

Anlage Nr. 2 zum EVB-IT Cloudvertrag

Sonstige Vereinbarungen

zwischen

Auftraggeber gemäß dem EVB-IT Cloud-Vertrag

- im Folgenden "Auftraggeber" -

und

RUBICON IT GmbH
gesetzlich vertreten durch Markus Leimhofer (Prokurist)
Gonzagagasse 16, 1010 Wien, Österreich

- im Folgenden "Auftragnehmer" -

gemeinsam auch als „Parteien“ bezeichnet.

Präambel

Der Auftraggeber hat den Auftragnehmer auf Basis des EVB-IT Cloudvertrags zur Erbringung von Cloudleistungen, konkret einer SaaS-Anwendung „Fundsachen-Plattform“ beauftragt (der gesamte Vertrag einschließlich dieser Anlage und den weiteren Anlagen wird nachfolgend auch als „dieser Vertrag“ bzw. der „vorliegende Vertrag“ bezeichnet). Die vorliegende Anlage Nr. 2 zum EVB-IT Cloudvertrag „Sonstige Vereinbarungen“ enthält weitere allgemeine Regelungen, welche das gesamte Vertragsverhältnis betreffen (Abschnitt I.), sowie Regelungen für die Beauftragung zusätzlich zur SaaS-Anwendung zu erbringender einmaliger Leistungen (Abschnitt II.).

Dies vorausgeschickt vereinbaren die Parteien das Folgende:

I. Besondere Regelungen für alle vertragsgegenständlichen Leistungen

§ 1 Allgemeines

(1) Die nachfolgenden Regelungen dieses Abschnitts I. („Besondere Regelungen für alle vertragsgegenständlichen Leistungen“) konkretisieren bzw. ergänzen die Regelungen des vorliegenden Vertrags nebst seiner Bestandteile in Bezug auf sämtliche nach dem vorliegenden Vertrag zu erbringenden Leistungen.

(2) Im Übrigen bleiben die Regelungen des vorliegenden Vertrags, insbesondere z.B. der EVB-IT Cloud AGB anwendbar.

(3) Soweit Begriffe mit einem „*“ gekennzeichnet sind, sind diesen die jeweiligen Begriffsbestimmungen der EVB-IT Cloud AGB zugrunde zu legen.

§ 2 Aufklärungs- und Mitteilungspflichten

(1) Aufgrund der besonderen Sachkunde des Auftragnehmers ist der Auftragnehmer dem Auftraggeber zur Aufklärung und Beratung über die Besonderheiten, Möglichkeiten und Verkehrssitten im Zusammenhang mit der Fundsachen-Plattform als SaaS-Anwendung einschließlich der vereinbarten einmaligen Leistungen verpflichtet. Die Aufklärungspflicht erstreckt sich auch auf rechtliche Anforderungen. Sie erstreckt sich zudem insbesondere auf die Frage, ob bestimmte, vom Auftraggeber gewünschte Gestaltungen oder Inhalte überhaupt rechtlich und praktisch umgesetzt werden können und dem vom Auftraggeber angestrebten Zweck dienlich sind.

(2) Der Auftragnehmer wird den Auftraggeber unverzüglich über alle Umstände informieren, welche die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung gefährden oder sonst zu Nachteilen des Auftraggebers führen könnten. Insbesondere wird der Auftragnehmer jeweils über die folgenden Umstände informieren und entsprechende Hinweise an den Auftraggeber erteilen:

- a) Ist für den Auftragnehmer erkennbar geworden, dass die getroffenen Vereinbarungen zur Erreichung des vertraglich verfolgten Zwecks abgeändert werden müssen, wird der Auftragnehmer den Auftraggeber hierauf unverzüglich unter Angabe der Gründe schriftlich hinweisen und Änderungsvorschläge unterbreiten.
- b) Der Auftragnehmer wird den Auftraggeber unverzüglich mitteilen, wenn Vorgaben des Auftraggebers fehlerhaft, unvollständig, widersprüchlich oder objektiv nicht ausführbar oder Beistellungen des Auftraggebers nicht vertragsgemäß sind und der Auftragnehmer dies erkennt oder hätte erkennen müssen. Sofern mit

zumutbarem Aufwand möglich hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber gleichzeitig die dem Auftragnehmer erkennbaren Folgen schriftlich mitzuteilen und vor weiteren Maßnahmen die Entscheidung des Auftraggebers abzuwarten. Der Auftraggeber wird diese Entscheidung unverzüglich mitteilen. Der Auftragnehmer ist jedoch nicht verpflichtet, die Vorgaben und Beistellungen weitergehend zu untersuchen und zu prüfen, als dies für die vertragsgemäße Leistungserbringung erforderlich ist.

- c) Erkennt der Auftragnehmer, dass die Datensicherungsmaßnahmen des Auftraggebers nicht einer ordnungsgemäßen Datensicherung entsprechen, hat der Auftragnehmer dies und die für den Auftragnehmer erkennbaren Folgen dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen.
- d) Treten Änderungen bei Normen (z.B. EN, DIN, ISO) ein, die mehr als nur unwesentliche Auswirkungen auf die Leistungsverpflichtungen des Auftragnehmers haben, oder ändern sich die ausdrücklich für die Leistungserbringung vereinbarten Normen, hat der Auftragnehmer dies und die für den Auftragnehmer erkennbaren Folgen dem Auftraggeber in angemessener Frist in Textform mitzuteilen.
- e) Sofern eine Mitwirkung des Auftraggebers nicht in zwischen den Parteien abgestimmten Zeitplänen festgehalten ist, hat der Auftragnehmer den Auftraggeber so rechtzeitig auf die zu erbringende Mitwirkung hinzuweisen, dass die vereinbarte Leistungserbringung nicht gefährdet wird. Sofern eine Mitwirkung des Auftraggebers nach Auffassung des Auftragnehmers nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäß erfolgt und diese für den Projekterfolg wesentlich ist, wird der Auftragnehmer den Auftraggeber unverzüglich schriftlich hierauf hinweisen.
- f) Der Auftragnehmer wird den Auftraggeber auf dessen Anfrage angemessen über den Stand der vertraglichen Leistungserbringung informieren. Der Auftraggeber kann in diesem Zusammenhang nach rechtzeitiger Vorankündigung zu den üblichen Geschäftszeiten Einsicht in alle für die Beurteilung des Projektstandes notwendigen fachlichen und technischen projektbezogenen Unterlagen des Auftragnehmers verlangen. Der Auftraggeber kann zu diesem Zweck einen Dritten beauftragen. Soweit rechtlich zulässig und zumutbar, wird sich der Auftraggeber bemühen, einen Dritten zu beauftragen, der kein Konkurrent des Auftragnehmers ist. Der Auftraggeber ist zur Verschwiegenheit verpflichtet und wird Dritte, die der Auftraggeber beauftragt, zur Verschwiegenheit verpflichten. Der Ort der Einsichtnahme wird einvernehmlich festgelegt. Jede Partei trägt die ihr entstehenden Kosten.

- g) Ist im Rahmen des Projektfortschritts festzustellen, dass die Einhaltung von Terminen gemäß Termin- und Leistungsplan gefährdet ist, wird der Auftragnehmer den Auftraggeber hierüber unverzüglich mindestens in Textform informieren.

§ 3 Projektmanagement und -verantwortung

(1) Der Auftragnehmer übernimmt das Projektmanagement und trägt die Projektverantwortung. Insbesondere ist der Auftragnehmer verantwortlich für die Planung, Steuerung und Kontrolle der Durchführung eines Vertrags unter Einhaltung der Faktoren Zeit, Qualität und, soweit kein Festpreis vereinbart ist, Budget, sowie die Festlegung der Rahmenbedingungen für die Projektorganisation, Kontrolle und Einhaltung der vertraglichen Abmachungen, Organisation und Dokumentation eventueller Änderungsverfahren, sowie die Problem- und Konfliktlösung bei der Projektplanung, bei der Projektabwicklung und beim Projektabschluss.

(2) Die Leistungen des Projektmanagements werden nicht gesondert vergütet. Eine Vergütung interner Abstimmungen vom Auftragnehmer ist ausgeschlossen.

§ 4 Mitwirkung des Auftraggebers

Dem Auftraggeber obliegt während der Auftragsdurchführung durch den Auftragnehmer die Mitwirkung im vereinbarten Umfang. Kommt der Auftraggeber seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht oder nicht rechtzeitig nach, so ist der Auftragnehmer verpflichtet, dem Auftraggeber auf seine Mitwirkungsobliegenheit unter Benennung der konkreten Mitwirkungsleistung sowie der Konsequenzen (insbesondere Auswirkungen auf vereinbarte Termine und Fristen) unverzüglich schriftlich hinzuweisen.

§ 5 Vertragsstrafen

(1) Für den Fall der Überschreitung des vereinbarten Termins zur initialen Betriebsbereitschaft* der Fundsachen-Plattform um mehr als sieben Kalendertage schuldet der Auftragnehmer dem Auftraggeber für jeden Kalendertag, an dem sich der Auftragnehmer mit der Einhaltung des vereinbarten Termins zur Betriebsbereitschaft* in Verzug befindet, eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % des Auftragswertes*. 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 dieses Absatzes zu zahlenden Vertragsstrafen jedoch nicht mehr als 5 % des Auftragswertes betragen.

(2) Der Auftragnehmer schuldet darüber hinaus – von den in den Absätzen 1 und 3 genannten Vertragsstrafen unabhängig – die Zahlung einer Vertragsstrafe für jeden Fall, dass er die für die Störungsbeseitigung vereinbarten Wiederherstellungszeiten* gemäß Ziffer 2.2.6 („Störungsklassifizierung und -beseitigung“) der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“

zum EVB-IT Cloudvertrag nicht einhält, es sei denn, er hat dies nicht zu vertreten. Die Vertragsstrafe wird für jedes 1% verwirkt, um welches die jeweilige Reaktionszeit* und/ oder Wiederherstellungszeit* in einem Kalendermonat überschritten wird, und beläuft sich auf jeweils 10%, insgesamt jedoch höchstens 50 % der laufenden Bruttomonatsvergütung für die Bereitstellung der Fundsachen-Plattform.

(3) Der Auftragnehmer schuldet – wiederum von den in den Absätzen 1 und 2 genannten Vertragsstrafen unabhängig – die Zahlung einer Vertragsstrafe auch für den Fall, dass er die vereinbarten Verfügbarkeiten gemäß Ziff. 2.2.5 („Verfügbarkeit“) der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag nicht einhält, es sei denn, er hat dies nicht zu vertreten. Die Vertragsstrafe wird für jeden 0,1-Prozentpunkt verwirkt, um welchen die jeweilige Verfügbarkeit in einem Kalendermonat unterschritten wird, und beläuft sich auf jeweils 10%, insgesamt jedoch höchstens 50% der laufenden Bruttomonatsvergütung für die Bereitstellung der Fundsachen-Plattform.

(4) Die in den Absätzen 1 bis 3 jeweils genannten Höchstgrenzen gelten jeweils selbständig und unabhängig voneinander ausschließlich in Bezug auf die im jeweiligen Absatz geregelte Art der Vertragsstrafe (so werden z.B. Vertragsstrafen nach Absatz 3 nicht bei der Höchstgrenze nach Absatz 2 berücksichtigt).

(5) Die Anwendbarkeit des § 341 Abs. 3 BGB wird ausgeschlossen.

(6) Der Auftraggeber ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, mit seinen Vertragsstrafeansprüchen gegen beliebige Forderungen des Auftragnehmers aus der gesamten auf dem vorliegenden Vertrag gründenden Geschäftsbeziehung aufzurechnen.

(7) Die Geltendmachung von weiteren Ansprüchen nach diesem Vertrag und dem Gesetz, insbesondere von Minderungs- und Schadensersatzansprüchen, bleibt von der Regelung dieses § 5 unberührt. Die Vertragsstrafe wird jedoch auf Minderungsansprüche bzw. Schadensersatzansprüche angerechnet, soweit diese im selben tatsächlichen Ereignis begründet sind.

II. Einmalige Leistungen

§ 6 Allgemeines

Die nachfolgenden Regelungen dieses Abschnitts II. („Einmalige Leistungen“) konkretisieren bzw. ergänzen die Regelungen des vorliegenden Vertrags in Bezug auf die einmaligen Leistungen gemäß Nr. 3.2 des EVB-IT Cloudvertrags. Ziff. I § 1 („Allgemeines“) Abs. 2 gilt entsprechend.

§ 7 Inhalt der einmaligen Leistungen

(1) Einmalige Leistungen gemäß Nr. 3.2 des EVB-IT Cloudvertrags werden im Zusammenhang mit den initialen Leistungen (Nr. 3.2.1 des EVB-IT Cloudvertrags), den sonstigen einmaligen Leistungen (Nr. 3.2.2 des EVB-IT Cloudvertrags) und den Leistungen bei Vertragsende (Nr. 3.2.3 des EVB-IT Cloudvertrags) erbracht.

(2) Initiale Leistungen werden zur Herstellung der Betriebsbereitschaft* erbracht und sind bzw. können sein

- a) Customizing, Einrichtung und Inbetriebnahme gem. Ziffer 2.2.8 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag (obligatorisch),
- b) Übernahme bzw. Migration vorhandener Daten gem. Ziffer 2.2.8 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag (fakultativ auf Anforderung des Auftraggebers) sowie
- c) Beratung und Unterstützung gem. Ziffer 2.2.8 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag (fakultativ auf Anforderung des Auftraggebers).

(3) Sonstige einmalige Leistungen werden im Laufe der weiteren Vertragsdurchführung erbracht und können sein

- a) Schulungen gem. Ziffer 2.2.7 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag (fakultativ auf Anforderung des Auftraggebers) sowie
- b) Beratung und Unterstützung gem. Ziffer 2.2.8 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag (fakultativ auf Anforderung des Auftraggebers).

(4) Leistungen bei Vertragsende sind bzw. können sein

- a) Migrationsunterstützung gem. Ziffer 2.2.9 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag (obligatorisch) sowie
- b) Beratung und Unterstützung gem. Ziffer 2.2.9 „Leistungen bei Vertragsende“ der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag (fakultativ auf Anforderung des Auftraggebers).

(5) Im Leistungskatalog (§ 9) sind auch Angaben zum Ort der Leistungserbringung sowie zum Beginn und zum Ende der Leistungserbringung aufzunehmen. Hinsichtlich der initialen Leistungen ist darüber hinaus der verbindliche Zeitpunkt der Herstellung der Betriebsbereitschaft* aufzuführen.

§ 8 Vergütung

(1) Die Leistungen des Customizing, der Einrichtung und der Inbetriebnahme gem. Ziffer 2.2.9.1 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag, die Schulungen gem. Ziffer 2.2.7 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag sowie die Migrationsunterstützung gem. Ziffer 2.2.8 der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag werden jeweils zu Pauschalpreisen erbracht.

(2) Leistungen der Übernahme bzw. Migration vorhandener Daten gem. der Anlage Nr. 3 „Leistungsbeschreibung“ zum EVB-IT Cloudvertrag sowie Leistungen der Beratung und Unterstützung werden hingegen nach Tagessätzen (vgl. dazu auch Ziffer 16.2 der EVB-IT Cloud AGB) vergütet.

(3) Die Preise ergeben sich aus der Anlage Nr. 4 „Preisblatt“ zum EVB-IT Cloudvertrag.

§ 9 Leistungskatalog

(1) Der Auftragnehmer erstellt für die initiale Beauftragung einen Leistungskatalog, der dem EVB-IT Cloudvertrag als Anlage 5 „Leistungskatalog“ beizufügen ist. Darüber hinaus hat der Auftragnehmer auch für jeden künftigen Abruf einen solchen Leistungskatalog zu erstellen.

(2) Der Leistungskatalog hat eine zusammenfassende Auflistung der vertragsgegenständlichen Leistungen unter Angabe der jeweiligen Menge, der Einzelpreise gemäß dem vorliegenden Vertrag und insbesondere der Anlage Nr. „Preisblatt“ zum EVB-IT Cloudvertrag sowie den Gesamtpreis und die darauf entfallende Mehrwertsteuer zu enthalten.

(3) Darüber hinaus hat der Leistungskatalog, soweit im vorliegenden Vertrag vorgesehen (siehe insbesondere Nummer 3.1 Spalten 4-6 des EVB-IT Cloudvertrags sowie § 7 Abs. 5), Einzelheiten zur Mindestvertragsdauer, zum Beginn und zum Ende der jeweiligen Leistung, zur Herstellung der Betriebsbereitschaft sowie zum Ort der Leistungserbringung zu enthalten.

(4) Der Leistungskatalog darf keine Abweichungen vom vorliegenden Vertrag enthalten.

§ 10 Nutzungsrechte

(1) Der Auftragnehmer räumt dem Auftraggeber die Nutzungsrechte an den im Zusammenhang mit den einmaligen Leistungen entstehenden Leistungsergebnissen wenigstens im Umfang des § 10 ein.

- a) Standardsoftware, deren Handbücher und Schulungsunterlagen sowie sonstige Dokumentation stellen keine aus einer einmaligen Leistung entstehenden Leistungsergebnisse dar. Die Vertragsparteien halten fest, dass sich die Regelungen des § 10 nicht auf diese erstrecken. Standardsoftware, deren Handbücher und Schulungsunterlagen sowie sonstige Dokumentation werden

dem Auftraggeber während der Vertragslaufzeit zum bestimmungsgemäßen Gebrauch überlassen.

- b) Bestandteile der Standardsoftware, die nicht nach Spezifikation des Auftraggebers und nicht explizit für diesen entstanden sind, stellen keine mit den einmaligen Leistungen entstehenden Leistungsergebnisse dar. Die Vertragsparteien halten fest, dass sich die Regelungen des § 10 nicht auf diese erstrecken.

(2) An Leistungsergebnissen räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber dingliche und ausschließliche, räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkte, in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung ausübbar, frei übertragbare urheberrechtliche Nutzungsrechte ein. Der Auftraggeber ist berechtigt, sämtliche Leistungsergebnisse in veränderter und unveränderter Form zu nutzen und zu verwerten, sei es im eigenen Unternehmen oder durch Dritte. Dies schließt insbesondere das Recht zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse in Bezug auf die Leistungsergebnisse mit ein. Diese Rechte stehen dem Auftraggeber räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkt zu und sind vom Auftraggeber frei übertragbar. Der Auftraggeber darf die Leistungsergebnisse ohne ausdrückliche Zustimmung insbesondere vervielfältigen, auf Bild-, Ton- und Datenträger übertragen, bearbeiten, umgestalten, übersetzen, in körperlicher Form verbreiten, online zum Abruf bereit stellen, vorführen, drahtgebunden oder drahtlos übertragen, drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich machen, die Mitgliedern der Öffentlichkeit den Zugang an Orten und zu Zeiten ermöglicht, die sie individuell wählen. Die Nutzungsrechte an den Leistungsergebnissen bleiben auch nach Beendigung der Geschäftsbeziehung zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber bis zum Ende der gesetzlichen Schutzfrist beim Auftraggeber. Die Rechteeinräumung gilt auch für Rechte, die auf Grund neuer Gesetzeslage oder aus anderen Gründen nachträglich entstehen¹; § 31a UrhG gilt ergänzend.

(3) Sämtliche gewerblichen Schutzrechte und schutzrechtsähnlichen Positionen an den Leistungsergebnissen stehen ausschließlich dem Auftraggeber zu.

(4) Der Auftraggeber darf die Leistungsergebnisse nach eigenem Ermessen selbst oder durch Dritte bearbeiten oder in sonstiger Weise ändern, umgestalten oder umarbeiten und die hierdurch geschaffenen Leistungsergebnisse in gleicher Weise wie die ursprünglichen Fassungen verwerten. Der Auftragnehmer hingegen ist nicht berechtigt, die Leistungsergebnisse in irgendeiner Art selbst zu nutzen oder durch Dritte nutzen zu lassen, es sei denn, der Auftraggeber hat dem vorab in schriftlicher Form zugestimmt.

(5) Der Auftragnehmer räumt dem Auftraggeber die jeweiligen Nutzungsrechte an den Leistungsergebnissen jeweils unmittelbar mit ihrer Entstehung ein.

(6) Der Auftragnehmer ermächtigt den Auftraggeber als Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte an den Leistungsergebnissen hiermit unwiderruflich, die dem Auftraggeber eingeräumten Rechte gegen Rechtsverletzer jederzeit im eigenen Namen geltend zu machen,

insbesondere im eigenen Namen gegen jede unzulässige Verwendung der Leistungsergebnisse vorzugehen.

(7) Eine Verpflichtung zur Urhebernennung besteht nicht. Dies gilt auch für die Zeit nach Beendigung des Vertrags.

(8) Der Auftragnehmer stellt sicher, dass im Rahmen der Leistung vom Auftragnehmer keine Software verwendet wird, die unter einer Open Source Lizenz steht. Soll ausnahmsweise Open Source Software implementiert werden, so bedarf dies einer schriftlichen Zusatzvereinbarung. Der Auftragnehmer gewährleistet in diesem Fall, dass die Open Source Software im Rahmen der für diese geltenden Lizenzbedingungen implementiert wird und die vertragsgemäße Nutzung nicht gegen die Lizenzbedingungen der Open Source Software verstößt.

(9) Sämtliche Rechteeinräumungen sind mit der Zahlung der vereinbarten Vergütung abgegolten. §§ 32a, 32c UrhG bleiben hiervon unberührt.

§ 11 Personal

(1) Der Auftragnehmer erbringt die im vorliegenden Vertrag näher bezeichneten Leistungen eigenverantwortlich².

(2) Alle Mitarbeiter, die der Auftragnehmer bei oder für den Auftraggeber einsetzt, verbleiben, unabhängig davon, ob sie auf längere Zeit beim Auftraggeber eingesetzt werden, organisatorisch beim Auftragnehmer. Ausschließlich der Auftragnehmer ist gegenüber seinen Mitarbeitern weisungsbefugt³. Etwaige Anweisungen durch den Auftraggeber gelten nur als Anregungen und sind nur dann verbindlich, wenn der Auftragnehmer diese Anregungen aufgreift und als verbindliche Anweisung an seine Mitarbeiter weitergibt. Der Auftraggeber wird Anregungen wegen der zu erbringenden Leistung ausschließlich dem benannten verantwortlichen Ansprechpartner und/oder deren Stellvertreter übermitteln. Die von dem Auftragnehmer eingesetzten Personen treten in kein Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber ein, auch soweit sie Leistungen in den Räumen des Auftraggebers erbringen.

(3) Hat ein Mitarbeiter des Auftragnehmers gegen vertragliche Pflichten des Auftragnehmers verstoßen, kann der Auftraggeber verlangen, dass der Mitarbeiter auf Kosten des Auftragnehmers unverzüglich ausgewechselt wird. Gleiches gilt, wenn der Mitarbeiter nicht über die vereinbarte und/oder erforderliche Qualifikation verfügt.

§ 12 Schutzrechte Dritter, behördliche Ge- oder Verbote und sonstige rechtliche Hindernisse

(1) Der Auftragnehmer steht dafür ein, dass die erbrachten Leistungen frei von Schutzrechten Dritter sind und dass keine sonstigen Rechte, behördliche Ge- oder Verbote oder

Genehmigungserfordernisse oder sonstige rechtliche Hindernisse bestehen, die eine Nutzung einschränken oder ausschließen.

(2) Der Auftragnehmer stellt insbesondere durch entsprechende Vereinbarungen mit seinen Arbeitnehmern oder Beauftragten sicher, dass der vorgesehene Nutzungsumfang nicht durch eventuelle Miturheber- oder sonstige Rechte beeinträchtigt wird. Auf Verlangen wird der Auftragnehmer dem Auftraggeber den Abschluss entsprechender Vereinbarungen nachweisen.

§ 13 Aufrechnung, Zurückbehaltung und Abtretung

(1) Der Auftragnehmer ist zur Aufrechnung und Zurückbehaltung nur berechtigt, wenn die fälligen Gegenansprüche rechtskräftig festgestellt wurden, unstreitig oder entscheidungsreif sind ergeben. Der Auftragnehmer ist jedoch ohne die weiteren Voraussetzungen aus Satz 1 zur Aufrechnung auch dann berechtigt, wenn er mit einem Anspruch gegen eine Forderung des Auftraggebers aufrechnen will, welche zu dem Anspruch des Auftragnehmers in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht.

(2) Außer im Bereich des § 354a HGB kann der Auftragnehmer seine Ansprüche gegen den Auftraggeber nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers an Dritte abtreten, es sei denn der Auftraggeber hat am Abtretungsverbot kein berechtigtes Interesse.

§ 14 Änderungen der Leistungen

(1) Der Auftraggeber kann nach Vertragsschluss jederzeit Änderungen des Leistungsumfangs im Rahmen der Leistungsfähigkeit vom Auftragnehmer verlangen, es sei denn, dies ist für den Auftragnehmer unzumutbar. Das weitere Verfahren richtet sich nach den nachfolgenden Bestimmungen. Der Auftraggeber ist berechtigt, seinen Änderungswunsch jederzeit zurückzuziehen; das eingeleitete Änderungsverfahren endet dann.

(2) Der Auftragnehmer prüft unverzüglich, welche Auswirkungen die gewünschte Änderung, insbesondere hinsichtlich Vergütung und Terminen, haben wird. Der Auftragnehmer wird dem Auftraggeber in angemessener Frist, insbesondere unter Berücksichtigung von Art und Umfang des Änderungsverlangens mitteilen, ob es zumutbar und falls nicht, warum es unzumutbar ist.

(3) Hat das zumutbare Änderungsverlangen keinen Einfluss auf die vereinbarte Vergütung oder Termine, hat der Auftragnehmer unverzüglich mit der Umsetzung des Änderungsverlangens zu beginnen und dies dem Auftraggeber mitzuteilen.

(4) Hat das zumutbare Änderungsverlangen Einfluss auf die vereinbarte Vergütung oder Termine, werden sich die Vertragsparteien über den Inhalt eines Vorschlags des Auftragnehmers für die Umsetzung des Änderungswunsches unverzüglich abstimmen und sollen das Ergebnis wenigstens in Textform festhalten.

(5) Kommt eine Einigung nicht zustande oder endet das Änderungsverfahren aus einem anderen Grund, so verbleibt es beim ursprünglichen Leistungsumfang.

§ 15 Fehlerklassen

Die Fehlerklassen für die einmaligen Leistungen entsprechen den Störungsklassen gemäß Ziff. 10 der EVB-IT Cloud AGB, Fehlerklasse 1 mithin der schwerwiegenden Störung, Fehlerklasse 2 der erheblichen Störung und Fehlerklasse 3 der leichten Störung.

§ 16 Funktionsprüfung

(1) Soweit der Auftragnehmer werkvertragliche einmalige Leistungen erbringt, ist eine erfolgreiche Funktionsprüfung Voraussetzung für die Abnahme. Die Nutzung der Leistungsgegenstände im Rahmen der Funktionsprüfung gilt nicht als Abnahme. Satz 2 gilt insbesondere auch dann, wenn die Funktionsprüfung nach Inbetriebnahme im Echtbetrieb erfolgt. Die Einzelheiten der Funktionsprüfung, insbesondere auch die Dauer, können einzelvertraglich geregelt werden.

(2) Auf Verlangen des Auftraggebers sind für die Funktionsprüfung die vom Auftraggeber bereitgestellten Daten zu verwenden. Auf begründetes Verlangen einer Partei wird die Funktionsprüfung, soweit notwendig, angemessen verlängert.

(3) Auf Verlangen unterstützt der Auftragnehmer den Auftraggeber bei der Funktionsprüfung.

(4) Führen die Fehler der Klasse 3 (§ 15) insgesamt zu einer wesentlichen Einschränkung der Nutzung des Leistungsgegenstandes oder seiner Teilmodule, so können die Fehler in ihrer Gesamtheit einen Fehler der Klassen 1 bzw. 2 (§ 15) darstellen.

(5) Treten während der Funktionsprüfung Fehler der Klassen 1 und 2 (§ 15) auf, ist der Auftraggeber nach freiem Ermessen berechtigt, die Funktionsprüfung vorzeitig abzubrechen.

(6) Nach Abschluss der Funktionsprüfung kann der Auftraggeber die Erklärung der Abnahme nicht verweigern, wenn nur Fehler der Klasse 3 (§ 15) vorliegen. Die bei der Funktionsprüfung festgestellten Fehler werden in einer für den Auftragnehmer nachvollziehbaren Weise dokumentiert.

(7) Der Auftragnehmer wird die Abweichungen, soweit sie einer erfolgreichen Funktionsprüfung entgegen stehen, in geeignetem Umfang zusammenfassen, beheben und nach deren Behebung binnen angemessener Frist dem Auftraggeber wiederum die Abnahmebereitschaft erklären. Es schließt sich eine erneute Funktionsprüfung an. Eine Wiederholung der Funktionsprüfung erfolgt, solange dies dem Auftraggeber zumutbar ist, jedoch nicht öfter als zwei Mal.

(8) Sämtliche Kosten zur Fehlerbeseitigung im Rahmen der Funktionsprüfung, insbesondere für die Durchführung von Maßnahmen nach Absatz 7, trägt der Auftragnehmer.

§ 17 Abnahme

(1) Soweit der Auftragnehmer werkvertragliche einmalige Leistungen erbringt, wird die Vertragsgemäßheit der Leistungsgegenstände durch die Abnahme bestätigt.

(2) Das Abnahmeverfahren beginnt nach Mitteilung der Abnahmebereitschaft des Leistungsgegenstandes durch den Auftragnehmer.

(3) Der Auftraggeber nimmt die Leistungsgegenstände ab, wenn sie dem vereinbarten Leistungsmaßstab entsprechen, insbesondere die Funktionsprüfung nach § 16 erfolgreich durchgeführt wurde.

(4) Die Abnahme erfolgt grundsätzlich förmlich durch Erstellung und gemeinsame Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls. § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt unter der Maßgabe, dass die Rechtsfolgen dieser Norm nur dann eintreten, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme wenigstens in Textform hingewiesen hat.⁴

(5) Die Inbetriebnahme bzw. Produktivschaltung einer mangelbehafteten Leistung stellt keine Abnahme dar; dies gilt unabhängig von der Kenntnis eines Mangels.

(6) Schlägt die Abnahme auch nach der letzten zumutbaren Wiederholung der Funktionsprüfung fehl, kann der Auftraggeber den Rücktritt erklären oder die Vergütung gegenüber dem Auftragnehmer angemessen mindern und Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Weitergehende gesetzliche Ansprüche und Rechte bleiben unberührt.

(7) Werden bei der Abnahme der Leistungen Fehler der Klasse 3 (§ 15) festgestellt, ist der Auftraggeber unabhängig von Zahlungsplänen oder sonstigen Zahlungsvereinbarungen berechtigt, bis zu 15 % der vereinbarten Vergütung bis zur Fehlerbeseitigung einzubehalten.

§ 18 Teilabnahmen

(1) Soweit der Auftragnehmer werkvertragliche Leistungen erbringt, ist der Auftraggeber zu Teilabnahmen nur verpflichtet, soweit dies ausdrücklich vereinbart ist. Teilabnahmen können insbesondere für Leistungsteile vereinbart werden, die für den Auftraggeber separat nutzbar sind.

(2) Das Zusammenspiel teilabgenommener Teile mit später abzunehmenden Teilen wird im Rahmen einer Schlussabnahme geprüft.

§ 19 Mängelrechte

(1) Der Auftragnehmer gewährleistet, dass die Lieferungen und Leistungen des Auftragnehmers frei von Sach- und Rechtsmängeln sind.

(2) Der Auftragnehmer wird unverzüglich nach Eingang einer Fehlermeldung, Mängelanzeige oder Kenntniserlangung aus anderem Grund mit der Mängelbeseitigung beginnen.

(3) Zur Mängelbeseitigung gehört insbesondere die Eingrenzung der Mangelursachen, die Mangeldiagnose und, vorausgesetzt es handelt sich bei der geschuldeten Leistung um Software, die Herstellung ihrer Betriebsbereitschaft* durch eine vorläufige Umgehung des Mangels. Zur Mängelbeseitigung gehört auch die Berichtigung der entsprechenden Dokumentation.

(4) Mängelansprüche verjähren in 36 Monaten. Der Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Ablieferung bzw. Abnahme erfolgt ist und sämtliche Mängel behoben sind, unter deren Vorbehalt die Leistungen angenommen bzw. abgenommen wurden. In Fällen von Teilleistungen ist die Ablieferung bzw. Abnahme der letzten Teilleistung maßgeblich.

(5) Die Anwendung des § 377 HGB sowie des § 381 HGB ist ausgeschlossen.

(6) Mit dem Zugang der Fehlermeldung bzw. Mängelanzeige des Auftraggebers beim Auftragnehmer ist die Verjährung von Mängelansprüchen gehemmt, bis der Auftragnehmer die Ansprüche ablehnt oder den Mangel für beseitigt erklärt oder sonst die Fortsetzung von Verhandlungen über die Ansprüche des Auftraggebers verweigert. Die Verjährung der Mängelansprüche tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein.

(7) Bei Ersatzlieferung und Mängelbeseitigung beginnt die Gewährleistungsfrist für ersetzte und nachgebesserte Teile erneut⁵, es sei denn, der Auftraggeber musste nach dem Verhalten des Auftragnehmers davon ausgehen, dass dieser sich nicht zu der Maßnahme verpflichtet sah, sondern die Ersatzlieferung oder Mängelbeseitigung nur aus Kulanzgründen oder ähnlichen Gründen vornahm.

(8) Die Kosten für sämtliche erforderlichen Maßnahmen zur Mängelbeseitigung trägt der Auftragnehmer. Insbesondere trägt der Auftragnehmer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Lieferung oder Leistung. Weitergehende Ansprüche und Rechte des Auftraggebers nach diesem Vertrag und dem Gesetz, insbesondere auch solche aus § 439 BGB, bleiben davon unberührt.

§ 20 Pflichtverletzungen

Wird eine dienstvertragliche einmalige Leistung nicht vertragsgemäß erbracht, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Auftragnehmer zu verlangen, die Dienstleistung ohne

Mehrkosten für den Auftraggeber innerhalb angemessener Frist vertragsgemäß zu erbringen. Die sonstigen Rechte des Auftraggebers, insbesondere auf Schadensersatz und Kündigung, bleiben unberührt.

¹ HINWEIS: Diese Regelung beinhaltet eine antizipierte Einräumung von Nutzungsrechten für bekannte, bislang ab noch nicht gesetzlich geschützte Nutzungsarten. Zu beachten ist jedoch die erforderliche Schriftform des Vertragstextes, § 31a UrhG.

² HINWEIS: Hierzu gehört freilich auch, dass Ihr Vertragspartner seine Mitarbeiter mit den dazugehörigen Arbeitsmitteln ausstattet. Eine explizite Regelung ist insoweit nicht erforderlich.

³ HINWEIS: Um den Anschein einer Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden, sind Regelungen zu Urlaub, Krankheit der einzelnen Mitarbeiter zu vermeiden. Der Vertrag wird mit Ihrem Vertragspartner geschlossen. Er hat dafür einzustehen, dass dieser erfüllt wird. Wenn ein Mitarbeiter krank wird, ist er freilich verpflichtet, Sie unverzüglich zu informieren und für diesen Ersatz bereitzustellen.

⁴ ERLÄUTERUNG und HINWEIS: § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB lautet:

„Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.“

Das Gesetz gibt Unternehmern ab 1.1.2018 die vereinfachte Möglichkeit, die Abnahme im Rahmen einer Fiktion herbeizuführen. Ob und inwieweit diese Regelung künftig abdingbar ist, können wir aufgrund fehlender Rechtsprechung und Literatur im Moment nicht beurteilen. Bei der Vorgängerregelung wurde dies als zulässig erachtet (Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 640 Rdnr. 12).