

**Rechtswissenschaftliche Evaluierung
der „Kieler Beschlüsse“ (EvaKB)
im Auftrag
des
IT-Planungsrates
- Projektdokumentation & Gutachten -**

Institute of Electronic Business e.V.
An-Institut an der Universität der Künste Berlin
Hardenbergstraße 19, 10623 Berlin

Sitz der Gesellschaft: Berlin
AG Charlottenburg
Vorstand: Thomas Flum, Olaf Schulz, Martin Urban, Prof. Martin Rennert
Steuernr. 27/640/54212, USt-ID: DE 205 129 917, VR 19106B

Original

Frankfurt, 16. November 2012

Büsing, Müffelman & Theye
Taunusanlage 18
60325 Frankfurt am Main

Sitz der Gesellschaft: Bremen, Frankfurt, Berlin, München
Partnerschaftsregister: AG Bremen Nr. 91
Steuernr. 73 512 373 03
USt-ID: DE 11 43 92 504



Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	4
1.1	Projektauftrag.....	4
1.2	Hintergrund	4
2	Ergebnis und Handlungsempfehlungen.....	6
2.1	Ergebnis.....	6
2.1.1	Überblick.....	6
2.1.2	Erläuterungen	7
2.2	Handlungsempfehlungen	8
3	Übersicht der Arbeitspakete	9
4	Interne Bestandsaufnahme (Arbeitspakete 1.1).....	9
5	Qualitative Experteninterviews (Arbeitspaket 1.2)	10
5.1	Methode.....	10
5.2	Resultate der Experteninterviews.....	12
5.2.1	Status Quo	12
5.2.2	Kernaussagen zu Kooperationen	18
5.2.3	Vorschläge der Interviewpartner zur zukünftigen Ausgestaltung der Kieler Beschlüsse.....	21
5.3	Zusammenfassung der Interviewergebnisse	22
6	Matching: Bestandsaufnahme – Experteninterviews (Arbeitspaket 2)	25
7	Rechtliche Analyse (Arbeitspaket 3).....	28
7.1	Inhalt der Analyse	28
7.2	Einordnung Kieler Beschlüsse / Rechtsnatur.....	28
7.3	Vergaberechtliche Bewertung	29
7.3.1	Szenario 1.....	31
7.3.2	Szenario 2.....	40
7.3.3	Szenario 3.....	52
7.3.4	Szenario 4.....	54
7.3.5	Szenario 5.....	56



7.3.6	Szenario 6	56
7.4	Wettbewerbsrechtliche Bewertung	57
7.5	Urheberrechtliche Bewertung	58
7.6	Haushaltsrechtliche Bewertung	59
7.7	Steuerrechtliche Bewertung	60
7.8	Zusammenfassung der rechtlichen Analyse	62

1 Einleitung

1.1 Projektauftrag

Laut Beschluss des IT-Planungsrates vom 13.10.2011 ist im Auftrag und unter Federführung des Landes Hessen eine rechtswissenschaftliche Evaluierung der Kieler Beschlüsse unter besonderer Berücksichtigung des Vergabe- und Europäischen Rechts durchzuführen.

Die Kieler Beschlüsse gehen auf das Jahr 1968 zurück und dienen der öffentlichen Verwaltung als Basis für viele Kooperationen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden im DV-Bereich. Die letzte Aktualisierung der Kieler Beschlüsse erfolgte im Jahre 1979 und damit vor mehr als 30 Jahren. Zwar hat der Kooperationsausschuss ADV Bund/Länder/kommunaler Bereich (KoopA) die Aussagen der Kieler Beschlüsse nochmals im Jahre 2002 mit Beschluss vom 15. Juli (Nr. 3U- 07/2002) bestätigt, eine Überarbeitung der Beschlüsse erfolgte jedoch nicht. Aufgrund veränderter gesellschaftlicher und technologischer Rahmenbedingungen bestehen daher Unsicherheiten über die Wertigkeit der Kieler Beschlüsse, die es zu identifizieren und zu benennen gilt.

Ziel der Evaluierung ist eine Analyse und Bewertung der Kieler Beschlüsse unter Darstellung des „Königsteiner Schlüssels“ als Baustein sowie eine abschließende Wertung und Empfehlung bezüglich der Anforderungen an die zukünftige Ausgestaltung der Zusammenarbeit der öffentlichen Verwaltungen im DV-Bereich.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus der Kanzlei Büsing, Müffelmann & Theye Partnerschaftsgesellschaft (BMT) und dem Institute of Electronic Business e.V. (IEB) (nachfolgend der „Auftragnehmer“) ist mit dem Projekt beauftragt, um den vielschichtigen Themenkomplex aus juristischer sowie kommunikationswissenschaftlicher Perspektive zu begutachten.

1.2 Hintergrund

Die Kieler Beschlüsse gemäß der **aktuellen** Fassung von **1979 (Anlage 1)** regeln folgende Kooperationsformen:

- **Programmaustausch:** Überlassung von allein oder im Verbund erstellten Programmen an andere öffentliche Verwaltungen
- **Entwicklungsverbund:** Zusammenschluss mehrerer öffentlicher Verwaltungen, um gemeinsam ein automatisiertes Verfahren zu entwickeln (Eigen- oder Auftragsentwicklung)
- **Pflegeverbund:** Zusammenschluss mehrerer öffentlicher Verwaltungen, um gemeinsam ein bestehendes automatisiertes Verfahren zu pflegen



Es lassen sich zwei Wege der Software-Beschaffung unterscheiden: Entwicklung von Individual-Software oder Übernahme von Standard-Software. Im Falle der Entwicklung programmiert eine Behörde die gewünschte Software selbst (Eigenentwicklung) oder ein externer Dienstleister wird beauftragt (Auftragsentwicklung). Alternativ übernimmt eine Behörde eine vorhandene Standard-Software durch Nutzung im Rahmen des Programmaustauschs, Kauf oder Anmietung.

Die Überlassung von Software kann laut den Beschlüssen unentgeltlich erfolgen, soweit Gegenseitigkeit besteht. Voraussetzung hierfür ist eine entsprechende Regelung in den Haushaltsordnungen der Kooperationspartner. Die Aufteilung der Kosten der gemeinsamen Entwicklung oder Pflege soll laut der Beschlüsse auf Basis von Quoten erfolgen, die einen ausgewogenen Interessensausgleich zwischen den Beteiligten gewährleisten. Hierbei sollen die Nutzungsintensität, die Leistungsfähigkeit und die Anzahl der Beteiligten angemessen berücksichtigt werden. Für Vereinbarungen zur gemeinsamen Finanzierung von Kooperationen kann der Königsteiner Schlüssel herangezogen werden, für deren Anwendung sich der KoopA bereits im Jahre 1979 ausgesprochen hatte. Er regelt den prozentualen Anteil aller Bundesländer zur Finanzierung von gemeinsamen Projekten. Für das Haushaltsjahr 2012 liegen dem Schlüssel das Steueraufkommen von 2010 sowie die Bevölkerungszahl von 2010 zugrunde (Königsteiner Schlüssel 2012 siehe **Anlage 2**).

Als die Kieler Beschlüsse aufgesetzt wurden, steckte die Informations- und Kommunikationstechnologie noch in den Kinderschuhen und die Programme waren sehr einfach gestaltet. Dementsprechend konnten Behörden die gewünschte Software oftmals noch selbst entwickeln. Vor dem Hintergrund der rasanten Entwicklungen im IKT-Bereich insbesondere in den letzten 10 Jahren sind die Anforderungen an Software mittlerweile sehr hoch, sodass zunehmend externe Dienstleister mit der Entwicklung komplexer Programme beauftragt werden müssen. Zudem gibt es heute völlig neue Möglichkeiten eines zentralen Betriebs dieser komplexen Programme. Diesem Szenario tragen die Kieler Beschlüsse beispielsweise keine Rechnung. Auch für gängige Anforderungen am Arbeitsplatz ist eine Vielzahl von Standard-Software am Markt erhältlich, sodass Eigenentwicklungen häufig nur für komplexe Fachverfahren notwendig sind.

Die kostenlose Übernahme, gemeinsame Entwicklung oder Pflege dieser umfassenden IT-Lösungen gestaltet sich durch die rasanten technologischen Veränderungen heute nicht mehr so einfach wie früher. Aufgrund dieser Entwicklungen, durch die Regelungen des Art. 91c GG und nicht zuletzt vor dem Hintergrund der föderalen E-Government-Initiative ergeben sich neue Kooperationsmöglichkeiten, die über die Kieler Beschlüsse nicht geregelt sind.

2 Ergebnis und Handlungsempfehlungen

Aufbauend auf den aus der Status Quo-Analyse gewonnenen Resultaten erfolgte die Ableitung der abschließenden Empfehlungen und Handlungsoptionen im Abgleich mit der juristischen Perspektive. Die Synthese der Ergebnisse, anhand derer Handlungsempfehlungen für die Anpassung oder Änderungen der Kieler Beschlüsse bzw. bestehender oder geplanter Kooperationen abgeleitet wurden, erfolgte im Rahmen eines gemeinsamen Workshops mit Experten von IEB und BMT.

2.1 Ergebnis

2.1.1 Überblick

- Die Kieler Beschlüsse sind heute **nicht mehr zeitgemäß und bedürfen einer gezielteren Weiterentwicklung**. Sie decken (nur) noch einen Teil der möglichen, sich aus den Entwicklungen im ITK-Bereich ergebenden, Kooperationsformen bzw. Szenarien ab.
- In ihrer „Reinform“, das heißt in der Variante der **kostenlosen Weitergabe** von Software auf Basis des Gegenseitigkeitsprinzips, **finden die Kieler Beschlüsse auch weiterhin Anwendung**. Unter dieser Voraussetzung ist der Programmaustausch **vergaberechtlich unkritisch**.
- Die aufgrund der **Komplexität von Software** nahezu unverzichtbare **regelmäßige Pflege**, die aus Kostengründen idealerweise **im Verbund zentralisiert** erfolgen sollte, findet in den Kieler Beschlüsse nur **unzureichend Berücksichtigung**.
- Der **nachträgliche Beitritt zu Entwicklungs- und/oder Pflegeverbänden** ist – jedenfalls gegen Kostenbeteiligung oder „Eintrittsgeld“ - aus **vergaberechtlicher Sicht** z.T. als **problematisch** einzustufen.
- Der Regelungsgehalt der Kieler Beschlüsse lässt neue und effektive Formen der Nutzung von Software, insbesondere auf der Basis eines **zentralisierten Betriebs** oder die gemeinsame Nutzung von **Cloud-Anwendungen vollständig außer Betracht**.



2.1.2 Erläuterungen

Aus den Ergebnissen der mit den seitens der Länder benannten Ansprechpartner geführten Interviews wird deutlich, dass die Kieler Beschlüsse in ihrer ursprünglichen Form – nämlich der kostenlosen Weitergabe von Nutzungsrechten an seitens öffentlicher Stellen erworbener Software – zwar weiterhin Anwendung finden, jedoch aufgrund der technologischen Entwicklung zunehmend andere Lösungen für eine Kooperation öffentlicher Stellen im Bereich der Nutzung von Software gefunden werden (müssen).

Das Szenario der Übernahme bzw. Nutzung von zuvor von einer öffentlichen Stelle eigen- oder fremdentwickelter Software durch einen Dritten entspricht heute nur noch teilweise der Realität, da Programme häufig so komplex sind, dass ein hoher Anpassungsbedarf durch die übernehmende Behörde erforderlich ist. Zudem führt die stetig zunehmende Komplexität von Software aus wirtschaftlichen Gründen vermehrt zu Entwicklungsverbänden, die in aller Regel auf der Basis gesonderter Verwaltungsabkommen - und allenfalls in Anlehnung an die Kieler Beschlüsse - in die Praxis umgesetzt werden. Ferner macht diese Komplexität von Software eine regelmäßige Pflege nahezu unverzichtbar, die, um unwirtschaftliche Doppelentwicklungen zu vermeiden, idealerweise im Verbund zentralisiert erfolgen sollte. Alle diese Kooperationsformen finden in den Kieler Beschlüssen jedoch nur unzureichend Berücksichtigung.

Die technologische Entwicklung gibt zunehmend die Tendenz vor, dass Programme in absehbarer Zeit nicht länger dezentral in unterschiedlichen Behörden implementiert werden, sondern durch z.B. neue Cloud-basierte-Lösungen oder OSS-Anwendungen **standortunabhängig und zentral betrieben werden** können. Statt Aktualisierungen oder Weiterentwicklungen noch dezentral in mehreren Verwaltungen einzupflegen, wird dies zukünftig aller Voraussicht nach immer stärker über einen zentralen Betreiber erfolgen.

Während die kostenlose Weitergabe von Nutzungsrechten an Software an andere öffentliche Stellen, das Bestehen entsprechender Nutzungsrechte vorausgesetzt, auch weiterhin keinen (vergabe-)rechtlichen Bedenken begegnet, sofern die Übernahme zur Eigennutzung erfolgt, ist eine Beteiligung der übernehmenden Stellen an den Entwicklungskosten (vergabe-) rechtlich problematisch. Dies gilt entsprechend für den nachträglichen Beitritt einzelner öffentlicher Stellen zu den vorbezeichneten Kooperationsformen (Entwicklungs- und Pflegeverbände) gegen Kostenbeteiligung bzw. „Eintrittsgeld“, insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Inhouse-Geschäften.

Auch Szenarien, in denen Software von (nachgelagerten) Dienststellen des Bundes, eines Landes, einer Gemeinde oder auch eines aus mehreren öffentlichen Auftraggebern beste-



henden Betriebsverbunds für andere öffentliche Stellen, zumal gegen Entgelt, betrieben wird, stehen in aller Regel nicht mit dem geltenden (EU-Vergabe-) Recht im Einklang.

Aus diesen Erkenntnissen ergeben sich folgende Handlungsempfehlungen:

2.2 Handlungsempfehlungen

- Die Kieler Beschlüsse bedürfen einer **den aktuellen technologischen Entwicklungen Rechnung tragenden sowie serviceorientierten Weiterentwicklung**.
- Der Fokus sollte dabei im Hinblick auf die technologische Entwicklung stärker auf institutionalisierte Kooperationen zur **gemeinsamen Entwicklung und Pflege** von Software gelegt werden.
- Ferner sollten Gestaltungsvarianten aufgenommen werden, die einen **rechtssicheren zentralisierten Betrieb** von Softwarelösungen bei verursacherabhängiger Verteilung der damit einhergehenden Kosten ermöglichen.
- Es wird zudem empfohlen, einen Leitfaden zu den (weiterentwickelten) Kieler Beschlüssen mit den verschiedenen **Kooperationsmöglichkeiten anhand von Best Practice Beispielen** aufzusetzen. Eine Erweiterung der bisher abgebildeten Szenarien ist dabei unumgänglich, um der technologischen Entwicklung Rechnung zu tragen und gleichzeitig eine rechtssichere Umsetzung der Empfehlungen in die Praxis zu ermöglichen.
- Die Weiterentwicklung kann einen informativen Charakter haben und als **Informationsangebot** oder als **Richtschnur** für die rechtssichere Ausgestaltung von Kooperationen **dienen**. Alternativ ist – gegebenenfalls in einem zweiten Schritt – auch eine bindende Festlegung unterschiedlicher Kooperationsszenarien auf der Basis eines Staatsvertrags sowie von Art. 91c GG denkbar.
- Es wird schließlich auch empfohlen, ein zentrales **interaktives Informationsangebot** zu schaffen, um den angeschlossenen Stellen einen Überblick über die jeweils vorhandene Software und bestehende Kooperationen zu geben und die vorhandenen Abstimmungsprozesse zu koordinieren.

3 Übersicht der Arbeitspakete

Das Projekt gliedert sich in vier Arbeitspakete. Folgende Grafik zeigt die einzelnen Projektphasen.

Projektphasen: Evaluierung der Kieler Beschlüsse



Grundlage für die Herleitung der Handlungsempfehlungen bildet zunächst die Sichtung, Analyse und Bewertung des Status Quo. Diese Schritte erfolgen in zwei Phasen: in einer Bestandsaufnahme von Datenquellen zu dem Thema (Sub-Arbeitspaket 1.1) sowie in qualitativen Experteninterviews zur kritischen Einschätzung der Kieler Beschlüsse durch fachliche Ansprechpartner (Sub-Arbeitspaket 1.2).

In Arbeitspaket 2 werden die Ergebnisse aus der Bestandsaufnahme und den Experteninterviews in Bezug zueinander gesetzt und miteinander verglichen. Dabei werden gemeinsame Kernaussagen identifiziert und Widersprüche aufgezeigt. Diese Ergebnisse dienen als Basis für die rechtliche Bewertung in Arbeitspaket 3 und die Ableitung von Handlungsempfehlungen in Arbeitspaket 4.

Die jeweilige Methodik wird näher in den folgenden Kapiteln zu den einzelnen Arbeitspaketen erläutert.

4 Interne Bestandsaufnahme (Arbeitspakete 1.1)

In einem ersten Schritt führte der Auftragnehmer eine Sekundäranalyse bezüglich der Rahmenbedingungen und kritischen Erfolgsfaktoren der Kieler Beschlüsse durch. Bestehende Untersuchungsergebnisse zum Thema wurden erfasst und inhaltlich ausgewertet. Die Bundesländer stellten dem Auftragnehmer Basisinformationen zur Verfügung. In Ergänzung dazu erfolgte eine explorative Eigenrecherche weiterer relevanter Sekundärquellen. Die Kernaussagen der Datenquellen wurden in einem tabellarischen Vergleich analysiert und eine



erste Synthese mit Fokus auf die Schwachstellen und Verbesserungsmöglichkeiten der Kieler Beschlüsse unter Berücksichtigung des Königsteiner Schlüssels herausgearbeitet.

Ferner wurde die nationale und europäische Rechtsprechung zum Vergabe- und IT Recht (einschließlich Lizenzrecht), die einschlägigen Gesetze und Gesetzesbegründungen sowie Literatur für die fachliche und rechtliche Prüfung herangezogen, um die Rechtsnatur und Rechtskraft der Kieler Beschlüsse zu beleuchten und darzustellen.

Darüber hinaus wurden relevante bestehende oder geplante Kooperationen der öffentlichen Verwaltung im DV-Bereich erfasst und sodann eine erste Einschätzung vorgenommen. Hierfür benannten die inhaltlichen Ansprechpartner der Länder geeignete Kooperationen.

Die Ergebnisse der fachlichen und inhaltlichen Prüfung waren Grundlage für die qualitativen Experteninterviews durch das IEB, die im Anschluss an die Bestandsaufnahme durchgeführt wurden.

Die Ergebnisse der internen Bestandsaufnahme sind in Kapitel 6 (Matching: Bestandsaufnahme – Experteninterviews) aufgeführt. In diesem Kapitel sind die Resultate der internen Bestandsaufnahme und qualitativen Experteninterviews im tabellarischen Vergleich gegenübergestellt, um gemeinsame Kernaussagen und eventuelle Widersprüche aufzuzeigen.

5 Qualitative Experteninterviews (Arbeitspaket 1.2)

5.1 Methode

Basierend auf den Erkenntnissen der internen Bestandsaufnahme wurden im zweiten Schritt qualitative, explorative Interviews mit insgesamt 15 Experten aus verschiedenen Ländern zur Anwendbarkeit der Kieler Beschlüsse in der Praxis anhand eines halbstrukturierten Interviewleitfadens durchgeführt.

Der konzeptionelle Rahmen für den Fragebogen wurde in einem internen Abstimmungs-Workshop entwickelt, wobei die in der Bestandsaufnahme herausgearbeiteten Rahmenbedingungen, kritischen Erfolgsfaktoren und Schwachstellen der Kieler Beschlüsse mit in die Konzeption einfließen. Insbesondere sollte eine kritische Einschätzung der Experten in Bezug auf bestehende oder geplante Kooperationen der öffentlichen Verwaltung im DV-Bereich erhoben werden. Im Workshop wurde die Basisstruktur des Fragebogens für die kommunikative Validierung festgelegt. Zur Sicherung der Relevanz und Evidenz des Fragebogens erfolgte ein Pre-Test mit zwei Experten begleitet von dem expliziten Wunsch nach Ergänzung. Die finale Version des Fragebogens wurde mit dem Auftraggeber abgestimmt.



Die Interviews wurden vor Ort oder telefonisch von zwei wissenschaftlichen Mitarbeitern des IEB oder gemeinsam mit der Kanzlei BMT durchgeführt. Geeignete Interviewpartner wurden durch die fachlichen Ansprechpartner der Bundesländer vermittelt. Um eine angemessene Anzahl von Experten mit entsprechender Varianz hinsichtlich ihres Profils zu rekrutieren, erfolgte die weitere Auswahl von Interviewpartnern über das Schneeballverfahren.

Die Interviews wurden im Rahmen einer unabhängigen Kodierung der Fragebögen durch zwei wissenschaftliche Mitarbeiter des IEB analysiert, um eine objektive Auswertung zu gewährleisten.

Der Interviewleitfaden gliedert sich in vier Teile. Im ersten Teil zur Erhebung des „Status Quo“ wurden die Probanden zur Anwendung der Kieler Beschlüsse sowie allgemein zu Prozessen, Organisation & Kommunikation im Rahmen von Kooperationen im DV-Bereich befragt.

Im darauffolgenden Themenbereich „Kooperationen“ wurden Fragen zur Umsetzung anhand konkreter Kooperationen sowie zur Motivation der Anwendung der Kieler Beschlüsse gestellt. Ein weiteres Thema war die Finanzierung von Kooperationen, wobei insbesondere das Modell des Königsteiner Schlüssels näher beleuchtet wurde.

Der dritte Teil des Fragebogens „Ausblick und Fazit“ umfasst Fragen bezüglich einer möglichen Anpassung oder Neugestaltung der Kieler Beschlüsse. Die Probanden konnten Ideen und Verbesserungsvorschläge zum Thema einbringen.

Der letzte Teil des Fragebogens dient der Erhebung der demografischen Daten der Interviewpartner. Zudem wurden die Probanden um eine kurze Einschätzung der Medienaffinität – persönlich sowie im Rahmen der Behörde – gebeten.

Der komplette Interviewleitfaden befindet sich im Anhang.

Die im folgenden Kapitel zusammengefassten Aussagen und getroffenen Interpretationen geben die Wahrnehmung der Ansprechpartner und nicht notwendigerweise eine objektive Darstellung der Verhältnisse wieder. Dies gilt insbesondere, da sich nicht alle Bundesländer an der Umfrage beteiligt haben und zudem einzelne Bundesländer numerisch in der Angabe von Interviewpartnern deutlich präsenter waren als andere.

Interviewpartner für die qualitativ-explorative Befragung waren Mitarbeiter verschiedener Fachbereiche und Positionen aus den Bundesländern Bayern, Freie Hansestadt Bremen, Hessen, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Niedersachsen.



Die Interviews wurden durch eine qualitative Inhaltsanalyse systematisch ausgewertet. Ziel dabei war es, die Breite der unterschiedlichen Aussagen abzubilden, um erste Einblicke zu Ursachen und Zusammenhängen für die Bewertung der Kieler Beschlüsse zu entwickeln. (Zahlenmäßige) Zusammenhänge sind dabei nicht repräsentativ für eine Grundgesamtheit. Um die Menge der Aussagen und in mehreren Interviews gemeinsam auftretende Aussagen abschätzen zu können, wurden die Kernaussagen in Codes zusammengefasst.

5.2 Resultate der Experteninterviews

In diesem Kapitel werden die Resultate der Experteninterviews gegliedert nach Status Quo, Umsetzung und Ausblick & Fazit beschrieben. Zu jedem Themenkomplex werden die identifizierten Kernaussagen angeführt. Dann erfolgt eine Interpretation und Zusammenfassung der Aussagen. Darüber hinaus wird auf häufig angesprochene Themen eingegangen.

5.2.1 Status Quo

5.2.1.1 Allgemeine Anwendung der Kieler Beschlüsse

Kernaussagen

Bei den Fragen zur allgemeinen Anwendung der Kieler Beschlüsse wird deutlich, dass insgesamt bei den Behörden eine hohe Kooperationsbereitschaft besteht, wie dieses Zitat verdeutlicht:

„Es herrscht ein ausgeprägter Kooperationsgeist. Sich zusammenzuschließen ist gut für alle, wenn die Lasten geteilt werden.“

Allerdings gab es unterschiedliche Aussagen in Bezug auf die Anwendung und den Bekanntheitsgrad der Kieler Beschlüsse. Ein Teil der Befragten gab an, dass die Kieler Beschlüsse innerhalb der Behörde bekannt seien und angewendet werden. Demgegenüber gab ein anderer Teil an, dass man die Kieler Beschlüsse innerhalb der Behörde zwar kenne, diese aber nur selten oder gar nicht angewendet werden. Demgegenüber wurde von einigen Probanden die Kernaussage getroffen, dass man die Kieler Beschlüsse zwar kenne, aber innerhalb der Behörde keine Anwendung bekannt sei.

Interpretation

Obwohl sich die Länder insgesamt eine hohe Kooperationsbereitschaft attestieren, ist die Anwendung der Kieler Beschlüsse nicht die Regel. Nur ein kleiner Teil der Software-Entwicklungen wird aufgrund verschiedener Hürden auf Basis der Kieler Beschlüsse umgesetzt. Ergänzend zu den Kieler Beschlüssen finden viele Kooperationen im Rahmen von län-



derübergreifenden Verwaltungsvereinbarungen statt, die spezifischere Regelungen als die Kieler Beschlüsse beinhalten.

Häufige Themen

Ein weiteres Thema bei der Anwendung der Kieler Beschlüsse ist die **Häufigkeit der Nutzung der Kieler Beschlüsse**. Hier wurden ebenfalls keine einstimmigen Aussagen getroffen. Die Anwendung der Kieler Beschlüsse fällt demnach sehr unterschiedlich aus. In manchen Fachbereichen gibt es aufgrund der verschiedenen Strukturen der Verwaltungen kaum oder keine Kooperationen. In anderen Bereichen finden viele Kooperationen statt. Einigen Interviewpartnern zufolge herrsche bei großen Fachverfahren eine größere Kooperationsbereitschaft, wohingegen kleine IT-Produkte eher alleine entwickelt werden.

Verwaltungsvereinbarungen werden von einigen Befragten als sinnvolles Dach für gemeinsame IT-Projekte betrachtet. Ein Grund liegt in den zum Teil sehr heterogenen Anforderungen der Länder an Kooperationen:

„Da die Unterschiedlichkeiten der Projekte nicht über die Kieler Beschlüsse aufgefangen werden, sind die Kooperationsvereinbarungen viel wichtiger für die unmittelbare Arbeit als die Kieler Beschlüsse.“

Ein weiteres relevantes Thema in diesem Kontext ist der **Bezug der Kieler Beschlüsse zur Landeshaushaltsordnung**. Einem Interviewpartner zufolge, müssten „die Kieler Beschlüsse erst modifiziert werden [...], damit wir sie in die Landeshaushaltsordnung aufnehmen können.“ Ein anderer Proband gab an, dass „die Kieler Beschlüsse die Grundsätze der Landeshaushaltsordnung aufweichen.“ Laut einigen Befragten nehme die Landeshaushaltsordnung über den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz Bezug auf die Kieler Beschlüsse. Dieser sei in jeder Landeshaushaltsverordnung verankert.

5.2.1.2 Vorteile der Kieler Beschlüsse (bei Anwendung)

Kernaussagen

Wirtschaftlichkeit und weniger Kosten, ein **schneller Konsens** sowie **Synergieeffekte durch die Bündelung von Kompetenzen** im Rahmen von gemeinsamen Projekten wurden von den Probanden häufig als Vorteile der Kieler Beschlüsse benannt. Exemplarisch untermauert folgendes Zitat diese Kernaussagen:

„Ein hohes Maß an Zeit-, Arbeits- und Kostenersparnissen durch die Teilnahme an diesen Kooperationsvorhaben wird von den Beteiligten wahrgenommen.“



Interpretation

Wenn eine Kooperation im Rahmen der Kieler Beschlüsse zustande kommt, überwiegen in aller Regel die wirtschaftlichen Vorteile für die beteiligten Länder, da finanzielle und personelle Ressourcen sowie Zeit eingespart werden können. Außerdem positiv beurteilt wurden die Synergieeffekte, da die Kooperationspartner von den Erfahrungen und dem Know-how der anderen lernen können.

Häufige Themen

Grundlegend für die Anwendung der Kieler Beschlüsse ist das **Gegenseitigkeitsprinzip**. Die Befragten verstehen unter diesem Prinzip eine Zusammenarbeit der Behörden zur gegenseitigen Unterstützung „auf längere Sicht“ und verstehen den Austausch im Rahmen von Kooperationen nicht als ein „eins-zu-eins-Geschäft“.

5.2.1.3 Wege der Softwareentwicklung

Kernaussagen

Die Softwareentwicklung erfolgt nach Aussagen der Befragten nach Möglichkeit gemeinsam mit anderen Behörden. Viele gaben an, sich vorab immer abzustimmen, ob passende Programme vorhanden seien oder eine gemeinsame Entwicklung sinnvoll erscheine:

„Obwohl es mit weniger Aufwand verbunden wäre, eine Software allein zu entwickeln, versuchen wir immer, diese in Kooperation zu entwickeln.“

Die Entwicklung von Software erfolgt oftmals durch einen externen Dienstleister, also im Rahmen einer Auftragsentwicklung und nur noch eher selten durch eigene Mitarbeiter des jeweiligen Auftraggebers.

Interpretation

Kooperationen finden vor allem bei großen Fachverfahren statt, dann allerdings häufig nicht auf Basis der Kieler Beschlüsse. Die Übernahme oder der Kauf von vorhandener Software wird gegenüber Neuentwicklungen priorisiert. Im Falle von Eigenentwicklungen stimmen sich die Behörden ab, ob eine Kooperation möglich und sinnvoll ist. Aufgrund der komplexen Anforderungen an die Software, entwickeln die Behörden die Software meistens nicht mehr selbst, sondern beauftragen einen externen Dienstleister.

Häufige Themen

Die **Softwareentwicklung** über den **Entwicklungsverbund** nimmt den Aussagen der Probanden zufolge zu. Ein Zitat dazu:



„Es wird zuerst intern abgefragt, ob es schon ein geeignetes Programm gibt. Wenn dies nicht der Fall ist, wird der ideale Weg gegangen, dass man gemeinsam ein Programm entwickelt“.

Ein weiterer Proband gab an, dass alle Neuentwicklungen bei großen Fachverfahren mit anderen Ländern auf Basis der Kieler Beschlüsse durchgeführt werden.

Zum Thema **Pflegeverbund** führte ein Proband an, dass *„Programme laufend durch den Entwicklungsverbund angepasst werden müssten, wodurch dieser automatisch zum **Pflegeverbund** wird. Der Betrieb erfolgt aber einzeln.“* Bei einigen Kooperationen mündet der Entwicklungsverbund im Pflegeverbund.

5.2.1.4 Art der Software-Anwendungen

Kernaussagen

Einer häufigen Aussage der Interviewpartner zufolge, handele es sich bei den Software-Anwendungen oft nicht um Standard-Software, da spezielle Fach-Anwendungen erforderlich seien. Webbasierte Anwendungen wurden von einem Teil der Probanden befürwortet, wohingegen andere sich dagegen aussprachen. Gegenüber Open Source Software wurde eine positive Einstellung deutlich, jedoch wurden Datenschutz, mangelnde Akzeptanz und Probleme bei der Weiterentwicklung als kritische Themenbereiche bewertet. Cloud-Anwendungen finden in den Behörden keine Verwendung, da sie aus rechtlichen Gründen (Datenschutz etc.) problematisch seien.

Interpretation

Die genutzten Software-Anwendungen sind aufgrund hoher Fachanforderungen meist Spezial-Software, die in Zusammenarbeit mit externen Dienstleistern entwickelt wird. Der Einsatz webbasierter Anwendungen ist sehr unterschiedlich: manche Behörden nutzen sie aufgrund der Plattformunabhängigkeit, bei anderen Behörden kommen sie aufgrund der technischen Nachteile kaum oder gar nicht zum Einsatz. Neue, unkonventionelle Anwendungen wie Cloud und Open Source Software werden zwar befürwortet, kommen aber vor allem aufgrund der unklaren Rechtslage selten zum Einsatz.

5.2.1.5 Ablehnung von Kooperationen

Kernaussagen

In Bezug auf die Frage, ob Kooperationen abgelehnt wurden, zeigte sich ein recht homogenes Bild. Eine Ablehnung findet grundsätzlich nicht statt und ist den Probanden nicht be-



kannt. Jedoch herrscht bei einigen eine gewisse Zurückhaltung aufgrund von Rechtsunsicherheiten und vergaberechtlicher Schwierigkeiten. Teilweise wurden Kooperationen zuerst bejaht und dann zurückgerufen, weil sich die Zusammenarbeit als zu kompliziert gestaltete.

Interpretation

Dieses Ergebnis lässt darauf schließen, dass, obwohl Kooperationsanfragen nicht im eigentlich Sinne abgelehnt werden, die Zusammenarbeit aufgrund vergaberechtlicher Schwierigkeiten nicht zustande kommt oder sich im Vorfeld zeigt, dass durch technische Details, länderspezifische Anforderungen oder Streitigkeiten bezüglich der Finanzierung eine Zusammenarbeit nicht möglich ist.

5.2.1.6 Alternativen zu den Beschlüssen

Kernaussagen

Als Alternativen zu den Kieler Beschlüssen wurden Rahmenvereinbarungen als Dach für Kooperationen, spezifische Verwaltungsvereinbarungen sowie bilaterale Verträge zwischen Fachbehörden bundesweit genannt.

Interpretation

Mit einem zusammenfassenden Blick auf die Aussagen der Interviewpartner wird deutlich, dass der Gedanke vom Zusammenschluss bei Austausch, Pflege und Entwicklung in Vereinbarungen zwischen den Behörden regelmäßig aufgegriffen wird. Rahmenvereinbarungen regeln die allgemeinen Formalitäten; unter diesem Mantel werden dann die einzelnen Kooperationsprojekte in Verwaltungsvereinbarungen geregelt. Diese sind speziell auf den Bedarf der jeweiligen Fachbehörden zugeschnitten. In der Regel legen sie die Kooperation detaillierter fest als die Kieler Beschlüsse. Ein weiteres übliches Instrument zur Regelung von Kooperationen sind bilaterale Verträge, da die Interessenskonflikte bei zwei Partnern geringer sind als bei größeren Kooperationen.

Häufige Themen

Exemplarisch wird auf zwei **Verwaltungsvereinbarungen** eingegangen, die als Alternative zu einer Anwendung der Kieler Beschlüsse benannt und beschrieben wurden.

Das IT-Vorhaben **KONSENS** zielt auf eine einheitliche Software für die Steuerverwaltung, die in 15 Ländern zum Einsatz kommt. Ein Verwaltungsabkommen zu KONSENS regelt die Beschaffung, arbeitsteilige Entwicklung und Pflege sowie den Einsatz einheitlicher Software für das Besteuerungsverfahren. Dank dem Abkommen „... gibt [es] keine Plattform mit unter-



schiedlichen Produkten mehr, sondern nur noch eine, die gemeinsam gepflegt und erweitert wird.“

Als weiteres Beispiel für Alternativen zu den Kieler Beschlüssen wurde die Vereinbarung zur Kooperation bei Konzeptionen und Entwicklung von Software für Umweltinformationssysteme (**VKoopUIS**) genannt. Unter dem Dach der Vereinbarung finden zahlreiche Kooperationen zwischen den Umweltministerien der Länder statt.

„Die VKoopUIS stellt ein mögliches Dach für IT-Projekte dar. Das Prinzip besteht in demselben wie dem der Kieler Beschlüsse: die Übernahme ist kostenlos, die Weiterentwicklung muss bezahlt werden.“

5.2.1.7 Entscheidungsprozesse & Abstimmung

Kernaussagen

Laut Aussagen vieler Probanden werden Abstimmungen hauptsächlich über persönliche Kontakte oder im Rahmen von offiziellen Gremien beziehungsweise Fachausschüssen getroffen. Der Entscheidungs- und Abstimmungsprozess vor einer Kooperation wird oft als sehr gut bewertet, da ein regelmäßiger Austausch stattfindet. Allerdings sei der Vereinbarungsprozess aufgrund von Interessenkonflikten meistens langwierig.

Interpretation

In den Interviews zeigte sich, dass die Entscheidungs- und Abstimmungsprozesse insgesamt sehr unterschiedlich verlaufen. Länderspezifische Gemeinsamkeiten und klare Vorgaben zur Abstimmung waren nicht festzustellen. Informelles Networking spielt im Austausch zwischen den Behörden eine große Rolle und wird als gut funktionierend bewertet. Daher kommen

Kooperationen eher über persönliche Kontakte und nicht über standardisierte Abstimmungsprozesse zustande.

Häufige Themen

In diesem Kontext ist der **hohe Abstimmungsaufwand** bei Kooperationen ein relevantes Thema.

„Offiziell werden alle Länder angeschrieben und angefragt, ob sie bei der Entwicklung mitwirken wollen. Darauf folgt der Prozess der Vereinbarung, wo es um finanzielle Aspekte geht. Dieser Prozess ist oft zäh und langwierig, da man sich hier nicht schnell einig wird, wer wie viel übernimmt.“

Einige Befragte gaben an, dass der Abstimmungsaufwand umso schwieriger werde, je mehr Partner involviert sind, da verschiedene Interessen einem hohen Abstimmungsaufwand bedürfen. Daher seien bilaterale Verträge von Vorteil.

5.2.1.8 Dopplungen bei der Programmentwicklung

Kernaussagen

Einige Probanden vermuten, dass Dopplungen wahrscheinlich der Regelfall seien. Allerdings wurde auch eingeräumt, dass es von Vorteil sein könne, mehrere Varianten einer Software zu haben, da dies eine Auswahl nach den länderspezifischen Anforderungen ermögliche.

Interpretation

Es lässt sich die Annahme aufstellen, dass Dopplungen bei der Programmentwicklung durchaus üblich sind. Dies resultiert meist nicht aus der mangelnden Abstimmung oder Kooperationsbereitschaft, sondern ist hauptsächlich den unterschiedlichen technischen Anforderungen geschuldet. Zudem ergeben sich aufgrund des Föderalismusprinzips unterschiedliche Anforderungen an Programme für ähnliche Aufgaben. Daher kommt es vor, dass ein Programm in Anlehnung an eine bereits existierende Software entwickelt wird, dies aber aufgrund von gesetzlichen Besonderheiten oder Veränderungen notwendig ist.

5.2.2 Kernaussagen zu Kooperationen

5.2.2.1 Umsetzung und Häufigkeit

Kernaussagen

Die Kernaussagen zur Umsetzung und Häufigkeit von Kooperationen sind zum Teil konträr. Auf der einen Seite gaben einige Interviewpartner an, dass Projekte häufiger einzeln geplant und durchgeführt würden als in Kooperation. Auf der anderen Seite würden laut Aussagen einiger anderer Probanden Projekte häufiger in Kooperation geplant und durchgeführt als einzeln. Die Behörden kooperieren oftmals mit mehreren Bundesländern. Es lassen sich keine bevorzugten Beziehungen feststellen, d.h. die Probanden sahen keinen erkennbaren Unterschied in Bezug auf Behörden, mit denen häufig oder selten kooperiert wird.

Interpretation

In Bezug auf die Frage nach der Häufigkeit von Kooperationen lassen sich keine eindeutigen Aussagen ableiten. Jedoch wird vermutet, dass aufgrund der oftmals spezifischen Anforderungen ein geringerer Teil der Projekte in Kooperation durchgeführt und häufiger Software

allein entwickelt wird. Eine Hürde sind häufig Unsicherheiten beim Betrieb der Software. Die Spanne der Aussagen reicht von der Auffassung, dass ein gemeinsamer Betrieb von Software rechtlich verboten sei, über einzelne Initiativen zum gemeinsamen Betrieb bis hin zu einem gemeinsamen Rechenzentrum von zwei oder mehreren Ländern.

Häufige Themen

Bei den Fragen zur konkreten Umsetzung von Kooperationen zeigte sich, dass diese von einigen Bundesländern im Rahmen eines **individuellen Zusammenschlusses** durchgeführt werden. Die Befragung ergibt, dass manche Behörden ihre Projekte im Entwicklungsverbund über „dataport“ durchführen lassen, da dies eine Beauftragung ohne Ausschreibung ermöglicht. In diesem Fall „liegt die Verantwortung für Entwicklung und Ausschreibung bei dataport.“ Dataport ist ein Dienstleister für Informationstechnik der Verwaltung. Träger sind die Länder Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Schleswig-Holstein sowie der kommunale „IT-Verbund Schleswig-Holstein“.

5.2.2.2 Finanzierung von Kooperationen

Kernaussagen

Grundsätzlich wird der **Königsteiner Schlüssel** nach Aussage mehrerer Probanden bei Kooperationen zur finanziellen Aufteilung der Kosten angewendet. Als weitere Kernaussage lässt sich festhalten, dass der Königsteiner Schlüssel nur als Basis dient und die finanzielle Aufteilung oftmals individuell abgestimmt wird. Des Weiteren gaben einige Interviewpartner an, dass sich die Anwendung des Schlüssels problematisch gestaltet, wenn nicht alle mitmachen oder wenn ein Partner später einsteigt. Das Zitat spiegelt die Problematik wider:

„Das Instrument [Königsteiner Schlüssel] als solches ist notwendig, jedoch kann man oft nicht darauf eingehen, weil die Individualität eines Falles die Anwendung nicht möglich macht.“

Interpretation

Bei den Interviews zeigt sich, dass der Königsteiner Schlüssel allgemein bekannt ist und oft als Grundlage für die Aufteilung der Kosten gemeinsamer Projekte dient. Jedoch fehlen klare Regelungen zur finanziellen Aufteilung, wenn nicht alle Bundesländer teilnehmen oder wenn ein Kooperationspartner später einsteigt. Hier werden dann individuelle Finanzierungsmodelle von den Beteiligten definiert. Dies geschieht oft in langwierigen Abstimmungsprozessen.

Häufige Themen

Anstelle des Königsteiner Schlüssels werden **individuelle Vereinbarungen** getroffen. Da die Kostenverteilung immer eine Einzelfallentscheidung ist, wird der Königsteiner Schlüssel dann als Basis verstanden und nur angewendet, wenn keine andere Lösung gefunden werden kann. Häufig wird der relativierte Königsteiner Schlüssel angewendet. Das passiert beispielsweise in Form des Eintrittsgeldes:

„Bei teuren Programmen findet bei uns keine kostenlose Weitergabe statt, sondern es kommt zur Erhebung des Eintrittsgeldes.“

„Beim Eintrittsgeld zahlt das Land den vollen Preis, hat aber den Vorteil, dass die Software gut getestet ist und funktioniert.“

Gründe für die individuellen Vereinbarungen sehen die Befragten darin, dass der Königsteiner Schlüssel zum Teil nicht richtig angewendet werde, da er nicht relativ sei. Bei der Entwicklung völlig neuer Software mache er keinen Sinn und daher werden die Kosten nach prozentualer Beteiligung oder nach Aufkommen der Länder verteilt. Während manche Behörden Software immer frei zur Verfügung stellen, gibt es auch konträre Einstellungen und Verhaltensweisen. Software wurde von einigen Probanden als „Wirtschaftsgut“ betrachtet und „bedürfe der Weitergabe einer angemessenen Zahlung“.

5.2.2.3 Motivation: Barrieren der Kieler Beschlüsse

Kernaussagen

Eine Barriere für die Anwendung der Kieler Beschlüsse sahen viele Befragte in der Problematik der **Lizenzrechte** an Software. Die Weitergabe der Software sei von den Fremdfirmen, die diese entwickelt haben, nicht erwünscht und vertraglich häufig ausgeschlossen. Dazu ein Befragter:

„Wenn das Produkt lizenziert ist, sind die Kieler Beschlüsse nicht relevant, da die IT-Firma nach eigenem Ermessen ihr Lizenzrecht selbst schreibt und ausübt.“

Außerdem schränkten **vergaberechtliche Vorgaben** die Umsetzung der Kieler Beschlüsse ein, wie das folgende Zitat verdeutlicht:

„Aufgrund der vergaberechtlichen Fragen haben die Kieler Beschlüsse heute so gut wie keine Bedeutung mehr für uns und sind für uns nicht mehr wirksam.“

Aus diesem Grund agieren Kooperationen nach Aussagen der Befragten oft in **Grauzonen** oder **kommen durch Unsicherheit nicht zustande**. Ein weiterer Grund für die Nicht-



Anwendung der Kieler Beschlüsse sehen die Probanden darin, dass länderübergreifende Kooperationen aufgrund **unterschiedlicher Rechtsvorschriften** schwierig seien.

Interpretation

Ein zentrales Problem besteht darin, dass die Ausführungen der Kieler Beschlüsse mit dem Lizenz- und Vergaberecht kollidieren und dadurch keine Rechtssicherheit gegeben ist. Durch die Zusammenarbeit mit externen Dienstleistern, die oftmals aufgrund der komplexen Anforderungen an die Entwicklung von Software notwendig ist, ist die Ausgangslage für Kooperationen verkompliziert. Auch technische Differenzen, die sich aufgrund der Heterogenität der Länder (Föderalismus) ergeben, erschweren die Anwendung der Kieler Beschlüsse. Hierbei ergibt sich oft ein großer technischer Anpassungsbedarf.

Häufige Themen

Neben den genannten zentralen Barrieren wurden in den Interviews weitere Hürden angeführt. Eine Hürde, die verhindert, dass die Kieler Beschlüsse angewendet werden, ist der **Bekanntheitsgrad**. Die Kieler Beschlüsse sind etwa *„innerhalb eines Ministeriums als solche bisher nicht bekannt gewesen und daher nicht in Reinkultur praktiziert worden.“*

Des Weiteren werden übernommene Programme häufig **separat weiterentwickelt**. Denn es stelle eine Schwierigkeit dar, die Akteure zu einem Programm zusammenzuführen.

Eine **mangelnde Motivation der kostenlosen Weitergabe** einer Software sei bei manchen Behörden gegeben, so vermuteten einige Probanden. Manche Behörden gestalteten Fremdvergaben bewusst so, dass die Rechte nicht beim Land lägen und die Software somit nicht weitergegeben werden könne. Zudem *„sinkt die Kooperationsbereitschaft, sobald die Kosten für den Anpassungsbedarf höher sind als der Nutzen aus der Kooperation.“*

Der **Anpassungsbedarf** ist aus Sicht einiger Befragten ebenfalls ein Hemmnis für gemeinsame Entwicklungen, da *„in vielen Fällen großer Anpassungsbedarf an die einzelnen Länder besteht.“*

5.2.3 Vorschläge der Interviewpartner zur zukünftigen Ausgestaltung der Kieler Beschlüsse

Kernaussagen

Mehr Flexibilität bei der Kostenaufteilung für eine angemessene Verteilung der Lasten wurde von vielen befragten Experten gewünscht. Als weitere häufige Kernaussage wurde

eine **Verbesserung der Abstimmungsprozesse durch Standardisierung von Verfahren** identifiziert. Ein **bundesweites Register oder eine zentrale Informationsplattform** wurden von mehreren Befragten als sinnvolle Maßnahme angesehen.

Ausdrücklich nicht von den Probanden gewünscht wurde die Einführung einer Verbindlichkeit zur Anwendung der Kieler Beschlüsse, da dies dem Föderalismus-Prinzip widerspreche.

Interpretation

In Bezug auf die Kostenteilung wird überwiegend ein Modell gewünscht, das die heterogenen Anforderungen der verschiedenen Projekte berücksichtigt und eine flexible Kostenverteilung ermöglicht. Die Einführung einer zentralen Plattform zur Übersicht von bundesweiten IT-Projekten oder über vorhandene bzw. geeignete Kooperationsvorhaben wird gewünscht, um eine transparente Informationen über vorhandene Programme zu bekommen.

Häufige Themen

Alternative Finanzierungsmodelle wurden häufig angeführt. Vorgeschlagen wurde etwa die Ausgestaltung einer Rahmenvereinbarung, die die Formalitäten regelt. *„Unter diesem Mantel würden dann die einzelnen Projekte verabredet“*, was eine *„haushaltsrechtliche Erleichterung“* darstellen würde. Für eine angemessene Verteilung der Lasten wurden *„alternative Verteilmodelle“* vorgeschlagen, die nach dem wirtschaftlichen Nutzen für ein Land erarbeitet werden sollten. Mögliche Kriterien wären beispielsweise User Zahl, Speicherplatz, Vergabekriterien oder Bevölkerungszahl. Wenn die Rechte der weiteren Vermarktung an andere Länder übertragen werden könnten, d.h. *„andere Länder bekommen die Anwendungen zu vernünftigen Preisen von der Firma“*, würde dies eine Lösung der lizenzrechtlichen Probleme darstellen.

Wie bereits angeführt, hielten viele Befragte die Verpflichtung zu Kooperationen im Rahmen der Kieler Beschlüsse für nicht sinnvoll. Allerdings wurde der Vorschlag einer **Pflicht zur Vorabstimmung** unterbreitet.

„Ein standardisiertes, einfaches Verfahren zur Vorabprüfung sollte rechtlich verpflichtend werden. Aber ein Rechtsanspruch zur Verpflichtung auf eine Kooperation ist nicht möglich.“

5.3 Zusammenfassung der Interviewergebnisse

In Bezug auf die **allgemeine Anwendung der Kieler Beschlüsse** zeigt sich eine insgesamt hohe Kooperationsbereitschaft der Behörden. Jedoch ist die Anwendung der Kieler Beschlüsse nicht die Regel. Aufgrund verschiedener Barrieren wird nur ein kleiner Teil der



Software-Entwicklungen auf Basis der Kieler Beschlüsse umgesetzt. Neben gemeinsamen Projekten über die Kieler Beschlüsse finden viele Kooperationen im Rahmen von länderübergreifenden Verwaltungsvereinbarungen statt, die spezifischere Regelungen als die Kieler Beschlüsse beinhalten.

Die **Vorteile der Anwendung der Kieler Beschlüsse** sind aus Sicht der Befragten hauptsächlich ökonomischer Natur. Finanzielle und personelle Ressourcen sowie Zeit können durch Kooperationen im Rahmen der Kieler Beschlüsse eingespart werden. Außerdem positiv beurteilt werden die Synergieeffekte, da die Kooperationspartner von den Erfahrungen und dem Know-how der anderen lernen können.

Im Hinblick auf die **Wege der Softwareentwicklung** und die **Art der Software-Anwendungen** lässt sich zusammenfassend festhalten, dass vor allem bei großen Fachverfahren Kooperationen stattfinden, dann allerdings häufig nicht auf Basis der Kieler Beschlüsse. Die Übernahme oder der Kauf von vorhandener Software wird gegenüber Neuentwicklungen priorisiert. Im Falle von Eigenentwicklungen stimmen sich die Behörden ab, ob eine Kooperation möglich und sinnvoll ist. Die genutzten Software-Anwendungen sind aufgrund hoher Fachanforderungen oft Spezial-Software, die aufgrund der komplexen Anforderungen an die Software in Zusammenarbeit mit externen Dienstleistern entwickelt wird. Neue, unkonventionelle Anwendungen wie Cloud und Open Source Software werden zwar befürwortet, kommen aber vor allem aufgrund der unklaren Rechtslage selten zum Einsatz.

Die **Ablehnung von Kooperationsanfragen** im eigentlichen Sinne findet nicht statt, aber es wird eingeräumt, dass die Zusammenarbeit aufgrund vergaberechtlicher Schwierigkeiten nicht zustande kommt oder sich im Vorfeld zeigt, dass durch technische Details, länderspezifische Anforderungen oder Streitigkeiten bezüglich der Finanzierung eine Zusammenarbeit nicht möglich ist.

Der Gedanke von Kooperationen zu Austausch, Pflege und Entwicklung wird in den Behörden mehrfach aufgegriffen, allerdings auch häufig in Form von **Alternativen zu den Kieler Beschlüssen** wie Rahmenvereinbarungen, die die allgemeinen Formalitäten regeln. Unter diesem Mantel werden dann die einzelnen Kooperationsprojekte in Verwaltungsvereinbarungen verabredet. Diese sind speziell auf den Bedarf der jeweiligen Fachbehörden zugeschnitten. In der Regel legen sie die Kooperation detaillierter fest als die Kieler Beschlüsse. Ein weiteres übliches Instrument zur Regelung von Kooperationen sind bilaterale Verträge, da die Interessenskonflikte bei zwei Partnern geringer sind als bei größeren Kooperationen.

Bei Fragen zu **Organisation, Kommunikation & Austausch** zeigt sich, dass die Entscheidungs- und Abstimmungsprozesse insgesamt sehr unterschiedlich verlaufen. Länderspezifisch



sche Gemeinsamkeiten und klare Vorgaben zur Abstimmung waren nicht festzustellen. Informelles Networking spielt im Austausch zwischen den Behörden eine große Rolle und wird als gut funktionierend bewertet. Daher kommen Kooperationen aber eher zufällig zustande.

Dopplungen bei der Programmentwicklung kommen vermutlich häufig vor. Dies ist vermutlich hauptsächlich den unterschiedlichen technischen Anforderungen geschuldet. Nach Aussage einiger Interviewpartner ergeben sich aufgrund des Föderalismusprinzips unterschiedliche Anforderungen an Programme für ähnliche Aufgaben. Aus diesem Grund werden ähnliche Programme entwickelt. Bezüglich der **Häufigkeit von Kooperationen** werden große Unterschiede zwischen den befragten Behörden deutlich. Zum Teil finden viele Projekte in Kooperation statt, wohingegen andere Behörden öfter allein agieren, als beispielsweise einen Entwicklungsverbund einzugehen. Aufgrund der spezifischen Anforderungen, die Fach-Software oftmals erfüllen muss, wird vermutlich ein geringerer Teil der Projekte in Kooperation durchgeführt und allein häufiger Software entwickelt.

Als kritischer Punkt bei den Fragen zur **Umsetzung von Kooperationen** wird der Betrieb von Software identifiziert. Es gibt die Auffassung, dass ein gemeinsamer Betrieb von Software rechtlich verboten sei, daneben aber auch einzelne Initiativen zum gemeinsamen Betrieb bis hin zu einem gemeinsamen Rechenzentrum von zwei oder mehreren Ländern.

Zur **Finanzierung** ist festzuhalten, dass der Königsteiner Schlüssel allgemein bekannt ist und oft als Grundlage für die Aufteilung der Kosten gemeinsamer Projekte dient. Allerdings ist kritisch festzuhalten, dass er an seine Grenzen stößt, wenn nicht alle Bundesländer teilnehmen oder ein Kooperationspartner später einsteigt. Dazu fehlen klare Regelungen. Folglich werden dann individuelle Finanzierungsmodelle definiert.

Als **Barrieren** zur Anwendung der Kieler Beschlüsse werden lizenz. haushaltrechtliche- und vergaberechtliche Schranken genannt, wodurch rechtliche Unsicherheiten entstehen. Auch das Föderalismus-Prinzip und damit einhergehend technische und inhaltliche Differenzen erschweren länderübergreifend Kooperationen.

Die **Verbesserungsvorschläge und Ideen** beziehen sich unter anderem auf die Kostenteilung. Es wird vielfach ein Modell gewünscht, dass die heterogenen Anforderungen der verschiedenen Projekte berücksichtigt und eine flexible Kostenverteilung ermöglicht. Zudem wird von mehreren Probanden die Einführung einer zentralen Plattform zur Übersicht von bundesweiten IT-Projekten und möglicher Kooperationsmodelle angeregt, um eine transparente Informationen über vorhandene Programme zu bekommen. Zur Verbesserung der Kommunikation sollten die Abstimmungsprozesse durch Standardisierung von Verfahren

verbessert werden. Eine verbindliche Verpflichtung zur Anwendung der Kieler Beschlüsse wird als nicht sinnvoll bewertet.

6 Matching: Bestandsaufnahme – Experteninterviews (Arbeitspaket 2)

In diesem Arbeitspaket wurden die Ergebnisse aus der Bestandsaufnahme und den Experteninterviews in Bezug zueinander gesetzt und miteinander verglichen. Dabei wurden gemeinsame Kernaussagen identifiziert und Widersprüche aufgezeigt. Diese Ergebnisse dienten als Basis für die Ableitung von Handlungsempfehlungen in Arbeitspaket 4.

Beschluss des KoopA vom 15.07.2002. (Nr. 3 U – 07/2002): Handreichung zur Anwendung der Kieler Beschlüsse.

Kernaussage Quelle

- Die Aussagen der Kieler Beschlüsse zur gemeinsamen Entwicklung und Pflege von IT-Verfahren im Rahmen eines Verbundes werden ausdrücklich bestätigt.
- Die Zusammenarbeit hat sich von der bloßen Weitergabe in Richtung plattformunabhängige Gesamtlösungen und standardisierte Entwicklungsprozesse solcher Lösungen entwickelt (V-Modell als Entwicklungsstandard für IT-Systeme des Bundes).

Kernaussage Experteninterviews

- Entwicklungs- und Pflegeverbände werden in der Praxis von vielen Behörden genutzt.
- Ein standardisierter Entwicklungsprozess oder die Entwicklung von plattformunabhängigen Gesamtlösungen sind in der Praxis auf Länderebene jedoch nicht üblich.

Fazit

Obwohl die im Rahmen der Kieler Beschlüsse möglichen Kooperationsformen in der Praxis bundesweit verbreitet sind, sind die verschiedenen Projekte sehr heterogen. Der Abstimmungsprozess für das Eruiere möglicher Kooperationen sowie die Durchführung der Projekte folgen oft keinem festgelegten Prozedere. Außer einigen wenigen browserbasierten Lösungen oder isolierten einzelnen IT-Entwicklungen sind bundesweit kaum Gesamtlösungen im Einsatz. Aufgrund von vergabe- und lizenzrechtlichen Schwierigkeiten sowie der unterschiedlichen Rechtsprechung in den einzelnen Ländern wird dies in der Praxis aktuell als nicht praktikabel angegeben.

U. Hansen (2010): E-Government im Kontext von Leistungsnachweisen. 20 kooperative Erfolgsfaktoren.

Kernaussage Quelle

- Die öffentliche Verwaltung setzt in Kooperation mit der Wirtschaft zahlreiche Eigenentwicklungen im Anwendungsbe- reich um. Die Rechte liegen bei den öf- fentlichen Verwaltungen und die Pro- gramme werden auf Basis der Kieler Be- schlüsse anderen Verwaltungen zur Ver- fügung gestellt.
- Nachteile für Ausnutzung von Marktpo- tenzialen:
 - Keine transparenten Produktkosten und Produktleistungen
 - Keine Ausschreibungen durch Kieler Beschlüsse und somit Behinderung von Wettbewerb im E-Government

Kernaussage Experteninterviews

- Die Rechte für Eigenentwicklungen lie- gen häufig bei den jeweiligen Dienstleis- tern. Um sich die Rechte als Behörde zu sichern, ist meist ein deutlicher Preisauf- schlag für die Entwicklung an den Dienstleister zu entrichten.
- Für Behörden ist es nur möglich, einen Überblick über den Markt von E- Government-Lösungen zu bekommen, wenn sie mit einem gemeinsamen Infor- mations- und Kommunikationsdienstleis- ter zusammenarbeiten.
- Vergaberechtliche Einschränkungen des Software-Marktes.

Fazit

Da die Rechte für die gemeinsam mit Behörden entwickelten IT-Anwendungen meist bei den Dienstleistern liegen und nur gegen einen Preisaufschlag von den Ländern erworben werden können, sichern sich die Dienstleister so die Möglichkeit, die Software an andere Kunden weiterzugeben. Für andere interessierte Verwerter sind Produktleistungen und -kosten in den wenigsten Fällen transparent. Um zu erfahren, welche Lösungen überhaupt in anderen Ländern in Planung oder im Einsatz sind, gibt es keine zentrale Informationsstelle. Fragen und Bedarf werden über informelles Networking oder im Rahmen von Fachtagungen oder Konferenzen ausgetauscht.

H. Thewes (2007): Konzeption und Umsetzung eines integrierten Haushalts-Management-Systems als Modellfall eines transaktionsbasierten eGovernments.

Kernaussage Quelle

- Bei der Software-Entwicklung von „Einer-für-Alle“- Dienstleistungen (EfA) muss auf ein generisches und konfigurierbares System- bzw. Software-Design geachtet werden, da EfA-Dienstleistungen Leistungen sind, die von mehreren Behörden gleich oder ähnlich erbracht werden.

Kernaussage Experteninterviews

- Die Entwicklung bzw. der Einsatz von generisch konfigurierbarer Software ist in den nationalen Behörden kaum verbreitet.
- Weitere Ausnahme ist KONSENS (Koordinierte neue Software-Entwicklung der Steuerverwaltungen) zur bundesweiten Vereinheitlichung der Steuersoftware, Behördenfinder, 115 und E-Payment.

Fazit

Aufgrund der durch den Föderalismus bedingten heterogenen Gesetzgebung in den einzelnen Bundesländern sind die unterschiedlichen Arbeitsprozesse nicht in alle „Fachbereiche“, bzw. Ressorts in einer gemeinsamen Software abzubilden. Bei der Zusammenarbeit in Entwicklungsverbänden erweist sich die Erstellung verschiedener Module als schwierig, da die Regelung der Kostenverteilung für die individuellen Module kompliziert ist und langwierige Abstimmungsprozesse mit sich bringt.

Rechnungshof Baden-Württemberg (2012): Nutzung und Finanzierung von länderübergreifenden IT-Programmen.

Kernaussage Quelle

- Bei nachträglichem Beitritt sind Kieler Beschlüsse widersprüchlich, Eintrittsgeld vs. kein Eintrittsgeld.
- Anwendung Königsteiner Schlüssel problematisch in der Praxis, wenn nicht alle Länder dem Verbund angehören.
- Weitergabe von Standard-Software lizenzrechtlich oft nicht möglich.
- Kieler Beschlüsse müssen durch ein betriebswirtschaftliches Modell ersetzt werden.

Kernaussage Experteninterviews

- Königsteiner Schlüssel ist akzeptiert und wird als Richtwert genutzt, aber einige Anwendungsfälle sind nicht im Detail geregelt (nachträglicher Eintritt in Verbund, nicht alle Länder Teilnehmer in Verbund) und können von den Ländern individuell ausgelegt werden.
- Heute ist häufig Standard-Software im Einsatz, bei der die Lizenzen bei den Herstellern liegen. Für Fachverfahren wird Spezial-Software entwickelt, wobei die Lizenzrechte z.T. von externen Dienstleistern nicht übertragen werden.
- Insgesamt hohe Kooperationsbereitschaft der Länder, aber einzelne Länder geben teure Software nicht kostenlos weiter und vereinbaren ein Entgelt. Vorschlag, dass dies auch über die Kieler Beschlüsse möglich ist.



Fazit

Der Königsteiner Schlüssel dient als Orientierungsinstrument, um die Finanzierung von Kooperation festzulegen. Für die Praxis ist eine Anpassung von weiteren Details dringend notwendig. Eine starke Zentralisierung von Entwicklungen bei gemeinsamen IT-Dienstleistern würde vergabe- und lizenzrechtliche Fragen vereinfachen. Das Prinzip der Gegenseitigkeit wird bundesweit gelebt, aber oftmals nicht über die Kieler Beschlüsse.

7 Rechtliche Analyse (Arbeitspaket 3)

7.1 Inhalt der Analyse

Nachfolgend sollen die Kieler Beschlüsse sowie deren Anwendungsfälle vor dem Hintergrund der Ergebnisse der Arbeitspakete 1 – 2 einer rechtlichen Prüfung unterzogen werden. Im Anschluss an eine Analyse der Rechtsnatur der Kieler Beschlüsse werden gemäß des seitens des IT-Planungsrats erteilten Auftrags schwerpunktmäßig die Auswirkungen der Entwicklung des Vergaberechts unter Berücksichtigung des Europäischen Rechts in den vergangenen Jahren bzw. Jahrzehnten auf die praktische Umsetzung der Kieler Beschlüsse anhand unterschiedlicher Szenarien überprüft und rechtlich bewertet.

Zur Vervollständigung werden daneben die wesentlichen haushalts-, urheber- und wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen auf die praktischen Anwendungsfälle der Kieler Beschlüsse im Grundsatz beleuchtet sowie auch eine kurze steuerrechtliche Bewertung vorgenommen. Eine kartellrechtliche Untersuchung ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens und kann aufgrund der Komplexität auch nicht im Überblick sondern lediglich auf Einzelfallbasis erfolgen.

7.2 Einordnung Kieler Beschlüsse / Rechtsnatur

Mangels hinreichender verfassungsrechtlicher Grundlage (vgl. Heckmann, Stellungnahme in der 138. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestags a, 04.05.2009) war die Rechtsnatur der Zusammenarbeit des Bundes und der Länder im Rahmen des KoopA ADV weitgehend ungeklärt. Die Einfügung des Art. 91c GG im Jahr 2009 und die Schaffung des IT-Planungsrats durch den so genannten IT-Staatsvertrag trägt dem insoweit Rechnung. Beschlüsse des IT-Planungsrats sind nach derzeit wohl herrschender Meinung als gleichlautende Umsetzungsentscheidungen (Erlasse/Verwaltungsvorschriften) der beteiligten Bundes- und Landesregierungen einzuordnen (vgl. Schulz/Tallich, Rechtsnatur des IT-Staatsvertrags und seiner Beschlüsse, NVwZ 2010, 1338 (1340)).



Die Kieler Beschlüsse als Beschlüsse des Vorgängergremiums des IT-Planungsrats, des KoopA ADV, sind demnach in Anlehnung daran und mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage wohl in erster Linie als gleichgerichtete Willensbekundungen derjenigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die an den Beschlüssen mitgewirkt haben und/oder ihnen aufgrund entsprechender Zulassung beigetreten sind, einzuordnen. Es handelt sich damit – untechnisch – um gleichgerichtete Absichtsbekundungen; einklagbare Verpflichtungen einer mitbeschließenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegen eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft ergeben sich daraus nicht. Sie waren wohl auch nicht beabsichtigt.

Ob und welche Rechtsverbindlichkeit die Kieler Beschlüsse sodann innerhalb der einzelnen teilnehmenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften erlangt haben, hängt von deren weitergehender, interner Umsetzung ab. Hier ist es beispielsweise denkbar, dass sie in Verwaltungsvorschriften Eingang gefunden haben und damit eine - interne - Bindung der zuständigen Verwaltung begründen (können). Üblicherweise ist die Anwendung der Kieler Beschlüsse aber nicht als eine verpflichtende Verwaltungsanweisung angeordnet worden - was auch rechtlich schwierig wäre, da zu einer entsprechenden Kooperation immer auch ein Dritter gehört. Vielmehr kann regelmäßig aus den Kieler Beschlüssen für die IT-beschaffende Verwaltung nur ein Handlungsrahmen abgeleitet werden.

7.3 Vergaberechtliche Bewertung

Nachstehend sollen die folgenden beschriebenen Szenarien zunächst vergaberechtlich untersucht werden:

Szenario 1. Ist die kostenlose Weitergabe von Software, an denen ein Land übertragbare (ausschließliche oder nicht-ausschließliche) Nutzungsrechte hat, an ein anderes Land

oder den Bund vergaberechtlich zulässig und wenn ja unter welchen Voraussetzungen?

Kommt man zu einer unterschiedlichen Bewertung, wenn die Software

a) eigenentwickelt (durch eigene Mitarbeiter des Landes)

b) fremdentwickelt (durch einen Dienstleister)

- im Auftrag eines Landes

- im Auftrag einer Entwicklungsgemeinschaft



- c) gekauft (Standardsoftware)
- d) gemietet (Standardsoftware)

wird?

Szenario 2. Ist die Bildung von Entwicklungsgemeinschaften auf der Basis gesonderter Verwaltungsabkommen, die eine gemeinschaftliche Softwareentwicklung im Auftrag der Entwicklungsgemeinschaft durch einen externen Dienstleister gegen Kostenbeteiligung der einzelnen Länder vorsehen, vergaberechtlich zulässig? Ist der nachträgliche Beitritt weiterer Länder gegen Kostenbeteiligung bzw. Eintrittsgeld vergaberechtlich zulässig und wenn ja unter welchen Voraussetzungen?

Szenario 3. Ist die Bildung von Pflegeverbänden auf der Basis gesonderter Verwaltungsabkommen, die die Pflege der zuvor gemeinschaftlich entwickelten Software gegen Kostenbeteiligung der einzelnen Länder vorsehen, vergaberechtlich zulässig und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Kommt man zu einer abweichenden Beurteilung, wenn die Software

- a) durch ein Land entwickelt (Eigen- oder Fremdentwicklung) oder gekauft (Standardsoftware) und

- kostenlos an andere Länder weitergegeben wird

- gegen Eintrittsgeld an andere Länder weitergegeben wird

und die dann gemeinsam einen Pflegeverbund bilden und sich die Kosten der SW-Pflege nach einem bestimmten Schlüssel teilen?

- b) im Rahmen einer Entwicklungsgemeinschaft entwickelt wurde (Eigen- oder Fremdentwicklung) und dann

- gegen Eintrittsgeld an andere Länder weitergegeben wird

- kostenlos an andere Länder weitergegeben wird,

die dann dem Pflegeverbund gegen Kostenbeteiligung beitreten;

Szenario 4. Ist der gemeinschaftliche Betrieb von Software durch verschiedene Länder auf der Basis gesonderter Verwaltungsabkommen gegen Kostenbeteiligung vergaberechtlich zulässig und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Kommt man zu einer abweichenden Bewertung, wenn der Betrieb

- a) durch ein Land in Eigenregie (landeseigener Betrieb etc.) gegen Kostenbeteiligung (Betriebskosten)
- b) durch ein Land im Fremdbetrieb (Dienstleister) gegen Kostenbeteiligung (Betriebskosten) erfolgt?

Szenario 5. Ist es für die vergaberechtliche Bewertung von Bedeutung, ob eine gemeinsam betriebene Software zuvor auch gemeinschaftlich entwickelt wurde?

Szenario 6. Ist es für die vergaberechtliche Bewertung (jedenfalls in Teilen) von Bedeutung, ob die Landeshaushaltsordnungen der einzelnen Bundesländer Sperren hinsichtlich der kostenlosen Weitergabe von Vermögensgegenständen enthalten bzw. ob diese nur auf Gegenseitigkeitsbasis zulässig ist?

7.3.1 Szenario 1

Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (z.B. ein Land) erwirbt übertragbare (ausschließliche oder nicht ausschließliche) Nutzungsrechte an einer Software, die sie kostenlos an eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft (z.B. ein anderes Land oder den Bund) weitergibt. Ist dies vergaberechtlich zulässig und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

Das **Szenario 1** besteht vergaberechtlich aus zwei (möglichen) Beschaffungsvorgängen, die auf ihre vergaberechtliche Relevanz zu untersuchen sind: auf der ersten Stufe die Beschaffung eines übertragbaren Nutzungsrechts an einer Software durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft und sodann, auf der zweiten Stufe, die Weitergabe des Nutzungsrechts durch diese öffentlich-rechtliche Körperschaft an eine andere.

7.3.1.1 ***Beschaffungsvorgang auf der ersten Stufe: Beschaffung der Software durch eine öffentlich rechtliche Körperschaft***

- a) Aufträge öffentlich-rechtlicher Körperschaften (insbesondere des Bundes, eines Landes, einer Gemeinde, eines Landkreises o.ä.) über die Lieferung von Standardsoftware oder die Entwicklung von Individualsoftware - oder eine Mischung aus beidem - sind als öffentliche Aufträge im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB einzuordnen. Sie unterliegen den Bestimmungen des GWB-Vergaberechts und sind grundsätzlich europaweit auszuschreiben, soweit der jeweilige Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert gemäß § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 VgV erreicht oder übersteigt. (Die Schwellenwerte betragen derzeit bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der obersten oder



oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Einrichtungen 130.000 EUR und für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge 200.000 EUR, im Verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Bereich gilt ein Schwellenwert von zur Zeit 400.000 EUR nach der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit - VSVgV).

Dabei kann es sich um Liefer-, um Dienstleistungs- oder um gemischte Liefer- und Dienstleistungsaufträge handeln.

Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, worunter auch Software fällt, die sowohl Kauf- als auch Mietverträge betreffen. In beiden Fällen - Kauf und Miete - handelt es sich gemäß § 99 Abs. 2 Satz 1 GWB gleichermaßen um eine Lieferleistung. Insbesondere die Beschaffung von Standardsoftware ist eine unter die VOL/A fallende Lieferleistung gemäß § 99 Abs. 1, Abs. 2 GWB (vgl. Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 23. Mai 2008, VK-7/2008-L).

Bei Fremdentwicklungen, also der Beschaffung von individuell zu erstellender Software, dürfte es sich hingegen regelmäßig um einen Dienstleistungsauftrag oder um einen gemischten Dienstleistungs- und Lieferauftrag handeln. In diesem Fall charakterisiert den Beschaffungsauftrag an den Dritten (externen Unternehmer/Dienstleister) nicht das Kauf- oder Mietelement, also die Lieferleistung im klassischen Sinne, sondern es geht in erster Linie um die Beschaffung einer Entwicklungsleistung. Dabei handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, der nach § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB ausschreibungspflichtig ist und ebenfalls der VOL/A unterfällt.

Bei einer Entwicklungsleistung geht es regelmäßig um eine originäre Neuentwicklung. Ein Dienstleister kann sich in der Regel auch nicht auf sein Urheberrecht im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechts an einer bereits bestehenden Software beziehen und argumentieren, die ausgeschriebene Leistung könne nur er selbst erbringen, so dass sie wegen seines Ausschließlichkeitsrechts nicht ausschreibungspflichtig (und -fähig) sei, weil eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach § 100 Abs. 2 lit. g GWB bestünde. Erstens ist mit solchen - nur sehr eng begrenzt zulässigen - Argumentationen auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers mit Vorsicht und Zurückhaltung umzugehen (wie das Beispiel EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, C-275/08 zeigt). Zweitens setzt das hier zu beurteilende Szenario grundsätzlich übertragbare (aus-

schließliche oder nicht ausschließliche) Nutzungsrechte voraus. In einem solchen Szenario wird daher ohnehin regelmäßig nicht die vorstehend beschriebene Ausnahme von der Ausschreibungspflicht eingreifen.

Im Grundsatz ist also davon auszugehen, dass sowohl die Beschaffung von Standardsoftware im Wege von Kauf oder Miete als auch die Beschaffung von Individualsoftware ein öffentlich ausschreibungspflichtiger Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag ist. In beiden Fällen besteht die Ausschreibungspflicht nach §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit den Vorschriften der VOL/A.

Die Beschaffung erfolgt auch entgeltlich jedenfalls dann, wenn von einem Dritten beschafft wird, was auf dieser ersten Beschaffungsstufe regelmäßig der Fall ist.

b) Davon zu unterscheiden sind Eigenentwicklungen.

Deren Besonderheit besteht darin, dass auf der ersten Stufe überhaupt kein Beschaffungsvorgang und damit keine Ausschreibung stattfinden. Vielmehr entwickelt die öffentliche Hand selbst und mit eigenen Mitarbeitern ihre eigene Software. Sie tritt in dem Falle nicht als Nachfrager am Markt auf, und es kommt von vornherein nicht zu einem nach § 99 GWB ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag an ein Unternehmen. Die Eigenentwicklung ist (auf der ersten Stufe) vergaberechtlich nicht relevant.

Der Europäische Gerichtshof hat ausdrücklich klargestellt, dass eine öffentliche Stelle ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben entweder mit ihren eigenen Mitteln oder eigenen Dienststellen (die rechtlich nicht von ihr verschieden sind) erfüllen kann. Sie ist nicht gezwungen, sich an externe Einrichtungen oder Dienstleister zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03 - Stadt Halle; ebenso das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit), SEK (2011), 1169 vom 4. Oktober 2011, im Folgenden "Arbeitsdokument öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit", Ziffer 4.1, S. 6). Die Beteiligung Privater an einer solchen Lösung ist ausgeschlossen (zu allem EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009, C-480/06 - "Interkommunale Zusammenarbeit").



Eine Eigenentwicklung liegt indes nicht vor, wenn sie von einer rechtlich von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft verschiedene Untergliederung erarbeitet wurde. (In dem Fall würde es um das Vorliegen der sog. Inhouse-Voraussetzungen gehen, im Ansatz also um eine Fremdentwicklung).

- c) Wird Software - entweder Standardsoftware im Wege eines Lieferauftrages oder Individualsoftware im Wege eines Dienstleistungs- und/oder Lieferauftrages - von einem Dritten (Veräußerer oder Dienstleister) beschafft, handelt es sich auch dann um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag, wenn ausschreibende Stelle eine Entwicklungs- oder Einkaufsgemeinschaft ist.

aa) Öffentliche Auftraggebereigenschaft

Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaften sowie Verbände sind regelmäßig öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB. In der Regel handelt es sich um Verbände, deren Mitglieder aus Gebietskörperschaften oder deren Sondervermögen bestehen (öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 3 in Verbindung mit Nr. 1 GWB). Es können aber auch Zusammenschlüsse als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder in einer stärker institutionalisierten Einheit als sonstige juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts sein; in dem Falle wären sie gegebenenfalls als öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB einzuordnen. Danach sind öffentliche Auftraggeber juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter § 98 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

Einkaufsgemeinschaften, gerade aber auch Entwicklungsgemeinschaften können gegebenenfalls als Gesellschaften bürgerlichen Rechts eingeordnet werden. Sie sind in dem Sinne zwar keine juristische Person nach dem deutschen Gesellschaftsrecht. Es handelt sich aber um eine Gesellschaft, die Teilrechtsfähigkeit besitzt und durch die Teilnahme am Rechtsverkehr (teilweise) eigene Rechte und Pflichten begründen kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2001, Az. II ZR 331/00). In Beschaffungsvorgängen kann diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Position des Auftraggebers einnehmen. Dies rechtfertigt



tigt ihre Qualifikation als Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB (Stickler, in: Reitz/Stickler/Glas, GWB-Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 98 Rdnr. 21; Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2009, § 98 Rdnr. 99; OLG Celle, Beschluss vom 14. September 2006, Az. 13 Verg 3/06). Denkbar sind aber auch andere Rechtsformen bzw. andere juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts. Dies hängt letztlich davon ab, welche Rechtsform eine Einkaufsgemeinschaft für sich wählt bzw. in welcher Rechtsform sie sich institutionalisiert.

Regelmäßig sind solche Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaften auch zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Mehrere öffentlich-rechtliche Körperschaften bzw. Gebietskörperschaften gründen gemeinsam eine Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaft eigens zu dem Zweck, bei der Erledigung ihrer gesetzlichen Aufgaben die benötigte IT-Unterstützung sicherzustellen. Die der jeweiligen Behörde obliegende öffentliche Aufgabe selbst liegt - zweifelsfrei - im Allgemeininteresse. Im Allgemeininteresse liegt aber auch die Bereitstellung oder die Beschaffung der für die Durchführung dieser Aufgaben notwendigen IT-Infrastruktur. Diesen Charakter einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe verliert die Bereitstellung oder Beschaffung von IT-Infrastruktur nicht dadurch, dass die Gebietskörperschaften sie zu einem Teil oder auch einem großen Teil auf eine privatrechtlich organisierte Person ausgliedert haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003, Az. Verg 67/02 für eine GmbH; OLG Celle Beschluss vom 14. September 2006, Az. 13 Verg 3/06 für eine GbR, die unter den im Vergaberecht weit zu fassenden Auftraggeberbegriff der juristischen Person des privaten Rechts falle).

Die Aufgabe solcher Entwicklungs- oder Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand (ohne Beteiligung Privater) ist regelmäßig auch als nichtgewerblich einzuordnen. Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung deutlich gemacht, dass Aufgaben, die auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllt oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art sind (EuGH, Urteil vom 22. Mai 2003, Rs. C 18/01). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist dabei insbesondere auf die Umstände, die zur Gründung der



Gesellschaft geführt haben und unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, abzustellen. Insbesondere, so der Europäische Gerichtshof, sei zu prüfen, ob die Gesellschaft ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübe. Das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht und die Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln sei ebenfalls mit zu berücksichtigen (EuGH, a.a.O.).

Nach diesen Grundsätzen sind Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaften, mit denen öffentliche Stellen gemeinsam ihre IT-Produkte beschaffen, regelmäßig Stellen, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen. Die Voraussetzungen werden in der Regel gegeben sein. Es ist jedoch in jedem Einzelfall anhand des Gründungsaktes (z.B. Gesellschaftsvertrages oder des zugrunde liegenden Organisationsgesetzes bzw. -aktes) und der konkreten Aufgabenwahrnehmung sowie nach Maßgabe der Finanzierungs- oder Beherrschungsmerkmale zu prüfen. Im Folgenden wird die öffentliche Auftraggebereigenschaft (wie sie für den Fall einer Einkaufsgemeinschaft mit einem Entwicklungsanteil auch das OLG Celle im Beschluss vom 14. September 2006, Az. 13 Verg 3/06, angenommen hatte) unterstellt.

bb) Mittelstandsklausel: gegebenenfalls losweise Vergabe

Erfolgt die Beschaffung durch oder im Auftrage einer Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaft, deren Bildung unter bestimmten Voraussetzungen kartellrechtlich bzw. wettbewerbsrechtlich zulässig sein kann, tritt auf Seiten der öffentlichen Hand eine Bündelung von Nachfragemacht ein. Eine solche Bündelung von Nachfragemacht auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber erfolgt zum Beispiel durch die Gründung von zentralen Beschaffungsstellen. In diesem Zusammenhang sind beispielsweise auch die Datenzentralen von Kommunen angesprochen, die die Aufgabe haben, IT-Beschaffungen für ihre Mitglieder gesammelt durchzuführen (siehe die Fälle des OLG Celle vom 14. September 2006, Verg 2/06 und 3/06, VergabeR 2007, S. 79 ff. und S. 86 ff. - im Falle rechtlicher Verselbständigung vorbehaltlich eines vergaberechtsfreien In-house-Verhältnisses der Einheit zu ihren Mitgliedern).

Einer solchen Bündelung von Nachfragemacht will die sog. Mittelstandsklausel in § 99 Abs. 3 GWB bzw. § 2 Abs. 2 VOL/A und EG VOL/A mit dem Gebot zur Bildung von Teil- und Fachlosen entgegenwirken. In den Gesetzesmaterialien zur Änderung von § 99 Abs. 3 GWB findet sich, dass bezogen auf die Altregelung vielfach mittelständische Unternehmen die wenig mittelstandsge-



rechte Ausgestaltung der Auftragsvergaben beklagt hätten und insoweit die Bündelung von Nachfragemacht in der Praxis zugenommen habe, der Gesetzgeber nunmehr aber im Interesse der vorwiegend mittelständisch strukturierten Wirtschaft auf deren Interessen bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens besonders zu achten hätte (Gesetzesbegründung der Bundesregierung vom 13. August 2008 zu Nr. 2, § 97 a, BT-Durcks. 16/10117).

Soweit Entwicklungs- oder Beschaffungsgemeinschaften kartellrechtlich zulässig sind, ist im Rahmen der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen, dass die potentielle Anzahl von Ausschreibungsverfahren durch eine solche Bündelung reduziert wird. Deshalb weisen derartige zusammengefasste Einkaufsmaßnahmen einen inhärenten mittelstandsfeindlichen Aspekt auf (Burgi, NZBau 2006, S. 694; Kirchner, VergabeR 2010, S. 730, 731). Vergaberechtlich ist dies nicht per se unzulässig. Vielmehr soll dieser Nachfragebündelung dadurch entgegengewirkt werden, dass in solchen Fällen regelmäßig eine Losvergabe stattfindet (Kus, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2010, § 2 EG VOL/A, Rdnr.20). Die Prüfung einer losweisen Vergabe ist in diesen Fällen - im jeweiligen Einzelfall - mit besonderer Sorgfalt durchzuführen.

cc) Ausschreibung fremder Bedarfe

Erfolgt die Beschaffung seitens eines Landes im Auftrage einer Entwicklungs- oder Einkaufsgemeinschaft ist darüber hinaus vergaberechtlich zu prüfen, ob eine öffentlich-rechtliche Körperschaft den Bedarf dritter Körperschaften (oder ihrer jeweiligen Zusammenschlüsse) gegebenenfalls neben dem eigenen Bedarf auf der ersten Beschaffungsstufe (mit) ausschreiben darf oder ob hiergegen vergaberechtliche Bedenken bestehen.

Es ist grundsätzlich vergaberechtlich zulässig, dass ein öffentlicher Auftraggeber (gegebenenfalls auch) den Bedarf eines anderen öffentlichen Auftraggebers ausschreibt.

Die Vorschriften des § 98 GWB definieren die öffentlichen Auftraggeber. Diese sind nach § 97 Abs. 1 GWB verpflichtet, Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen. Eine Einschränkung dahingehend, dass jeder öffentliche Auftraggeber nur in seinem eigenen Zuständigkeitsbereich handeln oder nur seinen eigenen Bedarf ausschreiben dürfte, enthalten weder



die Bestimmungen des GWB noch die nachgelagerten Bestimmungen der VOL/A.

Auch ein Verstoß gegen allgemeine Prinzipien und Grundsätze des Vergaberechts kann darin nicht gesehen werden. In erster Linie geht es hier um das Wettbewerbsprinzip, das § 97 Abs. 1 GWB zum Ausdruck bringt.

Wie bereits oben ausgeführt, entsteht durch die zusammengefasste Ausschreibung der Bedarfe von Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaften eine Bündelung von Nachfragemacht. Deren Zulässigkeit wird aber - abgesehen von der bereits erwähnten Frage nach einer Losbildung - speziell durch das Kartellrecht geregelt, nicht hingegen durch das Vergaberecht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002, Verg 22/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Mai 2002, Verg 6/02, VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 7. Januar 2003, 1 VK 68/02).

Art. 11 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2008 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ("Vergabekoordinierungsrichtlinie") bestätigt das (ebenso im Ausblick Art. 35 des gegenwärtig diskutierten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM (2011), 896 - im Folgenden "Vorschlag-Vergabekoordinierungsrichtlinie"). Danach können zentrale Beschaffungsstellen im nationalen Recht zugelassen werden. Eine zentrale Beschaffungsstelle ist selbst ein öffentlicher Auftraggeber, der für andere öffentliche Auftraggeber bestimmte Waren und/oder Dienstleistungen erwirbt oder öffentliche Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen über Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber schließt (Art. 1 Abs. 10 Vergabekoordinierungsrichtlinie bzw. Art. 2 Abs. 16 Vorschlag-Vergabekoordinierungsrichtlinie). Diesen Regelungen in der Vergabekoordinierungsrichtlinie kommt klarstellende Wirkung zu. Ihnen vorausgegangen war bereits eine Übung in den Mitgliedsstaaten, die die Beschaffung über zentrale Beschaffungsstellen schon seit Längerem praktiziert hatten.

Das findet sich überdies im 15. Erwägungsgrund der Vergabekoordinierungsrichtlinie bestätigt. Dort wird ausgeführt, dass der Begriff der für öffentliche Auftraggeber tätigen zentralen Beschaffungsstellen im Gemeinschaftsrecht definiert werden sollte. In Anbetracht der großen Mengen, die beschafft wür-



den, trügen diese Verfahren zur Verbesserung des Wettbewerbs und zur Rationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens bei. Außerdem sollte unter Einhaltung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung definiert werden, unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden könne, dass öffentliche Auftraggeber die Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen über eine zentrale Beschaffungsstelle beziehen, die Vergabekoordinierungsrichtlinie eingehalten haben.

Mithin ist festzuhalten, dass das Vergaberecht nicht für die Frage heranzuziehen ist, ob eine Eigenentwicklung erfolgt. Diese Entscheidung steht im eigenen Organisationsermessen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Auch die Bildung von Einkaufs- und Entwicklungsgemeinschaften, vorbehaltlich deren wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit, ist vergaberechtlich nicht per se unzulässig. Das Vergaberecht steht weder Eigenentwicklungen entgegen noch beschränkt es gemeinschaftliche Beschaffungen über Entwicklungs- oder Einkaufsgemeinschaften in ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit (im Einzelfall ist hier aber besonders gründlich das Gebot der losweisen Vergabe zu prüfen, von der nur bei hinreichenden wirtschaftlichen oder technischen Gründen abgesehen werden darf).

7.3.1.2 Beschaffungsvorgang auf der zweiten Stufe: Kostenlose Weitergabe an andere öffentlich-rechtliche Körperschaften (z.B. ein anderes Land oder den Bund)

Diese zweite Stufe der kostenlosen Weitergabe stellt keinen Beschaffungsvorgang dar, der einer (erneuten) Ausschreibungspflicht unterläge. Ausschreibungspflichtig sind nach § 99 GWB nur öffentliche Aufträge. Deren wesentliches Merkmal ist die Entgeltlichkeit. Hier geht es aber um eine kostenlose Weitergabe von Software, also nicht um (weitere) Beschaffungsvorgänge der anderen öffentlichen Auftraggeber (ebenso das Arbeitsdokument öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit unter Ziffer 3.1, S. 6).

Eine öffentliche Stelle, die Software kostenlos an eine andere Stelle weitergibt, tritt auch nicht wie ein Unternehmen und damit nicht wie ein Marktteilnehmer am Markt auf. Das Verhältnis einer Einkaufs- und Entwicklungsgemeinschaft zu ihren Mitgliedern erfüllt darüber hinaus die Voraussetzungen der Rechtsprechung an ein vergaberechtsfreies Inhouse-Verhältnis (siehe EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Az. C-324/07; vgl. weiter OLG Hamburg, Beschluss

vom 14. Dezember 2010, Az. 1 Verg 5/10; EuGH, Urteil vom 18. November 1999, Az. C-107/98 - Teckal, Tz. 50; EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, Az. C-26/03 - Stadt Halle, Tz. 49; siehe dazu noch später unter Szenario 2 unter Ziffer 7.3.2.2).

7.3.2 Szenario 2

Ist die Bildung von Entwicklungsgemeinschaften auf der Basis gesonderter Verwaltungsabkommen, die eine gemeinschaftliche Softwareentwicklung im Auftrag der Entwicklungsgemeinschaft durch einen externen Dienstleister gegen Kostenbeteiligung der einzelnen Länder vorsehen, vergaberechtlich zulässig? Ist der nachträgliche Beitritt weiterer Länder gegen Kostenbeteiligung bzw. Eintrittsgeld vergaberechtlich zulässig und wenn ja unter welchen Voraussetzungen?

7.3.2.1 *Beschaffungsvorgang auf der ersten Stufe: Beschaffung der Software durch die Entwicklungsgemeinschaft von einem externen Dienstleister*

Das **Szenario 2** ist dadurch gekennzeichnet, dass zwischen mehreren öffentlich-rechtlichen Körperschaften eine Entwicklungsgemeinschaft gegründet wird, die ihrerseits bei einem externen Dienstleister (dritten Unternehmen) eine entgeltliche Softwareentwicklung in Auftrag gibt. Dritter oder externer Dienstleister kann auch ein außerhalb eines ausschreibungsfreien Inhouse-Verhältnisses stehendes rechtlich verselbständigtes Unternehmen (Stelle) der öffentlichen Hand sein.

Bei der Entwicklungsgemeinschaft handelt es sich um einen Zusammenschluss mehrerer öffentlicher Auftraggeber (in erster Linie Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen), mithin im Ergebnis regelmäßig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB (siehe oben zu **Szenario 1** unter 5.3.1.1.cc). Der Entwicklungsauftrag an einen externen Dienstleister ist, wie oben ebenfalls schon aufgeführt, ein entgeltlicher öffentlicher Auftrag an ein Unternehmen im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB, das die Beschaffung schwerpunktmäßig von Dienstleistungen zum Gegenstand hat (siehe auch § 99 Abs. 4 GWB). Im Einzelfall könnte es sich auch um einen Lieferauftrag im Sinne von § 99 Abs. 2 GWB oder um einen gemischten Liefer- und Dienstleistungsauftrag handeln. In jedem Fall liegt ein der VOL/A unterfallender, ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag vor. Dieser ist, wie im **Szenario 1**, entgeltlich. Das Entgelt wird anteilig aufgebracht von den Mitgliedern

der Entwicklungsgemeinschaft. Auch soweit - im Rahmen einer Entwicklungsgemeinschaft - ein öffentlicher Auftraggeber den Bedarf anderer öffentlicher Auftraggeber (mit-)ausschreiben sollte, bestehen dagegen keine vergaberechtlichen Zulässigkeitsbedenken (siehe oben **Szenario 1**).

Eine solche Gestaltung ist jedenfalls auf der ersten Beschaffungsstufe vergaberechtlich zulässig. Sie ist öffentlich ausschreibungspflichtig, wobei in jedem Einzelfall die bereits erwähnte Losaufteilung besonders sorgfältig zu prüfen ist (siehe oben **Szenario 1**).

7.3.2.2 ***Zweite Beschaffungsstufe: Weitergabe von der Entwicklungsgemeinschaft an Mitglieder gegen Kostenbeteiligung***

Das Modell im **Szenario 2** ist darauf angelegt, dass eine Entwicklungsgemeinschaft eine Software von einem externen Dritten beschafft, und zwar mit dem Ziel der Weitergabe an ihre Mitglieder. Das kann nur dann realisiert werden, wenn die Weitergabe an die anderen öffentlichen Auftraggeber, die Mitglieder der Entwicklungsgemeinschaft sind, ohne erneute Ausschreibung möglich ist. Da die weiteren öffentlichen Auftraggeber eine Kostenbeteiligung für ihre "Mitgliedschaft" in der Entwicklungsgemeinschaft bzw. richtiger: für ihre Partizipation an der beschafften Leistung zahlen, handelt es sich bei dieser Weitergabe - anders als in **Szenario 1** - um einen entgeltlichen Vorgang. Er fällt daher wegen seiner Entgeltlichkeit nicht per se aus dem Begriff des ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrags heraus (siehe Arbeitsdokument öffentlich-rechtliche Zusammenarbeit unter Ziffer 2, S. 4 und Ziffern 3.1, S. 6 f.).

Dennoch fällt auch diese Weitergabe der Software gegen Entgelt (tatsächlich handelt es sich nur um eine Kostenbeteiligung) von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen öffentlichen Auftraggeber (das Mitglied der Entwicklungsgemeinschaft) nicht unter den öffentlichen Auftragsbegriff des § 99 Abs. 1 GWB. Die Begriffsbestimmung für den öffentlichen Auftrag in § 99 Abs. 1 GWB setzt voraus, dass auf Leistungserbringerseite ein Unternehmen steht. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal wird darüber hinaus angesehen, dass es sich um einen Beschaffungsvorgang handelt, bei dem der öffentliche Auftraggeber als Beschaffer von Leistungen am Markt auftritt (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 20. Dezember 2001, 1 Verg 4/01). An beidem fehlt es im hier untersuchten Szenario 2.



Ein nur weitergebender öffentlicher Auftraggeber lässt sich nicht als Unternehmen im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB einordnen. Vorausgesetzt wird dafür vielmehr eine wirtschaftliche Betätigung, die darin besteht, Güter und Dienstleistungen am Markt anzubieten (vgl. beispielsweise die Definition in Art. 1 Abs. 8 der Vergabekoordinierungsrichtlinie, die ebenfalls auf entsprechende Angebote "auf dem Markt" zur Beschreibung der Begriffe Unternehmer bzw. Lieferant oder Dienstleistungserbringer abstellt). Die beschaffende Entwicklungsgemeinschaft ist aber bei der bloßen Weiterleitung der von ihr beschafften IT-Produkte regelmäßig nicht als Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift einzuordnen, da sie ihre Leistungen nicht "am Markt" anbietet, sondern lediglich Leistungen Dritter, die sie am Markt beschafft hatte, ohne eigene Wertschöpfung und ohne eine eigene gewerbliche Tätigkeit zu entfalten nur gegen Kostenbeteiligung/-erstattung an andere öffentliche Auftraggeber, die ihre Mitglieder sind und deren Bedarf sie öffentlich ausgeschrieben hatte, weiterleitet.

Dementsprechend lässt sich die Weiterleitung der erworbenen Software von einer Entwicklungsgemeinschaft an ihre Mitglieder nicht als eine beschaffungs- oder marktrelevante Nachfrage der begünstigten öffentlichen Körperschaften ansehen. Sie treten mit ihrer Nachfrage (ihrem Bedarf) nicht bzw. nicht noch einmal an den Markt - ebenso wenig wie die auf der ersten Stufe Beschaffenden als Leistungserbringer am Markt auftreten. Es wird vielmehr eine zentrale Beschaffung durchgeführt, die auf der ersten Stufe ausschreibungspflichtig war, aber nicht ein weiteres Mal auf der zweiten Stufe ausgeschrieben werden muss. Durch die bloße Weitergabe wird kein neuer, nachgelagerter Markt geschaffen, sondern es werden die zentral beschafften Leistungen nur im "Innenverhältnis" auf die beteiligten Körperschaften verteilt. Solange diese Weitergabe der erworbenen Software sich auf die Weitergabe/Verteilung beschränkt und insbesondere nicht mit einer eigenen Wertschöpfung bei der weitergebenden Stelle verbunden ist und diese Stelle nicht gewerblich, quasi wie ein Marktteilnehmer, gegenüber den anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften auftritt, an die sie Leistungen weiterleitet, stellt dies keine Nachfrage oder Leistungserbringung "am Markt" dar. Der Vorgang ist dann nicht beschaffungsrelevant und damit nicht ausschreibungspflichtig als öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB. (Von dieser Konstellation wird für das **Szenario 2** ausgegangen.)

Zieht man die Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe heran, bildet diese das vorstehende vergaberechtliche Ergebnis ab:

So hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bereits frühzeitig bestimmte Verträge nicht als ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge im Sinne der Vergaberichtlinien angesehen, nämlich dann "wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, vorausgesetzt, dass diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit ihr oder anderen Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben" (siehe EuGH, Urteil vom 23. Dezember 2009, C-305/08; siehe EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Az. C-324/07; vgl. weiter OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, Az. 1 Verg 5/10; EuGH, Urteil vom 18. November 1999, Az. C-107/98 - Teckal, Tz. 50; EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, Az. C-26/03 - Stadt Halle, Tz. 49). Damit hat der Europäische Gerichtshof der Auftragsdurchführung mit eigenen Kräften (siehe oben zur Eigenentwicklung = Inhouse im engeren Sinne) durch den öffentlichen Auftraggeber aus funktionalen Gründen die Inhouse-Vergabe im weiteren Sinne gleichgestellt, bei der der öffentliche Auftrag zwar einer anderen selbständig rechtsfähigen Person erteilt wird, diese aber funktional als eigene Dienststelle anzusehen ist (vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009, Az. C-480/06, insbesondere Tz. 34 m.w.N.). Auch der geplante Art. 11 der Vorschlags-Vergabekoordinierungsrichtlinie sieht eine ausdrückliche Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts in Inhouse-Konstellationen vor. Voraussetzung dafür ist nach deren geplantem Art. 11 Abs. 1, dass

- (a) der öffentliche Auftraggeber über die betreffende juristische Person eine Kontrolle ausübt, die der gleichkommt, die er über seine eigenen Dienststellen ausübt,
- (b) mindestens 90 % der Tätigkeiten der juristischen Person für den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder für andere von diesem kontrollierte juristische Person ausgeführt werden und
- (c) keine private Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person besteht.

Die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle setzt dabei voraus, dass maßgeblicher Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesent-

lichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person besteht. Dies hängt - wie auch schon nach heutiger Rechtslage und bestehender EuGH-Rechtsprechung - nicht nur von der konkreten Rechtsform ab, die die rechtlich verselbständigte Einheit (in diesem Fall die Einkaufsgemeinschaft) bei Einrichtung des Inhouse-Verhältnisses für sich wählt, sondern von der dazu getroffenen konkreten Ausgestaltung der Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten. Die Vorschlag-Vergabekoordinierungsrichtlinie normiert als Inhouse-Konstellationen auch sog. Bottom up-Verträge (Verträge, bei denen das kontrollierte Unternehmen einen Auftrag an seine kontrollierende Stelle vergibt) sowie Queraufträge in Inhouse-Konstellationen (Aufträge einer Inhouse-Tochter an eine andere Inhouse-Tochter; Voraussetzung dafür ist, dass auch keine private Beteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll, Art. 11 Abs. 2 der Vorschlag-Vergabekoordinierungsrichtlinie). Klargestellt werden soll weiter, dass ein Inhouse-Verhältnis auch dann bestehen kann, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber eine Inhouse-Einheit gemeinsam kontrollieren. Die dafür erforderliche gemeinsame Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen soll voraussetzen,

- (a) dass die Beschlussfassungsgremien der kontrollierten juristischen Person ("Inhouse-Tochter") sich aus Vertretern sämtlicher beteiligter öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen,
- (b) diese öffentlichen Auftraggeber folglich gemeinsam einen entscheidenden Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der Inhouse-Tochter ausüben können,
- (c) die kontrollierte juristische Person keine Interessen verfolgt, die sich von mit ihr zusammenarbeitenden öffentlichen Behörden unterscheiden und
- (d) die Inhouse-Tochter keine anderen Einnahmen als diejenigen erwirtschaftet, die sich aus der Rückzahlung der tatsächlich entstandenen Kosten im Zusammenhang mit den von den öffentlichen Auftraggebern vergebenen Aufträgen ergeben

(zum Ganzen: Art. 11 Abs. 3 der zur Zeit diskutierten Vorschlag-Vergabekoordinierungsrichtlinie).

Diese Voraussetzungen werden im Falle einer eigens zur Durchführung eines Entwicklungs-/Beschaffungsvorhabens gebildeten, rechtlich verselbständigten Entwicklungsgemeinschaft, die von ihren Mitgliedern sowohl finanziert als auch - wie eine Dienststelle - kontrolliert wird, grundsätzlich gegeben sein. Die Mitglieder üben - was im konkreten Fall jeweils zu prüfen ist - über die letztlich beschaffende Stelle eine Kontrolle aus wie über eigene Dienststellen. Die öffentlichen Auftraggeber halten zudem insgesamt sämtliche Anteile an ihrer Gemeinschaft, die ihre Tätigkeit (im Szenario 2 ausschließlich) für ihre Mitglieder verrichtet.

Eine konkrete Rechtsform für eine Inhouse-Gesellschaft gibt der Europäische Gerichtshof - schon aufgrund der Vielzahl der in der EU bestehenden Rechtsformen und Möglichkeiten - nicht vor. Maßgeblich sind die vorstehend genannten materiellen Kriterien. Bei der Frage nach einer geeigneten Rechtsform für eine Inhouse-Gesellschaft stellt die Rechtsprechung wesentlich darauf ab, ob über sie eine Kontrolle ausgeübt werden kann, die der gleichkommt, die der bzw. die öffentliche(n) Auftraggeber über seine/ihre eigenen Dienststellen ausübt/ausüben. Maßgeblich dafür ist ein entscheidender Einfluss auf die strategischen Ziele und auf die wesentlichen Entscheidungen der rechtlich verselbständigten Einheit. Dafür gibt es geeignete und weniger geeignete bzw. problematischere Rechtsformen, um dieses Kriterium zu erfüllen. So kommt der GmbH das grundsätzliche Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung zugute, während bei der Aktiengesellschaft die Unabhängigkeit des Vorstandes eher Schwierigkeiten bereitet. Bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen kommt es auf die im Rahmen des Organisations- und Gründungsaktes getroffenen Regelungen an (ggf. also auf das Gesetz bzw. den auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen Organisationsakt). Der Europäische Gerichtshof hat unter anderem in einem Fall, in dem eine Gemeinde einer interkommunalen Genossenschaft mit der alleinigen Aufgabe, den angeschlossenen Gemeinden Dienstleistungen zu erbringen, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt hat, entschieden, dass die Vergabe an die Genossenschaft rechtmäßig ohne Ausschreibung erfolgen kann, weil die angeschlossenen Gemeinden gemeinsam die Kontrolle über die Genossenschaft ausübten (siehe EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Az. C-324/07; vgl. weiter OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, Az. 1 Verg 5/10; EuGH, Urteil vom 18. November 1999, Az. C-107/98 - Teckal, Tz. 50; EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, Az. C-26/03 - Stadt Halle, Tz. 49). Damit

mehrere öffentliche Auftraggeber über eine Inhouse-Einrichtung eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausüben, reicht es auch aus, wenn Einzelne nur Minderheitsbeteiligungen haben; das Erfordernis einer Mehrheitsentscheidung hebt die Möglichkeit einer gemeinsamen Kontrolle aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber insoweit nicht auf. Entscheidend ist vielmehr, dass die Kontrolle von den beteiligten Stellen gemeinsam ausgeübt wird (EuGH, Urteil vom 13. November 2008, Rs. C-324/07; EuGH, Urteil vom 10. September 2007, Rs. C-573/07; vgl. auch EuGH, Urteil vom 21. Juli 2005, Rs. C-231/03).

Die Rechtsprechung zur sog. interkommunalen Zusammenarbeit steht diesem Ergebnis jedenfalls nicht entgegen.

Liegt kein Inhouse-Verhältnis vor (und wird damit im Grunde das **Szenario 2** verlassen), gerät die Weitergabe gegen Entgelt in einen Bereich, in dem es zu Abgrenzungsproblemen und damit zu Rechtsunsicherheiten bis hin zu vergaberechtlichen Unzulässigkeiten kommt:

Ohne Vorliegen einer ausschreibungsfreien Inhouse-Gestaltung hat der Europäische Gerichtshof zwar ebenfalls Fälle anerkannt, in denen auch dann kein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag vorliegt, wenn Kommunen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgabe vertraglich zusammenarbeiten (EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009, Az. C-480/06 - Tz. 37 ff.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juni 2006, Az. VII Verg 17/06; vgl. darüber hinaus OLG Frankfurt, Beschluss vom 7. September 2004, Az. Verg 11/04; OLG Naumburg, Beschluss vom 3. November 2005, Az. 1 Verg 9/05; vgl. auch OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, Az. 1 Verg 5/10). Die Rechtsprechung zur sog. interkommunalen Zusammenarbeit ist dann einschlägig, wenn die beteiligten öffentlichen Auftraggeber - horizontal - zur gemeinsamen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (ohne private Beteiligung) zusammenarbeiten und die beteiligten Stellen sämtlich nicht als Leistungserbringer am Markt auftreten wie ein Wettbewerber. An einem solchen Auftreten am Markt fehlt es, wenn die Entwicklungsgemeinschaft die beschafften Leistungen lediglich weiterleitet und verteilt an ihre Mitglieder gegen Kostenbeteiligung und dies jeweils im Rahmen der öffentlich-rechtlichen und im Allgemeininteresse liegenden Zuständigkeiten und Aufgaben der beschaffenden Körperschaften und der weiterleitenden Stelle erfolgt. Ohne ein Auftreten am Markt handelt es sich bei dieser Zusammenarbeit zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern unter Umständen um einen innerstaatlichen Ver-

waltungsorganisationsakt, der dem Vergaberecht entzogen sein könnte (vgl. Burgi, NZBau 2005, S. 208; Zikow/Siegel, VerwArch 2005, S. 126; Portz, VergabeR 2009, S. 702, 705; dagegen: Pielow, EuZW 2009, S. 531). Hintergrund dieser Auffassung ist unter anderem, dass die Organisation der Verwaltung der Mitgliedsstaaten nicht Sache der Europäischen Union ist. Betroffen ist hier das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, geschützt nach Art. 28 Abs. 2 GG, womit auch die freiwillige Zusammenarbeit mehrerer Gemeinden untereinander (interkommunale Zusammenarbeit) unter den von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen gewährleistet ist.

In ihrem Arbeitsdokument öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit (SEK 2011) 1169 vom 4. Oktober 2011) beschreibt die EU-Kommission die Voraussetzungen der vom Vergaberecht freigestellten interkommunalen Zusammenarbeit wie folgt (siehe Ziffer 3.3.1, S. 15):

Die der interkommunalen Zusammenarbeit zugrunde liegende Vereinbarung darf sich

- (a) nur auf öffentliche Auftraggeber beziehen, und es darf keine Beteiligung von privatem Kapital bestehen,
- (b) die Vereinbarung muss auf einer echten Zusammenarbeit beruhen, mit dem Ziel einer gemeinsamen Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe, im Gegensatz zu einem normalen öffentlichen Auftrag und
- (c) die Zusammenarbeit darf nur durch Überlegungen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein.

Auch die gegenwärtig diskutierte Vorschlag-Vergabekoordinierungsrichtlinie greift in Art. 11 Abs. 4 die interkommunale Zusammenarbeit auf und stellt sie unter folgenden Voraussetzungen vom Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie frei:

- (a) Die der Kooperation zugrunde liegende Vereinbarung begründet eine echte Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel, ihre öffentlichen Aufgaben gemeinsam wahrzunehmen, und umfasst wechselseitige Rechte und Pflichten der Parteien;
- (b) die Vereinbarung wird nur durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt;



- (c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber üben, gemessen am Umsatz, nicht mehr als 10 % ihrer Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der Vereinbarung relevant sind, auf dem offenen Markt aus;
- (d) die Vereinbarung betrifft keine anderen Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern als jene, die die Rückzahlung der tatsächlichen Kosten der Bauarbeiten, Dienstleistungen oder Lieferungen betreffen und
- (e) es besteht keine private Beteiligung an den involvierten öffentlichen Auftraggebern.

Nach beiden Dokumenten darf die Zusammenarbeit nur durch Überlegungen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein. Eine Zusammenarbeit wäre mithin nicht vom Vergaberecht freigestellt, wenn sie von anderen Überlegungen, insbesondere kommerziellen geleitet bzw. hauptsächlich bestimmt wäre. Daher, so die EU-Kommission in ihrem Arbeitsdokument, sollten die Kooperationspartner im Prinzip keine Tätigkeiten auf dem Markt im Rahmen der Zusammenarbeit ausüben. Mit anderen Worten sollte sich die Kooperationsvereinbarung nicht auf Tätigkeiten erstrecken, die auf dem freien Markt angeboten werden (so ausdrücklich die EU-Kommission unter Ziffer 3.3.3 ihres Arbeitsdokuments zur öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit (SEK 2011) 1169 vom 4. Oktober 2011, S. 16 f.).

Gefordert wird für die - vergaberechtsfreie - interkommunale Zusammenarbeit aber nicht nur der Abschluss einer rechtlichen - regelmäßig vertraglichen - Grundlage, mit der die Aufgabenerfüllung und die Kostenbeteiligung sichergestellt werden. Die Verpflichtungen, die die vertragsschließenden Gebietskörperschaften eingehen, müssen mit dem Gegenstand der öffentlichen Aufgabe vielmehr auch unmittelbar im Zusammenhang stehen. Gefordert wird eine "echte Zusammenarbeit" mit dem Ziel einer gemeinsamen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, im Gegensatz zu einem "normalen öffentlichen Auftrag" (der auch zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern nicht ausgeschlossen ist).

Nach dem derzeitigen Stand in Rechtsprechung und Literatur wird gegenwärtig diskutiert, ob und inwieweit Vereinbarungen zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften auf der Grundlage des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 9. Juni 2009 (Az. C-480/06) zur interkommunalen Zusammenarbeit

vergabefrei sind. Insbesondere wird erörtert, ob nicht nur Vereinbarungen, die die öffentlichen Aufgaben als solche - unmittelbar - betreffen (so die vorgenannte Entscheidung des EuGH, in der es um die Abfallbeseitigung ging), sondern die die Erfüllung öffentlicher Aufgaben nur mittelbar betreffen, vergaberechtsfrei sein können (vgl. Ganzke, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage, § 99 Rdnr. 46). Ob diese Rechtsprechung auch für Hilfsdienstleistungen (in diesem Zusammenhang werden konkret IT-Dienstleistungen angesprochen, vgl. z.B. Struve, EuZW 2009, S. 805, 807) gilt und zur Vergaberechtsfreiheit führen könnte, oder es sich (im Sinne des Arbeitsdokuments der EU-Kommission SEK (2011) 1169 vom 4. Oktober 2011) nicht doch um einen ausschreibungspflichtigen "normalen öffentlichen Auftrag" zwischen zwei öffentlichen Stellen handelt, ist zweifelhaft. In der Rechtsprechung gibt es bereits Stimmen, die die Ausnahme vom Vergaberecht für solche Hilfsdienstleistungen bezweifeln (so ausdrücklich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2011, Az. VII Verg 39/11 - "Zweckvereinbarung Gebäudereinigung", die als Umgehung des Vergaberechts bezeichnet wird; zurückhaltend auch Portz, VergabeR 2009, S. 702, 709 für Stromlieferungen für den Bedarf eines Verwaltungsgebäudes; Letzteres wird auch von der EU-Kommission in ihrem Arbeitsdokument zur öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit als "normaler öffentlicher Auftrag" eingeordnet, für den das Vergaberecht anzuwenden ist, siehe a.a.O., Ziffer 3.3.2, S. 16). Der Europäische Gerichtshof hatte sich in seinem Urteil vom 15. Oktober 2009 (Az. C-275/08) mit der Lieferung einer Software durch die kommunale Datenverarbeitung in Bayern an die Datenzentrale Baden-Württemberg - zwischen denen kein Inhouse-Verhältnis bestand - zu befassen und hat die ohne öffentliche Ausschreibung erfolgte Lieferung beanstandet, ohne das Problem einer Vergaberechtsfreiheit aufgrund einer interkommunalen Kooperation auch nur anzusprechen.

Ob mithin aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Vergaberechtsfreiheit der interkommunalen Zusammenarbeit auch die Vergaberechtsfreiheit von den hier zu beurteilenden Liefer- und Dienstleistungen jedenfalls in den Fällen gefolgert werden kann, wenn die öffentliche Stelle, die an eine andere öffentliche Stelle eine Leistung nur weiterreicht und nicht wie ein Wettbewerber am Markt auftritt (wie hier mit **Szenario 2**) oder ob diese Rechtsprechung generell nichts hergibt für Vereinbarungen über solche Hilfsdienstleistungen (IT-Dienstleistungen), ist ungewiss. Es sollte gegenwärtig eine vorsichtige Betrachtung erfolgen.



Mit den obigen Ausführungen ist festzustellen, dass für die hier beschriebene Konstellation des **Szenarios 2** auf der zweiten Stufe (reine Verteilung gegen anteilige Kostenerstattung an die Mitglieder einer Entwicklungsgemeinschaft im bestehenden Inhouse-Verhältnis) Vergaberechtsfreiheit besteht, während auf der ersten Stufe, bei der Vergabe an den externen Dienstleister, eine Ausschreibungspflicht zu beachten ist. Dafür braucht nicht auf die Grundsätze der Rechtsprechung zur interkommunalen Zusammenarbeit zurückgegriffen zu werden; die dazu ergangenen Urteile, insbesondere von dem Oberlandesgerichte Düsseldorf (Beschluss vom 5. Mai 2004, Az. Verg 78/03), Oberlandesgericht Frankfurt (Beschluss vom 7. September 2004, Az. Verg 11/04) sowie des Oberlandesgerichts Naumburg (Beschluss vom 3. November 2005, Az. 1 Verg 9/05) stehen dem vorstehenden Ergebnis jedenfalls auch nicht entgegen. In diesen Urteilen ging es sämtlich darum, ein Auftreten einer öffentlichen Stelle am Markt oder wie ein Marktteilnehmer aus dem Bereich der vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit auszuschließen (ebenso der Fall des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2011, Az. VII Verg 39/11). Ein solches Auftreten am Markt läge beispielsweise vor, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft eine eigene Entwicklungsarbeit geleistet hätte und ihr Produkt sodann gegen Entgelt im Wettbewerb zu anderen Produkten privater Anbieter an eine andere öffentliche Stelle, zu der kein Inhouse-Verhältnis besteht, verkauft (so der Fall des EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Az. C-275/08). Dieser Fall unterfällt nicht dem **Szenario 2** und der hier zum **Szenario 2** angestellten Betrachtung. Es handelt sich dabei auch nicht um eine reine Weiterverteilung an die Mitglieder einer Entwicklungsgemeinschaft, sondern um ein Auftreten im Wettbewerb und am Markt.

7.3.2.3 *Nachträglicher Beitritt weiterer Länder*

Eine Besonderheit stellt der nachträgliche Beitritt weiterer Länder zu der Entwicklungsgemeinschaft gegen Kostenbeteiligung bzw. ein entsprechendes Eintrittsgeld dar.

War dieser nachträgliche Beitritt im Sinne beispielsweise einer Rahmenvereinbarung auf der ersten Beschaffungsstufe mit ausgeschrieben, und sind die Voraussetzungen und Folgen in der entsprechenden Vertragsgrundlage mit dem aus der Ausschreibung als Sieger hervorgegangenen externen Dienstleister verankert, handelt es sich bei einem solchen nachträglichen Beitrag in

der Phase der Vertragsdurchführung regelmäßig nicht um einen - erneut ausschreibungspflichtigen - Beschaffungsvorgang. Die Mitbeschaffung für den weiteren Beitretenden, auch wenn dieser zeitlich später beitrifft, war bereits mit Gegenstand der Ausschreibung und der Vergabe im Wettbewerb. Der nachträgliche Beitritt vollzieht sich dann auf der Verteilungsebene, ohne selbst erneut ausschreibungsrelevant zu werden.

Konkret setzt das voraus, dass der Bedarf auch des später Hinzutretenden, wie ausgeführt, bereits mit Gegenstand der Ausschreibung war und konkret im Vertrag mit geregelt ist. Der Beitritt müsste darüber hinaus vor dem Ende der Vertragsdurchführung, d.h. in der Vertragsdurchführungsphase vor Abschluss der Leistungserbringung erfolgen, so dass die Leistungserbringung an den Beitretenden ebenfalls noch auf der Grundlage des Vertrages erfolgt. Außerdem dürfte durch den Beitritt keine wesentliche Änderung wesentlicher Vertragsbestimmungen, die einer ausschreibungspflichtigen Neuvergabe gleichkäme, eintreten, so dass sich der nachträgliche Beitritt tatsächlich, wie oben dargestellt, auf die Verteilungsebene beschränkt (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 13. April 2010, Az. C-91/08 - Wall AG; vgl. entsprechend EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000, Az. C-337/98; EuGH; Urteil vom 19. Juni 2008, Az. C-454/06).

Abzugrenzen ist der Fall eines nachträglichen Beitritts weiterer Länder zu einer Entwicklungsgemeinschaft in der Phase der Durchführung des Vertrages von dem Fall, dass ein bereits vollständig durchgeführter, abgeschlossener Vertrag dazu geführt hat, dass die Mitglieder einer Entwicklungsgemeinschaft Leistungen beschafft haben, die sie nunmehr ihrerseits an andere öffentliche Auftraggeber "weiterverkaufen" wollen. Ein solcher Fall ähnelt dann vielmehr dem schon erwähnten Fall des Europäischen Gerichtshofes in Bezug auf Leistungsaustausche zwischen zwei Datenzentralen (EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Az. C-275/08), bei dem es gerade nicht mehr um einen Beitritt zu einer Entwicklungsgemeinschaft gegen Kostenbeteiligung (Eintrittsgeld), sondern um eine Beschaffung "am Markt" ging. Diese ist als "normaler öffentlicher Auftrag" öffentlich auszuschreiben, wenn zwischen den beteiligten Stellen kein Inhouse-Verhältnis besteht und sofern kein anderer Ausnahmetatbestand, etwa aufgrund eines Ausschließlichkeitsrechts (siehe § 100 Abs. 1 lit. g GWB) eingreift.

7.3.3 Szenario 3

Ist die Bildung von Pflegeverbänden auf der Basis gesonderter Verwaltungsabkommen, die die Pflege der zuvor gemeinschaftlich entwickelten Software gegen Kostenbeteiligung der einzelnen Länder vorsehen, vergaberechtlich zulässig und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Kommt man zu einer abweichenden Beurteilung, wenn die Software

- 1) durch ein Land entwickelt (Eigen- oder Fremdentwicklung) oder gekauft (Standardsoftware) und
 - kostenlos an andere Länder weitergegeben wird
 - gegen Eintrittsgeld an andere Länder weitergegeben wirdund die dann gemeinsam einen Pflegeverband bilden und sich die Kosten der SW-Pflege nach einem bestimmten Schlüssel teilen?
- 2) im Rahmen einer Entwicklungsgemeinschaft entwickelt wurde (Eigen- oder Fremdentwicklung) und dann
 - gegen Eintrittsgeld an andere Länder weitergegeben wird
 - kostenlos an andere Länder weitergegeben wird,die dann dem Pflegeverband gegen Kostenbeteiligung beitreten;

Das **Szenario 3** (Pflegeverband) ähnelt dem **Szenario 2** (Entwicklungsgemeinschaft) und ist vergaberechtlich entsprechend zu beurteilen. Die Aufgabenstellung ist insoweit stärker auf die einzelnen möglichen Beschaffungsbeziehungen auszurichten und zu untersuchen.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

7.3.3.1 ***Beschaffungsvorgang auf der ersten Stufe: Beschaffung der Pflegeleistung durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder einen Pflegeverband***

Aufträge öffentlich-rechtlicher Körperschaften über Softwarepflege sind Dienstleistungsaufträge im Sinne von § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB. Sie sind nach den Bestimmungen der §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der VOL/A europaweit auszuschreiben, soweit der jeweilige Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet (siehe oben zu **Szenario 1** lit.5.3.1.1 a).

Ausschreibungspflichtig wird der Vorgang dann, wenn eine Vergabe an einen externen Dienstleister oder an eine andere Stelle, zu der kein Inhouse-

Verhältnis besteht, erteilt werden soll und es sich um einen entgeltlichen Auftrag handelt.

Technisch ist davon auszugehen, dass grundsätzlich auch ein externer privater Dienstleister die entsprechenden Pflegeleistungen erbringen könnte, erforderlichenfalls durch Zurverfügungstellung der dafür benötigten Informationen durch den oder die öffentlichen Körperschaften. Faktisch (technisch) handelt es sich regelmäßig nicht um eine Leistung, die im Falle einer Eigenentwicklung zwingend nur vom Eigenentwickler erbracht werden könnte. Die Pflegeleistung ist im **Szenario 3** vielmehr vergaberechtlich selbständig zu betrachten.

Erfolgt die Vergabe der Pflegeleistung an einen Dritten, sei es durch einen Pflegeverbund oder eine oder mehrere öffentlich-rechtliche Körperschaften, ist der entsprechende Dienstleistungsauftrag daher öffentlich auszuschreiben.

7.3.3.2 *Weiterverteilung der Leistungen innerhalb des Pflegeverbundes auf der zweiten Beschaffungsstufe*

Hier gilt das oben Gesagte entsprechend. Handelt es sich tatsächlich um eine reine Weiterverteilung an die Mitglieder des Pflegeverbundes, zu denen ein Inhouse-Verhältnis besteht bzw. hergestellt worden war, treten die Mitglieder des Pflegeverbundes als potentielle Nachfrager und der Pflegeverbund selbst als potentieller Leistender nicht am Markt auf. Die Weiterverteilung der Leistungen, die der Pflegeverbund sich durch Ausschreibung von einem externen Dritten beschafft hat, sind daher ebenso vergaberechtsfrei wie die eigene Leistungserbringung durch den Pflegeverbund zugunsten seiner Mitglieder im Inhouse-Verhältnis.

7.3.3.3 *Besonderheit: Pflege in Eigenleistung*

Wie bei den Eigenentwicklungen (siehe oben) besteht die Besonderheit der Eigenpflege darin, dass es in diesem Fall zu keinem Beschaffungsvorgang und damit auch zu keiner öffentlichen Ausschreibung kommt. Die entsprechende Stelle führt die Pflegeleistungen vielmehr selbst und mit eigenen Mitarbeitern durch. Sie tritt nicht als Nachfrager am Markt auf, so dass auch kein im Sinne von § 99 GWB ausschreibungspflichtiger öffentlicher Dienstleis-

tungsauftrag zustande kommt. Die Eigenpflege ist daher vergaberechtlich nicht relevant.

Etwas anderes kann dann gelten, wenn die "Eigenpflege" in einem Pflegeverbund organisiert wird. In dem Fall würde der Pflegeverbund keinen externen Dienstleister beauftragen, sondern die Pflege für die Verbundmitglieder selbst durchführen.

Dann wäre weiter zu fragen, wie schon bei der Entwicklungsgemeinschaft oben dargestellt, ob zwischen dem Pflegeverbund und seinen Mitgliedern (auf der zweiten Beschaffungsstufe) ein Inhouse-Verhältnis besteht. Dann sind die entsprechenden Leistungen vergaberechtsfrei. Soweit der Pflegeverbund als Dienstleister auch gegenüber Dritten auftritt und seine Leistungen gegen Entgelt anbietet, verhält er sich regelmäßig wie ein Marktteilnehmer und muss sich daher auch den Bedingungen des Wettbewerbs, insbesondere den Anforderungen einer öffentlichen Ausschreibung, stellen. Auch insoweit ist auf die obigen Ausführungen zur Entwicklungsgemeinschaft zu verweisen.

7.3.4 Szenario 4

Ist der gemeinschaftliche Betrieb von Software durch verschiedene Länder auf der Basis gesonderter Verwaltungsabkommen gegen Kostenbeteiligung vergaberechtlich zulässig und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Kommt man zu einer abweichenden Bewertung, wenn der Betrieb

- a) durch ein Land in Eigenregie (landeseigener Betrieb etc.) gegen Kostenbeteiligung (Betriebskosten)
- b) durch ein Land im Fremdbetrieb (Dienstleister) gegen Kostenbeteiligung (Betriebskosten) erfolgt?

Das **Szenario 4** geht technisch von Folgendem aus:

In aller Regel ist es derzeit selbst dann, wenn mehrere Länder die gleiche Software - sei es als Folge einer kostenlosen Weitergabe oder eines Entwicklungsverbunds - nutzen so, dass jedes Land eine eigene Softwareinstallation für sich betreibt.

Neuartige Softwarearchitekturen erlauben aber die Entwicklung von "mandantenfähiger" Software, bei der nicht für jeden Nutzerkreis (= z.B. ein Bundesland) eine eigene Installation auf einem eigenen Server erforderlich ist. Vielmehr könnten durch eine Installation mehrere

Länder bedient werden. Der Zugriff erfolgt dann faktisch über das Internet oder über VPN Leitungen.

Unter diesen Umständen macht es dann im Interesse der Kosteneffizienz (insbesondere muss die für den Betrieb nötige Hardware nur einmal beschafft werden) auch Sinn, wenn entweder ein externer Dienstleister die Software für alle beteiligten Bundesländer in seinem Rechenzentrum betreibt. Alternativ käme aber auch in Betracht, dass ein Bundesland die Software für sich selbst betreibt, z.B. in einem landeseigenen Betrieb die Inanspruchnahme von Leistungen gestattet.

Vergaberechtlich ist das **Szenario 4** entsprechend den **Szenarien 2** und **3** zu beurteilen. Das bedeutet:

- a) Der Betrieb einer Software ist jedenfalls dann, wenn er gegen Entgelt an einen externen Dienstleister vergeben wird, ein nach den §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der VOL/A ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag bei Überschreiten des Schwellenwertes. Die Betreibergemeinschaft wäre ihrerseits öffentlicher Auftraggeber bei einer entgeltlichen Vergabe an einen externen Dritten. Insoweit besteht auf der ersten Beschaffungsstufe eine Ausschreibungspflicht oberhalb der Schwellenwerte.
- b) Erbringt die Betreibergemeinschaft die Leistungen selbst (als Betreibergemeinschaft), kann sie die Leistungen ihren Mitgliedern (im Sinne einer Weiterverteilung) zuwenden, wenn zu den Mitgliedern ein Inhouse-Verhältnis besteht. An einem Inhouse-Verhältnis fehlt es – abgesehen vom Fall einer mangelnden rechtlichen Verselbständigung - unter Umständen, soweit auf bestehende Einrichtungen einzelner öffentlich-rechtlicher Körperschaften zurückgegriffen werden soll.

In dem Falle ließe sich eine Vergaberechtsfreiheit dadurch erreichen, dass die Rechtsprechung die Anwendbarkeit der Grundsätze zur interkommunalen Zusammenarbeit auch auf Hilfsgeschäfte der Verwaltung wie IT-Dienstleistungen erstreckt, woran derzeit Zweifel bestehen (siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2011, Az. VII 39/11, das diese Zweifel ausdrücklich für IT-Dienstleistungen äußert).

Vergaberechtsfrei kann die Betriebsdienstleistung auch dann sein, wenn es für sie faktisch keinen Markt gibt, insbesondere wenn aus technischen Gründen der Betrieb nur bei einem öffentlichen Träger liegen könnte (dann könnte gegebenenfalls die Ausnahmevorschrift eines Ausschließlichkeitsrechtes im Sinne von § 100 Abs. 1 lit. g GWB eingreifen). Regelmäßig dürfte es sich aber um eine am Markt beschaffbare Leistung handeln, so dass diejenige öffentliche Stelle, die diese Leistungen gegen-

über anderen öffentlichen Stellen erbringen wollte, wie ein Marktteilnehmer am Markt auftritt und sich daher auch den Marktregeln, insbesondere den dort bestehenden Ausschreibungspflichten beugen müsste, solange zu den Leistungsempfängern kein Inhouse-Verhältnis besteht (siehe EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Az. C-275/08).

Vorzugswürdig im vergaberechtlichen Sinne ist also eine Lösung, bei der ein Inhouse-Verhältnis besteht oder (rechtzeitig) hergestellt wird. Ob sich die (hinreichend institutionalisierte) Betreibergesellschaft, die zu ihren Mitgliedern in einem Inhouse-Verhältnis steht, dazu ihrerseits bestimmter Fazilitäten in einem Rechenzentrum, zum Beispiel einem landeseigenen Betrieb, bedient und den Betrieb über die dortigen Einrichtungen abwickeln könnte, ist eine weitere, vergaberechtlich zu beurteilende Fragestellung, sofern dies gegen Entgelt erfolgt. Sie ist aber in erster Linie technisch zu klären und in zweiter Linie daraufhin zu untersuchen, ob insoweit eine Wettbewerbssituation zu Privaten eintreten kann. Aufgrund der Verschiedenheit der Fälle kann dies nicht allgemeingültig angenommen bzw. beurteilt werden.

7.3.5 Szenario 5

Ist es für die vergaberechtliche Bewertung von Bedeutung, ob eine gemeinsam betriebene Software zuvor auch gemeinschaftlich entwickelt wurde?

Diese Frage ist mit den obigen Ausführungen zum **Szenario 4** zumindest grundsätzlich zu verneinen. In dieser Konstellation ist allerdings mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob es sich bei der benötigten Betriebsleistung überhaupt um eine am Markt verfügbare Leistung handelt oder ob sie aus technischen Gründen ohnehin nur von dem Gemeinschaftsunternehmen (der Entwicklungsgemeinschaft), die sodann in eine Betriebsgemeinschaft münden würde, aufgrund deren eigener Rechte erbracht werden kann (dann gegebenenfalls vergaberechtsfrei nach § 100 Abs. 1 lit. g GWB). Ob sich private Dienstleister in diesem Bereich am Markt überhaupt befinden, ist, wie der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 15. Oktober 2009 (Az. C-275/08) ausgeführt hat, in jedem Einzelfall mit besonderer Sorgfalt zu prüfen.

7.3.6 Szenario 6

Ist es für die vergaberechtliche Bewertung (jedenfalls in Teilen) von Bedeutung, ob die Landeshaushaltsordnungen der einzelnen Bundesländer Sperrern hinsichtlich der kostenlosen Weitergabe von Vermögensgegenständen enthalten bzw. ob diese nur auf Gegenseitigkeitsbasis zulässig ist?

Die haushaltsrechtliche Zulässigkeit der einzelnen Szenarien ist gesondert, neben dem Vergaberecht, zu bewerten. Enthält das jeweils einschlägige Haushaltsrecht eine Sperre gegen die kostenlose Weitergabe von Vermögensgegenständen, scheidet das **Szenario 1** von vornherein aus. Das **Szenario 2** setzt eine entgeltliche Übertragung voraus. Entgeltlich im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB bedeutet gegen Entgelt und meint nicht auf "Gegenseitigkeitsbasis" im Sinne eines Tauschverhältnisses o.ä. Diese Gegenseitigkeitsbasis im haushaltsrechtlichen Sinne wäre vergaberechtlich als unentgeltliche Leistung einzuordnen (sofern es nicht zu Konstellationen kommt, die als Liefer- oder Dienstleistungskonzessionen bewertet werden müssten). Eine Weitergabe gegen Entgelt, wie sie den **Szenarien 2 bis 5** zugrunde liegt, wäre daher haushaltsrechtlich auch dann nicht zu beanstanden, wenn die haushaltsrechtlichen Bestimmungen der beteiligten Träger Sperren gegen eine kostenlose Weitergabe von Vermögensgegenständen enthalten bzw. diese nur auf Gegenseitigkeitsbasis zuließen. Ausgeschlossen wäre in diesen Fällen nur das **Szenario 1**.

7.4 Wettbewerbsrechtliche Bewertung

Neben Fragen der vergaberechtlichen Zulässigkeit, stellt sich bei der kostenlosen Weitergabe von Software im Grundsatz auch die Frage der wettbewerblichen Lauterkeit.

Die kostenlose Abgabe von Waren und Dienstleistungen an Dritte, die sich solche oder ähnliche, auch qualitativ bessere Waren auf dem entsprechenden Markt der IT-Leistungen hätten besorgen müssen, stellt grundsätzlich einen erheblichen Eingriff in das Marktgeschehen dar bei dem die Grundlagen des Leistungswettbewerbs der privaten Anbieter erheblich gefährdet werden, so dass grundsätzlich eine gemäß § 3 UWG unzulässige Marktstörung vorliegt (vgl. BGH GRUR 1993, 917 - Abrechnungssoftware für Zahnärzte).

Sofern der Erwerb allerdings, wie es regelmäßig der Fall sein dürfte, ausschließlich zum Eigenbedarf der öffentlichen Hand erfolgt, findet das Lauterkeitsrecht keine Anwendung. Die Anwendung des Lauterkeitsrechts auf die öffentliche Hand setzt hingegen eine geschäftliche Handlung iSd § 2 I Nr 1 UWG voraus; das Handeln der öffentlichen Hand muss also in einem objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens stehen.

Geht es der öffentlichen Hand nur darum, Eigenbedarf möglichst günstig einzukaufen, handelt sie nicht erwerbswirtschaftlich. Daher ist eine geschäftliche Handlung zu verneinen (vgl. BGH GRUR 1968, 95, 97). Überlässt ein Hoheitsträger einem anderen Hoheitsträger unentgeltlich Sachmittel, so liegt auch nicht auf Seiten des Annehmenden eine geschäftliche

Handlung vor. Eine Verpflichtung der öffentlichen Hand, sich ihren Bedarf auf dem Markt von privaten Anbietern zu verschaffen, besteht nicht (OLG Karlsruhe NJWE-WettbR 2000, 6).

7.5 Urheberrechtliche Bewertung

Computerprogramme sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG urheberrechtlich geschützt. Dabei hat der Rechtsinhaber gemäß § 69c UrhG das ausschließliche Recht, jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung vorzunehmen oder zu gestatten.

Liegt eine Zustimmung des Rechtsinhabers, d.h. des Urhebers oder eines Rechtsnachfolgers im Sinne des § 30 UrhG zur (Weiter-)Übertragung einer Softwarelizenz (mit oder ohne Aufgabe der eigenen Nutzung) auf einen Dritten vor, so ist diese ohne weiteres zulässig (§ 34 Abs. 1 Satz 1 bzw. 35 Abs. 1 UrhG). Die Zustimmung zur Lizenzübertragung kann dabei sowohl schriftlich als auch (mündlich) ausdrücklich oder konkludent erfolgen (vgl. *Schulze in Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, 3. Aufl. 2008, § 34 Rn. 16). Um etwaige Rechtsunsicherheiten und vor allem auch Streitigkeiten mit den Urhebern zu vermeiden, ist daher grundsätzlich sicherzustellen, dass die ursprünglichen Lizenzbedingungen mit dem Hersteller (Urheber) der Software Regelungen enthalten, wonach die Übertragung auf einen Zweiterwerber ausdrücklich gestattet wird.

Problematisch sind hingegen Fälle - die jedoch eigentlich nicht der Anwendungsfall der Kie-ler Beschlüsse sind - in denen der Rechtsinhaber der Übertragung (unter Aufgabe der eigenen Nutzung) nicht zugestimmt hat, d. h. der Lizenzvertrag mit dem Ersterwerber eine Übertragung der Lizenz auf einen Dritten ausdrücklich ausschließt oder zur Frage der Übertragung der Lizenz schweigt und sich auch nicht anhand der Gesamtumstände, insbesondere des Vertragszwecks und der vorangegangenen Vertragspraxis sowie Branchenübung eine stillschweigende Zustimmung ergibt (vgl. *Schulze in Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, 3. Aufl. 2008, § 34 Rn. 16).

In diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit eine Weitergabe an Dritte überhaupt wirksam vertraglich ausgeschlossen werden kann. Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich gemäß § 69c Nr. 3 UrhG das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück, wobei das Recht auf Vermietung nicht der Erschöpfungswirkung unterfällt. Das urheberrechtlich geschützte Werk unterliegt damit nicht mehr der Verfügungsgewalt des Rechteinhabers mit der Folge, dass der

Urheber eine weitere Veräußerung weder zu kontrollieren noch zu unterbinden vermag (*Harte-Bavendamm/Wiebe* in: *Killian/Heussen Computerrechts-Handbuch*, Teil 5, A., Rn. 62; *Redeker IT-Recht*, A. Rn. 55). Die Reichweite und der Anwendungsbereich dieses Erschöpfungsgrundsatzes sind jedoch seit Jahren heftig in der Literatur und Rechtsprechung umstritten und haben zuletzt auf Antrag des Bundesgerichtshofs zu einem Vorabentscheidungsverfahren des Europäischen Gerichtshofs im Hinblick auf die Auslegung der dem § 69c Nr. 3 UrhG zugrundeliegenden Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (nachfolgend die „Richtlinie“) geführt.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist danach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie jedenfalls dahin auszulegen, dass das Recht auf die Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms erschöpft ist, wenn der Inhaber des Urheberrechts, der dem möglicherweise auch gebührenfreien Herunterladen dieser Kopie aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt hat, gegen Zahlung eines Entgelts, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen, auch ein Recht, diese Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen, eingeräumt hat. Eine entsprechende Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht noch aus und ist erst im Laufe des nächsten Jahres zu erwarten.

7.6 Haushaltsrechtliche Bewertung

Auch aus den haushaltsrechtlichen Vorschriften, die für Bund, Länder und Kommunen in ähnlicher Form gelten, ergeben sich Vorgaben für die unentgeltliche Weitergabe von Software.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass im Grundsatz das Haushaltsrecht der unentgeltlichen Weitergabe von Vermögensgegenständen der öffentlichen Hand ablehnend gegenüber steht. So heißt es beispielsweise in § 63 Abs. 3 der Bundeshaushaltsordnung und in den ihr weitgehend entsprechenden Landeshaushaltsordnungen, dass Vermögensgegenstände nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen.

Auf der anderen Seite können nach den Regelungen der einschlägigen Haushaltsordnungen hiervon aber Ausnahmen im Haushaltsplan zugelassen werden, wovon die einzelnen Gebietskörperschaften nach Beschlüssen der Innenminister- und Finanzministerkonferenzen in ihrem jeweiligen Haushaltsrecht wie aus **Anlage 3** ersichtlich auch Gebrauch gemacht haben. Die Gebietskörperschaften haben damit den rechtswirksamen Rahmen für die kostenlose Abgabe von IT-Programmen bereits geschaffen. Für Baden Württemberg heißt es bei-

spielsweise in § 8 Abs. 2 Staatshaushaltsgesetz 2010/ 2011, dass „nach § 3 Landeshaushaltsordnung ... zugelassen [wird], das von Landesdienststellen im Bereich der Datenverarbeitung entwickelte oder erworbene Programme unentgeltlich Stellen der öffentlichen Verwaltung abgegeben werden, soweit Gegenseitigkeit besteht.“ In den Haushaltbestimmungen anderer Länder und des Bundes finden sich ähnliche Formulierungen. Es bestehen somit die Voraussetzungen für eine kostenlose Weitergabe von mit Steuergeldern entwickelten IT-Programmen an andere Gebietskörperschaften.

Daraus ergibt sich allerdings kein Anspruch einer Gebietskörperschaft auf den kostenlosen Erhalt eines IT-Programms auf Basis der Kieler Beschlüsse und der Haushaltsrechtlichen Freigabe.

7.7 Steuerrechtliche Bewertung

Der Bundesfinanzhof hat die Umsatzsteuerpflicht für entgeltliche Leistungen der öffentlichen Hand gegenüber der bisherigen Praxis in den vergangenen Jahren deutlich ausgeweitet. Dies gilt sowohl für die Unternehmereigenschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sowie für die Steuerpflicht von Beistandsleistungen.

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art (§ 1 Abs. 1 Nr. 6, § 4 KStG) gewerblich tätig und damit Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes. Zu den Betrieben gewerblicher Art gehören gemäß § 4 Abs. 5 Satz 1 KStG nicht sogenannte Hoheitsbetriebe, d.h. Betriebe, die überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen. Sogenannte Beistandsleistungen, d.h. die Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts (z.B. Nachbargemeinde), waren bisher nach Auffassung der Finanzverwaltung bei der Beistand leistenden juristischen Person des öffentlichen Rechts als hoheitliche Tätigkeit anzusehen und begründeten damit keinen Betrieb gewerblicher Art (vgl. Verfügung der Oberfinanzdirektion Rostock vom 21. November 2002). Hierzu hat der Bundesfinanzhof im Zusammenhang mit der Überlassung von Pkw-Stellplätzen in Tiefgaragen auf hoheitlicher Grundlage am 1. Dezember 2011 (Az. V R 1/11) eine abweichende Auffassung vertreten. Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs handelt eine Gemeinde, obwohl sie die Stellplätze auf hoheitlicher Grundlage gegen Entgelt überlässt, als Unternehmer und erbringt somit steuerpflichtige Leistungen, wenn ihre Behandlung als nicht Steuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Diese Rechtsprechungsänderung geht zurück auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 16. September 2008 (Rechtssache C 288/07). Für die Prüfung, inwieweit eine maßgebliche Wettbe-



werbsverzerrung vorliegt, ist laut Europäischen Gerichtshofs nicht nur auf den gegenwärtigen, sondern auch auf den potentiellen Wettbewerb abzustellen. Dabei muss die Möglichkeit für einen Privaten, in den Markt einzutreten, real und nicht nur hypothetisch sein. Bei der Beurteilung, ob eine Wettbewerbsverzerrung vorliegt, kommt es nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs nicht auf die Verhältnisse auf dem jeweiligen "lokalen" Markt an. Maßgeblich sei vielmehr die Art der Tätigkeit. Im Ergebnis kann praktisch somit jede Tätigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als unternehmerisch einzustufen sein, wenn es die Möglichkeit für Private gibt, in den Markt einzutreten.

Eine juristische Person des öffentlichen Rechts wird also nach der neueren Bundesfinanzhof-Rechtsprechung immer dann unternehmerisch tätig, wenn sie eine nachhaltige Tätigkeit gegen Entgelt ausübt, die sich innerhalb ihrer Gesamtbetätigung heraushebt. Handelt die juristische Person des öffentlichen Rechts auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, z.B. durch Verwaltungsakt, ist die juristische Person des öffentlichen Rechts nur dann Unternehmerin, wenn eine Behandlung als Nichtunternehmerin zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde (vgl. auch ausdrücklich Bundesfinanzhof, Urteil vom 10. November 2011, Az. V R 41/10, juris Rdn. 14). Juristische Personen des öffentlichen Rechts sollten dementsprechend überprüfen, ob sie mit ihren auf öffentlich-rechtlicher Grundlage ausgeübten Tätigkeiten in einen - auch potentiellen - Wettbewerb mit Privaten treten und dies zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen könnte. Ist das der Fall und liegt keine Steuerbefreiung vor, unterliegen diese Leistungen gegen Entgelt der Umsatzsteuer. Gleichzeitig sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts dann aber grundsätzlich auch zum Vorsteuerabzug berechtigt.

Hinsichtlich der oben beschriebenen Szenarien sind die Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs im jeweiligen Sachverhalt gesondert zu prüfen. Allgemeine Aussagen sind nicht möglich. Die Tatbestandsmerkmale "entgeltlich" und "Wettbewerbsverzerrungen" sind jeweils anzuwenden und auszulegen. Für den Software-Bereich ist die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs noch nicht umgesetzt. Soweit ersichtlich gibt es dazu nur ein älteres Urteil des Finanzgerichtshofs München (vom 25. September 2002, Az. 3 K 835/99). Der Leitsatz lautet: "Die Entwicklung und der Vertrieb kommunaler Software unterliegen nicht der Umsatzsteuer, wenn die Kommune die Software durch ihre Beamten in der Dienstzeit ausschließlich zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben entwickelt hat und wenn der Vertrieb der Software lediglich einen Annex aus der Entwicklung der Software zu hoheitlichen Zwecken darstellt, der sich innerhalb der Gesamtbetätigung der Kommune wirtschaftlich nicht heraushebt." Diese Rechtsprechung ist jedoch möglicherweise mit Blick auf die neueren Urteile des Bundesfinanzhofs auch überholt.

7.8 Zusammenfassung der rechtlichen Analyse

Bei den Kieler Beschlüssen handelt es sich lediglich um gleichgerichtete Willensbekundungen derjenigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die an den Beschlüssen mitgewirkt haben und/oder ihnen auf Grund der entsprechenden Zulassung beigetreten sind. Es ergeben sich hieraus keine einklagbaren Verpflichtungen einer mitbeschließenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegen eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft.

Hinsichtlich der Frage ob und unter welchen Voraussetzungen die kostenlose Weitergabe von Nutzungsrechten an einer Software von einer auf eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft zulässig ist, ist Folgendes festzustellen:

Sowohl bei der Beschaffung von Standardsoftware im Wege von Kauf oder Miete als auch bei der Beschaffung (Entwicklung) von Individualsoftware handelt es sich – bei Überschreitung der einschlägigen Schwellenwerte - um öffentlich ausschreibungspflichtige Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträge. In beiden Fällen besteht die Ausschreibungspflicht nach §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit den Vorschriften der VOL/A. Eigenentwicklungen sind hingegen vergaberechtlich nicht relevant.

Entsprechendes gilt für Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaften sowie Verbünde, die regelmäßig öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB sind. Bei der Beschaffung von Software durch oder im Auftrag einer Einkaufs- oder Entwicklungsgemeinschaft ist im Rahmen der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen, dass die sogenannte Mittelstandsklausel Anwendung finden kann, wonach die Vergabe bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen losweise zu erfolgen hat. Auch die Ausschreibung fremder Bedarfe, d. h. ein öffentlicher Auftraggeber schreibt die Bedarfe eines anderen Auftraggebers (mit) aus, ist grundsätzlich vergaberechtlich zulässig.

Die **kostenlose** Weitergabe von eigen- oder fremdentwickelter Individualsoftware oder Standardsoftware stellt **keinen Beschaffungsvorgang** dar, der einer Ausschreibungspflicht unterliegt und ist auch urheberrechtlich jedenfalls dann unproblematisch, wenn sich der jeweils beschaffende Auftraggeber im Zuge der Beschaffung alle erforderlichen Nutzungsrechte gesichert hat.

Hingegen unterliegt die **Weitergabe** von bereits entwickelter Software **gegen Kostenbeteiligung oder Eintrittsgeld** jedenfalls dann der **Ausschreibungspflicht**, wenn zwischen den beteiligten Stellen kein Inhouse-Verhältnis besteht und auch kein anderer Ausnahmetatbestand, etwa auf Grund eines Ausschließlichkeitsrechts, eingreift. Ein solches Ausschließlich-



keitsrecht kann z.B. bestehen, wenn es für die zu beschaffende Software nachweislich (europaweit) keinen Markt gibt.

Die **Weitergabe** von Software von einer **Entwicklungsgemeinschaft** an ihre **Mitglieder** gegen entsprechende Kostenbeteiligung ist – obwohl es sich insofern um einen entgeltlichen Vorgang handelt – in Inhouse-Konstellationen **vergaberechtlich zulässig**; die Weitergabe fällt nicht unter den öffentlichen Auftragsbegriff des § 99 Abs. 1 GWB da insofern kein neuer, nachgelagerter Markt geschaffen wird, sondern lediglich die zentral geschaffenen Leistungen nur im "Innenverhältnis" auf die beteiligten Körperschaften verteilt werden.

Demgegenüber stellt der nachträgliche Beitritt weiterer Länder zu einer bereits bestehenden Entwicklungsgemeinschaft gegen Kostenbeteiligung bzw. ein entsprechendes Eintrittsgeld eine Besonderheit dar. In diesen Fällen ist zu unterscheiden, ob der nachträgliche Beitritt bereits auf der ersten Beschaffungsstufe mit ausgeschrieben war, d. h. der Bedarf des später Hinzutretenden bereits mit Gegenstand der Ausschreibung war und konkret in dem mit dem Dienstleister geschlossenen Vertrag mit geregelt ist oder ob der Beitritt erst erfolgt, nachdem der zuvor ausgeschriebene Entwicklungsvertrag bereits vollständig erfüllt wurde. Im letzteren Fall ist eine öffentliche Ausschreibung erforderlich, wenn zwischen den beteiligten Stellen kein Inhouse-Verhältnis besteht und auch kein anderer Ausnahmetatbestand (s.o), .

Entsprechendes gilt für die Softwarepflege: Aufträge über die Pflege von Software öffentlich-rechtlicher Körperschaften sind europaweit auszuschreiben, sofern die Vergabe an einen Dienstleister oder an eine andere Stelle erfolgt zu der kein Inhouse-Verhältnis besteht. Die (kostenlose) Weiterverteilung der Leistung ist hingegen, wie auch bei der Beschaffung der Software selbst, vergaberechtsfrei. Erfolgt die Pflege in Eigenleistung, ist diese - ebenso wie die Eigenentwicklung von Software - vergaberechtlich nicht relevant. Etwas anderes kann sich bei der Erbringung von Pflegeleistungen im Rahmen eines Pflegeverbands ergeben. Besteht kein Inhouse-Verhältnis zu dem Dienstleister oder der leistungserbringenden Stelle (im Falle der Eigenpflege), so sind die Leistungen öffentlich auszuschreiben.

Beim gemeinschaftlichen Betrieb von Software durch verschiedene Länder gegen Umlage der entstehenden Kosten ist Folgendes zu beachten: Erfolgt der Betrieb gegen Entgelt durch einen externen Dienstleister, so besteht eine Ausschreibungspflicht, sofern die einschlägigen Schwellenwerte überschritten werden. Erbringt die Betreibergemeinschaft hingegen die Leistungen selbst und liegt ein Inhouse-Verhältnis – zu allen ihren Mitgliedern – vor, so besteht Vergaberechtsfreiheit. Auch in Fällen, in denen es faktisch für die Betriebsdienstleistung keinen Markt gibt, kann diese vergaberechtsfrei sein. Für die vergaberechtliche Bewertung ist

es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob eine gemeinsam betriebene Software zuvor auch gemeinschaftlich entwickelt wurde.


Hinsichtlich der wettbewerbs- und kartellrechtlichen Bewertung ist festzustellen, dass das Lauterkeitsrechts keine Anwendung findet sofern der Erwerb ausschließlich zum Eigenbedarf der öffentlichen Hand, wie es regelmäßig der Fall sein dürfte, erfolgt. Urheberrechtlich ist sicherzustellen, dass die ursprünglichen Lizenzbedingungen Regelungen enthalten, wonach die Übertragung von Nutzungsrechten – ohne Aufgabe der eigenen Nutzung - auf einen oder mehrere weitere(n) Erwerber ausdrücklich gestattet wird.

Die haushaltsrechtlichen Vorschriften stehen einer kostenlosen Weitergabe von Software sowie damit verbundener Dienstleistungen insoweit nicht entgegen, als die Gebietskörperschaften bereits rechtswirksame Rahmen für die kostenlose Weitergabe von IT-Programmen auf Gegenseitigkeitsbasis geschaffen haben. Zu beachten ist jedoch, dass sich hieraus kein Anspruch einer Gebietskörperschaft auf den kostenlosen Erhalt eines IT-Programmes oder die haushaltsrechtliche Freigabe durch eine andere Körperschaft ergibt.

Frankfurt, den 16.11.2012



Ralf Schulten
Rechtsanwalt



Anna Baldenbach von Bröchen
Rechtsanwältin