

Hinweise für die Nutzung der EVB-IT System

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen.....	8
I. Allgemeines zur EVB-IT System	8
1. Neuauflage der EVB-IT System	8
2. Was ist ein Systemvertrag?.....	9
3. Anwendungsbereich der EVB-IT System.....	10
4. Aufbau und Struktur der EVB-IT System.....	13
5. Geltungshierarchie der Dokumente	14
6. Einbeziehung des Vertrages in die Vergabeunterlagen und Hinweise zum Umgang mit dem Vertragsmuster und den AGB.....	15
II. Überblick über die wesentlichen Unterschiede zwischen den EVB-IT System, den EVB-IT Systemlieferung und den Basis-EVB-IT.....	17
1. Gemischttypologischer Vertrag	17
2. Begrifflichkeit.....	18
3. Haftungskonzept	19
III. Hinweise zum Vertragsformular.....	20
1. Gegenstand, Vergütung und Bestandteile des Vertrages	20
1.1 Vertragsgegenstand.....	20
1.2 Vergütung	20
1.3 Vertragsbestandteile	24
2. Übersicht über die vereinbarten Leistungen	25
2.1 Leistungen bis zur Abnahme	25
2.2 Leistungen nach der Abnahme.....	26
2.3 Vorgehensmodell.....	26
3. Systemumgebung des Gesamtsystems und Beistellungen.....	26
4. Leistungen des Auftragnehmers zur Erstellung des Gesamtsystems	27
4.1 Verkauf von Hardware.....	27
4.2 Vermietung von Hardware.....	27
4.3 Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung (Verkauf)	27
4.3.1 Leistungsumfang und Vergütung.....	27
4.3.2 Mitteilung über Anpassungen der Standardsoftware auf Quellcodeebene.....	28
4.3.3 Abweichende Lizenzbedingungen	29
4.3.4 Bereitstellung der Standardsoftware	29
4.4 Vermietung von Standardsoftware (Überlassung auf Zeit).....	29
4.5 Erstellung von Individualsoftware.....	29
4.5.1 Leistungsumfang.....	29
4.5.2 Vergütung	30
4.5.3 Abweichende Nutzungsrechte an der Individualsoftware.....	31
4.5.3.1 Gesamte Individualsoftware	31
4.5.3.2 Bestimmte Individualsoftware	31
4.5.3.3 Verbreitung und Unterlizenzierung von vorbestehenden Teilen der Individualsoftware	31
4.5.3.4 Werkzeuge	32
4.5.4 Sonderregelung: Lizenzrückvergütung (nur möglich bei nicht ausschließlichen Nutzungsrechtsregelungen)	32
4.5.5 Einräumung von Rechten an Erfindungen	32

Nutzerhinweise EVB-IT System

4.5.6	Bereitstellung der Individualsoftware.....	32
4.6	Übernahme von Altdaten und andere Migrationsleistungen.....	32
4.6.1	Leistungsumfang.....	32
4.6.2	Vergütung.....	33
4.7	Herbeiführung der Betriebsbereitschaft.....	33
4.7.1	Leistungsumfang.....	33
4.7.2	Abweichende Nutzungsrechtsvereinbarungen.....	33
4.7.3	Vergütung.....	34
4.8	Schulung.....	34
4.8.1	Art und Umfang der Schulung.....	34
4.8.2	Schulungsunterlagen.....	34
4.8.3	Vergütung für Schulungen inkl. Schulungsunterlagen.....	35
4.9	Dokumentation.....	35
4.10	Sonstige Leistungen zur Systemerstellung.....	36
4.10.1	Leistungsumfang.....	36
4.10.2	Vergütung.....	36
5.	Systemservice.....	36
5.1	Arten von Systemserviceleistungen.....	37
5.1.1	Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems (Störungsbeseitigung).....	37
5.1.1.1	Störungsmeldung.....	37
5.1.1.1.1	Form der Störungsmeldung.....	37
5.1.1.1.2	Adresse für Störungsmeldungen.....	38
5.1.1.2	Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Mängelklassen.....	38
5.1.1.3	Servicezeiten,.....	39
5.1.1.4	Hotline.....	39
5.1.2	Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft (vorbeugende Maßnahmen).....	40
5.1.3	Überlassung von verfügbaren Programmständen (Standardsoftware).....	41
5.2	Beginn/Dauer der Systemserviceleistungen.....	41
5.3	Kündigung von Systemserviceleistungen.....	42
5.4	Vergütung/Zahlungsfristen für Systemserviceleistungen.....	42
5.4.1	Vergütung.....	42
5.5	Sonstige Regelungen für Systemserviceleistungen.....	43
5.5.1	Teleservice.....	43
5.5.2	Abnahme der Systemserviceleistungen.....	43
5.5.3	Dokumentation der Systemserviceleistungen.....	44
6.	Weitere Leistungen nach der Abnahme.....	44
6.1	Weiterentwicklung und Anpassung des Gesamtsystems nach der Abnahme.....	44
6.2	Sonstige weitere Leistungen nach der Abnahme.....	44
7.	Ergänzende Vereinbarungen bei Vergütung nach Aufwand.....	44
7.1	Vereinbarung der Preiskategorien bei Vergütung nach Aufwand.....	45
7.2	Zeiten der Leistungserbringung bei Vergütung nach Aufwand.....	45
7.3	Abweichende Regelungen für die Bestimmung und Vergütung von Personentagesätzen.....	45
7.4	Reisekosten, Nebenkosten, Materialkosten und Reisezeiten.....	46
7.4.1	Reisekosten, Nebenkosten und Materialkosten.....	46
7.4.2	Reisezeiten.....	46
7.5	Besondere Bestimmungen zur Vergütung nach Aufwand.....	46
7.6	Preisanpassungen für Systemserviceleistungen, die nicht im Pauschalpreis enthalten sind.....	47
8.	Termin- und Leistungsplan.....	47
9.	Zahlungsplan.....	47

Nutzerhinweise EVB-IT System

10.	Projektmanagement	48
10.1	Projektmanager/Projektleiter	48
10.2	Weitere Schlüsselpositionen des Auftragnehmers	48
10.3	Projektsteuerung/Projektkoordinierung	49
10.4	Behandlung von Änderungsanträgen (Change Requests).....	49
11.	Weitere Pflichten des Auftragnehmers	50
11.1	Besondere Anforderungen an Mitarbeiter des Auftragnehmers (keine Kommentierung)	50
11.2	Allgemeine Sicherheitsanforderungen (keine Kommentierung).....	50
11.3	Mitteilung von Kopier- oder Nutzungssperren	50
11.4	Mitteilungspflicht bezüglich der zur Vertragserfüllung eingesetzten Werkzeuge	50
11.5	Entsorgung der Hardware (ergänzend zu Ziffer 2.1 der AGB).....	51
11.6	Entsorgung der Verpackung (keine Kommentierung)	51
12.	Mitwirkung des Auftraggebers	51
13.	Abnahme.....	51
13.1	Gegenstand der Abnahme	51
13.2	Testdaten.....	52
13.3	Dauer, Ort und Systemumgebung der Funktionsprüfung	52
13.4	Vereinbarungen zur Durchführung der Funktionsprüfung und zur Erklärung der Abnahme	53
13.5	Vereinbarungen zu Mängelklassen im Rahmen der Funktionsprüfung	53
14.	Mängelhaftung (Gewährleistung)	53
14.1	Verjährungsfrist (Gewährleistungsfrist) für Mängel des Systems	53
14.2	Verjährungsfrist (Gewährleistungsfrist) für Mängel an Teilleistungen	54
14.3	Mängelmeldungen	54
14.3.1	Form der Mängelmeldung	55
14.3.2	Adresse für Mängelmeldungen.....	55
14.4	Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Servicezeiten, Hotline, Teleservice	55
14.4.1	Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Mängelklassen.....	55
14.4.2	Servicezeiten.....	56
14.4.3	Hotline	56
14.5	Teleservice.....	56
14.6	Weitere Vereinbarungen zur Mängelhaftung.....	56
15.	Haftungsregeln.....	57
15.1	Haftungsobergrenze bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung	57
15.2	Haftung bei Verzug.....	57
15.3	Haftung für den Systemservice.....	57
15.4	Haftung für entgangenen Gewinn	58
16.	Vertragsstrafen bei Verzug	58
16.1	Verzug bei Erstellung des Gesamtsystems	58
16.2	Verzug bei Reaktions- und Wiederherstellungszeiten	59
17.	Weitere Vereinbarungen	60
17.1	Garantien	60
17.1.1	Auftragnehmergarantien	60
17.1.2	Herstellergarantien.....	60
17.2	Übergabe bzw. Hinterlegung des Quellcodes	61
17.2.1	Übergabe des Quellcodes.....	61
17.2.2	Hinterlegung des Quellcodes	61
17.3	Haftplichtversicherung (keine Kommentar)	62
17.4	Sicherheiten	62
17.4.1	Vorauszahlungsbürgschaft.....	62

Nutzerhinweise EVB-IT System

17.4.2 Vertragserfüllungs- oder Mängelhaftungssicherheit.....	62
17.4.3 Kombinierte Vertragserfüllungs- oder Mängelhaftungssicherheit.....	63
17.5 Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit.....	63
17.6 Vereinbarungen zur Korruptionsprävention	63
17.7 Kündigungsrecht des Auftraggebers.....	63
17.8 Sonstige Vereinbarungen.....	64
IV. Hinweise zu den AGB	64
1. Gegenstand des EVB-IT Systemvertrages.....	64
2. Art und Umfang der Leistungen	65
2.1 Verkauf von Hardware.....	65
2.2 Vermietung von Hardware.....	65
2.3 Überlassung von Software.....	66
2.3.1 Überlassung von Standardsoftware.....	66
2.3.1.1 Dauerhafte Überlassung.....	67
2.3.1.2 Überlassung auf Zeit.....	67
2.3.1.3 Standardsoftware mit Anpassungen auf Quellcodeebene	67
2.3.1.4 Weitere Nutzungsrechtsvereinbarungen	68
2.4 Erstellung des Gesamtsystems und Herbeiführung der Betriebsbereitschaft.....	71
2.5 Schulungen	71
3. Mängelklassifizierung.....	72
4. Systemservice nach Abnahme	72
4.1 Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft	73
4.1.1 (Übernahme einer neuen Systemkomponente)	73
4.1.2 (Servicezeiten, Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Verzugsfolgen etc.).....	74
4.2 Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft	75
4.2.1 Wartung des Gesamtsystems	75
4.2.2 Überlassung von neuen Programmständen	75
4.3 Abnahme der Systemserviceleistungen	75
4.4 Mängelhaftung bei Systemserviceleistungen.....	76
4.5 Dokumentation der Systemserviceleistungen	76
5. Dokumentation	76
5.1 (Dokumentation des Gesamtsystems).....	76
5.2 (Bestandteile der Dokumentation)	77
5.3 (Sprache und Übergabe der Dokumentation).....	77
5.4 (Dokumentation der Mängelbeseitigung - Keine Kommentierung).....	77
5.5 (Einarbeiten von Änderungen).....	77
5.6 (Rechte an Dokumentationen)	77
6. Mitteilungspflichten des Auftragnehmers.....	77
6.1 (Mitteilungspflichten in Bezug auf das System und die Beistellungen)	77
6.2 (Mitteilungspflichten zu Datensicherungsmaßnahmen).....	78
6.3 (Mitteilungspflichten bei Normänderungen)	78
6.4 (Informationen bezüglich des Einsatzes von Werkzeugen)	78
6.5 (Mitteilungspflichten hinsichtlich Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers).....	78
6.6 (Mitteilungspflichten hinsichtlich Kopier- und Nutzungssperren - keine Kommentierung).....	78
6.7 (Mitteilungspflichten hinsichtlich des Projektfortschrittes).....	78
6.8 (Mitteilungspflichten bei Termingefährdung).....	79
7. Personal des Auftragnehmers, Subunternehmer	79
7.1 (Anforderungen an die Personalqualifikation - keine Kommentierung).....	79
7.2 (Einsatz und Wechsel von Subunternehmern)	79

Nutzerhinweise EVB-IT System

7.3	(Direktionsrecht und Disziplinalgewalt - keine Kommentierung)	79
7.4	(Auswechseln von Personal in Schlüsselpositionen)	79
8.	Vergütung	80
8.1	(Pauschal festpreis)	80
8.2	(Vergütung nach Aufwand)	80
8.3	(Fälligkeit der Vergütung)	80
8.4	(Zahlung der Vergütung)	80
8.5	(Personentage, Tagessatz)	81
8.6	(Preis anpassung)	81
8.7	(Umsatzsteuer - keine Kommentierung)	81
9.	Verzug	81
9.1	(Verbindlichkeit der Termine)	81
9.2	(Verzugs auslösende Termine)	81
9.3	(Vertragsstrafe)	83
9.4	(Vertragsstrafe-Vorbehalt der Geltendmachung, Anrechnung)	84
10.	Projektmanagement	84
10.1	(Vorgehensmodell, Auftragnehmerpflichten)	84
10.2	(Ansprechpartner - keine Kommentierung)	84
10.3	(Keine Vergütung für projektbezogene interne Abstimmungen - keine Kommentierung)	84
11.	Mitwirkung des Auftraggebers	84
11.1	(Art und Umfang der Mitwirkung)	86
11.2	(Übernahme weiterer Mitwirkungen)	86
11.3	(Störungsmeldungen)	86
11.4	(Änderungsmeldungen des Auftraggebers in Bezug auf die Systemumgebung und Beistellungen)	86
11.5	(Entnahme von Datenträgern)	86
11.6	(Teleservicevereinbarung)	87
11.7	(Ordnungsgemäße Datensicherung – keine Kommentierung)	87
12.	Abnahme	87
12.1	(Abnahmegegenstand)	87
12.2	(Erklärung der Betriebsbereitschaft)	87
12.3	(Vorbereitung und Durchführung der Funktionsprüfung)	87
12.4	(Umfang und Ort der Funktionsprüfung)	88
12.5	(Feststellung von Mängeln während der Funktionsprüfung und deren Abbruch)	88
12.6	(Verfahren bei Abbruch der Funktionsprüfung)	89
12.7	(Verfahren bei abnahmehindernden Mängeln in der Funktionsprüfung)	89
12.8	(Erklärung der Abnahme)	89
12.9	(Teilabnahmen)	90
12.10	(Verzug)	91
12.11	(Förmlichkeit der Abnahme)	91
13.	Rechte des Auftraggebers bei Mängeln des Gesamtsystems (Gewährleistung)	91
13.1	(Haftung für Sach- und Rechtsmängel)	91
13.2	(vorbehaltene Mängelansprüche)	92
13.3	(Verjährung von Mängelansprüchen)	92
13.4	Beginn und Verjährung der Mängelansprüche für Teillabnahmen	93
13.5	(Ausschluss der Mängelhaftung)	93
13.6	(Ausschluss der Rechtsmängelhaftung)	94
13.7	(Hemmung der Verjährung)	94
13.8	(Zumutbarkeit der Übernahme einer neuen Systemkomponente im Rahmen der Mängelbeseitigung)	95
13.9	(Übernahme einer neuen Systemkomponente im Rahmen der Mängelbeseitigung)	95

13.10 (Nacherfüllung).....	95
13.11 (Selbstvornahme, Minderung und Rücktritt)	95
13.12 (Schadensersatz und Aufwendungsersatz).....	96
14. Schutzrechte Dritter	97
15. Haftungsbeschränkung.....	97
15.1 Begrenzung der Höhe nach bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen	98
15.2 Sonderregelung für Haftung für den Systemservice	98
15.3 (Haftung bei Datenverlust - keine Kommentierung)	99
15.4 (Ausschluss der Haftungsbeschränkungen - keine Kommentierung)	99
15.5 (Haftung für entgangenen Gewinn)	99
16. Laufzeit und Kündigung	99
16.1 (Dauerschuldverhältnisse)	99
16.1.1 (unbefristete Dauerschuldverhältnisse).....	99
16.1.2 (Auswirkung von Kündigungen auf Dauerschuldverhältnisse)	99
16.1.3 (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund – keine Kommentierung).....	100
16.2 (Kündigung gem. § 649 BGB).....	100
16.3 (Kündigung des Vertrages bei Vorliegen eines wichtigen Grundes).....	100
16.3.1 und 16.3.2 (Folgen der Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes).....	100
17. Änderung der Leistung nach Vertragsabschluss.....	101
18. Quellcodehinterlegung bei Standardsoftware	102
18.1 (Übergabe des Quellcodes der Individualsoftware und Anpassungen von Standardsoftware).....	102
18.2 (Hinterlegung des Quellcodes von Standard- bzw. Individualsoftware)	102
19. Haftpflichtversicherung (keine Kommentierung).....	103
20. Sicherheiten	103
20.1 (Sicherheiten allgemein).....	103
20.1.1 (Vorauszahlungsbürgschaft)	104
20.1.2 (Vertragserfüllungssicherheit)	104
20.1.3 (Mängelhaftungssicherheit)	104
20.1.4 (Kombinierte Vertragserfüllungs- und Mängelhaftungssicherheit – keine Kommentierung).....	105
20.2 (Bürgschaften durch andere Bürgen).....	105
21. Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit.....	105
21.1 (Information des Auftragnehmers über datenschutzrechtlich relevante bzw. geheimzuhaltende Sachverhalte)	105
21.2 (Löschung von Datenträgern)	105
21.3 (Datenschutzrechtliche Verpflichtung des Auftragnehmers).....	105
21.4 (Folgen von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Verpflichtungen)	106
21.5 (Wahrung der Vertraulichkeit).....	106
21.6 (Vertrauliche Informationen - keine Kommentierung).....	106
22. Zurückbehaltungsrecht.....	106
23. Schlichtungsverfahren	106
24. Textform	107
25. Anwendbares Recht (keine Kommentierung).....	107
26. Begriffsbestimmungen (keine Kommentierung).....	107
V. Erläuterungen zur Verwendung der Nutzungsrechtsmatrix	108
1. Allgemeines	108
2. Erläuterung der Spalten der Nutzungsrechtsmatrix	110
3. Erläuterung der einzelnen Rubriken der Nutzungsrechtsmatrix	117
4. Beispiel für eine Integration der Kriterien aus der Nutzungsrechtsmatrix in eine Bewertungsmatrix.....	128
VI. Hinweise zur Teleservicevereinbarung	132

Vorbemerkungen

Abschnitt I	Allgemeines zu den EVB-IT System. Hier erfolgt ein Überblick über die Besonderheiten eines IT-Systemvertrages und über dessen Anwendungsbereich. Insbesondere werden die Unterschiede dieses Vertragstyps zum EVB-IT Systemlieferungsvertrag dargestellt.
Abschnitt II	Überblick über die wesentlichen Unterschiede zwischen den EVB-IT System, den EVB-IT Systemlieferung und den Basis-EVB-IT
Abschnitt III	Hinweise zum Vertragsformular, die als praktische Unterstützung für den Beschaffer gedacht sind. Sie enthalten im Wesentlichen Ausfüllhilfen.
Abschnitt IV	Hinweise zu den AGB. Diese dienen vor allem der eingehenden Information zu den rechtlichen Grundlagen des Vertrages.
Abschnitt V	Erläuterungen zur Verwendung der Nutzungsrechtsmatrix
Abschnitt VI	Hinweise zur Teleservicevereinbarung

In den folgenden Ausführungen werden der EVB-IT Systemvertrag in der Regel als „Vertrag“ und die EVB-IT System-AGB, als „AGB“ bezeichnet. Wird innerhalb der Kommentierung zu einer bestimmten Nummer oder Ziffer dieselbe erwähnt, unterbleibt auch dieser Zusatz. Nur dort, wo die Gefahr der Verwechslung mit anderen Verträgen bzw. AGB besteht, wird die vollständige Bezeichnung verwendet.

Die Nummerierung der Hinweise in den Abschnitten III und IV folgt der Nummerierung in dem Vertrag und in den AGB. Die Überschriften entsprechen den jeweiligen Überschriften in den Dokumenten. Überschriften, die zur Orientierung beim Lesen nur für diese Hinweise formuliert wurden und sich nicht in den Dokumenten finden, wurden durch runde Klammer () eingeschlossen.

I. Allgemeines zur EVB-IT System

1. Neuauflage der EVB-IT System

Die erste Fassung der EVB-IT System (November 2007) wurde letztlich ohne Zustimmung des BITKOM veröffentlicht, da die vorhergehenden Verhandlungen trotz einer Reihe von Zwischenergebnissen nicht zu einem erfolgreichen Ende geführt werden konnten. Nach der Einigung über die EVB-IT Systemlieferung im Jahre 2011 wurden jedoch diese Verhandlungen erneut aufgenommen und dieses Mal erfolgreich zum Abschluss gebracht.

Demgemäß enthalten die neuen EVB-IT System gegenüber der Vorversion eine Reihe weiterer Kompromisse. Zugleich konnte die Qualität der EVB-IT System deutlich verbessert werden. So wurden eine Reihe von Verbesserungsvorschlägen umgesetzt, die sich aus der Praxis der Beschaffer ergaben und Fehler beseitigt. Des Weiteren wurde das Vertragsformular der EVB-IT System an das inzwischen bewährte Formular aus den EVB-IT Systemlieferung angepasst, soweit dies sinnvoll war. Dadurch ergaben sich eine Reihe von Vereinfachungen. Aus dem besseren Gleichlauf der Vertragsformulare ergibt sich ein zusätzlicher Praxisvorteil für den Beschaffer,

Nutzerhinweise EVB-IT System

der sich nun in beiden Verträgen nahezu gleich orientieren kann. Nicht zuletzt wirkten auch die Verhandlungen qualitätssichernd.

In den EVB-IT System-AGB ist die wohl bemerkenswerteste Änderung die Überarbeitung der Rechteregelelungen im Zusammenhang mit Anpassungen von Standardsoftware auf Quellcodeebene und der Erstellung von Individualsoftware. Hier wurden u.a. Möglichkeiten geschaffen, die Anpassungen auf Quellcodeebene in künftige Versionen der Standardsoftware aufzunehmen, was für beide Seiten Vorteile bieten kann. Zudem besteht die Möglichkeit, in für beide Seiten transparenter und damit rechtlich risikoarmer Art und Weise vorbestehende Teile von Individualsoftware oder Anpassungen von Standardsoftware auf Quellcodeebene einzubeziehen.

Günstiger für die Auftragnehmerseite wurde der Umgang mit Erfindungen geregelt, die anlässlich der Vertragserfüllung vom Auftragnehmer gemacht werden. Über solche Erfindungen kann der Auftragnehmer nun auch dann frei verfügen, wenn sich der Auftraggeber ausschließliche Nutzungsrechte an der Individualsoftware ausbedungen hat. Es wurde aber sichergestellt, dass die Nutzungsrechte des Auftraggebers oder etwaiger Dritter, denen der Auftraggeber Rechte einräumt, durch den Schutz der Erfindung, z.B. in Form eines Patentes nicht beeinträchtigt werden.

Zudem wurden einige Regelungen aus den EVB-IT Systemlieferung übernommen, soweit dies der Projekt- und damit Werkvertragscharakter der EVB-IT System und die damit einhergehende größere Komplexität dies zuließ. Zu nennen sind hier insbesondere die zeitliche Begrenzung der Rücktrittsmöglichkeit bei Mängeln an der Standardsoftware und die Übernahme der Schutzrechtsklausel aus den EVB-IT Systemlieferung.

Kleinere Zugeständnisse hat die Auftraggeberseite auch bei der Haftung gemacht. Hier ist die wesentlichste Änderung wohl in der gesonderten Begrenzung der Haftung für den Systemservice zu sehen.

Das EVB-IT Systemvertragsformular wurde in seiner Struktur dem der EVB-IT Systemlieferung angepasst, was insbesondere auch eine Übernahme der Rangfolgenregelungen der Anlagen des Vertrages umfasste. Ein weiterer wesentlicher Angleichungsschritt war die Einbeziehung der Nutzungsrechtsmatrizen in den Vertrag.

Die Muster haben sich gegenüber der Vorversion nur insoweit geändert, dass als Muster 4 eine Nutzungsrechtsmatrix hinzugefügt wurde und die Vergütungszusammenfassung (ehemals Muster 1) weggefallen ist, die in der Praxis kaum Anwendung gefunden hat.

2. Was ist ein Systemvertrag?

Bei komplexeren IT-Projekten ist es oft notwendig, eine individuelle Anpassung der IT an die Bedürfnisse des Anwenders zu erstellen. Dabei wünscht der IT-Anwender in der Regel eine Hard- und Softwarelösung aus einer Hand. Die Leistungen des Auftragnehmers in einem IT-Projekt können daher alle oder einzelne der folgenden Module sein:

- Hardwarelieferung
- Standardsoftwareüberlassung
- Individualsoftwareerstellung
- Konfiguration/Customizing
- Beratung
- Einweisung

Nutzerhinweise EVB-IT System

- Schulung
- Projektmanagement
- Instandhaltung von Hardware
- Systempflege nach der Abnahme/Lieferung

3. Anwendungsbereich der EVB-IT System

Die Beschaffung eines IT-Systems ist auf der Grundlage der klassischen BVB und EVB-IT nicht möglich. Bis zur Einführung der ersten Version der EVB-IT System wurden daher die eigentlich zusammen gehörenden Einzelkomponenten eines IT-Systems aufgrund unterschiedlicher, voneinander unabhängiger Verträge beschafft. Dies war aber nicht im Sinne des Auftraggebers, denn unterschiedliche Verträge haben unter Umständen unterschiedliche Rechtsfolgen. Außerdem bestand das Risiko, dass der Auftraggeber bei Problemen während der Realisierung des Gesamtsystems oder bei Störungen nach der Abnahme nicht in der Lage ist, eindeutig zu identifizieren, welcher Systemkomponente und daher welchem Vertrag der Fehler zuzurechnen ist. Dementsprechend unklar waren die konkreten Rechtsfolgen und, soweit die Verträge mit verschiedenen Auftragnehmern geschlossen sind, auch die Verantwortlichkeiten dieser Auftragnehmer.

Bei einer solchen Konstellation liegt das Interesse des Auftraggebers darin, ein komplexes Projekt durch **EINEN** Auftragnehmer realisieren zu lassen und diesen als Generalunternehmer für die Erstellung des Gesamtsystems verantwortlich zu machen. Liegt ein solcher Einheitlichkeitswille der Parteien vor, richtet sich die vertragstypologische Einordnung des Gesamtvertrages nach dem Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen. Da bei den EVB-IT System die individuellen Leistungen und damit die werkvertraglichen Leistungen den Schwerpunkt der Gesamtleistung ausmachen, unterliegen die EVB-IT System einheitlich dem Werkvertragsrecht.

Den EVB-IT System liegt der Gedanke des „schlüsselfertigen Bauens“ zu Grunde. Der Auftragnehmer sorgt dafür, dass das IT-System dem Auftraggeber in der vereinbarten Form abnahmebereit zur Verfügung gestellt wird. Er kann die Verantwortung hierfür nur übernehmen, wenn er das Projekt leitet und die Erfolgsverantwortung trägt. Dieser Gedanke ist daher prägend für die gesamten EVB-IT System und ist sowohl im Vertragsformular als auch in den AGB entsprechend umgesetzt.

Die EVB-IT System kommen bei Vorliegen folgender Voraussetzungen zur Anwendung:

- Der Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen liegt in der Erstellung eines IT-Systems – ggf. einschließlich der Realisierung von Individualprodukten -, der Integration und Zusammenfügung von Einzelleistungen, der Einbindung in die Systemumgebung des Auftraggebers sowie in der Herbeiführung der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems.
- Der Wert der oben genannten Anpassungsleistungen (Individualsoftware, Migration von Altdaten, Herbeiführung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems) überschreitet einen Wert von 15 % bis 20 % des Erstellungspreises.

oder

- Der Wert der oben genannten Anpassungsleistungen überschreitet diesen Wert zwar nicht, aber
 - die Anpassungsleistungen sind so entscheidend, dass das IT-System ohne sie durch den Auftraggeber nicht oder nicht sinnvoll nutzbar ist

Nutzerhinweise EVB-IT System

oder

- es handelt sich bei den Anpassungen um die Erstellung zahlreicher Individualprogrammierungen.

oder

- Es wird lediglich die Erstellung von Individualsoftware in Auftrag gegeben. Die EVB-IT System ersetzen damit auch den BVB-Erstellungsvertrag, solange kein spezieller EVB-IT Werkvertrag veröffentlicht wird. Bei der Nutzung der EVB-IT System nur für die Erstellung von Individualsoftware besteht das Problem darin, dass einige Regelungen (z.B. zu Lieferung von Hard- und Standardsoftware) der AGB ins Leere gehen, da im eigentlichen Sinne kein Gesamtsystem erstellt werden soll. Will der Beschaffer dennoch die EVB-IT System lediglich für Erstellung von Individualsoftware einsetzen, muss er im Vertragsformular unter Nummer 1.1 regeln, dass das Gesamtsystem im Sinne dieses Vertrages die Individualsoftware ist. Die BVB-Erstellung sind dennoch über die CIO-Seite (www.cio.bund.de, dort im Archiv) für die Fälle abrufbar, in denen die Anwendung der EVB-IT System nicht wirtschaftlich erscheint. Dies kann dann der Fall sein, wenn zum Beispiel lediglich in geringem Umfang und in kurzer Zeit Individualsoftware für ein schon bestehendes System programmiert werden soll.

Bei den genannten Fallgestaltungen überwiegt das werkvertragliche Moment des individuell geschuldeten Erfolges in einer Weise, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts gerechtfertigt wird. Ein Vertrag auf Grundlage der EVB-IT System wird durch die Erklärung der Abnahme erfüllt.

Liegt eine der oben genannten Voraussetzungen für die Anwendung der EVB-IT System nicht vor, sollen aber gleichwohl mehrere Leistungen inklusive geringfügiger Anpassungsleistungen aus einer Hand beschafft werden, finden die EVB-IT Systemlieferung Anwendung.

Hinweis: Auch wenn die EVB-IT System davon ausgehen, dass alle Leistungen aus einer Hand zu beschaffen sind, muss die Vergabestelle bei Verwendung derselben im Hinblick auf § 97 GWB bzw. die weiteren vergaberechtlichen Vorschriften (z.B. die VOL/A) begründen, warum ein einheitlicher Systemvertrag mit nur einem Auftragnehmer geschlossen werden soll und die hiervon erfassten Leistungen nicht losweise vergeben werden.

Die Planung des Systems ist nicht Gegenstand der EVB-IT System, sondern ihre Voraussetzung. Sie kann vom Auftraggeber selbst erstellt oder nach den zukünftigen EVB-IT Planung beziehungsweise - bis zu deren Veröffentlichung - gemäß der BVB Planung vereinbart werden.

Eine Entscheidungshilfe zur Einbeziehung der BVB- bzw. EVB-IT-Vertragstypen in IT-Beschaffungsverträge findet sich unter www.cio.bund.de.

Im Folgenden werden zur Veranschaulichung zwei Anwendungsfälle geschildert, für die Nutzung des EVB-IT System und die Nutzung der EVB-IT Systemlieferung.

Beispiel für einen Beschaffungsfall, der mit dem EVB-IT Systemvertrag geregelt werden sollte:

Die Behörde A wünscht ein E-Procurement-System (Elektronische Vergabe). In einer funktionalen Ausschreibung wird der Leistungsumfang des Systems funktional vorgegeben. Der Anbieter entscheidet, mit welcher Hard- und Software er diese Vorgaben erfüllen wird. Die Vergabestelle hat an der angebotenen Hard- und Software nur dann Interesse, wenn der Bieter aus diesen Komponenten das von der Vergabestelle geforderte Gesamtsystem erstellt und in die Systemumgebung des Auftraggebers integriert. Aufgrund der individuellen Anforderungen der Vergabestelle ist es auch möglich, dass der Bieter die Erstellung von Individualsoftware anbietet.

Beispiel für einen Beschaffungsfall, der mit dem EVB-IT Systemlieferungsvertrag geregelt werden sollte:

Die Behörde A wünscht die Installation von 500 PCs und die Installation von mehreren Standardsoftwareprodukten auf diesen PCs in ihrer Behörde. Der Bieter soll sowohl die Lieferung als auch die Aufstellung der PCs und die Installation der Softwareprodukte vornehmen, die PCs an das behördeninterne Netzwerk anschließen und dafür sorgen, dass die Standardsoftware auf die Datenbestände der Behörde zugreifen kann. Die Anpassungsleistungen könnte die Behörde auch selber durchführen. Wegen personeller Engpässe wünscht sie aber die Leistung von dem Anbieter. In erster Linie ist die Behörde an dem Kauf der Hard- und Software interessiert.

Die EVB-IT System enthalten nach wie vor wie die EVB-IT Systemlieferung einen eigenen Vertragsteil zu Systemserviceleistungen. Ein eigenständiger EVB-IT Systemservicevertrag ist in Vorbereitung. Dieser Vertrag wird die Systemserviceleistungen detaillierter und umfangreicher als der Systemserviceteil der EVB-IT System regeln.

Die EVB-IT System haben 2007 die beiden BVB-Vertragstypen BVB-Kauf und BVB-Überlassung Typ II abgelöst. Beide BVB räumten dem Auftraggeber die Möglichkeit ein, neben der Lieferung von Standardkomponenten, in geringem Umfang Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft dieser Komponenten zu vereinbaren. Diese Vereinbarungsmöglichkeit bieten nun auch die EVB-IT System. Als BVB-Vertragstypen bleiben nun nur noch im Einsatz

- BVB-Miete (für Hardware)
- BVB-Pflege (für Individualsoftware¹)
- BVB-Planung.

Auch diese letzten Vertragstypen sollen durch EVB-IT Verträge ersetzt werden,

Eine Entscheidungshilfe zur Anwendung der BVB- bzw. EVB-IT-Vertragstypen bei IT-Beschaffungen findet sich unter www.cio.bund.de.

¹ Soweit Individualsoftware auf Grundlage eines EVB-IT Systemvertrages erstellt wird, erfolgt die Pflege nach Maßgabe der Regelungen zum Systemservice als Bestandteil des EVB-IT Systemvertrages.

4. Aufbau und Struktur der EVB-IT System

Die EVB-IT System setzen sich aus folgenden Dokumenten zusammen:

- EVB-IT Systemvertrag (Vertrag oder Vertragsformular)
- EVB-IT System-AGB
- Muster 1 – Störungsmeldeformular
- Muster 2 – Leistungsnachweis
- Muster 3 – Änderungsverfahren
- Muster 4 – Nutzungsrechtsmatrix.

Nachrangig zu den EVB-IT System-AGB werden durch den Vertrag die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) einbezogen.

Der Vertrag, die AGB sowie die Muster 1 bis 4 stehen unter <http://www.cio.bund.de> zur Einsichtnahme bereit. Die VOL/B ist unter <http://www.bmwi.de> abrufbar.

Der Vertrag bezieht alle vertragswesentlichen Dokumente einschließlich der AGB und aller Anlagen zum Vertrag, wie z. B. Leistungsbeschreibung, Antworten des Bieters auf den Fragenkatalog und ein vom Auftraggeber selbst gestaltetes Preisblatt ein.

Die EVB-IT System-AGB enthalten am Ende Definitionen von Begriffen, die dort bzw. im Vertrag verwendet werden und über die ein einheitliches Verständnis bei Auftraggebern und Auftragnehmern notwendig ist.

Hinweis zur Orientierung in den Vertragsdokumenten:

Verweise in allen EVB-IT Dokumenten (Vertrag, AGB, Hinweise), die sich auf die **AGB** beziehen, verwenden den Begriff „**Ziffer**“, solche, die sich auf **den Vertrag** beziehen, den Begriff „**Nummer**“.

Beispiel aus den AGB

1. Gegenstand des EVB-IT Systemvertrages

- 1.1. Gegenstand des EVB-IT Systemvertrages ist die Erstellung eines Gesamtsystems auf der Grundlage eines Werkvertrages und, soweit vereinbart Systemservice nach Abnahme und/oder die Weiterentwicklung und Anpassung des Gesamtsystems. Das Gesamtsystem ergibt sich aus den vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen und Lieferungen gemäß Nummer 2 und 4 des EVB-IT Systemvertrages einschließlich der vom Auftraggeber beizustellenden Systemkomponenten*. Die Leistungen zur Erstellung des Gesamtsystems können insbesondere umfassen:

Beispiel aus dem Vertrag

4.4.2 Mitteilung über Anpassungen der Standardsoftware* auf Quellcodeebene

- Die Standardsoftware* aus Nummer 4.4.1 Lfd.Nr. _____ wird im Sinne von Ziffer 2.3.1.3 EVB-IT System AGB auf Quellcodeebene angepasst.

Alle vertraglichen Vereinbarungen müssen sich entweder aus dem Vertragsformular selbst oder aus seinen Anlagen ergeben. Dies kann durch Ausfüllen der hierfür vorgesehenen Stellen, durch Ankreuzen der angebotenen Optionen und durch den Verweis auf Anlagen zum Vertrag geschehen. Die EVB-IT System-AGB werden über die Einbeziehung auf der ersten Seite des Vertrages Vertragsbestandteil.

Der an verschiedenen Stellen in den AGB enthaltene Zusatz „...soweit nichts anderes vereinbart...“ zeigt an, dass zu dieser Regelung eine abweichende Vereinbarung im Vertragsformular möglich ist. Will die Vergabestelle jedoch von den AGB abweichende Regelungen treffen, für die das Vertragsmuster kein entsprechendes Feld vorsieht, kann dies in Nummer 17.8 des Vertrages „Sonstige Vereinbarungen“ geschehen.

Eine Änderung des AGB-Dokuments selbst ist unzulässig.

5. Geltungshierarchie der Dokumente

Die Dokumente gelten in folgender Rangfolge:

- Zunächst gelten der Vertragstext und die in Nummer 1.3.1 aufgeführten Anlagen. Die Vergabestelle kann die Rangfolge der einzelnen Anlagen in dem unter der Tabelle vorgesehenen Eingabefeld bestimmen. Hierbei ist aber sorgfältig zu prüfen, ob die Bestimmung einer Rangfolge notwendig ist.
- Danach gelten die EVB-IT System-AGB (Nummer 1.3.2 des Vertrages).
- Danach gilt die VOL/B (Nummer 1.3.3 des Vertrages).
- Danach gelten die Nutzungsrechtsregeln aus den Lizenzbedingungen der Rechteinhaber der Standardsoftware des Systems, soweit in Nummern 4.3.3 bzw. 4.4.3 des Vertrages eine solche Einbeziehung vereinbart wird (siehe Text unterhalb der Tabelle in 1.3.1). Näheres zur Geltung von abweichenden Nutzungsrechtsregeln unter III.4.3.3 dieser Hinweise. Der Vertrag macht unterhalb der Tabelle „Anlagen zum EVB-IT Systemvertrag“ (Nummer 1.3.1 des Vertrages) deutlich, dass dies auch dann gilt, wenn die Lizenzbedingungen der Hersteller der Standardsoftware in Gänze als Anlage in der Tabelle der Nummer 1.3.1 aufgeführt werden, unabhängig von der dortigen Reihenfolge. Wie auch immer Lizenzbedingungen in die Tabelle einbezogen werden, gilt also als Grundsatz, dass diese Anlage, anders als die anderen Anlagen in der Tabelle, nur in Bezug auf die in ihr geregelten Nutzungsrechte - also nicht vollständig - vorrangig vor den EVB-IT System-AGB gilt. Mit dieser Regelung wird ein häufig zu beobachtender Fehler vermieden, der vielen Vergabestellen beim Ausfüllen der EVB-IT Vertragsmuster unterläuft. Die Lizenzbedingungen der Hersteller werden oft ohne Beschränkung auf den Teil der Nutzungsrechtsregeln als Anlage in den Vertrag einbezogen. Damit gelten auch die anderen Klauseln der Lizenz-AGB, wie zum Beispiel Haftung und Gewährleistung, vorrangig vor den jeweiligen EVB-IT AGB, die ja immer nachrangig nach den Anlagen gelten. Dieses Ergebnis wird wohl in den seltensten Fällen erwünscht sein.

Weitere Geschäftsbedingungen, insbesondere die des Auftragnehmers, sind ausgeschlossen, soweit nichts anderes vereinbart ist.

Achtung:

Vergaberechtlich besteht zwar die Möglichkeit, einen Bieter wegen der Einbeziehung seiner AGB in sein Angebot auszuschließen. Wird er jedoch nicht ausgeschlossen und erhält den Zuschlag, führt dies zivilrechtlich dazu, dass seine AGB Vertragsbestandteil werden. Nummer 1.3 des Vertrages enthält daher am Ende eine Klausel zur „Abwehr“ von nachteiligen Regelungen aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers, wenn diese in den Vertrag einbezogen sein sollten.

Die rechtliche Wirkung einer solchen Klausel ist jedoch nicht unproblematisch, weshalb auch weiterhin darauf geachtet werden muss, dass unter den einbezogenen Dokumenten weder AGB von Auftragnehmern zu finden sind, noch Dokumente, die auf solche AGB verweisen. Wird dies versäumt, besteht auch weiterhin die Gefahr, dass wegen der oben aufgeführten Systematik AGB des Auftragnehmers, die als Anlage Vertragsgegenstand werden, vor den EVB-IT System-AGB gelten.

Diese Nutzerhinweise werden nicht Vertragsbestandteil.

6. Einbeziehung des Vertrages in die Vergabeunterlagen und Hinweise zum Umgang mit dem Vertragsmuster und den AGB

Soll die Erstellung eines Systems auf der Grundlage des Vertrages erfolgen, ist der Vertrag als Teil der Vertragsunterlagen den Vergabeunterlagen beizufügen (siehe §§ 8 Abs. 1 und 9 EG Abs.1 VOL/A). Der Vertrag bezieht alle anderen vertragswesentlichen Dokumente (Leistungsbeschreibung, Angebot, Preisblatt etc.) ein und macht auch die EVB-IT System-AGB zum Vertragsbestandteil. Diese müssen selbst jedoch nicht beigelegt werden. Es ist erforderlich, bei Versand der Vergabeunterlagen den aktuellen Stand der AGB in ausgedruckter oder elektronischer Form (kein Link) den Vergabeakten beizulegen, damit die Vertragsunterlagen dort vollständig dokumentiert sind. Das Vertragsformular verweist auf die Homepage des CIO des Bundes (www.cio.bund.de), von der die AGB heruntergeladen werden können.

Die Muster, die Verwendung finden sollen, und der Vertrag sind jedoch den Vergabeunterlagen – im Fall von Muster 4 ggf. mehrfach für verschiedene Standardsoftware – beizufügen.

Die Vergabestelle hat drei Möglichkeiten, den Vertrag zu verwenden:

- Sie kann - ggf. in nicht veränderbarer Form - die Felder ausfüllen, in denen sie den Leistungsinhalt vorgeben will. Stellt sie diese Vorgaben nicht ausdrücklich, z. B. durch eine Kommentierung wieder zur Disposition, sind solche Vorgaben durch den Bieter zwingend zu beachten. Die Nichteinhaltung solcher zwingenden Vorgaben durch den Bieter führt aber dann folgerichtig zum Ausschluss seines Angebotes. Die Vergabestelle wird dann den Vertrag nach Zuschlagserteilung entsprechend den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung, dem Angebot und den Antworten des Auftragnehmers auf einen etwaigen Fragenkatalog des Auftraggebers vervollständigen.
- Es besteht aber auch die Möglichkeit, den Bieter aufzufordern, das Vertragsformular selbst zu vervollständigen. Eine solche Aufforderung kann z. B. in den Bewerbungsbedingungen erfolgen. Die Vergabestelle sollte dabei unmissverständlich zum Ausdruck bringen, an welchen Stellen der Bieter

Eintragungen im Vertrag vornehmen soll. Dies kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass die auszufüllenden Stellen farblich markiert oder schwarz umrandet werden. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Bieter nicht akzeptierte Änderungen der Vertragsunterlagen vornimmt, die zu seinem Ausschluss führen müssen. Die vom Auftragnehmer durch Ausfüllen des Vertrages beschriebenen Leistungsteile und die im Vertragsformular gemachten Angaben werden Teile seines Angebotes.

- Mischformen der beiden oben aufgeführten Varianten sind möglich.

Es ist vorgesehen, dass beide Parteien den Vertrag in seiner endgültigen Fassung unterschreiben.

Eintragungen der Vergabestelle in den dafür vorgesehen Feldern des Vertragsmusters sollten farblich hervorgehoben werden, also z. B. in blauer Farbe erfolgen. Auf diese Weise können die Parteien auf einen Blick erkennen, welche Bestandteile des Vertrages individuell hinzugefügt wurden.

Will die Vergabestelle aber das Vertragsmuster selbst ändern, z. B. Passagen streichen oder Passagen ergänzen, darf dies nur unter folgenden Voraussetzungen erfolgen:

- Will die Vergabestelle ganze Passagen im Vertragsformular streichen, weil entweder die entsprechende Leistung nicht vereinbart werden soll oder eine Abweichung von der entsprechenden Regelung der AGB nicht gewünscht ist, ist darauf zu achten, dass die Nummerierung aufrechterhalten bleibt. Dies kann z. B. dadurch geschehen, dass anstelle der Überschriften bzw. der Texte ein Platzhalter tritt.

Beispiel: 4.1.1 [.....].

Die Nummerierung muss deshalb aufrechterhalten bleiben, weil die AGB sich auf Vertragsnummern beziehen und diese Bezüge bei Änderung der Nummerierung im Vertrag unrichtig würden.

Hingegen ist es nicht unproblematisch, anstelle des Platzhalters [...] Begriffe wie „entfällt“ o. Ä. zu setzen, weil dies im Einzelfall zu unerwünschten Ergebnissen führen kann, wie folgendes Beispiel zeigt:

Beispiel:

16. Vertragsstrafe bei Verzug „entfällt“

Durch diese Regelung werden die in den AGB vereinbarten Vertragsstrafen abbedungen. Dies ist jedoch in der Regel nicht gewollt; vielmehr möchte die Vergabestelle nur ausdrücken, dass sie gegenüber den AGB keine Änderung wünscht und die Vertragsstrafe entsprechend Ziffer 9.3 der AGB gelten soll.

Nutzerhinweise EVB-IT System

- Ansonsten sind alle Änderungen im Vertragsformular (z. B. Streichungen einzelner Worte und Sätze, Ergänzungen und Modifikationen) deutlich hervorzuheben, zum Beispiel im Änderungsmodus des Textverarbeitungssystems. Wird diese Vorgabe nicht beachtet, könnte der Bieter bzw. Auftragnehmer mit Recht einwenden, getäuscht worden zu sein. Ohne deutlich hervorgehobene Änderungen durfte er nämlich davon ausgehen, dass die Formulartexte den offiziellen Standards entsprechen.
- Wenn Änderungen zu bestimmten Vertragsregelungen erfolgen, sollten diese auch an der entsprechenden Stelle vorgenommen werden. Das erhöht die Transparenz.
- Wird das Vertragsformular wie oben beschrieben geändert, muss in dessen Fußzeile deutlich darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine gegenüber dem Standard geänderte Fassung handelt.

Beispiel:

Die mit * gekennzeichneten Begriffe sind am Ende der EVB-IT System-AGB definiert.

EVB-IT Systemvertrag Version 2.0 vom 19.09.2012 (**modifiziert durch AG. Änderungen und Streichungen markiert**)



Der Vertrag ist auf der letzten Seite von Auftraggeber und Auftragnehmer zu unterschreiben. Es empfiehlt sich, die einzelnen Seiten vor nachträglichen und nicht mehr nachvollziehbaren Änderungen zu schützen. Dies kann beispielsweise durch Abzeichnen - Paraphieren - jeder einzelnen Seite geschehen.

II. Überblick über die wesentlichen Unterschiede zwischen den EVB-IT System, den EVB-IT Systemlieferung und den Basis-EVB-IT

1. Gemischttypologischer Vertrag

Die Basis-EVB-IT (EVB-IT Verträge, die bis 2004 veröffentlicht wurden, d. h. EVB-IT Kauf, Überlassung Typ A und B, Dienstleistung, Instandhaltung und Pflege S) sind im Wesentlichen jeweils nur einem BGB-Vertragstyp zuzuordnen. Es handelt sich um reine Kaufverträge (EVB-IT Kauf, EVB-IT Überlassung Typ A) bzw. um einen Mietvertrag (EVB-IT Überlassung Typ B). Einzig die EVB-IT Instandhaltung und die EVB-IT Pflege S regeln bereits Dienst- und Werkleistungen in einem Vertrag.

Im EVB-IT Systemlieferungsvertrag und noch mehr im EVB-IT Systemvertrag können aber neben kaufvertraglichen Regelungen auch Regelungen zu dienst- bzw. werkvertraglichen Leistungen des Auftragnehmers geregelt werden. Da das Ziel beider Verträge aber die Lieferung bzw. die Erstellung und Implementierung **eines Systems** ist, geht die Rechtsprechung in diesen Fällen von einem Einheitlichkeitswillen der Parteien aus. Die vertragstypologische Einordnung des Gesamtvertrages richtet sich dann nach dem Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen.

Bei den EVB-IT Systemlieferung stellt die Lieferung von Standardkomponenten den Schwerpunkt der Leistungen dar und nicht die Anpassungs- oder Installationsleistungen. Es bleibt daher bei dem durch die Lieferung vorgegebenen Charakter des Vertrages als Kaufvertrag.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Im Gegensatz dazu bilden bei den EVB-IT System die Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems den Schwerpunkt der Leistungen. Der Vertrag unterliegt damit einheitlich dem Werkvertragsrecht.

2. Begrifflichkeit

Trotz der unterschiedlichen Vertragstypen ähneln sich EVB-IT System und EVB-IT Systemlieferung in vielen Punkten, denn beide Verträgen haben das gemeinsame Ziel, ein System vom Auftragnehmer zu erhalten, das sich aus mehreren Komponenten und Anpassungsleistungen zusammensetzt. Der Auftragnehmer übernimmt in beiden Vertragstypen als Generalunternehmer die Verantwortung dafür, dass das System bei der „Abnahme“ bzw. bei der „Lieferung“ die gewünschten Funktionalitäten aufweist.

Trotz dieses gemeinsamen Anliegens wird das zu erstellende bzw. zu liefernde System in beiden Verträgen unterschiedlich bezeichnet, d. h. bei den EVB-IT System als „Gesamtsystem“ und bei den EVB-IT Systemlieferung als „System“. Diese unterschiedlichen Begriffe sind bewusst gewählt worden, um eine Abgrenzung der Vertragsgegenstände beider Verträge und den folgenden Unterschied zwischen den beiden vereinbarten Systemen deutlich zu machen:

Das Gesamtsystem im Sinne der EVB-IT System **beinhaltet auch die Beistellungen** des Auftraggebers, während diese beim System im Sinne der EVB-IT Systemlieferung, zwar eingebunden werden müssen, aber selbst **nicht zum System gehören**.

Zu den Beistellungen gibt es daher in den jeweiligen AGB unterschiedliche Regelungen. So werden die Beistellungen in den EVB-IT System u.a. wie folgt definiert:

Beizustellende Systemkomponenten Die vom Auftraggeber beizustellenden Systemkomponenten* **bilden mit den vom Auftragnehmer zu liefernden und/oder herzustellenden Systemkomponenten* das Gesamtsystem**. Die beizustellenden Systemkomponenten* ...

Zudem ergibt sich dies auch aus Ziffer 1.1. des AGB-Textes selbst. Dort heißt es:

„1.1

Das Gesamtsystem ergibt sich aus den vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen und Lieferungen gemäß Nummer 2 und 4 des EVB-IT Systemvertrages **einschließlich der vom Auftraggeber beizustellenden Systemkomponenten***.“

Im Gegensatz hierzu regeln die EVB-IT Systemlieferungs-AGB in Ziffer 1.1

„1.1 Gegenstand des EVB-IT Systemlieferungsvertrages ist die Lieferung* eines Systems auf der Grundlage eines Kaufvertrages und, soweit vereinbart, Schulung und Systemservice. Das System ergibt sich aus den vom Auftragnehmer zu erbringenden Lieferungen und Leistungen gemäß Nummer 2.1 und 4 des EVB-IT Systemlieferungsvertrages. Die Leistungen des Auftragnehmers zur Lieferung* des Systems können insbesondere umfassen:

Diese Leistungen bilden eine sachliche, wirtschaftliche und rechtliche Einheit. **Die Beistellungen* selbst sind nicht Teil des Systems, sind aber in das System einzubinden.**“

Beiden Verträgen ist jedoch gemein, dass der Auftraggeber grundsätzlich für die von ihm zu erbringenden Beistellungen verantwortlich bleibt z.B. für eine verspätet beigestellte Systemkomponente. Auch übernimmt der Auftragnehmer keine Gewährleistung bezüglich der Beistellungen (siehe Kapitel IV.13.5 dieser Hinweise). Ihn treffen aber beispielsweise Hinweis- und Aufklärungspflichten (siehe Kapitel IV.6.1 dieser Hinweise).

3. Haftungskonzept

Das Haftungskonzept des Vertrages entspricht im Wesentlichen dem der ersten Version der EVB-IT System aus dem Jahre 2007. Es hat sich aber dem Haftungskonzept der EVB-IT Systemlieferung teilweise angenähert:

Wie bei den EVB-IT Systemlieferung bezieht sich die Haftungsbeschränkung auf alle Schadensersatzansprüche, aber nun auch auf alle Aufwendungsersatzansprüche und nicht mehr nur auf die Aufwendungsersatzansprüche gemäß §§ 280 bis 284 BGB. Damit ist nun auch die Haftung für Aufwendungsersatzansprüche aus der Selbstvornahme gemäß § 637 BGB beschränkt. Zudem sind nunmehr auch, wie bei den EVB-IT Systemlieferung, Freistellungsansprüche auf den Auftragswert beschränkt.

Wie bei den EVB-IT Systemlieferung wurde nun auch in den EVB-IT System eine niedrigere Haftungsbegrenzung für Ansprüche aus dem Systemservice geschaffen. Abweichend von den EVB-IT Systemlieferung liegt diese jedoch abhängig von der Laufzeit des Systemservice zwischen dem Doppelten und dem Vierfachen der Jahresvergütung für den Systemservice.

Die in den EVB-IT Systemlieferung enthaltene, niedrigere Haftungsobergrenze für Verzug in Höhe von 50% des Auftragswertes wurde nicht in die EVB-IT System übernommen.

Auch in ihrer neuen Version geben die EVB-IT System wie bereits deren erste Version und auch die EVB-IT Systemlieferung das Haftungskonzept der Basis EVB-IT auf. Während das Haftungskonzept der Basis-EVB-IT vorsah, dass Schadensersatzansprüche abhängig vom jeweiligen Haftungsgrund unabhängig voneinander abschließend geregelt werden, wurde dieser Ansatz in den neuen Verträgen (EVB-IT Systemvertrag und EVB-IT System) weitgehend aufgegeben. Beide Verträge sehen eine weitgehend einheitliche Haftungsregel für alle Haftungstatbestände wie Verzug, Mängelansprüche (früher Gewährleistung und Schutzrechtsverletzung), Nebenpflichtverletzungen, deliktische Ansprüche etc. vor.

Hinweis: Das BGB sieht eine der Höhe nach unbegrenzte Haftung des Auftragnehmers vor. Alle EVB-IT Verträge, so auch die EVB-IT System enthalten im Gegensatz hierzu eine standardmäßige Gesamthaftungsbegrenzung, in erster Linie für leicht fahrlässiges Verschulden. Zuweilen wird deshalb die Frage

Nutzerhinweise EVB-IT System

gestellt, weshalb die Auftraggeberseite zum eigenen Nachteil von der für sie sehr günstigen gesetzlichen Situation abweicht. Dies begründet sich in erster Linie wie folgt:

- Der Auftragnehmer hat ein wirtschaftliches Bedürfnis, seine Haftung möglichst weitgehend zu begrenzen. Die aus einem Projekt resultierenden Haftungsrisiken sind für den Auftragnehmer naturgemäß ein wesentlicher Punkt in seiner Kalkulation. Hohe oder gänzlich fehlende Haftungsbegrenzungen können also sowohl dazu führen, dass die Angebotspreise steigen als auch dazu, dass sich bestimmte Auftragnehmer gar nicht mehr an Vergabeverfahren beteiligen. Insbesondere börsennotierten Unternehmen fällt es regelmäßig aufgrund ihrer internen Richtlinien, teilweise aber auch aufgrund externer Vorgaben (z. B. US-amerikanischen Revenue Recognition Rules) sehr schwer, Angebote ohne Haftungsbegrenzung abzugeben.
- Andererseits sollten die Risiken durch Haftungsregelungen auch nicht unangemessen auf den Auftraggeber verlagert werden, denn jeder Schaden, den der Auftragnehmer wegen einer Haftungsbegrenzung nicht ersetzen muss, ist letztlich durch den Auftraggeber zu tragen. Haftungsbegrenzungen sollten also möglichst so gefasst sein, dass keine inadäquaten Lücken zum Nachteil des Auftraggebers auftreten. Dies ist zu berücksichtigen, wenn die Haftungsregelungen aus Ziffer 15 der AGB im Vertrag verändert werden.

Die Haftungsbegrenzungen gelten aber nicht bei Haftung wegen Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit, bei der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, bei Arglist (soweit das Produkthaftungsgesetz zur Anwendung kommt) sowie bei Garantieverprechen.

Hinweis: Sie gelten aber sehr wohl auch für die Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten!

Achtung:

Die Haftung für entgangenen Gewinn ist in den AGB vollständig ausgeschlossen. Dies kann jedoch im Vertrag anders vereinbart werden.

III. Hinweise zum Vertragsformular

Die im Folgenden verwendete Nummerierung entspricht der Nummerierung im Vertrag.

1. Gegenstand, Vergütung und Bestandteile des Vertrages

1.1 Vertragsgegenstand

Es sollte in zwei bis drei Sätzen das Vorhaben kurz beschrieben werden. Es ist nicht ratsam, an dieser Stelle auf Anlagen zu verweisen.

1.2 Vergütung

Hier sollte im Überblick dargestellt werden, welche Vergütungsstruktur der Vertrag aufweist, insbesondere, ob ein Pauschalpreis vereinbart wird und welche weiteren Vergütungen vorgesehen sind. Der Pauschalpreis gemäß Ziffer 8.1 der AGB ist die einseitig nicht änderbare Gesamtvergütung, die für alle vereinbarten Leistungen gilt, soweit nicht für einzelne Leistungen eine gesonderte Vergütung vereinbart ist. Eine solche gesonderte Vergütungsvereinbarung kann z. B. für Leistungen getroffen werden, die nach Aufwand abgerechnet

Nutzerhinweise EVB-IT System

werden sollen oder für den Systemservice. Reisezeiten, Reise-, Neben- und Materialkosten sind im Pauschalpreis enthalten, jedoch grundsätzlich nicht für die gesondert zu vergütenden Leistungen, insbesondere für Leistungen, die nach Aufwand vergütet werden. Bei Vereinbarung eines Pauschalpreises sind Nachforderungen des Auftragnehmers ausgeschlossen, es denn, die Parteien vereinbaren eine Änderung der Leistungen.

Der Auftraggeber kann fordern, dass die jeweiligen Anteile am Pauschalpreis gesondert ausgewiesen werden oder auf eine solche Detaillierung bezüglich der Preisanteile der einzelnen Leistungen verzichten. Die Vergabestelle hat unter Umständen Interesse an einer Darstellung dieser Preisanteile. Der Bieter wird aber bei Vereinbarung eines Pauschalpreises nur ungenau Preisanteile ausweisen, weil er damit seine interne Kalkulation und z.B. intern subventionierte Leistungen weitgehend aufdecken müsste. Die Verhandlungsdelegation des BITKOM wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Forderung, die Preisanteile auszuweisen u.a. aus diesem Grund sogar zu einer Erhöhung des Pauschalpreises führen könnte.

Soweit im Pauschalpreis ein Preisanteil für den Systemservice enthalten ist, ist dieser auf jeden Fall gesondert anzugeben, um die unterschiedlichen Haftungsgrenzen für die Leistungen im Rahmen der Systemerstellung und des Systemservices eindeutig bestimmen zu können. Dies gilt auch dann, wenn in Nr. 1.2 keine gesonderte Ausweisung von Preisanteilen vorgesehen ist.

Wird ein Pauschalpreis vereinbart, muss die jeweils gewählte Alternative angekreuzt werden. Werden einzelne Leistungen vom Pauschalpreis ausgenommen, muss der entsprechende Unterpunkt aktiviert werden. Ist dagegen gar kein Pauschalpreis vorgesehen, ist die dritte Ankreuzvariante zu wählen.

Zudem ist es in Nummer 1.2 möglich anzugeben, dass die Vergütung sich nicht (nur) unmittelbar aus dem Vertrag ergibt, sondern aus einem gesonderten Preisblatt oder einer anderen Vergütungszusammenstellung.

Sinnvoll ist dabei die Verwendung der folgenden Begriffe, die teilweise am Ende der AGB definiert und im Preisblatt zu nutzen sind, damit es nicht zu Widersprüchen zwischen dem Preisblatt und den AGB bzw. dem Vertrag kommt:

- Aufgrund des Angebotes des Auftragnehmers ermittelt der Auftraggeber den **Gesamtangebotspreis** für alle vom Auftragnehmer angebotenen vertraglichen Leistungen (siehe dazu die Grafik am Ende dieser Ziffer 1.2 der Hinweise). Der Gesamtangebotspreis dient der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots und wird auf der Grundlage des Preisblattes ermittelt. Die Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen, Version V (UfAB V) des BMI bezeichnet diesen Preis als „Wertungspreis“. Neben den vom Bieter angebotenen Preisen für die einzelnen Leistungen (gemäß UfAB V „Angebotspreise“) enthalten die Angebotspreise gemäß EVB-IT System auch fiktive Elemente. Dies können zum Beispiel Neben- und/oder Folgekosten sein (etwa für Verbrauchsmaterial, Schulungen, Energiekosten etc.). In die Angebotspreise müssen auch die Vergütungen für Leistungen einbezogen werden, die vom Bieter ohne eine feste Abnahmemenge angeboten werden (Aufwandsvergütungsanteile). Es bietet sich an, dem Bieter hier vorzugeben, wie ein „Berechnungswert“ für diese Leistungen ermittelt wird (fiktiver Aufwandsvergütungsanteil). Dieser ergibt sich aus der Multiplikation der jeweiligen Aufwandsvergütung als Tagessatz sowie der

Nutzerhinweise EVB-IT System

Pauschale für Reise- und Nebenkosten mit dem vom Auftraggeber zur Kalkulation des Angebotspreises jeweils vorgegebenen Multiplikatoren. Dabei wird die Vergütung für die vom Auftraggeber vorgegebene Geschäftszeit zu Grunde gelegt. Dieses Verfahren dient der Ermittlung des Angebotspreises und unterstützt damit die Erstellung vergleichbarer Angebote. Da der Angebotspreis demnach auch fiktive Elemente enthalten kann und später nur der tatsächlich angefallene Zeitaufwand abgerechnet wird, muss nicht auch zwingend ein Vergütungsanspruch in entsprechender Höhe entstehen. Optionale Leistungen sind ebenso in die Angebotspreise einzubeziehen, es sei denn, es handelt sich dabei um Optionen, von denen feststeht, dass sie nicht ausgeübt werden.

Der Gesamtangebotspreis gemäß EVB-IT System setzt sich zusammen aus folgenden **Angebotspreisen**:

- dem Angebotspreis für die Erstellung des Systems inkl. Schulungen und sonstiger Leistungen bis zur Abnahme (Erstellungspreis genannt),
 - dem Angebotspreis für die Systemserviceleistungen inkl. der sonstigen Leistungen nach der Abnahme,
 - ggf. dem Angebotspreis für die Weiterentwicklung des Systems.
- Der Erstellungspreis ist mit dem Zuschlag bekannt. Nach Vertragsabschluss können die Parteien aber noch Änderungen vereinbaren, soweit dies vergaberechtlich zulässig ist. Die Summe aus dem Erstellungspreis und den Preisen aller zusätzlichen Leistungen aufgrund von Änderungsvereinbarungen (CR) wird **Auftragswert** genannt. Dieser dient als Grundlage zur Berechnung von Vertragsstrafen, Sicherheiten und der Obergrenze der Haftung des Auftragnehmers für die Erstellung des Gesamtsystems. Der Begriff Auftragswert im Sinne der EVB-IT System ist nicht identisch mit dem entsprechenden Begriff in §3 VgV, da bei letzterem keine fiktiven Elemente berücksichtigt werden.

Nachfolgend wird ein Auszug aus einem Preisblatt dargestellt, das Preisangaben des Bieters für eine Vergütung nach Aufwand abfragt. Die schwarz umrandeten Felder müssen dabei vom Bieter ausgefüllt werden. Dies dient der Ermittlung des Angebotspreises. Dieser enthält auch fiktive Elemente (Multiplikator, die in diesem Beispiel vom Auftraggeber vorgegeben werden.. Der Multiplikator ist möglichst realistisch zu wählen. Der sich ergebende Berechnungswert, also der angenommene Aufwandsanteil des Angebots wird dann zu den festen Anteilen des Gesamtangebotspreises hinzugerechnet. Diese Summe ergibt dann vergleichbare Gesamtangebotspreise für alle Bieter. Es muss jedoch klargestellt werden, dass sich hieraus bezüglich der angenommenen Anteile kein Vergütungsanspruch ergibt, soweit diese Aufwände später nicht abgefordert werden. Diese Berechnungsmethode empfiehlt sich jedoch nur für Nebenleistungen, wie Sonderleistungen im Rahmen des Systemservice oder sonstige Zusatzleistungen, nicht jedoch für Hauptleistungen des Vertrages. Diese sollten insgesamt zum Pauschalpreis vereinbart werden.

In dem nachfolgenden Beispiel werden zunächst die Stunden- und Tagessätze für zusätzliche Leistungen im Rahmen der Erstellung des Gesamtsystems abgefragt. Die Tabelle ist aus Nummer 7.1 des Vertrages übernommen, die Zeiten der Leistungserbringung werden vom Auftraggeber vorgeben (siehe Nummern 7.2.1 bis 7.2.3 des Vertrages). Vom Bieter sind ausschließlich die fett umrandeten Felder auszufüllen:

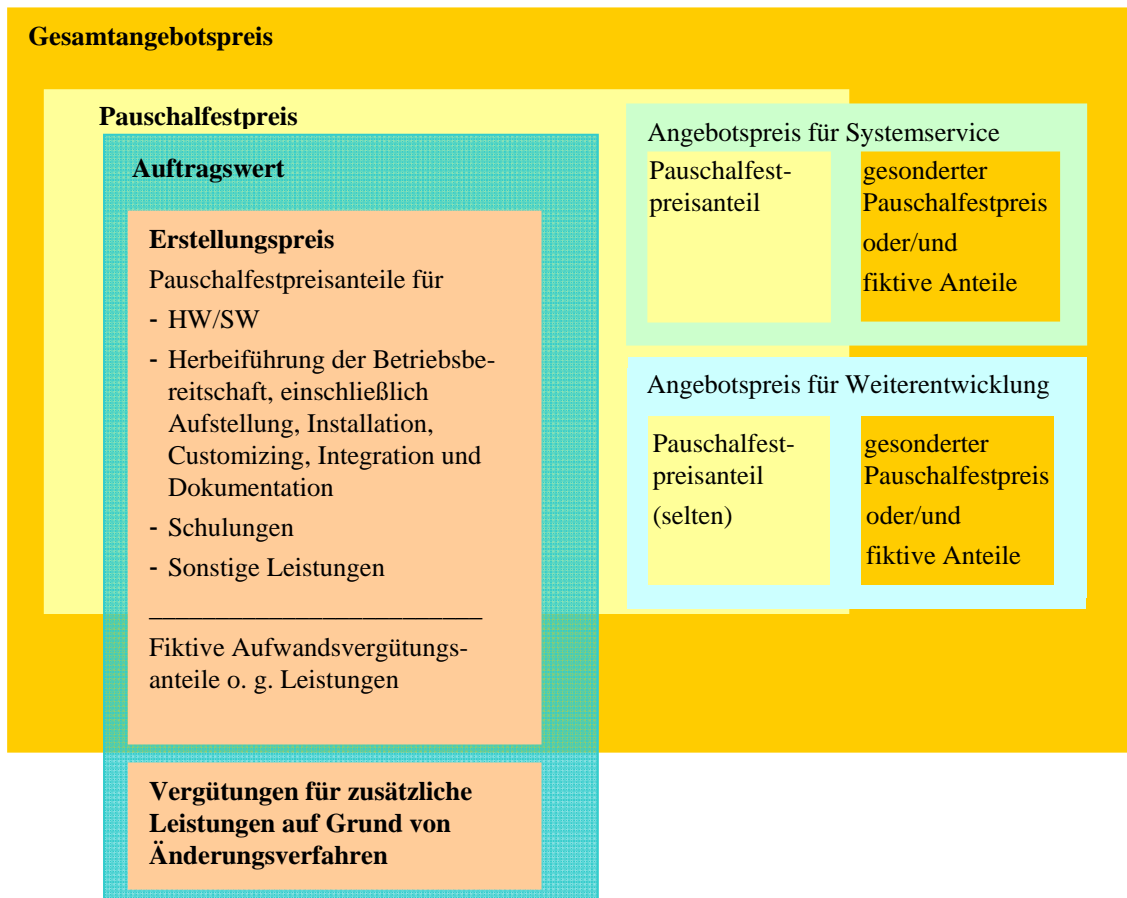
Nutzerhinweise EVB-IT System

Lfd. Nr.	Bezeichnung der Personalkategorie	Preis innerhalb der Zeiten gemäß Nummer 7.2.1		Preis innerhalb der Zeiten gemäß Nummer 7.2.2		Preis innerhalb der Zeiten gemäß Nummer 7.2.3		Reisekostenpauschale für Leistung in München
		je Stunde	je Tag	je Stunde	je Tag	je Tag	je Stunde	
1	2	3	4	5	6	7	8	9
Kategorie 1								
Kategorie 2								
Kategorie 3								
Kategorie 4								
Kategorie 5								

Die vom Bieter angegebenen Tagessätze und evtl. Reisekostenpauschalen werden vom Auftraggeber bei der Kostenermittlung im Rahmen der Ermittlung des Gesamtangebotspreises mit der Anzahl der prognostizierten Aufwandstage zum Berechnungswert multipliziert. Soweit vom Auftraggeber eine Leistungserbringung auch außerhalb der Geschäftszeiten des Bieters gefordert wird, muss diese Berechnung sowohl für die Geschäftszeiten an Werktagen (siehe Nummer 7.2.1) als auch für Zeiten außerhalb der Geschäftszeiten (siehe Nummer 7.2.2) als auch ggfls. während sonstiger Zeiten (siehe Nummer 7.2.3) für die jeweiligen angenommenen Aufwandstage durchgeführt werden; die Teilsummen der einzelnen Berechnungen addieren sich zum Berechnungswert, der den festen Bestandteilen des Gesamtangebotspreises hinzugerechnet wird.

Lfd. Nr.	Vergütung pro Tag für Zeiten gemäß Nummer 7.2.X	Reisekostenpauschale pro Tag [in München]	Multiplikator [Anzahl der prognostizierten Tage, vom Beschaffer auszufüllen]	ergibt Berechnungswert [Produkt aus dem Multiplikator und der Summe aus Spalten 2 und 3]
1	2	3	4	5
Kategorie 1				
Kategorie 2				
Kategorie 3				
Kategorie 4				
Kategorie 5				
Summe				

Einen Überblick über die Ermittlung des Gesamtangebotspreises soll das nachfolgende Bild vermitteln:



1.3 Vertragsbestandteile

In dieser Nummer werden die Vertragsbestandteile und ihre Geltungshierarchie aufgeführt (siehe hierzu Abschnitt I.5 dieser Hinweise).

Die Dokumente gelten in folgender Rangfolge:

- Auf der ersten Geltungsstufe stehen der Vertragstext und die in der Tabelle zu Nummer 1.3.1 des Vertrages aufgeführten Anlagen. In der Regel besteht unter diesen Anlagen keine Rangfolge. Bei Widersprüchen unter den Anlagen gelten dann die spezielleren Regelungen vor den allgemeinen und die jüngeren vor den älteren Regelungen. Auf dieser Ebene werden zum Beispiel einbezogen:
 - die Leistungsbeschreibung des Auftraggebers,
 - das Angebot des Auftragnehmers (oft in Form von dessen Antworten auf den Kriterienkatalog),
 - das Preisblatt,
 - Nutzungsrechtsmatrizen (soweit vereinbart).

Die Vergabestelle kann jedoch unterhalb der Tabelle eine Rangfolge der einzelnen Anlagen vorgeben. Ob tatsächlich eine Rangfolge erforderlich ist, sollte in jedem Einzelfall geprüft werden. Eine schematische Vorgabe, z.B. dergestalt, dass immer die Leistungsbeschreibung dem Angebot vorgeht,

Nutzerhinweise EVB-IT System

kann z.B. deshalb nachteilig sein, weil das Angebot detaillierter und umfangreicher ist als die Leistungsbeschreibung.

Die Lizenzbedingungen der Rechteinhaber an Standardsoftware des Systems werden nicht vollumfänglich Gegenstand des Vertrages. Sie werden zwar in der Tabelle aufgeführt, jedoch ausschließlich nach Maßgabe der Nummer 4.3.3 einbezogen.

- Danach gelten die EVB-IT System-AGB (Nummer 1.3.2 des Vertrages).
- Danach gilt die VOL/B (Nummer 1.33 des Vertrages).
- Danach gelten die Lizenzbedingungen der Rechteinhaber der Standardsoftware des Systems, jedoch nur hinsichtlich der Nutzungsrechtsregeln und nur, soweit in Nummern 4.3.3 eine solche Einbeziehung vereinbart wird (Näheres zur Geltung von Nutzungsrechtsregeln, die von dem Standard in den EVB-IT System-AGB abweichen, siehe III.4.3.3 dieser Hinweise). Es ist unbedingt darauf zu achten, dass Lizenzbestimmungen der Hersteller nur dann in den Vertrag einbezogen werden, wenn für die entsprechende Standardsoftware abweichende Nutzungsrechte in einer Nutzungsrechtsmatrix vereinbart werden. Der Vertrag macht unterhalb der Tabelle „Anlagen zum EVB-IT Systemvertrag“ (Nummer 1.3.1 des Vertrages) deutlich, dass dies auch dann gilt, wenn die Lizenzbedingungen der Hersteller der Standardsoftware in Gänze als Anlage in der Tabelle der Nummer 1.3 aufgeführt werden, unabhängig von der dortigen Reihenfolge. Wie auch immer Lizenzbedingungen in die Tabelle einbezogen werden, gilt also als Grundsatz, dass diese Anlage, anders als die anderen Anlagen in der Tabelle, nur in Bezug auf die in ihr geregelten Nutzungsrechte und nicht in Gänze vorrangig vor den EVB-IT System-AGB gilt.

Mit dieser Regelung wird ein häufig zu beobachtender Fehler vermieden, der vielen Vergabestellen beim Ausfüllen der EVB-IT Vertragsmuster unterläuft. Die Lizenzbedingungen der Hersteller werden oft in Gänze, d. h. ohne Beschränkung auf den Teil der Nutzungsrechtsregeln als Anlage in den Vertrag einbezogen. Damit gelten auch die anderen Klauseln der Lizenz-AGB, wie zum Beispiel Haftung und Gewährleistung, vorrangig vor den jeweiligen EVB-IT AGB, die ja immer nachrangig nach den Anlagen gelten. Dieses Ergebnis wird wohl in den seltensten Fällen erwünscht sein.

Darüber hinaus enthält Nummer 1.3 am Ende eine so genannte Abwehrklausel gegenüber den AGB des Auftragnehmers. Dies hat die Konsequenz, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Teile hiervon, die die Vergabestelle (unabsichtlich oder absichtlich) im Anlagenspiegel aufführt, nur dann vorrangig vor den Regelungen der EVB-IT System-AGB gelten, wenn diese AGB eine abweichende Regelung zulassen. Um aber ganz sicher zu sein, keine unerwünschten AGB des Auftragnehmers zum Vertragsbestandteil zu machen, sollte die Vergabestelle sicherstellen, dass sie solche tatsächlich nicht einbezieht (z.B. durch Verweise auf die AGB des Bieters im Angebot oder am Ende von Anlagen des Bieters, die auf weitere Anlagen Bezug nehmen, die wiederum AGB enthalten).

2. Übersicht über die vereinbarten Leistungen

In Nummer 2 erfolgt eine Übersicht über die Leistungen des Auftragnehmers bis zur Abnahme (Nummer 2.1) und nach der Abnahme (Nummer 2.2).

2.1 Leistungen bis zur Abnahme

Aus Übersichtsgründen sollen die wesentlichen Leistungen des Vertrages ausgewählt werden. Diese Leistungen kann der Auftraggeber vorgeben. Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung wird er aber möglicherweise

Nutzerhinweise EVB-IT System

nicht wissen, mit welchen Systemkomponenten der Auftragnehmer das funktional beschriebene IT-System zu realisieren gedenkt. In solchen Fällen sind diese Felder bei der Finalisierung des Vertrages auszufüllen.

Die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft und das Projektmanagement sind notwendigerweise Bestandteile des Vertrages und daher fest ausgewählt. Diese Vorgaben dürfen nicht geändert werden, da ansonsten die werkvertragliche Gesamtverantwortung des Auftragnehmers und damit das Wesentliche dieses EVB-IT Systemvertrag entfällt.

Sonstige Leistungen bis zur Abnahme können z. B. zusätzliche Beratungsleistungen sein.

2.2 Leistungen nach der Abnahme

Schon aus Investitionssicherungsgründen sollten die Erstellung des Gesamtsystems und der Systemservice gemeinsam ausgeschrieben werden, denn es sollte bereits zu diesem Zeitpunkt geklärt sein, dass das Gesamtsystem nicht nur erstellt, sondern wenigstens auch mittelfristig „gepflegt“, d.h. durch geeignete Maßnahmen für den Auftraggeber verfügbar gehalten und bei Ausfällen wiederhergestellt wird. Zudem sind die Servicekosten wesentlicher Bestandteil der Gesamtkosten und daher bei der Ermittlung des insgesamt wirtschaftlichsten Angebots zu berücksichtigen (siehe Abschnitt III.1.2 dieser Hinweise). Will der Auftraggeber sicherstellen, dass der Auftragnehmer auch zu eventuellen Weiterentwicklungen und Anpassungen des Gesamtsystems verpflichtet ist, kann er in Nummer 6 eine solche Option vereinbaren.

2.3 Vorgehensmodell

Ein komplexes IT-Projekt ist nur unter Einsatz eines professionellen Vorgehensmodells durchführbar.

In Nummer 2.3 kann die Verwendung eines bestimmten Vorgehensmodells vorgeschrieben werden.

Standardmäßig ist als Vorgehensmodell das V-Modell XT vorgesehen. Dieses ist seit dem 04.11.2004 für Bundesbehörden verbindlich. Es kann nur in Ausnahmefällen mit Begründung hiervon abgewichen werden. Die Verbindlichkeit geht aus einer Empfehlung des interministeriellen Koordinationsausschusses (IMKA) an die Behörden der Bundesverwaltung hervor. Das V-Modell XT und dessen organisationsspezifische Ausprägung für den Bund können unter www.cio.bund.de herunter geladen werden.

Soweit der Einsatz des V-Modell XT nicht vorgeschrieben ist oder der Auftraggeber begründet vom vorgeschriebenen V-Modell XT abweichen darf, kann er auch ein anderes Vorgehensmodell vorschreiben oder sich den Einsatz eines firmenspezifischen Vorgehensmodells anbieten lassen. In diesem Fall füllt der Bieter die Anlage zu Nummer 2.3 aus, in der das Vorgehensmodell beschrieben wird. Seine Angaben werden dann vom Auftraggeber bewertet.

3. Systemumgebung des Gesamtsystems und Beistellungen

Der Auftraggeber hat konkret und möglichst umfassend die vorhandene bzw. geplante Systemumgebung anzugeben, in die das Gesamtsystem integriert werden soll. Hierzu gehören: Betriebssysteme, vorhandene Hard- und Software, Netzinfrastruktur und –topologie, Energie- und Klimaleistung und, soweit vorhanden, das Ergebnis der Ist-Analyse einer vorangegangenen Planung oder geplante Maßnahmen, die im vorgesehenen Zeitraum der Systemerstellung realisiert werden sollen. Nur eine umfassende Kenntnis dieser Vorgaben ermöglicht es dem Bieter, sein Angebot zu erstellen. Fehlende oder falsche Angaben gefährden den Projekterfolg und haben, wenn sie die Realisierung nicht sogar unmöglich machen, zumindest Auswirkungen auf die geschuldete Vergütung und die Ausführungsfristen.

Nutzerhinweise EVB-IT System

4. Leistungen des Auftragnehmers zur Erstellung des Gesamtsystems

4.1 Verkauf von Hardware

In Spalte 2 ist die Hardware möglichst präzise zu beschreiben. Alternativ ist hier auf eine entsprechende Beschreibung in der Leistungsbeschreibung zu verweisen.

In Spalte 5 und 6 müssen keine Preise eingetragen werden, wenn ein Pauschalpreis vereinbart wird. In diesem Fall genügt ein Eintrag in der Summenzeile am Ende der Tabelle. Auch dieser ist entbehrlich, wenn die Vergabestelle in Nummer 1.2 auf einen Ausweis der Pauschalpreisanteile verzichtet hat.

4.2 Vermietung von Hardware

Im Gegensatz zum EVB-IT Systemlieferungsvertrag ist aufgrund dieses Vertrages auch die Ver- bzw. Anmietung von Systemkomponenten (Hardware oder Software) möglich. Dies ändert auch nicht den werkvertraglichen Gesamtcharakter des Vertrages. Es ist jedoch zu beachten, dass gemietete Systemkomponenten nicht in das Eigentum des Auftraggebers übergehen und demzufolge auch nicht dauerhaften Bestandteil des Gesamtsystems werden. Dies kann insbesondere auch dann das Gesamtsystem gefährden, wenn es zu Störungen im Mietverhältnis kommt, z.B. aufgrund von Zahlungsverzug des Auftraggebers. In solchen Fällen ist u.U. eine vorzeitige Beendigung der Miete mit der Folge möglich, dass das Gesamtsystem insgesamt nicht mehr genutzt werden kann.

Achtung:

Zu beachten ist, dass auf der gemieteten Hardware befindliche Software z.B. ein vorinstalliertes Betriebssystem vom Auftragnehmer nicht ohne weitere mitvermietet werden kann, weil die Nutzungsbedingungen für Software in der Regel die Vermietung von Software ausschließen. Der Auftraggeber sollte darauf achten, dass der Auftragnehmer in diesem Fall das erforderliche Vermietungsrecht nachweist, da ein gutgläubiger Erwerb eines solchen Rechts nicht möglich ist.

Die Mietzeit beginnt gemäß Ziffer 16.1 der AGB in der Regel mit der Abnahme und endet gemäß den Regelungen in Ziffer 16.1.1 der AGB, d.h. soweit in Spalte 6 kein festes Ende vorgesehen ist, kann die Miete mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende gekündigt werden, frühestens jedoch zum Ende einer ggf. in Spalte 4 vereinbarten Mindestvertragsdauer. Von diesen Grundsätzen kann durch Eintragungen in den Spalten 5 bis 8 abgewichen werden. In Ziffer 16.1.2 der AGB ist geregelt, dass eine Kündigung des Erstellungsvertrages grundsätzlich auch die Mietverhältnisse umfasst, diese jedoch ausgenommen werden können.

4.3 Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung (Verkauf)

4.3.1 Leistungsumfang und Vergütung

In Spalte 2 ist die Software möglichst präzise zu beschreiben. Alternativ ist hier auf eine entsprechende Beschreibung in der Leistungsbeschreibung zu verweisen.

Zu Spalte 5, Anzahl erlaubter Sicherungskopien: Es ist zu unterscheiden zwischen echten Sicherungskopien - in der Regel als Kopie des Originalmediums, auf dem die Software geliefert wird - und Kopien, die im Rahmen der ordnungsgemäßen Datensicherung im Systembetrieb mit entstehen. Letztere sind Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs und in einer Menge erlaubt, die der ordnungsgemäßen Datensicherung dient. Echte Sicherungskopien sind auf **ein** Exemplar beschränkt. In Spalte 5 kann aber vereinbart werden, dass **mehr als eine** echte Sicherungskopie hergestellt werden darf.

In Spalte 7 „Abweichende Nutzungsrechte gemäß Nutzungsrechtsmatrix“ ist es möglich, durch Angabe der entsprechenden Anlagennummer auf Nutzungsrechtsmatrizen gemäß Muster 4 zu verweisen. Damit ist es möglich, für bestimmte Softwareprodukte des Gesamtsystems Nutzungsrechte zu vereinbaren, die von den Nutzungsrechtsregelungen in den AGB abweichen. Denkbar ist z. B. eine Beschränkung der Rechte auf die Nutzung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, auf eine bestimmte Hardware oder die Einschränkung der Übertragbarkeit der Rechte. Findet eine Nutzungsrechtsmatrix Anwendung, gilt automatisch die aus Nummer 4.3.3 ersichtliche Geltungsrangfolge (Kommentierung in Abschnitt III.4.3.3 dieser Hinweise).

So soll es besser als bisher möglich sein, auf die Softwarelieferanten einzugehen, denen es häufig nicht möglich ist, alle in den Regelungen der AGB genannten Rechte ohne Einschränkungen einzuräumen, weil Ihnen die Softwarehersteller ihrerseits diese Rechte nicht einräumen. Dies gilt auch für einige, insbesondere US-amerikanische Softwarehersteller, die aufgrund weltweiter Unternehmensvorgaben ebenfalls nicht in der Lage sind, die Nutzungsrechte im gewünschten Umfang einzuräumen.

Die Vergabestelle kann durch die Verwendung der Nutzungsrechtsmatrix solchen Anbietern die Teilnahme an Ausschreibungen ermöglichen und damit den Bieterkreis zur Förderung des Wettbewerbs erhöhen, aber auch durch eine Reduktion der Rechte auf das wirklich benötigte Maß Software noch bedarfsgerechter und damit kostengünstiger einkaufen.

Praktisch verwendet der Auftraggeber für jedes Softwareprodukt, für das er abweichende Nutzungsrechte wünscht oder zulassen will, eine Nutzungsrechtsmatrix (Muster 4), füllt sie seinen Vorstellungen entsprechend aus, fügt sie den Vergabeunterlagen bei und verweist darauf in Spalte 7 der entsprechenden Zeile der Tabelle in Nummer 4.3.1. Sollen für mehrere Softwareprodukte die gleichen Abweichungen geregelt werden, kann aus mehreren Tabellenzeilen auf dieselbe Nutzungsrechtsmatrix verwiesen werden.

Eine ausführliche Kommentierung der Nutzungsrechtsmatrix finden Sie in Abschnitt V dieser Hinweise.

In Spalte 8 und 9 müssen keine Preise eingetragen werden, wenn ein Pauschalpreis vereinbart wird. In diesem Fall genügt ein Eintrag in der Summenzeile am Ende der Tabelle. Auch dieser ist entbehrlich, wenn die Vergabestelle in Nummer 1.2 auf einen Ausweis der Pauschalpreisanteile verzichtet hat.

4.3.2 Mitteilung über Anpassungen der Standardsoftware auf Quellcodeebene

Im Rahmen der Erstellung des Gesamtsystems kann es erforderlich sein, dass der Auftragnehmer Anpassungen der Standardsoftware nicht nur in Form von Customizing (also reinen Parametrierungsleistungen ohne Änderungen des Quellcodes) vornimmt, sondern den Quellcode der Standardsoftware selbst anpasst. In Ziffer 2.3.1.3 der AGB ist geregelt, dass er in diesem Fall mit dem Angebot mitzuteilen hat, ob er diese Anpassungen in den Standard übernehmen will. Erfolgt eine solche Mitteilung nicht, werden diese Anpassungen wie Individualsoftware behandelt. In Nummer 4.3.2 wird dem Auftragnehmer die Möglichkeit gegeben, die erforderlichen Mitteilungen zu machen. Durch Wahl des **ersten Ankreuzfeldes** wird mitgeteilt, dass für die dort genannte Standardsoftware eine Anpassung auf Quellcodeebene erfolgt. Mit den beiden folgenden Ankreuzmöglichkeiten kann festgelegt werden, ob Anpassungen und wenn ja, welche in den Standard übernommen werden.

Mit weiteren Ankreuzfeldern kann vereinbart werden, dass die Anpassungen zu einem bestimmten Termin oder bereits mit Abnahme des Gesamtsystems übernommen sein müssen, und nicht, wie in Ziffer 2.3.1.3 der AGB vorsehen, mit dem auf die Erklärung der Betriebsbereitschaft folgenden Programmstand, also i.d.R. nach der Abnahme.

4.3.3 Abweichende Lizenzbedingungen

Grundsätzlich sollte der Auftragnehmer die Rechte gemäß Ziffer 2.3.1.1 der AGB einräumen. Für den Fall, dass davon abweichende Nutzungsrechtsregelungen vereinbart werden sollen, muss dies unter Verwendung der Nutzungsrechtsmatrix (siehe dazu unter Abschnitt III.4.3.1 dieser Hinweise) geschehen.

Vorrangig gilt dann die Nutzungsrechtsmatrix vor den Regelungen in Ziffer 2.3.1.1 der AGB. Die jeweiligen Nutzungsrechtsregeln in den als Anlage beigefügten Lizenzbedingungen der Rechteinhaber (siehe Tabelle zu Nummer 1.3.1) gelten jedoch nur, soweit sie nicht den vertraglichen Regeln aus den Nummern 1.3.1 bis 1.3.3 entgegenstehen (siehe hierzu auch Abschnitt III.1.3 dieser Hinweise). Diese Rangfolge gilt auch für Lizenzbedingungen bezüglich neuer Programmstände (z. B. Updates oder neuen Versionen), die im Rahmen des Systemservices gemäß Nummer 5.1.3 des Vertrages überlassen werden. Diese ersetzen die bis dahin geltenden Lizenzbedingungen, soweit diese in Nummer 1.3.1 einbezogen worden sind, aber nur dann, wenn sie dem Auftraggeber bei der Überlassung mit Hinweis auf diese Regelung schriftlich bekanntgegeben werden (siehe hierzu auch Abschnitt III.5.1.3 dieser Hinweise). Der Auftraggeber erhält somit stets Kenntnis von der Geltung neuer Lizenzbedingungen und deren Inhalt. Durch die Rangfolgenregelung der Nummer 4.3.3 ist aber sichergestellt, dass diese neuen Lizenzbedingungen keine Nutzungsrechte beschneiden, die der Auftraggeber aufgrund der Nutzungsrechtsmatrix und anderen vertraglichen Vereinbarungen im EVB-IT Systemvertrag vereinbart hat.

4.3.4 Bereitstellung der Standardsoftware

Hier empfiehlt es sich, grundsätzlich zu vereinbaren, dass die Standardsoftware (auch) auf Datenträgern zu übergeben ist. Dies gilt selbst dann, wenn eigentlich eine elektronische Übermittlung vereinbart ist und ausreichend wäre, weil dadurch dem Sicherheitsbedürfnis des Auftraggebers an der Software stärker Rechnung getragen wird.

4.4 Vermietung von Standardsoftware (Überlassung auf Zeit)

Unter dieser Nummer kann die befristete Überlassung von Standardsoftware gegen monatliche Vergütung vereinbart werden. Abgesehen von der Besonderheit der regelmäßigen Vergütung gelten dieselben Anmerkungen wie zu Nummer 4.3 (Überlassung der Standardsoftware auf Dauer). Es gelten jedoch zusätzlich die Ausführungen in Nummer 4.2 (Vermietung von Hardware). Insbesondere ist zu beachten, dass der Auftraggeber nur kündbare Rechte erwirbt und zudem besondere Rechte vom Rechteinhaber gewährt werden müssen (Vermietrecht), um überhaupt eine rechtmäßige Anmietung zu ermöglichen. Eine Berechtigung zur Vermietung sehen die meisten Lizenzbedingungen nicht vor (siehe Abschnitt III.4.2).

4.5 Erstellung von Individualsoftware

4.5.1 Leistungsumfang

Wird ein EVB-IT Systemvertrag mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung von einer Vergabestelle vorausgefüllt, wird diese in der Regel nicht wissen, ob das Gesamtsystem auch durch Individualsoftware realisiert werden wird. Ist dies der Fall, hat die Vergabestelle dann in dieser Tabelle zunächst nur z.B. „ggf. siehe Angebot des Auftragnehmers in Anlage ##“ einzutragen und im Fragenkatalog abfragen, ob die geforderten Funktionalitäten im Standard oder durch Individualsoftware realisiert werden. Spätestens aber in der im Zuge

Nutzerhinweise EVB-IT System

des Zuschlages finalisierten Fassung des EVB-IT Systemvertrages ist in der Tabelle in Nummer 4.5.1 jede vereinbarte Individualsoftware einzutragen. Sofern deren Erstellung mit dem Pauschalpreis abgegolten sein soll, ist der auf die jeweilige Individualsoftware entfallende Anteil an diesem Pauschalpreis in Spalte 3 oder im Preisblatt einzutragen. Andernfalls sind entsprechende Eintragungen in Nummer 4.5.2 vorzunehmen.

In der zweiten Tabelle von Nummer 4.5.1 können vorbestehende Teile der Individualsoftware eingetragen werden. Dies sind laut Definition am Ende der AGB alle Bestandteile der Individualsoftware und der auf der Quellcodeebene vorgenommenen, jedoch nicht gemäß Ziffer 2.3.1.3 (der AGB) in den Standard aufgenommenen Anpassungen an Standardsoftware die der Auftragnehmer oder ein Dritter unabhängig von diesem Vertrag entwickelt hat. Es handelt sich dabei i.d.R. um Bibliotheken oder Programmfragmente bzw. Module, die der Auftragnehmer in die Individualsoftware einbaut.

Gemäß Ziffer 2.3.2.2 der AGB erwirbt der Auftraggeber an den vorbestehenden Teilen die Rechte wie an der Individualsoftware mit Ausnahme von ausschließlichen Nutzungsrechten. Durch Regelungen im Vertrag in dieser Tabelle und in Nummer 4.5.3 können die Parteien diesen Rechteinumfang an den in der Tabelle aufgeführten vorbestehenden Teilen beschränken. Setzt der Auftragnehmer aber vorbestehende Teile zur Erstellung des Gesamtsystems ein, die nicht im Angebot und damit hier im Vertrag aufgeführt sind und deren Rechte somit nicht abweichend geregelt werden, erwirbt der Auftraggeber wie im Text unterhalb der Tabelle festgehalten die vollen oben aufgeführten Rechte.

Wird in der vierten Spalte der Tabelle vereinbart, dass das in Spalte 3 bezeichnete vorbestehende Teil nur im Objektcode übergeben wird, so gilt gemäß Ziffer 2.3.2.2 der AGB, dass der Auftraggeber kein Bearbeitungsrecht hieran erhält. Dies gilt aber nur gemäß Ziffer 2.3.2.2 der AGB wenn der Auftragnehmer sicherstellt, dass der Auftraggeber mit entsprechend qualifiziertem Personal aus den im Quellcode überlassenen Teilen der Individualsoftware und den nur im Objektcode überlassenen vorbestehenden Teilen jederzeit wieder die ausführbare Individualsoftware erzeugen kann. Dies hat unaufgefordert bis zu Erklärung der Betriebsbereitschaft, spätestens aber danach unverzüglich auf entsprechende Anforderung des Auftraggebers zu geschehen.

4.5.2 Vergütung

Sofern die Erstellung der Individualsoftware mit dem Pauschalpreis abgegolten ist, ist das **dritte Hauptankreuzfeld** auszuwählen.

Soll hingegen eine gesonderte Pauschale bezahlt werden, ist das **erste Ankreuzfeld** zu aktivieren und ggf. die Höhe der Pauschale dort einzutragen.

abgegolten werden, sondern gesondert, aber auch

Soweit die Erstellung der Individualsoftware jedoch nicht pauschal abgegolten, sondern nach Aufwand zu vergüten ist, ist das **zweite Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze vereinbart werden. Der Auftragnehmer ist auch bei Überschreitung dieser Grenze zur vollständigen Erbringung seiner Leistungen verpflichtet (Ziffer 8.2 der AGB). Die Vereinbarung einer Vergütung nach Aufwand mit Obergrenze bedeutet somit, dass der Auftraggeber unabhängig vom Aufwand des Auftragnehmers nie mehr als die vereinbarte Obergrenze zahlt. Der Auftraggeber zahlt aber weniger, wenn die Obergrenze nicht erreicht wurde. Es sollte allerdings immer sorgfältig abgewogen werden, ob dem Auftragnehmer eine Obergrenze abverlangt werden soll, um sicherzustellen, dass verwertbare Angebote eingehen.

Mit dem **vierten Hauptankreuzfeld** kann eine gesonderte Vergütung für die Überlassung am Markt nicht erhältlicher Werkzeuge vereinbart werden (siehe zu den Werkzeugen IV.2.3.2.4 und 0 dieser Hinweise).

Nutzerhinweise EVB-IT System

Mit dem **fünften Hauptankreuzfeld** kann eine Vergütung für das Recht zur Verbreitung und Unterlizenzierung der vorbestehenden Teile, die in der obigen Tabelle in Nummer 4.5 oder im Angebot des Auftragnehmers genannt sind, vereinbart werden.

Wird statt des **fünften das sechste Hauptankreuzfeld** aktiviert, ist die vorgenannte Verbreitung und Unterlizenzierung der vorbestehenden Teile mit der Vergütung für die Individualsoftware abgegolten.

Achtung:

Gemäß Ziffer 2.3.2.2 der AGB ist die Verbreitung und Unterlizenzierung der vorbestehenden Teile nur zusammen mit der Individualsoftware in der überlassenen oder in abgeänderter, übersetzter, bearbeiteter oder umgestalteter Form zulässig.

4.5.3 Abweichende Nutzungsrechte an der Individualsoftware

4.5.3.1 Gesamte Individualsoftware

Gemäß Ziffer 2.3.2.1 der AGB erhält der Auftraggeber an der für ihn erstellten Individualsoftware umfangreiche, aber nicht ausschließliche Nutzungsrechte. (siehe zu den Nutzungsrechten die Regelungen in Ziffer 4.4.3 dieser Hinweise). Im Vertragsformular kann für die gesamte Individualsoftware vereinbart werden, dass der Auftraggeber auch die ausschließlichen Nutzungsrechte erhält. Es kann zudem vereinbart werden, dass er die gesamte Individualsoftware auch zu gewerblichen Zwecken vervielfältigen und verbreiten darf.

Achtung: preisbildender Faktor

4.5.3.2 Bestimmte Individualsoftware

Will der Auftraggeber andere als die in Ziffer 2.3.2.1 vereinbarten Rechte nur für bestimmte Individualsoftware vereinbaren, hat er an dieser Stelle im Vertrag entsprechende Regelungen analog zu Nummer 4.5.3.1 festzulegen. Es besteht darüber hinaus auch die Gelegenheit, im **dritten Ankreuzfeld** völlig andere Nutzungsrechtsregeln für eine bestimmte Individualsoftware zu vereinbaren.

4.5.3.3 Verbreitung und Unterlizenzierung von vorbestehenden Teilen der Individualsoftware

Im **ersten Ankreuzfeld** können die Parteien vereinbaren, dass die in der Individualsoftware enthaltenen vorbestehenden Teilen nicht verbreitet und nicht unterlizenziert werden dürfen.

Achtung:

Ein solcher Ausschluss führt in der Regel dazu, dass die gesamte Individualsoftware nicht an Dritte weitergegeben und unterlizenziert werden darf, obwohl ein solcher Ausschluss für die Individualsoftware selbst nicht vereinbart worden ist. Der Grund hierfür ist, dass die Individualsoftware ohne die vorbestehenden Teile nicht weitergegeben und nicht genutzt werden kann. Das ist auch zu beachten, wenn „nur“ eine interkommunale Zusammenarbeit geplant ist oder die Software kostenlos an andere Einrichtungen der öffentlichen Hand weitergegeben werden soll, denn auch diese sind Dritte.

Mit dem **zweiten Ankreuzfeld** kann die gewerbliche Verbreitung und Unterlizenzierung von vorbestehenden Teilen in Verbindung mit der Individualsoftware entgegen Ziffer 2.3.2.1 vereinbart werden.

4.5.3.4 Werkzeuge

Diese Regelung ist für den Fall gedacht, dass der Auftragnehmer mit nicht marktgängigen Werkzeugen die Individualsoftware erstellt. Da der Auftraggeber in der Regel das Bearbeitungsrecht an der Individualsoftware hat, soll er faktisch auch in der Lage sein, dieses Recht auszuüben. Dies berücksichtigen die -AGB und räumen ihm entsprechende einfache Nutzungsrechte an diesen Werkzeugen ein (Ziffer 2.3.2.4). In dieser Nummer des Vertrages kann sich der Auftraggeber abweichend von den AGB weitergehende Nutzungsrechte an diesen Werkzeugen einräumen lassen.

Achtung: preisbildender Faktor

4.5.4 Sonderregelung: Lizenzrückvergütung (nur möglich bei nicht ausschließlichen Nutzungsregelungen)

Lizenzrückvergütungen sind nur möglich bei Einräumung nicht ausschließlicher Nutzungsrechte. Sinn und Zweck ist die angemessene Beteiligung des Auftraggebers an der von ihm bezahlten Leistung, sofern diese durch den Auftragnehmer kommerziell weiter verwertet wird. Die AGB (Ziffer 2.3.2.3) sehen für diesen Fall Buchüberprüfungsrechte des Auftraggebers vor, um den Umfang der mit der Weitervermarktung der Individualsoftware durch den Auftragnehmer erzielten Vergütung überprüfen zu können.

Achtung:

Bei der Vereinbarung einer Rückvergütung sind die jeweiligen haushaltsrechtlichen Restriktionen zu berücksichtigen. In der Regel ist eine Höchstbegrenzung vorzusehen.

4.5.5 Einräumung von Rechten an Erfindungen

Anders als in der Vorversion der EVB-IT System hat der Auftraggeber nicht mehr das Recht, bei Vereinbarung ausschließlicher Nutzungsrechte standardmäßig auch Rechte an den Erfindungen zu erwerben, die im Zuge der Vertragserfüllung vom Auftragnehmer gemacht wurden. In der neuen Fassung der EVB-IT verbleiben die Rechte an Erfindungen stets beim Auftragnehmer, es sei denn, im Vertrag wird das an dieser Stelle anders vereinbart. Denkbar wäre z.B. die Übernahme der Regelung aus den alten EVB-IT System, wobei zu beachten ist, dass dies einen preisbildenden Faktor darstellt.

4.5.6 Bereitstellung der Individualsoftware

Diese Regelung bezieht sich nur auf den Objektcode der Individualsoftware. Die Übergabe des Quellcodes der Individualsoftware ist in Ziffer 18.1 der AGB und in Nummer 17.2.1 des Vertrages geregelt. Ebenso wie bei der Übergabe der Standardsoftware empfiehlt es sich auch hier, grundsätzlich zu vereinbaren, dass die Individualsoftware (auch) auf Datenträgern zu übergeben ist. Dies gilt selbst dann, wenn eigentlich eine elektronische Übermittlung vereinbart ist und ausreichend wäre. Grund dafür ist, dass die herrschende Rechtsprechung zum urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz bei Software davon ausgeht, dass die so übergebene Software in jedem Falle durch Weitergabe des Datenträgers an Dritte übertragen werden darf.

4.6 Übernahme von Altdaten und andere Migrationsleistungen

4.6.1 Leistungsumfang

In der hier in Bezug genommenen Anlage sollten die zu übernehmenden Altdaten nach Art, Inhalt, Menge, Struktur, Organisation und Umfang so detailliert wie möglich beschrieben werden. Darüber hinaus sind der

Nutzerhinweise EVB-IT System

Zeitraumen der Migrationsleistungen, die Organisation des Migrationsprozesses (z. B. initiale Datenbereinigung, Probemigrationen, Tests), die an der Migration Beteiligten und der Stichtag zur Altdatenübernahme festzulegen.

4.6.2 Vergütung

Sofern die Migration von Altdaten mit dem Pauschalpreis abgegolten ist, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen.

Das **zweite Hauptankreuzfeld** ermöglicht die Vereinbarung einer gesonderten pauschalierten Vergütung für die Migration von Altdaten (vgl. Ziffer 8.1 Satz 1 der AGB).

Soll die Migration von Altdaten nach Aufwand vergütet werden, ist das **dritte Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze vereinbart werden. Der Auftragnehmer ist auch bei Überschreitung dieser Grenze zur vollständigen Erbringung seiner Leistungen verpflichtet, es sei denn, der Auftragnehmer hat die Überschreitung nicht zu vertreten (vgl. Ziffer 8.2 Satz 5 der AGB).

Schließlich besteht die Möglichkeit, die Kategorie(n) des bei der Migration von Altdaten einzusetzenden Personals festzulegen. Das setzt aber voraus, dass entsprechende Eintragungen zu Personal- und Preiskategorien in Nummer 7.1 des Vertrages vorgenommen werden.

4.7 Herbeiführung der Betriebsbereitschaft

4.7.1 Leistungsumfang

Dem EVB-IT Systemvertrag liegt die Vorstellung zu Grunde, dass der Auftraggeber grundsätzlich die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems als Hauptleistung schuldet. Hierzu gehören in der Regel die Aufstellung, die Installation, die Integration und das Customizing der Systemkomponenten. Dies wird auch in Ziffer 2.4 der AGB so geregelt. In Nummer 2.1 ist daher diese Hauptleistung zur Erstellung des Gesamtsystems schon fest vorgegeben.

In Nummer 4.7.1 wird zur näheren Beschreibung des Umfangs der Herbeiführung der Betriebsbereitschaft auf eine Anlage verwiesen. Hier kann auch auf einzelne Leistungsteile verzichtet werden, z.B. auf die Aufstellung.

Achtung:

Solche abweichenden Vereinbarungen haben negative Auswirkungen für den Auftraggeber, da die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers entsprechend gemindert wird. Probleme oder Störungen des Gesamtsystems, die auf diese vom Auftraggeber selbst oder durch von ihm bestimmte Dritten durchgeführten Leistungen zurückgehen, fallen dann unter Umständen nicht in den Verantwortungsbereich des Auftragnehmers mit der Folge, dass deswegen die Abnahme nicht verweigert werden darf und auch keine Mängelansprüche gegenüber dem Auftragnehmer geltend gemacht werden können. Die Abgrenzung, ob eine Störung vom Auftragnehmer oder vom Auftraggeber verursacht wurde, ist in diesen Fällen nicht immer leicht vorzunehmen.

4.7.2 Abweichende Nutzungsrechtsvereinbarungen

Für die im Rahmen der Herbeiführung der Betriebsbereitschaft erbrachten Arbeitsergebnisse regelt Ziffer 2.4 der AGB umfangreiche Nutzungsrechte zugunsten des Auftraggebers. Besteht im Einzelfall Bedarf, diese Rechte einzuschränken oder darüber hinauszugehen, können die Parteien dies in einer Anlage zum Vertrag entsprechend vereinbaren. In der Regel wird allerdings kein Bedürfnis bestehen, über die Regelung nach Ziffer 2.4 der AGB hinauszugehen.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Gegenüber der Vorversion hinzugekommen ist ein **zweites Ankreuzfeld**. Dieses ermöglicht es, auch bezüglich vorbestehender Materialien, die urheberrechtlich geschützt sind, abweichend von Ziffer 2.4 der AGB Bearbeitungsrechte zu vereinbaren. Diese vorbestehenden Materialien sind streng zu unterscheiden von „vorbestehenden Teilen“. Letztere sind Teile der Individualsoftware bzw. Teile von Anpassungen an Standardsoftware auf Quellcodeebenen. Hingegen handelt es sich bei vorbestehenden Materialien z.B. um bereits bestehende Vorlagen, Konzepte und Dokumentationen, die der Auftragnehmer bei der Herbeiführung der Betriebsbereitschaft einsetzt.

4.7.3 Vergütung

Die Ausführungen zu Nummer 4.6.2 (Vergütung für die Migration von Altdaten) gelten für die Vergütung der Herbeiführung der Betriebsbereitschaft entsprechend.

4.8 Schulung

Im Gegensatz zu den EVB-IT Systemlieferung stellen die Schulungen einen Teil der Leistungen des Auftragnehmers zur Erstellung des Gesamtsystems dar, müssen also i.d.R. auch vor der Erklärung der Betriebsbereitschaft durchgeführt worden sein (Ziffer 13.1 der AGB). Dies führt dazu, dass der Auftraggeber die Abnahme u.U. verweigern kann, solange die Schulungsleistung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht worden ist. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Schulungsleistung ausnahmsweise keine wesentliche Leistung zur Erstellung des Gesamtsystems ist.

4.8.1 Art und Umfang der Schulung

Zu Spalte 6, Ort der Schulung: Die AGB regeln in Ziffer 2.5 grundsätzlich, dass die Schulungen beim Auftraggeber stattfinden. Bietet der Auftragnehmer Schulungen an einem anderen Ort an, ist zu berücksichtigen, dass dann notwendigerweise Reisekosten für die Mitarbeiter des Auftraggebers anfallen. Diese Kosten sind bei der Bewertung des Angebotes zu berücksichtigen.

In Spalte 8 und 9 müssen keine Preise eingetragen werden, wenn ein Pauschalpreis vereinbart wird.

4.8.2 Schulungsunterlagen

Hier sind in der Tabelle die Schulungsunterlagen einzutragen. Hier kann bereits festgelegt werden, ob der Auftragnehmer individuelle, für den Auftraggeber erstellte Schulungsunterlagen schuldet, oder die Schulungen mit Standardunterlagen durchzuführen sind. Hier kann auch beschrieben werden, in welcher Form die Unterlagen editierbar sein sollen.

Grundsätzlich werden gemäß Ziffer 2.5 der AGB für Standardschulungsunterlagen einfache Nutzungsrechte eingeräumt, wobei die Nutzung auf die eigenen Zwecke des jeweiligen Rechteinhabers beschränkt ist. Soweit Schulungsunterlagen oder Teile davon für den Auftraggeber erstellt wurden, räumt der Auftragnehmer diesem für Schulungen und im Übrigen allein für eigene Zwecke des jeweiligen Rechteinhabers die Rechte entsprechend Ziffer 2.3.2 der AGB in Verbindung mit Nummer 4.5.3 des Vertrages ein. Von diesen Regelungen kann durch entsprechende Wahl der Ankreuzfelder und/oder durch Bezugnahme auf eine Anlage abgewichen werden.

4.8.3 Vergütung für Schulungen inkl. Schulungsunterlagen

Normalerweise ist die Vergütung für die Schulung Teil des vereinbarten Pauschalpreises. Nur wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall sein soll, kann durch die **beiden dort vorhandenen Ankreuzfelder** Abweichendes geregelt werden.

4.9 Dokumentation

Gemäß Ziffern 5.1 und 5.2 der AGB treffen den Auftragnehmer umfassende Dokumentationspflichten. Insbesondere ist der Auftragnehmer anders als bei den EVB-IT Systemlieferung zur Dokumentation des Gesamtsystems - also nicht nur der einzelnen Systemkomponenten - verpflichtet. Dies ergibt sich ausführlich aus Ziffer 5.2 der AGB. Diese Regelung sieht u.a. auch vor, dass, soweit nichts anderes vereinbart ist, insbesondere auch die Anwendungsdokumentation, Nutzungshandbücher und Verfahrensbeschreibungen zur Dokumentation gehören. Für den Normalfall ist bereits mit den AGB-Regelungen für eine ausreichende Dokumentation des Gesamtsystems gesorgt. In Nummer 4.9 sind daher im Wesentlichen Abweichungsmöglichkeiten vom AGB-Standard geregelt, die die Vergabestelle nutzen kann, um ihre Anforderungen an die Dokumentation festzulegen.

Eine nicht vereinbarungsgemäße Dokumentation stellt einen Mangel des Gesamtsystems dar und berechtigt den Auftraggeber zur Geltendmachung der in Ziffer 13 der AGB vereinbarten Mängelansprüche. Im Einzelfall kann eine fehlende oder gravierend mangelhafte Dokumentation auch zu einer Verweigerung der Abnahme berechtigen, z. B. dann, wenn ohne eine solche Dokumentation die Prüfung oder die Nutzung des Gesamtsystems nicht möglich ist.

Grundsätzlich wird gemäß Ziffer 5 der AGB eine Dokumentation in deutscher Sprache geschuldet. Akzeptiert der Auftraggeber Teile der Dokumentation auch in anderen Sprachen, z. B. in englischer Sprache oder wünscht der Auftraggeber eine fremdsprachige Dokumentation, z. B. für Auslandseinsätze, kann er dies im **ersten Ankreuzfeld** abweichend vereinbaren.

Nach Ziffer 5 der AGB muss die Dokumentation **spätestens** mit Erklärung der Betriebsbereitschaft vorliegen. Abweichend hiervon kann im **zweiten Ankreuzfeld** vereinbart werden, dass bestimmte Teile der Dokumentation bereits vor oder erst nach diesem Termin zur Verfügung gestellt werden. Ein Vorziehen der Dokumentation kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es notwendig erscheint, sich auf die auf die Funktionsstests bzw. die Abnahme vorzubereiten. Ein Nachliefern von Dokumentationsteilen, insbesondere solchen, die individuell für den Auftraggeber erstellt werden, kann bei zeitkritischen Projekten sinnvoll sein, um den Druck auf den Auftragnehmer zu verringern.

Im Einzelfall kann im **fünften Ankreuzfeld** vereinbart werden, dass für die individuell erstellte Dokumentation ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wird. Hiervon kann z. B. Gebrauch gemacht werden, wenn eine besondere Geheimhaltung erforderlich ist. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich die Vereinbarung eines ausschließlichen Nutzungsrechts in der Regel preiserhöhend auswirkt.

Die Erfahrung mit den bisherigen EVB-IT System zeigte, dass vielen Beschaffern der Begriff der kontextsensitiven „Online-Hilfe“ im **siebten Ankreuzfeld** unklar ist. Hierbei handelt es um Hilfefenster, die

Nutzerhinweise EVB-IT System

abhängig von dem Menü, aus dem heraus sie aufgerufen werden – in der Regel mit der „F1“-Taste – konkrete Erläuterungen zu diesem Menüpunkt bieten. Sie sind damit abhängig vom Kontext (kontextsensitiv). Die Besonderheit der Forderung im EVB-IT Systemvertrag ist jedoch, dass sich die Hilfestellung auf das Gesamtsystem bezieht und nicht nur auf die konkrete Anwendung. Dies kann erheblichen Mehraufwand für den Bieter bedeuten, aber auch einen ebenso hohen Mehrwert für den Nutzer. Daher ist durch die Vergabestelle sorgfältig abzuwägen, ob diese Forderung erhoben wird. Zudem ist unter technischen Aspekten zu prüfen, ob diese Forderung im Einzelfall realistisch ist.

4.10 Sonstige Leistungen zur Systemerstellung

4.10.1 Leistungsumfang

Hier können sonstige im Rahmen der Systemerstellung zu erbringende Leistungen des Auftragnehmers festgelegt werden (zum Beispiel Beratungsleistungen oder die Erstellung bzw. Bereitstellung eines Testsystems). Diese Leistungen sind in Art und Umfang und ggf. Zeitpunkt in einer Anlage aufzuführen. Sie dürfen den werkvertraglichen Charakter der EVB-IT System nicht verändern.

4.10.2 Vergütung

Die Ausführungen zu Nummer 4.6.2 (Vergütung für die Migration von Altdaten) gelten für die Vergütung der sonstigen Leistungen zur Systemerstellung entsprechend.

5. Systemservice

Regelmäßig sind Systemerstellung und Systemservice gemeinsam auszuschreiben, da die Servicekosten wesentlicher Bestandteil der Gesamtkosten sind und der Zuschlag auf das insgesamt wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Der Vertrag sieht die Möglichkeit einer Verpflichtung des Auftragnehmers vor, nach der Abnahme Systemserviceleistungen zu erbringen.

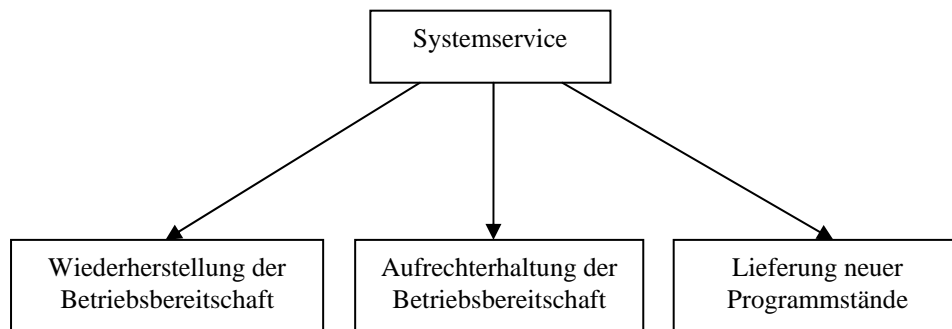
Hinweis: Auch wenn die EVB-IT System davon ausgehen, dass alle Leistungen aus einer Hand zu beschaffen sind, muss die Vergabestelle bei Verwendung derselben im Hinblick auf § 97 GWB begründen, warum Systemerstellung und Systemservice mit nur einem Auftragnehmer vereinbart werden sollen und die hiervon erfassten Leistungen nicht losweise vergeben werden. Ein wesentliches Argument hierfür ist, dass insbesondere bei Vorliegen von individuellen Komponenten für denjenigen erhebliche technische Hürden zu überwinden sind, der den Service für ein System übernehmen soll, welches er nicht selbst erstellt hat. Dies wiederum führt nicht nur dazu, dass dies unter Umständen unwirtschaftlich ist, sondern auch dazu, dass ein erhebliches Risiko besteht, dass der Auftragnehmer diese Leistung technisch nicht stabil erbringen kann.

Systemservice sollte aus vergaberechtlichen Gründen grundsätzlich maximal für einen Zeitraum von vier Jahren vereinbart werden (zur Laufzeitbegrenzung siehe Abschnitt IV.4 dieser Hinweise), so jedenfalls die überwiegende Meinung. Eine optionale Verlängerungsmöglichkeit wäre eine unzulässige Umgehung. Hiervon kann jedoch dann abgewichen werden, wenn ein zulässiger Ausnahmetatbestand vorliegt. Das ist z. B. dann der Fall, wenn eine nur vierjährige Laufzeit z. B. unter Berücksichtigung der Gesamtaufwendungen unwirtschaftlich wäre.

5.1 Arten von Systemserviceleistungen

Die AGB sehen grundsätzlich drei unterschiedliche Arten von Pflegeleistungen vor:

- Leistungen zur Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Systems (sämtliche notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung von Störungen)
- Leistungen zur Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft des Systems (vorbeugende Maßnahmen zur Vermeidung von Störungen)
- Lieferung von verfügbaren neuen Programmständen für die Standardsoftware



5.1.1 Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems (Störungsbeseitigung)

Die Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems ist die eigentliche Leistung des Systemservices. Hier kann die Störungsbeseitigung für das Gesamtsystem insgesamt oder für einzelne Systemkomponenten vereinbart werden.

Wie in den vorherigen EVB-IT System umfasst das Gesamtsystem auch die **Beistellungen**. Dies ergibt sich nun ausdrücklich aus Ziffer 1.1 Absatz 2 der AGB. Damit bezieht sich der Systemservice auch auf die Beistellungen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems (**erstes Ankreuzfeld**) vereinbart wird. Dieser Umstand war häufig weder den Vergabestellen noch den Bietern bewusst, so dass sich die vereinbarten Serviceleistungen häufig versehentlich auch auf die Beistellungen bezogen, obwohl dies weder beabsichtigt noch kalkuliert war. Im aktuellen EVB-IT Systemvertrag wird dieses Missverständnis nun durch die Ergänzung des **zweiten Ankreuzfeldes** vermieden. Hier ist die Möglichkeit ausdrücklich vorgesehen, bestimmte Systemkomponenten aus dem Systemservice auszunehmen, insbesondere auch die Beistellungen.

5.1.1.1 Störungsmeldung

5.1.1.1.1 Form der Störungsmeldung

Die AGB sehen in Ziffer 11.3 vor, dass die Störungsmeldung „in der Regel“ auf dem Störungsmeldeformular gemäß Muster 1 zu erfolgen hat. Diese Regelung ist daher nicht zwingend. Auch wenn der Auftraggeber eine Störungsmeldung in einer anderen Form abgibt, darf der Auftragnehmer sie nicht ignorieren. Ungeachtet dessen ist es aber sinnvoll, durch entsprechende organisatorische Regelungen behördenintern sicherzustellen, dass Störungsmeldungen nachvollziehbar erfolgen.

Nutzerhinweise EVB-IT System

In Nummer 5.1.1.1.1 kann eine andere Form der Störungsmeldung in einer Anlage vereinbart werden, z.B. die Nutzung eines Ticket-Systems. Unabhängig hiervon gilt, dass der Auftraggeber alle relevanten Umstände hinsichtlich der Störung dem Auftragnehmer mitteilen sollte. Hierzu gehören beispielsweise die Zeit des Auftretens, die Art der Störung, die Angabe der Mängelklasse (gem. Ziffer 3 der AGB) und Angaben zur betroffenen Hardware/Software. Dies erleichtert die Fehlerdiagnose und beschleunigt die Störungsbeseitigung.

5.1.1.1.2 Adresse für Störungsmeldungen

Hier ist die für die Störungsannahme zuständige Stelle beim Auftragnehmer anzugeben einschließlich ihrer Erreichbarkeit. Es ist ratsam, das Feld möglichst vollständig auszufüllen, um viele Kommunikationswege zu eröffnen. Zur späteren Nachvollziehbarkeit einer Störungsmeldung empfiehlt sich aber zumindest (auch) eine Meldung der Störung per Fax, Brief oder E-Mail.

Tipp: Letzteres gilt insbesondere auch bei Verwendung eines Ticket-Systems. Die Vergabestelle sollte in diesem Fall klarstellen, dass sie sowohl eine Störung über das Ticketsystem melden kann, als auch über die in Nummer 5.1.1.1.2 vereinbarten Adressen. Eine solche Klarstellung kann zum Beispiel erfolgen durch folgenden Zusatz nach dem Ankreuzfeld:

„Die Störungsmeldung ~~erfolgt~~ **kann darüber hinaus**

an folgende Adresse **erfolgen**“

In diesem Fall sollte Nummer 5.1.1.1.2 außerdem dahingehend erweitert werden, dass Meldungen, die nicht über das Ticket-System eingegangen sind, vom Auftragnehmer in das Ticket-System zu übertragen und zu verwalten sind.

5.1.1.2 Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Mängelklassen

Diese besonderen Vereinbarungen sind insbesondere dann empfehlenswert, wenn der rechtzeitige Beginn der Störungsbeseitigung eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit von Organisationseinheiten oder Aufgabenbereichen ist.

Es können hier feste Reaktions- und Wiederherstellungszeiten vereinbart werden. In diesem Fall kommt der Auftragnehmer bei deren Überschreitung in Verzug, es sei denn, dass er die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat.

Reaktions- und Wiederherstellungszeiten laufen nur innerhalb der Servicezeiten (siehe Abschnitt III.5.1.1.3 dieser Hinweise).

Achtung!

Sind **keine Wiederherstellungszeiten** vereinbart, regeln die AGB in Ziffer 4.1.2, dass der Auftragnehmer die Störung in **angemessener Frist** zu beseitigen hat. Sind **keine Reaktionszeiten** vereinbart, ist mit der Störungsbeseitigung **unverzüglich** zu beginnen. Dies entspricht jeweils der gesetzlichen Regelung aus § 271 BGB. Es wird empfohlen, Reaktionszeiten zu vereinbaren. Die Vereinbarung von Wiederherstellungszeiten hingegen erfordert Augenmaß. Bei der Beseitigung von Hardwarestörungen ist der Auftragnehmer in der Regel in der Lage, Wiederherstellungszeiten anzubieten und zu kalkulieren, weil Hardware ausgetauscht werden kann. Dies ist aber bei Software nur dann möglich, wenn ein neuer Programmstand verfügbar ist, der den Mangel

Nutzerhinweise EVB-IT System

behebt. Bei Software ist darüber hinaus in der Regel nur der Hersteller, nicht aber der Händler, in der Lage, Störungen durch Änderungen im Quellcode der überlassenen Standardsoftware zu beseitigen. Der Händler kann daher Wiederherstellungszeiten in der Regel nur zusagen, wenn eine entsprechende Zusage des Herstellers vorliegt. Auch der Hersteller kann kaum seriös Wiederherstellungszeiten zusagen, denn aufgrund der Komplexität von Software ist auch er vorab nicht in der Lage einzuschätzen, wie lange im Einzelfall eine Mangelbeseitigung dauern wird. Statt feste Vorgaben für Wiederherstellungszeiten zu machen, sollte daher erwogen werden, diese vom Auftragnehmer anbieten zu lassen. Dies gilt umso mehr, wenn noch ungewiss ist, welche Software angeboten wird.

Wird eine kurze Wiederherstellungszeit vereinbart, erübrigt sich die Vereinbarung von Reaktionszeiten. Bei Vereinbarung von längeren Wiederherstellungszeiten ist zu erwägen, ob zusätzlich Reaktionszeiten vereinbart werden, um möglichst frühzeitige Aktivitäten zur Störungsbeseitigung sicherzustellen.

Achtung:

Kurze Reaktions- und Wiederherstellungszeiten sind preisbildende Faktoren; insbesondere sollten Wiederherstellungszeiten nur dann vereinbart werden, wenn hohe Anforderungen an die Verfügbarkeit des Systems gestellt werden.

5.1.1.3 Servicezeiten,

In der ersten Tabelle sind die Zeiten einzutragen, in denen die Störungsmeldungen entgegengenommen und bearbeitet werden. Andernfalls gelten die in den AGB in Ziffer 4.1.2 geregelten Standardzeiten Montag bis Freitag von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr mit Ausnahme der gesetzlichen Feiertage am Erfüllungsort. **Die Servicezeiten sind entscheidend bei der Vereinbarung von Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, denn diese beginnen und laufen nur in diesen Zeiten.**

Beispiel: Die Firma X hat Servicezeiten montags, mittwochs und freitags von 10:00 – 12:00 Uhr und 14:00 – 16:00 Uhr. Es wird vereinbart, dass die Reaktionszeit vier Stunden beträgt und die Wiederherstellungszeit zwölf Stunden. Die Störung wird am Donnerstag um 17:00 Uhr gemeldet. In diesem Fall läuft die Reaktionszeit am nächsten Tag (Freitag) um 16:00 Uhr ab und die Wiederherstellungszeit am Mittwoch der folgenden Woche um 16:00 Uhr.

5.1.1.4 Hotline

In der zweiten Tabelle können Zeiten vereinbart werden, zu denen der Auftragnehmer eine deutschsprachige Unterstützung (Hotline) zu gewähren hat.

Bis auf die Tatsache, dass bereits vorgegeben ist, dass die Hotline in deutscher Sprache anzubieten ist, sehen weder die AGB noch der Vertrag weitere Regelungen zu Art und Umfang der Hotline vor.

Die Leistungen, die im Rahmen einer Hotline angeboten werden, divergieren aber in der Praxis sehr stark. Hotline kann eine Anwenderunterstützung rund um die Uhr sein oder auch ein „Second Level Support“.

Der Auftraggeber sollte daher detailliert vorgeben, welche Leistungen im Rahmen der Hotline im Einzelnen geschuldet sind. Nur in diesem Fall kann der Auftragnehmer sicherstellen, vergleichbare Angebote zu erhalten. Auch wird der Auftragnehmer in die Lage versetzt, die Kosten für die geschuldete Hotline auf gesicherter Grundlage zu kalkulieren.

Es sollte vereinbart werden:

- wie die Störungsmeldungen angenommen und beantwortet werden (telefonisch oder per E-Mail),

Nutzerhinweise EVB-IT System

- ob neben technischen Fragen auch Anwenderfragen und fachliche Fragen beantwortet werden,
- ob Probleme möglichst bereits während des Telefonats gelöst werden sollen und was geschieht, wenn dies nicht möglich ist,
- ob jeder Anwender beim Auftraggeber zur Nutzung der Hotline berechtigt ist oder nur ein bestimmter Ansprechpartner beim Auftraggeber,
- wie qualifiziert das Hotlinepersonal beim Auftragnehmer zu sein hat,
- wie die Hotline technisch ausgestattet ist, so dass innerhalb der vereinbarten Leistungszeiten ihre ständige Erreichbarkeit gewährleistet ist,
- wer die anfallenden Telekommunikationskosten zu tragen hat,
- ob der Auftragnehmer berechtigt ist, die Hotline über Mehrwertdienste-, Mobilfunknummern oder Auslandsrufnummern anzubieten.

5.1.2 Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft (vorbeugende Maßnahmen)

Hier kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer vorbeugende Maßnahmen ergreifen muss, um das Auftreten zukünftiger Störungen zu vermeiden, d. h. er hat z. B. bestimmte Teile des Gesamtsystems auszutauschen bevor diese ausfallen.

Wird das **erste Hauptankreuzfeld** gewählt, sind **alle** angemessenen Maßnahmen geschuldet, um das Auftreten zukünftiger Störungen zu vermeiden.

Achtung:

Eine solche Vereinbarung zur Leistung **vollumfänglicher**, vorbeugender Maßnahmen („Rundum-Sorglospaket“) ist ein preisbildender Faktor. Der Service ist u. U. entsprechend teuer und empfiehlt sich nur dann, wenn die Hochverfügbarkeit des Systems gewährleistet werden muss oder bei bestimmten Systemkomponenten ein hoher Verschleiß zu erwarten ist.

Wird das **erste Unterankreuzfeld** gewählt, beziehen sich diese Leistungen auf das Gesamtsystem inkl. **Beistellungen**. Werden das zweite oder das **dritte Unterankreuzfeld** gewählt, kann eine solche Leistung auch nur für einzelne Systemkomponenten vereinbart werden. Ebenso wie bei Nummer 5.1.2 ist es nun auch hier möglich, die Beistellungen explizit aus der Leistungsverpflichtung herauszunehmen.

Wird das **zweite Hauptankreuzfeld** gewählt, werden lediglich einzelne vorbeugende Leistungen vereinbart. In diesem Fall ist darauf zu achten, dass die betroffenen Systemkomponenten und die zu erbringenden Leistungen des Auftragnehmers im Einzelnen und vollständig aufgeführt werden. Es können z. B. folgende vorbeugenden Maßnahmen vereinbart werden:

- Austausch von Verschleißteilen mit konkreter Bezeichnung der Verschleißteile,
- Ersatz von Verbrauchsmaterial mit konkreter Bezeichnung des Verbrauchsmaterials,
- vorbeugender Austausch von Systemkomponenten.

Dabei ist auch der Zeitpunkt bzw. der Zyklus in Monaten, Wochen oder Tagen (z. B. Dreiwochenzyklus) festzulegen. Die Vereinbarung einzelner Wartungsleistungen ist z.B. mittels der folgenden Tabelle möglich.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Lfd. Nr. aus	Anzahl ¹	Wartungsleistung				Zeitpunkt der Leistung			Monatliche Pauschale netto		Vergütung nach Aufwand gemäß Nummer bzw. Fallpauschale
		AusVT ²	ErsVB ³	AusSK ⁴	SoWL ⁵	AnfAG ⁶	ErmAN ⁷	Zeit ⁸	Einzelpreis	Summe Preis	
1	2	3a	3b	3c	3d	4a	4b	4c	5	6	7

¹ Anzahl der Komponenten aus Spalte 1 und Standort, soweit nicht alle Komponenten zu warten sind („A“)

² Austausch von Verschleißteilen mit konkreter Bezeichnung der Verschleißteile oder „A“ für alle

³ Ersatz von Verbrauchsmaterial mit konkreter Bezeichnung des Verbrauchsmaterials oder „A“ für alle

⁴ vorbeugender Austausch von Systemkomponenten

⁵ sonstige Wartungsleistungen

⁶ auf Anforderung des Auftraggebers

⁷ bei Bedarf, im Ermessen des Auftragnehmers

⁸ Zeitpunkt bzw. Zyklus in Monaten (M), Wochen (W) oder Tagen (T), z.B. Dreiwochenzyklus = Zyklus 3 W

5.1.3 Überlassung von verfügbaren Programmständen (Standardsoftware)

Hier kann die Lieferung von verfügbaren neuen Programmständen für die Standardsoftware des Systems vereinbart werden. In Ziffer 4.2.2 der AGB ist geregelt, dass die neuen Programmstände vom Auftragnehmer zu liefern, zu installieren, zu customizen und in das System zu integrieren sind. Unter der Tabelle in Nummer 5.1.3 können abweichende Regelungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft bzw. zur Installation der Programmstände getroffen werden.

Zudem wird unter der Tabelle geregelt, dass der Auftragnehmer das Recht hat, mit dem neuen Programmstand Änderungen an den dazu gehörenden Lizenzbedingungen weiterzugeben. Diese ersetzen die bis dahin für die Software geltenden Lizenzbedingungen, aber nur dann, wenn sie dem Auftraggeber bei der Überlassung schriftlich mit Hinweis auf diese Regelung bekannt gegeben werden und natürlich nur, wenn die ursprünglichen Lizenzbedingungen gemäß Nummern 4.3.3 und 4.4.3 des Vertrages einbezogen worden sind. Hinsichtlich der Geltungsrangfolge der neuen Lizenzbedingungen gelten die Regelungen in Nummern 4.3.3 und 4.4.3 des Vertrages (siehe Abschnitte III.4.3.3 und III.4.4.3). Das heißt, auch von diesen geänderten Lizenzbedingungen gelten nur die jeweiligen Regelungen zu den Nutzungsrechten und diese nur, soweit sie weder dem Vertrag noch den AGB entgegenstehen.

5.2 Beginn/Dauer der Systemserviceleistungen

Nach Ziffer 16.1 der AGB beginnt der Systemservice unmittelbar nach der Abnahme.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Im **ersten Ankreuzfeld** von Nummer 5.2 besteht die Möglichkeit, den Beginn des Systemservices auf das Ende der Verjährungsfrist für Mängelansprüche (Gewährleistungsfrist) zu verlegen. Zwar beinhalten die Mängelansprüche bis zu deren Ablauf einen Teil der Leistungen, die üblicherweise auch im Systemservice vereinbart werden, namentlich Leistungen zur Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft. Sie sind aber in der Regel kein vollständiger Ersatz für den Systemservice. Dies gilt schon deshalb, weil die Mängelhaftung nur bei mangelhaften Leistungen, nicht aber bei sonstigen Störungen eingreift und auch nur, soweit der Auftraggeber beweist, dass der Mangel bei der Abnahme bereits vorhanden war. Auch die Lieferung aller neuen verfügbaren Programmstände und die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft (vorbeugende Maßnahmen) werden von Mängelansprüchen nicht gedeckt. Es ist daher zu prüfen, ob es besser ist, den Systemservice bereits ab der Abnahme beginnen zu lassen und hierfür bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche eine verringerte Vergütung zu vereinbaren (siehe auch Abschnitt III.5.4.1 dieser Hinweise).

Achtung:

Hinsichtlich der geplanten Dauer des Systemservices sind die Ausführungen in Abschnitt III.5 letzter Absatz dieser Hinweise zu berücksichtigen.

5.3 Kündigung von Systemserviceleistungen

Im **ersten Ankreuzfeld** kann hier eine von Ziffer 16.1.1 der AGB (drei Monate zum Kalendermonatsende) abweichende Kündigungsfrist vereinbart werden.

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann bei vereinbarter fester Laufzeit der Serviceleistungen ein Sonderkündigungsrecht vereinbart werden. Dies ist z. B. erforderlich, wenn der Auftraggeber das Gesamtsystem während der Laufzeit des Systemservice möglicherweise dauerhaft außer Betrieb nehmen möchte. Abweichend von den Basis EVB-IT und den BVB regeln die EVB-IT System-AGB ein solches Sonderkündigungsrecht nicht mehr. Vielmehr gilt, dass ohne ein solches Sonderkündigungsrecht der Systemservice regulär unkündbar ist und die Kosten für den Systemservice in diesem Fall bis zum Ende der Laufzeit weiterzuzahlen sind.

Die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts kann auch dann in Betracht kommen, wenn die vereinbarte Leistung des Auftragnehmers von der Mitwirkung eines Dritten abhängt und beide Parteien schon bei Vertragsschluss die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass der Dritte seine Mitwirkung zukünftig nicht mehr erbringen kann.

Ohne die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts besteht nur die Möglichkeit der sogenannten **Kündigung aus wichtigem Grund**. Die Voraussetzungen für diese Kündigung liegen selten vor. Ein Grund zur Kündigung aus wichtigem Grund liegt nur dann vor, wenn dem kündigenden Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Systemservices nicht zugemutet werden kann (siehe Ziffer 16.1.3 der AGB).

5.4 Vergütung/Zahlungsfristen für Systemserviceleistungen

5.4.1 Vergütung

Sofern der Systemservice mit dem Pauschalpreis abgegolten sein soll, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Das ist natürlich nur sinnvoll, wenn eine feste Laufzeit für den Systemservice vereinbart ist.

Das **zweite Hauptankreuzfeld** sollte ebenfalls nur bei Vereinbarung einer festen Laufzeit gewählt werden und sieht eine gesonderte pauschalierte Einmalvergütung vor (siehe Ziffer 8.1 der AGB).

Nutzerhinweise EVB-IT System

Das **dritte Hauptankreuzfeld** bietet die Möglichkeit, eine gesonderte monatliche Servicepauschale zu vereinbaren. Dies wird wohl der häufigste Fall sein. Hier kann in dem **Unterankreuzfeld** vereinbart werden, dass für die Zeit, in der noch Sachmängelansprüche für Systemkomponenten (Gewährleistungsansprüche) bestehen, eine abweichende monatliche Pauschale zu zahlen ist (siehe auch Abschnitt III.5.2 dieser Hinweise).

Soll der Systemservice nach Aufwand vergütet werden, ist das **vierte Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze vereinbart werden. Der Auftragnehmer ist auch bei Überschreitung dieser Grenze zur vollständigen Erbringung seiner Leistungen verpflichtet, es sei denn, der Auftragnehmer hat die Überschreitung nicht zu vertreten (vgl. Ziffer 8.2 Satz 5 der AGB).

Schließlich besteht die Möglichkeit, die Kategorie(n) des beim Systemservice einzusetzenden Personals festzulegen. Das setzt aber voraus, dass entsprechende Eintragungen zu Personal- und Preiskategorien in Nummer 7.1 des Vertrages vorgenommen werden.

5.5 Sonstige Regelungen für Systemserviceleistungen

5.5.1 Teleservice

Unter Teleservice verstehen die EVB-IT den Systemservice über so genannte Remote-Zugänge mittels Weitverkehrsnetzen (Wide Area Networks, WAN). Ein solcher Zugang sollte dem Auftragnehmer nur nach Abschluss einer Vereinbarung über dessen Art und Ausgestaltung eingeräumt werden. In Nummer 5.5.1 kann eine entsprechende Teleservicevereinbarung einbezogen werden. In Abschnitt VI dieser Hinweise finden sich Erläuterungen zum Regelungsumfang einer solchen Vereinbarung.

Achtung!

Wenn durch den Remote-Zugriff nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftragnehmer Zugang zu personenbezogenen Daten erlangt, ist die Vereinbarung des Musters aus Abschnitt VI nicht ausreichend. Dies gilt insbesondere seit Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes zum 1. September 2009 (siehe hierzu auch Abschnitt III.17.5). In solchen Fällen sind umfangreiche Regelungen, insbesondere zur Datenverarbeitung im Auftrag zu treffen, bevor ein Remote-Zugang eingerichtet und genutzt werden kann.

5.5.2 Abnahme der Systemserviceleistungen

Gemäß Ziffer 4.3 der -AGB hat der Auftragnehmer nach Durchführung von Systemserviceleistungen stets erneut die Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems oder der vereinbarten zu pflegenden Systemkomponenten zu erklären. Abgenommen werden aber müssen in der Regel nur Systemserviceleistungen des Auftragnehmers, die zu nicht unwesentlichen Eingriffen in das Gesamtsystem führen. Bei unwesentlichen Eingriffen ist statt einer Abnahme die Erklärung der Betriebsbereitschaft ausreichend. In Nummer 5.5.2 kann aber von diesem Grundsatz zu Gunsten oder zu Lasten des Auftragnehmers abgewichen werden. Es kann z.B. vereinbart werden, dass bei jeder Systemserviceleistung die Erklärung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems ausreicht, oder dass jeder Eingriff in das Gesamtsystem eine Abnahme nach Überprüfung der Gesamtfunktionalität des Gesamtsystems erforderlich macht.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Dokumentation der Systemserviceleistungen

Gem. Ziffer 4.5 der AGB müssen **alle** Systemserviceleistungen in angemessener Weise durch den Auftragnehmer dokumentiert werden. Die Art und Weise der Dokumentationspflichten können hier näher beschrieben werden, z. B. die Einhaltung von behördeninternen Vorgaben, Mitteilungen an zentrale Verwaltungsstellen, Einträge in Ticket-Systeme (Schließung eines Störungstickets mit entsprechender Begründung) etc.

6. Weitere Leistungen nach der Abnahme

6.1 Weiterentwicklung und Anpassung des Gesamtsystems nach der Abnahme

Der Auftragnehmer kann verpflichtet werden, das System nach Abnahme weiterzuentwickeln bzw. anzupassen. Weiterentwicklungen und Anpassungen können u.a. sein:

- Anpassungen des Gesamtsystems an gesetzliche Änderungen,
- zusätzliche Systemkomponenten.

Erfolgt ein solcher Auftrag, ist dies ein neuer Systemvertrag, der auf der Grundlage der EVB-IT System abgewickelt wird.

Achtung:

Vor Auftragsvergabe ist zu prüfen, ob und inwieweit in diesen Fällen nach Vergaberecht das Erfordernis einer Ausschreibung dieser Leistungen besteht.

6.2 Sonstige weitere Leistungen nach der Abnahme

Sonstige Leistungen nach der Abnahme können vielfältigen Charakter haben, müssen sich jedoch inhaltlich stets auf den Vertragsgegenstand beziehen; dies können zum Beispiel Beratungsleistungen sein. Aus vergaberechtlicher Sicht ist wichtig, diese sonstigen Leistungen bei der Ausschreibung in Art und Umfang hinreichend zu konkretisieren und von den im Systemservice ohnehin geschuldeten Leistungen sorgfältig abzugrenzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Systemservice aufgrund einer Pauschale vergütet wird, die weiteren Leistungen jedoch nach Aufwand

Die Ausführungen in diesen Hinweisen zu Nummer 5.4.1 bezüglich der Vergütung für Systemserviceleistungen gelten für die Vergütung der sonstigen Leistungen nach der Abnahme entsprechend.

7. Ergänzende Vereinbarungen bei Vergütung nach Aufwand

Soll ausnahmsweise eine Vergütung nach Aufwand vereinbart werden, sind die Details wie Preiskategorien, Zeiten der Leistungserbringung, abweichende Maßstäbe für die Bestimmung und Vergütung von Personentagesätzen, Reisekosten und Nebenkosten sowie Reisezeiten festzulegen. Ebenso ist eine Regelung zu treffen, ob und wie Preisanpassungen für solche Leistungen möglich sind.

Ausgewiesen werden immer die Nettopreise; die Umsatzsteuer wird zusätzlich berechnet.

Die Abrechnung der Vergütung nach Aufwand erfolgt anhand von Leistungsnachweisen, die den geleisteten Aufwand des Auftragnehmers dokumentieren. Ziffer 8.4 der AGB sieht vor, dass für diese Leistungsnachweise ein Formular entsprechend Muster 2 (Leistungsnachweis) verwendet wird. Die Parteien können aber auch eine andere Form des Leistungsnachweises vereinbaren und ggf. ein anderes Formular verwenden.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Auftragnehmer aus IT- oder verwaltungstechnischen Gründen nicht in der Lage ist, einen anderen als den firmeneigenen Leistungsnachweis zu verwenden. Der Auftraggeber sollte aber in diesem Fall darauf achten, dass die Nachweisdetails im Wesentlichen dem Muster 2 entsprechen.

Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze vereinbart werden. Der Auftragnehmer ist auch bei Überschreiten dieser Grenze zur vollständigen Erbringung seiner Leistungen verpflichtet (Ziffer 8.2 der AGB), es sei denn, er hat die Überschreitung nicht zu vertreten.

Achtung!

Bei der Vereinbarung einer Obergrenze wie auch bei der Festsetzung ihrer Höhe ist Zurückhaltung geboten, da das Kalkulationsrisiko hier einseitig dem Auftragnehmer auferlegt wird und dieser dementsprechend die Vergütungssätze mit einem Risikozuschlag kalkulieren wird (siehe auch Abschnitt IV.8.1 dieser Hinweise).

7.1 Vereinbarung der Preiskategorien bei Vergütung nach Aufwand

In der Tabelle ist in der Spalte "Bezeichnung der Personalkategorie" die jeweilige Leistungskategorie (z. B. Programmierer, Systemarchitekt, Assistenzkraft) des einzusetzenden Personals einzufügen. Sie dient als Berechnungskategorie für die Vergütungssätze.

7.2 Zeiten der Leistungserbringung bei Vergütung nach Aufwand

In Nummer 7.2.1 bis 7.2.3 können unterschiedliche Zeiten der Leistungserbringung vereinbart werden. Zum Beispiel können in der Tabelle zu 7.2.1 Zeiten an Werktagen von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr vereinbart werden und in der Tabelle zu Nummer 7.2.2 Zeiten an Werktagen von 17:00 Uhr bis 21:00 Uhr. In der Tabelle zu Nummer 7.2.3 kann schließlich vereinbart werden, dass auch Leistungen samstags, sonntags und an Feiertagen geschuldet sind. Die in Nummer 7.2 vereinbarten Leistungszeiten können durch unterschiedliche Vergütungssätze je Preiskategorie in Nummer 7.1 berücksichtigt werden.

7.3 Abweichende Regelungen für die Bestimmung und Vergütung von Personentagessätzen

Gemäß Ziffer 8.5 der AGB umfasst ein Personentag grundsätzlich acht Arbeitsstunden. Soweit nichts anderes vereinbart ist, werden gemäß Ziffer 8.5 der AGB auch dann nicht mehr Stunden vergütet, wenn die betreffende Person länger arbeitet. Arbeitet sie jedoch weniger als acht Stunden, wird der Tagessatz nur anteilig gezahlt.

Abweichend hiervon können folgende andere Regelungen getroffen werden:

- In dem **ersten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer berechtigt ist, bis zu zehn Stunden pro Person und Arbeitstag abzurechnen, sofern die Person entsprechend lange tätig war.
- Im **zweiten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass die betreffende Person mindestens zehn Stunden pro Arbeitstag leisten muss, damit ein Personentag abgerechnet werden kann.

Während bei der ersten Alternative der Tagessatz unverändert mit acht Stunden kalkuliert wird und lediglich die Abrechnung zusätzlicher Stunden möglich wird, geht die zweite Alternative weiter und geht von einem Tagessatz auf der Basis von zehn Stunden aus. Ein derartiger Tagessatz wird in aller Regel höher sein als ein normaler Tagessatz.

Beide Alternativen tragen dem Bedürfnis des Auftragnehmers Rechnung, bei auswärtig zu erbringenden Leistungen die zur Verfügung stehende Zeit optimal zu nutzen, um zum Beispiel statt fünf nur vier Tage in der Woche vor Ort sein zu müssen.

7.4 Reisekosten, Nebenkosten, Materialkosten und Reisezeiten

7.4.1 Reisekosten, Nebenkosten und Materialkosten

Es ist zu vereinbaren, ob und nach welchen Regelungen Reisekosten vergütet werden. Keine Vergütung von Reisekosten kann beispielsweise vereinbart werden, wenn von vorneherein feststeht, dass wenige oder keine Reisen anfallen oder deren Vergütung bereits pauschal in den Vergütungssätzen enthalten ist. Wird die Vergütung von Reisekosten vereinbart, ist durch Verweis auf eine bereits bestehende (z. B. auf die vereinbarten Vergütungssätze gemäß Nummer 7.1) oder dem Vertrag neu als Anlage beizufügende Vergütungsregelung auch festzulegen, für welche Reisen und in welcher maximalen Höhe diese Kosten übernommen werden. Dies ist besonders dann ratsam, wenn es sich bei dem Auftragnehmer um ein überregional agierendes Unternehmen handelt, dessen Mitarbeiter ggf. von einem anderen Projekt bzw. von einem anderen Auftraggeber aus zur Leistungserbringung anreisen. In solchen Fällen wäre ohne Begrenzung unklar, ob der Auftraggeber statt der einkalkulierten Kosten für Reisen vom Sitz des Auftragnehmers zum Sitz des Auftraggebers die Kosten für Anreisen z. B. aus Madrid zum Auftraggeber nach München tragen muss.

Nebenkosten sind gemäß Definition in den AGB Aufwendungen des Auftragnehmers, die zur Leistungserbringung notwendig, aber weder Reisekosten noch Materialkosten sind. Dies können zum Beispiel Telekommunikationskosten sein. In der Regel werden diese Kosten nicht erstattet, es sei denn, es ist absehbar, dass sie eine nicht kalkulierbare Höhe erreichen können und dieses Risiko auch nicht dem Auftragnehmer aufgebürdet werden kann. In jedem Fall sollte die Erstattung von Nebenkosten mit entsprechender Konkretisierung, welche Kosten jeweils darunter fallen sollen, vereinbart werden.

Als Materialkosten sind z. B. die Lieferung von Ersatzsystemkomponenten oder Ersatzteillieferungen im Rahmen des Systemservices anzusehen. Ob Materialkosten zusätzlich erstattet werden oder nicht, hat je nach Leistung, erheblichen Einfluss auf die Kalkulation des Auftragnehmers. Sind große Aufwendungen für Material zu erwarten, ist aber nicht sicher, ob und in welchem Umfang diese anfallen, wird es möglicherweise für den Auftraggeber vorteilhaft sein, die Erstattung von Materialkosten zu vereinbaren, denn anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Auftragnehmer erhebliche Risikozuschläge kalkuliert. Auch die Erstattung von Materialkosten sollte aber stets nur mit entsprechender Konkretisierung, welche Kosten jeweils darunter fallen sollen, vereinbart werden.

7.4.2 Reisezeiten

Es ist zu vereinbaren, ob und nach welchen Regelungen Reisezeiten vergütet werden. In der Regel werden Reisezeiten bereits pauschal in den Vergütungssätzen enthalten sein. In diesem Fall ist das **erste Ankreuzfeld** auszuwählen. Nur ausnahmsweise wird die Vergütung von Reisezeiten angemessen sein. Dies kann z. B. bei angeordneten Reisen der Fall sein oder dann, wenn nur eine kurze Anwesenheit vor Ort notwendig ist. Für solche Fälle kann in den **weiteren Ankreuzfeldern** vereinbart werden, in welcher Höhe die Reisezeiten vergütet werden.

7.5 Besondere Bestimmungen zur Vergütung nach Aufwand

Hier können weitere Sonderregelungen getroffen werden, für die das Vertragsformular keine Standardvereinbarungsmöglichkeit vorgibt.

7.6 Preisanpassungen für Systemserviceleistungen, die nicht im Pauschalpreis enthalten sind

Ist nichts vereinbart, bleibt die im Vertrag vereinbarte Vergütung für die gesamte Laufzeit des Vertrages unverändert. Wird das **erste Ankreuzfeld** gewählt, wird eine Preisanpassung gem. Ziffer 8.6 der AGB für die im Textfeld referenzierten Leistungen vereinbart. Das heißt, die Vergütung für die dort genannten Leistungen kann erstmals zum Ablauf des 15. Monats nach der Lieferung und dann jeweils erneut nach weiteren 15 Monaten erhöht werden. Dies ergibt sich daraus, dass Erhöhungen jeweils nur angekündigt werden dürfen, wenn die aktuelle Vergütung bereits zwölf Monate gilt und eine Ankündigungsfrist von jeweils drei Monaten einzuhalten ist. Die Erhöhung darf jeweils maximal drei Prozent der vorher vereinbarten Vergütung betragen.

8. Termin- und Leistungsplan

Der Termin- und Leistungsplan ist eines der wichtigsten Projektsteuerungselemente. Eine professionelle Terminplanung ermöglicht es, anhand wichtiger Ecktermine, z.B. Teilabnahmetermine oder Meilensteine, die ordnungsgemäße Durchführung des Projektes schon im Projektverlauf zu überprüfen und ggf. steuernd einzugreifen. Für detailliertere Planungen kann der Auftraggeber zusätzlich Projektsteuerungstools einsetzen.

In der Tabelle sind der Vertragserfüllungstermin, einzelne wichtige Meilensteine und - soweit vereinbart - Teilabnahmetermine aufzuführen. Die vereinbarten Termine sind verbindlich. Bei Nichteinhalten des Vertragserfüllungstermins und der Teilabnahmetermine kommt der Auftragnehmer ohne Mahnung in Verzug, wenn er die Verzögerung zu vertreten hat. Der Verzug führt zu Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers und zu Vertragsstrafen nach Ziffer 9 EVB-IT System AGB. Die Nichteinhaltung eines vereinbarten Meilensteines ist nicht verzugsbegründend, es sei denn, dies ist in Nummer 16.1 **erstes Ankreuzfeld** vereinbart. Dort kann im **zweiten Ankreuzfeld** auch vereinbart werden, dass bei Versäumung von Teilabnahmetermine kein Verzug eintritt.

Achtung:

Die Teilabnahme führt zur Teilerfüllung des Vertrages mit der Folge, dass die Verjährung von Mängelansprüchen (Gewährleistungsansprüchen) für die teilabgenommenen Leistungen beginnt (Ziffer 13.4 EVB-IT System-AGB). Daher sollen Teilabnahmen nur vereinbart werden, wenn in sich abgeschlossene und funktional nutzbare Teile des Gesamtsystems erstellt werden, die beispielsweise der Auftraggeber für sich allein bereits vor der Gesamtabnahme nutzen will und kann.

9. Zahlungsplan

Auch der Zahlungsplan ist ein wichtiges Projektsteuerungselement. Bei längeren Projekten wird es in der Regel nicht möglich sein, die gesamte Zahlung erst nach der Gesamtabnahme zu leisten, da der Auftragnehmer wirtschaftlich nicht in der Lage sein wird, das Projekt vorzufinanzieren. Es können daher Teil- und Abschlagszahlungen vereinbart werden. Es sollte aber in diesem Fall darauf geachtet werden, dass die einzelnen Beträge so gestaffelt werden, dass ein wesentlicher Teil der Gesamtvergütung erst nach der Gesamtabnahme fällig wird. Wird nichts anderes vereinbart, wird die Vergütung für die Erstellung des Gesamtsystems erst nach der Gesamtabnahme fällig. Werden Teil- oder Abschlagszahlungen vereinbart, können diese in der Tabelle eingetragen werden. Wird eine Vorauszahlung vereinbart, ist der Auftraggeber gehalten, vom Auftragnehmer eine Vorauszahlungsbürgschaft gem. Ziffer 20.1.1 der AGB in gleicher Höhe zu verlangen.

10. Projektmanagement

Aufgrund der Komplexität und der Dauer eines IT-Projektes ist ein professionelles Projektmanagement eine der wesentlichsten Voraussetzungen für den Projekterfolg. Daher ist in Nummer 2.1 das Projektmanagement auch als Leistungsbestandteil fest vereinbart.

Je nach Projekttyp sind unterschiedliche Leistungen (Lieferung von Hardware, Standardsoftware, Erstellung von Individualsoftware, usw.) vom Auftragnehmer zu erbringen. Da er die Erfolgs- und Projektverantwortung trägt, obliegt dem Auftragnehmer die Verpflichtung, ein professionelles Projektmanagement einzurichten und durchzuführen. Die Vergütung für das Projektmanagement des Auftragnehmers ist im Pauschalpreis enthalten. Bei der Vergütung nach Aufwand gilt, dass interne Abstimmungen, Schulungen und Qualifizierungen des Auftragnehmers gem. Ziffer 10.3 der AGB nicht gesondert vergütet werden.

10.1 Projektmanager/Projektleiter

In dieser Tabelle benennen sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer einen oder mehrere Ansprechpartner, als Projektleiter und Projektmanager, die befugt sind, erforderliche Entscheidungen zu treffen. Gemäß Ziffer 10.2 der AGB gilt, dass der Projektmanager auch die Aufgaben des Projektleiters übernimmt, wenn die Rolle des Projektleiters nicht besetzt wird.

Die Unterscheidung zwischen Projektmanager und Projektleiter geht auf das V-Modell XT zurück. Wird dieses als Vorgehensmodell vereinbart, sind die entsprechenden Rollen hier zu besetzen. Die aktuelle Version des V-Modell XT kann von der Seite des CIO des Bundes unter www.cio.bund.de herunter geladen werden.

Der Projektleiter und der Projektmanager des Auftragnehmers besetzen immer Schlüsselpositionen i.S. von Ziffer 10.2 der AGB.

10.2 Weitere Schlüsselpositionen des Auftragnehmers

Wie oben zu Nummer 10.1 ausgeführt, gelten der Projektmanager und der Projektleiter des Auftragnehmers stets als Schlüsselpositionen. Werden weitere Schlüsselpositionen vereinbart, kann der Auftragnehmer gemäß Ziffer 7.4 der AGB die in diesen Schlüsselpositionen eingesetzten Personen nur mit Einwilligung des Auftraggebers austauschen. Die Vereinbarung von weiteren Schlüsselpositionen ist dann sinnvoll, wenn bestimmtes Personal des Auftragnehmers über Spezialwissen oder eine bestimmte Eignung verfügt (z.B. in eine Spezialthematik eingearbeitete Programmierer). Auch führt ein Wechsel eines wichtigen Ansprechpartners oft zu Zeit- und Qualitätsverlust. Daher wird sich der Auftraggeber gegen einen mutwilligen Wechsel durch Verweigerung der Zustimmung wehren. Die Vereinbarung von Schlüsselpositionen sollte aber nicht inflationär erfolgen. Schließlich ist der Vertragstyp ein Werkvertrag, bei dem nicht die Leistung einzelner Personen, sondern der Gesamterfolg geschuldet wird. Da der Auftragnehmer die Erfolgsverantwortung trägt, sollte er in der Regel auch entscheiden können, wie und mit welchen Mitarbeitern er den Erfolg herbeiführt. Die Vereinbarung von Schlüsselpositionen sollte sich daher auf den Projektmanager und -leiter und einige wesentliche für den Projekterfolg wichtige Rollen beschränken. Ein Indiz für eine Schlüsselposition kann zum Beispiel dann gegeben sein, wenn der Auftraggeber im Vergabeverfahren eine besondere vertraglich vorausgesetzte Eignung verlangt und der Auftragnehmer hierfür nur **einen** geeigneten Kandidaten anbietet. Aber auch wenn der Auftraggeber mit der Ablösung eines auf einer Schlüsselposition eingesetzten Mitarbeiters des Auftragnehmers nicht einverstanden ist, wird er die Zustimmung erteilen müssen, wenn der Mitarbeiter nicht mehr zur Verfügung steht. Stets gilt aber, dass eine qualifizierte Ersatzperson angeboten werden muss und dass die Einarbeitung auf Kosten des Auftragnehmers erfolgt.

10.3 Projektsteuerung/Projektkoordinierung

Einzelheiten zum Projektmanagement ergeben sich aus Ziffer 10 der AGB. Hiernach ist der Auftragnehmer verantwortlich für:

- Planung, Steuerung und Kontrolle des Projektes unter Einhaltung der Faktoren Zeit, Qualität und, soweit kein Festpreis vereinbart ist, Budget;
- Festlegung der Rahmenbedingungen für die Projektorganisation;
- Kontrolle und Einhaltung der vertraglichen Abmachungen;
- Organisation und Dokumentation eventueller Änderungsverfahren;
- Problem- und Konfliktlösung bei der Projektplanung, bei der Projektabwicklung und beim Projektabschluss;
- Überwachung des Projektfortschrittes und Einleitung von eventuell notwendigen Krisenmaßnahmen;
- Gewährleistung der Projektberichterstattung und –kommunikation;
- Berichterstattung an den Auftraggeber über den Projektverlauf.

Diese Aufgaben werden vom Projektmanager des Auftragnehmers verantwortlich wahrgenommen.

Ergänzend und abweichend von diesen Regelungen kann im **ersten Ankreuzfeld** der Nummer 10.3 vereinbart werden, dass sich Einzelheiten zum Projektmanagement aus dem in Nummer 2.3 vereinbarten Vorgehensmodell ergeben (siehe hierzu die Ausführungen zu Nummer 2.3 dieser Hinweise).

Mit dem **zweiten Ankreuzfeld** kann in einer gesonderten Anlage eine spezielle, auf das individuelle Projekt zugeschnittene Projektmanagementregelung vereinbart werden.

10.4 Behandlung von Änderungsanträgen (Change Requests)

Die AGB regeln in Ziffer 17, wie und nach welchen Regeln das Änderungsverfahren zu erfolgen hat. Einzelheiten hierzu siehe in Abschnitt IV.17 dieser Hinweise.

Ist zum Verfahren bei Änderungsanträgen in dieser Nummer nichts anderes vereinbart, werden zumutbare Änderungsverfahren gemäß Ziffer 17 der AGB mit dem Muster 3 -Änderungsverfahren- dokumentiert.

In dieser Nummer 10.4 können abweichende und zusätzliche oder gänzlich andere Regelungen vereinbart werden:

Im **ersten Ankreuzfeld** kann ein Änderungsverfahren gemäß dem in Nummer 2.3 vereinbarten Vorgehensmodell vereinbart werden.

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann alternativ auch ein Änderungsverfahren in einer gesonderten Anlage vereinbart werden, dass auf das individuelle Projekt zugeschnitten ist. Denkbar ist auch, dass dieses Ankreuzfeld genutzt wird, um auf ein Preisblatt zu verweisen, in dem bereits Vergütungssätze- / bzw. -regelungen zu möglichen Leistungen aufgrund von Änderungsanträgen vereinbart werden.

Stets sollte aber darauf geachtet werden, dass der Auftragnehmer nicht berechtigt ist, selbst eine Änderung verlangen zu können. Dies würde dazu führen, dass der Auftragnehmer es in der Hand hätte, den finanziellen und zeitlichen Umfang eines Projektes auszudehnen. Auch sollte eine Änderung des Vertrages stets akribisch dokumentiert werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass es zu Unklarheiten über den Umfang der geschuldeten Leistung kommt. Dies wiederum führt zu großen Problemen im Projektverlauf, insbesondere bei der Abnahme.

11. Weitere Pflichten des Auftragnehmers

Hier können verschiedene sonstige Pflichten des Auftragnehmers, z. B. Mindestanforderungen an das einzusetzende Personal, besondere Sicherheitsanforderungen sowie Mitteilungspflichten des Auftragnehmers vereinbart werden.

11.1 Besondere Anforderungen an Mitarbeiter des Auftragnehmers (keine Kommentierung)

11.2 Allgemeine Sicherheitsanforderungen (keine Kommentierung)

11.3 Mitteilung von Kopier- oder Nutzungssperren

Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung die in den Systemkomponenten enthaltenen Kopier- und Nutzungssperren mitzuteilen. Solche Kopier- oder Nutzungssperren können z. B. Dongles sein oder eine Programmsperre, die die Nutzung nach Ablauf einer gewissen Zeit unmöglich macht, wenn kein neuer Code eingegeben wird. Der Auftragnehmer kann hier aufgefordert werden, entweder **im ersten Ankreuzfeld** zu erklären, dass keine solchen Sperren vorhanden sind oder beim **zweiten Ankreuzfeld** mitzuteilen, welche Sperren ihm in den Systemkomponenten bekannt sind. In diesem Fall hat er Art und Wirkungsweise der Sperren in einer Anlage zum Vertrag zu beschreiben. Durch die hierdurch geschaffene Transparenz verschafft sich der Auftraggeber im Vorfeld des Vertrages die Gelegenheit zu überprüfen, ob er die jeweilige Sperre akzeptieren kann oder nicht. Er erspart sich so unliebsame Überraschungen nach Vertragsschluss.

Macht der Auftragnehmer unrichtige Angaben oder unterlässt er dies ganz, und ist die vertragsgemäße Nutzung des Gesamtsystems dennoch durch Kopier- oder Nutzungssperren beeinträchtigt, liegt ein Mangel vor, der Mängelansprüche (Gewährleistungsansprüche) des Auftraggebers gemäß Ziffer 13 der AGB begründet. Zum anderen hat der Auftragnehmer durch seine unrichtige Angabe eine Vertragspflicht verletzt. Diese Verletzung begründet gemäß §§ 280 ff. BGB Schadensersatzansprüche des Auftraggebers, es sei denn, der Auftragnehmer kann nachweisen, dass er die Sperre nicht hätte kennen können.

11.4 Mitteilungspflicht bezüglich der zur Vertragserfüllung eingesetzten Werkzeuge

Ist die Erstellung von Individualsoftware vereinbart, hat der Auftraggeber gemäß Ziffer 2.3.2.1 der AGB umfangreiche Nutzungsrechte, z.B. auch Bearbeitungsrechte. Verwendet der Auftragnehmer bei der Entwicklung der Individualsoftware nicht am Markt erhältliche Werkzeuge und ist dem Auftraggeber eine Bearbeitung und Umgestaltung der Individualsoftware ohne diese Werkzeuge nicht möglich, kann er sich in Nummer 4.5.3.4 hierfür weitergehende Rechte durch den Auftragnehmer einräumen lassen.

Um beurteilen zu können, ob der Auftragnehmer solche am Markt nicht erhältliche Werkzeuge verwenden will, sollte in dieser Nummer 11.4 eine Mitteilungspflicht des Auftragnehmers über den Einsatz entsprechender Werkzeuge vereinbart werden.

Gemäß Ziffer 6.4 der AGB wird der Auftragnehmer dem Auftraggeber auf dessen Anforderung in angemessener Frist, unabhängig davon spätestens jedoch bis zur Erklärung der Abnahme mitteilen, welche für die Bearbeitung und Umgestaltung der Individualsoftware notwendigen Werkzeuge er bei deren Erstellung verwendet bzw. entwickelt hat. Diese Mitteilungspflicht kann im **letzten Hauptankreuzfeld** dieser Nummer dahingehend ergänzt werden, dass auch alle sonstigen, für die Erstellung des Gesamtsystems insgesamt eingesetzten

Nutzerhinweise EVB-IT System

Werkzeuge des Auftragnehmers genannt werden müssen (z.B. Installationswerkzeuge, Werkzeuge für das Customizing etc).

11.5 Entsorgung der Hardware (ergänzend zu Ziffer 2.1 der AGB)

Im **ersten Ankreuzfeld** kann Art und Umfang der Entsorgung der in Nummer 4.1 des Vertrages aufgeführten Hardware zu einem festzulegenden Termin vereinbart werden.

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann die Entsorgung bereits beim Auftraggeber vorhandener Altgeräte vereinbart werden. Hierbei kann es sich beispielsweise um Hardware handeln, die durch Geräte aus dem EVB-IT Systemvertrag ersetzt werden soll.

11.6 Entsorgung der Verpackung (keine Kommentierung)

12. Mitwirkung des Auftraggebers

Hier können Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers vereinbart werden. Allerdings sollten nur solche Leistungen vereinbart werden, bei denen der Auftraggeber genau weiß, dass er in der Lage ist, diese Mitwirkungsleistungen zu erbringen und auch welchen Aufwand dies erfordert. Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers sind nach Art, Umfang und Zeitaufwand so konkret und abschließend wie möglich zu vereinbaren. Hintergrund ist, dass der Auftraggeber genau wissen muss, ob er in der Lage ist, diese Mitwirkungsleistungen zu erbringen, da sie zum einen ein vergütungsbestimmender Faktor sind und zum anderen gilt, dass die Nichterfüllung von Mitwirkungsleistungen den Auftragnehmer u.U. berechtigen, den Vertrag außerordentlich zu kündigen und/oder eine Entschädigung zu fordern (§§ 642, 643 BGB). Auch vereitelt die Nichterfüllung von Mitwirkungsleistungen die Möglichkeit des Auftraggebers, wegen Pflichtverletzung des Auftragnehmers Ansprüche geltend zu machen (weitere Ausführungen zu Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers in Abschnitt IV.11 dieser Hinweise).

13. Abnahme

Der EVB-IT Systemvertrag geht grundsätzlich davon aus, dass nur das **Gesamtsystem** insgesamt der Abnahme unterliegt. Das bedeutet, die Abnahme muss erst erklärt werden, wenn **alle** Leistungsteile und Systemkomponenten im Wesentlichen vertragsgemäß erbracht worden sind. Ist also zum Beispiel vereinbart worden, dass die vereinbarten Schulungen (für sich genommen eine Dienstleistung) bis zur Erklärung der Betriebsbereitschaft durchgeführt worden sein müssen und trifft dies nicht zu, muss der Auftraggeber die Abnahme des Gesamtsystems nicht erklären, wenn das Fehlen der Schulungen einen wesentlichen Mangel darstellt. Ob dies so ist, hängt vom Einzelfall ab. In Nummer 8 können aber auch Teilabnahmen vereinbart werden, wenn in sich abgeschlossene und funktional nutzbare Teile des Gesamtsystems erstellt werden, die der Auftraggeber bereits vor der Gesamtabnahme nutzen will und kann.

13.1 Gegenstand der Abnahme

Die EVB-IT System gehen grundsätzlich davon aus, dass das Gesamtsystem der Abnahme unterliegt. Das bedeutet, die Abnahme muss erst erklärt werden, wenn das Gesamtsystem betriebsbereit, die entsprechende Erklärung der Betriebsbereitschaft erfolgt ist und alle Leistungsteile und Systemkomponenten im Wesentlichen vertragsgemäß erbracht bzw. geliefert worden sind. Ist also zum Beispiel vereinbart worden, dass die vereinbarten Schulungen (für sich genommen eine Dienstleistung) bis zur Erklärung der Betriebsbereitschaft

Nutzerhinweise EVB-IT System

durchgeführt worden sein müssen und trifft dies nicht zu, muss der Auftraggeber die Abnahme des Gesamtsystem nicht erklären, wenn das Fehlen der Schulungen einen wesentlichen Mangel darstellt. Ob dies so ist, hängt vom Einzelfall ab.

Darüber hinaus setzt die Abnahme voraus, dass der Auftraggeber die Gelegenheit hatte, z.B. durch Funktionstests festzustellen, dass das Gesamtsystem im Wesentlichen vertragsgemäß erstellt worden ist. Dazu dient der Zeitraum der Funktionsprüfung, siehe dazu Ziffer 12.3.

Teilabnahmen erfolgen nur, wenn diese vereinbart sind (siehe insoweit Ziffern 12.1 und 12.9). Eine solche Vereinbarung erfolgt im Termin- und Leistungsplan gemäß Nummer 8 des Vertrages.

Im **ersten Ankreuzfeld** können ergänzende Vereinbarungen zum Gegenstand der Abnahme getroffen werden.

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass das Gesamtsystem zum Zeitpunkt der Betriebsbereitschaftserklärung die jeweils neuesten Versionen der verwendeten Standard- und Individualsoftware enthalten muss. Ohne diese Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer lediglich die bei Angebotsabgabe aktuelle bzw. die im Angebot genannte Version der jeweiligen Standardsoftware. Für die Individualsoftware ist dies lediglich klarstellend dahingehend zu verstehen, dass deren aktuellste Version geschuldet ist.

13.2 Testdaten

Sofern die Funktionstests mit Hilfe von Testszenarien durchgeführt werden sollen, sind dafür regelmäßig Testdaten erforderlich. Die Bedeutung von Testdaten wird häufig unterschätzt. Nur mit Testdaten, die reale Sachverhalte abbilden, kann i.d.R. zuverlässig festgestellt werden, ob das Gesamtsystem oder teilabnahmefähige Leistungen wie vereinbart funktionieren. Testdaten sollten so ausgewählt bzw. gestaltet werden, dass die damit durchzuführenden Tests das Leistungsspektrum des Gesamtsystems möglichst umfassend abdecken. Daher ist auf die Qualität der Testdaten besonderer Wert zu legen. In der Regel sollte daher der Auftraggeber die Testdaten vorgeben bzw. gestalten. Der dazu erforderliche Aufwand ist jedoch nicht unerheblich. Daher kann erwogen werden, den Auftragnehmer die Testdaten gestalten zu lassen bzw. diese gemeinsam mit dem Auftragnehmer im Rahmen der Erstellung des Feinkonzepts festzulegen. Dabei ist jedoch vertraglich und/oder praktisch sicherzustellen, dass der Auftragnehmer nicht der Versuchung erliegt, die Testdaten so zu gestalten, dass nur die unproblematischen/trivialen Funktionalitäten des Gesamtsystems erfasst werden.

In den **beiden Ankreuzfeldern** kann demgemäß angekreuzt werden, wer die Testdaten erstellt. Außerdem sind jeweils in einer Anlage die entsprechenden Details dazu zu vereinbaren.

13.3 Dauer, Ort und Systemumgebung der Funktionsprüfung

Die AGB geben in Ziffer 12.3 vor, dass die Funktionsprüfungszeit für die Gesamtabnahme standardmäßig 30 Tage und für Teilabnahmen 14 Tage beträgt. Dieser Zeitraum kann je nach Komplexität eines IT-Projektes entweder zu lang oder viel zu kurz sein. Daher kann im **ersten Ankreuzfeld** eine andere angemessene Funktionsprüfungszeit für die Gesamtabnahme vereinbart werden. Im **zweiten Ankreuzfeld** kann darüber hinaus eine abweichende Funktionsprüfungszeit für teilabzunehmende Leistungen vereinbart werden.

Mit dem **sechsten Ankreuzfeld** kann für die Wiederholung von Funktionsprüfungen gemäß Ziffer 12.10 der AGB von der dort vorgegebenen 14tägigen Frist abgewichen werden. Anders als bei den bisherigen EVB-IT System wurde die Funktionsprüfung bei Wiederholungen von 30 Tagen auf 14 Tage verkürzt. Dies ist immer dann ein Problem, wenn die Funktionsprüfung eigentlich 30 Tage in Anspruch nimmt. Wird in einem solchen

Nutzerhinweise EVB-IT System

Fall die erste Funktionsprüfung relativ früh abgebrochen, sind die für die Wiederholung zur Verfügung stehenden 14 Tage unter Umständen unzureichend. Auch in Fällen, in denen die Funktionsprüfung nach einem Abbruch faktisch ganz wiederholt werden muss, ist hier ggf. eine längere Frist zu vereinbaren.

13.4 Vereinbarungen zur Durchführung der Funktionsprüfung und zur Erklärung der Abnahme

Sollen grundsätzlich von Ziffer 12 der AGB abweichende oder hinausgehende Regelungen zur Funktionsprüfung und zur Erklärung der Abnahme vereinbart werden, kann dies in einer Anlage erfolgen. Das **erste Ankreuzfeld** ermöglicht die Berücksichtigung der sich aus dem V-Modell XT ergebenden Vorgaben.

Durch das **zweite Ankreuzfeld** kann unabhängig davon auf Regelungen in einer Anlage verwiesen werden, z.B. bei Verwendung eines anderen Vorgehensmodells oder bei Verwendung der behördenspezifischen Abnahmemodalitäten.

13.5 Vereinbarungen zu Mängelklassen im Rahmen der Funktionsprüfung

Die AGB geben in Ziffer 3 verschiedene Mängelklassen vor. In dieser Nummer können andere, speziell auf das zu erstellende Gesamtsystem zugeschnittene Mängelklassen vereinbart werden. Dabei sollten sowohl die Anzahl der Mängelklassen (drei) als auch deren Bezeichnung beibehalten werden, damit die Regelungen in den AGB und im Vertragsformular, die sich auf die Mängelklassen beziehen, anwendbar bleiben. Dies gilt insbesondere für Regelungen zur Abnahme gemäß Ziffer 12 der AGB.

14. Mängelhaftung (Gewährleistung)

14.1 Verjährungsfrist (Gewährleistungsfrist) für Mängel des Systems

Das **erste Ankreuzfeld** ist zu wählen, wenn andere als in Ziffer 13.3 der AGB vorgegebene Verjährungsfristen (Gewährleistungsfristen) für Sach- und Rechtsmängel mit Ausnahme von Rechtsmängeln an der Individualsoftware vereinbart werden sollen.

Das **zweite Ankreuzfeld** ermöglicht eine andere Verjährungsfrist für Rechtsmängel an der Individualsoftware als die in den AGB vorgesehenen 36 Monate. Gegenüber den bisherigen AGB wurde die Verjährungsfrist für solche Mängel von standardmäßig 60 Monaten auf 36 Monate verkürzt. Dies geschah nicht zuletzt unter dem Aspekt, dass die Vereinbarung einer 60monatigen Frist in AGB in bestimmten Fällen (Einkaufsbedingungen eines Baumarktes) als unwirksam angesehen wird. Sind weitere Verkürzungen gewünscht, kann dies in diesem **zweiten Ankreuzfeld** geschehen.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Sind jedoch Verlängerungen der Frist gewünscht, so ist statt diesem Ankreuzfeld das **fünfte Ankreuzfeld** auszuwählen und in einer Anlage eine individuelle Regelung zu treffen, da auch das Ausfüllen einer formularmäßigen Regelung als AGB angesehen wird und eine solche Verlängerung damit möglicherweise unwirksam wäre. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist kann sinnvoll sein, weil gerade bei Individualsoftware ein erhöhtes Risiko besteht, dass Rechtsmängel auch noch später als nach 36 Monaten zutage treten. Sind in einem solchen Fall die Ansprüche gegen den Auftragnehmer verjährt, kann der Auftragnehmer hierfür nicht mehr in Anspruch genommen werden. Das heißt, er muss insbesondere nicht mehr dafür sorgen, dass der Auftraggeber die Individualsoftware und damit möglicherweise das Gesamtsystem weiter nutzen kann. Auch kann der Auftragnehmer nicht mehr auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Daher kann erwogen werden, die Verjährungsfrist entsprechend zu verlängern, z.B. auf fünf bzw. acht Jahre. Zu bedenken ist aber, dass sich diese Verlängerung preiserhöhend auswirken kann.

Im **dritten Ankreuzfeld** kann eine abweichende Frist für das Recht zum Rücktritt bei Mängeln der Standardsoftware getroffen werden, welche gemäß Ziffer 13.3 der AGB 12 Monate beträgt.

Im **vierten Ankreuzfeld** kann die für Individualsoftware an Individualsoftware vereinbarte Verjährungsfrist auf andere Systemkomponenten erstreckt werden, für die eigentlich die normale Verjährungsfrist gilt, z.B. für bestimmte Standardsoftware, die von zentraler Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems ist.

Achtung:

Es ist ein preisbildender Faktor, wenn längere als in den AGB angegebene Verjährungsfristen vereinbart werden.

14.2 Verjährungsfrist (Gewährleistungsfrist) für Mängel an Teilleistungen

Gemäß Ziffer 13.4 der AGB beginnt die Verjährungsfrist für teilabgenommene Leistungen mit der jeweiligen Teilabnahme und endet zwei Jahre nach der Teilabnahme, frühestens jedoch neun Monate nach der Abnahme des Gesamtsystems. Soweit die Mängel gleichzeitig Mängel des Gesamtsystems sind, endet deren Verjährungsfrist synchron zu den anderen Mängeln des Gesamtsystems.

Wurde in Nummer 14.1 eine von den AGB abweichende Verjährungsfrist vereinbart, so ist in dieser Nummer 14.2 eine Synchronisierung mit den geänderten Fristen vorzunehmen, soweit diese gewünscht ist.

Gleiches gilt, wenn ausnahmsweise Individualsoftware Gegenstand einer Teilabnahme ist und die Rechtsmängelhaftung gemäß Ziffer 13.3 von 36 Monaten oder sogar eine längere Frist gelten soll.

Individualvertraglich könnte hier über eine Anlage auch generell vereinbart werden, dass die Verjährungsfristen für teilabgenommene Leistungen zwar mit der Teilabnahme beginnen, aber stets erst mit der Verjährung der Mängelansprüche für das Gesamtsystem enden.

Achtung:

Bei Projekten mit langer Laufzeit und frühen Teilabnahmen kann dies jedoch einen preisbildenden Faktor darstellen.

14.3 Mängelmeldungen

Die folgende Kommentierung entspricht im Wesentlichen derjenigen zu Störungsmeldungen beim Systemservice gemäß Nummer 5.1.1.1 des Vertrages.

14.3.1 Form der Mängelmeldung

Gemäß Ziffer 11.3 der AGB hat der Auftraggeber für seine Mängelmeldungen i. d. R. das Störungsmeldformular gem. Muster 1 zu verwenden. Abweichend davon kann hier eine andere Form der Mängelanzeige vereinbart werden, z. B. die Eingabe in ein Ticketsystem. Diese ist dann verbindlich.

Unabhängig von der Form der Mängelmeldung sollte darauf geachtet werden, dass die Meldung alle relevanten Umstände hinsichtlich des Mangels enthält. Hierzu gehören beispielsweise die Zeit des Auftretens, die Art der Störung, die Angabe der Mängelklasse (gem. Ziffer 3 der AGB) und Angaben zur betroffenen Hardware/Software.

14.3.2 Adresse für Mängelmeldungen

Hier ist die Adresse anzugeben, an die die Mängelmeldung zu übermitteln ist. Es können mehrere Alternativen angekreuzt werden. Die Mängelmeldungen dürfen dann aber nur an die dort angegebenen Adressen übermittelt werden, es sei denn, es wird, z.B. unterhalb der Tabelle oder in einer Anlage etwas anderes vereinbart.

14.4 Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Servicezeiten, Hotline, Teleservice

14.4.1 Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Mängelklassen

Die folgende Kommentierung entspricht im Wesentlichen derjenigen zu Reaktions- und Wiederherstellungszeiten beim Systemservice gemäß Nummer 5.1.1.2 des Vertrages. Die Unterschiede ergeben sich im Wesentlichen aus dem unterschiedlichen Rechtsgrund (Systemservice dort, Mängelbeseitigung/ Gewährleistung hier) und teilweise unterschiedlichen Rechtsfolgen.

Diese besonderen Vereinbarungen zu Reaktions- und Wiederherstellungszeiten sind insbesondere dann empfehlenswert, wenn der rechtzeitige Beginn der Mängelbeseitigung eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit von Organisationseinheiten oder Aufgabenbereichen ist.

Reaktions- und Wiederherstellungszeiten beginnen ausschließlich mit dem Zugang der Mängelanzeige während der vereinbarten Servicezeiten und laufen ausschließlich innerhalb dieser Zeiten. In dieser Nummer 14.4.1 können feste Reaktions- und Wiederherstellungszeiten abhängig von den Mängelklassen vereinbart werden. In diesem Fall kommt der Auftragnehmer bei Überschreitung in Verzug, es sei denn, dass er die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat.

Achtung:

Sind **keine Wiederherstellungszeiten** und/oder **keine Reaktionszeiten** vereinbart, ist der Mangel unverzüglich zu beseitigen. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung aus § 271 BGB und bedurfte deshalb keiner gesonderten Regelung in Ziffer 13 der AGB. Im Gegensatz zum Systemservice – dort geregelt in Ziffer 4.1.2 – bedurfte es daher im Rahmen der Mängelhaftung auch keiner Regelung von Standardservicezeiten.

Es wird empfohlen, Reaktionszeiten zu vereinbaren. Die Vereinbarung von Wiederherstellungszeiten hingegen erfordert Augenmaß. Bei der Beseitigung von Hardwarestörungen ist der Auftragnehmer in der Regel in der Lage, Wiederherstellungszeiten anzubieten und zu kalkulieren, weil Hardware ausgetauscht werden kann. Dies ist bei Individualsoftware nicht und bei Standardsoftware nur dann möglich, wenn ein neuer Programmstand verfügbar ist, der den Mangel behebt. Bei Standardsoftware ist darüber hinaus in der Regel nur der Hersteller, nicht aber der Händler in der Lage, Mängel durch Änderungen im Quellcode der Standardsoftware zu beseitigen. Der Händler als Auftragnehmer kann daher Wiederherstellungszeiten in der Regel nur zusagen, wenn eine entsprechende Zusage des Herstellers vorliegt. Auch der Hersteller kann kaum seriös Wiederherstellungszeiten

Nutzerhinweise EVB-IT System

zusagen, denn aufgrund der Komplexität von Software ist auch er vorab nicht in der Lage einzuschätzen, wie lange im Einzelfall eine Mangelbeseitigung dauern wird. Statt feste Vorgaben für Wiederherstellungszeiten zu machen, sollte daher erwogen werden, diese vom Auftragnehmer anbieten zu lassen. Dies gilt umso mehr, wenn noch ungewiss ist, welche Software angeboten wird.

Wird eine kurze Wiederherstellungszeit vereinbart, erübrigt sich die Vereinbarung von Reaktionszeiten. Bei Vereinbarung von längeren Wiederherstellungszeiten ist zu erwägen, ob zusätzlich Reaktionszeiten vereinbart werden, um möglichst frühzeitige Aktivitäten zur Störungsbeseitigung sicherzustellen.

Achtung:

Kurze Reaktions- und Wiederherstellungszeiten sind preisbildende Faktoren; insbesondere sollten Wiederherstellungszeiten nur dann vereinbart werden, wenn hohe Anforderungen an die Verfügbarkeit des Systems gestellt werden.

14.4.2 Servicezeiten

Es sind die Zeiten einzutragen, in denen die Mängelmeldungen entgegengenommen und bearbeitet werden. Wie oben ausgeführt, ist im Gegensatz zur Regelung beim Systemservice (vgl. Ziffer 4.1.2 der AGB) für Servicezeiten in Ziffer 13 der AGB keine Auffangregelung vereinbart. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollten deshalb bei Vereinbarung von Reaktions- und/oder Wiederherstellungszeiten immer auch Servicezeiten festgelegt werden, da ansonsten der Auftragnehmer ggf. „rund um die Uhr“ die Mängel beseitigen muss, und demzufolge auch „rund um die Uhr“ mit der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer gerechnet werden und z.B. der Zugang zum Gesamtsystem ermöglicht werden muss. Zusätzlich stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage der Vergleichbarkeit und Bewertbarkeit der Angebote in diesem Punkt (siehe im Übrigen Abschnitt III.5.1.1.3 dieser Hinweise).

14.4.3 Hotline

Siehe hierzu Abschnitt III.5.1.1.3 dieser Hinweise.

14.5 Teleservice

Siehe hierzu Abschnitt III.5.5.1 dieser Hinweise.

14.6 Weitere Vereinbarungen zur Mängelhaftung

Im Gegensatz zu den bisherigen EVB-IT System und den EVB-IT Systemlieferung wurde in Ziffer 13.6 der neuen AGB auf Wunsch des BITKOM geregelt, dass die Rechtsmängelhaftung für Systemkomponenten sich nicht auf bestimmte Ansprüche wegen Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen im Sinne der deutschen Rechtsordnung erstreckt, die Dritte gegen den Auftraggeber wegen dessen Nutzung von Systemkomponenten außerhalb von EU und EFTA geltend machen. Grund hierfür ist, dass eine weltweite Rechtsprüfung bei gewerblichen Schutzrechten mit zum Teil sehr unterschiedlichen Rechtsregimen nicht möglich ist und bei einer Nutzung der Software nur innerhalb Europas auch nicht notwendig ist. Ist durch den Auftraggeber eine Nutzung außerhalb von EU und EFTA vorgesehen, z.B. im Rahmen von Entwicklungshilfeprojekten, hat der Auftraggeber die Möglichkeit, durch Aktivierung des **ersten Ankreuzfeldes** diese Haftungsbegrenzung aufzuheben und somit die Haftung des Auftragnehmers wieder auf den Nicht EU und Nicht EFTA –Bereich zu erstrecken. In diesen Fällen sind ferner die einschlägigen Exportkontrollvorschriften zu beachten.

15. Haftungsregeln

Der Auftragnehmer hat ein wirtschaftliches Bedürfnis, seine Haftung möglichst weitgehend zu begrenzen. Die aus einem Projekt resultierenden Haftungsrisiken sind für den Auftragnehmer naturgemäß ein wesentlicher Punkt in seiner Kalkulation. Hohe oder gänzlich fehlende Haftungsbegrenzungen können also sowohl dazu führen, dass die Angebotspreise steigen als auch dazu, dass sich bestimmte Auftragnehmer gar nicht mehr an Vergabeverfahren beteiligen. Insbesondere börsennotierten Unternehmen fällt es regelmäßig aufgrund ihrer internen Richtlinien, teilweise aber auch aufgrund externer Vorgaben (z. B. US-amerikanischen Revenue Recognition Rules) sehr schwer, Angebote ohne Haftungsbegrenzung abzugeben.

Dagegen können niedrige Haftungssummen durchaus zu niedrigeren Angebotspreisen führen. Ggf. kann man dies in der Ausschreibung durch Bildung von Bewertungsalternativen bezüglich unterschiedlicher Haftungsgrenzen abfragen.

Andererseits sollten die Risiken durch Haftungsregelungen auch nicht unangemessen auf den Auftraggeber verlagert werden, denn jeder Schaden, den der Auftragnehmer wegen einer Haftungsbegrenzung nicht ersetzen muss, ist letztlich durch den Auftraggeber zu tragen. Haftungsbegrenzungen sollten also möglichst so gefasst sein, dass keine inadäquaten Lücken zum Nachteil des Auftraggebers auftreten. Dies ist zu berücksichtigen, wenn die Haftungsregelungen aus Ziffer 15 der AGB im Vertrag verändert werden.

15.1 Haftungsobergrenze bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung

Hier können von Ziffer 15.1 der AGB abweichende Haftungsregelungen vereinbart werden. So kann über das **erste Ankreuzfeld** anstatt des Auftragswertes ein fester Betrag vorgesehen werden. Über das **zweite Ankreuzfeld** kann eine Anlage einbezogen werden, in der eine andere Haftungsregelung vorgesehen wird, z.B. eine Differenzierung der Haftungshöhen nach Rechtsgründen oder bestimmte Erweiterungen oder Ausschlüsse.

15.2 Haftung bei Verzug

Im **ersten Ankreuzfeld** kann für den Fall des Auftragnehmerverszugs abweichend von Ziffer 15.1 der AGB eine Haftungsobergrenze von 50 % vereinbart werden (siehe zu den Einzelheiten Abschnitt IV.9 dieser Hinweise). Von einer Verringerung der gemäß Ziffer 15.1 der AGB auf den Auftragswert begrenzten Haftung für Verzug sollte nur Gebrauch gemacht werden, wenn die potentiellen Verzugsfolgen als gering eingestuft werden können und der Auftraggeber sich von einer Verringerung der Haftungsgrenze finanzielle Vorteile bei der Angebotskalkulation durch den Bieter erhofft. Schätzt der Auftraggeber die potentiellen Verzugsrisiken höher ein als bei vergleichbaren Projekten, hat er dagegen zu prüfen, ob er die Haftungsobergrenze angemessen erhöht und/oder ob er von einer Gesamthaftungsbegrenzung auf eine Begrenzung pro Schadensfall umstellt. Die entsprechende Regelung kann über das **zweite Ankreuzfeld** in einer Anlage getroffen werden.

15.3 Haftung für den Systemservice

Die AGB begrenzen in Ziffer 15.2 die Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen im Serviceservice auf die für die Vertragslaufzeit zu zahlende Systemservicevergütung, mindestens jedoch auf das Doppelte und maximal auf das Vierfache der Vergütung, die für das erste Vertragsjahr zu zahlen ist. Dabei bleiben jedoch Reduktionen, die aufgrund parallel bestehender Mängelhaftungsansprüche vereinbart werden, außer Betracht.

Im **ersten Ankreuzfeld** kann abweichend hiervon ein fester Euro-Betrag als Haftungsdeckel pro Vertragsjahr vereinbart werden. Das empfiehlt sich vor allem dann, wenn die Servicevergütung sehr niedrig ist oder zu wesentlichen Teilen nach Aufwand erfolgt.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann ein solcher Haftungsdeckel für die Laufzeit des Systemservice insgesamt vereinbart werden.

Das **dritte Ankreuzfeld** ermöglicht eine Modifizierung der Unter- bzw. Obergrenze der Haftung aus Ziffer 15.2 der AGB, ohne die Regelung als solche zu ändern.

15.4 Haftung für entgangenen Gewinn

In Ziffer 15.5 der AGB wird die Haftung des Auftragnehmers für entgangenen Gewinn ausgeschlossen. In Nummer 15.3 des Vertrages kann diese Haftung wieder vereinbart werden. Davon ist vor allem dann Gebrauch zu machen, wenn durch Verzögerungen im Projekt, dessen Scheitern oder durch Fehler im System Schäden in Form von Gewinnminderungen entstehen können. Dies betrifft naturgemäß nur Einrichtungen, die zumindest teilweise auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind.

16. Vertragsstrafen bei Verzug

16.1 Verzug bei Erstellung des Gesamtsystems

Hier kann die Regelung zur Vertragsstrafe aus Ziffer 9.3 der AGB modifiziert werden. Einzelheiten zu Vertragsstrafen siehe Abschnitt IV.9.3 dieser Hinweise.

Im **ersten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass schon dann eine Vertragsstrafe zu zahlen ist, wenn ein im Termin- und Leistungsplan vereinbarter „Meilenstein“ aus vom Auftragnehmer zu vertretenden Gründen nicht eingehalten wird. Dies kann z.B. dann sinnvoll sein, um den Auftragnehmer schon während des Projektverlaufes letztlich in seinem eigenen Interesse dazu zu zwingen, dass Projekt wie geplant durchzuführen. Erfahrungsgemäß kommt es in Projekten häufig zum Verzug mit dem Endtermin, weil der Auftragnehmer fälschlicherweise davon ausgeht, Verspätungen bis zum Schluss wieder aufholen zu können. Eine solche Pönalisierung von Meilensteinen kann auch dann wichtig sein, wenn viele Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers zu bestimmten Zeitpunkten erforderlich sind und er diese zu einem späteren Zeitpunkt kaum erbringen könnte, z.B. bei saisonal stark schwankendem Arbeitsanfall oder bei Beteiligung Dritter zur Erbringung der Mitwirkungsleistungen.

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann abweichend von Ziffer 9.3 der AGB vereinbart werden, dass der Auftragnehmer keine Vertragsstrafe zu zahlen hat, wenn er Teilabnahmetermine nicht einhält.

Im **dritten Ankreuzfeld** kann eine gänzlich neue Regelung zu Vertragsstrafen bei Verzug in einer gesonderten Anlage getroffen werden.

Hinweis: Gemäß § 9 Abs. 2 und § 11 EG Abs. 2 der VOL/A **sollen** Vertragsstrafen nur für die Überschreitung von Ausführungsfristen vereinbart werden, wenn die Überschreitung erhebliche Nachteile verursachen kann. Die Strafe ist in angemessenen Grenzen zu halten. Nach Ansicht des BGH (BGH vom 30.03.2006 –VII ZR 44/05 zu § 12 VOB/A) bewirkt ein Verstoß gegen eine solche Regelung aber nicht ohne weiteres, dass die Vertragsstrafenvereinbarung unwirksam ist. Dies soll vielmehr nur dann der Fall sein, wenn deren Geltendmachung ausnahmsweise gegen Treu und Glauben verstößt.

Die Vertragsstrafe muss aber auf jeden Fall der Höhe nach begrenzt sein und sollte nur bei Verschulden des Auftragnehmers zur Anwendung kommen (z.B. zu regeln durch die Wendung: „... dies gilt nicht, wenn der Auftragnehmer die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat“ - Beweislastumkehr gemäß § 280 BGB). Die o.a. Regelungen zur Angemessenheit der Vertragsstrafe sind zwingend. Die Strafe **ist** in angemessenen Grenzen zu halten. Auf der einen Seite steht die Bedeutung der Ausführungsfrist für den Auftraggeber, einschließlich der

Nutzerhinweise EVB-IT System

wirtschaftlichen Folgen, wenn die Frist nicht eingehalten wird. Auf der anderen Seite stehen der Wert der Leistung selbst (Wert des Systems, Höhe der Vergütung für Serviceleistungen) sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse beim Auftragnehmer.

Die Höhe und Angemessenheit der Vertragsstrafe sollte in der Vergabeakte begründet werden.

Achtung:

Übernimmt der Auftraggeber aber häufiger dieselbe Formulierung in seine Vertragsunterlagen, ist sie ab der dritten, spätestens aber ab der fünften Nutzung als AGB zu qualifizieren. Eine solche Formulierung stellt bereits bei der erstmaligen Verwendung eine AGB dar, wenn die Klausel bereits von vornherein zur mehrfachen Verwendung beispielsweise durch einen Anwalt formuliert wurde. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Vertragsstrafen in AGB unwirksam, wenn sie die Höchstgrenze von 5 % des Auftragswertes überschreiten (BGH vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01).

Bei der Vereinbarung von Vertragsstrafen ist zu bedenken, dass diese dann im Falle des Verzuges auch tatsächlich geltend gemacht werden müssen, weil sie einen Anspruch der öffentlichen Hand darstellen, der nicht ohne wichtigen Grund niedergeschlagen oder erlassen werden kann (siehe dazu § 59 BHO bzw. die entsprechenden Regelungen in den Haushaltsordnungen der Länder und Kommunen). Ein Verzicht auf die Geltendmachung einer Vertragsstrafe ohne wichtigen Grund stellt einen Verstoß gegen das Haushaltsrecht dar.

Gemäß § 341 Absatz 3 BGB verliert der Gläubiger seinen Anspruch auf Geltendmachung einer Vertragsstrafe, wenn er die Leistung annimmt, ohne sich das Recht vorzubehalten, die Vertragsstrafe dennoch geltend zu machen. In Ziffer 9.4 der AGB wurde dies dahingehend abgeändert, dass die Strafe bis zur Schlusszahlung geltend gemacht werden kann. Dies gilt nicht, wenn sich der Auftraggeber bei der Abnahme die Vertragsstrafe trotz Aufforderung durch den Auftragnehmer nicht vorbehalten hat.

Soweit nicht individualvertraglich etwas anderes vereinbart wurde, sind Vertragsstrafen auf zu leistenden Schadensersatz anzurechnen (siehe Ziffer 9.4 der AGB).

16.2 Verzug bei Reaktions- und Wiederherstellungszeiten

In Nummer 5.1.1.2 des Vertrages können für Systemserviceleistungen und in Nummer 14.4.1 für die Mängelbeseitigung (Gewährleistung) Reaktions- und Wiederherstellungszeiten vereinbart werden. Werden diese Fristen vom Auftragnehmer nicht eingehalten, hat der Auftraggeber die gesetzlichen und vertraglichen Ansprüche, insbesondere kann er vom Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen zurücktreten, diesen kündigen und/oder Schadensersatzansprüche geltend machen, sofern er einen konkreten Schaden nachweisen kann.

Es liegt auf der Hand, dass diese gesetzlichen und vertraglichen Rechte zwar zu Ansprüchen des Auftraggebers führen, diese aber nicht schnell und problemlos durchgesetzt werden können. Diese Möglichkeit bietet jedoch eine Vertragsstrafe, denn der Auftraggeber muss in diesem Fall keinen Schadensnachweis führen. Zudem übt bereits die Drohung mit der Geltendmachung einer Vertragsstrafe auf den Auftragnehmer einen zusätzlichen Druck zur vertragsgemäßen Erfüllung seiner Leistungspflichten aus.

Achtung:

Weitere Anmerkungen zu Vertragsstrafenregelungen (siehe auch Abschnitt III.16.1 dieser Hinweise).

17. Weitere Vereinbarungen

17.1 Garantien

Garantien sind vertragliche Ansprüche, die zusätzlich zu den Mängelansprüchen (Gewährleistungsansprüchen) gelten. Sie dürfen daher nicht - was öfter geschieht - mit den Mängelansprüchen verwechselt werden. Sie können mit dem Auftragnehmer oder über den Auftragnehmer mit einem Dritten - meist dem Hersteller - vereinbart werden. Garantien können als Haltbarkeits- oder Beschaffenheitsgarantien vereinbart werden.

Eine Haltbarkeitsgarantie hat zum Inhalt, dass die jeweils betroffene Systemkomponente während der Garantiefrist eine bestimmte Beschaffenheit behält. Ist eine Haltbarkeitsgarantie vereinbart, führt dies in analoger Anwendung der kaufrechtlichen Vorschrift des § 443 Absatz 2 BGB auch beim Werkvertrag zu einer Beweislastumkehr. Das heißt, der Auftragnehmer oder der Hersteller, der eine Haltbarkeitsgarantie abgibt, muss beweisen, dass der Mangel nicht schon bei der Abnahme vorlag.

Eine Beschaffenheitsgarantie hat zum Inhalt, dass eine Systemkomponente bei Abnahme die garantierten Eigenschaften aufweist.

Achtung:

Im Garantiefall haftet der Auftragnehmer verschuldensunabhängig in vollem Umfang für die Folgen. Er haftet grundsätzlich unbegrenzt, da die Haftungsbegrenzung aus Ziffer 15 der AGB gemäß dessen Ziffer 15.4 in diesen Fällen nicht zur Anwendung kommt. Die Rechtsfolgen und auch der Umfang der Garantie können in einer gesonderten Anlage vereinbart werden.

Wegen der verschuldensunabhängigen, grundsätzlich unbegrenzten Haftung sind Garantien preisbildende Faktoren. Auch kann die Forderung von Garantien dazu führen, dass sich einzelne Bieter an Vergabeverfahren nicht mehr beteiligen, z. B. weil dies ihre internen Vorschriften nicht zulassen.

Befürchtet man dies, möchte aber auf Garantien nicht verzichten, besteht die Möglichkeit, abweichend von den Regelungen in den AGB die Haftungsbegrenzung bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung auch auf Garantiefälle auszuweiten.

17.1.1 Auftragnehmergarantien

In Nummer 17.1.1 können durch den Auftragnehmer zu gewährende Haltbarkeitsgarantien und Beschaffenheitsgarantien sowie deren Modalitäten für einzelne Systemkomponenten vereinbart werden.

17.1.2 Herstellergarantien

Herstellergarantien werden von Herstellern produktspezifisch abgegeben, so dass Bieter nur solche Herstellergarantien weitergeben können, die der Hersteller zur Verfügung stellt. Ob und in welchem Umfang Herstellergarantien gewährt werden, kann daher nur im Kriterienkatalog abgefragt und bewertet, in der Regel aber nicht vorgegeben werden. Die Antwort des bezuschlagten Bieters kann dann in Nummer 17.1.2 nach Zuschlag festgehalten werden.

17.2 Übergabe bzw. Hinterlegung des Quellcodes

17.2.1 Übergabe des Quellcodes

Gemäß Ziffer 18.1 der AGB hat der Auftragnehmer grundsätzlich den Quellcode der Individualsoftware zu übergeben. Mit dem **ersten Ankreuzfeld** können die Modalitäten der Übergabe (Ort, Zeitpunkt, Art und Weise, Qualität etc.) abweichend hiervon vereinbart werden.

Mit dem **zweiten Ankreuzfeld** kann geregelt werden, dass Auftraggeber auf die Übergabe des Quellcodes verzichtet. Davon sollte nur im Ausnahmefall Gebrauch gemacht werden, denn ohne den Quellcode kann der Auftraggeber die Software kaum selbst bearbeiten. In der Regel hat dieser Ausschluss nur Sinn, wenn ohnehin keine Bearbeitungsrechte eingeräumt werden.

Mit dem **dritten Ankreuzfeld** können die Modalitäten der Übergabe für die Standardsoftwareteile abweichend von Ziffer 2.3.1.3 der AGB geregelt werden, die der Auftragnehmer auf Quellcodeebene angepasst hat, abweichend hiervon vereinbart werden.

Über das **vierte bzw. fünfte Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass abweichend von Ziffer 18.1 der AGB der Quellcode der Individualsoftware bzw. der Anpassungen der Standardsoftware auf Quellcodeebene nicht erst mit der Abnahme, sondern bereits am Ende jedes Erstellungstages in einem sog. Software-Depository bzw. Software-Repository des Auftraggebers gespeichert wird. Damit kann der Auftraggeber sich schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt die faktische Zugriffsmöglichkeit auf den Quellcode sichern. Das kann von Vorteil sein, wenn es nicht zu einer Abnahme kommen sollte, weil z.B. der Auftragnehmer insolvent wird oder es im Projektverlauf zu Auseinandersetzungen mit dem Auftragnehmer kommt.

17.2.2 Hinterlegung des Quellcodes

In Nummer 17.2 kann die Hinterlegung des Quellcodes von Standardsoftware und abweichend von Ziffer 18.1 der AGB von Individualsoftware vereinbart werden. Letzteres ist dann empfehlenswert, wenn keine Bearbeitungsrechte an der Individualsoftware eingeräumt werden, der Auftraggeber aber dennoch für z.B. den Insolvenzfall einen Zugriff auf den Quellcode der Individualsoftware sicherstellen möchte um zumindest weiter in der Lage zu sein, Fehler zu beseitigen.

Sofern eine Hinterlegung vereinbart wird, erfolgt diese entweder aufgrund einer speziellen Hinterlegungsvereinbarung (auch Escrow-Agreements genannt) oder durch den Beitritt des Auftraggebers zu einer Sammelhinterlegungsvereinbarung. Letztere wird zwischen dem Auftragnehmer und einer Hinterlegungsstelle abgeschlossen.

Sammelhinterlegungsvereinbarungen werden in der Regel von großen Standardsoftwareherstellern bevorzugt, um die praktische Abwicklung zu erleichtern.

Achtung:

Bei den üblichen Sammelhinterlegungsvereinbarungen bestehen in der Regel erhebliche Bedenken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit im Insolvenzfall. Auch sind diese Vereinbarungen häufig zum Nachteil des Auftraggebers so formuliert, dass der Auftragnehmer die Hinterlegung einseitig beenden kann.

Für Individualsoftware und Standardsoftware mit Anpassungen auf Quellcodeebene sind solche Sammelhinterlegungen nicht geeignet. Hier ist der individuellen Hinterlegungsvereinbarung der Vorzug zu geben.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Die Nutzungsrechte für den Fall der Herausgabe des Quellcodes an den Auftraggeber ergeben sich aus Ziffer 18.2 der AGB. Der Auftraggeber darf in diesem Fall den Quellcode zum Zwecke der Fehlerbeseitigung und zur Aufrechterhaltung der Nutzungsmöglichkeit bearbeiten und mit Hilfe der bearbeiteten Fassung neue ausführbare Programmstände erzeugen.

Achtung:

Standardsoftwareanbieter sind in der Regel nicht zur Überlassung der Quellcodes ihrer Software bereit, da dieser ein wesentliches Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis darstellt. Die Forderung einer Hinterlegung als Ausschlusskriterium ist daher problematisch und sollte allenfalls erfolgen, wenn ein essentielles Interesse daran besteht, auf den Quellcode zugreifen zu können. Zudem bietet eine Hinterlegung gerade bei Standardsoftware, die in der Regel sehr umfangreich und komplex ist, häufig nur eine trügerische Sicherheit, denn die Bearbeitung eines solchen Quellcodes bedarf eines erheblichen Einarbeitungsaufwandes.

17.3 Haftpflichtversicherung (keine Kommentar)

17.4 Sicherheiten

17.4.1 Vorauszahlungsbürgschaft

Eine Vorauszahlungsbürgschaft gemäß Ziffer 20.1.1 der AGB ist eine Sicherheit für in Ausnahmefällen vereinbarte Vorauszahlungen des Auftraggebers, bevor dieser eine adäquate Leistung des Auftragnehmers erhält. Sie soll das Risiko absichern, dass der Auftraggeber im Falle der Insolvenz oder Zahlungsunfähigkeit des Auftragnehmers die Leistung nicht erhält und die Vorauszahlung nicht zurückgezahlt wird. Die Sicherheit beträgt in der Regel 100 % des Vorauszahlungsbetrages. Ist dies der Fall, kann das **erste Ankreuzfeld** aktiviert werden.

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann eine von dieser Regel abweichende Summe für die Vorauszahlungsbürgschaft vereinbart werden.

Achtung:

Eine geringere Absicherung des Vorauszahlungsbetrages sollte nur in Ausnahmefällen vorgenommen werden. Für den Auftraggeber, der das Haushaltsrecht zu beachten hat, ist dies nicht zulässig (vgl. z.B. BHO).

17.4.2 Vertragserfüllungs- oder Mängelhaftungssicherheit

Im **ersten Hauptankreuzfeld** kann eine Vertragserfüllungssicherheit gemäß Ziffer 20.1.2 der AGB vereinbart werden. Diese ist eine Risikominimierung für den Auftraggeber für den Fall der Schlecht- und Nichtleistung des Auftragnehmers vor der Abnahme.

Im **ersten Unterankreuzfeld** kann eine andere Höhe dieser Sicherheit vorgesehen werden, wenn die in den AGB recht moderat vorgegebenen 10 % des Erstellungspreises angesichts der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannten Risiken des Projekts als zu niedrig bewertet werden.

Im **zweiten Unterankreuzfeld** kann in einer gesonderten Anlage vereinbart werden, dass und in welcher Höhe die Vertragserfüllungssicherheit bei Teilabnahmen zurückgegeben wird.

Im **zweiten Hauptankreuzfeld** kann eine Mängelhaftungssicherheit gemäß Ziffer 20.1.3 der AGB vereinbart werden. Diese dient der Absicherung der Mängelansprüche des Auftraggebers nach der Gesamtabnahme.

Im **dazugehörigen Unterankreuzfeld** kann eine andere Höhe dieser Sicherheit vorgesehen werden, wenn die in den AGB vorgegebenen und marktüblichen 5 % des Auftragswertes angesichts der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannten Risiken des Auftrages als zu niedrig oder ausnahmsweise als zu hoch angesehen werden.

Zu weiteren Details der Höhe und Ausgestaltung von Sicherheiten (siehe Abschnitt IV.20 dieser Hinweise).

17.4.3 Kombinierte Vertragserfüllungs- oder Mängelhaftungssicherheit

Mit Aktivierung des **Hauptankreuzfeldes** wird eine kombinierte Vertragserfüllungs- und Mängelhaftungssicherheit gemäß Ziffer 20.1.4 der AGB vereinbart. Diese Form der Sicherheit kann dann gewählt werden, wenn sowohl eine Vertragserfüllungs- als auch eine Mängelhaftungssicherheit erforderlich ist. Mit dem **Unterankreuzfeld** kann eine andere Höhe dieser Sicherheit vorgesehen werden, wenn die in den AGB vorgegebenen Höchstsummen gemäß Ziffer 20.1.4 der AGB angesichts der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannten Risiken des Projekts als zu niedrig bewertet werden. Dort sind für die Vertragserfüllung 10 % und für die Mängelhaftung 5 % des Erstellungspreises vorgesehen.

17.5 Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit

Im **ersten Ankreuzfeld** besteht die Möglichkeit, von Ziffer 21 der AGB abweichende Regelungen zur Geheimhaltung bzw. zur Sicherheit zu treffen.

Im **zweiten Ankreuzfeld** sind immer dann Sondervereinbarungen zu treffen, wenn der Auftragnehmer im Rahmen der Vertragserfüllung Zugang zu personenbezogenen Daten erlangt oder erlangen kann. Dies gilt insbesondere seit Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes zum 1. September 2009.

Im Einzelnen werden nunmehr in § 11 Absatz 2 BDSG die schriftlich festzulegenden Bedingungen der Auftragsdatenverarbeitung aufgeführt. Der Auftraggeber hat sich ferner erstmals vor Beginn der Datenverarbeitung und sodann regelmäßig von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten zu überzeugen, was aus Gründen der Nachweisbarkeit zu dokumentieren ist. Mängel bei der Auftragserteilung und der Verzicht auf die gebotene Erstkontrolle können mit einem Bußgeld bis zu 50.000 EUR geahndet werden. Ein hilfreiches Muster zur Regelung der Bedingungen zur Auftragsdatenverarbeitung bietet zum Beispiel das Bundesinnenministerium unter http://www.cio.bund.de/DE/IT-Beschaffung/UfAB/ufab_node.html.

17.6 Vereinbarungen zur Korruptionsprävention

Hier kann der Auftragnehmer zur Beachtung der vom Auftraggeber zur Korruptionsprävention angegebenen Vorschriften verpflichtet werden. Dies könnten z. B. Verpflichtungen des Auftragnehmers und seiner Subunternehmer sowie deren Mitarbeiter nach dem Verpflichtungsgesetz sein. In diesem Falle werden die Verpflichteten strafrechtlich wie Amtsträger behandelt.

17.7 Kündigungsrecht des Auftraggebers

Hier können abweichende Regelungen für den Fall getroffen werden, dass der Auftraggeber den EVB-IT Systemvertrag vorzeitig ohne Grund kündigt.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Dieses freie Kündigungsrecht besteht aufgrund § 649 BGB. Dieser gibt dem Auftraggeber das Recht, den Vertrag jederzeit zu kündigen. Er hat aber die vereinbarte Vergütung zu zahlen abzüglich der Aufwendungen, die der Auftragnehmer aufgrund der Kündigung spart oder böswillig zu sparen unterlässt. Es wird aber vermutet, dass danach dem Auftragnehmer 5 Prozent der Vergütung zusteht, die er für den noch nicht erbrachten Teil der vereinbarten Leistung hätte verlangen können.

17.8 Sonstige Vereinbarungen

An dieser Stelle im Vertrag können Regelungen getroffen werden, für die das Vertragsmuster keine Vorschläge macht. Dazu gehören zum Beispiel:

- Abweichung von AGB-Regelungen, zu denen der Vertragstext keine Möglichkeit bietet,
- eine von § 19 der VOL/B abweichende Gerichtsstandsvereinbarung,
- von Ziffer 23 der AGB abweichende Schlichtungs- und Schiedsklauseln.

Bei der Vereinbarung von Schlichtungs- und Schiedsklauseln ist jedoch zu beachten, dass die Beauftragung von Schlichtern und Schiedsrichtern ebenfalls einen öffentlichen Auftrag darstellt, der dem Vergaberecht unterliegt. Der Auftrag an den Schlichter oder Schiedsrichter müsste daher ggf. gesondert ausgeschrieben werden.

IV. Hinweise zu den AGB

1. Gegenstand des EVB-IT Systemvertrages

Gegenstand des Vertrages ist die Erstellung eines Gesamtsystems und die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft dieses Systems auf der Grundlage eines Werkvertrages in der Projekt- und Erfolgsverantwortung des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer stellt die im Vertrag vereinbarte Gesamtfunktionalität verantwortlich her (Systemverantwortung). Hierzu erbringt der Auftragnehmer alle erforderlichen Leistungen. Ziffer 1.1 stellt dar, welche Leistungen im Vertrag zu diesem Zweck üblicherweise vereinbart werden können. Die geschuldeten einzelnen Leistungen bilden eine sachliche, wirtschaftliche und rechtliche Einheit (Ziffer 1.1). Das heißt, dass der Auftragnehmer den Gesamtvertrag nicht erfüllt, wenn er auch nur eine geschuldete Leistung gar nicht oder nur mangelhaft erbringt (rechtliche Einheit). Ohne entsprechende Vereinbarung muss der Auftraggeber einzelne Leistungen nicht akzeptieren, weil er im Regelfall nur Interesse an dem Gesamtsystem hat und nicht an Teilen davon (sachliche Einheit). Die EVB-IT System gehen standardmäßig davon aus, dass aufgrund der sachlichen und rechtlichen Einheit für diese Gesamtleistung auch ein einheitlicher Preis, i. d. R. ein Pauschalpreis, für die Gesamtleistung vereinbart wird (wirtschaftliche Einheit).

Die Beistellungen des Auftraggebers sind ebenfalls Teil des geschuldeten Gesamtsystems (anders EVB-IT Systemlieferung). Dies war bereits in den vorherigen EVB-IT System AGB so geregelt. Allerdings ergab sich dies erst aus den Begriffsbestimmungen. Nunmehr ist dies deutlicher und unmittelbar am Anfang, nämlich in Ziffer 1.1 klargestellt. Der Umstand, dass die beizustellenden Systemkomponenten Teile des Gesamtsystems sind, ist an verschiedenen Stellen im Vertrag zu berücksichtigen. Beispielsweise führt die Vereinbarung der Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems dazu, dass auch Störungen in den beigestellten Systemkomponenten beseitigt werden müssen.

Zu beachten ist, dass für eine verspätete Beistellung bzw. eine mangelhaft beigestellte Systemkomponente der Auftraggeber verantwortlich ist, dies also nicht zu Lasten des Auftragnehmers gehen kann.

Zu den vor der Abnahme im Rahmen der Erstellung des Gesamtsystems zu erbringenden Leistungen gehören auch die Schulungen. Diese Schulungen sollen in der Regel vor der Abnahme durchgeführt werden, weil die Nutzer wegen der in der Regel hohen Komplexität eines IT-Systems nur mit dieser Vorbildung qualifiziert die Funktionsprüfung durchführen können, in deren Rahmen die Abnahmefähigkeit geprüft wird. Daher können die Schulungen, die vor der Abnahme durchgeführt werden, ggf. auch auf das Personal begrenzt werden, welches die Funktionsprüfung durchführen soll.

Gegenstand des Vertrages können weiterhin Systemserviceleistungen sowie die Weiterentwicklung und Anpassung des Gesamtsystems nach der Abnahme sein. Die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers für die Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems kann so über die Abnahme hinaus verlängert werden.

2. Art und Umfang der Leistungen

Einleitend wird unter dieser Ziffer für alle Leistungen der Zeitpunkt der Eigentums- bzw. Nutzungsrechtsverschaffung einheitlich geregelt. Die Eigentums- bzw. die vereinbarten Nutzungsrechte sollen spätestens mit Abnahme der betreffenden Teil- oder Gesamtleistungen auf den Auftraggeber übergehen. Werden vor der Abnahme Zahlungen geleistet, gehen die Rechte für die bis dahin gelieferten bzw. überlassenen Systemkomponenten mit der auf die jeweilige Lieferung bzw. Überlassung folgenden Abschlags-, Teil-, oder Schlusszahlung über. Dabei ist die Höhe dieser Zahlung unerheblich, solange sie der vereinbarten Höhe entspricht.

Beispiel: Es wurde die Erstellung eines Gesamtsystems, bestehend aus einem Server, fünf PCs mit den jeweiligen Betriebssystemen und einer auf Quellcodeebene angepassten Anwendungssoftware vereinbart. Nach der Lieferung und Installation des Servers und der PCs, einschließlich der jeweiligen Betriebssysteme soll eine Abschlagszahlung in Höhe von 5.000,- € erfolgen. Mit dieser Zahlung geht das Eigentum an dem Server und an den PCs auf den Auftraggeber über. Außerdem gehen in diesem Zeitpunkt die vereinbarten Nutzungsrechte an den Betriebssystemen über. Sofern keine weitere Abschlags- oder Teilzahlung erfolgt, gehen die Nutzungsrechte an der Anwendungssoftware erst mit der Abnahme auf den Auftraggeber über, es sei denn, die Schlusszahlung erfolgt ausnahmsweise vor der Abnahme.

Sollte der Vertrag hingegen gemäß Ziffer 16.3 aus wichtigem Grund vorzeitig gekündigt werden, gehen auch mit dieser Kündigung die Rechte auf den Auftraggeber über.

Mit diesen Regelungen soll sichergestellt werden, dass der Auftraggeber ein ungefähres Äquivalent für die von ihm geleisteten Zahlungen bzw. die von ihm investierten eigenen Leistungen erhält.

2.1 Verkauf von Hardware

Der Verkauf von Hardware auf Grundlage des EVB-IT Systemvertrages durch den Auftragnehmer an den Auftraggeber weist nur wenige Besonderheiten auf. Wegen der Systemverantwortung des Auftragnehmers ist dieser verpflichtet, dem Auftraggeber nicht nur die Hardware zu liefern und das Eigentum zu übertragen, sondern diese auch gemäß Ziffer 2.4 aufzustellen, zu installieren und in das Gesamtsystem zu integrieren.

2.2 Vermietung von Hardware

Die Hardware kann nicht nur gekauft, sondern auch gemietet werden. Auch gemietete Hardware wird, wenn auch nur zeitweilig, Bestandteil des Gesamtsystems. Entsprechend ist sie nicht nur zu liefern, sondern gemäß

Nutzerhinweise EVB-IT System

Ziffer 2.4 auch aufzustellen, zu installieren und in Betrieb zu nehmen. Laufzeit und Kündigungsmöglichkeiten des Mietverhältnisses sind in Ziffer 16.1 der AGB bzw. in Nummer 4.2 des Vertrages geregelt. Die Verpflichtung des Auftragnehmers, den vertragsgemäßen Zustand der Hardware während der gesamten Mietzeit aufrecht zu erhalten, ist eine typische Hauptpflicht eines Vermieters und wurde nur zur Klarstellung in die AGB aufgenommen.

2.3 Überlassung von Software

Die Definitionen der Begriffe **Software** und **Standardsoftware** haben sich gegenüber der bisherigen Version der AGB nicht verändert (siehe Begriffsdefinition am Ende der AGB).

Geändert hat sich die Definition des Begriffs der **Individualsoftware**. Der Begriff ist jetzt enger gefasst. Neu ist, dass Anpassungen von Standardsoftware, die gemäß Ziffer 2.3.1.3 in den Standard übernommen werden, nicht mehr als Individualsoftware gelten.

Die für alle Arten von Software geltenden gemeinsamen Regelungen finden sich in Ziffer 2.3. Die Software darf nur im vereinbarten Rahmen genutzt (bestimmungsgemäßer Gebrauch) werden. Hierzu gehört unter anderem das Recht des Auftraggebers,

- neben der Befugnis, eine Sicherungskopie herzustellen, weitere Vervielfältigungen der Software herzustellen, soweit dies der Datensicherung dient – z.B. wenn Daten und Software nicht getrennt gesichert werden,
- Kopien zur Softwareverteilung herzustellen,

ohne hierfür zusätzliche oder spezielle Nutzungsrechte erwerben zu müssen.

Ebenfalls hier geregelt ist die Pflicht des Auftragnehmers, dafür zu sorgen, dass die Software vor der jeweiligen Überlassung mit aktuellen Tools auf Viren getestet worden ist. Er haftet auf Schadensersatz, wenn sich herausstellt, dass auftretende Viren bei einer solchen Überprüfung hätten gefunden werden müssen. Im Gegensatz zur Verjährung des eigentlichen Anspruchs auf eine virenfreie Software unter Gewährleistungsaspekten, der zusätzlich zu dieser Regelung besteht, verjähren Ansprüche wegen Verletzung der Überprüfungspflicht in der regelmäßigen Verjährungsfrist, d.h. nicht innerhalb von zwei Jahren ab Abnahme, sondern erst drei Jahre nach dem Schluss des Jahres, in dem Geschädigte Kenntnis von der Pflichtverletzung erlangt bzw. spätestens in zehn Jahren nach der Pflichtverletzung (§ 199 BGB).

2.3.1 Überlassung von Standardsoftware

Hinsichtlich der Einräumung von Nutzungsrechten an der Standardsoftware bestehen im Systemvertrag zwei Möglichkeiten:

- a. In der Regel werden die jeweiligen Nutzungsrechte im Vertrag unter den Nummern 4.3.1 (dauerhafte Überlassung) und/oder 4.4.1 (mietweise Überlassung), jeweils in Spalte 7 der Tabelle, durch Einbeziehung einer Nutzungsrechtsmatrix und durch die Nummern 4.3.3 und/oder 4.4.3 vereinbart, z.B. die Einfach- oder Mehrfachplatznutzung. Bei Standardprodukten können in der Nutzungsrechtsmatrix auch einzelne Abweichungen zu Gunsten des Auftragnehmers zugelassen werden. Dies kann zweckmäßig sein, damit sich Auftragnehmer auch mit solcher Software an Ausschreibungen beteiligen können, deren Lizenzbedingungen den Vorgaben der EVB-IT System AGB widersprechen. Ohne Nutzungsrechtsmatrix bliebe den Auftragnehmern nur, auf die Einbeziehung der Lizenzbedingungen zu verzichten. Dies wäre vergaberechtlich unbedenklich, würde aber dazu führen, dass der Auftragnehmer sich zur Einräumung von Rechten verpflichtet (den Nutzungsrechten gemäß EVB-IT System AGB), die

er tatsächlich nicht einräumen kann. Alternativ müsste der Auftragnehmer die Lizenzbedingungen in sein Angebot einbeziehen. Dies wiederum wäre vergaberechtlich unzulässig, da es den Auftragnehmern nicht gestattet ist, die Vergabeunterlagen durch eigene rechtliche Regelungen (die Lizenzbedingungen) zu ändern (siehe dazu auch die Ausführungen in Abschnitt III.4.3.1 und III.4.3.3 und zur Nutzungsrechtmatrix in Abschnitt V (Erläuterungen zur Verwendung der Nutzungsrechtmatrix) dieser Hinweise). Streng genommen wäre die Vergabestelle in einem solchen Fall gehalten, den Bieter auszuschließen.

- b. Für den Fall, dass der Auftraggeber von der Möglichkeit zu a) keinen Gebrauch macht, werden ihm die Nutzungsrechte für Standardsoftware gemäß Ziffer 2.3 der AGB eingeräumt. In diesem Fall gelten die eingeräumten Rechte entsprechend der Zweckübertragungstheorie z.B. nur für die Nutzung an einem Arbeitsplatz.

Im Fall der Nutzungsrechtseinräumung gemäß b) ist noch Folgendes zu beachten:

Die Formulierung, dass die Standardsoftware in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung genutzt werden kann, bedeutet lediglich, dass keine urheberrechtliche Hard- und/oder Softwarebindung vereinbart ist, z. B. ein OEM-Bundling. Diese rein urheberrechtliche Regelung hat keinerlei Auswirkungen auf die Mängelansprüche des Auftraggebers. Setzt er also die Standardsoftware in einer anderen als der vereinbarten Systemumgebung ein, wird er bei Mängeln nachweisen müssen, dass diese nicht vereinbarte Verwendung nicht für den Mangel ursächlich ist (siehe am Ende von Ziffer 13.5 der AGB).

2.3.1.1 Dauerhafte Überlassung

Hier wird der Standardumfang an Rechten festgelegt, den der Auftraggeber bei dauerhafter Überlassung von Standardsoftware erhält, soweit nichts anderes vereinbart wird. Da das Nutzungsrecht bei dauerhafter Überlassung standardmäßig auf einen Dritten übertragbar ist, ist hier ebenfalls geregelt, dass der Auftraggeber in diesem Fall diesem die nutzungsrechtsspezifischen Verpflichtungen aufzuerlegen hat und dann die eigene Nutzung einzustellen hat. Auch in diesem Fall bleibt er gemäß Ziffer 2.3.1.4, letzter Satz jedoch berechtigt, eine Kopie für Prüf- und Archivierungszwecke aufzubewahren.

2.3.1.2 Überlassung auf Zeit

Hier wird der Standardumfang an Rechten festgelegt, den der Auftraggeber bei Überlassung von Standardsoftware auf Zeit erhält, soweit nichts anderes vereinbart wird. Im Gegensatz zu den dauerhaft eingeräumten Rechten sind diese Rechte jedoch nicht übertragbar.

2.3.1.3 Standardsoftware mit Anpassungen auf Quellcodeebene

Diese Ziffer stellt eine wesentliche Neuerung der neuen EVB-IT System AGB gegenüber der Vorversion dar. Neu ist, dass die Software nicht zwangsläufig zur Individualsoftware wird, wenn der Auftragnehmer die vereinbarten Leistungen durch Anpassung einer Standardsoftware auf Quellcodeebene erbringt. Der Auftragnehmer hat nun zwei Möglichkeiten:

- a. Nach einer entsprechenden Ankündigung im Angebot kann er die Anpassungen in den Standard übernehmen. In diesem Fall erhält der Auftraggeber auch an diesen Anpassungen lediglich dieselben Rechte wie an der Standardsoftware.
- b. Übernimmt er die Anpassungen nicht in den Standard, hat er diese Anpassungen im Quellcode und die unangepassten Teile der Standardsoftware lediglich im Objektcode zu übergeben, jedoch so, dass der

Nutzerhinweise EVB-IT System

Auftraggeber daraus wieder eine funktionierende Softwareversion erzeugen kann. Die Anpassungen sind in diesem Fall Individualsoftware.

Der Auftraggeber hat im Fall a) zwar weniger Rechte als im Fall b). Er hat aber den Vorteil, dass seine Anpassungen auch im Standard gepflegt werden, während im Fall b) die Pflegeleistungen individuell erbracht werden müssen.

In keinem der beiden Fälle führt eine Anpassung einer Standardsoftware auf Quellcodeebene jedoch dazu, dass die Standardsoftware insgesamt dadurch zur Individualsoftware mit den damit verbundenen umfangreichen Nutzungsrechten wird.

2.3.1.4 Weitere Nutzungsrechtsvereinbarungen

Es ist dem Auftraggeber untersagt, die Software in einer andere „Codeform“ zu bringen. Damit ist insbesondere das sog. Verbot der Dekompilierung gemeint, d.h. die Zurückführung des ausführbaren Programms in eine Quellcodeform, in der die Funktionsweise des Programm untersucht und so das darin verkörperte Know-how erforscht werden könnte. Genau ist allerdings gemäß § 69e UrhG ausnahmsweise dann zulässig, wenn dies unerlässlich ist, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines Computerprogramms mit einem Computerprogramm zu erhalten. Zu den weiteren Voraussetzungen in diesem Fall siehe § 69e UrhG.

Ebenso sind Änderungen an einer Standardsoftware durch den Auftraggeber ohne Zustimmung des Rechteinhabers in der Regel unzulässig, es sei denn, es ist ausnahmsweise ein Bearbeitungsrecht vereinbart oder es liegt eine gesetzliche Ausnahme vor. Eine solche Ausnahme bietet § 69 d UrhG für den Fall, dass der Auftraggeber Fehler in der Software beseitigen muss, weil der Rechteinhaber dies nicht tut.

2.3.2 Erstellung und Überlassung von Individualsoftware

2.3.2.1 Rechteinumfang Individualsoftware

Der Rechteinumfang an Individualsoftware, wie er sich aus den AGB ergibt, ist in aller Regel ausreichend. Dies gilt, obwohl dem Auftraggeber standardmäßig keine ausschließlichen Rechte und keine Rechte zur gewerblichen Verwertung eingeräumt werden. Diese Einschränkungen haben technische und finanzielle Gründe.

In Nummer 4.5.3 des Vertrages kann die Rechterege lung geändert werden. Z.B. können ausschließliche Rechte vereinbart werden, wenn Geheimhaltungsgründe dies erfordern. Auch kann dort vereinbart werden, dass dem Auftraggeber die gewerbliche Verwertung erlaubt sein soll. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Auftragnehmer u.U. den Verlust der eigenen Verwertungsmöglichkeit bzw. die zu befürchtende Konkurrenz in seine Preisbildung einfließen lässt.

2.3.2.2 Rechte an vorbestehenden Teilen, Mitteilungspflichten des Auftragnehmers

Während in Ziffer 2.3.1.3 geregelt ist, welche Rechte der Auftraggeber an Anpassungen an Standardsoftware auf Quellcodeebene erhält, wird hier geregelt, dass eine Individualsoftware erstellt wird, in die Standardmodule, vorbestehende Teile genannt, einbezogen werden. Es handelt sich hierbei i.d.R. um Bibliotheken oder Programmfragmente bzw. Module, die der Auftragnehmer in die Individualsoftware einbaut.

Individualsoftware wird heute zumeist unter Einbeziehung von vorbestehenden Teilen erstellt. Nicht immer hat der Auftragnehmer diese vorbestehenden Teile selbst entwickelt und/oder nicht alle Rechte daran.

Um dem gerecht zu werden, sehen die AGB vor, dass der Auftraggeber an vorbestehenden Teilen zwar grundsätzlich dieselben Rechte wie für Individualsoftware erhält. Es gelten aber folgende Besonderheiten:

Nutzerhinweise EVB-IT System

- Der Auftragnehmer hat die Möglichkeit, das Bearbeitungsrecht an diesen Teilen auszuschließen, wenn er alle in dieser Ziffer geregelten Voraussetzungen erfüllt.
- Die vorbestehenden Teile dürfen nur zusammen mit der restlichen Individualsoftware an Dritte weitergegeben und unterlizenziert werden.
- Der Auftragnehmer kann für die Verbreitung und Unterlizenzierung durch den Auftraggeber eine Vergütung verlangen, wenn er diese bereits im Angebot festgelegt hat. (zur Vergütung dieser Rechte siehe auch Abschnitt III.4.5.3.3 dieser Hinweise).

Diese Regelung führt dazu, dass der Auftragnehmer an allen vorbestehenden Teilen, die er in die Individualsoftware einbaut, aber nicht mit dem Angebot genannt hat, dem Auftraggeber die Rechte wie für Individualsoftware einräumt, also auch Bearbeitungsrechte. Das gilt auch dann, wenn der Auftragnehmer erst nach Zuschlagserteilung beschließt, eine Funktion mit Hilfe eines vorbestehenden Teils zu realisieren, Die ggf. für eine Verbreitung und Unterlizenzierung sämtlicher vorbestehenden Teile zu zahlende Vergütung erhöht sich hierdurch nicht (siehe hierzu auch Abschnitt III.4.5.1 dieser Hinweise).

Hinweis:

Das folgende Problem gilt bei der Einräumung von Nutzungsrechten allgemein, hat aber bei vorbestehenden Teilen eine besondere Relevanz:

Der Bieter verpflichtet sich zwar, Rechte an den vorbestehenden Teilen wie an Individualsoftware einzuräumen. Praktisch kann die Rechteeinräumung aber scheitern, wenn er mehr Rechte versprochen hat, als er selbst inne hat oder einräumen kann. Dies liegt daran, dass es keinen sog. gutgläubigen Rechtserwerb gibt. Daher kann der Auftraggeber nur solche Rechte tatsächlich erwerben, über die der Auftragnehmer seinerseits auch verfügt. Dies führt dazu, dass die geschuldeten Rechte tatsächlich nicht eingeräumt werden, obwohl diese vereinbart und ggf. auch bezahlt wurden.

Dies wiederum kann zur Folge haben, dass dem Auftraggeber später vom tatsächlichen Rechteinhaber die Nutzung der jeweiligen Software untersagt werden kann und weitere Ansprüche, z. B. auf Zahlung einer zusätzlichen Nutzungsentschädigung oder Schadensersatz gegen den Auftraggeber geltend gemacht werden können. Der Auftraggeber hat dann Rechtsmängelansprüche gemäß Ziffern 13 und 14 der AGB. Diese verjähren aber in drei Jahren (siehe Ziffer 13.3 der AGB) ab der Abnahme, wenn der Auftraggeber keine längeren Verjährungsfristen in Nummer 14.1 des Vertrages vereinbart.

Zu beachten ist auch, dass vorbestehende Teile für die Auftragnehmer einen ähnlichen Stellenwert haben wie etwa ihre Standardsoftware. Das Verlangen von ausschließlichen Nutzungsrechten an vorbestehenden Teilen führt dazu, dass die Auftragnehmer dann keine vorbestehenden Teile einsetzen können. Dies kann die Angebote deutlich verteuern. Daher sollte ein Verlangen von ausschließlichen Nutzungsrechten an vorbestehenden Teilen durch eine abweichende Individualregelung wohlüberlegt sein.

2.3.2.3 Rückvergütung

Wenn der Auftragnehmer berechtigt bleibt, die Individualsoftware auch weiterhin zu verwerten, stellt sich die Frage nach einer wirtschaftlichen Beteiligung des Auftraggebers an der Verwertung durch den Auftragnehmer. Dies kann z.B. in Form einer Rückvergütung geschehen. Ziffer 2.3.2.3 sieht dazu lediglich eine entsprechende Prüfungsmöglichkeit des Auftraggebers vor. Die eigentliche Rückvergütungsregelung ist im EVB-IT-Systemvertrag zu treffen. Entsprechende Regelungsvorschläge finden sich dort in Nummer 4.5.4. Die AGB

Nutzerhinweise EVB-IT System

sehen vor, dass der Auftraggeber das Recht hat die Abrechnungen des Auftragnehmers überprüfen zu lassen. Die Kosten für die Überprüfung trägt der Auftraggeber. Stellt sich bei Überprüfung heraus, dass eine Abrechnung zu niedrig war oder ganz unterblieb, hat der Auftraggeber Anspruch auf Zahlung der Differenzvergütung und Schadensersatzansprüche.

Da die Kosten der Überprüfung möglicherweise nicht als Schaden geltend gemacht werden können, empfiehlt es sich im Vertrag festzulegen, dass bei der Feststellung von Unregelmäßigkeiten auch die Kosten der Überprüfung vom Auftragnehmer zu zahlen sind.

Diese Formulierung könnte wie folgt lauten:

Sollte bei diesen Überprüfungen eine Abweichung von mehr als ...% zu Ungunsten des Auftraggebers festgestellt werden, hat der Auftragnehmer diese Differenz sowie die Überprüfungskosten zu erstatten. Weitergehende Ansprüche des Auftraggebers bleiben unberührt.

2.3.2.4 Rechte an Werkzeugen

Die effektive Ausnutzung der Rechte an der Individualsoftware, insbesondere eine Bearbeitung ist nur möglich, wenn der Auftraggeber sich die dazu erforderlichen Werkzeuge, z.B. Compiler beschaffen kann oder ihm diese sonst zur Verfügung stehen. Daher wurde in dieser Ziffer eine Regelung für den Fall getroffen, dass der Auftragnehmer nicht am Markt erhältliche Werkzeuge verwendet hat, die zur Bearbeitung der Individualsoftware erforderlich sind. An derartigen Werkzeugen muss der Auftragnehmer dem Auftraggeber die in dieser Ziffer genannten Rechte einräumen. Abweichende Regelungen können in Nummer 4.5.3.4 des Vertrages vereinbart werden.

Dabei ist zu beachten, dass jede weiterreichende Regelung, z.B. umfassendere Rechte, sich erheblich preisbildend auswirken dürfte. In aller Regel ist der Rechtheumfang ausreichend, der sich aus den AGB ergibt.

Unabhängig davon ist zu empfehlen, im Vergabeverfahren abzufragen, ob und wenn ja welche Werkzeuge zur Bearbeitung der Individualsoftware erforderlich sind. Ist nämlich eine solche Bearbeitung geplant, kann dies im Zuge der Angebotsbewertung nicht unberücksichtigt bleiben. Dabei ist die Frage nicht auf die nicht am Markt erhältlichen Werkzeuge zu beschränken, denn auch die Beschaffung der erhältlichen Werkzeuge kann sich preislich erheblich auswirken.

Neu ist, dass die AGB nunmehr regeln, dass der Auftragnehmer das Recht hat, lediglich eine reduzierte Version dieses Werkzeuges zu übergeben, wenn damit die Individualsoftware ebenso gut bearbeitet werden kann. Außerdem kann er die Übergabe des Werkzeuges ganz ablehnen, wenn ein anderes Werkzeug am Markt erhältlich ist, mit dem die Individualsoftware ebenso gut bearbeitet werden kann.

2.3.2.5 Rechte an Erfindungen

Bezüglich der Rechte an Erfindungen, die im Rahmen der Erstellung des Gesamtsystems vom Auftragnehmer gemacht werden, halten sich die AGB im Gegensatz zur Vorgängerversion stärker zurück.

Die Rechte an diesen Erfindungen verbleiben beim Auftragnehmer. Es wird aber sichergestellt, dass weder durch die Patentierung noch durch die wirtschaftliche Verwertung der Erfindungen durch den Auftragnehmer, der dem Auftraggeber einräumte Rechtheumfang an Systemkomponenten beeinträchtigt wird. Es wird durch die AGB ein dinglich wirkendes Recht eingeräumt. Sollte sich diese Einräumung als unwirksam erweisen, ist in dieser Vereinbarung aber auf jeden Fall auch eine schuldrechtliche Verpflichtung zu sehen, solche Rechte zukünftig erneut einzuräumen, falls dies erforderlich sein sollte.

2.4 Erstellung des Gesamtsystems und Herbeiführung der Betriebsbereitschaft

Den EVB-IT System liegt die Vorstellung zu Grunde, dass der Auftraggeber stets die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems schuldet. In Nummer 2.1 des Vertrages ist daher das entsprechende Feld bereits fest angekreuzt und damit stets als Leistung des Auftragnehmers vereinbart. Zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft gehören gemäß dieser Ziffer die Aufstellung, die Installation, das Customizing und die Integration der Systemkomponenten und die Integration der Beistellungen.

Konkreteres zu Art und Umfang der Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft, z. B. zum Customizing der gelieferten Standardsoftware und/oder der Installation der Hardware muss sich aus der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers und / oder sonstigen Anlagen zum Vertrag ergeben.

Die Regelung zur Einräumung von Nutzungsrechten an den Arbeitsergebnissen (siehe Ziffer 2.4, 2. Absatz) soll sicherstellen, dass der Auftraggeber die im Zuge der Herstellung der Betriebsbereitschaft erbrachten Leistungen des Auftragnehmers ändern, weiterentwickeln, in anderen Projekten nutzen und ggf. auch verwerten darf, solange dies nicht gewerblich geschieht. Allerdings gilt nun in den neuen EVB-IT System die Einschränkung, dass vorbestehende Materialien, d.h. Materialien die der Auftragnehmer im Rahmen der Leistungserbringung dem Auftraggeber überlassen, aber bereits unabhängig von diesem Vertrag geschaffen hat, vom Auftraggeber nicht bearbeitet oder unterlizenziert werden dürfen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn diese Materialien Urheberrechtsschutz genießen. Da es sich bei diesen Materialien nicht um Software handelt, besteht kein Urheberrechtsschutz per se, sondern nur dann, wenn die Materialien die für den Urheberrechtsschutz nötige Schöpfungshöhe erreichen.

In Nummer 4.7.2 des Vertrages kann eine abweichende Regelung getroffen werden, wobei hier darauf geachtet werden sollte, dass der vereinbarte Rechteumfang es dem Auftraggeber stets erlaubt, später selbst Änderungen und Weiterentwicklungen am System vorzunehmen, wenn dies erforderlich ist.

Achtung:

Die hier genannten Rechte werden zu dem in Ziffer 2 genannten Zeitpunkt eingeräumt, d.h. mit der auf die Übergabe des jeweiligen Materials folgenden Abschlags-, Teil- oder Schlusszahlung. Sind solche Zahlungen nicht vereinbart, erfolgt der Rechteübergang erst mit Abnahme.

Achtung:

Bei Eingriffen des Auftraggebers oder eines von ihm beauftragten Dritten in das System während der Mängelhaftungsfristen (Gewährleistungsfrist) droht der Verlust der Mängelansprüche (Gewährleistungsansprüche). Der Auftragnehmer ist in diesen Fällen erst dann zur Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn der Auftraggeber nachweist, dass der Mangel nicht auf seinen Eingriff zurückzuführen ist. Siehe hierzu auch Ziffer 13.5 der AGB.

2.5 Schulungen

An Standardschulungsunterlagen werden lediglich einfache Nutzungsrechte eingeräumt. Der Auftraggeber ist ohne ausdrückliche Vereinbarung im Vertrag nicht berechtigt, diese Unterlagen zu vervielfältigen oder zu ändern. Es ist also in Nummer 4.8 des Vertrages entweder eine ausreichende Anzahl an Schulungsunterlagen zu vereinbaren oder ein entsprechendes Vervielfältigungsrecht. Dies kann in einer Anlage, z. B. der Leistungsbeschreibung geschehen, die über das Ankreuzfeld unterhalb der Tabelle in Nummer 4.8.1 des Vertrages einbezogen wird.

Nutzerhinweise EVB-IT System

An individuell für den Auftraggeber erstellten Schulungsunterlagen erhält dieser weitergehende Nutzungsrechte als an Standardschulungsunterlagen. Ihm werden die Rechte wie an Individualsoftware gemäß Ziffer 2.3.2 der AGB eingeräumt, was bedeutet, dass der Auftraggeber die Schulungsunterlagen u. a. selbst ändern und für eigene Schulungszwecke auch vervielfältigen und verbreiten kann. Auch von dieser Regelung kann im Vertrag unter Nummer 4.8.2 abgewichen werden.

3. Mängelklassifizierung

Die hier geregelten Mängelklassen gelten zunächst im Rahmen der Lieferung des Systems. Sie gelten auch bei Ansprüchen wegen Mängeln und bei Systemserviceleistungen, falls im Vertrag Reaktions- oder Wiederherstellungszeiten vereinbart werden, die von bestimmten Mängelklassen abhängen. Die Regelung wurde an die entsprechende Regelung in den EVB-IT Systemlieferungs-AGB angepasst. Gemäß Ziffer 3.1.2 liegt ein betriebsbehindernder Mangel vor, wenn die Nutzung des Gesamtsystems erheblich eingeschränkt ist. Dem ist nunmehr gemäß Ziffer 3.2 der AGB gleichgesetzt, wenn objektiv die leichten Mängel insgesamt zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Gesamtsystems führen. In der Vorversion wurde noch darauf abgestellt, dass die Anzahl der leichten Mängel die **Befürchtung** rechtfertigt, dass die Nutzungseinschränkungen insgesamt erheblich sind.

Zudem wurde das Recht des Auftraggebers gestrichen, die Mängelklasse einseitig bestimmen zu dürfen. Die bisherige Regelung wurde als Teil eines Kompromisses im Rahmen der Verhandlungen mit dem BITKOM gestrichen.

4. Systemservice nach Abnahme

Der Vertrag sieht die Möglichkeit der Verpflichtung des Auftragnehmers vor, nach der Abnahme Systemserviceleistungen zu erbringen.

Regelmäßig sind Systemerstellung und Systemservice gemeinsam auszuschreiben, da die Servicekosten wesentlicher Bestandteil der Gesamtkosten sind und der Zuschlag auf das insgesamt wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Dennoch muss dann in der Vergabeakte begründet werden, warum eine Losaufteilung (Erstellung einerseits, Service andererseits) unterbleibt. Regelmäßig ist dies mit technischen und wirtschaftlichen Gründen zu rechtfertigen.

Beginn der Serviceleistungen

Soweit nicht anders vereinbart, beginnt der Systemservice mit der Abnahme (siehe Ziffer 16.1 der AGB). Sollen im Einzelfall schon vor der Abnahme Softwarepflegeleistungen, Hardwareinstandhaltungsleistungen oder andere Serviceleistungen erbracht werden, kann dies in Nummer 5.2 des Vertrages gesondert geregelt werden.

Dauer der Serviceleistungen

Systemservice kann nach Vergaberecht grundsätzlich für einen Zeitraum von vier Jahren vereinbart werden (analog § 4 Abs. 1 und § 4 EG Abs. 7 VOL/A). Eine optionale Verlängerungsmöglichkeit sollte im Einzelfall geprüft und begründet werden. Dies kommt z.B. in Betracht, wenn eine nur vierjährige Laufzeit z. B. unter Berücksichtigung der Gesamtaufwendungen für den Auftraggeber unwirtschaftlich wäre. Letztere kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Leistung hohe wirtschaftliche Einmalinvestitionen des Auftragnehmers voraussetzt, die dieser auf die Laufzeit umlegen muss und die bei einer Neuvergabe erneut anfallen würden, z.B. Glasfaserverkabelung.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Achtung:

Wenn das Gesamtsystem vor Ablauf der vereinbarten Laufzeit außer Betrieb genommen wird, sind die Kosten für den Systemservice bis zum Ende der Laufzeit weiterzuzahlen, es sei denn, die Außerbetriebnahme stellt im Einzelfall einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Kündigung der Vereinbarung dar. Es gibt also für den Normalfall der vorzeitigen Außerbetriebnahme anders als in den EVB-IT Instandhaltung, den EVB-IT Pflege S und den BVB-Pflege kein Sonderkündigungsrecht mehr, da diese Regelung möglicherweise unter AGB-rechtlichen Aspekten (§ 308 Nr. 4 BGB) unwirksam ist.

Lösung: Wenn absehbar ist, dass eine vorzeitige Außerbetriebnahme ohne wichtigen, zur Kündigung berechtigenden Grund möglicherweise erforderlich wird, sollte im Vertrag eine Individualregelung getroffen werden, in der ein Recht zur außerordentlichen Kündigung sowie angemessene Folgen zur Kündigung vorgesehen werden. Nummer 5.3 des Vertrages ermöglicht die Regelung eines solchen Sonderkündigungsrechts in einer Anlage. Eine andere Möglichkeit kann darin bestehen, die Vertragslaufzeit kurz zu halten und optionale Verlängerungen vorzusehen.

Arten von Serviceleistungen

Die AGB sehen **drei unterschiedliche** Systemserviceleistungen vor:

- Leistungen zur **Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft** des Gesamtsystems gemäß Ziffer 4.1 der AGB
- Leistungen zur Wartung des Gesamtsystems (vorbeugende Maßnahmen) gemäß Ziffer 4.2.1 der AGB
- **Überlassung von verfügbaren Programmständen der Standardsoftware** gemäß Ziffer 4.2.2 der AGB.

4.1 Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft

Die Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Systems ist die wesentlichste Leistung des Systemservices, nämlich die Verpflichtung des Auftragnehmers, Störungen des Gesamtsystems oder, falls vereinbart, von Teilen davon so zu beseitigen, dass das Gesamtsystem bzw. der gestörte Teil danach wieder betriebsbereit ist. Es kann unter Nummer 5.1.1.2 des Vertrages vereinbart werden, dass mit der Beseitigung von Störungen innerhalb bestimmter Reaktionszeiten zu beginnen ist und diese innerhalb bestimmter Wiederherstellungszeiten zu beseitigen sind. Grundsätzlich schuldet der Auftragnehmer die vollständige Beseitigung der Störung, ggf. auch durch Lieferung eines neuen Programmstandes der gestörten Software. Bei Störungen der Standardsoftware ist der Auftragnehmer aber oft nicht in der Lage, einen die Störung beseitigenden Programmstand zu liefern, weil der Hersteller der Standardsoftware diesen nicht zur Verfügung stellt. Im Gegensatz zur Vorversion der EVB-IT System wird dies nunmehr berücksichtigt. Wie bei den EVB-IT Systemlieferung begrenzen die AGB nun die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Störungsbeseitigung in diesen Fällen auf für ihn zumutbare Maßnahmen, z.B. auf die Pflicht, ggf. eine Umgehungslösung zur Verfügung zu stellen. Weitergehende Verpflichtungen des Auftragnehmers zur Störungsbeseitigung können im Vertrag vereinbart werden. Dies kann beispielsweise angezeigt sein, wenn der Auftragnehmer gleichzeitig auch Hersteller der Standardsoftware ist.

4.1.1 (Übernahme einer neuen Systemkomponente)

Wenn der Auftragnehmer die Störung durch Überlassung einer neuen Systemkomponente beseitigen möchte, kann er vom Auftraggeber grundsätzlich verlangen, dass dieser die neue Systemkomponente auch übernimmt.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Der Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, diese zu übernehmen, wenn sie von der vereinbarten Ausführung wesentlich abweicht, z. B. weil sie leistungsschwächer ist oder von einem anderen Gerätetyp als die ursprünglich vereinbarte Systemkomponente. In solch einem Fall ist dem Auftraggeber die Übernahme einer neuen Systemkomponente nicht zuzumuten.

Hingegen hat der Auftraggeber keinen Anspruch darauf, dass der Auftragnehmer wieder Geräte derselben Marke einsetzt, es sei denn, der Einsatz der konkreten Marke ist ausnahmsweise vereinbart worden.

Ist die Übernahme zumutbar, aber die neue Systemkomponente nicht identisch mit der auszutauschenden, trifft Ziffer 4.1.1 Regelungen für den Fall, dass die neue Systemkomponente mehr Funktionalität enthält bzw. höhere Kosten verursacht:

- Verlangt der Auftragnehmer für die Nutzung einer durch die neue Systemkomponente bereitgestellten neuen Funktionalität eine Mehrvergütung, hat er nachzuweisen, dass der Auftraggeber diese Nutzung wünscht und dass die Höhe der Mehrvergütung angemessen ist. Gegenüber der Vorversion wurde jedoch unter anderem klargestellt, dass dazu nicht die Fälle gehören, in denen der Auftraggeber die neuen Funktionalitäten nutzen muss, um das Gesamtsystem weiterhin wie vereinbart nutzen zu können.
- Verursacht eine neue Systemkomponente höhere Kosten beim Auftraggeber, z. B. Stromkosten, Lizenzkosten, Schulungskosten, Administrationskosten etc., sind diese durch den Auftragnehmer zu tragen, soweit sich diese höheren Kosten nicht erst dadurch ergeben, dass der Auftraggeber eine in der neuen Systemkomponente enthaltene zusätzliche Funktionalität nutzen will. Faktisch bedeutet dies, dass der Auftraggeber nur die Kosten **zu tragen** hat, die entstehen, weil er eine **bestimmte** Mehrleistung nutzen will. Alle übrigen Kosten trägt der Auftragnehmer.

Achtung:

Diese Regelung ähnelt derjenigen aus Ziffer 13.8, die im Rahmen der Mängelhaftung (Gewährleistung) gilt. Bestehen parallel noch Mängelansprüche - was in den ersten beiden Jahren nach der Abnahme üblicherweise der Fall ist - kann allerdings die Übernahme einer neuen Systemkomponente nicht nur dann abgelehnt werden, wenn sie wesentlich von der vereinbarten Ausführung abweicht, sondern nach Ziffer 13.8 auch dann, wenn sie eine andere Bedienung erfordert. Das ist der Unterschied zwischen den beiden Regelungen, der darauf zurückzuführen ist, dass es sich bei der Gewährleistung um gesetzliche Ansprüche handelt, die den Auftragnehmer eigentlich verpflichten, den Mangel in der ursprünglichen Systemkomponente zu beseitigen oder eine gleiche, aber mangelfreie Systemkomponente zu liefern. Insofern ist die Verpflichtung des Auftraggebers, eine andere Systemkomponente zu akzeptieren, eine Privilegierung des Auftragnehmers.

4.1.2 (Servicezeiten, Reaktions- und Wiederherstellungszeiten, Verzugsfolgen etc.)

Servicezeiten sind die Zeiten, zu denen der Auftragnehmer seine Serviceleistungen erbringen muss. Reaktions- und Wiederherstellungszeiten laufen nur während der Servicezeiten. Im Gegensatz zur Vorversion regeln die EVB-IT System-AGB nun wie bereits die EVB-IT Systemlieferungs-AGB in dieser Ziffer Standardservicezeiten für den Fall, dass im Vertrag keine solchen Zeiten vereinbart sind. Die Ergänzung wurde vorgenommen, weil oft vergessen wurde, im Vertrag Servicezeiten zu regeln. Dies wiederum hatte den oft unerwünschten Effekt, dass der Service „rund um die Uhr“ zu leisten war und auch Reaktions- und Wiederherstellungszeiten im Zweifel „rund um die Uhr“ liefen.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Vereinbarte Reaktions- und Wiederherstellungszeiten beginnen stets erst mit dem Zugang der Störungsmeldung (siehe dazu auch oben Abschnitt III.5.1.1.1 dieser Hinweise). Der Auftragnehmer gerät automatisch in Verzug, wenn er solche vereinbarten Zeiten überschreitet, es sei denn, er hat die Fristüberschreitung nicht zu vertreten.

Achtung:

Wie bereits bei den EVB-IT Systemlieferung stellt die Ziffer 4.1.2 nun auch für die EVB-IT System klar, dass der Auftragnehmer eine angemessene Vergütung für die Störungsbeseitigung verlangen kann, wenn er nachweist, dass die Störung vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde.

4.2 Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft

Die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft umfasst die Wartung des Gesamtsystems (Ziffer 4.2.1) und/oder die Überlassung verfügbarer neuer Programmstände der Standardsoftware (Ziffer 4.2.2).

4.2.1 Wartung des Gesamtsystems

Die Wartung des Gesamtsystems umfasst alle dazu **vereinbarten** Maßnahmen, z.B. vorbeugende Inspektion bestimmter Systemkomponenten, um sich abzeichnende Störungen zu vermeiden oder den prophylaktischen Austausch von Verschleißteilen. Im Vertrag kann unter Nummer 5.1.2 statt konkreter Maßnahmen eine umfassende Wartung vereinbart werden. Der Auftragnehmer ist dann verpflichtet, alle „angemessenen“ Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig und erforderlich sind, um das Auftreten von Störungen des Systems oder einzelner vereinbarter Systemkomponenten oder Störungen in deren Zusammenspiel zu vermeiden. Durch weitere Ankreuzfelder unter Nummer 5.1.2 des Vertrages kann diese Verpflichtung auf einzelne Systemkomponenten oder einzelne Maßnahmen begrenzt werden, die der Auftragnehmer zur Aufrechterhaltung zu treffen hat.

4.2.2 Überlassung von neuen Programmständen

Es kann die Lieferung von verfügbaren neuen Programmständen für die Standardsoftware des Gesamtsystems vereinbart werden. Die AGB regeln grundsätzlich, dass die neuen Programmstände nicht nur zu liefern sind, sondern beim Auftraggeber auch zu customizen und in das System zu integrieren sind. Dies ist eine Leistung, die durchaus erheblichen Umfang haben kann und vom Auftragnehmer bei der Bestimmung der Vergütung einkalkuliert werden muss. Um das Risiko des Auftragnehmers kalkulierbarer zu machen, wurde diese Verpflichtung in der neuen Version der AGB begrenzt. Wesentliche neue Funktionalitäten von Programmständen muss der Auftragnehmer nur insoweit customizen und integrieren als dies für die Herstellung der Betriebsbereitschaft erforderlich ist. Wünscht der Auftraggeber hier weitergehende Leistungen, so ist der Auftragnehmer auch hierzu verpflichtet, kann aber seine Leistung von einer zusätzlichen Vergütung abhängig machen. In Nummer 5.1.3 des Vertrages können hiervon abweichende Regelungen getroffen werden. Ausdrücklich vorgesehen ist z. B. eine abweichende Regelung zur Installation neuer Programmstände.

4.3 Abnahme der Systemserviceleistungen

Der Auftragnehmer hat nach Durchführung von Systemserviceleistungen stets erneut die Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems oder der vereinbarten zu pflegenden Systemkomponenten zu erklären. Abnahmepflichtig sind in der Regel nur Systemserviceleistungen des Auftragnehmers, die zu wesentlichen Eingriffen in das Gesamtsystem führen. Bei unwesentlichen Eingriffen ist statt einer Abnahme die Erklärung der Betriebsbereitschaft ausreichend. In diesen Fällen sollte der Auftraggeber unverzüglich prüfen, ob das Gesamtsystem wieder wie

Nutzerhinweise EVB-IT System

vereinbart funktioniert. Ist dies nicht der Fall, gilt zugunsten des Auftraggebers die Vermutung, dass der Auftragnehmer die Betriebsbereitschaft nicht ordnungsgemäß wiederhergestellt hat. Diese Vermutung muss der Auftragnehmer dann wiederum entkräften oder, wenn ihm dies nicht gelingt, die Arbeiten bis zur erfolgreichen Störungsbeseitigung fortsetzen. Ein unwesentlicher Eingriff in das Gesamtsystem kann z.B. vorliegen, wenn lediglich ein Update installiert wird, mit dem kleinere Mängel beseitigt werden, das aber ansonsten keine Änderungen im Gesamtsystem vornimmt.

In Nummer 5.5.2 des Vertrages kann aber vom Grundsatz des Abnahmeerfordernisses zu Gunsten oder zu Lasten des Auftragnehmers abgewichen werden. Es kann z.B. vereinbart werden, dass bei jeder Systemserviceleistung die Erklärung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems ausreicht, oder dass jeder Eingriff in das Gesamtsystem eine Abnahme nach Überprüfung der Gesamtfunktionalität des Gesamtsystems erforderlich macht.

4.4 Mängelhaftung bei Systemserviceleistungen

Auch Serviceleistungen (neu gelieferte Systemkomponenten, Wartungsarbeiten, Störungsbeseitigungen) können mangelhaft sein. Der Auftraggeber hat in diesem Fall grundsätzlich die gleichen Mängelansprüche, die Ziffer 13 der AGB für Mängel des Gesamtsystems festlegt. Da es sich aber bei den Serviceleistungen um ein Dauerschuldverhältnis handelt, tritt folgerichtig an die Stelle des Rücktrittsanspruchs das Recht zur Kündigung des Leistungsteils Systemservice. Diese Mängelansprüche werden sich in der Regel während der Laufzeit des Systemservices mit den Ansprüchen aus dem Systemservice decken und sind daher vorwiegend für die Zeit nach Ende der Servicevereinbarung interessant. Die Mängelansprüche aus den Serviceleistungen verjähren unabhängig von einem Ende der Systemservicevereinbarung erst 24 Monate nach ihrer Erbringung.

4.5 Dokumentation der Systemserviceleistungen

Die durchgeführten Servicearbeiten sind vom Auftragnehmer zu dokumentieren. Außerdem ist der Auftragnehmer verpflichtet, die sich daraus ergebenden Anpassungen an den Dokumentationen des Systems vorzunehmen. Wenn ihm eine Einarbeitung in die vorhandene Dokumentation aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist, hat er eine entsprechende Ergänzung der Dokumentation zur Verfügung zu stellen. Solche rechtlichen Gründe können z. B. urheberrechtliche oder markenrechtliche Änderungsverbote sein.

In den Nummern 4.9 (**drittes Ankreuzfeld**) und 0 des Vertrages können hiervon abweichende Regelungen getroffen werden.

5. Dokumentation

5.1 (Dokumentation des Gesamtsystems)

Die Dokumentation des Gesamtsystems ist eine wesentliche Pflicht des Auftragnehmers, deren Fehlen den Auftraggeber i.d.R. dazu berechtigt, die Abnahme zu verweigern. Selbstverständlich gilt dies dann nicht, wenn nur unwesentliche Teile der Dokumentationspflichten nicht erfüllt werden, z.B. wenn vereinzelte Handbücher zu gelieferter Standsoftware fehlen – dies wird dann möglicherweise nur einen unwesentlichen, nicht zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel darstellen. Auch in diesem Fall wären aber die Handbücher selbstverständlich im Rahmen der Mängelhaftung nachzuliefern.

Nutzerhinweise EVB-IT System

5.2 (Bestandteile der Dokumentation)

Es sind nicht nur Anwendungsdokumentationen, sondern auch Nutzungshandbücher für Hard- und Software sowie Verfahrensbeschreibungen in der in dieser Ziffer geregelten Qualität geschuldet.

5.3 (Sprache und Übergabe der Dokumentation)

Gemäß Ziffer 5.3 hat die Dokumentation in deutscher Sprache zu erfolgen und ist spätestens mit Erklärung der Betriebsbereitschaft zu übergeben.

5.4 (Dokumentation der Mängelbeseitigung - Keine Kommentierung)

5.5 (Einarbeiten von Änderungen)

Änderungen an Dokumentationen, die durch Mängelbeseitigungsarbeiten nötig wurden, arbeitet der Auftragnehmer in die Dokumentationen ein. Ist ihm dies rechtlich unmöglich, stellt er eine ergänzende Dokumentation zur Verfügung. Eine entsprechende Regelung existiert für Änderungen aufgrund von Serviceleistungen in Ziffer 4.5 der AGB (zur rechtlichen Unmöglichkeit siehe auch Abschnitt IV.4.5 dieser Hinweise). Eine Abweichung hiervon kann in Nummer 4.9 (**drittes Ankreuzfeld**) des Vertrages vereinbart werden.

5.6 (Rechte an Dokumentationen)

An Dokumentationen, die der Auftragnehmer für den Auftraggeber erstellt hat, räumt er diesem die Rechte gemäß Ziffer 2.3.2.1 der AGB ein, d. h. der Auftraggeber ist auch berechtigt, diese Dokumentationen für eigene Zwecke zu bearbeiten und zu vervielfältigen. Es bleibt jedoch ein nichtausschließliches Recht, d. h. der Auftragnehmer bleibt ebenfalls berechtigt, die Dokumentation zu nutzen und zu verwerten. Dies kann in Nummer 4.9 (**fünftes Ankreuzfeld**) des Vertrages für bestimmte Dokumentationen ausgeschlossen werden.

An mitgelieferten Standarddokumentationen räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber dieselben Rechte ein, wie sie für die jeweilige Standardsoftware selbst gelten. Sind also Rechte an der Standardsoftware z. B. durch eine Nutzungsrechtsmatrix gegenüber Ziffer 2.3.1 der AGB modifiziert, gilt dies entsprechend auch für die dazugehörige Dokumentation.

An individuell für den Auftraggeber erstellten Dokumentationen räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber Rechte ein, wie sie für die Individualsoftware vereinbart sind.

6. Mitteilungspflichten des Auftragnehmers

6.1 (Mitteilungspflichten in Bezug auf das System und die Beistellungen)

Die Gesamtverantwortlichkeit des Auftragnehmers zeigt sich auch in den Aufklärungspflichten, die diesem aufgrund der AGB auferlegt werden. In Ziffer 6 sind eine Reihe solcher Pflichten statuiert. Im Ergebnis soll der Auftraggeber möglichst umfassend sowohl über Risiken und Probleme bei der Vertragserfüllung als auch über auf ihn zukommende Aufgaben informiert werden. Neben dem eigentlichen Aufklärungs- und Unterrichtungszweck sollen diese Regelungen es aber dem Auftragnehmer auch erschweren, sich unter Hinweis auf unklare Vorgaben bzw. durch den Auftraggeber nicht eingehaltene Mitwirkungsobliegenheiten für eigenen Verzug bzw. sonstige Versäumnisse zu entschuldigen und sich so seiner Verantwortung zu entziehen.

Gemäß Ziffer 6.1 hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber zum Beispiel unverzüglich mitzuteilen, wenn Vorgaben des Auftraggebers in nicht unwesentlichem Umfang fehlerhaft, unvollständig, widersprüchlich oder objektiv nicht ausführbar sind oder wenn beizustellende Systemkomponenten nicht geeignet sind, die

Nutzerhinweise EVB-IT System

Betriebsbereitschaft des Systems herbeizuführen. In der Regel hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber gleichzeitig die ihm erkennbaren Folgen schriftlich mitzuteilen. Diese Verpflichtung soll jedoch keine unangemessene Belastung des Auftragnehmers darstellen oder die Planung des Auftraggebers ersetzen.

Daher wurde die Regelung dergestalt begrenzt, dass der Auftragnehmer nicht verpflichtet sein soll, die Vorgaben und Beistellungen weitergehend zu untersuchen und zu prüfen, als dies für die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft des Systems erforderlich ist.

6.2 (Mitteilungspflichten zu Datensicherungsmaßnahmen)

Eine entsprechende Verpflichtung zur Aufklärung gilt gemäß Ziffer 6.2 auch für die Datensicherungsmaßnahmen des Auftraggebers (siehe Ziffer 11.7 der AGB), wenn der Auftragnehmer erkennt, dass diese unzureichend sind.

6.3 (Mitteilungspflichten bei Normänderungen)

Treten Änderungen bei Normen (z.B. EN, DIN, ISO) ein, die mehr als nur unwesentliche Auswirkungen auf die Leistungsverpflichtungen des Auftragnehmers haben, oder ändern sich die ausdrücklich für die Leistungserbringung vereinbarten Normen, hat der Auftragnehmer dies und die ihm erkennbaren Folgen dem Auftraggeber in angemessener Frist in Textform mitzuteilen.

6.4 (Informationen bezüglich des Einsatzes von Werkzeugen)

Diese Regelung bezieht sich auf Werkzeuge (z.B. einen speziellen Compiler), die für die Bearbeitung der Individualsoftware erforderlich sind. In der Regel sollte diese Abfrage jedoch nicht erst aufgrund dieser Ziffer, sondern bereits mit der Angebotsaufforderung erfolgen, denn die zur Bearbeitung notwendigen Werkzeuge können einen erheblichen Kalkulationsfaktor bei der Angebotsbewertung darstellen. Sind nämlich diese Werkzeuge am Markt verfügbar, muss der Auftraggeber diese ggf. selbst erwerben, während er Werkzeuge, die nicht am Markt erhältlich sind, gemäß Ziffer 2.3.2.4 der AGB vom Auftragnehmer erhält, es sei denn, es liegt eine der dort geregelten Ausnahmen vor.

6.5 (Mitteilungspflichten hinsichtlich Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers)

Gemäß dieser Ziffer hat der Auftragnehmer den Auftraggeber auf alle erforderlichen Mitwirkungshandlungen rechtzeitig hinzuweisen, die nicht in abgestimmten Zeitplänen enthalten sind. Ebenso hat der Auftragnehmer Mängel der Mitwirkung des Auftraggebers diesem unverzüglich mitzuteilen. Damit soll dafür gesorgt werden, dass der Auftragnehmer eine unterlassene Mitwirkung des Auftraggebers nicht einfach hinnimmt, um später zu versuchen, sich unter Hinweis (Behinderungsanzeige) darauf von eigenen Versäumnissen zu entlasten (Mitwirkungsfälle).

6.6 (Mitteilungspflichten hinsichtlich Kopier- und Nutzungssperren - keine Kommentierung)

6.7 (Mitteilungspflichten hinsichtlich des Projektfortschrittes)

Im Gegensatz zur Vorversion berücksichtigt die neue Version der AGB nunmehr, dass ein vom Auftraggeber zum Zwecke der Prüfung ggf. eingesetzter externer Projektmanager durchaus auch ein Konkurrent des Auftragnehmers sein kann. In diesem Fall muss sich der Auftraggeber darum bemühen, nur einen solchen Dritten mit der Prüfung des Projektfortschritts zu beauftragen, der kein solcher Konkurrent des Auftragnehmers ist. In jedem Fall hat er diesen Dritten aber zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Dabei kann auch eine Konkurrenzschutzklausel angemessen sein.

6.8 (Mitteilungspflichten bei Termingefährdung)

Ein ebensolches Anliegen wie mit Ziffer 6.5 der AGB wird in dieser Ziffer bezüglich der Einhaltung von Terminen verfolgt. Weiterer Zweck dieser Regelung ist jedoch zudem, dass der Auftraggeber rechtzeitig von Verzögerungen erfährt, um kurzfristig reagieren zu können. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass häufig Schäden aus Verzögerungen hätten vermieden werden können, wenn die Parteien einander rechtzeitig informiert hätten und so besser hätten disponieren können. Rechtzeitig zu reagieren ist unabhängig von der Verschuldensfrage sinnvoll, weil auch in Fällen, in denen der Auftragnehmer die Verzögerung zu vertreten hat, zwar ein Schadensersatzanspruch besteht, dieser aber den Auftraggeber nie so zufriedenstellen wird, wie die ordnungsgemäße und rechtzeitige Leistung.

7. Personal des Auftragnehmers, Subunternehmer

7.1 (Anforderungen an die Personalqualifikation - keine Kommentierung)

7.2 (Einsatz und Wechsel von Subunternehmern)

Die Einschaltung oder Auswechslung von Subunternehmern bedarf gemäß Ziffer 7.2 der AGB der Zustimmung des Auftraggebers, sofern es sich um wesentliche Leistungen handelt. In allen anderen Fällen beschränken die AGB den Subunternehmereinsatz nicht. Die Zustimmung gilt als erteilt für bereits im Angebot benannte Subunternehmer.

7.3 (Direktionsrecht und Disziplinalgewalt - keine Kommentierung)

7.4 (Auswechseln von Personal in Schlüsselpositionen)

Gemäß dieser Ziffer kann der Auftragnehmer Personal, das gemäß Nummern 10.1 und 10.2 des Vertrages auf Schlüsselpositionen eingesetzt ist, nur mit Einwilligung des Auftraggebers auswechseln. Projektmanager und –leiter des Auftragnehmers gelten gemäß Nummer 10.1 des Vertrages stets als Personal in Schlüsselpositionen. Die Vereinbarung von weiteren Schlüsselpositionen ist sinnvoll, wenn bestimmtes Personal des Auftragnehmers über Spezialwissen oder eine bestimmte Eignung verfügt. (z.B. in eine Spezialthematik eingearbeitete Programmierer).

Diese Regelung berücksichtigt, dass ein Wechsel eines wichtigen Mitarbeiters des Auftragnehmers oft zu Zeit- und Qualitätsverlust führt. Daher wird sich der Auftraggeber gegen einen mutwilligen Wechsel durch Verweigerung der Zustimmung wehren wollen. Die Vereinbarung von Schlüsselpositionen sollte aber nicht inflationär erfolgen. Schließlich ist der Vertragstyp ein Werkvertrag, bei dem nicht die Leistung einzelner Mitarbeiter, sondern der Gesamterfolg geschuldet wird. Da der Auftragnehmer die Erfolgsverantwortung trägt, kann er in der Regel auch entscheiden, wie und mit welchen Mitarbeitern er den Erfolg herbeiführen möchte. Die Vereinbarung von Schlüsselpositionen sollte sich daher auf den Projektmanager und –leiter und einige wesentliche für den Projekterfolg wichtige Rollen beschränken. Ein Indiz für eine Schlüsselposition kann zum Beispiel sein, wenn der Auftraggeber im Vergabeverfahren eine besondere vertraglich vorausgesetzte Eignung verlangt und der Auftragnehmer hierfür nur **einen** geeigneten Kandidaten anbietet. Aber auch wenn der Auftraggeber mit der Ablösung eines auf einer Schlüsselposition eingesetzten Mitarbeiters des Auftragnehmers nicht einverstanden ist, wird er die Zustimmung erteilen müssen, wenn der Mitarbeiter nicht mehr zur Verfügung steht. Stets gilt aber, dass eine qualifizierte Ersatzperson angeboten werden muss und dass die Einarbeitung auf Kosten des Auftragnehmers erfolgt.

8. Vergütung

8.1 (Pauschalpreis)

Die AGB gehen grundsätzlich davon aus, dass das Gesamtsystem zum Pauschalpreis erstellt wird. Der Pauschalpreis soll dem Auftraggeber weitgehende Preissicherheit geben. Das bedeutet, dass der Auftragnehmer keine Nachvergütung verlangen kann, es sei denn, die Parteien vereinbaren Leistungsänderungen.

Neben der Nennung des Pauschalpreises kann der Auftraggeber die Angabe der Anteile von Einzelleistungen am Pauschalpreis verlangen. Diese Anteilspreise werden z. B. benötigt, um die Plausibilität von Angeboten zu prüfen oder im Falle von Leistungsänderungen entsprechende Vergütungsänderungen vereinbaren zu können. Ebenso werden Anteilspreise ggf. für Kostenverrechnungen bei Dienstleistungszentren benötigt, wenn nur einzelne Leistungen weiterverrechnet werden können. Allerdings weisen die Wirtschaftsvertreter nachdrücklich darauf hin, dass dieses Verlangen dazu führen kann, dass der Pauschalpreis sich insgesamt erhöht. Zur Begründung wird angeführt, dass die Preistransparenz dazu führe, dass Quersubventionierungen nicht mehr möglich seien, weil sich der Auftraggeber bei Erweiterungen oder auch bei Teilrückabwicklungen auf diese Anteilspreise berufen könne.

8.2 (Vergütung nach Aufwand)

Vereinbaren die Parteien eine Vergütung nach Aufwand, ist auf jeden Fall im Vertrag unter Nummer 7.4 festzuhalten, ob und wie Reisekosten, Reisezeiten, Nebenkosten und Materialkosten (letztere sind nun wie bei den EVB-IT Systemlieferungs-AGB auch hier geregelt) vergütet werden. Hier geben die AGB keine Standardregelungen vor. Wird eine Vergütung nach Aufwand mit Obergrenze vereinbart, gilt gemäß Ziffer 8.2 der AGB, dass der Auftragnehmer auch bei Überschreiten dieser Grenze ohne Anspruch auf weitere Vergütung weiterarbeiten muss. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn er zu wenige Stunden für die Leistung kalkuliert hat. Ist aber die Überschreitung auf Gründe zurückzuführen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, z. B. weil sie der Auftraggeber oder ein Dritter verschuldet hat, ist der Auftragnehmer nur dann zur Weiterarbeit verpflichtet, wenn der Auftraggeber es verlangt und eine zusätzliche Vergütung entrichtet. Dazu kann es beispielsweise kommen, wenn der Auftraggeber die ihm obliegenden Mitwirkungsleistungen nicht rechtzeitig erbringt.

8.3 (Fälligkeit der Vergütung)

Die Vergütung für die Systemerstellung ist nach der Gesamtabnahme zur Zahlung fällig. Es kann aber im Zahlungsplan (Nummer 9 des Vertrages) vereinbart werden, dass Zahlungen auch nach Teilabnahmen oder bei Erreichen bestimmter Meilensteine zur Zahlung fällig werden.

Die Vergütung für Systemserviceleistungen ist monatlich nachträglich fällig, soweit nicht etwas anderes vereinbart wird. Sofern Systemserviceleistungen nach Aufwand vergütet werden und eine Abnahme vereinbart ist, ist selbstverständlich erst nach Abnahme zu zahlen.

8.4 (Zahlung der Vergütung)

Gemäß Ziffer 8.4 ist eine Vergütung, sofern sie fällig ist, innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der prüffähigen Rechnung zu zahlen. Die Wendung „zu zahlen“ in Ziffer 8.4 bedeutet, dass der Auftraggeber so rechtzeitig vor Ablauf der Zahlungsfrist die Überweisung veranlasst, dass das Geld bei regulärer Abwicklung der Bank vor

Nutzerhinweise EVB-IT System

dieser Frist beim Auftragnehmer eingeht. Allerdings haftet der Auftraggeber, der die Überweisung rechtzeitig veranlasst, nicht für Verzögerungen im Bankverkehr.

Soweit Leistungen nach Aufwand zu vergüten sind, ist weitere Zahlungsvoraussetzung stets die Vorlage von entsprechenden Leistungs- und ggf. Materialnachweisen.

8.5 (Personentage, Tagessatz)

Grundsätzlich umfasst ein Personentag acht Arbeitsstunden. Soweit nichts anderes vereinbart ist, werden gemäß dieser Ziffer auch dann nicht mehr Stunden vergütet, wenn die betreffende Person länger arbeitet. Arbeitet sie jedoch weniger als acht Stunden, wird der Tagessatz nur anteilig gezahlt. Andere Vereinbarungen können unter Nummer 7.3 des Vertrages getroffen werden.

Bei der Bestimmung der geleisteten Stundenzahl ist nunmehr - wie bei den EVB-IT Systemlieferungs-AGB - zu berücksichtigen, dass gemäß dieser Ziffer bei mehr als sechs geleisteten Zeitstunden an einem Tag vermutet wird, dass die entsprechende Person eine halbstündige Pause eingelegt hat, es sei denn, der Auftragnehmer weist nach, dass dies nicht der Fall war.

8.6 (Preisanpassung)

Soweit in Nummer 7.6 des Vertrages die Geltung der in Ziffer 8.6 geregelten Preisanpassungsklausel vereinbart wird, kann die Vergütung für Systemserviceleistungen erstmals zum Ablauf des 15. Monats nach Gesamt- abnahme und dann jeweils erneut nach weiteren 15 Monaten erhöht werden. Dies ergibt sich daraus, dass Erhöhungen jeweils nur angekündigt werden dürfen, wenn die aktuelle Vergütung bereits zwölf Monate gilt und eine Ankündigungsfrist von jeweils drei Monaten einzuhalten ist.

Die Erhöhung darf jeweils maximal drei Prozent der zum Zeitpunkt der Ankündigung geltenden Vergütung betragen.

8.7 (Umsatzsteuer - keine Kommentierung)

9. Verzug

9.1 (Verbindlichkeit der Termine)

Die für die Erfüllung des Projektes maßgeblichen Termine sollten in einem eigenen Termin- und Leistungsplan festgehalten werden. Nummer 8 des Vertrags bietet hierzu die Möglichkeit.

In dieser Ziffer ist auch geregelt, dass sich die Termine angemessen verschieben, wenn es zu Verzögerungen kommt, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat. Es empfiehlt sich in einem solchen Fall dringend, gemeinsam mit dem Auftragnehmer den Terminplan zu aktualisieren, damit wieder konkrete, nach dem Kalender bestimmte Daten anstelle der mit Unwägbarkeiten behafteten „angemessenen“ Verschiebung gelten. Lässt sich der Auftragnehmer auf eine Vereinbarung neuer Termine ein, ohne seine gesetzlichen Ansprüche, z.B. aus § 642 BGB geltend zu machen (Entschädigung wegen der Verzögerung durch den Auftraggeber), kann er diese auch später nicht mehr einfordern. Der letzte Satz von Ziffer 9.1 gilt dann nicht mehr.

9.2 (Verzugsauslösende Termine)

Die Regelungen zum Auftragnehmerverszug betreffen den häufigen Fall, dass die Leistung zu spät erbracht wird. Die EVB-IT System-AGB kennen als Termine, bei deren schuldhafter Überschreitung der Auftragnehmer in Verzug gerät, den Teilabnahme- und den Vertragserfüllungstermin. Der Vertragserfüllungstermin ist der Termin,

Nutzerhinweise EVB-IT System

zu dem der Auftragnehmer alles Vereinbarte getan haben muss, damit der Auftraggeber die Abnahme erklären kann. Dazu gehört insbesondere, dass der Auftragnehmer das Gesamtsystem bereits zum Termin der Erklärung der Betriebsbereitschaft vertragsgemäß und im Wesentlichen mangelfrei bereitgestellt hat, damit der Auftraggeber in der Zeit bis zum Vertragserfüllungstermin die Funktionsprüfung in der vereinbarten Länge durchführen kann. Soweit nichts anderes vereinbart ist, gilt dieses Verfahren entsprechend für Teilabnahmen. Als Teilabnahmetermin wird der „Vertragserfüllungstermin“ für die abzunehmende Teilleistung bezeichnet.

Der Verzug wird bei Überschreitung eines dieser Termine ohne Mahnung begründet, da nach dem Gesetz und den AGB eine Mahnung dann nicht erforderlich ist, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender, also ein fester Termin bestimmt ist. Ist fehlerhafterweise kein Vertragserfüllungstermin vereinbart worden, gerät der Auftragnehmer erst bei schuldhafter Überschreitung einer angemessenen Herstellungsfrist und nach erfolgter Mahnung in Verzug.

Verzug tritt darüber hinaus nicht ohne Verschulden des Auftragnehmers ein. Da es dem Auftraggeber aber häufig Schwierigkeiten bereiten würde nachzuweisen, dass der Auftragnehmer schuldhaft nicht rechtzeitig geleistet hat, sehen sowohl das Gesetz in § 286 Abs. 4 BGB als auch die AGB in dieser Ziffer eine Umkehr der Beweislast vor. Der Auftragnehmer muss also einen Entlastungsbeweis führen, indem er beweist, dass die Verzögerung der Leistung die Folge eines Umstandes ist, den er nicht zu vertreten hat.

Hinweis: Die häufig von Auftragnehmern vorgetragene Entschuldigung, die Verzögerung sei durch den Verzug von Subunternehmern verursacht, hilft dem Auftragnehmer nicht, denn einen Verzug des Subunternehmers muss sich der Auftragnehmer gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Er gerät also auch in einem solchen Fall in Verzug. Der Auftraggeber kann im Falle des Verzuges weiter auf die Leistung bestehen und den sog. Verzögerungsschaden verlangen (s. §§ 280 Absatz 1, 286 BGB). Danach ist der Auftraggeber so zu stellen, wie er ohne den Verzug des Auftragnehmers gestanden hätte. Der Auftraggeber hat dabei stets den Schaden und seine Höhe nachzuweisen.

Der Verzögerungsschaden darf nicht mit dem sog. „Schadensersatz statt der Leistung“ verwechselt werden. Diese Art des Schadensersatzes kommt in der Regel erst dann in Betracht, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Leistungserbringung gesetzt hat (vgl. Ziffer 9.2). Praktisch ist die Angemessenheit einer Frist schwierig zu bestimmen. Die Frist muss es dem Auftragnehmer nicht ermöglichen, die komplette Leistung nachzuholen. Sie muss aber ausreichend bemessen sein, damit er noch Leistungshandlungen vornehmen bzw. abschließen kann. In der Regel sind Fristen unter 14 Tagen zu kurz, bei größeren Projekten kann auch eine mehrmonatige Frist noch unangemessen kurz sein. Glücklicherweise geht die Rechtsprechung davon aus, dass eine unangemessen kurze Frist eine angemessene Frist in Gang setzt. Will der Auftraggeber ganz sicher sein, dass die von ihm gewährte Frist als angemessen anerkannt wird, kann er den Auftragnehmer auffordern, seinerseits zu erklären, welche Nachfrist er als angemessen ansehe. Erklärt der Auftragnehmer dies tatsächlich und setzt der Auftraggeber ihm dann eine entsprechende Frist, wird der Auftragnehmer später kaum argumentieren können, dass diese Frist unangemessen kurz gewesen sei.

Erst nach Ablauf der angemessenen Frist ist der Auftraggeber in der Regel berechtigt zu wählen, ob er

- weiterhin auf Erfüllung des Vertrages besteht (parallel dazu kann dennoch ein möglicher Verzögerungsschaden beansprucht werden, s. o.)
- oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt. In diesem Fall ist zu beachten, dass die Pflicht des Auftragnehmers zur Erbringung der ursprünglich vertraglich vereinbarten Leistung entfällt.

Macht der Auftraggeber den Schadensersatz statt der Leistung geltend, ist er so zu stellen wie er stünde, wenn sein Vertragspartner ordnungsgemäß erfüllt hätte. Der Unterschied zum Verzögerungsschaden ist dabei u. a. der, dass über die reinen Verzögerungskosten hinaus auch Mehrkosten geltend gemacht werden können, die dadurch entstanden sind, dass der Auftraggeber nach erfolgloser Fristsetzung die Leistung durch den Auftragnehmer abgelehnt hat und sie nun von einem Dritten bezieht.

Beispiel:

Als Systemkomponenten sollen Server geliefert werden. Diese sollen aufgestellt und installiert werden. Der Auftragnehmer hält den Termin für die Aufstellung und Installation schuldhaft nicht ein. Der Auftraggeber kann ihm nun eine angemessene Frist zur Nachlieferung und nach Ablauf der Nachfrist Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Das heißt, er kann die Lieferung ablehnen und die Server bei einem anderen Händler kaufen. Muss er hier einen höheren Preis zahlen, kann er die Differenz vom Auftragnehmer verlangen, soweit die Haftungsregelungen (Ziffer 15 der AGB bzw. Nummer 15 des Vertrages) dies zulassen.

Hinweis: Die Fristsetzung kann dann entbehrlich sein, wenn der Auftragnehmer die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches rechtfertigen. Beide Fälle sind jedoch recht seltene Ausnahmefälle, deren Vorliegen besonders sorgfältig zu prüfen ist. Im Zweifel ist eher eine Frist zu setzen, um zu vermeiden, dass der Auftraggeber seinerseits nach einer unberechtigten Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung und einer unberechtigten Verweigerung der Annahme der Leistungen des Auftragnehmers in Annahmeverzug und Verzug mit der Zahlung der Vergütung gerät.

Im Falle des Verzuges hat der Auftraggeber auch die Möglichkeit, sich insgesamt von dem Vertrag mit seinem Auftragnehmer zu lösen bzw. vom Vertrag zurückzutreten. In der Regel bedarf es aber auch hier einer Fristsetzung.

Gemäß Ziffer 15.1 der AGB ist bei leichter Fahrlässigkeit des Auftragnehmers der Verzugsschadenersatz der Höhe nach begrenzt. In Nummer 15.2 des Vertrages kann jedoch für den Verzugsfall eine andere Haftungsobergrenze vereinbart werden.

9.3 (Vertragsstrafe)

Für den Fall der schuldhaften Überschreitung des Vertragserfüllungstermins und vereinbarter Termine für Teilabnahmen ist in dieser Ziffer eine Vertragsstrafe vereinbart. Die Vertragsstrafe kann ab dem achten Verzugstag, **dann jedoch rückwirkend** vom ersten Verzugstag an geltend gemacht werden. Sie beträgt 0,2 % des Auftragswertes (siehe dazu Abschnitt III.1.2 dieser Hinweise) bzw. bei Teilabnahmen 0,2 % des Anteils am Auftragswert, der auf die Teilleistung entfällt. Insgesamt sind die Vertragsstrafen auf 5 % des Auftragswertes (siehe Abschnitt III.1.2 dieser Hinweise) begrenzt und werden auf etwaige Schadensersatzansprüche angerechnet. Letzteres ergibt sich aus Ziffer 9.4 der AGB sowie aus § 340 Absatz 2 BGB.

Die Vertragsstrafenregelung für Verzug bei Erstellung des Gesamtsystems kann in Nummer 16.1 des Vertrages modifiziert werden.

Achtung:

Für Vertragsstrafen in AGB gilt, dass eine in AGB enthaltene Vertragsstrafenklausel nur wirksam in einer Höhe bis 5 % der Auftragssumme vereinbart werden kann. Bei besonderem Bedarf kann in Ausnahmefällen als Individualvereinbarung in einer Anlage zu Nummer 16.1 des Vertrages eine höhere, nur für ein bestimmtes

Vorhaben zugeschnittene Regelung aufgenommen werden. Siehe hierzu im Übrigen die Ausführungen zu Abschnitt III.16.1 dieser Hinweise.

9.4 (Vertragsstrafe-Vorbehalt der Geltendmachung, Anrechnung)

Gemäß § 341 Absatz 3 BGB verliert der Gläubiger seinen Anspruch auf Geltendmachung einer Vertragsstrafe, wenn er die Leistung annimmt, ohne sich das Recht vorzubehalten, die Vertragsstrafe dennoch geltend zu machen. In dieser Ziffer wurde das dahingehend abgeändert, dass die Strafe bis zur Schlusszahlung geltend gemacht werden kann. Dies gilt nicht, wenn sich der Auftraggeber bei der Abnahme die Vertragsstrafe trotz Aufforderung durch den Auftragnehmer nicht vorbehalten hat.

10. Projektmanagement

Die Vielzahl der Leistungen, die durch den Auftragnehmer zu koordinieren ist, aber auch die regelmäßig hohe Zahl der gleichwohl durch den Auftraggeber zu erbringenden Leistungen (z.B. Mitwirkungsobliegenheiten, Koordination im Projektumfeld etc.) sind nur mit Hilfe eines professionellen Projektmanagements zu erbringen.

10.1 (Vorgehensmodell, Auftragnehmerpflichten)

In den EVB-IT System ist keine Festlegung erfolgt, aufgrund welchen Vorgehensmodells das Projektmanagement erfolgen soll. Die Parteien sind hier frei in der Vereinbarung. Vor der Vereinbarung eines Vorgehensmodells sollte jedoch sorgfältig geprüft werden, ob dadurch nicht der Charakter des Systemvertrages als einheitlicher Werkvertrag unter der Gesamtverantwortung des Auftragnehmers ausgehebelt wird. Auftragnehmerspezifische Vorgehensmodelle sehen teilweise eine Übertragung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Auftragnehmers auf den Auftraggeber vor. So führt die in vielen Vorgehensmodellen vorgesehene frühzeitige Einbindung des Auftraggebers in Entscheidungen, die eigentlich der Auftragnehmer zu treffen hätte, zu einer wachsenden Mitverantwortung des Auftraggebers. Stimmt der Auftraggeber beispielsweise einer Hardwaredimensionierung zu, die bei den zum Zeitpunkt der Abnahme zu verarbeitenden Datenmengen bereits mit einer Last von 90 % arbeitet, so fehlt es an jeglicher Leistungsreserve. Es ist dann zu erwarten, dass während der regelmäßigen Nutzungsdauer erhebliche Nachrüstungen oder gar ein Hardwaretausch erforderlich werden. Gleichwohl wird der Auftraggeber sich später deswegen nicht an den Auftragnehmer halten können, denn er hat dieser knappen Dimensionierung selbst zugestimmt.

Ein Mindestmaß an Projektmanagementaufgaben für den Auftragnehmer ist in dieser Ziffer 10.1 geregelt.

Hinweis:

Mit „Budget“ im ersten Aufzählungspunkt ist nur das Budget gemeint, das ggf. im Vertrag für eine Vergütung nach Aufwand vereinbart wurde (und nicht etwa das Budget des Auftraggebers).

10.2 (Ansprechpartner - keine Kommentierung)

10.3 (Keine Vergütung für projektbezogene interne Abstimmungen - keine Kommentierung)

11. Mitwirkung des Auftraggebers

Da der EVB-IT Systemvertrag insgesamt dem Werkvertragsrecht unterliegt, gilt gemäß § 642 BGB, dass dem Auftraggeber die erforderlichen Mitwirkungsleistungen **obliegen**. Die Nichteinhaltung einer Obliegenheit zieht zwar rechtliche Nachteile nach sich. Im Gegensatz zur eigentlichen Schuld begründet die Obliegenheit aber keinen eigenen Anspruch. Der Berechtigte, in diesem Fall der Auftragnehmer, kann die Erfüllung der

Nutzerhinweise EVB-IT System

Obliegenheit, hier der Mitwirkung, also nicht **einklagen**. Das Gesetz regelt folgende Konsequenzen bei Nichterfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten:

- § 642 BGB bestimmt, dass der Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung verlangen kann, wenn der Auftraggeber durch das Unterlassen der Mitwirkung in Annahmeverzug kommt, also z.B. die Leistung nicht abnimmt.
- § 643 BGB bestimmt, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber zur Nachholung der Mitwirkung eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen kann, dass er nach erfolglosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde. Der Vertrag gilt in diesem Fall als aufgehoben, wenn die Mitwirkung nicht fristgerecht erfolgt.
- Auch gilt, dass die Nichterfüllung einer Mitwirkungsobliegenheit nach den Grundsätzen des Mitverschuldens anspruchsmindernde Konsequenzen hat.
- Weiter gilt, dass der Auftragnehmer nicht verpflichtet ist, seine eigene Leistung fortzusetzen, soweit die Mitwirkungsleistungen hierfür erforderlich wären. Der Auftragnehmer kommt daher nicht mit der Erstellung der Werkleistung in Verzug, da ein Verzug des Auftragnehmers im Verzug des Auftraggebers nicht möglich ist.

Typische Mitwirkungsleistungen, die in IT-Projekten von Auftraggebern unterlassen, bzw. verzögert erbracht werden, sind unter anderem

- einen geeigneten Projektmanager oder anderes Personal zu stellen,
- die notwendige Rechnerkapazität zu stellen,
- die geforderten Daten zu liefern,
- die notwendigen Räume zu Verfügung zu stellen,
- seine Mitarbeiter im Bedarfsfall rechtzeitig zu schulen.

Für den Auftragnehmer sind die notwendigen Mitwirkungen des Auftraggebers oft unverzichtbar, um das IT-System vertragsgemäß zu erstellen. Daher gehen viele Auftragnehmer davon aus, dass die gesetzliche Regelung von Mitwirkungsleistungen als nicht einklagbaren Obliegenheiten, unzureichend ist. Daher entspricht es der Interessenlage der Auftragnehmer, die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers als Hauptpflichten zu bezeichnen und so umfassend wie möglich zu definieren. Dadurch bieten sich dem Auftragnehmer bessere Möglichkeiten, den Auftraggeber zu einer Erbringung der Mitwirkungsleistungen anzuhalten. Gerade in Projektkrisen wird die Definition von Mitwirkungsleistungen als Hauptpflichten aber vom Auftragnehmer nicht selten auch dazu eingesetzt, seine Verantwortung für eigene Fehler und Versäumnisse unter der Geltendmachung der Verletzung von Mitwirkungsleistungen auf den Auftraggeber zu übertragen.

Der Auftraggeber hingegen sollte daran interessiert sein, Mitwirkungsleistungen nur dort zu übernehmen, wo sie unverzichtbar für den Erfolg des Projekts sind. Die erforderlichen Mitwirkungsleistungen sollten bereits in den Vergabeunterlagen abgefragt werden. Der Auftragnehmer sollte aufgefordert werden, die notwendigen Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers möglichst präzise und abschließend aufzuführen. Dies gilt schon deshalb, weil sie einen vergütungsbestimmenden Faktor darstellen und in die Wirtschaftlichkeitsbewertung einfließen müssen. Auch sollte der Auftraggeber dafür sorgen, dass einmal übernommene Leistungen ordnungsgemäß und fristgerecht erbracht werden.

11.1 (Art und Umfang der Mitwirkung)

Ziffer 11.1 regelt, dass - mit Ausnahme von Selbstverständlichkeiten, wie Zugang zu Räumlichkeiten des Auftraggebers und der dort vorhandenen informationstechnischen Infrastruktur etc. - die Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers konkret und abschließend in Nummer 12 des Vertrages aufgeführt sind.

Durch die konkrete und abschließende Vereinbarung von Mitwirkungen soll auch verhindert werden, dass Auftragnehmer im Laufe der Vertragserfüllung neue Mitwirkungsleistungen fordern.

11.2 (Übernahme weiterer Mitwirkungen)

Verlangt der Auftragnehmer eine nicht vereinbarte Mitwirkung, erscheint diese aber dem Auftraggeber aber als erforderlich, kann er sie auch erbringen. Ziffer 11.2 regelt für diesen Fall, dass die vereinbarte Vergütung sich entsprechend reduziert, weil der Auftraggeber hier eine zusätzliche Leistung erbringt und der Auftragnehmer sich diese Leistung erspart. Zugleich sorgt Ziffer 11.2 dafür, dass durch die freiwillige Übernahme von Leistungen durch den Auftraggeber nicht die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers für den Projekterfolg infrage gestellt wird. Der Auftragnehmer ist nämlich gehalten, die Leistung des Auftraggebers wie die Leistung eines Subunternehmers einer Qualitätssicherung zu unterziehen und in das Gesamtsystem zu integrieren.

Hinweis: Der Auftraggeber sollte es angesichts dieser Regelung vermeiden, unaufgefordert nicht vereinbarte Mitwirkungsleistungen zu erbringen. Wartet er die entsprechende Aufforderung nicht ab, reduziert sich im Zweifel weder die Vergütung, noch bleibt die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers intakt.

11.3 (Störungsmeldungen)

Die EVB-IT System bieten mit dem Muster 1 ein Störungsmeldeformular, auf dem der Auftraggeber während der Gewährleistungszeit Mängel des Gesamtsystems und, solange der Systemservice vereinbart ist, auch andere Störungen melden kann.

Im Vertrag kann hiervon in den Nummern 5.1.1.1.1 bzw.14.3.1 abgewichen werden. Z.B. können die Parteien die Nutzung eines Ticketsystems vereinbaren.

11.4 (Änderungsmittelungen des Auftraggebers in Bezug auf die Systemumgebung und Beistellungen)

Dem Auftraggeber obliegt, den Auftragnehmer über von ihm selbst veranlasste Änderungen an der Systemumgebung oder Beistellungen zu informieren, wenn sich diese auf die vertraglichen Leistungen des Auftragnehmers auswirken. Bei vereinbartem Systemservice obliegt es dem Auftraggeber, den Auftragnehmer rechtzeitig über vom Auftraggeber oder von Dritten vorgenommene oder initiierte Änderungen an den Systemkomponenten zu informieren, wenn sich diese auf die Erbringung der vertraglichen Leistungen des Auftragnehmers auswirken. Diese Obliegenheit gilt unabhängig davon, ob der Auftraggeber zu einer solchen Änderung berechtigt ist. Diese Informationen sind notwendig, damit dem Auftragnehmer stets ein zutreffendes, weil aktuelles Bild vorliegt.

Der Auftragnehmer wird den Auftraggeber über ihm bekannte nachteilige Auswirkungen dieser Änderungen unverzüglich unterrichten. Jeder Vertragspartner kann verlangen, dass der Vertrag entsprechend der Änderungen angepasst wird.

11.5 (Entnahme von Datenträgern)

Durch die Regelung, die auf Wunsch der Wirtschaftsvertreter aufgenommen wurde und einer Regelung aus den EVB-IT Instandhaltung entspricht, wird klargestellt, dass der Auftraggeber verantwortlich dafür ist, dass die in den Systemkomponenten gespeicherten Daten nicht in unbefugte Hände gelangen oder zerstört werden.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Entweder er erfüllt diese Pflicht selbst oder er vereinbart mit dem Auftragnehmer, dass dieser das übernimmt - dabei sind jedoch die datenschutzrechtlichen Vorschriften zu beachten. Erfüllt der Auftraggeber diese Obliegenheit aber nicht, so kann sich der Auftraggeber später nicht am Auftragnehmer schadlos halten, wenn es tatsächlich zu Datenverlusten oder zu einer unbefugten Offenbarung solcher Daten kommt.

11.6 (Teleservicevereinbarung)

Als Teleservice wird ein Fernzugriff (auch Remote-Zugriff) durch den Auftragnehmer auf die Systeme des Auftraggebers verstanden. Dies kann z.B. zu Servicezwecken vereinbart werden. Schon aus IT-Sicherheits- und Datenschutzgründen ist ein solcher Zugriff – wenn überhaupt – nur unter Beachtung strenger Regelungen zulässig. Typische Regelungsgegenstände für eine Teleservicevereinbarung ergeben sich aus Abschnitt VI dieser Hinweise.

11.7 (Ordnungsgemäße Datensicherung – keine Kommentierung)

12. Abnahme

12.1 (Abnahmegegenstand)

Die Abnahme ist gemäß § 640 BGB eine Willenserklärung, zu deren Abgabe der Auftraggeber verpflichtet ist, wenn das Werk im Wesentlichen den vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Mit der Abnahme wird der Vertrag erfüllt und die Vergütung fällig. Mit der Abnahme beginnen die vereinbarten Verjährungsfristen für Mängel. Bis zur Abnahme hat der Auftragnehmer die Beweislast für die Mangelfreiheit des Werkes. Mit der Abnahme geht die Beweislast für Mängel auf den Auftraggeber über.

Die EVB-IT System gehen grundsätzlich davon aus, dass das **Gesamtsystem der Abnahme** unterliegt. Das bedeutet, die Abnahme muss erst erklärt werden, wenn **alle** Leistungsteile und Systemkomponenten im Wesentlichen vertragsgemäß erbracht und geliefert worden sind. Ist also zum Beispiel vereinbart worden, dass Schulungen (für sich genommen eine Dienstleistung) bis zur Erklärung der Betriebsbereitschaft durchgeführt worden sein müssen und trifft dies nicht zu, muss der Auftraggeber die Abnahme des Gesamtsystem nicht erklären, wenn das Fehlen der Schulungen einen wesentlichen Mangel darstellt. Ob dies so ist, hängt vom Einzelfall ab.

12.2 (Erklärung der Betriebsbereitschaft)

Mit der Erklärung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems bringt der Auftragnehmer zum Ausdruck, dass das Gesamtsystem nun abnahmereif ist. Es sollte stets ein verbindlicher Termin hierfür vereinbart werden. Ist dies nicht der Fall, muss der Auftragnehmer die Erklärung der Betriebsbereitschaft so rechtzeitig abgeben, dass die vereinbarten Funktionstests in der vereinbarten Länge (im Normalfall 30 Tage) noch rechtzeitig vor dem Vertragserfüllungstermin durchgeführt werden können. Der Vertragserfüllungstermin ist der Termin, zu dem die Abnahme erklärt werden muss, wenn das Gesamtsystem keine wesentlichen Mängel aufweist. Diesen Termin vereinbaren die Parteien in Nummer 8 des EVB-IT Systemvertrages oder in einem gesonderten Projektplan in einer Anlage zum EVB-IT Systemvertrag.

12.3 (Vorbereitung und Durchführung der Funktionsprüfung)

Nach der Rechtsprechung muss der Auftraggeber die Abnahme nicht erklären, wenn er nicht zuvor ausreichend Gelegenheit zur Funktionsprüfung und zu den hierfür notwendigen Tests erhalten hat. Entsprechend wurde in dieser Ziffer ein solches Recht des Auftraggebers geregelt. Gemäß Ziffer 12.4 ist darüber hinaus vereinbart, dass

Nutzerhinweise EVB-IT System

der Auftragnehmer den Auftraggeber bei der Vorbereitung und Durchführung der Funktionsprüfung im angemessenen Umfang zu unterstützen hat.

Die EVB-IT System geben in dieser Ziffer 12.3 standardmäßig vor, dass die Funktionsprüfungszeit bei der Gesamtabnahme 30 Tage und bei Teilabnahmen 14 Tage beträgt. Diese Zeiträume können je nach Komplexität des IT-Projektes entweder zu lang oder viel zu kurz sein. Daher kann in Nummer 13.3 des EVB-IT Systemvertrages eine andere angemessene Funktionsprüfungszeit vereinbart werden.

Es besteht keine Verpflichtung zur Durchführung der Funktionsprüfung. Es ist aber jedem Auftraggeber zu raten, die vereinbarte Funktionsprüfungszeit vollständig zu nutzen, da er zum vereinbarten Vertragserfüllungstermin die Abnahme zu erklären hat, wenn er mangels Funktionsprüfung keine wesentlichen Mängel findet. Treten dann nach der Abnahme wesentliche Mängel auf, kann die vereinbarte Abnahme nicht mehr revidiert werden. Diese Mängel müssen dann freilich im Rahmen der Mängelhaftung beseitigt werden.

Die Nachteile für den Auftraggeber liegen aber auf der Hand, denn seine Mängelbeseitigungsansprüche verjähren in der vereinbarten Frist ab der Abnahme und die Beweislast für die Mängel trifft nun den Auftraggeber.

12.4 (Umfang und Ort der Funktionsprüfung)

Die Funktionsprüfung findet standardmäßig in der vom Auftraggeber in Nummer 3 des Vertrages beschriebenen Systemumgebung statt. Steht die Systemumgebung nicht zur Verfügung, kann der Auftragnehmer in der Regel das Gesamtsystem nicht zur Abnahmereife führen, weil zu seinen vertraglichen Hauptpflichten u.a. die Installation und Integration aller Systemkomponenten in die Systemumgebung des Auftraggebers gehört (siehe Ziffer 2.4 der AGB). In diesem Fall verletzt der Auftraggeber seine Mitwirkungsobliegenheiten und der Auftragnehmer ist u.U. berechtigt, den Vertrag außerordentlich zu kündigen und/oder eine Entschädigung zu fordern (§§ 642, 643 BGB).

Wird der Systemvertrag aber genutzt, um eine reine Erstellungsleistung, z.B. die Entwicklung von Individualsoftware zu beauftragen, kann es zu einer Konstellation kommen, dass der Auftragnehmer erstmals zum Zeitpunkt der Erklärung der Betriebsbereitschaft feststellt, dass die für die Funktionsprüfung vereinbarte Systemumgebung nicht vertragsgemäß zur Verfügung steht. In diesem Fall ist § 642 BGB nicht anwendbar, weil das Werk bereits hergestellt ist und lediglich die der Abnahme vorausgehende Funktionsprüfung nicht durchgeführt werden kann. Der Auftragnehmer hat aber in diesem Fall die Möglichkeit, dem Auftraggeber eine angemessene Frist gemäß § 640 Absatz 1 Satz 3 BGB zu setzen. Danach gilt das Werk als abgenommen, sofern es tatsächlich abnahmereif war, d.h. keine wesentlichen Mängel aufweist.

12.5 (Feststellung von Mängeln während der Funktionsprüfung und deren Abbruch)

Im Gegensatz zu den bisherigen EVB-IT System darf der Auftraggeber die Funktionsprüfung nicht in jedem Falle abbrechen, wenn sich ein betriebsverhindernder Mangel zeigt. Er darf dies vielmehr nur dann, wenn die Fortführung der Funktionsprüfung wegen des Mangels nicht mehr sinnvoll erscheint. Dies ist ein Kompromiss mit dem BITKOM, der aber auch aus Sicht der Auftraggeberseite zu begrüßen ist, da er der Projektbeschleunigung dient.

Hinweis: Die im Rahmen der Funktionsprüfung durch den Auftraggeber festgestellten Mängel sollten dem Auftragnehmer möglichst frühzeitig mitgeteilt werden, damit der Auftragnehmer mit der Mängelbeseitigung bereits beginnen kann.

12.6 (Verfahren bei Abbruch der Funktionsprüfung)

Bricht der Auftraggeber die Funktionsprüfung ab, teilt er dies und die gefundenen Mängel dem Auftragnehmer mit und fordert ihn – idealerweise unter Setzung einer angemessenen Frist - zur Beseitigung auf. Nach Beseitigung der Mängel, erneuter Betriebsbereitschaftserklärung und Übergabe des Gesamtsystems steht dem Auftraggeber ein Funktionsprüfungszeitraum von nochmals 14 Tagen zur Verfügung.

Achtung:

Die neue 14-tägige Frist wurde im Zuge der Verhandlungen mit dem BITKOM als Kompromiss anstelle der vorher geregelten erneuten vollen Funktionsprüfungszeit vereinbart. Sie gilt auch dann, wenn die erste Funktionsprüfung bereits nach weniger als 16 Tagen abgebrochen wurde und damit dem Auftraggeber insgesamt weniger als 30 Tage für die Funktionsprüfung zur Verfügung stehen.

Beispiel:

Die Parteien haben im Vertrag nichts zum Thema Funktionsprüfungszeit vereinbart. Damit gilt für die ursprüngliche Funktionsprüfung gemäß AGB eine Frist von 30 Tagen. Schon am ersten Tag findet der Auftraggeber einen betriebsverhindernden Mangel, der weitere Tests ausschließt. Er bricht daher die Funktionsprüfung ab. Nach Beseitigung der Mängel stellt der Auftragnehmer das System erneut zur Funktionsprüfung bereit. Für diese Wiederholung stehen nur 14 Tage zur Verfügung. Das führt im Beispiel dazu, dass dem Auftraggeber insgesamt nur 15 Tage für die Funktionsprüfung zur Verfügung stehen. Durch diese erhebliche Verkürzung entdeckt er möglicherweise nicht alle vorhandenen wesentlichen Mängel und muss dennoch die Abnahme erklären.

Ist diese Konsequenz nicht gewünscht, sollte für die Wiederholung der Funktionsprüfungsfrist in Nummer 13.3 des Vertrages eine andere angemessene Frist für die Wiederholung der Funktionsprüfung vereinbart werden.

12.7 (Verfahren bei abnahmehindernden Mängeln in der Funktionsprüfung)

Schließt der Auftraggeber die Funktionsprüfung ab, zeigen sich dabei aber abnahmehindernde Mängel, so gilt ebenfalls Ziffer 12.6 entsprechend, d.h. der Auftraggeber teilt dem Auftragnehmer nach dem Ende der vereinbarten Funktionsprüfungszeit alle betriebsverhindernden, betriebsbehindernden und leichten Mängel mit und fordert ihn zu deren Beseitigung auf. Nach Beseitigung, erneuter Betriebsbereitschaftserklärung und Übergabe des Gesamtsystems steht dem Auftraggeber ein Funktionsprüfungszeitraum von 14 Tagen zur Verfügung.

12.8 (Erklärung der Abnahme)

Liegen nach der ursprünglichen oder - wegen Mängelbeseitigung und erneuter Tests - erneuten Funktionsprüfungszeit lediglich leichte Mängel im Sinne von Ziffer 3 der AGB vor, hat der Auftraggeber die Abnahme zu erklären. Ausnahmsweise kann allerdings auch in diesem Fall die Abnahme verweigert werden, nämlich dann, wenn die Anzahl der leichten Mängel dazu führt, dass die Nutzungseinschränkung des Gesamtsystems nicht unerheblich ist (Ziffer 3.2 der AGB).

Wird die Abnahme erklärt, muss der Auftraggeber aber darauf achten, dass sämtliche noch vorhandenen Mängel in der Abnahmeerklärung aufgeführt werden. Es ist unverzichtbar, dass der Auftraggeber sich in der Abnahmeerklärung die Mängelansprüche für diese Mängel vorbehält, ansonsten verliert er gemäß § 640 Abs.2

Nutzerhinweise EVB-IT System

BGB² die Mängelbeseitigungsansprüche (Gewährleistung) für diese Mängel. Ziffer 13.2 der AGB System regelt zwar, dass für die zum Zeitpunkt der Abnahme beiden Parteien bekannten und nicht behobenen Mängel die Mängelansprüche als vorbehalten gelten. Für diese Mängel gilt die Verpflichtung zur Mängelbeseitigung, ohne dass es eines ausdrücklichen Vorbehalts der Mängelansprüche durch den Auftraggeber bedarf. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Parteien möglicherweise während des Projektverlaufes bereits über schon bekannte Mängel kommuniziert haben. Diese tauchten möglicherweise in projektbegleitenden Mängellisten auf und sind bis zur Abnahme nicht behoben. Unabhängig von dieser Erklärungsfiktion ist jedoch dringend dazu zu raten, diesen Vorbehalt mit Bezug auf die im Ticketsystem oder anderweitig registrierten Mängel bei der Abnahme ausdrücklich zu erklären. Damit schafft man Klarheit für beide Seiten und schließt gleichzeitig das Risiko aus, dass der pauschale Vorbehalt in dieser Ziffer später von einem Gericht möglicherweise als unzureichend oder unwirksam angesehen wird. Dieses Restrisiko besteht, weil hier zu einem Zeitpunkt eine Erklärung fingiert wird, zu dem der Umfang etwaige Mängel im Abnahmezeitpunkt noch gar nicht absehbar ist.

12.9 (Teilabnahmen)

Nicht jede stufenweise oder schrittweise Projektrealisierung ist ein Grund, auch Teilabnahmen zu vereinbaren. Wird das Gesamtsystem lediglich modular in einzelnen voneinander abhängigen Projektabschnitten mit separat nicht nutzbaren Teilergebnissen erstellt, sollten z.B. keine Teilabnahmen vereinbart werden. Bei der Überprüfung dieser Systemteile handelt es sich dann lediglich um Zwischenprüfungen und nicht um Teilabnahmen. Wird das Gesamtsystem dagegen in einzelnen, für sich nutzbaren Projektteilen geliefert oder werden solche selbständigen Projektteile im zeitlichen Ablauf nacheinander realisiert, können auch Teilabnahmen vereinbart werden. Werden Teilabnahmen vereinbart, muss sichergestellt sein, dass die von den Teilabnahmen betroffenen Systemkomponenten möglichst isoliert voneinander nutzbar sind und auch ein entsprechendes Interesse des Auftraggebers an einer solchen Nutzung gegeben ist. Beliebige man es bei den gesetzlichen Fristen, nähme man das Risiko asynchroner Verjährungsfristen für Mängel in Kauf, denn die Frist für die Verjährung der Mängelansprüche für teilabgenommene Leistungen beginnt mit der Teilabnahme und endet zwei Jahre danach. Sie endet damit vor dem Ablauf der Verjährungsfrist für Mängel des Gesamtsystems. Ggf. kann dies sogar dazu führen, dass Mängelansprüche für teilabgenommene Leistungen bereits verjährt sind, bevor die Gesamtabnahme erteilt wurde. Das führt insbesondere dann zu Problemen, wenn Mängel des Gesamtsystems auf Mängel in teilabgenommenen Systemkomponenten zurückzuführen sind und die Verjährungsfrist für diese Systemkomponenten bereits abgelaufen ist. Um diesen Effekt abzumildern, regeln die AGB in Ziffer 13.4 abweichend vom Gesetz, dass die Verjährungsfristen für Teilabnahmen frühestens neun Monate nach der Gesamtabnahme enden (siehe auch die Kommentierung zu Ziffer 13.4).

Im Übrigen hat sich aufgrund der Verhandlungen mit dem BITKOM der Wortlaut der Regelungen zum Gegenstand der Teilabnahmen stark verändert. Inhaltlich gilt nach wie vor, dass die Teilleistung bei der Teilabnahme nicht auf Interoperabilität mit anderen Teilleistungen überprüft wird. Dies bleibt Gegenstand der Gesamtabnahme, die allein die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems feststellt. Diese Gesamtabnahme muss der Auftraggeber nur erklären, wenn das Gesamtsystem wie vertraglich vereinbart im Wesentlichen mangelfrei erstellt worden ist. Hierfür ist der Auftragnehmer nachweispflichtig.

² § 640 Abs 2 BGB: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.“

12.10 (Verzug)

Kann die Abnahme aufgrund von abnahmehindernden Mängeln nicht zum vereinbarten Vertragserfüllungstermin erklärt werden, hat der Auftragnehmer dies zu vertreten und gerät damit in Verzug. Es gelten dann die Regelungen in Ziffer 9 der AGB, insbesondere die Vertragsstrafenregelung für die Nichteinhaltung des Vertragserfüllungstermins.

12.11 (Förmlichkeit der Abnahme)

Die EVB-IT System regeln hier dass die Abnahme förmlich zu erfolgen hat. Dies bedeutet, dass weder Stillschweigen noch eine Nutzung des Gesamtsystems zu einer Abnahme führen. Hintergrund ist, dass der Auftraggeber aus Zeitgründen oder aus Schadensminimierungsgründen gezwungen sein kann, das Gesamtsystem bereits produktiv zu nutzen; obwohl es noch wesentliche Mängel aufweist.

Auch soll vermieden werden, dass mangels einer förmlichen Abnahme ein Abnahmezeitpunkt nicht nachweisbar feststeht und damit der Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung und des Verjährungsbeginns für Mängelansprüche unklar ist.

Verweigert der Auftraggeber aber eine förmliche Abnahme, obwohl das Gesamtsystem keine wesentlichen Mängel aufweist, dann tritt gemäß Ziffer 12.11 der AGB und § 640 BGB eine Abnahmefiktion ein. Der Auftraggeber sollte daher die Abnahme nicht verweigern, wenn das Gesamtsystem vertragsgemäß ist. Letztlich kann er so die gesetzlichen Folgen der Abnahme (Fälligkeit der Vergütung, Beweislastumkehr, Verjährungsbeginn für Mängelansprüche) nicht vermeiden, sondern geht das Risiko ein, dass er vom Auftragnehmer verklagt wird und ein Gericht die Abnahme feststellt. Schäden, die dem Auftragnehmer durch das Verhalten des Auftraggebers entstehen, z.B. eine Inanspruchnahme von Krediten, kann der Auftragnehmer ersetzt verlangen.

13. Rechte des Auftraggebers bei Mängeln des Gesamtsystems (Gewährleistung)

13.1 (Haftung für Sach- und Rechtsmängel)

Die AGB sehen - wie das Gesetz - eine verschuldensunabhängige Haftung des Auftragnehmers bei mangelhafter Leistung vor. Dies gilt sowohl für Sach- als auch für Rechtsmängel.

Begriff des Sachmangels:

Ein Werk ist gemäß § 633 BGB frei von Sachmängeln, wenn es bei Abnahme „die **vereinbarte Beschaffenheit**“ hat. Vor diesem Hintergrund sollte der Funktionsumfang des Gesamtsystems im Vertrag selbst oder in einer Anlage zum Vertrag möglichst exakt beschrieben werden (Leistungsprofil, Pflichtenheft). Ist diese Beschreibung lückenhaft oder liegt keine Beschreibung vor, liegt nach dem Gesetz auch dann ein Sachmangel vor, wenn das Werk sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung eignet oder keine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art des Werkes erwarten kann.

Beispiel:

Der Auftragnehmer schuldet ein Dokumentenmanagementsystem, das u. a. für die Verwaltung von E-Mails vorgesehen ist. Das System speichert und archiviert die E-Mails zwar ordnungsgemäß, die E-Mails lassen sich aber nach der Archivierung nicht mehr öffnen.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Auch in diesem Fall liegt ein Sachmangel des Dokumentenmanagementsystems vor, unabhängig davon, ob vereinbart war, dass die E-Mails sich nach der Archivierung wieder öffnen lassen, da der Auftraggeber diese Funktion erwarten kann.

Begriff des Rechtsmangels:

Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn vertraglich einzuräumende Rechte tatsächlich nicht oder nicht wie vereinbart eingeräumt werden. Rechte in diesem Sinne können z. B. das Eigentum an einer Systemkomponente oder Rechte an der Software sein.

Bei einem Rechtsmangel stehen dem Auftraggeber unter Beachtung der Besonderheiten gemäß Ziffer 14 der AGB dieselben Rechte wie bei Sachmängeln zu (siehe hierzu auch Abschnitt IV.14 dieser Hinweise).

Hinweis: Auch unwesentliche Rechts- und Sachmängel sind grundsätzlich beachtlich. Liegt ein unwesentlicher Mangel vor, hat der Auftraggeber demnach dieselben gesetzlichen und vertraglichen Mängelansprüche wie bei einem wesentlichen Mangel. Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Auftraggeber bei einem unwesentlichen Mangel nicht zum Rücktritt berechtigt ist (§ 323 Absatz 5 BGB).

13.2 (vorbehaltene Mängelansprüche)

Mängelansprüche bestehen nur für solche Sach- oder Rechtsmängel, die bereits zum Zeitpunkt der Abnahme vorhanden sind.

Soweit der Auftraggeber diese Mängel bei der Abnahme kannte, muss er sich seine Mängelansprüche vorbehalten, es sei denn, auch der Auftragnehmer kannte diese Mängel. Für den letzten Fall gelten die Mängelansprüche gemäß dieser Ziffer als vorbehalten. Die Regelung berücksichtigt die gängige Praxis, in IT-Projekten schon während der Projektlaufzeit auftretende Störungen in einem Ticketsystem zu verwalten. Dadurch sind regelmäßig beiden Parteien viele Mängel bekannt. Diese Kenntnis würde es nach der gesetzlichen Regelung zu einem Ausschluss der Mängelansprüche führen, wenn der Auftraggeber sich Ansprüche wegen dieser Mängel bei der Abnahme nicht ausdrücklich vorbehält. Diese Regelung soll hier Abhilfe schaffen. Unabhängig davon ist jedoch dringend dazu zu raten, diesen Vorbehalt mit Bezug auf die im Ticketsystem oder anderweitig registrierten Mängel bei der Abnahme ausdrücklich zu erklären (siehe dazu auch Kommentierung zu Ziffer 12.8).

13.3 (Verjährung von Mängelansprüchen)

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche (Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz) beträgt grundsätzlich 24 Monate. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme, bei Teilabnahmen mit der jeweiligen Teilabnahme (siehe dazu näher in Abschnitt IV.13.4 dieser Hinweise).

Gemäß Ziffer 13.3 Satz 2 endet das Rücktrittsrecht (siehe hierzu insbesondere Abschnitt IV.13.11 dieser Hinweise) des Auftraggebers „bezogen auf die Standardsoftware“ aber bereits nach zwölf Monaten. **Der Auftraggeber muss daher nach Ablauf von zwölf Monaten i. d. R. die Standardsoftware auf jeden Fall behalten.** Er kann aber vom Vertrag in Bezug auf das System im Übrigen weiterhin zurücktreten (wobei Rücktrittsgrund auch die Mangelhaftigkeit der Standardsoftware sein kann) und es bleiben ihm daneben auch in Bezug auf die Standardsoftware die übrigen Mängelansprüche (Ziffern 13.10 bis 13.11 der AGB). Der Auftraggeber kann also auch nach Ablauf von 12 Monaten der Verjährungsfrist wegen der mangelhaften Standardsoftware mindern. Diese Minderung kann den gesamten Preis der Standardsoftware ausmachen, wenn

Nutzerhinweise EVB-IT System

diese insgesamt wegen des Mangels nicht nutzbar ist.

Diese Einschränkung des Rücktrittsrechts stellt einen Verhandlungskompromiss dar. Er berücksichtigt dass im Regelfall die Standardsoftwareanbieter lediglich eine Verjährungsfrist von 12 Monaten einräumen und damit der Auftragnehmer einer Haftungslücke ausgesetzt ist. Der Auftraggeber kann hingegen die Standardsoftware weiter nutzen, zumal – wie vorstehend erläutert – ihm die übrigen Mängelansprüche verbleiben. Die Regelung findet sich entsprechend auch in den EVB-IT Systemlieferungs-AGB.

13.4 Beginn und Verjährung der Mängelansprüche für Teilabnahmen

Wie bereits in Abschnitt IV.12.9 dieser Hinweise ausgeführt, bergen Teilabnahmen stets das Risiko asynchroner Verjährungsfristen für Mängel, denn die Frist für die Verjährung der Mängelansprüche für teilabgenommene Leistungen beginnt mit der Teilabnahme und endet zwei Jahre danach. Sie endet damit vor dem Ablauf der Verjährungsfrist für Ansprüche bei Mängeln des Gesamtsystems. Ggf. kann dies sogar dazu führen, dass Mängelansprüche für teilabgenommene Leistungen bereits verjährt sind, bevor die Gesamtabnahme erteilt wurde. Das führt insbesondere dann zu Problemen, wenn Mängel des Gesamtsystems auf Mängel in teilabgenommenen Systemkomponenten zurückzuführen sind und die Verjährungsfrist für diese Systemkomponenten bereits abgelaufen ist. Um diesen Effekt abzumildern regelt diese Ziffer 13.4, dass die Verjährungsfristen für Teilabnahmen frühestens neun Monate nach der Gesamtabnahme enden.

Diese Regelung soll dafür sorgen, dass der Auftraggeber noch für einen gewissen Zeitraum nach der Gesamtabnahme (neun Monate) die Chance hat, im dann laufenden Gesamtsystem Mängel an allen teilabgenommenen Leistungen zu identifizieren und Mängelansprüche geltend zu machen.

Die Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Mängeln bei Teilleistungen ist damit unter Umständen aber länger als die Verjährungsfrist für Ansprüche bei Mängeln am Gesamtsystem, nämlich immer dann, wenn die Teilabnahme mehr als 15 Monate vor der Gesamtabnahme liegt, wie das Beispiel zeigt.

Beispiel:

Eine Teilabnahme erfolgt am 31. Mai 2012. Die Gesamtabnahme erfolgt am 31. Mai 2014. Damit verjähren die Mängelansprüche für die teilabgenommene Leistung erst nach insgesamt 33 Monaten, d.h. am 28. Februar 2015. Ohne die Regelung in den AGB liefe diese Frist bereits am 31. Mai 2014 ab.

Unabhängig davon sollte immer dann, wenn zwischen der Teilabnahme und der Gesamtabnahme ein längerer Zeitraum, z.B. mehr als zwei Jahre, das Ende der jeweiligen Verjährungsfristen für die einzelnen Teilleistungen in Nummer 14.2 des Vertrages individualvertraglich geregelt werden. (zum Vorliegen einer individualvertraglichen Regelung siehe Abschnitt III.14.2 dieser Hinweise). Das schafft für beide Seiten Transparenz und Rechtssicherheit.

Die vorgenannte Neun-Monatsfrist ab Gesamtabnahme gilt auch dann, wenn sich die Gesamtabnahme verzögert, z.B. wegen abnahmehindernden Mängeln. Die Neun-Monatsfrist beginnt jedoch bereits mit dem geplanten Gesamtabnahmetermin, wenn sich dieser aus Gründen verschiebt, die der Auftraggeber zu vertreten hat, z.B. durch die Nichterfüllung von Mitwirkungsobliegenheiten.

Ziffer 13.4 stellt außerdem sicher, dass Ansprüche wegen Mängeln an teilabgenommenen Leistungen dann nicht vorfristig verjähren, wenn diese gleichzeitig Mängel des Gesamtsystems darstellen.

13.5 (Ausschluss der Mängelhaftung)

Gemäß dieser Ziffer ist die Mängelhaftung ausgeschlossen für:

- vom Auftraggeber beigestellte Systemkomponenten;

Nutzerhinweise EVB-IT System

- vom Auftraggeber geänderte Systemkomponenten, es sei denn, der Auftraggeber weist nach, dass die Änderung nicht ursächlich für den Mangel und nicht auf eine vorhergehende Selbstvornahme zurückzuführen war;
- Software (Individual- oder Standardsoftware), die der Auftraggeber nicht in der vereinbarten Systemumgebung einsetzt, es sei denn, er weist nach, dass dieser Einsatz nicht ursächlich für den Mangel war.

Die beiden letzten Ausschlüsse gehen darauf zurück, dass der Auftragnehmer nur für die Mangelfreiheit des Gesamtsystems in der Gestalt haften soll, wie es zum Zeitpunkt der Abnahme vereinbarungsgemäß vorlag, nicht aber für eigenmächtige Änderungen durch den Auftraggeber. Dies sollte sich der Auftraggeber bei der Planung von Änderungen des Gesamtsystems stets vor Augen halten und prüfen, inwieweit Änderungen zum Verlust von Mängelansprüchen führen können und wie dem zu begegnen ist, z.B. durch Beauftragung des Auftragnehmers.

13.6 (Ausschluss der Rechtsmängelhaftung)

Im Gegensatz zu den bisherigen EVB-IT System und den EVB-IT Systemlieferung wurde in **dieser** Ziffer **dem** Wunsch des BITKOM **entsprochen**, die Rechtsmängelhaftung für Systemkomponenten **für** bestimmte Ansprüche wegen Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen im Sinne der deutschen Rechtsordnung **auszuschließen**, die Dritte gegen den Auftraggeber wegen dessen Nutzung von Systemkomponenten außerhalb von EU und EFTA geltend machen. Ist durch den Auftraggeber eine Nutzung außerhalb von EU und EFTA vorgesehen, z.B. im Rahmen von Entwicklungshilfeprojekten, hat der Auftraggeber die Möglichkeit, **in Nummer 14.6 des Vertrages** diese Haftungsbegrenzung aufzuheben und somit die Haftung des Auftragnehmers wieder auf den Nicht-EU und Nicht-EFTA –Bereich zu erstrecken. In diesen Fällen sind ferner die einschlägigen Exportkontrollvorschriften zu beachten.

13.7 (Hemmung der Verjährung)

Hier wird geregelt, dass die Verjährung gehemmt, d. h. der Fristlauf angehalten wird, wenn der Auftraggeber einen Mangel rügt und die Parteien über das Vorhandensein dieses Mangels verhandeln³. Die Verjährung läuft erst weiter, wenn die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert wird. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang angenommen, dass Verhandlungen schon dann gegeben sind, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der anderen Partei die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein.

Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein. Damit soll sichergestellt werden, dass der Auftraggeber auch dann genügend Zeit hat, seine Mängelansprüche gerichtlich geltend zu machen, wenn zwischen dem Ende der Verhandlung und dem eigentlichen Ende der Verjährungsfrist weniger als drei Monate, z. B. nur noch wenige Tage liegen.

Achtung:

³ § 203 BGB Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen

Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Dies ist u. a. deshalb so wichtig, weil entgegen einer verbreiteten irrigen Auffassung keinerlei Hemmung der Verjährung durch die bloße Mängelrüge oder sonstige außergerichtliche Handlungen des Auftraggebers eintritt. Das bedeutet, dass es nicht genügt, bestimmte Mängel vor dem Ende der Verjährungsfrist anzuzeigen oder deswegen eine Frist zu setzen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Auftragnehmer, wie gerade beschrieben, im Sinne von § 203 BGB verhandelt. Tut er dies nicht, kann der Auftraggeber die Verjährung der Mängelansprüche nur verhindern, indem er noch vor Ablauf der Verjährungsfrist gerichtliche Maßnahmen ergreift, z. B. ein Beweissicherungsverfahren beantragt oder eine Klage einreicht.

Hat der Auftragnehmer einen Mangel arglistig verschwiegen, so gelten für die Verjährung der entsprechenden Mängelansprüche andere gesetzliche Fristen. Es gilt hier in der Regel eine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Ende des Jahres, in dem der Auftraggeber Kenntnis vom Mangel erlangt hat. Wenn er keine Kenntnis erlangt, endet die Frist zehn Jahre nach Ende des Jahres, in dem die jeweilige Leistung erfolgt ist, in Einzelfällen aber auch von bis zu 30 Jahren.

13.8 (Zumutbarkeit der Übernahme einer neuen Systemkomponente im Rahmen der Mängelbeseitigung)

Die Regelung entspricht im Wesentlichen derjenigen aus Ziffer 4.1.1 der AGB für den Bereich des Systemservice (siehe dazu Abschnitt IV.4.1.1 Absatz 1 dieser Hinweise). Jedoch kann die Übernahme nicht nur - wie dort geregelt - abgelehnt werden, wenn die neue Systemkomponente wesentlich von der **vereinbarten Ausführung** abweicht, sondern auch dann, wenn sie eine **wesentlich andere Bedienung** erfordert.

13.9 (Übernahme einer neuen Systemkomponente im Rahmen der Mängelbeseitigung)

Siehe dazu Abschnitt IV.4.1.1 Absatz 2 dieser Hinweise.

13.10 (Nacherfüllung)

Zunächst kann der Auftraggeber Nacherfüllung verlangen, vgl. § 634 S.1 BGB und Ziffer 13.10 der AGB. Nacherfüllung ist der Oberbegriff für Neuerstellung oder Reparatur. Die Ausübung des Wahlrechts erfolgt durch den Auftragnehmer. Die Kosten der Nacherfüllung, einschließlich der Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten trägt der Auftragnehmer (§ 635 Abs. 2 BGB und Ziffer 13.10 der AGB).

13.11 (Selbstvornahme, Minderung und Rücktritt)

Beseitigt der Auftragnehmer den Mangel nicht bis zum Ablauf einer ihm gesetzten Frist, hat der Auftraggeber folgende Rechte:

Selbstvornahme

Die Selbstvornahme umfasst das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und anschließend den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. In Abweichung von der gesetzlichen Regelung in § 637 Abs. 1 BGB ist gemäß dieser Ziffer Voraussetzung für die Selbstvornahme nicht nur der erfolglose Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung sondern zusätzlich der erfolglose Ablauf einer weiteren Frist. Bei dieser weiteren Fristsetzung muss der Auftraggeber zudem ausdrücklich darauf hinweisen, dass für den Fall des erfolglosen Fristablaufs die Selbstvornahme gewählt wird. Hiermit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass gerade im IT-Bereich die Selbstvornahme in der Regel für beide Seiten erhebliche Probleme aufwirft und daher gut überlegt sein sollte. Für den Auftraggeber ist die Selbstvornahme aufgrund der Komplexität der Leistung und seiner naturgemäß eingeschränkten Fach- und Sachkenntnis per se problematisch.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Ihm bleibt in der Regel nur die Einschaltung eines entsprechend kundigen Dritten. Auch dieser muss sich aber mit u.U. erheblichem Zeit- und Kostenaufwand einarbeiten. Trotz sorgfältiger Einarbeitung bleibt aber ein erhebliches Risiko des Scheiterns der Selbstvornahme und eine nicht unerhebliche Erhöhung der Projektrisiken insgesamt. Dem Auftragnehmer bereitet eine Selbstvornahme des Auftraggebers wiederum erhebliche Probleme, weil dadurch, insbesondere durch die Einschaltung eines Dritten, u.U. erhebliche Mehrkosten auf ihn zukommen und in der Regel auch sein Interesse am Schutz seines Know-how beeinträchtigt werden wird.

Dennoch ist das Recht zur Selbstvornahme ein unverzichtbares Druckmittel auf einen leistungsunwilligen Auftragnehmer. Darüber hinaus verschafft es dem Auftraggeber die Möglichkeit, sich selbst zu helfen, wenn eine Hilfe vom Auftragnehmer nicht mehr zu erwarten ist.

Minderung

Voraussetzung für die Minderung ist wie bei der Selbstvornahme ebenfalls eine nochmalige Fristsetzung durch den Auftraggeber, allerdings ohne entsprechende Ankündigung der Konsequenzen. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Fristsetzung kann der Auftraggeber die Vergütung mindern, d. h. einen Teil der Vergütung für das Gesamtsystem nicht zahlen bzw. zurückfordern.

Bei einer Minderung ist jedoch große Vorsicht geboten, denn der Auftraggeber muss künftig mit dem Mangel leben, der Anlass zur Minderung war, da er seine Beseitigung nicht mehr verlangen kann.

Der sog. Minderungsbetrag, also der Betrag, um den die Vergütung für die Erstellung des Gesamtsystems herabgesetzt wird, ist die Differenz zwischen dem Wert des Gesamtsystems ohne Mangel und dessen Wert mit Mangel.

Sowohl zur Klärung, ob eine Minderung überhaupt in Frage kommt, als auch zur Bestimmung des Minderungsbetrages ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob und wie sich der Mangel in den verschiedenen Teilen des Gesamtsystems in den verschiedenen Einsatzszenarien auswirkt. Besteht hierüber keine Klarheit, sollte im Zweifel die Beseitigung des Mangels verlangt und von einer Minderung abgesehen werden.

Rücktritt

Statt zu mindern kann der Auftragnehmer nach nochmaliger Fristsetzung auch ganz oder teilweise vom Vertrag zurücktreten. Bei einem nur unerheblichen Mangel ist ein Rücktritt allerdings nicht möglich (siehe § 323 Absatz 5 Satz 2 BGB). Der Rücktritt ist damit der einzige Mängelanspruch, der von der Wesentlichkeit des Mangels abhängig ist.

13.12 (Schadensersatz und Aufwendungsersatz)

Bei allen oben besprochenen Mängelhaftungsansprüchen handelt es sich um so genannte verschuldensunabhängige Ansprüche. Das heißt, es kommt bei der Geltendmachung dieser Ansprüche nicht darauf an, ob dem Auftragnehmer der Mangel in irgendeiner Form vorzuwerfen ist. Hat der Auftragnehmer den Mangel verschuldet, kann der Auftraggeber darüber hinaus auch Schadensersatzansprüche geltend machen. Das Verschulden muss nicht vom Auftraggeber nachgewiesen werden, sondern es wird Fahrlässigkeit vermutet. Der Auftragnehmer schuldet nur dann keinen Schadensersatz, wenn er beweisen kann, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat.

Will der Auftraggeber dagegen die Sache zurückgeben und Schadensersatz statt der Leistung geltend machen, muss eine vorherige, erfolglose Nachfristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung erfolgt sein.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Alternativ zum Schadensersatz und unter denselben Voraussetzungen kann auch Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB verlangt werden.

Die Höhe des Schadens- und Aufwendungsersatzes ist in Ziffer 15 der AGB mit den dort aufgeführten Ausnahmen gedeckelt, soweit nicht in Nummer 15 des Vertrages eine andere Regelung getroffen wurde (siehe dazu auch Abschnitte II.3 und III.15 dieser Hinweise).

14. Schutzrechte Dritter

Hier wird der Fall geregelt, dass durch die Systemkomponenten des Gesamtsystems Schutzrechte Dritter verletzt werden. Dies ist immer dann gegeben, wenn Dritte in Bezug auf Systemkomponenten Rechte gegenüber dem Auftraggeber geltend machen können, weil diesem vertraglich vereinbarte Rechte, wie zum Beispiel Eigentum und Nutzungsrechte, tatsächlich nicht oder nicht vollständig eingeräumt wurden. Bei der Verletzung von Schutzrechten liegt daher stets ein Rechtsmangel vor. Seit der Schuldrechtsreform gelten für Rechtsmängel dieselben gesetzlichen Regelungen wie für Sachmängel. Ziffer 13 der AGB bezieht sich daher sowohl auf Sach- als auch auf Rechtsmängel.

Neben den gesetzlichen und vertraglichen Mängelansprüchen sieht Ziffer 14 bei Ansprüchen Dritter wegen der Verletzung von Schutzrechten durch die Nutzung von Systemkomponenten nunmehr als Kompromiss mit der Wirtschaft zusätzliche und gemäß Ziffer 13.10 der AGB für den Fall der Nacherfüllung vorrangige Regelungen vor. Damit enthalten nunmehr wieder alle geltenden EVB-IT gesonderte Regelungen zu Schutzrechten, wobei die Regelungen in den Systemverträgen deutlich günstiger zugunsten der Auftraggeberseite als in den Basis EVB-IT ausfällt.

Der Auftragnehmer hat nunmehr bei Schutzrechtsverletzungen das Recht,

- die das Schutzrecht verletzende Systemkomponente so zu ändern bzw. zu ersetzen, dass keine Schutzrechtsverletzung mehr vorliegt, solange er vom vereinbarten Funktions- und Leistungsumfang nicht unzumutbar für den Auftraggeber abweicht,
- den Auftraggeber gegenüber dem jeweiligen Schutzrechtsinhaber freizustellen oder
- die das Schutzrecht verletzende Systemkomponente gegen Erstattung der entsprechenden Vergütung zurückzunehmen.

Unabhängig davon bleiben die sonstigen Ansprüche des Auftraggebers auf Selbstvornahme, Minderung, Rücktritt und Schadensersatz in diesem Zusammenhang aber unberührt. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Auftragnehmer die dritte der obigen Varianten, die Rücknahme der Systemkomponente wählt, weil hierdurch dem Auftraggeber in der Regel weitere Nachteile entstehen, die der Kompensation bedürfen.

15. Haftungsbeschränkung

Das Gesetz kennt faktisch keine Begrenzung der Haftung. Der Auftragnehmer haftet somit für jeden von ihm schuldhaft verursachten Schaden in voller Höhe. Das gilt auch, soweit ihm nur leichteste Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Er haftet auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen. Dies gilt sogar dann, wenn ihn selbst an deren Verhalten keinerlei Verschulden trifft.

Es ist üblich, für die Fälle der leichten Fahrlässigkeit zugunsten des Auftragnehmers Haftungsbeschränkungen zu vereinbaren. Dies soll es dem Auftragnehmer u. a. ermöglichen, das Risiko eines Projektes vernünftig zu kalkulieren. Insbesondere Anbietern der Großindustrie fällt es regelmäßig aufgrund ihrer internen Richtlinien,

Nutzerhinweise EVB-IT System

teilweise aber auch aufgrund externer Vorgaben (z. B. US-amerikanischen Revenue Recognition Rules) sehr schwer, Angebote ohne Haftungsbegrenzung abzugeben.

Deshalb sehen die EVB-IT System-AGB standardmäßig Begrenzungen der Schadensersatzhaftung vor. Diese gelten aber nicht für Ansprüche wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, bei der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, bei Arglist, soweit das Produkthaftungsgesetz zur Anwendung kommt sowie bei Garantieverprechen.

15.1 Begrenzung der Höhe nach bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen

Die AGB begrenzen Ansprüche gegen den Auftragnehmer in Fällen leichter Fahrlässigkeit zunächst der Höhe nach:

Gemäß Ziffer 15.1 werden Schadensersatz-, Freistellungs- und Aufwendungsersatzansprüche grundsätzlich für alle Schadensfälle zusammengenommen insgesamt auf den Auftragswert begrenzt. Bei Kleinaufträgen gelten die ebenfalls in Ziffer 15.1 genannten Abweichungen. Im Gegensatz zu den bisherigen EVB-IT System-AGB gelten diese Begrenzungen nunmehr auch für Freistellungsansprüche und für alle Aufwendungsersatzansprüche, insbesondere auch für den Aufwendungsersatz aus der Selbstvornahme und nicht nur für solche Ansprüche gemäß §§ 280 bis 284 BGB.

15.2 Sonderregelung für Haftung für den Systemservice

Die AGB begrenzen die Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen im Rahmen des Systemservices auf die Vergütung, die für die gesamte Vertragslaufzeit des Systemservices zu zahlen ist. Sie beträgt aber mindestens das Doppelte und ist auf das Vierfache der für das erste Servicejahr zu zahlenden Vergütung gedeckelt. Dabei bleiben jedoch Reduktionen, die aufgrund parallel bestehender Mängelhaftungsansprüche vereinbart werden, außer Betracht.

Beispiel:

Die Laufzeit des Systemservice beträgt drei Jahre. Die jährliche Pauschale beträgt 5.000 €. Wegen paralleler Gewährleistungsansprüche wird die Pauschale für das erste Vertragsjahr auf 2.500 € reduziert. Die Haftungsobergrenze beträgt somit $3 * 5.000 \text{ €} = 15.000 \text{ €}$, da die Reduzierung für das erste Jahr außer Betracht bleibt.

Soweit die Leistungen des Systemservice ganz oder teilweise nach Aufwand zu vergüten sind, kann die Berechnung der „jährlich zu zahlenden Vergütung“ und damit der Haftungsobergrenze endgültig erst am Ende der Vertragslaufzeit ermittelt werden, es sei denn, die Obergrenze (vierfache Vergütung des ersten Jahres) wird vorher erreicht. Erst dann steht fest, welche Leistungen tatsächlich erbracht wurden. Bis dahin kann aber immerhin Schadensersatz in Höhe der bis dahin gezahlten Vergütung für den Systemservice geltend gemacht werden. Praktisch werden Schadensersatzansprüche jedoch ohnehin mit einem erheblichen Nachlauf geltend gemacht, so dass diese nachträgliche Bestimmung keine größeren Probleme aufwerfen dürfte.

15.3 (Haftung bei Datenverlust - keine Kommentierung)

15.4 (Ausschluss der Haftungsbeschränkungen - keine Kommentierung)

15.5 (Haftung für entgangenen Gewinn)

Die AGB schließen unabhängig vom Verschuldensgrund Ansprüche aus entgangenem Gewinn aus. In Nummer 15.4 des Vertrages kann der Ersatz des entgangenen Gewinns wieder vereinbart werden. Dies ist insbesondere wichtig für Auftraggeber, deren Tätigkeit auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Ist der Ersatz des entgangenen Gewinns auf diese Weise vereinbart worden, gelten die übrigen vereinbarten Haftungsgrenzen auch für diesen Schaden. Ist der Ersatz des entgangenen Gewinns für den Auftraggeber von erheblicher Bedeutung, ist zusätzlich zu einer Wahl des Ankreuzfeldes in Nummer 15.4 des Vertrages sorgfältig zu abzuwägen, ob die Haftungssummen in Nummer 15.1 des Vertrags ggf. unter Berücksichtigung des denkbaren Schadens anzupassen sind. Beides wird sich aber in aller Regel erheblich auf die Preisbildung des Auftragnehmers auswirken.

16. Laufzeit und Kündigung

16.1 (Dauerschuldverhältnisse)

Soweit nichts anderes vereinbart ist, beginnen die im Vertrag vereinbarten Dauerschuldverhältnisse mit der Erklärung der Abnahme des Gesamtsystems. In einigen Fällen kann es aber sinnvoll sein, den Beginn einzelner Dauerschuldverhältnisse gegenüber der Abnahme vorzulegen. Dies ist z.B. dann sinnvoll, wenn Hardware bereits vor der Abnahme für andere Zwecke oder auch im Zuge der Altdatenübernahme für das neu zu schaffende Gesamtsystem genutzt werden soll. Hierbei ist zu beachten, dass ein vorgezogener Beginn im Falle des Scheiterns der Abnahme verschiedene Abwicklungsprobleme aufwirft, zu deren Lösung ggf. im Vertragsformular besondere Vereinbarungen getroffen werden sollten.

16.1.1 (unbefristete Dauerschuldverhältnisse)

Soweit nichts anderes vereinbart ist, können unbefristete Dauerschuldverhältnisse von jeder der beiden Seiten mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende ordentlich gekündigt werden; dies gilt selbstverständlich frühestens zum Ende der Mindestvertragsdauer.

16.1.2 (Auswirkung von Kündigungen auf Dauerschuldverhältnisse)

Unabhängig davon erfasst eine Kündigung des Systemvertrages insgesamt auch die Dauerschuldverhältnisse. Dabei ist zu beachten, dass bei einer Kündigung, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, in entsprechender Anwendung von § 649 BGB u.U. erhebliche weitere Kosten auf den Auftraggeber zukommen können. In derartigen Fällen sollte daher sorgfältig geprüft werden, ob es nicht sinnvoll ist, diese Dauerschuldverhältnisse aus der Kündigung des Systemvertrages auszunehmen, diese fortzusetzen und z.B. die gemietete Hardware anderweitig zu nutzen. Insbesondere bei Softwaremiete sind dabei jedoch etwaige vertragliche Beschränkungen zu beachten – insbesondere ist deren Nutzung gemäß Ziffer 2.3.1.2 der AGB nur innerhalb des Gesamtsystems möglich und eine Übertragbarkeit der Nutzungsrechte ist ausgeschlossen.

16.1.3 (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund – keine Kommentierung)

16.2 (Kündigung gem. § 649 BGB)

Der Werkvertrag kann gemäß § 649 BGB vor der Abnahme jederzeit durch den Auftraggeber gekündigt werden. Es bedarf dazu keines Grundes. Als Ausgleich zu diesem freien Kündigungsrecht hat der Auftraggeber aber die vereinbarte Vergütung zu zahlen abzüglich der Aufwendungen, die der Auftragnehmer aufgrund der Kündigung spart oder böswillig zu sparen unterlässt. Die Beweislast für die Ersparnis trägt der Auftraggeber, wobei gesetzlich vermutet wird, dass der Auftragnehmer Anspruch auf 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Leistung entfallenden Vergütung hat.

Ziffer 16.2 der AGB modifiziert diese gesetzlichen Regelungen kaum. Nummer 17.7 des Vertrages bietet für den Fall der Kündigung nach § 649 BGB die Möglichkeit, individuell die Ansprüche des Auftragnehmers anders zu regeln, z.B. zu pauschalieren.

16.3 (Kündigung des Vertrages bei Vorliegen eines wichtigen Grundes)

Die Rechtsprechung erkennt an, dass der Werkvertrag neben den gesetzlichen Fällen von § 649 (siehe oben zu Ziffer 16.2) und § 643 (siehe auch Abschnitte III.12 und IV.11 dieser Hinweise) auch von beiden Parteien aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Ein solcher Fall kann z.B. die Insolvenz des Auftragnehmers sein (nicht ganz unbestritten) oder z.B. auch hartnäckige Nichtzahlung von Abschlagszahlungen durch den Auftraggeber. Besteht wie bei letzterem Beispiel der wichtige Grund in der Verletzung einer vertraglichen Pflicht, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe gesetzten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig, soweit nicht gemäß § 323 Absatz 2 BGB eine Fristsetzung entbehrlich ist.

Exkurs:

Durch die Einbeziehung von Dauerschuldverhältnissen in den Systemvertrag und die dadurch auch nach Abnahme fortwirkenden beidseitigen Verpflichtungen soll nach einer Ansicht ein Problem im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers entstehen. Nach einer Ansicht soll dies sogar dazu führen, dass dauerhafte Nutzungsrechte, die bereits eingeräumt und dementsprechend in der Regel auch vergütet wurden, für die Zukunft entfallen. Das wiederum hätte zur Folge, dass das Gesamtsystem nicht mehr genutzt werden könnte. Diese Meinung ist zwar weitgehend abzulehnen. Ein insolvenzrechtliches Problem ist jedoch auch nicht sicher auszuschließen. Um es sicher auszuschließen, müsste auf die Einbeziehung von Dauerschuldverhältnissen verzichtet werden. Diese müssten vielmehr in gesonderten Verträgen vereinbart werden, die dann getrennt vom Hauptvertrag zu betrachten wären.

Hinweis: Für die Wartung und Pflege des Gesamtsystems bzw. einzelner Systemkomponenten soll mit dem EVB-IT Systemservicevertrag künftig eine solche Möglichkeit geschaffen werden.

16.3.1 und 16.3.2 (Folgen der Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes)

Im Falle der Kündigung wegen eines wichtigen Grundes wird der Systemvertrag „ex nunc“ beendet. Das bedeutet im Gegensatz zum Rücktritt, dass die gegenseitigen Verpflichtungen auf Leistungserbringung und Zahlung mit Wirksamwerden der Kündigung für die Zukunft beendet sind.

Die AGB regeln in diesen beiden Klauseln die Rechte und Pflichten der Parteien nach einer Kündigung aus wichtigem Grund, den der Auftragnehmer zu vertreten hat. Dies ist der in der Praxis wichtigste und häufigste

Nutzerhinweise EVB-IT System

Fall und ist auch wegen der Frage nach Art und Umfang der Nutzungsrechte des Auftraggebers im Kündigungsfall regelungsbedürftig. Die Fälle, in denen der Auftraggeber, beide Parteien oder keine der Parteien die Kündigung zu vertreten haben, werden nicht explizit geregelt. Bei Verschulden des Auftraggebers werden wohl Schadensersatzansprüche begründet werden.

17. Änderung der Leistung nach Vertragsabschluss

Auch wenn die Parteien am Anfang eines IT-Projektes alle Rahmenbedingungen abschließend vereinbart und sich die Parteien auf den Leistungsumfang geeinigt haben, kommt es fast in jedem Projektverlauf zu Änderungsbedarf. Es können sich Ziele, benötigte Funktionalitäten, Zuständigkeiten etc. ändern. Entsprechende Änderungswünsche werden auch „Change Requests“ genannt. Mangelhaftes Change-Request-Management ist der Hauptgrund für das Scheitern von IT-Projekten. Das ordnungsgemäße Change Request Management ist daher einer der wichtigsten Aufgaben des Projektmanagements. Ein Projektmanager, der das Change-Request-Management beherrscht, und diszipliniert praktiziert, trägt somit einen großen Teil zum Projekterfolg bei und vermeidet Streit mit dem Auftraggeber. Daher ist es wichtig, dass sich die Parteien bereits im Vertrag über das Verfahren einigen, wie der Vertrag in solchen Fällen angepasst werden kann.

Leistungsänderungen sollten akribisch dokumentiert werden. Dokumentieren die Parteien nicht jede Veränderung der Leistung und einigen sie sich nicht schriftlich darüber, welche Auswirkung die Veränderung auf Vergütung und Ausführungsfristen haben wird, läuft ein IT-Projekt schnell „aus dem Ruder“. Ziffer 17.1 der AGB regeln daher, dass jede Änderung auf einem Formular (gesonderte Zusatzvereinbarung) gemäß Muster 3 zum EVB-IT Systemvertrag -Änderungsverfahren EVB-IT Systemvertrag- festgehalten werden muss.

Darin ist auch vorgesehen, dass die Parteien mit der Vereinbarung der Leistungsänderung gleichzeitig die eventuellen geänderten Vergütungs- und Terminvereinbarungen dokumentieren. Nur wenn diese Zusatzvereinbarung unterschrieben ist und die Parteien sich über alle Implikationen der Änderung (Vergütung, Fristen) geeinigt haben, ist der ursprüngliche Vertrag geändert worden.

Achtung:

Unabhängig von der rechtlichen Möglichkeit, einen Vertrag nachträglich jederzeit ändern zu können, wenn der Vertragspartner einverstanden ist oder dies nach den Regelungen des Vertrages zulässig ist, hat der öffentliche Auftraggeber stets die vergaberechtlichen Voraussetzungen einer solchen Änderung zu prüfen.

Schematisch stellen sich die Regelungen zum Änderungsverlangen und zum Änderungsmanagement in dieser Ziffer wie folgt dar:

- Anspruch des Auftraggebers auf Änderung, es sei denn diese ist für den Auftragnehmer unzumutbar (Ziffer 17.1 der AGB).
- Prüfungsverfahren durch den Auftragnehmer. Mitteilung ob Änderung zumutbar oder wenn nicht, warum sie unzumutbar ist (Ziffer 17.2 der AGB). Der Auftraggeber hat nur Anspruch auf Zahlung des Prüfungsaufwandes, wenn eine umfangreiche Zahlung notwendig wird (Ziffer 17.5 der AGB).
- Ist die Änderung zumutbar und hat sie keine Auswirkung auf Vergütung und Ausführungsfristen, wird der Auftragnehmer die Änderung unverzüglich durchführen und dem Auftraggeber dies mitteilen (Ziffer 17.3 der AGB).

Nutzerhinweise EVB-IT System

- Ist die Änderung zumutbar und hat sie Auswirkung auf Vergütung und/oder Ausführungsfristen, wird der Auftragnehmer ein Realisierungsangebot unterbreiten. Der Auftraggeber wird dieses in angemessener Frist ablehnen oder annehmen (Ziffer 17.4 der AGB).

18. Quellcodehinterlegung bei Standardsoftware

18.1 (Übergabe des Quellcodes der Individualsoftware und Anpassungen von Standardsoftware)

Gemäß dieser Ziffer besteht der Grundsatz, dass der Auftragnehmer mit Abnahme des Gesamtsystems den Quellcode der Individualsoftware und etwaiger Anpassungen der Standardsoftware auf Quellcodeebene, die nicht in den Standard übernommen werden sollen, übergibt.

In Nummer 17.2.1 des Vertrages kann Art und Zeitpunkt der Übergabe differenzierter vereinbart werden. In dieser Nummer kann darüber hinaus abweichend vom Grundsatz der Übergabe des Quellcodes vereinbart werden, dass nur der Objektcode überlassen wird. Zu erwägen ist dabei jedoch stets, ob in diesem Fall nicht zumindest die Hinterlegung des Quellcodes in Nummer 17.2.2 des Vertrages vereinbart werden sollte. Die AGB regeln in dieser Ziffer außerdem Mindestanforderungen an die Qualität der Dokumentation des Quellcodes.

18.2 (Hinterlegung des Quellcodes von Standard- bzw. Individualsoftware)

In Nummer 17.2.2 des Vertrages kann die Hinterlegung des Quellcodes von Standard- bzw. Individualsoftware vereinbart werden. Die Nutzungsrechte für den Fall der Herausgabe des Quellcodes an den Auftraggeber ergeben sich aus dieser Ziffer. Der Auftraggeber darf in diesem Fall den Quellcode zum Zwecke der Fehlerbeseitigung und zur Aufrechterhaltung der Nutzungsmöglichkeit bearbeiten und mit Hilfe der bearbeiteten Fassung neue ausführbare Programmstände erzeugen.

Achtung:

Standardsoftwareanbieter sind in der Regel nicht zur Überlassung der Quellcodes ihrer Software bereit, da dieser ein wesentliches Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis darstellt. Die Forderung einer Hinterlegung als Ausschlusskriterium ist daher problematisch und sollte allenfalls erfolgen, wenn ein essentielles Interesse daran besteht, auf den Quellcode zugreifen zu können. Zudem bietet eine Hinterlegung gerade bei Standardsoftware, die in der Regel sehr umfangreich und komplex ist, häufig nur eine trügerische Sicherheit, denn die Bearbeitung eines solchen Quellcodes bedarf eines erheblichen Einarbeitungsaufwandes.

Sofern eine Hinterlegung vereinbart wird, erfolgt diese entweder aufgrund einer speziellen Hinterlegungsvereinbarung (Escrow-Vereinbarung) oder durch den Beitritt des Auftraggebers zu einer Sammelhinterlegungsvereinbarung. Letztere wird zwischen dem Auftragnehmer und einer Hinterlegungsstelle abgeschlossen.

Wenn große Standardsoftwarehersteller überhaupt zur Hinterlegung bereit sind, dann meistens nur in Form von Sammelhinterlegungsvereinbarungen, um die praktische Abwicklung zu erleichtern.

Achtung:

Bei den üblichen Sammelhinterlegungsvereinbarungen bestehen erhebliche Bedenken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit im Insolvenzfall. Auch sind diese Vereinbarungen häufig zum Nachteil des Auftraggebers so formuliert, dass der Auftragnehmer die Hinterlegung einseitig beenden kann.

Für individuelle oder angepasste Systemkomponenten sind solche Sammelhinterlegungen nicht geeignet. Für Individualsoftware ist der individuellen Hinterlegungsvereinbarung der Vorzug zu geben.

19. Haftpflichtversicherung (keine Kommentierung)

20. Sicherheiten

20.1 (Sicherheiten allgemein)

Im Gegensatz zu den Basis-EVB-IT sehen die EVB-IT System-AGB wie auch die EVB-IT Systemlieferungs-AGB in Ziffer 20 die Stellung von Sicherheiten vor, sofern dies vereinbart wird.

Gemäß § 9 Abs. 4 und § 11 EG Abs. 4 VOL/A sollen Sicherheiten nur vereinbart werden, wenn sie ausnahmsweise für die sach- und fristgerechte Durchführung der verlangten Leistungen notwendig erscheinen. Sie sind in der Regel erst zulässig ab einem Auftragswert von 50.000 Euro (vgl. § 18 VOL/B), sollen nicht mehr als 5 % davon betragen und ihre Rückgabe soll nicht für einen späteren Zeitpunkt vorgesehen sein, als es erforderlich ist, um den Auftraggeber vor Schaden zu bewahren. Die Wendungen „soll“ und „ausnahmsweise“ deuten an, dass das Verlangen von Sicherheiten nicht der Normalfall bei der Beschaffung sein soll, sondern stets als Ausnahme von der Regel einer Begründung in der Vergabeakte bedarf. Gleichwohl wird man davon ausgehen können, dass bei komplexen, risikoträchtigen IT-Projekten, die Vereinbarung von Sicherheiten angemessen sein wird - dies ggf. auch mit höheren Prozentsätzen als den in den oben erwähnten Paragrafen der VOL/A genannten 5 Prozent.

Zu beachten ist, dass sämtliche Regelungen zu Sicherheiten nur anwendbar sind, wenn die Stellung der Sicherheiten im EVB-IT Systemvertrag, dort in Nummer 17.4, auch tatsächlich vereinbart ist.

Den Regelungen liegt der Gedanke zugrunde, dass bei IT-Projekten häufig von der gesetzlichen Regelung abgewichen wird, wonach die geschuldete Vergütung erst mit der Abnahme fällig wird, weil kaum ein Auftragnehmer umfangreichere Leistungen vorfinanzieren könnte. Insbesondere dem Mittelstand wäre anderenfalls die Teilnahme an entsprechenden Vergabeverfahren erschwert. Mit der Vor- bzw. Parallelfinanzierung entsteht aber naturgemäß auch das Bedürfnis des Auftraggebers, sich für den Fall des Scheiterns des IT-Projektes abzusichern.

Zu beachten ist, dass die vereinbarten Sicherheiten den Auftragnehmer nicht überfordern sollten. Anderenfalls besteht wiederum die Gefahr, dass mittelständische Unternehmen sich nicht mehr an entsprechenden Vergabeverfahren beteiligen können. Zudem ist zu berücksichtigen, dass naturgemäß die Gewährung von Sicherheiten ein preisbildender Faktor ist.

Insgesamt ist also stets abzuwägen, zwischen dem Interesse der Bieter, nicht die gesamten Leistungen vorfinanzieren zu müssen und andererseits den Interessen des Auftraggebers nach Sicherung geleisteter Zahlungen und dem beidseitigen Interesse an einem fairen Wettbewerb und der Beteiligung auch mittelständischer Bieter. Im Vergabeverfahren ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch eine sorgfältige Prüfung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Bieter möglicherweise das Interesse, die Leistungen durch Sicherheiten abzusichern, geringer ausfallen kann.

In Ziffer 20 der AGB werden drei verschiedene Fälle für Sicherheiten unterschieden, die Vorauszahlungsbürgschaft, die Vertragserfüllungssicherheit und die Mängelhaftungssicherheit, die über die Abnahme hinaus ein Sicherungsmittel darstellt. Auf die Beifügung von Mustern wurde verzichtet, weil nach aller Erfahrung die Banken Bürgschaften nur auf ihren eigenen Formularen gewähren. Umso mehr ist aber darauf zu achten, dass diese den Anforderungen aus den Regelungen der Ziffer 20 entsprechen, in dem zum Beispiel der Zweck der Bürgschaft und der Zeitpunkt ihrer Rückgabe aus den entsprechenden Regelungen der AGB entnommen werden.

Nutzerhinweise EVB-IT System

20.1.1 (Vorauszahlungsbürgschaft)

Eine Vorauszahlungssicherheit gemäß dieser Ziffer ist zu vereinbaren, wenn Zahlungen bereits bei Vertragsabschluss bzw. kurz danach geleistet werden sollen, ohne dass bereits entsprechende Gegenleistungen erbracht werden. Sie soll das Risiko absichern, dass der Auftraggeber im Falle der Insolvenz oder Zahlungsunfähigkeit des Auftragnehmers die Leistung nicht erhält, und die Vorauszahlung nicht zurückgezahlt wird. Haushaltsrechtlich ist eine solche „Vorauszahlung“ in der Regel nur gegen Stellung einer entsprechenden Sicherheit möglich. Dies ergibt sich aus der Verwaltungsvorschrift zu § 56 BHO bzw. den entsprechenden Vorschriften zu den Landeshaushaltsordnungen sowie ggf. aus weiteren Vorschriften, für den Geschäftsbereich des BMI und BMVg beispielsweise aus entsprechenden Erlassen (Erlass des BMI vom 1.04.1987, GMBI. 1987, S. 350 ff.; Erlass des BMVg vom 26.03.1986, VMBl. 1986, S. 132 f.).

Zu beachten ist, dass Vorauszahlungen weder Abschlagszahlungen noch Teilzahlungen darstellen. Bei letzteren Zahlungen steht der Zahlung bereits eine entsprechende Gegenleistung gegenüber, so dass es bei diesen Zahlungen nicht zwingend einer Sicherheit bedarf.

Die Sicherheit beträgt in der Regel 100 % des Vorauszahlungsbetrages.

Achtung:

In Nummer 17.4.1 kann zwar eine von dieser Regel abweichende Summe für die Vorauszahlungsbürgschaft vereinbart werden. Eine geringere Absicherung des Vorauszahlungsbetrages sollte jedoch nur in Ausnahmefällen vorgenommen werden. Für den Auftraggeber, der Haushaltsrecht zu beachten hat, ist dies nicht zulässig (vgl. z.B. BHO).

Die Vorauszahlungsbürgschaft soll auf jeden Fall unbefristet sein. Sie ist zurückzugeben, wenn der Auftragnehmer Leistungen im Gegenwert der Vorauszahlung erbracht hat.

20.1.2 (Vertragserfüllungssicherheit)

Die Vertragserfüllungssicherheit dient der Absicherung der pflichtgemäßen Leistungserbringung durch den Auftragnehmer. Gemäß AGB ist sie, soweit vereinbart, in Höhe von 10 % des Erstellungspreises (Abschnitt III.1.2 dieser Hinweise) zu leisten. Es kann in Nummer 17.4.2 des Vertrages auch eine andere Höhe dieser Sicherheit vorgesehen werden, wenn die Summe aus den AGB angesichts der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannten Risiken des Auftrages als zu niedrig angesehen wird. Steigt im Laufe des Projektes der Auftragswert gegenüber dem Erstellungspreis (durch Änderungsverfahren) um mehr als 10 Prozent, hat der Auftraggeber gemäß der AGB das Recht, eine entsprechende Erhöhung der Sicherheit zu verlangen.

Im Gegensatz zu den bisherigen EVB-IT System wurde nunmehr darauf verzichtet, diese Sicherheit auf sog. "erste Anforderung" auszugestalten, da dies in AGB wohl unwirksam wäre. Der Verzicht auf das „erste Anfordern“ bedeutet, dass der Bürge gegen die Inanspruchnahme noch inhaltliche Einwendungen vorbringen kann und zwar auch solche, die sich nicht unmittelbar aus der Bürgschaftsurkunde und dem zugrundeliegenden Vertrag ergeben. Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern wären die Einwendungen hingegen grundsätzlich auf diese Umstände begrenzt und im Übrigen abgeschnitten.

Sollte es erforderlich sein, wegen der Sensibilität der Leistung und des hohen Projektrisiko ausnahmsweise eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu verlangen, muss dies im Vertrag individuell vereinbart werden.

20.1.3 (Mängelhaftungssicherheit)

Eine Mängelhaftungssicherheit dient der Absicherung der Mängelansprüche des Auftraggebers nach der Lieferung.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Es kann in Nummer 17.4.2 des Vertrages auch eine andere Höhe dieser Sicherheit vorgesehen werden, wenn die in den AGB vorgegebenen und marktüblichen 5 % des Auftragswertes angesichts der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannten Risiken des Auftrages als zu niedrig bewertet werden.

20.1.4 (Kombinierte Vertragserfüllungs- und Mängelhaftungssicherheit – keine Kommentierung)

20.2 (Bürgschaften durch andere Bürgen)

Als Kompromiss mit dem BITKOM wurde gegenüber der Vorversion der AGB eine Regelung eingefügt, wonach der Auftraggeber das Recht hat, auch andere Bürgen zuzulassen als Kreditinstitute aus Deutschland oder der EU. Solche Bürgen können z.B. Firmenbanken oder auch die Mutterunternehmen sein. Wegen der Vielgestaltigkeit solcher Bürgen, der völlig unterschiedliche Finanzausstattung derselben und nicht zuletzt auch vor dem vergaberechtlichen Hintergrund, nichtdiskriminierend auszuschreiben, bedarf es stets der Anerkennung durch den Auftraggeber.

21. Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit

Abweichend von den vorherigen EVB-IT System-AGB wurden nunmehr hier die Regelungen aus den EVB-IT Systemlieferung übernommen.

21.1 (Information des Auftragnehmers über datenschutzrechtlich relevante bzw. geheimzuhaltende Sachverhalte)

Der Auftragnehmer ist durch den Auftraggeber möglichst umfassend darüber zu informieren, welche für den Datenschutz und/oder die Geheimhaltung relevanten Sachverhalte im konkreten Vertragsverhältnis bestehen. Dies gilt insbesondere auch für die Art und den Umfang der personenbezogenen Daten, die dem Auftragnehmer im Zuge der Vertragsdurchführung bekannt oder zugänglich werden.

Im Hinblick auf Geheimhaltung und Sicherheit ist der Auftragnehmer insbesondere darüber zu informieren, welche besonderen staatlichen Geheimhaltungsanforderungen bzw. sonstigen Vertraulichkeitsanforderungen bestehen, z. B. zum Schutz der Patentierbarkeit von Erfindungen oder zum Schutz von sonstigen Betriebs- und/oder Geschäftsgeheimnissen.

21.2 (Löschung von Datenträgern)

Gemäß Ziffer 21.2 ist der Auftraggeber verpflichtet, Datenträger, die an den Auftragnehmer übergeben werden, zu löschen. Diese Verpflichtung betrifft nicht nur die klassischen Datenträger wie Disketten und Festplatten, sondern auch alle anderen Arten von Speichern, z. B. Speicherkarten, USB-Sticks, Flashspeicher, andere geräteinterne Speicher etc. In der Regel genügt für eine effektive Löschung von Datenträgern nicht das Ausführen der durch das Betriebssystem angebotenen Funktionen. Vielmehr bedarf die Löschung spezieller Techniken bzw. Tools. Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) macht hierzu in seinen Grundschutzkatalogen (vormals Grundschutzhandbuch) unter Ziffer M 2.167 „Sicheres Löschen von Datenträgern“ verschiedene Vorgaben. Auch der BITKOM hat einen Leitfaden zum richtigen Datenlöschen erstellt, der ggf. für spezielle Vereinbarungen herangezogen werden kann. Soweit der Auftraggeber sich nicht in der Lage sieht, Datenträger zuverlässig zu löschen, sollte er diese im Zweifel besser vernichten.

21.3 (Datenschutzrechtliche Verpflichtung des Auftragnehmers)

Die Regelung, die weitgehend aus Basis-EVB-IT übernommen wurde, soll lediglich ein Mindestmaß an Datenschutz im Vertragsverhältnis sicherstellen. Die Verpflichtung des Auftragnehmers und seiner Mitarbeiter

Nutzerhinweise EVB-IT System

auf das Datengeheimnis ist notwendig, jedoch häufig allein nicht ausreichend. Sie bedarf daher im Einzelfall der Ergänzung und Modifikation. Dies gilt insbesondere, wenn:

- der Auftragnehmer personenbezogene Daten im Auftrag des Auftraggebers verarbeiten soll. Hierzu macht der seit 1. September 2009 geltende § 11 Abs. 2 BDSG besondere Vorgaben (siehe hierzu auch Abschnitt III.17.5 dieser Hinweise). Diese gelten gemäß § 11 Abs. 5 BDSG schon dann, wenn bei Serviceleistungen z. B. im Wege der Fernwartung ein Zugriff des Auftragnehmers auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann.
- der Auftragnehmer im Zuge der Vertragsdurchführung Zugang zu bzw. Zugriff auf besonders sensible personenbezogene Daten, z. B. Patientendaten, Telekommunikationsverkehrsdaten etc. hat.

21.4 (Folgen von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Verpflichtungen)

Ziffer 21.4 gibt dem Auftraggeber ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht (während des Systemservices) für den Fall, dass der Auftragnehmer seinen Pflichten aus 21.3 schuldhaft, d. h. ggf. auch nur leicht fahrlässig, nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist nachkommt oder dieser andere datenschutzrechtliche Vorschriften grob fahrlässig oder vorsätzlich verletzt.

21.5 (Wahrung der Vertraulichkeit)

Die Regelungen zur Vertraulichkeit sind auf das Notwendigste begrenzt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelung beidseitig verpflichtend ist, d. h. auch den Auftraggeber zur Vertraulichkeit verpflichtet und diese Verpflichtung ausdrücklich auch für den Austausch innerhalb der öffentlichen Hand dient. Dies beschränkt zwar nicht das Recht des Auftraggebers, sich innerhalb seiner Organisation auszutauschen, z. B. innerhalb des Bundes oder eines Landes, betrifft jedoch jegliche Kommunikation zwischen verschiedenen Körperschaften oder sonstigen juristischen Personen innerhalb der öffentlichen Hand.

21.6 (Vertrauliche Informationen - keine Kommentierung)

22. Zurückbehaltungsrecht

Die AGB regeln, dass der Auftragnehmer die ihm nach dem Gesetz zustehenden Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechte nicht ausüben darf, es sei denn, der Auftraggeber hat die zugrunde liegenden Gegenansprüche nicht bestritten oder diese Gegenansprüche sind rechtskräftig festgestellt worden. Diese Regelung ist im Sinne eines möglichst ungehinderten Projektfortschritts getroffen worden. Der Auftragnehmer soll nicht durch Behauptung von Gegenansprüchen in die Lage versetzt werden, seine Leistungen einzustellen. Der Auftraggeber seinerseits soll nicht genötigt werden können, nicht geschuldete Zugeständnisse zu machen, weil er auf die rechtzeitige Erstellung des Systems angewiesen ist.

23. Schlichtungsverfahren

In dieser Ziffer sind einige Begleitregelungen für den Fall getroffen worden, dass im Vertrag eine Schlichtung vereinbart wird, z.B. in Nummer 17.8. Dies kann sinnvoll sein, um gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden. Bei der Vereinbarung einer Schlichtung ist jedoch zu beachten, dass die Beauftragung von Schlichtern ebenfalls einen öffentlichen Auftrag darstellt, der dem Vergaberecht unterliegt. Der Auftrag an den Schlichter oder Schiedsrichter müsste daher ggf. gesondert ausgeschrieben werden, was schon angesichts des Umstandes kompliziert erscheint, dass der Schlichter in der Regel von beiden Parteien gemeinsam beauftragt wird.

24. Textform

Eine Erklärung in Textform ist jede lesbare, dauerhafte Erklärung, aus der sich der Verfasser und das Datum der Erklärung ergeben. Im Unterschied zur Schriftform bedarf es somit bei der Textform keiner eigenhändigen Unterschrift. Sie umfasst daher auch Telefax-Nachrichten ohne Unterschrift (oder ohne verkörpertes Original direkt aus einem Computer durch Computerfax), maschinell erstellte Briefe, E-Mails oder SMS-Nachrichten.

25. Anwendbares Recht (keine Kommentierung)

26. Begriffsbestimmungen (keine Kommentierung)

V. Erläuterungen zur Verwendung der Nutzungsrechtsmatrix

1. Allgemeines

In Nummern 4.3.1 und 4.4.1 des Vertrages ist jeweils in Spalte 7 unter „Abweichende Lizenzbedingungen“ vorgesehen, dass auf Nutzungsrechtsmatrizen gemäß Muster 4 verwiesen werden kann, um für bestimmte zu liefernde Standardsoftwareprodukte Nutzungsrechte zu vereinbaren, die von den Regelungen in den AGB abweichen. Denkbar ist z. B. eine Beschränkung der Rechte auf die Nutzung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, auf eine bestimmte Hardware oder die Einschränkung der Übertragbarkeit der Rechte.

Die Verwendung der Nutzungsrechtsmatrix soll es erleichtern, auf die Softwarelieferanten einzugehen, denen es häufig nicht möglich ist, dem Auftraggeber alle in den AGB genannten Rechte ohne Einschränkungen einzuräumen, weil ihnen die Softwarehersteller ihrerseits diese Rechte nicht einräumen. Dies gilt auch für einige, insbesondere US-amerikanische Softwarehersteller, die aufgrund weltweiter Unternehmensvorgaben ebenfalls nicht in der Lage sind, die Nutzungsrechte im gewünschten Umfang einzuräumen.

Ist die Vergabestelle aus diesen Gründen bereit, die Lizenzbedingungen des Rechteinhabers zu akzeptieren, werden diese in der Regel in Gänze als Anlage Vertragsbestandteil. Die Vergabestelle hat dann die Aufgabe, den Regelungsinhalt der Lizenzbestimmungen und deren Abweichungen von den Vorgaben in den AGB zu erkennen und zu bewerten. Dies ist angesichts der Komplexität vieler Lizenzbestimmungen und der Tatsache, dass sie oft in englischer Sprache gehalten sind, ein fast unmögliches Unterfangen.

Darüber hinaus besteht bei Einbeziehung der Lizenzbestimmungen des Rechteinhabers als Anlage zum Vertrag die Gefahr, dass diese Lizenzbestimmungen vorrangig vor den AGB gelten (siehe Abschnitt I.5 dieser Hinweise).

Selbst wenn die Bieter auf Wunsch der Vergabestelle auf die Heranziehung ihrer AGB bzw. der AGB des Rechteinhabers verzichten und stattdessen die Nutzungsrechte aus den EVB-IT AGB vereinbart werden, kann dies zu folgenden Konsequenzen führen. Der Bieter verpflichtet sich dann zwar, die Rechte, wie in den EVB-IT AGB geregelt, einzuräumen, praktisch kann die Rechteeinräumung aber scheitern. Dies liegt daran, dass es keinen sog. gutgläubigen Rechtserwerb gibt. Daher kann der Auftraggeber nur solche Rechte erwerben, über die der Auftragnehmer seinerseits auch verfügt. Dies führt also dazu, dass vereinbarte Rechte mangels Rechtsmangel tatsächlich nicht eingeräumt werden.

Dies kann zur Folge haben, dass dem Auftraggeber später vom Rechteinhaber die Nutzung der jeweiligen Software untersagt werden kann und weitere Ansprüche, z. B. auf Zahlung einer zusätzlichen Nutzungsentschädigung oder Schadensersatz gegen den Auftraggeber geltend gemacht werden können.

Durch Verwendung der Nutzungsrechtsmatrix wird nun den Vergabestellen ein Weg geboten, den Bietern ihrerseits eine Form vorzugeben, mit der sie die von ihnen gewünschten Abweichungen von den Vorgaben der EVB-IT AGB zumindest teilweise anbieten können, ohne die AGB des Rechteinhabers in Gänze beizulegen. Auf diese Weise kann darüber hinaus in vergaberechtlich korrekter Form auch solchen Anbietern die Teilnahme an

Nutzerhinweise EVB-IT System

Ausschreibungen ermöglicht werden, die nicht EVB-IT-konforme Nutzungsrechtsbedingungen der Rechteinhaber weitergeben müssen. So wird der Bieterkreis zur Förderung des Wettbewerbs erhöht. Gleichzeitig kann Software so noch bedarfsgerechter und damit kostengünstiger eingekauft werden.

Es ist vorgesehen, dass die Vergabestelle für jedes Softwareprodukt, für das sie abweichende Nutzungsrechte wünscht oder zulassen will, eine Nutzungsrechtsmatrix (Muster 4) verwendet. Die Matrix füllt sie ihren Vorstellungen entsprechend aus, fügt sie den Vergabeunterlagen bei und verweist auf sie in Spalte 7 der entsprechenden Zeile der Tabelle in Nummern 4.3.1 bzw. 4.4.3 des Vertrages. Sollen für mehrere Softwareprodukte die gleichen Abweichungen geregelt werden, kann aus mehreren Tabellenzeilen auf dieselbe Nutzungsrechtsmatrix verwiesen werden.

Die Vergabestelle stellt in ihrem Leistungsverzeichnis (Bewertungsmatrix) dar, welche Kriterien der Nutzungsrechtsmatrix, die als Bewertungskriterien definiert sind, gewichtet und ggf. wie bewertet werden. Ein Beispiel für eine solche Integration der Kriterien der Nutzungsrechtsmatrix in eine Bewertungsmatrix findet sich in Abschnitt V.4 dieser Hinweise.

Dabei gilt, dass die Nichteinhaltung einer Mindestvorgabe des Auftraggebers in der Spalte 4 der Nutzungsrechtsmatrix zum Ausschluss führt.

Hinweis: Da Bieter an Standardsoftware nur die Rechte einräumen können, die die Hersteller dieser Software gewähren, sollte sorgfältig geprüft werden, in welchem Umfang von Mindestvorgaben und Ausschlusskriterien in Spalte 3 Gebrauch gemacht wird. Die Vergabestelle läuft ansonsten Gefahr, bei einem exzessiven Gebrauch von A-Kriterien, keine, wenige oder nur teure Angebote zu erhalten, obwohl sie die Software mit manchen üblichen Lizenz-Beschränkungen durchaus bestimmungsgemäß nutzen könnte..

Nutzerhinweise EVB-IT System

2. Erläuterung der Spalten der Nutzungsrechtsmatrix

Die Nutzungsrechtsmatrix besteht aus einer Tabelle, in deren Kopf folgende Felder vorgesehen sind:

Typ der Beschränkung, Spalten 1 und 2	Hier finden sich vordefinierte Arten von Nutzungsrechtsbeschränkungen. Diese können durch die Vergabestelle im Vorfeld des Versandes der Matrix erweitert werden. Mit dem BITKOM ist zudem vereinbart, dass das Muster 4 (Nutzungsrechtsmatrix) ggf. erweitert wird, wenn sich abzeichnet, dass sich neue Lizenzmodelle am Markt etablieren, die mit den gegenwärtigen Definitionen nicht erfasst werden.
Art des Kriteriums, Spalte 3	<p>In Spalte 3 wird das Kriterium „B“ für Bewertungskriterium oder „A“ für Ausschlusskriterium ausgewählt (Voreinstellung „B“). Diese Kriterien entsprechen der vergaberechtlichen Praxis, wobei hier auch sog. „A/B Kriterien“ hier lediglich als Bewertungskriterien bezeichnet werden. A/B Kriterien sind solche Bewertungskriterien, die eine Mindestvorgabe enthalten, bei deren Nichterfüllung der Bieter ausgeschlossen wird, eine darüber hinausgehende Mehrererfüllung jedoch bewertet werden kann, jedoch nicht muss.</p> <ul style="list-style-type: none">• Wird „B“ gewählt, kann der Bieter in Spalte 5 von den Regeln in Ziffer 2.3.1 der AGB abweichen. Diese Abweichung wird dann bewertet. Enthält die Spalte 4 darüber hinaus Mindestvorgaben der Vergabestelle, hat der Bieter diese Vorgaben in seinen Angaben in Spalte 5 zu beachten. Unterschreitet er die Mindestanforderungen, ist er zwingend auszuschließen. Die Vergabestelle wird den Umfang der Abweichung bewerten. <p>Wird „A“ gewählt, bedeutet dies, dass der Bieter von den Regeln in Ziffer 2.3.1 der AGB nicht abweichen darf. Eine Eintragung in Spalte 4 und in Spalte 5 darf daher logischerweise nicht erfolgen. Oben wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass die Vergabestelle, sich sicher sein sollte, dass sie eine solche Beschränkung auf keinen Fall akzeptieren kann (Vgl. Ziffer 1 dieses Abschnitts). Tendenziell gilt: je mehr Beschränkungen der Nutzungsrechte von vornherein durch die Vergabestelle ausgeschlossen werden, desto höher wird die Wahrscheinlichkeit, dass Bieter ausgeschlossen werden, die nur mit dieser Beschränkung anbieten können. Eine Folge könnte sein, dass die Vergabestelle kein Angebot erhält oder ein teureres Angebot akzeptieren muss. Dies ist immer dann ärgerlich, wenn die Software auch mit der an sich unerwünschten Beschränkung bestimmungsgemäß genutzt werden könnte.</p> <p>Beispiel 1:</p> <p>Die Behörde beabsichtigt die Erstellung eines Gesamtsystems zu beauftragen, welches Standardsoftware-Lizenzen zur dauerhaften Nutzung sowie</p>

Nutzerhinweise EVB-IT System

Hardware enthält. Der Hersteller der Hardware, auf der die Software installiert werden soll, darf aus vergaberechtlichen Gründen nicht vorgegeben werden. Auch soll die Hardware austauschbar bleiben. Die Vergabestelle legt deshalb Wert darauf, dass die Software in ihrem Einsatz keinerlei urheberrechtlichen Beschränkungen in Bezug auf die Hard- und Softwareumgebung unterliegt. Da die Software jedoch nur innerhalb der Bundesrepublik Deutschland genutzt werden wird, können örtliche Beschränkungen akzeptiert werden, wobei von der speziellen Einschränkungsmöglichkeit in der letzten Zeile der entsprechenden Rubrik kein Gebrauch gemacht werden soll. Es bietet sich daher an, bezüglich der Nutzungsrechte an der Software weder eine Beschränkung auf bestimmte Hardware-Hersteller noch eine Beschränkung auf bestimmte Typen oder Leistungsklassen der Hardware zuzulassen. In diesem Fall muss der Beschaffer daher bei allen Hardwarebeschränkungen in Spalte 3 der Rubrik 1 der Nutzungsrechtsmatrix ein „A“ auswählen. Bezüglich der örtlichen Beschränkungen sind hingegen mit Ausnahme der letzten Zeile durchweg „B“ auszuwählen. Die unterschiedlichen Angaben der Bieter führen damit zu einer unterschiedlichen Bewertung, nicht jedoch zu deren Ausschluss.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Vereinbarungen zu den Nutzungsrechten gehören:

Typ der Beschränkung		Art des Kriteriums ¹	Vorgabe vom Auftraggeber	o. Ver. Ein
1	2	3	4	
Rubrik 1	Abweichend von Ziffer 2.3.1 EVB-IT-System-AGB, in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung ausübbar			
Hardwarebezogene Beschränkungen				
	Beschränkung auf Hardware, auf der die Standardsoftware* bestimmungsgemäß installiert wird	A	*****	***
	Beschränkung auf Hardware eines bestimmten Herstellers und/oder Typs	A	*****	***
	Verpflichtung die Standardsoftware* bestimmter Hardware zuzuweisen, z.B. Geräte-CAL	A	*****	***
	Nutzung nur auf vom Auftragnehmer definierter Hard-/Softwareumgebung	A	*****	***
	Beschränkungen die Leistung der Hardware betreffend			
	Anzahl virtueller Kerne	A	*****	***

¹ → Hier ist ein „A“ für Ausschlusskriterium einzutragen, wenn die entsprechende Abweichung von den Regeln in Ziffer 2.3.1 der EVB-IT-System-AGB

Nutzerhinweise EVB-IT System

Typ der Beschränkung		Art des Kriteriums ¹	Vorgabe Auftrags
	☒ Anzahl physikalischer Kerne (core(s))	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Anzahl physikalischer Betriebssystemumgebungen	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Anzahl virtueller Betriebssystemumgebungen	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Anzahl Prozessoren (CPU)	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Anzahl Sockets (CPU-Sockel)	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Sonstige auf die Leistung der Hardware bezogene Beschränkungen	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Sonstige hardwarebezogene Beschränkungen	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
Softwarebezogene Beschränkungen	☒	☒	
	Beschränkung auf eine bestimmte Software, mit der die Standardsoftware* bestimmungsgemäß genutzt werden darf	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
Rubrik 2 ¶ ¶ Ortliche Beschränkungen	Abweichend von Ziffer 2.3.1 EVB-IT-System-AGB „örtlich unbeschränkt“	☐	
☒	☒ Örtlich unbeschränkt mit Ausnahme bestimmter Länder	B ☒	BRD keine Ausnahme
	☒ Nutzung nur in bestimmten Ländern	B ☒	mindestens in BRD
	☒ Nutzung nur in EWR	B ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Nutzung nur in EU	B ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Nutzung nur in Bundesrepublik Deutschland	B ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐
	☒ Nur folgende räumliche Geltung: ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐	A ☒	☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐

Nutzerhinweise EVB-IT System

Beispiel 2:

Die Behörde beabsichtigt die Erstellung eines Gesamtsystems zu beauftragen, welches u.a. Server-Software und Hardware beinhaltet. Der Hersteller der Hardware, auf der die Software installiert werden soll, darf aus vergaberechtlichen Gründen nicht vorgegeben werden. Auch soll die Hardware austauschbar bleiben. Aus der Marktbeobachtung ist aber bekannt, dass derartige Server-Software in der Regel mit Begrenzungen im Hinblick auf bestimmte Hardwareeigenschaften angeboten wird, in diesem Beispielsfall auf eine bestimmte Anzahl von CPUs bzw. CPU-Sockel oder physikalischen Kernen. Zudem differenzieren übliche Lizenzmodelle nach der Anzahl der physikalischen bzw. virtuellen Betriebssystemumgebungen. Um entsprechende Angebote erhalten zu können, muss die Matrix entsprechend dieser Marktlage gestaltet werden.

Im Beispiel soll die Server-Software in jedem Fall auf Systemen eingesetzt werden können, die über zwei physikalische Kerne verfügen sowie mindestens zwei Sockets haben. Der konkrete Typ oder Hardwarehersteller darf jedoch vom Bieter nicht vorgegeben werden, weil die Hardware ggf. später durch andere ersetzt werden soll. Außerdem soll es möglich sein, eine physikalische Betriebssystemumgebung und zusätzlich auf dieser vier virtuelle Betriebssystemumgebungen zu installieren. Die sich aus diesen Anforderungen ergebenden Vorgaben sind nachfolgend dargestellt:

Nutzerhinweise EVB-IT System

Typ der Beschränkung		Art des Kriteriums ¹	Vorgabe Auftraggeber
	☒	Anzahl physikalischer Kerne (core(s))☒	B ☒ mindestens zwei☒
	☒	Anzahl physikalischer Betriebssystemumgebungen☒	B ☒ mindestens eine☒
	☒	Anzahl virtueller Betriebssystemumgebungen☒	B ☒ mindestens vier☒
	☒	Anzahl Prozessoren (CPU)☒	A ☒ ☐☐☐☐☐☒
	☒	Anzahl Sockets (CPU-Sockel)☒	B ☒ mindestens zwei☒
	☒	Sonstige auf die Leistung der Hardware bezogene Beschränkungen☒	A ☒ ☐☐☐☐☐☒
	Sonstige hardwarebezogene Beschränkungen☒		A ☒ ☐☐☐☐☐☒
Softwarebezogene Beschränkungen	☒		☒
		Beschränkung auf eine bestimmte Software, mit der die Standardsoftware* bestimmungsgemäß genutzt werden darf☒	A ☒ ☐☐☐☐☐☒
Rubrik 2☒	Abweichend von Ziffer 2.3.1 EVB-IT-System-AGB☒		☐

Die entsprechende Reaktion des Bieters könnte z. B. so aussehen:

Nutzerhinweise EVB-IT System

	Typ der Beschränkung		Art des Kriteriums	Vorgabe Auftraggeber	Angebot Auftragnehmer (nur numerisch, den in Spalte 2, Verweise auf vorformulierte Beschränkungen)
Vorgabe Auftraggeber, Spalte 4	<input type="checkbox"/> Anzahl physikalischer Kerne (core(s)) <input type="checkbox"/> Anzahl physikalischer Betriebssystemumgebungen <input type="checkbox"/> Anzahl virtueller Betriebssystemumgebungen <input type="checkbox"/> Anzahl Prozessoren (CPU) <input type="checkbox"/> Anzahl Sockets (CPU-Sockel) <input type="checkbox"/> Sonstige auf die Leistung der Hardware bezogene Beschränkungen <input type="checkbox"/> Sonstige hardwarebezogene Beschränkungen	<input type="checkbox"/> B <input type="checkbox"/> B <input type="checkbox"/> B <input type="checkbox"/> A <input type="checkbox"/> B <input type="checkbox"/> A <input type="checkbox"/> A	<input type="checkbox"/> mindestens zwei <input type="checkbox"/> mindestens eine <input type="checkbox"/> mindestens vier <input type="checkbox"/> ***** <input type="checkbox"/> mindestens zwei <input type="checkbox"/> ***** <input type="checkbox"/> *****	<input type="checkbox"/> bis zu zwei <input type="checkbox"/> eine <input type="checkbox"/> beliebig <input type="checkbox"/> ***** <input type="checkbox"/> bis zu vier <input type="checkbox"/> ***** <input type="checkbox"/> *****	
Angebotsspezifische inhaltliche Angabe des Auftragnehmers, Spalte 5	Softwarebezogene Beschränkungen <input type="checkbox"/> Beschränkung auf eine bestimmte Software, mit der die Standardsoftware* bestimmungsgemäß genutzt werden darf	<input type="checkbox"/> A	<input type="checkbox"/> *****	<input type="checkbox"/> *****	
	Rubrik 2 <input type="checkbox"/> Abweichend von Ziffer 2.3.1 EVB-IT-System-AGB	<input type="checkbox"/>			

Nutzerhinweise EVB-IT System

3. Erläuterung der einzelnen Rubriken der Nutzungsrechtsmatrix

Rubrik	Beschreibung	Kommentar
Rubrik 1	Abweichend von Ziffer 2.3.1 EVB-IT System-AGB „in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung ausübbar“	In dieser Rubrik wird dem Bieter die Möglichkeit geboten, von den Vorgaben in Ziffer 2.3.1 der AGB abzuweichen und die Nutzung der Software nur in Verbindung mit einer vorgegebenen Hardware oder Software zu gestatten
Hardwarebezogene Beschränkungen	Beschränkung auf Hardware, auf der die Standardsoftware bestimmungsgemäß installiert wird.	Diese Einschränkung sollte nur zugelassen werden, wenn eine spätere Nutzung der Software auf anderer Hardware als der jetzt vorgesehenen sicher ausgeschlossen werden kann. Beispiel für Spalte 4: keine Vorgabe, (d. h. Beschränkungen sind zulässig, führen aber ggf. zur Abwertung) Beispiel für Spalte 5: Beschränkung auf den jeweiligen PC, auf dem die SW vorinstalliert ist
	Beschränkung auf Hardware eines bestimmten Herstellers und/oder Typs	Diese Einschränkung ist weniger problematisch als die Beschränkung auf eine ganz bestimmte Hardware. Beispiel für Spalte 4: keine Vorgabe Beispiel für Spalte 5: Beschränkung auf Sun M 4000
	Verpflichtung, die Standardsoftware bestimmter Hardware zuzuweisen, z. B. Geräte-CAL	Diese Einschränkung geht auf die Regelungen einiger Softwarehersteller ein, dass Software, einmalig oder ggf. mehrmals bestimmter Hardware zugewiesen werden muss. Beispiel für Spalte 4: mindestens zweimalige Neuzuweisung muss ohne weiteres möglich sein Beispiel für Spalte 5: zweimalige Neuzuweisung ohne Einschränkungen möglich, danach nur noch bei Geräteaustausch
	Nutzung nur auf vom Auftragnehmer	Diese Einschränkung sollte nur zugelassen werden, wenn eine spätere Nutzung der Software auf

Nutzerhinweise EVB-IT System

	definierter Hardware-/Softwareumgebung	<p>anderer Hardware als der jetzt vorgesehenen sicher ausgeschlossen werden kann.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: Nur Hardwarearchitektur-Beschränkungen auf Intel/AMD mit Windows oder auf Sparc mit SunOS</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Sparc mit SunOS</p>
	Beschränkungen die Leistung der Hardware betreffend	<p>Derartige Einschränkungen ergeben sich oft aus den Lizenzmodellen der Softwarehersteller, die an einer wirtschaftlich stärkeren Ausnutzung der Software durch leistungsfähigere Systeme partizipieren wollen. Soweit solche Beschränkungen erwartet werden, ist zu klären, zu welchen Bedingungen ggf. Erweiterungen der Rechte auf zusätzliche „Kerne“, „Prozessoren“ o. Ä. möglich sind.</p>
	Anzahl virtueller Kerne	<p>Beispiel für Spalte 4: Nutzung auf System mit zwei physischen und mind. acht virtuellen Kernen muss möglich sein</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Nutzung auf System mit zwei physischen und beliebig vielen virtuellen Kernen</p>
	Anzahl physikalischer Kerne (core(s))	<p>Beispiel für Spalte 4: Nutzung auf Quadcore-Systemen muss möglich sein</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Nutzung auf einer Maschine mit beliebig vielen physischen oder virtuellen Kernen zulässig</p>
	Anzahl physikalischer Betriebssystemumgebungen	<p>Beispiel für Spalte 4: keine Vorgabe</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Ausführung der Software in einer physischen Betriebssystemumgebung sowie zusätzlich in vier virtuellen Betriebssystemumgebungen innerhalb dieser physischen Betriebssystemumgebung.</p>
	Anzahl virtueller Betriebssystemumgebungen	<p>Beispiel für Spalte 4: Software muss mindestens vier virtuelle Betriebssystemumgebungen bereitstellen</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Software erlaubt Betrieb von bis zu sechs virtuellen Betriebssystemen</p>
	Anzahl Prozessoren (CPU)	<p>Beispiel für Spalte 4: Nutzung auf Dual-Prozessorsystemen muss möglich sein</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Nutzung auf Multiprozessorsystemen ist möglich</p>
	Anzahl Sockets (CPU-Sockel)	<p>Beispiel für Spalte 4: Nutzung auf Systemen mit zwei CPU-Sockeln muss möglich sein</p>

Nutzerhinweise EVB-IT System

			Beispiel für Spalte 5: Nutzung auf Systemen mit beliebig vielen CPU-Sockeln ist möglich
		Sonstige auf die Leistung der Hardware bezogene Beschränkungen	<p>Wenn hier ein „A“ ausgewählt wird, haben Anbieter von Software mit einem anderen als von der Nutzungsrechtsmatrix abgedeckten, möglicherweise aber sinnvollen und innovativen Lizenzmodell keine Chance, ihr Produkt anzubieten. Will die Vergabestelle ein solches Lizenzmodell aber zulassen, sollte sie Vorgaben zu der Art der für sie akzeptablen Beschränkungen machen, sofern dies für eine Vergleichbarkeit der Angebote erforderlich ist.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: MSU-basierte Beschränkung möglich, mindestens 150 MSU</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Nutzung auf MSU-BASIS, Nutzung darf 200 MSU nicht überschreiten</p>
		Sonstige hardwarebezogene Beschränkungen	Diese Einschränkung darf nur in Verbindung mit einer ganz konkreten Vorgabe der Art der Beschränkung durch den Auftraggeber in Spalte 4 verwendet werden, da sie anderenfalls eine Vergleichbarkeit des Angebots mit anderen Angeboten und damit die Bewertung unmöglich macht. Anderenfalls sollten Änderungen in diesem Punkt zum Ausschluss führen, Kennzeichnung durch „A“
Softwarebezogene Beschränkungen			
		Beschränkung auf eine bestimmte Software, mit der die Standardsoftware bestimmungsgemäß genutzt werden darf.	<p>Diese Einschränkung sollte nur zugelassen werden, wenn eine spätere Nutzung der Software mit anderer Software als der jetzt vorgesehenen sicher ausgeschlossen werden kann.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: Keine Beschränkung für virtuelle Betriebssystemumgebung</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Bei Nutzung aller lizenzierten virtuellen Betriebssystemumgebungen ist die Nutzung der physischen Betriebssystemumgebung auf die Ausführung von Virtualisierungssoftware und deren Zubehör beschränkt.</p>
Rubrik 2 Örtliche		Abweichend von Ziffer 2.3.1 EVB-IT System-AGB „örtlich unbeschränkt“	In dieser Rubrik wird dem Bieter die Möglichkeit geboten, von der Vorgabe in Ziffer 2.3.1 der AGB (dort Ziffer 2.3.1.1 bei Überlassung auf Dauer und Ziffer 2.3.1.2 bei Überlassung auf Zeit) abzuweichen und die Nutzung der Software örtlich einzuschränken.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Beschränkungen		
	<p>Örtlich unbeschränkt mit Ausnahme bestimmter Länder</p>	<p>Diese Einschränkung wird in der Regel nur verwendet, wenn Softwarehersteller vermeiden wollen, dass ihre Software in ganz bestimmten Ländern genutzt wird. Solche Beschränkungen können sich aus Lizenzbestimmungen der Hersteller ergeben, z. B. weil die Rechtsordnung bestimmter Länder keine Haftungsbeschränkungen erlauben und damit bei einem Einsatz das Risiko der unbegrenzten Haftung des Softwareherstellers besteht, das der Rechteinhaber dadurch zu vermeiden sucht, die Nutzung in bestimmten Ländern zu untersagen.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: Mindestens BRD</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Nutzung möglich mit Ausnahme von Land X</p>
	<p>Nutzung nur in bestimmten Ländern</p>	<p>Diese Beschränkung kann dann gewählt werden, wenn eine Nutzung außerhalb der angegebenen Länder sicher ausgeschlossen werden kann. Häufig erlaubt eine solche Begrenzung eine erheblich günstigere Kalkulation durch den Bieter.</p>
	<p>Nutzung nur in EWR</p>	<p>Der EWR (Europäischer Wirtschaftsraum) umfasst neben den EU Staaten auch die EFTA-Staaten mit Ausnahme der Schweiz, d. h. zusätzlich zur EU sind im EWR noch Liechtenstein, Norwegen und Island vertreten. Einige Softwarehersteller begrenzen die erlaubte Nutzung auf den EWR.</p>
	<p>Nutzung nur in EU</p>	<p>Eine nach deutschem Recht wirksame mögliche Beschränkung von Nutzungsrechten bezieht sich auf die EU. Entsprechend sehen einige Softwarehersteller eine derartige Begrenzung vor.</p>
	<p>Nutzung nur in der Bundesrepublik Deutschland</p>	<p>Diese Beschränkung sollte dann gewählt werden, wenn eine Nutzung außerhalb Deutschlands sicher ausgeschlossen werden kann. Häufig erlaubt eine solche Begrenzung eine ganz erheblich günstigere Kalkulation durch den Bieter.</p>
	<p>Nur folgende räumliche Geltung</p>	<p>Hier bestehen weitere Möglichkeiten einer räumlichen Beschränkung, z. B. die Beschränkung auf einen bestimmten Standort. Eine solche Begrenzung kann eine ganz erheblich günstigere Kalkulation durch den Bieter zur Folge haben, bedarf aber sorgfältiger Planung, um Probleme, z. B. bei Erweiterungen und Umzügen zu vermeiden.</p>

Nutzerhinweise EVB-IT System

<p>Rubrik 3</p> <p>Nutzerbezogene Beschränkungen bzw. Erweiterungen</p>		<p>Die AGB gehen standardmäßig davon aus, dass nur eine einfache Nutzung, d. h. nur die Nutzung einer Kopie möglich ist.</p> <p>Achtung:</p> <p>In der jeweiligen Tabelle zu Nummer 4.3.1 bzw. 4.4.1 des Vertrages sind in Spalte 3 nur Mengenangaben, d. h. zum Beispiel 20 Pakete „Office“ vorgesehen. Damit sind aber nicht Fragen der Mehrfachnutzung oder z.B. der Nutzerkreise geregelt. Deshalb sind ggf. erforderliche Abweichungen vom AGB-Standard in dieser Rubrik vorzusehen.</p>
	<p>Art der Mehrfachnutzung Concurrent User* (Anzahl)</p>	<p>Viele Lizenzmodelle sehen eine Staffelung nach gleichzeitigen Nutzern vor. Eine solche Ausgestaltung ist üblich.</p>
	<p>Art der Mehrfachnutzung Named User* (Anzahl)</p>	<p>Bei Zulassung einer Beschränkung auf Named User ist zu beachten, dass bei der Bestimmung der notwendigen Anzahl an namentlich benannten Nutzern (Named User) Krankheits- und Urlaubsvertretungen und ein evtl. Mehrschichtbetrieb berücksichtigt werden müssen.</p>
	<p>Behörden-/Unternehmenslizenz inklusive Beauftragte, z. B. externe Mitarbeiter</p>	<p>Beispiel für Spalte 4: mindestens Nutzung für alle bayerischen Landesbehörden inklusive externer Mitarbeiter</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Keine Beschränkung</p>
	<p>Behörden-/Unternehmenslizenz exklusive Beauftragte</p>	<p>Beispiel für Spalte 4: mindestens Nutzung für alle bayerischen Landesbehörden exklusive externe Mitarbeiter</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Keine Beschränkung</p>
	<p>Beschränkung nach bestimmten Nutzerkreisen</p>	<p>Beispiel für Spalte 4: mindestens für fünf Entwickler nutzbar</p> <p>Beispiel für Spalte 5: für 8 Entwickler nutzbar</p>
	<p>Keine Nutzung durch Dritte</p>	<p>Beispiel für Spalte 4: grundsätzlich keine Nutzung durch Dritte mit Ausnahme der Tochtergesellschaft XXXX</p>

Nutzerhinweise EVB-IT System

		Beispiel für Spalte 5: Nur Nutzung durch AG und dessen Tochtergesellschaft XXXX
	Sonstige Beschränkungen bzw. Erweiterungen hinsichtlich des Nutzerkreises	Diese Einschränkung darf nur in Verbindung mit einer ganz konkreten Vorgabe der Art der Beschränkung/Erweiterung durch den Auftraggeber in Spalte 4 verwendet werden, da sie anderenfalls eine Vergleichbarkeit des Angebots mit anderen Angeboten und damit die Bewertung unmöglich macht.
Rubrik 4		
Inhaltliche Beschränkungen		
	nur interne Geschäftsvorfälle nicht für andere z. B. nicht für Outsourcing	Diese Beschränkung soll sicherstellen, dass die wirtschaftliche Ausnutzung der Software nur für den Lizenznehmer selbst erfolgt und nicht für Dritte, die vom Lizenznehmer praktisch mitversorgt werden. Beispiel für Spalte 4: Software muss auf fremdem Server gehostet werden können Beispiel für Spalte 5: Hosting zulässig
	kein Rechenzentrumsbetrieb	Die Beschränkung hat eine ähnliche Zielrichtung wie die vorige, hebt aber stärker auf die technische Realisierung ab, das heißt, der Rechenzentrumsbetrieb für die eigene Nutzung ist nicht ausgeschlossen. Beispiel für Spalte 4: Nutzung auf den Rechenzentren der bayerischen Landesverwaltung für deren Zwecke muss gestattet sein. Beispiel für Spalte 5: Nutzung auf allen Rechenzentren der bayerischen Landesverwaltung für deren Zwecke möglich. Sonstige externe Rechenzentrumsnutzung nur mit Zustimmung des AN.
	Nur Clientnutzung	Ist diese Beschränkung gewählt, ist eine Installation bzw. Nutzung der Software auf einem Server

Nutzerhinweise EVB-IT System

		unzulässig.
	Keine Nutzung für Kraftwerke und Massentransportmittel	<p>Eine Reihe von Lizenzbedingungen sehen vor, dass die Nutzung der Software für Massentransportmittel und Kraftwerke nicht erlaubt ist, also für solche Bereiche, in denen aus Fehlern der Software besonders große materielle Schäden oder auch Personenschäden (z. B. durch Flugzeugabsturz) entstehen können.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: Software darf in dem Kraftwerk, aber nicht zu dessen unmittelbaren Steuerung eingesetzt werden.</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Software darf nicht zur Steuerung eines Kraftwerkes eingesetzt werden.</p>
	Keine Nutzung für bestimmte sonstige Zwecke	<p>Diese Einschränkung darf nur in Verbindung mit einer ganz konkreten Vorgabe der Art der Beschränkung durch den Auftraggeber in Spalte 4 verwendet werden, da sie anderenfalls eine Vergleichbarkeit des Angebots mit anderen Angeboten und damit die Bewertung unmöglich macht.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: Keine sonstige Beschränkung außer der Beschränkung, dass die Software nicht für Schulungen für Dritte genutzt werden darf.</p> <p>Beispiel für Spalte 5: Keine sonstige Beschränkung außer der Beschränkung, dass die Software nicht für Schulungen für Dritte genutzt werden darf.</p>
Rubrik 5		
Weitergabe/Übertragungsbeschränkungen		
	... bei dauerhafter Überlassung abweichend von Ziffer 2.3.1.1 EVB-IT System-AGB, 2. Aufzählung	Standardmäßig ist in den AGB vorgesehen, dass die auf Dauer eingeräumten Nutzungsrechte übertragbar sind. Hier kann dem Bieter die Möglichkeit eingeräumt werden, die Übertragbarkeit ausdrücklich auszuschließen. Unter Übertragung wird die Beendigung der eigenen Nutzung und die

Nutzerhinweise EVB-IT System

lungspunkt „übertragbar“		Weitergabe der Software inklusive der Nutzungsrechte an einen Dritten verstanden.
	Weitergabe nur mit Zustimmung	Diese Einschränkung ist für den Auftraggeber potentiell ungünstig, weil es der Bieter so in der Hand hat, die Weitergabe zu verhindern. In der Regel kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Zustimmung erfolgreich erzwungen werden kann.
	Weitergabe nur mit bestimmter Hardware	Bei dieser Einschränkung bleibt eine Weitergabe auch ohne Zustimmung des Auftragnehmers möglich, diese darf jedoch nur mit bestimmter Hardware gemeinsam weitergegeben werden. Dies ist der Fall bei sog. OEM-Beschränkungen oder anderen „Bundles“
	Weitergabe nur durch Ersterwerber	Einige Lizenzbedingungen sehen vor, dass eine Weitergabe nur durch den Ersterwerber der Software möglich sein soll.
	Weitergabe unter sonstigen Bedingungen	Diese Einschränkung darf nur in Verbindung mit einer ganz konkreten Vorgabe der Art der Beschränkung/Erweiterung durch den Auftraggeber in Spalte 4 verwendet werden, da sie anderenfalls eine Vergleichbarkeit des Angebots mit anderen Angeboten und damit die Bewertung unmöglich macht. Beispiel für Spalte 4: Die Weitergabe muss möglich sein. Zulässig ist die Forderung der Einhaltung bestimmter Formalien. Beispiel für Spalte 5: Schriftliche Unterwerfungserklärung des neuen Lizenznehmers unter die Bedingungen der Nutzungsrechtsregeln aus dem EVB-IT Systemvertrag für die Software.
... bei Überlassung auf Zeit abweichend von Ziffer 2.3.1.2 EVB-IT System-AGB, 5. Aufzählungspunkt „nicht übertragbar“		Standardmäßig ist in den AGB vorgesehen, dass die zeitlich befristet eingeräumten Nutzungsrechte nicht übertragbar sind. Hier kann dem Bieter die Möglichkeit eingeräumt werden, die Übertragbarkeit ausdrücklich zuzulassen. Unter Übertragung wird die Beendigung der eigenen Nutzung und die Weitergabe der Software inklusive der Nutzungsrechte an einen Dritten verstanden.
	Weitergabe mit bestimmter Hardware erlaubt	Denkbar ist dies z.B., wenn ein gemieteter Server mit Server-Software an einen Outsourcer weitergegeben werden soll
	Weitergabe unter sonstigen Bedingungen	Denkbar als Bedingung ist z.B. die Einholung einer Zustimmung des Vermieters, die jedoch nur aus

Nutzerhinweise EVB-IT System

	erlaubt	wichtigem Grund verweigert werden darf.
Rubrik 6 Volumen-/ Leistungsbeschränkungen		<p>Vor allem modernere Lizenzmodelle weisen ein stark partizipatorisches Moment auf, d. h. der Softwarehersteller möchte sicherstellen, dass der wirtschaftlich mit der Software zu erzielende Nutzen sich möglichst im Lizenzpreis abbildet. Aus diesem Grunde werden in solchen Modellen Obergrenzen für bestimmte Leistungsmengen vorgesehen. Die Vereinbarung derartiger Beschränkungen sollte sorgfältig geplant werden. Auch ist in diesen Fällen zu klären, zu welchen Konditionen ggf. Erweiterungen möglich sind.</p> <p>Die Vorgaben sind hier besonders genau zu fassen, weil anderenfalls eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleistet ist.</p> <p>Die benötigten Mengen pro Zeiteinheit, z. B. pro Jahr, sollten geschätzt werden und einschließlich eines Risikozuschlags zum Gegenstand der Mindestvorgaben des Auftraggebers werden.</p> <p>Das Risiko des Auftraggebers bei einer Volumenlizenz ist, dass er entweder zu hoch schätzt und überlizenziert ist, also dauerhaft zu viel zahlt, oder unterlizenziert ist, was zu Nachforderungen, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen des Auftragnehmers führen kann. Auch wird der Auftragnehmer darauf bestehen, die Einhaltung der Volumengrenzen überprüfen zu können. Einer entsprechenden „Audit“-Vereinbarung wird sich der Auftraggeber in diesem Fall daher nur entziehen können, wenn es ihm gelingt, die Kontrolle auf eine Selbstauskunft auf Anforderung des Auftraggebers zu beschränken.</p>
	Anzahl der Transaktionen pro Zeiteinheit	<p>Hier ist durch den Auftraggeber eine genaue Beschreibung der „Transaktion“ vorzugeben, die gezählt werden soll. Eine solche Transaktion könnte zum Beispiel die Eingabe eines Datums sein.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: mindestens 500.000 Transaktionen pro Jahr.</p> <p>Beispiel für Spalte 5: 600.000 Transaktionen pro Jahr.</p>
	Anzahl der generierten oder gespeicherten	Hier ist durch den Auftraggeber vorzugeben, welche Datensätze gezählt werden und ob deren

Nutzerhinweise EVB-IT System

	Datensätze pro Zeiteinheit	Generierung und/oder Speicherung gezählt werden soll. Beispiel für Spalte 4: mindestens 100.000 Datensätze pro Jahr. Beispiel für Spalte 5: 150.000 Datensätze pro Jahr
	Anzahl der Zugriffe pro Zeiteinheit	Hier ist durch den Auftraggeber eine konkrete Vorgabe zu machen, was unter einem Zugriff im Sinne der Regelung zu verstehen ist. Unter Zugriff ist in der Regel das Lesen und Schreiben eines Datensatzes zu verstehen. Beispiel für Spalte 4: mindestens 100.000 Zugriffe pro Jahr. Beispiel für Spalte 5: 150.000 Zugriffe pro Jahr
	Nach Leistungseinheit (z.B. MIPS)	Hier ist durch den Auftraggeber eine konkrete Vorgabe der Leistungseinheit zu machen. Leistungseinheiten können sein z. B. <ul style="list-style-type: none">• „MIPS“ = Anzahl der Befehle in Millionen, die von einem Rechner in einer Sekunde ausgeführt werden können• oder „MSU“ = Anzahl der Befehle in Millionen, die von einem Rechner in einem definierten Zeitraum ausgeführt werden können• Value-Units = Vom Lizenzgeber festgelegte Größe für die Berechnung der Leistung Beispiel für Spalte 4: Gesamtleistung der Systemumgebung, in der die Software eingesetzt wird, mindestens 40 MIPS Beispiel für Spalte 5: 40 MIPS
	Gebührenvolumen pro Zeiteinheit	Hier wird das Nutzungsrecht auf eine bestimmte Höhe eines mit der Software generierten Gebührenvolumens festgelegt.

Nutzerhinweise EVB-IT System

		<p>Der Auftraggeber sollte in diesem dem Auftragnehmer eine konkrete Vorgabe machen, welche Umsätze berücksichtigt werden müssen und welcher Zeitpunkt für die Zuordnung zu einer Zeiteinheit maßgeblich ist (Zahlungseingang, Bescheidversand o. Ä.).</p> <p>Beispiel für Spalte 4: mindestens 500.000 Euro für Gebühreneingang für Ordnungswidrigkeiten in einem Monat.</p> <p>Beispiel für Spalte 5: 500.000 Euro für Gebühreneingang für Ordnungswidrigkeiten in einem Monat.</p>
	Anzahl generierter Ergebnisse (z. B. Bescheide) pro Zeiteinheit	<p>Hier ist durch den Auftraggeber eine konkrete Vorgabe der „Ergebnisse“ im Sinne der Regelung zu machen, z. B. Anzahl der erzeugten Bußgeldbescheide.</p> <p>Beispiel für Spalte 4: mindestens 50.000 Bußgeldbescheide pro Jahr.</p> <p>Beispiel für Spalte 5: 60.000 Bußgeldbescheide pro Jahr.</p>
	Generierter Umsatz pro Zeiteinheit	<p>Hier ist durch den Auftraggeber eine konkrete Vorgabe zu machen, welcher Umsatz in welcher Währung berücksichtigt werden muss und welcher Zeitpunkt für die Zuordnung zu einer Zeiteinheit maßgeblich ist (Zahlungseingang, Vertragsabschluss, Fälligkeit o. Ä.).</p> <p>Siehe Beispiel zu Gebührenvolumen pro Zeiteinheit</p>
	Sonstige Volumen-/Leistungsbeschränkung	<p>Diese Einschränkung darf nur in Verbindung mit einer ganz konkreten Vorgabe der Art der Beschränkung/Erweiterung durch den Auftraggeber in Spalte 4 verwendet werden, da sie anderenfalls eine Vergleichbarkeit des Angebots mit anderen Angeboten und damit die Bewertung unmöglich macht.</p>
Rubrik 7	Abweichend von Ziffer 2.3.1 der EVB-IT System AGB	<p>Die AGB sehen die dauerhafte Einräumung von Rechten, im Sinne eines Kaufes vor. Eine Kündigung ist im Kaufrecht nicht vorgesehen. Gleichwohl sehen gerade die Lizenzbestimmungen der großen Standardsoftwarehersteller solche Kündigungsrechte vor. Den beiden mit Abstand häufigsten Fällen</p>

Nutzerhinweise EVB-IT System

Kündbarkeit		wird mit nachfolgenden Varianten Rechnung getragen.
	Kündigung wegen schwerwiegenden Verstoßes gegen Nutzungsrechtsbestimmungen nach vorangegangener fruchtloser schriftlicher Abmahnung mit angemessener Frist.	
	Kündigung wegen Nichteinhaltung der geltenden Exportvorschriften, auf die der Auftragnehmer in Nummern. 4.3.1 bzw. 4.4.1 hingewiesen hat	

4. Beispiel für eine Integration der Kriterien aus der Nutzungsrechtsmatrix in eine Bewertungsmatrix

Pro Kriterium werden maximal 10 Bewertungspunkte gegeben. Die folgende Tabelle stellt lediglich einen Ausschnitt aus der Gesamtbewertungsmatrix dar.

Nutzerhinweise EVB-IT System

Typ der Beschränkung		Art des Kriteriums ¹	Vorgabe Auftraggeber	Angebotspezifische inhaltliche Angabe des Auftragnehmers <small>(nur enumerative, kurze, konkrete Auflistung zu den in Spalte 2 genannten Punkten möglich. Keine Verweise auf vorformulierte Bedingungen, keine Einschränkung der Leistungsbeschreibung.)</small>	Gewichtung	Bewertungspunkte	Leistungspunkte	Zielvorgaben
1	2	3	4	5	6	7	8	9
Rubrik 1	Abweichend von Ziffer 2.3.1EVB-IT System-AGB, „in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung nutzbar“							
Hardwarebezogene Beschränkungen	Beschränkung auf Hardware, auf der die Standardsoftware bestimmungsgemäß installiert wird.	A						
	Beschränkung auf Hardware eines bestimmten Herstellers und/oder Typs	A						
	Verpflichtung, die Standardsoftware	A						

Nutzerhinweise EVB-IT System

	bestimmter Hardware zuzuweisen z. B. Geräte-CAL							
	Nutzung nur auf vom Auftragnehmer definierter Hard-/Softwareumgebung	A						
	Beschränkungen die Leistung der Hardware betreffend							
	Anzahl virtueller Kerne	A						
	Anzahl physikalischer Kerne (core(s))	B	Keine Vorgabe	8	50	10	500	unter 2 = 0 Pkte, 2 bis 3 = 5 Pkte. 4 bis 7 = 7 Pkte. > 7 = 10 Pkte.
	Anzahl physikalischer Betriebssystemumgebungen	B	Mindestens 1	1	10	0	0	bis 1 = 0 Pkte. bis 2 = 5 Pkte. > 2 = 10 Pkte.
	Anzahl virtueller Betriebssystemumgebungen	B	Mindestens 2	4	10	5	50	bis 2 = 0 Pkte 3 – 4 = 5 Pkte > 4 = 10 Pkte.
	Anzahl Prozessoren (CPU)	A						
	Anzahl Sockets (CPU-Sockel)	B	Mindestens 2	4	30	5	150	bis 2 = 0 Pkte. 3 bis 4 = 5 Pkte. > 4 = 10 Pkte.
	Sonstige auf die Leistung der	A						

Nutzerhinweise EVB-IT System

	Hardware bezogene Beschränkungen								
	Sonstige hardwarebezogene Beschränkungen	A							
		Summe Leistungspunkte hardwarebezogene Beschränkungen						700	

VI. Hinweise zur Teleservicevereinbarung

Die folgenden Ausführungen beinhalten Hinweise zur Gewährleistung der Informationssicherheit bei Leistungen des Auftragnehmers mittels Teleservice. Die Hinweise beschreiben wesentliche Sicherheitsaspekte, die beim Abschluss einer Teleservicevereinbarung beachtet werden sollten.

Sofern im Rahmen des Teleservices der Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann, sind gemäß § 11 Abs. 5 BDSG die Vorgaben zur Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 Abs. 1-4 BDSG zu beachten und ist eine entsprechende Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung abzuschließen (siehe Abschnitt III.17.5 dieser Hinweise) oder in die Teleservicevereinbarung selbst aufzunehmen. Letzteres wird sich jedoch nur dann empfehlen, wenn es nur wegen der Teleserviceleistungen zur Auftragsdatenverarbeitung kommt.

Im Übrigen sollte eine Teleservicevereinbarung als Ergänzung zum Vertrag unter anderem folgende Inhalte haben:

- Beschreibung der technischen und organisatorischen Regeln für die Durchführung von Arbeiten mittels Telekommunikationsdiensten über Netzwerke und das Internet.
- Einzelheiten von Aufbau und Kontrolle der Telekommunikationsverbindung. Der Verbindungsaufbau sollte grundsätzlich durch den Auftraggeber erfolgen. Sollte hiervon abweichend eine vom Auftragnehmer ausgehende Einwahlmöglichkeit vereinbart werden, sind organisatorische und technische Vorkehrungen zu treffen, durch die die unbefugte Einwahl verhindert wird.
- Der Auftraggeber sollte berechtigt werden, die Verbindung zu unterbrechen, wenn Zweifel an der Zulässigkeit oder Sicherheit der Kommunikationsverbindung bestehen. Die Entscheidungsgründe sind zu protokollieren.
- Hinsichtlich der Bereitstellung der technischen Einrichtungen sowie der Übernahme der Verbindungskosten (einschließlich eventueller Pauschalen) sind die entsprechenden Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer je nach den technischen und organisatorischen Gegebenheiten zu treffen.
- Es müssen Regeln über eine sichere Authentifizierung der Kommunikationspartner – Auftraggeber und Auftragnehmer – vereinbart werden. Die Authentifizierungen sind zu protokollieren.
- Nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten sollte eine Protokollierung der im Rahmen des Teleservice erfolgten Zugriffe auf das System des Auftraggebers erfolgen.
- Der Auftraggeber sollte durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass während der Arbeiten in den Systembereichen, für die dem autorisierten Personal des Auftragnehmers ein Zugangsrecht eingeräumt wurde, keine unautorisierten Zugriffe auf Originaldaten erfolgen können.
- Der Auftragnehmer muss die von ihm benannten und autorisierten Personen auf das Fernmeldegeheimnis gemäß § 88 TKG verpflichten.
- Soweit eine Protokollierung von Aktionen des Teleservice erfolgt, sind Vereinbarungen über die Dauer und den Ort der Aufbewahrung zu treffen. Auftraggeber und Auftragnehmer sind jeweils berechtigt, Einsicht in die Protokolle zu nehmen und diese für Nachprüfungs- und Kontrollzwecke auszuwerten.

Nutzerhinweise EVB-IT System

- Jeder Vertragspartner ist zu verpflichten, den jeweils anderen Vertragspartner unverzüglich zu informieren, wenn Verstöße insbesondere gegen das Datenschutzrecht oder die Pflicht zur Verschwiegenheit festgestellt werden oder ein solcher Verdacht besteht.
- Für alle technischen Fragen im Zusammenhang mit den Einzelheiten der im Rahmen dieser Teleservicevereinbarung zu erbringenden Leistungen ist jeweils ein Ansprechpartner zu benennen.
- Der Auftragnehmer muss sich verpflichten:
 - Unbefugten den Zutritt zu seinen Systemen, mit denen Daten des Auftraggebers verarbeitet und genutzt werden, zu verwehren,
 - zu verhindern, dass seine zur Erbringung des Teleservice eingesetzten Systeme von Unbefugten genutzt werden können,
 - dafür Sorge zu tragen, dass Daten des Auftraggebers bei Speicherung, Verarbeitung oder Nutzung in Systemen des Auftragnehmers nicht unbefugt gelesen, kopiert, verändert oder entfernt werden können,
 - dafür Sorge zu tragen, dass bei einer elektronischen Übertragung von Daten des Auftraggebers im Einvernehmen mit diesem die notwendigen Sicherheitsmaßnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität getroffen werden,
 - dafür Sorge zu tragen, dass Weisungen des Auftraggebers zur Verarbeitung von Daten bei der Erbringung von Pflegeleistungen mittels Teleservice beachtet werden.
 - Subunternehmer nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers einzusetzen.

Wenn Gegenstand der Teleservicevereinbarung die Eingabe, Veränderung und Löschung von Daten des Auftraggebers ist, sollte nachträglich geprüft und festgestellt werden können, ob und von wem Daten des Auftraggebers eingegeben, verändert oder gelöscht worden sind. Hierüber ist eine gesonderte Vereinbarung zu treffen.