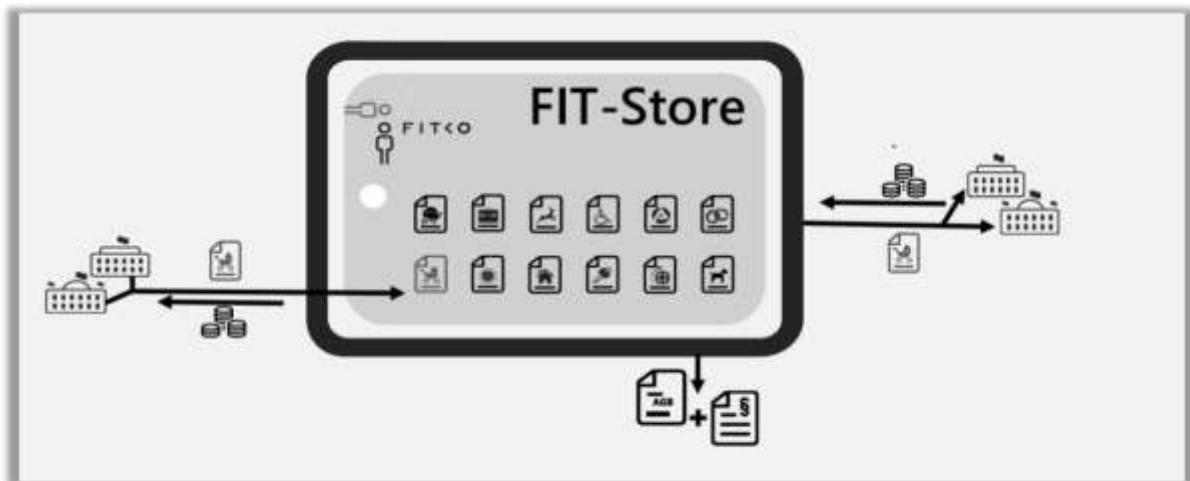


SaaS-Vertragsleitfaden

Begleitdokument – vertragliche Hinweise und rechtliche Hintergrundinformationen

Version: V1.1





Version	Datum	Autor	Aktion
V0.9	01.03.2021	FITKO Trutzel/Kamburg	Finalisierung des Entwurfs
V1.0	17.03.2021	FITKO Kamburg	Finalisierung der Version 1.0
V1.1	30.08.2021	FITKO Banaszak	Version V1.1



Inhalt

1	Einleitung.....	5
2	Rechtliche Hinweise zu den AGB und den Vertragsmustern.....	6
2.1	Warum wurde das Konzept FIT-Store beschlossen? Welches Problem löst er?	6
2.2	Software-as-a-Service (SaaS) – vertragliche Beziehung	7
2.3	Anlehnung an EVB-IT-Dokumente	7
2.4	SaaS-Vertragsdokumente & Weiterentwicklung des Vertragswerks	8
2.5	Vertragsgegenstand und Vertragsbestandteile.....	8
2.6	Regelung der Nachnutzung in Verträgen zwischen UL und IT-DL erforderlich	9
2.7	Inhalt der vereinbarten Leistungen	10
2.8	Anpassungs- und Integrationsleistungen.....	11
2.9	Betriebsbeginn	11
2.10	Verfügbarkeit des Online-Dienstes	11
2.11	Service-, Reaktions- und Erledigungszeiten.....	11
2.12	Einräumung von Nutzungsrechten.....	13
2.13	Weiterentwicklungen und Kosten der Weiterentwicklungen im Rahmen von SaaS.....	13
2.14	Entgelt	14
2.15	Preisrecht.....	15
2.16	Haftung	16
2.17	Laufzeit und Kündigung	16
2.18	Pflichten nach Beendigung.....	16
2.19	Staatliche Gerichtsbarkeit und Schlichtung.....	16
3	Hintergrundinformationen zum FIT-Store.....	17
3.1	Vergaberecht	17
3.1.1	Grundidee des Modells „FIT-Store“	17
3.1.2	Inhouse-Verhältnis FITKO – AL (SaaS-Nachnutzungsvertrag), § 108 Abs. 1 und 4 GWB..	18
3.1.3	Verhältnis FITKO – UL (SaaS-Einstellungsvertrag).....	20
3.1.4	Reichweite und Grenzen der Vergaberechtsfreiheit nach dem Modell „FIT-Store“	20



3.2	Datenschutzrecht	21
3.3	IT-Sicherheitsrecht	23



1 Einleitung

Das Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz – „OZG“) verpflichtet Bund und Länder, bis Ende 2022 ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten. Hierzu werden digitale Services geschaffen, über die Anspruchsberechtigte Antragsformulare ausfüllen und die entsprechenden Daten an die jeweils zuständige Behörde übermitteln können (einzeln im Folgenden „Online-Dienst“).

Die Koordinierung der OZG-Umsetzung erfolgt auf Beschluss des IT-Planungsrats vom 24.08.2018 gemeinsam durch das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) und die Anstalt des öffentlichen Rechts FITKO (Föderale IT-Kooperation) (FITKO).¹ Der Bund und die Länder haben sich auf eine Aufteilung der Aufgaben zur Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes sowie eine entsprechende Nachnutzung der entwickelten Online-Dienste durch die anderen Länder im Wege verschiedener Umsetzungsmodelle, insbesondere des sogenannten „Einer für Alle/Viele“-Modells (EfA) geeinigt. Im Modell EfA wird ein Online-Dienst von einem umsetzenden Land oder dem Bund (UL) realisiert und zentral betrieben, üblicherweise durch einen durch UL beauftragten IT-Dienstleister (IT-DL). Hierbei sind bestimmte definierte Mindestanforderungen zu erfüllen (siehe auch Beschluss der OZG-AL-Runde vom 8.12.2020), sodass es anderen Ländern (anschließenden Ländern, AL) möglich ist, den zentral betriebenen Dienst, ggf. mit geringfügigen landesspezifischen Anpassungen, ebenfalls zu nutzen.

Um eine Nachnutzung nach dem Modell EfA zu ermöglichen, sind neben der Schaffung technischer und organisatorischer Rahmenbedingungen auch rechtliche Fragestellungen zu adressieren. Als eine mögliche Antwort auf diese rechtlichen Fragestellungen wurde in der 33. Sitzung des IT-Planungsrats das **Konzept des „FIT-Stores“ beschlossen** (Beschluss 2020/40).

¹ Beschluss des IT-Planungsrats vom 24.08.2018 im Umlaufverfahren, „Koordinierung Umsetzung Onlinezugangsgesetz“.



2 Rechtliche Hinweise zu den AGB und den Vertragsmustern

2.1 Warum wurde das Konzept FIT-Store beschlossen? Welches Problem löst er?

Der **FIT-Store** etabliert einen rechtlichen Rahmen für die Nachnutzung über die FITKO (Föderale IT-Kooperation) durch Nutzung des Inhouse-Verhältnisses zwischen der FITKO zu ihren Trägern, d. h. Bund und allen Ländern (§ 108 Abs. 1 und 4 GWB). Die FITKO kann über ein „Inhouse-Geschäft“ von ihren Trägern mit einer Leistung beauftragt werden, aber auch selbst einen/mehrere Träger mit einer Leistung an die FITKO beauftragen.

Für den FIT-Store bedeutet das: Bund/Länder können **auf Basis eines standardisierten Vertrags** von ihnen entwickelte Online-Dienste im FIT-Store – in Form einer Leistungsbeschreibung – einstellen lassen. Meldet sich daraufhin ein Nachnutzungsinteressent, verpflichtet sich die FITKO ebenfalls **auf Basis eines standardisierten Vertrags** gegenüber dem Nachnutzungsinteressenten die Leistung zu erbringen, wobei die FITKO die Leistung nicht selbst erbringt, sondern auf den Vertrag mit dem einstellenden Land zurückgreift, das dann quasi als Dienstleister für die FITKO die Leistung zur Verfügung stellt.

Der Prozess wird **zentral über die FITKO** gesteuert und abgewickelt. Alle Länder können Leistungen aus dem FIT-Store abrufen, auch wenn sie selbst zum gegebenen Zeitpunkt (noch) keine Leistungen über den FIT-Store zur Verfügung gestellt haben.

Die Nutzung des FIT-Stores erfolgt auf freiwilliger Basis, d.h. weder Zurverfügungstellung noch Nachnutzung sind verpflichtend. Gegenüber der Lösung über einzelfallbasierte multilaterale Verwaltungsvereinbarungen bedeutet der FIT-Store allerdings eine signifikante Standardisierung und Vereinfachung des Verfahrens und damit eine erhebliche Zeitersparnis und Entlastung der Länder.

Im ersten Schritt wird die Bereitstellung von Online-Diensten über den FIT-Store nach dem Modell Software-as-a-Service (SaaS) ermöglicht – die Dienste werden zentral durch die umsetzenden Länder betrieben und als Dienstleistung zur Verfügung gestellt. Gegenüber einer klassischen SaaS-Konstellation wird dabei in aller Regel allerdings nicht nur Zugang zu einer Software gewährt, sondern es werden auch darüber hinaus gehende Leistungen wie z.B. die Vornahme von ggf. erforderlichen Anpassungs- und Integrationsleistungen sowie Weiterentwicklungen erbracht, die in den jeweiligen Verträgen näher geregelt sind.

Im Rahmen der Weiterentwicklung des FIT-Stores werden auch andere Nachnutzungskonstellationen (z.B. Bereitstellung einer Softwarelösung zum dezentralen Betrieb) betrachtet.



Der FIT-Store wurde aufgrund des Bedarfes an Nachnutzungslösungen für OZG-Leistungen konzipiert, ist aber nicht auf diese beschränkt und unabhängig von der Umsetzung des OZG im Sinne einer kooperativen Verwaltungsdigitalisierung nutzbar.

2.2 Software-as-a-Service (SaaS) – vertragliche Beziehung

Die **Zurverfügungstellung der Online-Dienste** über den FIT-Store nach dem Modell Software-as-a-Service (SaaS) wird durch eine Kette von vertraglichen Beziehungen ermöglicht. Dies geschieht, soweit im Vertrag nichts Anderes vereinbart wird, auf Basis der Allgemeinen Vertragsbedingungen für den SaaS-FIT-Store-Einstellungsvertrag (SaaS-Einstellungs-AGB). Zum anderen schließt AL mit der FITKO einen SaaS-Nachnutzungsvertrag (SaaS-Nachnutzungsvertrag) auf Basis der Allgemeinen Vertragsbedingungen für den SaaS-Nachnutzungsvertrag (SaaS-Nachnutzungs-AGB), um den Online-Dienst nachzunutzen. **Wenn mehrere Länder einen Online-Dienst nachnutzen, werden für diesen Dienst also mehrere SaaS-Nachnutzungsverträge, aber nur ein SaaS-Einstellungsvertrag abgeschlossen.**

2.3 Anlehnung an EVB-IT-Dokumente²

Der SaaS-Einstellungsvertrag und die SaaS-Einstellungs-AGB sowie der SaaS-Nachnutzungsvertrag und die SaaS-Nachnutzungs-AGB (nachfolgend gemeinsam: SaaS-Vertragsdokumente) sind in ihrer Gestaltung an die EVB-IT-Dokumente angelehnt. Die Verwendung eines bereits existierenden EVB-IT-Vertragstyps bzw. die Anlehnung hieran waren nicht möglich, da zur SaaS-Nutzung noch kein Muster existiert.

Die grundsätzliche Anlehnung an die EVB-IT-Dokumente betrifft zum einen die Aufteilung in ein Vertragsmuster (SaaS-Einstellungsvertrag bzw. SaaS-Nachnutzungsvertrag) und dazugehörige AGB (SaaS-Einstellungs-AGB bzw. SaaS-Nachnutzungs-AGB).

Die Anlehnung an die EVB-IT-Dokumente betrifft zum anderen den Aufbau innerhalb der jeweiligen Vertragsmuster und AGB. Die jeweiligen Vertragsmuster sehen Ausfüll- und Ankreuzmöglichkeiten vor. Teilweise werden mit den Ausfüll- und Ankreuzmöglichkeiten Vereinbarungen der dazugehörigen AGB konkretisiert, siehe z.B. Nummer 3 SaaS-Nachnutzungsvertrag zur Festlegung des Betriebsbeginns oder Nummer 4 SaaS-Nachnutzungsvertrag zur Verfügbarkeit des Online-Dienstes. Zudem kann teilweise durch die Ankreuzmöglichkeiten von Regelungen in den dazugehörigen AGB abgewichen werden, z.B. in Nummer 5.1 und 5.2 SaaS-Nachnutzungsvertrag hinsichtlich der Service, Reaktions- und

² Bei den EVB-IT-Dokumenten handelt es sich um die Einkaufsbedingungen (Ergänzende Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand für der Beschaffung von IT-Leistungen und ergänzen die VOL/B. Ihre Anwendung ist für die Bundesbehörden und den größten Teil der Landesbehörden über Regelungen in der Haushaltsordnung verbindlich. Nähere Informationen sowie alle Vertragswerke finden sich auf der Seite [cio.bund.de \(https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html\)](https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html)



Erledigungszeiten, die eine Abweichungsmöglichkeit von Ziffern 2.3.2 bzw. 2.3.5 SaaS-Nachnutzungs-AGB vorsehen.

2.4 SaaS-Vertragsdokumente & Weiterentwicklung des Vertragswerks

Die Benennung der hier vorliegenden SaaS-Vertragsdokumente als SaaS-Einstellungs-AGB bzw. -vertrag und SaaS-Nachnutzungs-AGB bzw. -vertrag erfolgte, um die Art der Zurverfügungstellung des Online-Dienstes zu verdeutlichen und von dem Container-Modell abzugrenzen. Die jeweiligen Vertragsverhältnisse erfassen jedoch über einen klassischen SaaS-Vertrag hinausgehende Leistungen wie z.B. die Vornahme von ggf. erforderlichen Anpassungs- und Integrationsleistungen sowie Weiterentwicklungen.

Die Erweiterung des Vertragswerks auf Softwareüberlassung in derzeit in Bearbeitung und in Abstimmung. Sobald der IT-Planungsrat auch diese Verträge billigt, stehen diese zur Verfügung.

2.5 Vertragsgegenstand und Vertragsbestandteile

Gegenstand des SaaS-Einstellungsvertrags zwischen UL und FITKO ist ausweislich **Ziffer 1 SaaS-Einstellungs-AGB** sowie **Nummer 1 SaaS-Einstellungsvertrag** insbesondere die Einstellung der Leistungsbeschreibung des Online-Dienstes in den FIT-Store sowie die Ermöglichung der Nachnutzung dieses Online-Dienstes durch UL durch Bereitstellung als SaaS an AL.

Gegenstand des SaaS-Nachnutzungsvertrags zwischen FITKO und AL ist gemäß Ziffer 1 SaaS-Nachnutzungs-AGB sowie Nummer 1 SaaS-Nachnutzungsvertrags insbesondere die Nachnutzung des Online-Dienstes von UL, welchen FITKO AL als SaaS bereitstellt.

Der SaaS-Einstellungsvertrag besteht gemäß **Nummer 1.2** aus

- dem Vertragstext selbst inklusive seiner Anlagen:
 - hinsichtlich der Nachnutzung durch ein AL das zwischen UL und diesem AL abgestimmte Abstimmungsschreiben, wobei dieses Abstimmungsschreiben noch nicht bei Abschluss des SaaS-Einstellungsvertrags, sondern erst nachfolgend mit Abschluss eines SaaS-Nachnutzungsvertrags dem SaaS-Einstellungsvertrag hinzugefügt wird,
 - die von UL erstellte Leistungsbeschreibung des Online-Dienstes
- sowie den SaaS-Einstellungs-AGB.

Der SaaS-Nachnutzungsvertrag besteht ausweislich seiner **Nummer 1.2** aus



- dem Vertragstext selbst inklusive seiner Anlagen:
 - das zwischen UL und AL abgestimmte Abstimmungsschreiben,
 - die von UL erstellte Leistungsbeschreibung des Online-Dienstes
- sowie den SaaS-Nachnutzungs-AGB.

Die Vertragsbestandteile gelten in der aufgeführten Reihenfolge.

Dem Abstimmungsschreiben kommt eine besondere Bedeutung zu. Auf einen SaaS-Einstellungsvertrag zwischen einem UL und FITKO treffen mehrere SaaS-Nachnutzungsverträge zwischen mehreren AL und FITKO. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des SaaS-Einstellungsvertrags existieren diese SaaS-Nachnutzungsverträge noch nicht. Zwischengeschaltet ist insoweit der Prozess der Nachnutzungs-Interessenbekundung des jeweiligen AL (**Ziffer 2.2.1 SaaS-Einstellung-AGB**) und der Finalisierung der Konditionen der Nachnutzung in einem Abstimmungsschreiben (**Ziffer 2.2.2 SaaS-Einstellung-AGB**). Dieses Abstimmungsschreiben legt die Konditionen der Nachnutzung fest und ist somit Grundlage des jeweiligen SaaS-Nachnutzungsvertrags. Jeder SaaS-Nachnutzungsvertrag wird unterschiedliche Konditionen der Nachnutzung enthalten. Diese Abstimmungsschreiben werden dann stets dem SaaS-Einstellungsvertrag als Anlage beigefügt; jedem SaaS-Nachnutzungsvertrag wird ebenfalls das dazugehörige Abstimmungsschreiben als Anlage beigefügt.

Viele Details des Inhalts der vereinbarten Leistungen ergeben sich nicht schon aus dem Vertragstext der jeweiligen Vertragsmuster, auch wenn diese fertig ausgefüllt sind, sondern aus dem Abstimmungsschreiben und der Leistungsbeschreibung des Online-Dienstes. Der Grund, warum die Inhalte des Abstimmungsschreibens und der Leistungsbeschreibung nicht als Ausfüll- oder Ankreuzmöglichkeiten in die Vertragsmuster integriert werden konnten, ist die Diversität der Online-Dienste. Diese Online-Dienste betreffen unterschiedlichste Leistungen, werden von verschiedenen Ländern entworfen und erstellt und folgen insbesondere in der technischen Ausgestaltung keinem einheitlichen Muster..

2.6 Regelung der Nachnutzung in Verträgen zwischen UL und IT-DL erforderlich

Die Nachnutzung durch ein bzw. mehrere AL ist ohne die Mitwirkung der Nutzungsrechteinhaber der verschiedenen Komponenten des jeweiligen Online-Dienstes nicht möglich. Im Fall eines komplexen Online-Dienstes sind mehrere Akteure (IT-DL, Softwarehersteller etc.) denkbar, mit denen die Berechtigung, den Online-Dienst per Nachnutzung zur Verfügung zu stellen, verhandelt und vereinbart werden müsste. Daher muss UL bereits vor Abschluss eines SaaS-Einstellungsvertrags mit den Nutzungsrechteinhabern die



Nachnutzung durch ein AL abstimmen und vereinbaren. UL muss mit ihnen die Kosten der Nachnutzung durch ein AL, je nach Umfang der Nachnutzung durch ein AL, vereinbaren. Diese Vereinbarungen zwischen UL und den Nutzungsrechteinhabern werden dabei idealerweise direkt anlässlich der Beauftragung eines IT-DL mit der Entwicklung eines Online-Dienstes getroffen. Falls dies unterblieben ist, sind, um eine spätere Nachnutzung zu ermöglichen, entsprechende Nachverhandlungen erforderlich. Nicht erforderlich sind solche Nachverhandlungen nur dann, wenn UL selbst alleiniger Nutzungsrechteinhaber ist.

Vorliegend wird in den zugrunde liegenden AGB und Verträgen vorsorgehalber davon ausgegangen, dass auch im Rahmen eines SaaS-Vertragsverhältnisses eine Nutzungsrechteinräumung an den Nutzer erfolgen muss (s. unten unter 2.12). Grundvoraussetzung für die Nachnutzung per SaaS und somit für den Abschluss eines SaaS-Einstellungsvertrags ist dann, dass UL über die **erforderlichen Nutzungsrechte** für die Ermöglichung der Nachnutzung verfügt. Selbst wenn man hingegen davon ausgeht, dass im Rahmen eines SaaS-Vertragsverhältnisses **keine Nutzungsrechteinräumung an den Nutzer** erfolgen muss, sondern dem **Nutzer lediglich der Zugang zu den Funktionen des Online-Dienstes gewährt wird**, benötigt UL das **Einverständnis der Rechteinhaber des Online-Dienstes, dass und zu welchen Konditionen andere AL den Online-Dienst nutzen dürfen**.

2.7 Inhalt der vereinbarten Leistungen

Der Inhalt der vereinbarten Leistungen des SaaS-Einstellungsvertrags zwischen UL und FITKO teilt sich auf in Pflichten, die unabhängig vom Abschluss eines SaaS-Nachnutzungsvertrags bestehen (**Ziffer 2 SaaS-Einstellungs-AGB**), und Pflichten, die erst ab und im Fall des Abschlusses eines oder mehrerer SaaS-Nachnutzungsverträge bestehen (**Ziffer 3 SaaS-Einstellungs-AGB**).

Die Pflichten, die unabhängig vom Abschluss eines SaaS-Nachnutzungsvertrags bestehen, sind die Pflicht von UL zur Einstellung der Leistungsbeschreibung in den FIT-Store sowie die Pflicht von FITKO, eine Nachnutzungs-Interessenbekundung von AL an UL weiterzuleiten und die Pflicht von UL, gegenüber FITKO in einem Abstimmungsschreiben die mit AL abgestimmten Konditionen der Nachnutzung mitzuteilen.

Die Pflichten, die abhängig vom Abschlusses eines SaaS-Nachnutzungsvertrags bestehen, sind insbesondere die Pflicht von UL zur Bereitstellung des Online-Dienstes, zur Gewährleistung von Verfügbarkeit und Supportleistungen, zur Einhaltung von Service-, Reaktions- und Erledigungszeiten, zur Einräumung von Nutzungsrechten, zur Vornahme von Weiterentwicklungen sowie die Pflicht von FITKO, UL das vereinbarte Entgelt zu zahlen.



Der Inhalt der vereinbarten Leistungen im SaaS-Nachnutzungsvertrag muss nicht nach Pflichten unabhängig von der Nachnutzung und für den Fall der Nachnutzung differenziert werden. Pflichten des SaaS-Nachnutzungsvertrags sind insbesondere die Pflicht von FITKO zur Bereitstellung des Online-Dienstes, zur Gewährleistung von Verfügbarkeit und Supportleistungen, zur Einhaltung von Service-, Reaktions- und Erledigungszeiten, zur Einräumung von Nutzungsrechten, zur Vornahme von Weiterentwicklungen sowie die Pflicht von AL, FITKO das vereinbarte Entgelt zu zahlen.

2.8 Anpassungs- und Integrationsleistungen

Ob die Nachnutzung der verschiedenen Online-Dienste stets Anpassungs- und Integrationsleistungen für das jeweilige AL erfordert (z.B. graphische Gestaltung sowie technische Anbindung der Online-Dienste) oder nicht, werden Praxis und Benutzung des FIT-Stores zeigen. Für die erste Version der SaaS-Vertragsdokumente wird davon ausgegangen, dass standardmäßig keine bzw. nur geringe Anpassungen erforderlich sind.

2.9 Betriebsbeginn

In den SaaS-Nachnutzungsverträgen muss in **Nummer 3** der jeweilige Betriebsbeginn, d.h. der Zeitpunkt, ab dem AL den Online-Dienst nutzen wird, eingetragen werden.

2.10 Verfügbarkeit des Online-Dienstes

Im SaaS-Einstellungsvertrag vereinbaren UL und FITKO gemäß **Nummer 3** (s. a. **Ziffer 3.2 SaaS-Einstellungs-AGB**), wie hoch grundsätzlich die prozentuale Verfügbarkeit des Online-Dienstes bezogen auf einen bestimmten Referenzzeitraum ist, z.B. 98 % im Monatsdurchschnitt.

Entsprechend wird FITKO im SaaS-Nachnutzungsvertrag diese Verfügbarkeit mit AL in **Nummer 4** (s. a. **2.2 Ziffer SaaS-Nachnutzungs-AGB**) vereinbaren. Sollte in einem SaaS-Nachnutzungsverhältnis eine davon abweichende Verfügbarkeit gelten, kann eine solche im Abstimmungsschreiben festgelegt werden und somit Eingang in diesen SaaS-Nachnutzungsvertrag finden.

2.11 Service-, Reaktions- und Erledigungszeiten

In **Nummer 4 SaaS-Einstellungsvertrags** bzw. **Nummer 5 SaaS-Nachnutzungsvertrags** können UL und FITKO bzw. FITKO und AL von **Ziffer 3.3.2** und **3.3.5 SaaS-Einstellungs-AGB** bzw. **Ziffer 2.3.2** und **2.3.5 SaaS-Nachnutzungs-AGB** abweichende Service-, Reaktions- und Erledigungszeiten festlegen.



Servicezeiten (**Nummer 4.1/5.1**) sind die Zeiten, innerhalb derer FITKO (im SaaS-Einstellungsvertrag) bzw. AL (im SaaS-Nachnutzungsvertrag) Anspruch auf vertraglich geschuldete Leistungen durch UL (im SaaS-Einstellungsvertrag) bzw. FITKO (im SaaS-Nachnutzungsvertrag) hat.

Reaktionszeit (**Nummer 4.2/5.2**) ist der Zeitraum, innerhalb dessen AL benachrichtigt wird, dass die Störung (s. **Ziffer 3.3.1 SaaS-Einstellungs-AGB** bzw. **Ziffer 2.3.1 SaaS-Nachnutzungs-AGB**) bearbeitet wird.

Erledigungszeit (**Nummer 4.2/5.2**) ist der Zeitraum, innerhalb dessen eine Störung beseitigt sein muss.

Bei der Vereinbarung konkreter Reaktions- und Erledigungszeiten im Vertrag selbst bietet sich eine Differenzierung nach der Art der Störung – leichte, betriebsbehindernde und betriebsverhindernde Störung, s. **Ziffer 3.3.1 SaaS-Einstellungs-AGB** bzw. **Ziffer 2.3.1 SaaS-Nachnutzungs-AGB** – an.

Die Mitteilung der Störungsmeldung durch AL erfolgt bei der von UL in **Nummer 4.3 SaaS-Einstellungsvertrag** angegebenen Servicestelle des IT-DL (**Ziffer 3.3.3 SaaS-Einstellungs-AGB**) auf die in **Nummer 4.4 SaaS-Einstellungsvertrag** vereinbarte Art und Weise (z.B. per E-Mail oder telefonisch, s. **Ziffer 3.3.3 SaaS-Einstellungs-AGB**). Die Servicestelle des IT-DL von UL ist nicht zu verwechseln mit den Ansprechpersonen der Vertragsparteien, d.h. von UL und FITKO gemäß **Nummer 6 SaaS-Einstellungsvertrag**, bzw. von FITKO und AL Nummer 7 SaaS-Nachnutzungsvertrag.

Im Regelfall sollten sich die Vereinbarungen zu den Service-, Reaktions- und Erledigungszeiten im SaaS-Einstellungsvertrag im SaaS-Nachnutzungsvertrag entsprechend wiederfinden, es sei denn, im Abstimmungsschreiben mit einem AL ist eine abweichende Regelung getroffen. In diesem Fall geht in diesem Nachnutzungsverhältnis die Regelung des Abstimmungsschreibens der im SaaS-Einstellungsvertrag vor.

Werden die Service-, Reaktions- und Erledigungszeiten nicht eingehalten, verhalten sich UL bzw. FITKO vertragswidrig und geraten ggf. in Verzug gemäß § 286 BGB. Da Darlegung und Beweis eines kausalen Schadens als Folge der Nicht-Einhaltung der Zeiten im Einzelfall erfahrungsgemäß mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sind, kann, falls gewünscht, unter „Sonstige Vereinbarungen“ in Nummer 12 der jeweiligen Verträge auch eine Vertragsstrafe an die Nichteinhaltung der Reaktion- und Erledigungszeiten geknüpft werden.



2.12 Einräumung von Nutzungsrechten

Sowohl die SaaS-Einstellungs-AGB (s. **Ziffer 3.4**) als auch die SaaS-Nachnutzungs-AGB (s. **Ziffer 2.4**) sehen die Einräumung von Nutzungsrechten an FITKO bzw. an AL vor. Im SaaS-Einstellungsvertrag erfolgt die Nutzungsrechteeinräumung von UL an FITKO. Im SaaS-Nachnutzungsvertrag erfolgt die Nutzungsrechteeinräumung von FITKO an AL.

Grundsätzlich ist umstritten, ob im Rahmen eines SaaS-Vertragsverhältnisses überhaupt eine urheberrechtlich relevante Gebrauchsüberlassung erfolgt, weil dem Nutzer lediglich der Zugang zu den Funktionen der Software gewährt wird, so dass keine Vervielfältigungshandlung im Sinne von § 69c Nr. 1 UrhG vorliegen soll (s. *Czychowski/Siesmayer* in Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Werkstand: 35. EL Juni 2020, 20.4 Urheberrecht, Rn. 145 ff). Da dies jedoch nicht höchstrichterlich entschieden ist, sollte, um eine Urheberrechtsverletzung des Softwarenutzers auszuschließen, an diesen vorsorgehalber eine Nutzungsrechteeinräumung erfolgen. In diesem Zusammenhang wäre die reine Nutzung des Online-Dienstes eine Vervielfältigungshandlung auf der Server-Umgebung des IT-DL.

Hinsichtlich des Umfangs der eingeräumten Nutzungsrechte (s. **Ziffer 3.4.1 SaaS-Einstellungs-AGB** bzw. **Ziffer 2.4.1 SaaS-Nachnutzungs-AGB**) wird die Nutzung der SaaS-Vertragsdokumente in der Praxis zeigen, ob der jetzige Vorschlag ausreichend ist oder ggf. die Einräumung weiterer Nutzungsrechte, z.B. eines Bearbeitungsrechts, erforderlich ist.

2.13 Weiterentwicklungen und Kosten der Weiterentwicklungen im Rahmen von SaaS

Ziffer 3.5.1 SaaS-Einstellungs-AGB bzw. **Ziffer 2.5.1 SaaS-Nachnutzungs-AGB** sehen in Anlehnung an Ziffer 2.3.2 EVB-IT Service AGB eine Pflicht des UL vor, den Online-Dienst bei Änderungen von Gesetzen und technischen Normen auf Bundesebene anzupassen. Eine Anpassungspflicht bei Änderungen von Gesetzen und technischen Normen auf Landesebene bzw. im AL ist nicht vorgesehen. Sollte die Änderung einer landeseigenen Rechtsnorm die Anpassung des Online-Dienstes für ein AL erfordern, müssten insoweit ggf. bilaterale Vereinbarungen geschlossen werden oder eine Regelung in das Abstimmungsschreiben aufgenommen werden.

Rechtzeitig vor der Vornahme einer Weiterentwicklung informiert UL FITKO über die Notwendigkeit der Weiterentwicklung und die damit verbundenen Mehrkosten (**Ziffer 3.5.3 SaaS-Einstellungs-AGB**); FITKO leitet AL diese Informationen weiter (**Ziffer 2.5.3 SaaS-Nachnutzungs-AGB**). Bei der Erläuterung der Mehrkosten muss UL die durch die Weiterentwicklung anfallenden Gesamtkosten, deren Verteilung auf alle AL sowie die für AL einmalig entstehenden Kosten der Weiterentwicklung angeben. Eine Erhöhung des regelmäßig



zu zahlenden Entgelts auf Grund von Weiterentwicklungen ist nicht vorgesehen. Wenn AL mit der Weiterentwicklung nicht einverstanden ist, hat es das Recht, den SaaS-Nachnutzungsvertrag innerhalb einer Frist von vier Wochen nach Erhalt der Informationen zu kündigen.

Eine ausdrückliche Pflicht von UL zur *allgemeinen* Weiterentwicklung des Online-Dienstes im Sinne von Updates, Upgrades, Patches sowie neuer Versionen/Releases ist in diesen SaaS-Vertragsdokumenten nicht vorgesehen. Zu beachten ist allerdings **Ziffer 3.1.3 SaaS-Einstellungs-AGB** bzw. **Ziffer 2.1.3 SaaS-Nachnutzungs-AGB**, wonach UL bzw. FITKO standardmäßig eine sorgfältige Leistungserbringung schuldet, die dem zum Zeitpunkt der Leistungserbringung jeweils aktuellen Stand der Technik auf dem Gebiet der Beauftragung entspricht.

2.14 Entgelt

Das konkrete Entgelt für die Nachnutzung durch ein AL ergibt sich aus dem SaaS-Nachnutzungsvertrag, i.d.R. aus dem Abstimmungsschreiben zwischen UL und AL (s. **Nummer 6.1 SaaS-Nachnutzungsvertrag** sowie **Ziffer 2.2.2 SaaS-Einstellungs-AGB**). Da auf einen SaaS-Einstellungsvertrag pro Nachnutzungsverhältnis mehrere Abstimmungsschreiben, mehrere SaaS-Nachnutzungsverträge und somit auch mehrere Entgelte kommen, kann der Aspekt des Entgelts nicht schon abschließend im SaaS-Einstellungsvertrag geregelt werden.

Bereits aus der sowohl dem SaaS-Einstellungsvertrag als auch dem SaaS-Nachnutzungsvertrag als Anlage beiliegenden Leistungsbeschreibung muss das Entgelt jedoch, falls nicht bestimmt durch Angabe eines Betrages, zumindest bestimmbar sein.

Bestimmbar ist ein Entgelt mit der Angabe von Parametern, die es AL ermöglichen, das Entgelt zu berechnen – z.B. Betrag X EUR pro Monat pro nachnutzende Fachbehörde im AL. Sollte das Entgelt vom Mengengerüst, d.h. vom Umfang der Nutzung im AL, abhängen, ist in der Leistungsbeschreibung die Angabe von weiteren Parametern erforderlich, anhand derer das Entgelt je nach Größe des Mengengerüsts (z.B. Entgelt für 0 – 10, Entgelt für 11 – 50 und Entgelt für ab 51 den Online-Dienst nutzende Fachbehörden im AL) bestimmbar ist, so dass das AL anhand seines eigenen Mengengerüsts wiederum das zu zahlende Entgelt berechnen kann.

Ziffer 3.6.2 SaaS-Einstellungs-AGB bzw. **Ziffer 3.2 SaaS-Nachnutzungs-AGB** sehen in Anlehnung an Ziffer 13.7 EVB-IT Service-AGB eine Befugnis zur Entgeltanpassung vor. Demnach kann eine Erhöhung des Entgelts erstmals 12 Monate nach Vertragsbeginn und weitere Erhöhungen frühestens 12 Monate nach Wirksamwerden der letzten Erhöhung angekündigt werden; eine Erhöhung wird drei Monate nach Ankündigung wirksam. Sie hat



angemessen zu sein, muss den preisrechtlichen Vorschriften entsprechen und darf maximal 3 % des aktuellen Entgelts betragen. Für einzelne Nachnutzungsverhältnisse kann in **Nummer 6.2 SaaS-Nachnutzungsvertrag** die Befugnis zur Entgeltanpassung ausgeschlossen oder ein individueller Entgeltanpassungsmechanismus vereinbart werden.

Zur Geltung des Preisrechts für die Entgeltkalkulation siehe unten unter **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

Ziffer 3.6.4 SaaS-Einstellungs-AGB bzw. **Ziffer 3.6 SaaS-Nachnutzungs-AGB** sehen eine jährliche Rechnungsstellung vor; ein abweichender Turnus für die Rechnungsstellung kann unter Nummer 12 der jeweiligen Verträge („Sonstige Vereinbarungen“) bestimmt werden.

2.15 Preisrecht

Das Entgelt für die Nachnutzung ist an öffentliches Preisrecht gebunden.

Sowohl das im Verhältnis UL – FITKO von FITKO an UL als auch das im Verhältnis FITKO – AL von AL an FITKO zu entrichtende Entgelt muss den Vorgaben des Öffentlichen Preisrechts, d.h. insbesondere der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR Nr. 30/53) genügen. Dies folgt im Kern aus § 2 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53, wonach öffentliche Aufträge im Sinne der VO PR Nr. 30/53 „die Aufträge des Bundes, der Länder [...] und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts [wie also z. B. der FITKO]“ sind.

Mangels einer wohl zumindest derzeit (noch) gegebenen Marktgängigkeit der in Rede stehenden Online-Dienste dürfte das Entgelt wohl regelmäßig als Selbstkostenpreis zu vereinbaren sein (vgl. §§ 4, 5 VO PR Nr. 30/53). Letztlich ist dies aber stets einzelfallbezogen zu prüfen und zu beurteilen.

Grundlage der Selbstkostenpreisbildung sind die betrieblichen Kosten des Auftragnehmers. Sie entsprechen der klassischen Vollkostenrechnung, in deren Kostenartenrechnung aufwandsgleiche Grundkosten sowie Anders- und Zusatzkosten eingehen. Die Ermittlung der zulässigen Selbstkosten hat auf der Grundlage der als Anlage zur VO PR Nr. 30/53 geltenden Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) zu erfolgen. Die Kosten werden aus Wert und Menge der für die Leistungserstellung verbrauchten Güter und in Anspruch genommenen Dienste ermittelt (vgl. Nr. 4 Abs. 1 LSP). Berücksichtigungsfähig sind nur diejenigen Kosten, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung entstehen (vgl. Nr. 4 Abs. 2 LSP). Dabei ist der zulässige Selbstkostenpreis gleich der Summe der nach den LSP ermittelten, der Leistung zuzurechnenden Kosten zuzüglich des kalkulatorischen Gewinns (vgl. Nr. 4 Abs. 3 LSP). Da der Auftragnehmer bei einer Selbstkostenpreisvereinbarung nicht schlechter gestellt



werden soll als beim Vorliegen eines Marktpreises, können bei der Ermittlung der Angemessenheit der Selbstkosten grundsätzlich und in gewissen Grenzen auch marktwirtschaftliche Elemente, wie z. B. ein kalkulatorischer Gewinn (Nr. 51 LSP), ein Unternehmerwagnis (Nr. 52 LSP), ein geordnetes Rechnungswesen (Nr. 2 LSP) und eine kalkulatorische Verzinsung (Nr. 43 LSP), Berücksichtigung finden.

2.16 Haftung

Ziffer 7 SaaS-Einstellungs-AGB bzw. **Ziffer 6 SaaS-Nachnutzungs-AGB** sehen in Übereinstimmung mit § 307 ff. BGB eine beschränkte Haftung von UL bzw. FITKO bei einfacher Fahrlässigkeit und eine unbeschränkte Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit sowie nach dem Produkthaftungsgesetz vor. Nummer 8 der jeweiligen Verträge gibt den Parteien die Möglichkeit, eine hiervon abweichende Haftungsregelung zu treffen.

2.17 Laufzeit und Kündigung

Gemäß **Ziffer 10 SaaS-Einstellungs-AGB** bzw. **Ziffer 9 SaaS-Nachnutzungs-AGB** wird der jeweilige Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderjahres. Hintergrund der eher langen Kündigungsfrist ist, AL ausreichend Zeit für eine Ersatzbeschaffung für einen Online-Dienst zu gewähren, sollte UL den SaaS-Einstellungsvertrag bzw. FITKO den SaaS-Nachnutzungsvertrag kündigen. Aufgrund der Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderjahres kann die Zeit bis zum möglichen Vertragsende im Einzelfall fast eineinhalb Jahre betragen. Stets möglich bleibt die sofortige Kündigung aus wichtigem Grund.

2.18 Pflichten nach Beendigung

Hinsichtlich Pflichten nach Vertragsbeendigung sieht der SaaS-Einstellungsvertrag in Ziffer 10.3 die Pflicht von FITKO vor, die Leistungsbeschreibung aus dem FIT-Store zu entfernen. Ziffer 10 SaaS-Nachnutzungsvertrag sieht die Verpflichtung von FITKO vor, nach Rücksprache mit AL technische Daten zum Export an einen von FITKO benannten Dritten durch UL bereitzustellen. Weitere Pflichten nach Vertragsbeendigung können gemäß **Nummer 11** der jeweiligen Verträge vereinbart werden. Sollte die Praxis zeigen, dass standardmäßig gewisse Pflichten nach Vertragsende erforderlich sind, sind die jeweiligen AGB entsprechend anzupassen.

2.19 Staatliche Gerichtsbarkeit und Schlichtung

Für Streitigkeiten aus den Verträgen sind mangels anderweitiger Vereinbarung die staatlichen Gerichte zuständig. **Ziffer 11.2** der jeweiligen AGB bestimmen, dass die Vertragsparteien bei



Streitigkeiten eine Schlichtungsstelle anrufen können; **Nummer 10** der jeweiligen Vertragsmuster sehen die Möglichkeit vor, eine konkrete Schlichtungsstelle anzurufen.

3 Hintergrundinformationen zum FIT-Store

3.1 Vergaberecht

3.1.1 Grundidee des Modells „FIT-Store“

Sowohl Bund und Länder als auch die FITKO sind öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Abs. 1 Nr. 1 GWB (Bund und Länder) bzw. § 99 Abs. 1 Nr. 2 GWB (FITKO). Die entgeltliche Beschaffung von Leistungen durch einen öffentlichen Auftraggeber und damit auch ein entgeltlicher Leistungsaustausch von öffentlichen Auftraggebern untereinander stellen einen grundsätzlich vergaberechtpflichtigen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB dar.

Wie bereits oben unter 1 dargelegt, etabliert der FIT-Store jedoch einen rechtlichen Rahmen für die vergaberechtsfreie Nachnutzung über die FITKO. Die Grundidee des Modells „FIT-Store“ besteht darin, dass im Verhältnis zwischen FITKO und ihren Trägern, d. h. Bund und Ländern, ein sog. Inhouse-Verhältnis vorliegt, welches es ermöglicht, dass einerseits die FITKO von ihren Trägern mit einer Leistung im Wege eines vergaberechtsfreien sog. vertikalen Inhouse-Geschäftes bei gemeinsamer Kontrolle gemäß § 108 Abs. 1 und 4 GWB beauftragt werden kann; andererseits die FITKO aber auch selbst einen/mehrere Träger vergaberechtsfrei mit der Erbringung einer Leistung an die FITKO im Wege eines sog. inversen Inhouse-Geschäftes bei gemeinsamer Kontrolle beauftragen kann (§ 108 Abs. 1, 3 und 4 GWB).

Die Kombination von mehreren vergaberechtsfreien Rechtsinstituten wird in der Rechtsprechung des EuGH als grundsätzlich zulässig angesehen (vgl. EuGH, Urt. v. 18.06.2020, Rs. C-328/19 – *Porin kaupunki* [für die Kombination einer vergaberechtsfreien Aufgabenübertragung mit einer Inhouse-Vergabe]; sowie dazu *Lenz/Jürschik*, EuZW 2020, 1030, 1032; *Rung*, VPR 2020, 161).

In dem vom **EuGH** entschiedenen Fall ging es um einen **Kooperationsvertrag** bei dem mehrerer finnische Städte der Stadt Pori bestimmte Aufgaben im Verkehrs- und Sozial-/ Gesundheitsbereich übertrugen. Enthalten war die Aufgabe für die andere beteiligte Gemeinden Dienstleistungen zu organisieren.

Dieser Vertrag sieht vor, dass die Dienstleistungen der Sozial- und Gesundheitsfürsorge ein kohärentes Gesamtkonzept bilden, das von der verantwortlichen Gemeinde und den



Vertragsgemeinden gemeinsam entwickelt wird. Die verantwortliche Gemeinde bewertet und definiert den Bedarf der Einwohner an Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen, entscheidet über den Umfang und das Qualitätsniveau dieser den Einwohnern zur Verfügung gestellten Dienstleistungen, sorgt dafür, dass die Einwohner die erforderlichen Dienstleistungen in Anspruch nehmen können, und entscheidet auch über die Art und Weise, in der diese Dienstleistungen erbracht werden. Sie ist außerdem verantwortlich für die Verfügbarkeit, Zugänglichkeit und die Qualität der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen sowie für deren Kontrolle und Nachverfolgung.

Die Stadt Pori vergab einen Auftrag über die Beförderung von Personen mit Behinderungen direkt ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens an Porin Linjat, einer mit ihr verbundenen und von ihr kontrollierten Einrichtung (Inhouse).

Der EuGH legte Art. 1 Abs. 2 Buchst. a. der Richtlinie 2004/18 dahingehend aus, dass die verantwortliche Gemeinde bei Vergaben, die auf diese Übertragung folgen, als öffentlicher Auftraggeber angesehen werden kann, und befugt ist, eine **In-House-Einrichtung** ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens mit Dienstleistungen zu beauftragen, die nicht nur ihren Bedarf, sondern auch den der anderen Gemeinden, die Parteien des genannten Vertrags sind, decken. Dies gilt selbst dann, wenn diese Gemeinden ohne diese Kompetenzübertragung für ihren eigenen Bedarf selbst hätten sorgen müssen.

Unklar bleibt allerdings, ob die im Anschluss an eine „echte“ Kompetenzübertragung folgende Inhouse-Vergabe der zuständigen Gemeinde auch nach den Voraussetzungen des Grundtatbestandes des In-House-Privilegs nach § 108 Abs. 1 GWB zulässig sei (Schnitzler/Kripke, VergabeR 2021, 50, 52).

3.1.2 Inhouse-Verhältnis FITKO – AL (SaaS-Nachnutzungsvertrag), § 108 Abs. 1 und 4 GWB

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer vergaberechtsfreien Inhouse-Beauftragung der FITKO durch einen bzw. mehrerer ihrer Träger (Verhältnis FITKO – AL, SaaS-Nachnutzungsvertrag) ergeben sich aus § 108 Abs. 1 und 4 GWB. Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Voraussetzungen, deren Erfüllung dauerhaft zu gewährleisten ist:

- der öffentliche Auftraggeber (hier: AL) übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern (hier: Bund und Länder) über die juristische Person (hier: FITKO) eine ähnliche Kontrolle aus wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen (sog. Kontrollkriterium, (1)),



- mehr als 80 % der Tätigkeiten der juristischen Person (hier: FITKO) dienen der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern (Bund und Länder) oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde (sog. Wesentlichkeitskriterium, (2)),
- an der juristischen Person besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung (sog. Beteiligungskriterium, (3)).

3.1.2.1 Kontrollkriterium

Soweit AL gemeinsam mit dem Bund und den weiteren beteiligten Ländern die Kontrolle über die FITKO wie über eine eigene Dienststelle ausüben muss, besteht gemäß § 108 Abs. 5 GWB eine gemeinsame Kontrolle, wenn

- sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person (hier: FITKO) aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber (hier: Bund und Länder) zusammensetzen [...],
- die öffentlichen Auftraggeber (hier: Bund und Länder) gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person (hier: FITKO) ausüben können und
- die juristische Person (hier: FITKO) keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber (hier: Bund und Länder) zuwiderlaufen.

Die bei Erfüllung dieser Kriterien vorliegende Kontrolle ergibt sich aus der Besetzung des FITKO-Verwaltungsrates durch den IT-Planungsrat und damit ausschließlich durch Vertreter des Bundes und der beteiligten Länder. Denn im Fall der AÖR ist der Verwaltungsrat beschlussfassendes Organ, s. § 5 Abs. 1 des FITKO-Gründungsbeschlusses vom 23.10.2019. Die Kontrollmöglichkeit ergibt sich daneben insbesondere daraus, dass er nach § 6 Abs. 2 S. 2 des FITKO-Gründungsbeschlusses befugt ist, dem Präsidenten der FITKO verbindliche Weisungen zu erteilen. Infolge der Weisungs- und Beschlussabhängigkeit des Präsidenten ist es der FITKO nicht möglich, Interessen zu verfolgen, die denen des Bundes und der Länder zuwiderlaufen.

3.1.2.2 Wesentlichkeitskriterium

Die FITKO ist im Wesentlichen, das heißt zu mehr als 80 %, mit der Ausführung von Aufgaben beschäftigt, mit denen sie von den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern Bund und Ländern betraut wurde. Es geht letztlich darum, dass die FITKO nicht am Markt und im Wettbewerb, sondern weit überwiegend für die kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig ist (vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 11.05.2006, Rs. C-340/04, Rn. 61 – *Carbotermo*). Dies ist laufend



zu beurteilen, wobei der Aufgabenzuschnitt gemäß § 2 des FITKO-Gründungsbeschlusses vom 23.10.2019 bzw. § 1 des IT-Staatsvertrags es als unwahrscheinlich erscheinen lässt, dass die FITKO jemals für Dritte tätig werden wird.

3.1.2.3 Beteiligungskriterium

Eine direkte private Beteiligung an der FITKO wird bereits durch die Rechtsform der AÖR ausgeschlossen.

3.1.3 Verhältnis FITKO – UL (SaaS-Einstellungsvertrag)

Die Erteilung eines Auftrags der FITKO an einen/mehrere ihrer Träger stellt ein sog. inverses Inhouse-Geschäft bei gemeinsamer Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber dar. Dieses ist als solches zwar nicht ausdrücklich im GWB geregelt, wird aber sowohl von der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/6281, S. 81) als auch überwiegender Auffassung für zulässig erachtet (vgl. bspw. *Portz*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 108, Rn. 169 ff.; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 108 GWB, Rn. 65; *Hoffmann*, VergabeR 2016, 189, 195; a. A. von *Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB, 2016, § 108, Rn. 68).

Die rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des inversen Inhouse-Geschäfts bei gemeinsamer Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich bzw. im Wesentlichen identisch mit denen des gemeinsamen Inhouse-Geschäfts gemäß § 108 Abs. 1 und 4 GWB, denn der „Rahmen“ des Inhouse-Geschäfts bleibt im Prinzip der Gleiche, nur die vertragliche Konstellation kehrt sich um.

Dies gilt jedenfalls für das sog. Kontroll- und das sog. Wesentlichkeitskriterium (vgl. insoweit bspw. und m. w. N. auch *Portz*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 108 Rn. 167; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 108 GWB, Rn. 50 und 52; *Ziekow*, NZBau 2015, 258, 262; *Greb*, VergabeR 2015, 289, 294), so dass diesbezüglich auf das vorstehend unter IV. 1. b) (1) und (2) Gesagte verwiesen werden kann.

Soweit das Beteiligungskriterium bei der inversen Inhouse-Vergabe indes gemäß § 108 Abs. 3 Satz 2 GWB so anzuwenden ist, als keine direkte private Kapitalbeteiligung an der den Auftrag erhaltenden kontrollierenden Person bestehen darf, können hieraus keine Probleme erwachsen, da an Bund und/oder Länder naturgemäß keine private Kapitalbeteiligung bestehen kann.



3.1.4 Reichweite und Grenzen der Vergaberechtsfreiheit nach dem Modell „FIT-Store“

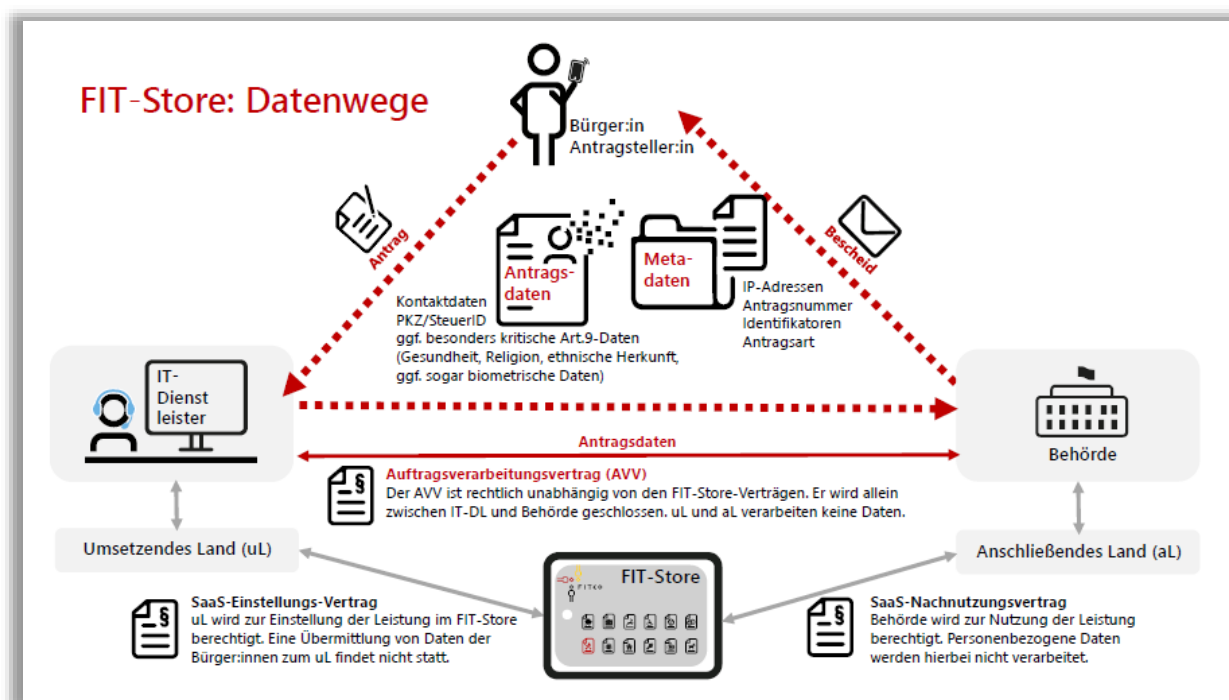
Die vorstehend beschriebene, über das Konstrukt FIT-Store vermittelte Vergaberechtsfreiheit greift **nur für die Vertragsverhältnisse zwischen FITKO und Bund/ Ländern**. Für sonstige Vertragsverhältnisse von Bund und Ländern zu Dritten oder ggf. auch (unmittelbar) untereinander gilt *dieses* Inhouse-Privileg nicht.

Wenn und soweit sich daher beispielsweise UL zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber FITKO Dritter bedient, hat UL **eigenverantwortlich** dafür Sorge zu tragen, dass den Vorgaben des Vergaberechts entsprochen wird. Sofern es sich bei dem Dritten nicht um einen Privaten, sondern um einen eigenen IT-Dienstleister handelt, können aber ggf. auch insoweit unter den entsprechenden Voraussetzungen des § 108 GWB die Grundsätze des Inhouse-Geschäftes Anwendung finden und fruchtbar gemacht werden. Entsprechendes kommt mit Blick auf § 108 Abs. 6 GWB u. U. auch für den Fall etwaiger sog. horizontaler öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeiten in Betracht. Die Kombination von mehreren vergaberechtsfreien Rechtsinstituten wird in der Rechtsprechung des EuGH – wie gesagt (s. o. IV. 1. a)) – als grundsätzlich zulässig angesehen (vgl. EuGH, Urt. v. 18.06.2020, Rs. C-328/19 – *Porin kaupunki* [für die Kombination einer vergaberechtsfreien Aufgabenübertragung mit einer Inhouse-Vergabe]; sowie dazu *Lenz/Jürschik*, EuZW 2020, 1030, 1032; *Rung*, VPR 2020, 161).

Die Pflicht zur eigenverantwortlichen Erfüllung der jeweiligen vergaberechtlichen Anforderungen gilt darüber hinaus insbesondere auch für solche Fälle, in denen eine Nutzung der OZG-Lösungen Dritter von bzw. über AL angestrebt wird („Nach-Nach-Nutzung“) – beispielsweise durch Kommunen oder Kammern im jeweiligen Land (AL).

3.2 Datenschutzrecht

Die (sehr bedeutenden) Themenfelder Datenschutz und IT-Sicherheit sind ggf. einer eigenen, von den FIT-Store SaaS-Verträgen unabhängigen Regelung zuzuführen, wobei jeweils die Struktur des Einzelfalls zu berücksichtigen ist.



Hierbei ist die Diversität der Online-Dienste zu beachten, bei der die datenschutzrechtliche Voraussetzungen (vor allem: datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit gemäß Art. 4 Nr. 7 DS-GVO, Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung, konkrete Datenflüsse, Offenlegung an unterschiedliche Behörden und Dritten, Abgrenzung der Verantwortlichkeit von Auftragsverarbeitungen) keinem einheitlichen Muster folgen. So steht zwar nach dem datenschutzrechtlichen Behördenprinzip fest, dass im Falle von Nachnutzungen in der Regel (zunächst) die Behörde datenschutzrechtlich verantwortlich ist, die im AL für das jeweilige Verwaltungsverfahren zuständig ist. Welche Rolle im weiteren Verlauf dann die Behörden in UL und etwaige eingeschaltete IT-Dienstleister wahrnehmen, ist allerdings im Einzelfall zu beurteilen. Die im FIT-Store vornehmlich zivilrechtlich wirkenden vertraglichen Regelungen verpflichten die Beteiligten in Ziff. 9 der Einstellungs-AGBs und in Ziffer 8 der Nachnutzungs-AGBs zur Vereinbarung gesonderter Regelungen sowie zur Verpflichtung von UL, relevante datenschutzrechtliche Dokumente bereitzustellen. Letztere Pflicht berücksichtigt, dass üblicherweise diejenige Vertragspartei, die die technische Infrastruktur federführend entwickelt und/oder betreibt, ein umfassendes Datenschutzkonzept erstellt. In diesem sind u.a. die folgenden Aspekte auszuführen: Technische Systembeschreibung des Vorhabens, insbesondere: relevante Daten Betroffener, detaillierte Datenflüsse (wer verfügt über personenbezogene Daten von wem, zu welchem Zweck und wie lange), ausführliches Zugriffs- und Berechtigungs- sowie Löschkonzept; ferner im Rahmen der Datenflüsse konkrete Benennung der Verlinkungen und Datentransfers zwischen Portalen, Onlinediensten,



Basisdiensten und Back-End. Sodann rechtliche Subsumtion der technischen Beschreibungen des Vorhabens unter datenschutzrechtliche Vorgaben, u.a. anwendbare Rechtsvorschriften, Bewertung und Abgrenzung datenschutzrechtlicher (gemeinsamer) Verantwortlichkeiten und Auftragsverarbeitungen, Bewertung der relevanten Datenverarbeitungen i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO und Rechtsgrundlagen der Verarbeitung, Zuständigkeiten für die Beantwortung möglicher Betroffenenrechte, Ausführungen zum „Ob“ und „Wie“ einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 Abs. 1 DS-GVO. Sodann auch ausführliches IT-Sicherheitskonzept, das die notwendigen technisch-organisatorischen Maßnahmen gemäß Art. 32 DS-GVO beschreibt. Je nach Besonderheiten der verfahrensspezifischen Darstellungen kommen noch weitere Aspekte hinzu. Zentral muss für die Darstellung eine transparente Verständlichkeit für die nachfolgende Einbindung von behördlichen Datenschutzbeauftragten sowie Datenschutzaufsichtsbehörden sein, um die Gewährleistung der Nachweispflicht des Art. 5 Abs. 2 DS-GVO zu gewährleisten. Um insoweit etwaige Vorarbeiten von UL auch für AL nutzbar zu machen, sehen die o.g. Regelungen in den AGBs eine Bereitstellungspflicht bereits vorbereiteter Dokumente vor. Weitere datenschutzrechtliche Festlegungen enthalten die Vertragsvorlagen bewusst nicht.

Zentral ist darauf zu achten, dass UL auf personenbezogene Daten keinen Zugriff haben sollte. Eine Migration personenbezogener Daten – soweit überhaupt erforderlich – ist insoweit im Verhältnis AL - IT-Dienstleister zu regeln.

3.3 IT-Sicherheitsrecht

Auch hinsichtlich IT-sicherheitsrechtlicher Verpflichtungen ist auf die Regelungen in den AGBs zu verweisen: UL und FITKO verpflichten sich in Zusammenarbeit mit AL zur Einhaltung der maßgeblichen IT-sicherheitsrechtlichen Bestimmungen. Zur Erfüllung dieser Pflichten werden sich UL, AL und FITKO über das hierfür im Einzelnen Notwendige verständigen und ggf. einer gesonderten Regelung zuführen.