

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

# Warum aus Auftraggebersicht der EVB-IT Dienstvertrag dringend modifiziert werden muss

Vier der Basis-EVB-IT sind an die in den EVB-IT Systemverträgen und dem EVB-IT Servicevertrag erreichten neuen Standards angepasst worden. So wurden die EVB-IT insgesamt vereinheitlicht. Gegenstand der Veränderung waren insbesondere Regelungen zur IT-Sicherheit, zu den Nutzungsrechten, Verzug, Gewährleistung und Haftung. Auch wurde das Leistungsspektrum des Instandhaltungsvertrages ausgeweitet und den gestiegenen Sicherheitsinteressen der öffentlichen Auftraggeber entsprochen. Der EVB-IT Dienstvertrag aber, der dringend an den neuen Standard angepasst werden müsste, bleibt nach wie vor unverändert.

## 1. Hintergrund

Die ersten sechs EVB-IT Vertragsmuster wurden in den Jahren 1998 bis 2002 in einer Delegation aus Vertretern von verschiedenen IT-Industrieverbänden (ab 2002 zum großen Teil im BITKOM aufgegangen) und einer Arbeitsgruppe der KBSt, der früheren Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik in der Bundesverwaltung erstellt.

Ziel der Delegation war es, die veralteten BVB-Vertragsmuster durch neue EVB-IT Vertragsmuster zu ersetzen. Da ein BVB-Dienstvertrag nicht existierte, ergriff die Auftragnehmerseite die Gelegenheit, und präsentierte der Verhandlungsdelegation einen fertigen, zwangsläufig sehr auftragnehmerfreundlichen Entwurf. Dieser wurde von der Verhandlungsdelegation kaum verändert übernommen und am 01.04.2002 veröffentlicht. Seitdem wird er von den IT-Anbietern wegen der einseitigen Wahrnehmung ihrer Interessen sehr geschätzt.

Nun sind die ersten vier der alten Basis-EVB IT durch neue Vertragsmuster ersetzt worden.

Zunächst wurden im Juli 2015 die EVB-IT Überlassung Typ A (Kauf von Standardsoftware) und die EVB-IT Pflege S Pflege von Standardsoftware veröffentlicht. Es folgten im März 2016 die EVB-IT Kauf (Kauf von Hardware) und die EVB-IT Instandhaltung (Instandhaltung von Hardwareware).

Die neuen Basis-EVB-IT sind an die in den EVB-IT Systemverträgen und dem EVB-IT Servicevertrag erreichten neuen Standards angepasst worden. So wurden die EVB-IT insgesamt vereinheitlicht. Gegenstand der Veränderung waren insbesondere Regelungen zur IT-Sicherheit, zu den Nutzungsrechten, Verzug, Gewährleistung und Haftung. Auch wurde das Leistungsspektrum des Instandhaltungsvertrages ausgeweitet und den gestiegenen Sicherheitsinteressen der öffentlichen Auftraggeber entsprochen.

## 2. Keine Änderung des EVB-IT Dienstvertrages

Der EVB-IT Dienstvertrag aber, der dringend an den neuen Standard angepasst werden müsste, bleibt nach wie vor unverändert.

Dabei müsste besonders dieser Vertragstyp aus folgenden Gründen verändert werden:

- Die AGB des EVB-IT Dienstvertrages enthalten für den Auftraggeber nachteilige Regelungen. Viele AGB-Klauseln wären sogar unwirksam, da sie die Öffentliche Hand unangemessen benachteiligen, würden die Auftragnehmer dieser AGB als Verwender nutzen.
- Die EVB-IT Dienstleistungen sind in die Jahre gekommen und entsprechen zum Teil nicht mehr den von Rechtsprechung und Gesetzgebung aufgestellten Vorgaben an IT-Dienstverträge.
- Es fehlen wichtige Regelungen in den EVB-IT Dienstleistung, die in einem IT-Dienstvertrag unverzichtbar sind.

Dies ist eine ungute Situation für die Öffentliche Hand, zumal über den EVB-IT Dienstvertrag nicht nur IT-Beratung abgewickelt wird, sondern (leider) oft auch Softwareentwicklung, die in der Regel dem Werkvertragsrecht zuzuordnen wäre. Der Vertrag begründet Risiken (siehe unter Nummer 3) in beträchtlichem Ausmaß für die Öffentliche Hand und sollte so schnell wie möglich durch ein modernes, marktübliches, Vertragsmuster ersetzt werden, das die Haftungsrisiken der Parteien nicht einseitig sondern ausgeglichen verteilt.

## 3. Kritikpunkte

Im Folgenden werden die wichtigsten Kritikpunkte an den EVB-IT Dienstleistung (AGB) aufgeführt.

### 3.1 Zusammenarbeit der Vertragspartner

- Die Regelung in Ziffer 2 der AGB ist unzulänglich, da sie keine hinreichenden Regelungen zur Vermeidung von Arbeitnehmerüberlassung und Scheinselbstständigkeit enthält.
- Die Weiterentwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist nicht ausreichend abgebildet.

### 3.2 Austausch von Personen

a. Weder Ziffer 3 der AGB noch das Vertragsmuster helfen zu verhindern, dass der Auftragnehmer seine zur Dienstleistung eingesetzten Mitarbeiter ohne Zustimmung des Auftraggebers auswechselt. Dies ist aber bei Dienstleistungsverträgen, deren Erfolg oft entscheidend von der Qualität eines Beraters abhängt, unverzichtbar.

b. Auch kann der Auftraggeber die Auswechslung einer vom Auftragnehmer zur Vertragserfüllung eingesetzten Person nur dann verlangen, wenn diese wiederholt und schwerwiegend gegen vertragliche Pflichten verstößt (einmal Stehlen reicht also nicht). Das Gesetz sieht schon bei einer einmaligen

schwerwiegenden Pflichtverletzung ein sofortiges fristloses Kündigungsrecht vor. Ein für den Auftraggeber günstiger Dienstvertrag sollte sogar eine Regelung enthalten, mit der es möglich ist, einen Mitarbeiter aus einem Team zu entfernen, wenn er mehr als unwesentlich gegen vertragliche Pflichten verstoßen hat, da bei Dienstleistungen das Vertrauen des Auftraggebers in den Dienstleistenden und seine Mitarbeiter von besonderer Bedeutung ist.

### 3.3 Nutzungsrechte

a. Ziffer 4 der AGB gewährt dem Auftraggeber, der die Dienstleistung immerhin beauftragt und bezahlt hat, sehr eingeschränkte Nutzungsrechte an den Ergebnissen der Dienstleistung (Planungsleistungen, Programmierleistungen als Dienstleistungen, Präsentationen, Stellungnahmen etc.).

- Der Auftraggeber darf die Ergebnisse lediglich nutzen (in der Regel lesen) nicht jedoch bearbeiten, nicht kopieren, nicht weitergeben und nicht unterlizenzieren.
- Dem Auftragnehmer verbleiben ansonsten alle Rechte, nach Belieben mit den Ergebnissen zu verfahren.
- Es gibt keine Regelungen zur Rechteeinräumung an Quellcodes.

Diese Klausel hat in der Vergangenheit großen Ärger und Kosten ausgelöst. So war es oft nachträglich notwendig, mit dem Auftragnehmer über das Recht auf ein Mehr an Nutzung zu verhandeln. Dies war zum Teil gar nicht möglich oder mit hohen zusätzlichen Kosten verbunden.

b. Nummer 6 des Vertragsmusters macht Modifikationen dieser Standardregelung zu Gunsten des Auftraggebers möglich, aber so unzulänglich, dass nur, wenn der Nutzer fundierte Urheberrechtskenntnisse hat, er mit individuellen Anpassungen des Vertrages sicherstellen kann, dass der Auftraggeber nach Erbringung der Dienstleistung über den erforderlichen Umfang an Nutzungsrechten an den Dienstleistungsergebnissen verfügt. Die Vergabestellen verfügen aber in den seltensten Fällen über fundierte Kenntnisse im Urheberrecht. Rechte Regelungen auf Grund von EVB-IT Dienstverträgen sind daher in der Regel unzulänglich und für den Auftraggeber extrem nachteilig.

### 3.4 Vergütung

Die Vergütungsregelung in Ziffer 6 der AGB entspricht nicht mehr dem Standard der seit 2007 neu veröffentlichten EVB-IT Vertragsmuster und sollte entsprechend angepasst werden.

- Es fehlen AGB-feste Regelungen zur Vergütung nach Aufwand mit Obergrenze und Regelungen zu Personalkategorien, Tagessätzen, Pausen.
- Auch ist die Preisanpassungsklausel sehr ungünstig für die Auftraggeberseite, da eine Obergrenze für eine Erhöhung durch den Auftragnehmer nicht festgelegt ist und dem Auftraggeber lediglich ein Kündigungsrecht zusteht, wenn die Erhöhung mehr als 5 Prozent beträgt.

## 3.5 Haftung

a. Ziffer 7.1 der AGB weicht stark vom gesetzlichen Leitbild ab, wonach dem Auftraggeber im Dienstleistungsrecht bei Pflichtverletzungen, wie Verzug oder Schlechtleistung, wirksame Sanktionsmittel in Form

- des Ersatzes des Verzögerungsschadens
- Schadensersatz wegen anderer Pflichtverletzungen
- sowie Schadensersatz statt der Leistung

zur Seite stehen.

Im Rahmen der EVB-IT Dienstleistung verbleibt dem Auftraggeber dagegen nur

- ein Kündigungsrecht bei Verzug und anderen Pflichtverletzungen, wenn er dem Auftragnehmer zuvor erfolglos eine angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung bestimmt hat,
- Zwar ist der Nacherfüllungsanspruch grundsätzlich positiv anzusehen, es ist aber fraglich, ob ein solcher bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung anerkannt würde, da er dem Dienstvertragsrecht unbekannt ist.

b. Gemäß Ziffer 7.3 der AGB sind Schadensersatzansprüche des Auftraggebers bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung völlig ausgeschlossen. Da die meisten Pflichtverletzungen mit leichter Fahrlässigkeit verursacht werden bzw. ein höheres Maß an Verschulden nicht nachgewiesen werden kann, führt diese Regelung in den meisten Fällen zu einem vollständigen Haftungsausschluss. Dieser Umstand allein erklärt schon die hohe Attraktivität, die der EVB-IT Dienstvertrag in Anbieterkreisen genießt.

## 3.6 Wichtige Regelungen in einem IT-Dienstvertrag, die in dem aktuellen EVB-IT Dienstvertragsmuster fehlen

- Regelungen zur Absicherung der Technischen Sicherheit „No Spy“ für die im Rahmen der Dienstleistungen eingesetzten automatisierten Verfahren, wie Lizenzmanagement-, Desktop-Sharing- oder Monitoringtools.
- Regelungen zur Absicherung der Technischen Sicherheit „No Spy“ für die im Rahmen der Dienstleistungen erbrachten IT-Leistungen.
- Regelungen zu Erfindungen, die anlässlich der Dienstleistungen vom Auftragnehmer gemacht werden.
- Regelungen zur Service- und Reaktionszeiten auch für den Fall der Nichteinhaltung, wenn die Dienstleistungen z.B. im Wege einer Rufbereitschaft oder eine Service-Level-Agreements erbracht werden.
- Regelungen zur Laufzeit und Kündigung des Vertrages. Der aktuelle EVB-IT Dienstvertrag regelt lediglich eine einmalig zur erbringende Dienstleistung, nicht aber Dauerschuldverhältnisse.
- Regelungen zu Pflichten des Auftragnehmers nach Vertragsschluss.

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin