WERNER RI
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

EVB-IT Verträge

– Systematik und die Vertragsgestaltung –

Roman Pusep

Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Mittwoch, 25. Oktober 2023

Referent: RA Roman Pusep

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

- Partner, Rechtsanwalt
  Fachanwalt für IT-Recht
  Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
  Externer Datenschutzbeauftragter (TÜV-Zertifikat)

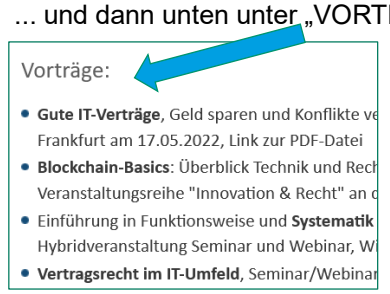
- **WERNER Rechtsanwälte Informatiker**
  Oppenheimstraße 16, 50668 Köln
- Telefon 0 221 / 97 31 43 - 73
  roman.pusep@werner-ri.de
  https://www.werner-ri.de

WERNER RI
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

Die Präsentation

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- ... gibt es kostenlos und zur freien Verfügung
- ... unter der Website https://www.werner-ri.de
- ... unter „TEAM“ => „PARTNER“ => „Roman Pusep“
- ... und dann unten unter „VORTRÄGE“



Kollegialer Austausch

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Kollegialer **Austausch** ist herzlich willkommen.
- Melden Sie sich, **rufen Sie an** oder
- **Vernetzen** Sie sich unter einander oder mit mir:
  - LinkedIn: https://www.linkedin.com/in/roman-pusep-36b33374
  - XiNG: https://www.xing.com/profile/Roman_Pusep/cv
  - Facebook
  - Instagram & Co.

Agenda – Inhalte und Themen

- 1. Allgemeines
- 2. IT-rechtliche Grundlagen
- 3. Aufbau der EVB-IT
- 4. Inhalte einzelner EVB-IT Verträge
- 5. IT-spezifische Regelungen und Themenkreise
- 6. Datenschutz
- 7. Outsourcing und Scrum

1. Allgemeines

- Agenda:

  1.1 Sinn und Zweck der EVB-IT

  1.2 Historie der EVB-IT (inkl. BVB)

  1.3 Verantwortung, Gremien und Verhandlungen der EVB-IT

  1.4 Neue Verträge/aktueller Stand der EVB-IT

1.1 Sinn und Zweck der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Beschaffung => Erwerb auf dem privaten Markt.
- Folgen => Öffentliche Hand ist Marktteilnehmer, es gilt das Zivilrecht und vor allem das BGB.

  => Allgemeine Geschäftsbedingungen zulässig.
- AGB => Dienen einer effizienten, also möglichst aufwandsarmen Vertragsverhandlung bzw. einem möglichst standardisierten Vertragsabschluss und auch Vertragsabwicklung.
- So auch die EVB-IT und BVB

1.1 Sinn und Zweck der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Benutzungszwang
  - § 55 BHO (Bundeshaushaltsordnung)
    - § 55 Öffentliche Ausschreibung

      (1) Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht [...]
      (2) Beim Abschluss von Verträgen ist nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren.
  - Verwaltungsvorschrift (VV) zu § 55 BHO ...

1.1 Sinn und Zweck der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Benutzungszwang
  - Verwaltungsvorschrift (VV) zu § 55 BHO
    - Nr. 4.3 VV zu § 55 BHO; früher Nr. 3.1.1 VV zu § 55 BHO)

      Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sind insbesondere die folgenden Regelungen anzuwenden: [...]

      für die Beschaffung von IT-Leistungen

      - die „Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik“ (EVB-IT) und
      - die „Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung und den Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten sowie von DV-Programmen“ (BVB);
      - die Hinweise zu den EVB-IT sind zu berücksichtigen.

1.2 Historie der EVB-IT (inkl. BVB)

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- 1972 – Sieben Vertragstypen der „Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB)“.
- 1998 – Entwicklung von „Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)“.
  Grund: vor allem Schuldrechtsmodernisierung 2002
- 2022 – Sieben (7) EVB-IT Basis und
  Vier (4) EVB-IT System sowie
  Zwei (2) BVB.

1.3 Verantwortung, Gremien und Verhandlungen

- Verhandlungsführer
  - Öffentliche Hand:
    - Früher: Kooperationsausschuss ADV Bund/Länder/Kommunaler Bereich (KoopA ADV)
    - Heute: IT-Planungsrat empfiehlt (unterstützt durch „Arbeitsgruppe EVB-IT“) => LINK zum aktuellen EVB-IT Cloud Beschluss
  - Privatwirtschaft:
    - Bitkom – Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (früher auch VSI und DMMV)
- Veröffentlichung auf LINK

(frühere) E-Mail für Interessenten: dgi6@bmi.bund.de

1.4 Neue Verträge/aktueller Stand der EVB-IT

- Die EVB-IT unterscheiden sich in „Basis-“ und „Systemverträge“.
- Basisverträge:
  - Der Aufragnehmer schuldet im Wesentlichen **eine** IT-Leistung (z.B. Lieferung von Hardware oder Software) und haftet dafür, dass das der Vertragsgegenstand die vereinbarte Beschaffenheit hat.
- Systemverträge:
  - Der Auftragnehmer schuldet als Generalunternehmer **mehrere** IT-Leistungen, die sowohl jeweils für sich vertragsgemäß sein müssen, als auch in ihrer Interaktion, weil sie erst gemeinsam ein vom Auftraggeber gewünschtes IT-System ergeben.

1.4 Neue Verträge/aktueller Stand der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Basisverträge

Cloud => neu seit 01.03.2022

  - EVB-IT Cloud
  - EVB-IT Dienstleistung
  - EVB-IT Instandhaltung (Hardware)
  - EVB-IT Kauf (Hardware)
  - EVB-IT Pflege S (Standardsoftware)
  - EVB-IT Überlassung Typ A (Softwarekauf)
  - EVB-IT Überlassung Typ B (Softwaremiete)

1.4 Neue Verträge/aktueller Stand der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Systemverträge
  - EVB-IT Erstellung (Individualsoftware)
  - EVB-IT Service (IT-System „betreiben“)
  - EVB-IT System (IT-System „erstellen“)
  - EVB-IT Systemlieferung (Softwarekauf und Einrichtung)

  - BVB Miete (Hardware)
  - BVB Planung (IT-gestützte Verfahren)

2. IT-rechtliche Grundlagen

- Agenda

  2.1 Grundzüge des BGB
  - Unterscheidung zw. Dienst- und Werkleistungen

  2.2 Wesentliche Grundzüge des AGB-Rechts (auch für Nichtjuristen)
  - Generalklausel, Einbeziehung
  - EVB-IT und AGB-Eigenschaft
  - EVB-IT/AGB vs. Vorrang der Individualverträge / -abrede

  2.3 Haftungsfragen

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

- Agenda

  Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag
  - Unterscheidung (Basics)
  - Vertragsauslegung
  - Gewährleistungs-Unterschiede

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Unterscheidung zw. Dienst- und Werkleistungen
  - Vertragstypen des BGB vs. Vertragsfreiheit
  - Vertragstypologische Einordnung anhand:
    - **Pflichten des Unternehmers (Erfolg oder Tätigwerden)**
    - Vergütung ist dagegen kein Abgrenzungskriterium
  - Wann „Erfolg“ (= das Werk) geschuldet?
    - Nicht bloß, wenn „das Projekt erfolgreich abgeschlossen werden“ soll.
    - Eine **Abnahme** (durch einen Dritten) muss **möglich** sein. Entweder ermöglicht es die Leistungsbeschreibung als solche und/oder in Verbindung mit etwaigen Standards (wie ISO 25010 zu Software-Qualitätseigenschaften), die aber ihrerseits vereinbart bzw. „einbezogen“ werden müssen.

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Vertragsauslegung
  - Häufig ist die Abgrenzung anhand des Vertrages allein unklar, dann kommt es zur Vertragsauslegung.
  - Dafür greift man auf gesamte Umstände des Einzelfalls **vor** dem Vertragsschluss, so heißt es dann in juristischen Lehrbüchern und in den gerichtlichen Urteilen.
  - Dies können sein:
    - Erklärungen und sonstiges Verhalten
    - Dokumente, wie Angebote und Präsentationen
    - Begleitumstände, wie Erfahrungen aus eigenen oder Fremdprojekten
    - Vertragliche Regelungen, wie Risikoverteilung, Abnahme, Gewährleistung

Die Vertragsüberschrift nur ein schwaches Indiz

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Gewährleistungs-Unterschiede – **Werkvertrag**
  - Abnahme: Änderung der Leistungspflicht von Erfüllung zur Gewährleistung.
  - Gewährleistung nach §§ 633 ff. BGB = frei von Sach- und Rechtsmängeln.
  - Rechtsfolgen eines Mangels:
    - Nacherfüllung (§ 634 Nr. 1 BGB),
    - Selbstvornahme mit Aufwendungsersatz (§ 634 Nr. 2 BGB)
    - Rücktritt (§ 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB),
    - Minderung (§ 634 Nr. 3 Alt. 2 BGB),
    - Schadensersatz (§ 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB)
    - Aufwendungsersatz (§ 634 Nr. 4 Alt. 2 BGB).

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Gewährleistungs-Unterschiede – **Werkvertrag**
  - Verjährung nach § 634a Abs. 1 BGB:
    - Zwei oder drei Jahre => unklar! (Software = Sache?),
    - Gesetzestext: Die in § 634 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Ansprüche verjähren [...] in zwei Jahren bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht [...]
  - Daher regeln => wie Ziffer 12.3 EVB-IT Erstellung AGB

Update: § 548a BGB Sache = digi-Produkt

> 12.3 Die Verjährungsfrist für Sach- und Rechtsmängelansprüche beträgt grundsätzlich 24 Monate, für Rechtsmängelansprüche an der Individualsoftware* 36 Monate jeweils ab der Erklärung der Abnahme, soweit nichts anderes vereinbart ist.

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

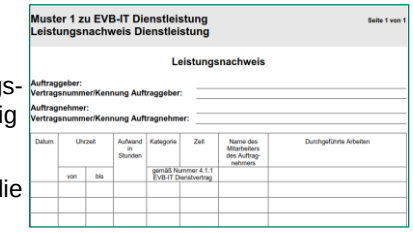
ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Gewährleistungs-Unterschiede – **Dienstvertrag**
  - Gutes Geld (nur) für gute Arbeit?
  - Grundsätzlich Geld nur Tätigwerden, allerdings nicht für‘s „Trödeln“.
  - Rechtsfolgen bei Schlechtleistung:
    - Schadensersatz oder Aufwendungsersatz.
  - Regelverjährung = Drei Jahre.

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Handlungsempfehlung
  - Dienstvertrag oft sinnvoll. Ebenso, den Dienstleister nach Aufwand zu bezahlen. Allerdings sollten die Kosten kontrolliert und damit begrenzt werden.
  - Idee: **Ausführliche Leistungsnachweise**.
  - Das Muster 1 (EVB-IT Dienstleistung) ist kaum geeignet: zu wenig Platz.
  - Regelung in § 15 VOL/B zu Rechnungslegung hilft nicht, weil EVB-IT vorrangig ist (§ 1 Nr. 2 VOL/B).
  - **Vorschlag:** Detaillierte Vorgaben für die Leistungsnachweise.



Muster 1 zu EVB-IT Dienstleistung Seite 1 von 1
Leistungsnachweis Dienstleistung

Leistungsnachweis

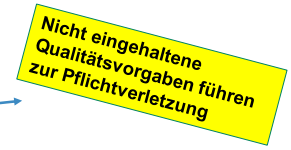
Auftraggeber:
Vertragsnummer/Kennung Auftraggeber:
Auftragnehmer:
Vertragsnummer/Kennung Auftragnehmer:

Datum	Uhrzeit		Aufwand in Stunden	Kategorie	Zeit	Name des Mitarbeiters des Auftragnehmers	Durchgeführte Arbeiten
	von	bis		gemäß Nummer 4.1.1 EVB-IT Dienstvertrag			

2.1 BGB im Hinblick auf die EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Handlungsempfehlung/Maßnahmen
  - Qualität der Arbeit bestimmen
  - Qualifikation des Personals
  - Austausch des Personals/Abrechnung von Einarbeitungszeiten
  - Leistungsnachweise (Wer, wann, was gemacht … war es erforderlich?)
  - Einhaltung von Vorgehensmodellen (Wasserfall oder Agil, wie Scrum)
  - Beschränkter Einsatz von Werkzeugen oder OpenSource
  - Einhaltung von Standards: Programmiergrundsätze



2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Agenda
  - „Generalklausel“ und „Inhaltskontrolle“
  - Einbeziehung der AGB
  - EVB-IT = AGB ?
  - Keine Privilegierung der EVB-IT
  - AGB-Prüfungsmaßstab und „verkehrte Welt“
  - Vorrang der Individualverträge / -abrede
  - Handlungsempfehlung zur Transparenz
  - Risikohinweis zur Transparenz bei „Haus-AGB“

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Generalklausel
  - Begriff „Generalklausel“ stammt aus der Überschrift zu § 9 AGBG a.F. bis 31.12.2001
  - Heute: entspricht der Begriff der „Inhaltskontrolle“ nach § 307 BGB (ab 01.01.2002 – Schuldrechtsreform)
- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - Der Verwender muss:
    - Ausdrücklich oder durch Aushang auf AGB hinweisen und
    - Ermöglichen, vom AGB-Inhalt Kenntnis zu nehmen.
  - Der Vertragspartner muss mit den AGB einverstanden sein.

Achtung B2B beachten: § 310 Abs. 1 S. 1 BGB

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einbeziehung in EVB-IT erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB („analog“)
  - Hinweis: Formulierung in allen EVB-IT identisch, z.B. EVB-IT Cloud:

    1.2.1 dieser Vertragstext mit den folgenden Anlagen: [...]

    1.2.2 die Ergänzenden Vertragsbedingungen für Cloudleistungen (EVB-IT Cloud-AGB) in der bei Bereitstellung der Vergabeunterlagen geltenden Fassung

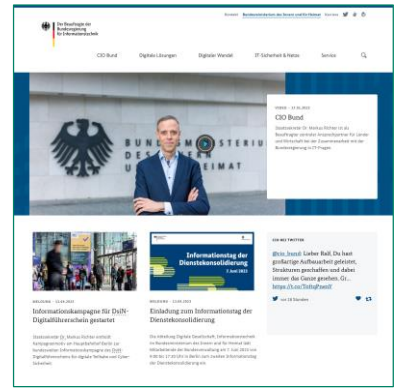
    1.2.3 und danach die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) in der bei Bereitstellung der Vergabeunterlagen geltenden Fassung
  - **Kenntnisnahme-Möglichkeit**: Ebenfalls überall gleich durch den Satz:

    Die EVB-IT Dienstleistungs-AGB stehen unter www.cio.bund.de und die VOL/B unter www.bmwi.de zur Einsichtnahme bereit.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - **Kenntnisnahme-Möglichkeit** dürfte AGB-rechtlich **problematisch** sein, weil‘s auf der Website eine Dokumentenfülle gibt:
  - Beispiel: Angegebener Link in den ECB-IT Verträgen cio.bund.de =>



2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

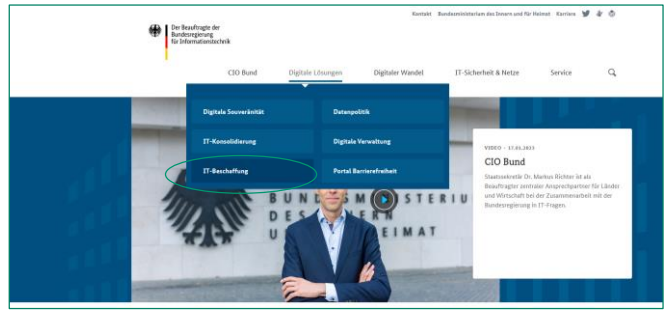
- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - **Kenntnisnahme-Möglichkeit** dürfte AGB-rechtlich **problematisch** sein, weil‘s auf der Website eine Dokumentenfülle gibt:
  - Beispiel: Die Menüführung „führt“ nicht selbsterklärend zu EBV-IT

CIO Bund	Digitale Lösungen	Digitaler Wandel	IT-Sicherheit & Netze	Service
Portrait	Digit. Souveränität	IT-Strategie Bund	IT-Sicherheit	Karriere
Digitalprogramm	IT-Konsolidierung	Digit. Gesellschaft	Netze	Glossar
Vita und Kontakt	IT-Beschaffung	GovTec Campus		Kontakt
Steuerung IT Bund	Datenpolitik	Innovationsmanagement		Meldungen
	Digitale Verwaltung	Europäische Gremien		Medien
	Portal Barrierefreiheit	Architekturen & Standards		
		Digitalisierung Einkauf		
		Agiles Vorgehen		
		Digitalakademie		
		Netzwerk „Digit. Verwaltung“		

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

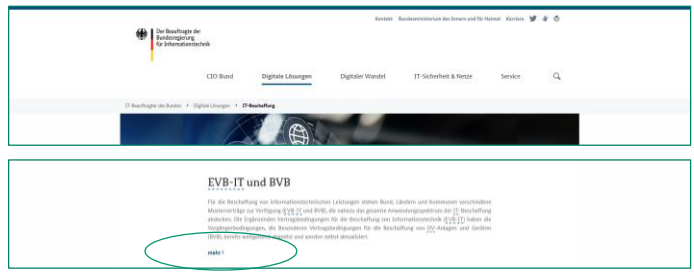
- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - **Kenntnisnahme-Möglichkeit** dürfte AGB-rechtlich **problematisch** sein, weil‘s auf der Website eine Dokumentenfülle gibt:
  - Beispiel: Langer Weg zum AGB-Text I – Startseite



2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

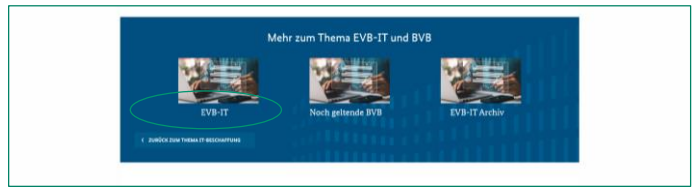
- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - **Kenntnisnahme-Möglichkeit** dürfte AGB-rechtlich **problematisch** sein, weil‘s auf der Website eine Dokumentenfülle gibt:
  - Beispiel: Langer Weg zum AGB-Text II – Unterseite ... Scrollen



2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - **Kenntnisnahme-Möglichkeit** dürfte AGB-rechtlich **problematisch** sein, weil‘s auf der Website eine Dokumentenfülle gibt:
  - Beispiel: Langer Weg zum AGB-Text III – Unter-Unterseite ... Scrollen



2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - **AGB (konforme) Lösungen**:
    - Präziser Link, so auch Rechtsprechung:

      „Etwas anderes kann gelten, wenn etwa durch die Angabe eines Internetlinks ausgehend von der Bekanntmachung weitere Informationen zu den Anforderungen **unmittelbar** zugänglich sind (1. VK Bund, Beschluss vom 13.06.2014, Az. VK 1 - 34/14; Beschluss vom 11.07.2012, Az. VK 1 - 67/12; 2. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.11.2014, Az. 2 VK LSA 73/14…)“

      oder
    - AGB beifügen, so auch (meist) Empfehlung in Dienstanweisungen.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Einbeziehung erfolgt nach § 305 Abs. 2 BGB
  - **AGB (konforme) Lösungen**:
    - Präziser Link, so auch Rechtsprechung:

> 1.2.3 **sowie nachrangig die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) in der bei Bereitstellung der Vergabeunterlagen geltenden Fassung und die Vertragsbedingungen des Landes NRW, ebenso in ihrer bei Bereitstellung der Vergabeunterlagen geltenden Fassung.**
>
> Die EVB-IT Dienstleistungs-AGB stehen unter www.cio.bund.de und die VOL/B unter www.bmwi.de zur Einsichtnahme bereit.

nicht so!

> Die EVB-IT System-AGB stehen unter http://www.cio.bund.de und die VOL/B unter http://www.bmwi.de zur Einsichtnahme bereit. Der präzise Link lautet: https://www.cio.bund.de/Webs/CIO/DE/digitale-loesungen/it-beschaffung/evb-it-und-bvb/evb-it/evb-it-node.html.
>
> Soweit Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB in den hier referenzierten Dokum des Auftragnehmers bzw. den sonstigen vom Auftragnehmer beigefügten Anlagen zu diesem Vertrag R lungen in den EVB-IT System-AGB widersprechen, sind sie ausgeschlossen, soweit nicht eine anderweitige Vereinbarung in den EVB-IT System-AGB zugelassen ist.
>
> Weitere Geschäftsbedingungen sind ausgeschlossen, soweit in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart ist.

Besser!

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT und AGB-Eigenschaft
  - AGB sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.
  - Folge: EVB-IT AGB = Allgemeine Geschäftsbedingungen
  - Können auch andere Dokumente AGB nach §§ 305 ff. BGB sein?
    - Ja, wenn die Voraussetzungen vorliegen, also eine „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung“ vorliegt. Dies kann der Fall sein bei:
      - EVB-IT Verträge (z.B. einsetzen einer abweichenden Haftungsobergrenze oder durch andere eigene Formulierungen)
      - Zusatzvereinbarungen und andere Anlagen
      - Also: Die meisten Vergabeunterlagen!

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- AGB vs. Leistungsbeschreibung
  - AGB sind Vertragsbedingungen, die der AGB-(Inhalts-)Kontrolle unterliegen.
  - Reine **Leistungsbeschreibungen** sind hingegen „kontrollfrei“, sie unterliegen keiner AGB-(Inhalts-)Kontrolle (Redeker, IT-Recht, 7. Aufl., 2020, Rdnr. 1108 und BGH, Urteil vom 28.03.2001, Az. IV ZR 19/00). Abgrenzung schwierig:
    - Wird eine Leistungszusage aus der Leistungsbeschreibung dann in den AGB zurückgenommen, unterliegen beide dem AGB-Recht.
  - BGH, Urteil vom 29.04.2010, Az. Xa ZR 5/09, NJW 2010, 1958 Rdnr. 20
    - Bestimmungen über „Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung, ohne [die] mangels Bestimmtheit [...] des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.“

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Keine Privilegierung
  - Privilegierung bedeutet keine Inhaltskontrolle der einzelnen Regelungen; manchmal spricht man von „AGB-festen“ Regelungen.
  - § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB:
    - Gesetzestext: *In den Fällen des Satzes 1 finden § 307 Absatz 1 und 2 und § 308 Nr. 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) [...] ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.*
    - Ergebnis: Ja, für die jeweils (1) aktuelle Fassung der VOB/B, falls (2) „ohne inhaltliche Abweichungen (3) insgesamt einbezogen“ wurde. Damit wurde Richterrecht kodifiziert (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.1990, Az. X ZR 26/90 und Urteil vom 22.01.2004, Az. VII ZR 419/02)

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

- Keine Privilegierung
  - Privilegierung bedeutet keine Inhaltskontrolle der einzelnen Regelungen; manchmal spricht man von „AGB-festen“ Regelungen.
    - Für EVB-IT fehlt eine solche bundesgesetzliche Regelung. Daher unterliegen diese Regelungen grundsätzlich der Inhaltskontrolle bzw. AGB-Kontrolle.
    - **Aber:** Beschränkte Prüfung im B2B-Bereich nach § 310 BGB, also auch bei Vergabe von IT-Aufträgen.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

- AGB-Prüfungsmaßstab bei EVB-IT
  - Ausgangspunkt: „**verkehrte Situation**“ => AEB
    - Grundsätzlich stellt der Lieferant die AGB und ist deren Verwender.
    - Bei EVB-IT stellt der Auftraggeber die AGB und ist deren Verwender. Es sind hier sogenannte AEB = Allgemeine Einkaufsbedingungen.
  - **Ziel** der AGB-Prüfung:
    - Keine Benachteiligung des Vertragspartners. Dagegen ist eine „Selbstbenachteiligung“ AGB-rechtlich nicht zu beanstanden.
  - **Folge**:
    - Einige AGB-Klauseln, die unwirksam wären, wenn sie der Lieferant als Verwender gestellt hätte, sind wirksam, weil der Auftraggeber sie stellt.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- AGB-Prüfungsmaßstab bei EVB-IT
  - **Beispiel**: Haftungsbeschränkungen, z.B. Ziffer 20.1 EVB-IT Service AGB:

> 20.1 Bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen wird die Haftung für den Vertrag insgesamt grundsätzlich auf den Auftragswert* beschränkt.

  - Haftungsbeschränkung des Auftragnehmers auch für Verletzung von Kardinalpflichten (= wesentlich für Vertragserfüllung)
  - Unwirksam, wenn so etwas der AGB-Verwender macht zu seinen Gunsten.
  - Hier aber: Wirksam, weil der AGB-Verwender der Auftraggeber ist, weil er die AGB vorschreibt und damit „stellt".

    => Zulässige Selbstschädigung.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT/AGB vs. Vorrang der Individualverträge / -abrede
  - Individuell ausgehandelte Vereinbarungen sind keine AGB, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, und haben Vorrang vor AGB, § 305b BGB.
  - „Aushandeln" setzt eine Kommunikation voraus. Der Andere muss **Wahlfreiheit** haben, ob eine AGB-Klausel einbezogen, nicht einbezogen oder angepasst wird. Der Verwender muss die Vertragsinhalte also **ernsthaft zur Disposition stellen**.
  - Die „Verhandlung" mit Bitkom ist **keine Verhandlung** von Individualabreden. EVB-IT können auch ohne Zustimmung angewendet werden, erfolgt bei EVB-IT System.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Umsetzung in EVB-IT durch Formulierungen, wie
  - „Abweichend von Ziffer [...] wird [...] gem. Anlage Nr. _____ vereinbart." oder
  - „Weitere Vereinbarungen gemäß Anlage Nr. _____ ."
- **Hinweis:**
  - Wortlaut der Hinweise (z.B. zu Nummer 1.2.1 EVB-IT Überlassung Typ A:

    *Konkrete, **individuelle Eintragungen** im Vertrag gelten vorrangig vor den AGB, weil individuelle Abreden stets Vorrang vor AGB haben (§ 305b BGB).*
  - Eintragungen im EVB-IT-Vertrag = Individualverträge / -abrede ?
    - Ja, wenn ausgehandelt; nur in bestimmten Vergabeverfahren denkbar.
    - Nein, wenn sie vorgegeben sind und unterliegen dann der AGB-Prüfung.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Rechtsfolgen unwirksamer AGB-Klauseln
  - Unwirksamkeit
    - jedenfalls von einzelnen AGB-Klauseln,
    - denkbar auch, dass sämtliche AGB-Regelungen aus dem „falschen" Vertragstyp unwirksam sind.
  - Der **Vertrag besteht im Übrigen fort**, § 306 Abs. 1 BGB, und zwar allein nach den „gesetzlichen Vorschriften", § 306 Abs. 2 BGB, also v.a. nach BGB
    - Ausnahme: Vertragsdurchführung auf diese Weise (also ohne AGB) unzumutbar für eine Vertragspartei (oder für beide), § 306 Abs. 3 BGB.
    - Aber: Hürden sehr hoch, vor allem bei einer Unzumutbarkeit beim Verwender der AGB.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

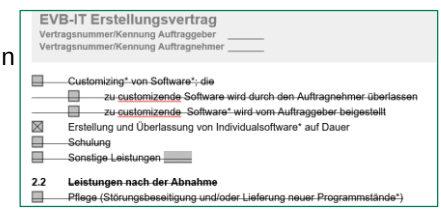
ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- AGB und **Transparenz**
  - **Grundsatz:** Überraschungsschutz (= besondere Ausprägung der Transparenz) in § 305c Abs. 1 BGB:
    - Ungewöhnliche AGB-Regelungen, mit denen man nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.
    - **AGB muss man nicht lesen!** Der Schutz gilt abstrakt.
    - Was ist aber „ungewöhnlich“ ?
      - Argument „PRO“ EVB-IT: Es sind faire AGB, weil zwischen Wirtschaft und öffentlicher Hand verhandelt. Inhalte dürften als bekannt und akzeptiert betrachtet werden.
      - Argument „CONTRA“: Das würde zu einer Art Privilegierung führen, die es aber gerade nicht gibt. Also volle AGB-Kontrolle; mit Einschränkung nach § 310 BGB.

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Handlungsempfehlung Transparenz (1)
  - Das AGB-rechtliche Gebot der Transparenz ist besonders bedeutsam, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Bestimmung muss klar und verständlich sein.
  - Das „Formularwesen“ der EVB-IT hat hier Grenzen.
  - Empfehlungen:
    - Vertragspassagen sollten nur **durchgestrichen** werden, wenn und soweit nicht einschlägig.
    - Auf **keinen Fall löschen**, weil dann sich die Nummerierung in der WORD-Datei verändert.


EVB-IT Erstellungsvertrag
Vertragsnummer/Kennung Auftraggeber _____
Vertragsnummer/Kennung Auftragnehmer _____

☐ ~~Customizing* von Software*; die~~
☐ ~~zu customizende Software wird durch den Auftragnehmer überlassen~~
☐ ~~zu customizende Software* wird vom Auftraggeber beigestellt~~
☒ Erstellung und Überlassung von Individualsoftware* auf Dauer
☐ ~~Schulung~~
☐ ~~Sonstige Leistungen~~

2.2 ~~Leistungen nach der Abnahme~~
☐ ~~Pflege (Störungsbeseitigung und/oder Lieferung neuer Programmstände*)~~

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Handlungsempfehlung Transparenz (2a - Hervorhebung)

☒ Verkauf von Hardware (Nr. 4.1)
☐ ~~Vermietung von Hardware (Nr. 4.2)~~

☒ Überlassung von Standardsoftware* gegen Einmalvergütung auf Dauer (Verkauf) (Nr. 4.3)
☐ ~~Überlassung von Standardsoftware* auf Zeit (Vermietung) (Nr. 4.4)~~
☒ Erstellung und Überlassung von Individualsoftware* auf Dauer (Nr. 4.5)

Hinweis zur Software: Es ist dem Auftraggeber (trotz Recherchen bzw. Markterkundung) nicht bekannt, ob das Projektvorhaben zur Realisierung des Gesamtsystems alleine mit Standardsoftware, oder mit reinem Customizing* angepasster Standardsoftware oder mit auf Quellcodeebene angepasster Standardsoftware oder ausschließlich mit Individualsoftware oder mit einer Kombination dieser Lösungen umgesetzt werden kann.

Es obliegt daher dem Auftragnehmer, welche Kombination aus Standardsoftware und Individualsoftware und sonstigen hinsichtlich der Software erforderlichen Leistungen er anbietet, um das Gesamtsystem nach diesem Vertrag und insbesondere nach der Anlage 1 „Prozessbeschreibung" zu realisieren.

☐ ~~Übernahme von Altdaten und andere Migrationsleistungen (Nr. 4.6)~~
☒ Erstellung des Gesamtsystems und Herbeiführung der Betriebsbereitschaft* (z.B. durch Aufstellung, Installation*, Customizing* und Integration* der Systemkomponenten* = Roll-Out) (Nr. 4.7)
☒ Schulung (Nr. 4.8)

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Handlungsempfehlung Transparenz (2b – ohne Hervorhebung)

2.1 Leistungen bis zur Abnahme

☐ Verkauf von Hardware
☒ Vermietung von Hardware
☐ Überlassung von Standardsoftware* gegen Einmalvergütung auf Dauer (Verkauf)
☒ Überlassung von Standardsoftware* auf Zeit (Vermietung)
☐ Erstellung und Überlassung von Individualsoftware* auf Dauer
☐ Übernahme von Altdaten und andere Migrationsleistungen
☒ Erstellung des Gesamtsystems und Herbeiführung der Betriebsbereitschaft* (z.B. durch Aufstellung, Installation*, Customizing* und Integration* der Systemkomponenten*)
☐ Schulung
☒ Projektmanagement
☐ Sonstige Leistungen _____

2.2 Leistungen nach der Abnahme

☒ Systemservice (z.B. Aufrechterhaltung und/oder Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft*)
☒ Weiterentwicklung und Anpassung des Gesamtsystems
☒ Sonstige Leistungen Schulungen

- Handlungsempfehlung Transparenz (3)
  - EVB-IT-**Auswirkung**:
    - Änderungen kennzeichnen und ggf. drauf hinweisen.
    - Etwa durch Farbgestaltung, wie beim Word-Änderungsmodus.

5.1.1 Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft* des Gesamtsystems (Störungsbeseitigung)

Der Auftragnehmer verpflichtet sich bei Störungen die Betriebsbereitschaft*

☒ des Gesamtsystems gemäß Ziffer 4.1 EVB-IT System-AGB wiederherzustellen, einschließlich Verpflichtung zur Einhaltung von Reaktionszeiten und Widerherstellungszeiten, Einspielen von [redacted]Sicherheitsupdates, Systemüberwachung und Support. Dies gilt für alle vom Auftragnehmer programmierten Anwendungen.

- Handlungsempfehlung Transparenz (4)
  - EVB-IT-**Auswirkung**: Änderungen kennzeichnen und ggf. drauf hinweisen.
    - Etwa durch Farbgestaltung, wie beim Word-Änderungsmodus.

4.1 Verkauf von Hardware

Der Auftragnehmer verkauft an den Auftraggeber die nachstehend aufgeführte Hardware:

Lfd. Nr.	Produktbezeichnung und -beschreibung Produkt-Nr.	EXP[1]	Menge	Bei vereinbartem Pauschalfestpreis lediglich im Feld „Summe" den Anteil am Pauschalfestpreis angeben[2].	
				Einzelpreis	Gesamtpreis
1	2	3	4	5	6
1	Interaktive Schultafel (siehe Anlage Nr. 1)	DT	16		
2	Flügel-Anbauten für interaktive Schultafel (siehe Anlage Nr. 1)	DT	16		
3	Elektrisches Lift-System für interaktive Schultafel und dazugehörige Flügel-Anbauten (siehe Anlage Nr. 1)	DT	16		
Summe				Siehe Preisblatt in Anlage Nr. 2	

- Handlungsempfehlung Transparenz (4)
  - EVB-IT-**Auswirkung**: Änderungen kennzeichnen und ggf. drauf hinweisen.
    - Etwa durch Farbgestaltung, wie beim Word-Änderungsmodus.

4.3.4 Bereitstellung der Standardsoftware*

Der Auftragnehmer stellt dem Auftraggeber die Standardsoftware* wie folgt zur Verfügung:

☐ ~~gemäß Nummer 4.3.1 lfd. Nr. ____ auf Datenträger: Typ: ____, Kennzeichnung: ____;~~

☐ gemäß Nummer 4.3.1 lfd. Nr. alle in folgender Form: (1) in elektronischer Form als Downloadmöglichkeit sowie (2) Bereitstellung, Installation, Einrichtung etc. im Rahmen der Herstellung der Betriebsbereitschaft des Gesamtsystems sowie (3) auf etwaige spätere Aufforderung des Auftraggebers – während der Vertragsdauer – auch auf einem gängigen und zur Installation geeigneten körperlichen Datenträger,

☐ ~~gemäß Nummer 4.3.1 lfd. Nr. ____, wie in Anlage Nr. ____ beschrieben.~~

- Ähnl. Empfehlung: Nutzungshinweise zu EVB-IT System Seite 38/133

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

☒ an folgende Adresse **erfolgen**“

- Handlungsempfehlung Transparenz (5)
  - EVB-IT-**Auswirkung**: Änderungen kennzeichnen und ggf. drauf hinweisen.
    - Auch auf AGB deutlicher Hinweisen und Auffindbarkeit erhöhen

1.2.3 sowie nachrangig die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) in der bei Bereitstellung der Vergabeunterlagen geltenden Fassung und die Vertragsbedingungen des Landes NRW, ebenso in ihrer bei Bereitstellung der Vergabeunterlagen geltenden Fassung.

Die EVB-IT Dienstleistungs-AGB stehen unter www.cio.bund.de und die VOL/B unter www.bmwi.de zur Einsichtnahme bereit.

nicht so!

Die EVB-IT System-AGB stehen unter http://www.cio.bund.de und die VOL/B unter http://www.bmwi.de zur Einsichtnahme bereit. Der präzise Link lautet: https://www.cio.bund.de/Webs/CIO/DE/digitale-loesungen/it-beschaffung/evb-it-und-bvb/evb-it/evb-it-node.html.

Soweit Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB in den hier referenzierten Dokum des Auftragnehmers bzw. den sonstigen vom Auftragnehmer beigefügten Anlagen zu diesem Vertrag R lungen in den EVB-IT System-AGB widersprechen, sind sie ausgeschlossen, soweit nicht eine anderweitige Vereinbarung in den EVB-IT System-AGB zugelassen ist.

Weitere Geschäftsbedingungen sind ausgeschlossen, soweit in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart ist.

Besser!

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Risikohinweis zur Transparenz bei „Haus-AGB“ (1)
  - Das Transparenzgebot ist eine zentrale AGB-Anforderung. Es ist zweifelhaft, ob die **Vertragsstruktur** als solche **transparent** ist bzw. sein kann, allein aufgrund der Anzahl der **(doppelten) Regelungen**. Beispiel aus den „**Haus-AGB**“:

(2) Vertragsbestandteile sind grundsätzlich:
- a) der Vertrag
- b) die Leistungsbeschreibung ggf. konkretisiert durch Antworten auf Bieterfragen
- c) das Angebot der Auftragnehmerin
- d) im Falle einer Rahmenvereinbarung der Einzelabruf
- e) etwaige Ergänzende Vertragsbedingungen (z.B. EVB-IT)
- f) diese AGB (Zusätzliche Vertragsbedingungen im Sinne von § 1 VOL/B)
- g) etwaige allgemeine Technische Vertragsbedingungen
- h) Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B)

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Risikohinweis zur Transparenz bei „Haus-AGB“ (2)

Anlagen zum EVB-IT Systemvertrag	
Anlage Nr.	Bezeichnung
1	2
01	Allgemeine Leistungsbeschreibung (*ALB inkl. der dort aufgeführten Anhänge*) und Bieterfragenkatalog
02	Vertrag zur Auftragsverarbeitung (Formular Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung)
03	Eigenerklärung zum Datenschutz (Formular Datenschutz)
04	Dienstleisterrichtlinie ESH (Formular Dienstleisterrichtlinie ESH)
05	IT-Standards ESH: Formular IT-Standards ESH
06	Besondere Vertragsbedingungen des Landes NRW zur Einhaltung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (*BVB TVgG NRW*)
07	Zusätzliche Vertragsbedingungen der Stadt Essen für die Ausführung von Leistungen (*Stand: Jan. 2015*): Formular Zusätzliche Vertragsbedingungen
08	Angebotsformular/Angebot des Auftragnehmers (Formular Angebot) einschließlich: • des vom Auftragnehmer ausgefüllten Preisblatts: Formular Preisblatt • der vom Auftragnehmer ausgefüllte Bewertungsmatrix: Formular Bewertungsmatrix • der vom Auftragnehmer eingereichten Mitarbeiterprofile: Formular Projektteam Jeweils verbindlicher Angebots- und Vertragsbestandteil

Gibt es wirklich jemanden beim Auftraggeber, der/die einen Abgleich der Klauseln auf Widersprüche etc. vorgenommen hat? Ist es den Bietern zumutbar? Was ist mit AGB und VOL/B?

=> => nächste Seite => =>

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Risikohinweis zur Transparenz bei „Haus-AGB“ (3)

Anlage Nr.	Bezeichnung	Datum/ Version	Anzahl Seiten
1	2	3	4
1	Vergabeunterlagen 1.1 Lastenheft_BPA_Ablösung 1.2 Informationen Vergabeverfahren/ Besondere Vertrags-bedingungen		
2	Vergütungszusammenfassung		
3	Vorgehensmodell		
4	Datenschutzerklärung		
5	Teleservicevereinbarung		
6	Termin- und Leistungsplan, Zahlungsplan		
7	Angebot Auftragnehmer		
8	512 EU 04-2018 - Vertragsbedingungen des Landes NRW		
9	513 EU 10-2018 - Besondere Vertragsbedingungen TVgG NRW		

☒ Es gelten die Anlagen in folgender Rangfolge 1-9.

Gibt es wirklich jemanden beim Auftraggeber, der/die einen Abgleich der Klauseln auf Widersprüche etc. vorgenommen hat? Ist es den Bietern zumutbar? Was ist mit AGB und VOL/B? => => nächste Seite => =>

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Was gilt nun?

- Risikohinweis zur Transparenz bei „Haus-AGB“ (4)

➢ **Erklärung der Betriebsbereitschaft/Abnahmeerklärung**

Der Projektmanager des Auftragnehmers oder im Vertretungsfall der Projektleiter erklärt schriftlich die Betriebsbereitschaft des Gesamt- oder Teilsystems zum vereinbarten Termin und stellt das Gesamt- oder Teilsystem zur Funktionsprüfung zur Verfügung. Der Liefergegenstand ist in Art und Umfang zu beschreiben.

Anlage: Vorgehensmodell

5 Dokumentation

5.1 Der Auftragnehmer ist zur Dokumentation des Gesamtsystems verpflichtet.

5.2 Zu der Dokumentation des Gesamtsystems gehören insbesondere die Anwendungsdokumentation (Nutzerhinweise, Anleitungen und Hilfestellungen etc.) sowie Nutzungshandbücher für Hard- und Software* und Verfahrensbeschreibungen.

Die Dokumentation muss es dem für die Nutzung und Administration einzusetzenden Personal des Auftraggebers ermöglichen, das Gesamtsystem nach Durchführung der vereinbarten Schulung ordnungsgemäß zu bedienen, sofern das Personal ausreichende Vorbildung und Ausbildung aufweist.

Verhältnis zur Ziffer 5 der AGB ?

2.2 Grundzüge des AGB-Rechts

Was gilt nun?

- Risikohinweis zur Transparenz bei „Haus-AGB“ (5)

Anlage: Vorgehensmodell

> **Termin und Leistungsplan**
>
> Die im Termin- und Leistungsplan vereinbarten Termine sind bindend für beide Vertragsparteien.

Überregulierung/ Doppelregulierung

9 Verzug

9.1 Der Vertragserfüllungstermin*, Teilabnahmetermine - soweit solche vereinbart wurden - und einzelne Meilensteine sind im Termin- und Leistungsplan gem. Nummer 8 des EVB-IT Systemvertrages festgelegt. Soweit nicht anders vereinbart, sind diese Termine verbindlich einzuhalten.

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

- Haftungskonzept der EVB-IT:
  - Verzug = verspätete Leistung,
  - Gewährleistung = Schlecht-/Minderleistung,
  - Schutzrechtsverletzungen,
  - Nebenpflichtverletzungen, wie Hinweispflichten,
  - und sonstige Haftung, wie Delikt.

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Verzug (am Beispiel der EVB-IT Erstellung)**
- EVB-IT Erstellung AGB

9	**Verzug**
9.1	Der Vertragserfüllungstermin*, Teilabnahmetermine - soweit solche vereinbart wurden - und einzelne Meilensteine sind im Termin- und Leistungsplan gem. Nummer 8 des EVB-IT Erstellungsvertrages festgelegt. Soweit nicht anders vereinbart, sind diese Termine verbindlich einzuhalten. Bei Verzögerungen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, verschieben sich die von der Verzögerung betroffenen im Termin- und Leistungsplan genannten Ausführungsfristen angemessen; die gesetzlichen Ansprüche der Parteien bleiben hiervon unberührt.
9.2	Wenn der Auftragnehmer den Vertragserfüllungstermin* oder Teilabnahmetermine nicht einhält, kommt er ohne Mahnung in Verzug. Dies gilt nicht, wenn der Auftragnehmer die Verzögerung nicht zu vertreten hat. Der Auftraggeber kann im Fall des Verzuges den Verzögerungsschaden

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Verzug (am Beispiel der EVB-IT Erstellung)**
- EVB-IT Erstellung AGB

9.3	Des Weiteren ist der Auftraggeber für den Fall der Überschreitung des vereinbarten Vertragserfüllungstermins* um mehr als sieben Kalendertage berechtigt, für jeden Kalendertag, an dem sich der Auftragnehmer mit der Einhaltung des Vertragserfüllungstermins* in Verzug befindet, eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % des Auftragswertes* zu verlangen. Satz 1 gilt auch für Überschreitungen von vereinbarten Teilabnahmeterminen. In diesem Fall berechnet sich die Vertragsstrafe nach dem auf die Teilleistung entfallenden Anteil am Auftragswert*. Insgesamt darf die Summe der aufgrund dieser Regelung zu zahlenden Vertragsstrafen jedoch nicht mehr als 5 % des Auftragswertes* betragen.

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Verzug (am Beispiel der EVB-IT Erstellung)**
- EVB-IT Erstellung AGB

> 9.4 § 341 Abs. 3 BGB wird dahingehend abgeändert, dass die Strafe bis zur Schlusszahlung geltend gemacht werden kann. Dies gilt nicht, wenn sich der Auftraggeber bei der Abnahme die Vertragsstrafe trotz Aufforderung durch den Auftragnehmer nicht vorbehalten hat. Die Vertragsstrafen werden auf Schadensersatzansprüche angerechnet.

- § 314 Abs. 3 BGB:
  - *Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.*

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Verzug (am Beispiel der EVB-IT Erstellung)**
- EVB-IT Erstellung Vertrag

> **16 Vertragsstrafen bei Verzug**
>
> ☐ ~~Abweichend von Ziffer 9.3 EVB-IT Erstellungs-AGB wird im Rahmen der Erstellung die Vertragsstrafenregelung gemäß Anlage Nr. _____ vereinbart.~~
>
> ☐ ~~Abweichend von Ziffer 9.3 EVB-IT Erstellungs-AGB gilt die dort aufgeführte Vertragsstrafe nicht bei Überschreitung der für die Teilabnahmen gemäß Nummer 8 festgelegten Termine.~~
>
> ☐ ~~Zusätzlich zur Vertragsstrafe gemäß Ziffer 9.3 EVB-IT Erstellungs-AGB werden in Anlage Nr. _____ Vertragsstrafen für die Nichteinhaltung der in Nummer 10 geregelten Reaktions-* und Wiederherstellungszeiten* vereinbart.~~

- Auftragnehmer übersieht Vertragsstrafe:
  - Regelungen sind durchgestrichen
  - (Unerfahrener) Auftragnehmer/Bieter geht von Nicht-Vereinbarung aus

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **„Gewährleistung“ (am Beispiel der EVB-IT Dienstleistung)**
- EVB-IT Dienstleistung AGB

> **11 Schlechtleistung**
>
> Wird eine Leistung nicht vertragsgemäß erbracht, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Auftragnehmer zu verlangen, die Leistung ohne Mehrkosten für den Auftraggeber innerhalb angemessener Frist vertragsgemäß zu erbringen. Dies gilt nicht, wenn der Auftragnehmer die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
>
> Die sonstigen Ansprüche des Auftraggebers, insbesondere auf Schadens- oder Aufwendungsersatz und sein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund gemäß Ziffer 15.2, bleiben hiervon unberührt.

- Auffangregelung für „vertrags-individuelle“ Leistungsbestimmungen.

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **„Gewährleistung“ (am Beispiel der EVB-IT Dienstleistung)**
- EVB-IT Dienstleistung AGB

> 5.3 Hält der Auftragnehmer vereinbarte Reaktionszeiten* nicht ein, gerät er nach deren Überschreitung auch ohne Mahnung in Verzug, es sei denn, er hat die Fristüberschreitung nicht zu vertreten.

> 6.1 Der Auftragnehmer dokumentiert die durchgeführten Leistungen zeitnah in angemessener Art und Weise, soweit nicht anders vereinbart, in deutscher Sprache in einem üblichen elektronischen Format und macht sie dem Auftraggeber mit Abschluss der Leistung zugänglich. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, zu jeder Zeit Einblick in den aktuellen Stand der Dokumentation zu gewähren.

> 8.2 Der Auftragnehmer darf zur Leistungserbringung Unterauftragnehmer nur einsetzen oder eingesetzte Unterauftragnehmer nur auswechseln, wenn der Auftraggeber dem ausdrücklich zustimmt. Die

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Haftungsbeschränkungen**
- Grundsatz: § 276 BGB – Verantwortlichkeit des Schuldners

(1) **Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten**, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die **Haftung wegen Vorsatzes** kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Haftungsbeschränkungen**
- Grundsatz: § 309 Nr. 7 BGB – Klauselverbote ...

[...] in Allgemeinen Geschäftsbedingungen [ist] unwirksam [...]

7.a) Ausschluss oder Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung [...] beruhen;

7.b) Ausschluss oder Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Haftungsbeschränkungen

- EVB-IT Dienstleistung AGB

> 13.1 Bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen wird die Haftung für den Vertrag insgesamt grundsätzlich auf den Auftragswert* beschränkt. Beträgt der Auftragswert* weniger als 50.000,- €, wird die Haftung auf 50.000,- € beschränkt. Im Falle von Sachschäden ist die Haftung auf eine Million Euro beschränkt, wenn der Auftragswert* geringer als eine Million Euro ist.

- EVB-IT Kauf AGB

> 9.1 Die Haftung bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen wird für den Vertrag insgesamt grundsätzlich auf die Gesamtvergütung beschränkt. Beträgt die Gesamtvergütung weniger als 50.000,- €, wird die Haftung jedoch auf 50.000,- € beschränkt.
> Für leicht fahrlässig verursachte Sachschäden haftet der Auftragnehmer abweichend von Sätzen 1 und 2 mindestens aber auf bis zu 500.000,- € je Schadensereignis und insgesamt mindestens auf bis zu 1.000.000,- €.

2.3 Haftung und Haftungsgrenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Haftungsbeschränkungen

- EVB-IT System AGB (und auch EVB-IT Erstellung, dort Ziffer 14.1 und 14.2)

> 15.1 Bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen wird die Haftung für den Vertrag insgesamt grundsätzlich auf den Auftragswert* beschränkt. Davon abweichend gilt:
> - Beträgt der Auftragswert* weniger als 25.000,- €, wird die Haftung auf 50.000,- € beschränkt.
> - Beträgt der Auftragswert* 25.000,- € oder mehr und weniger als 100.000,- €, wird die Haftung auf 100.000,- € beschränkt.
>
> 15.2 Die Haftungsobergrenze für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen beim Systemservice ist die Summe der Vergütungen, die für die Vertragslaufzeit für den Systemservice zu zahlen ist. Sie beträgt jedoch insgesamt minimal das Doppelte und maximal das Vierfache der Vergütung, die für das erste Vertragsjahr des Systemservice zu zahlen ist.
> Bei der Bestimmung der vorgenannten Vergütungen bleibt eine etwaige vereinbarte Reduktion wegen Mängelansprüchen unberücksichtigt.

3. Aufbau der EVB-IT

- Agenda:

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen (Störungsmeldungen, Leistungsnachweis, Servicebericht, Änderungsverfahren)

3.2 Systematik der Basis-EVB-IT und System-EVB-IT einschließlich Lang- und Kurzfassungen

3.3 EVB-IT „AGB“ mit Begriffsbestimmungen

3.4 EVB-IT Nutzerhinweise

3.5 Zuordnung anhand der Entscheidungshilfe

3.6 Wahl der zutreffenden EVB-IT

3.7 Leistungsbeschreibung als Anlage zum EVB-IT Vertrag

3.8 Rahmenvertragstauglichkeit der EVB-IT

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

- EVB-IT Cloud (42 S.)
  - EVB-IT Cloud-AGB
  - EVB-IT Cloud Vertrag
  - EVB-IT Cloud Kriterienkatalog für Cloudleistungen
  - EVB-IT Cloud Anlage auftragnehmerseitige AGB
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Dienstleistung (27 S.)
  - EVB-IT Dienstleistungs-AGB
  - EVB-IT Dienstvertrag - Lang
  - EVB-IT Dienstvertrag - Kurz
  - Muster 1: Leistungsnachweis
  - Muster 2: Änderungsverfahren
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Instandhaltung (29 S.)
  - EVB-IT Instandhaltungs-AGB
  - EVB-IT Instandhaltungsvertrag
  - EVB-IT Instandhaltung Störungsmeldeformular
  - EVB-IT Instandhaltung Leistungsnachweis

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Kauf (18 S.)
  - EVB-IT Kauf-AGB
  - EVB-IT Kaufvertrag - Lang
  - EVB-IT Kaufvertrag - Kurz
  - Muster 1: EVB-IT Kauf Störungsmeldeformular
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Pflege S (38 S.)
  - EVB-IT Pflege S - AGB
  - EVB-IT Pflegevertrag S - Lang
  - EVB-IT Pflegevertrag S - Kurz
  - EVB-IT Pflege S Störungsmeldeformular
  - Leistungsnachweis Pflege S
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Überlassung Typ A (27 S.)
  - EVB-IT Überlassung Typ A – AGB
  - EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A - Lang mit Pflege
  - EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A - Lang ohne Pflege
  - EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A - Kurz mit Pflege
  - EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A - Kurz ohne Pflege
  - EVB-IT Überlassung Typ A – Muster 1: Störungsmeldeformular
  - EVB-IT Überlassung Typ A – Muster 2: Nutzungsrechtsmatrix
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Überlassung Typ B (12 S.)
  - EVB-IT Überlassung Typ B – AGB
  - EVB-IT Überlassungsvertrag Typ B
  - EVB-IT Überlassung Typ B Störungsmeldeformular
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

- EVB-IT Erstellung (55 S.)
  - EVB-IT Erstellungs-AGB
  - EVB-IT Erstellungsvertrag
  - Muster 1: Störungsmeldeformular
  - Muster 2: Leistungsnachweis
  - Muster 3: Änderungsverfahren
  - Muster 4: Nutzungsrechtsmatrix
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

- EVB-IT Service (67 S.)
  - EVB-IT Service-AGB
  - EVB-IT Servicevertrag
  - Muster 1: Störungsmeldeformular
  - Muster 2: Leistungsnachweis
  - Muster 3: Änderungsverfahren
  - Muster 4: Abruf von besonderen Serviceleistungen
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT System (78 S.) (1)
  - EVB-IT System-AGB
  - EVB-IT Systemvertrag
  - Muster 1: zu den EVB-IT System Störungsmeldeformular
  - Muster 2: zu den EVB-IT System Leistungsnachweis Systemvertrag
  - Muster 3: zu den EVB-IT System Änderungsverfahren Systemvertrag
  - Muster 4: zu den EVB-IT System Nutzungsrechtematrix
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT System (78 S.) (2)
  - Beispiele ausgefülltes Vertragsmuster
    - Fallbeispiel Sachverhalt
    - Fallbeispiel Vertrag EVB-IT System
    - Anlage 9 Musterpreisblatt
    - Anlage 11 Nutzungsrechtsmatrix
    - Anlage 12 Nutzungsrechtsmatrix
    - Anlage 13 Nutzungsrechtsmatrix

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Systemlieferung (53 S.) (1)
  - EVB-IT Systemlieferungs-AGB
  - EVB-IT Systemlieferungsvertrag
  - Muster 1 - Störungsmeldeformular
  - Muster 2 - Leistungsnachweis
  - Muster 3 - Nutzungsrechtsmatrix
  - Hinweise für die Nutzung

3.1 EVB-IT-Vertragsformulare und Anlagen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- EVB-IT Systemlieferung (53 S.) (2)
  - Beispiel ausgefülltes Vertragsmuster
    - Mustervertrag EVB-IT Systemlieferung
    - Anlage Nr. 3 - Musterpreisblatt
    - Anlage Nr. 4 - Nutzungsrechtsmatrix Betriebssystem
    - Anlage Nr. 5 - Nutzungsrechtsmatrix Office
    - Anlage Nr. 6 - Nutzungsrechtsmatrix Serversoftware
    - Anlage Nr. 7 - Nutzungsrechtsmatrix Finanzsoftware

3.2 Systematik der Basis- und System-EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Aufbau des EVB-IT Vertragsmusters (1):
  1. Vertragsgegenstand und Vergütung
  2. Vertragsbestandteile
  3. Art und Umfang der Leistung
  4. Ort der Dienstleistung und Leistungszeitraum
  5. Vergütung
  6. Nutzungsrechte
  7. Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers
  8. Schlichtungsverfahren

Aufbau ist nicht EVB-IT-spezifisch, sondern stellt typischen Aufbau eines IT-Vertrages dar

3.2 Systematik der Basis- und System-EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Aufbau des EVB-IT Vertragsmusters (2):
  9. Versicherung
  10. Sonstige Vereinbarungen
- Aufbau der EVB-IT AGB
  - Der Aufbau der jeweiligen EVB-IT AGB folgt in den Regelungen des jeweiligen EVB-IT Vertragsmusters.
- Vertrag-**Nummer**n vs. AGB-**Ziffer**n
- Sternchenhinweise wichtig:
  - Dies sind vertraglich definierte Begriffe und müssen zwingend immer richtig als „Terminus Technicus“ verwendet werden.

3.3 EVB-IT AGB mit Begriffsbestimmungen

- Regelungen
  - Die EVB-IT AGB sind „**der eigentliche Vertrag**“. Dort sind alle vertragsrelevanten Regelungen enthalten.
  - Dagegen sind die jeweiligen EVB-IT Verträge als Formulare aufgebaut, sodass meist nur eine Auswahl getroffen wird.
- Definitionen
  - Die Begriffsbestimmungen sind im Anhang zu den EVB-IT AGB geregelt, auf den jeweils letzten Seiten.
  - Sie sind Bestandteil der AGB und unterliegen ebenso der AGB-(Inhalts-)Kontrolle.

3.4 EVB-IT Nutzerhinweise

- Umfangreiche Erläuterungen:
  - EVB-IT Dienstleistung (45 S.)
  - EVB-IT Erstellung (93 S.)
  - EVB-IT Instandhaltung (36 S.)
  - EVB-IT Kauf (24 S.)
  - EVB-IT Pflege S (41 S.)
  - EVB-IT Service (102 S.)
  - EVB-IT System (133 S.)
  - EVB-IT Systemlieferung (96 S.)
  - EVB-IT Überlassung Typ A (24 S.)
  - EVB-IT Überlassung Typ B (77 S.)

Qualität des Inhalts:
Mischung aus einem juristischen Kommentar und Hilfestellungen und Handlungsempfehlungen für Nutzer!

Vertrags-Qualität:
Nutzerhinweise werden nicht Vertragsbestandteil. Aber: Auslegungshilfe.

3.5 Zuordnung anhand der Entscheidungshilfe

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Entscheidungshilfe = Kurzübersicht der technischen Konstellationen und der jeweils passenden EVB-IT Verträge.
- Enthält
  - Beispielkonstellationen
  - Kurzabgrenzungen zwischen Kurz-/Langfassungen
    (z.B. EVB-IT Pflegevertrag S: Kurzfassung = nur neue Programmstände und Hotline; Langfassung = zzgl. Störungsbeseitigung und andere Pflegeleistungen).
  - Beziehungen zwischen Verträgen
    (z.B. EVB-IT Kaufvertrag: Bei Hardwarelieferung inkl. Instandhaltung sind EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A) sowie EVB-IT Instandhaltungs-AGB einbezogen oder
    „Auf Softwareleistungen reduzierter EVB-IT System“ = EVB-IT Erstellung)

3.5 Zuordnung anhand der Entscheidungshilfe

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Beispiel

Vertragsgegenstand	Pflege von Standardsoftware (ggf. mit weiteren Leistungen) Es können ausschließlich Pflegeleistungen für Standardsoftware vereinbart werden, die nicht auf Quellcodeebene angepasst wurde.
Empfohlener Vertragstyp	EVB-IT Pflege S Hierfür stehen zwei Vertragsmuster zur Verfügung: • EVB-IT Pflegevertrag S (Kurzfassung) • EVB-IT Pflegevertrag S (Langfassung) Diese beziehen jeweils die EVB-IT Pflege S-AGB ein. Die EVB-IT Pflege S-AGB enthalten Regelungen zur Pflege von Standardsoftware. Die Kurzfassung bildet lediglich die Überlassung neuer Programmstände und Hotline ab. Die Langfassung enthält gegenüber der Kurzfassung die zusätzlichen Leistungen Störungsbeseitigung und sonstige Pflegeleistungen.

3.6 Wahl der zutreffenden EVB-IT

- Individuelle App-Lösung, einschließlich Hosting, Service, Wartung:
  - EVB-IT Dienstleistung (mit Zusatzregelungen)
  - EVB-IT Erstellung (ggf. + EVB-IT Servicevertrag)
  - EVB-IT Systemvertrag
- Wartung/Instandhaltung für IT-Hardware, den Hersteller erfolgt, jedoch durch IT-Händler/Systemhaus vertrieben wird:
  - EVB-IT Instandhaltungsvertrag
- Erstellung einer Website
  - EVB-IT Dienstleistung (mit Zusatzregelungen)
  - EVB-IT Erstellung

3.6 Wahl der zutreffenden EVB-IT

- Einsatz von USV-Anlagen inkl. Einrichtung
  - EVB-IT Systemlieferung.
  - EVB-IT System, falls Einrichtung umfangreich ist.
- Erstellung einer digitalen Landeskarte unter Nutzung der vorhandenen GIS-Daten.
  - EVB-IT Dienstleistung.
  - EVB-IT Erstellung.
- Migration von Alt-Daten in ein neues IT-System
  - EVB-IT Dienstleistung.

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **29 VgV – Vergabeunterlagen**

(1) Die Vergabeunterlagen umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Sie bestehen in der Regel aus

1. den Vertragsunterlagen, die aus der **Leistungsbeschreibung** und den Vertragsbedingungen bestehen.

[...]

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **§ 121 GWB – Leistungsbeschreibung**

(1) [1]In der Leistungsbeschreibung ist der **Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben**, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. [2]Die Leistungsbeschreibung enthält die **Funktions- oder Leistungsanforderungen** oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung.

(2) Bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen. [...]

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

§ 31 VgV – Leistungsbeschreibung

(1) Der öffentliche Auftraggeber fasst die Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB) in einer **Weise, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt** und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert.

(2) [1]In der Leistungsbeschreibung sind die Merkmale des Auftragsgegenstands zu beschreiben:

1. in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, die so genau wie möglich zu fassen sind, dass sie ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen, die dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen,

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

§ 31 VgV – Leistungsbeschreibung

2. unter Bezugnahme auf die in Anlage 1 definierten technischen Anforderungen in der Rangfolge:
   a) nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,
   b) Europäische Technische Bewertungen,
   c) gemeinsame technische Spezifikationen,
   d) internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder,
   e) falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, natio-nale techn. Zulassungen od. nationale techn. Spezifikationen für Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und Produkteinsatz oder

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **§ 31 VgV – Leistungsbeschreibung**

  3. als Kombination von den Nummern 1 und 2

     a) in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf die technischen Anforderungen gemäß Nummer 2 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- und Funktionsanforderungen oder

     b) mit Bezugnahme auf die technischen Anforderungen gemäß Nummer 2 hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- und Funktionsanforderungen gemäß Nummer 1 hinsichtlich anderer Merkmale.

  [2]Jede Bezugnahme auf eine Anforderung nach Nummer 2 Buchstabe a) bis e) ist mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen. [...]

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Die Leistungsbeschreibung
  - bildet im Vergabeverfahren die **Grundlage für die Angebotserstellung**. Sie ist das „Herzstück“. Die Angebote können nur anhand der Leistungsbeschreibung verglichen und objektiv bewertet werden.
- Die Leistungsbeschreibung
  - bildet das „Leistungssoll“ des Auftragnehmers. Aus Leistungsbeschreibung geht hervor, welche Leistungen der Auftraggeber vom Auftragnehmer **verlangen** kann.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Aus dem Inhalt der Leistungsbeschreibung
  - ergeben sich **Indizien** für den anzuwendenden **Vertragstyp** (z.B. Kaufvertrag, Werkvertrag, Dienstvertrag).
- Die Leistungsbeschreibung hat
  - zentrale Bedeutung für die Mängelhaftung.
  - Nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB muss die Kaufsache frei von Mängeln sein.
  - Das ist sie, wenn sie v.a. die vereinbarte Beschaffenheit (= subjektive Anforderungen, § 434 Abs. 2 BGB) hat. Welche Beschaffenheit vereinbart ist, ergibt sich (idealerweise) **aus der Leistungsbeschreibung**.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Die Leistungsbeschreibung muss die Leistung eindeutig und **erschöpfend** beschreiben
- Die Leistungsbeschreibung ist eindeutig, wenn
  - sie keine **Widersprüche** in sich oder zu anderen vertraglichen Regelungen enthält,
  - sie konkrete **Festlegungen** enthält (keine vagen Andeutungen) und
  - wenn übliche oder wenigstens **branchenübliche Bezeichnungen** verwendet werden.
- Es dürfen **keine Zweifel** entstehen oder bleiben.

- **Formen und Typen der Leistungsbeschreibung**
- **Konstruktive Leistungsbeschreibung**
  - Die konstruktive Leistungsbeschreibung besteht in der Regel aus einer allgemeinen Darstellung der zu erledigenden Aufgaben und ein (in der Regel in Teilleistungen) gegliedertes Leistungsverzeichnis.
  - **UfAB Seite 174/649: Konstruktive Leistungsbeschreibung** umfasst eine Beschreibung der Leistung nach ihren wesentlichen Merkmalen und konstruktiven Einzelheiten. Der Auftraggeber gibt technische Randbedingungen und Art der Realisierung vor. Konstruktive Leistungsbeschreibung eignet sich insbesondere, wenn sich das zu erstellende System in eine Systemlandschaft integriert werden muss und wenn der Auftraggeber selbst entsprechende IT-Kompetenz besitzt.
  - **Beispiele =>**

- **Beispiel aus dem Baubereich**

Langtextleistungsverzeichnis

Projekt:
LV: **Auftraggeber:**

OZ	Leistungsbeschreibung	Menge	Einheit	Einheitspreis in EUR	Gesamtbetrag in EUR
7.2.600.	40,800	m	.....	.....	
	Dehnfugenkonstruktion mit Fugenprofilen, auf Ebene -3,10, gemäß Einzelbeschreibung, Fugenbreite: 50 mm Fugenspiel: quer +-12mm, längs +-5mm, vertikal +-5mm, Konstruktionshöhe ab OK Rohdecke: 8 cm, ohne Fahrbahngefälle, liefern und einbauen. Einzelbeschreibungs-Nr '2' Hersteller/Typ 'Maurer Dehnfuge D80G'- oder gleichwertiger Art, Hersteller/Typ '				

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Beispiel aus dem IT-Bereich: Projektor

		Hardware-Anforderungen: • LCD- Ultrakurzdistanz-Projektor • Interaktive Stifte (mind. 2 Stück) • Auflösung: mind. 1920x1200 (Full HD) oder besser • Lichtleistung: mindestens 4.400 AnsiLumen • Bildformat 16:10 • Kontrastverhältnis 16.000 : 1 • Projektionsverhältnis: 0,27-0.37:1 • Betriebsgeräusch: maximal 38dB oder weniger • Lautsprecher integriert: mind. 16W • inkl. Zubehör (Luftfilter, externer Lautsprecher (2 Stück, je mind. 15W), Stiftspitze (Filz und Teflon)) Zu erfüllende Softwarevoraussetzungen: • Fingertouch • Anmerkungen direkt auf dem projizierten Bild per Gestensteuerung • Startbildschirm am Whiteboard mit Auswahl der Schnittstellen (mind. Computer (VGA/HDMI),			

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Beispiel aus dem IT-Bereich: Interaktive Schultafel

Merkmal	Art des Kriteriums[1]	Vorgabe des Auftraggebers
1	2	3
AirPlay	A	Bildübertragung kann via AirPlay durchgeführt werden.
Anschlüsse	A	mindestens 1x Audioausgang (3,5 mm)
	A	mindestens 1x DisplayPort
	A	mindestens 2x HDMI 2.0 in
	A	mindestens 1x HDMI out
	A	mindestens 1x LAN (100Base-T)
	A	mindestens 1x Mikrofoneingang (3,5 mm)
	A	mindestens 1x USB 3.0
	A	mindestens 1x USB-C
	A	mindestens Wi-Fi 2,4/5 GHz (IEEE a-ac)
	A	Anschlüsse müssen auch bei montierten Seitenflügeln zugänglich sein. Adapterlösungen werden nicht zugelassen.
Auflösung	A	mindestens 3.840 x 2.160 px, Ultra HD
Betrachtungswinkel	A	mindestens 178 Grad
Betriebssystem	A	mindestens Android 11.0 oder vergleichbar
Boardstift	A	mindestens 1x Boardstift im Lieferumfang enthalten
Chromecast	A	Bildübertragung kann via Chromecast durchgeführt werden.
Displaygröße	A	86"
Displayhelligkeit	A	mindestens 400 cd/m²

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Beispiel aus dem IT-Bereich: Hyperkonvergenter Cloudknoten**

Chassis 19“ 4HE mit mindestens 32 mal 3,5“ HDD Hot-Swap-Einschub und minstetens 6 mal 2,5“ U.2/U.3 NVMe-Hot-Swap-Einschub für NVMe aus Nr. 4	1 Ethernet mindestens 1 Gb, RJ45 Anschluss
System mit 64 Cores x86-64 Architektur Single-[illegible] CPU mindestens 3 GHz Basistakt, Systemdisk D[illegible] (M.2, mind. 400GB, 1 DWPD, Power Loss Protec[illegible]	BMC mit gesondertem 1Gb Interface, HTML5 KVM ohne zeitliche Begrenzung, keine zusätzlichen Lizenzgebühren, Redfish API inklusive Next-Boot PXE und Zertifikat-Management-API, EFI-Modus, PXE unterstützt durch iPXE, SecureBoot mit benutzerdefinierten Schlüsseln
Mindestens 768GB DDR5-4800 RAM ECC; es sin[illegible] Speicherkanäle zu verwenden	Redundante Power-Suppplies, mindestens Platinum, Stromkabel
6 mal Datacenter NVMe mindestens 12TB, 3 DW[illegible] Protection, 5 Jahre Hersteller Garantie, Hotswap[illegible]	32 mal HDD 3,5”, mindestens 20TB, 7200 RPM, SAS3, für Dauerbetrieb geeignet, kein SMR, Hotswap-fähig
SAS HBA ohne RAID und ohne Cache, um die HD[illegible] betreiben, Steuerung der Enclosure-LEDs unter /sys/class/enclosure/.../locate und /sys/class/enclosure/.../fault)	200Gb Ethernet mittels NVIDIA MCX613106A-VDAT ConnectX-6 EN Dual Port QSFP56 Adapter, kein Firmware Rebranding

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Konstruktive Leistungsbeschreibung hat **Nachteile**:
  - Sie allein beschreibt nicht, ob der vom Auftraggeber bezweckte (Gesamt-) Erfolg mit den jeweiligen Einzelleistungen erreicht wird. Dies führt unter Umständen zu Streitigkeiten im Laufe des Projekts.
- Häufig enthält die konstruktive Leistungsbeschreibung zusätzlich eine Beschreibung des erwarteten Leistungsergebnisses. Am Ende des Projekts wird geprüft, ob das erwartete Leistungsergebnis mit den erbachten Leistungen erreicht wurde oder nicht.
- Hinweis:
  - Den Auftragnehmer treffen aufgrund der höheren Fachkunde vielfach Prüfungs-, Aufklärungs- und Hinweispflichten.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Praxisbeispiel für eine **unpräzise Leistungsbeschreibung**:
  - Beschaffung von Tablet-Computern für den Schulunterricht.
    - Die Tablets sollten nach der **Vorstellung** des Auftraggebers sowohl mit Fingern als auch mit einem (speziellen) Stift zu bedienen sein. Letzteres deshalb, weil in der betreffenden Schule auch körperlich beeinträchtigte Schüler unterrichtet werden, die die Tablet-Computer nur mit einem Stift bedienen können.
    - Dieses Detail **fehlte in der Leistungsbeschreibung**.
    - Auftragnehmer lieferte Tablets, die sämtliche **genannten Anforderungen** erfüllten. Die Tablets waren für den Auftraggeber nur teilweise brauchbar.
    - Streit über die Mangelhaftigkeit der Tablet-Computer!

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Formen und Typen der Leistungsbeschreibung**
- **Funktionale Leistungsbeschreibung**
  - Funktionale Leistungsbeschreibung legt die **Anforderungen** an Leistung und Funktion **im Sinne einer Zielvorgabe** fest. Wie der Auftragnehmer das Ziel erreicht, ist ihm überlassen. Der Detailgrad hängt vom jeweiligen Projekt ab.
  - Auftraggeber wählt häufig dann eine funktionale Leistungsbeschreibung, wenn der Bewerber über höhere Fachkompetenz bezüglich des Leistungsgegenstands und seiner Herstellung verfügt. Dies ist in IT-Projekten häufig der Fall.
  - Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung übernimmt der Auftragnehmer häufig auch Planungsaufgaben. Die aus dem Baubereich bekannte deutliche Trennung in Planungs- und Ausführungsarbeiten ist im IT-Bereich selten.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Praxisbeispiele für funktionale Leistungsbeschreibungen:**
- Einführung einer web-basierten Plattform zur Erstellung, Verwaltung, Durchführung und Auswertung von E-Prüfungen

2.2.1 Anlegen neuer Prüfungen

Die E-Prüfungsplattform soll für den Entstehungsprozess einer neuen Prüfung eine Funktionsaufteilung gemäß den Verantwortlichkeiten der im Prüfungsprozess involvierten Akteure ermöglichen. Das Anlegen einer neuen Prüfung soll der Rolle *ZfL* vorbehalten bleiben. Die Rolle soll diese Rechte erhalten:

- Anlegen einer neuen Prüfung,
- Benennung von Prüfungen
- Terminieren von Prüfungen

Die Rolle *Dezernat 1* soll folgende Aufgaben durchführen können:

- Zuordnung der Prüfung zu einer oder mehreren Lehrveranstaltungen,
- Definition von prüfungsordnungsrelevanten Anforderungen an Prüfungen (z.B. Anzahl Prüfungsaufgaben, ggfls. Blueprintanforderungen gemäß FPO, Bewertungsschema) für eine Prüfung und

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Praxisbeispiele für funktionale Leistungsbeschreibungen:**
- Einführung einer web-basierten Plattform zur Erstellung, Verwaltung, Durchführung und Auswertung von E-Prüfungen

2.6.1 Hosting – Schutz gegen den Zugriff von Extern

Die E-Prüfungsplattform muss sicher gegen den Zugriff unberechtigter Dritter geschützt werden. Die Prüfungsverwaltungsplattform wird in den Räumlichkeiten der IT-Abteilung der HSHL betrieben werden. Die notwendigen Server sind durch die Sicherheitsrichtlinien der HSHL geschützt. Es wird dem Anbieter eine Möglichkeit eingeräumt, einen gesicherten Zugang zu den Servern im Hochschulnetz einzuräumen, um die Plattform zu warten und Updates einzuspielen.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Praxisbeispiele für funktionale Leistungsbeschreibungen:**
- Einführung eines Gremieninformationssystems

> Die Vor- und Nachbereitung der Sitzungen werden durch die Software unterstützt. Hierzu gehört die Zusammenstellung der erforderlichen Unterlagen, die Bereitstellung von Anwesenheitslisten sowie die Mitteilung des Tagungsorts. Das Zusammenstellen von Druckunterlagen für die Sitzungen soll unterstützt werden. Dokumentvorlagen können aus Word, Excel und Power Point und Adressdaten aus Excel übernommen werden. Für die verschiedenen Gremien werden daraus jeweils "Adressgruppen" erstellt. Diese dienen u. a. auch als Grundlage für die Vergabe von Berechtigungen. Sitzungseinladungen können ebenfalls automatisiert versandt werden. Während einer Sitzung soll die Tagesordnung veränderbar sein. Die Sitzungsbegleiter (auch Geschäftsführer der Prüfungen) sollen Protokolle im System anlegen können. Hierbei erstellt das System den Sitzungsbegleitern aus den vorhandenen Daten ein Rohprotokoll mit einer Beschlussempfehlungsliste. Auch der Protokollversand soll automatisiert erfolgen.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Praxisbeispiele für funktionale Leistungsbeschreibungen:**
- Einführung eines Sprach- und Datennetz für Dienststellen eines Bundeslandes

> • Für sämtliche Auftragnehmer des (WAN/LAN, Telefonie-Lösung, Internet und Mobilfunk) muss eine einheitliche Datenbasis nutzbar sein. Das beinhaltet insbesondere folgende Einzelanforderungen:
>
> - Das Programm muss mandantenfähig sein;
> - die Lizenzen müssen zwischen den Mandanten übertragbar sein;
> - mandantenübergreifenden Störungen müssen über Reports dynamisch selektiv abbildbar und auswertbar sein;
> - die Mandanten müssen in den Kategorien, Eskalationsstufen sowie Priorisierungen separate Möglichkeiten zur kundenspezifischen Anpassung (Customization) bieten;
> - für das Controlling, die Erhebung von Pönalen und Folgeausschreibungen müssen frei definierbare Auswertungen und Reports möglich sein;
> - eine Weiterverwendung nach Vertragsende durch den Auftraggeber oder einen zukünftigen Auftragnehmer muss durch kontinuierliche Wartung und Pflege abgedeckt werden können;

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Praxisbeispiele für funktionale Leistungsbeschreibungen:**
- Web-Formulartool für eine NRW-Uni (1)
  - Formularsoftware ermöglicht es Nutzern, Daten über einen Webbrowser zu erfassen und an die Universität *** zu übermitteln. Dabei werden alle gängigen Browser in ihren aktuellen Versionen unterstützt (insb. Chrome, Edge, Firefox und Safari). Zusätzliche Software (z.B. ein Plug-In oder Client) wird nicht benötigt.
  - Formularsoftware verfügt über ein responsives Design. Die Darstellung von Formularen und Eingabemasken passt sich dynamisch unterschiedlichen Endgeräten (PC, Tablet, Smartphone) mit unterschiedlichen Betriebssystemen (Windows, macOS/iOS, Android, Linux) an.
  - Angelegte Formulare verfügen über eine eindeutige URL. [...]

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Praxisbeispiele für funktionale Leistungsbeschreibungen:**
- Web-Formulartool für eine NRW-Uni (2)
  - Formularsoftware verfügt über ein Workflow Feature (inkl. Protokollierung), das z.B. für Antrags-, Genehmigungs-, Umsetzungs- und Einstellungs-Prozesse genutzt werden kann. Folgende Anforderungen werden erfüllt:

    - Einreichen eines Antrags kann einen Workflow in Gang setzen, in dessen Rahmen mehrere Personen den Antrag in mehreren Schritten bearbeiten.
    - Im Workflow können bearbeitende Personen einem Antrag verschiedene Status geben (z.B. vollständig/unvollständig, in Prüfung/Abgelehnt/in Umsetzung/Umsetzung abgeschlossen).
    - Workflows können gestaltet werden, in denen eine erste sachbearbeitende Person die für die Bearbeitung der folgenden Arbeitsschritte Personen oder Rollen oder Gruppen oder Funktionspostfächer bestimmt. [...]

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

- Nachträgliche Änderungen der Leistungsbeschreibung
  - **Vor Ablauf der Angebotsfrist** sind Änderungen möglich, sofern sie sich im Rahmen des Leistungsgegenstands bewegen.
  - **Nach Eingang der Angebote** darf die Leistungsbeschreibung nicht mehr geändert werden.
  - **Im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog** ist eine Änderung der Leistungsbeschreibung zulässig. Auch hier dürfen die Änderungen den Leistungsgegenstand nicht ändern

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

- **§ 31 VgV – Leistungsbeschreibung**

(6) [1]In der Leistungsbeschreibung darf **nicht auf eine bestimmte Produktion** oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. [2]Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; diese Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Der Grundsatz der **Produktneutralität** ist **verletzt**, wenn
  - der Auftraggeber auf bestimmte Produkte, Marken, Patente oder Typen verweist
  - oder wenn die Leistung durch technische Merkmale so präzise definiert ist, dass dem Bieter keinerlei Ausweichmöglichkeiten mehr bleibt
- **Merksatz**:
  - Ist die Leistungsbeschreibung objektiv geeignet, bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse zu bevorzugen, ist die Produktneutralität verletzt.
- Produkte bestimmter Hersteller (Referenzprodukte) dürfen genannt werden, wenn Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau oder verständlich beschrieben werden kann, häufig bei Standardsoftware.

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Ausnahmsweise**
  - kann auch auf ein **bestimmtes Produkt** zurückgegriffen werden, ohne dass der Bewerber einen Gleichwertigkeitsnachweis führen kann.
  - Dies ist dann der Fall, wenn nur ein bestimmtes Produkt oder Verfahren die Anforderungen des Auftraggebers erfüllen kann. Diese Ausnahme ist sorgfältig zu dokumentieren. Es muss objektiv nachvollziehbare Gründe für ein bestimmtes Produkt geben:
    - Kompatibilitätsrisiken bei bestehenden Systemen
    - Technische Risiken bei Neuentwicklungen
    - Flexibilität oder Zeitersparnis
    - Kosten für die Ablösung von Altsystemen („switching costs“)
    - Kosten für Wartung oder Schulung

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

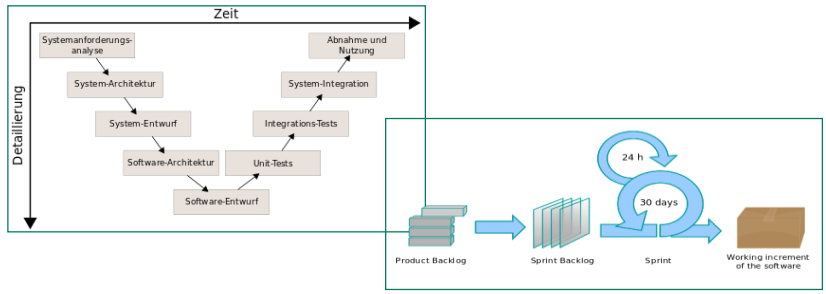
- Begriffliche Besonderheiten IT-Projekten:
  - Nach DIN 69901-5 beschreibt das **Lastenheft**
    - die vom Auftraggeber festgelegte Gesamtheit der Forderungen an die Lieferungen und Leistungen eines Auftragnehmers innerhalb eines Auftrages.
  - Nach DIN 69901-5 beschreibt das **Pflichtenheft**
    - die vom Auftragnehmer erarbeiteten Realisierungsvorgaben aufgrund der Umsetzung des vom Auftraggeber vorgegebenen Lastenhefts.

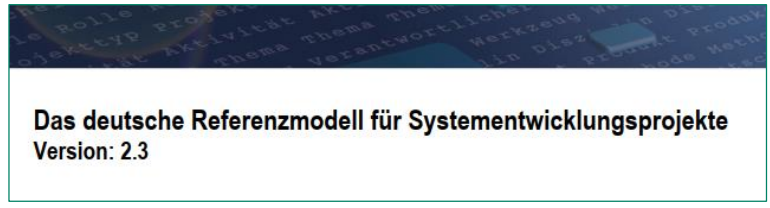
3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- In den Kategorien des Vergaberechts
  - könnte die Leistungsbeschreibung **idealerweise dem Lastenheft** entsprechen. Je nach Projekt ist es aber erforderlich, dass der Auftraggeber (oder auch der Auftragnehmer) das Lastenheft unter Mitwirkung des Vertragspartners entwickelt und spezifiziert. Häufig gibt es hierzu eigenständige Projekte!
- Das Pflichtenheft wird
  - bereits im Vergabeverfahren erstellt (klassisches Wasserfallmodell)
  - erst im Laufe des Projekts (Ausführungsphase) entwickelt (agiles Vorgehen)

- Vorgehensmodelle
- V-Modell (XT) und Scrum



- Die Koordinierungs- und Beratungsstelle des Bundes für Informationstechnik in der Bundesverwaltung (KBST) empfiehlt bei Projekten des Bundes das V-Modell XT
  - 

  - ... ein 439 Seiten starkes Dokument!
- Die Empfehlung ist z.B. in den EVB-IT Verträgen niedergelegt: ....

3.7 Leistungsbeschreibung – EVB-IT-Anlage

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Achtung: Nur vereinbaren, wen man's auch durchführen und kontrollieren kann!

2.3 Vorgehensmodell

Der Auftragnehmer erbringt seine Leistungen auf der Grundlage des folgenden Vorgehensmodells:

☐ V-Modell XT*

- ☐ V-Modell XT* (Version/Stand) _____.
  Die Teile des Projekthandbuchs (AN), die der Auftraggeber in Umsetzung seiner Vorgaben in der Ausschreibung mindestens gefordert hat, ergeben sich aus Anlage Nr. _____.
  Die Teile des QS-Handbuchs (AN), die der Auftraggeber in Umsetzung seiner Vorgaben in der Ausschreibung mindestens gefordert hat, ergeben sich aus Anlage Nr. _____.
- ☐ Organisationsspezifisches V-Modell XT* gemäß Anlage Nr. _____.
  Die Teile des Projekthandbuchs (AN), die der Auftraggeber in Umsetzung seiner Vorgaben in der Ausschreibung mindestens gefordert hat, ergeben sich aus Anlage Nr. _____.
  Die Teile des QS-Handbuchs (AN), die der Auftraggeber in Umsetzung seiner Vorgaben in der Ausschreibung mindestens gefordert hat, ergeben sich aus Anlage Nr. _____.

☐ Sonstiges Vorgehensmodell gemäß Anlage Nr. _____.

3.8 Rahmenvertragstauglichkeit der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **EVB-IT Verträge als Rahmenverträge?**
- **Vergaberecht:**
  - **§ 21 VgV – Rahmenvereinbarungen oberschwellig**
  - **§ 15 UVgO – Rahmenvereinbarungen unterschwellig**

3.8 Rahmenvertragstauglichkeit der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Zivilrechtliche Einordnung
  - Vertragstyp **„Rahmenvertrag“ existiert im BGB nicht**. Dennoch möglich aufgrund Vertragsfreiheit als vorgelagerte Vertragsbedingungen für Einzelverträge.
  - Zivilrechtlich entscheidend ist die Frage: „Wer hat gegen wen einen Anspruch, vor allem gegen den Auftragnehmer auf Lieferung?“
    - Ja, falls Vertrag zwischen den Vertragsparteien der Einzelverträge abgeschlossen wird und die Lieferpflicht aufgenommen wird.
    - Ja, falls Vertrag von einem Dritten mit dem Lieferanten abgeschlossen wird und der Auftraggeber dem Vertrag beitritt (und es auch darf).
    - **Ja, falls Vertrag vom Dritten mit dem Lieferanten geschlossen wird, und zwar als echter Vertrag zugunsten Dritter (des Auftraggebers)**

3.8 Rahmenvertragstauglichkeit der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Textbeispiel aus dem Rahmenvertrag:

(2) Die Einzelaufträge erfolgen auf Basis der jeweiligen EVB-IT Verträge unter Bezugnahme auf diesen Rahmenvertrag. Der Vertragsschluss für den Einzelauftrag bedarf der Form des § 15 Absatz 1.

(3) Grundsätzlich ist der Auftragnehmer verpflichtet, jeden Einzelabruf anzunehmen. So-

- Gut gelöst:
  - Sowohl Einbeziehung der EVB-IT Verträge.
  - Als auch die Erfüllungspflicht.
  - Auch „Grundsätzlich“ definiert („wenn die Erfüllung unmöglich oder unzumutbar“)

3.8 Rahmenvertragstauglichkeit der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Textbeispiel aus dem Rahmenvertrag:

> (1) Die von dieser Rahmenvereinbarung umfassten Leistungen können von den in der Liste abrufberechtigter Bedarfsträger genannten Behörden und Einrichtungen des Bundes abgerufen werden. Der Auftraggeber behält sich vor, während der Vertragslaufzeit nach Prüfung der Vertragskapazitäten weitere Behörden der unmittelbaren Bundesverwaltung in die Liste der abrufberechtigten Bedarfsträger aufzunehmen.

- Einseitiges „Leistungsbestimmungsrecht“ (Bestimmung der Person des Gläubigers)
- AGB-Kontrolle und besondere Anforderungen in § 315 BGB
- Wichtig: Bestimmungserklärung nach § 315 Abs. 2 BGB

3.8 Rahmenvertragstauglichkeit der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Textbeispiel aus dem Rahmenvertrag:

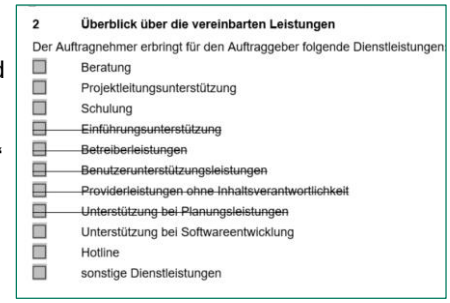
> **§ 4 Abrufe, Lieferungen**
>
> (1) Zum Abruf aus diesem Vertrag ist die Polizei des Landes NRW berechtigt. Im Einzelnen handelt es sich um das Landesamt für Zentrale Polizeiliche Dienste des Landes NRW, das Landesamt für Ausbildung, Fortbildung und Personalangelegenheiten der Polizei NRW, das Landeskriminalamt NRW, die Polizeipräsidien NRW, die Kreispolizeibehörden NRW, sowie das Ministerium des Innern NRW für die Bedarfe seiner Abteilung 4 Polizei (abrufberechtigte Stellen).
>
> (2) Abrufe aus der Rahmenvereinbarung erfolgen über Einzelverträge in Form von EVB-IT Verträgen unter Berücksichtigung der Bestimmungen dieser Rahmenvereinbarung. Der Auftragnehmer kann keine längere Lieferfrist als eine Woche verlangen. Bei der Beschaffung einer zusätzlichen Lizenz ist diese grundsätzlich mit Softwarepflege für mindestens 12 Monate bis einschließlich 30.11. eines Jahres zu erwerben. Nach Ablauf des initialen

- Auch hier: „abrufberechtigte Stellen“ klar bestimmt; auch sonstige Details in den weiteren Bestimmungen gut gelöst.

3.8 Rahmenvertragstauglichkeit der EVB-IT

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Handlungsempfehlung
  - Sinnvoll, diejenigen Passagen und vor allem Leistungen zu streichen, die nicht Gegenstand des Vertrages sind, damit beim Einzelabruf (z.B. durch einen **Bedarfsträger**) keine „Pannen“ erfolgen:



2 Überblick über die vereinbarten Leistungen

Der Auftragnehmer erbringt für den Auftraggeber folgende Dienstleistungen:

- ☐ Beratung
- ☐ Projektleitungsunterstützung
- ☐ Schulung
- ☐ ~~Einführungsunterstützung~~
- ☐ ~~Betreiberleistungen~~
- ☐ ~~Benutzerunterstützungsleistungen~~
- ☐ ~~Providerleistungen ohne Inhaltsverantwortlichkeit~~
- ☐ ~~Unterstützung bei Planungsleistungen~~
- ☐ Unterstützung bei Softwareentwicklung
- ☐ Hotline
- ☐ sonstige Dienstleistungen

4. Inhalte einzelner EVB-IT Verträge

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Agenda:
  - 4.1 EVB-IT Cloud
  - 4.2 EVB-IT Kauf
  - 4.3 EVB-IT Überlassung Typ A (Kauf)
  - 4.4 EVB-IT Überlassung Typ B (Miete)
  - 4.5 EVB-IT Pflege S
  - 4.6 EVB-IT Dienstleistung
  - 4.7 EVB-IT Service

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- Früher kein „passender“ Vertrag
- Seinerzeit denkbare Lösungen:
  - EVB-IT Dienstleistung
  - EVB-IT Überlassung Typ B
  - EVB-IT Pflegevertrag S
  - EVB-IT System
- IT-Sicherheit beachten
  - ISO 27000/27017, BSI Grundschutz (Cloud Computing (C5)), ISO 9000, IDW PS 951, IDW PS 331, ISAE 3402
  - Form der Berichte – häufig SOCx (Struktur erleichtert Vergleichbarkeit)

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- **Anwendungsbereich**:
  - Weitgehend Rechtenzentrumsleistungen (RZ-Leistungen) jeden Umfangs
  - Beispiele (aus Ziffer 1.1 AGB):
    - Software as a Service (SaaS)*
    - Platform as a Service (PaaS)*
    - Infrastructure as a Service (IaaS)*
    - Managed Cloud Services (MCS)*
    - ...

* - Definitionen im AGB-Anhang

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- **Anwendungsbereich**:
  - Sonstige mit den vorgenannten Leistungen in Zusammenhang stehende Leistungen, wie
    - Initiale Leistungen: Setup/Installation/Einrichtung (Nr. 3.2.1 EVB-IT Cloud)
    - Leistungen bei Vertragsende, v.a. Migration (Nr. 3.2.3 EVB-IT Cloud)
    - Weitere Leistungen nach Nr. 3.2.2 EVB-IT Cloud
      - Achtung: Überschrift lautet: „Sonstige **einmalige** Leistungen“
      - Folge: Für Dauerschuldverhältnisse auf andere EVB-IT zurückgreifen

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

Gilt auch für die Hyperscaler-AGB (Subunternehmer)

- **Besonderheit:**
  - Einbeziehung der Bieter-AGB (grundsätzlich möglich)
  - Voraussetzungen/Folgen:
    - (1) Bei allgemeiner **Einbeziehung der (gesamten) Bieter-AGB**
      - „Nach-nachrangige“ Geltung:
        Vertragsformular => EVB-IT Cloud-AGB => VOL/B => Bieter-AGB
      - Nr. 1.2.4 EVB-IT Cloud: *Einbeziehung der auftragnehmerseitigen AGB* zu Art und Umfang der Cloudleistungen erfolgt nur nachrangig gegenüber allen anderen Regelungen und nur, soweit sie allen anderen vertraglichen Regelungen weder entgegenstehen noch diese beschränken.*

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Gilt auch für die Hyperscaler-AGB (Subunternehmer)

- **Besonderheit:**
  - Einbeziehung der Bieter-AGB (grundsätzlich möglich)
  - Voraussetzungen/Folgen:
    - (1) Bei allgemeiner **Einbeziehung der (gesamten) Bieter-AGB**
      - Anlage-Abschnitt für nachrangige Einbeziehung:

I. Anhang zum EVB-IT Cloudvertrag

Zu Nummer 1.2.4 des Vertrages nachrangig einbezogene auftragnehmerseitige AGB zu Art und Umfang der Cloudleistungen:

Ausfüllhinweis: Tabellenfelder in grün sind vom Bieter auszufüllen

Lfd. Nr.	Bezeichnung	Datum/ Version	Anzahl Seiten
1			
2			

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Besonderheit:**
  - Einbeziehung der Bieter-AGB (grundsätzlich möglich)
    - (2) Bei konkreter, **präziser** Bezeichnung der Klauseln:

Anlage beachten!

      - Leistungsort, Übergabepunkt, Nutzungsrechte/Lizenzmetrik, Datensicherung, Protokollierung/Reporting, Gutschriften bei Nichtverfügbarkeit => Konkrete Regelungen **vor** EVB-IT Cloud-AGB
      - Nr. 1.2.4 EVB-IT Cloud: *Abweichend hiervon gelten hinsichtlich einzelner konkreter Anforderungen entsprechende auftragnehmerseitige AGB* -Regelungen zu Art und Umfang der Cloudleistungen vorrangig zu den EVB-IT Cloud AGB, soweit dies in der Anlage zur Einbeziehung von auftragnehmerseitigen AGB*, dort „II Anhang zum Kriterienkatalog" in Bezug auf die hier aufgeführte Kategorien ausdrücklich vereinbart ist.*

- **Besonderheit:**
  - Einbeziehung der Bieter-AGB (grundsätzlich möglich)
    - (2) Anlagen-Felder bei konkreter, **präziser** Bezeichnung der Klauseln:

Anlage beachten!

II. Anhang zum Kriterienkatalog

Hinweis: Eine Einbeziehung auftragnehmerseitiger AGB-Regelungen zu Art und Umfang der Cloudleistungen vorrangig zu den EVB-IT Cloud AGB erfolgt nur, soweit die jeweilige Zeile der nachfolgenden Tabelle in Spalte 1 durch den Auftraggeber aktiviert wurde und konkrete, auf die jeweilige Kategorie bezogene Ziffern der auftragnehmerseitigen AGB zitiert sind. Pauschale Verweise auf AGB gelten nicht.

Ausfüllhinweise: Die Tabellenfelder in grün sind vom Bieter auszufüllen, sofern die Tabellenzeile in Spalte 1 vom Auftraggeber aktiviert wurde. Rote Tabellenfelder dürfen nicht vom Bieter ausgefüllt werden.

	Kategorie aus dem Kriterienkatalog	**Ziffer/Paragraph aus den auftragehmerseitigen AGB zu Art und Umfang der Cloudleistungen die gemäß Nummer 1.2.4 des Vertrages einbezogen wurden**
1	2	3
☐	**3. Leistungsort**	Ziffer/Paragraph ____ aus Anhang I, lfd. Nr. ____ Ziffer/Paragraph ____ aus Anhang I, lfd. Nr. ____ Ziffer/Paragraph ____ aus Anhang I, lfd. Nr. ____
☐	**5. Übergabepunkt**	Ziffer/Paragraph ____ aus Anhang I, lfd. Nr. ____ Ziffer/Paragraph ____ aus Anhang I, lfd. Nr. ____ Ziffer/Paragraph ____ aus Anhang I, lfd. Nr. ____

- **<u>Einige</u> Regelungen**:
  - Diverse Technische/Organisatorische Anforderungen:

C5 enthält auch AG-Pflichten!

    - Ziffer 1.2 AGB – C5-Kriterien und Cloud-Mindeststandards des BSI
      - Zusatz-Standards nach Zeile 18 im Kriterienkatalog
    - Ziffer 1.3 AGB – Monitoring: Ständige Überwachung nach Stand der Technik
    - Ziffer 2.1.1 AGB – angemessene Reaktions- und Ausführungs-Geschwindigkeit, ausreichender Speicherplatz (SaaS und PaaS)
    - Ziffer 6.2.1 AGB – Sicherheitskonzept **und** Informationssicherheits-Managementsystem (ISMS) jeweils nach ISO:27001, Notfall-Management
    - Ziffer 6.2.2 AGB – IT-Sicherheitsbeauftragter obligatorisch

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **<u>Einige</u> Regelungen**:
  - Diverse Technische/Organisatorische Anforderungen:
    - Administrationskonsole
      - Ziffern 2.1.5, 9.2, 17.8 AGB – Nutzungspflicht für Auftraggeber
      - Ziffern 2.1.5, 9.2, 17.6 AGB – ggf. auch bei/für Störungsmeldungen
      - Ziffern 2.1.5, 9.2, 17.8, 23 AGB – ggf. auch als Mitteilungstool

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **<u>Einige</u> Regelungen**:
  - Ziffer 6.1.3 AGB – **AV-Vertrag** meist erforderlich
  - Ziffer 8 AGB – **Verfügbarkeit**, inkl. Berechnungsformel (Bezug: Kalendermonat)
    - Ziffer 8.3 AGB – Standard VK1
    - Tabelle im Glossar der AGB

Kein AVV-Muster in EVB-IT Verträgen

Quelle auch: BSI, HV-Kompendium V 1.6 (Seite 31)

Verfügbarkeitsklasse (VK)	*Bezeichnung Betrachtungseinheit, Prozess, System, Einheit, Komponente*	*Mindestverfügbarkeit*	*Ausfallzeit pro Monat[#1]*	*Ausfallzeit pro Jahr[#1]*
VK 0	Ohne zugesicherte Verfügbarkeit			
VK1	Normale Verfügbarkeit	99,0%	< 8 h	< 88 h
VK 2	Erhöhte Verfügbarkeit	99,9%	< 44 min	< 9 h
VK 3	Hochverfügbarkeit	99,99%	< 5 min	< 53 min
VK 4	Höchstverfügbar	99,999%	< 26 s	< 6 min
VK 5	Verfügbarkeit unter extremen Bedingungen / auch bei höherer Gewalt (Disaster-Tolerant)			

[#1] bei 7 x 24 Std. Betriebszeit

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- **<u>Einige</u> Regelungen**:
  - Zur Erinnerung:

    Bezug für Verfügbarkeit (Jahr, Monat, Woche, Tag)hat folgende Auswirkungen:

    - 99 % p.a. Ausfallzeit => 3,6 Tage = 86,4 Std.
    - 99 % p.m. Ausfallzeit => 0,3 Tage = 8,0 Std.
    - 99 % p.w. Ausfallzeit => 0,07 Tage = 1,7 Std.
    - 99 % p.d. Ausfallzeit => 0,24 Std. = 14,4 Min.

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- **<u>Einige</u> Regelungen**:
  - Ziffer 6.4 AGB – **Prüfrechte** des Auftraggebers
    - Anspruch auf eine Prüfung vor Ort, bei Zweifeln (Ziffer 6.4.2 AGB)
    - Kosten:
      - Grundsatz: Jeder trägt seine Kosten, Ziffer 6.4.2 Satz 4 AGB
      - Ausnahme: Vergütungspflicht gegenüber Auftragnehmer nach Zeile 18 Kriterienkatalog

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- **<u>Einige</u> Regelungen**:
  - Störungsbeseitigung:
    - Ziffer 11.1 AGB – Bei SaaS/PaaS: Erfolg geschuldet und hierzu notwendige Maßnahmen zu ergreifen, wie Instandsetzungsleistungen, Pflegeleistungen, Updateinstallation, Umgehungslösungen etc.
    - Ziffer 11.2 AGB – Bei IaaS: Erfolg geschuldet und hierzu notwendige Maßnahmen zu ergreifen; keine weiteren Details.
  - Nutzungsrechte: (grds. einfache, zeitlich auf Vertragslaufzeit beschränkte)
    - Ziffer 14.1 AGB – Zugangssoftware
    - Ziffer 14.2 AGB – individuelle Leistungen (wie Konfigurationsleistungen)
    - Ziffer 14.3 AGB – Auftraggeber-generierte Daten/Ergebnisse (einschließlich Software und Dokumente) => ausschließliche Rechte

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- **<u>Einige</u> Regelungen**:
  - Public Cloud vs. Private Cloud => Auswahl in Zeile 1 Kriterienkatalog
  - Technische Weiterentwicklung, Ziffer 12 AGB:
    - Grds. Recht zur Anpassung für Auftragnehmer
    - Aber:
      - Funktionalitäten müssen erhalten bleiben
      - Vereinbarte Anforderungen dürfen nicht wesentlich eingeschränkt sein
      - Änderungen hätten nicht zu einer Schlechterbewertung im Vergabeverfahren führen dürfen.

4.1 EVB-IT Verträge – EVB-IT Cloud

- **Kriterienkatalog**:
  - Spezifizierung der Anforderungen an die konkrete Leistung
  - Sinn und Zweck:
    - Kriterienkatalog ist insbesondere für leistungsbezogene Abweichungen und Ergänzungen gedacht (Quelle: FAQ bitkom)
  - Einige Abschnitte:
    - Art der Cloud (1) und Georedundanz (4) und Leistungsort (3)
    - Übergabepunkt (5) und Anbindung (14) und Bereitstellungszeitpunkt (6)
    - Identitäts- und Berechtigungsmanagement (IDM) (10)
    - Endgeräte/Zugang (12) und Nutzer (7) und Nutzerkreis (8)
    - Speicher- Größe (für Speicherung von Auftraggeberdaten) (13)

4.2 EVB-IT Verträge – EVB-IT Kauf

- **Anwendungsbereich**:
  - Kauf von Hardware
  - Aber: Software kann miterworben werden
- **Langfassung**
  - mit etwaigen individuellen Regelungen, Modifikationen und Ergänzungen
- **Kurzfassung**
  - selbst hier ist aber auch Software-Zukauf möglich, dann zzgl. EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A)
  - auch möglich: Pflegeleistungen (= Instandhaltung), dann zzgl. und EVB-IT Instandhaltungs-AGB

4.2 EVB-IT Verträge – EVB-IT Kauf

- **Wesentliche Regelungen:**
  - allgemeine Angaben zu Vertragsgegenstand und Vergütung
    ggf. Verweis auf Leistungsbeschreibung
  - Kauf, Aufstellung, Überlassung, Vorinstallation
  - Gewährleistung:
    - Nach Ziffer 7.4 Satz 2 der EVB-IT Kauf-AGB ist das Wahlrecht des Auftraggebers (= Käufers) nach § 439 Abs. 1 BGB abbedungen und auf Auftragnehmer (Verkäufer) übertragen
    - Nach Nr. 11 EVB-IT Kauf kann der Auftraggeber (Käufer) dieses Recht für einzelne/mehrere Hardware zurückerhalten
  - Dokumentation (vorgesehen), auf Deutsch

4.3 EVB-IT Verträge – EVB-IT Überlassung A

- **Anwendungsbereich**:
  - Zeitlich unbefristete Überlassung von
    Standardsoftware gegen Einmalvergütung (**Kauf**)
  - Ähnelt stark EVB-IT Kauf auch hier Pflegeleistungen möglich
- **Kurzfassung**
  - Auf das Wesentliche reduzierte Inhalte
- **Langfassung**
  - Dient im Wesentlichen den Nutzungsbeschränkungen, z.B. keine Übertragung oder eine Kopiersperre etc.

4.3 EVB-IT Verträge – EVB-IT Überlassung A

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Verkauf von Gebraucht-Software möglich?! Grds. JA, vgl. VK Düsseldorf, Beschluss vom 23.05.2008, Az. VK-7/2008-L

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Nutzungsrechte (Ziff. 3.2 AGB)
    (= Auffangregelung, falls im Vertrag nichts geregelt)
    - nicht ausschließliche Nutzungsrecht
    - Nutzungsrecht in einer beliebigen Systemumgebung
    - übertragbare Nutzungsrecht mit der Einschränkung der Ziff. 3.5
      (= Selbstlöschung bei Weitergabe)
    - dauerhafte und unkündbare Nutzungsrecht mit der Einschränkung der Ziffer 4.

4.3 EVB-IT Verträge – EVB-IT Überlassung A

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Gewährleistungsfrist beträgt 12 Monate ab Überlassung (Ziff. 7.6 AGB)
    - Achtung:
      - Gewährleistungsfrist für Mängel an Nacherfüllungsleistungen endet ebenfalls mit Ablauf der Gewährleistungsfrist.
    - Nacherfüllung nach Ziff. 7.7 AGB:
      - *Ist die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Mängelbehebung vertraglich nicht ausgeschlossen, kann der Auftragnehmer den Mangel nach seiner Wahl durch unverzügliche Beseitigung, Umgehung oder Neulieferung beheben.*

Workaround = Nacherfüllung!

- **Anwendungsbereich:**
  - Überlassung von Standardsoftware gegen periodische Vergütung zur befristeten Nutzung (**Miete**)
  - **Nicht umfasst sind**:
    - Werkleistungen, z.B. Herbeiführung der Funktionsbereitschaft, Leistungsprüfungen, Abnahmen, Anpassungsarbeiten.
    - Hier gegebenenfalls EVB-IT Dienstleistung oder EVB-IT Erstellung
  - **Nicht umfasst auch**:
    - Updates, Upgrades, Release mit Mängelbeseitigung und funktionalen Erweiterungen oder Installations-, Hotline-, Informations- oder Analyseservices oder Mangelbehebungs- und Anpassungsleistungen
    - Hier gegebenenfalls EVB-IT Pflege S (= Standard)

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Mindestvertragsdauer möglich
  - KNV – „Keine Nacherfüllungsverpflichtung“ (Ziffer 7.6 AGB) auswählbar
    - z.B. wenn der Auftragnehmer nicht der Hersteller der Software ist
3	Zeitlich befristete Überlassung von Standardsoftware										
3.1	Der Auftragnehmer überlässt zeitlich befristet dem Auftraggeber nachstehend aufgeführte Standardsoftware* gegen monatliche Vergütung:										
Lfd. Nr.	Produktbezeichnung und -beschreibung Produkt-Nr.	Anzahl	Lieferzeitraum/ -termin	MVD in Monaten	Überlassungsdauer Beginn	Überlassungsdauer Ende	KNV	EXP	Monatliche Vergütung netto Einzelpreis	Monatliche Vergütung netto Summe Preis
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
  - Sonst: Vgl. wie Typ A (Kauf)

4.5 EVB-IT Verträge – EVB-IT Pflege S

- **Anwendungsbereich:**
  - Pflege von Standardsoftware

4.5 EVB-IT Verträge – EVB-IT Pflege S

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Nr. 3.1 Pflegeleistungen zur Mängelbehebung (keine Installation der Korrektur)
  - Nr. 3.2 Lieferung von Upgrades, Releases/Versionen (keine Installation...)
  - Nr. 3.3 Umsetzung und Installation von Umgehungen, Patches, Updates, Upgrades, Releases/Versionen, (Programmkorrekturen) nach Nr. 3.1, 3.2
  - Nr. 3.4 Informations-und Hotline-Service sowie weitere Pflegeleistungen

4.5 EVB-IT Verträge – EVB-IT Pflege S

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Basispflegeleistungen:
    - Nur **verfügbare** Umgehungen, Patches und Updates bereitstellen
  - Additive Pflegeleistungen (Nr. 3.1.2 EVB-IT Pflege S)
    - Mangelbehebung
      - Ziff. 1.4 AGB: Pflegeleistungen nach Nr. 3.1.2 des Vertrages unterliegen der Abnahme
      - Folge: Werkvertrag
      - Rechte (Ziff. 3 AGB): „in Art und Umfang, wie für die im Vertrag aufgeführte Standardsoftware“

4.5 EVB-IT Verträge – EVB-IT Pflege S

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Ziff. 1.2 Abs. 3 AGB:
    - Setzt der Auftraggeber die im Vertrag aufgeführte **Standardsoftware** nicht entsprechend den Nutzungsrechtsvereinbarungen des Überlassungsvertrages ein, hat er **keinen Anspruch auf die Pflegeleistungen**.
  - Vergütung
    - Pauschale oder
    - Nach Aufwand (Stundensatz/Tagessatz)

4.5 EVB-IT Verträge – EVB-IT Pflege S

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Reaktionszeit
    - Reaktionszeit: 20 Std. nach Ziff. 1.7 AGB
    - Reaktionszeit nach **Definitionen** in AGB:
      - Zeitraum, innerhalb dessen der Auftragnehmer **mit Pflegeleistungen zu beginnen** hat. Er beginnt mit dem Zugang der Störungsmeldung innerhalb der vereinbarten Servicezeiten und läuft ausschließlich während der vereinbarten Servicezeiten ab.

4.6 EVB-IT Verträge – EVB-IT Dienstleistung

- **Zwei Vertragsvarianten**
  - Kurzfassung – OnePager
  - Langfassung – 10 Seiten

4.6 EVB-IT Verträge – EVB-IT Dienstleistung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Anwendungsbereich:** Dienste (Nr. 2 EVB-IT Dienstvertrag (Überblick))
  - Beratung und Projektleitungsunterstützung
  - Schulung und Benutzerunterstützungsleistungen
  - Einführungsunterstützung
  - Betreiberleistungen
  - Providerleistungen ohne Inhaltsverantwortlichkeit
  - Unterstützung bei Planungsleistungen
  - Unterstützung bei Softwareentwicklung
  - Hotline
  - sonstige Dienstleistungen (auch Programmierung/Entwicklung)

Dienste aller Art; Auflistung nicht abschließend!

4.6 EVB-IT Verträge – EVB-IT Dienstleistung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Termine
    - Etwaige Mindestvertragsdauer (MVD)
    - Beginn und Ende der Leistung
  - Einmalig vs. regelmäßige Leistungen vs. Leistungen auf Abruf
  - Vergütung
    - Nach Aufwand (Preisobergrenze möglich) vs. Pauschalfestpreis
    - Ohne gesonderte Vereinbarung: monatliche Abrechnung
    - Verschiedene Personal-Kategorien vorgesehen

4.6 EVB-IT Verträge – EVB-IT Dienstleistung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Leistungsanforderungen (Stand der Technik = Leistungsqualität)
    vgl. Ziffer 1.2 AGB
  - Service- und Reaktionszeiten
    vgl. Definitionen im Glossar der AGB
  - Auftraggeber darf die Leistungen „jederzeit“ auch nach Vertragsabschluss ändern, außer bei Unzumutbarkeit für Auftragnehmer (Ziff. 17 AGB)
    - Details, wie etwaige Preisanpassung, ergeben sich aus § 2 VOL/B
  - Besondere Anforderungen an Mitarbeiter des Auftragnehmers
    (Nr. 7 + Ziff. 8.3 AGB zu Schlüsselposition)

4.6 EVB-IT Verträge – EVB-IT Dienstleistung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Wesentliche Regelungen:**
  - Rechteübertragung: Ziff. 4 AGB
    - Achtung: **Alte Version** (Ziff. 3 AGB) immer noch im Umlauf.
      Dort: Rechte nur an **verkörperten** Dienstleistungsergebnissen
    - **Heute**: Hohe Regelungsdichte (= 2 DIN A4 Seiten)
      - Einfache Nutzungsrechte (Ziff. 3.1 AGB)
      - Umfasst Objektcode und Quellcode (Ziff. 3.1 AGB, s.a. Nr. 10)
      - Achtung: „übertragbar“ ≠ „unterlizensierbar“ (Ziff. 3.1 + 3.2 AGB)
      - Regelungen zu vorbestehender Software (Ziff. 3.4 AGB)
      - Regelungen zu Werkzeugnutzung (Ziff. 3.5 AGB)

4.7 EVB-IT Verträge – EVB-IT Service

- **Anwendungsbereich:** Leistungen für ein IT-System
  - Systemvertrag => Werkvertrag
  - Leistungen:
    - Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft (Störungsbeseitigung),
    - Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft (vorb. Maßnahmen),
    - Überlassung neuer Programmstände (auch für Individualsoftware),
    - Modifikation bzw. Erweiterung des IT-Systems
    - weitere Serviceleistungen ...
  - Nicht erfasst:
    - Pflege von Standardsoftware oder Hardwarekomponenten

4.7 EVB-IT Verträge – EVB-IT Service

- **Anwendungsbereich:** Leistungen für ein IT-System
  - Denkbare Konstellationen:
    - Leistungen nach der Erstellung oder Lieferung eines IT-Systems durch Auftragnehmer
    - Leistungen nach der Erstellung einer Individualsoftware durch Auftragnehmer, mit weiteren Serviceleistungen als nach EVB-IT System
    - Leistungen nach der Erstellung oder Lieferung eines IT-Systems **nicht** durch Auftragnehmer
    - Leistungen zur Pflege von Individualsoftware
      - Zur Erinnerung: „EVB-IT Pflege S“ scheidet hier aus

4.7 EVB-IT Verträge – EVB-IT Service

- **Breites Leistungsspektrum (1):**
  - Bestandsaufnahme
  - Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft (Störungsbeseitigung)
  - Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft (vorbeugende Maßnahmen)
  - Überlassung neuer Programmstände
  - Hotline / Rufbereitschaft
  - Vor Ort-Service / Schulung
  - Lizenzmanagement

4.7 EVB-IT Verträge – EVB-IT Service

- **Breites Leistungsspektrum (2):**
  - Mängelhaftungs-, Garantie- und Servicevertragsabwicklung
  - Datensicherungsservices
  - Besondere Serviceleistungen in Bezug auf Systemkomponenten
  - Ab- und Wiederaufbau von Systemkomponenten
  - Modifikation von Systemkomponenten
  - Einrichten neuer/ausgewechselter Systemkomponenten

4.7 EVB-IT Verträge – EVB-IT Service

- **<u>Einige</u> Regelungen:**
  - Nr. 3.1 – Beschreibung des IT-Systems und seiner Systemumgebung zwingend, weil das die Grundlage für die Verantwortungsübertragung ist
  - Nr. 5 – Vergütung
    - Pauschalfestpreis für die Serviceleistungen (Servicepauschale)
    - Nach Aufwand
    - ggf. Zusatzvergütung für Ersatzgegenstände
    - ggf. Preisanpassung nach Ziff. 13.7 EVB-IT Service-AGB
      dann: max. 3 % alle 12 Monate

4.7 EVB-IT Verträge – EVB-IT Service

- **<u>Einige</u> Regelungen:**
  - Ziff. 1.7 AGB: **Kein Datentransfer** zu Dritten bei automatisierter Lizenzmanagement-oder Monitoring Software
  - Ziff. 2.1 AGB: Bestandsaufnahme erfolgt, falls vereinbart, zu Beginn der Leistungserbringung und schließt einen **Funktionstest** ein, zzgl. Bericht.
  - Beim Lizenzmanagement: elektronische Datenbank (**Lizenzdatenbank**) erstellen (Ziff. 2.7.1 AGB)
  - Ziff. 2.2.1 AGB: Bei Störungsbeseitigung für Standardsoftware gilt:
    - Bei Pflicht zur Bereitstellung der **Umgehungslösung** sind Eingriffe in Objekt- oder Quellcode der Standardsoftware meist nicht geschuldet, aber eine Individualprogrammierung.
    - Dann: zusätzliche Vergütung nach Aufwand

4.7 EVB-IT Verträge – EVB-IT Service

- **<u>Einige</u> Regelungen:**
  - Ziff. 2.9 AGB: Bei Datensicherung auch **Rücksicherung** testen
  - Ziff. 2.11.2 AGB: Bei Schulungen – Unterlagen elektronisch und nur optional in Papierform; ferner optional: Zertifikate
  - Ziff. 5.1 AGB: Bearbeitungsrechte **für** Auftragnehmer
  - Ziff. 5.2 AGB: Bearbeitungsrechte **durch** Auftragnehmer
  - Ziff. 7 AGB mit Nr. 10.2.3 (Wiederherstellung) und mit 10.6.2 (Rufbereitschaft) –**Reaktions- und Erledigungszeiten**
  - Ziff. 9 AGB: Bei Systemänderung, **Pflicht zum Testsystem**

5. IT-spezifische Regelungen und Themen

- Agenda

5.1 Nutzungsrechte / Lizenzen
5.2 Open Source Software, OSS
5.3 Service-Level, Servicezeiten, Reaktionszeiten, Wiederherstellungszeiten
5.4 Subscription- / Mietmodelle
5.5 Change Requests
5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel
5.7 Geheimnisschutz

5.1 Nutzungsrechte/ Lizenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Allgemeine** Nutzungsrechte und Verwertungsrechte
- § 15 Abs. 1 UrhG – Verwertung in körperlicher Form:

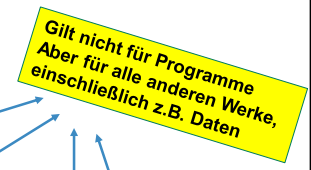
  Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG), Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG), Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG)
- § 15 Abs. 2 UrhG – Verwertung in nicht körperlicher Form
  => Recht der öffentlichen Wiedergabe:

  Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19 UrhG), Öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG), Senderecht (§ 20 UrhG), Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21 UrhG), Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung (§ 22 UrhG).

5.1 Nutzungsrechte/ Lizenzen

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- „Lizenzvertrag“ als Vertragstyp gibt es nicht: Miete und Kauf.
- Aber: Regelungen zur Rechteübertragung in **§§ 31 ff. UrhG**, z.B.:
  - § 31 Einräumung von Nutzungsrechten
  - § 31a Verträge über unbekannte Nutzungsarten
  - **§ 32 Angemessene Vergütung**
  - **§ 32a Weitere Beteiligung des Urhebers**
  - § **32b Zwingende Anwendung**
  - **§ 32c Vergütung für später bekannte Nutzungsarten**
  - **§ 32e Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft in der Lizenzkette**



- Besonderheiten für Software in §§ 69a ff. UrhG

5.1 Nutzungsrechte/ Lizenzen

- **Besonderheiten** für Computerprogramme, § 69c UrhG

  Computerprogramm = Software?, ja nach Definition „...Software“ in AGB.

  - **Vervielfältigung**, auch Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms.
  - **Übersetzung**, Bearbeitung, Arrangement, Umarbeitungen und Vervielfältigung der Ergebnisse. Es entstehen Rechte der „Umarbeiter“.
  - **Verbreitung** von Original/Kopie, einschließlich Vermietung. Aber grds. keine Rechte nach Erschöpfung (nach In-Verkehr-Bringen in EU/EWR).
  - drahtgebundene oder drahtlose öffentliche **Wiedergabe**, einschließlich öffentlicher Zugänglichmachung.

5.1 Nutzungsrechte/ Lizenzen

- Einige Regelungen in EVB-IT:
  - Ziffer 3 EVB-IT Dienstleistung AGB
    Ziffer 2 EVB-IT Erstellung AGB und
    Ziffer 2.3 EVB-IT System AGB:

    => Einfache (nicht ausschließliche Rechte), Unterlizenzierung zu gewerblichen Zwecken nur gegenüber öffentlicher Hand.
  - Ziffer 2.3 EVB-IT System AGB
    Ziffer 2.1 EVB-IT Erstellung AGB u.a.:

    => Die Software* wird dem Auftraggeber zur bestimmungsgemäßen Nutzung überlassen

    Grund: Der Nutzungsumfang lässt sich teils kaum abschätzen. Daher der klarstellende Rückgriff auf § 31 Abs. 5 UrhG (Zweckübertragungslehre).

5.2 Open Source Software, OSS

- Oft wird „**FOSS**“ verwendet = Freie und Open Source Software
- „**Bloße Nutzung**“ von OSS grds. urheberrechtlich zulässig.
  - Der Einsatz sollte jedoch in einer Zusatzerklärung dargestellt werden.
  - Grund: Nach den EVB-IT AGB räumt Vertragspartner die Nutzungsrechte ein. Das kann er aber nicht, weil er nicht Rechteinhaber ist (gleiche Konstellation bei Standardsoftware bei Erwerb von Händler oder bei „vorbestehenden Teilen“)
- Vertragliche Berücksichtigung vor allem erforderlich bei:
  - **Anpassung** von OSS auf Quellcodeebene
  - **Customizing** von OSS oder von OSS-Komponenten
  - **Erstellung** von Individualsoftware unter **Rückgriff auf OSS**

5.2 Open Source Software, OSS

- Lektüre: „Handreichung der Open Source Business Alliance (OSB Alliance), Nutzung der EVB-IT beim Einsatz von Open Source Software“, RA Dr. Till Jaeger, 2. Aufl. 2018 (Lizenz: CC BY-SA 3.0 DE, https://creatvecoGGons.org/licenses/my-sa/3.0/de/).
- EVB-IT Erstellungsvertrag
  - Abweichende Nutzungsrechte in **Nutzungsrechtematrix** in **Muster 4** möglich.
  - **Aber**: Muster 4 sieht Rechtebeschränkungen vor, **keine Zusatzrechte**.
  - **Umsetzung im Vertrag**:
    - In Nummer 17.5 auf Zusatzvereinbarung in Anlage X hinweisen, die OSS benennen (verweis auf Tabelle), die Reihenfolge hinsichtlich der anderen Rechteregelungen festlegen, nämlich, dass die OSS-Regelungen vorgehen.

5.2 Open Source Software, OSS

- EVB-IT Erstellungsvertrag
  - **Umsetzung in Zusatzvereinbarung**:
    - Abhängig vom jeweiligen OSS-Regime (z.B. GPL, LGPL, MPL).
    - Einzelne Rechte im Unterschied zu EVB-IT einräumen (oder ausschließen).
      Dies setzt aber einen detaillierten **Abgleich der Regelungen** voraus.

      Alternativ: Allgemeiner Verweis auf den Vorrang des OSS-Lizenzrechts.

      Alternativ: Separate Sonderregelung/Vertrag außerhalb der EVB-IT.
    - **Sonstigen Anforderungen** gerecht werden, wie Bezeichnung, Abdruck, Verlinkung des jeweiligen OSS-Lizenzrechts.

5.2 Open Source Software, OSS

- Weitere Hinweise in „Handreichung“ der OSB Alliance:
  - Handreichung zu EVB-IT Erstellungsvertrag
  - Handreichung zu EVB-IT Systemvertrag
  - Handreichung zu EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A
  - Handreichung zu EVB-IT Dienstvertrag
  - Handreichung zu EVB-IT Pflegevertrag S
  - LINK: https://osb-alliance.de/publikationen/veroeffentlichungen/handreichungen-zur-nutzung-der-evb-it-beim-einsatz-von-open-source-software

5.3 SLA, Service, Reaktion, Wiederherstellung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Service Level Agreement vs. Gewährleistung
  - Gewährleistung => ohne Zusatzkosten
    SLA => Zusatzkosten
    Folge => SLA = Gewährleistungsausschluss?
- Veränderungen in der Praxis der Vertragsgestaltung
  - Früher: Beginn der SLA nach Ablauf der Gewährleistung
  - Heute: Beginn der SLA ab Überlassung der Software

5.3 SLA, Service, Reaktion, Wiederherstellung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Umsetzung in EVB-IT:
  - Optionen der Vertragsparteien für **Pflegebeginn**, Nr. 5.2 EVB-IT Erstellung

5.2 Beginn / Dauer der Pflege

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die vereinbarte Pflege beginnend mit

- ☐ dem Tag nach Ablauf der Verjährungsfrist für Sachmängelansprüche (Gewährleistungsfrist)
- ☐ dem Tag nach der Abnahme
- ☐ folgendem Datum _____

  - **Aber**: Die erste Alternative dürfte heute mit dem ordnungsgemäßen Betrieb einer IT-Anlage nicht mehr vereinbar sein.
    - Denn: Eine nicht „gepflegte“ Software ist ein Sicherheitsrisiko.
  - **Hinweis**: Jedenfalls – auch wenn die erste Alternative ausgewählt wurde – sollten die Reaktionszeiten und Wiederherstellungszeiten vereinbart werden. Dies ist für die Planbarkeit und Rechtssicherheit unerlässlich.

5.3 SLA, Service, Reaktion, Wiederherstellung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Umsetzung in EVB-IT:
  - Reaktionszeiten und Wiederherstellungszeiten, Nr. 10 EVB-IT Erstellung

10.1 Reaktions-* und Wiederherstellungszeiten*

☐ Es werden folgende Reaktions-* und Wiederherstellungszeiten* vereinbart:

Mängelklasse	Reaktionszeit* in Stunden	Wiederherstellungszeit* in Stunden
Betriebsverhindernder Mangel		
Betriebsbehindernder Mangel		
Leichter Mangel		

  - Falls keine Vereinbarung (= Felder leer bzw. durchgestrichen), gilt Ziffer 4.1.2 Satz 2 und Satz 3 der EVB-IT Erstellung AGB: ....

5.3 SLA, Service, Reaktion, Wiederherstellung

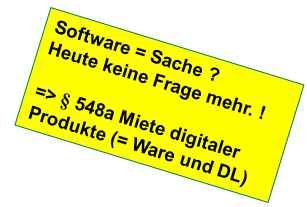
ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Umsetzung in EVB-IT:
  - Falls keine Vereinbarung (= Felder leer bzw. durchgestrichen), gilt Ziffer 4.1.2 Satz 2 und Satz 3 der EVB-IT Erstellung AGB:
    - Satz 2: *Sind keine Reaktionszeiten* vereinbart, ist mit den Arbeiten zur **Störungsbeseitigung unverzüglich** nach Zugang der Störungsmeldung innerhalb der Servicezeiten zu **beginnen**.*
    - Satz : *Sind keine Wiederherstellungszeiten* vereinbart, sind die Arbeiten zur **Störungsbeseitigung** in **angemessener Frist** innerhalb der Servicezeiten **abzuschließen**.*
  - Empfehlung in den Nutzerhinweisen (Seite 33/92): *Diese besonderen Vereinbarungen sind insbesondere dann empfehlenswert, wenn der rechtzeitige Beginn der Störungsbeseitigung eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit von Organisationseinheiten oder Aufgabenbereichen ist.*

5.3 SLA, Service, Reaktion, Wiederherstellung

- Risiken
  - Streitigkeiten über Kostentragung, wenn nur Gewährleistung und keine Pflege vereinbart ist
  - Siehe auch Nutzungshinweise, z.B. Ziffer 4.1.2 EVB-IT Erstellung, S. 59/92: *Eine Störung ist nicht stets gleichzusetzen mit einem Mangel. Dieser ist in der Regel eine Abweichung von der vereinbarten oder zu erwartenden Beschaffenheit des zu erstellenden Werkes, der bei der Abnahme bereits vorlag.* [...]
- Handlungsempfehlung
  - Entweder: Verhältnis zwischen SLA/Pflege und Gewährleistung ausdrücklich **regeln**, z.B. Untersuchungskosten.
  - Oder: Beides vereinbaren, also neben der Gewährleistung auch Pflege.

5.4 Subscription-/ Mietmodelle



- Miete = Überlassung auf Zeit
- Konstellationen
  - Miete von Standardsoftware
  - Miete von Hardware
  - Miete als Teilleistung
- EVB-IT Verträge
  - EVB-IT Überlassungsvertrag Typ B
  - BVB Miete
  - EVB-IT System

5.4 Subscription-/ Mietmodelle

- Microsoft (MS) Konditionenverträge: (LINK)
  - Select Plus-Vertrag = günstigere Konditionen für flexible Beschaffung von Microsoft-Produkten.
  - Konzernvertrag (Enterprise Agreement) = Grundlage für die Ausstattung von größeren Einrichtungen mit weitgehend standardisierten Software-Paketen.
  - Mantelvertrag (Business- und Service-Agreement) = allgemein-vertragliche Regelungen für Lizenzierungsmöglichkeiten und für spezielle Support-Services.
- Vergabeverfahren muss dennoch durchgeführt werden.

5.4 Subscription-/ Mietmodelle

- Pflichten des Vermieters
  - Stets einwandfreie Mietsache (Software oder Hardware oder Anderes)
  - Gesetzlich **ungeklärte Fragen** ausdrücklich regeln:
    - Sicherheitsupdates
    - Updates wegen veränderten Betriebssystem
    - Updates wegen veränderter Schnittstellen
    - Updates wegen Gesetzesänderungen
- Pflichten des Mieters
  - Mietzahlung und Herausgabe nach Vertragsbeendigung
  - Updatepflicht? => Ausdrücklich regeln!

5.5 Change Requests

- Thema: Vertragsänderungen
- Ausschreibungspflichtige Vertragsverlängerung/-änderung (?)
- Achtung:
  - Verlängerungen oder Änderungen eines bestehenden Vertrages können ebenfalls eine Ausschreibungspflicht begründen!

5.5 Change Requests

- Ausschreibungspflichtige Vertragsverlängerung/-änderung
  - Bloße Nichtkündigung eines bestehenden Vertrages (-)

    (Es besteht keine Verpflichtung, bestehende unbefristete Vertragsbeziehungen zu kündigen.)
  - Einvernehmliche Rücknahme einer rechtswirksam erklärten ordentlichen Kündigung (+)

    (Die einvernehmliche Aufhebung einer von einer Vertragspartei bereits ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Vertrages kommt deshalb einer Neuvergabe gleich.)

5.5 Change Requests

- Wann liegt ein vergabepflichtiger Vorgang vor?
  - EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06:

    *Was zunächst die Vereinbarung einer neuen Kündigungsverzichtsklausel während der **Laufzeit eines unbefristeten Vertrags** angeht, so ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabepraxis eines unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrags an und für sich Systematik und **Zielen der Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge fremd ist**. Eine solche Praxis kann auf lange Sicht den Wettbewerb zwischen potenziellen Dienstleistungserbringern beeinträchtigen und die Anwendung der Vorschriften der Gemeinschaftsrichtlinien über die Öffentlichkeit der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verhindern. **Trotzdem verbietet das Gemeinschaftsrecht bei seinem derzeitigen Stand nicht den Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer**.*

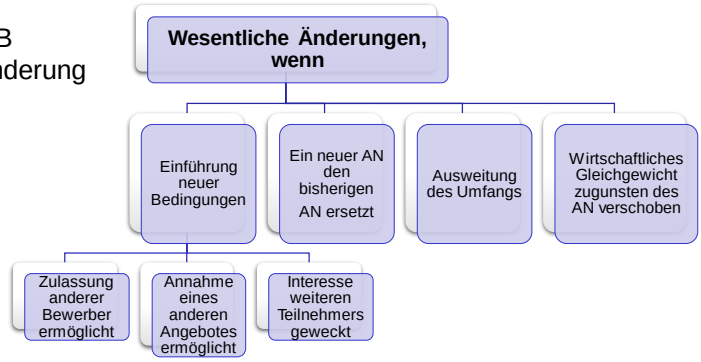
5.5 Change Requests

- Wann liegt ein vergabepflichtiger Vorgang vor?
  - OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009, Az. 13 Verg 8/09:

    1. Einführung von Bedingungen, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären;
    2. **Erweiterung des Auftrags in größerem Umfang** auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen und
    3. Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise **zugunsten des Auftragnehmers**.

5.5 Change Requests

- § 132 GWB Auftragsänderung



5.5 Change Requests

- VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, Az. VK B 1-13/19
  1. Ist ein Vertrag als Rahmenvereinbarung ausgestaltet, bietet er dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, Bedarfe flexibel zu decken und Leistungsänderungen bzw. insbesondere -erweiterungen einseitig abzurufen.
  2. Auftraggeber hat bei der Ausübung seines Leistungsbestimmungsrechts das Vergaberecht zu beachten. Danach erfordern wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren.
  3. **Bleibt unklar, welche Leistungsänderungen/-erweiterungen unter § 132 GWB fallen und welche von der nicht als solche gekennzeichneten Rahmenvereinbarung abgedeckt sein sollen, ist das Verfahren intransparent. Für einen Bieter muss eindeutig erkennbar sein, wann und in welchem Umfang eine einseitige ...**

5.5 Change Requests

- VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, Az. VK B 1-13/19
  3. **... Leistungsänderung für den Auftraggeber möglich sein und wann eine separate Beschaffung im Wege eines neuen Vergabeverfahrens erfolgen wird.**
  4. **Bloßes Inaussichtstellen eines Vertrags über noch nicht bestehenden Bedarf und eine doppelt zu vergebende Rahmenvereinbarung verstößt gegen die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Gebots fairen Wettbewerbs sowie gegen das Missbrauchsverbot nach § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV.**
  5. Die Begrenzung der Laufzeit einer Rahmenvereinbarung dient nicht nur dem Schutz des Wettbewerbs, sondern zugleich auch der Verringerung von Kalkulationsrisiken. Eine Bindungsfrist von 16 Jahren ist unzumutbar.

5.5 Change Requests

- § 132 GWB / § 47 UVgO regeln die vergaberechtliche Zulässigkeit der Vertragsänderung / Vertragserweiterung.
- Aus § 132 GWB / § 47 UVgO folgt kein Kontrahierungszwang.
- Optionsklauseln sind nur wirksam,
  - wenn der zukünftige Änderungsbedarf konkretisierbar ist; dann kann parallel zur Optionsklausel eine vertragliche Verpflichtung aufgestellt werden.

5.5 Change Requests

- Sofern, wie sehr oft, der Änderungsbedarf sich erst im Change-Request-Verfahren ergibt, wird der Weg oft über § 132 Abs. 2 Nr.3 GWB zu lösen sein; für diesen Fall ist die Schaffung einer vertraglichen Kontrahierungspflicht idR schwierig aufzustellen:
  - **Typisch zu erwartende Konstellationen** können ggf. als Leistungssoll über die Optionsklausel mit paralleler Leistungsklausel vorgesehen werden;
  - **Untypische bzw. nicht vorhersehbare Konstellationen** können idR bis zu 10 % Auftragserweiterung bezogen auf den ursprünglichen Auftragswert bzw. bis zu 50 % bzgl. jeder Änderung über § 132 Abs. 2 Nr.3 GWB gelöst werden; dies bedarf aber der Zustimmung des AN.

5.5 Change Requests

- Praxis: Oft liegt das Problem in mangelhafter Vergabe/Konzeption:
  - Der Bundesrechnungshof hat kritisiert (LINK), dass **das Patentamt das IT-System ausgeschrieben hat, obwohl die Aufgaben- und Funktionsbeschreibung mangelhaft war. Es hat damit gegen die Vorgabe verstoßen, bei der Ausschreibung die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.**
  - Das DPMA hat für **3,1 Mio. Euro** ein IT-System beauftragt und musste das IT-System erweitern und zahlte ohne Ausschreibung **weitere 11 Mio. Euro**.

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- „No-Spy-Erlass“
  - BMI an BeschA vom **30.04.2014**: *Verwendung einer Eigenerklärung und einer Vertragsklausel im Hinblick auf Risiken durch nicht offengelegte **Informationsabflüsse an ausländische Sicherheitsbehörden***
  - Zitat: „*wenn ein von der BRD beauftragtes Unternehmen Erkenntnisse aus Aufträgen ausländischen Sicherheitsbehörden preisgibt, verstößt es gegen die in den entsprechenden Verträgen enthaltenen Verschwiegenheitsklauseln. Problematisch erscheinen Fälle, in denen ein beauftragtes Unternehmen [...] auf Grund ausländischer Rechtsvorschriften [...] Informationen [...] weitergibt [...] und, in denen das ausländische Recht vorsieht, dass das Unternehmen die Informationsweitergabe nicht offenlegen darf.*“
- Anlass: Wohl die Enthüllungen von Edward Snowden

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

Zusatzerklärung/Klausel

- Erklärungstext und ergänzende Vertragsklausel
  - *Der **Bieter [kann]** rechtlich und tatsächlich [...] vertrauliche Informationen [...] **vertraulich behandeln**, insb. nicht an Dritte weitergeben [...]. [Es] bestehen [...] keine Verpflichtungen, Dritten solche Informationen zu offenbaren [...]. Dies gilt nicht [bei] gesetzlichen **Offenlegungspflichten** ([...] Börsenaufsicht, Regulierungsbehörden oder Finanzverwaltung), **es sei denn**, solche Offenlegungspflichten bestehen **gegenüber** ausländischen **Sicherheitsbehörden**. In Zweifelsfällen weist der Bieter die Vergabestelle auf Offenlegungspflichten [...] hin.*
  - *Vertrauliche Informationen sind solche, die ein verständiger Dritter als schützenswert ansehen würde oder die als vertraulich gekennzeichnet sind.*
  - *Die Verpflichtung [...] gilt nicht für Informationen, die [...] rechtmäßig bekannt sind oder [...] ohne Verstoß gegen Vertraulichkeitsverpflichtung bekannt wurden.*

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

- Präzisierung in der BMI-Handreichung vom 30.04.2019 (9 Seiten):
  - Im BMI-Erlass vorgesehene Eigenerklärung und Vertragsklausel untersagen
    - die Mitteilung von als schützenswert deklariertem Regierungswissen,
    - an ausländische Sicherheitsbehörden und Strafverfolgungsbehörden,
    - auf heimliche oder offene Weise.
  - „Backdoors“ sind nicht betroffen (Verweis auf Ziff. 1.7 EVB-IT Service AGB).
- Einbindung ins Vergabeverfahren:
  - Ursprünglich im BMI-Erlass: Wohl Eignungskriterium.
  - BMI-Handreichung: Ausführungsbedingung § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB.
  - Anlass: VK Bund, Beschluss vom 24.06.2014, Az. VK 2-39/14

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

- Umsetzung in EVB-IT AGB, z.B.:
  - Ziffer 19.4 bis 19.6 EVB-IT Dienstleistungs-AGB
  - Ziffer 20.4 bis 20.6 EVB-IT Instandhaltungs-AGB
  - Ziffer 10.4 und 10.5 EVB-IT Kauf-AGB
  - Ziffer 18.4 bis 18.6 EVB-IT Pflege S-AGB
  - Ziffer 19.5 EVB-IT Systemlieferungs-AGB
  - Ziffer 21.5 und 21.6 EVB-IT System-AGB

  „abgespeckte“ Versionen (Alt-Fassungen)
  - Ziffer 10.4 EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A)
  - Ziffer 11.5 EVB-IT Überlassung-AGB (Typ B)

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Vorvertragliche Auswirkungen bei Verletzung:
  - Kein Zuschlag ohne Eigenerklärung
- Vertragliche Auswirkungen bei Verletzung:
  - Pflicht zum „Nachbesserungskonzept“ bei veränderter Rechtslage.
  - **Kündigungsrecht** des Auftraggebers (und des Auftragnehmers?) nach § 314 BGB und/oder **Rücktrittsrecht** nach § 280 ff. BGB wegen Pflichtverletzung oder nach § 324 BGB wegen Verletzung der Vertrauens-/Rücksichtnahmepflichten nach § 214 Abs. 2 BGB (eher bei Altverträgen ohne „No-Spy-Klausel“).
  - **Vertragsstrafe** denkbar trotz § 9 Abs. 2 VOL/A (grds. nur für Ausführungsfristen).
  - **Schadensersatz** dürfte kaum darzulegen bzw. zu beziffern sein.

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Technische No Spy-Klausel**
- Wird teils „No Backdoor-Klausel“ genannt
  - Zwar erfasst sie auch Backdoors.
  - Jedoch nur solche vom Auftragnehmer bzw. die er kennt.
- Wesentlicher Inhalt
  - Erklärung des Auftragnehmers, dass
    - er keine Backdoors in die Produkte (Hard- und Software)einfügte
    - und, dass seine Lieferanten ihm bestätigten, keine Backdoors eingefügt zu haben.
- Wirksamkeit: Eher beschränkt, vgl. Hinweise von CERT BUND.

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Technische No Spy-Klausel**
- Wortlaut von Ziffer 1.5 der Dienstleistung AGB:

  Auftragnehmer gewährleistet, dass das Produkt keine Kommunikations-funktionen zu Dritten und keine andere, den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufende, Funktionalität aufweist. ***Insb.*** *darf [es]* ***keine Funktionalitäten zum Ausspähen von Daten enthalten****, keine Informationen über IT-Systeme des Auftraggebers, deren Daten, Lizenzierung, Benutzerverhalten an Dritte übermitteln, zu anderen Zwecken als für Leistungserbringung oder so speichern, dass Dritte darauf zugreifen könnten.*

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Technische No Spy-Klausel**
- Wortlaut von Ziffer 2.3 der Überlassung Typ A-AGB:
  - Erster Teil: Die „alte“ Scan-Verpflichtung:

    *Der Auftragnehmer überlässt die Standardsoftware** ***frei von Schaden stiftender Software****. Dies ist mit* ***aktueller Scan-Software*** *zu einem angemessenen Zeitpunkt vor der Lieferung zu prüfen. Der Auftragnehmer* ***erklärt, dass die Prüfung keinen Hinweis auf Schaden stiftende Software**** *ergeben hat. Diese Regelung gilt für jede, auch die vorläufige und Vorabüberlassung, z.B. zu Testzwecken.*

  - **Hinweis**: AGB-rechtlich fraglich, ob die Erklärungsfiktion den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB gerecht wird. Zwar gilt diese Norm im B2B nicht (§ 310 Abs. 1 BGB), sie entfaltet für 307 BGB eine indizielle Wirkung (vgl. BeckOK-Becker, 67. Edition, Stand 01.08.2023, § 308 Nr. 5 Rdnr. 27).

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Technische No Spy-Klausel**
- Wortlaut von Ziffer 2.3 der Überlassung Typ A-AGB:
  - Zweiter Teil: Keine gefährdenden Funktionen:

    Der Auftragnehmer gewährleistet darüber hinaus, dass die von ihm zu liefernde Standardsoftware **frei von Funktionen** ist, **die die** Integrität, Vertraulichkeit und Verfügbarkeit der **Standardsoftware***, anderer Soft- und/oder Hardware oder von Daten **gefährden** und den Vertraulichkeits- oder Sicherheitsinteressen des Auftraggebers zuwiderlaufen **durch***

    Funktionen zum/zur unerwünschten

    - Absetzen/Ausleiten von Daten,
    - Veränderung/Manipulation von Daten oder der Ablauflogik oder
    - Einleiten von Daten oder unerwünschte Funktionserweiterungen.

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Technische No Spy-Klausel**
- Wortlaut von Ziffer 2.3 der Überlassung Typ A-AGB:
  - Dritter Teil: Was ist „unerwünscht“:

    Unerwünscht ist eine mögliche Aktivität einer Funktion, wenn die Aktivität so

    - weder vom Auftraggeber in seiner Leistungsbeschreibung gefordert,
    - noch vom Auftragnehmer unter konkreter Beschreibung der Aktivität und ihrer Funktionsweise angeboten,
    - noch im Einzelfall vom Auftraggeber ausdrücklich autorisiert („opt-in“)

    wurde.

  - **Hinweis**: Siehe hierzu Handreichung zur „technischen no-spy-Klausel“ vom 01.02.2018 (zu finden bei den CIO-Formularen im Abschnitt „EVB-IT Überlassung Typ A“

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- **Technische No Spy-Klauseln** in AGB z.B.:
  - Ziffer 1.5 und 1.6 EVB-IT Dienstleistungs-AGB
  - Ziffer 1.4 und 1.5 EVB-IT Instandhaltungs-AGB
  - Ziffer 1.4 und 1.5 EVB-IT Pflege S-AGB
  - Ziffer 1.7 EVB-IT Service-AGB

  „abgespeckte“ Versionen (Alt-Fassungen) Scan-Pflicht:
  - Ziffer 2.2 EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A)
  - Ziffer 2.1 Abs. 4 EVB-IT Erstellungs-AGB
  - Ziffer 2.3 Abs. 4 EVB-IT System-AGB
  - Ziffer 2.2.5 EVB-IT Systemlieferungs-AGB

Kernfrage: Wann ist eine Funktion „unerwünscht“?

„abgespeckte“ Versionen (Alt-Fassungen) Scan-Pflicht:

5.6 No Spy vs. Technische No Spy-Klausel

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Aktuelles Thema: **Kaspersky** Virenschutz-Software:
  - BSI gab eine Warnung (§ 7 BSIG) heraus.
  - Daraus ergeben sich verschiedene Handlungsoptionen
  - Falls Software ausgeschlossen werden soll, kann gegebenenfalls folgende Formulierung gewählt werden:

    Klarstellend vereinbaren die Vertragsparteien, dass die Software „Kaspersky“ eine Schaden stiftender Software nach Ziffer 2.4 EVB-IT **Kauf-AGB** ist und, dass die Unternehmer der Kaspersky-Gruppe zu Dritten im Sinne der ergänzenden Regelung unter (1) sowie im Sinne der Ziffer 10.3 EVB-IT Kauf-AGB darstellen.*

5.7 Geheimnisschutz

- April 2019 – (Geschäfts-)Geheimnisschutzgesetz (GeschGehG)
- Wesentliche Änderungen und Folgen:
  - §§ 17 bis 19 UWG weggefallen.
  - „Betriebsgeheimnis“ gibt es (so) nicht mehr, nur Geschäftsgeheimnis.
  - Reverse Engineering nicht (mehr) verboten; aber vertraglich untersagbar.
  - Schutzvoraussetzungen gestiegen:
    - Früher: „ersichtlich schutzbedürftig“ ausreichend.

      ...

5.7 Geheimnisschutz

- Schutzvoraussetzungen gestiegen:
  - Heute: (1) Beschränkter Bekanntheitsgrad und daher gewisser wirtschaftlicher Wert der Information.
    (2) Inhaber schützt die Information mit angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen („**TOMs + V**“).
    (3) Inhaber hat berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung.
- Merksatz:
  - Im Datenschutz sind TOMs erforderlich, **weil** personenbezogene Daten gesetzlich **geschützt sind**.
  - Im Geschäftsgeheimnisschutz sind TOMs erforderlich, **damit** Informationen gesetzlich **geschützt werden**.

6. Datenschutz

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Agenda:
  - Geltungsbereich (auch Behörden!)
  - Datenverarbeitung (auch das „bloße“ Löschen!)
  - Verantwortlicher (auf den Entscheider kommt es an!)
  - Vorsicht, Einwilligung!
  - Grundsatz der Zweckbindung (= keine Zwecklose Verarbeitung!)
  - Gesetzliche Ermächtigungen für Behörden
  - Widerruf vs. Widerspruch
  - Auftragsverarbeitung
  - Ausgewählte Fehler in Vergabeunterlagen (Beispiele)

6. Datenschutz – Alle Lebensbereiche erfasst

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- 2. Datenschutz-Anpassung- u. Umsetzungsgesetz, 563 Seiten
  - Staatsangehörigkeitsgesetz
  - Bundesbeamtengesetz
  - De-Mail-Gesetz
  - Antiterrordateigesetz
  - E-Government-Gesetz
  - Waffengesetz
  - **Bundesdatenschutzgesetz**
  - Informationsfreiheitsgesetz
  - Personenstandsgesetz
  - Arzneimittelgesetz
  - Straßenverkehrsgesetz
  - Anti-Doping-Gesetz
  - Hilfetelefongesetz
  - Kulturgutschutzgesetz
  - Umsatzsteuergesetz
  - Schornsteinfeger-Handwerksgesetz
  - Tierschutzgesetz
  - Fleischgesetz .... **+ 130 Gesetze**

6. Datenschutz – Geltungsbereich

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Art. 2 Abs. 1 DS-GVO (sachlich)
  - Ganz/teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten und nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisysteme, speichert sind oder gespeichert werden sollen.

Datenschutz gilt selbstverständlich auch für Behörden.

- Art. 3 DS-GVO (räumlich)
  - Datenverarbeitung durch oder für Verantwortliche/Auftragsverarbeiter in EU.
  - Datenverarbeitung von „EU-Personen“ im Zusammenhang mit Dienstleistungen oder zur Verhaltensanalyse.

6. Datenschutz – Datenverarbeitung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Art. 4 Nr. 2 DS-GVO – Datenverarbeitung ist ...

  ein Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie Erheben, Erfassen, Organisation, Ordnen, Speicherung, Anpassung, Veränderung, Auslesen, Abfragen, Verwendung, Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, Abgleich oder Verknüpfung, Einschränkung, **Löschen** oder Vernichtung.

6. Datenschutz – Verantwortlicher

- Art. 4 Nr. 4 DS-GVO – Verantwortlicher ist ...

  die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die **Zwecke und Mittel** der Verarbeitung von personenbezogenen Daten **entscheidet**.

- Merksatz:

  Wer die Daten tatsächlich verarbeiten – das ist nicht relevant.

6. Datenschutz – Vorsicht vor Einwilligung

- Art. 6 Abs. 1 lit. a) – Zweckbestimmung:

  Die **betroffene Person** hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere **bestimmte Zwecke** gegeben.

- Art. 7 Abs. 1 – **Nachweis** der Einwilligung
- Art. 7 Abs. 2 – Einwilligungsersuchen in verständlicher und leicht zugänglicher **Form** in einer klaren und einfachen **Sprache**
- Art. 7 Abs. 3 – **Hinweis** auf jederzeitigen Widerruf der Einwilligung
- Art. 7 Abs. 3 – *Der Widerruf der Einwilligung muss **so einfach wie die Erteilung** der Einwilligung sein*
- Art. 4 Nr. 11 – **Freiwillige** und **informierte Willensbekundung**

6. Datenschutz – Grundsatz der Zweckbindung

- Art. 5 Abs. 1 lit. b) – Daten müssen für
  - festgelegte, **eindeutige und legitime Zwecke** erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden; eine Weiterverarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke gilt [...] nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken
- Weiterverarbeitung
  - ErwG 50 – Verarbeitung für andere als ursprüngliche Zwecke sollte nur zulässig sein, wenn die Weiterverarbeitung mit ursprünglichen Zwecken vereinbar ist.
  - Art. 6 Abs. 4 – Kriterien für die Prüfung der Weiterverarbeitung
  - Ausnahmen: Verarbeitung aufgrund Einwilligung oder auf gesetzlicher Grundlage

6. Datenschutz – Gesetzliche Ermächtigung

- Art. 6 Abs. 1 lit. c) und e)
  - Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung
  - Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt
- Art. 6 Abs. 2 – Öffnungsklausel
- Art. 6 Abs. 3 – Anforderungen an gesetzliche Regelungen
  - Zweckfestlegung und Erforderlichkeit
  - ggf. Regelungen über Datenarten, Offenlegung, Verarbeitungsbedingungen, Speicherdauer etc.
  - Verhältnismäßigkeit

6. Datenschutz – Datenschutzhinweise

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Zeitpunkt
  - Art. 13 DS-GVO – bei Erhebung beim Betroffenen
  - Art. 14 DS-GVO – bei Erhebung bei Dritten
- Formulierung und Wortwahl
  - Transparenz sowie klare und verständliche Sprache
- Form
  - „schriftlich oder in anderer Form, gegebenenfalls auch elektronisch“
- Wichtig
  - Vollständige Information Betroffener, **keine** Auslassungen – **keine** Hinzufügungen!

Ausnahmen in Spezial-Gesetzen beachten, wie § 22b Abs. 1 BörsenG!

6. Datenschutz – Widerruf und Widerspruch

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO (**Widerruf**)
  - Betroffener hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen.
  - Folge: Künftig keine auf Einwilligung gestützte Datenverarbeitung.
- Art. 21 Abs. 1 DS-GVO (**Widerspruch**)
  - Betroffener hat das Recht, aus Gründen einer besonderen Situation jederzeit gegen die Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO zu widersprechen.
  - Folge: Prüfung der sich gegenüberstehenden Interessen: Zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung vs. besondere Situation.
  - Folge: Künftig gegebenenfalls keine Datenverarbeitung.

Ausnahmen beachten, wie 36 BDSG!

6. Datenschutz – Auftragsverarbeitung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Art. 4 Nr. 8 DS-GVO – Auftragsverarbeiter ist ...
  - eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet.
- Beschränkung?
  - Reicht eine Datenverarbeitung und ein Auftrag?
  - Oder doch Einschränkung nach Kerntheorie?
- Folge: AV-Vertrag
  - AV-Vertrag nach Art. 28 DS-GVO.
  - **Verantwortlicher ist und bleibt verantwortlich!**
  - Auftragsverarbeiter haftet nur bei Verletzung des AV-Vertrages.

Vorsicht vor § 64 BDSG (JI-Richtlinie)

Sondernormen in LDG... beachten

6. Datenschutz – LDG-Besonderheiten

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Achtung vor den Landesdatenschutzgesetzen und anderen Normen auf der ebene der Bundesländer (auch Gemeinden und Kirchen)
  - § 80 SGB X – Verarbeitung von Sozialdaten im Auftrag
  - § 7 GDSG NRW – Verarbeitung von Gesundheitsdaten im Auftrag
  - § 91a LBG NRW – Verarbeitung von Personalakten im Auftrag
  - § 30 AO – Verarbeitung von Steuerdaten im Auftrag

6. Datenschutz – Auslandsübermittlung

- Erfolgt die Übermittlung ins Ausland (außer EU/EWR)?
  - Falls ja, dann zusätzlich Bedingungen der Art. 44 ff. DS-GVO einzuhalten.
  - Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DS-GVO.
    - USA-Besonderheit: Grundlage – Datenschutzrahmen (EU-US Data Privacy Framework als Nachfolger der EU-US Privacy Shield) und hierauf aufbauend ein Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission.
  - „Geeignete Garantien“ nach Art. 46 Abs. 2 DS-GVO, wie
    - Verbindliche interne Datenschutzvorschriften nach Art. 47 DS-GVO.
    - Standarddatenschutzklauseln (neu) der Kommission, Art. 93 Abs. 2 DS-GVO.
    - Standarddatenschutzklauseln (alt) der Kommission, Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie 95/46/EG (alte Datenschutz-Richtlinie).

6. Datenschutz – Auswirkungen auf EVB-IT

- Liegt Verarbeitung von Daten vor?
- Sind die betroffenen Daten auch „personenbezogene Daten“?
- Ist die Datenverarbeitung automatisiert (je nach LDG...)?
- Wer ist datenschutzrechtlich Verantwortlicher?
- Ist ein Vertrag erforderlich?
  - Auftragsverarbeitung (AV-Vertrag, AVV bzw. DPA, Data Protection Agreement) nach Art. 28 DS-GVO oder
  - Vertrag über die Gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO.
- Welche Audit-Regelungen sind zulässig beim AV-Vertrag?
  - Eigenaudit, Fremdaudit, Zertifikate (Art. 42 DS-GVO), Auditberichte, Kosten ...

6. Datenschutz – Fehler an der Tagesordnung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Beispielstext aus einer Dienstanweisung (2019 !!):

> (2) Der technische Fortschritt und fallende Preise für effizienter werdende Informationstechnik begünstigt die massenhafte Verarbeitung von personenbezogenen Daten, sowohl auf staatlicher Seite als auch bei Unternehmen. Damit das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung weiterhin als Freiheitsrecht gewahrt wird, verbietet der Datenschutz dem Staat, und juristischen Personen (ausgenommen Kleinstunternehmen solange diese keine besonders sensiblen Daten verarbeiten) grundsätzlich die Verarbeitung personenbezogener Daten. Nur auf gesetzlicher Grundlage ist

- **Achtung:**
  - Verweis auf „Kleinstunternehmen“ ist natürlich falsch! Datenverarbeitung gilt für alle Unternehmen, nur der private Bereich ist nach Art. 2 Abs. 2 DS-GVO ausgenommen.

6. Datenschutz – Fehler an der Tagesordnung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Beispiel aus einer Dienstanweisung

> partners für Referenzobjekte, da andernfalls die behaupteten Referenzen und damit die Eignung des Bieters nicht überprüfbar wären. Dass sich daraus für die Bieter die Notwendigkeit ergibt, bei den Auftraggebern ihrer Referenzprojekte um die Einwilligung in die Weitergabe von Kontaktdaten nachzusuchen, macht die Anforderung nicht unzulässig. Die Bieter können

- **Achtung:** Auch das ist nur eine Rechtsauffassung = Meinung!
  - Eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit a) DS-GVO ist womöglich nicht erforderlich.
  - Der Bieter könnte sich auf berechtigtes Interesse nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO berufen. Erst Recht, wenn Referenzen ebenso öffentliche Aufträge waren.

6. Datenschutz – Fehler an der Tagesordnung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Beispiel aus einer Vergabe aus 2019 (Rahmenvertrag)

> 2.1.3.6 Datenschutz/IT-Sicherheit
>
> Vorrangiges Ziel des Datenschutzes ist es, durch das Aufstellen von Verwendungsregeln für personenbezogene Daten und über die Gestaltung und den Einsatz von Informationstechnik eine Gefährdung des Persönlichkeitsrechts des Einzelnen von vorneherein zu verhindern.
>
> Die technisch-organisatorischen Maßnahmen, die nach § 9 BDSG und seiner dazu ergangenen Anlage zu treffen sind, sollen die Daten u. a. gegen unerlaubten Zugriff und Verwendung sichern.

- **Achtung:** Aktuelle Verträge enthalten immer alte Normen.
- Sonstiges: „**erheben, speichern, nutzen**“ oder „**ADV**“

7. Outsourcing & Scrum

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Agenda:

  7.1 IT-Outsourcing

  7.2 Agile Softwareentwicklung

7.1 EVB-IT und IT-Outsourcing

- IT-Outsourcing
  - Kein „passender“ eigener EVB-IT Vertrag
  - Daher verschiedene Varianten denkbar, je nach Anforderungsszenario:
    - EVB-IT Dienstleistung
    - EVB-IT Überlassung Typ B
    - EVB-IT System

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

- Ziele agiler Softwareentwicklung
  - Entwicklungsprozess optimaler gestalten
- Agile Leitsätze (aus dem „Agilen Manifest“)
  - Individuen und Interaktionen stehen über Prozessen und Werkzeugen
  - Funktionierende Software steht über einer umfassenden Dokumentation
  - Zusammenarbeit mit dem Kunden steht über der Vertragsverhandlung
  - Reagieren auf Veränderung steht über dem Befolgen eines Plans
- Agile Prinzipien
  - Zufriedenstellung des Kunden durch frühe und kontinuierliche Auslieferung von wertvoller Software etc.

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Agile Methoden
  - Paarprogrammierung
  - Testgetriebene Entwicklung
  - Ständige Refaktorierungen
  - Story-Cards
  - Schnelle Codereviews

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Agile Prozesse
  - Adaptive Software Development (ASD)
  - Crystal
  - Extreme Programming (XP)
  - Feature Driven Development (FDD)
  - Kanban
  - **Scrum**
  - Agiles Testen
  - Behavior Driven Development (BDD)

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Scrum-Begriffe
  - Scrum-Werte: Verlässlichkeit, Mut, Fokus, Offenheit und Respekt
  - Ereignisse: Sprint, Sprint Planning, Daily Scrum, Sprint Review und Sprint Retrospektive
  - Scrum-Rollen/-Team: Product Owner, Entwicklungsteam und Scrum Master (Projektleiter und Moderator)
  - Artefakte: Product Backlog (User Stories), Sprint Backlog und Inkrement
  - Regeln

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Unterschiede zw. Scrum und Wasserfallmodell (V-Modell / XT)
  - V-Modell:
    - Lineares Vorgehen
    - Vollständige Gesamtplanung und dann Ausführung
    - Hohe Planungssicherheit
    - (Hohe) Anfälligkeit für Unvorhergesehenes
    - „The Scrum Guide“ (19 Seiten), „Agile Atlas, Core Scrum“ (12 Seiten)
  - Scrum:
    - Iterativ-inkrementelles Vorgehen
    - Sprintplanung und Ausführung und dann Folgesprint
    - Geringe Anfälligkeit für unvorhergesehenes („Moving Target“)
    - „V-Modell XT, Ver.2.3“ (439 Seiten)

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Rechtliche Einordnung in BGB-Vertragstypologie ungewiss:
  - **Dienstvertrag**
  - **Werkvertrag**
  - Misch- und Zwischenformen
    - Rahmenvereinbarung mit Einzelaufträgen
    - Planungsphase als Dienstvertrag und Entwicklung als Werkvertrag
  - Gesellschaftsvertrag (naja)
- Wichtig für AGB-Kontrolle:
  - Prüfung unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB
  - Ausfüllen von Regelungslücken durch ergänzende Vertragsauslegung

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Folge: Vertragsgestaltung umso wichtiger!
- Ziele, Ressourcen und Auswirkungen bestimmen:
  - Projektsteuerung = Erfolgsverantwortung (?)
  - Bestimmter Erfolg vs. Tätigwerden mit qualifiziertem Personal
  - Pflichten-/Lastenheft vorhanden vs. zu entwickelnde Ideen und Vorstellungen
  - Freie Kündigung vs. Fristgebundene Kündigung
  - (Volle) Mitwirkung vs. (nur) freiwillige Mitwirkung und Obliegenheiten
  - Gewährleistungsrechte und Schadensersatz vs. Schadensersatz

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Regelungsvorschlag: Rahmenvertrag und Einzelverträge
  - Rollenverteilung:
    - Product Owner = Auftraggeber oder sein externer Partner
    - Scrum Master = Externer Partner des Auftraggebers
    - Entwicklungsteam = Auftragnehmer
  - Planung des Sprint Backlog als Dienstleistung
  - Leistungen im Einzelsprint als Werkvertrag bzw. als „Mini-Werkverträge“
    - Erfolgsdefinition = Definition of Done (?) vs. Mindestkriterien (Story Points)
    - Abnahme (Teilabnahme, Gesamtabnahme, automatisierte Testung)
    - Gewährleistungsgegenstand bei „Moving Taget“ zunehmend irrelevant

7.2 EVB-IT und agile Softwareentwicklung

ARBER SEMINARE Anwaltsfortbildung

- Umsetzung in EVB-IT Erstellung
  - Erfolgsdefinition schon im Rahmenvertrag für spätere Gesamtabnahme
    - Einsatzbereich der Software (technisch und organisatorisch sowie gegebenenfalls rechtlich)
    - Lösungs- und Unterstützungsaufgaben der Software
    - Mehrwert (Erlöse und Einsparungen) aus dem künftigen Software-Einsatz
  - Wichtige Dokumente:
    - Leistungsbeschreibung
    - Rollenvereinbarungen
    - Gewährleistungsregelungen

ARBER SEMINARE
Anwaltsfortbildung

Vielen Dank für Ihre Mitarbeit.

Empfehlen Sie uns weiter!

WERNER | R | I
RECHTSANWÄLTE
INFORMATIKER

https://www.werner-ri.de