

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

EVB-IT Systemvertrag: Eine umfangreiche FAQ

Am 24.08.2007 wurde der neue EVB-IT Systemvertrag veröffentlicht. Der Vertrag wurde zwar sehnsüchtig von der Beschaffenseite erwartet, löste dann aber wegen seines Umfangs und seiner Komplexität, Verwirrung, Ratlosigkeit ja oft Mutlosigkeit aus. Damit die Nutzer zumindest bezüglich der häufigsten Fragen eine schnelle Antwort finden, hat die IT-Recht Kanzlei die Antworten auf diese Fragen in der folgenden FAQ-Liste aufgeführt:

1. Was sind „EVB-IT“?
2. Was ist ein IT-System?
3. Welchen Sachverhalt regelt ein IT-Systemvertrag?
4. Warum ist die professionelle Planung des IT-Systems und ein professionelles Projektmanagement so wichtig?
5. Wie und in welchen Gremien wurde der EVB-IT Systemvertrag entwickelt?
6. Wann findet der EVB-IT Systemvertrag Verwendung?
7. Wieso ist der EVB-IT Systemvertrag so umfangreich (über 70 Seiten)?
8. Können nur Behörden den EVB-IT Systemvertrag einsetzen oder auch Unternehmer?
9. Sind die EVB-IT urheberrechtlich geschützt?
10. Ich möchte 500 PCs und Standardsoftware kaufen. Die PCs sollen vom Verkäufer aufgestellt und die Software aufgespielt werden. Ich möchte die Betriebsfähigkeit aller Systeme kontrollieren. Brauche ich den EVB-IT Systemvertrag?
11. Wieso ist es so entscheidend, den richtigen EVB-IT bzw. BVB-Mustervertrag zu verwenden?
12. Wie wird der EVB-IT Systemvertrag in die Ausschreibungsunterlagen einbezogen?
13. Wo finde ich Schulungen zum EVB-IT Systemvertrag oder In-house-Seminare?
14. Welchen BVB-Vertrag ersetzt der EVB-IT Systemvertrag?
15. Wann muss ich welchen EVB-IT Vertrag einsetzen und wann muss ich noch BVB-Verträge verwenden?
16. Wie fülle ich den EVB-IT Systemvertrag aus?
17. Welche Geltungshierarchie haben die einzelnen Vertragsbestandteile des EVB-IT Systemvertrages?
18. Was ist eigentlich der Unterschied zwischen „Ziffern“ und „Nummern“ in den EVB-IT Systemvertragsdokumenten?
19. Was gibt es für weitere Anwendungstipps zum EVB-IT Systemvertrag?
20. Was ist das „Neue“ am Haftungskonzept des EVB-IT Systemvertrages?

Frage Nr. 1: Was sind „EVB-IT“?

Die Beschaffer von IT-Leistungen der öffentlichen Hand können auf Musterverträge zurückgreifen, die EVB-IT Verträge (= Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen) genannt werden. Diese Vertrags- und Einkaufsbedingungen unterstützen die Beschaffung von informationstechnischen Leistungen durch die öffentliche Hand und sollen die Beschaffer der öffentlichen Hand in die Lage versetzen, IT-Leistungen aufgrund eigener Einkaufsbedingungen zu beschaffen, ohne dabei auf die naturgemäß auftraggeberunfreundlicheren Lieferbedingungen der Wirtschaft angewiesen zu sein.

Es fragt sich, was die EVB-IT ergänzen?

Die Antwort lautet: Die EVB-IT nutzen einen Ausnahmetatbestand des § 9 Abs. 3 Nr. 2 der VOL/A. Hier wird geregelt, dass bei einer Gruppe gleich gelagerter Einzelfälle die Allgemeinen Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand für Lieferungen und Leistungen, die VOL/B durch Ergänzende Vertragsbedingungen ergänzt werden können.

§ 9 (VOL/A) sieht zwingend vor, dass diese „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistung“, die VOL/B, in jeden Vertrag einbezogen werden müssen. Der Einsatz dieser Bedingungen, mit denen vom Radiergummi bis zum Panzer eingekauft werden kann, ist aber bei der Beschaffung komplexer IT-Leistungen wenig hilfreich und daher alleine nicht sinnvoll. Die EVB-IT sind speziell für den Einkauf von IT entwickelt worden und ergänzen die VOL/B in Bezug auf die Besonderheiten des IT-Einkaufs.

Frage Nr. 2: Was ist ein IT-System?

In unserer hoch technologisierten Welt hat die EDV die Unterstützung aller Geschäftsabläufe übernommen. Kaum ein wirtschaftlicher Betrieb, aber auch kaum eine Behörde ist daher in der Lage, ihre Aufgaben ohne Informationstechnik zu bewältigen.

Zwar kann der durchschnittliche Anwender heute in den meisten Fällen auf Standardprodukte zurückgreifen, um seine Aufgaben zu erledigen. Bei komplexeren Prozessen wird es aber oft notwendig, eine individuelle Anpassung der EDV an die Bedürfnisse des Anwenders an Hard- und Software zu erstellen. Dabei wünscht der EDV-Anwender in der Regel eine Hard- und Softwarelösung für seine Geschäftsabläufe aus einer Hand. Die einzelnen Leistungen des Auftragnehmers in einem IT-Projekt können daher alle oder einzelne der folgenden Einzelmodule sein, die der Auftragnehmer dem Auftraggeber schuldet:

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

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

Frage Nr. 3: Welchen Sachverhalt regelt ein IT-Systemvertrag?

Der Systemvertrag soll alle projektrelevanten Rechtsfragen antizipieren und für den Auftragnehmer wirtschaftlich sinnvolle und für den Auftraggeber vertretbare Lösungen konzipieren. Dies führt zur Vermeidung von Risiken und zur Deeskalation in Konfliktsituationen. Der Vertrag muss also dafür sorgen, dass der Auftragnehmer auf der Grundlage eines realisierbaren Leistungsverzeichnisses arbeitet, dass das Projektmanagement professionell organisiert ist und die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers ausreichend definiert wurden. Weiter hat der Vertrag für ein professionelles Change-Request-Management zu sorgen und vernünftige Haftungs-, Gewährleistungs- und Verzugsklauseln aufzunehmen. Auch die Abnahmeregung ist so zu gestalten, dass der Auftraggeber sich seinen Abnahmeverpflichtungen nicht entziehen kann.

Frage Nr. 4: Warum ist die professionelle Planung des IT-Systems und ein professionelles Projektmanagement so wichtig?

Die Durchführung eines IT-Projektes ist technisch und juristisch der Erstellung eines Bauwerkes ähnlich. In beiden Fällen gibt der Auftraggeber ein Paket von Leistungen in Auftrag mit dem Ziel, mit Vertragserfüllung ein Bauwerk oder beim IT-Projekt ein funktionierendes EDV-System zu erhalten.

Während aber bei der Erstellung von Bauwerken sowohl technisch als auch juristisch auf eine jahrtausend alte Praxis und Erfahrung zurückgegriffen werden kann, ist die Erstellung von IT-Systemen noch relativ neu. Dementsprechend unerfahren, ja kühn gehen oft Auftraggeber und Auftragnehmer an die Planung, vertragliche Regelung und technische Durchführung solcher komplexen Projekte heran. Es nimmt daher nicht Wunder, dass 50 % aller IT-Projekte scheitern und 25 % zwar erfolgreich abgeschlossen werden können, dass sich aber in diesen Fällen am Ende sowohl die Vergütung als auch die Ausführungsfristen dramatisch von der ursprünglichen Planung entfernt haben.

Will man die Zustände, die bei der Durchführung von IT-Projekten herrschen, auf die Errichtung eines Bauwerkes übertragen, so würden komplexe Bauwerke auf der Grundlage von Skizzen des Auftragsgebers ohne statische Überprüfung und ohne Architektenplan durchgeführt. Die Bauleitung und die Abnahme würden vom Auftraggeber selbst erledigt. Während des Projektes würde der Auftraggeber vom Auftragnehmer verlangen, dass z.B. nicht sechs, wie ursprünglich geplant, sondern zwölf Stockwerke zu errichten seien oder die Garagen vor und nicht hinter das Haus gebaut werden sollten etc. Ein Bauunternehmer, der sich auf ein solches Abenteuer einließe, könnte nur verlieren. Auftragnehmer in IT-Projekten lassen sich erfahrungsgemäß sehr oft auf die Realisierung eines IT-

Systems mit sehr fragwürdigen Planvorgaben ein und werden dann im Laufe des Projektes von Änderungsverlangen des Auftraggebers, den so genanntem Change-Requests, Tag für Tag an die Grenze des finanziell und technisch Machbaren bis zum Scheitern des Projektes getrieben. Ein solches Fiasko, das schon oft einen Anbieter bis kurz vor die Insolvenz oder darüber hinaus getrieben hat, kann nur durch eine professionelle Planung (Leistungsbeschreibung) und juristisches und technisches Projektmanagement vermieden werden.

Frage Nr. 5: Wie und in welchen Gremien wurde der EVB-IT Systemvertrag entwickelt?

Ursprünglich sind alle EVB-IT seit 2004, wie zuvor die BVB, in einem Gremium ausgehandelt worden, das aus Vertretern der öffentlichen Hand und der IT-Wirtschaft bestand. Auf Seiten der öffentlichen Hand agierte der KoopA ADV (der Kooperationsausschuss, dem der Bund, die Länder und die kommunalen Spitzenverbände angehören). Er ist ein Gremium, in dem gemeinsame Grundsätze des Einsatzes der Informations- und Kommunikationstechniken (IT) und wichtige IT-Vorhaben in der öffentlichen Verwaltung einvernehmlich abgestimmt werden.

Im Auftrag des Koop-A wurden die ersten Entwürfe der EVB-IT entwickelt. Mitglied des KoopA ist die KBSt www.kbst.bund.de, die Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik in der Bundesverwaltung im Bundesministerium des Innern. Sie ist eine im Jahre 1968 gegründete, ressortübergreifend tätige Einrichtung der Bundesregierung. Sie wirkt darauf hin, dass die Informationstechnik in der Bundesverwaltung aus fachlicher, organisatorischer, wirtschaftlicher und technischer Sicht optimal eingesetzt wird.

Grundlage ihrer gegenwärtigen Arbeit sind die 1988 durch Kabinettsbeschluss eingeführten "Richtlinien für den Einsatz der IT in der Bundesverwaltung (IT-Richtlinien)". Im KoopA nahm die KBSt die Interessen der Bundesverwaltung wahr. Die Auftragnehmerseite wird durch den BITKOM (Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien), vertreten.

Seit 2004 ruhten aber die gemeinsamen Verhandlungen der Industrieverbände und der Öffentlichen Hand hinsichtlich der EVB-IT - Weiterentwicklung. Grund war, dass die Auftraggeberseite zu dem Ergebnis gekommen war, dass das in den EVB-IT festgelegte Haftungskonzept für die öffentliche Hand zu ungünstig sei, um langfristig Akzeptanz bei den Beschaffern zu finden.

Sie legte daher im Januar 2003 ein neues Haftungskonzept vor, das eine Haftungsbeschränkung des Auftragnehmers ausschließlich in dem Rahmen vorsah, der nach den AGB-rechtlichen Vorschriften des BGB in Auftragnehmer-AGB wirksam wäre. Die Verhandlungsparteien konnten sich zunächst nicht auf ein gemeinsames geändertes Haftungskonzept einigen. Das Ziel, sämtliche BVB-Verträge gemeinsam im Konsens durch EVB-IT-Verträge zu ersetzen, musste daher zunächst aufgegeben werden.

Um Zeitverlust zu vermeiden, arbeitete die KBSt für die Bundesverwaltung alleine an der Entwicklung des EVB-IT Systemvertrages. Die Arbeiten waren Ende 2005 abgeschlossen. Die für diesen Zeitpunkt angekündigte Veröffentlichung verzögerte sich jedoch um eineinhalb Jahre. Grund war, dass es der öffentlichen Hand und dem BITKOM inzwischen gelungen war, eine Einigung über das neue Haftungskonzept zu erzielen. Die Wirtschaftsdelegation kehrte daher an den Verhandlungstisch zurück.

und revidierte den von der öffentlichen Hand erstellten Entwurf. Diese Verhandlungen stellten sich allerdings als überaus mühselig dar, da sich die Positionen von öffentlicher Hand und Wirtschaft erheblich unterschieden.

Die öffentliche Hand kam schließlich der Wirtschaft in entscheidenden Punkten entgegen. Die Verhandlungspartner gelangten dabei zu einer in wesentlichen Teilen abgestimmten Fassung. Leider konnte aber in wenigen, jedoch grundsätzlichen Fragen keine Einigung erzielt werden, so dass sich das BMI wegen der immensen Nachfrage zu diesem Vertragstyp veranlasst sah, den Vertrag ohne die Zustimmung der Wirtschaftsverbände zu veröffentlichen. Das Haftungskonzept in den AGB des EVB-IT Systemvertrages, das dem EVB-IT System entspricht, ist mit den Vertretern der Wirtschaft abgestimmt. Die Wirtschaft kritisiert aber, dass im EVB-IT Systemvertrag die Möglichkeit vorgesehen ist, von diesen Haftungsregeln zum Nachteil des Auftragnehmers abzuweichen.

Frage Nr. 6: Wann findet der EVB-IT Systemvertrag Verwendung?

Da der Vertrag einheitlich dem Werkvertragsrecht unterliegt, muss, um die Anwendung des EVB-IT Systemvertrages zu begründen, der Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen in der Erstellung eines IT-Systems– ggf. einschließlich der Realisierung von Individualprodukten –, der Integration und Zusammenfügung von Einzelleistungen, der Einbindung in die Systemumgebung des Auftraggebers sowie in der Herbeiführung der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems liegen.

Um die Anwendung des EVB-IT Systemvertrages zu begründen, sollten diese Anpassungsleistungen in der Regel einen Wert von 16 % der Gesamtleistungen überschreiten. In diesem Fall geht auch die Rechtsprechung davon aus, dass die Anpassungsleistungen den Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen ausmachen (so [OLG Köln vom 10.3.2006 – Az:19 U 160/05](#)) Unabhängig von dem Wert der Anpassungsleistungen findet der EVB-IT Systemvertrag aber auch Anwendung, wenn die Anpassungsleistungen so entscheidend sind, dass das IT-System ohne sie durch den Auftraggeber nicht oder nicht sinnvoll nutzbar ist oder wenn es sich bei den Anpassungen um die Erstellung zahlreicher Individualprogrammierungen handelt.

Bei einer solchen Fallgestaltung überwiegt das werkvertragliche Moment des individuell geschuldeten Erfolges in einer Weise, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts gerechtfertigt wird (so OLG Köln ebenda). Da der Systemvertrag einheitlich dem Werkvertragsrecht unterliegt, wird er insgesamt durch die Erklärung der Abnahme des Gesamtsystems erfüllt.

Frage Nr. 7: Wieso ist der EVB-IT Systemvertrag so umfangreich (über 70 Seiten)?

Der Vertrag besteht aus folgenden verschiedenen Elementen:

- EVB-IT Systemvertrag (der individuelle Vertrag)
- EVB-IT System (AGB)
- Muster 1 – Vergütungszusammenfassung
- Muster 2 – Störungsmeldeformular
- Muster 3 – Leistungsnachweis
- Muster 4 – Änderungsformular

Insgesamt umfasst er mehr als 70 Seiten. Diese Länge beruht darauf, dass sowohl der Vertrag als auch die AGB die Möglichkeit schaffen, die unterschiedlichsten Leistungen zu beschaffen. Diese sind Kauf und Miete von Hardware, Kauf und Miete von Standardsoftware, Erstellung von Individualsoftware, Projektmanagement, Migration von Daten, Customizing und Integrationsleistungen, Schulung und Systemservice nach der Abnahme. Ohne den EVB-IT Systemvertrag wäre der Beschaffer gezwungen, ein ganzes Bündel von einschlägigen BVB bzw. EVB-IT Verträgen einzusetzen. Diese würden zusammen auch nicht wenig umfangreich, dafür aber widersprüchlich und in keiner Weise transparent sein.

Frage Nr. 8: Können nur Behörden den EVB-IT Systemvertrag einsetzen oder auch Unternehmer?

Der EVB-IT Systemvertrag ist zwar speziell auf die Bedürfnisse der öffentlichen Hand und deren Interesse ausgerichtet. Der EVB-IT – Systemvertrag ist aber in erster Linie ein Einkaufsvertrag für die Erstellung eines IT-Systems und berücksichtigt daher die Interessen des Auftraggebers. Die AGB des EVB-IT Systemvertrages, die EVB-IT System halten sich an AGB-rechtliche Vorgaben und beinhalten nach jetzigem Kenntnisstand keine Regelungen, die den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen.

Ein Unternehmen, das ein komplexes IT-System erstellen lassen will und über keine eigenen Musterverträge verfügt, ist gut beraten, den EVB-IT Vertrag als Vertragsgrundlage zu verwenden. Der Vertrag kann dann aber nicht EVB-IT Vertrag genannt werden, da ein Unternehmen, das kein öffentlicher Auftraggeber ist, die VOL/B nicht anzuwenden hat, die von den EVB-IT ergänzt werden. Daher sollte auch der Bezug auf die VOL/B im EVB-IT Systemvertrag gestrichen werden.

Urheberrechtliche Bedenken hinsichtlich der Verwendung der EVB-IT Texte bestehen nicht. (siehe auch die nachfolgende Frage: Sind die EVB-IT urheberrechtlich geschützt?)

Frage Nr. 9: Sind die EVB-IT urheberrechtlich geschützt?

Nach § 1 UrhG werden die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst geschützt. Zu den zu schützenden Werken gehören gemäß § 2 Absatz 1 Nr. 1 UrhG insbesondere auch Schriftwerke. Der EVB-IT Vertrag stellt ein Schriftwerk in diesem Sinne dar.

Um urheberrechtlichen Schutz zu genießen, müsste der EVB-IT Systemvertrag zudem eine persönliche geistige Schöpfung gemäß § 2 Absatz 2 UrhG sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertragsentwurf eine individuelle Eigenart aufweist. Das LG Hamburg hat in einem Urteil vom 04.06.1986 (Az. 74 O 283/85) festgestellt, dass ein von einem Anwalt formulierter Gesellschaftsvertrag für eine von einem Mandanten ersonnene Anlagemöglichkeit in Immobilien infolge seiner individuellen Eigenart Urheberrechtsschutz genießen kann, wenn der Text nicht in Anlehnung an Vorbilder aus Formularbüchern entworfen wurde.

Der EVB-IT Vertrag ist individuell entworfen und zusammengestellt worden. Somit ist er urheberrechtlich geschützt. Urheberin ist das Bundesinnenministerium (siehe www.kbst.bund.de).

Da die EVB-IT ins Internet gestellt wurden, ohne dass eine Verwendung der Texte für andere Zwecke ausgeschlossen wurde, kann man die Texte quasi als Open-Source ansehen. Das heißt, es bestehen keine Bedenken, die Texte für eigene Zwecke zu nutzen. Nicht zulässig ist aber die Verletzung der Urheberrechtspersönlichkeit. Das heißt, es ist nicht gestattet, die EVB-IT als solche als eigene Leistung darzustellen und die Verwendung des Titels und des Logos der EVB-IT für eigene Zwecke. Dies gilt insbesondere für die Veränderung der EVB-IT unter Verwendung des Logos, Vermarktung und sonstige gewerbliche Nutzung ohne Zustimmung des Urhebers.

Frage Nr. 10: Ich möchte 500 PCs und Standardsoftware kaufen. Die PCs sollen vom Verkäufer aufgestellt und die Software aufgespielt werden. Ich möchte die Betriebsfähigkeit aller Systeme kontrollieren. Brauche ich den EVB-IT Systemvertrag?

Der EVB-IT Systemvertrag ist für die Erstellung von komplexen IT-Systemen entworfen worden. Er findet nur dann Anwendung, wenn der Schwerpunkt der Leistungspflicht des Auftragnehmers (also des System-Erstellers) im Werkvertragsrecht liegt. Ist lediglich die Aufstellung von PCs sowie die Aufspielung von Standardsoftware gefordert, so stellt dies keinen derartig komplexen Sachverhalt dar.

Da der EVB-IT Systemvertrag einheitlich dem Werkvertragsrecht unterliegt, muss, um die Anwendung des EVB-IT Systemvertrags zu begründen, der Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen in der Erstellung eines IT-Systems ggf. einschließlich der Realisierung von Individualprodukten -, der Integration und Zusammenfügung von Einzelleistungen, der Einbindung in die Systemumgebung des Auftraggebers sowie in der Herbeiführung der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems liegen.

Um die Anwendung des EVB-IT Systemvertrages zu begründen, sollten diese Anpassungsleistungen

i.d.R. einen Wert von 16 % der Gesamtleistungen überschreiten. Unabhängig von dem Wert der Anpassungsleistungen findet der EVB-IT Systemvertrag aber auch Anwendung, wenn die Anpassungsleistungen so entscheidend sind, dass das IT-System ohne sie durch den Auftraggeber nicht oder nicht sinnvoll nutzbar ist oder wenn es sich bei den Anpassungen um die Erstellung zahlreicher Individualprogrammierungen handelt.

Bei einer solchen Fallgestaltung überwiegt das werkvertragliche Moment des individuell geschuldeten Erfolges in einer Weise, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts gerechtfertigt wird (so OLG Köln ebenda).

Werden nur PCs aufgestellt und finden wenige Anpassungsleistungen statt und liegt der Wert der Anpassungsleistungen unter 16,6 % des Auftragswertes, soll der EVB-IT Systemvertrag nicht Vertragsgrundlage werden. Hier wird in Zukunft der EVB-IT Lieferungsvertrag Anwendung finden. Bis dahin muss der Beschaffer weiterhin entweder den EVB-IT Kaufvertrag, oder - wie die KBST empfiehlt -, den BVB-Kaufvertrag bzw. den BVB-Überlassungsvertrag Typ II wählen. Die IT-Recht Kanzlei hält letzteres Vorgehen für unpraktikabel, wenn der Beschaffer lediglich einige werkvertragliche Zusatzleistungen wünscht. Das EVB-IT Kaufvertragsformular, mit dem sowohl Hardware als auch Software beschafft werden kann, sieht bei näherem Hinsehen bereits die Möglichkeit vor, nicht dem Kaufrecht zuzuordnende Leistungen zu vereinbaren. So können die Aufstellung der Hardware, die Installation der Standardsoftware, die Entsorgung von Althardware, Hotline, ja bereits Systemwartungsleistungen vereinbart werden.

Sollen also Nebenleistungen vereinbart werden, die nicht dem Kaufrecht unterliegen, können diese auch unter „Sonstige Vereinbarung“ im Überlassungsvertrag festgelegt werden. Diese Leistungen können Installations- oder Anpassungsleistungen sein. Wesentlich ist dabei, dass sie im Vergleich mit der Hauptleistung als Nebenleistung zu qualifizieren sind und nicht den Schwerpunkt des Vertrages darstellen. Der Auftraggeber sollte in diesem Falle entscheiden, ob er die Nebenleistungen dienstvertraglich oder werkvertraglich regeln will. Bei der Dienstleistung hat er lediglich die Leistung und die Vergütung aufzuführen. Wollen die Parteien eine Werkleistung vereinbaren, muss eine Leistungsbeschreibung vorliegen, die festlegt, nach welchen Kriterien die Abnahme dieser Leistung erfolgt.

Da die Anpassungs- oder Installationsleistungen nicht die Hauptleistungen darstellen, ändern sie den Charakter des Vertrages als Kaufvertrag nicht. Wird die Nebenleistung mangelhaft erbracht, gilt § 434 Abs. 2 BGB. Hiernach ist eine Sache auch dann mangelhaft, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder seinen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Unter Montage ist der Aufbau, Anschluss und der Einbau der Sache zu verstehen (z.B. Einbau einer Küche oder eines Schrankes).

Unter Montage kann aber auch die Implementierung einer Software in eine vorgegebene Systemumgebung angesehen werden (solange diese Leistung eine Nebenleistung ist). Dies bedeutet, dass der Auftraggeber für den Fall, dass die Installation oder Herbeiführung der Funktionsfähigkeit durch den Auftragnehmer vereinbart wird, er inzwischen nach dem neuen Schuldrecht bereits durch das Gesetz ausreichend geschützt ist. Der Auftragnehmer kann nicht mehr zwischen der verkauften Sache selbst und der Nebenleistung differenzieren. Durch eine fehlerhafte Montage wird das

Standardprodukt mangelhaft. Im Falle einer mangelhaften Montage stehen dem Auftraggeber alle vertraglichen und gesetzlichen Mängelhaftungsansprüche gegenüber dem Auftragnehmer zu.

Frage Nr. 11: Wieso ist es so entscheidend, den richtigen EVB-IT bzw. BVB-Mustervertrag zu verwenden?

Wählt der Beschaffer einen Vertragstyp aus, der das tatsächliche Rechtsgeschäft nicht abdeckt, sind die einbezogenen AGB unwirksam, da sie wesentlich vom gesetzlichen Leitbild für diesen Vertragstyp abweichen.

Des Öfteren findet man in der Praxis z.B. EVB-IT Dienstverträge, die eigentlich Werkleistungen regeln. Auch wird oft der BVB Überlassungsvertrag Typ II gewählt, um Anpassungsleistungen zusätzlich zur gekauften Software in Auftrag geben zu können. Das ist dann besonders ungünstig für den Auftraggeber, wenn die Vertragsklausel der „Herbeiführung der Funktionsfähigkeit“ überdehnt wird, um z.B. 250 Manntage Customizing zu vereinbaren. In diesem Fall sind die Rechte des Auftraggebers im Falle von Leistungsstörungen völlig unzureichend geschützt, da die Klauseln §§ 7, 8 und 9 der BVB Überlassung Typ 2 zur „Herbeiführung der Funktionsfähigkeit“ lediglich für kleinere werkvertragliche Zusatzarbeiten gedacht und konzipiert sind, nicht aber für die Erstellung eines IT-Systems. Sie halten keinerlei Regelungen vor, die für die werkvertragliche Erstellung eines IT-Systems unverzichtbar sind. Dies sind insbesondere Regelungen zum Projektmanagement, Leistungsänderung (Change Request) und Projekt-Entscheidungspunkte. Hier kann nun aber der neue EVB-IT Systemvertrag eingesetzt werden, der den werkvertraglichen Entstehungsprozess rechtlich abbildet und begleitet.

Fazit

Mit einer Verwendung der BVB und EVB-IT „gegen den Strich“ gehen Auftraggeber und Auftragnehmer große Risiken ein. Sie können schon alleine durch die Wahl des Vertragstyps einen unwirksamen Vertrag erstellen. Für die rechtliche Beurteilung eines Vertrages ist es nämlich im Streitfall unerheblich, welche Vertragsbezeichnung gewählt wurde. Vielmehr prüft das Gericht die gesamten Vertragsbeziehungen und wie sie gelebt werden, unabhängig von deren jeweiligen Betitelung, anhand der jeweiligen BGB-Vertragstypen. Stellt es fest, dass die vertraglichen Regelungen nicht dem tatsächlichen Vertragstyp entsprechen, werden diese als unwirksam angesehen.

Frage Nr. 12: Wie wird der EVB-IT Systemvertrag in die Ausschreibungsunterlagen einbezogen?

Es wird empfohlen, dass die Ausschreibungsunterlagen sich schon von der Struktur her in einen Informations- und einen Bedingungs- oder Vertragsteil aufteilen.

Der Informationsteil sollte möglichst schlank gehalten werden und nur die Informationen enthalten, die der Bieter benötigt, um ein verwertbares Angebot abzugeben. Oft haben sich aber in den Behörden über Jahrzehnte Textbausteine in die Ausschreibungsbestimmungen eingeschlichen, deren Sinn und

Existenzberechtigung nicht mehr auszumachen sind. Sie sind darüber hinaus oft nicht mehr zutreffend oder auch widersprüchlich. Eine radikale „Entschlackungskur“ ist hier dringend anzuraten. Kein Bieter hat die Kraft, sich durch 50 Seiten Textbausteine hindurchzuarbeiten. Er erkennt daher oft die für ihn wesentlichen Informationen und Bewerbungsbedingungen nicht. Deren Nichtbeachtung führt aber zwangsweise zu seinem Ausschluss.

Dieses Ergebnis ist für den Beschaffer und die Behörde sehr unerfreulich, da die Beteiligung an einem Vergabeverfahren für beide Parteien mit großem Aufwand verbunden ist. Die Behörde hat oft über Wochen gearbeitet, um die Ausschreibungsunterlagen so zu gestalten, dass sie einerseits zu verwertbaren Angeboten führen und andererseits der Zuschlag rechtssicher erfolgen kann. Aber auch für den Bieter ist die Abgabe eines möglichst erfolgreichen Angebots im Vergabeverfahren sehr zeitaufwändig und kostenintensiv. Es ist daher sinnvoll, die Anforderung zur Abgabe eines Angebots mit allen Informationen für den Bieter zu versehen, die für diesen zweckdienlich sein könnten, um ein verwertbares Angebot abzugeben. Dies gilt insbesondere für den richtigen Umgang mit den EVB-IT und BVB-Vertragsformularen.

Der Bieter sollte darüber informiert werden dass,

- allein die EVB-IT bzw. BVB-Vertragsformulare den rechtlichen Rahmen der Verdingungsunterlagen darstellen,
- alle vertragsrelevanten Unterlagen in diesem Vertragsformular als Vertragsbestandteil mit Geltungshierarchie aufgeführt werden müssen,
- das EVB-IT Systemvertragsformular entweder vorausgefüllt ist und vom Bieter an den dort vorgesehen Stellen vervollständigt werden muss. (In diesem Fall ist eine Markierung der auszufüllenden Stellen durch die Behörde sinnvoll. Da oft Nebenangebote nicht zugelassen werden, sind viele Bieter unsicher, welche Formularstellen ausgefüllt werden dürfen. Sie befürchten, wegen unzulässiger Veränderung der Verdingungsunterlagen ausgeschlossen zu werden.) oder von der Behörde nach der Ausschreibung entsprechend der Angaben des Bieters vervollständigt wird.
- das EVB-IT Systemvertragsformular in digitaler und ausgedruckter Form versandt wird und in beiden Formen zu vervollständigen ist, dass aber alleine die ausgedruckte Form maßgeblich ist,
- das EVB-IT Systemvertragsformular nicht verändert werden darf,
- alle technischen Leistungsbeschreibungen ausschließlich als Anlage zum Vertrag bezeichnet und aufgeführt sind,
- alle Anlagen und das Vertragsformular zu unterzeichnen sind,
- das Angebot ausschließlich durch Unterschrift unter den vollständig ausgefüllten EVB-IT Systemvertrag erfolgt,
- die Bewertung der Angebote nach einer Richtwertmethode gem. UfAB IV oder mit einer anderen näher dargestellten Bewertungsmethode erfolgt,
- die Bewertungskriterien (Eignungskriterien, Ausschlusskriterien, Mindestpunkte, Gewichtungspunkte) ggf. in der Ausschreibung dargestellt sind,

- die Bieterfragen nicht wiederholt werden dürfen, Antworten, also nur unter Bezugnahme der Nummer der einzelnen Fragen zu erfolgen haben. (Dies erspart dem Beschaffer die Kontrolle, ob die Fragen korrekt wiederholt werden, was bedauerlicherweise nicht immer erfolgt und aber auch nicht immer bemerkt wird),
- keine anderen als im Vertragsformular aufgeführten Allgemeinen Vertrags- oder Geschäftsbedingungen einbezogen werden dürfen.

Die Vertragstexte (insgesamt also mindestens 47 Seiten) werden dann in einem gesonderten Teil beigelegt. Das sind also:

- das Vertragsdokument (EVB-IT Systemvertrag)
- und (wenn es Anwendung findet) die ebenfalls vorausgefüllte Muster 1-Vergütungszusammenfassung
- sowie die bereits vorhandenen Anlagen, z.B. das Leistungsverzeichnis und die Bieterfragen (ohne Bewertungsteil!).

Da sich der Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen an alle Bieter richtet, von denen nur einer voraussichtlicherweise Vertragspartner und damit Auftragnehmer wird, ist es rechtlich bedenklich, die Bieter in diesem Teil bereits als Auftragnehmer zu bezeichnen. Sie sollten daher im Informationsteil ausschließlich als Bieter adressiert werden. Der Vertragsteil der Ausschreibungsunterlagen wird aber nur mit dem Auftragnehmer abgeschlossen. In diesem Teil der Ausschreibungsunterlagen wird daher der Vertragspartner als Auftragnehmer bezeichnet.

Die Ausschreibungsunterlagen bei der Beschaffung eines IT-Systems sollten daher wie folgt strukturiert werden:

I. Allgemeines

1. Informationen für den Bieter

1.1 Einführung, (Informationen über den Gegenstand der Beschaffung, Meilensteine des Projekts, Losbildung etc.)

1.2 Ausschreibungsbestimmungen [Informationen über den Ablauf der Ausschreibung, z.B. Fristen und Einsatz der EVB-IT bzw. BVB (siehe oben)]

2. Eignungs- und Bewertungskriterium mit Gewichtung, Mindestpunkten und Angabe der Richtwertmethode

2.1 Eignungskriterien (wenn kein Teilnehmerwettbewerb vorgeschaltet wurde)

2.2 Leistungskriterien

2.2.1 Ausschlusskriterien

2.2.2 Bewertungskriterien

II. Vertragsteil

Vorausgefüllter EVB-IT Systemvertrag mit seinen Anlagen

Fazit:

Soll die Beschaffung eines IT-Systems auf der Grundlage des EVB-IT Systemvertrages erfolgen, ist das Vertragsformular als Teil der Verdingungsunterlagen in einem gesonderten „Vertragsteil“ den

Ausschreibungsunterlagen beizufügen. Das Vertragsformular macht wiederum die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die EVB-IT System, zum Vertragsbestandteil. Diese müssen selbst jedoch nicht beigelegt werden.

Das Vertragsformular verweist auf die Homepage der KBSt (www.kbst.bund.de), von der die Vertragsbedingungen heruntergeladen werden können. Als Teil der Verdingungsunterlagen erhält der Bieter entweder das Vertragsformular in nicht veränderbarer Form, das der Auftraggeber in den Feldern vorausgefüllt hat, in denen er den Leistungsinhalt zwingend vorgibt - die Nichteinhaltung solcher zwingenden Vorgaben durch den Bieter führt aber dann folgerichtig zum Ausschluss seines Angebotes. Das Vertragsformular wird dann nach Zuschlagserteilung vom Auftraggeber entsprechend den Vorgaben in der Leistungsbeschreibung, dem Angebot und den Antworten des Auftragnehmers auf einen etwaigen Fragekatalog des Auftraggebers vervollständigt und von beiden Parteien unterschrieben.

Es besteht aber auch die Möglichkeit, den Bieter aufzufordern, das Vertragsformular selbst zu vervollständigen. Eine solche Aufforderung kann z.B. in den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen der Leistungsbeschreibung erfolgen. In diesem Fall sind die vom Auftragnehmer durch Ausfüllen des Vertrages beschriebenen Leistungsteile und die im Vertragsformular gemachten Angaben Teile seines Angebotes.

Frage Nr. 13: Wo finde ich Schulungen zum EVB-IT Systemvertrag oder In-house-Seminare?

Schulungen und In-House-Seminare können über die FA. c//m//t GmbH gebucht werden.

Frage Nr. 14: Welchen BVB-Vertrag ersetzt der EVB-IT Systemvertrag?

Der EVB-IT Systemvertrag löst die BVB Erstellung ab. Dies gilt auch, wenn lediglich Individualsoftware erstellt werden soll. In diesem Fall, sollte in der Einleitung des Vertrages klargestellt werden, dass das Gesamtsystem im Sinne dieses Vertrages lediglich die Individualsoftware ist (siehe auch Frage 15: Wann muss ich welchen EVB-IT Vertrag einsetzen und wann muss ich noch BVB-Verträge verwenden?).

Frage Nr. 15: Wann muss ich welchen EVB-IT Vertrag einsetzen und wann muss ich noch BVB-Verträge verwenden?

Da zurzeit noch fünf BVB- und nun sieben EVB-IT-Vertragstypen verwendet werden, wird es nicht einfacher für den Beschaffer zu entscheiden, welchen Vertragstyp er den Verdingungsunterlagen zu Grunde legen soll. Wählt er einen Vertragstyp aus, der das tatsächliche Rechtsgeschäft nicht abdeckt, sind die einbezogenen AGB unwirksam, da sie wesentlich vom gesetzlichen Leitbild für diesen Vertragstyp abweichen (siehe hierzu die Frage: Wieso ist es so entscheidend, den richtigen EVB-IT bzw.

BVB-Mustervertrag zu verwenden?

Eine Entscheidungshilfe zur Einbeziehung der BVB- bzw. EVB-IT-Vertragstypen in IT-Beschaffungsverträge findet sich in folgender Tabelle.

Ohne die möglicherweise noch anzuwendenden BVB Kauf und BVB-Überlassung Typ II sind dann lediglich noch folgende BVB-Vertragstypen auf jeden Fall anzuwenden:

- BVB-Miete (von Hardware)
- BVB Pflege (von Individualsoftware)
- BVB Planung

Frage Nr. 16: Wie fülle ich den EVB-IT Systemvertrag aus?

Beim Ausfüllen helfen die Hinweise zum EVB-IT Systemvertrag, die im Detail jede einzelne vertragliche Regelung kommentieren und somit eine große Hilfe darstellen. Die Hinweise werden zurzeit (Oktober 2007) erstellt und sind nach Fertigstellung unter www.kbst.bund.de abrufbar.

Frage Nr. 17: Welche Geltungshierarchie haben die einzelnen Vertragsbestandteile des EVB-IT Systemvertrages?

Der EVB-IT Systemvertrag ist ein komplexes Vertragswerk, für dessen einzelne Bestandteile eine unterschiedliche Geltungshierarchie besteht. Die Dokumente haben folgende Geltungshierarchie:

- Vorrangig gilt der EVB-IT Systemvertragstext, einschließlich der Nummer 1.2.1 und der dort aufgeführten Anlagen (Dokumente des Auftraggebers zur Leistungsbeschreibung). Innerhalb der Nummer 1.2.1 gilt wiederum folgende Reihenfolge:

o Dokumente des Auftraggebers, die er mit den Ausschreibungsunterlagen dem Auftragnehmer zur Verfügung stellt, insbesondere Leistungsbeschreibung, Fragenkatalog etc.

o Dokumente des Auftragnehmers, die im Rahmen des Angebots beigelegt sind.

o Weitere Anlagen von Auftraggeber oder Auftragnehmer, die dann erforderlich werden, wenn der im Vertragsformular vorgesehene Platz für die zu vereinbarenden Regelungen nicht ausreicht.

- Dann die Nummer 1.2.2. (Dokumente des Auftragnehmers zur Leistungsbeschreibung).
- Dann die Nummer 1.2.3 (Sonstige Anlagen).
- Dann die Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Erstellung eines IT-Systems (EVB-IT System) in der bei Versendung der Ausschreibungsunterlagen geltenden Fassung, einschließlich der Muster 1 bis 4.
- Dann die Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - Teil B (VOL/B) in der bei Versendung der Ausschreibungsunterlagen geltenden Fassung.

Innerhalb der Dokumente gilt stets die speziellere Regelung vor der allgemeinen.

Die EVB-IT System und die Muster und die VOL/B stehen unter www.kbst.bund.de zur Einsichtnahme bereit. Sie müssen nicht als Anlage zu den Verdingungsunterlagen mitgeschickt werden. Für ihre wirksame Einbeziehung reicht der Hinweis auf den Vertragsformularen, dass sie beim Auftraggeber zur Einsichtnahme bereitliegen. Weitere Geschäftsbedingungen sind ausgeschlossen, soweit nichts Anderes vereinbart ist.

Frage Nr. 18: Was ist eigentlich der Unterschied zwischen „Ziffern“ und „Nummern“ in den EVB-IT Systemvertragsdokumenten?

Wie auch die anderen EVB-IT Vertragstypen besteht der EVB-IT Systemvertrag aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und aus einem Vertragsmuster, in dem das konkrete Rechtsgeschäft festzuhalten und in seinen Einzelheiten vertraglich zu regeln ist. Die AGB werden als EVB-IT System bezeichnet. Das Vertragsmuster selber wird EVB-IT Systemvertrag genannt. Wird also in den EVB-IT System Bezug genommen auf eine Nummer XY im EVB-IT Systemvertrag, bedeutet dies, dass auf einen Paragraphen in dem Vertragsmuster (EVB-IT Systemvertrag) verwiesen wird.

Somit gilt Folgendes: Verweise in allen EVB-IT Dokumenten (Vertrag, AGB, Hinweise), die sich auf die Vertragsbedingungen, also die EVB-IT System beziehen, verwenden den Begriff „*Ziffer*“, solche, die sich auf das Vertragsformular, also den EVB-IT Systemvertrag beziehen, das Etikett „*Nummer*“.

Beispiel aus den EVB-IT System:

"1.2 Das Gesamtsystem ergibt sich aus den vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen und Lieferungen, insbesondere gemäß Nummer 2 und 4 des EVB-IT Systemvertrages. Die Leistungen zur Erstellung des Gesamtsystems können insbesondere umfassen:"

Beispiel aus dem EVB-IT Systemvertrag:

*/"17.2 Hinterlegung des Quellcodes**

0 Es wird gemäß Ziffer 17.2 der EVB-IT-System die Hinterlegung des Quellcodes folgender Standardsoftware* oder Individualsoftware* (abweichend von Ziffer 17.1 EVB-IT System) vereinbart."/*

Frage Nr. 19: Was gibt es für weitere Anwendungstipps zum EVB-IT Systemvertrag?

Die EVB-IT System enthalten als letzten Teil jeweils Definitionen von Begriffen, die in den Vertragsbedingungen oder den Vertragsmustern verwendet werden und über die ein einheitliches Verständnis bei Auftraggebern und Auftragnehmern notwendig ist.

Bei Verwendung des vorgesehenen Vertragsmusters werden die jeweiligen Vertragsbedingungen einschließlich der Definitionen Vertragsbestandteil. Das Vertragsformular (EVB-IT Systemvertrag) ist auf der letzten Seite von Auftraggeber und Auftragnehmer zu unterschreiben.

Zum EVB-IT Systemvertrag gehören Muster zur Festlegung spezieller Sachverhalte, beispielsweise der Durchführung eines Änderungsverfahrens nach Vertragsabschluss oder der Behandlung von Mängelmeldungen.

Der EVB-IT Systemvertrag bietet die Möglichkeit für Auftraggeber und Auftragnehmer, dem Vertrag durchgehend auf jeder Seite eine Kennung oder eine Vertragsnummer zu geben. Hierdurch soll eine eindeutige Kennzeichnung des Vertrages sowie eine zweifelsfreie Bezugnahme darauf möglich werden.

Alle vertraglichen Vereinbarungen müssen in den EVB-IT Systemvertrag aufgenommen werden. Dies kann durch Ausfüllen der hierfür vorgesehenen Stellen, durch Ankreuzen der angebotenen Optionen und durch den Verweis auf Anlagen zum EVB-IT Systemvertrag geschehen.

Die EVB-IT System werden über die Einbeziehung auf der ersten Seite des Vertrages Vertragsbestandteil. Die an verschiedenen Stellen in den EVB-IT enthaltene Formulierung: „...soweit nichts anderes vereinbart...“ stellt eine Auffangregelung dar. Eine anders lautende Vereinbarung kann dann im Vertrag an der hierfür vorgesehenen Stelle vorgenommen werden. Fehlt eine solche Stelle im Vertrag, ist die anders lautende Vereinbarung unter der Nummer „Sonstige Vereinbarungen“ im EVB-IT Systemvertrag zu treffen.

Es empfiehlt sich, Regelungen zu treffen, um die einzelnen Seiten des EVB-IT Systemvertrages, der auf der letzten Seite von Auftraggeber und Auftragnehmer unterschrieben wird, vor nachträglichen und nicht mehr nachvollziehbaren Änderungen zu schützen. Dies kann beispielsweise durch Abzeichnen - Paraphieren - jeder einzelnen Seite geschehen. Diese Nutzerhinweise werden nicht Vertragsbestandteil.

Frage Nr. 20: Was ist das „Neue“ am Haftungskonzept des EVB-IT Systemvertrages?

Das Haftungskonzept des neuen EVB-IT Systemvertrages stellt einen Paradigmenwechsel dar. Grund war, dass die Auftraggeberseite bei der Verwendung der bisherigen EVB-IT zu dem Ergebnis gekommen war, dass das in den EVB-IT festgelegte Haftungskonzept für die öffentliche Hand zu ungünstig sei, um langfristig Akzeptanz bei den Beschaffern zu finden.

Die öffentliche Hand legte daher im Januar 2003 ein neues Haftungskonzept vor, das eine Haftungsbeschränkung des Auftragnehmers in der Regel lediglich in dem Rahmen vorsah, der nach den AGB-rechtlichen Vorschriften des BGB in Auftragnehmer-AGB wirksam wäre.

Darüber hinaus war in den Verhandlungen zu den bisherigen EVB-IT Vertragstypen stets festgehalten worden, dass das dort vereinbarte Haftungskonzept nur für die relativ einfachen Beschaffungsvorgänge Gültigkeit haben soll, die in diesen bisherigen EVB-IT Vertragstypen geregelt sind.

Aus diesen Gründen wurde für den neuen EVB-IT Systemvertrag ein völlig neues Haftungskonzept erarbeitet.

In den bisherigen EVB-IT sind die Rechtsfolgen von Schadensersatzansprüchen abhängig vom jeweiligen Haftungsgrund abschließend geregelt. Lediglich in der Klausel „Sonstige Haftung“ findet sich für die sonstigen Haftungsgründe noch eine Auffangregelung. Diese Regelung kann aber nur noch für die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und für deliktische, also für nicht vertragliche

Ansprüche, zur Anwendung kommen.

In den EVB-IT System findet sich nun aber eine Haftungsregel für alle Haftungstatbestände wie Verzug, Gewährleistung, Schutzrechtsverletzung, unerlaubte Handlung etc. Es existieren nunmehr also keine abschließenden Schadensersatzregelungen, z.B. für Verzug oder bei Ansprüchen wegen Mängeln mehr, sondern diese werden sämtlich (mit der Ausnahme einer zusätzlichen Vertragsstrafenregelung für den Verzugsfall in Ziffer 9) in Ziffer 14 der EVB-IT System geregelt.

Da ein EVB-IT Systemvertrag aus vergaberechtlichen Gründen regelmäßig nicht verhandelt wird und gerade große Anbieterhäuser ohne Haftungsbegrenzungen keine Angebote abgeben können, hat die EVB-IT Arbeitsgruppe des BMI in Ziffer 14 bereits eine standardmäßige Gesamthaftungsbegrenzung für alle Schadensersatzhaftungsansprüche aufgenommen.

Diese gelten aber nicht für Ansprüche wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, bei der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, bei Arglist (soweit das Produkthaftungsgesetz zur Anwendung kommt) sowie bei Garantieverprechen.

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

Achtung: Die Haftung für entgangenen Gewinn ist vollständig ausgeschlossen.

Das Haftungskonzept in den EVB-IT System ist im Wesentlichen mit der Industrie abgestimmt. Die Vertreter der Industrie kritisieren, dass die Möglichkeit besteht, im Vertragsdokument die Haftungssumme des Auftragnehmers für den zu regelnden Einzelfall zu erhöhen.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin