

## Hinweise für die Nutzung der EVB-IT Service

### Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen.....	6
I. Allgemeines zu den EVB-IT Service.....	6
1. Gegenstand der EVB-IT Service .....	6
2. Aufbau und Struktur der EVB-IT Service .....	8
3. Geltungshierarchie der Dokumente .....	9
4. Einbeziehung des Vertrages in die Vergabeunterlagen und Hinweise zum Umgang mit dem Vertragsmuster und den AGB .....	10
II. Überblick über die wesentlichen Unterschiede zwischen den EVB-IT Service, den EVB-IT Pflege S, den EVB-IT Instandhaltung und den Serviceregelungen den EVB-IT System und den EVB-IT Systemlieferung .....	12
1. Systemverantwortung .....	12
2. Haftungskonzept.....	12
3. Unterschiede zu den Serviceregelungen in den EVB-IT System und EVB-IT Systemlieferung.....	13
III. Hinweise zum Vertragsformular.....	14
1. Gegenstand, Vergütung und Bestandteile des Vertrages .....	14
1.1 Vertragsgegenstand .....	14
1.2 Vertragsbestandteile .....	14
2. Übersicht über die vereinbarten Leistungen .....	15
3. Beschreibung und Standort(e) des vertragsgegenständlichen IT-Systems und der Systemumgebung* ..	15
3.1 Beschreibung des IT-Systems und seiner Systemumgebung*.....	15
3.2 Standort(e) und Zugänglichkeit des IT-Systems .....	16
4. Beginn / Dauer / Kündigung der Serviceleistungen .....	17
4.1 Beginn / Dauer der Serviceleistungen .....	17
4.2 Kündigung von Serviceleistungen .....	18
5. Vergütung .....	18
5.1 Vergütung für die Serviceleistungen .....	18
5.2 Vergütung für Ersatzgegenstände*.....	19
5.3 Fälligkeit und Zahlung .....	19
5.4 Rechnungsadresse .....	19
5.5 Preisanpassung .....	19
6. Servicezeiten* für die Serviceleistungen .....	20
7. Ticketsystem* .....	20
8. Testsystem des IT-Systems.....	22
8.1 Im Testsystem zu erbringende Serviceleistungen.....	23
8.2 Bereitstellung und Spezifikation des Testsystems .....	23
8.3 Verantwortung für Aktualität des Testsystems.....	23
9. Ersatzgegenstände* .....	24
9.1 Vergütung von Ersatzgegenständen* .....	25
9.2 Vorhalten von Ersatzgegenständen* .....	25
10. Art und Umfang der Serviceleistungen .....	27
10.1 Bestandsaufnahme .....	27

**Nutzerhinweise EVB-IT Service**

10.2	Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft* des IT-Systems .....	30
10.3	Aufrechterhaltung des IT-Systems (vorbeugende Maßnahmen) .....	34
10.4	Überlassung neuer Programmstände* .....	37
10.5	Hotline .....	39
10.6	Rufbereitschaft .....	41
10.7	Vor Ort-Service, regelmäßige Anwesenheit beim Auftraggeber .....	42
10.8	Lizenzmanagement .....	43
10.9	Abwicklung von Ansprüchen des Auftraggebers gegen Dritte .....	46
10.10	Datensicherungsservices .....	47
10.11	Besondere Serviceleistungen in Bezug auf Systemkomponenten* .....	48
10.12	Schulung .....	50
10.13	Sonstige Serviceleistungen .....	51
11.	Nutzungsrechte .....	51
11.1	Rechteeinräumung durch den Auftraggeber (siehe Ziffer 5.1 EVB-IT Service-AGB) .....	51
11.2	Rechteeinräumung durch den Auftragnehmer (siehe Ziffer 5.2 EVB-IT Service-AGB) .....	52
12.	Dokumentation .....	53
13.	Ergänzende Vereinbarungen bei Vergütung nach Aufwand .....	54
13.1	Vereinbarung der Preiskategorien bei Vergütung nach Aufwand .....	54
13.2	Zeiten der Leistungserbringung bei Vergütung nach Aufwand .....	54
13.3	Abweichende Regelungen für die Bestimmung und Vergütung von Personentagesätzen .....	54
13.4	Reisekosten/Nebenkosten*/Reisezeiten .....	54
13.5	Besondere Bestimmungen zur Vergütung nach Aufwand .....	55
14.	Mitwirkung des Auftraggebers .....	55
15.	Abnahme von Serviceleistungen .....	56
15.1	Gegenstand der Abnahme .....	56
15.2	Erklärung der Betriebsbereitschaft* und der Abnahme im Testsystem .....	56
15.3	Testdaten .....	56
15.4	Dauer der Funktionsprüfung .....	57
15.5	Weitere Regelungen .....	57
16.	Mängelhaftung (Gewährleistung) .....	57
17.	Haftungsregelungen .....	58
17.1	Haftungsobergrenze bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung .....	58
17.2	Haftung für entgangenen Gewinn .....	58
18.	Vertragsstrafen .....	59
18.1	Nichteinhaltung von vereinbarten Reaktionszeiten* .....	59
18.2	Nichteinhaltung von vereinbarten Erledigungszeiten* .....	59
19.	Vertragliche Ansprechpartner (keine Kommentierung) .....	59
20.	Schlüsselpositionen .....	59
21.	Weitere Regelungen .....	60
21.1	Besondere Anforderungen an Mitarbeiter des Auftragnehmers .....	60
21.2	Allgemeine Sicherheitsanforderungen .....	60
21.3	Kopier- oder Nutzungssperre* .....	61
21.4	Mitteilungspflicht bezüglich der zur Vertragserfüllung eingesetzten Werkzeuge* .....	61
21.5	Entsorgung von ausgetauschten Gegenständen (ergänzend zu Ziffer 8 EVB-IT Service) .....	61
21.6	Regelungen zu Quellcodes* .....	61
21.7	Haftpflichtversicherung (keine Kommentierung) .....	62
21.8	Teleservice .....	62
21.9	Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit .....	63

21.10	Behandlung von Änderungsverlangen (Change Requests).....	63
21.11	Schlichtungsverfahren.....	63
22.	Sonstige Vereinbarungen.....	63
IV.	Hinweise zu den AGB.....	64
1.	Gegenstand des EVB-IT Servicevertrages.....	64
1.1	(Gegenstand: Serviceleistungen) keine Kommentierung.....	64
1.2	(nichtabschließende Aufzählung der wichtigsten Serviceleistungen) .....	64
1.3	(Regelfall: Serviceleistungen sind Werkleistungen).....	64
1.4	(Qualitätsmaßstab für Serviceleistungen).....	64
1.5	(Standardleistungsumfang bei Serviceleistungen).....	64
1.6	(nicht kommentiert).....	64
1.7	(Anforderungen an automatisierte Tools) .....	64
1.8	(Auswirkungen des Entfalls des Herstellersupports).....	65
2.	Art und Umfang der Serviceleistungen .....	65
2.1	Bestandsaufnahme .....	65
2.2	Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft.....	65
2.3	Neue Programmstände*.....	67
2.4	Hotline.....	68
2.5	Rufbereitschaft .....	69
2.6	Vor-Ort Service .....	69
2.7	Lizenzmanagement.....	69
2.8	Abwicklung von Ansprüchen des Auftraggebers gegen Dritte .....	70
2.9	Datensicherungsservices.....	71
2.10	Besondere Serviceleistungen in Bezug auf Systemkomponenten .....	71
2.11	Schulungen.....	72
3.	Vorhalten von Ersatzgegenständen*.....	73
4.	Verlagerung bzw. Modifikation von Systemkomponenten* durch den Auftraggeber .....	73
4.1	(Berechtigung zur Verlagerung, Anpassungsrecht der Parteien).....	73
4.2	(Ab- und Wiederaufbau, Modifikation durch Auftragnehmer) keine Kommentierung.....	74
5.	Nutzungsrechte .....	74
5.1	Rechteinräumung durch den Auftraggeber.....	74
5.2	Rechteinräumung durch den Auftragnehmer .....	74
5.3	Rechte an sonstigen Leistungsergebnissen .....	76
6.	Störungsklassifizierung .....	77
7.	Reaktions*- und Erledigungszeiten* .....	77
7.1	(Regelung bei nicht vereinbarten Reaktions- und Erledigungszeiten).....	77
7.2	(Verzug bei Nichteinhaltung von Reaktions- und Erledigungszeiten) .....	78
7.3	(Fristwahrung bei werkvertraglichen Serviceleistungen) .....	78
8.	Ersatzgegenstände* .....	78
8.1	(Qualitätsmaßstab).....	79
8.2	(Einsatzgrundsätze) .....	79
8.3	(Rechte des Auftraggebers beim Austausch von Ersatzgegenständen) .....	79
8.4	(Entsorgung der ausgetauschten Ersatzgegenstände) .....	79
8.5	(Schicksal von Datenträgern) .....	80
8.6	(Entnahmerecht des Auftraggebers) .....	80
9.	Testsystem des IT-Systems.....	80
9.1	(Verantwortlichkeit für Testsystem).....	80
9.2	(Durchführung von Tests) .....	80

9.3	(Aktualität des Testsystems).....	80
9.4	(Einschränkung der Verzugshaftung bei Verwendung von Testsystemen) .....	81
10.	Dokumentation .....	81
10.1	(Umfang der Dokumentation der Serviceleistungen) .....	81
10.2	(Pflicht zur Ergänzung der Dokumentation des IT-Systems) .....	81
10.3	(Rechte an der Dokumentation).....	81
11.	Mitteilungspflichten des Auftragnehmers .....	82
11.1	(Übersicht über die Mitteilungspflichten) .....	82
11.2	(Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Mitteilungspflichten).....	82
12.	Personal des Auftragnehmers, Subunternehmer .....	83
12.1	(Ansprechpartner – keine Kommentierung) .....	83
12.2	(Qualität des Personals) .....	83
12.3	(Schlüsselpositionen).....	83
12.4	(Auswechslungsrecht) .....	84
12.5	(Subunternehmer).....	84
12.6	(Weisungsrecht).....	84
13.	Vergütung .....	85
13.1	(Pauschalpreis).....	85
13.2	(Vergütung nach Aufwand).....	85
13.3	(Fälligkeit – keine Kommentierung) .....	86
13.4	(Tages- und Stundensätze) .....	86
13.5	(Vergütung von Ersatzgegenständen*, Beistellung derselben durch den Auftraggeber).....	86
13.6	(Zahlungsziel).....	86
13.7	(Preisanpassung).....	87
13.8	(Umsatzsteuer – keine Kommentierung) .....	87
14.	Verzug .....	87
14.1	(Verzugsfolgen).....	87
14.2	(Vertragsstrafe).....	88
14.3	(Abbedingung von § 341 Abs. 3 BGB) .....	89
15.	Mitwirkung des Auftraggebers .....	89
15.1	(Umfang) .....	89
15.2	(Störungsmeldung) .....	90
15.3	(Teleservice).....	90
15.4	(Datensicherung) .....	90
16.	Abnahme von Serviceleistungen .....	91
16.1	(Abnahme durch Erklärung der Betriebsbereitschaft) .....	91
16.2	(ausdrückliche Abnahme – keine Kommentierung) .....	91
16.3	(Abnahmefiktion) .....	91
17.	Rechte des Auftraggebers bei Mängeln der Serviceleistungen .....	91
17.1	(Haftung für Sach- und Rechtsmängel) .....	91
17.2	(Ausschluss der Rechtsmängelhaftung).....	91
17.3	(Hemmung der Verjährung) .....	92
17.4	(Nacherfüllung) .....	92
17.5	(Selbstvornahme, Minderung und Kündigung) .....	92
17.6	(Abtretung von Mängelhaftungsansprüchen, die dem Auftragnehmer gegen Dritte zustehen) .....	94
18.	Schutzrechte Dritter .....	94
19.	Pflichtverletzung bei Dienstleistungen .....	95
20.	Haftungsbeschränkung .....	95

20.1	Begrenzung der Höhe nach bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen.....	95
20.2	(Haftung bei Datenverlust - keine Kommentierung) .....	96
20.3	(Haftung für entgangenen Gewinn) .....	96
20.4	(Ausschluss der Haftungsbeschränkungen - keine Kommentierung).....	96
21.	Laufzeit und Kündigung .....	96
21.1	(unbefristete Serviceverträge, Mindestlaufzeit).....	96
21.2	(befristete Serviceverträge, vorzeitige Kündigung) .....	96
21.3	(Außerordentliche Kündigung).....	97
21.4	(Pflichten bei Ende des Servicevertrages) .....	97
21.5	(Unterstützungsleistungen nach Ende des Servicevertrages) .....	97
22.	Änderung der Leistung nach Vertragsabschluss .....	97
23.	Quellcodeübergabe / Quellcodehinterlegung .....	98
23.1	(Übergabe des Quellcodes der Individualsoftware und Anpassungen von Standardsoftware).....	98
23.2	(Hinterlegung des Quellcodes von Standard- bzw. Individualsoftware) .....	99
24.	Haftpflichtversicherung (keine Kommentierung).....	99
25.	Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit .....	99
25.1	(Auftragsdatenverarbeitung).....	99
25.2	(Datenschutzrechtliche Verpflichtung des Auftragnehmers).....	100
25.3	(Folgen von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Verpflichtungen) .....	100
25.4	(Wahrung der Vertraulichkeit) .....	100
25.5	(Vertrauliche Informationen - keine Kommentierung).....	100
26.	Zurückbehaltungsrechte .....	100
27.	Schlichtungsverfahren .....	100
28.	Textform .....	101
29.	Anwendbares Recht (keine Kommentierung).....	101
V.	Hinweise zur Teleservicevereinbarung .....	101

## **Vorbemerkungen**

Abschnitt I	Allgemeines zu den EVB-IT Service. Hier erfolgt ein Überblick über die Besonderheiten eines Servicevertrages, seinen Anwendungsbereich und die Abgrenzung zu anderen EVB-IT.
Abschnitt II	Überblick über die wesentlichen Unterschiede zwischen den EVB-IT Service, den EVB-IT Pflege S, den EVB-IT Instandhaltung und den Serviceregelungen in den EVB-IT System und EVB-IT Systemlieferung
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	Hinweise zur Teleservicevereinbarung

In den folgenden Ausführungen werden der EVB-IT Servicevertrag in der Regel als „Vertrag“ und die EVB-IT Service-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 Klammern () eingeschlossen.

### **I. Allgemeines zu den EVB-IT Service**

#### **1. Gegenstand der EVB-IT Service**

Gegenstand des EVB-IT Servicevertrages sind Serviceleistungen des Auftragnehmers für ein IT-System des Auftraggebers. Der Auftragnehmer ist dabei nicht nur verantwortlich für die Funktionsfähigkeit der einzelnen Systemkomponenten, sondern, ebenso wie bei den EVB-IT Systemverträgen, für die Funktionsfähigkeit des IT-Systems insgesamt. Neben den klassischen Serviceleistungen wie Störungsbeseitigung, Wartung und Lieferung neuer Programmstände bietet der Servicevertrag auch die Möglichkeit, weitere Leistungen rund um das IT-System zu vereinbaren, z.B. eine Rufbereitschaft oder Lizenzmanagement. Dies ist ein Vorteil des Servicevertrages gegenüber den Regelungen zum Service in den EVB-IT Systemverträgen.

Gegenstand des EVB-IT Servicevertrages kann auch die Pflege von Individualsoftware sein. Diese kann vom Auftragnehmer z.B. auf der Grundlage eines EVB-IT Erstellungsvertrages oder eines EVB-IT Systemvertrages erstellt worden sein. Die Pflegeleistungen können sich aber auch auf eine für den Auftragnehmer fremde Individualsoftware beziehen.

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

**Hinweis:** Auch wenn die EVB-IT Service davon ausgehen, dass alle Leistungen aus einer Hand zu beschaffen sind, muss die Vergabestelle bei Verwendung derselben im Hinblick auf § 97 Abs. 3 GWB begründen, warum die unterschiedlichen Systemserviceleistungen mit nur einem Auftragnehmer vereinbart werden sollen und die hiervon erfassten Leistungen nicht losweise vergeben werden. Ein Argument hierfür kann z.B. sein, dass insbesondere bei Vorliegen von individuellen Komponenten für denjenigen, der einzelne Serviceleistungen für ein System übernehmen soll, welches er ansonsten nicht betreut, erhebliche technische Hürden zu überwinden sind. 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. Im Einzelfall ist dies freilich differenzierter zu prüfen und darzustellen.

Nicht Gegenstand des EVB-IT Servicevertrages ist der Betrieb eines IT-Systems des Auftraggebers durch den Auftragnehmer in den Räumlichkeiten des Auftragnehmers.

Die Anwendung des EVB-IT Servicevertrages ist dann nicht sinnvoll, wenn nur Standardsoftware gepflegt oder nur eine Hardwarekomponente instand gehalten werden soll. In diesen Fällen sind vielmehr die EVB-IT Pflege S und die EVB-IT Instandhaltung (beide zusammen im Folgenden auch als Basis-EVB-IT bezeichnet) anzuwenden. Eine Anwendung dieser Basis-EVB-IT für einzelne Systemkomponenten kann in Ausnahmefällen aber auch zusätzlich zum EVB-IT Servicevertrag sinnvoll sein. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Auftragnehmer nicht in der Lage ist, die Pflege bzw. Instandhaltung einzelner Systemkomponenten auf der Basis des EVB-IT Servicevertrages zu übernehmen, weil er nicht alle dort verlangten Leistungen seinerseits vom Hersteller erhält und auch das Leistungs-Delta nicht übernehmen kann oder will. Ein weiterer Fall für eine zusätzliche Verwendung der Basis-EVB-IT kann sich ergeben, weil einzelne Systemkomponenten aufgrund von Rahmenverträgen oder aufgrund von Herstellerrestriktionen nur durch den Hersteller selbst oder einen anderen Dritten, nicht jedoch vom Auftragnehmer des EVB-IT Servicevertrages betreut werden können. Bei zusätzlicher Anwendung der Basis-EVB-IT ist zu beachten, dass die Gesamtverantwortung für die Funktionsfähigkeit des IT-Systems beim Auftragnehmer verbleiben sollte. Die unterschiedlichen EVB-IT Verträge sind daher nach Möglichkeit in geeigneter Form miteinander zu verknüpfen.

Die EVB-IT Service bilden auch den Anwendungsbereich der BVB-Pflege ab und machen diese damit obsolet. Die BVB-Pflege sind auch künftig auf der Website der CIO des Bundes im dortigen Archiv zu finden [http://www.cio.bund.de/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Archiv/archiv\\_node.html](http://www.cio.bund.de/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Archiv/archiv_node.html).

Als BVB-Vertragstypen bleiben nun nur noch im Einsatz

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

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

Im Folgenden wird zur Veranschaulichung ein Anwendungsfall für die Nutzung des EVB-IT Service geschildert:

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Für ein vom Auftragnehmer erstelltes System zur Zahlbarmachung von Sozialleistungen soll nach der Abnahme ein Systemservice vereinbart werden. Dazu gehört die Störungsbeseitigung, die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft, die Überlassung neuer Programmstände der Standardsoftware, einschließlich von neuen Programmständen bei gesetzlichen Änderungen des SGB, die für die Zahlbarmachung der Leistungen relevant sind. Weiterhin soll eine Hotline für das Personal aus der Leistungsgewährung vereinbart werden, welche auch Fachfragen beantworten kann. Ebenfalls für die Arbeitsplätze in der Leistungsgewährung soll ein vor-Ort-Service für kleinere Reparaturen und Unterstützungsleistungen vereinbart werden.

Eine Entscheidungshilfe zur Einbeziehung der BVB- bzw. EVB-IT-Vertragstypen in IT-Beschaffungsverträge findet sich unter [www.cio.bund.de](http://www.cio.bund.de). Diese enthält weitere typische Anwendungsfälle.

### 2. Aufbau und Struktur der EVB-IT Service

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

- EVB-IT Servicevertrag (Vertrag oder Vertragsformular genannt)
- EVB-IT Service-AGB
- Muster 1 – Störungsmeldeformular
- Muster 2 – Leistungsnachweis
- Muster 3 – Änderungsverfahren
- Muster 4 – Abruf von vereinbarten Besonderen Serviceleistungen

Nachrangig zu den EVB-IT Service-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 einen Fragenkatalog und ein vom Auftraggeber selbst gestaltetes Preisblatt ein.

Die EVB-IT Service-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 Servicevertrages**

.....

1.6 Die dem Auftraggeber obliegenden Mitwirkungsleistungen ergeben sich aus Nummer 14 des EVB-IT Servicevertrages sowie aus Ziffer 15 der EVB-IT Service-AGB.

.....

## **Beispiel aus dem Vertrag**

### **4.2 Kündigung von Serviceleistungen**

- Abweichend von Ziffer 21.1 EVB-IT Service-AGB beträgt die Kündigungsfrist \_\_\_\_\_ Monat(e) zum Ablauf eines \_\_\_\_\_ (hier z.B. Kalendermonat/Kalendervierteljahr/Kalenderjahr eintragen).

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, durch den Verweis auf Anlagen zum Vertrag sowie durch Änderungen des Vertragstextes selbst (siehe hierzu Abschnitt I.4 dieser Hinweise) geschehen. Die EVB-IT Service-AGB werden über die Einbeziehung in Nummer 1.2.2 des Vertragsformulars 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 der Auftraggeber hingegen von den AGB abweichende Regelungen treffen, für die das Vertragsmuster kein entsprechendes Feld vorsieht, kann dies in Nummer 22 des Vertrages „Sonstige Vereinbarungen“ geschehen.

### **3. Geltungshierarchie der Dokumente**

Die Dokumente gelten in folgender Rangfolge:

- Zunächst gelten der Vertragstext und die in Nummer 1.2.1 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 Service-AGB (Nummer 1.2.2 des Vertrages).
- Danach gilt die VOL/B (Nummer 1.2.3 des Vertrages).

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 (z.B. weil die Vergabestelle bei der Angebotsprüfung die in das Angebot des wirtschaftlichsten Bieters einbezogenen AGB nicht entdeckt hat) und erhält den Zuschlag, führt dies zivilrechtlich dazu, dass seine AGB Vertragsbestandteil werden. Nummer 1.2 des Vertrages

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

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 immer 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 Service-AGB gelten.

Diese Nutzerhinweise werden nicht Vertragsbestandteil.

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

Soll der Service auf der Grundlage der EVB-IT Service 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 im Vertrag als Anlagen aufgeführten Dokumente (Leistungsbeschreibung, Angebot, Preisblatt etc.) ein und macht auch die EVB-IT Service-AGB zum Vertragsbestandteil. Diese müssen selbst jedoch nicht beigelegt werden, da der Vertrag auf die Homepage der CIO des Bundes ([www.cio.bund.de](http://www.cio.bund.de)) verweist, von der die AGB heruntergeladen werden können. 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.

Der Vertrag ist in von der Vergabestelle vorausgefüllter Form den Vergabeunterlagen beizufügen, wobei die Vergabestelle dabei im Wesentlichen drei Möglichkeiten hat:

- 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 dann folgerichtig zum Ausschluss seines Angebotes. Die Vergabestelle wird dann nach Zuschlagserteilung den Vertrag entsprechend den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung, dem Angebot und den Antworten des Bieters 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, ob überhaupt und wenn ja, 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 und ggf. unterstrichen 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 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: 10.11** [.....].

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:**

**18. Vertragsstrafen „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 14.2 der AGB gelten soll.

- 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 dies nicht beachtet, könnte der Bieter bzw. Auftragnehmer einwenden, getäuscht worden zu sein. Ohne deutlich hervorgehobene Änderungen wird er nämlich in der Regel davon ausgehen, dass die Formulartexte den unter [www.cio.bund.de](http://www.cio.bund.de) veröffentlichten Dokumenten 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 Service-AGB definiert.

EVB-IT Servicevertrag Version 1.0 vom 24.3.2014 (modifiziert durch AG. Änderungen und Streichungen markiert)



Eine Änderung des AGB-Dokuments selbst ist unzulässig.

## **II. Überblick über die wesentlichen Unterschiede zwischen den EVB-IT Service, den EVB-IT Pflege S, den EVB-IT Instandhaltung und den Serviceregelungen den EVB-IT System und den EVB-IT Systemlieferung**

### **1. Systemverantwortung**

Die Basis-EVB-IT Pflege S und EVB-IT Instandhaltung regeln Pflege und Instandhaltung nur für Standardsoftware (EVB-IT Pflege S) und nur für Hardware (EVB-IT Instandhaltung), nicht aber für ein IT-System, das sich aus Hard- und Software (Standardsoftware und ggf. auch Individualsoftware) zusammensetzt und auch die vom Auftragnehmer oder von einem Dritten durchgeführten Customizing-, Installations- und Integrationsleistungen umfasst.

Mit dem Servicevertrag kann nun die Betreuung des gesamten IT-Systems durch einen Auftragnehmer vereinbart werden. Der Vertrag postuliert in diesem Zusammenhang die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers für die Funktionsfähigkeit des IT-Systems insgesamt, also nicht die Verantwortung für die Einzelbestandteile, sondern auch für deren störungsfreies Zusammenwirken. Das auf der Grundlage von EVB-IT Service zu betreuende IT-System kann z.B. das System sein, das der Auftragnehmer zuvor aufgrund eines EVB-IT Systemlieferungsvertrages geliefert oder aufgrund eines EVB-IT Systemvertrages erstellt hat. Es kann aber auch ein IT-System sein, das der Auftraggeber seit längerem in Betrieb hat und dessen Betreuung durch einen Auftragnehmer er neu ausschreiben will.

Da die EVB-Service dem Auftragnehmer die Gesamtverantwortung auferlegen, unterliegt der Vertrag in der Regel dem Werkvertragsrecht. Nach der Durchführung der Leistungen (z.B. Störungsbeseitigung, Lieferung und Installation neuer Programmstände) muss das System wieder funktionsfähig sein.

### **2. Haftungskonzept**

Die Grenzen der Haftung bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen des Auftragnehmers entsprechen den Regelungen in den EVB-IT System-AGB für Serviceleistungen. Die Haftung wird auf die Vergütung beschränkt, die der Auftragnehmer auf der Grundlage des Vertrages erhalten soll. Sie beträgt jedoch mindestens das Doppelte und maximal das Vierfache der Vergütung, die für das erste Vertragsjahr zu zahlen ist.

Wird im ersten Jahr eine reduzierte Servicepauschale wegen noch bestehender Gewährleistungsansprüche gegen den Auftragnehmer gezahlt, bleibt diese Reduktion für die Berechnung des Haftungsdeckels unberücksichtigt.

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

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

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 seiner Tätigkeit 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 20 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.

### **Achtung!**

- Die Haftungsbegrenzungen gelten zwar nur bei leichter Fahrlässigkeit, dann aber auch für die Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten!
- Die Haftung für entgangenen Gewinn ist in den AGB vollständig ausgeschlossen. Dies kann jedoch im Vertrag anders vereinbart werden.

### **3. Unterschiede zu den Serviceregungen in den EVB-IT System und EVB-IT Systemlieferung**

Der Servicevertrag enthält umfangreiche Regelungen zu möglichen Serviceleistungen rund um ein IT-System, die über den Regelungsgegenstand, den die EVB-IT System und Systemlieferung (dort jeweils Ziffer 4) beschreiben, weit hinausgehen.

So finden sich hier z.B. Regelungen zu Leistungen, die in den Systemverträgen nicht vorgesehen sind, z.B. zum Lizenzmanagement, zum Datensicherungsservice, zur Verlagerung und Modifikation von Systemkomponenten sowie zur Rufbereitschaft.

Darüber hinaus sind auch Leistungen, die in den Systemverträgen vorgesehen sind, im Servicevertrag ausführlicher als dort geregelt und im Vertrag differenzierter zu vereinbaren. So findet sich in den EVB-IT Service AGB erstmals eine inhaltliche Beschreibung der Hotline, die im Vertragsformular weiter ausgeprägt werden kann. Es wurden sowohl in den AGB als auch im Vertrag deutlich differenziertere Möglichkeiten vorgesehen, die Modalitäten im Umgang mit Ersatzteilen zu vereinbaren.

Ebenfalls neu in den EVB-IT Service ist die Übernahme eines für den Auftragnehmer fremden Systems geregelt, für das Serviceleistungen zu erbringen sind. Hierzu ist eine initiale Bestandsaufnahme vereinbar. Außerdem sind für solche Fälle differenzierte Regelungen vorgesehen, wenn Mängel beseitigt werden müssen, die schon bei Übernahme des Systems durch den Auftragnehmer vorhanden waren. Mit diesen Regelungen ist die Übernahme für den Auftragnehmer deutlich besser kalkulierbar. Damit wird es z.B. möglich, den auslaufenden Service aus den Systemverträgen neu auszuschreiben und ggf. auch an einen anderen Auftragnehmer zu vergeben.

### **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 Vertragsbestandteile**

In dieser Nummer werden die Vertragsbestandteile und ihre Geltungshierarchie aufgeführt (siehe hierzu Abschnitt I.3 dieser Hinweise).

Die Dokumente gelten in folgender Rangfolge:

- Auf der ersten Geltungsstufe stehen der Vertragstext und die in der Tabelle zu Nummer 1.2.1 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.

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

- Danach gelten die EVB-IT Service-AGB (Nummer 1.2.2 des Vertrages).
- Danach gilt die VOL/B (Nummer 1.2.3 des Vertrages).

Darüber hinaus enthält Nummer 1 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 Service-AGB gelten, wenn diese 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

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

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. Diese Leistungen wird der Auftraggeber vorgeben.

### 3. Beschreibung und Standort(e) des vertragsgegenständlichen IT-Systems und der Systemumgebung\*

#### 3.1 Beschreibung des IT-Systems und seiner Systemumgebung\*

Alle Serviceleistungen des Vertrages beziehen sich auf das in Nummer 3.1 beschriebene IT-System. Dementsprechend sollte der Auftraggeber hier konkret und möglichst umfassend das zu betreuende System und dessen Standorte beschreiben. Zum IT-System gehören z.B.: Betriebssysteme, Hard- und Software, Netzinfrastruktur und -topologie, Energie- und Klimaleistung. Nur eine umfassende Kenntnis dieser Angaben ermöglicht es dem Bieter, sein Angebot zu erstellen. Fehlende oder falsche Angaben können dazu führen, dass der Bieter Serviceleistungen nicht richtig kalkuliert oder nicht die Serviceleistungen kalkuliert und anbietet, die er bei besserer Kenntnis hätte anbieten müssen. Stellt sich dies erst im Vertragsverlauf heraus, können die Auswirkungen nicht nur den Auftragnehmer, sondern aufgrund vorvertraglichen Verschuldens auch den Auftraggeber treffen, mit der Folge einer möglichen Anpassung der Vergütung oder des Leistungsumfangs.

In der Nummer 3.1 kann über das **erste Hauptankreuzfeld** das zu betreuende System in einer Anlage beschrieben werden. Dies ist insbesondere dann unverzichtbar, wenn der Auftragnehmer das System nicht selbst erstellt oder geliefert hat.

Hat hingegen der Auftragnehmer das System selbst erstellt oder geliefert, kann über das **zweite Hauptankreuzfeld** auf den entsprechenden Vertrag (z.B. einen Systemlieferungsvertrag, Systemvertrag oder Erstellungsvertrag) Bezug genommen werden, auf dessen Grundlage das IT-System erstellt oder geliefert wurde. Diese Verträge werden im Vertragsformular stets als „der Projektvertrag“ bezeichnet.

Liegt ein solcher Projektvertrag mit dem Auftragnehmer vor, genügt es, diesen im Servicevertrag aufzuführen, um ihn umfassend über die Besonderheiten des zu betreuenden Systems in Kenntnis zu setzen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber, ob die Beistellungen des Auftraggebers, die Teil des abgenommenen oder gelieferten Systems sind, ebenfalls zu betreuen sind oder nicht. Als Beistellungen verstehen sich Hard- oder Softwarekomponenten des IT-Systems, die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden und die der Auftragnehmer im Rahmen des Projektvertrages mit den von ihm erstellten oder gelieferten Systemkomponenten in das System integriert hat. Der EVB-IT Systemvertrag regelt, dass die Beistellungen grundsätzlich Teil des abgenommenen Gesamtsystems sind. Im EVB-IT Systemlieferungsvertrag ist das nicht der Fall. Der Servicevertrag nimmt die Vorstellung des EVB-IT Systemvertrages auf und geht ohne eine ausdrückliche anderweitige Regelung davon aus, dass auch die Beistellungen Teil des zu betreuenden Systems sind.

Wenn sich die Serviceleistungen des Auftragnehmers nur auf bestimmte Beistellungen erstrecken sollen, dann kann dies über das **erste Unterankreuzfeld** vereinbart werden.

Über das **zweite Unterankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass sich die Serviceleistungen nicht auch auf die Beistellungen beziehen sollen.

Und über das **dritte Unterankreuzfeld** kann der Auftragnehmer in Kenntnis gesetzt werden, ob und wie das von ihm erstellte oder gelieferte System zwischenzeitlich geändert oder erweitert wurde. Diese Informationen sind insbesondere dann erforderlich, wenn sich der Servicevertrag nicht unmittelbar an die Beendigung des Projektvertrages durch Abnahme oder Lieferung anschließt und der Auftragnehmer wissen muss, wie es sich seitdem verändert hat, um die Serviceleistungen kalkulieren zu können.

Über das **vierte bis sechste Unterankreuzfeld** wird der Auftragnehmer über die Systemumgebung des vertragsgegenständlichen IT-Systems informiert. Dies ist die IT-Umgebung, auf der das zu betreuende IT-System betrieben und von Benutzern bedient wird (z.B. Beistellungen, Netzinfrastruktur und –topologie). Auch diese Informationen sind unverzichtbar für den Auftragnehmer, um Art und Umfang der von ihm zu erbringenden Leistungen einschätzen zu können. Die Systemumgebung des IT-Systems kann sich ebenfalls aus dem vorangegangenen Projektvertrag ergeben (**viertes Unterankreuzfeld**). Hat sich die Systemumgebung gegenüber dem Projektvertrag verändert, ist das **fünfte Unterankreuzfeld** zu nutzen und sind in einer gesonderten Anlage die Änderungen zu beschreiben.

Über das **sechste Unterankreuzfeld** kann eine Anlage mit separater Beschreibung der Systemumgebung einbezogen werden.

Es mag Fälle geben, in denen das zu betreuende IT-Systeme und seine Systemumgebung so umfangreich und so komplex sind, dass es dem Auftraggeber nicht vollständig gelingt, das IT-System so ausreichend zu beschreiben, wie es für die Erstellung eines Angebote über die geforderten Serviceleistungen für dieses System erforderlich wäre. In diesen Fällen kann es sinnvoll sein, dem Bieter vor der Angebotsabgabe die Möglichkeit zu eröffnen, das System beim Auftraggeber zu besichtigen und sachdienliche Fragen zu stellen (**drittes Hauptankreuzfeld**). So kann sich der Auftragnehmer selbst ein umfassendes Bild von dem zu betreuenden System machen und ermessen, welche Leistungen auf ihn im Rahmen des Services zukommen. Er kann sich dann im Laufe des Vertrages nicht mehr darauf berufen, dass er eine Leistung aufgrund der Angaben des Auftraggebers falsch angeboten oder kalkuliert hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn ihm bei der Besichtigung die richtigen Informationen vorenthalten wurden oder er nur unzureichend Gelegenheit zur Besichtigung erhielt.

Aus welchen Teilsystemen sich das zu betreuende IT-System zusammensetzt, kann ebenfalls in Nummer 3.1 festgelegt werden. Entweder besteht es nur aus dem Produktivsystem oder aber es umfasst auch ein Test-, ein Schulungs- oder ein anderes System. Diese Festlegung muss auf jeden Fall erfolgen, da sich alle vereinbarten Leistungen (z.B. Störungsbeseitigung oder Lieferung neuer Programmstände) entweder nur auf das Produktivsystem oder auch die weiteren Systeme erstrecken.

### **3.2 Standort(e) und Zugänglichkeit des IT-Systems**

Der Bieter muss nicht nur informiert werden, aus welchen Komponenten sich das vertragsgegenständliche IT-System zusammensetzt, sondern auch wo es sich befindet. Wenn sich das IT-System aus mehreren Einzelsystemen oder Systemkomponenten zusammensetzt, kann es durchaus sein, dass diese sich in unterschiedlichen Gebäuden oder an einem oder mehreren Orten befinden.

**Beispiel:**



Mehrere Standorte einer Behörde sind miteinander über eine Client-Server Lösung miteinander vernetzt, interagieren und tauschen Daten aus.

#### **4. Beginn / Dauer / Kündigung der Serviceleistungen**

##### **4.1 Beginn / Dauer der Serviceleistungen**

Folgt der Servicevertrag unmittelbar auf die Erfüllung des Projektvertrages durch den Auftragnehmer (siehe hierzu Nummer 3.1), kann der Servicevertrag unmittelbar mit der Abnahme oder der Systemlieferung beginnen (**erstes Hauptankreuzfeld**).

Über das **zweite und dritte Hauptankreuzfeld** können andere Zeiträume bzw. Zeitpunkte vereinbart werden, wenn z.B. der Auftragnehmer mit der Betreuung eines fremden Systems beauftragt wird und er folglich mit dessen Abnahme und Systemlieferung nichts zu tun hat. Auch besteht die Möglichkeit, den Beginn des Systemservices auf das Ende der Verjährungsfrist für Mängelansprüche (Gewährleistungsfrist) zu verlegen.

##### **Achtung:**

Eine solche Verlegung ist nicht unproblematisch. Zwar beinhalten die Mängelansprüche 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. Dies gilt erst recht für die weiteren Leistungen, die aufgrund des Servicevertrages vereinbart werden können, wie z.B. Bestandaufnahme, Rufbereitschaft, Lizenzmanagement etc. Es ist daher zu prüfen, ob es besser ist, den Systemservice bereits ab der Abnahme oder ab der Systemlieferung beginnen zu lassen und hierfür bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche eine verringerte Vergütung zu vereinbaren (siehe auch Abschnitt 5.1 dieser Hinweise).

Die Dauer des Systemservicevertrages kann über das **vierte Hauptankreuzfeld** vereinbart werden, Er kann unbefristet, das heißt bis zur Kündigung durch eine Partei vereinbart werden. Die Kündigungsfrist beträgt gemäß Ziffer 21.1 der AGB sechs Monate zum Monatsende, wenn in Nummer 4.2 keine andere Kündigungsfrist vereinbart wird. Wird über das **Unterankreuzfeld** eine Mindestvertragsdauer vereinbart, kann der Vertrag aber erst nach Ablauf dieser Zeit gekündigt werden.

Über das **fünfte Hauptankreuzfeld** kann eine feste Laufzeit vereinbart werden. Dann ist nur eine Kündigung aus wichtigem Grund oder gemäß Ziffer 21.2 der AGB möglich (siehe hier zu III.4.2 dieser Hinweise), wenn der Auftraggeber die Nutzung des IT-Systems oder einzelner Systemkomponenten vor Ablauf des Vertrages endgültig einstellt.

##### **Hinweis:**

Systemservice sollte aus vergaberechtlichen Gründen grundsätzlich maximal für einen Zeitraum von vier Jahren vereinbart werden, so jedenfalls die überwiegende Meinung. 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.

#### **4.2 Kündigung von Serviceleistungen**

Über das **erste Hauptankreuzfeld** kann hier eine von Ziffer 21.1 der AGB (sechs Monate zum Kalendermonatsende) abweichende Kündigungsfrist vereinbart werden.

Über das **zweite Hauptankreuzfeld** kann eine Teilkündigungsmöglichkeit für bestimmte mit dem Servicevertrag vereinbarte Leistungen vereinbart werden.

##### **Beispiel:**

Der Auftraggeber erwägt, das mit dem Servicevertrag vereinbarte Lizenzmanagement nur für einen kürzeren Zeitraum als die übrigen Leistungen in Anspruch zu nehmen, da er prüft, die Leistung in Zukunft selbst zu übernehmen.

Über das **dritte und vierte Hauptankreuzfeld** können bei vereinbarter fester Laufzeit der Serviceleistungen in Ziffer 21.2 der AGB abweichende Regelungen getroffen werden für den Fall, dass der Auftraggeber das IT-System oder einzelne Systemkomponenten während der Laufzeit des Systemservicevertrages dauerhaft außer Betrieb nimmt und er deshalb sein Sonderkündigungsrecht für diese Fall in Anspruch nimmt. In den AGB ist für diesen Fall geregelt, dass die Kündigung zum Ende des Kalendermonats wirksam wird, der in der Mitte der Restlaufzeit liegt. In der Restlaufzeit ist der Auftragnehmer von der Serviceleistung bezüglich der gekündigten Systemkomponenten befreit. Das bedeutet, dass der Auftraggeber nur die Hälfte der geschuldeten Servicevergütung in Bezug auf die außer Betrieb genommene Systemkomponente zu zahlen hat. Eine andere Regelung ist in den AGB nicht möglich.

Im Vertrag kann aber hier für diesen Fall z.B. vereinbart werden, dass ein Anspruch auf Zahlung einer Restvergütung nicht entsteht (**drittes Hauptankreuzfeld**), dass eine andere Kündigungsfrist oder eine gänzlich andere Regelung gelten soll (**viertes Hauptankreuzfeld**).

## **5. Vergütung**

### **5.1 Vergütung für die Serviceleistungen**

Das **erste Hauptankreuzfeld** dient der Vereinbarung eines monatlichen Pauschalpreises, mit dem alle Serviceleistungen abgegolten sind, soweit nicht über das **dritte Hauptankreuzfeld** einzelne Serviceleistungen ausgenommen werden. Dieser monatliche Pauschalpreis wird im Vertragsformular auch als Servicepauschale bezeichnet. Das **erste Unterankreuzfeld** ermöglicht eine abweichende Servicepauschale für einen festen Zeitraum, z.B. eine geringere Servicepauschale für die Zeit bis zum Ablauf der Verjährungsfrist von Sachmängelansprüchen aus einem anderen Vertrag oder eine höhere Servicepauschale als Risikoausgleich in der ersten Zeit nach Übernahme eines fremden Systems durch den Auftragnehmer. Das **zweite Unterankreuzfeld** ermöglicht dagegen eine i.d.R. geringere Vergütung für die Zeit bis zum Ablauf von Gewährleistungsansprüchen aus dem in Nummer 3.1 einbezogenen Projektvertrag.

Statt einer monatlichen Servicepauschale kann über das **zweite Hauptankreuzfeld** eine einmalige Servicepauschale vereinbart werden; dies geht jedoch nur dann, wenn eine feste Laufzeit ohne Verlängerungs-

möglichkeit vorgesehen ist.

Über das bereits erwähnte **dritte Hauptankreuzfeld** kann geregelt werden, dass einzelne Leistungen nicht in der Servicepauschale enthalten sind, sondern gesondert nach Aufwand vergütet werden. Das hier vorgesehene **Unterankreuzfeld** dient lediglich dem Hinweis auf im Vertragsformular geregelte Vergütungsobergrenzen für einzelne Serviceleistungen. Zur Problematik der Festlegung von Obergrenzen vergleiche u.a. Abschnitte III.10.3.2 und IV.13.2.1 dieser Hinweise.

Der Pauschal festpreis und damit die Servicepauschale ist gemäß Ziffer 13.1 der AGB eine feste, nicht einseitig änderbare Gesamtvergütung.

## **5.2 Vergütung für Ersatzgegenstände\***

Hier muss entschieden werden, ob Ersatzgegenstände grundsätzlich nicht oder differenziert gemäß Nummer 9.1 vergütet werden sollen.

## **5.3 Fälligkeit und Zahlung**

Hier kann geregelt werden, wann und in welchen Zyklen die Servicepauschale fällig werden soll. Soweit nicht von der hier vorgesehenen Änderungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, ist die fällige Servicepauschale binnen 30 Tagen nach Zugang einer prüffähigen Rechnung zu zahlen. Die Wendung „zu zahlen“ bedeutet, dass der Auftraggeber so rechtzeitig vor Ablauf der Zahlungsfrist die Überweisung veranlasst, dass das Geld bei regulärer Abwicklung der Bank vor dieser Frist beim Auftragnehmer eingeht. Allerdings haftet der Auftraggeber, der die Überweisung rechtzeitig veranlasst, nicht für Verzögerungen im Bankverkehr.

Die 30tägige Zahlungsfrist gilt auch für die Vergütung nach Aufwand und für Ersatzgegenstände, jeweils ab Zugang einer prüffähigen Rechnung, soweit mit dem **letzten Ankreuzfeld** keine anderweitige Regelung getroffen wurde.

Soweit die Zahlungen ganz oder teilweise als Vorauszahlungen zu betrachten sind, sind hierfür ggf. haushaltsrechtliche Vorgaben zu beachten. Für Bundeseinrichtungen ergibt sich dies z.B. aus § 56 der Bundeshaushaltsordnung und der entsprechenden Verwaltungsvorschrift dazu. Hiernach dürfen Vorleistungen nur bewirkt werden, wenn dies allgemein üblich oder durch besondere Umstände gerechtfertigt ist. Darüber hinaus können sich Beschränkungen auch aus anderen Verwaltungsvorschriften ergeben, beispielsweise aus entsprechenden Erlassen (z.B. für den Geschäftsbereich des BMI: Erlass des BMI vom 01.04.1987, GMBI. 1987, S. 350 ff.).

## **5.4 Rechnungsadresse**

Der EVB-IT Servicevertrag bietet erstmals die Möglichkeit, besondere Rechnungsadressen zu vereinbaren. Dies kann im Vertrag direkt oder über eine Anlage geschehen. Letzteres erscheint vor allem dann sinnvoll, wenn einzelne Serviceleistungen bei unterschiedlichen Rechnungsadressaten abgerechnet werden sollen.

## **5.5 Preisanpassung**

Ist nichts vereinbart, bleiben die im Vertrag vereinbarten Vergütungen für die gesamte Laufzeit des Vertrages unverändert. Über das **Hauptankreuzfeld**, wird zunächst die grundsätzliche Möglichkeit von Preisanpassungen

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

geregelt. Über das **erste Unterankreuzfeld** kann für verschiedene Preisarten (Servicepauschale, Preiskategorien und Fallpauschalen) eine Preisanpassung gem. Ziffer 13.7 der AGB vereinbart werden. Dort ist geregelt, dass die Vergütung erstmals zum Ablauf des 15. Monats nach Beginn der Leistungserbringung aus dem Servicevertrag und dann jeweils erneut nach weiteren 15 Monaten erhöht werden kann. 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.

Über das **zweite Unterankreuzfeld** kann eine eigene Preisanpassungsregelung mit einbezogen werden. Dabei ist deutlich zu machen, auf welche der verschiedenen Vergütungsarten (Servicepauschale, Vergütung nach Aufwand, ggf. differenziert nach Personalkategorien, Fallpauschale und ggf. auch Vergütung für Ersatzgegenstände) sich die Anpassungsregelung bezieht.

### 6. Servicezeiten\* für die Serviceleistungen

In dieser Tabelle können zentral und falls erforderlich, unterschiedliche Servicezeiten für die Serviceleistungen geregelt werden, bei denen Reaktions- und Erledigungszeiten eine Rolle spielen können.

**Die Servicezeiten sind entscheidend bei der Vereinbarung von Reaktions- und Erledigungszeiten, denn diese beginnen und laufen nur in den Servicezeiten.**

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 für Störungsbeseitigungsleistungen vier Stunden beträgt und die Erledigungszeit zwölf Stunden. Eine 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 Erledigungszeit am Mittwoch der folgenden Woche um 16:00 Uhr.

Die jeweiligen Reaktions- und Erledigungszeiten werden in Nummern 10.2.3 und 10.6.2 für die Leistungen

- Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft
- Rufbereitschaft

für die hier geregelten Servicezeiten vereinbart. Die Servicezeiten für die einzelnen Leistungen können durchaus unterschiedlich sein.

**Beispiel:** Für Rufbereitschaft, die nur an Wochenenden und an Feiertagen in Anspruch genommen wird, muss eine andere Servicezeit vereinbart werden als für die Leistung Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft. Diese kann durchaus länger gestaltet werden als die Servicezeit für Hotline, die in der Regel nur zu den Geschäftszeiten des Auftragnehmers erfolgt.

Die Tabelle dient der Regelung von Standardleistungen. Ausnahmefälle, wie zum Beispiel Bereitstellung einer Rufbereitschaft für Katastrophenfälle und andere sehr spezielle Fälle, sollten daher in einer Anlage geregelt werden.

### 7. Ticketsystem\*

Ziffer 15.2 der AGB sieht für die Meldung von Störungen das Störungsmeldeformular entsprechend Muster 1 vor. Es kann aber hier in Nummer 7 vereinbart werden, dass Störungsmeldung und sonstige Meldungen und

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Anfragen des Auftraggebers über ein Ticketsystem erfolgen. Die Adresse für die Störungsmeldung (auch des Ticketsystems) kann in Nummer 10.2.2 festgelegt werden. Ziffer 2.4.1 der AGB sieht für den Fall der Nutzung eines Ticketsystems vor, dass Störungsmeldungen, die über eine Hotline erfolgen und nicht während des Telefonats bereits erledigt werden können vom Auftragnehmer in das Ticketsystem einzustellen sind.

Gemäß den Definitionen in den AGB ist ein Ticketsystem (auch Trouble-Ticket-System genannt) ein IT-System, mit dessen Hilfe Meldungen und Anfragen empfangen, klassifiziert, bestätigt und mit dem Ziel der Beantwortung bzw. der Problemlösung bearbeitet und deren Fortschritt beobachtet und überwacht werden können. Gemeinsam haben all diese Systeme die Möglichkeiten der Zuweisung eines Tickets an eine Funktionsstelle oder an eine Person innerhalb einer Funktionsstelle zur weiteren Bearbeitung bis zur Lösung (*closed ticket*). Mit dem Ticketsystem soll sichergestellt werden, dass keine Nachricht verloren geht und jederzeit ein Gesamtüberblick über die zu bearbeitenden Vorgänge möglich ist.

Als **Ticket** versteht man die elektronische Form eines Anliegens (das meist vom IT-Nutzer gemeldet wird). Dies kann sein

- eine Störung
- eine andere Anfrage wie z. B.
  - ein Änderungswunsch
  - eine informative Anfrage
  - eine Anfrage auf (Funktions-)Erweiterung

Die Vorteile der Nutzung eines Ticketsystems sind:

- Einheitliches System für Änderungsvorschläge, Erweiterungen und Fehlerbehandlungen vermeidet bürokratischen Aufwand.
- Automatische Meldung an das Wartungspersonal und zuletzt an den Auftraggeber, wenn eine Störung behoben wurde.
- Online-Überprüfung seitens des Auftragnehmers und des Auftraggebers vom aktuellen Stand der Serviceleistung.
- Durch die Transparenz des Ablaufes wird die Qualität der Arbeit deutlich verbessert.
- Vereinheitlichung der Abläufe: durch Analyse der Fallhistorien ist es möglich, die Abläufe der Organisation zu verbessern.
- Meistens werden Kostenersparnisse durch die Vereinheitlichung und Verbesserung der Abläufe erreicht. Unnötige Schritte werden eliminiert und häufig Fehler verursachende Mitarbeiter neu geschult.
- Für eine eindeutige Kommunikation zwischen den Beteiligten kann eine eindeutige Bezeichnung, z. B. eine ID, vergeben werden.

Die Nachteile sind

- Wird ein Ticketsystem nicht vom Auftraggeber bereits genutzt oder vom Auftragnehmer selbst entwickelt und gewartet, muss es von Dritten gekauft werden. Es gibt aber auch Ticketsysteme, die als

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

freie Software zur Verfügung gestellt werden wie z. B. Bugzilla, JFire, Redmine. Aber auch im Falle der Nutzung von freier Software sind weitere laufende Kosten zu erwarten (Host-Rechner, Server, Infrastruktur, Administrator usw.).

- Erforderliche Schulung und Einarbeitung der Mitarbeiter und Auftraggebers. Die damit verbundenen Kosten sind umso geringer, je benutzerfreundlicher die Anwendung ist, was allerdings den Entwurf aufwändiger macht und die Kosten für das System erhöht.
- Bei Nutzung des Ticketsystems des Auftragnehmers die Abhängigkeit vom Auftragnehmer bezüglich der Verfügbarkeit des Systems und der Richtigkeit der darin gespeicherten Informationen.

Es ist zu beachten, dass durch den Einsatz eines Ticketsystems beim Auftraggeber auch die Ermittlung der Arbeitsleistung einzelner Mitarbeiter und Teams grundsätzlich möglich sein kann. Auch kann es dazu führen, dass personenbezogene Daten gespeichert und dem Auftragnehmer zugänglich gemacht werden, wenn die Namen der mit der Serviceleistung befassten Mitarbeiter des Auftraggebers und ihre Kontaktdaten im System gespeichert werden. Sind arbeitsrechtlich relevante Tatbestände erfüllt, ist die Einführung und Anwendung eines Ticketsystems mitbestimmungspflichtig (§ 87 Abs. 1 Nummer 6 Betriebsverfassungsgesetz), wenn betriebliche Mitbestimmung gilt. Im öffentlichen Dienst sollte der Einsatz in diesem Fall durch eine entsprechende Dienstvereinbarung geregelt werden. Die Nutzung der personenbezogenen Daten sollte in einer Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung (ADV) Berücksichtigung finden (siehe hierzu insbesondere Abschnitt IV.25.1 dieser Hinweise).

Die Parteien sollten im Vertrag zunächst vereinbaren, welches Ticketsystem zum Einsatz kommt.

Über das **erste und zweite Unterankreuzfeld** kann vereinbart werden, ob das Ticketsystem des Auftraggebers oder des Auftragnehmers zum Einsatz kommen soll.

Soll ein Ticketsystem des Auftraggebers zum Einsatz kommen, sollte der Kriterienkatalog entsprechende Fragen zu Art und Umfang des Systems und dessen Erreichbarkeit und Verfügbarkeit enthalten. Wird das Ticketsystem des Auftragnehmers genutzt, hat der Auftraggeber dieses in der Leistungsbeschreibung so darzustellen, dass der Auftragnehmer den für ihn mit Nutzung des Systems verbundenen Aufwand (z.B. Schulung seiner Mitarbeiter) einschätzen und kalkulieren kann.

Über das **dritte und im vierten Unterankreuzfeld** wird vereinbart, wie das Ticketsystem zu erreichen ist. Das wird in der Regel eine Webadresse sein. Möglicherweise werden die Tickets aber auch in einem internen Netzwerk eingestellt.

### 8. Testsystem des IT-Systems

Ziffer 9 der AGB enthält grundsätzliche Regelungen über Art und Umfang eines ggf. eingesetzten Testsystems. So stellt der Auftraggeber grundsätzlich das Testsystem. Der Auftraggeber sollte bei der Vereinbarung eines von ihm gestellten Testsystems beachten, inwieweit die von ihm genutzte Software auch für das Testsystem lizenziert ist oder ob er ggf. eine weitere Lizenz erwerben muss. Dies gilt auch für die im Rahmen des Services zu liefernden neuen Programmstände der Software, die sowohl auf dem Testsystem als auch auf dem Produktivsystem zum Einsatz kommt. Manche Lizenzbedingungen sehen die zusätzliche Nutzung der Software in

einer Testumgebung als Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Andere Lizenzbedingungen sehen hierin eine zusätzliche Nutzung, die gesondert zu vergüten ist.

Die AGB sehen auch vor, dass der Auftragnehmer auch dann für die Aktualität des Testsystems zu sorgen hat, wenn es vom Auftraggeber gestellt wird. Dies hat der Auftragnehmer bei der Kalkulation seiner Leistungen zu berücksichtigen, insbesondere, wenn er die jeweilige Aktualität vor Ort und nicht „remote“ herstellen muss. Der Auftraggeber sollte beim Einsatz des Testsystems darauf achten, dass dieses vom Produktivsystem möglichst weitgehend getrennt sein sollte, damit die zu testende Software keinen Schaden für den produktiven Betrieb anrichten kann. Andererseits sollte das Testsystem dem Produktivsystem so ähnlich wie möglich sein, damit Probleme im Zusammenhang mit der technischen Ablaufumgebung bereits im Test erkannt (und behoben) werden können.

### **8.1 Im Testsystem zu erbringende Serviceleistungen**

Über das **Hauptankreuzfeld** wird grundsätzlich vereinbart, dass ein Testsystem für die Serviceleistungen zum Einsatz kommen soll.

Über das **erste Unterankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass alle Serviceleistungen, die zu einer Änderung des IT-Systems führen, zunächst im Testsystem erbracht werden müssen. Änderungen des Systems erfolgen z.B. durch die Beseitigung einer Störung, die Installation eines neuen Programmstandes, durch den Austausch einer Hardwarekomponente oder durch Erweiterung des Systems. Diese Regelung ist sehr weitgehend und führt praktisch dazu, dass jeder Eingriff in das System zunächst im Testsystem zu erfolgen hat.

Über das **zweite Unterankreuzfeld** ist es möglich, die Serviceleistungen einzugrenzen, die zunächst im Testsystem durchzuführen sind. Es kann vereinbart werden, dass nur bestimmte Leistungen aus Nummer 10 des Vertrages (z.B. Installation eines neuen Programmstandes und/oder Störungsbeseitigung) zunächst im Testsystem zu erfolgen haben. Über das **dritte Unterankreuzfeld** können dann differenzierte Regelungen zu den Leistungen, die zunächst im Testsystem erbracht werden sollen, vereinbart werden.

### **8.2 Bereitstellung und Spezifikation des Testsystems**

Über das **erste Ankreuzfeld** wird es möglich, abweichend von Ziffer 9.1 der AGB zu vereinbaren, dass das Testsystem vom Auftraggeber gestellt wird. Soll dies vereinbart werden, muss der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung (Anlage zum Vertrag) Art und Umfang des Testsystems schildern, damit dieser einzuschätzen vermag, welche Leistungen auf ihn im Einzelnen bei der Erbringung der Leistungen in diesem System zukommen.

Will der Auftraggeber zusätzliche oder von Ziffer 9 der AGB abweichende Regelungen zu Art und Umfang und Betrieb des Testsystems vereinbaren kann er dies in einer Anlage regeln (**zweites Ankreuzfeld**).

Er kann aber auch über das dritte Ankreuzfeld auf Regelungen zurückgreifen, dies sich aus dem Projektvertrag ergeben, auf den in Nummer 3.1 Bezug genommen wird.

### **8.3 Verantwortung für Aktualität des Testsystems**

Wie oben schon ausgeführt, hat der Auftragnehmer gemäß Ziffer 9.3 für die Aktualität des Testsystems zu sorgen. Über das **erste Ankreuzfeld** kann diese Aufgabe vom Auftraggeber übernommen werden. Näheres kann in einer Anlage vereinbart werden.

Über das **zweite Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass abweichend von Ziffer 9.3 der AGB der Auftraggeber für den im Testsystem geführten Datenbestand verantwortlich ist.

#### **Exkurs Testdaten**

Die Testdaten sind der wichtigste Teil eines Testsystems. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen Eingabedaten für Tests (in den über die Testfälle beschriebenen Varianten) und Daten, auf die im Test 'nur' zugegriffen wird; beide Arten müssen zusammenpassen. Hinzu kommen die beim Testen erzeugten Daten - als zu prüfende Testergebnisse, die evtl. mit Soll-Ergebnis-Daten verglichen werden können. Testdaten und Testfälle sollten exakt aufeinander abgestimmt und so definiert sein, dass unbeabsichtigtes Verändern (z. B. in anderen Testfällen) vermieden wird. Testdaten müssen - neben den lt. den Testfallspezifikationen erforderlichen Ausprägungen/Konstellationen - auch untereinander datenlogisch konsistent sein. Beispiel: Gehaltsdaten passen zu Mitarbeiterdaten. Das Testdatenvolumen sollte im Interesse optimalen Testaufwands und effizienter Testkontrollen so klein wie möglich und nur so groß wie nötig sein. Durch Verwendung produktiver Daten als Testdaten kann besonders praxisnah geprüft werden. Dies setzt aber voraus, dass diese Daten unter Beachtung datenschutzrechtlicher Anforderungen anonymisiert wurden.

Auch wenn durch den Vertrag Ziffer 9.3 der AGB nicht verändert wird und somit der Auftragnehmer verantwortlich für die Erstellung der Testdaten bzw. Testfälle ist, ist es ratsam, diese in Abstimmung mit dem Auftraggeber festzulegen. Nur so kann effektiv auf die Qualität der Testfälle und Testdaten Einfluss genommen werden.

#### **9. Ersatzgegenstände\***

Gemäß der Definition in den AGB ist der Begriff Ersatzgegenstände der Oberbegriff für Ersatzsystemkomponenten, Ersatzteile, Verschleißteile und Verbrauchsmaterialien, die im Rahmen der Serviceleistungen zum Einsatz kommen. Dabei ist eine Ersatzsystemkomponente eine neue Systemkomponente, die eine defekte ersetzt (z.B. ein neuer Server), ein Ersatzteil, ein Teil zum Ersatz eines defekten Teils einer Systemkomponente, um deren ursprüngliche Form wiederherzustellen (z.B. eine neue Festplatte), ein Verschleißteil ein Teil, das auch bei bestimmungsgemäßem Gebrauch innerhalb der voraussichtlichen Lebensdauer der Systemkomponente seine Funktionsfähigkeit verlieren kann (z.B. Druckerwalze, Akkus). Verbrauchsmaterialien sind Teile von Systemkomponenten, die auch bei bestimmungsgemäßem Gebrauch aufgebraucht werden (z.B. Druckertoner, Papier). Ziffer 8 der AGB enthält Regelungen zur Qualität und zum Einsatz der Ersatzgegenstände.

Zur Vergütung von Ersatzgegenständen sieht Ziffer 13.1 der AGB vor, dass diese in einem vereinbarten Pauschalpreis (Servicepauschale) enthalten sind. Lediglich bei der Vereinbarung einer Vergütung nach Aufwand für eine Serviceleistung sollen Ersatzgegenstände entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen vergütet werden. Will der Auftraggeber aber trotz Vereinbarung einer Servicepauschale eine gesonderte Vergütung für die Ersatzgegenstände vereinbaren, kann er ebenfalls die Nummer 9 entsprechend ausfüllen. Eine gesonderte Vergütung von Ersatzgegenständen zusätzlich zur Servicepauschale kann im Einzelfall sinnvoll sein, wenn der Auftragnehmer nicht belastbar kalkulieren kann, in welchem Umfang Ersatzgegenstände in der Vertragslaufzeit zum Einsatz kommen werden. Er wird hier ggf. solche hohe Risikozuschläge vornehmen müssen, dass es für den Auftraggeber günstiger sein wird, die Ersatzgegenstände im Bedarfsfall gesondert zu bezahlen.



### **9.1 Vergütung von Ersatzgegenständen\***

In der Nummer 9.1 kann sehr differenziert geregelt werden, wie diese Ersatzgegenstände im Einzelnen vergütet werden sollen. Für jeden Ersatzgegenstand kann jeweils über das erste Hauptankreuzfeld vereinbart werden, dass er zu vergüten ist. Über das jeweils **erste Unterankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass die Vergütung aufgrund **einer festgelegten Preisliste** erfolgt, die dem Vertrag als Anlage beigelegt ist und wie hoch der jeweilige Rabatt ist, der auf diese Preisliste gewährt wird. Über das **zweite Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, dass sich die Vergütung nach **der jeweils aktuellen Preisliste** eines in der Anlage bezeichneten Unternehmens bemisst und wie hoch der zu gewährende Rabatt zu sein hat. Dabei können die Preiserhöhungen pro Vertragsjahr gedeckelt werden.

Beide Alternativen haben ihre Vor- und Nachteile. Die Vereinbarung einer festgelegten Preisliste führt zu vergleichbaren Angeboten und dient der Absicherung des Auftraggebers vor dem Unbill einer Preiserhöhung. Dies wiederum wird bei relevant steigenden Preisen aber den Auftragnehmer stark belasten, der zu hohen Preisen einkaufen muss, aber nur die alten niedrigen Preisen berechnen darf.

Gleichzeitig kann eine solche festgelegte Preisliste bei fallenden Preisen den Auftraggeber aber auch schlechter stellen als er bei Bezug auf eine aktuelle Preisliste stünde. Eine festgelegte Preisliste birgt auch bei längerer Vertragslaufzeit den Nachteil, dass benötigte Ersatzgegenstände so neu sind, dass sie in der alten Preisliste nicht mehr aufgeführt werden.

Diese Nachteile können bei Bezug auf eine aktuelle Preisliste vermieden werden. Aber auch die aktuelle Preisliste hat ihre Nachteile. Zum einen ist dieser Bezug vergaberechtlich bedenklich, da die späteren nicht bekannten Preiserhöhungen oder -verminderungen nicht beim Angebot berücksichtigt werden und somit keine vergleichbaren Angebote erzeugt werden können. Zum anderen kann der Auftragnehmer die Preise für neue Ersatzgegenstände (insbesondere, wenn er der Hersteller ist) frei bestimmen. Auch kann der Auftraggeber nie ganz sicher sein, dass diese ihm präsentierte Preisliste wirklich eine allgemeine Preisliste ist und nicht eine Preisliste, die für ihn generiert wurde.

Um diese Nachteile zu vermeiden, sollte bei längerer Vertragslaufzeit von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, zwar die jeweils aktuelle Preisliste zu akzeptieren, aber gleichzeitig auch festzulegen, welche Preissteigerungen pro Vertragsjahr gegenüber der zum Vertragsschluss gültigen Fassung akzeptiert werden.

Unberührt von der Vereinbarung im Vertrag gilt aber Ziffer 13.5 Abs. 2 der AGB. Erscheinen die vom Auftragnehmer für einen Ersatzgegenstand geforderten Preise zu hoch, bleibt der Auftraggeber berechtigt, den Ersatzgegenstand selbst beizustellen.

### **9.2 Vorhalten von Ersatzgegenständen\***

In Nummer 9.2 kann geregelt werden, ob und welche Ersatzgegenstände vom Auftragnehmer vorzuhalten sind, um im Bedarfsfall die kurzfristige Wiederherstellung oder die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft des IT-Systems bzw. von Systemkomponenten sicherzustellen. Die Ziffer 3 der AGB regelt, welche Grundregeln in diesem Fall gelten.

Eine Vereinbarung zum Vorhalt von Ersatzgegenständen hat den Nachteil, dass sich die Servicekosten relevant erhöhen können, da der Auftragnehmer damit rechnen muss, dass ein vorgehaltener Ersatzgegenstand nie zum Einsatz kommt. Die Leistung des Vorhaltens selbst wird nicht vergütet. Will der Auftraggeber erfahren, wie diese Leistung in der Servicepauschale einkalkuliert ist, kann er über das **letzte Unterankreuzfeld** vereinbaren, dass der Anteil an der Servicepauschale für das Vorhalten der Ersatzgegenstände gesondert ausgewiesen wird.

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Die Vereinbarung zum Vorhalt ist daher nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn z.B. das System hochverfügbar sein soll oder wenn bestimmte Systemkomponenten lange Lieferzeiten haben. Auch besteht die Gefahr, dass Geräte bei langer Vorhaltungszeit bei ihrem Einsatz schon veraltet sind.

Über das **Hauptankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer die in der Anlage aufgeführten Ersatzgegenstände (**erstes Unterankreuzfeld**) oder dass er die im Folgenden aufgeführten Ersatzgegenstände vorzuhalten hat (**zweites Unterankreuzfeld**).

Diese dezidierte Regelung birgt bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Hochverfügbarkeit den Nachteil des möglichen Widerspruches. Dieser kann nämlich darin liegen, dass die hier geregelten Maßnahmen eine Hochverfügbarkeit nicht absichern. Im Falle der Vereinbarung einer Hochverfügbarkeit sollte daher der Umfang der Vorhaltungsverpflichtung nicht zu detailliert geregelt werden, insbesondere welche Ersatzgegenstände vorzuhalten sind, um hier keine unnötige Beschränkung der Verpflichtung des Auftragnehmers vorzunehmen. Das **zweite Unterankreuzfeld** könnte in diesem Falle wie folgt ausgefüllt werden.

folgende Ersatzgegenstände\*: [Ersatzgegenstände in Art und Umfang, um die vereinbarte Verfügbarkeit zu gewährleisten.](#)

Über das **dritte Unterankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass abweichend von der AGB-Regelung in Ziffer 3 (letzter Absatz) ein ausgetauschter Ersatzgegenstand nicht zu reparieren ist und wieder in den Vorhalt einzustellen ist. Der Auftragnehmer hat das defekte Teil entweder zu entsorgen oder dem Auftraggeber auf Wunsch zu übergeben.

Dies kann sinnvoll sein, wenn feststeht, dass der Auftragnehmer zur Reparatur z.B. einer Hardware nicht in der Lage ist, weil er nicht der Hersteller der Hardware ist oder wenn feststeht, dass so eine Reparatur in jedem Fall unwirtschaftlich ist.

Über das **vierte Unterankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass die Vorhaltung abweichend von Ziffer 3 (Absatz 1) nicht beim Auftragnehmer, sondern an einem anderen vereinbarten Ort erfolgt, zum Beispiel beim Auftraggeber. Eine solche Regelung ist sinnvoll, wenn der Auftraggeber den betreffenden Ersatzgegenstand schon mit Beginn der Serviceleistung vergütete und auch das Eigentum erhält. Wird aber geregelt, dass der Vorhalt beim Auftraggeber erfolgt, obwohl dieser nach dem in den AGB geregelten Grundsatz erst beim Einsatz zahlen muss, trifft ihn eine Verwahrungspflicht, da in diesem Fall das Eigentum erst mit dem Einsatz übergeht. Diese Verwahrungspflicht sollte geregelt werden.

Über das **fünfte Unterankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass abweichend von der Regelung in Ziffer 3 in Verbindung mit Ziffer 13.5 der AGB Ersatzgegenstände, die anfänglich in den Vorhalt eingestellt werden, nicht erst mit ihrem Einsatz, sondern bereits mit Beginn der Serviceleistungen zu vergüten sind. Die AGB regeln für diesen Fall, dass das Eigentum mit der Zahlung übergeht. Bleiben diese bezahlten Ersatzgegenstände aber im Besitz des Auftragnehmers, verwahrt der Auftragnehmer die Ersatzgegenstände für den Auftraggeber. Gleichfalls ist er verpflichtet, die zur ihrer Identifizierung nötigen Informationen zu übermitteln. Hierzu gehören insbesondere Gerätebezeichnungen, Lagerort und Seriennummern. Diese Informationen sind erforderlich, wenn der Auftraggeber im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers oder bei Beendigung des Vertrages sein Eigentum identifizieren und beim Auftragnehmer abholen möchte. Das Verwahrungsverhältnis muss geregelt werden, damit das Eigentum schon übergeht (da immerhin bezahlt), die Ersatzgegenstände verbleiben aber beim

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Auftragnehmer bis zum Einsatz, wie in den AGB vorgesehen. Dabei muss die Annahme des Verwahrungsangebotes durch den Auftragnehmer gewährleistet werden. Das heißt, der Auftraggeber muss darauf achten, dass er die nötigen Informationen erhält und dass der Auftragnehmer die Verwahrung bestätigt und seine Kennzeichnungspflichten und Informationspflichten erfüllt.

Will der Auftraggeber die mit der Verwahrung verbundenen Aufwände vermeiden, ist ihm zu raten, die von ihm bereits gezahlten Ersatzgegenstände bei sich zu lagern.

Wie oben schon aufgeführt, wird die Leistung des Vorhaltens selbst nicht vergütet. Will der Auftraggeber erfahren, wie diese Leistung in der Servicepauschale einkalkuliert ist, kann er über das **letzte Unterankreuzfeld** vereinbaren, dass der Anteil an der Servicepauschale für das Vorhalten der Ersatzgegenstände gesondert ausgewiesen wird.

### 10. Art und Umfang der Serviceleistungen

In Nummer 10 des Vertrages werden die zu vereinbarenden Serviceleistungen aufgeführt und können im Einzelnen geregelt werden.

#### 10.1 Bestandsaufnahme

Die Parteien können vereinbaren, dass der Auftragnehmer nach Vertragsschluss eine Bestandsaufnahme des IT-Systems durchführt. Die für die Bestandsaufnahme geltenden Regelungen finden sich in Ziffer 2.1 der AGB.

Es gibt gute Gründe für eine initiale Bestandsaufnahme:

- So kann der Auftraggeber von einem IT-Spezialisten erfahren, welche Abweichungen zwischen den ihm bekannten Spezifikationen des Systems und den tatsächlichen Verhältnissen bestehen. Dies schließt Informationen über etwaiger Unter-, Über- oder sonstiger Fehllizenzierung von Software ein und Vorschläge vom Auftragnehmer, ob und wie diese Defizite zu beseitigen sind.
- Der Auftraggeber wird in die Lage versetzt, drohende Probleme frühzeitig zu erkennen und vorbeugend zu lösen (z.B. Firmwarestand auslesen, um ggf. Sicherheitspatches einzuspielen).
- Der Auftragnehmer hat die Möglichkeit, sich die Entwicklungsperspektiven des Systems aufzeigen zu lassen.
- Der Kreis der Anbieter wird vergrößert, da möglicherweise manche Anbieter kein Angebot abgeben würden, wenn keine initiale Bestandsaufnahme vereinbart wird.

Die AGB sehen vor, dass der Auftragnehmer auch das bestimmungsgemäße Funktionieren des Systems bei der Bestandsaufnahme zu überprüfen hat. Das bestimmungsgemäße Funktionieren ergibt sich aus den Rahmenanforderungen und den Eckdaten, die der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung dargelegt hat.

Zum Beispiel hat der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung mitgeteilt, dass das IT-System als Bibliothekssystem dient und von maximal 400 Nutzern rund um die Uhr auf die dort beschriebenen Arten genutzt wird. Dann wird der Auftragnehmer, der für den Service als geeignet ausgewählt wurde, weil er von sich behauptete und auch nachweisen konnte, sich mit der Betreuung von Bibliothekssystemen auszukennen, zunächst darauf hinweisen müssen, dass das System technisch von den ihm bekannt gegebenen Spezifikationen abweicht. Er wird aber darüber hinaus darauf hinweisen müssen,

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

- wenn bestimmte Teile des Systems zwar für sich genommen korrekt funktionieren aber für die an das Bibliothekssystem gestellten Anforderungen ungeeignet sind,
- wenn das System nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik entspricht, der für Bibliothekssysteme entwickelt worden ist,
- wenn das System gerade noch ausreichend für die Nutzung durch 400 Nutzer konfiguriert ist, dass es aber eine (nicht auszuschließende) Steigerung der Nutzerzahl nicht verkraften wird.

### **Achtung:**

Die Vereinbarung einer initialen Bestandsaufnahme enthebt den Auftraggeber nicht von der Verpflichtung, das System gemäß Nummer 3.1 ausreichend im Rahmen der Ausschreibung zu beschreiben.

Entdeckt der Auftragnehmer bei der Bestandsaufnahme Probleme, hat er diese in einem Bericht für den Auftraggeber zusammenzufassen. Für die in dem Bericht geschilderten Probleme gilt Folgendes:

- Der Auftraggeber kann diese Probleme beseitigen oder beseitigen lassen. Ändert sich das zu betreuende System hierdurch, kann der Auftragnehmer verlangen, dass seine Vergütung entsprechend angepasst wird, weil der von ihm verlangte Aufwand mehr als unwesentlich größer wird als der, den er bei Angebotsabgabe kalkuliert hat. Zum Beispiel muss er nach der Beseitigung einer Unterlizenzierung im Rahmen der Lieferung neuer Programmstände nicht 50 Updatelizenzen, sondern 60 Updatelizenzen liefern und installieren. Oder er hat nicht zwei Server, sondern, weil ein Performanceproblem behoben wurde, nun drei Server zu betreuen. Eine solche Leistungs- und Vergütungsanpassung geschieht nach den Regelungen in Ziffer 22 der AGB (Änderung der Leistung nach Vertragsschluss) im Rahmen eines ersten Antrags auf Leistungsänderung (change request, siehe Ziffer 22 der AGB).
- Der Auftraggeber kann das Problem nicht beseitigen. Dann kann er aber im Rahmen des Servicevertrages nicht vom Auftragnehmer die Beseitigung von Störungen verlangen, die genau darauf zurückzuführen sind, dass das Problem nicht beseitigt wurde. Beispiel: Das System arbeitet zu langsam weil die Hardware nicht ausreichend dimensioniert ist. Auf diese Problematik hat der Auftragnehmer im Rahmen einer Bestandsaufnahme hingewiesen.

Entdeckt der Auftragnehmer bei der Bestandsaufnahme Probleme nicht, die er aber bei seiner Sachkenntnis hätte entdecken müssen, hat dies folgende Auswirkungen:

- Der Auftragnehmer wird Störungen im IT-System, auf die er nicht im Rahmen der Bestandsaufnahme hingewiesen hat, beseitigen müssen, wenn Störungsbeseitigung vereinbart ist.
- Darüber hinaus gilt für diese fahrlässig nicht erkannten Störungen nicht die Regelung in Ziffer 2.2.1 der AGB. Hiernach kann bei vereinbarter Pauschalvergütung in den ersten drei Monaten nach Vertragsschluss eine Störungsbeseitigung in einem Fremdsystem von einer zusätzlichen Vergütung nach Aufwand abhängig gemacht werden. Dies gilt aber nur dann, wenn der Auftragnehmer nachweist, dass die Störung bereits vor Vertragsbeginn vorlag und nur bezüglich solcher Störungen, die in der Bestandsaufnahme festgestellt und dem Auftraggeber mitgeteilt wurden.

Eine initiale Bestandsaufnahme bezieht sich auf das gesamte System. Gemäß Ziffer 2.7.1 der AGB kann im Rahmen des Lizenzmanagements darüber hinaus zusätzlich eine Bestandsaufnahme zur Erfassung der tatsächlichen Nutzung der Software des IT-Systems vereinbart werden.

#### **10.1.1 Leistungsumfang**

Über das **erste Hauptankreuzfeld** wird die Bestandsaufnahme vereinbart

Über das **zweite Hauptankreuzfeld** kann eine Anlage einbezogen werden, die von Ziffer 2.1 der AGB abweichende Regelungen enthält.

Über das **dritte Hauptankreuzfeld** kann vereinbart werden, welche Softwaretools (automatisierte Verfahren) der Auftragnehmer für die Bestandsaufnahme nutzen wird.

#### **Hinweis:**

Nutzt der Auftragnehmer automatisierte Verfahren im Rahmen der Bestandsaufnahme, hat er die Vorgaben aus Ziffer 1.7 der AGB zur IT-Sicherheit beachten. Er darf das Produkt für die Bestandsaufnahme nur verwenden, wenn er es bereits im Angebot genannt hat und wenn er versichert hat, dass dieses Produkt keine Kommunikationsfunktionen zu Dritten und keine andere den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufende Funktionalität aufweist. Insbesondere darf das Produkt keine Funktionalitäten zum Ausspähen von Daten enthalten, keine Informationen über das IT-System, dessen Daten, dessen Lizenzierung oder das Benutzerverhalten an Dritte übermitteln, zu anderen Zwecken als für die Erbringung der Serviceleistungen oder derart speichern, dass Dritte darauf Zugriff nehmen könnten. Die Auswechslung bzw. der Einsatz einer neuen Version des Produkts bedarf der ausdrücklichen Einwilligung des Auftraggebers im Einzelfall.

Der Auftragnehmer kann in einer Anlage neben den in Ziffer 1.7 geregelten Vorgaben weitere Anforderungen an die automatisierten Verfahren aufstellen. Die oben dargestellte Versicherung des Auftragnehmers aus Ziffer 1.7 gilt dann auch für die weiteren Anforderungen aus der Anlage.

Über das **erste Unterankreuzfeld** können die Parteien vereinbaren, welche zusätzlichen Ausführungen im Bericht enthalten sind, die über die Anforderungen in Ziffer 2.1 der AGB hinausgehen.

Sind diese Anforderungen so umfangreich, dass sie nicht direkt im Vertrag aufgeführt werden können, kann über das **zweite Unterankreuzfeld** eine Anlage einbezogen werden, die diese Anforderungen enthält.

#### **10.1.2 Leistungszeit**

Hier kann vereinbart werden, ab wann die Bestandsaufnahme beginnen soll (**erstes Unterankreuzfeld**). Hier kann zum Beispiel eingetragen werden „drei Wochen nach dem Zuschlag“. Es kann aber auch ein konkretes Datum für die Bestandsaufnahme festgelegt werden (**zweites Unterankreuzfeld**). Der Abschluss der Bestandsaufnahme kann in Anhängigkeit von ihrem Beginn festgelegt werden (**drittes Unterankreuzfeld**). Hier kann z.B. eingetragen werden „drei“ Wochen seit Beginn der Bestandsaufnahme.

Über das **vierte Unterankreuzfeld** kann ein festes Datum für den Abschluss festgelegt werden.

#### **10.1.3 Vergütung**

Soll die Bestandsaufnahme nicht gesondert vergütet werden, sondern mit der Servicepauschale abgegolten werden, kann dies über das **erste Hauptankreuzfeld** vereinbart werden. Bei dieser Regelung ist aber zu beachten, dass der Auftragnehmer die Servicepauschale für die von ihm regelmäßig zur erbringenden Leistungen für die gesamte Vertragslaufzeit berechnet. Er wird also die von ihm kalkulierten Aufwände für die einmalig zu leistende Bestandsaufnahme in die Servicepauschale so einberechnen müssen, dass er die Kosten auf die Zeit aufteilt, in der er das System auf jeden Fall betreuen wird (z.B. auf eine ggf. vereinbarte Mindestlaufzeit von 24)

Monaten). Läuft der Vertrag aber ungekündigt weiter, dann zahlt der Auftraggeber weiter den für die Bestandsaufnahme einkalkulierten Zuschlag und damit mehr, als wenn er die Bestandsaufnahme gesondert gezahlt hätte.

Ein gesonderter Pauschalpreis für die Bestandsaufnahme kann über das **zweite Hauptankreuzfeld** vereinbart werden.

Über das **dritte Hauptankreuzfeld** kann eine Vergütung nach Aufwand mit (**Unterankreuzfeld**) und ohne Obergrenze vereinbart werden.

**Hinweis:**

Wird für die Vergütung nach Aufwand eine Obergrenze vereinbart, gilt Ziffer 13.2.1 der AGB. Der Auftragnehmer ist auch bei Überschreitung dieser Grenze zur vollständigen Erbringung seiner Leistungen verpflichtet. 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.

## **10.2 Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft\* des IT-Systems**

### **10.2.1 Leistungsumfang**

Die Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des IT-Systems ist die wesentlichste Leistung des Systemservices. Hier kann die Störungsbeseitigung für das IT-System insgesamt oder für einzelne Systemkomponenten vereinbart werden. Gemäß Ziffer 2.2.1 der AGB gehören zur Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des IT-Systems oder von Systemkomponenten alle für die Störungsbeseitigung notwendigen Maßnahmen des Auftragnehmers. Diese können z.B. Instandsetzungsleistungen für Hardware und Pflegeleistungen für Software zur Beseitigung von Störungen umfassen. Letztere können z.B. beinhalten die Erstellung bzw. Beschaffung einer fehlerbereinigten Fassung der Individualsoftware des IT-Systems und deren Überlassung sowie die Überlassung eines die Störung beseitigenden Programmstandes der Standardsoftware. Diese Regelungen in den AGB besagen nichts anderes, als dass der Auftragnehmer Störungen des Systems wo auch immer sie auftreten, mit den geeigneten Mitteln zu beseitigen hat. Naturgegeben ist in den AGB eine präzisere oder abschließende Aufzählung der zu ergreifenden Maßnahmen nicht möglich. Der Auftraggeber wird weitere Vorgaben in seiner Leistungsbeschreibung machen.

Der Auftragnehmer schuldet die Störungsbeseitigung in seiner Verantwortung. Die Störungsbeseitigung ist daher eine Werkleistung.

Über das **erste Ankreuzfeld** kann die Störungsbeseitigung (Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft) für das gesamte IT-System (siehe Nummer 3.1) vereinbart werden. Über das **zweite Ankreuzfeld** können einzelne Systemkomponenten aus der Störungsbeseitigungspflicht herausgenommen werden. Über das **dritte Ankreuzfeld** kann die Störungsbeseitigungspflicht auf einzelne Systemkomponenten beschränkt werden.

Über das **vierte Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer nicht zur Übernahme von neuen Systemkomponenten im Rahmen der Störungsbeseitigung verpflichtet ist.

Diese Regelungsmöglichkeit hat folgenden Hintergrund. Gemäß Ziffer 2.2.3 der AGB kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber grundsätzlich verlangen, dass dieser eine neue Systemkomponente übernimmt, wenn der Auftragnehmer die Störung durch Überlassung dieser neuen Systemkomponente beseitigen möchte. 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. Dies gilt auch, wenn der Auftraggeber an der neu installierten Software, mit der eine Störung beseitigt werden soll, weniger Rechte erhalten soll als an der gestörten Software. Der Auftraggeber hat aber keinen Anspruch darauf, dass der Auftragnehmer wieder Geräte derselben Marke einsetzt, es sei denn, der Einsatz der konkreten Marke ist ausnahmsweise vereinbart worden.

## **10.2.2 Kenntniserlangung von Störungen\***

### **10.2.2.1 Störungsmeldung durch den Auftraggeber**

Die AGB sehen in Ziffer 15.2 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.

In dieser Nummer kann in der Tabelle die für die Störungsannahme zuständige Stelle beim Auftragnehmer einschließlich ihrer Erreichbarkeit festgelegt werden. 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. Soll auch ein Ticketsystem gemäß Nummer 7 zum Einsatz kommen, kann ebenfalls die Adresse des Ticketsystems in der Tabelle aufgeführt werden.

**Hinweis:** Will die Vergabestelle neben dem Störungsmeldeformular auch das Ticketsystem nutzen, dann sollte sie regeln, dass Meldungen, die nicht über das Ticket-System eingegangen sind, vom Auftragnehmer in das Ticket-System zu übertragen und zu verwalten sind.

Über das **Hauptankreuzfeld** unter der Tabelle kann eine andere Form der Störungsmeldung in einer Anlage vereinbart werden, z.B. die Nutzung eines vom Muster 1 abweichenden Störungsmeldeformulars (**erstes Unterankreuzfeld**). Es kann auch vereinbart werden, dass die Störungsmeldung formlos erfolgen kann (**zweites Unterankreuzfeld**). Dies wird dann sinnvoll sein, wenn in der Tabelle nur eine Telefonnummer für die Störungsmeldung genannt ist und die Organisation des Auftragnehmers und die des Auftraggebers so überschaubar sind, dass eine solch formlose Störungsmeldung ausreicht. 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 Störungsklasse (gem. Ziffer 6 der AGB) und Angaben zur betroffenen Hardware/Software. Dies erleichtert die Fehlerdiagnose und beschleunigt die Störungsbeseitigung.

#### **10.2.2.2 Anderweitige Kenntniserlangung von Störungen\***

Diese Regelung findet sich nicht in den Serviceteilen der EVB-IT Systemverträge. Es ist durchaus üblich, dass der Auftragnehmer das System selbst überwacht und Störungen selbst erkennt.

Über das **erste Ankreuzfeld** kann ein bestimmtes Überwachungssystem vereinbart werden. Dieses muss neben den Vorgaben aus Ziffer 1.7 der AGB (siehe hierzu die Ausführungen in Nummer 10.1.1 dieser Hinweise) weitere Anforderung aus einer einbezogenen Anlage erfüllen.

Andere Regelungen zur Kenntniserlangung von Störungen durch den Auftraggeber können in einer Anlage über das **zweite Ankreuzfeld** vereinbart werden.

#### **10.2.3 Reaktions- und Erledigungszeiten\***

Eine Reaktionszeit ist in den AGB definiert als der Zeitraum, innerhalb dessen der Auftragnehmer mit den Serviceleistungen zu beginnen hat. Die Erledigungszeit ist dort definiert als der Zeitraum, innerhalb dessen der Auftragnehmer die Serviceleistungen erfolgreich abzuschließen hat.

Im Gegensatz zu den Servicevereinbarungen in den EVB-IT Systemverträgen kennt der EVB-IT Servicevertrag keine Wiederherstellungszeiten, sondern nur Erledigungszeiten. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass feste Fristen für die Erbringung einer Serviceleistung nicht nur für die Störungsbeseitigung vereinbart werden können, sondern auch zur Erledigung anderer Serviceleistungen, wie Hotline, Rufbereitschaft und Vor-Ort Service.

Die Vereinbarung von Reaktions- und Erledigungszeiten ist 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 Erledigungszeiten vereinbart werden. In diesem Fall kommt der Auftragnehmer bei deren Überschreitung in Verzug, es sei denn, dass er die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat.

Wird im **zweiten Hauptankreuzfeld** nichts anderes vereinbart, laufen Reaktions- und Erledigungszeiten nur innerhalb der Servicezeiten, die in Nummer 6 vereinbart werden (siehe hierzu auch Abschnitt III.6 dieser Hinweise). Geht eine Meldung oder tritt ein vereinbartes Ereignis außerhalb der vereinbarten Servicezeiten ein, beginnt die Reaktions- oder Erledigungszeit mit Beginn der nächsten Servicezeit.

Dies ist so in den AGB definiert. Da diese Regelung aber so entscheidend ist für den Beginn und den Ablauf der Reaktions- und Erledigungszeiten, ist sie unterhalb der Tabelle ebenfalls aufgeführt.

Sind keine Reaktionszeiten vereinbart, regelt Ziffer 7.1 der AGB, dass der Auftragnehmer mit den Serviceleistungen unverzüglich nach Zugang der Störungsmeldung (oder im Falle des 10.2.2.2 nach dem er selbst von der Störung Kenntnis erhalten hat) innerhalb der vereinbarten Servicezeiten zu beginnen hat. Sind keine Erledigungszeiten vereinbart, sind die Serviceleistungen in angemessener Frist abzuschließen (Ziffer 7.1 der AGB. Dies entspricht jeweils der gesetzlichen Regelung aus § 271 BGB (siehe hierzu auch Abschnitt IV.7.1 dieser Hinweise).

Sind aber Reaktions- oder Erledigungszeiten vereinbart, regelt Ziffer 14.2 der AGB für den Fall der Überschreitung dieser Zeiten, dass der Auftragnehmer für jeweils angefangene 25 % Überschreitung der Reaktions- und /oder Erledigungszeit innerhalb der Servicezeiten eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der jährlichen Vergütung, maximal jedoch 1 % der jährlichen Vergütung, pro Verzugsfall zu zahlen hat. Insgesamt darf aber die Summe der aufgrund dieser Regelung pro Vertragsjahr zu zahlenden Vertragsstrafe nicht mehr als 5 % der jährlichen Vergütung pro Vertragsjahr betragen. Die Vertragsstrafen werden auf



## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Schadensersatzansprüche angerechnet. In Nummer 18 des Vertrages können hiervon abweichende Vertragsstrafen vereinbart werden.

Es wird empfohlen, Reaktionszeiten zu vereinbaren. Die Vereinbarung von Erledigungszeiten hingegen erfordert Augenmaß. Bei der Beseitigung von Hardwarestörungen ist der Auftragnehmer in der Regel in der Lage, Erledigungszeiten 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 behebt. Bei Software ist darüber hinaus in der Regel nur der Hersteller in der Lage, Störungen durch Änderungen im Quellcode der überlassenen Standardsoftware zu beseitigen. Ist der Auftragnehmer aber nicht der Hersteller, kann er daher Erledigungszeiten in der Regel nur zusagen, wenn eine entsprechende Zusage des Herstellers vorliegt. Auch der Hersteller kann kaum seriös Erledigungszeiten 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 Erledigungszeiten 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 Erledigungszeit vereinbart, erübrigt sich die Vereinbarung von Reaktionszeiten. Bei Vereinbarung von längeren Erledigungszeiten ist zu erwägen, ob zusätzlich Reaktionszeiten vereinbart werden, um möglichst frühzeitige Aktivitäten zur Störungsbeseitigung sicherzustellen.

### **Achtung:**

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

Über das **erste Hauptankreuzfeld** kann die Vereinbarung von Reaktions- und Erledigungszeiten durch Nutzung der Tabelle vereinbart werden.

Über das **zweite Hauptankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass abweichend von der AGB-Regelung Reaktions- und Erledigungszeiten für die hier vereinbarten Störungsklassen auch außerhalb der in Nummer 6 vereinbarten Servicezeiten laufen sollen (**erstes Unterankreuzfeld**). Damit laufen sie rund um die Uhr. Oder es kann über das **zweite Unterankreuzfeld** vereinbart werden, dass sie in anderen Zeiten laufen sollen (z.B. 24 Stunden an Werktagen (außer Samstags)). Hier können auch vom Auftragnehmer angebotene Spezialregelungen für Servicelevels (z.B. Reaktionsstufen Bronze, Silber, Gold) einbezogen werden.

Über das **dritte Hauptankreuzfeld** können die Parteien Reaktions- und Erledigungszeiten anders als in den AGB definieren. Sie können z.B. vereinbaren,

- welche Leistungen
- von welcher Person
- bei welcher Systemkomponenten
- in welchem Umfang

erbracht werden sollen.

### **10.2.4 Vergütung**

Sofern die Störungsbeseitigungsleistungen mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein soll, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das erste Unterankreuzfeld kann festgelegt

werden, wie hoch der Anteil der Vergütung für die Störungsbeseitigungsleistungen in der Servicepauschale veranschlagt ist.

Über das **zweite Hauptankreuzfeld** können Abweichungen zu der Regelung in Ziffer 2.2.1 der AGB vereinbart werden. Diese sieht vor, dass bei vereinbarter Pauschalvergütung in den ersten drei Monaten nach Vertragsschluss eine Störungsbeseitigung in einem Fremdsystem von einer zusätzlichen Vergütung nach Aufwand abhängig gemacht werden kann. Aber nur dann, wenn der Auftragnehmer nachweist, dass die Störung bereits vor Vertragsbeginn vorlag nur bezüglich der Störungen, die in der Bestandsaufnahme festgestellt und dem Auftraggeber mitgeteilt wurden (siehe hierzu auch die Ausführungen zur Bestandsaufnahme in Abschnitt III.10.1 dieser Hinweise).

Soll der Systemservice 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 13.2.1 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 13 des Vertrages vorgenommen werden.

### **10.3 Aufrechterhaltung des IT-Systems (vorbeugende Maßnahmen)**

#### **10.3.1 Leistungsumfang**

Mit der Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft können Leistungen zur Vermeidung zukünftiger Störungen des IT-Systems oder einzelner Systemkomponenten vereinbart werden.

Diese können z.B. vorbeugende Maßnahmen des Auftragnehmers sein, die in dem Wartungskonzept gemäß Nummer 10.3.1.1 zu vereinbaren sind und der Vermeidung von sich abzeichnenden oder drohenden Störungen dienen. Es kann z.B. der regelmäßigen Austausch von Verschleißteilen oder der Austausch von Hardware des IT-Systems rechtzeitig vor Ende ihres Lebenszyklus vereinbart werden oder die Reinigung und Pflege von Hardware (Verschleißvorbeugung). Erfasst sein kann auch die Überlassung von neuen Programmständen der Standardsoftware, wenn diese für den Auftragnehmer ohne Zahlung von Lizenzgebühren für die Nutzung durch den Auftraggeber verfügbar sind (z.B. Service Packs). Vereinbart werden kann auch die Erstellung und Überlassung eines fehlerbereinigten Programmstandes der Individualsoftware des IT-Systems, wenn dies zur Störungsvermeidung erforderlich ist (siehe hierzu 10.3.1.2 **zweites Ankreuzfeld**). Es kann auch im Rahmen von Wartungsleistungen vereinbart werden, Virenbefälle, Malwareimplementierungen und Hackerangriffe durch geeignete Maßnahmen zu vermeiden und das IT-System so zu schützen, dass ein Datenzugriff durch unbefugte Dritte verhindert wird.

##### **10.3.1.1 Vereinbarung eines Wartungskonzeptes**

Hier kann ein Wartungskonzept vereinbart werden.

In einem Wartungskonzept können Strategie, Methodik und Vorgehensweise verbindlich festgelegt werden, um ein bestimmtes Wartungsziel zu erreichen. Ziel könnte zum Beispiel sein, das IT-System auf dem aktuellsten Stand zu halten, Neuerungen einzupflegen und auf bekannte Sicherheitslücken der Soft- und Hardwarehersteller zu reagieren. In einem Wartungskonzept kann auch ein IT-Sicherheitskonzept enthalten sein. Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik definiert dieses wie folgt: „*Ein IT-*



## Nutzerhinweise EVB-IT Service

- <sup>1</sup> Anzahl der Komponenten aus Spalte 1 und Standort, soweit nicht alle Komponenten zu warten sind („A“)
- <sup>2</sup> Austausch von Verschleißteilen mit konkreter Bezeichnung der Verschleißteile oder „A“ für alle
- <sup>3</sup> Ersatz von Verbrauchsmaterial mit konkreter Bezeichnung des Verbrauchsmaterials oder „A“ für alle
- <sup>4</sup> vorbeugender Austausch von Systemkomponenten
- <sup>5</sup> sonstige Wartungsleistungen
- <sup>6</sup> auf Anforderung des Auftraggebers
- <sup>7</sup> bei Bedarf, im Ermessen des Auftragnehmers
- <sup>8</sup> Zeitpunkt bzw. Zyklus in Monaten (M), Wochen (W) oder Tagen (T), z.B. Dreiwochenzyklus = Zyklus 3 W

Über das zweite Ankreuzfeld kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer zur Vermeidung von Störungen auch zu Eingriffen in den Quellcode der im IT-System installierten Individualsoftware verpflichtet ist. Er hat dann den neuen fehlerbereinigten Programmstand gemäß Ziffer 2.3.3 der AGB zu installieren und in das IT-System zu integrieren.

### 10.3.1.3 Vollumfängliche Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft\*

Wird das **erste Hauptankreuzfeld** gewählt, werden keine besonderen Maßnahmen zur Störungsvermeidung vereinbart, sondern ein vollumfänglicher Störungsvermeidungsservice.

Der Auftraggeber kann über das **erste Unterankreuzfeld** Vorgaben zur vollumfänglichen Wartung in einer Anlage einbeziehen. Er kann aber auch den vollumfänglichen Wartungsservice nur für bestimmte Systemkomponenten vereinbaren (**zweites Unterankreuzfeld**) und ebenfalls in einer Anlage festlegen, wie dieser Service im Einzelnen ausgestaltet ist.

#### **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 IT-Systems gewährleistet werden muss oder bei bestimmten Systemkomponenten ein hoher Verschleiß zu erwarten ist.

Soll im Rahmen des vollumfänglichen Service auch die Veränderung von Individualsoftware geschuldet sein, kann dies über das **zweite Hauptankreuzfeld** vereinbart werden.

### 10.3.1.4 Vereinbarung zur Übernahme neuer Systemkomponenten\*

Hier kann wie bereits bei der Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft (siehe auch Nummer 10.2.1) vereinbart werden, dass der Auftraggeber nicht zur Übernahme von neuen Systemkomponenten verpflichtet ist. Gemäß Ziffer 2.2.3 der AGB kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber grundsätzlich verlangen, dass dieser eine neue Systemkomponente übernimmt, wenn der Auftragnehmer mit Hilfe der neuen Systemkomponente die Betriebsbereitschaft aufrechterhalten möchte. Gemäß Ziffer 2.2.3 der AGB ist der Auftraggeber nur dann 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. Wenn der Auftraggeber eine Übernahme in jedem Fall vermeiden möchte, z.B. weil er befürchtet, dass dies insgesamt größere Systemänderungen nach sich zieht, kann er das Ankreuzfeld in dieser Nummer 10.3.1.4 nutzen, um einen solchen Anspruch des Auftragnehmers zu vermeiden.

### **10.3.1.5 1 Vereinbarung eines Überwachungssystems**

Über das **erste Ankreuzfeld** kann ein bestimmtes Überwachungssystem vereinbart werden. Dieses muss neben den Vorgaben aus Ziffer 1.7 der AGB (siehe hierzu die Ausführungen in Nummer 10.1.1 dieser Hinweise) weitere Anforderung aus einer einbezogenen Anlage erfüllen, z.B. weitere Sicherheitsanforderungen.

Über das **zweite Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, wie der Auftragnehmer sich sonst Kenntnis vom aktuellen Systemzustand zu verschaffen hat. Dies kann z.B. dadurch erfolgen, dass dem Auftragnehmer weitere Informationen übermittelt werden, z.B. Zugangsdaten, mit deren Hilfe er die Nutzungsstände von Geräten selbst auslesen oder den Zustand von Hard- und Softwaresystemen selbst ermitteln kann (z.B. Patchstände von Software bzw. Betriebsstunden von Hardware).

### **10.3.2 Vergütung**

Sofern die Aufrechterhaltungsleistungen mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein sollen, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das **erste Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, wie hoch der Anteil der Vergütung für die Aufrechterhaltungsleistungen in der Servicepauschale veranschlagt ist.

Soll der Systemservice nach Aufwand vergütet werden, ist das **zweite Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze pro Zeiteinheit 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 13.2.1 der AGB). Allerdings ist die Festsetzung einer angemessenen Obergrenze bei der vollumfänglichen Wartung des IT-System wie auch die Vereinbarung einer Pauschale schwierig, weil es im Vorfeld häufig schwierig ist, zu bestimmen, welche konkreten Arbeiten anfallen. Daher hat die Bestimmung einer solchen Obergrenze mit besonderem Augenmaß zu erfolgen und sollte im Zweifel eher höher angesetzt werden als zu niedrig.

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 13.1 des Vertrages vorgenommen werden.

## **10.4 Überlassung neuer Programmstände\***

### **10.4.1 Überlassung neuer Programmstände der Standardsoftware**

Hier kann die Lieferung von verfügbaren neuen Programmständen für die Standardsoftware des IT-Systems **durch den Auftragnehmer** vereinbart werden. Dies ist naturgemäß eines der wesentlichen Leistungselemente eines Servicevertrages. Die Grundlage dafür findet sich in Ziffer 2.3 der AGB. Davon abzugrenzen ist der Fall, dass der Auftraggeber neue Programmstände für die Standardsoftware des IT-Systems von Dritten erhält. Wenn solche beigestellten Programmstände durch den Auftragnehmer installiert und/oder customized und integriert werden sollen, ist dies in Nummer 10.4.4 zu vereinbaren. Unabhängig davon, wer diese installiert und/oder customized bzw. integriert gilt jedoch, dass auch solche beigestellten neue Programmstände Teil des zu betreuenden IT-Systems werden.

Neben der Auswahl der zu liefernden Art der Programmstände (Update, Upgrade, Release/Version) in Spalten 3a bis 3c, kann in Spalte 3d zusätzlich vereinbart werden, dass in bestimmten Fällen außerhalb der normalen Zyklen neue Programmstände zu liefern sind, z.B. bei Gesetzesänderungen, Änderung von Tarifen und ähnlichem. Eine solche Regelungsmöglichkeit wurde in Ziffer 2.3.2 der AGB erstmals für die EVB-IT-Welt geregelt. Bei der Forderung einer solchen Verpflichtung ist jedoch sorgfältig zu prüfen, ob die infrage kommenden Bieter eine solche Leistung auch anbieten können; dies gilt insbesondere, sofern dies für Standardsoftware vereinbart werden soll. In Betracht kommen hier in der Regel nur Anbieter von speziellen Branchenlösungen, deren Geschäftsmodell ohnehin erfordert, ihren Kunden stets aktuelle Anpassungen an sich ändernde Gesetze etc. anzubieten (z.B. Finanzsoftware, Software zur Zahlbarmachung von Leistungen, z.B. Renten).

In Ziffer 2.3.3 der AGB ist geregelt, dass die neuen Programmstände vom Auftragnehmer zu liefern, zu installieren, zu customizen und in das IT-System zu integrieren sind. In der Tabelle in dieser Nummer können in Spalten 4 und 5 abweichende Regelungen zur Installation, zum Customizing und zur Integration der Programmstände getroffen werden.

#### **10.4.2 Überlassung neuer Programmstände\* der Individualsoftware\***

Erstmals in der EVB-IT-Welt bietet der Servicevertrag die Möglichkeit zur Vereinbarung der Lieferung von neuen Programmständen von Individualsoftware. Naturgemäß werden vom Auftragnehmer für Individualsoftware ohne besondere Vereinbarung außerhalb von Gewährleistung und Störungsbeseitigung keine neuen Programmstände erstellt. Hier ist es nun möglich, zu vereinbaren, dass der Auftragnehmer verpflichtet wird, die Individualsoftware ohne gesonderten Auftrag an Gesetzesänderungen oder ähnliches anzupassen. Gemäß Ziffer 2.3.2 Absatz 2 der AGB soll diese Anpassung rechtzeitig vor dem Wirksamwerden der jeweiligen Änderung erfolgen. Neben den Änderungen von Normen und Gesetzen können weitere Fälle z.B. Anpassungen an technische Änderungen, Betriebssystemänderungen, neue Javaversionen oder ähnliches sein. Die Anwendungsfälle sind möglichst genau zu beschreiben, damit der Auftragnehmer prüfen kann, ob er überhaupt zu diesen Leistungen in der Lage ist und Anknüpfungspunkte für seine Kalkulation hat. Unabhängig davon wird der Auftragnehmer solche Leistungen im Voraus nur schwer im Rahmen einer Pauschale kalkulieren und anbieten können. Im Gegensatz zu Standardsoftware, bei der ein bestimmtes Änderungsbedürfnis potentiell bei mehreren Kunden besteht und deshalb die anfallenden Kosten i.d.R. auf mehrere Kunden verteilt werden können, muss der Auftragnehmer bei Individualsoftware davon ausgehen, dass er entweder keine oder nur geringe Chancen hat, die Änderungen anderweitig zu verwerten.

In Ziffer 2.3.3 der AGB ist geregelt, dass auch die neuen Programmstände der Individualsoftware vom Auftragnehmer zu liefern, zu installieren, zu customizen und in das IT-System zu integrieren sind. In der Tabelle in dieser Nummer können in Spalten 4 und 5 bzw. unter der Tabelle abweichende Regelungen zur Installation, zum Customizing und zur Integration der Programmstände getroffen werden.

#### **10.4.3 Bereitstellung zu überlassender Programmstände\* (keine Kommentierung)**

#### **10.4.4 Installation\*, Customizing\* und Integration\* beigestellter Programmstände\***

Neu für die EVB-IT Welt ist die in Ziffer 2.3.4 der AGB vorgesehene Möglichkeit, Auftragnehmer zu verpflichten, solche Programmstände zu installieren, zu customizen und in das IT-System zu integrieren, die der

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Auftraggeber beistellt. Diese Regelung soll die Fälle erfassen, in denen der Auftraggeber aus anderen Quellen, z.B. aufgrund von Rahmenverträgen oder Pflegeverträgen mit Dritten neue Programmstände für Software des IT-Systems erhält, für die der Auftragnehmer dann im vertraglichen Umfang verantwortlich sein soll. In Spalten 4 und 5 kann geregelt werden, ob der Auftragnehmer die neuen Programmstände nur installieren oder auch customizen und integrieren soll, wobei es in der Regel sinnvoll sein wird, beides zu vereinbaren.

### 10.4.5 Vergütung

Sofern die Überlassung neuer Programmstände und die damit verbundenen Leistungen mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein sollen, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das **zweite Hauptankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass bestimmte Leistungen von der Servicepauschale ausgenommen und nach Aufwand zusätzlich zu vergüten sind. Dabei können auch Obergrenzen vereinbart werden, siehe hierzu u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2 dieser Hinweise.

## 10.5 Hotline

### 10.5.1 Umfang der Leistung

Wenn eine Hotline vereinbart werden soll, ist das erste Hauptankreuzfeld auszuwählen. In diesem Fall kann die Hotline zu den in der Tabelle aus Nummer 6 vereinbarten Servicezeiten in Anspruch genommen werden kann.

Neu in den EVB-IT Service ist, dass die AGB umfangreiche Regelungen zur Hotline enthalten. Die Regelungen in den AGB stellen hohe Anforderungen an den Auftragnehmer und seine Serviceabteilung. Dies kann einerseits zu höheren Preisen führen und andererseits auch dazu, dass diese Anforderungen nicht von jedem Auftragnehmer erfüllt werden können. Daher sollte geprüft werden, in wieweit im Vertrag von den Vorgaben der AGB abgewichen werden soll. Die verschiedenen Ankreuzfelder bieten entsprechende Möglichkeiten.

Mit dem **zweiten Hauptankreuzfeld** kann eine über den Umfang von Ziffer 2.4.3 hinausgehende Qualifikation der Mitarbeiter an der Hotline vereinbart werden, z.B. deren Fähigkeit, auch komplexe Fragen zur Nutzung zu beantworten (**erstes Unterankreuzfeld**). Gemäß Ziffer 2.4.3 der AGB müssen diese hingegen nur in der Lage sein, Störungsmeldungen zu erfassen und einer ersten Klärung zuzuführen. Im zweiten Unterankreuzfeld können anderweitige besondere Qualifikationen vereinbart werden, ggf. auch beschränkt auf bestimmte Systemteile, z.B. auf Fragen zur Nutzung des Personalwirtschaftssystems.

Unabhängig von der Qualifikation der Mitarbeiter muss vereinbart werden, ob diese Fragen zur Nutzung des IT-Systems überhaupt beantworten müssen. Dies ist in den AGB (Ziffer 2.4.1 Satz 1) standardmäßig nicht vorgesehen, sondern muss ggf. mit dem **dritten Hauptankreuzfeld** vereinbart werden. Wenn eine solch erweiterte Hotline (z.B. aus Kostengründen) nur für bestimmte Systemteile gewünscht ist, muss dies über das **letzte Hauptankreuzfeld** in einer Anlage vereinbart werden.

Das **vierte Hauptankreuzfeld** ist anzukreuzen, wenn bereits im Rahmen der Hotline ein Remote-Zugriff zum Zwecke der Störungsbeseitigung erfolgen soll. Dies kann auch zweckmäßig sein, weil sich Fehlererscheinungen im Dialog von Nutzer und Hotline-Mitarbeiter i.d.R. besonders gut diagnostizieren und dadurch oft schnell beseitigen lassen.

### Achtung:

Auch ein solcher Remotezugriff bedarf einer Teleservicevereinbarung.

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Anders als viele Hotline-Regelungen von Softwareanbietern ist gemäß Ziffer 2.4.2 der AGB jeder Nutzer beim Auftraggeber zur Inanspruchnahme der Hotline berechtigt. Dies kann zu einem hohen Anfrageaufkommen und damit gerade bei großen Behörden zu höheren Kosten für die Hotline führen. Daher kann es sinnvoll sein, die Nutzung der Hotline einigen, besonders qualifizierten Nutzern vorzubehalten, die ihrerseits die Anfragen der Nutzer annehmen und filtern (Eingangskanal, ggf. 1st Level Support). Dies kann über das **fünfte Hauptankreuzfeld** geregelt werden.

Ebenfalls anders als viele Hotline-Angebote von IT-Anbietern sieht Ziffer 2.4.3 Satz 2 der AGB vor, dass die Hotline stets deutschsprachig zu besetzen ist. Über das **sechste Hauptankreuzfeld** können Zeiten vereinbart werden, zu denen eine englischsprachige Hotline ausreichend ist. Dies werden in der Regel Zeiten außerhalb üblicher Geschäftszeiten in Deutschland sein, weil in diesen Zeiten die Hotline aus den USA oder Indien bereitgestellt wird. In Ziffer 2.4.4 der AGB ist vorgesehen, dass der Auftragnehmer bei der Hotline zu einer ersten Zuordnung von Anrufen automatische Sprachdialogsysteme einsetzen darf. Soll dies ausgeschlossen werden oder soll dies nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein, kann dies über die **Hauptankreuzfelder 7 und 8** geregelt werden. Den Einsatz solcher Systeme zu begrenzen oder auszuschließen kann sinnvoll sein, weil gerade solche Systeme großer Anbieter oft sehr viele Auswahl Ebenen aufweisen und die ggf. sogar mehrfache Angabe von Autorisierungsinformationen erwarten, bis man zu einem Hotline-Mitarbeiter vordringt. Dies erschwert den Mitarbeitern des Auftraggebers naturgemäß die Inanspruchnahme der Hotline und ist sehr zeitaufwändig, was zuweilen sogar dazu führt, dass diese Mitarbeiter die Hotline nicht oder nur noch sehr ungern in Anspruch nehmen.

In Ziffer 2.4.5 der AGB ist u.a. vorgesehen, dass Störungen mit hoher personeller Kontinuität bearbeitet werden sollen. Gleichwohl ist es möglich, dass eine Störung durch mehrere Mitarbeiter bearbeitet wird, wenn der Bearbeitungsfortschritt protokolliert wird und durch den Mitarbeiterwechsel weder ein Zeit noch ein Qualitätsverlust entsteht. Mit dem **neunten Hauptankreuzfeld** kann die gewünschte Kontinuität der Bearbeitung dadurch noch verstärkt werden, dass ein Mitarbeiterwechsel gänzlich untersagt wird. Es ist jedoch sorgfältig zu prüfen, ob diese Forderung im konkreten Anwendungsfall realistisch und bezahlbar ist.

Das **vorletzte Hauptankreuzfeld** ermöglicht abweichend von Ziffer 2.4.6 der AGB eine Hotline, z.B. über Mehrwertdienstenummern anzubieten. Dies kann sinnvoll sein, wenn der Anbieter generell nur so verfährt. Allerdings ist dies bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu berücksichtigen, weil dadurch die tatsächlichen Kosten des Angebots höher ausfallen, als es das Angebot suggeriert. Dies ist bei der Bestimmung des Angebotspreises durch einen entsprechenden Korrekturfaktor zu berücksichtigen. Es ist allerdings zu beobachten, dass die Nutzung solcher Mehrwertdienstenummern zurückgeht, da die Hotline-Anbieter zunehmend erkennen, dass dadurch ihre Leistung künstlich verteuert wird, weil der Telekommunikationsanbieter einen erheblichen Teil der Vergütung erhält.

Weitere Regelungen zur Hotline sind über das **letzte Hauptankreuzfeld** zu vereinbaren.

### 10.5.2 Vergütung

Sofern die **Hotline** mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein soll, ist das erste Hauptankreuzfeld auszuwählen. **Über das Unterankreuzfeld kann der Anteil an der Servicepauschale ausgewiesen werden.** Über das zweite Hauptankreuzfeld kann vereinbart werden, dass **die Hotline** nach Aufwand zusätzlich zu vergüten **ist**. Dabei können auch Obergrenzen vereinbart werden, siehe hier zu u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2 dieser Hinweise.



## 10.6 Rufbereitschaft

### 10.6.1 Leistungen und Leistungsort im Rahmen der Rufbereitschaft

Sofern eine Rufbereitschaft vereinbart werden soll, ist das **Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Diese kann dann zu den in Nummer 6 vereinbarten Servicezeiten in Anspruch genommen werden.

Die Rufbereitschaft besteht aus zwei unterschiedlichen Leistungen. Zum einen verpflichtet sich der Auftragnehmer ähnlich wie bei der Hotline zu bestimmten Zeiten telefonisch erreichbar zu sein (vgl. Ziffer 2.5.1 der AGB). In der Regel wird eine Rufbereitschaft nur für besondere Anlässe vereinbart, z.B. in einer Krisensituation, für Spitzenzeiten bei der Bearbeitung von Anträgen, bei Migrationen von größeren IT-Systemen, bei Jahresabschlüssen o.ä.. Daher können Zeiten der Rufbereitschaft durchaus von den üblichen Hotlinezeiten abweichen.

Zum anderen verpflichtet sich der Auftragnehmer im Rahmen der Rufbereitschaft nach Entgegennahme des Anrufs innerhalb der in Nummer 10.6.2 vereinbarten Reaktionszeiten mit den in Nummer 10.6.1 vereinbarten Leistungen zu beginnen und diese, soweit solche vereinbart sind, in den in Nummer 10.6.2 vereinbarten Erledigungszeiten abzuschließen.

Leistungen im Rahmen der Rufbereitschaft können z.B. Störungsbeseitigungs- oder Beratungsleistungen sein. Diese sind je nach Vereinbarung vor Ort beim Auftraggeber oder durch Teleservice zu erbringen. Soweit eine Erbringung vor Ort beim Auftraggeber vereinbart werden soll, ist die Reaktionszeit entsprechend so zu bemessen, dass der Auftragnehmer hinreichend Zeit für eine Anreise hat.

Die AGB verweisen in Ziffer 2.5.2 für die nähere Ausgestaltung der Rufbereitschaft auf die Regelungen zur Hotline. Anders als bei der Hotline-Regelung in Nummer 10.5 des Vertrages enthält der Vertrag für die Rufbereitschaft keine differenzierten Änderungsmöglichkeiten. Wenn ähnliche Änderungen vereinbart werden sollen, kann dies in einer Anlage geschehen, die sich an den Änderungsmöglichkeiten zur Hotline orientiert.

### 10.6.2 Reaktions- und Erledigungszeiten\*

Vergleichen Sie hierzu bitte die Ausführungen zu Nummer 10.2.3.

### 10.6.3 Vergütung

#### 10.6.3.1 Vergütung für Unterhalt der Rufbereitschaft sowie Beratung und Störungsbeseitigung (Ziffer 2.5.1 EVB-IT Service-AGB, erster Aufzählungspunkt)

Die Vergütung für den Unterhalt der Rufbereitschaft, telefonische Beratung sowie Störungsbeseitigung per Remote-Zugriff wird in dieser Nummer geregelt. Soll die Leistung mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das **Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, wie hoch der Anteil an der Servicepauschale ist.

Sollen diese Leistungen nach Aufwand vergütet werden, ist das **zweite Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze pro Zeiteinheit vereinbart werden. Siehe zur Problematik der vereinbarten Obergrenzen u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2.

### **10.6.3.2 Vergütung für die Erbringung der vereinbarten Leistungen vor Ort (Ziffer 2.5.1 EVB-IT Service-AGB, zweiter Aufzählungspunkt)**

Hier wird die Vergütung für die aufgrund der Rufbereitschaft abgerufenen Leistungen **vor Ort** vereinbart, während der Unterhalt der Rufbereitschaft und telefonisch bzw. per Remote Zugriff erbrachten Leistungen gemäß Nummer 10.6.3.1 vergütet werden.

Die Vereinbarungsmöglichkeiten sind die gleichen wie bei Nummer 10.6.3.1, jedoch ist die Einbeziehung der Leistungen in die Servicepauschale und die damit verbundene pauschale Abgeltung in diesem nicht unproblematisch. In der Regel wird im Vorhinein kaum zuverlässig abschätzbar sein, wie oft ein Vor-Ort Einsatz stattfinden wird und wie lange dieser jeweils dauert. Dies wird nur im Einzelfall möglich sein, wenn bereits die Leistungsbeschreibung sehr präzise ist. Anderenfalls sollte die Leistung nach Aufwand vergütet werden. Für die Vereinbarung einer Obergrenze gilt das Gleiche wie für die Pauschalierung.

## **10.7 Vor Ort-Service, regelmäßige Anwesenheit beim Auftraggeber**

### **10.7.1 Art und Umfang der Leistung, Ort und Zeiten der Leistung**

In den AGB findet sich keine konkrete Beschreibung des Vor-Ort Services. Die Beschreibung der gewünschten Leistungen muss daher im Vertrag erfolgen. Dies wird in der Regel über eine Anlage geschehen. Das **erste Hauptankreuzfeld** und die **Unterankreuzfelder** bieten entsprechende Möglichkeiten.

Eine typische Vor-Ort Leistung kann etwa der sogenannte User-Helpdesk sein, soweit hierbei Mitarbeiter des Auftragnehmers unmittelbar vor Ort tätig sind, um anfallende Arbeiten z.B. an der IT-Infrastruktur zu erledigen, z.B. kleinere technische Probleme zu lösen oder Anwenderunterstützung zu leisten. Dabei erfolgt die Konkretisierung der Leistung in der Regel vor-Ort unmittelbar durch den Auftraggeber – häufig durch ein Ticket-System.

Durch den Charakter der Leistungen und die fallweise Konkretisierung vor Ort birgt der Vor-Ort Service in besondere Weise die Gefahr, die Grenze zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung bzw. bei Beauftragung von Einzelpersonen auch die der Scheinselbstständigkeit zu überschreiten. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Mitarbeiter praktisch wie eigene Mitarbeiter des Auftraggebers behandelt werden. Typische Beispiele, an denen dies erkennbar ist, ist die Eingliederung in die Organisation, z.B. durch Aufnahme in die Telefonliste ohne Hinweise auf den externen Status, die Vorgabe von Arbeits- und Urlaubszeiten und vor allem direkte Arbeitsanweisungen durch den Auftraggeber. Möchte der Auftraggeber hier Sicherheit, besteht ggf. die Möglichkeit, bereits in der Ausschreibung vorzusehen, dass der Auftragnehmer über eine gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügen muss. Zu beachten ist, dass dies allein nicht ausreicht, um eine ordnungsgemäße Arbeitnehmerüberlassung durchzuführen. Zu beachten sind insbesondere, dass der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestimmten Anforderungen genügen muss und dass bestimmte Arbeitsbedingungen zu gewähren sind. Soweit nicht der Weg über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gegangen werden soll, muss der Einsatz so geplant werden, dass die Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung bzw. der Scheinselbstständigkeit vermieden werden. So soll es gemäß einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 1. August 2013 (AZ: 2 Sa 6/13) möglich sein, die Erteilung direkter Weisungen durch die konsequente Nutzung eines Ticketsystems zu vermeiden. Ob eine solche Maßnahme von Erfolg gekrönt ist, hängt jedoch sehr stark vom Einzelfall ab. Eine vorherige rechtliche Prüfung ist hier in jedem Falle erforderlich.

### **10.7.2 Vergütung**

Die Vergütungsregelung weist keine Besonderheiten auf. Gerade wenn der vor-Ort Service regelmäßig zu bestimmten Zeiten mit einem definierten Personalumfang bereitgestellt wird, lässt sich eine pauschale Vergütung hierfür gut kalkulieren, so dass eine Einbeziehung in die Servicepauschale möglich ist. Jedoch ist auch bei der Wahl des Vergütungsmodells die Problematik der Arbeitnehmerüberlassung bzw. der Scheinselbstständigkeit zu beachten. Siehe dazu unter oben unter Nummer 10.7.1.

Soll die Leistung mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das **Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, wie hoch der Anteil an der Servicepauschale ist.

Sollen diese Leistungen nach Aufwand vergütet werden, ist das **zweite Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze pro Zeiteinheit vereinbart werden. Siehe zur Problematik der vereinbarten Obergrenzen u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2.

## **10.8 Lizenzmanagement**

### **10.8.1 Leistungsumfang**

Der Vertrag sieht im **ersten Hauptankreuzfeld** vor, dass ein Lizenzmanagement für die Software des IT-Systems oder anderer Software erfolgen kann. Die Ziffer 2.7 trifft, anders als andere Ziffern in den AGB, bereits umfangreiche, für den Regelfall ggf. bereits ausreichende Regelungen zu den damit verbundenen Maßnahmen und Pflichten des Auftragnehmers. Daher ist bei der Gestaltung des Vertrages und der Leistungsbeschreibung angeraten, den vorhandenen Regelungsumfang zu berücksichtigen und nur zu ergänzen bzw. zu modifizieren. Dies gilt zwar generell für das Verhältnis des Vertrages zu den AGB, trifft aber in diesem Fall wegen der Ausführlichkeit der Regelungen in den AGB in besonderem Maße zu.

Das **erste Unterankreuzfeld** sieht das Lizenzmanagements für die Software des IT-Systems vor. In diesem Fall ist der Vertragsgegenstand recht überschaubar. Das IT-System ist im Vertrag in Nummer 3 ohnehin zu beschreiben. Entsprechend sollte allein aufgrund dieser Beschreibung feststehen, auf welche Software sich das Lizenzmanagement bezieht.

Im **zweiten Unterankreuzfeld** kann aber auch Lizenzmanagement für andere in der Anlage genannte Software vereinbart werden, insbesondere für Software, die nicht zum IT-System gehört aber im Zusammenhang damit wichtig ist, z.B. eine Datenbanksoftware, die gesondert lizenziert und vom Auftraggeber auch für andere Aufgaben genutzt wird. In den Fällen, in denen auch Software vom Lizenzmanagement erfasst werden soll, die nicht Teil des IT-Systems ist, muss die Leistungsbeschreibung alle Informationen zu dieser Software enthalten, die erforderlich für eine Aufwandsabschätzung durch den Auftragnehmer sind, z.B. um welche Software es sich handelt, welche Systeme und Systemteile im Rahmen des Lizenzmanagements zu betrachten sind, wo diese lokalisiert sind und auch, welche Lizenzmodelle grundsätzlich zur Anwendung kommen (z.B. Lizenzen aus speziellen Konditionen- bzw. Rahmenverträgen). Weitere Details, z.B. die konkreten Lizenzverträge, Rechnungen, Lizenzbestätigungen etc. sind dem Auftragnehmer dann im Rahmen der Leistungserbringung zugänglich zu machen.

**Exkurs:** Mit diesem Vertrag kann ein Lizenzmanagement auch unabhängig von Serviceleistungen für ein IT-System vereinbart werden. Es ist dann ebenfalls das zweite Unterankreuzfeld zu nutzen und in der Anlage zu beschreiben, auf welche Software und/oder Systeme der Behörde die Leistungen erstreckt werden sollen. Die im Vertrag nicht benötigten Teile, insbesondere in Nummer 10 können dann unter Beachtung der Vorgaben aus Abschnitt I.4 dieser Hinweise gelöscht bzw. gestrichen werden.

Es existieren am Markt eine Reihe von Werkzeugen zur technischen Unterstützung des Lizenzmanagements. Die Zulassung eines solchen Werkzeuges kann im **ersten Hauptankreuzfeld** mit vereinbart werden, sollte jedoch gut abgewogen werden. Die AGB sehen in ihrer Ziffer 1.7 vor, dass der Einsatz von automatisierten Tools nur dann möglich ist, wenn die dort genannten Anforderungen erfüllt sind (siehe dazu auch die Anmerkungen in diesen Hinweisen zu Ziffer 1.7. Es ist in diesem Zusammenhang auch zu prüfen, ob im konkreten Anwendungsfall an das Tool weitere Anforderungen gestellt werden müssen. Das **erste Hauptankreuzfeld** ermöglicht am Ende die Einbeziehung einer entsprechenden Anlage. Abhängig von den Sicherheitsanforderungen in der Behörde ist auch ein weitergehender Ausschluss solcher Tools geboten.

**Hinweis zur Verwendung von Tools:** Am Interesse des Auftraggebers orientiert sollten solche Tools beispielsweise nicht allein vom Hersteller der zu prüfenden Software oder entsprechenden Händlern stammen. Diese führen zwar eine Prüfung anhand der Lizenzbedingungen durch, berücksichtigen aber nicht weitere Aspekte, wie z.B. die Unwirksamkeit bestimmter Regelungen in den Lizenzbedingungen, insbesondere unwirksame Übertragungsverbote, unzulässige Hardware- oder Softwarevorgaben im Zusammenhang mit der Nutzung. Auch weitere, für den Auftraggeber sprechende Aspekte finden möglicherweise keine Beachtung.

**Hinweis zur Auswahl des Auftragnehmers:** Vertragshändler der Softwarehersteller sind oftmals durch die mit dem Hersteller geschlossenen Verträge umfangreich zur Kooperation mit diesem verpflichtet. Teilweise bestehen umfangreiche Auskunft- und Informationspflichten sowie eine allgemeine Pflicht zur Förderung der gemeinsamen geschäftlichen Aktivitäten, so dass in diesen Fällen besonders sorgfältig zu prüfen und ggf. aufzuklären ist, ob eventuell eine Interessenkollision vorliegt. Dies kann erst recht bei einer Beauftragung des Herstellers selbst in Betracht kommen.

Einige Vorgaben dazu, wie das Lizenzmanagement zu erfolgen hat, treffen die AGB in ihrer Ziffer 2.7. Mit dem **zweiten Hauptankreuzfeld** kann eine Anlage einbezogen werden, in der darüber hinausgehende und/oder abweichende Regelungen getroffen werden. Die Ausgestaltung wird maßgeblich von der jeweiligen Behördenorganisation und dem Stand der bisherigen Arbeiten abhängen.

#### **10.8.1.1 Bestandserfassung**

In der Regel wird dem regelmäßigen Lizenzmanagement, d.h. der Bestandsverwaltung gemäß Nummer 10.8.1.2 eine Bestandserfassung vorausgehen müssen. Nur wenn der Lizenzbestand bereits vorher lückenlos erfasst und dokumentiert ist, kann diese im Ausnahmefall entbehrlich sein. Wünscht man jedoch, dass der Auftragnehmer für die Richtigkeit des Lizenzmanagement die Verantwortung übernimmt, ist dies nur dann effektiv möglich, wenn er die Bestandserfassung eigenverantwortlich durchgeführt hat. Eine weitere Voraussetzung für eine

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

ordnungsgemäße Bestandserfassung ist die Mitwirkung des Auftraggebers. Nur wenn dieser dem Auftragnehmer möglichst viele ihm zur Verfügung stehende Informationen zur Verfügung stellt und ihn dabei unterstützt, fehlende Informationen zu beschaffen, ist eine Bestandserfassung möglich, die die tatsächliche Nutzung und damit auch etwaige Unter- bzw. Fehllizenzierungen aufdecken kann.

Diese Bestandserfassung ist abzugrenzen von der initialen Bestandsaufnahme für das IT-System gemäß Nummer 10.1 bzw. Ziffer 2.1 der AGB. Wenn jedoch sowohl Lizenzmanagement als auch eine initiale Bestandsaufnahme für das IT-System vereinbart werden soll, ist es möglich und sinnvoll, die Bestandsaufnahme so zu erweitern, dass diese die Bestandserfassung im Sinne dieser Nummer 10.8.1.1 und Ziffer 2.7.1 der AGB mit abdeckt.

Über das **Hauptankreuzfeld** sind die näheren, über Ziffer 2.7.1 der AGB hinausgehenden bzw. konkretisierenden Modalitäten der Bestandserfassung in einer Anlage festzulegen.

Das **fünfte Unterankreuzfeld** ermöglicht die Angabe eines Dateiformats sowie in einer Anlage weitere Vorgaben für die zu erstellende Lizenzdatenbank, z.B. zu erfassende Informationen wie Ort der Nutzung, Anzahl, Versionsbezeichnungen etc., die Datenbankstruktur, Indizes und ggf. Such- und Recherchefunktionen.

Das **sechste Unterankreuzfeld** ermöglicht, nähere Vorgaben dazu zu treffen, ob und wie der Auftragnehmer Nutzungsrechtsinformationen, Lizenzschlüssel bzw. Datenträger archiviert. Denkbar ist hier auch die Übernahme eines bereits beim Auftraggeber vorhandenen Archivs, verbunden mit der Verpflichtung, dieses nicht nur fortzuführen, sondern auch zu optimieren.

Im **siebten Unterankreuzfeld** können z.B. nähere Vorgaben zur Gestaltung des gemäß Ziffer 2.7.1 letzter Absatz nach Abschluss der Bestandsaufnahme zu liefernden Berichts gemacht werden, um z.B. formale Anforderungen des Auftraggebers abzubilden. Denkbar ist auch, den Bericht um eine Präsentation zu ergänzen oder diese gänzlich als Präsentation auszugestalten.

### 10.8.1.2 Bestandsverwaltung

Die Bestandsverwaltung setzt in der Regel unmittelbar auf die Bestandserfassung gemäß Nummer 10.8.1.1 auf. Der Beginn der Bestandsverwaltung kann über die **ersten beiden Unterankreuzfelder** geregelt werden. Eine Lücke zwischen dem Abschluss der Bestandserfassung bzw. dem Ende des Lizenzmanagements durch den Auftraggeber und dem Beginn der Bestandsverwaltung sollte jedoch möglichst vermieden werden, da anderenfalls die Lizenzinformationen möglicherweise bereits wieder veraltet sind.

In den **drei weiteren Unterankreuzfeldern** kann geregelt werden, wie der Auftragnehmer an die Informationen über Änderungen des Lizenzbestandes bzw. des Nutzungsumfangs gelangt. In der Regel wird dies in der Anlage zum **fünften Unterankreuzpunkt** näher zu beschreiben sein. Soll der Auftragnehmer für die Richtigkeit des Lizenzmanagements verantwortlich bleiben, ist es sinnvoll, ihn zu verpflichten, die erforderlichen Informationen zumindest **auch selbst** zu ermitteln. Umfangreiche Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers sind jedoch auch hier erforderlich.

Gemäß Ziffer 2.7.2 der AGB ist die Bestandserfassung im Rahmen der Bestandsverwaltung jährlich zu wiederholen. Mit dem **letzten Unterankreuzfeld** kann ein abweichender Zyklus vorgegeben werden.

## **10.8.2 Vergütung**

### **10.8.2.1 Bestandserfassung gemäß Ziffer 2.7.1 EVB-IT Service-AGB**

Durch das **erste Ankreuzfeld** kann die Bestandserfassung, obwohl sie eine einmalige Leistung ist, mit der monatlichen Servicepauschale abgegolten werden. Hat der Servicevertrag keine feste Laufzeit, wird der Auftragnehmer den für die Bestandserfassung kalkulierten Aufwand auf die monatliche Servicepauschale entsprechend der von ihm prognostizierten Laufzeit umlegen, bei einer vereinbarten Mindestvertragslaufzeit, wird das im Zweifel diese sein. Läuft der Servicevertrag länger, zahlt der Auftraggeber diese Umlage weiterhin mit. Daher erscheint eine Einbeziehung in die Servicepauschale nur für den Fall sinnvoll, dass eine feste Laufzeit vereinbart ist. Anderenfalls ist in der Regel das **zweite Ankreuzfeld** zu verwenden, welches die Vereinbarung eines Pauschalpreises ermöglicht. Sofern der Aufwand für die Bestandsaufnahme nicht abschätzbar erscheint, kann von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, eine Vergütung nach Aufwand zu vereinbaren. Zur Problematik der Vereinbarung von Obergrenzen in diesem Zusammenhang siehe die Ausführungen zu Nummer 10.3.2.

### **10.8.2.2 Bestandsverwaltung gemäß Ziffer 2.7.2 EVB-IT Service-AGB**

Soll die Leistung mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das **Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, wie hoch der Anteil an der Servicepauschale ist.

Sollen diese Leistungen nach Aufwand vergütet werden, ist das **zweite Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze pro Zeiteinheit vereinbart werden. Siehe zur Problematik der vereinbarten Obergrenzen u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2.

### **10.8.2.3 Sonstige Leistungen im Rahmen des Lizenzmanagements gemäß Ziffer 2.7.3 EVB-IT Service-AGB**

In Ziffer 2.7.3 der AGB ist geregelt, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf dessen Wunsch im Rahmen des Lizenzmanagements auch weitergehend zu beraten und zu unterstützen hat. Da diese Leistungen im Vorhinein nicht feststehen, ist hier nur eine Vergütung nach Aufwand vorgesehen. Das **Ankreuzfeld** ist zu verwenden, wenn für die zu erwartenden Leistungen bestimmte Personalkategorien vereinbart werden sollen. Anderenfalls ergibt sich die Vergütungsregelung aus Ziffer 2.7.3 der AGB selbst. Dort ist geregelt, dass die Vergütungssätze aus Nummer 13 des Vertrages gelten. Sind dort für die jeweilige Personalkategorie keine Vergütungssätze vereinbart, ist eine marktübliche Vergütung geschuldet.

## **10.9 Abwicklung von Ansprüchen des Auftraggebers gegen Dritte**

### **10.9.1 Art und Umfang der Leistung, Ort und Zeiten der Leistung**

Soweit das zu betreuende IT-System nicht vom Auftragnehmer stammt, bestehen ggf. für manche Systemkomponenten noch Gewährleistungs-, Garantieansprüche oder sonstige Ansprüche des Auftraggeber gegen Dritte (Hersteller oder andere Auftragnehmer z.B. Verkäufer). Da der Auftragnehmer die Betreuung des Systems übernommen hat, ist es in diesem Fall sinnvoll, ihm auch die organisatorische Abwicklung solcher

Ansprüche zu übertragen. Diese Vertragsbeziehungen zu den Dritten sind in den Tabellen in dieser Nummer aufzuführen. Der Auftragnehmer kann dann den auf ihn ggf. zukommenden Abwicklungsauftrag einschätzen.

Die Aufführung von bestehenden Ansprüchen gegenüber Dritten und die Übertragung deren Geltendmachung an den Auftragnehmer hat aber auch den Vorteil, dass dieser dies vergütungsmindernd berücksichtigen kann bzw. zu berücksichtigen hat. Im Preisblatt kann der Auftragnehmer aufgefordert werden darzustellen, welche Vergütungsreduktionen er wegen dieser Ansprüche vornimmt.

In Spalte 4 der Tabellen kann eingetragen werden, welche Ansprüche des Auftraggebers aus den genannten Vertragsbeziehungen mit Dritten nicht vom Auftragnehmer abgewickelt werden sollen. Es kann sich hierbei z.B. um Ansprüche handeln, über deren Existenz bereits gerichtliche oder außergerichtliche Streitigkeiten bestehen, oder um Ansprüche für Geräte oder Software, die zwar in die Verträge einbezogen sind, aber nicht Gegenstand des IT-Systems sind.

Mit dem **dritten Unterankreuzfeld** kann der Auftragnehmer verpflichtet werden, auch die rechtzeitige Benachrichtigung des Auftraggebers über vertragsrelevante Fristen und Termine z.B. zur Kündigung, Verlängerung oder Änderung dieser Verträge übernehmen. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer eine Art von Vertragsmanagement für den Auftraggeber unterhalten muss.

Mit dem **zweiten Hauptankreuzfeld** kann der Auftraggeber weitere Vereinbarungen treffen. Er kann zum Beispiel vereinbaren, in welchem Umfang und für welche Verträge er den Auftragnehmer berechtigt, Verträge zu ändern, zu beenden, neu zu begründen oder ohne Zustimmung des Auftraggebers über dessen Ansprüche zu verfügen.

### **10.9.2 Vergütung**

Soll die Leistung mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das **Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, wie hoch der Anteil an der Servicepauschale ist.

Sollen diese Leistungen nach Aufwand vergütet werden, ist das **zweite Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze pro Zeiteinheit vereinbart werden. Siehe zur Problematik der vereinbarten Obergrenzen u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2.

## **10.10 Datensicherungsservices**

### **10.10.1 Art und Umfang der Leistung**

Die ordnungsgemäße Datensicherung ist eine Obliegenheit des Auftraggebers. Gemäß Ziffer 2.9 der AGB kann aber auch der Auftragnehmer zur ordnungsgemäßen Datensicherung verpflichtet werden. Die AGB regeln diese Leistung recht umfangreich, jedoch abstrakt. Mit dem Vertrag sollte der Auftraggeber daher im Wesentlichen Konkretisierungen vornehmen z.B. zum Standort des Datensicherungssystems, zum Ort der Aufbewahrung der Datenträger und zum Umfang der Protokollierungen der Datensicherungsmaßnahmen. Weiterhin muss der Auftraggeber vorgeben, welche Daten/Programme bzw. Installationen mit welchem Datensicherungskonzept<sup>1</sup> gesichert werden sollen und mit welchen Tools die Datensicherung durchgeführt wird.

---

<sup>1</sup> Zum Datensicherungskonzept siehe

[https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/Inhalt/\\_content/baust/b01/b01004.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/Inhalt/_content/baust/b01/b01004.html)

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Soweit vereinbart, übernimmt der Auftragnehmer nach Maßgabe des vereinbarten Datensicherungskonzeptes zum Schutz vor Datenverlusten die laufende ordnungsgemäße Datensicherung. Im Rahmen der Datensicherung ist der Auftragnehmer insbesondere verpflichtet, die Datensicherung durch Datenrücksicherung regelmäßig zu überprüfen, Sicherungsprotokolle auszuwerten, Datenträger regelmäßig präventiv auszutauschen sowie die Datenträger an den vereinbarten Ort zu verbringen und dort aufzubewahren.

Alle Datensicherungsmaßnahmen sind detailliert zu protokollieren. Die Protokolle sind dem Auftraggeber jederzeit auf Anforderung, unabhängig davon aber mindestens einmal jährlich in elektronischer Form zu übermitteln.

### 10.10.2 Vergütung

Soll die Leistung mit der in Nummer 5.1 vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein, ist das **erste Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Über das **Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, wie hoch der Anteil an der Servicepauschale ist.

Sollen diese Leistungen nach Aufwand vergütet werden, ist das **zweite Hauptankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze pro Zeiteinheit vereinbart werden. Siehe zur Problematik der vereinbarten Obergrenzen u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2.

## 10.11 Besondere Serviceleistungen in Bezug auf Systemkomponenten\*

In den AGB ist die Möglichkeit geregelt, im Vertrag bestimmte Serviceleistungen vorzudefinieren, deren Erbringung der Auftragnehmer dann auf Anforderung des Auftraggebers zu den ebenfalls bereits im Vertrag vereinbarten Preisen (idealerweise zu Fallpauschalen oder in der Servicepauschale enthalten aber ggf. auch Aufwandsvergütungen) schuldet. Soweit solche Leistungen nach Aufwand angeboten werden sollen, ist nur eine begrenzte Konkretisierung der Leistung im Vertrag oder eine Anlage dazu erforderlich, damit der Auftragnehmer beurteilen kann, ob er diese fachlich und kapazitätsmäßig überhaupt erbringen kann. Soll der Auftragnehmer hingegen solche Leistungen zu Fallpauschalen oder im Rahmen der Servicepauschale erbringen, ist eine umfassendere und detailliertere Beschreibung der im Bedarfsfall zu erbringenden Leistung erforderlich. Nur dann ist der Auftragnehmer zu einer ordnungsgemäßen Kalkulation in der Lage. Soweit die Vergütung zu Fallpauschalen erfolgt, kann die Konkretisierung in der Tabelle in Nummer 10.11.4.3, dort Spalte 3 erfolgen, wobei dies in der Regel durch Verweis auf eine Anlage erfolgen wird. Wenn geplant ist, dass die Leistung mit der Servicepauschale abgegolten sein soll, ist über die Beschreibung der Leistung hinaus auch zu regeln, wie oft diese ggf. in Anspruch genommen wird. In der Regel wird zumindest eine Maximalzahl an möglichen Abrufen vereinbart werden müssen. Der konkrete Abruf dieser Leistungen erfolgt idealerweise mit dem Formular gemäß Muster 4 des EVB-IT Servicevertrages („Abruf von besonderen Serviceleistungen“).

Welche besonderen Serviceleistungen vorab vereinbart werden können, ergibt sich aus Ziffer 2.10.1 bis 2.10.3 der AGB, konkretisiert durch die Nummern 10.11.1 bis 10.11.3 des Vertrages.

### 10.11.1 Ab- und Wiederaufbau von Systemkomponenten\* bei deren Verlagerung

Der grundsätzliche Leistungsumfang zum Ab- und Wiederaufbau von Systemkomponenten ist in den AGB bereits beschrieben. So gehören dazu der Abbau, die Verpackung, der sichere Transport innerhalb der Liegenschaft, das Auspacken, der Wiederaufbau und die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft. Ein Transport zwischen verschiedenen Liegenschaften gehört gemäß den AGB nicht zu den Standardleistungen und bedarf der gesonderten Vereinbarung. Dies kann z.B. geschehen über das **zweite Hauptankreuzfeld**.



Das **erste Hauptankreuzfeld** regelt die grundsätzliche Verpflichtung des Auftragnehmers, die Leistungen zu erbringen, während die beiden Unterankreuzfelder es ermöglichen, die Leistungen auf bestimmte Liegenschaften (**erstes Unterankreuzfeld**) und/oder auf bestimmte Systemkomponenten (**zweites Unterankreuzfeld**) zu begrenzen. Das kann z.B. sinnvoll sein, wenn ein IT-System über mehrere Liegenschaften verteilt ist und dadurch An- und Abreisekosten berücksichtigt werden müssten, was die Pauschale unnötig verteuert, wenn die Leistung vorwiegend für eine nahe am Sitz des Auftragnehmers befindliche Liegenschaft abgerufen wird. Gleiches gilt, wenn unter den Systemkomponenten sich solche befinden, deren Ab- und Wiederaufbau besonders aufwändig ist. Auch hier wird durch die Begrenzung auf bestimmte Systemkomponenten eine schärfere Kalkulation ermöglicht.

#### **10.11.2 Modifikation von Systemkomponenten\***

Das **erste Hauptankreuzfeld** regelt die grundsätzliche Verpflichtung des Auftragnehmers, die in einer Anlage näher beschriebenen Modifikationsleistungen zu erbringen. Soweit dort nicht anders geregelt, gelten ergänzend die Regelungen aus Ziffer 2.10.2 der AGB, wonach die Modifikation auch alle Maßnahmen umfasst, die zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft erforderlich sind.

Die **beiden Unterankreuzfelder** ermöglichen es, die Leistungen auf bestimmte Systemkomponenten (**erstes Unterankreuzfeld**) und/oder den Umfang der Arbeiten zur Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft zu beschränken (**zweites Unterankreuzfeld**). Während die Beschränkung auf bestimmte Systemkomponenten häufig sinnvoll ist, ist eine Beschränkung der Verpflichtung zur Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft problematisch, weil sie möglicherweise die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers für die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft des IT-Systems infrage stellt.

#### **10.11.3 Einrichten von neuen oder ausgewechselten Systemkomponenten\***

Mit dem **ersten Hauptankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer vom Auftraggeber gestellte neue oder ausgewechselte Systemkomponenten einzurichten hat. Der konkrete Umfang der Einrichtungsleistungen ist weder in den AGB geregelt, noch muss die Leistung bereits in einer Anlage zum Vertrag vorbeschrieben sein, sondern kann jeweils im Bedarfsfall vom Auftraggeber konkretisiert werden, soweit dies dem Auftragnehmer zumutbar ist. Die Vergütung wird in diesem Fall in der Regel weder über eine Fallpauschale noch im Rahmen der Servicepauschale erfolgen können. Wenn dies beabsichtigt ist, muss das **zweite Hauptankreuzfeld** verwendet werden, um in einer Anlage die Leistung vorab zu konkretisieren.

Mit Hilfe dieser Regelungen kann das IT-System auch erweitert werden. Dadurch kann sich ein Anspruch des Auftragnehmers auf entsprechende Anpassung der Servicepauschale für die laufenden Leistungen ergeben (siehe dazu Ziffer 2.10 der AGB, letzter Satz). Eine Reduzierung des IT-Systems um einzelne Systemkomponenten ist so jedoch nicht vereinbar. Sollen Systemkomponenten dauerhaft außer Betrieb genommen werden, kann der Auftraggeber bei einem unbefristeten Servicevertrag gemäß Ziffer 21.1 mit einer Frist von sechs Monaten zum Ablauf eines Kalendermonats eine Teilkündigung bezüglich dieser Systemkomponenten aussprechen, wenn in Nummer 4.2 keine andere Kündigungsfrist vereinbart ist – dies jedoch nicht während einer vereinbarten Mindestlaufzeit. Bei fester Laufzeit des Servicevertrages ist eine vorzeitige ordentliche Kündigung nur gemäß Ziffer 21.2 der AGB möglich. In diesem Fall ist für etwa die Hälfte der Restlaufzeit der auf diese Komponenten entfallende Anteil an der Servicepauschale weiterzuzahlen. Soll dies vermieden werden, ist im Vertrag eine individuelle Sonderregelung vorzusehen (siehe dazu auch Abschnitt IV.21.2 dieser Hinweise), was sich möglicherweise auf den angebotenen Preis niederschlagen könnte.

#### 10.11.4 Vergütung

##### 10.11.4.1 Vergütung im Rahmen der Servicepauschale (nur möglich für Ab- und Wiederaufbau von Systemkomponenten\* und bestimmte Modifikationen)

Sind die Leistungen des Auftragnehmers bezüglich der Leistungen zum Ab- und Wiederaufbau und zu bestimmten Modifikationen so beschrieben, dass der Auftragnehmer eine pauschale Vergütung kalkulieren kann, ermöglichen **beide Hauptankreuzfelder** die Einbeziehung der jeweiligen Leistungen in die Servicepauschale.

Die **Unterankreuzfelder** sehen jeweils die Möglichkeit vor, den entsprechenden Anteil an der Servicepauschale auszuweisen.

##### **Hinweis:**

Zur Kalkulation reicht es nicht aus, die Leistungen an sich konkret zu beschreiben. Erforderlich ist vielmehr auch, die zu erwartende Häufigkeit des jeweiligen Abrufes festzulegen.

##### 10.11.4.2 Vergütung nach Aufwand

In den **drei Hauptankreuzfeldern** kann für jede der besonderen Serviceleistungen eine Vergütung nach Aufwand vereinbart werden. Dabei können jeweils passende Personalkategorien festgelegt werden, z.B. dass die Modifikation von Systemkomponenten von Systemadministratoren durchgeführt werden soll.

##### 10.11.4.3 Vergütung nach Fallpauschalen

Neu in der EVB-IT-Welt ist die Möglichkeit, Fallpauschalen für bestimmte Leistungen zu vereinbaren. Über das **erste Hauptankreuzfeld** kann eine entsprechende Tabelle einbezogen werden. Dort ist detailliert festzulegen, für welche Systemkomponente(n) bzw. welchen Teil von Systemkomponenten (zusammen als „Einheit“ beschrieben), welche Leistung, an welchem Ort zu welcher Fallpauschale erbracht werden muss.

Über das **zweite Hauptankreuzfeld** kann eine Anlage einbezogen werden, die anderweitige Festlegungen über Fallpauschalen vorsieht.

#### 10.12 Schulung

##### 10.12.1 Art und Umfang der Schulungen

Sofern bereits mit dem Zuschlag feststeht, dass bestimmte Schulungen durchgeführt werden sollen, können diese über das **erste Hauptankreuzfeld** und die dazugehörige Tabelle vereinbart werden. Das **zweite Hauptankreuzfeld** hingegen ermöglicht, den Auftragnehmer zu Schulungen im Bedarfsfall zu verpflichten.

##### **Hinweis zu Spalte 6 der Tabelle zum ersten Hauptankreuzfeld (Ort der Schulung):**

Die AGB regeln in Ziffer 2.11.1 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.

### **10.12.2 Schulungsunterlagen**

Grundsätzlich werden gemäß Ziffer 2.11.2 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 5.2.2 der AGB ein. Von diesen Regelungen kann in einer Anlage abgewichen werden, die über das **Ankreuzfeld** einzubeziehen ist.

### **10.13 Sonstige Serviceleistungen**

Sonstige Serviceleistungen 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 aufgrund der anderen Serviceleistungen ohnehin geschuldeten Leistungen sorgfältig abzugrenzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Service aufgrund einer Pauschale vergütet wird, die sonstigen Serviceleistungen jedoch nach Aufwand.

Sollen die sonstigen Serviceleistungen mit der vereinbarten Servicepauschale abgegolten sein, ist das **erste Unterankreuzfeld** auszuwählen. Über das dazugehörige **Unterankreuzfeld** kann festgelegt werden, wie hoch der Anteil an der Servicepauschale ist.

Sollen die sonstigen Serviceleistungen nach Aufwand vergütet werden, ist das **zweite Unterankreuzfeld** auszuwählen. Für die Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze pro Zeiteinheit vereinbart werden. Siehe zur Problematik der vereinbarten Obergrenzen u.a. die Ausführungen zu Nummer 10.3.2.

## **11. Nutzungsrechte**

Die AGB sehen in ihrer Ziffer 5 u.a. Rechtere Regelungen für die zu erbringenden Leistungen ein – hierfür räumt der **Auftragnehmer** dem **Auftraggeber** Rechte ein. Damit der Auftragnehmer aber bereits beim Auftraggeber vorhandene Software im Rahmen seiner Tätigkeit bearbeiten kann, z.B. zum Zwecke der Fehlerbeseitigung, ist es erforderlich, dass der **Auftraggeber** dem **Auftragnehmer** die hierfür notwendigen Rechte einräumt.

### **11.1 Rechteeinräumung durch den Auftraggeber (siehe Ziffer 5.1 EVB-IT Service-AGB)**

#### **11.1.1 Beschreibung der bestehenden Nutzungsrechte des Auftraggebers**

In Ziffer 5.1 der AGB ist geregelt, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer Bearbeitungsrechte für das IT-System oder Teile davon oder die Dokumentation des IT-Systems einräumt, soweit diese für die vereinbarten Serviceleistungen erforderlich sind und der Auftraggeber über solche Rechte verfügt. Diese Rechte sind auf die konkrete Bearbeitung zum Zwecke der Vertragserfüllung begrenzt und entsprechend auf die Dauer der Leistungserbringung beschränkt. Dies ist relativ abstrakt und birgt für beide Seiten ein gewisses Risiko, dass die Rechte für den Auftragnehmer nicht ausreichend sind.

In Nummer 11.1.1 kann daher eine konkretere Rechtere Regelung getroffen werden. Über das **erste Ankreuzfeld** ist es möglich, auf die Systembeschreibung aus Nummer 3.1 des Vertrages Bezug zu nehmen. Zu diesen Anlagen gehört in diesem Fall auch eine Beschreibung der beim Auftraggeber vorhandenen Rechte an den Systemkomponenten. Ist das zu betreuende System auf der Grundlage eines „Projektvertrages“ des

Auftraggebers mit dem Auftragnehmer entstandenen, kann über das **zweite Ankreuzfeld** auf die dortige Rechterege lung Bezug genommen werden.

**11.1.2 Vereinbarungen zur Übergabe von Quellcodes\* und/oder Werkzeugen\* durch den Auftraggeber**  
Gemäß Ziffer 5.1.1 umfasst die Rechte einräumung auch die beim Auftraggeber vorhandenen Quellcodes. Dessen Übergabe kann über das **erste Ankreuzfeld** geregelt werden. Sofern der Quellcode nicht beim Auftraggeber vorhanden ist, dieser aber einen entsprechenden Zugriff, z.B. auf ein Code-Repository-System hat, besteht über das **dritte Ankreuzfeld** die Möglichkeit, entsprechende Zugangsdaten oder Zugriffsrechte für den Auftragnehmer zu definieren.

Ziffer 5.1.2 sieht vor, dass der Auftraggeber auch an bei ihm vorhandenen Werkzeugen (z.B. einem Compiler), die für die Bearbeitung der Software notwendig sind, die erforderliche Rechte einräumt. Die Art und Umfang der Übergabe solcher Werkzeuge an den Auftragnehmer kann über das **zweite Ankreuzfeld** geregelt werden.

## **11.2 Rechte einräumung durch den Auftragnehmer (siehe Ziffer 5.2 EVB-IT Service-AGB)**

Während der Erbringung von Serviceleistungen kann es erforderlich sein, dass der Auftragnehmer, z.B. im Rahmen der Störungsbeseitigung Anpassungen an bestehender Software auf Quellcodeebene vornimmt. Ebenso kann es im Rahmen von Serviceleistungen zur Erstellung von neuen Programmteilen oder, seltener, auch gänzlich neuer Individualsoftware kommen. Die AGB treffen eine Reihe von Regelungen, die dem Auftraggeber umfangreiche Rechte an diesen Leistungen einräumen – die Regelungen entsprechen weitgehend den Rechterege lungen für Individualsoftware aus den EVB-IT System-AGB und den EVB-IT Erstellungs-AGB.

In der hiesigen Nummer können Abweichungen von diesen AGB-Regelungen vorgenommen werden. So kann über das **erste Hauptankreuzfeld** vereinbart werden, dass der Auftraggeber ausschließliche Nutzungsrechte erhält. Die AGB gewähren hingegen lediglich nicht ausschließliche Rechte.

### **Achtung:**

Die Einräumung ausschließlicher Rechte kann im Einzelfall sinnvoll sein, jedoch führt der damit verbundene Ausschluss der eigenen Verwertungsmöglichkeit für den Auftragnehmer u.U. zu einem höheren Preis und ggf. auch dazu, dass ein Bieter von der Angebotsabgabe absieht. Außerdem kann der Auftragnehmer in diesem Fall nicht auf eigene Vorarbeiten zurückgreifen, sondern muss auch solche Teile neu entwickeln, weil er daran sonst keine ausschließlichen Rechte einräumen kann.

Aufgrund der AGB werden dem Auftraggeber auch keine Rechte zur gewerblichen Verwertung der Leistungen eingeräumt. Sind solche Rechte erforderlich, z.B. weil der Auftraggeber selbst Dienstleister für Behörden und ggf. auch private Dritte ist und seinen Kunden die Serviceleistungen ganz oder teilweise zur Verfügung stellen will, muss von dem **zweiten Hauptankreuzfeld** Gebrauch gemacht werden.

Mit dem **dritten Hauptankreuzfeld** können gänzlich abweichende Nutzungsrechtsregelungen vereinbart werden.

Über das **vierte Hauptankreuzfeld** kann geregelt werden, dass eine von Ziffer 5.2.2.1 abweichende Rechterege lung für bestimmte Individualsoftware (**erstes Unterankreuzfeld**) sowie bestimmte Anpassungen (**zweites Unterankreuzfeld**) in einer Anlage getroffen wird.

### **11.2.1 Nutzungsrechte an vorbestehenden Teilen\***

Vorbestehende Teile sind laut Definition am Ende der AGB alle Bestandteile der Individualsoftware und der auf der Quellcodeebene vorgenommenen Anpassungen an Standardsoftware, die der Auftragnehmer oder ein Dritter

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

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 5.2.2.2 der AGB erwirbt der Auftraggeber an diesen vorbestehenden Teilen die Rechte wie an der Individualsoftware mit Ausnahme von ggf. hieran vereinbarten ausschließlichen Nutzungsrechten. Zudem kann der Auftragnehmer bezüglich vorbestehender Teile weitere Sonderrechte beanspruchen, wie z.B. Lizenzgebühren bei Weitergabe – jedenfalls dann, wenn der Auftragnehmer vor der Verwendung der vorbestehenden Teile die dafür zu zahlende Vergütung beziffert und der Auftraggeber damit einverstanden war. Auch Bearbeitungsrechte an solchen Teilen können ausgeschlossen werden, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber vor der Verwendung der vorbestehenden Teile mitteilt, dass er nur deren Objektcode und nicht den Quellcode überlassen werde.

Aufgrund dieser Einschränkungen hat der Auftraggeber unter Umständen erhebliches Interesse daran, den Einsatz von vorbestehenden Teilen detaillierter zu steuern, als dies in den AGB vorgesehen ist. Er kann dazu im **ersten Hauptankreuzfeld** vorsehen, dass der Einsatz von vorbestehenden Teilen seiner Zustimmung bedarf. Hat der Auftraggeber dieses Kreuz gesetzt, kann er seine Zustimmung von nahezu beliebigen Bedingungen abhängig machen, z.B. auch davon, dass der Auftragnehmer an den vorbestehenden Teilen uneingeschränkt dieselben Rechte einräumt, wie an der Individualsoftware. Auch kann er sich so vor dem Einsatz von Open Source Software vergewissern, dass diese keinen viralen Effekt, den sogenannten „Copyleft“ auslöst, der u.U. dazu führt, dass auch mit dem vorbestehenden Teil verbundene Software den jeweiligen Open Source Regeln unterstellt werden muss. Über das **zweite Hauptankreuzfeld** kann ebenfalls ein Zustimmungsvorbehalt vereinbart werden, dieser ist jedoch auf die Fälle beschränkt, in denen der Auftragnehmer vorbestehende Teile nur im Objektcode zur Verfügung stellt und damit gemäß Ziffer 5.2.2.2 das Bearbeitungsrecht daran ausschließt.

Mit dem **dritten Hauptankreuzfeld** kann der Auftraggeber festlegen, dass er auch zur gewerblichen Verwertung der vorbestehenden Teile in Verbindung mit der Individualsoftware berechtigt ist. Dies ist z.B. wichtig für kommunale Dienstleister (s.o.) und in allen anderen Fällen, in denen eine gewerbliche Verwertung der Individualsoftware geplant ist, weil diese ohne die vorbestehenden Teile kaum weitergebar ist.

Im **vierten** und **fünften Hauptankreuzfeld** können Regelungen zur Vergütung des Rechtes zur Verbreitung und Unterlizenzierung der vorbestehenden Teile getroffen werden.

### 11.2.2 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 5.2.2.3). In dieser Nummer des Vertrages kann sich der Auftraggeber abweichend von den AGB weitergehende Nutzungsrechte an diesen Werkzeugen einräumen lassen.

**Achtung:** Preisbildender Faktor

## 12. Dokumentation

Gemäß Ziffer 10 der AGB treffen den Auftragnehmer eine Reihe von Dokumentationspflichten. In dieser Nummer 12 können abweichende, z.B. einschränkende oder auch erweiternde Regelungen getroffen werden.

### **13. Ergänzende Vereinbarungen bei Vergütung nach Aufwand**

#### **13.1 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. In den Spalten 3-8 können jeweils unterschiedliche Vergütungssätze für die verschiedenen Zeiten der Leistungserbringung vereinbart werden, die in den Tabellen aus Nummern 13.2.1 bis 13.2.3 vereinbart werden.

#### **13.2 Zeiten der Leistungserbringung bei Vergütung nach Aufwand**

In Nummer 13.2.1 bis 13.2.3 können unterschiedliche Zeiten der Leistungserbringung vereinbart werden. Zum Beispiel können in der Tabelle zu 13.2.1 Zeiten an Werktagen von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr vereinbart werden und in der Tabelle zu Nummer 13.2.2 Zeiten an Werktagen von 17:00 Uhr bis 21:00 Uhr. In der Tabelle zu Nummer 13.2.3 kann schließlich vereinbart werden, dass auch Leistungen samstags, sonntags und an Feiertagen geschuldet sind. Die in Nummer 13.2 vereinbarten Leistungszeiten können durch unterschiedliche Vergütungssätze je Preiskategorie in Nummer 13.1 berücksichtigt werden.

#### **13.3 Abweichende Regelungen für die Bestimmung und Vergütung von Personentagesätzen**

Gemäß Ziffer 13.4 der AGB umfasst ein Personentag grundsätzlich acht Arbeitsstunden. Soweit nichts anderes vereinbart ist, werden gemäß Ziffer 13.4 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.

#### **13.4 Reisekosten/Nebenkosten\*/Reisezeiten**

##### **Reisekosten**

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 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**

Nebenkosten sind gemäß Definition in den AGB Aufwendungen des Auftragnehmers, die zur Leistungserbringung notwendig, aber weder Reisekosten noch Kosten für Ersatzgegenstände (siehe hierzu Nummer 9) 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 nur mit entsprechender Konkretisierung vereinbart werden, d.h. nur mit einer über die Definition hinausgehende Klarstellung, welche Kosten jeweils als Nebenkosten gelten sollen.

#### **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.

### **13.5 Besondere Bestimmungen zur Vergütung nach Aufwand**

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

### **14. 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, seinerseits die Leistungen nicht zu erbringen. 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.15 dieser Hinweise).

## 15. Abnahme von Serviceleistungen

### 15.1 Gegenstand der Abnahme

Gemäß Ziffer 16.1 der AGB hat der Auftragnehmer nach Durchführung von Serviceleistungen stets erneut die Betriebsbereitschaft des IT-Systems zu erklären. Abgenommen werden aber müssen in der Regel nur Serviceleistungen des Auftragnehmers, die zu nicht unwesentlichen Eingriffen in das IT-System führen. Bei unwesentlichen Eingriffen ist statt einer Abnahme die Erklärung der Betriebsbereitschaft ausreichend. In dieser Nummer kann aber von diesem Grundsatz abgewichen werden. Es kann im **ersten Ankreuzfeld** vereinbart werden, dass alle Serviceleistungen die zur Änderung des IT-Systems führen, der Abnahme unterliegen, es sei denn, es handelt sich ausnahmsweise um eine Dienstleistung. Eine solche Dienstleistung, die zu einer Änderung des IT-Systems führt, ist jedoch praktisch kaum denkbar, da der EVB-IT Servicevertrag von der Grundannahme ausgeht, dass die Gesamtverantwortung beim Auftragnehmer liegt und somit alle Leistungen in der Regel als Werkleistungen zu beurteilen sind, weil die Erfolgsverantwortung dafür beim Auftragnehmer liegt (siehe auch Ziffer 1.3 der AGB). Mit dem **zweiten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass bestimmte Serviceleistungen der Abnahme unterliegen, während für alle anderen Serviceleistungen die Erklärung der Betriebsbereitschaft ausreichen soll.

### 15.2 Erklärung der Betriebsbereitschaft\* und der Abnahme im Testsystem

In Ziffern 9.2 und 16.1 der AGB ist geregelt, dass die Erklärung der Betriebsbereitschaft bzw. die Abnahme der Serviceleistungen im Produktivsystem erfolgt. Dies gilt auch, wenn ein Testsystem genutzt wird und Tests zuvor dort stattgefunden haben. Abweichend davon kann im **ersten Hauptankreuzfeld** geregelt werden, dass für alle Serviceleistungen (**erstes Unterankreuzfeld**) oder für bestimmte Serviceleistungen (**zweites Unterankreuzfeld**) die Mitteilung über den Erfolg des Tests die Erklärung der Betriebsbereitschaft ersetzt. Von dieser Regelung sollte jedoch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Überführung der Serviceleistungen in das Produktivsystem - z.B. aus Sicherheitsgründen - durch den Auftraggeber erfolgen muss.

Über das **zweite Hauptankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass die Abnahme nicht im Produktivsystem, sondern im Testsystem erfolgt und dann die Serviceleistungen entweder vom Auftraggeber oder vom Auftragnehmer nach der Abnahme in das Produktivsystem überführt werden. Auch diese Regelung schmälert die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers für das IT-System. Daher sollte von dieser Regelung auch nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Überführung der Serviceleistungen in das Produktivsystem - z.B. aus Sicherheitsgründen - durch den Auftraggeber erfolgen muss.

### 15.3 Testdaten

Diese Nummer dient der Vereinbarung der Stellung von Testdaten, wenn kein Testsystem vereinbart ist. Ist ein Testsystem vereinbart, ergeben sich die Regelungen zu Testdaten aus Ziffer 9.3 der AGB und ggf. Nummer 8 des Vertrages.

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 IT-System wie vereinbart funktioniert. Testdaten sollten so ausgewählt bzw. gestaltet werden, dass die damit durchzuführenden Tests das Leistungsspektrum des IT-Systems 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 festzulegen. Dabei ist jedoch vertraglich und/oder praktisch sicherzustellen, dass ein Auftragnehmer nicht der Versuchung erliegt, die Testdaten so zu gestalten, dass nur die unproblematischen/trivialen Funktionalitäten des IT-Systems erfasst werden.

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

#### **15.4 Dauer der Funktionsprüfung**

In Ziffer 16.1 der AGB ist keine konkrete Frist für die Funktionsprüfung festgelegt; dieselbe muss vielmehr in angemessener Frist durchgeführt werden – die Angemessenheit ist u.a. vom Umfang der Arbeiten und der Komplexität der Funktionsprüfung selbst abhängig. In dieser Nummer kann stattdessen eine feste Frist vereinbart werden. Im laufenden Betrieb kann eine solche feste Frist allerdings auch hinderlich – weil zu kurz oder zu lang – sein, weshalb sorgfältig zu erwägen ist, ob es dieser Konkretisierung bedarf.

#### **15.5 Weitere Regelungen**

Hier können weitere Abnahmemodalitäten geregelt werden, z.B. deren konkreter Ablauf, deren Protokollierung oder die Teilnahme bestimmter Personen.

#### **16. Mängelhaftung (Gewährleistung)**

Da die Serviceleistungen in der Regel Werkleistungen sind (siehe Ziffer 1.3 der AGB) hat der Auftraggeber nach deren Abnahme Mängelansprüche, die in Ziffer 17 der AGB geregelt sind. Die Verjährungsfrist beträgt danach grundsätzlich zwei Jahre; bei Rechtsmängelansprüchen bezüglich der Individualsoftware 36 Monate.

Das **erste Ankreuzfeld** ist zu wählen, wenn andere als in Ziffer 17.1 der AGB vorgegebene Verjährungsfristen 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. Im **dritten Ankreuzfeld** kann die für Individualsoftware vereinbarte Verjährungsfrist auf andere Systemkomponenten erstreckt werden, für die eigentlich die normale zweijährige Verjährungsfrist gilt.

#### **Achtung:**

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

Gemäß Ziffer 17.2 erstreckt sich die Rechtsmängelhaftung nicht auf bestimmte Ansprüche wegen Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen im Sinne der deutschen Rechtsordnung, 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 fünften Ankreuzfeldes** diese Haftungsbegrenzung aufzuheben und somit die Haftung des Auftragnehmers wieder auf den Nicht-EU- und Nicht-EFTA-Bereich zu erstrecken.

## **17. Haftungsregelungen**

Der Auftragnehmer hat ein wirtschaftliches Bedürfnis, seine Haftung möglichst weitgehend zu begrenzen. Die aus seinen Serviceleistungen 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. Auch für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) können Haftungsrisiken ein Problem darstellen, wenn sie existenzgefährdend sind. 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 20 der AGB im Vertrag verändert werden.

### **17.1 Haftungsobergrenze bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung**

Die AGB begrenzen in Ziffer 20.1 die Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen auf den Auftragswert, das heißt auf die Summe der für die Vertragslaufzeit zu zahlende Vergütungen, 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.

Mit dem **ersten Hauptankreuzfeld** kann dieser variable Haftungsdeckel modifiziert werden.

Mit dem **zweiten Hauptankreuzfeld** können feste Euro-Beträge als Haftungsdeckel pro Schadensfall (**erstes Unterankreuzfeld**) und/oder für den Vertrag insgesamt (**zweites Unterankreuzfeld**) vereinbart werden. Das empfiehlt sich vor allem dann, wenn die Servicepauschale sehr niedrig ist oder die Erbringung der Serviceleistungen zu wesentlichen Teilen nach Aufwand erfolgt.

### **17.2 Haftung für entgangenen Gewinn**

In Ziffer 20.3 der AGB wird die Haftung des Auftragnehmers für entgangenen Gewinn ausgeschlossen. In dieser Nummer kann diese Haftung wieder vereinbart werden. Davon ist vor allem dann Gebrauch zu machen, wenn durch verzögerte oder mangelhafte Serviceleistungen Schäden in Form von Gewinnminderungen entstehen können. Dies betrifft naturgemäß nur Einrichtungen, die zumindest teilweise auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind.

## **18. Vertragsstrafen**

Hier kann die Regelung zur Vertragsstrafe aus Ziffer 14.2 der AGB modifiziert werden. Einzelheiten zu Vertragsstrafen siehe IV.14.2 dieser Hinweise.

### **18.1 Nichteinhaltung von vereinbarten Reaktionszeiten\***

Ziffer 14.2 der AGB regelt, dass für jeweils angefangene 25% Überschreitung der Reaktionszeit innerhalb der Servicezeiten eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1% der jährlichen Vergütung maximal jedoch 1% der jährlichen Vergütung pro Verzugsfall zu zahlen ist. Diese Regelung gilt einheitlich für alle Serviceleistungen, bei denen Reaktionszeiten vereinbart sind (Störungsbeseitigung, Hotline, Rufbereitschaft, Vor-Ort-Service und ggf. sonstige Serviceleistungen). In der Tabelle können für die verschiedenen Serviceleistungen unterschiedliche Prozentsätze für den Grad der Überschreitung und für die Vertragsstrafe andere Berechnungsmaßstäbe bzw. absolute Beträge vereinbart werden.

#### **Achtung:**

Vertragsstrafen sollten nie ungedeckt vereinbart werden, da dies zu einem für den Auftragnehmer unkalkulierbaren Risiko führt. In der letzten Zeile der Tabelle ist daher ein absoluter Maximalbetrag oder ein maximaler Prozentsatz einzutragen.

### **18.2 Nichteinhaltung von vereinbarten Erledigungszeiten\***

Die Ausführungen zu Nummer 18.1 gelten hier entsprechend.

#### **Achtung:**

Die Vereinbarung von Erledigungszeiten erfordert Augenmaß. Bei der Beseitigung von Hardwarestörungen ist der Auftragnehmer in der Regel in der Lage, Erledigungszeiten 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 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 Standardsoftware zu beseitigen. Der Händler kann daher Erledigungszeiten in der Regel nur zusagen, wenn eine entsprechende Zusage des Herstellers vorliegt. Auch der Hersteller kann kaum seriös Erledigungszeiten 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 Erledigungszeiten zu machen, sollte daher erwogen werden, diese vom Auftragnehmer anbieten zu lassen.

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

## **19. Vertragliche Ansprechpartner (keine Kommentierung)**

## **20. Schlüsselpositionen**

Werden Schlüsselpositionen vereinbart, kann der Auftragnehmer gemäß Ziffer 12.3 der AGB die in diesen Schlüsselpositionen eingesetzten Personen nur mit Einwilligung des Auftraggebers auswechseln. Die Vereinbarung von Schlüsselpositionen ist dann sinnvoll, wenn bestimmtes Personal des Auftragnehmers über

Spezialwissen oder eine bestimmte Eignung verfügt (z.B. mit dem IT-System vertraute Systemspezialisten). 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. Da der Auftragnehmer die Systemverantwortung trägt, sollte er in der Regel auch entscheiden können, wie und mit welchen Mitarbeitern er die Serviceleistungen erbringt. Die Vereinbarung von Schlüsselpositionen sollte sich daher auf 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.

## **21. Weitere Regelungen**

### **21.1 Besondere Anforderungen an Mitarbeiter des Auftragnehmers**

In der Tabelle können bestimmten Positionen bestimmte besondere Anforderungen zugewiesen werden. Z.B. kann geregelt werden, dass Personal des Auftragnehmers, welches vor Ort beim Auftraggeber tätig wird oder Zugang zu geheimhaltungsbedürftigen Informationen hat, eine entsprechende Sicherheitsüberprüfung durchlaufen hat. In Spalte 5 können z.B. auch die im Rahmen der Eignungsprüfung abgegebenen Erklärungen einbezogen werden. Durch die Einbeziehung in den Vertrag wird sichergestellt, dass falsche Erklärungen eine Vertragsverletzung darstellen.

Im **zweiten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer nicht verpflichtet ist, nur Personal einzusetzen, das bereit ist, sich nach dem Verpflichtungsgesetz verpflichten zu lassen. Dies stellt eine Abweichung von Ziffer 12.2 der AGB dar, wonach der Auftragnehmer normalerweise nur Personal einsetzen darf, das auch bereit ist, sich entsprechend verpflichten zu lassen. Hintergrund für diese in den EVB-IT AGB neue Regelung ist der Umstand, dass im Rahmen eines Servicevertrages der Auftragnehmer bzw. dessen Mitarbeiter häufig Zugang zu sensiblen Informationen erhalten. Das Verpflichtungsgesetz ermöglicht es dem Auftraggeber, die Mitarbeiter des Auftragnehmers unmittelbar auf die gewissenhafte Erfüllung Ihrer Pflichten zu verpflichten. Geschieht dies, kann eine Pflichtverletzung des Mitarbeiters neben den zivilrechtlichen auch strafrechtliche Folgen haben.

### **21.2 Allgemeine Sicherheitsanforderungen**

In dieser Nummer kann vereinbart werden, dass der Auftragnehmer besondere Sicherheitsanforderungen zu erfüllen hat. Über das **erste Ankreuzfeld** können hier ergänzende Regelungen zur Wahrung der IT-Sicherheit einbezogen werden. Dies sollte in der Regel erfolgen, weil die Regelungen in den AGB hierzu nur unzureichend die aktuellen Anforderungen (z.B. des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik BSI) abbilden. Über das **letzte Ankreuzfeld** kann beispielsweise auch eine spezielle Regelung zur Vertraulichkeit und/oder IT-Sicherheit einbezogen werden.

### **21.3 Kopier- oder Nutzungssperre\***

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. Mit dem **ersten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass die im Verlaufe des Vertrages ggf. zu liefernden oder zu erstellenden Systemkomponenten keine Kopier- und/oder Nutzungssperren enthalten dürfen.

Mit dem **zweiten Ankreuzfeld** wird Möglichkeit geboten, bestimmte Kopier- und Nutzungssperren zuzulassen. Davon sollte nur Gebrauch gemacht werden, wenn bekannt ist, dass bestimmte Produkte nur mit solchen Sperren angeboten werden. Art und Wirkungsweise solcher Sperren können dann z.B. im Fragenkatalog abgefragt und bewertet werden, der dann Anlage zum Vertrag wird.

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 17 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.

### **21.4 Mitteilungspflicht bezüglich der zur Vertragserfüllung eingesetzten Werkzeuge\***

Bezüglich im Rahmen von Serviceleistungen erstellter Individualsoftware, hat der Auftraggeber gemäß Ziffer 5.2.2 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 11.2.2 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 21.4 eine Mitteilungspflicht des Auftragnehmers über den Einsatz entsprechender Werkzeuge vereinbart werden.

### **21.5 Entsorgung von ausgetauschten Gegenständen (ergänzend zu Ziffer 8 EVB-IT Service)**

In Ziffer 8.4 der AGB ist geregelt, dass der Auftragnehmer ausgetauschte Gegenstände kostenfrei entsorgen wird. Mit dem ersten Ankreuzfeld kann eine Anlage einbezogen werden, in der nähere oder ergänzende Regelungen dazu getroffen werden. In Ziffer 8.5 der AGB ist geregelt, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf enthaltene Datenträger hinweisen und ihm anbieten soll, die Datenträger vor der Entsorgung zu entnehmen und zu übergeben. Wünscht der Auftraggeber dies nicht, hat der Auftragnehmer die Datenträger so zu entsorgen, dass darauf enthaltene Daten weder lesbar noch rekonstruierbar sind. Gerade in Fällen, in denen auf den Datenträgern sensible Informationen gespeichert sind, z.B. personenbezogene oder vertrauliche Daten gespeichert sind, sollten mit den **zweiten Ankreuzfeld** weitergehende Regelungen dazu vereinbart werden, z.B. ein konkretes Lösungsverfahren, eine Nachweispflicht des Auftragnehmers oder ein Kontrollrecht des Auftraggebers.

### **21.6 Regelungen zu Quellcodes\***

#### **21.6.1 Übergabe des Quellcodes\***

Gemäß Ziffer 23.1 der AGB hat der Auftragnehmer grundsätzlich den Quellcode der Individualsoftware zu übergeben, wenn er diese im Zuge der Serviceleistungen bearbeitet oder erstellt hat. 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 abweichend von Ziffer 23.1 der AGB der Quellcode der Individualsoftware nicht erst mit der jeweiligen Fertigstellung, sondern bereits am Ende jedes Bearbeitungs- bzw. 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 z.B. der Auftragnehmer insolvent wird oder es im Vertragsverlauf zu Auseinandersetzungen mit dem Auftragnehmer kommt.

#### **21.6.2 Hinterlegung des Quellcodes\***

In dieser Nummer kann die Hinterlegung des Quellcodes von Standardsoftware und abweichend von Ziffer 23.1 der AGB von Individualsoftware vereinbart werden.

Mit dem **ersten Ankreuzfeld** kann vereinbart werden, dass für die Hinterlegung die Regelungen aus dem Projektvertrag gelten, der in Nummer 3.1 des Vertrages einbezogen wurde.

Mit dem **zweiten Ankreuzfeld** kann eine eigenständige Regelung zu Hinterlegung einbezogen werden.

Sofern eine Hinterlegung vereinbart wird, erfolgt diese entweder aufgrund einer speziellen Hinterlegungsvereinbarung (auch Escrow-Agreement 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.

Die Nutzungsrechte für den Fall der Herausgabe des Quellcodes an den Auftraggeber ergeben sich aus Ziffer 23.2 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.

#### **21.7 Haftpflichtversicherung (keine Kommentierung)**

#### **21.8 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 dieser Nummer kann eine entsprechende Teleservicevereinbarung einbezogen werden. In Abschnitt V 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 V nicht ausreichend. Dies gilt insbesondere seit Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes zum 1. September 2009. In solchen Fällen sind umfangreiche Regelungen, insbesondere zur Datenverarbeitung im Auftrag zu treffen, bevor ein Remote-Zugang eingerichtet und genutzt werden kann.

### **21.9 Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit**

Mit dem **ersten Ankreuzfeld** besteht die Möglichkeit, zu Ziffer 25 der AGB ergänzende bzw. davon abweichende Regelungen zur Geheimhaltung bzw. zur Sicherheit zu treffen. Im **zweiten Ankreuzfeld** ist immer dann, wenn der Auftragnehmer im Rahmen der Vertragserfüllung Zugang zu personenbezogenen Daten erlangt oder erlangen kann, eine Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung einzubeziehen. Dabei sind insbesondere die in § 11 Absatz 2 BDSG genannten Bedingungen der Auftragsdatenverarbeitung schriftlich zu fixieren. 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/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/mustervereinbarung\\_auftragsdatenverarbeitung\\_pdf\\_download.pdf](http://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/mustervereinbarung_auftragsdatenverarbeitung_pdf_download.pdf)

### **21.10 Behandlung von Änderungsverlangen (Change Requests)**

Ziffer 22 der AGB regelt ausführlich den Umgang mit Änderungsverlangen des Auftraggebers nach Vertragsabschluss. Das Muster 3 - Änderungsverfahren Servicevertrag - ist auf die AGB-Regelung abgestimmt. In dieser Nummer kann eine ergänzende oder davon abweichende Regelung einbezogen werden. In der Regel wird dies nicht erforderlich sein, weil die Regelungen in Ziffer 22 der AGB bereits sehr ausführlich und zugunsten des Auftraggebers ausgestaltet sind. Siehe hierzu Abschnitt IV.22 dieser Hinweise. Wird eine eigene Vereinbarung getroffen, ist auch zu klären, ob das Muster 3 weiter Verwendung finden kann.

### **21.11 Schlichtungsverfahren**

In dieser Nummer kann ein Schlichtungsverfahren gemäß Ziffer 27 der AGB vereinbart werden. 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.

## **22. Sonstige Vereinbarungen**

An dieser Stelle im Vertrag können Regelungen getroffen werden, für die der Vertrag selbst keine Vorschläge macht. Dazu gehören zum Beispiel die Abweichung von AGB-Regelungen, zu denen der Vertragstext keine Möglichkeit bietet oder eine von § 19 der VOL/B abweichende Gerichtsstandsvereinbarung.

#### **IV. Hinweise zu den AGB**

##### **1. Gegenstand des EVB-IT Servicevertrages**

###### **1.1 (Gegenstand: Serviceleistungen) keine Kommentierung**

###### **1.2 (nichtabschließende Aufzählung der wichtigsten Serviceleistungen)**

In dieser Ziffer sind einige wesentliche, für Serviceverträge typische Leistungen aufgeführt. Diese Auflistung ist nicht abschließend. Detaillierte Regelungen zu den einzelnen Serviceleistungen finden sich in Ziffer 2 der AGB.

###### **1.3 (Regelfall: Serviceleistungen sind Werkleistungen)**

Mit dem Abschluss des Servicevertrages übernimmt der Auftragnehmer in der Regel die Verantwortung für die Betriebsbereitschaft des IT-Systems. Dies ist nur dann anders, wenn der Servicevertrag lediglich zur Vereinbarung solcher Leistungen genutzt wird, die keine Arbeiten am IT-System beinhalten, z.B. wenn lediglich eine Bestandsaufnahme oder ein Lizenzmanagement vereinbart werden.

Mit solchen Leistungen wie der Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft (Störungsbeseitigung) oder der Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft oder der Überlassung und Installation neuer Programmstände ist jedoch stets eine Übernahme der Verantwortung dafür verbunden, dass das IT-System nach dem Eingriff wieder vereinbarungsgemäß funktioniert. Diese Erfolgsverantwortung ist typisch für einen Werkvertrag.

###### **1.4 (Qualitätsmaßstab für Serviceleistungen)**

Unter Stand der Technik werden die technischen Möglichkeiten zusammengefasst, die zum aktuellen Zeitpunkt gewährleistet sind und die sich ihrerseits auf wissenschaftliche und technische Erkenntnisse stützen.

Durch die Klausel „aktueller Stand der Technik“ in den AGB soll sichergestellt werden, dass die jeweils zu erbringende Serviceleistung dem dann aktuellen Stand der Technik genügt.

###### **1.5 (Standardleistungsumfang bei Serviceleistungen)**

Die AGB legen fest, dass unabhängig von der Art der jeweils geschuldeten Leistung der Auftragnehmer verpflichtet ist, Systemkomponenten, die er liefert, anpasst oder neu erstellt auch zu installieren, zu customizen und in das IT-System zu integrieren. Auch diese Verpflichtung entspricht der Systemverantwortung des Auftragnehmers.

###### **1.6 (nicht kommentiert)**

###### **1.7 (Anforderungen an automatisierte Tools))**

Diese Regelung soll dafür sorgen, dass der Auftragnehmer bei der Erbringung von Serviceleistungen nur solche Software oder sonstige Tools einsetzt, bei denen sichergestellt ist, dass diese tatsächlich nur die Serviceleistungen unterstützen und keine unerwünschten Nebenfunktionen aufweisen. Die Erwähnung von Kommunikationsfunktionen zu Dritten erfolgt insoweit nur beispielhaft. Dabei ist zu beachten, dass Dritte im Sinne dieser Regelung aber keine Unternehmen sind, die der Auftragnehmer berechtigter Weise als



Subunternehmer einsetzt. Das ist insbesondere dann wichtig, wenn der Hersteller der Software als Subunternehmer fungiert.

### **1.8 (Auswirkungen des Entfalls des Herstellersupports)**

Hier wird ein Fall der in der Regel unverschuldeten Unmöglichkeit geregelt. Der Auftragnehmer hat faktisch oft keine Möglichkeit eine geschuldete Serviceleistung für eine Systemkomponente zu erbringen, wenn der Hersteller für diese keinen Service mehr anbietet. Der Auftragnehmer wird in diesem Fall von der Verpflichtung zur Leistung insoweit frei. Das bedeutet aber auch, dass, soweit für die Leistungserbringung eine Pauschalvergütung vereinbart ist, diese angemessen reduziert werden kann.

## **2. Art und Umfang der Serviceleistungen**

### **2.1 Bestandsaufnahme**

Eine Bestandsaufnahme eines IT-Systems durch einen neuen Servicedienstleister vor Aufnahme seiner anderen Serviceleistungen ist in vielen Fällen sinnvoll. Fast unabdingbar ist sie jedoch dann, wenn das IT-System längere Zeit nicht oder nur unzureichend betreut wurde bzw. keine hinreichende Dokumentation zu dem IT-System existiert.

Die Qualität der Bestandsaufnahme hängt maßgeblich davon ab, dass der Auftragnehmer einen vollständigen bzw. möglichst umfangreichen Einblick in das System erhält und auch davon, dass der Auftraggeber die von ihm mit dem System verfolgten Ziele bzw. seine Anforderungen an das System möglichst klar beschreibt. Nur so kann der Auftragnehmer prüfen, ob das System tatsächlich bestimmungsgemäß funktioniert und ggf. Abweichungen davon darstellen.

In dieser Ziffer ist auch vorgesehen, dass der Auftragnehmer das „bestimmungsgemäße Funktionieren“ des Systems bei der Bestandsaufnahme zu überprüfen hat. Das bestimmungsgemäße Funktionieren ergibt sich aus den Rahmenanforderungen und den Eckdaten, die der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung dargelegt hat. Näheres hierzu ergibt sich aus Abschnitt III.10.1 dieser Hinweise.

### **2.2 Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft**

#### **2.2.1 Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft (Störungsbeseitigung)**

Die Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des IT-Systems ist die wesentlichste Leistung des Systemservices. Sie beinhaltet die Verpflichtung des Auftragnehmers, Störungen des IT-Systems oder, falls vereinbart, von Teilen davon so zu beseitigen, dass das IT-System bzw. der gestörte Teil danach wieder betriebsbereit ist. In den Service AGB werden mögliche Störungsbeseitigungshandlungen beschrieben. Diese Aufzählung ist naturgemäß nicht abschließend. Weder der Auftragnehmer noch der Auftraggeber können im Voraus genau wissen kann, welche Störungen im IT-System in der Vertragslaufzeit des Servicevertrages auftreten werden. Je genauer das IT-System aber in der Leistungsbeschreibung beschrieben wird, desto mehr kann der Auftragnehmer auf Grund seiner Fachkenntnis ermitteln, welche Störungen und damit auch, welche Beseitigungsmaßnahmen bei diesem speziellen System zu erwarten sind. Die Kalkulation einer ggf. zu vereinbarenden Servicepauschale kann dann mit geringeren Risikoaufschlägen erfolgen.

Es kann unter Nummer 10.2.3 des Vertrages vereinbart werden, dass mit der Beseitigung von Störungen innerhalb bestimmter Reaktionszeiten zu beginnen ist und diese innerhalb bestimmter Erledigungszeiten 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. Wie in den Serviceteilen der EVB-IT System-AGB und der EVB Systemlieferungs-AGB begrenzen die EVB-IT Service-AGB 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.

### **2.2.2 Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft\* (vorbeugende Maßnahmen)**

Die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft umfasst nach dieser Ziffer alle dazu vereinbarten Maßnahmen. Diese können im Vertrag unter Nummer 10.3.1.1 in Form eines Wartungskonzepts (siehe dazu auch Abschnitt III.10.3.1.1 dieser Hinweise) bzw. über Nummer 10.3.1.2 des Vertrages in Form einer Anlage einbezogen werden. Im Vertrag kann unter Nummer 10.3.1.3 stattdessen aber auch eine umfassende, vollumfängliche 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.

### **2.2.3 Übernahme neuer Systemkomponenten\***

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. Diese Verpflichtung kann jedoch im Vertrag unter Nummer 10.2.1, **viertes Ankreuzfeld** abgedungen werden. Selbst wenn dies nicht geschehen ist, ist der Auftraggeber dann nicht verpflichtet, neue Systemkomponente 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 diese Ziffer Regelungen für den Fall, dass die neue Systemkomponente mehr Funktionalität enthält bzw. höhere Kosten verursacht:

- Der Auftragnehmer hat nur dann einen Anspruch auf eine Mehrvergütung, wenn der Auftraggeber die durch die neue Systemkomponente bereitgestellten neuen Funktionalitäten nutzen will und die Höhe der Mehrvergütung angemessen ist, wobei dazu nicht die Fälle gehören, in denen der Auftraggeber die neuen Funktionalitäten nutzen muss, um das IT-System weiterhin wie vereinbart nutzen zu können. Der Nachweis für die Erfüllung dieser Voraussetzungen ist vom Auftragnehmer zu führen.
- 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.

## **2.3 Neue Programmstände\***

### **2.3.1 Überlassung neuer Programmstände\* der Standardsoftware\***

Es kann die Lieferung von verfügbaren neuen Programmständen für die Standardsoftware des IT-Systems vereinbart werden. Die entsprechenden Vereinbarungsmöglichkeiten, z.B. welche Arten von Programmständen zu überlassen sind, ergeben sich aus Nummer 10.4.1 des Vertrages (siehe dazu auch Abschnitt III.10.4.1). Solche neuen Programmstände sind gemäß Ziffer 2.3.3 der AGB nicht nur zu liefern, sondern beim Auftraggeber auch zu installieren, zu customizen und in das IT-System zu integrieren (siehe dazu in Abschnitt IV.2.3.3 dieser Hinweise).

### **2.3.2 Überlassung neuer Programmstände\* von Standard- bzw. Individualsoftware\***

Im Vertrag kann unter Nummer 10.4.1 (für Standardsoftware) und Nummer 10.4.2 (für Individualsoftware) zudem vereinbart werden, dass in bestimmten Fällen vom Auftragnehmer neue Programmstände zu überlassen sind, z.B. bei Änderung von Gesetzen oder Verwaltungsvorschriften. Eine solche Regelungsmöglichkeit wurde hier erstmals für die EVB-IT-Welt geregelt. Bei der Forderung einer solchen Verpflichtung ist jedoch sorgfältig zu prüfen, ob die infrage kommenden Bieter eine solche Leistung auch anbieten können; dies gilt insbesondere, sofern dies für Standardsoftware vereinbart werden soll. In Betracht kommen hier in der Regel nur Anbieter von speziellen Branchenlösungen, deren Geschäftsmodell ohnehin erfordert, ihren Kunden stets aktuelle Anpassungen an sich ändernde Gesetze etc. anzubieten (z.B. Finanzsoftware, Software zur Zahlbarmachung von Leistungen, z.B. Renten). Eine Folge kann also sein, dass sich der Anbieterkreis deutlich einengt, auch ist die preisrelevante Wirkung einer solchen Anforderung zu bedenken. Sofern diese Verpflichtung für Individualsoftware vereinbart wird, stellt sich eher die Frage, ob der Auftragnehmer diese Leistung in die von ihm angebotene Servicepauschale einbeziehen kann (siehe dazu auch Abschnitt III.10.4.2 dieser Hinweise).

### **2.3.3 Installation, Customizing\* und Integration\* von durch den Auftragnehmer zu überlassenden Programmständen\***

Soweit nicht anders vereinbart, gehört zur Überlassung neuer Programmstände auch deren Installation, Customizing und deren Integration in das IT-System. Dies ist eine Leistung, die durchaus erheblichen Umfang haben kann und vom Auftragnehmer bei der Bestimmung der Vergütung einkalkuliert werden muss. In Nummern 10.4.1 und 10.4.2 des Vertrages können hiervon abweichende Regelungen getroffen werden.

Erstmals in EVB-IT ist zudem in dieser Ziffer geregelt, dass die Installation und das Customizing neuer Programmstände durch den Auftragnehmer mit dem Auftraggeber abzustimmen ist, insbesondere auch unter Beachtung von Sicherheitsvorschriften. Zudem hat der Auftragnehmer den Auftraggeber ausdrücklich auf etwaige mit der Installation, dem Customizing, der Integration und dem Einsatz der neuen Programmstände verbundene Risiken hinzuweisen. Unabhängig davon ist in dieser Ziffer außerdem klargestellt, dass der Auftragnehmer etwaige Probleme, die sich aus der Integration der neuen Programmstände ergeben, durch individuelle Anpassungen, ggf. auch von anderer Software zu beheben hat.

### **2.3.4 Installation, Customizing\* und Integration\* von durch den Auftraggeber beigestellten neuen Programmständen\***

Neu für die EVB-IT-Welt ist die in dieser Ziffer vorgesehene Möglichkeit, den Auftragnehmer zu verpflichten, solche Programmstände zu installieren, zu customizen und in das IT-System zu integrieren, die der Auftraggeber beistellt. Diese Regelung soll die Fälle erfassen, in denen der Auftraggeber aus anderen Quellen, z.B. aufgrund von Rahmenverträgen oder Pflegeverträgen mit Dritten neue Programmstände für Software des IT-Systems erhält, für die der Auftragnehmer dann im vertraglichen Umfang verantwortlich sein soll.

## **2.4 Hotline**

### **2.4.1 (Umfang der Hotline)**

Die AGB enthalten umfangreiche Regelungen zur Hotline. Ist eine Hotline vereinbart, sehen die AGB vor, dass hier bereits durch telefonische Anleitung (nicht nur E-Mails) die gemeldete Störung soweit möglich beseitigt wird. Auch ist vorgesehen, dass diese Störungsbeseitigung während des Telefonats mit Hilfe von Teleservice beseitigt werden soll, soweit vereinbart. Die Regelungen in den AGB stellen hohe Anforderungen an den Auftragnehmer und seine Serviceabteilung. Dies kann einerseits zu höheren Preisen führen und andererseits auch dazu, dass diese Anforderungen nicht von jedem Auftragnehmer erfüllt werden können. Daher sollte geprüft werden, in wieweit im Vertrag von den Vorgaben der AGB abgewichen werden soll. Hierzu bieten die Ankreuzfelder in Nummer 10.5.1 entsprechende Möglichkeiten.

Es kann auch in Nummer 10.5.1 des Vertrages vereinbart werden, dass Anwenderfragen zur Nutzung des IT-Systems zu beantworten sind. Auch ist geregelt, dass alle Anfragen nebst erläuternden Informationen in ein Ticketsystem einzustellen sind.

### **2.4.2 (Berechtigte Nutzer)**

Die AGB legen fest, dass jeder Nutzer beim Auftraggeber zur Nutzung der Hotline berechtigt ist. Das ist insbesondere bei großen Auftraggebern kaum finanzierbar und auch nicht sinnvoll. Im Vertrag kann daher geregelt werden, welcher Personenkreis beim Auftraggeber zur Nutzung der Hotline berechtigt sein soll.

### **2.4.3 (Personal des Auftragnehmers)**

Die AGB fordern, dass das Personal des Auftragnehmers deutschsprachig zu sein hat und so qualifiziert sein muss, dass es zu einer „ersten Klärung“ des Problems des Anrufers in der Lage ist. Gerade die Forderung nach Deutschsprachigkeit ist ein Kostenfaktor, wenn die Hotline zu anderen Zeiten als den in Deutschland üblichen Geschäftszeiten besetzt sein soll. Im Vertrag kann daher zugelassen werden, dass die Hotline zu bestimmten Zeiten auch englischsprachig besetzt sein darf.

Erscheint eine „erste Klärung“ im Rahmen der Hotline nicht ausreichend und ist eine besonders qualifizierte Hilfe erforderlich, kann auch dies im Vertrag vereinbart werden.

### **2.4.4 (automatisierte Sprachdialogsysteme)**

Ein Ärgernis für den Nutzer stellen oftmals automatisierte Sprachdialogsysteme dar, da sie den Anrufer erst über lange Auswahlalternativen zu einem menschlichen und kompetenten Ansprechpartner führen. Dies kostet Zeit und schmälert den Wert der Hotline. Die AGB lassen nur eine Entgegennahme und eine erste Zuordnung von Anrufen über ein solches System zu. Im Vertrag kann entweder die Nutzung dieser Systeme völlig ausgeschlossen werden oder ein erweiterter Einsatz zugelassen werden. Dies wird bei manchen Anbietern kaum vermeidbar sein.

### **2.4.5 (Erreichbarkeit der Hotline)**

Die AGB legen fest, dass die Hotline technisch und personell so auszustatten ist, dass unter Berücksichtigung der Anzahl der erlaubten Nutzer eine ständige Erreichbarkeit in den Hotlinezeiten gewährleistet ist. Diese Forderung steht in einem engen Zusammenhang mit der Vereinbarung, welcher Personenkreis die Hotline nutzen darf. Je größer der Personenkreis, desto großzügiger muss der Auftragnehmer die Hotline personell und technisch ausstatten und desto höher wird in der Regel die Hotlinevergütung ausfallen.

#### **2.4.6 (Telekommunikationskosten)**

Außer den regulären Telefonkosten in Deutschland sollen für die Hotline keine weiteren Kommunikationskosten anfallen. Dementsprechend ist die Bereitstellung der Hotline standardmäßig nur über reguläre deutsche Festnetzanschlüsse und nicht über Mehrwertdienstnummern, Mobilfunknummern oder Auslandsnummern erlaubt.

### **2.5 Rufbereitschaft**

#### **2.5.1 (Umfang der Rufbereitschaft)**

Die Rufbereitschaft besteht aus zwei unterschiedlichen Leistungen.

Einerseits verpflichtet sich der Auftragnehmer ähnlich wie bei der Hotline zu bestimmten Zeiten telefonisch erreichbar zu sein. In der Regel wird eine Rufbereitschaft nur für besondere Anlässe vereinbart, z.B. in einer Krisensituation, für Spitzenzeiten bei der Bearbeitung von Anträgen, bei Migrationen von größeren IT-Systemen, bei Jahresabschlüssen o.ä.. Daher können Zeiten der Rufbereitschaft durchaus von den üblichen Hotlinezeiten abweichen.

Andererseits verpflichtet sich der Auftragnehmer im Rahmen der Rufbereitschaft nach Entgegennahme des Anrufs innerhalb der in Nummer 10.6.2 des Vertrages vereinbarten Reaktionszeiten mit den in Nummer 10.6.1 des Vertrages vereinbarten Leistungen zu beginnen und diese, soweit solche vereinbart sind, in den in Nummer 10.6.2 des Vertrages vereinbarten Erledigungszeiten abzuschließen.

Leistungen im Rahmen der Rufbereitschaft können z.B. Störungsbeseitigungs- oder Beratungsleistungen sein. Diese sind je nach Vereinbarung vor Ort beim Auftraggeber oder durch Teleservice zu erbringen. Soweit eine Erbringung vor Ort beim Auftraggeber vereinbart werden soll, ist die Reaktionszeit entsprechend so zu bemessen, dass der Auftragnehmer hinreichend Zeit für eine Anreise hat.

#### **2.5.2 (entsprechende Geltung der Regelungen für Hotline)**

Die AGB verweisen hier für die nähere Ausgestaltung der Rufbereitschaft auf die Regelungen zur Hotline. Anders als bei der Hotline-Regelung in Nummer 10.5 des Vertrages enthält der Vertrag für die Rufbereitschaft keine differenzierten Änderungsmöglichkeiten. Wenn ähnliche Änderungen vereinbart werden sollen, kann dies in einer Anlage geschehen, die sich an den Änderungsmöglichkeiten zur Hotline orientiert.

### **2.6 Vor-Ort Service**

Da die AGB keine konkrete Beschreibung der Tätigkeiten des Vor-Ort Services treffen, muss dies im Vertrag geschehen. Typischerweise wird es sich hierbei um die fallweise Erledigung von kleineren Servicearbeiten, häufig im Rahmen von User-Helpdesk-Services handeln. Dabei besteht das Risiko, dass die Ausgestaltung zu einer Arbeitnehmerüberlassung durch den Auftragnehmer an den Auftraggeber bzw. bei Einzelpersonen als Auftragnehmer auch zu einer Scheinselbständigkeit führt. Näheres dazu siehe in Abschnitt III.10.7.1 dieser Hinweise.

### **2.7 Lizenzmanagement**

Als zusätzliche (oder auch alleinige) Leistung des Auftragnehmers im Rahmen des EVB-IT Servicevertrages kann ein Lizenzmanagement vereinbart werden. Diese Ziffer 2.7 trifft, anders als andere Ziffern in den AGB, bereits umfangreiche, für den Regelfall ggf. bereits ausreichende Regelungen zu den damit verbundenen Maßnahmen und Pflichten des Auftragnehmers. Daher ist bei der Gestaltung des Vertrages und der Leistungsbeschreibung angeraten, den vorhandenen Regelungsumfang zu berücksichtigen und nur zu ergänzen

bzw. zu modifizieren. Dies gilt zwar generell für das Verhältnis des Vertrages zu den AGB, trifft aber in diesem Fall wegen der Ausführlichkeit der Regelungen in den AGB in besonderem Maße zu.

### **2.7.1 Bestandserfassung**

In der Regel wird dem regelmäßigen Lizenzmanagement, d.h. der Bestandsverwaltung eine Bestandserfassung vorausgehen müssen. Nur wenn der Lizenzbestand bereits vorher lückenlos erfasst und dokumentiert ist, kann diese im Ausnahmefall entbehrlich sein. Wünscht man jedoch, dass der Auftragnehmer für die Richtigkeit des Lizenzmanagement die Verantwortung übernimmt, ist dies nur dann effektiv möglich, wenn er die Bestandserfassung eigenverantwortlich durchgeführt hat. Eine weitere Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Bestandserfassung ist die Mitwirkung des Auftraggebers. Nur wenn dieser dem Auftragnehmer die ihm zur Verfügung stehenden Informationen zur Verfügung stellt und ihn dabei unterstützt, fehlende Informationen zu beschaffen, ist eine Bestandserfassung möglich, die die tatsächliche Nutzung und damit auch etwaige Unter- bzw. Fehllizenzierungen aufdecken kann.

Diese Bestandserfassung ist abzugrenzen von der initialen Bestandsaufnahme für das IT-System gemäß Nummer 10.1 des Vertrages bzw. Ziffer 2.1 der AGB. Wenn jedoch sowohl Lizenzmanagement als auch eine initiale Bestandsaufnahme für das IT-System vereinbart werden soll, ist es möglich und sinnvoll, die Bestandsaufnahme so zu erweitern, dass diese die Bestandserfassung im Sinne der Nummer 10.8.1.1 des Vertrages und Ziffer 2.7.1 der AGB mit abdeckt.

Der Auftragnehmer schuldet im Rahmen der Bestandserfassung u.a. die Erstellung und Ergänzung einer Lizenzdatenbank. Naturgemäß können die AGB die Art dieser Datenbank sowie das konkrete Datenbankformat nicht regeln. Neben der Festlegung von Zeit und Ort der Bestandserfassung ist daher Festlegung der Datenbank und die Definition des gewünschten Datenbankformats ein wesentliches Regelungserfordernis in Nummer 10.8.1.1 des Vertrages.

### **2.7.2 Bestandsverwaltung**

Hat der Auftragnehmer einmal eine Erfassung des Lizenzbestandes durchgeführt, ist es sinnvoll, ihn auch mit der laufenden Bestandsverwaltung zu beauftragen. So kann er die von ihm erstellte Lizenzdatenbank ständig aktuell halten, insbesondere durch regelmäßige Wiederholungen der Bestandserfassung. Gemäß der AGB ist die Bestandserfassung im Rahmen der Bestandsverwaltung jährlich zu wiederholen. Im Vertrag kann in Nummer 10.8.1.2 ein abweichender Zyklus vorgegeben werden.

### **2.7.3 Sonstige Leistungen im Rahmen des Lizenzmanagements (keine Kommentierung)**

## **2.8 Abwicklung von Ansprüchen des Auftraggebers gegen Dritte**

### **2.8.1 (Umfang der Leistung)**

Soweit das zu betreuende IT-System nicht vom Auftragnehmer stammt, bestehen ggf. für manche Systemkomponenten noch Gewährleistungs-, Garantieansprüche oder sonstige Ansprüche des Auftraggeber gegen Dritte (Hersteller oder andere Auftragnehmer z.B. Verkäufer). Da der Auftragnehmer die Betreuung des Systems übernommen hat, ist es in diesem Fall sinnvoll, ihm auch die Abwicklung solcher Ansprüche zu übertragen. Diese Vertragsbeziehungen zu den Dritten sind in den Tabellen in Nummer 10.9.1 des Vertrages aufzuführen.

Die Aufführung von bestehenden Ansprüchen gegenüber Dritten und die Übertragung deren Geltendmachung an den Auftragnehmer hat aber auch den Vorteil, dass dieser dies vergütungsmindernd berücksichtigen kann bzw.

zu berücksichtigen hat. Im Preisblatt kann der Auftragnehmer aufgefordert werden darzustellen, welche Vergütungsreduktionen er wegen dieser Ansprüche vornimmt.

## **2.8.2 (Ausschluss von Rechtsdienstleistungen) (keine Kommentierung)**

### **2.9 Datensicherungsservices**

Die ordnungsgemäße Datensicherung ist eine Obliegenheit des Auftraggebers. In Nummer 10.10.1 des Vertrages kann aber auch der Auftragnehmer zur ordnungsgemäßen Datensicherung verpflichtet werden. In diesem Zusammenhang soll im Vertrag ein Datensicherungskonzept vereinbart werden, welches die Grundlage für die konkret zu erbringenden Leistungen des Auftragnehmers bildet. Das Datensicherungskonzept kann z.B. vom Auftraggeber in der Ausschreibung vorgegeben worden sein oder die Erstellung eines Datensicherungskonzepts wird im Rahmen der Ausschreibung vom Auftragnehmer gefordert. Die AGB geben einige Mindestanforderungen vor. So ist der Auftragnehmer im Rahmen der Datensicherung insbesondere verpflichtet, die Datensicherung durch Datenrücksicherung regelmäßig zu überprüfen, Sicherungsprotokolle auszuwerten, Datenträger regelmäßig präventiv auszutauschen sowie die Datenträger an den vereinbarten Ort zu verbringen und dort aufzubewahren. Insbesondere zu diesen Punkten sollte der Auftraggeber im Vertrag weitere Konkretisierungen vornehmen z.B. zum Standort des Datensicherungssystems, zum Ort der Aufbewahrung der Datenträger und zum Umfang der Protokollierungen der Datensicherungsmaßnahmen. Weiterhin muss der Auftraggeber vorgeben, welche Daten/Programme bzw. Installationen mit welchem Datensicherungskonzept<sup>2</sup> gesichert werden sollen und mit welchen Tools die Datensicherung durchgeführt wird.

### **2.10 Besondere Serviceleistungen in Bezug auf Systemkomponenten**

Mit dieser Regelung wurde eine Möglichkeit geschaffen, im Vertrag in Nummer 10.11 bestimmte Serviceleistungen vorzudefinieren, deren Erbringung der Auftragnehmer dann auf Anforderung des Auftraggebers zu den ebenfalls bereits im Vertrag vereinbarten Preisen (idealerweise zu Fallpauschalen oder in der Servicepauschale enthalten aber ggf. auch Aufwandsvergütungen) schuldet – vergleiche dazu Abschnitt III.10.11 dieser Hinweise. Soweit solche Leistungen nach Aufwand angeboten werden sollen, ist nur eine begrenzte Konkretisierung der Leistung im Vertrag oder eine Anlage dazu erforderlich, damit der Auftragnehmer beurteilen kann, ob er diese fachlich und kapazitätsmäßig überhaupt erbringen kann. Soll der Auftragnehmer hingegen solche Leistungen zu Fallpauschalen oder im Rahmen der Servicepauschale erbringen, ist eine umfassendere und detailliertere Beschreibung der im Bedarfsfall zu erbringenden Leistung erforderlich. Nur dann ist der Auftragnehmer zu einer ordnungsgemäßen Kalkulation in der Lage. Der konkrete Abruf dieser Leistungen erfolgt idealerweise mit dem Formular gemäß Muster 4 des EVB-IT Servicevertrages („Abruf von besonderen Serviceleistungen“).

Welche besonderen Serviceleistungen vorab vereinbart werden können, ergibt sich aus Ziffer 2.10.1 bis 2.10.3 der AGB, konkretisiert durch die Nummern 10.11.1 bis 10.11.3 des Vertrages.

**Hinweis:** Aus den nachfolgend geregelten Maßnahmen kann sich ergeben, dass sich das zu betreuende IT-System erheblich ändert, wobei der Auftragnehmer in jedem Fall für das geänderte IT-System verantwortlich bleibt. Kompensiert wird diese Verpflichtung durch einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung für die laufend zu erbringenden Leistungen.

---

<sup>2</sup> Zum Datensicherungskonzept siehe

[https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/Inhalt/\\_content/baust/b01/b01004.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/Inhalt/_content/baust/b01/b01004.html)

### **2.10.1 Ab- und Wiederaufbau von Systemkomponenten\***

Hier ist der grundsätzliche Leistungsumfang zum Ab- und Wiederaufbau von Systemkomponenten beschrieben. Der Auftragnehmer soll den Abbau, die Verpackung, den sicheren Transport innerhalb der Liegenschaft, das Auspacken, den Wiederaufbau und die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft übernehmen. Dies soll in der Regel durch eine Fallpauschale abgegolten werden. Soll eine solche Verlagerung in eine andere Liegenschaft des Auftraggebers erfolgen, muss der Transport gesondert vereinbart werden. Dies wurde aus Kalkulationsgründen so vorgesehen, denn eine solche Verlagerung kann vom Auftragnehmer bei der Angebotsabgabe häufig nicht belastbar kalkuliert werden.

### **2.10.2 Modifikation von Systemkomponenten\***

Im Vertrag kann unter Nummer 10.11.2 eine Anlage einbezogen werden, in der bestimmte, vorhersehbare Modifikationen für bestimmte Systemkomponenten vereinbart werden können. Solche vordefinierten Modifikationen sind z.B. der Einbau eines zusätzlichen Teils, z.B. eine Speichererweiterung, Vergrößerung des Festplattenplatzes etc.. Die AGB regeln hier vor allem, dass die Modifikation auch alle Maßnahmen umfasst, die zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft des IT-Systems insgesamt erforderlich sind. Es besteht im Vertrag zwar die Möglichkeit, die Verpflichtung zur Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft einzuschränken, jedoch sollte davon nur im Ausnahmefall Gebrauch gemacht werden, weil dies möglicherweise die Gesamtverantwortung des Auftragnehmers für die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft des IT-Systems infrage stellt.

**Hinweis:** Soweit gewünschte Modifikationen nicht bei Vertragsabschluss definiert sind, erfolgt deren Vereinbarung gemäß Ziffer 22 der AGB (Änderung der Leistung nach Vertragsschluss), siehe auch Abschnitt IV.22 dieser Hinweise.

### **2.10.3 Einrichtung von neuen oder ausgewechselten Systemkomponenten\***

Im Gegensatz zu Ziffer 2.10.2, gemäß der Modifikationen im Vorhinein beschrieben werden müssen, ist dies für diese Ziffer nicht erforderlich. Der Auftragnehmer hat vielmehr die Einrichtung von neuen oder ausgewechselten Systemkomponenten (z.B. eines hinzugekommenen Servers) nach den vom Auftraggeber gemachten Vorgaben durchzuführen, soweit ihm dies zumutbar ist. Da die Leistung naturgemäß bei Abschluss des Vertrages noch nicht feststeht, kann sie in der Regel weder über eine Fallpauschale noch im Rahmen der Servicepauschale erfolgen, sondern nach Aufwand zu den vereinbarten Vergütungssätzen. Wenn dies ausnahmsweise anders beabsichtigt ist, muss um in einer Anlage zum Vertrag die Leistung vorab konkretisiert werden.

Insbesondere durch diese Ziffer 2.10.3 kann sichergestellt werden, dass das zu betreuende IT-System während der Vertragslaufzeit sich ändernden Anforderungen angepasst werden kann, ohne dass dies die Verantwortlichkeit des Auftragnehmers infrage stellt (siehe dazu auch oben unter Ziffer 2.10 letzter Satz). Bei einer Erweiterung des IT-System aufgrund dieser Ziffer hat der Auftragnehmer Anspruch auf angemessene Erhöhung der Vergütung (siehe dazu auch Abschnitt III.10.11.3 dieser Hinweise). Eine Reduzierung des Systemumfangs ist hingegen nur im Wege einer Teilkündigung gemäß Ziffer 21.1 bzw. 21.2 möglich. Siehe dazu ebenfalls in Abschnitt III.10.11.3 dieser Hinweise sowie Abschnitt IV.21 dieser Hinweise.

## **2.11 Schulungen**

### **2.11.1 (Umfang der Schulungen)**

Diese Ziffer enthält Mindestvorgaben für Schulungen, u.a. die Dauer eines Schultages etc. Auch ist hier geregelt, dass die Schulungen beim Auftraggeber stattfinden und dieser in diesem Fall auch die Infrastruktur etc.



stellt. Bietet der Auftragnehmer Schulungen an einem anderen Ort an, ist dieser dafür verantwortlich – dies wird sich entsprechend vergütungserhöhend auswirken. Auch ist zu berücksichtigen, dass dann notwendigerweise Reisekosten für die Mitarbeiter des Auftraggebers anfallen. Diese Kosten sind bei der Bewertung des Angebotes zu berücksichtigen.

Hinweis: In der Vergütung für die Schulung ist auch deren Vorbereitung enthalten.

### **2.11.2 (Schulungsunterlagen)**

Aus dieser Ziffer ergibt sich zu nächst der konkret geschuldete Umfang an Schulungsunterlagen. Grundsätzlich werden gemäß Ziffer 2.11.2 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 5.2.2 der AGB ein. Von diesen Regelungen kann im Vertrag abgewichen werden.

Hinweis: Auch etwaige Präsentationen gehören zu den Schulungsunterlagen und sind mit zu übergeben. Sind sie individuell erstellt worden, erwirbt der Auftraggeber daran umfassende Rechte, u.a. das Recht zur Bearbeitung.

## **3. Vorhalten von Ersatzgegenständen\***

Im Vertrag kann unter Nummer 9.2 vereinbart werden, dass der Auftragnehmer in seinem Hause Ersatzgegenstände vorhält, um im Bedarfsfall Störungen besonders schnell beseitigen zu können.

Ist eine Störung innerhalb der vereinbarten Zeiten nicht anders zu beseitigen oder nicht anders zu vermeiden, nutzt der Auftragnehmer die vorgehaltenen Gegenstände und tauscht die defekte Systemkomponente aus.

Diese Ziffer regelt die Vergütung für die Ersatzgegenstände und deren Fälligkeit und den Eigentumsübergang beim Einsatz.

Außerdem regeln die AGB hier, unter welchen Voraussetzungen der ausgetauschte Gegenstand im Nachgang repariert wird und unter welchen Umständen der Vorhalt wieder aufzufüllen ist.

Eine Vereinbarung zum Vorhalt von Ersatzgegenständen hat den Nachteil, dass sich die Servicekosten relevant erhöhen können, da der Auftragnehmer damit rechnen muss, dass ein vorgehaltener Ersatzgegenstand nie zum Einsatz kommt. Auch besteht die Gefahr, dass Geräte bei langer Vorhaltungszeit bei ihrem Einsatz schon veraltet sind.

Die Leistung des Vorhaltens selbst wird nicht vergütet. Will der Auftraggeber erfahren, wie diese Leistung in der Servicepauschale einkalkuliert ist, kann er im Vertrag vereinbaren, dass der Anteil an der Servicepauschale für das Vorhalten der Ersatzgegenstände gesondert ausgewiesen wird.

Die Vereinbarung zum Vorhalt ist in der Regel nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn das System hochverfügbar sein soll oder wenn bestimmte Systemkomponenten lange Lieferzeiten haben.

Zu Ersatzgegenständen und deren Vergütung siehe auch Abschnitt IV.8 dieser Hinweise.

## **4. Verlagerung bzw. Modifikation von Systemkomponenten\* durch den Auftraggeber**

### **4.1 (Berechtigung zur Verlagerung, Anpassungsrecht der Parteien)**

Anders als in Ziffer 2.10.1 und 2.10.2 der AGB ist hier geregelt, dass auch der Auftraggeber berechtigt ist, Systemkomponenten zu verlagern und zu modifizieren. Diese verlagerten oder modifizierten Systemkomponenten werden ebenso wie neue Systemkomponenten gemäß Ziffer 2.10.3 Teil des zu betreuenden

IT-Systems. Entsprechend haben auch hier beide Parteien einen Anspruch auf entsprechende Anpassung der Vergütung.

#### **4.2 (Ab- und Wiederaufbau, Modifikation durch Auftragnehmer) keine Kommentierung**

### **5. Nutzungsrechte**

In einem Servicevertrag für ein IT-System ist eine Regelung über Art und Umfang der Nutzungsrechte unverzichtbar. Einerseits muss der Auftraggeber sicherstellen, dass der Auftragnehmer bei der Lieferung neuer Programmstände oder bei erforderlichen Individualprogrammierungen die erforderlichen Rechte einräumt. Andererseits muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer die für die Bearbeitung erforderlichen Rechte einräumen, wenn er Rechteinhaber ist. Daher ist anders als bei den anderen Systemverträgen hier erstmals auch eine Rechteinräumung durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer geregelt.

#### **5.1 Rechteinräumung durch den Auftraggeber**

##### **5.1.1 Einräumung von Bearbeitungsrechten**

Hier ist geregelt, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer Bearbeitungsrechte für das IT-System oder Teile davon oder die Dokumentation des IT-Systems einräumt, soweit diese für die vereinbarten Serviceleistungen erforderlich sind und der Auftraggeber über solche Rechte verfügt. Diese Rechte sind auf die konkrete Bearbeitung zum Zwecke der Vertragserfüllung begrenzt und entsprechend auf die Dauer der Leistungserbringung beschränkt. Dies ist relativ abstrakt und birgt für beide Seiten ein gewisses Risiko, dass die Rechte für den Auftragnehmer nicht ausreichend sind. Wenn möglich, sollte daher im Vertrag unter Nummer 11.1.1 eine konkretere Rechterege lung getroffen werden. Dabei ist es u.a. möglich, auf einen vorher geschlossenen System bzw. Projektvertrag und damit auch auf dessen Rechterege lung Bezug zu nehmen.

Einzuräumen sind dem Auftragnehmer im Zweifel auch Rechte an beim Auftraggeber vorhandenen Quellcodes. Die konkreten Modalitäten hierzu sind unter Nummer 11.1.2 im Vertrag zu regeln.

##### **5.1.2 Einräumung von Rechten an Werkzeugen**

Soweit beim Auftraggeber Werkzeuge vorhanden sind (z.B. ein Compiler), die für die Bearbeitung der Software notwendig sind, sind dem Auftragnehmer auch hieran die erforderlichen Rechte einzuräumen. Die Art und Umfang der Übergabe solcher Werkzeuge an den Auftragnehmer kann ebenfalls unter Nummer 11.1.2 im Vertrag geregelt werden.

#### **5.2 Rechteinräumung durch den Auftragnehmer**

##### **5.2.1 Rechte an neuen Programmständen\***

###### **5.2.1.1 (Rechte wie an Vorfassung)**

Hier ist geregelt, dass der Auftraggeber an neuen Programmständen der Standardsoftware mindestens die gleichen Rechte erwirbt, wie an der vorherigen Fassung. Das ist nicht selbstverständlich. Die Praxis großer Softwarehäuser ist, an neuen Programmständen andere, häufig geringere Nutzungsrechte einzuräumen. Daher ist besondere Vorsicht geboten, wenn diese Regelung geändert werden soll. Wenn der Auftragnehmer ausnahmsweise dennoch nicht in der Lage ist, an einem neuen Programmstand ebensolche Rechte einzuräumen, wie an dem bisherigen, gilt Ziffer 5.2.1.5 der AGB.

### **5.2.1.2 (Rechte an Bearbeitung des Auftraggeberquellcodes)**

Während der Erbringung von Serviceleistungen kann es erforderlich sein, dass der Auftragnehmer, z.B. im Rahmen der Störungsbeseitigung Anpassungen an bestehender Software auf Quellcodeebene vornimmt. An diesen Bearbeitungen erhält der Auftraggeber Rechte wie an für ihn im Rahmen des Service erstellter Individualsoftware. Dementsprechend verweist diese Ziffer auf die Regelung in Ziffer 5.2.2.1 der AGB.

### **5.2.1.3 (Kopie zu Sicherungszwecken) – keine Kommentierung**

### **5.2.1.4 (Downgraderecht)**

Während viele Pflegeverträge vorsehen, dass nach einem Einsatz eines neuen Programmstandes die älteren Programmstände nicht mehr, insbesondere nicht parallel genutzt werden dürfen, ist dies aufgrund dieser Ziffer möglich. Das ist insbesondere dann wichtig, wenn an einzelnen Arbeitsplätzen ein neuer Programmstand nicht eingesetzt werden kann, z.B. wegen seiner hohen Systemanforderungen. Die Regelung ist so gefasst, dass es dadurch nicht zu einer lizenzrechtlichen Benachteiligung des Auftragnehmers kommt, denn es wurde klargestellt, dass der Nutzungsumfang, z.B. die Anzahl der Arbeitsplätze oder Anzahl der Named User, dadurch insgesamt nicht erweitert wird. Allerdings kann die Erbringung von parallelem Service für unterschiedliche Programmstände zusätzliche Kosten beim Auftragnehmer verursachen.

### **5.2.1.5 (Hinweis auf Rechteeinschränkungen bei neuen Programmständen)**

Ist der Auftragnehmer ausnahmsweise nicht in der Lage, dem Auftraggeber die gleichen Rechte an einem neuen Programmstand einzuräumen, wie an der Vorversion, dann muss er den Auftraggeber darauf und auf die damit verbundenen Konsequenzen hinweisen. Dies gilt entsprechend auch bei Funktionseinschränkungen. Außerdem muss der Auftragnehmer in diesen Fällen eine Ersatzlösung vorschlagen. Unterlässt der Auftragnehmer solche Hinweise und entsteht dem Auftraggeber daraus ein Schaden, z.B. weil er aufgrund der geringeren Nutzungsrechte unterlizenziert ist und deswegen dem Rechteinhaber schadensersatzpflichtig ist, hat der Auftragnehmer diesen Schaden zu ersetzen.

## **5.2.2 Rechte an im Rahmen von Serviceleistungen erstellter Individualsoftware bzw. erstellten Anpassungen von Standardsoftware\* auf Quellcodeebene, die nicht in den Standard übernommen werden**

### **5.2.2.1 (Nutzungsrechtseinräumung)**

Während der Erbringung von Serviceleistungen kann es erforderlich sein, dass der Auftragnehmer, z.B. im Rahmen der Störungsbeseitigung Anpassungen an bestehender Software auf Quellcodeebene vornimmt (siehe dazu auch Ziffer 5.2.1.2 der AGB). Ebenso kann es im Rahmen von Serviceleistungen zur Erstellung von neuen Programmteilen oder, seltener, auch gänzlich neuer Individualsoftware kommen.

Die AGB treffen eine Reihe von Regelungen, die dem Auftraggeber umfangreiche Rechte an diesen Leistungen einräumen. Die Regelungen entsprechen weitgehend den Rechtere Regelungen für Individualsoftware aus den EVB-IT System-AGB und den EVB-IT Erstellungs-AGB.

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

In Nummer 11.2 des Vertrages kann die Rechtere Regelung geändert werden, z.B. können ausschließliche Rechte vereinbart werden, wenn Geheimhaltungsgründe dies erfordern. Jedoch sollte in diesem Fall besonders gründlich geprüft werden, ob hier nicht besser mit einer schärferen Vertraulichkeitsvereinbarung gearbeitet werden kann, denn das Verlangen nach Einräumung ausschließlicher Rechte beschränkt den Auftragnehmer stark darin, die

## **Nutzerhinweise EVB-IT Service**

Leistungen mit Hilfe vorgefertigter Teile, sog. vorbestehende Teile, zu erbringen. Dies wiederum kann zu einer erheblichen Verteuerung der Leistung führen. Es kann sich zudem auf die Qualität der Leistung auswirken, weil nicht auf vorbestehende und damit bewährte, mehrfach eingesetzte Komponenten zurückgegriffen werden kann. Schließlich kann sich die Leistungserbringung verzögern.

Ebenfalls kann in der Nummer 11.2 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.

Auch die in den AGB standardmäßig vorgesehen Rechte, insbesondere das Recht zur Unterlizenzierung sowie zur Vervielfältigung und Verbreitung können u.U. mit den „policies“ bzw. einer restriktiven Geschäftspolitik großer Anbieter kollidieren. Dies kann dazu führen, dass solche Anbieter besonders teuer anbieten oder ganz auf die Angebotsabgabe verzichten. Kommt die Vergabestelle im Rahmen ihrer Marktbeobachtung zu dem Schluss, dass der Bieterkreis in erster Linie aus solchen Unternehmen besteht, ist zu prüfen, ob diese Vorgaben aufrechterhalten werden sollen oder hier Zugeständnisse in Betracht kommen.

### **5.2.2.2 Rechte an vorbestehenden Teilen\*, die im Rahmen von Serviceleistungen eingesetzt werden, Mitteilungspflichten des Auftragnehmers**

Vorbestehende Teile sind laut Definition am Ende der AGB alle Bestandteile der Individualsoftware und der auf der Quellcodeebene vorgenommenen 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 dieser Ziffer erwirbt der Auftraggeber an diesen vorbestehenden Teilen die Rechte wie an der Individualsoftware mit Ausnahme von ggf. hieran vereinbarten ausschließlichen Nutzungsrechten. Zudem kann der Auftragnehmer bezüglich vorbestehender Teile weitere Sonderrechte beanspruchen, wie z.B. Lizenzgebühren bei Weitergabe – jedenfalls dann, wenn der Auftragnehmer vor der Verwendung der vorbestehenden Teile die dafür zu zahlende Vergütung beziffert und der Auftraggeber damit einverstanden war. Auch Bearbeitungsrechte an solchen Teilen können ausgeschlossen werden, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber vor der Verwendung der vorbestehenden Teile mitteilt, dass er nur deren Objektcode und nicht den Quellcode überlassen werde.

Aufgrund dieser Einschränkungen hat der Auftraggeber unter Umständen erhebliches Interesse daran, den Einsatz von vorbestehenden Teilen detaillierter zu steuern, als dies in den AGB vorgesehen ist. Dies kann er im Vertrag unter Nummer 11.2.1 vereinbaren.

### **5.2.2.3 Rechte an Werkzeugen\***

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. Daher werden in dieser Ziffer dem Auftraggeber einfache (nicht ausschließliche), für die Bearbeitung der Individualsoftware erforderliche, Nutzungsrechte an diesen Werkzeugen eingeräumt oder an einer reduzierten Version des Werkzeuges, mit der die Individualsoftware ebenso gut bearbeitet werden kann.

## **5.3 Rechte an sonstigen Leistungsergebnissen**

Aufgrund dieser Ziffer erwirbt der Auftraggeber an sonstigen Leistungsergebnissen, z.B. den Ergebnissen des Customizing oder der Integration, die gleichen Rechte wie an Individualsoftware.

## **6. Störungsklassifizierung**

Die hier geregelten Störungsklassen entsprechend denen aus den anderen Systemverträgen. Sie gelten für verschiedene Serviceleistungen, insbesondere für die Störungsbeseitigung, die Hotline und die Rufbereitschaft und spielen dort vor allem eine Rolle für Reaktions- oder Erledigungszeiten, die in Abhängigkeit von der Schwere der Störungen vereinbart werden können.

Bei der Änderung der Störungsklassen ist Vorsicht geboten. Es sollten nach Möglichkeit weder die Anzahl der Störungsklassen, noch deren Bezeichnung geändert werden, weil dies zu Problemen mit der Systematik der AGB und des Vertrages führt.

Es spricht jedoch nichts dagegen, die Störungsklassen mit konkreten, auf das zu wartende System bezogenen Beispielen zu erläutern. Dies kann die Einordnung praktischer Fälle später deutlich erleichtern und unnötigen Streit vermeiden helfen.

## **7. Reaktions\*- und Erledigungszeiten\***

Eine Reaktionszeit ist in den AGB unter den Begriffsbestimmungen definiert als der Zeitraum, innerhalb dessen der Auftragnehmer mit den Serviceleistungen zu beginnen hat. Die Erledigungszeit ist dort definiert als der Zeitraum, innerhalb dessen der Auftragnehmer die Serviceleistungen erfolgreich abzuschließen hat.

Im Gegensatz zu den Servicevereinbarungen in den EVB-IT Systemverträgen kennt der EVB-IT Servicevertrag keine Wiederherstellungszeiten, sondern nur Erledigungszeiten. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass feste Fristen für die Erbringung einer Serviceleistung nicht nur für die Störungsbeseitigung vereinbart werden können, sondern auch zur Erledigung anderer Serviceleistungen, wie Störungsbeseitigung, Hotline, Rufbereitschaft und Vor-Ort Service. Die Servicezeiten für diese Leistungen sind zentral im Vertrag unter Nummer 6 geregelt.

**Achtung:** Die AGB treffen keine Auffangregelung für den Fall, dass in Nummer 6 des Vertrages keine Servicezeiten vereinbart werden.

### **7.1 (Regelung bei nicht vereinbarten Reaktions- und Erledigungszeiten)**

Die Reaktions- und Erledigungszeiten können im Vertrag für die Störungsbeseitigung in Nummer 10.2.3 und für die Rufbereitschaft in Nummer 10.6.2 des Vertrages vereinbart werden. Wie oben schon ausgeführt, laufen diese Zeiten nur in den vereinbarten Servicezeiten. Vereinbarte Reaktions- und Erledigungszeiten beginnen mit der entsprechenden Meldung (z.B. Störungsmeldung) oder dem Eintritt eines vereinbarten Ereignisses (z.B. Monitoring (siehe Nummer 10.2.2.2)).

Diese Regelung in den AGB trifft Vorkehrungen für den Fall, dass zwar möglicherweise Servicezeiten aber keine Reaktions- oder Erledigungszeiten vereinbart werden. Die AGB regeln, dass die Reaktionszeit unverzüglich in den Servicezeiten beginnt und der Abschluss der Serviceleistung (Erledigung) in angemessener Zeit zu erfolgen hat.

**Unverzüglich** bedeutet, nach der Definition in § 121 Abs. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Unverzüglich erfolgt eine Handlung nur, wenn sie innerhalb einer nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessenden Prüfungs- und Überlegungszeit vorgenommen wird.

Als **angemessene Frist** ist eine Zeitspanne anzusehen, die ein sorgfältig und aufmerksam handelnder Auftragnehmer unter den Umständen des Einzelfalls einhalten wird. Die Umstände des Einzelfalls sind z.B. auf der Seite des Auftraggebers die Schwere des gemeldeten Problems oder die Dringlichkeit und auf der Seite des

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

Auftragnehmers z.B. die Vertrautheit mit der Problematik oder die Zeit, zu der die Leistung erbracht werden muss (Nacht, Feiertag). Eine angemessene Frist kann daher einige Minute bis zu mehrere Wochen ausmachen.

Gemäß der AGB-Regelung läuft die unverzügliche Frist in den vereinbarten Servicezeiten. Ist keine Servicezeit vereinbart, ist der Beginn der Serviceleistungen ungewiss, da die AGB keine Auffangregelung vorsehen. Unabhängig hiervon ist aber postuliert, dass die Erledigung in angemessener Frist zu erfolgen hat. Diese Frist kann, wie oben aufgeführt, abhängig von den Umständen des Einzelfalls sehr schnell ablaufen. Sind keine Servicezeiten vereinbart könnte es somit zu dem Effekt kommen, dass der Service „rund um die Uhr“ zu leisten, da auch Reaktions- und Erledigungszeiten im Zweifel „rund um die Uhr“ laufen könnten.

### 7.2 (Verzug bei Nichteinhaltung von Reaktions- und Erledigungszeiten)

Der Auftragnehmer gerät automatisch (ohne Mahnung) in Verzug, wenn er vereinbarte Reaktions- oder Erledigungszeiten nicht einhält, es sei denn, er hat die Fristüberschreitung nicht zu vertreten.

Sind Reaktions- oder Erledigungszeiten nicht vereinbart muss der Auftragnehmer unverzüglich mit den Leistungen beginnen und diese in angemessener Zeit abschließen. In diesem Fall kommt der Auftragnehmer nur durch eine Mahnung des Auftraggebers in Verzug.

Eine **Mahnung** ist die bestimmte und eindeutige Aufforderung des Auftraggebers an den Auftragnehmer, die geschuldete Serviceleistung zu erbringen. Das Wort "Mahnung" muss dabei nicht auftauchen, so dass es sich zum Beispiel auch bei einer so benannten "Erinnerung" um eine Mahnung handelt, sofern nur die vorab genannten Kriterien erfüllt sind. Um jegliche Diskussion abzuschneiden, ist es aber geraten eine Mahnung auch als solche zu bezeichnen. Für den Fall des Verzuges gelten die Regelungen in Ziffer 14 (siehe Abschnitt IV.14 dieser Hinweise).

### 7.3 (Fristwahrung bei werkvertraglichen Serviceleistungen)

Grundsätzlich gilt für werkvertragliche Serviceleistungsverpflichtungen (z.B. Störungsbeseitigung, Wartung, Lieferung und Installation neuer Programmstände), dass sie erst mit der Abnahme als erfüllt gelten. Sind aber Erledigungszeiten vereinbart, die ja oft sehr kurz sind, hinge die Erledigung davon ab, dass der Auftraggeber soweit eine förmliche Abnahme vereinbart ist auch in der vereinbarten Zeit die Leistung abnimmt.

Dies ist dem Auftragnehmer nicht zumutbar. Daher ist hier für die fristgemäße Einhaltung der Erledigungszeit geregelt, dass die Erklärung der Betriebsbereitschaft durch den Auftragnehmer ausreichend sein soll.

Stellt sich aber heraus, dass die Leistung nicht erfolgreich war, befindet sich der Auftragnehmer seit Ablauf der Erledigungszeit in Verzug.

## 8. Ersatzgegenstände\*

Gemäß der Definition am Ende der AGB ist der Begriff Ersatzgegenstände der Oberbegriff für Ersatzsystemkomponenten, Ersatzteile, Verschleißteile und Verbrauchsmaterialien, die im Rahmen der Serviceleistungen zum Einsatz kommen. Dabei ist eine Ersatzsystemkomponente eine neue Systemkomponente, die eine defekte ersetzt (z.B. ein neuer Server), ein Ersatzteil, ein Teil zum Ersatz eines defekten Teils einer Systemkomponenten, um deren ursprüngliche Form wiederherzustellen (z.B. eine neue Festplatte), ein Verschleißteil ein Teil, das auch bei bestimmungsgemäßem Gebrauch innerhalb der voraussichtlichen Lebensdauer der Systemkomponente seine Funktionsfähigkeit verlieren kann (z.B. Druckerwalze, Akkus). Verbrauchsmaterialien sind Teile von

## **Nutzerhinweise EVB-IT Service**

Systemkomponenten, die auch bei bestimmungsgemäßen Gebrauch aufgebraucht werden (z.B. Druckertoner, Papier). Ersatzgegenstände kommen in erster Linie im Rahmen der Störungsbeseitigung und der Wartung (vorbeugende Maßnahmen in Sinne von Ziffer 2.2.2 der AGB) zum Einsatz. Im Vertrag kann geregelt werden, ob die Ersatzgegenstände gesondert (Nummer 9.1 des Vertrages) oder nicht gesondert (Nummer 5.2 des Vertrages) vergütet werden.

### **8.1 (Qualitätsmaßstab)**

Die AGB fordern, dass Ersatzgegenstände\* von mindestens gleicher Qualität wie das zu ersetzende Teil bevor es zu ersetzen war, und zum Zeitpunkt des Austausches neuwertig sein müssen. Neuwertig bedeutet nicht neu (das heißt unbenutzt), sondern bedeutet so minimal benutzt, dass diese Nutzung zu keinerlei Beeinträchtigung in Bezug auf Aussehen und Qualität geführt hat.

### **8.2 (Einsatzgrundsätze)**

Diese Regelung enthält den Grundsatz des sparsamen Einsatzes von Ersatzgegenständen. Der Auftragnehmer soll sie nur einzusetzen, soweit eine Störung nicht anders rechtzeitig zu beseitigen ist bzw. soweit für Wartungsarbeiten erforderlich. Für den Fall, dass die Ersatzgegenstände gesondert vergütet werden, hat der Auftragnehmer aber vor dem Einsatz eines Ersatzgegenstandes den Auftraggeber gemäß Ziffer 13.5 der AGB auf die Erforderlichkeit des Einsatzes eines Ersatzgegenstandes hinzuweisen, den Preis zu benennen und eine Beauftragung abzuwarten. Ist die Störung bis zum Ablauf einer vereinbarten Erledigungszeit nachweislich nur durch Einsatz eines entsprechenden Ersatzgegenstandes zu beseitigen, kann das Beauftragungserfordernis im Einzelfall dazu führen, dass der Auftraggeber sich mit einer Verlängerung der Erledigungszeit und z.B. mit einer Reparatur des defekten Teils zu einem späteren Zeitpunkt einverstanden erklärt (siehe auch Abschnitt IV.13.5 dieser Hinweise).

### **8.3 (Rechte des Auftraggebers beim Austausch von Ersatzgegenständen)**

Die AGB regeln grundsätzlich, dass der Auftragnehmer Übertragung des Eigentums an dem Ersatzgegenstand zum Zeitpunkt des Austausches verpflichtet ist. Für den Fall, dass der Auftraggeber den Ersatzgegenstand schon bei Übernahme in den Vorhalt vergüten will, regelt Ziffer 3 der AGB, dass die Eigentumsübertragung bereits mit Einstellung in den Vorhalt erfolgen muss. In diesem Fall entsteht ein Verwahrungsverhältnis, wenn die Ersatzgegenstände beim Auftragnehmer vorgehalten werden.

### **Achtung:**

Um den Verlust des Ersatzteiles im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers zu verhindern, ist es erforderlich, dass die Ersatzgegenstände beim Auftragnehmer gesondert als Eigentum des Auftraggebers ausgewiesen werden müssen (siehe hierzu auch Abschnitt IV.3). Der Auftragnehmer muss die zur Identifizierung der Ersatzgegenstände nötigen Informationen übermitteln. Hierzu gehören insbesondere Gerätebezeichnungen, Seriennummern der Ersatzgegenstände.

### **8.4 (Entsorgung der ausgetauschten Ersatzgegenstände)**

Die AGB regeln, dass der Auftragnehmer ausgetauschten Gegenstände auf Wunsch des Auftraggebers kostenfrei

entsorgen muss. Dies gilt auch für die Entsorgung der Verpackung des Ersatzgegenstandes. Diese Verpflichtung lässt entsprechende gesetzliche Vorschriften unberührt.

#### **8.5 (Schicksal von Datenträgern)**

(keine Kommentierung)

#### **8.6 (Entnahmerecht des Auftraggebers)**

Diese Regelung will sicherstellen, dass der Auftraggeber trotz des von ihm geäußerten Entsorgungswunsches gemäß Ziffer 8.4, das Recht hat, vor der Entsorgung Teile des zu entsorgenden Gegenstandes zu entfernen.

Der Auftragnehmer kann also nicht einwenden, dass er berechtigt sei, den Gegenstand vollständig zu erhalten.

### **9. Testsystem des IT-Systems**

In Nummer 8 des Vertrages kann vereinbart werden, dass und für welche Serviceleistungen ein Testsystem zum Einsatz kommen soll. Diese Ziffer der AGB enthält grundsätzliche Regelungen über Art und Umfang des Testsystems, die im Vertrag modifiziert werden können.

#### **9.1 (Verantwortlichkeit für Testsystem)**

Wird der Einsatz eines Testsystems vereinbart, stellt dieses in der Regel der Auftraggeber. Der Auftraggeber sollte bei der Vereinbarung eines von ihm gestellten Testsystems beachten, inwieweit die von ihm genutzte Software auch für das Testsystem lizenziert ist oder ob er ggf. eine weitere Lizenz erwerben muss. Dies gilt auch für die im Rahmen des Services zu liefernden neuen Programmstände der Software, die sowohl auf dem Testsystem als auch auf dem Produktivsystem zu Einsatz kommt. Manche Lizenzbedingungen sehen die zusätzliche Nutzung der Software in einer Testumgebung als Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Andere Lizenzbedingungen sehen hierin eine zusätzliche Nutzung, die gesondert zu vergüten ist.

Der Auftragnehmer übernimmt die Betreuung des Testsystems und sorgt dafür, dass die vereinbarten Leistungen zuerst dort und danach erst im Produktivsystem erbracht werden.

#### **9.2 (Durchführung von Tests)**

(Keine Kommentierung)

#### **9.3 (Aktualität des Testsystems)**

Die AGB sehen auch vor, dass der Auftragnehmer auch dann für die Aktualität des Testsystems zu sorgen hat, wenn es vom Auftraggeber gestellt wird und soweit im Vertrag nichts anderes vereinbart ist. Dies hat der Auftragnehmer bei der Kalkulation seiner Leistungen zu berücksichtigen, insbesondere, wenn er die jeweilige Aktualität vor Ort und nicht „remote“ herstellen muss. Der Auftraggeber sollte beim Einsatz des Testsystems darauf achten, dass dieses vom Produktivsystem möglichst weitgehend getrennt sein sollte, damit die zu testende Software keinen Schaden für den produktiven Betrieb anrichten kann. Andererseits sollte das Testsystem dem Produktivsystem so ähnlich wie möglich sein, damit Probleme im Zusammenhang mit der technischen Ablaufumgebung bereits im Test erkannt (und behoben) werden können.

Soweit nichts anderes vereinbart ist, hat der Auftragnehmer zudem dafür zu sorgen, dass im Testsystem für aussagekräftige Tests ausreichende und, soweit erforderlich, aktuelle Daten vorgehalten werden, wenn im Vertrag keine andere Regelung erfolgt. Auch für diesen Fall ist es aber ratsam, dass Testdaten in Abstimmung



mit dem Auftraggeber erstellt werden sollten. So kann auf die Qualität der Testdaten und der Testfälle Einfluss genommen werden. Häufig kennt auch nur der Auftraggeber die Besonderheiten des Datenbestandes und kann so bei der Erstellung von Testdaten unterstützen, die zu belastbaren Aussagen über die kritischen Funktionalitäten führen. Auch kann der Auftraggeber am besten bestimmen, welche Funktionalitäten für ihn besonders wichtig sind und damit die Gewichtung der Testfälle und der dazu erforderlichen Daten vorgeben.

#### **9.4 (Einschränkung der Verzugschaftung bei Verwendung von Testsystemen)**

In Ziffer 7.2 der AGB ist geregelt, dass und wann der Auftragnehmer bei Nichteinhaltung von Erledigungszeiten in Verzug kommt. Diese Ziffer 9.4 sieht vor, dass bei Einsatz eines Testsystems ausnahmsweise kein Verzug eintritt, wenn die Serviceleistung erfolgreich im Testsystem erbracht wurde, aber ein Fehler erstmals nach der Überführung in das Produktivsystem auftritt und dieser Fehler auf unbekannte und nicht vorhersehbare Abweichungen zwischen Testsystem und Produktivsystem zurückzuführen ist. Voraussetzung ist aber weiter, dass der Auftragnehmer ansonsten alle Serviceleistungen erbracht hat. Hierzu gehören z.B. ggf. notwendige Wartungsleistungen, eine Bestandsaufnahme oder auch die Verpflichtung zur Aktualisierung des Testsystems.

### **10. Dokumentation**

#### **10.1 (Umfang der Dokumentation der Serviceleistungen)**

In dieser Ziffer wird festgelegt, wie und in welchem Umfang der Auftragnehmer die Serviceleistungen selbst zu dokumentieren hat. Die Regelung ist ausführlich und sollte in den vielen Fällen ausreichen. Insbesondere wird geregelt, dass bereits im Rahmen der initialen Bestandsaufnahme (siehe Ziffer 2.1) oder Bestandserfassung im Rahmen des Lizenzmanagements (siehe Ziffer 2.7.1) erstellten Berichte fortgeschrieben werden.

Im Vertrag können weitere Dokumentationspflichten festgelegt werden. Diese können je nach Komplexität des IT-Systems umfangreiche Anweisungen sein.

#### **10.2 (Pflicht zur Ergänzung der Dokumentation des IT-Systems)**

In dieser Ziffer wird ausführlich geregelt, dass die Serviceleistungen oder Mangelbeseitigungsarbeiten gemäß Ziffer 17 mit der Pflicht verbunden sind, bestehende Dokumentationen des IT-Systems oder der Systemkomponente (z.B. Handbücher, Installations- und Integrationsbeschreibungen, Betriebsführungskonzepte) zu aktualisieren oder zu ergänzen, wenn dies erforderlich ist. Bei diesen Dokumentationen handelt es sich im Ursprung um die Dokumente, die dem Auftragnehmer mit Beginn des Vertrages übergeben wurden.

#### **10.3 (Rechte an der Dokumentation)**

Die Dokumentationen des IT-Systems sind in der Regel urheberrechtlich geschützt. Es ist daher sinnvoll Art und Umfang der Nutzungsrechte zu regeln, die der Auftraggeber an den Dokumentationen und ihren Änderungen erhält.

Es wird geregelt, dass der Auftraggeber an aktualisierten oder ergänzten Dokumentationen mindesten dieselben Rechte erhält, die für die ursprüngliche Dokumentation vereinbart waren. An Dokumentationen, die der Auftragnehmer für den Auftraggeber neu erstellt, räumt er diesem die Rechte gemäß Ziffer 5.2.2 der AGB ein. D.h. der Auftraggeber ist auch berechtigt, diese Dokumentationen für eigene Zwecke zu bearbeiten und beliebig zu vervielfältigen. Es ist jedoch ein nichtausschließliches Recht, d. h. der Auftragnehmer bleibt ebenfalls

berechtigt, die Dokumentation zu nutzen und zu verwerten, soweit im Vertrag keine andere Regelung vereinbart wird.

An nicht für den Auftraggeber erstellten neuen Dokumentationen (Standarddokumentationen) erhält der Auftraggeber einfache Nutzungsrechte wie an Standardsoftware.

## **11. Mitteilungspflichten des Auftragnehmers**

§241 Abs. 2 BGB postuliert, dass ein Schuldverhältnis jede Vertragspartei zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten kann. Aus dieser Verpflichtung hat die Rechtsprechung umfangreiche Aufklärungs- und Beratungspflichten z.B. auch für IT-Anbieter entwickelt.

Das Ausmaß dieser Pflichten ist abhängig von dem Know-how-Gefälle zwischen den Parteien, dem Vertrauen, dass eine Partei der anderen entgegenbringt und der Abhängigkeit von der pflichtgemäßen Leistungserbringung. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der Erbringung von IT-Leistungen.

Der Auftragnehmer übernimmt auf der Grundlage des EVB-IT Servicevertrages umfangreiche Betreuungspflichten für das IT-System, zum Teil auch als Generalunternehmer. Schon auf Grund des Gesetzes aber auch auf Grund der umfangreichen Rechtsprechung zu diesem Thema treffen ihn daher in hohem Maße Informations-Beratungs- und Aufklärungspflichten.

Die AGB regeln hier die wichtigsten dieser Pflichten, aber nicht alle.

### **11.1 (Übersicht über die Mitteilungspflichten)**

Eine der Mitteilungspflichten aus Ziffer 11.1 ist, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich in Textform (E-Mail reicht) mitzuteilen hat, wenn dessen Vorgaben, oder Forderungen in wesentlichem Umfang fehlerhaft, unvollständig, widersprüchlich oder nicht wie vereinbart ausführbar sind bzw. für ihn eine wirtschaftlichere Lösung besteht. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer sich einerseits bei Problemen mit dem IT-System nicht dadurch exkulpieren kann, dass der Auftraggeber falsche Forderungen oder Vorgaben gemacht hat. Dies gilt natürlich nur dann, wenn der Auftragnehmer diese Unterlassung zu vertreten hat (siehe hierzu Ziffer 11.2). Andererseits hat der Auftragnehmer auch die Verpflichtung, bei Forderungen des Auftraggebers diesem mitzuteilen, wenn die Umsetzung der Forderung zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führt und günstigere Lösungen bestehen.

In der Ziffer 11.1 werden darüber hinaus weitere Mitteilungspflichten festgelegt.

### **11.2 (Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Mitteilungspflichten)**

Das Gesetz sieht vor, dass Schuldner für jede Art von Pflichtverletzung haften. Ziffer 11.2 privilegiert den Auftragnehmer gegenüber dem Gesetz. Er haftet für die Nichterfüllung dieser Pflichten nur, wenn er die zur Mitteilungspflicht führenden Umstände hätte erkennen müssen. „Erkennen müssen“ bedeutet, dass der Auftragnehmer diese Umstände grob fahrlässig nicht erkannt hat. Er haftet damit nicht für leicht fahrlässige Unkenntnis, also die Umstände, die er aufgrund seiner Sach- und Fachkenntnis zwar hätte „erkennen können“ aber nicht zwingend hätten „erkennen müssen“. Um solche Umstände zu erkennen, muss der Auftragnehmer allerdings keine gesonderten Untersuchungen oder Prüfungen vornehmen, sondern nur solche, die für die Erbringung der Serviceleistungen erforderlich sind.

Die Mitwirkungen des Auftraggebers im Servicevertrag und die rechtlichen Konsequenzen bei deren Nichterbringung sind in Ziffer 15 geregelt (siehe Abschnitt IV.15 dieser Hinweise). In dieser Ziffer 11.2 ist geregelt,

dass der Auftragnehmer den Auftraggeber vorab auf alle Mitwirkungsleistungen hinweisen muss, die nicht in abgestimmten Zeitplänen enthalten sind und zwar so rechtzeitig, dass der Auftraggeber diese seinerseits noch rechtzeitig erbringen kann. Mit dieser Regelung wird die Verantwortung des Auftraggebers für seine Mitwirkung etwas entschärft und das Risiko einer ausbleibenden Mitwirkung in diesen Fällen auf den Auftragnehmer verlagert. Verletzt der Auftraggeber tatsächlich Mitwirkungspflichten, die für den Projekterfolg wesentlich sind, hat der Auftragnehmer den Auftraggeber darauf und auf mögliche Folgen ebenfalls hinzuweisen. Auch dies soll zum Einen dazu beitragen, dass der Auftraggeber die Mitwirkung schnellstmöglich nachholen kann aber zum Anderen auch dazu führen, dass der Auftragnehmer sich nur begrenzt auf die fehlende Mitwirkung berufen kann, wenn er die Mitteilungspflicht verletzt.

## **12. Personal des Auftragnehmers, Subunternehmer**

### **12.1 (Ansprechpartner – keine Kommentierung)**

### **12.2 (Qualität des Personals)**

In dieser Ziffer wird zunächst geregelt, dass das eingesetzte Personal für die Erbringung der vereinbarten Leistung ausreichend qualifiziert sein muss und zwar bereits zu Beginn seines Einsatzes. Es ist nicht ausreichend, Personal zur Verfügung zu stellen, das sich erst im Verlaufe seiner Tätigkeit – und damit im Zweifel auf Kosten des Auftraggeber – entsprechend qualifiziert.

Weiterhin ist in dieser Ziffer geregelt, dass der Auftragnehmer nur Personal einsetzen darf, welches bereit ist, sich nach dem Verpflichtungsgesetz verpflichten zu lassen. Gemäß Verpflichtungsgesetz sollen u.a. solche Personen auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet werden, die keine Amtsträger sind, jedoch für die öffentliche Hand tätig sind. Dies gilt auch ohne die Regelung in den AGB. Die AGB-Regelung stellt auch keine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verpflichtungsgesetzes dar. Die AGB-Regelung ist erforderlich, weil der Auftragnehmer keine arbeitsrechtliche Möglichkeit hat, im Nachhinein sein Personal entsprechend zu zwingen und daher bereits im Vorfeld überprüfen muss, ob das einzusetzende Personal auch bereit ist, sich verpflichten zu lassen.

Die Klärung der Frage, ob sein Personal bereit ist, sich verpflichten zu lassen, erfordert naturgemäß Aufwand für den Auftragnehmer, der umso höher ist, wenn das Personal im Ausland ansässig ist. Ggf. ist es für den Auftragnehmer schwierig, überhaupt Personal im Ausland zu finden, das zu einer Verpflichtung nach deutschem Recht bereit ist. Es kann daher in Ausnahmefällen geboten sein, den Auftragnehmer von dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu befreien. Eine entsprechend Regelungsmöglichkeit enthält der Vertrag unter Nummer 21.1.

### **12.3 (Schlüsselpositionen)**

Gemäß dieser Ziffer kann der Auftragnehmer Personal, das gemäß Nummer 20 des Vertrages auf Schlüsselpositionen eingesetzt ist, nur mit Einwilligung des Auftraggebers auswechseln. Die Vereinbarung von 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. Gerade bei einem Dauerschuldverhältnis fällt es dem Auftragnehmer oft sehr schwer, Personen langfristig für das konkrete Vertragsverhältnis einzusetzen. Die Vereinbarung von Schlüsselpositionen sollte sich daher auf einige wesentliche Rollen beschränken. 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.

#### **12.4 (Auswechslungsrecht)**

Gemäß dieser Ziffer kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer die Auswechslung bestimmter Personen verlangen. Gründe dafür können u.a. schlechte Arbeit oder der Wegfall einer persönlichen Voraussetzung, z.B. einer Sicherheitserklärung sein. Ein weiterer Grund kann ein pflichtwidriges Verhalten sein. Dabei kommt es nach dieser Ziffer auf die Erheblichkeit der Pflichtwidrigkeit an. Will der Auftraggeber bereits bei einer unerheblichen Pflichtverletzung einen Auswechslungsanspruch haben, muss er dies im Vertrag, z.B. dort als zusätzliche Regelung unter Nummer 21.1 entsprechend vorsehen.

#### **12.5 (Subunternehmer)**

Die Einschaltung oder Auswechslung von Subunternehmern bedarf gemäß dieser Ziffer der Zustimmung des Auftraggebers. Die Zustimmung gilt als erteilt für bereits im Angebot benannte Subunternehmer. Einem Einsatz oder einer Auswechslung muss der Auftraggeber zustimmen, wenn er den Subauftragnehmer auch im Vergabeverfahren akzeptiert hätte und auch sonst kein sachlicher Grund für eine Ablehnung vorliegt. An das Vorliegen eines sachlichen Grundes werden niedrigere Anforderungen gestellt als an einen „wichtigen“ Grund.

#### **12.6 (Weisungsrecht)**

In dieser Ziffer ist geregelt, dass der Auftraggeber den Mitarbeitern des Auftragnehmers keine Weisungen erteilen darf. Damit und mit den weiteren Regelungen soll ein Problem vermieden werden, dass insbesondere bei Leistungen, die regelmäßig oder dauerhaft beim Auftraggeber vor Ort erbracht werden, auftreten kann. Insbesondere beim vor Ort Service gemäß Ziffer 2.6 besteht die Gefahr, die Grenze zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung bzw. bei Beauftragung von Einzelpersonen auch die der Scheinselbstständigkeit zu überschreiten. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Mitarbeiter praktisch wie eigene Mitarbeiter des Auftraggebers behandelt werden. Typische Beispiele, an denen dies erkennbar wird, sind die Eingliederung in die Organisation, z.B. durch Aufnahme in die Telefonliste ohne Hinweise auf den externen Status, die Vorgabe von Arbeits- und Urlaubszeiten und vor allem direkte Arbeitsanweisungen durch den Auftraggeber. Möchte der Auftraggeber hier Sicherheit, besteht ggf. die Möglichkeit, bereits in der Ausschreibung vorzusehen, dass der Auftragnehmer über eine gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügen muss. Zu beachten ist, dass dies allein nicht ausreicht, um eine ordnungsgemäße Arbeitnehmerüberlassung durchzuführen. Zu beachten ist insbesondere, dass der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestimmten Anforderungen genügen muss und dass bestimmte Arbeitsbedingungen zu gewähren sind. Soweit nicht der Weg über eine

## **Nutzerhinweise EVB-IT Service**

Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gegangen werden soll, muss der Einsatz so geplant werden, dass die Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung bzw. der Scheinselbständigkeit vermieden werden. So soll es gemäß einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 1. August 2013 (AZ: 2 Sa 6/13) möglich sein, die Erteilung direkter Weisungen durch die konsequente Nutzung eines Ticketsystems zu vermeiden. Ob eine solche Maßnahme von Erfolg gekrönt ist, hängt jedoch sehr stark vom Einzelfall ab. Eine vorherige rechtliche Prüfung ist hier in jedem Falle erforderlich.

### **Achtung:**

Die Regelung in dieser Ziffer bietet allein keinerlei Sicherheit. Voraussetzung für die Vermeidung von illegaler Arbeitnehmerüberlassung und Scheinselbständigkeit ist, dass das Vertragsverhältnis auch so „gelebt“ wird, d.h. die gerade genannten Themen tatsächlich berücksichtigt werden.

## **13. Vergütung**

### **13.1 (Pauschal festpreis)**

Auch die EVB-IT Service gehen grundsätzlich davon aus, dass für den Service ein periodisch zu zahlender Pauschal festpreis vereinbart wird. Der Pauschal festpreis 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 Pauschal festpreises kann der Auftraggeber die Angabe der Anteile von Einzelleistungen am Pauschal festpreis 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.

Soweit im Vertrag nichts anderes geregelt ist, wird ein regelmäßig zu zahlender Festpreis monatlich nachträglich zum 15. eines Monats fällig. Allerdings wird in manchen Bereichen gefordert, dass die Vergütung für ein ganzes Jahr im Voraus gezahlt wird. Davon ist regelmäßig abzuraten. Dies schon deshalb, weil der Auftraggeber damit die Möglichkeit verliert, berechnete Abzüge (z.B. für Vertragsstrafen) vorzunehmen und den Auftragnehmer so zur pflichtgemäßen Leistungserbringungen anzuhalten. Darüber hinaus ist die Vorauszahlung auch haushaltsrechtlich problematisch, soweit sie ohne entsprechende Sicherheit erfolgt (siehe dazu Abschnitt 5.3 dieser Hinweise).

### **13.2 (Vergütung nach Aufwand)**

Diese Ziffer regelt die Bedingungen für den Fall, dass eine Vergütung nach Aufwand für einzelne oder alle Leistungen vereinbart ist.

#### **13.2.1 (Kosten, Wartezeiten und Obergrenzen)**

Vereinbaren die Parteien eine Vergütung nach Aufwand, ist auf jeden Fall im Vertrag unter Nummer 13.4 festzuhalten, ob und wie Reisekosten, Reisezeiten und Nebenkosten vergütet werden. Ebenfalls ist unter Nummer 9 des Vertrages zu regeln, ob und wie Ersatzgegenstände vergütet werden.

## **Nutzerhinweise EVB-IT Service**

Wird eine Vergütung nach Aufwand mit Obergrenze vereinbart, gilt gemäß dieser Ziffer, 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.

### **13.2.2 (Kostenanschlag)**

Durch diese Regelung erhält der Auftraggeber die Möglichkeit, die Entstehung von Aufwandsvergütungen in gewissem Umfang zu steuern. Ist z.B. für die Störungsbeseitigung eine Aufwandsvergütung vereinbart, muss der Auftragnehmer vor der eigentlichen Beseitigung der Störung ein Kostenanschlag oder nach Wahl des Auftraggebers sogar ein Pauschalfestpreisangebot unterbreiten. Dies hat innerhalb der Reaktionszeit zu geschehen. Ein solches Vorgehen ist natürlich nur bei Systemen denkbar, bei denen die Störungsbeseitigung nicht zeitkritisch ist. Ist dies hingegen der Fall, muss entweder eine Pauschale vergütet werden oder bei einer Vergütung nach Aufwand von dem vorherigen Angebot abgesehen werden – auch unter Inkaufnahme des Risikos hoher Kosten.

### **13.3 (Fälligkeit – keine Kommentierung)**

### **13.4 (Tages- und Stundensätze)**

Grundsätzlich umfasst ein Personentag acht Arbeitsstunden. Dafür wird ein Tagessatz gezahlt. 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 13.3 des Vertrages getroffen werden.

Bei der Bestimmung der geleisteten Stundenzahl ist 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.

### **13.5 (Vergütung von Ersatzgegenständen\*, Beistellung derselben durch den Auftraggeber)**

Diese Ziffer regelt die Verpflichtungen des Auftragnehmers für den Fall, dass im Vertrag unter Nummer 9 vereinbart ist, dass Ersatzgegenstände zusätzlich zu vergüten sind. Danach hat der Auftragnehmer den ggf. vereinbarten bzw. anderenfalls einen marktüblichen Preis zu nennen und entweder die Beauftragung oder die Beistellung der Ersatzgegenstände durch den Auftraggeber abzuwarten, wozu letzter stets das Recht hat.

### **13.6 (Zahlungsziel)**

Gemäß dieser Ziffer ist eine Vergütung, sofern sie fällig ist, innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der prüffähigen Rechnung zu zahlen. Dies kann auch eine Dauerrechnung sein. Die Wendung „zu zahlen“ bedeutet, dass der Auftraggeber so rechtzeitig vor Ablauf der Zahlungsfrist die Überweisung veranlasst, dass das Geld bei regulärer Abwicklung der Bank vor dieser Frist beim Auftragnehmer eingeht. Allerdings haftet der Auftraggeber, der die Überweisung rechtzeitig veranlasst, nicht für Verzögerungen im Bankverkehr.

### **13.7 (Preisanpassung)**

Soweit in Nummer 5.5 des Vertrages die Geltung der hier geregelten Preisanpassungsklausel vereinbart wird, kann die Vergütung für Systemserviceleistungen erstmals zum Ablauf des 15. Monats nach Beginn der Leistungserbringung 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 und muss außerdem angemessen und marktüblich sein.

### **13.8 (Umsatzsteuer – keine Kommentierung)**

## **14. Verzug**

### **14.1 (Verzugsfolgen)**

Die Regelungen zum Auftragnehmerverzug betreffen den häufigsten Fall von Pflichtverletzungen, nämlich dass die Leistung zu spät erbracht wird.

Verzug tritt ein bei Überschreitung von vereinbarten Terminen oder Fristen. Soweit weder Termine noch Fristen vereinbart sind, erfordert der Verzug auch eine Mahnung des Auftraggebers (siehe hierzu auch Abschnitt IV.7.2 dieser Hinweise).

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, sieht das Gesetz in § 286 Abs. 4 BGB 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 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, u.U. kann auch eine mehrmonatige Frist noch unangemessen kurz sein (siehe hier auch Abschnitt IV.7.2 dieser

Hinweise). 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 ganz oder teilweise kündigt und insoweit 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.

**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.

Gemäß Ziffer 20.1 der AGB ist bei leichter Fahrlässigkeit des Auftragnehmers der Verzugsschadenersatz der Höhe nach begrenzt.

#### **14.2 (Vertragsstrafe)**

Anders als in den Regelungen zum Systemservice in den EVB-IT System, Systemlieferung und Erstellung ist in dieser Ziffer eine Standardregelung für Vertragsstrafen wegen der Überschreitung von Reaktions- und Erledigungszeiten aufgenommen worden. Die Höhe der Vertragsstrafe hängt von der jährlichen Vergütung für die Serviceleistungen ab. Soweit nur Pauschalpreise vereinbart sind, ist die Berechnung entsprechend einfach. Werden allerdings Leistungen nach Aufwand vergütet, ist die Bestimmung der jährlichen Vergütung Betrages und damit die Höhe der Vertragsstrafen erst am Ende des Jahres bestimmbar. Daher sollte in diesen Fällen von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, die Vertragsstrafe in Nummer 18 des Vertrages individuell zu modifizieren, z.B. Vertragsstrafe pro angefangene Zeiteinheit der Überschreitung zu vereinbaren.



**Achtung:** Es sollten keine Vertragsstrafen ohne jährliche Obergrenze vereinbart werden. Auch sollte klargestellt werden, dass die Vertragsstrafe nur geschuldet wird, wenn der Auftragnehmer die Überschreitung zu vertreten hat, wobei hier sein Verschulden wie beim Verzug allgemein vermutet wird und er sich zu entlasten hat.

### **14.3 (Abbedingung von § 341 Abs. 3 BGB)**

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 noch innerhalb eines Jahres seit ihrem Entstehen geltend gemacht werden kann. Diese Zeit sollte jedoch keinesfalls ausgenutzt werden, sondern eine Vertragsstrafe immer zeitnah eingefordert bzw. von der Vergütung abgezogen werden, weil sie anderenfalls ihren Charakter als Ermahnung zur pflichtgemäßen Vertragserfüllung verliert und außerdem aus der ungekürzten Zahlung der laufenden Vergütungen ein Verzicht auf die Vertragsstrafe abgeleitet werden kann.

## **15. Mitwirkung des Auftraggebers**

Für die Serviceleistungen, die dem Werkvertragsrecht unterliegen, 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 Obliegenheit, hier der Mitwirkung, also nicht einklagen.

Für den Auftragnehmer sind die notwendigen Mitwirkungen des Auftraggebers oft unverzichtbar, um die Serviceleistungen 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.

Der Auftraggeber hingegen sollte daran interessiert sein, Mitwirkungsleistungen nur dort zu übernehmen, wo sie unverzichtbar 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.

### **15.1 (Umfang)**

Die wichtigsten Mitwirkungen des Auftraggebers sind bereits in den AGB aufgeführt. In Ziffer 15.1 wird zunächst auf Mitwirkungsobliegenheiten in anderen Ziffern der AGB verwiesen. Darüber hinaus regelt die Ziffer allgemeine Mitwirkungsobliegenheiten.

Der letzte Satz dieser Ziffer regelt, dass sonstige Ansprüche des Auftragnehmers unberührt bleiben, wenn der Auftraggeber seine Mitwirkungsleistungen nicht erbringt. Diese sonstigen Ansprüche ergeben sich aus dem BGB. Dieses sieht in diesem Fall folgende Konsequenzen vor:

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

- § 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.

### 15.2 (Störungsmeldung)

Die EVB-IT Service enthalten wie fast alle EVB-IT mit dem Muster 1 ein Störungsmeldeformular, auf dem der Auftraggeber Störungen melden kann. Im Vertrag kann hiervon in den Nummer 10.2.2.1 des Vertrages abgewichen werden. Z.B. können die Parteien dort die Nutzung eines Ticketsystems (Nummer 7 des Vertrages) vereinbaren.

### 15.3 (Teleservice)

Unter Teleservice wird ein Fernzugriff (auch Remote-Zugriff) durch den Auftragnehmer auf die Systeme des Auftraggebers verstanden. 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 V dieser Hinweise. Auch für den Teleservice sehen die AGB in ihrer Ziffer 1.7 vor, dass der Einsatz von automatisierten Tools nur dann möglich ist, wenn die dort genannten Anforderungen erfüllt sind (siehe dazu auch die Anmerkungen in diesen Hinweisen zu Ziffer 1.7). Es ist in diesem Zusammenhang auch zu prüfen, ob im konkreten Anwendungsfall an das Tool weitere Anforderungen gestellt werden müssen. Diese können über Nummer 21.8 des Vertrages in einer Anlage vereinbart werden.

### 15.4 (Datensicherung)

Diese Ziffer regelt, dass die Datensicherung dem Auftraggeber selbst obliegen soll. Die entspricht der Anforderung der Rechtsprechung, wonach vor jedem Eingriff eines Dienstleister in ein System des Auftraggebers, dieser die Daten des Systems sichern muss. Tut er dies nicht, soll der Auftragnehmer für einen etwaigen Datenverlust nur insoweit haften, als die Daten auch bei ordnungsgemäßer Sicherung verloren wären (siehe Ziffer 20.2 der AGB), da den Auftraggeber insoweit ein Mitverschulden trifft.

Es sollte stets geprüft werden, ob im Vertrag vereinbart wird, dass der Auftragnehmer für die Datensicherung verantwortlich ist. Dies kann z.B. generell in Form der Vereinbarung von Datensicherungsservices gemäß Ziffer 2.9 und Nummer 10.10 geschehen oder z.B. durch eine spezielle Vereinbarung vor jedem Systemeingriff.

## 16. Abnahme von Serviceleistungen

### 16.1 (Abnahme durch Erklärung der Betriebsbereitschaft)

Gemäß dieser Ziffer 16.1 hat der Auftragnehmer nach Durchführung von Serviceleistungen stets erneut die Betriebsbereitschaft des IT-Systems zu erklären. Abgenommen werden müssen aber in der Regel nur Serviceleistungen des Auftragnehmers, die zu nicht unwesentlichen Eingriffen in das IT-System führen. Bei unwesentlichen Eingriffen ist statt einer Abnahme die Erklärung der Betriebsbereitschaft ausreichend. In Nummer 15.1 kann aber von diesem Grundsatz abgewichen werden.

Hier und in Ziffer 9.2 ist geregelt, dass die Erklärung der Betriebsbereitschaft bzw. die Abnahme der Serviceleistungen im Produktivsystem erfolgt. Dies gilt auch, wenn ein Testsystem genutzt wird und Tests zuvor dort stattgefunden haben. Im Vertrag kann in Nummer 15.2 davon abweichend geregelt werden, dass für alle oder für bestimmte Serviceleistungen die Mitteilung über den Erfolg des Tests die Erklärung der Betriebsbereitschaft ersetzt. Von dieser Regelung sollte jedoch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Überführung der Serviceleistungen in das Produktivsystem - z.B. aus Sicherheitsgründen - durch den Auftraggeber erfolgen muss.

### 16.2 (ausdrückliche Abnahme – keine Kommentierung)

### 16.3 (Abnahmefiktion)

Ist eine ausdrückliche Abnahme aufgrund der AGB oder einer Regelung im Vertrag vereinbart und verweigert der Auftraggeber diese, obwohl die Leistung keine wesentlichen Mängel aufweist, dann tritt gemäß § 640 BGB eine Abnahmefiktion ein. Diese Ziffer wiederholt lediglich die gesetzliche Regelung und geht nicht darüber hinaus. Insbesondere tritt die Fiktion dann nicht ein, wenn die Leistung wesentliche Mängel aufweist.

## 17. Rechte des Auftraggebers bei Mängeln der Serviceleistungen

### 17.1 (Haftung für Sach- und Rechtsmängel)

Anders als die anderen Systemverträge regeln die EVB-IT Service AGB nur die Verjährungsfristen für etwaige Sach- und Rechtsmängelansprüche. Ob und in welchem Umfang solche Ansprüche überhaupt bestehen, ergibt sich hingegen nicht aus den AGB, sondern bezüglich der unterschiedlichen Leistungsarten aus dem Gesetz. So bestehen z.B. für Werkleistungen und bei Anwendung von Kaufrecht bei Bezug von verfügbaren Programmständen verschuldensunabhängige Sach- und Rechtsmängelansprüche (Gewährleistung), während dies bei Dienstleistungen nach dem Gesetz nicht der Fall ist.

### 17.2 (Ausschluss der Rechtsmängelhaftung)

In dieser Regelung wird die Rechtsmängelhaftung für Systemkomponenten für bestimmte Ansprüche wegen Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen im Sinne der deutschen Rechtsordnung **ausgeschlossen**, 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 16 des Vertrages, **vorletztes Ankreuzfeld**, 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.

### **17.3 (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 verhandeln<sup>3</sup>. 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:**

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.

### **17.4 (Nacherfüllung)**

Zunächst kann der Auftraggeber Nacherfüllung verlangen, vgl. § 634 S.1 BGB und Ziffer 17.4 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).

### **17.5 (Selbstvornahme, Minderung und Kündigung)**

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

#### **Selbstvornahme**

---

<sup>3</sup> § 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 Service**

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. 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. 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 bleibt das Recht zur Selbstvornahme ein unverzichtbares Druckmittel auf einen ggf. 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.

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.

### **Kündigung**

Statt zu mindern kann der Auftragnehmer nach nochmaliger Fristsetzung den Vertrag auch ganz oder teilweise kündigen.

### **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

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

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.

Die Höhe des Schadens- und Aufwendungsersatzes ist in Ziffer 20 der AGB mit den dort aufgeführten Ausnahmen gedeckelt, soweit nicht in Nummer 17 des Vertrages eine andere Regelung getroffen wurde (siehe dazu auch Abschnitte IV.20 und III.17 dieser Hinweise).

### **17.6 (Abtretung von Mängelhaftungsansprüchen, die dem Auftragnehmer gegen Dritte zustehen)**

Neu in der EVB-IT-Welt ist die Regelung zur Abtretung von zusätzlichen Nacherfüllungs- und Aufwendungsersatzansprüchen aus Mängel- oder Garantiehaftung, die der Auftragnehmer gegen seine Subunternehmer oder Lieferanten hat. Der Auftragnehmer ist diesen Fällen verpflichtet den Auftraggeber hiervon unverzüglich zu unterrichten und ihm gleichzeitig verbindlich deren Abtretung anzubieten, soweit dies nicht zwischen dem Auftragnehmer und seinem Lieferanten oder Subunternehmer wirksam vertraglich ausgeschlossen ist. Die Annahme eines solchen Abtretungsangebots kann vor allem dann sinnvoll sein, wenn dem Auftragnehmer längere oder umfangreichere Mängelhaftungsansprüche zustehen, als sie der Auftraggeber vom Auftragnehmer aufgrund des EVB-IT Servicevertrages erhält. Normalerweise birgt die Annahme einer solchen Abtretung auch keine Risiken, weil nach der Regelung in den AGB die unmittelbaren Ansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer unberührt bleiben.

### **18. Schutzrechte Dritter**

Hier wird der Fall geregelt, dass durch die Serviceleistungen Schutzrechte Dritter verletzt werden. Dies ist immer dann gegeben, wenn Dritte 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 17 der AGB bezieht sich daher sowohl auf Sach- als auch auf Rechtsmängel.

Neben den gesetzlichen und vertraglichen Mängelansprüchen sieht Ziffer 18 bei Ansprüchen Dritter wegen der Verletzung von Schutzrechten nunmehr als Kompromiss mit der Wirtschaft zusätzliche und gemäß Ziffer 17.4 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 Leistung 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 Leistung gegen Erstattung der entsprechenden Vergütung zurückzunehmen.

Unabhängig davon bleiben die sonstigen Ansprüche des Auftraggebers auf Selbstvornahme, Minderung, Kündigung sowie ggf. 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

Leistungen wählt, weil hierdurch dem Auftraggeber in der Regel weitere Nachteile entstehen, die der Kompensation bedürfen.

### **19. Pflichtverletzung bei Dienstleistungen**

Gemäß Ziffer 1.3 der AGB werden Serviceleistungen häufig Werkleistungen sein. Ist dies jedoch ausnahmsweise nicht der Fall, sondern handelt es sich um Dienstleistungen, so hat der Auftraggeber nach der gesetzlichen Regelung keinen Anspruch auf eine fehlerfreie Wiederholung der Dienstleistung oder deren entsprechende Korrektur, sondern lediglich einen Schadensersatzanspruch, wenn der Auftragnehmer aufgrund seines Verschuldens eine Dienstleistung fehlerhaft erbracht hat.

Diese gesetzliche Regelung wird durch Ziffer 19 der AGB um einen verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers ergänzt, wie ihn das Werkvertragsrecht kennt. Damit kann es für viele Fälle zunächst dahinstehen, ob im Einzelfall eine Werk- oder eine Dienstleistung vorliegt - in beiden Fällen kann zunächst eine mangelfreie Wiederholung oder Korrektur der Leistung verlangt werden.

### **20. 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 leichte 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 Vertrags vernünftig zu kalkulieren. Insbesondere größeren Anbietern fällt es regelmäßig aufgrund ihrer internen Richtlinien, teilweise aber auch aufgrund externer Vorgaben (z. B. US-amerikanischen Revenue Recognition Rules) sehr schwer, Angebote ohne Haftungsbeschränkung abzugeben.

Deshalb sehen die EVB-IT Service-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.

#### **20.1 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 20.1 werden Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche grundsätzlich für alle Schadensfälle zusammengefasst insgesamt auf den Auftragswert begrenzt.

Der Auftragswert beim EVB-IT Servicevertrag ist die Vergütung, die für dessen gesamte Vertragslaufzeit zu zahlen ist. Die Haftungsobergrenze beträgt aber mindestens das Doppelte und ist auf das Vierfache der für das erste Vertragsjahr zu zahlenden Vergütung gedeckelt. Dabei bleiben jedoch Reduktionen, die aufgrund parallel bestehender Mängelhaftungsansprüche vereinbart werden, außer Betracht.

#### **Beispiel:**

Die Laufzeit des EVB-IT Servicevertrages beträgt drei Jahre. Die jährliche Pauschale beträgt 5.000 €. Wegen paralleler Gewährleistungsansprüche wird die Pauschale für das erste Vertragsjahr auf 2.500 € reduziert. Die

## **Nutzerhinweise EVB-IT Service**

Haftungsobergrenze beträgt somit  $3 * 5.000 \text{ €} = 15.000 \text{ €}$ , da die Reduzierung für das erste Jahr außer Betracht bleibt.

Soweit die Leistungen aus dem EVB-IT Servicevertrag 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 und in welcher Höhe diese zu vergüten sind. 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.

### **20.2 (Haftung bei Datenverlust - keine Kommentierung)**

### **20.3 (Haftung für entgangenen Gewinn)**

Die AGB schließen unabhängig vom Verschuldensgrund Ansprüche aus entgangenem Gewinn aus. Anders als bei den bisherigen Basis-EVB-IT AGB (in der Fassung 2002) gilt dieser Ausschluss jedoch nur bei leichter Fahrlässigkeit. In Nummer 17.2 des Vertrages kann der Ersatz des entgangenen Gewinns auch für diese Fälle 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 17.2 des Vertrages sorgfältig abzuwägen, ob die Haftungssummen in Nummer 17.1 des Vertrags ggf. unter Berücksichtigung des denkbaren Schadens anzupassen sind. Beides wird sich aber in aller Regel erheblich auf die Preisbildung des Auftragnehmers auswirken.

### **20.4 (Ausschluss der Haftungsbeschränkungen - keine Kommentierung)**

## **21. Laufzeit und Kündigung**

### **21.1 (unbefristete Serviceverträge, Mindestlaufzeit)**

Soweit nichts anderes vereinbart ist, können unbefristete Serviceverträge von jeder der beiden Seiten mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende ordentlich gekündigt werden; dies gilt selbstverständlich frühestens zum Ende der Mindestvertragsdauer. Eine Teilkündigung ist dabei für beide Seiten möglich. Die gegenüber den Serviceregelungen aus den EVB-IT Systemverträgen von drei auf sechs Monate verlängerte Frist trägt dem Bedürfnis des Auftraggebers Rechnung, nach erfolgter Kündigung durch den Auftragnehmer noch ein Vergabeverfahren durchführen zu können, um einen neuen Auftragnehmer zu finden.

### **21.2 (befristete Serviceverträge, vorzeitige Kündigung)**

Sind Serviceverträge befristet, d.h. ist ein Ende der Leistungsdauer vereinbart, kann der Auftraggeber nur dann und nur insoweit vorzeitig ganz oder teilweise kündigen, als er die Nutzung des IT-Systems oder einzelner Systemkomponenten endgültig einstellt.



In diesem Fall wird die Kündigung zum Ende des Monats wirksam, der in der Mitte der Restlaufzeit liegt. Das bedeutet praktisch, dass der Auftraggeber 50 % oder etwas mehr der für die Restlaufzeit noch ausstehenden Vergütung erhält. Jedoch ist der Auftragnehmer bereits ab Zugang der Kündigung sofort von der Serviceleistung bezüglich der gekündigten Systemkomponenten befreit – das ist quasi die Gegenleistung für die vorzeitige Kündigung, durch die dem Anbieter ja zumindest Umsatz und i.d.R. auch Gewinn entgeht.

**Achtung:**

Der vorgenannte Umstand ist besonders zu beachten, wenn eine solche Kündigung ausgesprochen wird. Anders als allgemein üblich endet die Leistungspflicht des Anbieters hier nicht erst mit Wirksamwerden der Kündigung. Ziffer 21.2 sieht ausdrücklich vor, dass andere Vereinbarungen dazu getroffen werden können. Ist absehbar, dass es in der Vertragslaufzeit zu einem Bedürfnis einer Außerbetriebnahme kommen kann, könnte individualvertraglich eine für den Auftraggeber günstigere Regelung getroffen werden. Dazu ist deshalb zu raten, weil die AGB-rechtliche Wirksamkeit der Klausel in Ziffer 21.2 nicht immer unproblematisch ist.

**21.3 (Außerordentliche Kündigung)**

Ziffer 21.3 sieht ab Satz 2 für bestimmte Fälle das Recht zur außerordentlichen Kündigung vor, d.h. das Recht zu einer ggf. sogar fristlosen Beendigung des Servicevertrages oder eines Teils desselben. Die Regelung entspricht weitgehend dem Gesetz.

**21.4 (Pflichten bei Ende des Servicevertrages)**

Ziffer 21.4 regelt die Pflichten des Auftragnehmers bei einem Ende des Servicevertrages. Dazu gehören insbesondere die Leistungen, mit denen der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, den Service durch einen Dritten fortsetzen zu lassen oder diesen selbst fortzusetzen.

**21.5 (Unterstützungsleistungen nach Ende des Servicevertrages)**

Ziffer 21.5 ergänzt die Pflichten aus Ziffer 21.4 um eine Pflicht zur weiteren Unterstützung des Auftraggebers nach einem Ende des Servicevertrages um für einen möglichst reibungslosen Übergang des Services auf einen neuen Auftragnehmer zu sorgen.

**22. Änderung der Leistung nach Vertragsabschluss**

Naturgemäß kann es im Verlaufe eines Servicevertrages zu Änderungserfordernissen kommen. Demgemäß wurde die Regelung zu „Change-Requests“ aus den EVB-IT System übernommen und für den Anwendungsfall modifiziert. Geändert werden können einmalig oder regelmäßig zu erbringende Leistungen. Zudem können neue Leistungen vereinbart werden.

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 sonstige Vertragsparameter haben wird, besteht die Gefahr von Streit. Ziffer 22.1 der AGB regeln daher, dass jede Änderung auf einem Formular (gesonderte Zusatzvereinbarung) gemäß Muster 3 zum EVB-IT Servicevertrag -Änderungsverfahren EVB-IT Servicevertrag- 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 22.1 der AGB).
- Prüfungsverfahren durch den Auftragnehmer. Mitteilung ob Änderung zumutbar oder wenn nicht, warum sie unzumutbar ist (Ziffer 22.2 der AGB). Der Auftraggeber hat nur Anspruch auf Zahlung des Prüfungsaufwandes, wenn eine umfangreiche Zahlung notwendig wird (Ziffer 22.5 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 22.3 der AGB).
- 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 22.4 der AGB).

Für bestimmte Änderungen am IT-System, für das der Servicevertrag geschlossen wurde, bieten die EVB-IT Service AGB zusätzlich zu dieser Ziffer 22 zwei Möglichkeiten für den Auftraggeber bestimmte Änderungen am System zu verlangen, die letztlich auch zu einer Anpassung des Servicevertrages führen können:

- So regelt Ziffer 2.10 der AGB „Besondere Serviceleistungen in Bezug auf Systemkomponenten“, in deren Ergebnis es sowohl zu einer Verlagerung von Systemkomponenten, als auch zu einer Veränderung der Komponenten als auch dazu kommen kann, dass neue Systemkomponenten in den Servicevertrag einbezogen werden. In all diesen Fällen können beide Parteien eine Anpassung des Servicevertrages verlangen, wenn sich der Leistungsumfang dadurch im Ergebnis erheblich ändert.
- In Ziffer 4 der AGB ist geregelt, dass der Auftraggeber auch das Recht hat, Systemkomponenten selbst zu verlagern oder zu modifizieren. Auch in diesem Fällen haben beide Vertragspartner das Recht, eine entsprechende Anpassung des Servicevertrages zu verlangen.

## **23. Quellcodeübergabe / Quellcodehinterlegung**

### **23.1 (Übergabe des Quellcodes der Individualsoftware und Anpassungen von Standardsoftware)**

Soweit bei Servicetätigkeiten Änderungen an Individualsoftware vorgenommen werden, besteht der Grundsatz, dass der Auftragnehmer mit Abnahme der jeweiligen Serviceleistung bzw. soweit keine Abnahme erfolgt, mit Erklärung der Betriebsbereitschaft sowie bei Übergabe eines neuen Programmstandes den Quellcode der Individualsoftware übergibt.

Geregelt werden hier zudem Mindestanforderungen an die Qualität der Dokumentation des Quellcodes.

In Nummer 21.6.1 des Vertrages kann Art und Zeitpunkt der Übergabe differenzierter vereinbart werden.

### **23.2 (Hinterlegung des Quellcodes von Standard- bzw. Individualsoftware)**

In Nummer 21.6.2 des Vertrages kann die Hinterlegung des Quellcodes von Standard- bzw. Individualsoftware vereinbart werden. Unter anderem besteht die Möglichkeit auf eine bereits bestehende Hinterlegungsvereinbarung aus einem Projektvertrag zu verweisen, in der Regel dem Vertrag, aufgrund dessen das System erstellt wurde. Soweit dies nicht bereits in der Hinterlegungsvereinbarung oder dem einbezogenen Projektvertrag geregelt ist, ergeben sich die Nutzungsrechte für den Fall der Herausgabe des Quellcodes an den Auftraggeber 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.

### **24. Haftpflichtversicherung (keine Kommentierung)**

### **25. Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit**

Die Regelungen hier wurden teilweise aus den EVB-IT System 2.0 aus dem Jahre 2012 übernommen, jedoch in einigen Punkten für den Auftraggeber verbessert. So wurde z.B. eine Verpflichtung des Auftragnehmers aufgenommen, auf Wunsch des Auftraggebers eine Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung abzuschließen.

#### **25.1 (Auftragsdatenverarbeitung)**

Eine sogenannte Auftragsdatenverarbeitung liegt vor, wenn der Auftragnehmer personenbezogene Daten im Auftrag des Auftraggebers verarbeiten soll. Hierzu macht § 11 Abs. 2 BDSG besondere Vorgaben. Mit diesem Konstrukt ermöglicht es der Gesetzgeber zunächst, dass der Auftraggeber seine Datenverarbeitung an einen Auftragnehmer auslagern kann, ohne dass die Betroffenen, d.h. die Personen, deren Daten verarbeitet werden, dem zustimmen müssen. Im Gegenzug zu diesem Privileg macht der Gesetzgeber jedoch Vorgaben für die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Auftragsdatenverarbeiter und Auftraggeber.

Eine Auftragsdatenverarbeitung liegt jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur dann vor, wenn die relevanten personenbezogenen Daten dem Auftragnehmer auch tatsächlich übergeben werden, sondern bereits dann, wenn bei Serviceleistungen z. B. im Wege der Fernwartung ein Zugriff des Auftragnehmers auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann (§ 11 Abs. 5 BDSG).

Liegt eine Auftragsdatenverarbeitung vor, gelten bestimmte Mindestanforderungen an die Vereinbarung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber. Ein Muster für eine solche Vereinbarung bietet zum Beispiel das Bundesinnenministerium unter [http://www.cio.bund.de/DE/IT-Beschaffung/UfAB/ufab\\_node.html](http://www.cio.bund.de/DE/IT-Beschaffung/UfAB/ufab_node.html). Außerdem ist der Auftraggeber verpflichtet, sich vor Beginn der Datenverarbeitung von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten zu überzeugen und diese Prüfung regelmäßig zu wiederholen, was aus Gründen der Nachweisbarkeit jeweils zu dokumentieren ist.

Die Bedeutung der Einhaltung der Regelungen zur Auftragsdatenvereinbarung für beide Seiten darf nicht unterschätzt werden: So können z.B. Mängel bei der Auftragserteilung und der Verzicht auf die gebotene Erstkontrolle mit einem Bußgeld bis zu 50.000 EUR geahndet werden, zudem droht eine Untersagung der Verarbeitung.

### **25.2 (Datenschutzrechtliche Verpflichtung des Auftragnehmers)**

Die Regelung, die weitgehend aus den Basis-EVB-IT (Fassungen 2002) übernommen wurde, soll lediglich ein Mindestmaß an Datenschutz im Vertragsverhältnis sicherstellen. Die Verpflichtung des Auftragnehmers und seiner Mitarbeiter auf das Datengeheimnis ist notwendig, jedoch häufig allein nicht ausreichend. Sie bedarf daher im Einzelfall der Ergänzung und Modifikation. Dies gilt insbesondere, wenn eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegt (siehe dazu oben) oder der Auftragnehmer im Zuge der Vertragsdurchführung Zugang zu besonders sensiblen personenbezogenen Daten, z. B. Patientendaten, Telekommunikationsverkehrsdaten etc. hat.

### **25.3 (Folgen von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Verpflichtungen)**

Ziffer 25.3 der AGB gibt dem Auftraggeber ein Recht zur Kündigung des Servicevertrages bzw., bei einmaligen Leistungen sogar zum Rücktritt von diesem für den Fall, dass der Auftragnehmer seinen Pflichten aus Ziffern 25.1 und 25.2 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.

### **25.4 (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. Anders als in den entsprechenden Regelungen der anderen EVB-IT bleibt nun der Erfahrungsaustausch innerhalb der öffentlichen Hand von der Vertraulichkeitsverpflichtung unbenommen, was jedoch den Auftraggeber nicht von der Wahrung der Vertraulichkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses des Auftragnehmers befreit. Ausdrücklich ausgenommen wurde nun auch der Fall, dass die Parteien gesetzlich zur Offenlegung verpflichtet sind, wobei dies lediglich deutsche gesetzliche Regelungen betrifft.

### **25.5 (Vertrauliche Informationen - keine Kommentierung)**

## **26. Zurückbehaltungsrechte**

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 einer möglichst unterbrechungsfreien Leistungserbringung getroffen worden, auf die der Auftraggeber insbesondere auch bei Serviceleistungen besonders angewiesen ist, da deren Erbringung häufig wesentlich für das ordnungsgemäße Funktionieren der Verwaltung ist. 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 den möglichst unterbrechungsfreien Service angewiesen ist.

## **27. Schlichtungsverfahren**

In dieser Ziffer sind einige Begleitregelungen für den Fall getroffen worden, dass im Vertrag eine Schlichtung vereinbart wird, z.B. in Nummer 21.11. 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.

## **28. 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.

## **29. Anwendbares Recht (keine Kommentierung)**

### **V. 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 es ist eine entsprechende Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung abzuschließen (siehe Abschnitt IV.25.1 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. Dabei sind die Anforderungen gemäß Ziffer 1.7 der AGB zu berücksichtigen.
- 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.

## Nutzerhinweise EVB-IT Service

- 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.
- 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.