenden Leistungen sind neben den Regelungen dieses Abschnittes in den Dokumenten „Leistungsbeschreibung“ sowie „Service Level Agreement“ definiert.

Der Auftragnehmer gewährleistet, dass das System für die in der Leistungsbeschreibung angeführten Zwecke, Funktionen und Mengengerüste geeignet ist.

⁷¹ *Staudegger in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht*³ (2012) 172 unter Verweis auf OGH 15.12.1981, 5 Ob 659/81 (EDV-Anlage).

⁷² § 1299 ABGB.

⁷³ OGH 14.7.2011, 2 Ob 185/10k (Spezialsoftware), *jusIT* 2011, 170 (Anm *Staudegger*).