



dataport

„E-Government in medias res“ Forum 6 Bremen 17.01.2011

Zusammenarbeit der Verwaltungen – Vereinbarkeit mit dem Datenschutz- und Vergaberecht

Susanne Hanebuth





Agenda

Cloud Computing in der öffentlichen Verwaltung

- ➔ Besondere Form der Zusammenarbeit der Verwaltungen
- Notwendigkeit
- Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht
- Vereinbarkeit mit dem Vergaberecht



Ausgangslage

Die Verwaltungen müssen zusammenarbeiten, um ihre IT zukunftsfähig zu gestalten.

➤ Demografische Entwicklung

20 Prozent der Stellen mit technisch-naturwissenschaftlichem Profil können 2030 in deutschen Verwaltungen nicht mehr besetzt werden.

➤ Standortfaktor E-Government und Cloud Computing

Ein moderner Staat braucht eine innovative und leistungsfähige Verwaltung, die eine zeitgemäße Technik wirtschaftlich und sicher einsetzt.

Artikel 91c Grundgesetz (neu seit 1.8.2009)

- (1) **Bund und Länder können** bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb der für ihre Aufgabenerfüllung benötigten **informationstechnischen Systeme zusammenwirken**.
- (2) **Bund und Länder können** auf Grund von Vereinbarungen die **für die Kommunikation** zwischen ihren informationstechnischen Systemen notwendigen **Standards und Sicherheitsanforderungen festlegen**. Vereinbarungen über die Grundlagen der Zusammenarbeit nach Satz 1 können für einzelne nach Inhalt und Ausmaß bestimmte Aufgaben vorsehen, dass nähere Regelungen bei Zustimmung einer in der Vereinbarung zu bestimmenden qualifizierten Mehrheit für Bund und Länder in Kraft treten. Sie bedürfen der Zustimmung des Bundestages und der Volksvertretungen der beteiligten Länder; das Recht zur Kündigung dieser Vereinbarungen kann nicht ausgeschlossen werden. Die Vereinbarungen regeln auch die Kostentragung.
- (3) **Die Länder können** darüber hinaus **den gemeinschaftlichen Betrieb** informationstechnischer Systeme sowie **die Errichtung von** dazu bestimmten **Einrichtungen vereinbaren**.
- (4) **Der Bund errichtet** zur Verbindung der informationstechnischen Netze des Bundes und der Länder **ein Verbindungsnetz**. Das Nähere zur Errichtung und zum Betrieb des Verbindungsnetzes regelt ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates.



A. Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht

Regelfall:

Verarbeitung personenbezogener Daten (Unternehmensmitarbeiter, Kunden, Bürger)

Anwendung der Datenschutzgesetze

- BDSG (Bundesbehörden und nicht öffentliche Stellen)
- Landesdatenschutzgesetze der Länder (öffentliche Stellen)



Anforderungen an den Datenschutz

■ Grundsatz: Territorialprinzip (§ 1 Abs. 5 BDSG)

- Deutsches Datenschutzrecht anwendbar, wenn die verantwortliche Stelle oder deren Niederlassung ihren Sitz in Deutschland hat

■ Auftragsdatenverarbeitung (§§ 11 BDSG)

- Auftraggeber bleibt als Herr der Daten datenschutzrechtlich verantwortlich (§ 11 Abs. 1 S. 1 BDSG)
 - Verpflichtung zu sorgfältiger Auswahl und Überwachung des Service-Providers (§ 11 Abs. 2 S. 1 und 4 BDSG)
 - Gilt auch für Ressourcenanbieter als Unterauftragnehmer des Service-Providers (§ 11 Abs. 2 Nr. 6 BDSG)



Konkrete Anforderungen

- Aufträge sind schriftlich zu erteilen: Festlegung u.a. der
 - Verarbeitungsprozesse
 - technischen und organisatorischen Maßnahmen
 - etwaigen Unterauftragnehmer(§ 11 Abs. 2 S. 2 BDSG)

- Anbieter bleibt Weisungen des Auftraggebers unterworfen (§ 11 Abs. 3 BDSG)

- Anbieter treffen besondere Schutzmaßnahmen nach § 9 BDSG, um Datenverlusten und unbefugten Zugriffen zuverlässig vorzubeugen (Anlage zu § 9 S. 1 BDSG, Ziff. 3 u. 7)



Probleme weltweit verstreuter Serverfarmen

- Auftraggeber weiß weder, an welchen geografischen Orten seine Daten weiter gegeben werden, noch wo sie physisch gespeichert werden
- Personenbezogene Daten dürfen nur unter bestimmten Voraussetzungen in Drittstaaten außerhalb der EU und des EWR weiter gegeben werden. Insbesondere muss dort ein angemessenes Datenschutzniveau sicher gestellt sein (§ 4 b Abs. 2 u.3 BDSG)

Bei den USA ist dies nicht der Fall!



B. Vergaberecht

Die Zusammenarbeit der Verwaltungen muss mit dem Vergaberecht vereinbar sein.

Europäisches Recht ist in Deutschland in dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt.

In § 97 GWB ist geregelt:

(1) Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren...



Vergabeverfahren notwendig

Grundsatz:

- Alle Verwaltungen sind grundsätzlich nach § 98 GWB öffentliche Auftraggeber,
- gleich, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind

Die direkte Zusammenarbeit von selbständigen Verwaltungen ist grundsätzlich nur auf der Grundlage eines Vergabeverfahrens möglich.



Ausnahmen

Ausnahmsweise ist ein Vergabeverfahren nicht notwendig, wenn Verwaltungen zusammenarbeiten wollen.

Voraussetzungen:

1. wenn ein **gesetzliches Ausschließlichkeitsrecht** besteht
2. wenn bestimmte **Schwellenwerte** nicht erreicht werden
3. bei erhöhter Sicherheit etc.
4. wenn die **Inhouse-Voraussetzungen** vorliegen oder
5. wenn eine **Öffentliche Aufgabe** wahrgenommen wird



Zu 1. Gesetzliches Ausschließlichkeitsrecht

§ 100 Absatz 2 Lit. g GWB

(...) ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung besteht.

Beispiele aus dem Bundesrecht:

- Sicherheitssoftware KBA, Netzgesetz des Bundes ...

Landesrecht:

- Vermittlungsstelle in SH im Meldegesetz zur Kommunikation der Meldebehörden bei der elektronischen Rückmeldung



Zu 2. Schwellenwerte im Vergaberecht

Erreichen die Auftragswerte die Schwellenwerte?

§ 100 Absatz 1 GWB

Dieser Teil gilt nur für Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 127 festgelegt sind (Schwellenwerte) ...

Schwellenwerte sind in Rechtsverordnungen festgelegt

- Europaweit: über 206 000 € (bei VOL-Leistungen)
- In den Bundesländern: Vergabeverordnungen sind unterschiedlich

Zu 4. Inhouse-Voraussetzungen nach dem Europäische Gerichtshof (EuGH):

- **Gemeinsame Einrichtung** der Verwaltungen mit gemeinsamer Trägerschaft
- **Beherrschung** der gemeinsamen Einrichtung durch die Träger wie eine eigene Behörde
- Geschäfte im wesentlichen mit **Trägern**
- Geschäfte mit **Dritten** nur unwesentlich
 - *EuGH: 10 % sind noch unwesentlich*
- Keine Beteiligung **Privater**

Beispiele für Inhouse-Zusammenarbeit von Verwaltungen

- Zweckverbände
- Dataport (AöR)



Zu 5. Neue Rechtsentwicklung des Europäischen Gerichtshofs

Zusammenarbeit niedersächsischer Landkreise mit Hamburg
(**Hamburger Stadtreinigung Juni 2009**)

Der EuGH lässt die vergaberechtsfreie Zusammenarbeit von Verwaltungen jetzt auch ohne Inhouse zu.

- Es muss sich um eine kooperative Zusammenarbeit der Verwaltungen handeln
- Es darf kein reiner Beschaffungsvorgang vorliegen

Diese „**Schicksalsgemeinschaft**“ ist die Messlatte !



Der Europäische Gerichtshof zur Stadtreinigung konkret

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat hier festgestellt, dass eine öffentliche Stelle ihre Aufgaben **entweder mit eigenen Mitteln** aber auch in **Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen** erfüllen kann, ohne ausschreiben zu müssen, wenn

1. eine allen beteiligten öffentlichen Stellen **öffentliche Aufgabe** erbracht werden soll
2. **ohne Beteiligung Privater** und
3. die Tätigkeit **im Wesentlichen für die beteiligten öffentlich Stellen** verrichtet wird



Der Europäische Gerichtshof zur Stadtreinigung → 1. Öffentliche Aufgabe

Vergaberechtsfreie Zusammenarbeit ist folglich möglich, wenn

1. eine **öffentliche Aufgabe** vorliegt.

⇒ IT ist eine wesentliche Unterstützungsleistung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.

- Dafür muss die (IT-) Kooperation langfristig sein
- Es darf nicht allein ein Austausch von Ware gegen Geld sein.
- Es muss weitere kooperative Zusammenarbeit erfolgen.
- Es darf keine Gewinnerzielungsabsicht bestehen.
- Keine Haftung und Gewährleistung wie bei Beschaffungsvorgängen



Der Europäische Gerichtshof zur Stadtreinigung → 2. Private 3. Koopeartion

Zudem dürfen für vergaberechtsfreie Zusammenarbeit

2. **Private** an der Schicksalsgemeinschaft nicht beteiligt sein, und

3. **die Tätigkeit** muss im wesentlichen für die beteiligten öffentlichen Stellen der „**Schicksalsgemeinschaft**“ erfolgen.



Vergaberecht wichtig ?

Artikel 20 Grundgesetz

Deutschland ist ein Rechtsstaat

⇒ Rechtstaatlichkeit der Verwaltungen

➔ **Verwaltungen müssen sich an Recht und Gesetz zu halten**



Vertragsverletzungsverfahren der EU gegen Deutschland (Oktober 2008)

Verfahrensgegenstand:

Vermeintliche Verstöße von zahlreichen Verwaltungen gegen das Vergaberecht bei der IT-Zusammenarbeit mit anderen Verwaltungen ohne Ausschreibung

Im Einzelnen dabei im Fokus:

- Große Dienstleister wie Dataport und AKDB mit Verwaltungen
- Kommunale IT-Zweckverbände mit Verwaltungen und
- einzelne Verwaltungen miteinander



Vergaberecht – Europäische Kommission

Entscheidung im Oktober 2009:

Die Europäische Kommission hat aufgrund dieser Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren zum Teil eingestellt, in dem es um die IT-Zusammenarbeit von Verwaltungen mit und ohne öffentlich-rechtliche IT-Dienstleister in ganz Deutschland ging.



Entscheidung der EU-Kommission

- Inhouse-Voraussetzungen bei Dataport ja
- Bei anderen Verwaltungen:
 - „Allgemeines Interesse“ bei
 - IT-Zusammenarbeit von Verwaltungen ja
 - bei Meldewesen, KFZ, Sozialhilfe und Gewerbewesen ja
 - aber nur bei Verwaltungen in NRW ! ja
- Außerhalb von NRW nein

Die ausführliche Begründung der Entscheidung ist abzuwarten (...)



Schlussfolgerung

1. Zusammenarbeit der Verwaltungen ist wichtig.
2. Bei Auftragsdatenverwaltung ist der Datenschutz ganz wichtig.
→ Dieses muss für jeden Einzelfall geprüft und sicher gestellt werden.

Vorteil bei der Zusammenarbeit deutscher Verwaltungen, wenn die Daten gesichert in Deutschland bleiben.



Schlussfolgerung

3. Das Vergaberecht gilt auch, wenn Verwaltungen zusammen arbeiten

Ausnahmsweise kann dieses vergaberechtsfrei erfolgen, wenn

-
 - die Inhouse-Voraussetzungen oder
 - die Voraussetzungen einer „Schicksalsgemeinschaft“ auf der Grundlage des Stadtreinigungsurteils vorliegen.
- ⇒ Dieses muss für jeden Einzelfall geprüft und sicher gestellt werden.

Schlussfolgerung

Einhaltung von Datenschutz- und Vergaberecht beim Cloud Computing

vielleicht schwierig,

→ aber lösbar.



Viel Erfolg

und vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

dataport