



Datum: 31.08.2009
Für: Anhörungsverfahren
Kopien an: -

Revision IT-AGB: Erläuterungen

Inhaltsverzeichnis

1.	Ausgangslage und Ziele der Revision IT-AGB	2
2.	Wichtige Informationen für das Verständnis der revidierten IT-AGB	3
3.	Neukonzeption von bisher 5 auf neu 4 IT-AGB	4
3.1.	Aufbau	4
3.2.	Wartungs- bzw. Pflege- und Supportdienstleistungen	5
3.3.	Gesamtsysteme	5
3.4.	Werkvertragliche Leistungen	5
3.5.	Grafische Darstellung	6
4.	Bestimmungen in den einzelnen AGB	6
4.1.	In den Verträgen zu regelnde Punkte	6
4.2.	Alle AGB betreffende Bestimmungen	8
4.2.1.	Haftung	8
4.2.2.	Schutzrechte	8
4.2.3.	Geheimhaltung	8
4.2.4.	Vergütung	9
4.2.5.	Schutzrechtsverletzungen: Rollenverteilung bei Abwehr von Forderungen	9
4.2.6.	Konventionalstrafen	9
4.2.7.	Gewährleistung	10
4.2.8.	Einsatz von Mitarbeitenden	11
4.2.9.	Import-/Exportrestriktionen	11
4.3.	Spezifische Bestimmungen in den einzelnen AGB	11
4.3.1.	Definitionen	11
4.3.2.	Art und Umfang der Nutzungsrechte sowie von Pflege bzw. Wartung und Support bei Standardsoftware (Ziff. 7 bzw. 12 Lizenz-AGB)	12
4.3.3.	Umfang der Schutzrechte an Individualsoftware (25 Werkvertrags-AGB)	12
4.3.4.	Nutzung der Betriebssoftware bei Hardwarekauf (Ziff. 9 Hardware-AGB)	12
4.3.5.	Ersatzteillieferungen bei Hardwarekauf (Ziff. 6 Hardware-AGB)	12
4.3.6.	Leistungsänderungen (Ziffn. 8 Werkvertrags- und 10 Dienstleistungs-AGB)	12

1. Ausgangslage und Ziele der Revision IT-AGB

Die Beschaffungskommission des Bundes (BKB) hat auf Anregung des Schweizerischen Wirtschaftsverbands der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (Swico) am 7. April 2005 dem „Fachausschuss Revision IT-AGB“ (in der Folge «FA IT-AGB») den Auftrag erteilt, zu prüfen, ob und wie die AGB für Informatikleistungen des Bundes¹ geändert werden sollen. Hierzu wurden einerseits die bundesinternen Erfahrungen mit den AGB ausgewertet und andererseits die von den Verbänden (insbesondere Swico und Swissmem) vorgebrachten Kritikpunkte geprüft.

Auftrag und Ziele für die Revision der IT-AGB lautete wie folgt:

- Sicherstellung der Rechtssicherheit bei der Anwendung der AGB;
- Anpassung an die heutige Rechtslage;
- Klärung von Begriffen und der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der einzelnen AGB;
- Einheitlichkeit der AGB in sich, untereinander und in deren Anwendung;
- Einfachheit in der Regelung und damit in der Umsetzung;
- Deregulierung aller für die Geschäftstätigkeit der beteiligten Organisationseinheiten nicht notwendigen Regelungen;
- Verteilung der rechtlichen Risiken und Chancen zwischen den Vertragsparteien so, dass:
 - die Regelungen der wirtschaftlichen und technologischen Wirklichkeit der Vertragsparteien gerecht werden (Orientierung an heutigen Lebenssachverhalten, Geschäftsmodellen etc.);
 - der Investitionsschutz des Bundes gewährleistet ist;
- Im Zweifelsfall Orientierung der revidierten IT-AGB am Obligationenrecht und erst subsidiär an der Branchenüblichkeit;
- Sicherstellung einer hohen Akzeptanz und systematischen, regelmässigen Anwendung der revidierten IT-AGB.

Der FA IT-AGB hat in der Folge die erwähnten IT-AGB überarbeitet. In verschiedenen Phasen des Projekts wurden einzelne Fragen auch externen Fachleuten zur Begutachtung und Stellungnahme vorgelegt. Ebenso wurde bei den Diskussionen der Quervergleich mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbarer Organisationseinheiten hergestellt, wie denjenigen der deutschen Bundesverwaltung (BVB-EVB), Schweizerische Informatik Konferenz (SIK), Schweizerische Post und Swisscom.

Die Erstellung OSS-spezifischer AGB war nicht Gegenstand des Auftrags an den FA IT-AGB. Die vorliegenden neuen AGB lassen aber mit gewissen kleineren Anpassungen für das

¹ Darunter fallen: AGB des Bundes für den Kauf von Hardware (Ausgabe Juni 1998), AGB des Bundes für Informatikdienstleistungen (Ausgabe Juni 1998), AGB des Bundes für die Beschaffung von Informatik-Gesamtsystemen sowie die Herstellung von Individualsoftware (Ausgabe Juni 1998), AGB des Bundes für Lizenzen (Ausgabe Juni 1998), AGB des Bundes für die Wartung von Hard- und die Pflege von Software (Ausgabe Juni 1998).

konkrete Geschäft im Sinn der nachstehenden Ziffer 2 ohne weiteres auch Geschäftsbeziehungen mit OSS-Anbietern zu.

Kommentar: Formulierung noch prüfen.

Das Ergebnis dieser Arbeiten, wurde von der BKB am 25. November 2008 genehmigt und für Konsultationen freigegeben.

Nach den Konsultationen mit den Verbänden (insb. Swissmem und Swico) und einem externen Experten im Frühjahr 2009 wurden die Revisionsentwürfe unter Berücksichtigung der eingegangenen Bemerkungen angepasst und erneut der BKB vorgelegt. Die so überarbeiteten IT-AGB wurden am 20. Mai 2009 in der nunmehr vorliegenden Form von der BKB genehmigt und für das Anhörungsverfahren freigegeben.

2. Wichtige Informationen für das Verständnis der revidierten IT-AGB

- In jedem Vergabegeschäft ist ein schriftlicher Vertrag abzuschliessen, welcher die Geschäftsbeziehung anhand der konkreten Umstände und Bedürfnisse regelt (für Bund: Art. 29 Abs. 1 VoeB). Zu den revidierten AGB werden neue Musterverträge mit Anleitungen auf dem Intranet zur Verfügung gestellt werden.
- In diesem Vertrag sind sämtliche weiteren Dokumente, welche für die Regelung des Vertragsverhältnisses und dessen Abwicklung von Bedeutung sein können (integrierende Bestandteile) und deren Geltungsrangfolge im Falle von Widersprüchen aufzuführen (vgl. Musterverträge mit Anleitungen).
- Die einschlägigen IT-AGB sind regelmässig integrierender Bestandteil der Verträge und kommen dort zur Anwendung, wo der Vertrag keine abweichende Regelung enthält (Für Bund: Art. 29 Abs. 3 VoeB).
- Allgemeine Geschäftsbedingungen sollen dort zur Anwendung gelangen, wo die Natur oder die Umstände des konkreten Geschäfts nicht die Aushandlung besonderer Bedingungen erfordern (vgl. auch Art. 29 Abs. 3 VoeB).
- Die vorliegenden revidierten IT-AGB sollen von verschiedensten Organisationseinheiten (nur schon innerhalb des Bundes rund 80 Ämter aber auch von SBB, ETH und EPFL) angewendet werden können, welche - auch im IT-Bereich - unterschiedlichste Aufgaben, Rahmenbedingungen und Interessen haben.
- Die vorliegenden revidierten IT-AGB enthalten daher Bestimmungen, welche aufgrund der bis heute gemachten Erfahrungen in rund 80% der Geschäftsfälle der beteiligten Organisationseinheiten (Massengeschäft) unverändert übernommen werden können und die Erreichung der Revisionsziele (vgl. Ziff. 1 oben) sicherstellen.
- In den übrigen Fällen (rund 20%) werden aufgrund der Umstände des konkreten Geschäfts im Vertrag Anpassungen und Ergänzungen der vorliegenden revidierten IT-AGB zu vereinbaren sein.
- Bei Punkten, welche auch beim Massengeschäft sehr häufig oder regelmässig anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Geschäfts zu vereinbaren sind, wird in den revidierten IT-AGB auf den Vertrag verwiesen. Auf Vertragsebene kann den Parteiinteressen besser Rechnung getragen werden als in den AGB. Gleichzeitig wird in den AGB eine Regelung getroffen, welche nur gilt, wenn im Vertrag nichts vereinbart wurde (so genannte „Default-Regelung“).

- Alle Organisationseinheiten (SBB nur im Bereich Bahnbetrieb), welche die vorliegenden IT-AGB anwenden, unterliegen als Auftraggeber den Beschaffungsvorschriften des Bundes (im wesentlichen BoeB und VoeB).
- Soweit in einem Vergabegeschäft insbesondere Anpassungen an den vorliegenden revidierten IT-AGB möglich sein sollen, ist dies den Anbietern bereits mit der Offertanfrage oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben.
- Grundsätzlich bestehen hierfür 3 Möglichkeiten der beschaffungsrechtskonformen Ausgestaltung:
 - o Entweder formuliert die Vergabestelle die zulässigen Änderungen und Anpassungen an den IT-AGB bereits vorweg aus und deklariert die Akzeptanz der so geänderten AGB als zwingende Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren (Eignungskriterium oder zwingende Anforderung an die Offerte), oder
 - o Die Vergabestelle überlässt Anzahl und/oder Inhalt der Änderungen und Anpassungen den Anbietern, und bewertet diese bei den Zuschlagskriterien entsprechend ihrer finanziellen bzw. wirtschaftlichen Auswirkungen.
 - o Eine Kombination der beiden vorstehenden Punkte.
- Wie aus den nachstehenden Ausführungen ersichtlich wird, werden die Hauptanliegen der Verbände, nämlich dass Abweichungen zu den AGB im Einzelvertrag ausgearbeitet werden können und dass die Eignungskriterien nicht mehr zwingend die uneingeschränkte Akzeptanz der AGB vorsehen sollen, vollumfänglich berücksichtigt.

3. Neukonzeption von bisher 5 auf neu 4 IT-AGB

3.1. Aufbau

Alle revidierten AGB sind in 4 Kapitel aufgeteilt:

Kapitel A	Gemeinsame einleitende Bestimmungen
Kapitel B	Spezifische Regelungen für die jeweiligen AGB
Kapitel C	Pflege und Support bzw. Ergänzende Bestimmungen für Leistungselemente mit werkvertraglichem Charakter (bei Informatikdienstleistungen)
Kapitel D	Gemeinsame Schlussbestimmungen

Bestimmungen mit gleichem Regelungsinhalt befinden sich in allen AGB in denselben Kapiteln. Wo der Regelungsgegenstand nicht eine spezifische Regelung erforderte, wurde zudem angestrebt, die Bestimmungen identisch und in der gleichen Reihenfolge auszugestalten. So stimmen insbesondere die Kapitel A und D in allen AGB weitgehend überein. Dies fördert die Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit der AGB und das Auffinden von Bestimmungen.

3.2. Wartungs- bzw. Pflege- und Supportdienstleistungen

Die Erfahrung mit den bisherigen IT-AGB hat gezeigt, dass die jeweils relevanten Bestimmungen für die Hardware-Wartung und die Pflege von Standard- und oder Individualsoftware in mehreren AGB zu finden sind, was immer wieder zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der AGB untereinander und daher zu Fragen im Zusammenhang mit deren Anwendbarkeit geführt hat.

Gleichzeitig hat die Beschaffungswirklichkeit der beteiligten Organisationseinheiten gezeigt, dass mit der Beschaffung von Hardware, Lizenzen und Individualsoftware vom selben Lieferanten häufig auch Wartungs- bzw. Pflege- und Supportdienstleistungen erforderlich sind und daher auch im selben Vergabeverfahren beschafft werden.

Aus diesen Gründen wurden bei der Neukonzeption der IT-AGB im Wesentlichen die Bestimmungen betreffend die Wartung von Hard- und die Pflege von Software je mit denjenigen betreffend den Kauf von Hardware sowie von Standard- und Individualsoftware zusammengefasst.

Nur wenn im Vertrag die Erbringung von Wartungs- bzw. Pflege- und Supportdienstleistungen vereinbart wurde, kommen die entsprechenden IT-AGB Bestimmungen zu Wartung bzw. Pflege und Support zur Anwendung.

Es ist somit weiterhin möglich, mit demselben Lieferanten zwei separate Verträge abzuschliessen, einen für Wartung bzw. Pflege und Support und einen zweiten für den Kauf von Hardware sowie von Standard- und Individualsoftware. Wo mit einem Lieferanten entweder nur ein Kaufvertrag oder nur ein Wartungs- bzw. Pflege- und Supportvertrag abgeschlossen wird, sollen gemäss neuer Konzeption beim Kaufvertrag nur die Kapitel A (Gemeinsame einleitende Bestimmungen), B (Kauf Hardware, Erstellung des Werks bzw. Beschaffung von Standardsoftware) und D (Gemeinsame Schlussbestimmungen), beim Wartungs- bzw. Pflege- und Supportvertrag hingegen nur die Kapitel A (Gemeinsame einleitende Bestimmungen), C (Wartung bzw. Pflege und Support) und D (Gemeinsame Schlussbestimmungen) zur Anwendung gelangen.

3.3. Gesamtsysteme

Die Beschaffung von Gesamtsystemen entspricht nicht mehr der Geschäftsrealität der beteiligten Organisationseinheiten, jedenfalls nicht mehr in einer Form, welche auf AGB-Stufe für alle gleich abgebildet werden könnte. Soweit in Zukunft noch Gesamtsysteme beschafft werden sollen, ist die Beschaffung der verschiedenen Teilkomponenten entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen im konkreten Projekt im Vertrag zu regeln. Ergänzend können im Vertrag baukastenartig die geeigneten AGB (auch mehrere oder einzelne Kapitel daraus) für anwendbar erklärt werden. Durch den analogen Aufbau und die – soweit sachgerecht – gleichartigen Formulierungen aller AGB (vgl. unten Ziff. 4.2) ist das Risiko von Widersprüchen oder Unklarheiten bei der Referenzierung mehrerer AGB in einem Vertrag - soweit auf AGB-Stufe möglich - ausgeschaltet. Die verbleibenden möglichen Konfliktpunkte sind je nach der Kombination der referenzierten AGB im konkreten Vertrag zu klären.

3.4. Werkvertragliche Leistungen

Die bestehenden AGB für die Beschaffung von Gesamtsystemen sowie die Herstellung von Individualsoftware wurden reduziert auf AGB für rein werkvertragliche Leistungen, wobei hierbei die Entwicklung und Pflege von Individualsoftware im Vordergrund steht.

Schliesslich hat die Erfahrung gezeigt, dass die AGB für Dienstleistungen in der Vergangenheit immer wieder für Geschäfte verwendet wurden, in welchen letztlich Ergebnisse mit Werkcharakter (z.B. Pflichtenhefte, Datenbankmodelle, Migrationskonzepte, Dokumentationen etc.) geschuldet waren. Da auf solchen Dokumenten oft weitere Leistungen aufbauen, haben in Analogie zum Werkvertragsrecht entwickelte Abnahmeverfahren erhebliche praktische Bedeutung. Mangels Aufnahme der hierfür erforderlichen Bestimmungen in den Verträgen und in den AGB Dienstleistungen fehlte in solchen Fällen häufig eine Handhabe um zeitgerecht das vertraglich geschuldete Arbeitsergebnis zu erhalten.

Das reine Auftragsrecht passt auf solche Vertragsverhältnisse häufig nicht. In den AGB für Informatikdienstleistungen wurden daher neu rudimentäre werkvertragliche Bestimmungen aufgenommen. Selbstverständlich muss über die Anleitungen im Mustervertrag (vgl. oben Ziff. 2 erstes Bullet) darüber hinaus sichergestellt werden, dass der geschuldete Erfolg im Vertrag jeweils genügend präzise definiert wird, damit eine Abnahme auch korrekt erfolgen kann.

Durch alle diese Massnahmen gemäss Ziff. 3 sollen die einzelnen AGB und deren Anwendungsbereich besser gegeneinander abgegrenzt werden und erkannte Lücken bei den Regelungen aber auch bei der Anwendung geschlossen werden.

3.5. Grafische Darstellung

AGB für Dienstleistungen	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Auftrag ➤ Enthält auch werkvertragliche Leistungen
AGB für die Wartung von Hard- und die Pflege von Software	Sind nicht mehr notwendig
AGB Hardware	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Kauf von Hardware (inklusive Nutzung der Betriebssoftware) ➤ Wartung und Support von Hardware
AGB für Standardsoftware	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Beschaffung von Standardsoftware ➤ Pflege und Support von Standardsoftware
AGB für Werkverträge im Informatikbereich	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Andere werkvertragliche Leistungen ➤ Entwicklung Individualsoftware ➤ Pflege und Support Individualsoftware

4. Bestimmungen in den einzelnen AGB

4.1. In den Verträgen zu regelnde Punkte

Die AGB erfordern in nachfolgenden Punkten auf das jeweilige Geschäft angepasste Regelungen in den Verträgen. Zu den revidierten AGB werden neue Musterverträge mit Anleitungen auf dem Intranet zur Verfügung gestellt werden. Zu den fett formatierten Punkten finden sich zudem weitere Erläuterungen in den Ziffern 4.3 und 4.4.

Immer zu regelnde Punkte:

- Name und Funktion der einzusetzenden Schlüsselpersonen beider Parteien im Projekt (3.3. DL- und Werkvertrags- AGB)
- Information über die für die Vertragserfüllung erforderlichen Vorgaben (Sicherheitsbestimmungen, betriebliche Vorschriften etc.) und Mitwirkungspflichten (8.2 DL- und Hardware AGB, 7 Werkvertrags AGB)
- **Art und Umfang der Nutzungsrechte aufgrund der Lizenz** (7.1 Lizenz AGB, 9 Hardware AGB)
- Leistungsgegenstand mit vereinbarten und zugesicherten Eigenschaften (7 i.V.m. 26 Lizenz-, 8 i.V.m. 17 DL-, 7 i.V.m. 24.1 Werkvertrags-AGB und 8 i.V.m. 25 Hardware-AGB)
- Abnahmeverfahren (Kriterien, Mängelkategorien, Zeitplan, allfällige Teilabnahmen etc.; 11.2 Werkvertrags AGB)
- Anzahl und Sprachen der Dokumentation (9 Lizenz- und DL AGB, 7.3 Werkvertrags AGB, 10 Hardware AGB)
- Inhalt und Umfang von Pflege bzw. Wartung und Support, insbes. wenn von Default abgewichen werden soll (12 ff. Lizenz- und Werkvertrags- AGB, 13 ff. Hardware AGB)
- Bereitschafts-, Reaktions- und Störungsbehebungszeit (17 Lizenz-, 16 Werkvertrags- AGB, 16 Hardware AGB)
- Beginn, Dauer und Kündigungsfrist Pflegevertrag, insbes. wenn von Default abgewichen werden soll (19 Lizenz AGB, 17 Werkvertrags- und 18 Hardware AGB)
- Rückgabe von Betriebsmittel, Daten und Unterlagen bei Beendigung des Vertragsverhältnisses (20 Lizenz AGB, 18 Werkvertrags- und 19 Hardware AGB)
- Erfüllungsort und Übergang von Nutzen und Gefahr, insbes. wenn von Default abgewichen werden soll (21 Lizenz AGB, 12 DL AGB, 19 Werkvertrags- und 20 Hardware AGB)
- Von den Parteien einzuhaltende Termine; unterscheiden, ob danach unverzüglich in Verzug oder erst nach Mahnung (22 Lizenz AGB, 13 DL AGB, 20 Werkvertrags- und 21 Hardware AGB)
- Vergütung sowie Art und Periodizität der Rechnungsstellung, allenfalls Möglichkeit von Preisanpassungen (23 Lizenz AGB, 14 DL AGB, 21 Werkvertrags- und 22 Hardware AGB)

Nur wenn vom Auftraggeber gewünscht bzw. akzeptiert zu regeln:

- Allfällige Änderungen und Ergänzungen der AGB (1.2 Lizenz-, DL-, Werkvertrags- und Hardware AGB,)
- Zulassung des Beizugs Dritter oder eines Substituten (namentlich benennen) für die Vertragserfüllung (4 Lizenz-, DL-, Werkvertrags- und Hardware AGB)
- Installation gegen separate Vergütung (8 Lizenz AGB, 8.2 Hardware AGB)
- Akzeptierte Änderungen des Leistungsgegenstands (10.4 DL AGB, 8.4 Werkvertrags AGB)
- Umfang und Adressatenkreis einer ersten Instruktion (10 Lizenz AGB, 9.3 DL AGB, 9 Werkvertrags AGB, 11 Hardware AGB)
- Abnahmeverfahren (11 DL-AGB, ev. 25.3 ff. Hardware AGB)
- Umfang und Adressatenkreis einer ersten Instruktion zu Pflege und Releases (14 Lizenz-AGB)
- **Akzeptierte Anpassungen bei der Schutzrechtsregelung** (18 DL AGB, 25 Werkvertrags AGB)
- Akzeptierte Abweichung der Nutzungsrechte an Releases gemäss Default (18 Lizenz AGB)
- Erlaubnis für Werbung und Referenzangabe (24.4. Lizenz AGB, 15.4 DL AGB, 22.4. Werkvertrags und 23.4 Hardware AGB).
- **Allfällige Änderungen der Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit** (29 Lizenz AGB, 20 DL AGB, 27 Werkvertrags- und Hardware AGB)

4.2. Alle AGB betreffende Bestimmungen

4.2.1. Haftung

Vertragliche Beschränkungen des Ersatzes für absichtlich oder grobfahrlässig zugefügten Schaden sowie für Personenschäden sind nach schweizerischem Recht unwirksam.

Wie die Erfahrung mit den (zulässigen) Beschränkungen für leicht fahrlässig zugefügten Schaden in den bisherigen IT-AGB des Bundes und anderer Auftraggeber gezeigt hat, passen diese beim Massengeschäft selten auf das konkrete Geschäft und enthalten Minimal- und Maximalbeträge, welche häufig entweder das Schadenspotential nicht abdecken oder zu unnötigen Verteuerungen der Angebote führen.

Geleitet von der Einsicht, dass das Schadenspotential und sein Verhältnis zum Auftragswert bei jedem Geschäft ein anderes ist, und in der Absicht, unnötige Haftungsrisiken für die Anbieter bzw. Verteuerungen der Angebote für die Vergabestellen zu vermeiden, wurde in den revidierten AGB auf eine Festlegung von betragsmässigen Beschränkungen der Haftung für leicht fahrlässig zugefügten Schaden verzichtet. Vielmehr wird die Haftungsbeschränkung von der (doppelten) vereinbarten Vergütung abhängig gemacht mit der Möglichkeit diese Beschränkung im Einzelfall anhand des konkreten Schadenspotentials vertraglich abzuändern. Dadurch wird das Haftungsrisiko der Lieferanten kalkulierbar und gleichzeitig kann nötigenfalls im Einzelfall den verschiedenen einzubeziehenden Umständen und Querbeziehungen des jeweiligen konkreten Geschäfts Rechnung getragen werden.

4.2.2. Schutzrechte

Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Auftraggeber/Leistungsbezüger mit einer Teilung der Schutzrechte mit den Anbietern in vielen Fällen leben können. Da viele nationale Rechtsordnungen das geteilte Eigentum an Schutzrechten nicht kennen oder diesbezüglich zumindest Rechtsunsicherheit herrscht, schlagen wir - mit Ausnahme der Lizenz AGB - vor, dass die Schutzrechte an den im Rahmen des Auftrags entstandenen und damit bezahlten Arbeitsergebnissen den Auftraggebern/Leistungsbezügern zukommen. Im Rahmen des Vertrags können die Vergabestellen den Lieferanten aber Rechte einräumen, welche ihnen ebenfalls eine teilweise oder vollumfängliche Nutzung erlauben. Gerade im Software-Bereich ist die kommerzielle Weiterverwendbarkeit dieser Entwicklungen auch für Dritte wichtig für die Geschäfte der Anbieter. Bei vorbestehenden Schutzrechten sieht die Eigentumsregelung genau umgekehrt aus. Das von den Lieferanten daran einzuräumende Nutzungsrecht geht dabei selbstverständlich nur soweit, dass die Auftraggeber/Leistungsbezüger den vertraglich vereinbarten Kaufgegenstand im vertraglich vereinbarten Umfang nutzen können.

Dies ist für das Massengeschäft eine sachgerechte Lösung, welche in Sonderfällen aber nötigenfalls auch vertraglich angepasst werden kann. Die Schutzrechtsregelungen aller revidierten AGB enthalten jeweils im 1. Satz einen entsprechenden Vorbehalt.

4.2.3. Geheimhaltung

Die von den Lieferanten häufig geforderte Kennzeichnung von Dokumenten oder Informationen als Voraussetzung der Geheimhaltungspflicht und deren Beschränkung auf bspw. 2 Jahre ab Auftragsende ist für die beteiligten Organisationseinheiten auf AGB-Stufe nicht akzeptabel.

Die Kennzeichnung von Dokumenten oder Informationen als vertraulich oder geheim ist in den beteiligten Organisationseinheiten – mit Ausnahme vielleicht bspw. des VBS - nicht so weitgehend etabliert, wie dies für die Kennzeichnung als Voraussetzung der Geheimhaltungspflicht erforderlich wäre. Zudem können auch weitere Informationen, bspw. mündliche,

vertraulich sein, welche nicht in einer für alle nachvollziehbaren Weise gekennzeichnet werden können.

Schliesslich sind die Interessen der verschiedenen Organisationseinheit am Geheimnisschutz und der Vertraulichkeitswahrung höchst unterschiedlich. So sind der Geheimnisschutz und die Vertraulichkeitswahrung in weiten Teilen der beteiligten Organisationseinheiten, bspw. bei fedpol, EJPD, VBS oder bei der Steuerverwaltung, von solcher Wichtigkeit, dass nicht auf AGB-Stufe derart einschränkende Voraussetzungen für die Geheimhaltungspflicht festgelegt werden können. Im Vertrag und in Kenntnis der konkreten Umstände des Einzelfalls können selbstverständlich auch hier mildere (im eingangs erwähnten Sinne) oder strengere (bspw. non-disclosure Agreements) Geheimhaltungspflichten der Parteien vereinbart werden.

4.2.4. Vergütung

Die Vergütungsklauseln in den rev. IT-AGB enthalten eine möglichst umfassende Aufzählung, was vom offerierten Preis alles abgedeckt sein muss, damit schon bei der Offertstellung alle Beteiligten von denselben Bedingungen ausgehen und die Vergabestellen nach dem Zuschlag keine unerwarteten zusätzlichen Kosten gewärtigen müssen. Selbstverständlich betrifft dies immer nur die Leistungsbestandteile, welche von den Vergabestellen bei der Offertanfrage bzw. in den Ausschreibungsunterlagen nachgefragt wurden und demnach Gegenstand des Vertrags werden sollen (beispielsweise betreffend Wartung und Pflege). Daran ändert nichts, dass die Kostenbestandteile, welche vom offerierten Preis abgedeckt sein müssen, in der Regel nochmals explizit in der Offertanfrage bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt werden.

Die Fälligkeit der Vergütungen kann von den Parteien vereinbart werden. Falls im Vertrag nichts geregelt wird, gilt der Zeitpunkt der Leistungserbringung. Für Pflege bzw. Wartung und Support sind die Fälligkeit und die Periodizität der Rechnungsstellung regelmässig im Vertrag zu vereinbaren. Wichtig ist die klare Feststellbarkeit, wann eine Vergütung fällig wird.

Um Leistungsunterbrechungen durch Lieferanten mangels erfolgter Zahlung fälliger Rechnungen zu vermeiden, kann für den Fall eines Rechnungsdisputs im Vertrag allenfalls die befreiende Zahlung auf ein Sperrkonto und ein Eskalationsprozedere zwischen den Parteien zur Beilegung der Meinungsverschiedenheiten vorgesehen werden.

4.2.5. Schutzrechtsverletzungen: Rollenverteilung bei Abwehr von Forderungen

Die neue Regelung berücksichtigt die Tatsache, dass Streitbeteiligungen der jeweils andern Partei (in die eine oder andere Richtung je nach formell Beklagtem) nicht nach jeder Prozessordnung im gleichen Ausmass möglich sind und sich die Vergabestellen diese fehlende prozessuale Möglichkeit bei der Frage der Schadloshaltung durch die Lieferanten nicht entgegenhalten lassen wollen. Gleichzeitig sollen die Vergabestellen neu auch die Möglichkeit erhalten, sich von sich aus am Streit zu beteiligen, wo sie es für sinnvoll und notwendig erachtet. Ein vom Lieferanten zu bezahlender Vergleich mit der Gegenpartei durch die Vergabestellen ohne Einverständnis der Lieferanten wird in den AGB ausgeschlossen. Soweit die jeweilige Vergabestelle die eingeklagte Schutzrechtsverletzung schliesslich selbst zu verantworten hat, sind Ansprüche gegen den Lieferanten ausdrücklich ausgeschlossen.

4.2.6. Konventionalstrafen

Die Bezahlung einer Konventionalstrafe durch den Lieferanten ist nach allen revidierten AGB in jedem Fall nur geschuldet, wenn ihn ein Verschulden trifft.

Die obere Begrenzung der Konventionalstrafen für die Verletzung von Geheimhaltungs-, Arbeitsschutz- und Gleichbehandlungspflichten in allen AGB wurde aufgrund von Beobach-

tungen in der aktuellen IT-Vertragspraxis auf CHF 100'000.-- erhöht, um die Präventivwirkung dieser Vertragsstrafen aufrecht zu erhalten.

Konventionalstrafen für Verzug und Verletzung von Geheimhaltungspflichten werden weiterhin auf einen allfälligen Schadenersatz angerechnet. Bei Verletzung von Service-Level Zeiten der Wartung- bzw. Pflege, für die in den revidierten AGB neu eine Konventionalstrafe vorgesehen wird, hingegen nicht.

Da gemäss neuem Konzept der IT-AGB sowohl Einmal- als auch wiederkehrende Leistungen jeweils zusammen in denselben AGB abgebildet sind, müssen sich die prozentualen Maximalbeträge der Konventionalstrafen auf die Vergütungen für beide Fälle beziehen. Neu heisst es deshalb: „... Prozent der Gesamtvergütung bei Einmalleistungen bzw. der Vergütung für 12 Monate bei wiederkehrenden Leistungen.“

4.2.7. Gewährleistung

Bereits die aktuell geltenden IT-AGB enthalten sowohl für Wartung und Pflege als auch für die Beschaffung von Hardware und Softwarelizenzen bzw. die Entwicklung von Software im Wesentlichen gleichlautende Gewährleistungsbestimmungen. Ebenso befinden sich in den revidierten IT-AGB jeweils gemeinsame Gewährleistungsbestimmungen für die beiden erwähnten Regelungsthemen im Kapitel C (gemeinsame Schlussbestimmungen).

Wie bisher sind Mängel in der Lieferung und Mängel in der Wartung bzw. Pflege selbstverständlich unterschiedlich zu behandeln. Die Behebung von Mängeln in der Lieferung hat in erster Linie nach den Bestimmungen der Gewährleistungsklausel in den anwendbaren IT-AGB (bspw. Ziff. 24 Werkvertrags-AGB) zu erfolgen. Die Behebung von Mängeln in der Wartung bzw. Pflege erfolgt hingegen vorab in deren Rahmen gemäss den diesbezüglich separat vereinbarten Vorschriften (bspw. Ziff. 12 Werkvertrags-AGB). Dem stehen die Formulierungen der gemeinsamen Gewährleistungsklauseln in den betreffenden revidierten IT-AGB nicht entgegen.

Gemeinsame Gewährleistungsregelungen für den ganzen Regelungsbereich der betreffenden AGB sind ferner deshalb sachgerecht, weil im Bereich der Hardware-, Lizenz- und Werkvertrags-AGB neben der Beschaffung bzw. der Entwicklung und den Wartungs- bzw. Pflegeleistungen häufig noch weitere (spezifische) Leistungen vereinbart werden (bspw. Konzepte, Dokumentationen und Schulungsunterlagen), die ebenfalls von der Gewährleistung erfasst werden sollen. Die Dienstleistungs-AGB enthalten eine im Wesentliche gleichlautende Gewährleistungsklausel, da in solchen Vertragsverhältnissen erfahrungsgemäss ebenfalls häufig Ergebnisse geschuldet sind und in diesen AGB deshalb auch werkvertragliche Elemente vorgesehen sind.

Wo mit einem Anbieter sowohl Lieferung als auch Wartung bzw. Pflege vereinbart werden, kann es sinnvoll sein, sämtliche Gewährleistungsansprüche im Rahmen der Wartung bzw. Pflege abzuwickeln. In diesen Fällen kann dies entsprechend im Vertrag vereinbart werden, wobei dann in der Regel während der Garantiedauer wohl die Wartungs- bzw. Pflegegebühr zu reduzieren ist, weil Mängelbeseitigungsleistungen während der Gewährleistungsfrist eigentlich unentgeltlich zu erbringen sind.

Die in den Gewährleistungsklauseln vorgesehenen Bestimmungen betreffend Rechtsgewährleistung, Garantiedauer und Wahlrechte bei Mängeln entsprechen dem Schweizerischen Obligationenrecht. Angesichts der Vielzahl der Organisationseinheiten, welche die revidierten IT-AGB anwenden wollen und der Vielfalt der möglichen Geschäftsvorfälle kann nicht bereits auf AGB-Stufe vorweg auf einen Teil dieser Ansprüche verzichtet werden. Obschon wohl auch in Zukunft häufig in einem ersten Schritt Nachbesserungen verlangt werden, hat sich beispielsweise die bisherige Bestimmung, wonach in jedem Fall zunächst Nachbesserung verlangt werden muss, nicht immer bewährt. Selbstverständlich sind im Ver-

trag und in Kenntnis der konkreten Umstände des Einzelfalls auch Änderungen an der Gewährleistungsklausel möglich (wie beispielsweise Ansetzung zusätzlicher Nachfristen zur Nachbesserung).

4.2.8. Einsatz von Mitarbeitenden

Eine solche Regelung ist aufgrund der neuen Konzeption mit 4 AGB nicht nur in den Dienstleistungs-AGB, sondern auch in den Hardware-, Lizenz- und Werkvertrags-AGB sinnvoll. Neu werden dort nämlich neben dem Kauf jeweils auch die Wartungs- bzw. Pflege- und Supportdienstleistungen geregelt.

In der Praxis müssen die Leistungsbezüger in diesen Bereichen zwar in den meisten Fällen bestehende Dienstleistungs-Packages akzeptieren, in welchen bereits alles (auch Supportorganisation) von den Lieferanten vordefiniert ist. Die hier in Frage stehenden Bestimmungen in den AGB stellen denn auch Default-Regelungen dar, welche lediglich zur Anwendung gelangen, falls vertraglich nicht auf die Dienstleistungs-Packages verwiesen oder nicht direkt im Vertrag etwas anderes geregelt wird. Nichtsdestotrotz wollen die beteiligten Organisationseinheiten für diese Tätigkeiten die hier aufgeführten legitimen Richtlinien für die Qualität und Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter der Lieferanten statuieren. Letztere haben für die nötigen (minimalen) Einflussmöglichkeiten bei ihren Sublieferanten zu sorgen.

Die betrieblichen Vorschriften des Leistungsbezügers gemäss den jeweiligen Ziffer 3.3 aller revidierter AGB müssen schliesslich nur eingehalten werden, wenn sie vorgängig resp. rechtzeitig bekannt gegeben werden.

4.2.9. Import-/Exportrestriktionen

Aufgrund der Entwicklungen auf den Weltmärkten ist hier eine präzisere Umschreibung der Rechte und Pflichten in diesem Zusammenhang erforderlich, als das in den bisherigen AGB der Fall war. Mit der in den revidierten AGB gewählten Formulierungen soll klargestellt werden, dass die Lieferantin selbstverständlich nur die Einhaltung derjenigen Import-/Exportrestriktionen ihrer Produkte/Leistungen betreffend Lieferorte gewährleisten muss, welche sie aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen auch kennen kann. Die Informationspflicht betreffend Exportbeschränkungen des Herkunftslandes ist insbesondere für den Bund wichtig, weil IT-Produkte oder – Leistungen häufig auch in die Schweizerischen Vertretungen im Ausland weitergeliefert werden müssen.

4.3. Spezifische Bestimmungen in den einzelnen AGB

4.3.1. Definitionen

Die Definition der Individualsoftware in den AGB Lizenzen und die Definition von Standardsoftware in den AGB Werkvertrag dienen je nur der klaren Abgrenzung zur Standardsoftware bzw. zur Individualsoftware. Dass auf die Beschaffung von Standardsoftware nur die AGB Lizenzen und auf die Herstellung von Individualsoftware und die individuelle Änderung und Weiterentwicklung von Standardsoftware nur die AGB Werkvertrag anwendbar sind, geht klar aus den Fussnoten der jeweiligen AGB und deren jeweiligen Ziffern 1.1 in Verbindung mit den erwähnten Definitionen hervor (vgl. auch Ziff. 7.3 AGB Lizenzen e contrario, weil dort nur von Parametrisierung und Interoperabilität die Rede ist).

Allfällige Präzisierungen an den Definitionen (z.B. Incidents) sind auf Vertragsstufe, nicht aber bereits auf AGB-Stufe sachgerecht.

4.3.2. Art und Umfang der Nutzungsrechte sowie von Pflege bzw. Wartung und Support bei Standardsoftware (Ziff. 7 bzw. 12 Lizenz-AGB)

Gemäss AGB Lizenzen richten sich Inhalt, Art und Umfang der Nutzungsrechte an der Standardsoftware (7.1. AGB Lizenzen) und deren Pflege (12.1. AGB Lizenzen) nach der individuellen Vereinbarung im Vertrag. In den weitaus meisten Fällen bieten die Hersteller vorgegebene Lizenz- und Pflegemodelle an, welche der Kunde grundsätzlich unverändert zu übernehmen hat. Regelmässig wird im Vertrag auf eines dieser Lizenz- und Pflegemodelle des Lieferanten Bezug genommen, womit diese Regelung der subsidiären Regelung in den AGB vorgeht.

Das Weiterverässerungsrecht bei gleichzeitiger Aufgabe der eigenen Nutzung entspricht dem heutigen Stand der Rechtsprechung. Von dieser Möglichkeit macht heute insbesondere die SBB Gebrauch. Das Weiterverässerungsrecht insbesondere an andere Einheiten der öffentlichen Hand kann unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit aber auch für andere beteiligte Organisationseinheiten von Interesse sein bzw. ist es z.T. bereits.

4.3.3. Umfang der Schutzrechte an Individualsoftware (25 Werkvertrags-AGB)

Sachlich, räumlich und zeitlich uneingeschränkte Nutzung gemäss Ziff. 25 Werkvertrags AGB ist bei Entwicklungen von Individualsoftware, bei welcher der Besteller Eigentümer wird, als Default-Lösung legitim. Verwendet die Lieferantin für das geschuldete Ergebnis Standardsoftware, hat sie entweder dafür zu sorgen, dass sie dem Besteller auch an dieser das uneingeschränkte Nutzungsrecht einräumen kann, oder ihn ansonsten auf bestehende Einschränkungen hinzuweisen, so dass diese im Vertrag entsprechend vereinbart werden können. Der Besteller muss diese Umstände kennen, da er ansonsten ein erhöhtes Risiko hat, eine Schutzrechtsverletzung zu begehen.

4.3.4. Nutzung der Betriebssoftware bei Hardwarekauf (Ziff. 9 Hardware-AGB)

Mit der Regelung in Ziffer 9 der revidierten AGB Hardware soll sichergestellt werden, dass der Umfang der Nutzungsrechte des Käufers an der untrennbar mit der Hardware verbundene Betriebssoftware den Gebrauch der gekauften Hardware für den vorgesehenen Zweck erlaubt. Weiter wollen die beteiligten Organisationseinheiten die Hardware samt der untrennbar mit ihr verbundenen Betriebssoftware ohne Restriktionen weiterveräußern können, wenn sie sie nicht mehr brauchen.

4.3.5. Ersatzteillieferungen bei Hardwarekauf (Ziff. 6 Hardware-AGB)

Sollten innerhalb der 5-Jahresfrist gewisse Hardware-Ersatzteile nicht mehr exakt so geliefert werden können wie bei Vertragsabschluss, versteht es sich von selbst, dass unter diesen Umständen auch ein gleichwertiges anderes Ersatzteil akzeptiert wird, wenn damit die Funktionstüchtigkeit der gekauften Hardware aufrecht erhalten werden kann. Dasselbe trifft auch auf die untrennbar mit der Hardware verbundene Betriebssoftware zu.

4.3.6. Leistungsänderungen (Ziffn. 8 Werkvertrags- und 10 Dienstleistungs-AGB).

Wenn der Besteller bzw. Auftraggeber eine Leistungsänderung beantragt, muss die Lieferantin bzw. die Auftragnehmerin gemäss neuer Regelung in allen betroffenen AGB mitteilen, welche Auswirkungen das hat, u.a. auch auf den Preis (vgl. Ziffern 10.2 der Dienstleistungs-AGB und 8.2 der Werkvertrag-AGB). Diese neuen Bedingungen müssen dann schriftlich in einem Nachtrag zum Vertrag festgehalten werden. Bei der Mitteilung durch die Lieferantin bzw. Auftragnehmerin und der schriftlichen Regelung im erwähnten Nachtrag sind auch die finanziellen und sonstigen Folgen eines allenfalls vom Besteller bzw. Auftraggeber verlangten Unterbruchs der Arbeiten während dem Änderungsverfahren (vgl. Ziffern 10.5 der Dienstleistungs-AGB und 8.5 der Werkvertrag-AGB) mit zu berücksichtigen.