

# Mitteilung

## öffentlicher Teil

Gremium	Datum
Unterausschuss Digitale Kommunikation und Organisation	17.08.2015
Ausschuss Allgemeine Verwaltung und Rechtsfragen / Vergabe / Internationales	31.08.2015

### Köln braucht eine No-Spy-Klausel

Die Gruppe Piraten im Rat der Stadt Köln hat für die Sitzung des Rates am 24.03.2015 einen Antrag zur Prüfung der Einführung einer sogenannten „No-Spy-Klausel“ bei der Vergabe von Leistungen gestellt (AN/0454/2015).

Im Einzelnen wird beantragt:

1. Der Rat der Stadt Köln beauftragt die Verwaltung zu prüfen, ob und in welchem Umfang es möglich ist, bei der kommunalen Vergabe von Aufträgen eine No-Spy-Klausel in die Vertragsbedingungen aufzunehmen.
2. Die Stadtverwaltung muss zusätzlich bei zukünftigen Vergaben darauf achten, dass sie so wenige sicherheitsrelevante Daten wie möglich an die Auftragnehmer weitergibt. Die Stadtverwaltung sollte hierbei Verfahren prüfen, inwieweit Bieter, Auftragnehmer und sie selbst zukünftig auf Datensparsamkeit und -vermeidung verpflichtet werden können.
3. Die Stadtverwaltung soll dem Rat zu Beginn des 2. Halbjahres 2015 einen Bericht über die Prüfung vorlegen.

Der Antrag wurde in der Sitzung des Unterausschusses Digitale Kommunikation und Organisation am 08.06.2015 behandelt.

Der Unterausschuss Digitale Kommunikation und Organisation hat die Entscheidung über den Antrag bis zur Vorlage einer verwaltungsintern abgestimmten Stellungnahme über die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit einer solchen Klausel vertragen.

Die Verwaltung nimmt zu dem Antrag wie folgt Stellung:

Zu 1.:

Unter einer „No-Spy-Klausel“ versteht man eine vertragliche Regelung nach der Unternehmen nur noch dann Aufträge erhalten, wenn sie eine sogenannte No-Spy-Garantie abgeben, mit der sie versichern, dass sie rechtlich nicht verpflichtet sind, vertrauliche Daten an ausländische Geheimdienste und Sicherheitsbehörden weiterzugeben.

Ob und in welcher Form solche Vertragsklauseln zulässig und sinnvoll sind, wird derzeit allgemein stark diskutiert. Eine abschließende Bewertung durch die Verwaltung wird daher noch einige Zeit dauern. Eine ausdrückliche Regelung zu der Thematik gibt bisher bei der Stadt Köln nicht.

Aus vergaberechtlicher Sicht stellt - nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung - die Vertragsklausel kein Element dar, das im Rahmen der Prüfung der Eignung des Bieters/Bewerbers zu

berücksichtigen wäre. Die Vertragsklausel ist eine sog. Ausführungsbedingung nach § 97 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die im Rahmen der Auftragsausführung zwingend vom Auftragnehmer zu berücksichtigen ist. Die diesbezüglich verlangte Eigenerklärung ist (lediglich) die ausdrückliche, schriftliche Bestätigung des Bieters/Bewerbers, diese Ausführungsbedingung später auch einzuhalten.

Die „No-Spy-Klauseln“, können nicht sämtliche Probleme heimlicher Informationsabflüsse regeln. Die so genannten „Backdoors“ in IT-Komponenten, über die Informationen abgegriffen werden können, sind von den Klauseln nicht erfasst. Sie stellen keine „Auskünfte“ im Sinne der Eigenerklärung und der Vertragsklausel dar.

Ob und in welchen Fällen Vertragsstrafen verhängen werden können, ist ebenfalls noch nicht abschließend geklärt.

Wirksame Alternativen zu allgemeinen „No-Spy-Klauseln“ können konkrete vertragliche Ausführungsbedingungen sein, welche zur Geheimhaltung der gewährten Informationen verpflichten. Dies wird bereits derzeit praktiziert.

Zu 2.:

Selbstverständlich findet bei der Erstellung der Vergabeunterlagen immer eine Abwägung statt, welche Informationen für die potentiellen Bieter erforderlich sind, damit diese ihr Angebot kalkulieren können. Ein Maßstab „So viel Daten wie nötig, so wenig wie möglich.“ ist hierbei schon immer ein sinnvolles und praktiziertes Prinzip. Sofern personenbezogene Daten betroffen sind, ergibt sich eine solche Verpflichtung bereits aus dem Gesetz. Eine erneute Sensibilisierung hierfür ist ohne weiteres möglich und greift die Verwaltung gerne auf. Allerdings bedeutet eine zu große Zurückhaltung bei Informationen im Rahmen einer Leistungsausschreibung immer ein Risiko, dass Rügen erhoben oder später Nachträge geltend gemacht werden.

Zu 3.:

Neben der Frage der Zulässigkeit solcher Klauseln, wäre eine intensive Prüfung der Zweckmäßigkeit unter Beteiligung verschiedener Ämter erforderlich. Eine Vorlage im Rat zu Beginn des 2. Halbjahres ist aufgrund des verwaltungsweiten Abstimmungsaufwandes nicht leistbar.

### **Aktueller Sachstand in der Stadtverwaltung Köln (Schwerpunkt IT-Vergaben):**

Aufgrund der Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Vorschläge des Bundesministeriums für Inneres zur „No-Spy-Klausel“ werden derzeit Unternehmen über spezielle Formulierungen in den Leistungsverzeichnissen der Ausschreibungen zu bestimmten, vertrauens- und vertraulichkeitsrelevanten Produkten direkt zur Erklärung der Vertraulichkeit (**Anlage 1**, Musterformulierung Ausschreibungen) oder zur Unterschrift von Erklärungen zur Vereinbarung über die Datenverarbeitung im Auftrag (**Anlage 2**) verpflichtet.

Grundsätzlich liegt die Definition des Schutzbedarfes in der Verantwortung der jeweiligen Bedarfsträger, dies ist bei stadtweit eingesetzten Infrastrukturprodukten das Amt für Informationsverarbeitung und bei fachbezogenen Anforderungen das jeweilige Fachamt der Verwaltung. Alle neu eingesetzten Softwareprodukte werden bei der Stadtverwaltung anhand einer Datenschutzklassifizierung (**Anlage 3**) bewertet und in Abhängigkeit der dort vorgenommenen Einstufung einer Sicherheitsanalyse unterzogen.

Die Informationen in den zur Beschaffung notwendigen Ausschreibungen werden in Zusammenarbeit mit dem Zentralen Vergabeamt auf Datensparsamkeit und Datenvermeidung hin untersucht. Parallel zur Umstellung der Ausschreibungsverfahren von rein papierbasierten Veröffentlichungen auf Online-Verfahren wurden die Ausschreibungsunterlagen in den letzten Jahren stark standardisiert und gekürzt.

### **Aktuelles Vorgehen der Verwaltung:**

Bis zu einer endgültigen, rechtssicheren städtischen Regelung wird der Weg der individuellen Definition von Vertraulichkeits- und Vertrauenswürdigkeitsanforderungen in Abstimmung mit den Bedarfsträgern bzw. dem Amt für Informationsverarbeitung und der entsprechenden Berücksichtigung über die Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren sichergestellt.

Als mögliche Wege zur Standardisierung der Anforderungen an Vertraulichkeits- und Vertrauenswürdigkeitsanforderungen prüft die Verwaltung auch aktuell die Aufnahme von entsprechenden Kriterien in die AGB's der Stadt Köln oder in die häufig verwendeten Musterverträge des Bundes (EVB-IT).

gez. Dr. Klein