

Öffentliche **Beschlussvorlage**

Vorlagen-Nr.:	<b>V/0698/2016</b>
Auskunft erteilt:	Herr Niemeyer
Ruf:	492 30 00
E-Mail:	Niemeyer@stadt-muenster.de
Datum:	16.08.2016

Betrifft

Antrag der Ratsgruppe ÖDP-Piraten an den Rat Nr. A-R 0063/2015:  
"Münster braucht eine No-Spy-Klausel"

Beratungsfolge

28.09.2016 Haupt- und Finanzausschuss

Entscheidung

**Beschlussvorschlag:**

- I. Sachentscheidung:

Der Rat der Stadt Münster nimmt zur Kenntnis:

1. Eine allgemeine No-Spy-Klausel als Eignungsanforderung an die Bieter bei allen Vergaben der Stadt Münster ist nach dem jetzigen Stand der Rechtsprechung wegen ihrer diskriminierenden Wirkung für ausländische Unternehmen unzulässig.
2. Für besonders sicherheitsrelevante Vergaben kann die Stadt Münster nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung im Einzelfall eine No-Spy-Klausel als Ausführungsbestimmung verlangen, sofern sie diskriminierungsfrei ausgestaltet wird.
3. Der Antrag an den Rat ist damit erledigt.

**Begründung:**

Erklärtes Ziel des Ratsantrags A-R/0063/2015 ist es zu verhindern, dass Auftragnehmer der Stadt Münster geschützte personenbezogene Daten oder Betriebsgeheimnisse an unbefugte Dritte weiterleiten. Durch Verpflichtungserklärungen der Bieter und durch Klauseln in den Aufträgen soll die Stadtverwaltung sicherstellen, dass solche Daten nicht in die Hände ausländischer Geheimdienste gelangen. Der Rat hat den Antrag am 11.11.2015 zur Entscheidung an den Hauptausschuss verwiesen.

Das Bundesministerium des Inneren hatte am 30.04.2014 im so genannten „No-Spy-Erlass“ sein Beschaffungsamt angewiesen, bei sicherheitsrelevanten Vergaben im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung eine schriftliche Erklärung der Bieter zu verlangen, dass sie rechtlich und tatsächlich in der Lage

sind, im Falle eines Zuschlags die vertragliche Verpflichtung einzuhalten, alle erlangten vertraulichen Informationen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ihrerseits vertraulich zu behandeln. Insbesondere sollten die Bieter erklären, dass sie nicht zur Offenlegung solcher vertraulichen Daten gegenüber ausländischen Sicherheitsbehörden verpflichtet seien. Der „No-Spy-Erlass“ sah zudem vor, dass die Eigenerklärung durch eine korrespondierende Vertragsklausel flankiert wird, welche die Verpflichtung des Auftragnehmers enthält, den Auftraggeber sofort zu informieren, wenn er die Zusage nicht mehr einhalten kann.

Mit Beschluss vom 24.06.2014 hat die Zweite Vergabekammer beim Bundeskartellamt die No-Spy-Erklärung zumindest in ihrer Funktion als Eignungsnachweis für unzulässig und damit vergaberechtswidrig erklärt. Man könne von ausländischen Bietern nicht verlangen, dass sie sich gesetzlichen Vorgaben der jeweiligen Rechtsordnungen widersetzen, denen sie unterworfen seien. Nach dieser Entscheidung der Vergabekammer des Bundes hat das Bundesinnenministerium unter dem 19.08.2014 eine konkretisierende Handreichung veröffentlicht.

In einem Vergabeverfahren des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik zur Beschaffung von Virenschutzsoftware hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (welches auch für die Prüfung eines europaweiten Vergabeverfahrens der Stadt Münster zuständig wäre) mit Urteil vom 21.10.2015 die Zuschlagerteilung untersagt und das Verfahren an die Vergabestelle zurückverwiesen.

In seiner Urteilsbegründung nahm das Gericht erstmals zu den No-Spy-Klauseln Stellung. Es bestätigte insoweit die Ansicht der Vergabekammer des Bundes, No-Spy-Klauseln seien als generelle Eignungsanforderung unzulässig, aber als besondere Anforderungen an die Auftragsausführung im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB (alter Fassung; neue Fassung seit April 2016: § 128 Abs. 2 GWB), in bestimmten Fällen möglich. Eine solche Klausel sei dann zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber sie auf einen aner kennenswerten und durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigten sachlichen Grund, wie den Schutz sensibler für den Schutz des Staates relevanter Daten stütze und wenn alle interessierten Unternehmen unabhängig von Ihrem Sitz diskriminierungsfrei mit derselben Anforderung belegt würden. Der öffentliche Auftraggeber sei nicht verpflichtet, Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass sie – auch unter den Bedingungen, denen sie nach jeweils nationalem Recht unterliegen, zum Unternehmens- und Geschäftskonzept jedes potentiellen Bieters passten.

Eine generelle No-Spy-Klausel für alle Vergaben der Stadt wäre danach rechtswidrig. Vielmehr muss im jeweiligen Einzelfall geprüft werden, ob der Auftragsgegenstand besondere Anforderungen an die Datensicherheit rechtfertigt, etwa für den Schutz relevanter sensibler Daten des Staates oder seiner Untergliederungen, zu denen auch Kommunalverwaltungen gehören. Dies könnte insbesondere für Beschaffungen von Software und Hardware auf dem Gebiet von Informationstechnologie und Telekommunikation zutreffen und ist im Einzelfall für jede Ausschreibung zu prüfen.

Was schließlich die von den Antragstellern angemahnte generelle Datensparsamkeit in städtischen Vergabeverfahren angeht, ist es bereits gängige Praxis, dass weder Interessenten noch Bietern in Vergabeverfahren geschützte personenbezogene Daten oder Betriebsgeheimnisse offenbart werden. Private Auftragnehmer werden nur in dem Umfang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten betraut, in dem das nach den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zulässig ist.

In Vertretung

Wilkens  
Stadträtin

Anlage :  
Antrag der Ratsgruppe ÖDP-Piraten an den Rat Nr. A-R 0063/2015 vom 22.10.2015

