



Computerrecht

Dirk Heckmann

Rechtliche Grenzen (quasi-) verbindlicher Technologievorgaben

Der Übergang von interner Beratung und Koordination zur Standardsetzung durch Empfehlungen für die IT-Beschaffung der öffentlichen Hand

Einen Tag nach der Bundestagswahl, am 19.9.2005, veröffentlichte das Bundesministerium des Innern das Dokument „Standards und Architekturen für E-Government-Anwendungen“ (kurz SAGA) in der Version 2.1. Laut Pressemitteilung prüft SAGA „verbreitete Standards, Verfahren, Methoden und Produkte der modernen Informationstechnik und gibt klare Empfehlungen für deren Einsatz im E-Government-Bereich“. So sei es „das Ziel der SAGA-Standards, Interoperabilität, Wiederverwendbarkeit, Offenheit, Skalierbarkeit und Investitionssicherheit für E-Government-Anwendungen zu erreichen“. Obwohl die mit SAGA betraute Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung (KBSt) seit mehr als 35 Jahren existiert, war deren Tätigkeit – soweit ersichtlich – bislang kein Thema für eine (staats-)rechtliche Untersuchung. Dies obwohl von ihr eine erhebliche marktregulierende Wirkung ausgeht. Der Beitrag greift das Beispiel von SAGA auf, um grundlegend die dort verankerten behördlichen Technologievorgaben unter staatsorganisations- und grundrechtlichen sowie vergaberechtlichen Gesichtspunkten kritisch zu würdigen.

I. Effiziente Verwaltungstätigkeit in komplexen E-Government-Strukturen

Im Jahr 1 nach der (vermeintlichen) Erfüllung der inhaltlichen Ziele des Leitprogramms BundOnline¹ voran: Die der Sache vielleicht geschuldete dynamisch-diffuse IT-technische Entwicklung muss durch verstärkte Rechtskonformitätsüberlegungen eingeholt werden. Dies betrifft auch und gerade die Bedingungen und Mechanismen staatlicher IT-Beschaffung, denen folgendes Vorverständnis zum IT-Einsatz in der öffentlichen Verwaltung zu Grunde gelegt wird:

- ▷ Die Nutzung von IuK-Technologie in Verwaltungsbehörden ist eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung zur Modernisierung² der staatlichen (und kommunalen) Geschäftsprozesse.
- ▷ Verwaltungsmodernisierung setzt eine grundlegende, schonungslose, ideologiefreie und ergebnisoffene Evaluierung der Verwaltungsprozesse voraus. Prüfkriterien sind z.B. Effizienz im Allgemeinen, Wirtschaftlichkeit, Akzeptanz und Leitbildorientierung³ im Besonderen. In diesem Kontext ist unter Berücksichtigung neuester Erkenntnisse u.a. der Verwaltungs- und Sozialwissenschaften, der Rechts- und Wirtschaftsinformatik sowie des Verwaltungs- und IT-Rechts zu überlegen, welcher Verwaltungsvorgang sich technisch unterstützen bzw. ganz oder teilweise⁴ automatisieren lässt.
- ▷ Das globale Politikziel „E-Government“ assoziiert die Entstehung globaler, komplexer, d.h. behörden-, ressort- und politikübergreifender IT-Strukturen. Die damit notwendig verbundene „Erneuerungsleistung“ setzt neue Maßstäbe für die administrative Bewältigung einer Allokation und Distribution dienstbezogener Verwaltungsprodukte und -dienstlei-

▷ Prof. Dr. Dirk Heckmann, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sicherheits- und Internetrecht an der Universität Passau und Leiter der Forschungsstelle für Rechtsfragen der Hochschul- und Verwaltungsmodernisierung.

1 Zum (Rechts-) Begriff E-Government vgl. nur Büllesbach, DVBl. 2005, 605 ff.; Heckmann, K&R 2003, 425 (427).

2 Zu dem Begriffsverständnis der „Modernisierung“ in diesem Kontext vgl. Heckmann, Unverzichtbares E-Government, in Sachsenlandkurier 2003, S. 377.

3 Vgl. etwa zum Leitbild des interaktiven Dienstleistungsstaates Heckmann in FS Musielak, 2004, S. 207 (210 ff.).

4 Zum Gedanken einer „gemischten“ Verwaltung, dem Zusammenspiel von konventionellen und elektronischen Bausteinen eines Verwaltungsvorgangs („Blended Government“ – gedanklich angelehnt an Blended Learning) vgl. Heckmann, K&R 2003, 425 (427).

Rechtliche Grenzen (quasi-) verbindlicher Technologievorgaben

stungen. Die darin liegenden Herausforderungen können mit „Beschaffung und Beratung“ sowie „Interoperabilität und „Standardisierung“ bezeichnet werden.

1. Beschaffung und Beratung

So sinnvoll die Neustrukturierung („Reengineering“) behördlicher Geschäftsprozesse auch ist, sie erschöpft sich nicht in Gesetzesnovellen und Organisationsakten. Vielmehr geht sie einher mit einem erheblichen Bedarf an Hard- und Software sowie IT-Dienstleistungen. Diese Güter müssen beschafft werden (wobei der Beschaffungsprozess seinerseits auch Teil der Modernisierungsüberlegungen ist).⁵ IT-Beschaffung hat unterdessen nicht nur hohe Haushalts-, sondern auch Marktrelevanz.⁶ Solche (summa summarum) Milliardeninvestitionen müssen wohlüberlegt und zielführend sein, wahrscheinlich kann sich der unter Modernisierungsdruck und Sparzwang leidende Staat einen solchen Kraftakt nur einmal leisten.⁷ Beratung tut Not, sei es durch externen⁸ oder internen Sachverstand: zur Ermittlung der Handlungsziele und Umsetzungsstrategien, zur Vermeidung von Fehlinvestitionen und zur Bildung von Synergien einer (idealerweise) einheitlichen Verwaltung in einer heterogenen, gar diversifizierten technischen Umgebung.

2. Interoperabilität und „Standardisierung“

Ein ganz wesentlicher Punkt ist hierbei die Herstellung von Interoperabilität. Das hat einen simplen technologischen Hintergrund und eine tiefsinnigere verwaltungsorganisationsrechtliche Bedeutung. Technologisch gesehen setzt die Kommunikation in verteilten Netzen voraus, dass die IT-Teilsysteme genau jene Daten bzw. Informationen auszutauschen in der Lage sind, die benötigt werden, um gemeinsame oder zumindest teilsystemübergreifende Prozesse zu steuern. Nicht anders funktioniert die Organisation von Verwaltung als Netzwerk abhängiger Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse. Technische Systeme müssen insoweit interoperabel sein. Besonders dann, wenn sie menschliche Interaktion elektronisch abbilden, für deren (Rechts-) Verbindlichkeit die Rechtsordnung einen funktionsfähigen Handlungsrahmen bereitstellen soll.

Die solchermaßen geradezu zwingende Interoperabilität darf indessen nicht mit einer „Standardisierung“ verwechselt oder gleichgesetzt werden. Technische Standards sind – auf den vorliegenden Kontext bezogen – normierte Festlegungen, die es erlauben, dass Geräte, Programme oder Systeme unterschiedlicher Herkunft untereinander (etwa innerhalb eines Netzes) kommunizieren können. Damit ist Interoperabilität eine wesentliche Folge solcher (technologischer) Standardisierung. Umgekehrt ist Standardisierung jedoch keine (zwingende) Voraussetzung zur Herstellung von Interoperabilität: Nicht standardisierte Systemkomponenten (hier: Hardware und/oder Software) erlangen Interoperabilität durch Schaffung spezieller Schnittstellen, Datenkonvertierung oder ähnlicher Hilfsysteme.

In der Behörde sind deshalb mehrstufige Überlegungen erforderlich: Zunächst ist zu entscheiden, inwieweit überhaupt eine homogene E-Government-Umgebung erforderlich ist und welche Interaktion (etwa durch Datenaustausch mit Behörden oder Unternehmen, Webinterfaces für den Bürger, etc.) technisch verfügbar sein soll. Ferner ist zu untersuchen, wie eine notwendige Interoperabilität hergestellt werden kann. Erst dann kann sich die Behörde der Frage zuwenden, ob eine Standardi-

sierung von Systemkomponenten angestrebt werden soll. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jegliche Standardisierung die Produktvielfalt und damit ggf. die Entwicklungsoffenheit der IT-Lösungen einschränkt. Das gilt übrigens für jede Art von Standards, d.h. sowohl für sog. offene Standards als auch für herstellerspezifische (sog. de facto-) Standards.

3. Der Begriff „Offene Standards“

Wenn man sich dem Phänomen „Standardisierung“ unter einem rechtlichen Blickwinkel (hier: Staatsorganisationsrecht, Grundrechte, Vergaberecht) annähern will, muss – auch zur Vermeidung von Missverständnissen – klargestellt werden, welches Begriffsverständnis man zugrundelegt. Standard, offener Standard bzw. Standardisierung sind Begriffe, die mittlerweile sowohl in der technischen als auch in der ökonomischen, politischen und rechtlichen Fachsprache verwendet werden.

a) (Offener) Standard als neutraler Technologiebegriff

In einer gängigen, allgemein gehaltenen Definition bezeichnet man offene Standards als frei verfügbare Spezifikationen, die der Erledigung einer bestimmten (technischen) Aufgabe dienen.¹⁰ Welcher Art diese Spezifikation ist, ist damit genauso wenig ausgedrückt wie Ursache und Wirkung der „freien Verfügbarkeit“. Häufig findet sich eine Gegenüberstellung von herstellerspezifischem und offenem Standard.¹¹ Danach ist ein offener Standard, weil in der Regel von einem Standardisierungsgremium verabschiedet, herstellerunabhängig, d.h., unterschiedliche (z.B. Software-) Hersteller verwenden die allseits bekannte und zugängliche Spezifikation in ihren Produkten und tragen dadurch zur Verbreitung des durch sie charakterisierten (IT-) Systems bei. Daraus erklärt sich auch die nicht selten anzutreffende Gleichsetzung von offenem Standard (open standard) und Open Source, obwohl beides gerade nicht identisch ist.

b) Politische, ökonomische und rechtliche Implikationen einer „Standardisierung“

Der letztgenannte Umstand hat wiederum Einfluss auf die *politische Debatte*. Genauso wie die Forderung nach Open Source Software gerade im öffentlichen Sektor zum Teil vehement geführt wird,¹² erscheinen „offene Standards“ in der Politik als das Gebot der Stunde. Ohne dies immer mit der gebotenen Rationalität und Sachadäquatheit zu reflektieren, werden „offene Standards“ schon wegen ihrer (vermeintlichen¹³) Herstellerunab-

5 Hierzu Heckmann, Rechtsfragen der elektronischen Auftragsvergabe in Spindler/Wiebe, Internetauktionen und elektronische Marktplätze, 2. Aufl. 2005, Kap. 9.

6 Vgl. Heckmann, CR 2005, 711 ff.

7 Heckmann, Unverzichtbares E-Government, in Sachsenlandkurier 2003, S. 377.

8 Zur Rolle der Beratungsunternehmen bei der Planung und Durchführung von E-Government-Projekten s. z.B. <http://www.politik-digital.de/egovernment/bund/kaczorowski.shtml>.

9 Es geht vorliegend nur um technische Standards, die etwa von der im Reformprozess nicht minder wichtigen Standardisierung der Prozesse zu unterscheiden ist.

10 Vgl. http://www.kbst.bund.de/-179s0/Glossar.htm?link=kbs_zur_list-standardlink.stTitel==O.

11 http://download.cambridge-germany.com/pdf/studien/Open_Standards_und_Portale.pdf.

12 Etwa <http://www.pro-linux.de/news/2002/3883.html>.

13 Dass auch „offene“ Standards herstellerspezifische Bestandteile haben können, zeigt das Beispiel Java, vgl.: http://download.cambridge-germany.com/pdf/studien/Open_Standards_und_Portale.pdf.

Rechtliche Grenzen (quasi-) verbindlicher Technologievorgaben

hängigkeit als notwendig und sinnvoll angesehen und der Begriff in der politischen Sprache überaus positiv besetzt.

In ökonomischer Perspektive steht außer Frage, dass sich die Heterogenität von (IT-) Systemen nachteilig auf die Systemkosten auswirken kann. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass umgekehrt jegliche Standardisierung a priori zu einer wirtschaftlicheren Lösung führt (was im Kontext der vergaberechtlichen Anforderungen an die IT-Beschaffung gesehen werden müsste). Vielmehr hängt es doch im Einzelfall von der konkreten technischen Umgebung, den einzusetzenden Komponenten, dem jeweiligen Bedarf und der Änderungsdynamik ab, der das IT-System in diesem Fall unterliegt. Eine Vorfestlegung auf bestimmte Spezifikationen kann so auch negative Auswirkungen haben.

Rechtlich gesehen, wirft Standardisierung – auch und gerade weil „Standard“ kein Rechtsbegriff oder rechtlich fixierter Begriff ist¹⁴ – einige Fragen auf, die sich aus der Ausschlusswirkung ergeben, welche die Setzung von Standards hervorruft: Darf der Staat Unternehmen, die nicht standardkonform anbieten, schlechter behandeln, etwa von öffentlichen Ausschreibungen ausschließen oder durch eine offensive Standardisierungspolitik anderweitig diskriminieren? Überdies spielen rechtliche Aspekte eine zentrale Rolle, wenn es bei der Definition offener Standards um die freie Verfügbarkeit der Spezifikationen geht: Welche Instrumente stellt die Rechtsordnung zur Verfügung, um die Verwendung solcher Spezifikationen durch sämtliche Beteiligten zu gewährleisten? Will man nämlich „Open Standards“ nicht „Open Source“-Bedingungen (Offenlegung des Quellcodes, „freie“ Lizenzen) unterwerfen, bedarf es passender Lizenzstrukturen, um die über solche Standardisierung erwünschte Interoperabilität sicherzustellen.

c) Offene Standards und Patente: die sog. RAND-terms

Die in der Industrie allgemein anerkannten sog. „RAND-terms“ (reasonable and nondiscriminatory terms) bieten solche angemessenen und nicht-diskriminierenden (Lizenz-) Bestimmungen. Internationale Standardisierungsorganisationen wie ISO¹⁵ oder ETSI¹⁶ betrachten Standards, die auf einer patentgeschützten Technologie aufbauen, auch als „offene“ Standards (solange die betroffenen Patentinhaber ihre geschützten

Technologien unter RAND-Lizenzbestimmungen zur Verfügung stellen). Dadurch hat grundsätzlich jedermann die Möglichkeit, diese Technologien und damit auch den entsprechenden offenen Standard zu angemessenen Bedingungen zu verwenden. Was „angemessene“ Bedingungen genau beinhalten, lässt sich nicht generell definieren, sondern hängt vom Einzelfall ab.¹⁷ Es bedeutet aber in jedem Fall, dass ein Patentinhaber in einem gewissen Rahmen auch Lizenzgebühren für die Nutzung seiner Technologien verlangen darf. Der Einsatz von RAND-Lizenzbestimmungen stellt daher im Regelfall einen ausgewogenen Kompromiss dar, um einerseits die gewünschte Interoperabilität herzustellen, andererseits aber auch jene zu entlohnen, die ihre Technologien zur Schaffung von offenen Standards einsetzen.¹⁸

II. Zur rechtlichen Einordnung staatlicher Technologievorgaben

1. Das Beispiel einer Koordinierungs- und Beratungsstelle (KBSt)

Bund und Länder halten für den zweifellos bestehenden Beratungs-, und Koordinierungsbedarf auch passende behördliche Einrichtungen bereit. Im Freistaat Bayern ist dies etwa die sog. IuK-Leitstelle,¹⁹ auf Bundesebene die Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für die Informationstechnik in der Bundesverwaltung.²⁰ Die im Jahre 1968 eingerichtete, dem BMI nachgeordnete KBSt ist für die Bundesverwaltung für Querschnittsfragen der Informations- und Kommunikationstechnik zuständig; sie berät die Behörden ressortübergreifend und soll dazu beitragen, dass Informationstechnik ressourcenschonend und synergiebildend zum Einsatz kommt. Grundlage der gegenwärtigen Arbeit der KBSt sind die 1988 durch Kabinettsbeschluss eingeführten „Richtlinien für den Einsatz der IT in der Bundesverwaltung“ (IT-Richtlinien).²¹ Nach diesen Richtlinien ist die KBSt gem. § 17 Abs. 2 zuständig für: „1. Erarbeiten und Herausgeben von allgemeinen Empfehlungen, 2. Beraten der Bundesbehörden beim Einsatz der IT, 3. Stellungnahme zu den IT-Rahmenkonzepten der Bundesbehörden einschließlich Mittelansatz nach den Haushaltstechnischen Richtlinien des Bundes, 4. Stellungnahme zu IT-Vorhaben und -Beschaffungsplannungen, 5. Hinwirken auf die Anwendung internationaler, europäischer und nationaler Normen und Standards, insbesondere auf die Kommunikationsfähigkeit von IT-Einrichtungen innerhalb der Bundesverwaltung und nach außen (...)“. Dies alles geschieht unter Einbeziehung eines „Expertenkreises“,²² der an der Entwicklung von SAGA mitwirkt. Zu diesen „Experten“ gehören u.a. Industrievertreter, die durch ihre Arbeit in dem Expertenkreis an der Entwicklung von Normen mitwirken, die bei späteren Ausschreibungen für ihre eigenen Unternehmen maßgeblich sind. Die Mitglieder des Expertenkreises werden vom Bundesinnenministerium berufen; nach welchen Kriterien die Auswahl der „Experten“ erfolgt, bleibt unklar. Eine explizite Ermächtigung für die KBSt, IT-Standards zu setzen, ergibt sich aus den IT-Richtlinien nicht.

2. Technologievorgaben als interne Beratung („IT-Empfehlungen“)

Nichtsdestotrotz enthält das SAGA-Dokument IT-Standards als staatliche Technologievorgabe. Es beschreibt die empfohlenen technischen Rahmenbedingungen für die Entwicklung, Kommunikation und Interaktion von IT-Systemen der Bundesbehörden;²³ zu den (Rechts-)

14 Siehe etwa zur Rechtsnatur der DIN-Normen (die eben keine Rechtsnormen sind) BGH v. 6.6.1991 – I ZR 234/89, CR 1991, 672 = NJW-RR 1991, 1445 (1447); v. 10.3.1987 – VI ZR 144/86, MDR 1987, 832 = GRUR 1987, 468 (469).

15 International Organization for Standardization (<http://www.iso.org>).

16 European Telecommunications Standards Institute (<http://www.etsi.org>).

17 Für nähere Einzelheiten in Bezug auf RAND-Terms vgl. das White Paper „Open Standards Patent Policies and Open Source Software Implementations“ der Association for Competitive Technology, abrufbar unter <http://www.actonline.org/documents/041109%20ACT%20Whitepaper%20on%20OSS%20and%20Open%20Standards%20FINAL.pdf>.

18 Dieses Gleichgewicht wäre gestört, wenn nur noch Technologien als Grundlage für offene Standards akzeptiert würden, die auf „Open Source“-Technologien aufbauen, vgl. zu dieser Problematik Tsilas, Recently proposed definitions of „Open Standards“ could impede innovation, interoperability and government procurement options, in Les Nouvelles, September 2005, 105 ff.

19 <http://www.stmi.bayern.de/buerger/legov/iuik/>.

20 <http://www.kbst.bund.de>.

21 Abrufbar unter <http://www.kbst.bund.de/Anlage307851/IT-Richtlinien.pdf>.

22 Näheres unter <http://www.kbst.bund.de/SAGA/-177/Expertenkreis.htm>.

23 Vgl. die Formulierungen in der SAGA-Version 2.1 unter Gliederungspunkt 2.1 „Geltungsbereich und Verbindlichkeit von SAGA“, abrufbar unter http://www.kbst.bund.de/download/SAGA_2_1.pdf.

Rechtliche Grenzen (quasi-) verbindlicher Technologievorgaben

Folgen dieser „IT-Empfehlung“ äußert es sich indes nicht widerspruchsfrei: Einerseits sollen die SAGA-Standards „grundsätzlich verbindlich für alle Prozesse und Systeme, die E-Government-Dienstleistungen des Bundes erbringen“, sein. Andererseits heißt es auch, dass die Bundesminister die Verbindlichkeit von SAGA in ihren Geschäftsbereichen regeln. Es scheint also, als hätten die von SAGA betroffenen Bundesbehörden doch das „letzte Wort“ bei der Übernahme der IT-Standards.²⁴ Dann allerdings verwundert es, dass Abweichungen von SAGA zu begründen sind und die KBSt sehr wohl Einfluss auf die IT-Beschaffung nimmt.

3. Technologievorgaben als indirekte Weisung an nachgeordnete Behörden

Rechtsdogmatisch lässt sich dieser Widerspruch im Umgang mit IT-Empfehlungen nur dahingehend auflösen, dass man solche Technologievorgaben als „indirekte Weisung“ begreift. Es liegt im Selbstverständnis des SAGA-Dokuments, dessen Inhalte mit einer widerlegbaren Richtigkeitsvermutung zu versehen. Das erklärt einerseits die Verbindlichkeit der Standards, andererseits den Ministervorbehalt. Man kann solche Technologievorgaben als „quasi-verbindlich“ bezeichnen, weil die Widerlegung der „Richtigkeit“ kaum gelingen kann: In derart komplexen, wechselbezüglichen Technologiestrukturen kann ein einzelner Geschäftsbereich nur ausscheren, wenn er überzeugende Alternativen bereitstellt. Hätte er diese parat, bedurfte es der KBSt und ihrer aufwendigen Prozesse kaum. Bei hochspezialisierten Gegenständen avanciert der Berater zum Entscheider (wenn nicht für das „Ob“, so doch für das „Wie“).

4. Normative Kraft faktischer Technologievorgaben? Die „Beschaffungskette“

Man kann diese Rechtswirkung quasi-verbindlicher Technologievorgaben als normative Kraft des Faktischen begreifen. Eine koordinierte IT-Beschaffung in der (Bundes-) Verwaltung schafft Sachzwänge, die auch vermeintlich unverbindlichen IT-Empfehlungen eine höhere Befolgungswahrscheinlichkeit verleihen. Staatliche IT-Empfehlungen bewirken (zumindest mittelfristig) de-facto-Standards (mit erheblichen marktregulierenden Tendenzen, wie unten III. 3 ausgeführt wird).

Solche Technologievorgaben steuern die Beschaffungsvorgänge top down über den Software- und Hardwareinsatz. Selbst wenn keine direkten Vorgaben für die Beschaffungsvorgänge selbst vorhanden sind, so wird im Regelfall das Equipment beschafft werden, das die erforderlichen Technologiestandards erfüllt. Und die indirekte Wirkung solcher Vorgaben reicht über ihren eigentlichen Adressatenkreis hinaus. Auch nachgeordnete Behörden werden bei der IT-Beschaffung auf solche Anwendungen bauen, mit denen die Standards, denen man selbst folgt, auch umgesetzt werden können. Auf diese Weise entstehen „Beschaffungsketten“: So bildet sich bei Beschaffungsprozessen zunehmend ein behördenübergreifendes Anforderungsportfolio heraus, das dazu führen kann, bei Ausschreibungen einheitlich nur noch Anwendungen zu akzeptieren, deren Konformität mit bestimmten Standards abgesichert ist.²⁵

Dieser Befund lässt sich auch an Hand der SAGA-Standards illustrieren, soweit es etwa um die Interoperabilität des Datenaustauschs zwischen Bundes-, Landes- und kommunalen Behörden geht. So streben z.B. das Land Brandenburg und seine Kommunen inzwischen die ein-

heitliche Verwendung der SAGA-Standards an.²⁶ Unverblümt fordert gar der Vertrag zur Bildung einer „großen Koalition“ vom 11.11.2005 (Koalitionsvertrag S. 184) eine bundesweite „IT-Standardisierung“ der Finanzverwaltung (§ 20 FVG: „Das Bundesministerium der Finanzen kann, wenn nicht die Mehrheit der Länder dagegen Einwendungen erhoben hat, zur Verbesserung oder Erleichterung des Vollzugs der Steuergesetze den bundeseinheitlichen Einsatz eines bestimmten Programms anweisen. In diesem Fall sind die Länder verpflichtet, die dafür erforderlichen Einsatzvoraussetzungen zu schaffen.“

5. Insbesondere: Die sog. Vergabeorent-scheidung (zur Vorwirkung des Vergaberechts)

Rechtliche Konsequenzen haben die (unter 4.) skizzierten Prozesse in besonderer Weise im Bereich des Vergaberechts. Nach den geltenden vergaberechtlichen Vorschriften darf es nicht zu einer Vorab-Festlegung auf bestimmte Leistungen kommen. Dieser Grundsatz gilt auch in Bezug auf Entscheidungen, die dem eigentlichen Vergabeverfahren vorausgehen (sog. Vergabeorent-scheidungen).²⁷ So wäre es aber im Hinblick auf die Vorgabe von Technologiestandards. Selbst wenn diese nicht normativ verbindlich sein sollten, ginge von ihnen in vielen Fällen (wie oben aufgezeigt) doch ein starker faktischer Zwang aus, der die Freiheit der zuständigen Vergabestellen einschränkt. In einem solchen Fall müssen sich vorgegebene Standards selbst an den zwingenden vergaberechtlichen Vorgaben messen lassen.²⁸ Die Vorab-Festlegung auf bestimmte Leistungen kann gegen § 8 Nr. 3 VOL/A verstoßen.²⁹

III. Technologiemarktorientierte Standardisierung als Grundrechtseingriff

Nicht anders als bei sonstigem markt- und wettbewerbsrelevanten Handeln des Staates unterliegen auch die Bemühungen der öffentlichen Hand um eine technologie-marktorientierte Standardisierung der IT-Beschaffung grundsätzlich der Grundrechtsbindung des Grundgesetzes.

24 Entgegen dem äußeren Anschein, den Formulierungen im SAGA-Dokument und Wahrnehmungen in der Praxis soll es nach Angaben des IT-Direktors im BMI Schallbruch gar keine SAGA-Standards geben, vgl. eGovernment-Computing Ausgabe 12/05, S. 6: „Die pauschale Forderung nach SAGA-Konformität in Ausschreibungen beruhe auf einem Missverständnis. SAGA selbst sei kein Standard, sondern ein Baukasten, aus dem in der jeweiligen Ausschreibungssituation eine Auswahl zu treffen sei.“ Mit dieser Aussage ist indessen noch nicht geklärt, ob sich in dem Baukasten nicht doch IT-Standards befinden, die der IT-Beschaffung in der Bundesverwaltung zugrundegelegt werden.

25 Vgl. hierzu die Stellungnahme des Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) vom 15.8.2005, in der darauf hingewiesen wird, dass im Rahmen von Ausschreibungen zunehmend pauschal die „SAGA-Konformität“ von Produkten und Dienstleistungen gefordert wird, abrufbar unter http://www.bitkom.org/files/documents/StN_SAGA-Konformitaet_bei_Oeffentlichen_Ausschreibungen_15.8.2005_fin.pdf.

26 Vgl. § 5 Abs. 4 der Vereinbarung „eBürgerdienste für Brandenburg“ zwischen dem Land Brandenburg, dem Landkreistag Brandenburg und dem Städte- und Gemeindebund Brandenburg, abrufbar unter http://www.msvv.brandenburg.de/sixcms/media.php/lbm1.a.1058.de/2005_0131_ebuergerdienste_rahmenvereinb.pdf.

27 Zur Problematik einer Vergabeorent-scheidung im Hinblick auf Open Source Software vgl. Heckmann, CR 2004, 450 ff.

28 Vgl. zu den vergaberechtlichen Voraussetzungen grundlegend: Schimaneck, K&R 2004, 269 (270 ff.).

29 Heckmann, CR 2004, 450 (456).

Rechtliche Grenzen (quasi-) verbindlicher Technologievorgaben

1. Technologievorgaben zwischen Beschaffungsadministration und Marktregulierung

Standardisierende Technologievorgaben haben als System- oder Produktentscheidung des „Endverbrauchers Staat“ zunächst die Aufgabe den staatlichen Bedarf zu lenken und im Sinne einer zielorientierten Aufgabenerfüllung mit Blick auf Effektivität, Effizienz und Interoperabilität, aber auch Nachhaltigkeit zu determinieren. Dabei handelt es sich unter grundrechtsdogmatischen Gesichtspunkten zwar nicht um einen zielbestimmten, unmittelbar wirkenden grundrechtsrelevanten Eingriff in den Wettbewerb i.S.d. Art. 12 GG.³⁰ Grundrechtsschutz geht jedoch über die Grenzen des unmittelbaren Eingriffs hinaus.

a) Mittelbarer Grundrechtseingriff

Ein Grundrechtseingriff ist auch bei mittelbaren Einwirkungen auf den Schutzbereich des Grundrechts zu bejahen, wenn der Schutzbereich „schwer und unerträglich“ oder „willkürlich und unzumutbar“ beeinträchtigt und insoweit die Maßnahme in ihren Auswirkungen im Wege einer Gesamtbetrachtung von Unmittelbarkeit (Länge der Kausalkette), Finalität (Zielrichtung der Maßnahme) und Intensität (Abgrenzung zum allgemeinen Lebensrisiko) mit den Wirkungen eines unmittelbaren Eingriffs vergleichbar ist.³¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind im Rahmen des Art. 12 GG auch solche Maßnahmen als Eingriff zu werten, die dem Staat zurechenbar sind,³² in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufes stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen.³³ Solange der öffentliche Auftraggeber nur ein Nachfrager unter vielen ist, fehlt es den technologiemarktorientierten Standards an der geforderten „objektiven berufsregelnden Tendenz“, da die Betätigungsmöglichkeit der Marktteilnehmer am Markt insoweit nicht vom Staat abhängig ist.³⁴ Anders ist dies aber dann, wenn der Staat auf dem relevanten Markt einen derart großen Einfluss ausübt, dass die Marktteilnehmer unmittelbar oder mittelbar auf das staatliche Marktverhalten angewiesen sind, mithin – wenn man eine Anlehnung an die Äquivalenztheorie gebrauchen möchte – der Staat nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass sich der Markt relevant und erheblich verändern würde.³⁵ Erforderlich ist in diesem Sinne eine spürbare Verschlechterung der Wettbewerbssitua-

tion.³⁶ Flankierend gewährleistet Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichbehandlung der (potentiellen) Marktteilnehmer i.S.d. Einräumung effektiver Chancengleichheit in allen Stadien des Beschaffungsprozesses.³⁷ Die staatlichem Einfluss unterliegenden tatsächlichen Voraussetzungen für die Beteiligung am Wettbewerb müssen grundsätzlich für alle Betroffenen gleich sein. In diesem Sinne darf auch von den Standards keine Ungleichbehandlung der (potentiellen) Marktteilnehmer ausgehen, soweit diese nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.³⁸ Die durch die Technologievorgaben erzwungene Differenzierung zwischen den Anbietern muss den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügen. Das ist im vorliegenden Kontext der „SAGA-Standards“ fraglich.

b) Auswirkungen auf Verwaltung und Markt

Standardisierende Technologievorgaben sind Teil der Beschaffungsadministration des Staates. Sie präjudizieren das Beschaffungswesen der öffentlichen Hand, d.h. die Entscheidungen der Vergabestellen im Vergabeverfahren, und unterliegen daher der gleichen, insoweit „antizipierten“, Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand. Doch gehen sie in ihrer Funktion weit darüber hinaus, indem sie der Steuerung der staatlichen Beschaffungsmaßnahmen zur Gewährleistung eines standardisierten und damit weitestgehend interoperablen IT-Systems der öffentlichen Verwaltung dienen. Abseits der Problematik eines verfassungsrechtlich jedenfalls ausgeschlossenen Markteingriffs durch eine monopolartige oder marktbeherrschende Stellung kann der Staat durch seine Marktteilnahme mittelbar die Bedingungen für die privaten Teilnehmer auf dem IT-Markt verändern und so in grundrechtsbeeinträchtigender Weise an der Strukturierung der privaten Angebotseite mitwirken. Es kommt insoweit nicht nur darauf an, ob der Staat bestimmte Teilnehmer von seinen (öffentlichen) Aufträgen ausschließt, sondern auch darauf, dass der Staat durch die (an sich für den privaten Markt neutralen) Technologievorgaben Marktteilnehmer zugleich mittelbar von der Beteiligung am übrigen IT-Markt ausschließen und dadurch einzelne Betriebe oder gar ganze Produktionszweige in ihrer Existenz gefährden kann.³⁹ Der entscheidende Faktor der staatlichen Marktverzerrung durch technologiemarktorientierte Standardisierung liegt danach in deren mittelbaren Auswirkungen auf den Gesamtmarkt: Die Produkt- und Systementscheidungen der öffentlichen Verwaltung und die damit verbundene Dokumentation der Akzeptanz und Zustimmung macht diese Produkte zu Referenzobjekten auch für die Produkt- und Systementscheidung anderer Nachfrager.⁴⁰ Darüber hinaus führt die vom Verbreitungsgrad abhängige Attraktivität eines Produkts auf dem Markt (sog. Netzeffekt) gerade vor dem Hintergrund des Umfangs der – insoweit gebundenen – Beschaffungsaufträge der öffentlichen Hand und den daraus resultierenden Interoperabilitätsnotwendigkeiten zu einer Verengung des Marktes auf ein bzw. einige wenige Produkte.⁴¹ Die Unternehmen werden „gezwungen“ im Interesse der Anpassung an die vorherrschende Systemtechnologie auf „den Zug aufzuspringen“ und sich zumindest hinsichtlich der Kompatibilität dem vorherrschenden Produkt/System anzupassen (sog. Winner-takes-it-all-markets⁴²). Standards begründen damit eine faktische Ausschlusswirkung für jeden – nicht den gewünschten Vorgaben entsprechenden und damit in gewisser Weise „bemakelten“ – Marktteilnehmer. In diesem Sinne stellt jede regulative Beeinträchtigung des Marktgefüges im oben genannten Sinne eine Umverteilung der durch die Bedin-

30 Zum Begriff des unmittelbaren Grundrechtseingriffs vgl. näher: *Huber*, JZ 2000, 877 (878 f.).

31 BVerfGE 32, 173 (179); *Huber*, JZ 2000, 877 (879); *Ramsauer*, VerwArch 1981, 89 (96).

32 BVerfG v. 16.12.1983 – 2 BvR 1160/83, 2 BvR 1565/83, 2 BvR 1714/83, BVerfGE 66, 39 (60); *Starck* in: v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 1 Abs. 3 GG Rz. 265.

33 BVerfGE 13, 181 (186).

34 *Huber*, JZ 2000, 877 (879).

35 Vgl. dazu sogleich unter 3.

36 *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein, GG, Art. 12 GG Rz. 99.

37 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 319.

38 BVerfG v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79, 1 BvL 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88) = MDR 1981, 290; v. 8.10.1996 – 1 BvL 15/91, BVerfGE 95, 39 (45); *Pietzcker*, NZBau 2003, 242 (248); *Stein* in: AK/GG, Art. 3 Abs. 1 GG Rz. 74.

39 Ein Grundrechtseingriff im Sinne einer erheblichen Marktverzerrung des Staates ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern die erfolgreiche Teilnahme am Wettbewerb subjektiv gänzlich unmöglich gemacht wird: BVerfG v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306 (2307); *Pietzcker*, NZBau 2003, 242 (244).

40 *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 (1261).

41 *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 (1261).

42 *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 (1262).

Rechtliche Grenzen (quasi-) verbindlicher Technologievorgaben

gungen des Marktes geschaffenen Erwerbchancen und insoweit einen mittelbaren Eingriff dar.⁴³ Je größer der Einfluss des Staates auf den Markt ist, desto höher sind die Anforderungen an die grundrechtliche Rechtfertigung staatlicher Marktbeeinflussung.

2. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Berührt eine technologiemarktorientierte Standardisierung somit die Grundrechtsschutzbereiche von Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, so ergibt sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung und Verankerung. Eine ausreichende verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeitstheorie⁴⁴ eben nur dann gewährleistet, wenn der Gesetzgeber den notwendigen Ausgleich der beteiligten Interessen und die damit verbundene Abwägungsentscheidungen zur Sicherung der Wettbewerbsgleichheit selbst trifft und insoweit die Steuerungsverantwortung – auch unter den Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation und der politischen und gesellschaftlichen Akzeptanz – durch ein gesetzliche Regelung übernimmt.⁴⁵ In diesem Sinne muss die wachsende Verflechtung und die (auch inhaltliche) Abhängigkeit der sachlichen Aufgabenerfüllung des Staates von der eingebundenen IuK-Technologie berücksichtigt werden. Schließlich handelt es sich bei den Standards zunächst um Grundentscheidungen, die unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit und Kontinuität die IT-Beschaffung der öffentlichen Hand determinieren. Nur das Paragrafen-Gesetz ist geeignet, die notwendige – auch politische – Kontinuität zu vermitteln und zugleich den verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsbedarf von grundrechtlicher Seite zu befriedigen.⁴⁶ Zum gegenwärtigen Zeitpunkt genügen die Technologievorgaben (SAGA-Standards) der KBSt als „staatliche Standardisierungsstelle“ in ihrer rechtlichen Ausgestaltung diesen Anforderungen nicht⁴⁷ und sind daher nicht geeignet, die verfassungsrechtlichen und insbesondere grundrechtlichen Bedenken zu zerstreuen. Zwar unterliegt die Tätigkeit der KBSt, soweit sie ausschließlich als Koordinierungs- und Beratungsstelle für IT-Fragen in Erscheinung tritt, nicht einem Gesetzesvorbehalt. Anders ist dies jedoch dann zu beurteilen, wenn die KBSt – wie im Falle von SAGA – als Standardisierungsbehörde aktiv wird. Hier bedürfte es nach der Wesentlichkeitstheorie einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche ist jedoch nicht vorhanden. Die entsprechende Tätigkeit der KBSt ist lediglich in den „Richtlinien für den Einsatz der IT in der Bundesverwaltung“ vom 18.8.1988, mithin einer bloßen Verwaltungsvorschrift, niedergelegt. Dies genügt nicht.

3. Kriterien für die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Die verfassungs- und grundrechtskonforme Standardisierung der IT-Beschaffung erfordert demnach eine gesetzliche Regelung der Technologievorgaben, welche das Spannungsverhältnis zwischen der gewünschten – aber faktisch marktregulierenden – Lenkungswirkung der Standardisierungseffekte auf der einen Seite und der grundrechtsrelevanten Determinierung der Wettbewerbsbedingungen auf dem IT-Markt auf der anderen Seite einem angemessenen Ausgleich am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips zuführt.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund müssen die technologiemarktorientierten Standards zum Schutz des Wettbewerbs vor zu engen, auf bestimmte Produkte oder Bieter zugeschnittenen Vorgaben eine angemessene Abstraktionshöhe besit-

zen.⁴⁹ Diese sind daher – entsprechend den Grundsätzen zu den Leistungsbeschreibungen im Vergaberecht – produktneutral, d.h. hersteller-, lieferanten- und vertriebsneutral zu halten.⁵⁰

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn für bestimmte Technologievorgaben ein sachlich begründeter Bedarf besteht, der nur und gerade durch die vorgenommenen Spezifikationen zu erfüllen ist.⁵¹ Sachliche Gründe sind vor allem solche Argumente, die mit Nutzbarkeit und Wirtschaftlichkeit der Produkte in engem Zusammenhang stehen.⁵² Dazu zählen insbesondere die Interoperabilität der IT-Produkte, die gesteigerten Anforderungen des elektronischen Verwaltungsverfahrens an die IT-Sicherheit, die übergreifenden Anpassungs- und Wartungsmöglichkeiten, sowie die Nachhaltigkeit der Produkt- und Systemscheidungen für die öffentliche Verwaltung. Keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund bildet hingegen die oft anzutreffende Forderung nach „Herstellerunabhängigkeit“: Die notwendige Interoperabilität behördlicher IT-Systeme ist funktional zu ermitteln und steht im Kontext der vorhandenen und zu gestaltenden IT-Umgebung. Eine Standardisierung unter gezielter Ausklammerung herstellenspezifischer IT-Lösungen missachtet diesen Kontext und bedient eher ein (industriepolitisch motiviertes) Dogma, als dass dadurch ein nachweislicher konkreter IT-Bedarf befriedigt wird. Darauf abzielende gesetzliche Technologievorgaben wären unverhältnismäßig.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

In komplexen E-Government-Strukturen ist Interoperabilität der Systemkomponenten eine wesentliche Voraussetzung für eine effiziente und rechtskonforme Behördenkommunikation. Um die IT-Beschaffung und den IT-Einsatz der Bundesverwaltung in diesem Sinne zu unterstützen, wurde schon früh eine *Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung* (KBSt) durch Kabinettsbeschluss eingerichtet. Die im Zuständigkeitsbereich des Bundesministers des Innern operierende Behörde handelt ohne explizite gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Dies ist unschädlich, soweit sich die KBSt auf ihre in den sog. IT-Richtlinien benannten Aufgaben der internen Beratung und Koordination beschränkt. Unterdessen hat sich die KBSt über einen Katalog „verbindlicher Empfehlungen“ (SAGA) aber zur „Standardisierungsstelle“ des Bundes etabliert und bewegt sich damit außerhalb der IT-Richtlinien. Diese eröffnen nur die Aufgabe der Anwendung, nicht des Setzens von Standards (was den in der IT-Wirtschaft herausgebildeten – nationalen und internationalen – Standardisierungsorganisationen und -mechanismen vorbehalten ist).

- 43 Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 401.
 44 Nach herrschender Meinung gilt die Wesentlichkeitstheorie auch für Organisationsentscheidungen des Staates (institutioneller Gesetzesvorbehalt), wenn diese einen „wesentlichen“ Einfluss auf Markt und Wettbewerb nehmen, vgl. etwa Hellermann, NZG 2000, 1097 (1101).
 45 Es ist zu beachten, dass eine hinreichend detaillierte Delegation der Regelungsbefugnis an die Verwaltung am Maßstab der Praxisnähe und des Sachbezuges unter Berücksichtigung der Grundrechtsrelevanz des Regelungsbereiches möglich ist, Hellermann, NZG 2000, 1097 (1102).
 46 Schmidt, NVwZ 1984, 545 (549).
 47 Vgl. zur Rechtsform der „Standards“ bereits oben II.
 48 Vgl. zur parallelen Problematik im Vergaberecht bereits: Heckmann, CR 2004, 401 (403).
 49 Weyand, Praxiskommentar Vergaberecht, VOL/A § 8 Rz. 5283.
 50 Vgl. zur parallelen Problematik im Vergaberecht bereits: Heckmann, CR 2004, 401 (403).
 51 Vgl. zum parallelen Ansatz in Vergaberecht § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A und Müller/Gerlach, CR 2005, 87 f.
 52 Müller/Gerlach, CR 2005, 87 (91).

Themenfelder einer umfassenden Regelung der Abnahme

Die Standardisierung durch SAGA gerät überdies in Konflikt mit Verfassungs- und Vergaberecht: Die hierin verankerten IT-Standards haben eine erhebliche marktregulierende Wirkung, indem sie all jene IT-Produkte und Dienstleistungen vom Beschaffungsmarkt der öffentlichen Hand abkoppeln, die sich als nicht „standardkonform“ erweisen. Damit wird die unter Bedarfswzwecken notwendige Interoperabilität ohne Not durch einen Standardisierungsprozess gesteuert, der überdies mangels kohärenter Delegations- und Entscheidungsstrukturen intransparent bleibt. Der damit einhergehende faktische Grundrechtseingriff zu Lasten der verdrängten Marktteilnehmer bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Diese scheitert bereits am Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für marktorientierte Technologievorgaben behördlicher Standardisierungsstellen.

Es empfiehlt sich vor diesem Hintergrund dringend, den Entscheidungsprozess der KBSt neu zu ordnen: weg von

einer quasi-verbindlichen Vergabevorentscheidung zugunsten einzelner IT-Lösungen, hin zu einer hochspezialisierten IT-Beratung für die Bundesverwaltung unter (neutraler) Offenlegung der Alternativen für ein funktionierendes E-Government. Dies ginge bei Vermeidung quasi-verbindlicher Technologievorgaben auch ohne ermächtigendes Gesetz. Den politischen Wunsch nach einer vereinfachenden und marktsondierenden Standardisierungsstelle kann hingegen nur der Gesetzgeber erfüllen, wobei ein „Standardisierungsgesetz“ zahlreichen Bindungen mit Blick auf Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen würde. Im Übrigen müsste der Gesetzgeber darlegen, warum die erfolgreichen Standardisierungsbemühungen in Industrie und Wirtschaft für den IT-Einsatz im öffentlichen Sektor nicht ausreichen und Interoperabilitätstests, wie sie z.B. das Fraunhofer FOKUS E-Government Labor in Berlin durchführt, nicht wirkungsvoller als staatliche Technologievorgaben sind.

Michael Bartsch

Themenfelder einer umfassenden Regelung der Abnahme

Ein Überblick zu den möglichen Regelungsgegenständen einer Abnahmeklausel

Die Abnahme wird ein wichtiger Punkt in jedem Projekt bleiben, ist also im Projektvertrag mit Sorgfalt zu regeln. Der Beitrag will die Module einer Abnahmeregelung so umfassend wie möglich zusammenstellen, auch wenn Vollständigkeit letztlich nie zu erreichen ist. Der Beitrag versteht sich auch als Anregung, andere Regelungsfelder (beispielsweise Vergütungsregeln, Leistungsänderungen und -ergänzungen, Leistungsstörungen) in einem solchen Format abzubilden.

I. Die Regelung der Abnahme

Die Abnahme zum Abschluss von Projekten bleibt üblich, auch wenn darüber gestritten wird, ob wegen § 651 BGB für Projektverträge nun Kaufrecht gilt. Die Abnahme ist auch für beide Vertragspartner zweckmäßig, nicht nur für den Auftraggeber. Auch der Auftragnehmer will wissen, ob die Arbeit grundsätzlich akzeptiert wird; sein Schadensersatzrisiko kann durch eine Inbetriebnahme des Systems, die verfrüht ist und deshalb abgebrochen werden muss, deutlich steigen.

1. Notwendigkeit der Abnahme

Schon weil wegen des Problems des § 651 BGB unklar ist, ob überhaupt eine Abnahme stattzufinden hat, muss sie vertraglich geregelt werden. Sie ist im Lauf der Kooperation zwischen den Projektpartnern ein ähnlich wichtiger Punkt wie der Vertragsabschluss.

Gliedert man den Gesamtbereich eines Projektvertrages in die vier Körbe Leistung, Vergütung, Organisationsregeln,

Rechtsklauseln,¹ so ist die Abnahme bei den Organisationsregeln einzustufen. Das Regelwerk muss folglich so gestaltet und formuliert sein, dass es denjenigen, die den Vorgang durchzuführen haben, als Handbuch dient. Gute Verträge gehören gerade nicht in die Schublade, sondern haben den Anspruch, im Vertragsleben hilfreich zu sein.

2. Phasen der Abnahme

Der Gesamtvorgang der Abnahme wird hier in drei Phasen gegliedert:

- (A.) Bereitstellung durch den Auftragnehmer (AN).
- (B.) Test durch den Auftraggeber (AG).
- (C.) Erklärung der Abnahme.

Dies folgt aus dem technischen Vorgang selbst und wird auch in der Fachliteratur zur Erstellung von Software so beschrieben.²

3. Abnahme durch Erklärung oder durch Fiktion?

Softwarehäuser verwenden gern Klauseln, durch welche die Abnahme fingiert oder an konkludentes Verhalten des AG geknüpft wird. Sie wollen damit rasch über die Klippe der Abnahme kommen und auch verhindern, dass der AG das Werk beiseite legt und nicht zügig die Abnahmeprüfungen durchführt. Die Verlängerung der Abnahmeprüfung ist für das Softwarehaus teuer, denn die Arbeitsgruppe muss weiter vorgehalten werden.

AG haben umgekehrt das Interesse, nicht ohne gründliche Prüfung abzunehmen.

Die gesetzliche Lage ist für den AN unzureichend. Die Abnahmefiktion nach Fristsetzung (§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB) ist wenig hilfreich, weil die Fiktion nur gilt, wenn das Werk abnahmereif ist, ein Streit, der dann in das Gerichtsverfahren getragen wird. Die Klage des AN auf Abnahme gibt dem AG viel Zeit, doch noch Fehler zu fin-

▷ Prof. Dr. Michael Bartsch ist Rechtsanwalt in Karlsruhe und lehrt an der Universität Karlsruhe und der Hochschule für Gestaltung Karlsruhe (<http://www.bartsch-partner.de/mb>).

1 Vgl. Bartsch, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2003, III.H.4 Anm. 4 (vgl. Heussen, CR 2003, 548); Informatik Spektrum 2003, S. 3 ff. – <http://www.bartsch-partner.de/qualitaetssicherung>.

2 Vgl. Siedersleben, Softwaretechnik, 2. Aufl. 2003, S. 299.