

IT-Beschaffung und Konjunkturkrise - Wichtiges für Auftraggeber und Bieter –

hamburg@work, 15.12.2009

Vertragsgestaltung und IT-Beschaffung

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Vertragstypen
- III. EVB-IT System(vertrag)
- IV. Aktuell: Kauf- oder Werkvertrag?

I. Einleitung

- Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) im IT-Bereich wenig hilfreich
- Seit 1972 zunächst „Besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Datenverarbeitungsanlagen und -geräten“ (BVB).
- Seit Mitte der 90er Jahre BVB und EVB-IT im Einvernehmen zwischen der öffentlichen Hand (KoopA/KBSt) und der privaten Wirtschaft (BITKOM) verabschiedet
- Seit 2000 sukzessive Ablösung der BVB durch die „Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen
- Notwendige Ergänzungen/Änderungen im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002
- Seit 2007: EVB-IT System(vertrag): ohne Zustimmung BITKOM



II. Vertragstypen

- **EVB-IT Kauf:** Verträge über Kauf von Hardware, ggf. einschließlich der Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung
- **EVB-IT DienstV:** Schwerpunkt der vom AN geschuldeten Leistung liegt in der Erbringung von Diensten (z.B. Schulungs- oder Beratungsleistungen). **Achtung! Nutella-Prinzip gilt nicht**
- **EVB-IT Überlassung Typ A:** Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung
- **EVB-IT Überlassung Typ B:** Überlassung von Standardsoftware gegen periodische Vergütung zur befristeten Nutzung
- ...
- **EVB-IT System:** Erstellung eines Gesamt-IT-Systems bestehend aus Hardware und Software (Miete und Kauf), Überlassung von Standardsoftware, Erstellung von Individualsoftware, Pflege etc.

II. Vertragstypen

Vertragsgegenstand	Vertragstyp
Dienstvertrag	EVB-IT Dienstleistung
Kauf von Hardware (ohne werkvertragliche Leistungen)	EVB-IT Kauf
Kauf von Hardware (geringfügige werkvertragliche Leistungen)	BVB-Kauf, EVB-IT Systemlieferungsvertrag
Miete von Hardware	BVB-Miete
Instandhaltung von Hardware	EVB-IT Instandhaltung
Kauf von Standardsoftware (ohne werkvertragliche Leistungen)	EVB-IT Überlassung Typ A
Miete von Standardsoftware (geringfügig werkvertragliche Leistungen)	EVB-IT Überlassung Typ B
Überlassung von Standardsoftware (geringfügige werkvertragliche Leistungen)	BVB-Überlassung Typ II / EVB-IT Systemlieferungsvertrag
Pflege von Standardsoftware / Individualsoftware	EVB-IT Pflege S / BVB Pflege
Planung von DV-gestützten Verfahren, insbesondere Individualsoftware (Planungsphase, fachliches Feinkonzept)	BVB-Planung
Erstellung von Individualsoftware	EVB-IT System, ggf. noch BVB-Erstellung
Erstellung von IT-Systemen	EVB-IT System

II. Vertragstypen

Aufbau und Nutzung der Vertragsmuster

➤ **Vertragsformular** („Ankreuzoptionen“)

Bsp. EVB-IT Kauf Langfassung

1. Vertragsgegenstand

1.1

- Kauf von Hardware
- Überlassung von Standardsoftware
- Aufstellung von Hardware
- Vorinstallation von Standardsoftware durch den Auftragnehmer

➤ **AGB** (bspw. EVB-IT System)

➤ **Anlagen** (bspw. Vergütungszusammenfassung, Störungsmeldungsformular, Leistungsnachweise, Change Requests)

➤ **Nutzerhinweise**

III. EVB-IT System(vertrag)

Was ist Gegenstand des EVB-IT Systemvertrages?

Ziffer 1.1 EVB-IT System:

„Gegenstand des EVB-IT Systemvertrages ist die **Erstellung** des dort beschriebenen **Gesamtsystems** durch den Auftragnehmer auf der **Grundlage eines Werkvertrages**, die Übertragung der vereinbarten Nutzungsrechte an den Auftraggeber und, soweit vereinbart, der Systemservice nach Abnahme und/oder die Weiterentwicklung und Anpassung des Gesamtsystems nach dessen Abnahme.“

Erstellung eines Gesamtsystems = Prinzip des „schlüselfertigen Bauens“

- Gesamtverantwortung des jeweiligen Auftragnehmer für die Funktionsfähigkeit des IT-Systems insgesamt
- Haftung auch für Subunternehmer und Zulieferer (Ziffer 1.5 EVB-System)

III. EVB-IT System(vertrag)

Welche Leistungen können von Erstellung umfasst sein?

Ziffer 1.2 EVB-IT System:

- Kauf von Hardware
 - Miete von Hardware
 - Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung auf Dauer
 - Überlassung von Standardsoftware auf Zeit
 - Erstellung und Überlassung von Individualsoftware auf Dauer
 - Erstellung des Gesamtsystems und Herbeiführung der Betriebsbereitschaft
 - Schulung
 - Dokumentation
 - (Ziffer 4) Systemservice nach Abnahme
- Weitere Beispiele in den Nutzungshinweisen (I.1)

III. EVB-IT System(vertrag)

Allgemeines zur Haftung:

- Rechtsgrundneutralität
- Konzept der speziellen Regelung aufgegeben
- Einheitliches Haftungsregime in Ziffer 14 System

Verzug:

- Maßgebliche Zeitpunkte: Vertragserfüllungstermin; Teilabnahmetermine
- Karenzzeit 7 Tage (9.3 System)
- danach Vertragsstrafe (9.3 System); 0,2%/Verzugstag rückwirkend, max. 5% Auftragswert
- Anrechnung von Vertragsstrafe auf Schadensersatzansprüche

III. EVB IT-System(vertrag)

Sach- und Rechtsmängelhaftung

- Keine Differenzierung mehr zwischen Sach- und Rechtsmängeln
- Grundsatz: es gelten die gesetzlichen Ansprüche (Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz)
- Mangelbehebung (13.8 & 13.9 System): grds. „*unverzügliche Behebung*“ geschuldet; keine Fristen entsprechend Mangelkategorie; „*angemessene Frist*“
- Geltendmachung von weiteren Rechten neben Nacherfüllung setzt fruchtlosen Ablauf einer weiteren Nachfrist voraus
- **Verjährung:** Sach- und Rechtsmängel (24 Monate); Rechtsmängel Individualsoftware (60 Monate).

III. EVB IT-System(vertrag)

Haftung:

- Grobe Fahrlässigkeit: unbeschränkte Haftung
- Leichte Fahrlässigkeit (14.1 System)
 - stets Haftung: keine Beschränkung auf Verletzung von Kardinalpflichten
 - summenmäßige Beschränkung grds. Auftragswert, aber
 - Auftragswert <25.000,- €: Haftungsbegrenzung 50.000,- €
 - Auftragswert >25.000,- und > 100.000,- €: 100.000,- €
 - Ansprüche auf entgangenen Gewinn ausgeschlossen

IV. Aktuell: Kauf- oder Werkvertrag

36 IT-Strategien

Kauf oder Werkvertrag?

Urteil des BGH offenbart erhebliche Risiken für IT-Dienstleister und Kunden.

Von Martin Schweinoch*

Die Modernisierung des Schuldrechts darüber bereits vom 1. Januar 2002, aber bisher wurden die wichtigsten Änderungen, die sie enthält, kaum zur Kenntnis genommen. Ein neues Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) dürfte das schlagartig ändern. Es legt erstmals fest, für welche Leistungen zum Kaufrecht statt Werkvertragsrecht gilt.

Kaufrecht ohne Abnahme

Mit der Modernisierung von 2002 änderte sich die entscheidende Vorschrift (Paragraf 651 BGB) für die Frage, ob für einen Vertrag und seine Leistungen Kaufrecht oder Werkvertragsrecht gilt. Der Branchenverband Bitkom hatte diese Änderung schon 2002 folgendermaßen bewertet: Auf die Neurestellung von Individualsoftware trifft nun das Kaufrecht zu – mit wenigen werkvertraglichen Ergänzungen (Paragraf 651, Satz 3 BGB). Das bedeutet unter anderem: Eine Abnahmeerklärung für die Leistungen ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Abgabe an gängige Praxis

In der juristischen Fachliteratur hingegen finden sich überwiegend abweichende Bewertungen. Ihnen zufolge unterliegt die Erstellung von Software nach wie vor den Regelungen für reine Werkverträge. In der Praxis werden solche Projekte denn auch weiterhin als Werkverträge vereinbart und umgesetzt. Selbst die 2007 ohne Zustimmung der Wirtschaft von der Bundesverwaltung veröffentlichten „Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Erstellung eines IT-Systems“ (EVB-IT-System) gehen wie selbstverständlich davon aus, dass Softwareerstellung einem Werkvertrag unterliegt.



Dieser Praxis erteilt ein nun veröffentlichtes BGH-Urteil vom 23. Juli 2009 eine grundsätzliche Absage. Als höchste Instanz hatte das Gericht die Lieferung von Teilen für eine technische Anlage zu beurteilen, die nach funktionalen Anforderungen zu planen und zu erstellen waren. Der Auftraggeber sah hier einen Werkvertrag und verlangte Gewährleistung sowie Schadensersatz. Nach Auffassung des Auftraggebers lag jedoch ein Kaufvertrag vor, und da der Auftraggeber seiner kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht (Paragraf 377 HGB) nicht nachgekommen sei, habe er seine Mängelansprüche verloren.

Der BGH stellt in seinem Urteil klar: Auf Verträge zur Lieferung herauszuführender, beweglicher Sachen ist schon seit dem 1. Januar 2002 das Kaufrecht anzuwenden. Das gelte nicht nur für den reinen Warenaustausch, sondern gerade auch für erfolgsbezogene Verträge. Schon in früheren Urteilen (zuletzt 2006) hatte der BGH Software als Sache bewertet.

verbesserung oder Neuerstellung beseitigen soll. Die Erbringung von Teilleistungen (etwa Phasen oder Meilensteine) ist nicht vorgesehen. Der Auftragnehmer kann dafür auch keine Abschlagszahlungen verlangen.

Je nach Projekt und abgeschlossenen Vereinbarungen wickelt sich die geänderte rechtliche Bewertung unterschiedlich aus. Werden Erstellungsprojekte wie gewohnt und ohne nähere Betrachtung nach „falschen“ Werkvertragsregeln realisiert, ergeben sich daraus erhebliche wirtschaftliche Risiken für Auftragnehmer und Auftraggeber.

Auch für laufende Projekte

Anbieter und Auftraggeber stehen nun vor der Aufgabe, Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) anhand der geänderten rechtlichen Bewertung zu analysieren und anzupassen. Eine AGB-Hopplung, wonach für Softwareprojekte weiterhin Werkvertragsrecht gelten soll, ist vermutlich unwirksam. Daneben sind laufende und laufende Projekte kritisch auf die neuen Risiken zu untersuchen und entsprechend zu ändern.

Das alles sollte schnell erfolgen, da die neuen rechtlichen Grundlagen quasi rückwirkend für alle Vereinbarungen und Erstellungsprojekte nach dem 1. Januar 2002 gelten. Haupt sind die Regeln des Kaufvertrags – inklusive einiger werkvertraglicher Ergänzungen – nicht nur für neue Verträge zur Erstellung von Individualsoftware, sondern sogar für laufende Projekte zu beachten.

Auf „falscher“ Grundlage

Für die Fälligkeit der Verjährung und den Beginn der Gewährleistungsfrist ist gesetzlich keine Abnahmeerklärung mehr notwendig, die hätte Übergabe reicht dafür aus. Zudem entfällt die Möglichkeit des Auftraggebers, nicht fristgerecht benötigte Mängel auf Kosten des Auftragnehmers selbst zu beseitigen.

Hat der Auftraggeber bei der Übergabe einen Mangel festgestellt, kann er wählen, ob der Auftragnehmer ihn durch Nach-

Erstellung von Individualsoftware zu beurteilen nach Kaufrecht?

(BGH v. 23.07.2009, Az. VII ZR 151/08)

Vorteile für Anbieter u.a.:

- Abnahmeerklärung nicht notwendig
- § 377 HGB: kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflichten

aber:

- Urteil aus dem Baurecht
- Schwerpunkt der Leistung liegt nicht in Herstellung/Lieferung, sondern in der **geistig-schöpferischen Leistung** (vergleichbar mit Entwurfsplänen von Architekten)
- h.M.: Werkvertragsrecht

*Martin Schweinoch koordiniert die Practice Group IT, Internet & E-Business von SKW Schwarz Rechtsanwälte in München.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

SCHULZ NOACK BÄRWINKEL

Baumwall 7

20459 Hamburg

www.snb-law.de

Tel. 040 / 36 97 96 0

Fax 040 / 36 20 88

s.berner@snb-law.de