

Kooperationsmodelle Verwaltungsdigitalisierung

(OZG-Umsetzung)

Eckpunkte Modell „FIT-Store“

(Stand: 23.04.2020)

A.

Einleitung / Ausgangssituation

- I. Durch das Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – OZG) vom 14.08.2017 sind Bund und Länder verpflichtet, bis spätestens zum Ablauf des fünften auf die Verkündung des OZG folgenden Kalenderjahres – mithin bis zum 30.12.2022 – ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten (§ 1 Abs. 1 OZG).

Zum aktuellen Stand der Umsetzung heißt es in dem Steckbrief zur 30. Sitzung des IT-Planungsrates (IT-PLR) in Berlin am 23.10.2019 (Az.: GS IT-PLR-22001/1#30):

„Die Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes (OZG) ist eine gesamtstaatliche Aufgabe, die zeitlich nur gelingen kann, wenn Bund, Länder und Kommunen gemeinsam kooperativ vorgehen.

Zurzeit verfolgen Bund, Länder und Kommunen grundsätzlich einen kooperativzentralen Ansatz nach dem Solidarprinzip. Dies zeigt sich in dem Ausbau der vorhandenen

Strukturen, wie z. B. der Gremien des IT-Planungsrats und der FITKO AöR, sowie in der Besetzung der 14 Themenfelder und der dazu gehörenden Digitalisierungslabore.

Diesem Ansatz folgend erarbeiten die Themenfelder digitale Lösungen für die insgesamt ca. 370 (575 abzüglich der Typ 1 - Leistungen) OZG-Leistungen. Neben den sogenannten FIM-Modulen werden in einigen Fällen auch Softwarelösungen für die Online-Bereitstellung der Leistung konzipiert.

Damit die Umsetzung des OZG bundesweit effizient, ressourcenschonend und vor allem nachhaltig gelingen kann, muss der hohe Grad der bundesweiten Standardisierung, der mit der o.g. Arbeitsweise erreicht wird, erhalten bleiben. Die Nachnutzung der erarbeiteten Lösungen muss dazu bundesweit einheitlich geregelt sein.

Da bisher keine einheitliche Regelung zu der o.g. Nachnutzung vorliegt, und die ersten Lösungen in Form von unterschiedlichen Kooperationsansätzen bereits in die Praxis überführt werden, wird dem IT-Planungsrat ein Vorgehen zum Erreichen einer einheitlichen Regelung empfohlen.“

- II. Vor diesem Hintergrund diskutieren Bund, Länder und die FITKO (Föderale IT-Kooperation) AöR (FITKO AöR) gegenwärtig über diverse Modelle einer möglichen Kooperation betreffend die OZG-Umsetzung insgesamt (dazu sogleich im Folgenden unter B., C. bzw. G.).
- III. Unabhängig von einem umfassenden Kooperationsmodell bietet die sog. Blaupause „Verwaltungsabkommen zur Umsetzung eines Digitalen [●]“ ein empfohlenes Muster für eine leistungsspezifische Verwaltungsvereinbarung für den länderübergreifenden Betrieb und die Weiterentwicklung einer digitalisierten Leistung.

Die Blaupause stellt eine Arbeitshilfe für die Zwischenphase dar, die für einzelne OZG-Leistungen genutzt werden kann, bis ein übergreifendes, d. h. den gesamten Bereich der OZG-Umsetzung umfassendes, Kooperationsmodell zur Verfügung steht.

Die vergaberechtliche Grundidee der sog. Blaupause ist – im Interesse einer Vergaberechtsfreiheit – die Gestaltung bzw. Darstellung der Voraussetzungen einer (vergaberechtsfreien) horizontalen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB. Hierfür ist es u. a. erforderlich, dass sämtliche an der Kooperation Beteiligten auch eigene Sachleistungsbeiträge erbringen. Diese können sich auch in Hilfs- und Unterstützungspflichten bzw. Pflichten im Hinblick auf die Evaluierung und Weiterentwicklung der Leistungen erschöpfen; nicht ausreichend sind nach derzeit h. M. indes rein finanzielle Beiträge.

B.

Überblick über mögliche Formen für ein Kooperationsmodell

Bezüglich eines den gesamten Bereich der OZG-Umsetzung umfassenden Kooperationsmodells wurden insbesondere folgende Modelle näher in Betracht gezogen:

- **Modell 1a:** Umfassende Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und allen Ländern betreffend den Einsatz und die Weiterentwicklung der OZG-Lösungen gemäß den Anwendungen des IT-Planungsrates (kurz Modell „Umfassende Verwaltungsvereinbarung“)
- **Modell 1b:** Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und kooperationswilligen/kooperationsbereiten Ländern betreffend den Einsatz und die Weiterentwicklung der OZG-Lösungen gemäß den Anwendungen des IT-Planungsrates (kurz Modell „Verwaltungsvereinbarung“)
- **Modell 2a:** Verpflichtende Bereitstellung des Portfolios an OZG-Lösungen durch bzw. über die FITKO AöR (kurz: Modell „FITKO AöR (verpflichtend)“)
- **Modell 2b:** Freiwillige Bereitstellung des Portfolios an OZG-Lösungen durch bzw. über die FITKO AöR (kurz: Modell „FITKO AöR (freiwillig)“ bzw. „FIT-Store“)

Was diesbezügliche Einzelheiten betrifft, sei an dieser Stelle auf die im Anhang unter G. enthaltenen Kurzbeschreibungen verwiesen.

Das zuletzt genannte Modell „FIT-Store“ wird – wie mitgeteilt wurde – in der aktuellen Diskussion präferiert,

vgl. zu den Einzelheiten der Modelle sowie deren Vor- und Nachteilen – neben der Darstellung im Anhang unter G. – insbesondere auch unser Memorandum „Kooperationsmodelle Verwaltungsdigitalisierung (OZG-Umsetzung)“ (Entwurf) vom 16.03.2020,

und soll daher nachfolgend (unter C.) näher dargestellt werden.

C.

Grobskizze Modell „FIT-Store“

- I. Die Grundidee des Modells „FIT-Store“ besteht darin, dass die FITKO AöR gegenüber ihren Trägern, d. h. Bund und Ländern grundsätzlich im Wege von sog. In-house-Geschäften gemäß § 108 Abs. 1 und 4 GWB vergaberechtsfrei Leistungen erbringen kann.

Demzufolge kann ein bei der FITKO AöR gebündeltes Portfolio an OZG-Leistungen von dort aus durch Bund und Länder abgerufen werden.

Im Gegensatz zu den Kooperationsmodellen, die – wie Modell 1a und 1b (s. u. G. I. und G. II.) – auf einer sog. öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB beruhen, können somit auch die Länder Leistungen anderer Länder oder des Bundes nutzen, die selbst keine eigenen Leistungen entwickeln und „im kooperativen Gegenzug“ zur Verfügung stellen können.

- II. Analog zu dem in unserem Memorandum „Umsetzung eines digitalen Wohngeldantrags in einem länderübergreifenden Projekt“ (Entwurf, Stand: 21.05.2019) für das Digitale Wohngeld entwickelten „FITKO AöR – Modell“ Dargestellten, kann sich darüber hinaus auch die FITKO AöR – vergaberechtsfrei – Leistungen von ihren Trägern beschaffen bzw. bei diesen beauftragen. Rechtsdogmatischer Hintergrund dessen sind ebenfalls sog. In-House-Geschäfte, und zwar konkret sog. inverse In-House-Geschäfte im Sinne von § 108 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 GWB im Falle einer gemeinsamen Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 108 Abs. 4 GWB.

Anmerkung: Die Zulässigkeit dieser ist zwar umstritten und bislang nicht abschließend geklärt. Sie lässt sich u. E. jedoch – im Einklang mit der Gesetzesbegründung sowie der herrschenden Auffassung in der (Kommentar-)Literatur – mit (sehr) guten Argumenten vertreten.

- III. Vor diesem Hintergrund können mithin zum einen Bund und Länder von ihnen entwickelte OZG-Lösungen der FITKO AöR (freiwillig) auf vertraglicher Basis zur Verfügung stellen.

Zum anderen wäre es auch denkbar, dass die FITKO AöR bestimmte (OZG und auch Nicht-OZG)Leistungen explizit bei ausgewählten Ländern beauftragt. (Ergänzend dazu käme selbstverständlich auch eine Beauftragung privater Dritter im Wege ordnungsgemäßer Vergabeverfahren in Betracht.) Die Vergütung der Erstentwicklung könnte dabei durch die FITKO AöR aus dem sog. Digitalisierungsbudget (soweit es sich um OZG-Leistungen handelt) bzw. aus IT-PLR-Mitteln erfolgen (entsprechende Beschlüsse vorausgesetzt) und müssten nicht zwingend auf die an der (Nach-)Nutzung interessierten Länder umgelegt werden. Die laufenden Betriebs- und Weiterentwicklungskosten müssten dagegen sach- bzw. verursachungsgerecht auf die an der (Nach-)Nutzung interessierten Länder umgelegt werden. Denkbar wäre auch, dass die Kosten für Weiterentwicklung und Betrieb in den Wirtschaftsplan der FITKO AöR übernommen werden,

analog zu anderen Produkten des IT-PLR. Damit würden – analog zu anderen Produkten des IT-PLR – alle Länder per festgelegtem Schlüssel die Finanzierung mittragen, und zwar unabhängig davon, ob sie das konkret in Rede stehende Produkt nachnutzen oder nicht.

IV. Die in letzterem Sinne beauftragten Länder könnten die ihnen danach obliegenden Leistungspflichten dann – ggf. ebenfalls vergaberechtsfrei – durch

- unselbständige Landesbetriebs (wie z. B. den Landesbetrieb IT.NRW) oder
- (in-house-fähige) IT-Dienstleister in öffentlich-rechtlicher Organisationsform (wie z. B. die Dataport AöR) oder in privat-rechtlicher Organisationsform (wie z. B. die DVZ GmbH, eine 100 %ige Tochtergesellschaft des Landes Mecklenburg-Vorpommern)

erfüllen lassen.

V. Die auf diesem Wege in dem FIT-Store angebotenen (OZG-)Lösungen können – wie gesagt – von den die FITKO AöR beherrschenden Trägern, d. h. Bund und Ländern, je nach Bedarf abgerufen werden.

Dies soll – im Interesse der Reduzierung des Verwaltungs- bzw. Vertragsmanagementaufwandes der FITKO AöR – auf der Basis möglichst standardisierter Vertragsbedingungen erfolgen, wobei regelungsbedürftige Punkte u. a. bzw. insbesondere – und im Wesentlichen – die konkreten (Nach-)Nutzungsbedingungen, Lizenzrechte, Kosten, Haftung, Vertragsdauer/Kündigungsmöglichkeiten, der Datenschutz sowie ggf. die Produktweiterentwicklung sind.

VI. Ebenfalls auf Basis möglichst einheitlicher und standardisierter Vertragsbedingungen soll(te) der Erwerb der Vermarktungsrechte durch die FITKO AöR von den Ländern erfolgen.

Die insoweit regelungsbedürftigen Punkte betreffen – spiegelbildlich und im Wesentlichen – ebenfalls die konkreten (Nach-)Nutzungsbedingungen, Lizenzrechte, Kosten, Haftung, Vertragsdauer/Kündigungsmöglichkeiten, den Datenschutz sowie ggf. die Produktweiterentwicklung.

Anmerkungen: Um diesbezügliche rechtliche Grundstrukturen und diesbezügliche Einzelheiten zu formulieren, erscheint es zweckmäßig, sich zunächst mit den in technischer und organisatorischer Hinsicht Verantwortlichen auszutauschen, um die technisch-organisatorischen Strukturen,

die rechtlich abgebildet bzw. eingekleidet werden müssen, in Erfahrung zu bringen und zu verstehen.

Zudem ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Länder mit ihren jeweiligen IT-Dienstleistern etc., klären und abstimmen müssen, dass diese ihrerseits die Länder in die Lage versetzen, die gegenüber der FITKO AöR übernommenen Pflichten (z. B. hinsichtlich der [Lizenz-] Rechteeinräumung etc.) erfüllen zu können.

- VII. Hinsichtlich der Kosten wird – wie bereits oben unter C. III. dargestellt – angestrebt, dass die an der (Nach-)Nutzung interessierten Länder nicht mit den Erstentwicklungskosten belastet werden sollen, sondern lediglich mit den Kosten für Weiterentwicklung und Betrieb. Auch wenn diesbezügliche Einzelheiten noch klärungsbedürftig sind, ist – vor allem auch aus vergaberechtlicher Sicht – indes zu beachten, dass jedenfalls die Kosten für die Weiterentwicklung und den Betrieb der IT-Lösungen in Rechnung gestellt und vergütet werden, und zwar jeweils entlang der beschriebenen Leistungskette.

Anmerkung: Der Klarstellung halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass eine alternativ denkbare Gestaltung, bei der die FITKO AöR lediglich eine reine Vermittlerrolle zwischen den einzelnen Ländern dergestalt einnehmen würde, dass sie den „FIT-Store“ lediglich moderiert und Vertragsabschlüsse der Länder untereinander vermarktet, der vergaberechtlichen Grundidee des Modells zuwiderlaufen und zu vergaberechtlichen Problemen führen würde. Denn die FITKO AöR könnte – in Ansehung der zu ihren Trägern (wohl) bestehenden In-House-Fähigkeit zwar vergaberechtsfrei die entsprechenden Vermittlungsleistungen bringen. Der Austausch der OZG-Leistungen würde dann – bei wirtschaftlich-funktionaler Betrachtung – aber unmittelbar zwischen den betroffenen Ländern erfolgen und wäre mithin nicht bzw. jedenfalls nicht ohne weiteres vergaberechtsfrei möglich.

- VIII. Im Hinblick auf die nicht an der FITKO AöR als Träger beteiligten Kommunen ist beabsichtigt, dass diesen – über das jeweilige Land – die Mit-/Nachnutzung der IT-Lösungen unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird, und zwar sowohl bezogen auf Erstentwicklungs-, Weiterentwicklungs- als auch Betriebskosten.

D.

Klärungsbedürftige Fragen

Mit Blick auf die nähere Ausgestaltung des Modells „FIT-Store“ und die Erarbeitung erster Entwürfe der angesprochenen standardisierten Vertragsmuster etc. erscheinen insbesondere folgende Fragen klärungsbedürftig:

I. Technisch-organisatorische Strukturen der Leistungskette

Wie oben unter C. VI. angemerkt, sollten zunächst insbesondere die technisch-organisatorischen Strukturen, die rechtlich abgebildet bzw. eingekleidet werden müssen, geklärt werden. Zu klären ist insbesondere, worin die zur Verfügung zu stellenden Leistungen genau bestehen: Handelt es sich z. B. um eine Software, die auch in anderen (eigenen) Umgebungen (frei von Rechten Dritter) betrieben werden kann oder kann die Nachnutzung nur in der Art erfolgen, dass der Betrieb (in welchem Umfang) vom umsetzenden Land mit eingekauft werden muss? Ist eine bestimmte Umgebung (z. B. Vorhandensein einer Oracle-Datenbank, SAP-Umgebung mit entsprechenden Lizenzen etc.) erforderlich? Wurde Open-Source-Software verwendet?

Hinweis: Das „technische“ Modell der FITKO AöR würde die Software in einem Container (z. B. Docker) oder als SaaS (Software as a Service) vorsehen. Letzteres in dem Sinne, dass ein Land einen eigenen „Mandanten“ auf einem System eines anderen Landes bekommt und die Verfahren entsprechend mit nutzen kann.

II. Lizenzrechte

Von besonderer Relevanz erscheint die Klärung der sich aufdrängenden lizenzrechtlichen Fragen, insbesondere ob von den betroffenen Ländern und deren jeweils mit involvierten IT-Dienstleistern sichergestellt werden kann, dass der FITKO AöR und (über diese) dem Endnutzer alle für das dauerhafte Funktionieren des Modells (einschließlich aller Nachnutzungen, auch auf kommunaler Ebene, sowie Weiterentwicklung etc.) notwendigen Lizenzrechte eingeräumt/übertragen werden können. Insbesondere sind dabei – wie unter D. I. bereits aufgezählt – die Umgebungsbedingungen und damit auch Rechte Dritter mit abzuklären.

Hinweise: Aus lizenzrechtlicher Sicht ist dabei zunächst zwischen den zwei nach dem Modell maßgeblichen Vertragsverhältnissen zu unterscheiden: dem Lizenzvertrag zwischen dem umsetzenden Land und der FITKO AöR sowie dem Lizenzvertrag zwischen der FITKO AöR und dem nachnutzenden Land.

Hinsichtlich der Art der einzuräumen der Lizenz werden insbesondere fünf Kategorien unterschieden:

- Exklusives (oder auch ausschließliches) oder einfaches Nutzungsrecht: exklusives Nutzungsrecht bedeutet, dass der Nutzungsberechtigte die Nutzungsrechte allein, d. h. unter Ausschluss aller Personen, einschließlich des Urhebers nutzen darf; bei einem einfachen Nutzungsrecht darf der Urheber weitere Lizenzen an Dritte vergeben
- Übertragbares oder nicht übertragbares Nutzungsrecht: Bei einem übertragbare Nutzungsrecht darf der Lizenznehmer sein Nutzungsrecht an einen Dritten übertragen (er selbst hat dann keins mehr); bei einem nicht übertragbaren Nutzungsrecht ist dies nicht möglich.
- Unterlizenzierbares oder nicht unterlizenzierbares Nutzungsrecht: vorliegen müsste ein an die nachnutzenden Länder unterlizenzierbares Nutzungsrecht vereinbart werden; zudem sollte auch geregelt werden, dass auch die nachnutzenden Länder selbst Nutzungsrechte an die Kommunen unterlizenzieren dürfen.
- Räumlich beschränktes oder unbeschränktes Nutzungsrecht: Beschreibt eine gegebenenfalls territoriale Beschränkung der Nutzung.
- Inhaltlich beschränktes oder unbeschränktes Nutzungsrecht: Beschreibt die inhaltliche Ausgestaltung des Nutzungsrechts (zum Beispiel Anzahl der Lizenzen, Umfang der erlaubten Nutzung, Erstellung von Kopien, Bearbeitung etc.).

Vorliegend besteht die Besonderheit, dass die FITKO AöR selbst kein eigenes Nutzungsrecht benötigt, sondern „nur“ berechtigt sein muss, Nutzungsrechte an die nachnutzenden Länder „weiterzugeben“. **Voraussetzung ist dabei jedoch stets, dass das umsetzende Land die Lizenzrechte, die es an FITKO einräumen will, selbst innehat und auch zu der Einräumung an FITKO selbst berechtigt ist. Dies sollte in einem ersten Schritt geprüft und gegebenenfalls durch eine ergänzende Vereinbarung zwischen dem umsetzenden Land und dem IT-Dienstleister sichergestellt werden.** Wenn das umsetzende Land gegenüber der FITKO AöR Nutzungsrechte zusagt, die es nach dem Vertrag mit dem eigenen IT-Dienstleister nicht hat bzw. zumindest nicht befugt ist, diese einem Dritten einzuräumen, stellt dies nicht nur eine Vertragsverletzung des umsetzenden Landes gegenüber seinem IT-Dienstleister dar, sondern hat

auch erhebliche Auswirkungen auf die Nutzungsrechteeinräumung gegenüber der FITKO AöR. Die Nutzungsrechteeinräumung an die FITKO AöR ist dann nicht erfolgt und der IT-Dienstleister hat einen Anspruch gegenüber der FITKO AöR auf Unterlassung der Nutzung und gegebenenfalls Schadensersatz.

III. Haftung

Aus Sicht der umsetzenden Länder, die die Erstentwicklung der jeweiligen OZG-Lösung regelmäßig finanziert haben, stellt sich zudem die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang bzw. mit welchen Privilegierungen sie gegenüber der FITKO AöR für Nicht- und Schlechtleistungen etc. ggf. nur haften wollen.

Korrespondierend hiermit stellt sich aus Sicht der nachnutzenden Länder, welche immerhin für die laufenden Betriebs- und Weiterentwicklungskosten aufkommen müssen, dagegen die Frage, an welcher Haftung sie gegenüber der FITKO AöR für Nicht- und Schlechtleistungen etc. interessiert sind.

Hier bedarf es eines sachgerechten Interessenausgleichs unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der FITKO AöR.

IV. Finanzierung bzw. technische Möglichkeit und Sicherstellung der Erfassung genauer (verursachungsgerechter) Fallzahlen

Klärungsbedürftig sind des Weiteren auch noch die Einzelheiten der Finanzierung bzw. – da die Umlage der insoweit wohl nur in Rede stehenden laufenden Betriebs- und Weiterentwicklungskosten aus rechtlichen Gründen verursachungsgerecht (und unter Berücksichtigung des Öffentlichen Preisrechts) erfolgen muss – die Möglichkeit, die jeweiligen Verursachungsbeiträge (z. B. auf Basis von zu bearbeitenden Fällen/Anträgen u. ä.) technisch hinreichend detailliert erfassen und abbilden zu können.

Hier ist u. a. zu entscheiden, ob die Kostenkalkulation dem umsetzenden Land überlassen bleibt; die kalkulierten Preise sind dann Bestandteil des Angebotes zur Vermarktung gegenüber der FITKO AöR. Alternativ sind ein oder auch mehrere Kostenkalkulationsmodelle zu entwickeln und in die Vertragsbedingungen zwischen umsetzenden Land / FITKO AöR sowie FITKO AöR / nachnutzendem Land aufzunehmen.

Alternativ werden die Leistungen, wenn sie in den FIT-Store eingestellt werden, zu „Produkten des IT-PLR“. Dann würde die Finanzierung nach einem festgelegten

Schlüssel durch alle Länder / Bund erfolgen und die Kosten hierfür in den Wirtschaftsplan des IT-PLR eingestellt werden. Der Abruf wäre dann kostenfrei, da die Leistungen bereits finanziert sind.

V. Weiterentwicklung / Mitspracherechte

Klärungsbedürftig erscheint ferner, wie genau der Prozess der Weiterentwicklung der OZG-Lösungen im Zusammenwirken von umsetzenden Land einerseits sowie FITKO AöR und nachnutzenden Ländern andererseits ausgestaltet werden soll. Mit anderen Worten:

- Wer hat konkret welche Mitsprache- und/oder (Letzt-)Entscheidungsrechte?
- Wie werden diesbezügliche Entscheidungen gesteuert und – insbesondere bei eventueller Uneinigkeit – getroffen?
- Sollen für die Weiterentwicklung gewisse Mindeststandards gelten und wenn ja, durch wen sollen diese definiert und ggf. kontrolliert werden?

Hinweis: Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei dem FIT-Store-Modell – anders als bei den auf § 108 Abs. 6 GWB beruhenden Modellen – nicht um ein Kooperationsmodell i. e. S. handelt, sondern jeweils „nur“ separate Vertragsverhältnisse zwischen FITKO AöR und umsetzenden Land einerseits sowie FITKO AöR und nachnutzenden Ländern andererseits existieren. Vorstellbar erscheint daher (wohl) noch am ehesten, dass Weiterentwicklungswünsche von einem nachnutzenden Land an die FITKO AöR herangetragen werden können, die Wünsche sodann von der FITKO AöR gesammelt und mit dem umsetzenden Land besprochen werden, die Umsetzungsentscheidung indes letztlich bei dem umsetzenden Land liegt. Konkrete Mitspracherechte gäbe es nicht. Mindeststandards (Kernfunktionen) müssten im Vertragsverhältnis zwischen umsetzenden Land und FITKO AöR festgeschrieben werden. Den Rest müsste insoweit der Markt regeln. Etwas anderes könnte indes im Falle einer Finanzierung über den Wirtschaftsplan der FITKO AöR gelten. In dieser Fallkonstellation erscheint es sachgerecht, zumindest der FITKO AöR ein Mitsprache-/Mitbestimmungsrecht gegenüber dem umsetzenden Land einzuräumen.

VI. Kündigungsszenarien

Klärungsbedürftig erscheinen zudem die sich im Zusammenhang mit Kündigungsszenarien stellenden Fragen, wie z. B.

- Welche Kündigungsgründe und welche Kündigungsfristen kann/soll es in den unterschiedlichen Vertragsverhältnissen geben?
- Was passiert, wenn das umsetzende Land seine Leistung (Betrieb und Weiterentwicklung) einstellt (kündigt)? Welche Kündigungsgründe sind denkbar, welche Kündigungsfristen sind erforderlich, welche Auswirkungen auf Lizenzen hat die Kündigung?
- Welche Auswirkungen hat eine Kündigung durch ein nachnutzendes Land auf die Kostenkalkulation für die verbleibenden Nutzer? Welche Kündigungsgründe sind denkbar, welche Kündigungsfristen sind einzuhalten?

VII. Mechanismus zur Regelung von Streitigkeiten

Zu überlegen wäre u. E. auch, ob und wenn ja, welche besonderen Mechanismen (z. B. Schlichtungsstelle, Schiedsgericht o. ä.) ggf. zur Regelung von Streitigkeiten unter den Beteiligten vorgesehen werden sollen?

VIII. Rolle / Beauftragung und Ausstattung der FITKO AöR

Klärungsbedürftig erscheint zudem die Frage, wie eine hinreichende finanzielle, personelle und sachliche Ausstattung der FITKO AöR erfolgt, damit diese die ihr konkret zugedachte Rolle auch sachgerecht ausfüllen kann?

Hinweis: Da die FITKO AöR überdies nur vom IT-Planungsrat beauftragt werden kann, müsste auch ein entsprechender Beschluss des IT-Planungsrates betreffend das zukünftige Agieren der FITKO AöR herbeigeführt werden.

IX. In-House-Fähigkeit der IT-Dienstleister

Wenn und soweit die an der Kooperation beteiligten umsetzenden Länder Leistungen nicht selbst bzw. durch einen unselbständigen Landesbetrieb (wie z. B. IT.NRW) erbringen, sondern sich dazu (ohne Ausschreibung) juristisch selbstständiger (eigener) IT-Dienstleister bedienen wollen, stellt sich die Frage:

- Ist der jeweilige vom Land für die Leistungserbringung vorgesehene IT-Dienstleister in-house-fähig im Sinne von § 108 GWB?

Hinweis: Da die Vergaberechtsfreiheit des Modells insgesamt davon abhängt, dass die für die Leistungserstellung vorgesehenen IT-Dienstleister der Länder im Verhältnis zu

ihrem jeweiligen Trägerland bzw. ihren jeweiligen Trägerländern in-house-fähig sind, sollten alle an dem Kooperationsmodell als umsetzende Länder Beteiligten zudem – in eigener Verantwortung – sicherstellen, dass die entsprechende In-House-Fähigkeit im Sinne von § 108 GWB gewährleistet ist.

Unabhängig davon können die Länder selbstverständlich auch private Dritter im Wege ordnungsgemäßer Vergabeverfahren beauftragen.

E.

Handlungsempfehlung und weitere Vorgehensweise

Es erscheint u. E. empfehlenswert, die vorstehend unter D. aufgeführten Fragen im Rahmen des Workshops am 05.05.2020 und auf Basis der dort erarbeiteten Einschätzung sowie ggf. im Rahmen der nächsten AL-Runde(n) „OZG-Umsetzung“ oder in einem anderen geeigneten Gremium mit den Ländern/Ländervertretern zu thematisieren und zu klären.

Zur Strukturierung dieses Abstimmungs- und Entscheidungsprozesses könnte es u. U. auch hilfreich sein, von Seiten des Bundes bestimmte Präferenzen und Empfehlungen auszusprechen.

Bei Bedarf unterstützen wir diesen Prozess sehr gerne.

F.

Schlussbemerkungen und Ausblick

Da das derzeit – nach unserem Verständnis insbesondere aus Gründen der politischen Durchsetzbarkeit und Akzeptanz – präferierte Modell „FIT-Store“ – anders als beispielsweise die oben unter B. genannten und nachfolgend unter G. I. und G. II. näher beschriebenen Modelle 1a und 1b – ein Modell darstellt, das nicht (zwingend) sämtliche in Rede stehenden OZG-Leistungen umfasst, sondern vielmehr nur eine „Kooperation der Willigen“ darstellt, erscheint es realistisch, dass es daneben noch andere Kooperationsformen geben wird.

Teilweise werden diese anderen Kooperationsprojekte ggf. in das Modell „FIT-Store“ überführt werden können und in diesem aufgehen. Teilweise werden diese anderen Kooperationsprojekte aber wohl auch mittel- bis langfristig parallel existieren.

So erscheint es insbesondere fraglich und eher fernliegend, dass beispielsweise ein länderübergreifendes Kooperationsprojekt, das auf der sog. Blaupause (s. o. unter A. III.) oder in ähnlicher Form aufgesetzt wurde, in das Modell „FIT-Store“ überführt wird. Denn dem damit verbundenen Verwaltungs(mehr)aufwand der Beteiligten stünde – abgesehen von der Vereinheitlichung der OZG-Landschaft – wohl kein wirklicher Zugewinn gegenüber, zumal auch die auf der sog. Blaupause basierenden Verwaltungsabkommen offen für die Beitritte weiterer Länder gestaltet sind.

Denkbar erscheint es hingegen, dass die FITKO AöR in Bezug auf diese alternativen Kooperationsprojekte zukünftig u. U. – und bei Bedarf – eine Art Koordinierungs- und Vermittlungsrolle einnehmen könnte, um an der Nutzung einer bestimmten OZG-Lösung interessierte Länder mit solchen Ländern zusammenzubringen, die bereits im Rahmen einer entsprechenden Verwaltungsvereinbarung eine solche OZG-Lösung entwickelt haben und teilen.

Anmerkung: Aus vergaberechtlicher Sicht ist dabei schließlich auch zu beachten, dass dem Nutzungsinteresse weiterer Länder vornehmlich nur durch einen Beitritt zu den bestehenden Verwaltungsvereinbarungen Rechnung getragen werden kann. Zwar wäre es auch denkbar, dass die Kooperationsbeteiligten ihre jeweilige OZG-Lösung – über das „FIT-Store“-Modell der FITKO AöR bzw. Dritten zur Verfügung stellen. Allerdings wäre dies – mit Blick auf § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB – nur im Rahmen der dort normierten 20 %-Grenze möglich. Anderenfalls würde die betroffene Verwaltungsvereinbarung ihre (regelmäßig) auf § 108 Abs. 6 GWB beruhende Vergaberechtsfreiheit verlieren. Die entgeltliche Zurverfügungstellung von OZG-Lösungen außerhalb dafür existierender Verwaltungsvereinbarungen kann/sollte daher immer nur einen atypischen (Ausnahme-)Fall darstellen bzw. darf nicht zu einem Verstoß gegen § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB führen.

Wenn und soweit die FITKO AöR eine derartige Art Koordinierungs- und Vermittlungsrolle (in nennenswertem Maße) einnehmen sollte, würde dies letztlich zu einer Art „Hybrid-Modell“ führen.

G.

Anhang: Kurzbeschreibungen möglicher (alternativer) Formen für ein Kooperationsmodell

Wie oben unter B. gesagt, wurden – alternativ zum dem oben unter C. dargestellten Modell „FIT-Store“ – noch weitere Modelle in Betracht gezogen, die hier – der Vollständigkeit halber – kurz beschrieben werden sollen:

I. Modell 1a: Umfassende Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und allen Ländern betreffend den Einsatz und die Weiterentwicklung der OZG-Lösungen gemäß den Anwendungen des IT-Planungsrates (kurz Modell „Umfassende Verwaltungsvereinbarung“)

1. Die Grundidee dieses Modells besteht – ähnlich wie die der sog. Blaupause – darin, dass der Bund und (sämtliche) Länder eine übergreifende und umfassende (Rahmen-) Verwaltungsvereinbarung im Sinne einer (vergaberechtsfreien) horizontalen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB schließen, die zum einen die (Haupt-)Verantwortlichkeiten von Bund und Ländern für die einzelnen Bereiche der Verwaltungsdigitalisierung (insgesamt wohl mehr als 600 Digitalisierungsprojekte / Themenfelder) regelt und zum anderen allgemeine und einheitliche Rahmenregelungen für die (Mit-)Nutzung der von den jeweils „federführenden“ Beteiligten entwickelten IT-Lösungen durch die übrigen Kooperationsbeteiligten enthält.

Insoweit verpflichten sich der Bund und die Länder, für die von ihm/ihnen übernommenen Themenfelder IT-Lösungen zu entwickeln und diese den übrigen Kooperationsbeteiligten zur (Mit-)Nutzung zu Verfügung zu stellen.

Einzelheiten der Mitnutzung sollen ggf. im Rahmen von standardisierten Individualvereinbarungen unter dem „Dach“ bzw. im Rahmen dieser (Rahmen-)Vereinbarung geregelt werden.

2. Ihre im Rahmen dieser Verwaltungsvereinbarung übernommenen Leistungspflichten betreffend Erstentwicklung, Betrieb und Weiterentwicklung der IT-Lösungen werden die Kooperationsbeteiligten teilweise unmittelbar selbst bzw. durch unselbstständige Eigenbetrieb, wie z. B. im Falle des Landes Nordrhein-Westfalen, den Landesbetrieb IT.NRW erfüllen.

Zum großen Teil werden sie dabei jedoch auch Dritte unterbeauftragen. Hierbei kann es sich zum einen um

- bundes- oder landeseigene IT-Dienstleister in privatrechtlicher Form, wie z. B. die Bundesdruckerei GmbH oder die DVZ GmbH (eine 100 %ige Tochtergesellschaft des Landes Mecklenburg-Vorpommern), oder um

- IT-Dienstleister in öffentlich-rechtlicher Organisationsform, wie z. B. die Dataport AöR,

handeln, welche jeweils ggf. im Wege von vergaberechtsfreien In-House-Geschäften beauftragt werden können, soweit die dafür erforderlichen Voraussetzungen gemäß § 108 Abs. 1 bis 5 GWB vorliegen.

Zum anderen ist die Beauftragung privater Dritter (im Wege eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens) denkbar.

3. Noch nicht abschließend entschieden ist, wie mit den Erstentwicklungskosten für die einzelnen IT-Lösungen umgegangen werden soll. Nach dem aktuellen Stand der Diskussion sollen diese wohl von dem jeweils federführend verantwortlichen Kooperationspartner allein getragen werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich mit Blick darauf, dass alle Kooperationspartner für die in ihrer Verantwortung liegenden Themenfelder Erstentwicklungskosten übernehmen, diese insgesamt ausgleichen.

Die Kosten für den Betrieb- und die Weiterentwicklung sollen dagegen gemäß einem noch zu definierenden Schlüssel – sach- bzw. verursachungsgerecht – unter den Kooperationspartnern aufgeteilt werden.

4. Im Hinblick auf die nicht an der Verwaltungsvereinbarung beteiligten Kommunen ist beabsichtigt, dass diesen – über das jeweilige Land – die Mit-/Nachnutzung der IT-Lösungen unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird, und zwar sowohl bezogen auf Erstentwicklungs-, Weiterentwicklungs- als auch Betriebskosten.
5. Die FITKO AöR soll im Rahmen dieses Modells ggf. als (koordinierende) Geschäftsstelle fungieren.

II. Modell 1b: Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und kooperationswilligen/kooperationsbereiten Ländern betreffend den Einsatz und die Weiterentwicklung der OZG-Lösungen gemäß den Anwendungen des IT-Planungsrates (kurz Modell „Verwaltungsvereinbarung“)

Im Sinne einer Abwandlung des vorstehend beschriebenen Modells wird – mit Blick auf die von einigen Ländern im Hinblick auf einen Kooperationswillen bzw. eine Kooperationsbereitschaft signalisierten Bedenken – auch ein Modell erwogen, bei dem sich lediglich die kooperationswilligen/kooperationsbereiten Länder beteiligen. Der sachliche Umfang der Kooperation würde sich dann nur auf die von den kooperierenden Ländern

abgedeckten Themenfelder beschränken, wobei eine sukzessive Ausweitung durch den späteren Beitritt weiterer Länder denkbar ist.

III. Modell 2a: Verpflichtende Bereitstellung des Portfolios an OZG-Lösungen durch bzw. über die FITKO AöR (kurz: Modell „FITKO AöR (verpflichtend)“)

1. Die Grundidee dieses Modells besteht darin, dass – analog zu dem in unserem Memorandum „Umsetzung eines digitalen Wohngeldantrags in einem länderübergreifenden Projekt“ (Entwurf, Stand: 21.05.2019) für das Digitale Wohngeld entwickelten „FITKO AöR – Modell“ – die FITKO AöR im Wege von sog. In-house-Geschäften gemäß § 108 Abs. 1 und 4 GWB durch den Bund und alle Länder (in Abstimmung mit dem IT-PLR) mit der Entwicklung und Zurverfügungstellung der OZG-Lösungen beauftragt wird und diese für Bund und Länder erbringt.
2. Die FITKO AöR wird die insoweit von ihr gegenüber Bund und Ländern übernommene Leistungspflichten allerdings nicht (unmittelbar) selbst erfüllen, sondern – im Wege von sog. inversen In-House-Geschäften gemäß § 108 Abs. 3 und 4 GWB ein oder mehrere Länder (und/oder den Bund) mit der Realisierung der OZG-Leistung beauftragen.
3. Die insoweit beauftragten Länder können die ihnen danach obliegenden Leistungspflichten dann – ggf. ebenfalls vergaberechtsfrei – durch
 - unselbständige Landesbetriebs (wie z. B. den Landesbetrieb IT.NRW) oder
 - (in-house-fähige) IT-Dienstleister in öffentlich-rechtlicher Organisationsform (wie z. B. die Dataport AöR) oder in privat-rechtlicher Organisationsform (wie z. B. die DVZ GmbH, eine 100 %ige Tochtergesellschaft des Landes Mecklenburg-Vorpommern)

erfüllen lassen.

In Betracht käme indes auch eine Beauftragung privater Dritter (im Wege ordnungsgemäßer Vergabeverfahren).

4. Das auf diesem Wege bei der FITKO AöR gebündelte Portfolio an OZG-Lösungen kann dort von den die FITKO AöR beherrschenden Trägern, d. h. Bund und Ländern, je nach Bedarf abgerufen werden.
5. Hinsichtlich der Kosten wird insoweit eine – jedenfalls im wirtschaftlichen Ergebnis – gleiche Situation angestrebt, wie bei dem Modell 1 (Verwaltungsvereinbarung). D. h.,

die Erstentwicklungskosten gehen zu Lasten des/der jeweils entwickelnden Landes/Länder; die Kosten für Weiterentwicklung und Betrieb werden auf alle bzw. zumindest alle mitnutzenden Länder umgelegt. Diesbezügliche Einzelheiten sind noch klärungsbedürftig.

Im Hinblick auf die nicht an der FITKO AöR als Träger beteiligten Kommunen ist auch insoweit (wie bei Modell 1 [Verwaltungsvereinbarung]) beabsichtigt, dass diesen – über das jeweilige Land – die Mit-/Nachnutzung der IT-Lösungen unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird, und zwar sowohl bezogen auf Erstentwicklungs-, Weiterentwicklungs- als auch Betriebskosten.

IV. Modell 2b: Freiwillige Bereitstellung des Portfolios an OZG-Lösungen durch bzw. über die FITKO AöR (kurz: Modell „FITKO AöR [freiwillig]“ bzw. „FIT-Store“)

Im Sinne einer Abwandlung des vorstehend beschriebenen Modells wurde schließlich das – letztlich präferierte und bereits oben unter C. näher beschriebene – Modell „FITKO AöR [freiwillig]“ bzw. „FIT-Store“ erwogen.
