

# **Begleitende Hinweise zu den von Bitkom empfohlenen Allge- meinen Geschäfts- bedingungen - Bitkom AGB**

Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung,  
bei Bitkom Servicegesellschaft mbH, Berlin

(Version 3.0, Stand: Dezember 2021)

Redaktion: Lea Niedballa V.i.S.d.P.: Anja Olsok

## Disclaimer und Verwendungshinweis

Die Bitkom AGB werden interessierten ITK-Unternehmen zur eigenen Nutzung für eigene Zwecke zur Verfügung gestellt. Die Nutzung liegt in der eigenen Verantwortung des Verwenders, eine Haftung des Bitkom e.V. ist ausgeschlossen.

Der Bitkom e.V. empfiehlt seinen Mitgliedern die Verwendung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen unverbindlich für Geschäfte, an denen Verbraucher nicht beteiligt sind. Es steht den Verwendern frei, dieser Empfehlung zu folgen oder andere Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden.

Die Nutzung und die rechtliche Wirksamkeit der Regelungen in den Bitkom AGB sind auch von ihrer Einsatzumgebung und der konkreten Verwendung abhängig. Ein Anspruch auf Vollständigkeit und/oder Aktualität sowie rechtliche Wirksamkeit besteht daher nicht.

Die Bitkom AGB dürfen nur in der über die Bitkom Servicegesellschaft mbH bezogenen Originalfassung verwendet werden. Abweichende Vertragsbedingungen dürfen nicht verwendet werden, wenn sie durch Aufmachung, Formulierung oder Hinweis auf den Bitkom e.V. oder die Bitkom Servicegesellschaft mbH geeignet sind, bei einem Dritten den Eindruck zu erwecken, sie seien mit dem Bitkom e.V. abgestimmt.

## Inhalt

<b>Vorwort .....</b>	<b>9</b>
<b>I. Grundlagen .....</b>	<b>11</b>
1. Verwendung der Bitkom AGB.....	11
2. System der Bitkom AGB.....	11
a) Modulares System .....	11
b) Abkürzungen .....	12
c) Versionsführung .....	12
d) Beispiele für Anwendungsmöglichkeiten der Bitkom AGB .....	12
e) Geltungsrangfolge der Regelungen der Bitkom AGB.....	14
3. Vertragliche Vereinbarung und AGB .....	14
4. Einbeziehung von AGB.....	15
<b>II. Ziel der Begleitenden Hinweise.....</b>	<b>16</b>
<b>III. Begleitende Hinweise zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AV Bitkom) .....</b>	<b>17</b>
1. Anwendungsbereich .....	17
2. AV Ziffer 1.1 Satz 1: Vergütung .....	17
3. AV Ziffer 1.2: Zahlung von Rechnungen .....	17
4. AV Ziffer 1.4 Abs. 2: Nutzungsuntersagung bei Zahlungsverzug .....	17
5. AV Ziffer 1.7: „Wirtschaftliches Unvermögen“ des Kunden .....	17
6. AV Ziffer 1.8: Vereinbarung fester Leistungstermine, Selbstbelieferungsvorbehalt .....	17
7. AV Ziffer 2.1: Ansprechpartner .....	18
8. AV Ziffer 2.2 Absatz 2: Bereitstellung von Arbeitsplätzen und Arbeitsmitteln .....	18
9. AV Ziffer 2.3: Datensicherung und Ausfallvorsorge .....	18
10. AV Ziffer 2.4: Meldung von Mängeln .....	18
11. AV Ziffer 2.5: Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber anderen Beteiligten .....	18
12. AV Ziffer 2.6: Vertraulichkeit und Schutz von Geschäftsgeheimnissen .....	18
13. AV Ziffer 2.7: Ansprüche bei verschlüsselter Kommunikation .....	19
14. AV Ziffer 3.3 Abs. 1: Erklärung bei Rücktritts- oder Schadensersatzverlangen .....	19
15. AV Ziffer 3.3 Absatz 2: Pauschalierter Ersatz des Verzugsschadens .....	19
16. AV Ziffer 3.4: Pauschalierter Ersatz des Verzögerungsschadens .....	20
17. AV Ziffer 4.1: Umfang eines Sachmangelanspruch .....	20
18. AV Ziffer 4.2 Absatz 2: Mangelrüge und Verjährung .....	20
<b>19. AV Ziffer 4.3 Rückgriffsansprüche.....</b>	<b>20</b>
20. AV Ziffer 4.4 Absatz 2: Vergütung von Zusatzaufwand .....	20

21. AV Ziffer 5.1: Haftung für die Verletzung von Rechten Dritter .....	20
22. AV Ziffer 6.2 Absatz 2: Vorrangige Haftung im Individualvertrag .....	21
23. AV Ziffer 6.3 Satz 1: Garantieerklärung.....	21
24. AV Ziffer 6.4: Haftung bei Datenverlust.....	21
25. AV Ziffer 7: Datenschutz .....	22
26. AV Ziffer 8.2: Ausschluss des UN-Kaufrechts.....	22
<b>IV. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Überlassung von Standardsoftware (VÜ Bitkom) .....</b>	<b>23</b>
1. Anwendungsbereich .....	23
2. VÜ Ziffer 1.1: Beschaffenheit und Leistungsumfang der Software.....	23
3. VÜ Ziffer 1.2 Absatz 2: Lieferzustand der Software .....	23
4. VÜ Ziffer 1.3: Vergütung nach Aufwand bei Unterstützungsleistungen .....	23
5. VÜ Ziffer 2.1: Nutzungsrecht an der Software .....	23
6. VÜ Ziffer 2.2: Übertragung von Nutzungsrechten an der Software .....	24
7. VÜ Ziffer 2.5 und 2.6: Eigentumsvorbehalt und Widerruf des Nutzungsrechts.....	24
8. VÜ Ziffer 3.4: Urheberrechtsschutz und Quellprogramme.....	24
9. VÜ Ziffer 4.1: Gewährleistungsumfang und Fristbeginn .....	24
10. VÜ Ziffer 4.2: Mangelnachweis.....	24
11. VÜ Ziffer 4.3: Nacherfüllung.....	24
12. VÜ Ziffer 4.4: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung .....	25
<b>V. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Erstellung von Individualsoftware (VES Bitkom) .....</b>	<b>26</b>
1. Anwendungsbereich .....	26
2. VES Ziffer 1.1: Leistungsbeschreibung .....	26
3. VES Ziffer 1.3 Abs. 2: Weitergehende Dokumentation.....	26
4. VES Ziffer 1.5: Zusätzliche Leistungen.....	26
5. VES Ziffer 2.2: Leistungsbeschreibung .....	26
6. VES Ziffer 3: Dokumentation des Änderungsverfahrens.....	27
7. VES Ziffer 4: Nutzungsrecht am Leistungsgegenstand .....	27
8. VES Ziffer 5.2: Testfälle und -daten für die Beschaffenheitsprüfung .....	27
9. VES Ziffer 5.4: Meldung von Mängeln .....	27
10. VES Ziffer 5.7: Aufbewahrungspflicht.....	27
11. VES Ziffer 6.1: Übergabe des Leistungsgegenstands.....	27
12. VES Ziffer 7.1: Beschaffenheitsprüfung.....	27
13. VES Ziffer 7.4: Gewährleistungsumfang .....	28

14. VES Ziffer 7.6: Nacherfüllung.....	28
15. VES Ziffer 7.7: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung.....	28
<b>VI. Begleitende Hinweise zu den Werkvertragsbedingungen (WV Bitkom) .....</b>	<b>29</b>
1. Anwendungsbereich und Abgrenzung .....	29
2. WV Ziffer 1.1: Vertragsgegenstand.....	29
3. WV Ziffer 1.2 a): Vereinbarte Leistungskriterien.....	29
4. WV Ziffer 1.3: Leistungsbeschreibung.....	29
5. WV Ziffer 1.3 Absatz 1 Satz 4: Zusätzliche Leistungen.....	29
6. WV Ziffer 1.3 Absatz 2: Testmittel.....	30
7. WV Ziffer 1.4: Geltung des Leistungsmoduls DL Bitkom .....	30
8. WV Ziffer 2.2: Leistungsort .....	30
9. WV Ziffer 3.2: Übergabe der Testmittel.....	30
10. WV Ziffer 4.4: Bindefrist eines Änderungsangebots .....	30
11. WV Ziffer 4.6 und 4.7: Dokumentation des Änderungsverfahrens.....	30
12. WV Ziffer 5.1: Nutzungsrecht an den Leistungsergebnissen.....	30
13. WV Ziffer 6: Abnahme .....	31
14. WV Ziffer 6.1: Frist für die Abnahmeerklärung.....	31
15. WV Ziffer 6.2: Mangelkategorisierung .....	31
16. WV Ziffer 6.3: Verweigerung der Abnahmeerklärung .....	31
17. WV Ziffer 6.6: Abnahme von Teilleistungen .....	31
18. WV Ziffer 7.3: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung .....	32
19. WV Ziffer 8.3: Außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund .....	32
<b>VII. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für Dienstleistungen (DL Bitkom)</b> .....	<b>33</b>
1. Anwendungsbereich und Abgrenzung .....	33
2. DL Ziffer 1.1: Vertragsgegenstand.....	33
3. DL Ziffer 1.2: (Teil-)Leistungsabrufe von Dienstleistungen.....	33
4. DL Ziffer 2.1: Leistungsort .....	34
5. DL Ziffer 2.2: Auswahl des Personals .....	34
6. DL Ziffer 4.1: Nutzungsrecht an den Leistungsergebnissen .....	34
7. DL Ziffer 5.1: Kündigungsfrist .....	34
8. DL Ziffer 6.1: Vergütungsanpassung .....	34
9. DL Ziffer 6.2: Vergütung .....	34
10. DL Ziffer 6.3: Reisekosten.....	34

11. DL Ziffer 7.1 Absatz 2: Rügefrist.....	34
<b>VIII. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für den Verkauf von Hardware (VH Bitkom) .....</b>	<b>35</b>
1. Anwendungsbereich .....	35
2. VH Ziffer 1.1: Beschaffenheit und Leistungsumfang der Hardware .....	35
3. VH Ziffer 1.3 Satz 2: Nutzungsrecht an sonstiger Software .....	35
4. VH Ziffer 1.4: Vergütung nach Aufwand bei Unterstützungsleistungen .....	35
5. VH Ziffer 2.3: Gefahrtragung .....	35
6. VH Ziffer 3.1: Betriebs- und Einsatzbedingungen.....	35
7. VH Ziffer 4.1 Gewährleistungsumfang und Fristbeginn .....	35
8. VH Ziffer 4.2: Mangelnachweis .....	36
9. VH Ziffer 4.3: Nacherfüllung .....	36
10. VH Ziffer 4.4: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung.....	36
<b>IX. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Pflege von Standardsoftware (VPS Bitkom).....</b>	<b>37</b>
1. Anwendungsbereich .....	37
2. VPS Ziffer A 1: Pflegegegenstand.....	37
3. VPS Ziffer A 2.1: Entgegennahme von Störungsmeldungen .....	37
4. VPS Ziffer A 2.2: Zuordnung zu Störungskategorien, Störungsmanagement.....	37
5. VPS Ziffer A 3.1: Updates und Upgrades.....	38
6. VPS Ziffer A 3.2: Gewährleistung bei neuen Versionen von Drittsoftware.....	38
7. VPS Ziffer A 4.2: Annahme und Bearbeitung von Anfragen durch die Hotline.....	38
8. VPS Ziffer A 4.2: Annahme und Bearbeitung von Anfragen .....	38
9. VPS Ziffern B 1.1 und 1.2: Beginn und Mindestlaufzeit des Pflegevertrags.....	38
10. VPS Ziffern B 2.1: Höhe der Pauschalvergütung .....	38
11. VPS Ziffer B 2.3: Anpassung der Vergütung .....	38
12. VPS Ziffer B 4.1: Änderung der freigegebene Einsatzumgebung .....	39
13. VPS Ziffer B 5: Übergabe von Software.....	39
14. VPS Ziffer B 6.1: Datenschutz .....	39
15. VPS Ziffer B 6.2: Datenschutzrechtliche Verantwortung .....	39
<b>X. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Wartung von Hardware (WH Bitkom) .....</b>	<b>40</b>
1. Anwendungsbereich .....	40
2. WH Ziffer A 2: Verfahren für die vorbeugende Wartung .....	40
3. WH Ziffer A 3.1: Annahme von Störungsmeldungen .....	40

4. WH Ziffer A 3.2: Zuordnung zu Störungskategorien, Störungsmanagement.....	40
5. WH Ziffer A 4.1 und 4.2: Annahme und Bearbeitung von Anfragen.....	40
6. WH Ziffern B 1.1 und 1.2: Beginn und Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags .....	40
7. WH Ziffer B 2.1 und B 2.4: Höhe der Pauschalvergütung.....	41
8. WH Ziffer B 4.1: Änderung der freigegebene Einsatzumgebung.....	41
9. WH Ziffer B 6.1: Datenschutz.....	41
10. WH Ziffer B 6.2: Datenschutzrechtliche Verantwortung.....	41
<b>XI. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Vermietung von Hardware und Software (VM Bitkom).....</b>	<b>42</b>
1. Anwendungsbereich.....	42
2. VM Ziffer 1.1: Vertragsgegenstand, Leistungen, Nutzungsrechte .....	42
3. VM Ziffer 1.2: Auswahl der Mietsache und weitere Leistungen des Anbieters .....	42
4. VM Ziffer 1.3: Lieferung, Aufstellung und Installation des Mietgegenstands .....	42
5. VM Ziffer 1.5: Nutzungsrechte des Kunden.....	43
6. VM Ziffer 1.7: Widerruf des Nutzungsrechts .....	43
7. VM Ziffer 2.1 und 2.3: Mietzins .....	43
8. VM Ziffer 2.2: Zahlungsbedingungen.....	43
9. VM Ziffer 2.4: Gesonderte Vergütung.....	43
10. VM Ziffer 3.1: Pflichten des Kunden .....	43
11. VM Ziffer 5.2: Änderungen der vermieteten Software .....	43
12. VM Ziffer 6.1: Instandhaltungspflicht.....	44
13. VM Ziffer 6.4: Mitteilung von Mängeln.....	44
14. VM Ziffer 6.7: Rechte des Kunden aus Mängelgewährleistung .....	44
15. VM Ziffer 7: Vertragslaufzeit / Ende des Mietverhältnisses.....	44
<b>XII. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für Software as a Service (SaaS Bitkom) .....</b>	<b>45</b>
1. Anwendungsbereich.....	45
2. SaaS Ziffer 1: Leistungen .....	45
3. SaaS Ziffer 2: Nutzungsumfang .....	45
4. SaaS Ziffer 3: Verfügbarkeit.....	46
5. SaaS Ziffer 4.1: Auftragsverarbeitung.....	46
6. SaaS Ziffer 4.2 und 4.3: Datenschutzrechtliche Verantwortung.....	46
7. SaaS Ziffer 4.4: Geografische Beschränkung der Datenspeicherung.....	46
8. SaaS Ziffer 5.3: Datenspeicherung durch den Kunden.....	46
9. SaaS Ziffer 6: Vertragswidrige Nutzung .....	47

10. SaaS Ziffer 7.2: Entgegennahme von Störungsmeldungen.....	47
11. SaaS Ziffer 7.3: Störungskategorien .....	47
12. SaaS Ziffer 8.1: Ansprechstelle .....	47
13. SaaS Ziffer 8.2: Bearbeitung von Kundenanfragen.....	47
14. SaaS Ziffer 9: Vertragsbeendigung .....	47
<b>XIII. Musterformulare.....</b>	<b>48</b>
1. Mängel- und Störungsmeldung des Kunden .....	49
a) zur Meldung eines Mangels bei folgenden Vertragstypen .....	50
b) zur Meldung einer Störung bei folgenden Vertragstypen .....	50
2. Rückmeldung zu Mängel- und Störungsmeldungen durch den Anbieter.....	51
3. Aufwands- und Leistungsnachweis .....	53
4. Vertragsänderungsverfahren.....	55
5. Leistungsabruf bei Vergütung nach Aufwand.....	58
6. Leistungsabruf bei Festpreisvereinbarung.....	59
<b>XIV. Schlussbemerkung.....</b>	<b>61</b>



## Vorwort

Diese „Begleitenden Hinweise“ enthalten Erläuterungen und Hinweise zur Verwendung der von Bitkom empfohlenen Branchen AGB, Version 3.0. Diese AGB und die „Begleitenden Hinweise“ sind eine Publikation des Bitkom-Arbeitskreises Vertrags- und Rechtsgestaltung. Der Arbeitskreis besteht aus Rechtsexpertinnen und -experten der Bitkom-Mitgliedsunternehmen und befasst sich mit Fragen rund um Vertragsgestaltung und -abwicklung in der ITK-Branche.

Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/770) und Warenkauf-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/771) in deutsches Recht haben zu Änderungen und Neuerungen im BGB geführt, die zum 01.01.2022 in Kraft getreten sind. Insbesondere die veränderte Sachmangeldefinition und das neue Sonderschuldrecht für digitale Produkte (vgl. §§ 327 BGB ff.), das sich auch auf die Gestaltung der b2b-Vertragsverhältnisse auswirkt, die den Verbraucherverträgen über digitale Produkte in der Lieferkette vorgelagert sind, haben zu Änderungsbedarf bei den Bitkom AGB geführt.

Der Arbeitskreis hat die Bitkom AGB deswegen mit der Version 3.0 aktualisiert. Ebenso wurden die „Begleitenden Hinweise“ überarbeitet, die den Umgang mit den Bitkom AGB und den Einstieg in einzelne Regelungen erleichtern sollen.

**Änderungen** gegenüber der Vorversion 2.1.1 der Bitkom AGB sind erfolgt in den Modulen:

- **AV** (Allgemeine Vertragsbedingungen)
- **VH** (Verkauf Hardware)
- **VÜ** (Überlassung Standardsoftware)
- **VES** (Erstellung (Individual-) Software)
- **VPS** (Pflege Software)
- **VM** (Vermietung Hardware und Software)
- **SaaS** (Software as a Service)

Besonderer Dank gilt folgenden Mitgliedern des Arbeitskreises, die mit ihrer Expertise und wertvollen praktischen Erfahrung ganz maßgeblich zur Entstehung und Ausarbeitung der AGB sowie der „Begleitenden Hinweise“ beigetragen haben.

**In der Unterarbeitsgruppe Bitkom-AGB haben an der Version 3.0 mitgearbeitet:**

Dr. Lutz Beilschmidt (Becosys AG)  
Kerstin Braun (P&I Personal & Informatik AG)  
Andreas von Brechan (G DATA Cyber Defense AG)  
Dieter Götz (Atos Information Technology GmbH)  
Stefan Koll (Datev eG)  
RA Prof. Wolfgang Müller (Schlüter Graf Rechtsanwälte PartG mbB)  
Bettina Skudelny Bourdeil (Scheer GmbH)  
RA Martin Schweinich (SKW Schwarz PartG mbB)

**An früheren Versionen der Bitkom AGB haben darüber hinaus mitgewirkt:**

Dr. Christiane Bach-Heuker	Katrin Mondon
Dr. Matthias von Beckerath	Michael O. Müller
Bodo Bredahl	Hans Jürgen Niemeier
Christof Höfner	Claudia Riffer
Dr. Kai Kuhlmann	Dr. Frank Straile
Andreas Lein	Michaela Tews
Jens Konradi	Dagmar Ueberfeld-Lang
Thomas Kriesel	Dirk Winkhaus
Dr. Ingo W. Marfording	

Besonderer Dank des Arbeitskreises gebührt auch Frau Rain Lea Niedballa, die als zuständige Referentin des Bitkom e.V. mit großem Engagement und ebenso großer Ausdauer die Erarbeitung dieser Version 3.0 der Bitkom AGB begleitet und stets konstruktiv unterstützt hat.

Anregungen zu diesen Begleitenden Hinweisen oder zu einzelnen Modulen der Bitkom AGB richten Sie bitte an die Geschäftsstelle des Bitkom, Frau Rain Lea Niedballa, oder an den Vorsitzenden des Arbeitskreises, Herrn RA Martin Schweinöch.

Dezember 2021

Martin Schweinöch

Vorsitzender des Arbeitskreises Vertrags- und Rechtsgestaltung

# I. Grundlagen

In diesen Begleitenden Hinweisen werden zunächst Grundlagen für den Umgang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bitkom („Bitkom AGB“) dargestellt, dann folgen Hinweise zu einzelnen Regelungen der Bitkom AGB.

Die Bitkom AGB sind ausschließlich für Geschäfte zwischen Unternehmern geeignet, nicht für die Verwendung gegenüber Verbrauchern.

Geschäfte mit Verbrauchern unterliegen vielfach zwingenden Sonderregeln, die in diesen AGB nicht berücksichtigt sind.

Die Bitkom AGB sind aus Sicht des **Anbieters** der jeweiligen Leistung formuliert.

## 1. Verwendung der Bitkom AGB

Der Verwender der Bitkom AGB sollte **vor** dem Einsatz der Bitkom AGB **unbedingt diese „Begleitenden Hinweise“ lesen**. Zudem sollte er sorgfältig überprüfen, ob die Regelungen der AGB für die einzelnen vertraglichen Regelungsbereiche (etwa Vergütung, Haftung, Mitwirkungspflichten) die individuellen Anforderungen des jeweiligen Geschäfts erfüllen und zu dessen Besonderheiten passen.

Die Bitkom AGB können nicht die individuelle Prüfung ersetzen, ob die AGB im Zusammenspiel mit dem konkreten Vertragstext die Interessen des Anbieters wirksam umsetzen und schützen! Bitte holen Sie dazu fachkundige Unterstützung durch einen internen oder externen Rechtsberater ein.

Gegenüber der Originalfassung veränderte Texte dürfen nicht als Bitkom AGB bezeichnet werden oder das Logo des Bitkom e.V. oder der Bitkom Servicegesellschaft mbH tragen.

Untersagt ist es auch, abweichende Vertragsbedingungen zu verwenden, wenn sie durch Aufmachung, Formulierung oder Hinweis auf den Bitkom e.V. oder die Bitkom Servicegesellschaft mbH den Eindruck erwecken können, sie entsprächen den Bitkom AGB.

## 2. System der Bitkom AGB

### a) Modulares System

Die Bitkom AGB stellen ein **modulares System** dar. Dieses modulare System besteht aus einem allgemeinen „**Grundmodul**“, den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AV Bitkom), und spezifischen „**Leistungsmodulen**“ für spezielle Vertragstypen. Das Grundmodul AV Bitkom regelt übergreifende Fragen (etwa Haftung und Leistungsstörungen) für alle Leistungsmodule übergreifend in gleicher Weise. Die Leistungsmodule setzen mit ihren spezifischen Regelungen jeweils auf dem Grundmodul auf. Daher können Grundmodul und das jeweilige Leistungsmodul nur zusammen und nicht alleine verwendet werden.

Die Bedingungen für spezielle Vertragstypen (Leistungsmodule) sind stets zusammen mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AV Bitkom) zu verwenden.

## b) Abkürzungen

Die einzelnen Dokumente der Bitkom AGB werden abgekürzt bezeichnet als:

### Grundmodul

**AV** Bitkom      Allgemeine **V**ertragsbedingungen

### Leistungsmodule (Vertragstypen)

**VÜ** Bitkom      Vertragsbedingungen für die **Ü**berlassung von Standardsoftware

**VES** Bitkom      Vertragsbedingungen für die **E**rstellung von (Individual-)Software

**VPS** Bitkom      Vertragsbedingungen für die **P**flege von **S**oftware

**VH** Bitkom      Vertragsbedingungen für den **V**erkauf von **H**ardware

**WH** Bitkom      Vertragsbedingungen für die **W**artung von **H**ardware

**DL** Bitkom      Vertragsbedingungen für **D**ienstleistungen

**WV** Bitkom      Vertragsbedingungen für **W**erkverträge

**VM** Bitkom      Vertragsbedingungen für die **V**ermietung von Hardware und Software

**SaaS** Bitkom      Vertragsbedingungen für die Bereitstellung von **S**oftware **a**s **a** Service

## c) Versionsführung

Alle Module der Bitkom AGB werden kontinuierlich an aktuelle Rechtsentwicklungen angepasst. Wegen der zum 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Änderungen des BGB mussten zuletzt für die Version 3.0 die Module **AV** (Allgemeine Vertragsbedingungen), **VH** (Verkauf Hardware) und **VÜ** (Überlassung Standardsoftware) inhaltlich sowie die Module **VES** (Erstellung (Individual-) Software), **VPS** (Pflege Software), **VM** (Vermietung Hardware und Software) und **SaaS** (Software as a Service) zur Klarstellung ergänzt werden.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegen damit aktuell und einheitlich in der Version 3.0 vor. Die Version 3.0 ist nicht mit früheren Versionen kompatibel!

Eine Kombination der Module der Version 3.0 mit Modulen älterer Versionen ist nicht zulässig und führt zu rechtlichen Risiken!

## d) Beispiele für Anwendungsmöglichkeiten der Bitkom AGB

Die Übersicht auf der folgenden Seite stellt nur Beispiele für mögliche Anwendungen der Bitkom AGB dar. Der Einsatz ist abhängig sowohl von der zu erbringenden Leistung als auch vom jeweiligen Geschäftsmodell.

Modul Leistung	AV	VÜ	VPS	VES	VH	WH	WV	DL	VM	SaaS
Verkauf von Standardsoftware	X	X								
Pflege Standardsoftware	X		X							
Erstellung Individualsoftware	X			X						
Anpassung Software	X						(X) <sup>1)</sup>	X <sup>2)</sup>		
Verkauf Hardware	X				X					
Wartung Hardware	X					X				
Beratung	X							X		
Schulung	X							X		
Sonstige Dienstleistung	X							X		
Analyse	X						(X) <sup>1)</sup>	X <sup>2)</sup>		
Konzeption	X						(X) <sup>1)</sup>	X <sup>2)</sup>		
Vermietung Hard- und Software	X								X	
SW-Nutzung über das Internet	X									X

1. Bei einem Werkvertrag für diese Leistungen übernimmt der Anbieter die Projekt- und Erfolgsverantwortung. In diesem Fall ist unbedingt darauf zu achten, dass das „Werk“ und die zugehörigen „vereinbarten Eigenschaften“ incl. der Abnahmebedingungen genau beschrieben sind. (Vgl. dazu auch die Erläuterungen zu den Leistungsmodulen DL und WV)
2. Aus Anbietersicht wird für diese Leistungen ein Dienstvertrag empfohlen. Dabei erbringt der Anbieter die Dienstleistung nach den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Berufsausübung und übernimmt keine Projekt- und Erfolgsverantwortung.

Bitte richten Sie besonderes Augenmerk auf die Wahl des richtigen AGB-Leistungsmoduls für den zugrunde liegenden Vertragstyp. Für die Bestimmung des Vertragstyps und des passenden AGB-Leistungsmoduls kommt es auf die in der Praxis gewollte und gelebte Vertragsdurchführung an und nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Vertragsbezeichnung.

## e) Geltungsrangfolge der Regelungen der Bitkom AGB

Für den Einsatz der Bitkom AGB sind stets das Grundmodul AV und mindestens ein Leistungsmodul in den Vertrag einzubeziehen. Teilweise enthalten das Grundmodul AV und einzelne Leistungsmodul unterschiedliche Regelungen für ein bestimmtes Thema. Dann gilt vorrangig die entsprechende Regelung des Leistungsmoduls sowie ergänzend und nachrangig die entsprechende Regelung des Grundmoduls AV.

**Unabhängig davon gilt vorrangig vor den Regelungen der Bitkom AGB immer eine im Einzelfall individuell getroffene Vereinbarung der Vertragspartner. Es gilt also nur die individuelle Vereinbarung, wenn und soweit sie einer Regelung der AGB widerspricht (vgl. auch nachfolgende Ziffer 3).**

### 3. Vertragliche Vereinbarung und AGB

Die Bitkom AGB sind als Bestandteile einer individuell abzuschließenden Vereinbarung konzipiert. Diese individuell abzuschließende Vereinbarung – häufig als Vertrag gestaltet – muss mindestens enthalten:

- den Leistungsgegenstand und den genaueren Leistungsinhalt und
- die Höhe der Vergütung.

Die Vereinbarung soll darüber hinaus weitere Einzelheiten zur Vertragsdurchführung (z.B. Termine, Mitwirkungs-pflichten des Kunden usw.) enthalten und dokumentiert abgeschlossen werden, am besten schriftlich. Die Bitkom AGB regeln nicht die individuellen Leistungspflichten einschließlich der Vergütung.

Die jeweiligen Leistungspflichten des Anbieters und des Kunden müssen individuell vereinbart werden.

Die Bitkom AGB sind als ergänzende Bestandteile in die vertragliche Vereinbarung einzubeziehen (siehe auch unten I. 4.).

Zwischen den Vertragspartnern individuell getroffene Abreden – sei es im Vertrag selbst oder sei es nach Vertragsschluss - haben **stets Vorrang** gegenüber Regelungen in AGB. Auf diese Weise kann eine in den AGB getroffene Regelung geändert oder abweichend vereinbart werden, auch zum Nachteil des Anbieters. Das kann nicht nur durch schriftliche Vereinbarungen oder per E-Mail geschehen, sondern **auch formlos**, etwa wenn Absprachen **mündlich** oder durch „**schlüssiges Handeln**“ (etwa: „Wir fangen schon mal an, auch wenn der Vertrag noch nicht unterzeichnet ist.“) getroffen werden.

Individuelle Abreden „überschreiben“ oder „löschen“ die entsprechenden Regelungen in den AGB, auch wenn sie formlos getroffen werden.

## 4. Einbeziehung von AGB

Damit AGB überhaupt Bestandteil einer Vereinbarung sind, müssen sie wirksam und nachweisbar in die Vereinbarung **einbezogen** worden sein. Das setzt voraus:

1. Der Kunde muss sich **VOR Abschluss der Vereinbarung Kenntnis vom Inhalt der AGB verschaffen können**

UND

2. Anbieter und Kunde müssen sich über die Einbeziehung der AGB einig sein.

Es bestehen in der Praxis verschiedene Möglichkeiten, um AGB einzubeziehen. Eine typische Vorgehensweise ist die ausdrückliche Vereinbarung zwischen Anbieter und Kunde, dass bestimmte AGB Bestandteil der vertraglichen Absprachen der Parteien sein sollen.. Dabei sollte der Anbieter alle AGB-Module, die für die jeweilige Kundenbeziehung gelten sollen, im Vertrag ausdrücklich benennen. Außerdem muss der Anbieter dafür sorgen, dass der Kunde diese AGB auf Anforderung einsehen kann oder übermittelt bekommt.

Eine einseitige Einbeziehung von (auch neuen oder aktualisierten) AGB nach Abschluss der Vereinbarung (etwa durch Hinweis auf AGB in der Rechnung) ist nicht möglich. Falls bisher andere AGB (z.B. ältere Versionen der Bitkom AGB) verwendet wurden, ist für Neuverträge und Folgevereinbarungen mit Bestandskunden (z.B. Nachbestellung, Erweiterung von Nutzungsrechten) ausdrücklich vor der Erbringung weiterer Leistungen oder Abschluss der neuen Vereinbarung auf die Geltung der aktuellen Version der Bitkom AGB (z.B. der Bitkom AGB Version 3.0) zu verweisen.

Im Streitfall hat der Anbieter nachzuweisen, dass die AGB wirksam einbezogen worden sind. Er sollte daher eine Vorgehensweise wählen, die ihm im Streitfall den späteren Nachweis der Einbeziehung der AGB in den Vertrag ermöglicht.

## II. Ziel der Begleitenden Hinweise



Die Begleitenden Hinweise bieten in erster Linie einige Hilfestellungen zu den Regelungen der Bitkom AGB, bei denen Möglichkeiten für Abweichungen oder Ergänzungen vorgesehen sind. Solche Hinweise sind jeweils mit dem Symbol gekennzeichnet.

Daneben werden einzelne Klauseln erläutert, deren Inhalt sich dem juristisch nicht geschulten Verwender nicht ohne weiteres erschließt. Die Begleitenden Hinweise erläutern nicht Hintergrund und Inhalt sämtlicher Klauseln der Bitkom AGB.

Die Begleitenden Hinweise können nur einzelne Aspekte von Vertragsgestaltung und Vertragsschluss abdecken. Sie geben daher keine Hinweise zur anschließenden Durchführung und Abwicklung eines konkreten Vertrages.

Das konkrete Geschäft (Leistung und Gegenleistung) muss vom Anbieter jeweils eigenverantwortlich gestaltet und mit dem Vertragspartner vereinbart werden! Bitte holen Sie bei Unsicherheiten dazu oder zu Fragen bei der Anwendung der Bitkom AGB fachkundige Unterstützung z.B. durch einen internen oder externen Rechtsberater ein.

Die Beschreibung eines konkreten Geschäfts können weder die Bitkom AGB noch die folgenden Begleitenden Hinweise leisten. Der Leistungsumfang und die Gegenleistung sowie die **notwendigen Mitwirkungen des Kunden** müssen vom Anbieter jeweils eigenständig gestaltet und vereinbart werden, insbesondere in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht.



### III. Begleitende Hinweise zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AV Bitkom)

#### 1. Anwendungsbereich

Die AV Bitkom sind stets als Grundmodul zu verwenden, wenn ein „Leistungsmodul“ für einen bestimmten Vertragstyp (siehe I. 2. b) und d)) eingesetzt werden soll.

Im Folgenden werden Hinweise zu einzelnen Klauseln der AV Bitkom gegeben.

#### 2. AV Ziffer 1.1 Satz 1: Vergütung



Die Vergütung nach Aufwand in Ziffer 1.1 Satz 1 kommt nur zur Anwendung, falls die Vertragspartner keine andere Regelung vereinbaren (daher die Einschränkung „Soweit“)

Es kann eine andere Vereinbarung, z.B. eine Festpreisvereinbarung, getroffen werden.

Ziffer 1.1 AV sieht vor, dass der Anbieter die von ihm erbrachten Leistungen dokumentiert. Unter XIII. 3. wird ein Muster (einschließlich Erläuterungen) für einen entsprechenden Leistungsnachweis vorgeschlagen.

Als „gesetzlich anfallende Umsatzsteuer“ ist stets der zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung geltende Wert maßgebend.

#### 3. AV Ziffer 1.2: Zahlung von Rechnungen

Nach Ziffer 1.2 sind alle Rechnungen für fällige Beträge spätestens 14 Kalendertage nach Zugang zu zahlen. Dieser Zeitraum ist maßgebend für den Eintritt des Verzugs. Die Fälligkeit der zu zahlenden Beträge tritt gemäß § 271 BGB sofort ein.

#### 4. AV Ziffer 1.4 Abs. 2: Nutzungsuntersagung bei Zahlungsverzug



Der Kunde erhält Eigentum und Nutzungsrechte an Leistungen grundsätzlich erst mit erfolgter Zahlung. Ist dem Kunden eine Nutzung bereits zuvor gestattet, kann diese vom Anbieter bei Zahlungsverzug des Kunden untersagt werden.

#### 5. AV Ziffer 1.7: „Wirtschaftliches Unvermögen“ des Kunden

Die beiden Vorschriften, auf die in Ziffer 1.7 Satz 2 Bezug genommen wird, regeln folgende Themen:

- § 321 BGB befasst sich mit Zurückbehaltungsrechten des vorleistungspflichtigen Anbieters bei massiven wirtschaftlichen Verschlechterungen beim Kunden.
- § 112 InsO befasst sich mit Kündigungsmöglichkeiten des Anbieters nach Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Kunden.

Die Regelungen der Ziffer 1.7 sollen den Anbieter gegen Risiken aus der wirtschaftlichen Lage des Kunden zumindest in gewissem Umfang schützen.

#### 6. AV Ziffer 1.8: Vereinbarung fester Leistungstermine, Selbstbelieferungsvorbehalt

Ziffer 1.8 sieht die Vereinbarung fester Leistungstermine in dokumentierter Form vor.



Im Interesse beider Vertragspartner sollen entsprechende Vereinbarungen unbedingt nur schriftlich mit Benennung der entsprechenden Voraussetzungen (insbesondere die erforderliche Mitwirkung des Kunden)

getroffen werden, um Transparenz, Rechtssicherheit, spätere Nachvollziehbarkeit und eine reibungslose Zusammenarbeit zu fördern.

Auf den Selbstbelieferungsvorbehalt kann sich der Anbieter nur berufen, wenn er mit seinem Vorlieferanten eine rechtzeitige Lieferung vereinbart hat.

## **7. AV Ziffer 2.1: Ansprechpartner**



Die Benennung von Ansprechpartnern sollte auf jeden Fall schriftlich dokumentiert werden. Darüber hinaus sind auch die von den Ansprechpartnern getroffenen Entscheidungen stets schriftlich festzuhalten.

## **8. AV Ziffer 2.2 Absatz 2: Bereitstellung von Arbeitsplätzen und Arbeitsmitteln**



Die Pflicht des Kunden, Arbeitsplätze und Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, entsteht nur, wenn der Vertrag die Erbringung der Leistung beim Kunden vorsieht. Hierfür ist z.B. bei Nutzung der Module WV und DL eine gesonderte Vereinbarung erforderlich, da nach Ziffer 2.2 der WV bzw. Ziffer 2.1 der DL die Leistung beim Anbieter erbracht wird.

## **9. AV Ziffer 2.3: Datensicherung und Ausfallvorsorge**

Mit der neu eingeführten Ziffer 2.3 soll auf die ab dem 1.1.2018 geltende Vorschrift des § 439 Abs. 3 BGB reagiert werden. Die Vorschrift kann allerdings nicht abbedungen werden. Daher werden lediglich die Mitwirkungspflichten des Kunden konkretisiert bzw. angepasst. Der Kunde hat eine Mitwirkungspflicht, mögliche Schäden durch Austausch von mangelhaften Komponenten im Wege der Gewährleistung möglichst gering zu halten.

## **10. AV Ziffer 2.4: Meldung von Mängeln**

Für die Meldung von Mängeln ist die Nutzung eines Formulars des Anbieters vorgesehen. Ein Muster für ein solches Formular mit Erläuterungen finden Sie unter Ziffer XII. 1. dieser Begleitenden Hinweise. Unter Ziffer XII. 2. Ist ein Muster für eine Mangelbewertung durch den Anbieter zu finden.

Schriftform darf in AGB für Verbraucherverträge nicht vorgeschrieben werden (§ 309 Nr. 13 BGB). Es ist nicht absehbar, ob die Rechtsprechung diese Wertung für B2B-Verträge übernehmen wird. Schriftformerfordernis erscheint für Gestaltungserklärungen (z.B. Kündigung, Change Request) angemessen, für die Kommunikation bei der Leistungsdurchführung (z.B. Terminverschiebung) evtl. bedenklich, wenn an die Nichteinhaltung der Form für den Kunden negative Konsequenzen geknüpft sind.



Es kann daher sinnvoll sein, hierfür im Vertrag eine Individualvereinbarung zu treffen.

## **11. AV Ziffer 2.5: Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber anderen Beteiligten**

An der Leistungserbringung können weitere Personen beteiligt sein (insbesondere Vorlieferanten). Gegen diese Personen kann der Anbieter gemäß §§ 439 Abs. 3, 445a BGB eigene Aufwendungsersatzansprüche haben.

## **12. AV Ziffer 2.6: Vertraulichkeit und Schutz von Geschäftsgeheimnissen**

Die Klausel enthält zum einen eine vertragliche Nebenpflicht des Kunden zur Verschwiegenheit über Informationen und Unterlagen, die als vertraulich gekennzeichnet wurden. Zum anderen soll die Klausel den gesetzlichen Schutz für Geschäftsgeheimnisse absichern. Ergänzt wird diese Verschwiegenheitsklausel durch eine Nutzungsbeschränkung für vertrauliche Informationen.

Geschäftsgeheimnisse können z.B. sein: Quellprogramme (siehe Ziffer 3.4 VÜ Bitkom), Forschungsergebnisse, Rabatte, Konstruktions- und Organisationspläne, Handbücher, Anleitungen, Konzepte. Eine gesetzliche Definition für Geschäftsgeheimnisse enthält § 2 Nr. 1 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG). Danach gelten nur solche Informationen als Geschäftsgeheimnisse, die durch ihren Inhaber mit angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt werden. Als eine solche Geheimhaltungsmaßnahme kommt eine vertragliche Abrede mit dem Kunden in Betracht. Zu den Geheimhaltungsmaßnahmen zählen aber auch physische Zugangsbeschränkungen sowie interne Richtlinien und Regelungen in Arbeitsverträgen.

Es ist nicht möglich, für eine Information nachträglich die Voraussetzungen für den Schutz als Geschäftsgeheimnis zu erreichen. **Geschäftsgeheimnisse und sonstige vertrauliche Informationen sind daher bereits bei der Anbahnung eines Vertrages, im Vertrag selbst und auch bei der Vertragsdurchführung als solche zu kennzeichnen.**

**Hinweis:** Entsprechende Regelungen müssen auch in Verträgen mit Subunternehmen und Verträgen mit „Freien Mitarbeitern“ enthalten sein!

Gemäß GeschGehG § 3 (Erlaubte Handlungen) darf ein Geschäftsgeheimnis durch *Beobachten, Untersuchen, Rückbauen oder Testen eines Produkts oder Gegenstands* „erlangt“ werden, wenn *dies keiner Pflicht zur Beschränkung der Erlangung des Geschäftsgeheimnisses unterliegt*. Damit ist auch – soweit nicht vertraglich ausgeschlossen – „Reverse Engineering“ zulässig. Im zweiten Absatz der Ziffer 2.6 AV Bitkom wird daher eine Beschränkung der gesetzlichen Erlaubnis explizit vereinbart. Wie die Rechtsprechung die Zulässigkeit einer solchen Klausel bewerten wird, ist nicht im Detail vorhersehbar. Daher sollte bei besonderer Wichtigkeit eine Individualvereinbarung getroffen werden.

### 13. AV Ziffer 2.7: Ansprüche bei verschlüsselter Kommunikation

Unter einer Verschlüsselung im Sinne der Ziffer 2.5 sind allgemein akzeptierte und gebräuchliche technische Verschlüsselungsverfahren zu verstehen. Die Vereinbarung einer Verschlüsselung ist sinnvoll, wenn die verwendeten Verschlüsselungsmechanismen bei den Beteiligten vorhanden sind und durchgängig verwendet werden können.

### 14. AV Ziffer 3.3 Abs. 1: Erklärung bei Rücktritts- oder Schadensersatzverlangen

Macht der Kunde einen Mangel geltend, kann er u. U. das Recht haben, vom Anbieter statt der Leistung Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten oder beides miteinander zu kombinieren. Dann entsteht zunächst eine Schwebelage, während der die Vertragspartner nicht wissen, ob weiterhin die ursprüngliche Leistung erbracht oder bereitgehalten werden muss oder ob Schadensersatz verlangt wird. Dieser Schwebezustand endet nach dem Gesetz erst dann und dadurch, dass der Kunde ausdrücklich Schadensersatz statt der ursprünglich vereinbarten Leistung verlangt oder vom Vertrag zurücktritt.

In dieser Situation kann die Fristsetzung zur Ausübung etwaiger Wahlrechte des Kunden helfen, den Schwebezustand in absehbarer Zeit zu beenden und so für beide Seiten rascher Klarheit über die Situation sowie das weitere Vorgehen zu schaffen.

### 15. AV Ziffer 3.3 Absatz 2: Pauschalierter Ersatz des Verzugsschadens



Die Regelung in Ziffer 3.3 Absatz 2 AV betrifft die Verzugsfolgen für den Zeitraum, für den der Verzug besteht. Eine Verzögerung bei der Leistungserbringung muss nicht zur Folge haben, dass der Vertrag wegen der Verzögerung beendet werden kann. Der Anbieter kommt nicht in Verzug, wenn er belegen kann, dass ihn an der Verspätung der Leistung kein Verschulden trifft. Die Wirksamkeit der in dieser Klausel enthaltenen

Prozentangaben ist AGB-rechtlich nicht unbedenklich. Daher ist anzuraten, insoweit eine individuelle Vereinbarung im Vertrag zu treffen.

## 16. AV Ziffer 3.4: Pauschalierter Ersatz des Verzögerungsschadens

Ziffer 3.4 AV regelt die Frage, wann der Kunde den Vertrag wegen der Verzögerung beenden kann. Nach dieser Regelung hat der Kunde ein Rücktrittsrecht nur, wenn der Anbieter die Verzögerung zu vertreten hat. In Abgrenzung zu AV Ziffer 3.3 Absatz 2 regelt die vorliegende Klausel den Ersatz des Verzögerungsschadens statt der Leistung. Das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung wirkt hinsichtlich der betroffenen Forderung (aber auch nur hinsichtlich dieser) wie ein Rücktritt, d.h. es wird nur der durch die Vertragsbeendigung entstehende Schaden ersetzt, während der Verzugsschaden zusätzlich zur vereinbarten Leistung geltend gemacht wird.



Da die Wirksamkeit der in dieser Klausel enthaltenen Prozentangaben AGB-rechtlich nicht unbedenklich ist, ist auch hier anzuraten, insoweit eine individuelle Vereinbarung im Vertrag zu treffen.

## 17. AV Ziffer 4.1: Umfang eines Sachmangelanspruch

Die vorliegende Klausel betrifft nur den vertraglich vereinbarten Leistungsumfang. Dieser bestimmt sich vorrangig durch eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung (Leistungsbeschreibung), ergänzend durch die für den vertraglich vorgesehenen Gebrauch der Leistung notwendigen Eigenschaften. Nachrangig dazu sind die bei solchen Leistungen üblichen Eigenschaften geschuldet. In einer ausdrücklichen Leistungsbeschreibung können Eigenschaften der Leistung hinter dem zurückbleiben, was marktüblich und allgemein anerkannt ist. In diesem Fall sind ausdrückliche, dokumentierte Hinweise auf diesen Umstand zu empfehlen.



## 18. AV Ziffer 4.2 Absatz 2: Mangelrüge und Verjährung

Ziffer 4.2 Absatz 2 schließt die sog. „Kettengewährleistung“ aus. Im Falle einer Mangel-beseitigung beginnt die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Kunden nur für den mangelbehafteten Teil und nicht für die gesamte Leistung neu zu laufen.

## 19. AV Ziffer 4.3 Rückgriffsansprüche

Sofern ein Abnehmer, der Verbraucher ist und für den deswegen die Sonderregelungen für digitale Produkte gelten (§§ 327 – 327s BGB n.F.), Ansprüche gegenüber dem Kunden geltend macht, die wiederum zu Rückgriffsansprüchen des Kunden gegenüber dem Anbieter führen können, sollen Kunde und Anbieter gemeinsam darauf hinwirken, dass diese Ansprüche „aufwands- und kostengünstig“ befriedigt werden.

## 20. AV Ziffer 4.4 Absatz 2: Vergütung von Zusatzaufwand

Zur Dokumentation des Zusatzaufwands kann das Musterformular unter Ziffer XIII. 3. genutzt werden.

## 21. AV Ziffer 5.1: Haftung für die Verletzung von Rechten Dritter

Werden Rechte Dritter durch eine Leistung des Anbieters verletzt, ist es nach Ziffer 5.1 eine Voraussetzung für eine Haftung des Anbieters, dass die Leistung „vertragsgemäß und insbesondere in der vertraglich vorgesehenen Einsatzumgebung eingesetzt wird“.



Damit diese Klausel inhaltlich greift, sind Zweck, Art und Weise des Einsatzes der Leistung sowie die Einsatzumgebung im Vertrag zu definieren.

## 22. AV Ziffer 6.2 Absatz 2: Vorrangige Haftung im Individualvertrag



Der erste Absatz von Ziffer 6.2 ist eine Auffangregelung, falls im Vertrag keine Haftungsregelung vereinbart ist. Die in der ITK-Branche üblichen Haftungsregelungen können nach dem Gesetz in AGB nur eingeschränkt wirksam vereinbart werden. Daher sollten Haftungsbeschränkungen im Vertrag **stets individuell vereinbart** werden.



Der vierte Absatz von Ziffer 6.2 begrenzt die Haftung des Anbieters wegen leichter Fahrlässigkeit auf den **im Vertrag vereinbarten** Prozentsatz der Vergütung. Sie bezieht sich also auf den Individualvertrag und eine Haftungsbeschränkung, die auf jeden Fall dort vorzunehmen ist. Zu bevorzugen ist regelmäßig eine individuelle Regelung und eine summenmäßige Beschränkung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Schäden auch aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die nur individuell sicher zu vereinbaren ist.

[Wichtig ist, im Vertrag individuell eine Haftungsbeschränkung zu vereinbaren, auf die Ziffer 6.2 AV Bitkom Bezug nimmt!](#)

## 23. AV Ziffer 6.3 Satz 1: Garantieerklärung

Diese Regelung betrifft nur Garantien und nicht die gesetzliche Gewährleistung. Vorsicht: nach § 443 BGB können sich Garantiefolgen auch aus Werbeversprechen ergeben. Dies gilt auch für Werbung gegenüber anderen Unternehmern.

[Sowohl von der Übernahme einer Garantie als auch von der Zusicherung bestimmter Eigenschaften sollte Abstand genommen werden.](#)

Falls eine Garantie oder zugesicherte Eigenschaft nicht zu vermeiden ist, sind die nachfolgenden Erläuterungen zu beachten:

Die Garantie ist eine gesetzlich geregelte, freiwillig übernommene, verschuldensunabhängige Haftung zusätzlich zur gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungshaftung. Diese Haftung aus Garantie geht typischerweise über die Mangelfreiheit der Leistung hinaus. Gegenstand, Umfang, Dauer und Ansprüche aus einer Garantieerklärung sollten in dieser selbst abschließend beschrieben werden, da die Haftung aus der Garantie ansonsten nicht durch AGB wirksam ausgeschlossen werden kann.

Die Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Leistung begründet über die gesetzlich festgelegte Gewährleistung hinaus eine verschuldensunabhängige Haftung des Anbieters auf Schadensersatz, falls diese Eigenschaften nicht vorliegen. Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften kann durch AGB nicht wirksam ausgeschlossen werden.

Der Anbieter kann die gesetzliche Gewährleistung nicht durch eine Garantie einschränken.

## 24. AV Ziffer 6.4: Haftung bei Datenverlust

Auf Schäden, die der Kunde durch Datenverlust erleidet, findet Ziffer 6.4 anstelle der allgemeinen Haftungsregeln der Ziffern 6.1 und 6.2 Anwendung.

Mit der Ziffer 6.4 soll auf die Vorschrift des § 439 Abs. 3 BGB reagiert werden. Die Vorschrift kann allerdings nicht abgedungen werden. Daher werden lediglich die Mitwirkungspflichten des Kunden konkretisiert bzw. angepasst.

## 25. AV Ziffer 7: Datenschutz



Gemäß DS-GVO soll der Anbieter datenschutzrechtlich erforderliche Vereinbarungen (z.B. zur Auftragsverarbeitung) beim Kunden annehmen und hierzu ein ggf. vorhandenes Muster für einen „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ übersenden (vgl. z.B. vom Bitkom vorgeschlagene Vertragsmuster hierzu).

Nach gesetzlichem Leitbild der DS-GVO entsteht für Ansprüche der betroffenen Person wegen Datenschutzverletzungen eine Gesamtschuld zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer einer Datenverarbeitung. Der Anbieter kann diese Ansprüche aber regelmäßig nicht beurteilen, weil er die Daten der betroffenen Person nicht erhoben hat. Die Verantwortung ist in dem „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ zu regeln.

## 26. AV Ziffer 8.2: Ausschluss des UN-Kaufrechts

Das UN-Kaufrecht ist Bestandteil des deutschen Rechts. Es findet jedoch nur bei Auslandsgeschäften Anwendung, wenn es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Das UN-Kaufrecht regelt das Zustandekommen von Kaufverträgen und die Vereinbarung allgemeiner Geschäftsbedingungen. Den Schwerpunkt bilden die Rechte und Pflichten des Käufers und Verkäufers. Gleichwohl wird das UN-Kaufrecht durch Ziffer 8.2 ausgeschlossen, weil es den Vertragspartnern in Deutschland in der Regel unbekannt ist. Daher wird vor seiner Einbeziehung die Inanspruchnahme anwaltlichen Rats empfohlen.

Im Auslandsgeschäft müssen diese AV dem Kunden spätestens bei Vertrags-schluss als Dokument übersandt werden, damit der Ausschluss des UN-Kaufrechts wirksam vereinbart wird.


## IV. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Überlassung von Standardsoftware (VÜ Bitkom)

### 1. Anwendungsbereich

Die VÜ Bitkom sind für die Überlassung von Standard-Software gegen einmaliges Entgelt (Kauf) zur Nutzung auf Dauer konzipiert.

Im Folgenden werden Hinweise zu einzelnen Klauseln der VÜ Bitkom gegeben.

### 2. VÜ Ziffer 1.1: Beschaffenheit und Leistungsumfang der Software

 Ziffer 1.1 geht davon aus, dass die Programmbeschreibung, ggf. die Freigabemitteilung sowie die Einsatzumgebung im Vertrag (und u.U. in der Bedienungsanleitung) möglichst genau definiert worden sind. Durch den Zusatz „... soweit nichts anderes vereinbart ist“ ergibt sich jedoch die Möglichkeit, dass sich die Beschaffenheit und der Leistungsumfang der Software sowie die Einsatzumgebung auch aus anderen Dokumenten oder Quellen ergeben. Diese müssen dann zuvor im Vertrag entsprechend bezeichnet und vereinbart worden sein.

In Absatz 2 werden die Haftung bzgl. der „Sicherheit der Software“ sowie die Auswirkungen von „öffentlichen Äußerungen“ bzgl. der Software-Eigenschaften so weit wie möglich begrenzt.

### 3. VÜ Ziffer 1.2 Absatz 2: Lieferzustand der Software

Die Vorschrift des § 69d Urheberrechtsgesetz regelt die gesetzliche Befugnis des Kunden, die Software zu dekompile, wenn und soweit dies zur Gewinnung von Informationen über Schnittstellen zu unabhängig geschaffener Software notwendig ist und diese Informationen nicht anders angemessenen verfügbar sind.

### 4. VÜ Ziffer 1.3: Vergütung nach Aufwand bei Unterstützungsleistungen


Die Vergütung nach Aufwand für Unterstützungsleistungen in Ziffer 1.3 Satz 2 kommt nur zur Anwendung, falls die Vertragspartner keine andere Regelung vereinbaren. Satz 1 ist daher lediglich eine Auffangregelung, die bewusst Raum für individuelle Vereinbarungen im Vertrag lässt. Zur Dokumentation des entstandenen Aufwands kann das Musterformular zum Leistungs- und Aufwandsnachweis (Ziffer XIII. 3.) genutzt werden.

Soweit weitere der genannten Unterstützungsleistungen erbracht werden, muss das Leistungsmodul DL für Dienstleistungen oder, wenn ein geschuldeter Erfolg vereinbart wird, das Leistungsmodul WV für Werkverträge zusätzlich beigefügt werden.

Es wird empfohlen – insbesondere wenn die überlassene Standardsoftware von einem Dritten stammt – Unterstützungsleistungen stets als Dienstleistung zu erbringen.

Bei einem Werkvertrag für diese Leistungen übernimmt der Anbieter die Projekt- und Erfolgsverantwortung. In diesem Fall ist unbedingt darauf zu achten, dass das „Werk“ und die zugehörigen „vereinbarten Eigenschaften“ incl. der Abnahmebedingungen genau beschrieben sind. (Vgl. dazu auch die Erläuterungen zu den Leistungsmodulen DL und WV)

### 5. VÜ Ziffer 2.1: Nutzungsrecht an der Software

 Für den Fall, dass der Umfang des Nutzungsrechts im Vertrag nicht anders vereinbart ist, sieht Ziffer 2.1 ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht auf Dauer vor. Will der Anbieter darüber hinaus gehende Nutzungsrechte

oder Nutzungsrechte nur in geringerem Umfang einräumen, muss dies individualvertraglich geregelt werden. Stets sollten die Risiken einer zu weitgehenden Rechteeinräumung genau abgewogen werden. Insbesondere sollte der Anbieter nicht durch eine zu weitgehende Einräumung von Nutzungsrechten das eigene Geschäftsmodell gefährden.

## **6. VÜ Ziffer 2.2: Übertragung von Nutzungsrechten an der Software**

Diese Regelung betrifft nur die Übertragung von Nutzungsrechten an der Software. Sie regelt nicht die Bereitstellung oder Übergabe der entsprechenden Software selbst (etwa per Datenträger oder Download). Dafür wird hier bewusst keine Regelung getroffen, um den Anbieter nicht einzuengen.

## **7. VÜ Ziffer 2.5 und 2.6: Eigentumsvorbehalt und Widerruf des Nutzungsrechts**

Nach Ziffer 2.5 erhält der Kunde erst mit vollständiger Zahlung das Eigentum an überlassenen Vervielfältigungsstücken (etwa Datenträgern) der Software. Auch das für den Einsatz der Software notwendige Nutzungsrecht erhält der Kunde erst mit vollständiger Zahlung. Der Anbieter kann dem Kunden individuell bereits zuvor Nutzungsrechte einräumen.

Ziffer 2.5 Satz 2 gibt dem Anbieter - zusätzlich zum Eigentumsvorbehalt - bis zur vollständigen Zahlung der Vergütung ein Widerrufsrecht für ein zuvor eingeräumtes Nutzungsrecht des Kunden. Hintergrund dieser scheinbar „doppelten“ Regelung ist, dass sich der Eigentumsvorbehalt nur auf den Datenträger als Sache beziehen kann, nicht aber das Nutzungsrecht des Kunden an der Software erfasst.

## **8. VÜ Ziffer 3.4: Urheberrechtsschutz und Quellprogramme**

Gemäß Ziffer 3.4 können urheberrechtlich geschützte Unterlagen gleichzeitig auch Geschäftsgeheimnisse sein. Quellprogramme sind immer Geschäftsgeheimnisse des Anbieters.

Auf die Regelungen unter Ziffer 2.6 der AV Bitkom wird explizit verwiesen, um Doppelausführungen zu vermeiden.

## **9. VÜ Ziffer 4.1: Gewährleistungsumfang und Fristbeginn**

Nach Ziffer 4.1 Satz 1 liegt kein gewährleistungsrelevanter Mangel vor, wenn die Software bei vertragsgemäßem Einsatz den Vereinbarungen gemäß Ziffer 1.1 entspricht. Für die Frage, wann ein Mangel vorliegt, ist es also wichtig, dass der Leistungsumfang der Software (vereinbarte Beschaffenheit) sowie die Einsatzumgebung gemäß Ziffer 1.1 VÜ möglichst konkret, umfassend und abschließend festgelegt sind.



Gemäß Ziffer 4.1. Abs. 2 beginnt die Gewährleistungsfrist bei Installation durch den Anbieter mit deren Abschluss. Dieser Zeitpunkt sollte daher unbedingt und am besten schriftlich dokumentiert werden.

## **10. VÜ Ziffer 4.2: Mangelnachweis**

Sind die vom Kunden gemeldeten Mängel nicht gemäß Ziffer 4.2 reproduzierbar oder anderweitig nachweisbar, kommt Ziffer 4.3 Buchstabe b) des Grundmoduls AV Bitkom (Aufwandsvergütung) zur Anwendung. Für die Meldung von Mängeln ist die Nutzung eines Formulars des Anbieters vorgesehen. Ein Muster für ein solches Formular mit Erläuterungen finden Sie unter Ziffer XII. 1. dieser Begleitenden Hinweise. Unter Ziffer XII. 2. ist ein Muster für eine Mangelbewertung durch den Anbieter zu finden.

## **11. VÜ Ziffer 4.3: Nacherfüllung**

Nach der Systematik der AGB hat der Anbieter zunächst das Recht, die Mangelbeseitigung inklusive ggf. anfallender Ein- und Ausbaurkosten selbst zu übernehmen und dadurch die anfallenden Kosten möglichst



gering zu halten. Wenn der Kunde ein Recht auf Neulieferung hat, muss der Anbieter nach § 439 BGB die Kosten für die Installation der neu gelieferten Software übernehmen. Das dadurch entstehende Kostenrisiko für den Anbieter soll mit der Formulierung im 2. und 3. Absatz möglichst gering gehalten werden.

Verkauft der Kunde die Software weiter, so können ihm gegen den Anbieter Aufwendungsersatzansprüche für Ein- und Ausbaukosten nach §§ 439 Abs.3, 445a BGB, d.h. insbesondere Kosten für die Installation der Software, zustehen. Eine AGB-Regelung, wonach dem Kunden diese Ersatzansprüche nicht zustehen, erscheint mit den Vorgaben des AGB-Rechts nicht vereinbar. Eine angemessene Deckelung des mit den Ersatzanspruch verbundenen Risikos erscheint jedoch vertretbar. Die hier gewählte Formulierung ist angelehnt an § 475 Abs. 4 BGB.

## **12. VÜ Ziffer 4.4: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung**

Nach Ziffer 4.4 kann der Kunde die Vergütung u.a. mindern, wenn die Nacherfüllung zwar nicht fehlgeschlagen, aber aus anderen Gründen nicht durchzuführen ist. Erfasst wird dadurch zunächst der Fall, dass der Anbieter die Nacherfüllung verweigern darf, weil sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Kosten sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen (§ 439 Abs. 3 BGB). Darüber hinaus wird durch diese Formulierung auch der Fall erfasst, dass die Nacherfüllung für den Kunden unzumutbar ist (§ 440 S. 1 BGB).

## **V. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Erstellung von Individualsoftware (VES Bitkom)**

### **1. Anwendungsbereich**

Für die Anwendung dieser VES wird die vertragstypologische Einordnung der Erstellung von Individualsoftware als Kaufvertrag (über eine nicht vertretbare Sache) vorausgesetzt. Auf diesen Kaufvertrag sind (nach § 651 S. 3 BGB) zusätzlich einzelne Regelungen des Werkvertragsrechts anzuwenden, die z.B. die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers und die Kündigungsmöglichkeiten betreffen (vgl. §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB).

Die VES Bitkom sind für den Fall vorgesehen, dass der Anbieter vom Kunden mit der (Neu-) Erstellung individueller Software beauftragt wird.

Nachfolgend finden sich weitere Ausführungen zu einzelnen Klauseln des Moduls VES.

### **2. VES Ziffer 1.1: Leistungsbeschreibung**

Der Anbieter sollte darauf achten, dass eine vollständige und abschließende Leistungsbeschreibung als Bestandteil in den Vertrag einbezogen wird (vgl. auch Ziffer 2.2), etwa als Vertragsanlage oder eindeutig bezeichnetes Dokument, auf das im Vertrag verwiesen wird. Spätere Änderungen der Leistungsbeschreibung sind ausschließlich im Wege des Change-Request-Verfahrens vorzunehmen, das in Ziffer 3 geregelt ist.

### **3. VES Ziffer 1.3 Abs. 2: Weitergehende Dokumentation**

Soll eine weitergehende Dokumentation als die Bedienungsanleitung erstellt werden, muss das im Vertrag eigenständig vereinbart worden sein. Diese Vereinbarung sollte auch Inhalt, Form (Papier, Online, ...) und Umfang der Dokumentation regeln.

### **4. VES Ziffer 1.5: Zusätzliche Leistungen**

Wünscht der Kunde, dass der Anbieter Analyse-, Planungs-, Beratungs- und Schulungsleistungen erbringt, sollten diese Leistungen separat beschrieben und vereinbart werden. Soweit solche weiteren Leistungen erbracht werden sollen, ist das Leistungsmodul DL für Dienstleistungen oder, wenn ein geschuldeter Erfolg vereinbart wird, das Leistungsmodul WV für Werkverträge zusätzlich zu verwenden (vgl. oben I.2.).

Es wird empfohlen, „Zusätzliche Leistungen“ stets als Dienstleistung zu erbringen. Dabei arbeitet der Anbieter grundsätzlich weisungsgebunden und übernimmt keine Projekt- und Erfolgsverantwortung.

Bei einem Werkvertrag für diese Leistungen übernimmt der Anbieter die Projekt- und Erfolgsverantwortung. In diesem Fall ist unbedingt darauf zu achten, dass das „Werk“ und die zugehörigen „vereinbarten Eigenschaften“ incl. der Abnahmebedingungen genau beschrieben sind. (Vgl. dazu auch die Erläuterungen zu den Leistungsmodulen DL und WV)

### **5. VES Ziffer 2.2: Leistungsbeschreibung**

Das Leistungsmodul VES Bitkom lässt bewusst offen, ob Anbieter oder Kunde die Leistungsbeschreibung erstellen. Übernimmt der Anbieter die Erstellung der Leistungsbeschreibung (dazu ist er nach der Konzeption der Bitkom AGB nicht verpflichtet), kann er hierfür gemäß Ziffer 2.2 der VES Bitkom eine gesonderte Vergütung verlangen. Die Erstellung der Leistungsbeschreibung durch den Anbieter ist gesondert vertraglich zu vereinbaren. Ergänzend gelten die Absätze 2 und 3 der vorstehenden Erläuterungen zu Ziffer 1.5 VES.

## 6. VES Ziffer 3: Dokumentation des Änderungsverfahrens



Es ist dringend geraten, bereits bei Vertragsabschluss - etwa durch eine Anlage zum Vertrag - eine geeignete Dokumentation des Änderungsverfahrens zu vereinbaren (vgl. auch Ziffer 3.7: Formular des Anbieters). Nur so können Änderungswünsche „auf Zuruf“ verhindert und in einen geordneten Ablauf „Änderungsverlangen, Einigung, Umsetzung“ gebracht werden. Ein Musterformular zum Änderungsverfahren wird unter XIII. 4. dieser Begleitenden Hinweise vorgeschlagen.

## 7. VES Ziffer 4: Nutzungsrecht am Leistungsgegenstand

Wenn der Umfang des Nutzungsrechts im Vertrag nicht anders vereinbart ist, sieht Ziffer 4.1 ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht zum Einsatz auf Dauer für den vertraglich vorausgesetzten Nutzungszweck vor. Will der Anbieter darüber hinaus gehende Nutzungsrechte oder Nutzungsrechte nur in geringerem Umfang einräumen, muss das individualvertraglich geregelt werden. Stets sollten die Risiken einer zu weitgehenden Rechteeinräumung genau abgewogen werden. Insbesondere sollte der Anbieter nicht durch eine zu weitgehende Einräumung von Nutzungsrechten das eigene Geschäftsmodell gefährden. Bei Unsicherheiten oder Unklarheiten wird empfohlen, fachkundige Unterstützung z.B. durch einen internen oder externen Rechtsberater einzuholen.



Da sich das eingeräumte Nutzungsrecht nur auf den vertraglich vorausgesetzten Nutzungszweck bezieht, muss auch dieser Nutzungszweck (z.B. nur für interne Zwecke, zum Vertrieb bestimmt etc.) festgelegt werden.

## 8. VES Ziffer 5.2: Testfälle und -daten für die Beschaffenheitsprüfung



Die Anforderungen für die Testfälle und der (späteste) Zeitpunkt für die Übergabe an den Anbieter sollten im Vertrag festgelegt werden. Die Testfälle und Testdaten sollen geeignet sein, sowohl den Leistungsumfang als auch die vereinbarten Eigenschaften der Software zu prüfen.

## 9. VES Ziffer 5.4: Meldung von Mängeln

Für die Meldung von Mängeln ist die Nutzung eines Formulars des Anbieters vorgesehen. Ein Muster für ein solches Formular mit Erläuterungen finden Sie unter Ziffer XII. 1. dieser Begleitenden Hinweise. Unter Ziffer XII. 2. Ist ein Muster für eine Mangelbewertung durch den Anbieter zu finden.

## 10. VES Ziffer 5.7: Aufbewahrungspflicht

Ziffer 5.7 sieht als Grundregel eine Aufbewahrungspflicht des Kunden für dem Anbieter übergebene Unterlagen etc. vor. Im Interesse einer Sicherstellung der Vertragsdurchführung sollte nur in Ausnahmefällen eine von dieser Regel abweichende Vereinbarung getroffen werden.

## 11. VES Ziffer 6.1: Übergabe des Leistungsgegenstands

Eine von Ziffer 6.1 abweichende Regelung ist nur sinnvoll, wenn ausnahmsweise die Möglichkeit der elektronischen Übermittlung oder der Bereitstellung zum Herunterladen von vorneherein ausgeschlossen werden soll.

## 12. VES Ziffer 7.1: Beschaffenheitsprüfung

Für die Anwendung der VES wird vorausgesetzt, dass die Erstellung von Individualsoftware dem gesetzlichen Leitbild eines Kaufvertrages über eine nicht vertretbare Sache folgt (vgl. oben V.1.). Daher gibt es keine gesetzlich vorgesehene Pflicht des Kunden zu einer Abnahmeerklärung.

Um auch im Kaufvertrag dem Kunden eine Prüfung der Vertragsgemäßheit der Leistung zu ermöglichen, wurde eine Beschaffenheitsprüfung in die VES aufgenommen.

Das Verfahren der Beschaffenheitsprüfung orientiert sich im Wesentlichen an der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377 HGB). Ohne unverzügliche Untersuchung und Rüge erkennbarer Mängel gilt die Leistung als vertragsgemäß genehmigt.

### **13. VES Ziffer 7.4: Gewährleistungsumfang**



Nach Ziffer 7.4 Satz 1 liegt kein gewährleistungsrelevanter Mangel vor, wenn der Leistungsgegenstand bei vertragsgemäßem Einsatz den Vereinbarungen gemäß Ziffer 1.1 entspricht. Für die Frage, wann ein Mangel vorliegt, ist es wichtig, dass die Leistungsbeschreibung (vgl. Ziffer 1.1) konkret, umfassend und abschließend ist.

### **14. VES Ziffer 7.6: Nacherfüllung**

Die Absätze 2 und 3 sind eingefügt wegen der Pflicht zum Ersatz von Ein- und Ausbaukosten gemäß § 439 Abs.3 BGB.

### **15. VES Ziffer 7.7: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung**

Nach Ziffer 7.7 kann der Kunde die Vergütung mindern, wenn die Nacherfüllung zwar nicht fehlgeschlagen, aber aus anderen Gründen nicht durchzuführen ist. Erfasst wird dadurch zunächst der Fall, dass der Anbieter die Nacherfüllung verweigern darf, weil sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Kosten sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen (§ 439 Abs. 3 BGB). Darüber hinaus wird durch diese Formulierung auch der Fall erfasst, dass die Nacherfüllung für den Kunden unzumutbar ist (§ 440 S. 1 BGB).

## **VI. Begleitende Hinweise zu den Werkvertragsbedingungen (WV Bitkom)**

### **1. Anwendungsbereich und Abgrenzung**

Oft stellt sich die Frage, in welchen Fällen ein Werkvertrag vorliegt und wie dieser von Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen abzugrenzen ist. Als Faustformel gilt dabei: Beim Werkvertrag wird ein vom Anbieter geschuldeter Erfolg vereinbart, beim Dienstvertrag hingegen ein bloßes Tätigwerden ohne Erfolgsverantwortung des Anbieters. Andere Kriterien sind regelmäßig bei der Einordnung wenig hilfreich: Beispielsweise bedeutet allein eine Festpreisvereinbarung nicht, dass ein Werkvertrag vorliegt.

Das Leistungsmodul WV kann - entsprechend der Abgrenzung - dann eingesetzt werden, wenn ein konkreter Leistungserfolg vereinbart wird. Die genaue Abgrenzung und Einordnung kann im Einzelfall schwierig sein. Bei Zweifeln sollte daher auf jeden Fall fachkundige Unterstützung z.B. durch einen internen oder externen Rechtsberater eingeholt werden.

Im Folgenden finden sich Hinweise zu einzelnen Klauseln des Leistungsmoduls WV.

### **2. WV Ziffer 1.1: Vertragsgegenstand**

Die Werkleistung ist im Vertrag oder einer Vertragsanlage unbedingt umfassend, detailliert und vollständig zu beschreiben. Ebenso sind die Vergütung und etwaige Teilabnahmen und Teilzahlungen im Vertrag genau festzulegen.

### **3. WV Ziffer 1.2 a): Vereinbarte Leistungskriterien**

Die Leistungskriterien sind ein zentraler Maßstab für die Erfolgsverantwortung des Anbieters. Darüber hinaus sind die Leistungskriterien auch maßgeblich für die Vereinbarung von Testmitteln (vgl. Ziffer 1.3 Absatz 2). Die Leistungskriterien müssen daher bei Vertragsabschluss möglichst konkret, abschließend und nachprüfbar definiert werden.

### **4. WV Ziffer 1.3: Leistungsbeschreibung**

Die Leistungsbeschreibung ist wegen ihrer zentralen Bedeutung unbedingt in sämtlichen Punkten (vgl. Ziffer 1.3) mit Stand bei Vertragsabschluss schriftlich zu dokumentieren.

Wird der Anbieter auch mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung beauftragt, wird empfohlen, diese Arbeiten als Dienstleistung zu erbringen.

Bei einem Werkvertrag für die Erstellung der Leistungsbeschreibung übernimmt der Anbieter die Projekt- und Erfolgsverantwortung. In diesem Fall ist unbedingt darauf zu achten, dass das „Werk“ und die zugehörigen „vereinbarten Eigenschaften“ incl. der Abnahmebedingungen genau beschrieben sind.

### **5. WV Ziffer 1.3 Absatz 1 Satz 4: Zusätzliche Leistungen**

Wünscht der Kunde, dass der Anbieter gesonderte Analyse-, Planungs-, Beratungs- und Schulungsleistungen erbringt, sollten diese Leistungen auf jeden Fall separat beschrieben und vereinbart werden. Soweit solche weiteren Leistungen erbracht werden sollen, ist das Leistungsmodul DL für Dienstleistungen oder, wenn ein geschuldeter Erfolg vereinbart wird, wiederum das Leistungsmodul WV für Werkverträge zusätzlich zu verwenden.

Es wird empfohlen, „Zusätzliche Leistungen“ stets als Dienstleistung zu erbringen.

Bei einem Werkvertrag für diese Leistungen übernimmt der Anbieter die Projekt- und Erfolgsverantwortung. In diesem Fall ist unbedingt darauf zu achten, dass das „Werk“ und die zugehörigen „vereinbarten Eigenschaften“ incl. der Abnahmebedingungen genau beschrieben sind.

## **6. WV Ziffer 1.3 Absatz 2: Testmittel**

Die Testmittel einschließlich Testfälle sowie zusätzlich deren erwartete Testergebnisse für die zu erbringenden Leistungen sind auf jeden Fall schriftlich oder zumindest dokumentiert zu vereinbaren, möglichst schon bei Vertragsschluss.

## **7. WV Ziffer 1.4: Geltung des Leistungsmoduls DL Bitkom**

Zur Frage, wann ein Werkvertrag vorliegt und wie dieser von der Dienstleistung abzugrenzen ist, siehe oben unter VI.1.

## **8. WV Ziffer 2.2: Leistungsort**



Ziffer 2.2 gibt als Grundregel vor, dass die Leistung beim Anbieter erbracht wird. Ein von dieser Regel abweichender Leistungsort ist im Vertrag zu vereinbaren.

Achtung: Wenn als Leistungsort ein Standort des Kunden vereinbart wird, kann dies ggf. als ein Indiz für „verdeckte Arbeitnehmerüberlassung“ gewertet werden.

## **9. WV Ziffer 3.2: Übergabe der Testmittel**

Der geeignete Zeitpunkt für die Übergabe der Testmittel (siehe dazu Ziffer 1.3 Absatz 2 WV) sollte auf jeden Fall im Vertrag vereinbart werden.

## **10. WV Ziffer 4.4: Bindefrist eines Änderungsangebots**

Wenn die Bindefrist eines Änderungsangebots des Anbieters abgelaufen ist, ist der Anbieter an dieses Änderungsangebot nicht mehr gebunden. Damit ist – soweit keine andere Vereinbarung getroffen wird – das Änderungsverfahren beendet.

## **11. WV Ziffer 4.6 und 4.7: Dokumentation des Änderungsverfahrens**

Bei Vertragsabschluss sollte - etwa durch eine Vertragsanlage - eine geeignete Dokumentation des Änderungsverfahrens vereinbart werden (vgl. auch Ziffer 4.7: Formular des Anbieters). Ein Musterformular zum Änderungsverfahren wird unter XIII. 4. dieser Begleitenden Hinweise vorgeschlagen.

Der Anbieter hat bei einer Unterbrechung gemäß Ziffer 4.6 einen Anspruch auf angemessene Vergütung für die Dauer der Unterbrechung. Die Höhe dieser Vergütung gemäß Ziffer 4.6 sollte zur Rechtsklarheit ebenfalls schriftlich vereinbart werden.

## **12. WV Ziffer 5.1: Nutzungsrecht an den Leistungsergebnissen**

Für den Fall, dass der Umfang des Nutzungsrechts im Vertrag nicht anders vereinbart ist, sieht Ziffer 5.1 ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht zum Einsatz auf Dauer im Rahmen des vertraglich vorausgesetzten Einsatzzwecks vor. Will der Anbieter darüber hinaus gehende Nutzungsrechte oder Nutzungsrechte nur in geringerem Umfang einräumen, muss das individualvertraglich geregelt werden. Stets sollten die Risiken einer zu weitgehenden Rechteeinräumung genau abgewogen werden. Insbesondere sollte der Anbieter nicht durch eine zu weitgehende Einräumung von Nutzungsrechten das eigene Geschäftsmodell gefährden. Bei

Unsicherheiten oder Unklarheiten empfiehlt es sich, fachkundige Unterstützung z.B. durch einen internen oder externen Rechtsberater einzuholen.

Da das Nutzungsrecht nur im Rahmen des vertraglich vorausgesetzten Einsatzzwecks eingeräumt wird, ist auch dieser Einsatzzweck im Vertrag festzulegen.

### **13. WV Ziffer 6: Abnahme**

Nach Rechtsprechung des BGH geht mit der Abnahme der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in sekundäre Gewährleistungsansprüche über. Das bedeutet, dass vor der Abnahme Gewährleistungsansprüche nicht geltend gemacht werden können.

### **14. WV Ziffer 6.1: Frist für die Abnahmeerklärung**

Ziffer 6.1 sieht als Regelfrist für die Abnahmeerklärung einen Zeitraum von 14 Tagen vor. Wenn eine andere Frist als diese Regelfrist gewollt ist, muss dies im Vertrag ent-sprechend vereinbart werden.

Bei der Abnahmefrist handelt es sich um eine Frist, nach deren fruchtlosem Ablauf die Abnahme fingiert wird und das Werk als abgenommen gilt. Der Prüfungszeitraum gibt die Frist an, in denen Mängel des Werks gerügt werden können.

Es ist immer zu empfehlen, Gestaltungserklärungen (Erklärungen, an die rechtliche Folgen geknüpft sind) in Schriftform zu formulieren. Dies dient dem Eigeninteresse des Anbieters zu Dokumentations- und Beweis-zwecken.

### **15. WV Ziffer 6.2: Mangelkategorisierung**

Für die Meldung und die Kategorisierung von Mängeln kann das Musterformular mit Erläuterungen unter Ziffer XIII. 1. dieser Begleitenden Hinweise genutzt werden. Unter Ziffer XIII. 2. ist ein Muster für eine Mangelbewertung durch den Anbieter zu finden.

Ziffer 6.2 sieht die Möglichkeit vor, eine von der AGB-Regelung abweichende Mangelkategorisierung vorzunehmen; eine solche abweichende Kategorisierung muss im Vertrag vereinbart werden. Wird eine Abweichung vereinbart, ist unbedingt zu beachten, dass die Kategorisierung und die Abnahmefiktionen (in Ziffer 6.5 und 6.6) aufeinander abgestimmt sind und in engem regelungstechnischen Zusammenhang stehen. Es können daher der abweichenden Kategorisierung entsprechende Folgeänderungen insbesondere bei den Ziffern 6.3, 6.5 und 6.6 erforderlich sein.

### **16. WV Ziffer 6.3: Verweigerung der Abnahmeerklärung**

Die in Ziffer 6.2 definierte Mangel-Kategorie 1 sollte in keinem Fall einzelvertraglich geändert werden.

### **17. WV Ziffer 6.6: Abnahme von Teilleistungen**

Ziffer 6.6 sieht als Grundregel vor, dass abgrenzbare Teilleistungen auch einzeln gemäß Ziffer 6 abgenommen werden können. Im Interesse der Vertragsdurchführung sollte nur in Ausnahmefällen eine von dieser Regel abweichende Vereinbarung getroffen werden.

Hinweis: Mit der Abnahme von Teilleistungen verbundene Teilzahlungen sind Umsatz und keine Anzahlung.

## **18. WV Ziffer 7.3: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung**

Nach Ziffer 7.3 kann der Kunde die Vergütung mindern, wenn die Nacherfüllung zwar nicht fehlgeschlagen ist, aber aus anderen Gründen nicht durchzuführen ist. Erfasst wird dadurch zunächst der Fall, dass der Anbieter die Nacherfüllung verweigern darf, weil sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Kosten sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen (§ 439 Abs. 3 BGB). Darüber hinaus wird durch diese Formulierung auch der Fall erfasst, dass die Nacherfüllung für den Kunden unzumutbar ist (§ 440 S. 1 BGB).

## **19. WV Ziffer 8.3: Außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund**

Das Gesetz sieht gemäß § 648a BGB auch im Werkvertragsrecht eine Möglichkeit zur Kündigung aus wichtigem Grund vor. Die Gründe, die eine solche außerordentliche Kündigung rechtfertigen, benennt das Gesetz jedoch nicht. Generell muss es sich dabei um Umstände handeln, die ein Festhalten am Vertrag für die andere Partei als unzumutbar erscheinen lässt. Dies kann beispielsweise bei Verletzung von Geheimhaltungspflichten oder bei der Abwerbung von Mitarbeitern der Fall sein.

Kündigt der Kunde aus wichtigem Grund, steht dem Anbieter nach Ziffer 8.3 ein pauschalierter Mindestschadensersatz gemäß der Rechenregel nach Ziffer 8.2 Satz 2 zu, wenn der Anbieter den Kündigungsgrund nicht zu vertreten hat.



## VII. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für Dienstleistungen (DL Bitkom)

### 1. Anwendungsbereich und Abgrenzung

Für die Abgrenzung des Dienstvertrags vom Werkvertrag wird auf die Ausführungen unter VI.1. verwiesen. Der Anbieter erbringt die Dienstleistung nach den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Berufsausübung, er schuldet anders als beim Werkvertrag keinen Erfolg, sondern arbeitet grundsätzlich weisungsgebunden und übernimmt keine Projekt- und Erfolgsverantwortung.

Die DL Bitkom sind zu verwenden, wenn eine Tätigkeit ohne einen konkreten Leistungserfolg vereinbart wird. Eine Schulung ist z.B. eine Dienstleistung und kein „Werk“, da der Erfolg der Schulung auch von den jeweiligen Teilnehmern abhängig ist. Die genaue Abgrenzung und Einordnung kann im Einzelfall schwierig sein. Bei Zweifeln sollte daher fachkundige Unterstützung z.B. durch einen internen oder externen Rechtsberater eingeholt werden.

Unabhängig davon ist die Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung teilweise unklar. Umso mehr ist darauf zu achten, bereits in der vertraglichen Leistungsvereinbarung die zur Vertragsdurchführung vom Anbieter eingesetzten Mitarbeiter möglichst eindeutig von Arbeitnehmern des Kunden abzugrenzen. Die in Ziffer 2 geregelte Durchführung der Dienstleistung dient nicht zuletzt auch dazu, eine Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden. Allerdings muss der Vertrag dazu auch tatsächlich entsprechend dieser Regelung umgesetzt werden.

Eindeutige Indizien für eine Dienstleistung sind beispielsweise:

- Die zu erbringende Leistung ist vollständig, eindeutig und präzise definiert.
- Der Anbieter kann im Rahmen des Vertrages eigenverantwortlich entscheiden, wann, wie und wo die Leistung erbracht wird.
- Arbeitnehmer des Anbieters sind nicht in die Organisation des Kunden integriert.
- Arbeitnehmern des Anbieters werden vom Kunden keine Weisungen erteilt, die Kommunikation läuft allein über die jeweiligen Projektleiter.

Es folgen weitere Hinweise zu einzelnen Klauseln.

### 2. DL Ziffer 1.1: Vertragsgegenstand

Die geschuldete Dienstleistung ist im Vertrag oder einer Vertragsanlage vollständig zu beschreiben. Ebenso sollten die Vergütung und etwaige Teilzahlungen im Vertrag genau festgelegt werden. Ein Leistungserfolg darf jedoch nicht vereinbart sein (vgl. Erläuterungen zum Leistungsmodul WV).

### 3. DL Ziffer 1.2: (Teil-)Leistungsabrufe von Dienstleistungen

Sofern ein Dienstleistungsvertrag vorsieht, dass einzelne Leistungen gesondert abgerufen werden können, sind unter XIII. 5. und XIII. 6. dieser Begleitenden Hinweise Muster für Leistungsabrufe – wahlweise mit Vergütung nach Aufwand oder mit Festpreisvereinbarung – vorgeschlagen. Diese Muster sind abgestimmt auf das unter XIII. 3. angegebene Muster für den Aufwands- und Leistungsnachweis.

#### **4. DL Ziffer 2.1: Leistungsort**

Ziffer 2.1 gibt als Grundregel vor, dass die Leistung beim Anbieter erbracht wird. Ein von dieser Regel abweichender Leistungsort ist im Vertrag zu vereinbaren.

Hinweis: Die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung ist zu beachten (siehe oben).

#### **5. DL Ziffer 2.2: Auswahl des Personals**

Die Regelung in Ziffer 2.2 dient auch der Abgrenzung zu einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung.

#### **6. DL Ziffer 4.1: Nutzungsrecht an den Leistungsergebnissen**

Für den Fall, dass der Umfang des Nutzungsrechts im Vertrag nicht anders vereinbart ist, sieht Ziffer 4.1 ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht zum Einsatz auf Dauer im Rahmen des vertraglich vorausgesetzten Einsatzzwecks vor. Will der Anbieter darüber hinaus gehende Nutzungsrechte oder Nutzungsrechte in geringerem Umfang einräumen, muss dies individualvertraglich geregelt werden. Stets sollten die Risiken einer zu weitgehenden Rechteeinräumung genau abgewogen werden. Insbesondere sollte der Anbieter nicht durch eine zu weitgehende Einräumung von Nutzungsrechten das eigene Geschäftsmodell gefährden. Bei Unsicherheiten oder Unklarheiten wird empfohlen fachkundige Unterstützung z.B. durch einen internen oder externen Rechtsberater einzuholen.



Da das Nutzungsrecht nur im Rahmen des vertraglich vorausgesetzten Einsatzzwecks eingeräumt wird, ist auch dieser Einsatzzweck im Vertrag festzulegen.

#### **7. DL Ziffer 5.1: Kündigungsfrist**



Die Regelung zur Kündigung in Ziffer 5.1 kommt nur zur Anwendung, falls die Vertragspartner keine andere Regelung vereinbaren.

#### **8. DL Ziffer 6.1: Vergütungsanpassung**



Die Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in AGB wird von der Rechtsprechung teilweise kritisch beurteilt. Daher sollte eine Erhöhungsklausel zur Absicherung des Anbieters individuell vereinbart werden.



#### **9. DL Ziffer 6.2: Vergütung**

Die Genehmigungsfiktion in Ziffer 6.2 ist nur wirksam, wenn der Anbieter den Kunden bei Fristbeginn darauf hinweist. Dies sollte am besten im Leistungsnachweis erfolgen. Unter XIII. 3. dieser Begleitenden Hinweise ist ein Musterformular für einen Leistungsnachweis zu finden. Soweit ein Festpreis vereinbart wurde, erfolgt kein Aufwands-, sondern nur ein Leistungsnachweis.

#### **10. DL Ziffer 6.3: Reisekosten**



Für die Verrechnung von Reisekosten können z.B. auch Pauschalen vereinbart werden, was die Abrechnung in der Regel erheblich vereinfacht.

#### **11. DL Ziffer 7.1 Absatz 2: Rügefrist**



Die Vereinbarung einer kürzeren oder längeren Rügefrist ist möglich.

## VIII. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für den Verkauf von Hardware (VH Bitkom)

### 1. Anwendungsbereich

Das Leistungsmodul VH Bitkom ist für den Verkauf von Hardware konzipiert.

Es folgen Hinweise zu einzelnen Klauseln des Leistungsmoduls VH Bitkom.

### 2. VH Ziffer 1.1: Beschaffenheit und Leistungsumfang der Hardware

Ziffer 1.1. geht davon aus, dass die Beschaffenheit, der Leistungsumfang sowie die Einsatzumgebung der Hardware im Vertrag (und u.U. in der Bedienungsanleitung) möglichst genau definiert worden sind. Durch den Zusatz „... soweit nichts anderes vereinbart ist“ ergibt sich jedoch die Möglichkeit, dass sich die Beschaffenheit und der Leistungsumfang der Hardware sowie die Einsatzumgebung auch aus anderen Dokumenten oder Quellen ergeben. Dies muss dann zuvor im Vertrag entsprechend vereinbart worden sein.



In Absatz 2 werden die Haftung bzgl. der „Sicherheit der Hardware“ sowie die Auswirkungen von „öffentlichen Äußerungen“ bzgl. der spezifischen Eigenschaften der Hardware so weit wie möglich begrenzt.

### 3. VH Ziffer 1.3 Satz 2: Nutzungsrecht an sonstiger Software

Für mitgelieferte Software, die nicht für die Funktionsfähigkeit der Hardware zwingend notwendig ist, sollten die VÜ Bitkom zur Anwendung kommen.

### 4. VH Ziffer 1.4: Vergütung nach Aufwand bei Unterstützungsleistungen

Die Vergütung nach Aufwand für Unterstützungsleistungen in Ziffer 1.4 Satz 3 kommt nur zur Anwendung, falls die Vertragspartner keine andere Regelung vereinbaren.



Satz 1 ist daher lediglich eine Auffangregelung, die bewusst Raum für individuelle Vereinbarungen im Vertrag lässt.

Hinweis: Der Kunde hat nach § 439 Abs. 3 BGB einen Anspruch auf Ersatz der Kosten, die ihm durch Ein- und Ausbau einer mangelhaften Kaufsache entstanden sind.

### 5. VH Ziffer 2.3: Gefahrtragung



Die Gefahr für die Leistung soll ab Auslieferungswerk der Hardware auf den Kunden übergehen. Dies kann zumindest in bestimmten Konstellationen für den Kunden überraschend oder unangemessen sein. Daher sollte der Ort des Gefahrübergangs im Vertrag individuell vereinbart werden.

### 6. VH Ziffer 3.1: Betriebs- und Einsatzbedingungen



Die Betriebs- und Einsatzbedingungen der Hardware sollten im Vertrag beschrieben werden, soweit sie sich nicht aus der Produktbeschreibung ergeben.

### 7. VH Ziffer 4.1 Gewährleistungsumfang und Fristbeginn



Nach Ziffer 4.1 Satz 1 liegt kein gewährleistungsrelevanter Mangel vor, wenn die Hardware bei vertragsgemäßem Einsatz den Vereinbarungen gemäß Ziffer 1.1 VH entspricht. Für die Frage, wann ein Mangel vorliegt, ist es also wichtig, dass der Leistungsumfang der Hardware sowie die Einsatzumgebung (vgl. Ziffer 1.1) möglichst konkret, umfassend und abschließend festgelegt sind.



Beim Hardwarekauf beginnt die Gewährleistungsfrist mit Ablieferung der Hardware oder, bei Installation durch den Anbieter als optionaler Leistung, mit deren Abschluss. Dieser Zeitpunkt sollte daher unbedingt und am besten schriftlich dokumentiert werden. Zusätzlich kommt § 377 HGB zur Anwendung. Danach gilt die Leistung ohne unverzügliche Untersuchung und Rüge erkennbarer Mängel durch den Kunden als vertragsgemäß genehmigt.

## **8. VH Ziffer 4.2: Mangelnachweis**

Das Vorliegen eines Mangels ist durch den Kunden zu beweisen. Sind die vom Kunden gemeldeten Mängel nicht gemäß Ziffer 4.2 wiederholbar oder anderweitig nachweisbar, kommt Ziffer 4.3 Buchstabe b) der AV (Aufwandsvergütung) zur Anwendung, da dann nicht vom Vorliegen eines Mangels ausgegangen werden kann. Für die Meldung von Mängeln ist die Nutzung eines Formulars des Anbieters vorgesehen. Ein Muster für ein solches Formular mit Erläuterungen finden Sie unter Ziffer XIII. 1. dieser Begleitenden Hinweise. Unter Ziffer XIII. 2. ist ein Muster für die Reaktion des Anbieters auf eine Mangelmeldung zu finden.

## **9. VH Ziffer 4.3: Nacherfüllung**

Die Absätze 2 und 3 wurden ergänzt wegen Pflicht zum Ersatz von Ein- und Ausbaurkosten nach § 439 Abs.3 BGB. Die Regelung ist angelehnt an § 475 Abs. 4 BGB.

## **10. VH Ziffer 4.4: Undurchführbarkeit der Nacherfüllung**

Nach Ziffer 4.4 kann der Kunde die Vergütung mindern, wenn die Nacherfüllung zwar nicht fehlgeschlagen ist, aber aus anderen Gründen nicht durchzuführen ist. Erfasst wird dadurch zunächst der Fall, dass der Anbieter die Nacherfüllung verweigern darf, weil sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Kosten sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen (§ 439 Abs. 3 BGB). Darüber hinaus wird durch diese Formulierung auch der Fall erfasst, dass die Nacherfüllung für den Kunden unzumutbar ist (§ 440 S. 1 BGB).

## IX. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Pflege von Standardsoftware (VPS Bitkom)

### 1. Anwendungsbereich


Das Leistungsmodul VPS ist für die Konstellation konzipiert, dass die Pflege von Standardsoftware übernommen wird, insbesondere in Verbindung mit der Überlassung von Standardsoftware (Leistungsmodul VÜ).

Das Leistungsmodul VPS ist nach einem modularen Konzept gestaltet: Im Teil A werden in drei Blöcken die spezifischen Pflegeleistungen inhaltlich beschrieben (A 2 – A 4); nämlich Störungsbeseitigung, Lieferung von Updates, Hotline-Services. Im Teil B finden sich allgemeine Regelungen, die für die Erbringung dieser Pflegeleistungen übergreifend gelten.

Damit der Kunde bereits während der Gewährleistungszeit verfügbare „Neue Versionen“ (siehe VPS 3.1) erhält, sollte ein Vertrag für die Pflege der Standardsoftware immer zeitgleich mit einem Überlassungsvertrag geschlossen werden.

Es folgen Hinweise zu einzelnen Klauseln des Leistungsmoduls VPS.

### 2. VPS Ziffer A 1: Pflegegegenstand

 Als Voraussetzung für die Anwendung der VPS ist im Vertrag festzulegen, an welcher Software die Pflegeleistungen (A 2 – A 4) erbracht werden. Wenn der Anbieter Drittsoftware pflegen will, muss auch der Leistungsumfang der Pflegeleistungen an dieser Drittsoftware individuell im Vertrag bestimmt und die Geltung einzelner Regelungen der VPS ausdrücklich ausgeschlossen werden. Pflegeleistungen für Software von Dritten sollten nur in dem Umfang vereinbart werden, wie ihre Erbringung vom Anbieter sichergestellt werden kann. Beispielsweise erfolgt der sogenannte „Third-Level-Support“ häufig allein durch den Hersteller der Drittsoftware. Dies muss bei Bedarf individuell im Pflegevertrag geregelt werden.

Im Vertrag muss stets vereinbart werden, welche Leistungsblöcke als spezifische Pflegeleistung erbracht werden sollen.

Ohne Vereinbarungen eines oder mehrerer bestimmter Leistungsblöcke im Vertrag sind dort keine Pflegeleistungen vereinbart! Werden gleichwohl Pflegeleistungen erbracht, gilt dafür das Leistungsmodul VPS grundsätzlich nicht!

### 3. VPS Ziffer A 2.1: Entgegennahme von Störungsmeldungen

Ziffer A 2.1 regelt allgemein die Entgegennahme der „ordnungsgemäßen“ Störungsmeldung durch den Anbieter. Im Vertrag muss daher ergänzend festgelegt werden, wo der Kunde die Störung zu melden hat und in welcher Form und Qualität die Störung zu melden ist (Verwendung von Formularen, Umfang der Störungsbeschreibung usw.). Ein Muster für Störungsmeldungen findet sich unter XIII. 1. dieser Begleitenden Hinweise. Unter Ziffer XIII. 2. ist ein Muster für die Reaktion des Anbieters auf eine Störungsmeldung zu finden.

### 4. VPS Ziffer A 2.2: Zuordnung zu Störungskategorien, Störungsmanagement

Durch den einleitenden Satz: „Soweit nichts anderes vereinbart ist,...“ wird die Klausel A 2.3 für abweichende Vereinbarungen zwischen Anbieter und Kunde geöffnet. Ins-besondere bei der Vereinbarung von Reaktionszeiten und Beseitigungszeiten oder abweichenden Fehlerklassedefinitionen sollte

Zurückhaltung geübt werden. Wenn Abweichendes vereinbart wird, sollte der Leistungsinhalt so genau wie möglich definiert werden und zuvor vom Anbieter sichergestellt sein, dass das Vereinbarte auch geleistet werden kann.

## **5. VPS Ziffer A 3.1: Updates und Upgrades**

In Ziffer A 3.1 wird zur Bestimmung des Leistungsumfangs bei der Überlassung neuer Versionen eine bestimmte Unterscheidung zwischen Updates und Upgrades zugrunde gelegt und eine dem entsprechende Terminologie verwendet. Der Anbieter sollte vor der Verwendung des Leistungsmoduls VPS daher prüfen, ob diese Abgrenzung und Terminologie mit der von ihm verwendeten übereinstimmt, um ungewollte Abweichungen beim Leistungsumfang zu vermeiden.

Die Lieferung einer „Upgrade-Version“ (mit zusätzlichen Funktionen) im Sinne von Ziffer A 3.1, zweiter Absatz, erfolgt in der Regel als Software-Überlassung (Modul VÜ der Bitkom AGB).

## **6. VPS Ziffer A 3.2: Gewährleistung bei neuen Versionen von Drittsoftware**

Das Leistungsmodul VPS geht davon aus, dass der Anbieter der Softwarepflege auch Hersteller oder zumindest selbst Inhaber der Rechte an der Pflegesoftware ist. Bei Drittsoftware gelten möglicherweise bereits für deren Überlassung durch den (fremden) Anbieter an den Kunden andere Regelungen, auch wegen Vereinbarungen dieses Anbieters mit seinem Vorlieferanten. Dann sollen auch für die Überlassung neuer Versionen an den Kunden im Rahmen der Pflege die Vereinbarungen für die Gewährleistungen gelten, die bereits bei der Überlassung dieser Drittsoftware zwischen Drittanbieter und Kunde vereinbart worden sind. Der Vertrag zur Softwarepflege berührt den Vertrag mit dem Drittanbieter nicht.

Die Absätze 3 und 4 betreffen die Pflicht zum Ersatz von Ein- und Ausbaurückstellungen nach § 439 Abs. 3 BGB. Die Beschränkung auf angemessenen Aufwendungsersatz ist angelehnt an § 475 Abs. 4 BGB.

## **7. VPS Ziffer A 4.2: Annahme und Bearbeitung von Anfragen durch die Hotline**

Gemäß Ziffer A 4.1 bearbeitet die Hotline die Anfragen des Kunden im Zusammenhang mit den technischen Einsatzvoraussetzungen und -bedingungen der Pflegesoftware sowie zu einzelnen funktionalen Aspekten.



Soll die Hotline darüber hinaus auch Störungsmeldungen des Kunden (vgl. Ziffer A 2.1 und A 2.2) entgegennehmen, muss dies vom Anbieter im Vertrag klargestellt werden.

## **8. VPS Ziffer A 4.2: Annahme und Bearbeitung von Anfragen**

Die Vertragsbedingungen VPS Bitkom gehen davon aus, dass der First-Level-Support beim Kunden verbleibt und nur benannte Mitarbeiter die Hotline nutzen.

## **9. VPS Ziffern B 1.1 und 1.2: Beginn und Mindestlaufzeit des Pflegevertrags**



Beginn und Mindestlaufzeit des Pflegevertrags können abweichend von der Regelung in den Ziffern B 1.1 und B 1.2 individuell vereinbart werden.



## **10. VPS Ziffern B 2.1: Höhe der Pauschalvergütung**

Die Höhe der Pauschalvergütung muss im Vertrag festgelegt werden.

## **11. VPS Ziffer B 2.3: Anpassung der Vergütung**



Die Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in AGB wird von der Rechtsprechung teilweise kritisch beurteilt. Daher sollte eine Erhöhungsklausel zur Absicherung des Anbieters individuell vereinbart werden.

## 12. VPS Ziffer B 4.1: Änderung der freigegebene Einsatzumgebung

Gemäß Ziffer B 4.1 muss der Kunde den Anbieter über Änderungen der freigegebenen Einsatzumgebung unterrichten. Welche Einsatzumgebung für die Pflegesoftware freigegeben ist, ergibt sich zum Beispiel aus dem Leistungsmodul VÜ (in Verbindung mit der Programmbeschreibung, siehe Ziffer 1.1 VÜ Bitkom).

## 13. VPS Ziffer B 5: Übergabe von Software

Wird im Rahmen der nach dem Leistungsmodul VPS erbrachten Pflegeleistungen auch Software übergeben, geht Ziffer B 5 als Regelfall davon aus, dass diese Übergabe auf demselben Weg wie die vorherige Überlassung der Pflegesoftware erfolgt. Soll die Übergabe auf andere Weise erfolgen (z. B. per Online-Download statt der Übergabe eines Datenträgers), muss dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart werden.



## 14. VPS Ziffer B 6.1: Datenschutz

Gemäß der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) ist für die Datenverarbeitung im Auftrag eine entsprechende vertragliche Grundlage erforderlich. Es ist noch nicht abschließend geklärt, in welchen Fällen eine Auftragsverarbeitung anzunehmen ist. Der Anbieter sollte daher vorsichtshalber eine entsprechende Vereinbarung mit dem Kunden anstreben und hierzu ein ggf. vorhandenes Muster für einen „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ übersenden (vgl. hierzu z.B. die vom Bitkom vorgeschlagene Muster-Vertragsanlage „Auftragsverarbeitung“).



## 15. VPS Ziffer B 6.2: Datenschutzrechtliche Verantwortung

Erhält der Anbieter bei Erbringung seiner Leistung faktisch Zugang zu personenbezogenen Daten, die beim Kunden gespeichert sind, so entsteht nach dem gesetzlichen Leitbild der DS-GVO für Ansprüche der betroffenen Person wegen Datenschutzverletzungen eine Gesamtschuld zwischen Kunde (Verarbeitungsverantwortlicher im datenschutzrechtlichen Sinne) und Anbieter (Auftragsverarbeiter im datenschutzrechtlichen Sinne). Der Anbieter kann diese Ansprüche aber regelmäßig nicht beurteilen, weil er die Daten der betroffenen Person nicht erhoben hat. Die interne Verantwortung für den Umgang mit den personenbezogenen Daten ist in dem „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ (vgl. oben zu VPS Ziffer B 6.1) zu regeln.

## **X. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Wartung von Hardware (WH Bitkom)**

### **1. Anwendungsbereich**

Das Leistungsmodul WH ist für die Übernahme der Wartung von Hardware konzipiert, insbesondere in Verbindung mit dem Verkauf von Hardware (Leistungsmodul VH). Die WH sind nach einem modularen Konzept gestaltet: In den drei Blöcken A 2. bis A 4. werden die spezifischen Wartungsleistungen konkret beschrieben. In einem vierten Block (A 5) werden zusätzliche Wartungsleistungen allgemein geregelt. Im Teil B finden sich allgemeine Regelungen, die für die Erbringung aller vereinbarten Wartungsleistungen übergreifend gelten.

Es folgen weitere Hinweise zu einzelnen Klauseln.

### **2. WH Ziffer A 2: Verfahren für die vorbeugende Wartung**



Ziffer A 2. legt als Regelfall zugrunde, dass die vorbeugende Wartung anhand eines vom Anbieter nach Art und Umfang festgelegten Betreuungsverfahrens erfolgt. Soll davon abweichend das Betreuungsverfahren des Herstellers gelten, muss das im Vertrag definiert werden.

### **3. WH Ziffer A 3.1: Annahme von Störungsmeldungen**



Ziffer A 3.1 regelt die Entgegennahme der „ordnungsgemäßen“ Störungsmeldung durch den Anbieter. Im Vertrag muss daher ergänzend festgelegt werden, wie der Kunde die Störung zu melden hat. Ein Muster für Störungsmeldungen findet sich unter XIII. 1. dieser Begleitenden Hinweise. Unter Ziffer XIII. 2. findet sich ein Muster für die Reaktion des Anbieters auf eine Störungsmeldung.

### **4. WH Ziffer A 3.2: Zuordnung zu Störungskategorien, Störungsmanagement**

Durch den einleitenden Satz: „Soweit nichts anderes vereinbart ist,...“ wird die Klausel A 3.2 für abweichende Vereinbarungen zwischen Anbieter und Kunde geöffnet. Insbesondere bei der Vereinbarung von Reaktionszeiten und Beseitigungszeiten oder abweichenden Fehlerklassedefinitionen sollte Zurückhaltung geübt werden. Wenn Abweichendes vereinbart wird, sollte der Leistungsinhalt so genau wie möglich definiert werden und zuvor vom Anbieter sichergestellt sein, dass das Vereinbarte geleistet werden kann.

### **5. WH Ziffer A 4.1 und 4.2: Annahme und Bearbeitung von Anfragen**

Das Leistungsmodul WH geht davon aus, dass der „First-Level Support“ beim Kunden verbleibt und nur die Mitarbeiter des Kunden, die intern beim Kunden mit der Bearbeitung der Anfragen von Nutzern betraut sind, den Helpdesk nutzen.



Gemäß Ziffer A 4.1 bearbeitet der Helpdesk die Anfragen des Kunden im Zusammenhang mit den technischen Einsatzvoraussetzungen und -bedingungen des Wartungsgegenstands sowie einzelnen funktionalen Aspekten. Soll der Helpdesk darüber hinaus auch Störungsmeldungen des Kunden (vgl. Ziffer A 3.1) entgegen nehmen, muss dies vom Anbieter im Vertrag klargestellt werden.

### **6. WH Ziffern B 1.1 und 1.2: Beginn und Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags**



Beginn und Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags können abweichend von der Regelung in den Ziffern B 1.1 und B 1.2 individuell vereinbart werden.



## 7. WH Ziffer B 2.1 und B 2.4: Höhe der Pauschalvergütung

Die Höhe der Pauschalvergütung muss im Vertrag festgelegt werden.



Die Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in AGB wird von der Rechtsprechung teilweise kritisch beurteilt. Daher sollte eine Erhöhungsklausel zur Absicherung des Anbieters individuell vereinbart werden.

## 8. WH Ziffer B 4.1: Änderung der freigegebene Einsatzumgebung

Gemäß Ziffer B 4.1 muss der Kunde den Anbieter über Änderungen der freigegebenen Einsatzumgebung unterrichten. Welche Einsatzumgebung für den Wartungsgegenstand freigegeben ist, ergibt sich zum Beispiel aus dem Leistungsmodul VH (in Verbindung mit der Produktbeschreibung, siehe Ziffer 1.1 des Leistungsmoduls VH).

## 9. WH Ziffer B 6.1: Datenschutz

Gemäß der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) ist für die Datenverarbeitung im Auftrag eine entsprechende vertragliche Grundlage erforderlich. Es ist noch nicht abschließend geklärt, in welchen Fällen eine Auftragsverarbeitung anzunehmen ist. Der Anbieter sollte daher vorsichtshalber eine entsprechende Vereinbarung mit dem Kunden anstreben und hierzu ein ggf. vorhandenes Muster für einen „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ übersenden (vgl. hierzu z.B. die vom Bitkom vorgeschlagene Muster-Vertragsanlage „Auftragsverarbeitung“).

## 10. WH Ziffer B 6.2: Datenschutzrechtliche Verantwortung

Erhält der Anbieter bei Erbringung seiner Leistung faktisch Zugang zu personenbezogenen Daten, die beim Kunden gespeichert sind, so entsteht nach dem gesetzlichen Leitbild der DS-GVO für Ansprüche der betroffenen Person wegen Datenschutzverletzungen eine Gesamtschuld zwischen Kunde (Verarbeitungsverantwortlicher im datenschutzrechtlichen Sinne) und Anbieter (Auftragsverarbeiter im datenschutzrechtlichen Sinne). Der Anbieter kann diese Ansprüche aber regelmäßig nicht beurteilen, weil er die Daten der betroffenen Person nicht erhoben hat. Die interne Verantwortung für den Umgang mit den personenbezogenen Daten ist in dem „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ (vgl. oben zu VPS Ziffer B 6.1) zu regeln.

# XI. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für die Vermietung von Hardware und Software (VM Bitkom)

## 1. Anwendungsbereich

Das Leistungsmodul VM Bitkom ist für die Überlassung von Hardware und Standard-Software gegen wiederkehrende Vergütung zur Nutzung auf Zeit konzipiert. Hierbei handelt es sich um Miete.

Im Folgenden finden Sie Hinweise zu einzelnen Klauseln des Leistungsmoduls VM Bitkom.

## 2. VM Ziffer 1.1: Vertragsgegenstand, Leistungen, Nutzungsrechte



Im Vertrag ist die vermietete Hardware und/oder Software genau zu bezeichnen sowie der Vertragszeitraum festzulegen.

Gemäß Ziffer 1.1 Absatz 2 können Hardware und Software getrennt oder als einheitliches System vermietet werden (Mietsystem). Es empfiehlt sich, Hardware und Software getrennt voneinander zu vermieten. Sonst könnte der Kunde schon im Falle von (nur) einer fehlerhaften Komponente vom gesamten Vertrag zurücktreten. Getrennte Verträge sind hier ein vorsorgliches Mittel zur Schadensbegrenzung. Getrennte Verträge sind aber nicht in allen Fällen möglich. Ein Mietsystem liegt zum Beispiel unabhängig von entgegenstehenden Vereinbarungen immer vor, wenn die Software fest mit der Hardware verbunden ist (z. B. Firmware auf Router) oder wenn es sich um hardwarespezifische Software handelt, für die es keinen alternativen Einsatz gibt.



In Ziffer 1.1 Absatz 4 wird die Bereitstellung der Software als Objektprogramm als Grundregel gesetzt. Entsprechend ist eine besondere Vereinbarung im Vertrag erforderlich, wenn der Quellcode der Software zugänglich gemacht werden soll.



Nach Ziffer 1.1 Absatz 5 ist im Vertrag der vorgesehene Gebrauch zu vereinbaren. Eine solche Vereinbarung sollte insbesondere bei der Vermietung von Software getroffen werden und muss das Geschäftsmodell des Anbieters zum Beispiel bezüglich der Nutzungsrechte berücksichtigen. Der Anbieter sollte zum Beispiel regeln ob er die Mehrfachnutzung im Netzwerk gestatten will oder ob für jeden Nutzer ein eigenes Nutzungsrecht erforderlich ist.

## 3. VM Ziffer 1.2: Auswahl der Mietsache und weitere Leistungen des Anbieters

Gemäß Ziffer 1.2 Satz 1 hat der Mieter die Mietsache eigenständig ausgewählt. Will der Mieter, dass der Anbieter hinsichtlich der Mietsache Analyse-, Planungs-, Beratungsleistungen erbringt, sollten diese Leistungen separat beschrieben und vereinbart werden. Es empfiehlt sich hierfür die Verwendung des Leistungsmoduls DL.

## 4. VM Ziffer 1.3: Lieferung, Aufstellung und Installation des Mietgegenstands

Der Versand bzw. Transport sowie die Installation der Hardware/Software gehören nicht zum geschuldeten Leistungsumfang des Mietvertrages. Wünscht der Mieter eine solche Leistung des Anbieters, so ist hierüber ein gesonderter Vertrag zu schließen. Es empfiehlt sich hierfür die Verwendung des Leistungsmoduls WV. Bei Mietsystemen ist zu beachten, dass der Anbieter stets verpflichtet ist, die Betriebsbereitschaft herzustellen.



Für Mietsysteme sind im Vertrag die vorgesehenen Testläufe mit den erwarteten Ergebnissen zu definieren.

## 5. VM Ziffer 1.5: Nutzungsrechte des Kunden

Wenn der Umfang des Nutzungsrechts für die vermietete Software im Vertrag nicht besonders vereinbart ist, sieht Ziffer 1.4 ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht zum Einsatz für den vertraglich vorausgesetzten Nutzungszweck vor. Will der Anbieter darüber hinaus gehende Nutzungsrechte oder Nutzungsrechte nur in geringerem Umfang einräumen, muss das im Vertrag besonders vereinbart werden.

Stets sollten die Risiken einer zu weitgehenden Einräumung von Rechten genau abgewogen werden. Insbesondere sollte der Anbieter nicht durch eine zu weitgehende Einräumung von Nutzungsrechten das eigene Geschäftsmodell gefährden. Da sich das eingeräumte Nutzungsrecht nur auf den vertraglich vorausgesetzten Nutzungszweck bezieht, muss auch dieser Nutzungszweck festgelegt werden.



## 6. VM Ziffer 1.7: Widerruf des Nutzungsrechts

Mit dieser Ziffer soll erreicht werden, dass der Mieter, der sein Nutzungsrecht verletzt, dennoch zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet bleibt, auch wenn der Anbieter das Nutzungsrecht widerruft. Es wird deshalb klargestellt, dass mit dem Widerruf des Nutzungsrechts durch den Anbieter nicht zugleich auch die Kündigung des Mietvertrages verbunden ist.

## 7. VM Ziffer 2.1 und 2.3: Mietzins

Im Vertrag ist die Höhe des Mietzinses zu vereinbaren.



Die Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in AGB wird von der Rechtsprechung teilweise kritisch beurteilt. Daher sollte eine Erhöhungsklausel zur Absicherung des Anbieters individuell vereinbart werden.



## 8. VM Ziffer 2.2: Zahlungsbedingungen

Der Anbieter kann im Vertrag auch andere Zahlungsbedingungen vereinbaren.



## 9. VM Ziffer 2.4: Gesonderte Vergütung

Zur Abrechnung der gesonderten Vergütung empfiehlt es sich, die gemeldete Störungsbeseitigung und deren Ursachen zu dokumentieren und durch den Kunden unterzeichnen zu lassen.

## 10. VM Ziffer 3.1: Pflichten des Kunden

Die Unterrichtungspflichten in Ziffer 3.1 sind nur einschlägig bei der Vermietung von Software.

Gemäß Ziffer 3.1 Satz 1 trifft den Kunden eine Informationspflicht bei Änderungen von Einsatzbedingungen und Einsatzumgebung. Grund hierfür ist eine gegebenenfalls anzupassende Vergütung des Anbieters.

## 11. VM Ziffer 5.2: Änderungen der vermieteten Software

Eine vermietete Software soll der Kunde ohne Zustimmung des Anbieters nicht abändern dürfen. Ein solcher Zustimmungsvorbehalt gemäß Ziffer 5.2 kann jedoch bei zustimmungsfreien Handlungen i.S.d. § 69d UrhG nicht greifen. Diese gesetzliche Regelung ist einschlägig bei der Vermietung von Software. Nach § 69d UrhG hat ein berechtigter Nutzer das Recht zur Fehlerberichtigung der Software.

Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn das Programm ohne Fehlerkorrektur nicht genutzt werden kann und der Anbieter eine solche Korrektur über Wartung oder eine neue Version nicht anbietet.

## 12. VM Ziffer 6.1: Instandhaltungspflicht

Das Leistungsmodul VM ist an dem gesetzlichen Leitbild der Miete ausgerichtet. Dieses geht von der Verpflichtung des Vermieters (Anbieters) aus, dem Mieter den Mietgegenstand in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und ihn während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Soweit dies nicht gewünscht ist, weil z.B. ein Leasing-Modell Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen der Vertragspartner ist, ist das Leistungsmodul VM nicht zum Einsatz geeignet.

## 13. VM Ziffer 6.4: Mitteilung von Mängeln



In den Vertrag sind Anlagen und Formulare für die Mängelanzeige aufzunehmen. Ein Muster für eine solche Mangelmeldung wird unter XIII. 1. dieser Begleitenden Hinweise vorgeschlagen. Unter Ziffer XIII. 2. ist ein Muster für die Reaktion des Anbieters auf eine Mangelmeldung zu finden.

## 14. VM Ziffer 6.7: Rechte des Kunden aus Mängelgewährleistung

Zu den wesentlichen Rechten des Mieters wegen Mängeln zählen der Anspruch auf Mängelbeseitigung, Mietminderung und Schadensersatz. In der Regel verliert der Mieter diese Ansprüche, wenn er Änderungen an der Mietsache vornimmt. Gemäß Ziffer 6.7 Satz 2 bleibt jedoch das sogenannte „Selbst-Vornahmerecht“ hiervon unberührt. Der Mieter hat gesetzlich das Recht, einen Mangel der Mietsache selbst zu beseitigen (Selbst-Vornahmerecht), wenn der Vermieter mit der Beseitigung im Verzug ist oder wenn Gefahr im Verzug ist.

## 15. VM Ziffer 7: Vertragslaufzeit / Ende des Mietverhältnisses



Im Vertrag ist eine Laufzeitvereinbarung zu treffen. Ziffer 7.1 geht davon aus, dass die Vertragspartner eine Mindestlaufzeit mit automatischer Verlängerung vereinbaren. Hiervon abweichend können die Vertragspartner jedoch auch eine Festlaufzeit ohne automatische Verlängerung oder eine unbefristete Laufzeit vereinbaren. Ohne besondere vertragliche Regelung ist eine unbefristete Laufzeit vereinbart.

## XII. Begleitende Hinweise zu den Vertragsbedingungen für Software as a Service (SaaS Bitkom)

### 1. Anwendungsbereich

Die hier vorgeschlagenen Vertragsbedingungen enthalten keine Leistungsbeschreibung. Die Beschreibung der vertragsgegenständlichen Leistung (insbesondere Benennung der bereitgestellten Software, ggf. Benennung weiterer Leistungen) und die Vergütung hierfür müssen außerhalb der AGB und zusätzlich zu diesen mit dem Kunden vereinbart werden. Regelungen in der Leistungsbeschreibung gehen anderslautenden Regelungen in AGB vor und verdrängen diese. Zur Sicherheit sollte darauf in der Leistungsbeschreibung aber nochmals hingewiesen werden.

In der vertraglichen Leistungsbeschreibung sollten auch Verfügbarkeit, das Verfahren zur Beseitigung von Störungen und der Einsatzbereich der bereitgestellten Software beschrieben werden.

Das hier vorgeschlagene SaaS-Modul setzt eine bestimmte Vertragskonstellation voraus und ist nur für diese anwendbar. Insbesondere werden folgende Annahmen getroffen:

- Das Leistungsangebot besteht in der Bereitstellung einer Standardsoftware im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen (B2B).
- Der Anbieter stellt die vertragsgegenständliche Software am Übergabepunkt zum Internet bereit. Damit liegen Störungen der Internetverbindung nicht in seinem Risikobereich.
- Der Nutzer erhält einen Zugang zu der vertragsgegenständlichen Software über das Internet. Er erhält jedoch nicht das Recht, die Software zu speichern, zu vervielfältigen oder gar an andere weiterzugeben („Browserlösung“). Der Kunde erhält vom Anbieter keine Software zur Installation, auch keine Client-Software.
- Für die Nutzung des SaaS-Moduls ist es nicht relevant, ob die Software vom SaaS-Anbieter selbst oder von Dritten erstellt wurde.

Sind die vorstehend beschriebenen Grundannahmen im konkreten Fall nicht erfüllt, ist das SaaS-Modul der Bitkom AGB ohne Anpassungen durch einen Juristen nicht verwendbar.

Der SaaS-Anbieter muss durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Software-Hersteller sicherstellen, dass er die vertragsgegenständliche Software als Cloud-Lösung einer ausreichenden Zahl möglicher Nutzer bereitstellen darf.

### 2. SaaS Ziffer 1: Leistungen

Zu Ziffer 1.3: Sofern die Bereitstellung einer aktualisierten Version mit einer Preiserhöhung verbunden ist, sollte vertraglich ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt werden.

### 3. SaaS Ziffer 2: Nutzungsumfang

Nach überwiegender Rechtsauffassung benötigt der Kunde für eine Softwarenutzung über einen Browser kein urheberrechtliches Nutzungsrecht. Diese Rechtsmeinung wird für dieses SaaS-Modul zugrunde gelegt. Daher wird zur Vermeidung möglicher Missverständnisse von Formulierungen Abstand genommen, die auf eine urheberrechtliche Rechtseinräumung hindeuten könnten.

#### 4. SaaS Ziffer 3: Verfügbarkeit



Bezüglich der „Verfügbarkeit“ sind im Vertrag oder in der Leistungsbeschreibung bei Bedarf Angaben zu Einschränkungen der Verfügbarkeit zu vereinbaren sowie unbedingt planmäßige Wartungszeiten des jeweiligen Rechenzentrums zu berücksichtigen. Zusätzlich sollte eine Regelung aufgenommen werden, wonach mit Vorankündigung zusätzliche Zeiten der „Nichtverfügbarkeit“ eintreten können.

#### 5. SaaS Ziffer 4.1: Auftragsverarbeitung

Gemäß der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) ist für die Datenverarbeitung im Auftrag eine entsprechende vertragliche Grundlage erforderlich. Es ist noch nicht abschließend geklärt, in welchen Fällen eine Auftragsverarbeitung anzunehmen ist. Der Anbieter sollte daher vorsichtshalber eine entsprechende Vereinbarung mit dem Kunden anstreben und hierzu ein ggf. vorhandenes Muster für einen „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ übersenden (vgl. hierzu z.B. die vom Bitkom vorgeschlagene Muster-Vertragsanlage „Auftragsverarbeitung“).

#### 6. SaaS Ziffer 4.2 und 4.3: Datenschutzrechtliche Verantwortung



Erhält der Anbieter bei Erbringung seiner Leistung faktisch Zugang zu personenbezogenen Daten, die beim Kunden gespeichert sind, so entsteht nach dem gesetzlichen Leitbild der DS-GVO für Ansprüche der betroffenen Person wegen Datenschutzverletzungen eine Gesamtschuld zwischen Kunde (Verarbeitungsverantwortlicher im datenschutzrechtlichen Sinne) und Anbieter (Auftragsverarbeiter im datenschutzrechtlichen Sinne). Der Anbieter kann diese Ansprüche aber regelmäßig nicht beurteilen, weil er die Daten der betroffenen Person nicht erhoben hat. Die interne Verantwortung für den Umgang mit den personenbezogenen Daten ist in dem „Vertrag zur Auftragsverarbeitung“ (vgl. oben zu SaaS Ziffer 4.1) zu regeln.

#### 7. SaaS Ziffer 4.4: Geografische Beschränkung der Datenspeicherung

Aus datenschutzrechtlichen Gründen beschränkt Ziffer 4.4 die Speicherung und Verarbeitung von Kundendaten auf das Gebiet der Europäischen Union (EU) und des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR). Auch bei der tatsächlichen Leistungserbringung hat der Anbieter darauf zu achten, dass die Speicherung von Daten seiner Kunden innerhalb der EU oder des EWR erfolgt. Der Kunde bleibt verantwortliche Stelle im Sinne des Datenschutzrechts für die von ihm verarbeiteten Daten. Allerdings muss der Anbieter gewährleisten, dass der Kunde seinen datenschutzrechtlichen Pflichten nachkommen kann.



Wenn im Rechenzentrum die Daten nur in bestimmten Abständen gesichert werden und infolgedessen ein teilweiser Datenverlust eintreten kann, ist im Vertrag darauf gesondert hinzuweisen.

#### 8. SaaS Ziffer 5.3: Datenspeicherung durch den Kunden

Der in diesen AGB zugrunde gelegte Standardfall sieht kein Angebot des Anbieters für die Speicherung von Kundendaten in seinem Verantwortungsbereich vor. Demnach sollte der Anbieter eine Schnittstelle bereitstellen, die es dem Kunden ermöglicht, seine Daten auf eigenen Systemen zu sichern. Der Anbieter sollte den Kunden darauf hinweisen, dass der Kunde seine Daten selbst zu sichern hat.



Der Anbieter kann jedoch zusätzlich zur Softwarenutzung Speicherkapazitäten anbieten, sodass der Kunde seine mit der Software erzeugten Daten auf Systemen des Anbieters ablegen kann. Wenn im Rechenzentrum des Anbieters die Daten nur in bestimmten Abständen gesichert werden und infolgedessen ein teilweiser Datenverlust eintreten kann, ist im Vertrag darauf gesondert hinzuweisen.

Bietet der Anbieter keine Schnittstelle, die es dem Kunden ermöglicht, seine Daten auf eigenen Systemen zu sichern, haftet der Anbieter für den Verlust der Daten. Diese Konsequenz kann in AGB nicht abbedungen werden; denn die Speicherung vom Kunden verarbeiteter Daten ist zentrales Element der Hauptpflichten des Anbieters. Bietet der Anbieter keine Schnittstelle, die es dem Kunden ermöglicht, seine Daten auf eigenen Systemen zu sichern, haftet der Anbieter für den Verlust der Daten. Diese Konsequenz kann in AGB nicht abbedungen werden; denn die Speicherung vom Kunden verarbeiteter Daten ist zentrales Element der Hauptpflichten des Anbieters.

## **9. SaaS Ziffer 6: Vertragswidrige Nutzung**

In Ziffer 6 wird keine Vertragsstrafe geregelt, sondern der Struktur nach ein typisierter Schadensersatz nach „Lizenzanalogie“. Die den Schadensersatz auslösende Pflichtverletzung liegt in der Ermöglichung der unerlaubten Nutzung durch den Kunden.

## **10. SaaS Ziffer 7.2: Entgegennahme von Störungsmeldungen**

Ziffer 7.2 regelt nur allgemein die Entgegennahme der „ordnungsgemäßen“ Störungsmeldung durch den Anbieter. Im Vertrag muss daher ergänzend festgelegt werden, wo der Kunde die Störung zu melden hat und in welcher Form und Qualität die Störung zu melden ist (Verwendung von Formularen, Umfang der Störungsbeschreibung etc.). Ein Muster für Störungsmeldungen findet sich unter Ziffer XIII. 1. dieser Begleitenden Hinweise. Unter Ziffer XIII. 2. ist ein Muster für die Reaktion des Anbieters auf eine Störungsmeldung zu finden.

## **11. SaaS Ziffer 7.3: Störungskategorien**

Durch den einleitenden Satz: „Soweit nichts anderes vereinbart ist,...“ wird die Klausel 7.3 für abweichende Vereinbarungen zwischen Anbieter und Kunde geöffnet. Insbesondere bei der Vereinbarung von Reaktionszeiten und Beseitigungsfristen oder abweichenden Fehlerklassedefinitionen sollte Zurückhaltung geübt werden. Wenn Abweichendes vereinbart wird, sollte der Leistungsinhalt so genau wie möglich definiert werden und zuvor vom Anbieter sichergestellt sein, dass das Vereinbarte geleistet werden kann.



## **12. SaaS Ziffer 8.1: Ansprechstelle**



Gemäß Ziffer 8.1 bearbeitet die Hotline die Anfragen des Kunden im Zusammenhang mit den technischen Einsatzvoraussetzungen und -bedingungen der Anbietersoftware sowie zu einzelnen funktionalen Aspekten. Soll die Hotline darüber hinaus auch Störungsmeldungen des Kunden (vgl. Ziffer 8.1 und 8.2) entgegennehmen, muss dies vom Anbieter im Vertrag klargestellt werden.

## **13. SaaS Ziffer 8.2: Bearbeitung von Kundenanfragen**

Die Vertragsbedingungen SaaS Bitkom gehen davon aus, dass der First-Level-Support beim Kunden verbleibt und nur benannte Mitarbeiter die Hotline nutzen.

## **14. SaaS Ziffer 9: Vertragsbeendigung**

Die AGB sehen die Vereinbarung einer Mindestlaufzeit im Vertrag vor.



Im SaaS-Vertrag sollte neben den vertragsgegenständlichen Leistungen und der Vergütung auch geregelt werden, ob, in welchem Umfang und in welchem Format Daten des Kunden bei Vertragsbeendigung an diesen herauszugeben bzw. zu löschen sind.

### XIII. Musterformulare

In diesem Kapitel finden sich verschiedene Formularmuster, die den Anbieter bei der Vertragsdurchführung unterstützen sollen. Die Formulare sollen den Informationsaustausch zwischen den Vertragspartnern kanalisieren und systematisieren, um eine effiziente Vertragsdurchführung zu ermöglichen. Für jedes Formularmuster werden ein Hinweis zum Einsatzbereich und weitere kurze Erläuterungen gegeben. Im Text der Begleitenden Hinweise zu einzelnen AGB-Klauseln ist ebenfalls an passenden Stellen auf die entsprechenden Musterformulare verwiesen. Die hier vorgeschlagenen Muster müssen nicht zwingend mit den Bitkom AGB verwendet werden. Sie können auch abgewandelt, an die speziellen Bedürfnisse des Anbieters angepasst oder durch andere Formulare ersetzt werden. Es hat sich aber gezeigt, dass sie in der Praxis eine große Hilfe sein können.

Für folgende Einsatzzwecke werden Musterformulare vorgeschlagen, auf die in den AGB-Texten verwiesen wird:

1. **Mängel- und Störungsmeldung des Kunden;**
2. **Rückmeldung zu Mängel- und Störungsmeldungen durch den Anbieter;**
3. **Aufwands- und Leistungsnachweis;**
4. **Vertragsänderungsverfahren.**

Nicht in den AGB-Texten erwähnt, aber dennoch bei der Vertragsdurchführung vielleicht hilfreich, sind folgende Formulare:

1. **Leistungsabruf bei Vergütung nach Aufwand;**
2. **Leistungsabruf bei Festpreisvergütung.**

Dabei ist unbedingt zu beachten, dass die Formularmuster einen wirksam geschlossenen Vertrag voraussetzen, diesen aber nicht ersetzen können. Im Vertrag sollte auf die verwendeten Formulare Bezug genommen werden.

Musterformulare können nur im Rahmen eines wirksam geschlossenen Vertrages zum Einsatz kommen, ersetzen diesen aber nicht.

An einzelnen Stellen wird in den Bitkom AGB auf Formulare hingewiesen, für die hier keine Musterformulare vorgeschlagen werden. Dies betrifft

- Bestätigung der Betriebsbereitschaft eines Mietsystems;
- Anfragen an die Hotline bzw. an den Helpdesk des Anbieters.

Es wird empfohlen, dass der Anbieter solcher Leistungen auf die jeweilige Vertragsleistung abgestimmte Musterformulare entwickelt und für die Vertragspraxis bereithält.



## 1. Mängel- und Störungsmeldung des Kunden

Anbieter:

Vertragsnummer/Kennung Anbieter:

Kunde:

Vertragsnummer/Kennung Kunde:

Meldung Nr.

- ☐ Meldung eines vermutlichen Mangels
  - ☐ **Kategorie 1:** Nutzung nicht oder nur mit schwerwiegenden Einschränkungen möglich
  - ☐ **Kategorie 2:** Nutzung eingeschränkt
  - ☐ **Kategorie 3:** Nutzung nur unerheblich eingeschränkt
- ☐ Meldung einer Störung (nur bei Softwarepflege oder Hardwarewartung)
  - ☐ **Schwerwiegende Störung:**  
Nutzung nicht oder nur mit schwerwiegenden Einschränkungen möglich
  - ☐ **Sonstige Störung:** Nutzung nur unwesentlich eingeschränkt
  - ☐ **Sonstige Meldung**

**Meldungstext (Beschreibung des vermutlichen Mangels bzw. der Störung; Arbeitsschritte, die zum Auftreten des Mangels bzw. der Störung geführt haben; Auswirkungen des Mangels / der Störung)**

(ggf. Verweis auf Anlage)

- ☐ **Anlagen zur Analyse**
- ☐ **Dringlichkeit hoch**

Kunde

Datum, Name

Unterschrift

---

### **Erläuterungen zum Musterformular für Mängel- und Störungsmeldungen**

Das Musterformular für Mängel- und Störungsmeldungen des Kunden kann Verwendung finden:

#### **a) zur Meldung eines Mangels bei folgenden Vertragstypen**

- Überlassung von Software (VÜ);
- Erstellung von Software (VES);
- Werkvertrag (WV);
- Verkauf von Hardware (VH);
- Vermietung von Hardware und Standard-Software (VM);

Und

#### **b) zur Meldung einer Störung bei folgenden Vertragstypen**

- Pflege von Standardsoftware (VPS);
- Wartung von Hardware (WH).

In einer individuellen Vereinbarung können Erweiterungen und andere Formen für die einzelnen Meldungsarten vereinbart werden. Alle Meldungen erfolgen schriftlich auf einem Formular (siehe Muster) oder in einer entsprechenden elektronischen Form.

**Im Kopf des Formulars ist jeweils die Vertragsnummer/Kennung (Anbieter und Kunde) des zugehörigen Vertrages und ggf. die zugehörige Nummer der Meldung einzutragen. Bei vermutlichen Mängeln soll der Kunde die Meldung entsprechend der Schwere der Beeinträchtigung kategorisieren. Der vermutliche Mangel bzw. die Störung sind vom Kunden zu beschreiben (ggf. Verweis auf eine Anlage) und es ist anzugeben, ob Anlagen zur Analyse des vermutlichen Mangels bzw. der Störung beigelegt sind. Der Kunde soll – soweit möglich – Diagnoseunterlagen beifügen, die eine Reproduktion und Analyse der Störung oder des vermutlichen Mangels ermöglichen. Zu einer entsprechenden Meldung ist der Kunde gemäß Ziffer 2.4 der AV Bitkom verpflichtet. Ist eine Störung nicht reproduzierbar, besteht für den Auftragnehmer keine Pflicht zur Bearbeitung.**

Die Angabe „Dringlichkeit hoch“ ist nur dann von Bedeutung, wenn für diesen Fall im jeweiligen Einzelvertrag eine gesondert vergütete bevorzugte Bearbeitung (unabhängig von der Kategorie bzw. von der Schwere der Störung) vereinbart ist.

Die Meldung ist von einer berechtigten Person (die Berechtigten sind einzelvertraglich zu benennen) des Kunden zu unterschreiben.

## 2. Rückmeldung zu Mängel- und Störungsmeldungen durch den Anbieter

Bezug: Meldung Nr. \_\_\_\_\_ vom \_\_\_\_\_

- ☐ vermutlicher Mangel nicht reproduzierbar oder anderweitig nachweisbar
- ☐ kein Mangel bzw. keine durch den Anbieter zu vertretende Störung
- ☐ Vergütung des Analyseaufwands gemäß AV Bitkom 4.3
  
- ☐ **Mangel**
  - ☐ **Kategorie 1:** Nutzung unmöglich oder nur mit schwerwiegenden Einschränkungen
  - ☐ **Kategorie 2:** Nutzung eingeschränkt
  - ☐ **Kategorie 3:** Nutzung nur unerheblich eingeschränkt
  
- ☐ **Störung** (Softwarepflege oder Hardwarewartung)
  - ☐ **Schwerwiegende Störung:** Nutzung unmöglich oder nur mit schwerwiegenden Einschränkungen
  - ☐ **Sonstige Störung:** Nutzung nur unwesentlich eingeschränkt
  - ☐ **Sonstige Meldung**
  
- ☐ Meldung betrifft eine Leistungsänderung
- ☐ Meldung ist eine „Sonstige Meldung“

### Erläuterungen:

(ggf. Verweis auf Anlage)

**Anbieter**

Datum, \_\_\_\_\_ Name \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_

**Erläuterungen zum Musterformular für die Rückmeldung zu Mängel- und Störungsmeldungen durch den Anbieter**

Der Anbieter analysiert die Meldung des Kunden und meldet das Ergebnis seiner Analyse an den Kunden zurück. Bestätigt der Anbieter einen Mangel der Kategorie 1 oder eine schwerwiegende Störung, so gesteht er dem Kunden damit weitgehende Gewährleistungsansprüche zu. Das Vorliegen entsprechender Mängel bzw. Störungen macht es nach der Konzeption der Bitkom AGB erforderlich, dass der Anbieter unverzüglich Maßnahmen zur Beseitigung der Mängel bzw. Störungen ergreift.

Das Ergebnis der Analyse der Meldung wird erläutert (ggf. Verweis auf eine Anlage).

Die Rückmeldung ist von einer berechtigten Person (die Berechtigten sind einzelvertraglich zu benennen) des Anbieters zu unterschreiben.

### 3. Aufwands- und Leistungsnachweis

**Anbieter:****Vertragsnummer/Kennung Anbieter:**

**Kunde:**

**Vertragsnummer/Kennung Kunde:****Bezug: Leistungsabruf Nr. / Leistungsmonat**

☐ A) Vergütung nach Aufwand:

Datum	Aufwand d (Tage)	Leistungs-kategorie gemäß Preisblatt	Durchgeführte Arbeiten
-------	---------------------	---	------------------------


Nachfolgend gemäß jeweiliger Aufgabe (ohne Datumszuordnung)


Reisen

Datum	Anzahl	Ort	Grund
-------	--------	-----	-------


☐ **B) Festpreisvereinbarung:**

Die Voraussetzungen zur Verrechnung des vereinbarten Festpreises sind gegeben.

Dieser Leistungsnachweis gilt als genehmigt, soweit nicht innerhalb von 21 Tagen nach Erhalt diesem detailliert schriftlich widersprochen wird.

Ort \_\_\_\_\_, Datum \_\_\_\_\_

## Anbieter

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_  
Ort Datum

## Kunde

Unterschrift Anbieter (Name in Druckschrift)

Unterschrift Kunde (Name in Druckschrift)

## Erläuterungen zum Musterformular „Aufwands- und Leistungsnachweis“

Das Formular „Leistungsnachweis“ kann Verwendung finden:

- a) Wenn – unabhängig vom Vertragstyp – eine Vergütung nach Aufwand vereinbart ist (dann im Formular Kreuz bei A.),

und

- b) bei einem Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen auch bei Festpreisvereinbarung (dann im Formular Kreuz bei B.).

Im Kopf ist jeweils die **Vertragsnummer/Kennung** (Anbieter und Kunde) des zugehörigen Vertrages und ggf. die zugehörige **Nummer des Abrufes** einzutragen.

Im Fall der **Vergütung nach Aufwand** werden im **ersten Block** Arbeiten aufgeführt, die an einem bestimmten Datum (oder von – bis) in der Regel vor Ort durchgeführt wurden. Der Aufwand wird mit einer Genauigkeit von 0,5 (im Musterformular: „Tagen“, bei Bedarf auch „Stunden“) erfasst. Gibt es nur eine Leistungskategorie, so kann der Eintrag in der entsprechenden Spalte entfallen.

Im **zweiten Block** werden Arbeiten aufgeführt, die nicht einem bestimmten Datum zugeordnet werden müssen.

**Reisen** sind sowohl im Fall der Vergütung nach Aufwand als auch bei einer Festpreisvereinbarung anzugeben, soweit Reisen nicht in den Festpreis eingeschlossen sind.

Im Fall einer **Festpreisvereinbarung** ist außer der Angabe eventueller Reisen nur ein Kreuz unter B) erforderlich.

Der Leistungsnachweis ist jeweils von berechtigten Personen des Anbieters und des Kunden zu **unterschreiben** und ist als Kopie der jeweiligen Rechnung beizufügen.

Auch wenn Leistungen ohne Berechnung erbracht werden, ist ein entsprechender Leistungsnachweis auszufüllen und zu unterschreiben, da die Menge der – ohne Berechnung – zu erbringenden Leistungen begrenzt ist.

Der nach Ziffer 6.2 der DL Bitkom 2.1 erforderliche Hinweis auf die **Genehmigungsfiktion** ist im Formular enthalten.

#### 4. Vertragsänderungsverfahren

Anbieter:

Vertragsnummer/Kennung Anbieter:

Kunde:

Vertragsnummer/Kennung Kunde:

Änderungsverfahren Nr.

##### 1 Kunde / Anbieter beantragt Änderung (Leistungsbeschreibung und/oder Leistungserbringung)

Beschreibung des Änderungsvorschlages

(ggf. Verweis auf Anlage)

Datum, Name

Unterschrift(en)

Bei Änderungsvorschlag des Anbieters: weiter bei Ziffer 4:

##### 2 Anbieter prüft Änderungsverlangen (innerhalb von 10 Arbeitstagen)

- ☐ Der Auftragnehmer lehnt die beantragte Änderung als nicht machbar ab, weil
- ☐ die Änderung nicht durchführbar ist
- ☐ das Änderungsverlangen für den Anbieter nicht zumutbar ist.

Wesentliche Gründe für die Ablehnung: \_\_\_\_\_

Das Änderungsverfahren ist beendet. Die Arbeiten werden auf der Grundlage des Vertrages weitergeführt.

- ☐ Der Auftragnehmer hält die beantragte Änderung grundsätzlich für machbar.
- ☐ Eine umfangreiche Prüfung ist nicht erforderlich.
- ☐ Die beantragte Änderung hat keine Auswirkungen auf Leistungszeitraum, Termine und Vergütung. Ihre Realisierung wird hiermit angeboten. Mit der Annahme dieses Angebotes unter Ziffer 5 ist die Änderung vereinbart.

Ziffern 3 und 4 entfallen; weiter bei Ziffer 5

- ☐ Die beantragte Änderung hat Auswirkungen auf Leistungszeitraum, Termine und Vergütung. Die Realisierung der beantragten Änderung wird unter Ziffer 4 angeboten.

Ziffer 3 entfällt; weiter bei Ziffer 4

- ☐ Eine umfangreiche Prüfung ist erforderlich.
- ☐ Die vom Änderungsverlangen betroffenen Teile des Vertrages sollten unterbrochen werden. Einzelheiten siehe Prüfungsangebot.

Prüfungsangebot einschließlich der Angaben zu den Kosten der Prüfung: \_\_\_\_\_

weiter bei Ziffer 3

Datum, Name

Unterschrift(en) Anbieter

### 3 Kunde entscheidet über das Prüfungsangebot

(innerhalb von 10 Arbeitstagen nach Vorlage des Prüfungsangebotes des Anbieters)

- ☐ Das Prüfungsangebot wird einschließlich einer ggf. vorgeschlagenen Unterbrechung der Arbeiten angenommen. Der Auftragnehmer legt als Ergebnis der Prüfung ein Realisierungsangebot vor.
- ☐ Das Prüfungsangebot wird nicht angenommen. Das Änderungsverfahren ist beendet. Die Arbeiten werden weiterhin auf der Grundlage des Vertrages ausgeführt.

Datum, Name

Unterschrift(en) Kunde

---

### 4 Anbieter legt Realisierungsangebot vor

Angebotsfrist: (Datum)

Realisierungsangebot:

(ggf. Verweis auf Anlage)

Datum, Name

Unterschrift(en) Anbieter

---

### 5 Kunde entscheidet über Realisierungsangebot

(innerhalb Angebotsbindefrist)

- ☐ Das Realisierungsangebot wird angenommen. Die Arbeiten werden auf der Grundlage des so geänderten Vertrages weitergeführt.
- ☐ Das Realisierungsangebot wird nicht angenommen. Die Arbeiten werden auf Basis des bisherigen Vertrages weitergeführt.

Datum, Name

Unterschrift(en) Kunde

---



## **Erläuterungen zum Musterformular „Vertragsänderungsverfahren“**

Das „Formular Änderungsverfahren“ dient zur Dokumentation der Durchführung des Änderungsverfahrens selbst und auch von nachträglichen Abänderungen der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung über Umfang oder Art und Weise der Leistungserbringung. Es ist anwendbar für die Vertragstypen:

- a) Erstellung von Individualsoftware (VES Bitkom)
- b) Werkvertragsbedingungen (WV Bitkom)

Das Verfahren für Leistungsänderungen ist beschrieben für

- a) Erstellung von Individualsoftware in VES Bitkom Abschnitt 3

und für

- c) Werkverträge in WV Bitkom Abschnitt 4.

## 5. Leistungsabruf bei Vergütung nach Aufwand

Anbieter:

Vertragsnummer/Kennung Anbieter:

Kunde:

Vertragsnummer/Kennung Kunde:

Leistungsabruf (Vergütung nach Aufwand) Nr.

### 1. Aufgabe

Beschreibung der Aufgabenstellung (ggf. Verweis auf eine Anlage)

### 2. Geschätzter Aufwand (bei Bedarf je Kategorie gem. Preisblatt)

2.1 ..... xxx (Tage oder Stunden)

2.2 ..... xxx (Tage oder Stunden)

2.3 ..... xxx (Tage oder Stunden)

### 3. Leistungszeitraum

tt.mm.jjjj bis tt.mm.jjjj

### 4. Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers

Beschreibung der Mitwirkungsleistungen (möglichst detailliert, ggf. Verweis auf eine Anlage)

### 5. Reisezeiten, Reise- und Nebenkosten

Reisezeiten und Reisekosten werden nach Aufwand verrechnet.

Alternativ: Jede Reise wird mit einem Pauschalbetrag von xxx Euro verrechnet.

Sonstige Nebenkosten werden nach Aufwand verrechnet.

Der Leistungsnachweis erfolgt gemäß vereinbartem Muster.

Sollte sich im Verlauf herausstellen, dass der geschätzte Aufwand wesentlich überschritten wird, so werden die Vertragspartner das weitere Vorgehen abstimmen.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_  
Ort Datum  
Anbieter

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_  
Ort Datum  
Kunde

\_\_\_\_\_  
Unterschrift Anbieter (Name in Druckschrift)

\_\_\_\_\_  
Unterschrift Kunde (Name in Druckschrift)

## 6. Leistungsabruf bei Festpreisvereinbarung

Anbieter:

Vertragsnummer/Kennung Anbieter:

Kunde:

Vertragsnummer/Kennung Kunde:

Leistungsabruf (Festpreisvereinbarung) Nr.

### 1. Aufgabe

*Beschreibung (ggf. Anlage)*

### 2. Festpreisvereinbarung

Für die vom Auftragnehmer zu erbringenden Dienstleistungen zahlt der Auftraggeber einen Festpreis (netto) in Höhe von xxx,xx Euro zzgl. gesetzlicher MWSt.

Es wird ein Aufwand von ca. yyy PT geschätzt.

Es wird folgende Zahlung vereinbart:

.....

### 3. Leistungszeitraum

*tt.mm.jjjj bis tt.mm.jjjj*

### 4. Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers

*Beschreibung (ggf. Anlage)*

### 5. Reisezeiten, Reise- und Nebenkosten

Reisezeiten und Reisekosten werden nach Aufwand verrechnet.

*Alternativ (zusätzlich): Bis zu n Reisen zum Dienstsitz des Kunden sind im Festpreis enthalten. .*

Sonstige Nebenkosten werden nach Aufwand verrechnet.

Der Leistungsnachweis erfolgt gemäß vereinbartem Muster.

Sollte sich im Verlauf herausstellen, dass der geschätzte Aufwand wesentlich überschritten wird, so werden die Vertragspartner das weitere Vorgehen abstimmen.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_  
Ort Datum

**Anbieter**

\_\_\_\_\_  
Unterschrift Anbieter (Name in Druckschrift)

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_  
Ort Datum

**Kunde**

\_\_\_\_\_  
Unterschrift Kunde (Name in Druckschrift)

## **Erläuterungen zum Musterformular für den Leistungsabruf bei Vergütung nach Aufwand bzw. Festpreisvereinbarung**

Diese Formulare werden in den AGB nicht angesprochen und sind daher nur zu verwenden, wenn hierauf in einem gesondert abzuschließenden Vertrag Bezug genommen wird.

Die Formulare „Leistungsabruf bei Vergütung nach Aufwand“ und „Leistungsabruf bei Festpreisvereinbarung“ unterscheiden sich nur in den Punkten 2. und 5.

Im Kopf beider Formulare sind jeweils die **Vertragsnummer/Kennung** (Anbieter und Kunde) des zugehörigen Dienstleistungsvertrages und die zugehörige **Nummer des Abrufes** einzutragen.

Alle Abrufe zu einem Dienstleistungsvertrag – sowohl solche mit Vergütung nach Aufwand als auch solche mit Festpreisvereinbarung – werden einheitlich und fortlaufend nummeriert, um einen eindeutigen Bezug für die Leistungsnachweise herzustellen.

**1. Aufgabe:** Die Aufgabenstellung ist möglichst **genau zu beschreiben**, ggf. erfolgt ein Verweis auf eine Anlage.

**2. Geschätzter Aufwand bzw. Festpreisvereinbarung:** Die **Aufwandsschätzung** für die Aufgabenstellung gemäß 1. sollte immer mit „**ca.**“ versehen sein.

**a) Vergütung nach Aufwand:** Eine Unterteilung in Kategorien muss nur dann erfolgen, wenn im zugehörigen Dienstleistungsvertrag bzw. im zugehörigen Preisblatt verschiedene Kategorien vorgesehen sind.

**b) Festpreisvereinbarung:** Auch bei einer Festpreisvereinbarung sollte eine Aufwandsschätzung angegeben werden, um bei einer wesentlichen Überschreitung gemäß der Vereinbarung unter Punkt 5. nachverhandeln zu können.

**3. Zeitraum:** Geplanter Anfangs- und Ende-Termin sind einzutragen.

**4. Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers:** Die erforderlichen Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers sind möglichst **genau zu beschreiben**, ggf. erfolgt ein Verweis auf eine Anlage. Zu den Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers zählen z.B. die Bereitstellung von Unterlagen, Benennung von Ansprechpartnern und bei Einsatz vor Ort die Bereitstellung der erforderlichen Systemumgebung und eines geeigneten Arbeitsplatzes mit notwendigen Telekommunikationseinrichtungen (Telefon, Internet, E-Mail).

### **5. Reisezeiten, Reise- und Nebenkosten**

Reisezeiten und Reisekosten können entweder nach Aufwand (insbesondere bei den Kostennachweisen ggf. sehr aufwendig!) oder mit einem Pauschalbetrag je Reise abgerechnet werden.

Sonstige Nebenkosten sind in der Regel nicht kalkulierbar und sollten daher generell nach Aufwand abgerechnet werden.

Eine wesentliche Überschreitung des geschätzten Aufwandes liegt in der Regel dann vor, wenn erkennbar wird, dass die Schätzung um mehr als 10% überschritten wird.

Jeder Dienstleistungsabruf ist **vor Beginn der Arbeiten** von berechtigten Personen des Auftragnehmers und des Auftraggebers zu **unterschreiben**. Er stellt das Auftragsdokument dar, auf das sich die jeweiligen Rechnungen beziehen.

## **XIV. Schlussbemerkung**

Die Bitkom AGB und die "Begleitenden Hinweise" wurden vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzeslage und höchstrichterlichen Rechtsprechung gestaltet. Für Fälle, zu deren Klärung keine eindeutige Rechtslage vorliegt, nehmen die Bitkom AGB unter Berücksichtigung der Praxiserfahrungen eine rechtsgestaltende Funktion ein. Andere Lösungen sind denkbar.

Bitte übermitteln Sie Ihre Erfahrungen beim Einsatz der Bitkom AGB und dieser „Begleitenden Hinweise“ dem Arbeitskreis ITK- Vertrags- und Rechtsgestaltung des Bitkom und dessen Vorsitzenden über die Geschäftsstelle des Bitkom unter der Adresse:

Lea Niedballa

Bitkom-Geschäftsstelle

Albrechtstraße 10A, 10117 Berlin

E-Mail: [L.Niedballa@bitkom.org](mailto:L.Niedballa@bitkom.org)