

FAQ zum Thema Recht im Förderprogramm Modellprojekte Smart Cities

Stand: 16. Dezember 2025



FAQ zum Thema Recht im Förderprogramm Modellprojekte Smart Cities

Inhalt:

Die „FAQ Recht“ stellen eine Zusammenfassung der Beantwortung von Fragen von Kommunen dar, die vom Bund durch das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) als Modellprojekte Smart Cities gefördert werden. Die Übersicht wurde von der Kanzlei Becker Büttner Held als Partnerin der Koordinierungs- und Transferstelle Modellprojekte Smart Cities (KTS) im Rahmen des Bundesförderprogramms „Modellprojekte Smart Cities“ erstellt.

Das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen hat die Erstellung der „FAQ Recht“ gefördert. Die präsentierten Rechtsausführungen, -meinungen und -auslegungen sind solche der Kanzlei Becker Büttner Held.

Version 1.1, 16.. Dezember 2025

Referat S III 3 – Smarte Städte und Regionen
Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen
Rudi-Dutschke-Straße 4
10969 Berlin

Ansprechpartner KTS Smart Cities

Koordinierungs- und Transferstelle Modellprojekte Smart Cities
c/o DLR Projektträger
Postadresse: Heinrich-Konen-Str. 1 | 53227 Bonn

Michael Huch | Projektleitung | DLR Projektträger | Berlin
Telefon +49 30 67055 600 | Michael.Huch@dlr.de

Dr. Roman Ringwald | Kanzlei Becker Büttner Held | Berlin
Telefon +49 30 611 28 40 23 | roman.ringwald@bbh-online.de

www.smart-city-dialog.de

Inhalt

Vergaberecht	4
Innovation und Vergabe.....	7
Kooperationspartnerschaften.....	8
Vergabe und IT.....	14
Ausschreibungsmöglichkeiten von Open-Source.....	16
Betreibermodelle	19
Datenschutz	21
Haftungsrisiken	24

Vergaberecht

Generelles Vergabeverfahren

Wie detailliert kann eine Leistungsbeschreibung sein, ohne dass sie produktspezifisch wird und dadurch nicht vergaberechtskonform?

Der Inhalt einer Leistungsbeschreibung umfasst insbesondere die Funktions- und Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung.

Die Kommune ist als öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, die Leistung so **einheitlich und erschöpfend wie möglich** zu beschreiben, § 121 Abs. 1 GWB.

Eine solche Leistungsbeschreibung ist deswegen erforderlich, weil der öffentliche Auftraggeber erst dann ausschreiben darf, wenn er weiß, was er beschaffen möchte (sog. **Vergabereife**). Reine Preisabfragen sind nicht zulässig. Zudem ist die Leistungsbeschreibung wichtig für die Bieter: Diese müssen in die Lage versetzt werden, ihre Angebote auf eindeutiger Grundlage abgeben zu können.

Gerade im Bereich innovativer und nicht standardisierter Leistungen muss die Leistung nicht zwingend bis ins letzte Detail definiert werden, sondern kann auch funktional ausgeschrieben werden. Eine funktionale Leistungsbeschreibung legt nur den Nutzungszweck oder die grundlegenden Eigenschaften und Anforderungen an die Leistung grob fest. Den Bieter ist zum Beispiel die technische, funktionsgerechte, gestalterische und wirtschaftliche Lösung zur Erreichung der gestellten Anforderungen überlassen.

Solche funktionalen Beschreibungen sind vor allem in Vergabeverfahren üblich, in denen die Kommune nicht lediglich Angebote einholt, sondern auswählt, mit wem sie Verhandlungen führen wird (Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft).

Eine produktspezifische Leistungsbeschreibung ist grundsätzlich unzulässig. Ein Verweis auf bestimmte Produkte ist dann zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich geschrieben werden kann. Bei einem Verweis auf bestimmte Produkte ist der Zusatz „oder gleichwertig“ aufzunehmen.

Wie legt man Eignungs- und Wertungskriterien fest?

Im Vergabeverfahren ist zwischen Eignungs- und Wertungskriterien zu unterscheiden. Beide Arten von Kriterien sind zwingend festzulegen.

Die **Eignungskriterien** legen fest, ob die Unternehmen sich überhaupt am Verfahren beteiligen dürfen. Die **Wertungskriterien** legen fest, wer von den Unternehmen, die sich am Verfahren beteiligen dürfen, das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat.

Eignungskriterien dienen dazu, dass sich nur ausreichend leistungsfähige Unternehmen am Verfahren beteiligen. Zum Nachweis der Eignung kann die Kommune festlegen, welche Unterlagen der Bieter einreichen muss. Diese können sich insbesondere auf die folgenden Bereiche beziehen:

- Eigenerklärung von Bietern dazu, dass er gesetzliche Mindestanforderungen einhält wie etwa das **Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz** (siehe die Regelungen in §§ 122, 123 GWB)
- Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (z.B. eine Erklärung zum Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre)
- Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (z.B. Referenzen über früher erbrachte, ähnliche Leistungen).

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot, das heißt das beste Preis-Leistungs-Verhältnis, erteilt. Dafür ist eine Bewertung der Angebote anhand der vorgegebenen Wertungs- oder Zuschlags-kriterien erforderlich. Der Preis oder die Kosten sind daher zwingendes Zuschlagskriterium. Der Preis kann alleiniges Zuschlagskriterium sein. Neben dem Preis beziehungsweise den Kosten können aber auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Dazu können die Bieter beispielsweise Konzepte einreichen, in denen sie ihr Angebot näher hinsichtlich geforderter Aspekte erläutern. Die Kommune muss die Zuschlagskriterien grundsätzlich gewichten, das heißt sie kann beispielsweise festlegen, dass der Preis zu 60 % und das Konzept zur Qualität zu 40 % einfließt. Bei der Festlegung der Gewichtung steht der Kommune ein weiter Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu.

Der Auftraggeber kann Mindest- und Qualitätskriterien festlegen. Dabei muss darauf geachtet werden, dass eine eindeutige Zuordnung erfolgt. **Mindestkriterien** muss ein Angebot zwingend erfüllen, um nicht ausgeschlossen zu werden. **Qualitätskriterien** wirken sich positiv bei der Wertung aus.

Zum Thema **Eignungskriterien bei Start-ups** siehe Abschnitt: [Innovation und Vergabe \(S. 6\)](#)

Kann man ein Vergabeverfahren derart steuern, dass eine bestimmte, gewünschte Lösung aus dem Vergabeprozess hervorgeht?

Der Zuschnitt der Vergabeunterlagen auf ein bestimmtes Unternehmen ist unzulässig. Dennoch kann durch die Gestaltung der Leistungsbeschreibung sowie der Zuschlagskriterien (insb. Mindest- und Qualitätskriterien) sowie die Wahl des Verfahrens Einfluss darauf genommen werden, dass eine bestimmte, gewünschte Lösung Ergebnis des Vergabeprozesses ist.

Eine **produktspezifische Leistungsbeschreibung** ist grundsätzlich **unzulässig**. Dies bedeutet, dass in den Vergabeunterlagen nicht ein bestimmtes Produkt gefordert werden kann. Ein Verweis auf Produkte kann ausnahmsweise zulässig sein, wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. In jedem Fall ist dann die Formulierung aufzunehmen, dass das spezifische Produkt „oder ein gleichwertiges“ gefordert wird (§ 31 Abs. 6 Satz 2 VgV).

Die Umsetzung eines Pilotprojekts ist nur mit einem Anbieter effektiv umsetzbar. Kann hier eine Direktvergabe ungeachtet der Wertgrenzen umgesetzt werden?

Eine **Direktvergabe** – ungeachtet der Wertgrenzen – kann **nicht umgesetzt** werden. Oberhalb der Wertgrenzen kommt ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht.

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist zwar grundsätzlich möglich, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV). Allerdings darf der Auftrag nur deswegen von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden können, weil ein einzigartiges Kunstwerk oder eine einzigartige künstlerische Leistung erschaffen oder erworben werden soll (lit. a)) oder weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist (lit. b)). Darunter fällt beispielsweise die Situation, dass es für ein anderes Unternehmen technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen oder dass es nötig ist, spezielles Wissen, spezielle Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Unternehmen zur Verfügung stehen. Technische Gründe können aber auch in konkreten Anforderungen an die Interoperabilität des Produkts liegen, um das Funktionieren der beschafften Leistung zu gewährleisten.

Ein Auftrag kann schließlich auch wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten (lit. c)), nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden.

Zudem ist zusätzlich bei lit. b) und lit. c) erforderlich, dass es keine vernünftige Alternative oder Ersatz-lösung gibt und der mangelnde Wettbewerb darf nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter sein.

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist eine **Ausnahme** vom förmlichen Verfahren. Die Vorschrift des § 14 Abs. 4 VgV ist daher eng auszulegen. Die Kommune muss das Vorliegen der Ausnahme nachweisen. Im Fall des fehlenden Wettbewerbs muss dies durch eine europaweite Markt-erkundung erfolgen. Nach der Rechtsprechung der VK Bund kann im Rahmen der Markterkundung zwar nicht verlangt werden, dass der öffentliche Auftraggeber sich so umfassende Kenntnisse aneignet, die etwa vergleichbar der bei dem Hersteller vorhandenen Expertise sein müssten. Regelmäßig dürfte es ausreichen, wenn sich der Auftraggeber bei anderen Nutzern vergleichbarer Produkte über die Vor- und Nachteile der einzelnen Geräte und die insoweit bestehenden Erfahrungen erkundigt und öffentlich verfügbare Quellen zu Rate zieht (VK Bund, Beschl. v. 29.09.2020 - [VK 2-73/20](#)).

Welche Möglichkeiten für eine gemeinsame Ausschreibung gibt es?

Mehrere öffentliche Auftraggeber können öffentliche Aufträge gemeinsam vergeben, § 4 Abs. 1 VgV. Dabei sind alle öffentlichen Auftraggeber für die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabe-verfahren gemeinsam verantwortlich. Die Zusammenarbeit kann dabei unterschiedlich weitgehend sein und von einer Erstellung gemeinsamer technischer Spezifikationen mit jeweils getrennten Vergabe-verfahren bis hin zu einem gemeinsam durchgeführten Vergabeverfahren reichen.

Den Weg zur kostenlosen **Musterkooperationsvereinbarung** zur gemeinsamen Beschaffung finden Sie hier: → [Gemeinsame Beschaffung rechtssicher gestalten](#)

Ist eine direkte Vergabe an lokale Unternehmen möglich beziehungsweise wie könnte man dies bewerkstelligen?

Das Vergaberecht sieht keine Ausnahme für die Vergabe an lokale Unternehmen vor. Zwar sind orts-bezogene Kriterien nicht per se verboten, sie müssen aber einen Bezug zur Leistung haben und verhältnismäßig sein. Der Auftraggeber kann fordern, dass der Bieter vor Ort präsent ist, wenn die Leistung beispielsweise kurze Reaktionszeiten voraussetzt oder regelmäßige Abstimmungstermine vor Ort erforderlich sind. Dafür reicht es aber gegebenenfalls, wenn ein nicht ortsansässiges Unternehmen vor Ort beispielsweise ein Kundenzentrum oder eine Geschäftsstelle eröffnet. Durch die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsaspekten (etwa durch die Angabe des CO₂-Fußabdrucks der zu beschaffenden Leistung) können lokale Unternehmen mittelbar einen Wettbewerbsvorteil erhalten.

Es sind somit weiterhin die allgemeinen Vorgaben zu prüfen, ob der Auftragswert eine Direktvergabe erlaubt und ob Ausnahmen von den förmlichen Verfahren vorliegen.

Muss ein Vergabeverfahren dokumentiert werden?

Die fortlaufende Dokumentation des Vergabeverfahrens ist Pflicht für jeden öffentlichen Auftraggeber. Daneben ist die Kommune als öffentliche Auftraggeberin verpflichtet, einen Vergabevermerk anzufertigen. Der Mindestinhalt des Vergabevermerks ist in § 8 Abs. 2 VgV festgehalten und umfasst insbesondere die Begründung für die Auswahl beziehungsweise Ablehnung von Bewerbern und Bieter. Die Dokumentation und der Vergabevermerk dienen der Transparenz im Vergabeverfahren.

Innovation und Vergabe

Wie schreibe ich Leistungen aus, die erst noch entwickelt werden müssen und deren Inhalte noch nicht konkret beschreibbar sind?

Kann der Auftraggeber die Leistung nicht abschließend beschreiben, stehen ihm drei Möglichkeiten zur Verfügung: Das **Verhandlungsverfahren**, der **wettbewerbliche Dialog** und das **Verfahren der Innovationspartnerschaft**. Zu beachten ist, dass der Verhandlungsbedarf rechtfertigungsbedürftig ist, das heißt die Verfahrenswahl ist zu begründen. Dies bedeutet, dass in der Dokumentation der Vergabe (Stichwort: **Vergabevermerk**) zu begründen ist, weshalb das „Wie“ der Leistung noch offen ist und erst durch Verhandlungen mit den Bietern geklärt werden kann. Ein Grund kann die mangelnde Erfahrung des Auftraggebers mit der entsprechenden Leistung sein.

In einem Verhandlungsverfahren nach § 14 Abs. 3, 4 und § 17 VgV ist es möglich, dass der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung nicht abschließend formuliert. Das „Was“ steht fest, das „Wie“ ist im Einzelnen offen. Ein Verhandlungsverfahren erfolgt grundsätzlich mit einem vorgesetzten Teilnahme-wettbewerb, durch welchen jedes interessierte Unternehmen sich zunächst beteiligen kann. Nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen kann auf den Teilnahmewettbewerb verzichtet werden mit der Folge, dass der Auftraggeber die Unternehmen, die er zur Abgabe von Erstangeboten auffordern will, selbst auswählt. Ein Beispiel ist die Beschaffung eines Bike-Sharing-Systems, bei dem eine Vielzahl an Handlungsoptionen besteht.

Daneben kann der Auftraggeber einen wettbewerblichen Dialog gemäß §§ 14 Abs. 3, 18 VgV wählen. In einem solchen definiert er gemeinsam mit den teilnehmenden Unternehmen die Leistung. Hier steht das „Was“ fest, das „Wie“ ist weitgehend offen. Im wettbewerblichen Dialog wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert, der Auftraggeber fordert nach Prüfung der übermittelten Informationen eine begrenzte Anzahl von Unternehmen zur Teilnahme am Dialog auf. Das Verfahren wird beispielsweise bei großen Infrastrukturprojekten, aber auch bei spezifischen und komplexen Softwareprodukten und Marketingkonzepten angewandt.

Schließlich ist es möglich, das Verfahren der Innovationspartnerschaft nach § 19 VgV zu wählen. Die Innovationspartnerschaft dient der langfristigen Entwicklung neuer Produkte. Bei einer solchen steht das „Was“ nicht im Einzelnen fest und auch das „Wie“ ist weitgehend offen. Auch hier fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf und fordert anschließend ausgewählte Unternehmen zur Angebotsabgabe auf. Ein Beispiel wäre die Beschaffung von innovativen Löschfahrzeugen oder von Zügen mit innovativem Antrieb.

Wie kann man bei Ausschreibungen Start-ups unterstützen? Ist eine direkte Vergabe an diese möglich?

Das Vergaberecht sieht **keine Ausnahme** für die Vergabe an Start-ups vor. Es ist daher stets zu prüfen, ob der Auftragswert eine Direktvergabe erlaubt und ob Ausnahmen von den förmlichen Verfahren vorliegen. Ist dies nicht der Fall, kann der Auftraggeber die Vergabeunterlagen so gestalten, dass Start-ups nicht von vorneherein ausgeschlossen werden:

Die Eignungskriterien sollten in diesem Fall so gestaltet werden, dass auch „Newcomer“ sie erfüllen können. Beispielsweise kann man für die wirtschaftliche Eignung auf die Angabe des (Gesamt-)Umsatzes verzichten und stattdessen eine Bankbürgschaft im Auftragsfalle verlangen. Auch bei etwaig geforderten Referenzen sind die Anforderungen so zu stellen, dass die Schwelle für den Erfahrungsnachweis niedrig ist.

Bei den Zuschlagskriterien kann insbesondere die Innovationskraft berücksichtigt werden (z.B. Innovationsmöglichkeiten des Produkts sowie Konzepte zur Weiterentwicklung).

Außerdem kann eine Aufwandsentschädigung für die Teilnahme am Verfahren vorgesehen werden, um die Mitmachschwelle zu reduzieren.

Was sind die vergaberechtlichen Aspekte von Innovationspartnerschaften?

Eine Innovationspartnerschaft dient der Entwicklung und Beschaffung innovativer Produkte, Dienst- und Bauleistungen. Dem Auftraggeber wird die Möglichkeit gegeben, eine langfristige Innovationspartnerschaft zu begründen, welche die Entwicklung sowie den anschließenden Kauf zulässt, ohne eine erneute Ausschreibung durchzuführen. Voraussetzung für die Innovationspartnerschaft ist, dass der Beschaffungsbedarf, der ihr zugrunde liegt, nicht durch auf dem Markt bereits verfügbare Liefer- oder Dienstleistungen befriedigt werden kann.

Was ist das vorkommerzielle Verfahren / *Pre-Commercial Procurement Verfahren (PCP-Verfahren)* und wie erfolgt seine Anwendung?

Das vorkommerzielle Verfahren betrifft Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen vor deren Markteinführung. Die „vorkommerzielle Beschaffung“ oder ***pre-commercial procurement (PCP)*** ist **keine Vergabe** und unterliegt daher nicht den Vorschriften des Vergaberechts. Die Forschungs- und Entwicklungsphase kann in mehreren Stufen erfolgen:

- An der Konzepterstellung können beispielsweise fünf Akteure arbeiten,
- nach der Zwischenauswahl entwickeln drei Akteure den Prototypen und letztlich zwei Akteure die marktgängige Lösung,
- danach erfolgt die Festlegung auf einen Akteur, nämlich auf denjenigen, der die beste Lösung entwickelt hat.

Die sich an die Forschungs- und Entwicklungsphase anschließende Beschaffungsvergabe einer solchen innovativen Leistung (***public procurement of innovation solutions – PPI***) ist eine **Vergabe** und unterliegt daher dem Vergaberecht. Es erfolgt im zweiten Schritt also eine klassische Ausschreibung. Dies bedeutet, dass der Akteur,

der in der vorherigen Phase die beste Lösung entwickelt hat, daher nicht zwingend die Leistung im PPI produzieren und ausliefern wird.

Wie beauftragt man erst die Entwicklung eines Prototypen und beschafft diesen dann?

Hierbei bietet sich das zuvor beschriebene vorkommerzielle Verfahren/Pre-Commercial Procurement Verfahren (PCP-Verfahren) an.

Kooperationspartnerschaften

Wann dürfen Kommunen zusammenarbeiten beziehungsweise wann nicht?

Kommunen steht es grundsätzlich frei, zusammenzuarbeiten. Gegebenenfalls sind bei der Umsetzung der Zusammenarbeit vergabe- oder andere kommunalrechtliche Vorgaben zu beachten (siehe unten).

Welche Gestaltungsmöglichkeiten gibt es für Kommunen mit Blick auf mögliche Kooperationen generell?

Kommunen haben grundsätzlich verschiedene Kooperationsmöglichkeiten:

- die lose Kooperation,
- die Zusammenarbeit auf Grund eines Kooperationsvertrages,
- die Zusammenarbeit mit bestehenden oder die Gründung eigener Gesellschaften, die Gründung von Zweckverbänden und den Abschluss von Zweckvereinbarungen.

Bei der **losen Kooperation** vernetzen sich Kommunen und gegebenenfalls andere Akteure, um sich auszutauschen und im Einzelfall Projekte gemeinsam umzusetzen. Der Zusammenarbeit liegt dabei keine vertragliche Grundlage zugrunde. Kommunen können durch einen *Letter of Intent (LOI)* oder ein *Memorandum of Understanding (MoU)* eine unverbindliche Grundlage schaffen. Vergaberechtliche Vorgaben sind bei dieser Art der Zusammenarbeit zunächst nicht zu beachten.

Kommunen können auch auf Basis eines **Kooperationsvertrages** (ggfs. mit anderen Akteuren) zusammenarbeiten. Dieser bildet dann die Basis für die gemeinsame Umsetzung von Projekten. Mit einem Kooperationsvertrag können beispielsweise die Aufgabenbereiche klar definiert und der Informationsfluss abgesichert werden. Es können auch Pflichten zur Leistungserbringung vereinbart werden. In der Praxis kann dieser Kooperationsvertrag auch auf Basis eines zunächst unverbindlichen Letter of Intent oder eines Memorandum of Understanding erwachsen.

Kommunen können – auch gemeinsam – mit einer **bestehenden kommunalen Gesellschaft zusammenarbeiten oder eine neue Gesellschaft gründen**. Soll eine neue Gesellschaft gegründet werden, so ist – für den Fall, dass die Gesellschaft auf wirtschaftliches Handeln ausgerichtet ist – zunächst das Kommunalwirtschaftsrecht zu beachten.

Kommunen haben die Möglichkeit, Zweckverbände oder Zweckvereinbarungen auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Verträge zu bilden. Im Fall des Zweckverbands werden diesem die Aufgaben der Kommune übertragen. Die Satzung des Zweckverbands bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Bei der Zweckvereinbarung besteht die Möglichkeit, dass einer Kommune die Aufgaben übertragen werden oder die Kommune die Aufgaben gemeinschaftlich durchführt. Eine Zweckvereinbarung ist der Aufsichtsbehörde grundsätzlich anzuzeigen.

Weitere Informationen zum Thema **Kooperationspartnerschaft/interkommunale Zusammenarbeit** finden Sie hier:

- [Smart Cities gestalten | Dossier 1: Welche Rechts- und Organisationsformen wählen?](#)
- [Kooperationen zur Umsetzung von Smart-City-Projekten](#)

Welche vergaberechtlichen Vorgaben sind bei den verschiedenen Kooperationsformen zu beachten?

Bei der losen Kooperationsform ist das Vergaberecht dann zu beachten, wenn die Kommune das Projekt mit einem Unternehmen, beispielsweise einem anderen Netzwerkpartner, umsetzen möchte. Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unterliegen die Kommunen dem Vergaberecht. Die Kommunen müssen daher die Umsetzung des Projekts ausschreiben und der Netzwerkpartner kann sich an dieser Ausschreibung beteiligen.

Im Falle des Kooperationsvertrags ist das Vergaberecht dann zu beachten, wenn der Kooperationsvertrag neben Kommunen auch andere Akteure einbezieht und einen Leistungsaustausch vorsieht. In diesem Fall ist vor Abschluss des Kooperationsvertrags ein Vergabeverfahren durchzuführen. Dann stellt der Kooperationsvertrag einen öffentlichen Auftrag der Kommune dar, sodass sein Abschluss dem Vergaberecht unterliegt. Damit sind die Kommunen bei der Wahl ihres Kooperationspartners nicht frei.

Bei der Kooperation mit einer bestehenden Gesellschaft ist – für den Fall, dass eine ausschreibungs-pflichtige Vergabe von Aufträgen an diese erfolgen soll – vergaberechtlich zu prüfen, ob die Gesellschaft inhouse-fähig nach § 108 Abs. 1, 4 GWB ist.

Ob bei der Gründung einer neuen Gesellschaft zusätzlich das Vergaberecht zu beachten ist, ist davon abhängig, ob die Gesellschaft ausschließlich mit anderen öffentlich-rechtlichen Akteuren gegründet wird, oder ob auch private Unternehmen daran beteiligt werden. Im letzteren Fall muss das Vergaberecht beachtet werden, wenn mit der Gesellschaftsgründung eine Dienstleistung erbracht wird, oder nach Gründung der Gesellschaft mit dieser Verträge geschlossen werden sollen.

Die Gründung eines Zweckverbands und der Abschluss einer Zweckvereinbarung sind ohne Ausschreibung möglich.

Was ist bei einem Kooperationsvertrag, z.B. mit einer Hochschule, zu beachten?

Bei einer Kooperation mit einer Hochschule ist grundsätzlich zu unterscheiden, welche Tätigkeit die Hochschule im konkreten Fall für die Kommune übernimmt. Je nachdem, was die Hochschule tut, kann eine Ausnahme vom Vergaberecht vorliegen. Wenn es sich um Forschungs- und Entwicklungs-dienstleistungen der Universität handelt, ist keine Ausschreibung durchzuführen (§ 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Hintergrund ist der Gedanke, dass staatliche Forschungsförderung nicht dem Vergaberecht unterfallen soll, wenn sie uneigennützig ist. Aber nicht jegliche Forschungs- beziehungsweise Beratungsleistungen von Universitäten sind vom Vergaberecht ausgenommen. Die alleinige Stellung als (staatliche) Universität befreit noch nicht von der Ausschreibungspflicht der Kommune.

Das **Vergaberecht gilt**, wenn

- die Ergebnisse ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden,
- die Dienstleistung vollständig durch den Auftraggeber vergütet wird,
- die Forschungs- und Entwicklungsdienste und zugehörige Beratung unter anderem

- Dienstleistungen im Bereich Forschung und experimentelle Entwicklung
- Planung und Ausführung von Forschung und Entwicklung betreffen.

Die Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Dies bedeutet beispielsweise, dass bei einer fehlenden Vergütung durch die Kommune das Vergaberecht keine Anwendung findet.

Eine reine Veröffentlichung der Ergebnisse reicht nicht aus, um von der Anwendung des Vergaberechts befreit zu werden.

Eine Weiterleitung von Fördermitteln von der Kommune an die Hochschule schließt die Anwendung des Vergaberechts ebenfalls nicht per se aus. Das Vergaberecht ist weiterhin zu beachten, wenn ein öffentlicher Auftrag vorliegt, das heißt wenn die Kommune die Hochschule beispielsweise mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt.

Kann die Zusammenarbeit vergaberechtsfrei erfolgen, stellt sich die Frage, wer welche Anteile in die Kooperation/das Projekt mit einbringt. Das betrifft nicht nur finanzielle Anteile, sondern auch Anteile auf Arbeitsebene (z.B. wer übernimmt welche Aufgaben? Wer darf welche Daten zu welchen Zwecken nutzen? Wer behält die Nutzungsrechte an bestimmten Ergebnissen und Entwicklungen?).

Bei Kooperationen mit Hochschulen im Speziellen stellt sich mit Blick auf mögliche spätere Ausgründungen die Frage, wie es im Anschluss weiterlaufen soll: Es ist nicht unüblich, dass Universitäten häufig im Gegenzug zur Ausgründung das Nutzungsrecht (jedenfalls zeitlich begrenzt) an gewissen Entwicklungen und Ergebnissen als finanzielle Absicherung im Rahmen der Ausgründung für sich beanspruchen. Häufig spielt das Hochschulrecht ebenfalls eine nicht unwesentliche Rolle.

Ist ein Beitritt zu einer Entwicklungsgemeinschaft, z. B. für eine App, ohne Vergabe möglich?

Bei einer Entwicklungsgemeinschaft handelt es sich um eine interkommunale Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB. Der Beitritt zu einer solchen Kooperation erfordert **keine Ausschreibung**, wenn die Voraussetzungen nach § 108 Abs. 6 GWB (sog. *In-State-Geschäfte*) vorliegen.

Die Voraussetzungen sehen insbesondere vor, dass die Beteiligten gemeinsame Ziele haben müssen, die Zusammenarbeit ausschließlich im öffentlichen Interesse liegen darf und die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20% der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind. Letzteres bedeutet, dass die öffentlichen Auftraggeber jeder für sich die von der Zusammenarbeit umfasste Tätigkeit zu weniger als 20% für externe Dritte erbringen dürfen, das heißt zu mehr als 80% innerhalb der interkommunalen Zusammenarbeit.

Die Dienstleistungen müssen dabei nicht identisch sein, sondern können sich ergänzen. Die Kommune muss zudem nicht gesetzlich zur Erfüllung der Aufgabe verpflichtet sein. Eine interkommunale Zusammenarbeit ist auch möglich, wenn sich die Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die mit den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen zusammenhängen, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen.

Vergabe und IT

Wie verwende ich EVB-IT-Verträge im Rahmen der Ausschreibung?

EVB-IT-Verträge stellen etablierte Standard-Musterverträge für die Beschaffung von IT-Leistungen dar. Eine technische Leistungsbeschreibung enthalten die EVB-IT nicht, allerdings übliche Vertragsklauseln zu Überlassung, Entwicklung, Pflege, Cloud-Diensten und vieles mehr. Es gibt eine Vielzahl an EVB-IT Verträgen für unterschiedliche Anwendungsfälle, die alle wesentlichen IT-Themen (grundsätzlich) abdecken. Bundesbehörden sind verpflichtet, auf die EVB-IT-Verträge zurückzugreifen. In der Mehrzahl der Bundesländer gilt dies auch für die Landesbehörden. Für Gemeinden und Kommunen gibt es allerdings bisher keinen gesetzlichen Anwendungzwang, weshalb auch für die MPSC kein solcher Zwang besteht.

Grundsätzlich ist die Einbeziehung der EVB-IT-Verträge als auf dem Markt bekannte Standard-Verträge für standardmäßige Beschaffungsvorgänge dennoch zu empfehlen, weil diese marktübliche Regelungen enthalten und vielfältig anpassbar sind. Gleichwohl sei darauf hinzuweisen, dass die EVB-IT-Verträge für Laien mitunter komplex sein können, insbesondere wenn verschiedene Leistungen kombiniert werden. Es sollten beim erstmaligen Umgang mit den EVB-IT die Nutzungshinweise studiert werden und ggf. externe IT- und Rechtsberatung hinzugezogen werden. Dies ist insbesondere mit Blick auf die Erstellung eines Leistungsbildes / Pflichten-/Lastenhefts der zu beschaffenden IT sinnvoll. Bei Beschaffung von Software müssen sie im Rahmen der Förderung zudem um spezifische Regelungen bezüglich **Open Source** ergänzt werden (siehe unten unter 3. und unter V. Ausschreibungsmöglichkeiten für Open-Source).

Die aktuellen **Musterverträge** finden Sie unter:

→ www.cio.bund.de/Webs/CIO/DE/digitale-loesungen/it-einkauf/evb-it-und-bvb/evb-it/evb-it-node.html

Bei der Verwendung der EVB-IT-Verträge können Sie sich an folgende Vorgehensweise halten:

1. Zunächst sollten Sie den **richtigen Vertragstyp auswählen**: Dafür empfehlen wir die Nutzung der „Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB“, zu finden unter: www.cio.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/CIO/DE/digitale-loesungen/it-beschaffung/evb-it-bvb/entscheidungshilfe-zu-der-evb-it.pdf?blob=publicationFile&v=4
2. Nehmen Sie die „Hinweise für die Nutzung“ des jeweiligen EVB-IT-Vertrags beim Ausfüllen des Mustervertrags zur Hand und befolgen Sie die Hinweise. Die jeweiligen Hinweise zu den Vertragsarten finden Sie hier zum Download:

www.cio.bund.de/Webs/CIO/DE/digitale-loesungen/it-einkauf/evb-it-und-bvb/evb-it/evb-it-node.html

3. Sofern der Vertrag über Open-Source-Software geschlossen werden soll, gilt es jedoch zu beachten, dass die **EVB-IT-Verträge den Anforderungen an Open Source regelmäßig nicht gerecht werden (!)**, da diese auf die Verwendung von proprietärer Software zugeschnitten sind. Daher sollten unter „Sonstige Vereinbarungen“ zusätzliche Vertragsvereinbarungen aufgenommen werden. In diesen sollten die Lizenzbedingungen der zu verwendenden Open-Source-Lizenz dem EVB-IT-Vertrag vorangestellt werden und dadurch widersprüchliche

Regelungen im EVB-IT-Vertrag abbedungen werden. Darüber hinaus kann es angezeigt sein, weitere Besonderheiten der beabsichtigten Softwarelösung in „Sonstige Vereinbarungen“ aufzunehmen, soweit dies nicht im EVB-IT-Vertrag ausreichend abgebildet wurde.

Die Einbeziehung einer **möglichst konkreten Beschreibung der Softwarelösung** ist regelmäßig sinnvoll. Es bietet sich an, die Leistungsbeschreibung aus der Ausschreibung heranzuziehen.

Hinweis:

Im Rahmen der Förderung von MPSC sind nur solche Softwarelösungen förderfähig, die als Open Source lizenziert sind.

Mehr Informationen hierzu finden Sie hier:

→ www.smart-city-dialog.de/regelungen-zu-open-source-fuer-modellprojekte-smart-cities

Ist es bei Supportverträgen für IT-Systeme, Sensorik und anderes notwendig, die Vertragslaufzeit auf den Förderzeitraum anzupassen beziehungsweise einzuschränken?

Nein, eine solche Einschränkung der Laufzeiten der Supportverträge für IT-Systeme ist **nicht erforderlich**. Die MPSC sind grundsätzlich frei, auf welche Dauer die Supportverträge abgeschlossen werden. Es ist grundsätzlich zu empfehlen, möglichst frühzeitig die Verfestigung der Projekte durch entsprechend lange Verträge sicherzustellen. Dabei ist während des Förderzeitraums zu beachten, dass die Förderbedingungen eingehalten werden.

Ausschreibungsmöglichkeiten von Open Source

Wie können Vorgaben zu Open-Source-Software und Lizenzen berücksichtigt werden?

Die Verpflichtung zum Einsatz von Open Source oder die Entwicklung von Software als Open Source kann in die Leistungsbeschreibung für ein Vergabeverfahren aufgenommen werden. Dann ist der Bieter verpflichtet, entsprechend Open Source anzubieten. Daneben können auch zulässige Lizenzen für Software definiert werden, zum Beispiel im Software-Entwicklungsvertrag.

Open-Source-Software dient der nicht-kommerziellen Verbreitung von Software. Der Urheber der Software (Hersteller) räumt dem Nutzer umfassende Nutzungsrechte an bestimmten Software-Versionen ein, dafür erhält der Nutzer eine flexible Software, die vielseitig weiterentwickelbar beziehungsweise weiter verarbeitbar ist und – anders als kommerzielle Software – keine hohen Lizenzgebühren mit sich bringt.

Sollen bei einer Ausschreibung die EVB-IT-Verträge einbezogen werden, dann sind diese anzupassen (s. Frage zu Vergabe und IT).

Hinweis:

Im Rahmen der Förderung von MPSC sind nur solche Softwarelösungen förderfähig, die als Open Source lizenziert sind.

Mehr Informationen hierzu finden Sie hier:

→ www.smart-city-dialog.de/regelungen-zu-open-source-fuer-modellprojekte-smart-cities

Welche konkrete Open-Source-Lizenzierung ist bei Ausschreibungen zu fordern?

Um die Software weiterzuentwickeln beziehungsweise weiterzuverarbeiten, müssen zwischen dem Hersteller und dem Nutzer entsprechende Lizenzbedingungen vereinbart werden. Es gibt mittlerweile zahlreiche verschiedene Lizenzbedingungen, die bekannteste Open-Source-Lizenzierung ist die **GNU General Public Licence (GPL)**, welche diverse Untervarianten hat.

Vor Vereinbarung einer Lizenzbedingung ist darauf zu achten, ob diese kompatibel mit bereits vorhandener Software und dem Einsatzzweck ist. Außerdem müssen sämtliche vertragliche Vorgaben zum Umgang mit dem Sourcecode bei Distribution sowie die Nennung des Herstellers und Regelungen zur Haftung und Mängelgewähr getroffen werden. Der Lizenztyp ist daher stets eine Frage des Einzelfalls.

Mehr Informationen hierzu finden Sie hier:

→ www.smart-city-dialog.de/regelungen-zu-open-source-fuer-modellprojekte-smart-cities

Müssen alle Software-Komponenten von Anfang an Open Source sein oder ist es ausreichend, wenn diese bis zum Ende des Förderzeitraums als solche verfügbar werden?

Es ist nur die Entwicklung solcher Software-Lösungen förderfähig, die als Open Source entwickelt werden sollen. Dabei ist es theoretisch denkbar, dass auf Grundlage proprietärer Software eine Open-Source-lizenzierte Software entwickelt wird, wenn dies der Inhaber der proprietären Software zulässt.

Auch kann die Entwicklung von Schnittstellen zu proprietärer Software förderfähig sein, wenn die Schnittstelle als Open-Source zur Verfügung gestellt wird. In diesen Fällen besteht die Gesamtlösung mithin auch aus proprietären Elementen. Förderfähig bleibt jedoch nur die Entwicklung der Open-Source-Schnittstelle.

Konzeptionell gilt das **Open-Source-Gebot** mithin von Anfang an der Förderung.

Bei Unsicherheiten ist hier eine vorherige Abstimmung mit dem Fördermittelgeber sinnvoll, um sich die Förderfähigkeit bestätigen zu lassen.

Ist eine Beschränkung auf einzelne oder mehrere bestimmte Open-Source-Lizenzen in den Vergabeverfahren zulässig?

Ja, soweit diese Beschränkung zweckmäßig ist. Dies gilt es, vorab projektspezifisch zu prüfen.

Wie kann gemeinsam mit anderen MPSC ein digitales Beteiligungstool auf Basis einer Open-Source-Lösung entwickelt werden, die eine Smart-City-Kommune bereits verwendet? Wie kann der Prozess vergaberechtlich rechtssicher gestaltet werden?

Gemeinsam mit anderen MPSC kann eine interkommunale Zusammenarbeit begründet werden, die ihre gesetzliche Grundlage in § 108 Abs. 6 GWB hat. Wenn die dort genannten Voraussetzungen eingehalten werden (s. Fragen zu Kooperationspartnerschaften), ist die Zusammenarbeit ohne Ausschreibung möglich.

Kann ich bei einer Ausschreibung der (entgeltlich erbrachten) IT-Leistungen Hosting und Weiterentwicklung vorschreiben, dass diese auf Grundlage der Open-Source-Software erfolgen muss?

Bei der Verwendung einer bestehenden Software, die kostenlos ist, kann es sein, dass mangels Entgeltlichkeit kein öffentlicher Auftrag vorliegt und somit kein Vergaberecht anwendbar ist (VK Bund, Beschl. v. 2.12.2021 – VK 1 104/21). Dies gilt aber nur, wenn es um die Verwendung einer bestehenden Software geht.

Davon zu unterscheiden sind aber andere Dienstleistungen wie Wartung und Weiterentwicklung der Software. Diese sind mit Blick auf das Vergaberecht getrennt von der Verwendung einer bestehenden Software zu bewerten, die unentgeltlich genutzt werden kann.

Grundsätzlich muss eine **Vergabe produktneutral** erfolgen, das heißt es dürfen nicht bestimmte Produkte in der Leistungsbeschreibung gefordert werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen einen Vorteil haben oder ausgeschlossen werden (§ 31 Abs. 6 VgV). Soweit die Entwicklung von Open-Source-Software oder -Tools

Vergabegegenstand sind, stellt sich zum einen die Frage, ob eine Einschränkung auf bestimmte Open-Source-Lizenzen sinnvoll ist (hierzu s.o.) und zum anderen die Frage, inwieweit eine solche Software oder ein Tool als Open Source verfügbar ist. Es ist durchaus denkbar, dass am Markt nur proprietäre Software verfügbar ist, auf deren Basis dann eine Weiterentwicklung bestimmter Tools als Open Source erfolgt.

Generell lässt sich aber festhalten, dass durch die Anforderung einer Open-Source-Software als Ausschreibungsgegenstand zunächst einmal kein Unternehmen begünstigt bzw. ausgeschlossen wird und daher die **Vergabe grundsätzlich produktneutral** ist.

Es ist im engeren Sinne noch keine Rechtsprechung ergangen, die das Thema Produktneutralität bei Wartung und Service sowie Weiterentwicklung auf Basis von bereits bestehender Open-Source-Software behandelt.

Im bereits angesprochenen Beschluss hat die Vergabekammer des Bundes entschieden, dass grundsätzlich bei bereits bestehender, entgeltfreier Open-Source-Software auch die entsprechenden Leistungen von Service und Wartung sowie Weiterentwicklung zu dieser Open-Source-Software beschafft werden dürfen (VK Bund, 02.12.2021 – VK 1 104/21). Daher ist davon auszugehen, dass in diesem Fall das Gebot der Produktneutralität nicht verletzt ist.

Betreibermodelle

Welche Betreibermodelle gibt es?

Denkbar sind Modelle, in denen die Komponenten, Lösungen und Software bei den MPSC verbleibt und der Betrieb durch dritte Dienstleister erfolgt. Ferner ist auch denkbar, dass der Betrieb durch die MPSC selbst erfolgt, was in den Grenzen des Kommunalwirtschaftsrechts auch zu einem Geschäftsmodell führen könnte (s. [Geschäfts- und Betreibermodelle in der Smart City](#)).

Die Fortführung von Entwicklungsgemeinschaften und die Bereitstellung von Projektergebnissen für andere MPSC oder andere Kommunen wäre ebenfalls als Form eines Betreibermodells denkbar. Wegen der Kooperationspartnerschaften und interkommunalen Zusammenarbeit sei nach oben verwiesen.

Unter welchen Bedingungen kann ein im Rahmen des MPSC-Programms finanziertes Projektergebnis langfristig von einem der beteiligten externen Projektpartner betrieben werden?

Soweit beispielsweise das Kommunalwirtschaftsrecht Schranken setzt, bietet sich die Kooperation mit externen Projektpartnern an, um beispielsweise andere Synergien für den langfristigen Erfolg zu heben, etwa, indem das MPSC an den Erkenntnissen, Datenerhebungen und -auswertungen oder Folgelösungen partizipiert.

Unter welchen Bedingungen kann eine Kommune über smarte Lösungen Einnahmen erzielen, etwa über Werbung bei City-Apps?

Bei der Einnahmenerzielung sind die Vorgaben und Grenzen des **Kommunalwirtschaftsrechts** zu beachten.

Kommunen und kommunale Unternehmen dürfen nicht ohne Weiteres wirtschaftlich am Markt tätig werden. Die Zulässigkeit der kommunalen, wirtschaftlichen Tätigkeit ist in den jeweiligen Gemeinde-ordnungen der Bundesländer geregelt (beispielhaft § 107 Gemeindeordnung NRW, § 94a Sächsische Gemeindeordnung). Die Vorgaben sind nicht deckungsgleich, ähneln sich aber. Grundsätzlich ist für die wirtschaftliche Betätigung

- ein öffentlicher Zweck erforderlich,
- die Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen,
- und der Zweck kann oder wird nicht besser und wirtschaftlicher durch einen privaten Dritten erfüllt (werden).

Beachtet werden muss auch, dass die Gemeindeordnungen die Voraussetzungen an eine wirtschaftliche Tätigkeit im Gemeindegebiet knüpfen. Für den Fall, dass sich die Tätigkeit außerhalb dieses Gebiets erstreckt, sind zusätzliche Anforderungen einzuhalten.

Schließlich ist auch das EU-Beihilfenrecht als Teil des EU-Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen, das den europäischen Binnenmarkt vor Wettbewerbsverzerrungen durch unzulässige Subventionen der öffentlichen Hand zugunsten einzelner Unternehmen oder Wirtschaftszweige schützen soll. Hier ist also im Einzelfall genau zu untersuchen, inwieweit Einnahmen infolge des Einsatzes von Fördermitteln erzielt werden und inwieweit sich daraus möglicherweise Wettbewerbsnachteile für andere Marktakteure ergeben. Gibt es förderrechtliche Beschränkungen, scheidet eine Gewinnerzielung im Regelfall aus.

Unter welchen Bedingungen kann eine Kommune für die Mitnutzung von smarten Lösungen Gebühren verlangen, etwa bei der Mitnutzung von Urbanen Datenplattformen im Rahmen einer mandantefähigen Software?

In derartigen Fällen wird es sich regelmäßig nicht um gewerbliche Tätigkeiten mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, sondern es soll **lediglich eine Kostendeckung beabsichtigt** sein. Hierbei richtet sich die Zulässigkeit der Erhebung von „Gebühren“ nach den kommunalabgaberechtlichen Grundsätzen der jeweiligen Bundesländer. Auch hier wird eine Einzelfallbeurteilung regelmäßig erforderlich sein. Wegen der Kooperationspartnerschaften und interkommunalen Zusammenarbeit sei nach oben verwiesen.

Datenschutz

Warum sind Smart-City-Projekte datenschutzrechtlich relevant?

Bereits aus dem Grundgesetz, genauer Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, folgt das Recht jeder Person zur informationellen Selbstbestimmung sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Eingriffe in diese Rechte durch Erhebung personenbezogener Daten sind nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Die DSGVO regelt den umfassenden Schutz personenbezogener Daten in der EU und gilt unabhängig von der „Datenmenge“. Bei Smart-City-Projekten werden aber häufig – auch wenn nur „als Beifang“ – personenbezogene Daten erhoben, im Einzelfall ist daher stets die Anwendbarkeit der DSGVO zu prüfen.

Was sind personenbezogene Daten und wann liegt eine Datenverarbeitung vor?

Der Begriff „personenbezogene Daten“ wird in Art. 4 Nr. 1 DSGVO legaldefiniert. Die Legaldefinition gilt auch für die Städte und Gemeinden und gilt für alle landesrechtlichen Datenschutzregelungen (vgl. z.B. § 1 Abs. 1 NDSG; § 1 Abs. 1 DSG NRW; § 1 Abs. 2 HDSIG). Demnach sind personenbezogene Daten

„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.“

Art. 4 Nr. 2 DSGVO enthält darüber hinaus eine Legaldefinition des Verarbeitungsbegriffs, der beschreibt, wann aufgezeichnete Daten überhaupt verarbeitet werden. Demnach stellt die Verarbeitung

„jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten“

dar.

Ist die Verwendung von digitalen Parkplatzleitsystemen datenschutzrechtlich zulässig?

Bei Parkplatzleitsystemen geht es maßgeblich um die Echtzeiterfassung von Verkehrsobjekten, also das Erkennen und Zählen von fahrenden und stehenden Fahrzeugen auf einer Parkfläche sowie beim Ein- und Ausfahren. Andere Daten und andere über den Parkplatz hinausgehende Räume werden nicht erfasst. Es ist jedoch denkbar, dass beim Einsatz von Sensoren und/oder Kameras sowohl Kennzeichen als auch Gesichter aufgezeichnet werden. Damit liegen zwar grundsätzlich personenbezogene Daten vor, die auch verarbeitet werden (können). Indem diese jedoch in Echtzeit anonymisiert werden, werden in der Regel am Ende nur anonyme Daten vorliegen. Einige

Landes-Datenschutzbehörden stellen aber auf die Möglichkeit zur Erfassung personenbezogener Daten ab, weshalb eine Einzelfallprüfung sinnvoll ist.

Um den Datenschutz der aufgezeichneten Aufnahmen zu gewährleisten, sollten die aufgezeichneten personenbezogenen Daten (z.B. Gesichter oder KFZ-Kennzeichen) noch auf dem Parkplatz irreversibel aus dem Bildmaterial entfernt beziehungsweise unkenntlich gemacht werden. Auch eine Reduzierung der Auflösung wäre ein probates Mittel.

Was wäre bei der nachträglichen Übertragung von Diensten, wie zum Beispiel der Übergabe einer Smart-City-App zum weiteren Betrieb nach Ablauf der Förderzeit an ein Betreiberunternehmen oder der Urbanen Datenplattform, an Dritte datenschutzrechtlich zu beachten?

Das kommt darauf an, welche Daten erhoben werden sollen und inwieweit ein berechtigtes Interesse vorliegt, diese Daten zu übertragen (z. B. Zustimmung in Nutzungsbedingungen der App). In jedem Falle müssen die User über die Übertragung ihrer Daten an Dritte informiert werden. Außerdem könnten Daten beim aktuellen Dateninhaber zu löschen sein, soweit dieser kein berechtigtes Interesse (z. B. gesetzliche Aufbewahrungspflicht) mehr hat.

Worauf müssen Benutzer digitaler Parkleitsysteme hingewiesen werden?

Es empfiehlt sich, an entsprechenden Parkplätzen ein gut sichtbares Hinweisschild sowie Informations-blatt anzubringen, auf denen Informationen zum Datenschutz in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache bereitgestellt werden. Diese Informationen sollten unter anderem enthalten, dass Nutzer des Parkplatzes mit Betreten ihre Einwilligung in die Erfassung und Verarbeitung ihrer Daten erteilen. Entsprechende Musterhinweise stellen häufig auch bereits die Landes-Datenschutzbehörden bereit.

Gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO müssen das Hinweisschild und/oder Informationsblatt am Ort der Videoüberwachung an einer für die betroffene Person zugänglichen Stelle bereit beziehungsweise zur Verfügung gestellt werden. Eine betroffene Person muss, nachdem ihr der Umstand der Videoüber-wachung bekannt wird, die Möglichkeit haben, mit dem PKW umzukehren und sich so der Daten-verarbeitung zu entziehen. Deshalb sollte das Hinweisschild vor der Einfahrt gut sichtbar angebracht werden, mit einer Wendemöglichkeit für den PKW-Fahrer. Das Informationsblatt kann hingegen auf dem Parkplatz an einer anderen im Hinweisschild zu benennenden Stelle gut sichtbar angebracht werden, an der sich die PKW-Fahrer in Ruhe ausführlich informieren können.

Haftungsrisiken

Wie ist in der Praxis das Haftungsrisiko wegen der Verletzung der Urheber-, Patentrechte und Lizenzen Dritter zu bewerten?

Auch bei Open-Source-Software gelten die üblichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Entwicklung. Etwaige Verletzungen von Urheber-, Patentrechten und Lizenzen Dritter sind soweit wie möglich zu vermeiden, da sonst die Inhaber dieser Rechte diverse Ansprüche, insbesondere Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, geltend machen könnten.

In der Praxis ist bei umfangreichen Softwarelösungen wohl ein vollständiger Ausschluss solcher Verstöße nicht mit verhältnismäßigem Aufwand möglich. Zur Höhe möglicher Schadensersatzansprüche kann an dieser Stelle keine allgemeingültige Aussage getroffen werden. Schadensersatzansprüche auf Grundlage von Urheberrechtverletzungen nach § 97 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz oder Patentverletzungen nach § 139 Abs. 2 Patentgesetz sind jedoch auf Fälle von Vorsatz und Fahrlässigkeit beschränkt. Fahrlässigkeit setzt die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht voraus, vgl. § 276 Abs. 2 BGB. Bei einer pflichtgemäßen Prüfung eines Codes auf Urheberrechts- und Patentverletzungen dürfte mithin kein Schadensersatzrisiko gegenüber dem in seinen Rechten verletzten Dritten bestehen.

Im Rahmen einer Softwareentwicklung sollte daher die Verantwortlichkeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eindeutig geklärt werden. Dies betrifft insbesondere die Frage, wer die Veröffentlichung der Software gemäß der Fördervorgaben übernimmt. Dabei gilt es zu beachten, dass die Parteien im Innenverhältnis Haftungsregelungen treffen können, im Außenverhältnis regelmäßig primär derjenige in Haftungsfällen herangezogen wird, der die Software veröffentlicht und/oder zur Verfügung stellt.

Entsteht durch das Angebot zur kostenlosen Nutzung oder Weiterverwendung einer Software ein Haftungsrisiko?

Ja, auch bei der Veröffentlichung von kostenloser Software besteht potentiell ein Haftungsrisiko gegenüber Nutzenden der Software, wenn diese wegen der Software geschädigt würden. Soweit der Code oder die Software kostenlos zur Verfügung gestellt wird, geht die einschlägige Fachliteratur davon aus, dass die Haftung gegenüber Nutzenden grundsätzlich nach § 521 BGB, wie bei einer Schenkung, auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beschränkt sei (vgl.: Jaeger/Metzger in: Jaeger/Metzger, Open Source Software, 5. Aufl. 2020, Rn. 300, 310).

Wichtig ist, dass die Umstände, wie ein Code oder eine Software zur Verfügung gestellt wird, erheblichen Einfluss auf Haftungsfragen haben. Wird unter Beachtung des Empfängerhorizontes in geeigneter Weise und ausreichend auf den Entwicklungsstand und bekannte Mängel des Codes oder der Software hingewiesen, so kann die Haftung aus diesen Gründen oft ausgeschlossen werden. Dabei kommt es im Einzelfall entscheidend darauf an, auf welcher Plattform eine Software auf welche Weise zur Verfügung gestellt wird, zum Beispiel ist auf openCode.de von einem anderen Empfängerhorizont als in einem üblichen App-Store auszugehen.

Im Rahmen einer Kooperation bei der Entwicklung sollte daher die Verantwortlichkeit zwischen Kooperationspartnern eindeutig geklärt werden. Nach Außen trägt grundsätzlich die veröffentlichte Partei die Verantwortung.

Besteht bei Open-Source Software eine Produktbeobachtungspflicht?

Sofern die Software zur freien Nutzung in den Verkehr gebracht wird, so ist davon auszugehen, dass im Rahmen des dadurch entstehenden Rechtsverhältnisses zu den Nutzenden grundsätzlich auch eine Produktbeobachtungspflicht entsteht. Fraglich ist, wie weit diese dabei reicht. Dies bestimmt sich anhand des Grades der Gefahr und der wirtschaftlichen Möglichkeiten des Anbieters sowie der Zumutbarkeit der Beobachtungsmaßnahmen im Einzelfall. Je eher in der Folge eines Fehlers Gefahren für Leben, Körper oder Gesundheit bestehen, desto höher ist der Sorgfaltsmassstab anzusetzen.

Es sprechen allerdings gute Gründe dafür, dass im Falle eines kostenlos zur Verfügung gestelltem Open-Source-Codes regelmäßig keine zu hohen Anforderungen an die erforderlichen Beobachtungsmaßnahmen gestellt werden können. Während des Betriebs, insbesondere während die Software Dritten zur aktiven Nutzung angeboten wird, oder der Weiterentwicklung kann von dem Verantwortlichen erwartet werden, dass der Code in einem angemessenen Umfang auf etwaige erkennbare Risiken aktiv überprüft und beobachtet wird. Wenn der Code nicht mehr aktiv genutzt und/oder weiterentwickelt wird, dürfte die Beobachtungspflicht zunächst auf eine zeitlich beschränkte passive Beobachtungspflicht begrenzt werden oder in berechtigten Fällen vollständig entfallen.

Wichtig ist, dass die Umstände, unter denen ein Code oder eine Software zur Verfügung gestellt wird, erheblichen Einfluss auf Haftungsfragen haben. Es sollte stets transparent auf den Entwicklungsstand und bekannte Mängel des Codes oder der Software hingewiesen werden.

Koordinierungs- und Transferstelle Modellprojekte Smart Cities

Heinrich-Konen-Straße 1 | 53227 Bonn
Telefon: +49 30 / 67055 – 9999

E-Mail: SmartCities@dlr.de
Webseite: www.smart-city-dialog.de