

Der IT-Wartungsvertrag – Diese 6 Punkte sollten Sie beachten

Ihr Nutzen: Sie bekommen einen Überblick über die wichtigsten Elemente eines IT-Wartungsvertrages (aus rechtlicher Sicht)

Ihre Investition: 5 bis 10 Minuten an Lesezeit

In der Praxis kommt er nicht alleine, sondern im Doppelpack – der Wartungsvertrag bei IT-Projekten. Er schließt an die Implementierungsphase an, weshalb ihm bloß ein Begleitcharakter attestiert wird und ihm nur peripher Bedeutung geschenkt. Zu Unrecht!

Tatsächlich erreichen die Wartungskosten pro Jahr nämlich im Schnitt 20 % der Anschaffungskosten. Mit anderen Worten: Der Auftraggeber zahlt bei einer Nutzung der Software von 10 Jahren die Anschaffungskosten noch einmal. Daher soll dem Wartungsvertrag in diesem Newsletter jene Aufmerksamkeit geschenkt werden, die ihm – im wahrsten Sinne des Wortes – gebührt.

1. Zur rechtlichen Qualifikation des Wartungsvertrages

Zunächst stellt sich für den Rechtsanwender die Frage, wie ein Wartungsvertrag rechtlich zu qualifizieren ist.¹ Handelt es sich um einen **Werkvertrag**², bei welchem ein konkreter Erfolg geschuldet ist, **oder** aber um einen **Dienstvertrag**³, bei welchem der Auftragnehmer ein bloßes Bemühen schuldet. Tendenziell wird es dem Auftragnehmer freilich lieber sein, wenn der Wartungsvertrag als Dienstvertrag zu bewerten ist.

Der Umstand, dass es sich bei einem Wartungsvertrag regelmäßig um ein Dauerschuldverhältnis handelt und in der Regel kein konkreter Erfolg geschuldet ist, spricht eher dafür, diesen als Dienstvertrag zu qualifizieren. Soll jedoch ein unbedingt störungsfreier Zustand erhalten bleiben, so kann in einer solchen Instandhaltungsverpflichtung auch ein Werkvertrag begründet sein.⁴ In der Lehre wird auch vertreten, dass der Wartungsvertrag einen Werkvertrag mit Dauerschuldcharakter

¹ Vgl. *Staudegger in Jahnelt/Mader/Staudegger*, IT-Recht, 3. Auflage, S 160 ff.

² Vgl. § 1151 Abs 1 zweiter Fall ABGB.

³ Vgl. § 1151 Abs 1 erster Fall ABGB.

⁴ Vgl. OLG München 22.11.1988, 25 U 5810/86; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, 7. Auflage, S 553.

Mai 2019

begründet.⁵ Letztlich ist eine pauschale Einstufung⁶ in entweder einen Werkvertrag oder einen Dienstvertrag regelmäßig nicht sachgemäß. Vielmehr wäre es im Sinne der **Kombinationstheorie**⁷ angemessen, dass die jeweils passenden vertraglichen Bestimmungen herangezogen werden. So sollten beispielsweise Störungsbehebungsaspekte des Vertrages unter werkvertragsrechtlichen und Serviceaspekte unter dienstvertragsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden.⁸

Weil diese Qualifikation von erheblicher Bedeutung ist, sollte die (jeweilige) Qualifikation **bereits im Zuge der Vertragsverhandlungen** geklärt werden.

2. Zu den Hauptpunkten eines Wartungsvertrages

Die Hauptpunkte eines Wartungsvertrages sind regelmäßig die Erbringung von **Support-Dienstleistungen**, die **Behebung** von **Softwarefehlern** (Bugs) und die Verbesserung der Software durch **Upgrades**. Weitere Aspekte können etwa sein⁹: Die Installation von **Updates**, Anpassung an eine geänderte EDV-Infrastruktur, Schulungen, Reaktionszeiten und Fehlerbehebungen, technische Mindestparameter (z.B.: Übertragungsgeschwindigkeit) die Protokollierung der „Uptime“ oder – eher selten – etwa auch die Hinterlegung des Sourcecodes. Im Sinne einer gedeihlichen Zusammenarbeit sollten all diese Aspekte schon **vor der Implementierungsphase der Software möglichst exakt definiert** werden.

3. Gewährleistung oder Wartung?

Wie eingangs dargestellt, schließt der Wartungsvertrag in der Regel an die Implementierungsphase an. Sofern nach erfolgter Abnahme der Software Mängel auftreten, stellt sich die Frage, ob für die Behebung dieser Mängel dem Auftragnehmer ein Entgelt¹⁰ zusteht oder nicht. Schließlich könnte der Auftraggeber argumentieren, dass die Mängel im Zuge der **Gewährleistung** unentgeltlich auszubessern sind und daher diesbezüglich kein Wartungsentgelt zusteht.¹¹ Um eine Eskalation präventiv zu vermeiden, vereinbaren die Vertragsparteien daher häufig, dass das Wartungsentgelt für die Dauer der Gewährleistungsfrist reduziert ist.

⁵ Vgl. *Jaburek*, Handbuch der EDV-Vertrag II, S 11.

⁶ Im Sinne des Absorptionstheorie; Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht, 4. Auflage, S 227.

⁷ Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht, 4. Auflage, S 227.

⁸ Vgl. ua *Baum*, Gestaltung von Software-Maintenance-Verträge in der internationalen Praxis, CR 2002, 705; dazu kritisch *Jaburek*, Handbuch der EDV-Vertrag II, S 13.

⁹ Vgl. *Jaburek*, Handbuch der EDV-Vertrag II, S 14 f.

¹⁰ Konkret die Wartungspauschale.

¹¹ Vgl. § 932 ff ABGB.

4. **Gesonderte Vergütung bei Fehlerverursachung durch den Auftraggeber**

Etwa die Hälfte aller Softwarestörungen sind nicht der Mangelhaftigkeit der Software geschuldet, sondern auf einen **Bedienungsfehler des Auftraggebers** zurückzuführen. In diesen Fällen stellt sich in der Praxis häufig die Frage, ob dem Auftragnehmer für derartige Fehlerbehebungen ein gesondertes – also über die Wartungspauschale hinausgehendes – Entgelt zusteht. Um derartige Diskussionen zu vermeiden, sollte diesbezüglich bereits während der Vertragsverhandlungen ein Konsens gefunden werden. In diesem Zusammenhang sollte auch geregelt werden, welche **Mitwirkungspflichten den Auftraggeber** bei Störungsfällen treffen.

5. **Regelung der Service-Levels**

Im Zuge des Service-Level-Agreement („**SLA**“) sollten Störungsklassen definiert werden und vereinbart sein, binnen welcher Zeiträumen eine **Reaktion** und **Behebung** erfolgen muss. Der Auftraggeber sollte darauf achten, dass die Reaktionszeit der Fehlerbehebungszeit nicht gleichgesetzt wird. Sofern der Auftragnehmer seinen Verpflichtungen aus dem SLA nicht nachkommt, können Vertragsstrafen¹² oder Service Credits¹³ vereinbart werden.

6. **Datenschutz und Datensicherheit**

Bei IT-Wartungsverträgen stellt sich die Frage, ob mit dem Auftragnehmer zwingend ein **Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO** abzuschließen ist. Dies ist zweifelsfrei zu bejahen, wenn der Auftragnehmer („*as a service*“) personenbezogenen Daten im Auftrag des Auftraggebers hostet. Sollte jedoch ein Zugriff nur über die Fernwartung erfolgen, ist die Rechtslage unklar. Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, dass bei externem Support (Fernwartung, Remote-Zugriff) ein Auftragsverarbeiterverhältnis vorliegt, wenn bei diesen Tätigkeiten ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann.¹⁴

¹² Vorteilhaft für den Auftraggeber.

¹³ Vorteilhaft für den Auftragnehmer.

¹⁴ Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, FAQ Abgrenzung Auftragsverarbeitung vom 20.7.2018; *Geuer/Reinisch*, Abgrenzungsfragen zur Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der Datenschutz-Grundverordnung, *jusIT2018*, 103; *Tretzmüller*, Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO abgeschlossen werden?, *Dako* 1/2019, 7.

Mai 2019

7. Zusammenfassung und Handlungsempfehlung

Zu Unrecht wird dem Wartungsvertrag bei IT-Projekten oft nicht die erforderliche Aufmerksamkeit gewidmet. Im Sinne einer gedeihlichen und langfristigen Zusammenarbeit tun beide Vertragsparteien gut daran, **typische Problemstellung schon im Zuge der Vertragsverhandlung zu regeln**, nämlich:

- **Qualifikation der einzelnen Vertragsbestandteile** als Werk- oder Dienstvertrag;
- Exakte Definition der **Leistungspflichten**;
- Klare Regelung hinsichtlich **Gewährleistungsansprüchen**;
- Vereinbarung der **Mitwirkungspflichten** des Auftraggebers;
- Abschluss von **Service-Levels**;
- Regelmäßig der Abschluss eines **Auftragsverarbeitervertrages**;
- Regelung eines **Deeskalationsmanagements**.

Zur Kanzlei:

Wir sind seit 1.1.2017 Ihre Experten für die Themen, die Unternehmen im 21. Jahrhundert bewegen: Datenschutzrecht, IT-Softwarevertragsrecht, Urheberrecht, Arbeitsverfassungsrecht und Vertragsrecht

Zum Autor:

Dr. Tobias Tretzmüller, LL.M. ist Rechtsanwalt in ständiger Kooperation mit der Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG, Wien. E-Mail: tt@kt.at. Er berät und vertritt Unternehmen in den Bereichen des IT-Softwarevertragsrechts, Datenschutzrechts, Urheberrechts, und streitigen Behörden- und Zivilverfahren. Regelmäßige Vortrags- und Veröffentlichungstätigkeit (ua imh trainer of the year 2017 und 2018; Jahrbuch Datenschutzrecht 2017, ZIIR, Dako). Er ist zertifizierter Datenschutzbeauftragter und TÜV geprüfter ISO 27001-Auditor.

