

Susanne Meyer

Agile Verfahren und Vergaberecht

Hochschulen sind Organisationseinheiten mit einer engen Anbindung an eine sich rasch wandelnde Lebens- und Arbeitswelt ihrer Studierenden und Absolventinnen und Absolventen, aber auch aller anderen Hochschulangehörigen. Daher ist selbstverständlich, dass sie durch Digitalisierungsprozesse in vielfältiger Weise bewegt und verändert werden. Sie thematisieren in Forschung und Lehre die durch Digitalisierungsprozesse getriebenen Veränderungen von Wirtschaft und Gesellschaft. Sie nutzen Digitalisierung aber auch zur Entwicklung innovativer Lehr- und Lernkonzepte. So lassen sich in Form des sogenannten Blended Learnings Lehreinheiten in Präsenzlehre mit digitalen Lerneinheiten kombinieren. Bei einer immer diverser werdenden Studierendenschaft ist das sinnvoll. Es schafft zeitliche Flexibilität und trägt veränderten gesellschaftlichen Anforderungen Rechnung.

Chancen bietet Digitalisierung einer modernen Hochschuldidaktik auch bei internetgestützten Formaten und Angeboten. Lernplattformen nutzen nicht nur, um dort Lernmaterialien und Anregungen zum Vertiefen zu platzieren, sondern auch um die Kommunikation mit den Studierenden des Kurses zu verbessern und kontinuierlich werden zu lassen. Auch das Internet selbst bietet Lernangebote und Chancen zur Aktivierung der Studierenden. Es lassen sich neue didaktische Konzepte und Lernformen realisieren. Studierende bloggen¹, chatten, produzieren eigene kurze Lehrvideos und nähern sich so ihrem Lernziel auf verschiedenen Wegen an. Solche Mittel entsprechen den Erwartungen der Gesellschaft an die Hochschulbildung, denn die Studierenden erwerben hier Kompetenzen, die sie für eine eigenverantwortliche Teilhabe an gesellschaftlichen Prozessen ebenso benötigen wie für eine erfolgreiche und zufriedenstellende Entwicklung in ihrem Arbeitsleben. Schließlich sind die Kommunikation in Teams und Arbeitsgruppen und die dadurch bedingte Auflösung von Hierarchien prägend für moderne Arbeitsprozesse – es ist daher nur konsequent, wenn das auch auf die Lernprozesse an Hochschulen übertragen wird. Kurzum: Hochschulen, die auf eine anspruchsvolle, zeitgemäße, flexible und der Diversität ihrer Studierenden angepasste Hochschuldidaktik setzen, müssen großen Wert auf ein an individuellen Bedürfnissen ausgerichtetes System digitaler Lehr- und Lernmittel legen.

1 Vgl. Meyer; Verwendung eines Blogs im Rechtsunterricht in: Jahrbuch der Rechtsdidaktik 2016, S. 177–186.

Digitalisierung prägt aber auch die interne Arbeitsweise der Hochschulen selbst und wird von ihnen vorangetrieben. Verwaltungsprozesse werden transparenter, effizienter und damit professioneller, wenn sie durch angepasste Software unterstützt werden. Nach außen sichtbar wird das besonders bei der Systemunterstützung von Verwaltungsprozessen durch die Einführung leistungsfähiger Campus-Management-Systeme.²

Aufgaben und Funktionen eines Campus-Management-Systems

Hier werden die Verwaltungsvorgänge, die die Studierenden direkt und unmittelbar betreffen, abgewickelt. Studierende erwarten zu Recht von ihrer Hochschule, dass die mit der Verwaltung ihres Studiums einhergehenden Verwaltungsprozesse effizient ablaufen und die sie betreffenden Entscheidungen jederzeit transparent gemacht werden. Ein Campus-Management-System erfasst den gesamten „Student Life Cycle“, also alle Kontakte von Studierenden, auch potenziellen und ehemaligen, mit der Hochschule, von Studieninteressierten, Bewerbern, Studierenden bis hin zu Alumni. Studierende möchten ihre Prüfungsergebnisse online einsehen, möglichst Anträge online stellen können und jederzeit eine zutreffende, nachvollziehbare und übersichtliche Zusammenfassung ihres Leistungsstands abrufen können. Bewerber möchten die erforderlichen Informationen auf der Website leicht abrufen können und einen Zulassungsantrag möglichst ohne Medienbruch stellen können. Und alle Antragsteller möchten bald und unkompliziert erfahren können, wie der Bearbeitungsstand für ihr Anliegen ist. Die Hochschule ist darüber hinaus verpflichtet, über ihre Leistungen jederzeit transparent und zutreffend der Öffentlichkeit Bericht zu erstatten. Das alles zu gewährleisten, ist die selbstverständliche Aufgabe einer Hochschule, die sich der Herausforderungen der Digitalisierung bewusst ist. Zentrales Werkzeug dafür, diese Anforderungen zu erfüllen, ist ein modernes und gut funktionierendes Campus-Management-System. Die an einer Hochschule angebotenen Studiengänge, Studierende mit ihrem jeweiligen Status (z. B. Urlaubssemester, Teilzeitstudium, Studiengänge), allen ihren Studienleistungen und allen von ihnen belegbaren Lehrveranstaltungen werden darin verwaltet. Die typischen Prozessdomänen eines Campus-Management-Systems sind Bewerbung/Zulassung/Immatrikulation, Studierendenmanagement, Studiengangsmanagement, Lehrveranstaltungsmanagement, Prüfungsmanagement sowie das Berichtswesen. Diese Prozesse haben eine große Bedeutung für eine der wichtigsten Personen-

2 Daneben nutzt etwa die HWR Berlin vielfältige weitere Systeme zur Professionalisierung ihrer Abläufe, etwa bei Berufungsverfahren, Einstellungsverfahren von Verwaltungspersonal, Reisekostenabrechnung, Kassenabläufen u. v. m.

gruppen an jeder Hochschule, die Studierenden. Das Campus-Management-System ist somit das Herzstück bei der Gestaltung der Beziehung zwischen Hochschule und ihren Studierenden. Dabei variieren die Anforderungen an das Campus-Management-System dauernd, weil sich die Regelungen ständig ändern, denen Hochschulen (z. B. hinsichtlich des Berichtswesens) unterworfen sind, und weil die Hochschulen auch selbst ihre Regelungen (z. B. Prüfungsordnungen) ändern. Weil Hochschulen auf diese Veränderungen reagieren müssen und zudem ohnehin vielfältige Angebote machen – und übrigens auch in ihren Verfahrensregelungen untereinander sehr unterschiedlich sind –, erfordert ein gutes Campus-Management-System eine Vielzahl individueller Anpassungen an die Erfordernisse der jeweiligen Hochschule.

1. Agile IT-Entwicklung

Eine so komplexe Software mit recht erheblichen Individualisierungsanforderungen wird üblicherweise in einem agilen Verfahren entwickelt. Solche agilen Verfahrensweisen haben sich in der letzten Zeit unter anderem für die Entwicklung und Anpassung komplexer Software herausgebildet. Ihre Besonderheiten seien hier zusammengefasst, denn diese Besonderheiten stehen – wie zu zeigen sein wird – in einem gewissen Widerspruch zu den Anforderungen des Vergaberechts, an das die öffentlichen Hochschulen bei der Entscheidung für einen Softwareanbieter in der Regel gebunden sind.

Grundgedanke eines agilen Vorgehens ist, möglichst rasch erste Teilergebnisse zu schaffen, diese sogleich einzusetzen und damit zu erproben. Als Grundlage des agilen Programmierens sehen manche das sogenannte „Agile Manifest“ aus dem Jahr 2001, in dem sich Softwareentwickler dazu bekannt haben, „Individuen und Interaktionen mehr als Prozesse und Werkzeuge“ zu schätzen, „Funktionierende Software mehr als umfassende Dokumentation“, „Zusammenarbeit mit dem Kunden mehr als Vertragsverhandlung“ und „Reagieren auf Veränderung mehr als das Befolgen eines Plans“.³

Das agile Verfahren beruht auf Kommunikation und Kooperation, ständigem qualitätsorientiertem Austausch und dem Ziel, möglichst bald funktionierende Arbeitseinheiten anwendbar an den Kunden auszuliefern. Zwischenstufen werden im agilen Verfahren sogleich evaluiert, um gegebenenfalls schnell einen Richtungswechsel einläuten zu können. Das System ist also stets flexibel, der Prozess der Entwicklung wird nicht von Anfang bis Ende durchgeplant, sondern er wird stetig angepasst.

3 Beck/Kent et al., Manifesto for Agile Software Development, <http://agilemanifesto.org/> (11.3.2019).

Damit werden Risiken für den Auftraggeber minimiert, weil Erfahrungen mit den erbrachten Teilleistungen bei den weiteren Schritten sogleich umgesetzt werden können.

Ein typisches agiles Vorgehen ist das sogenannte Scrum-Verfahren.⁴

Scrum-Verfahren gehen von dem Grundsatz der schrittweisen Entwicklung aus, bei der das Endergebnis und die Anforderungen an dieses noch nicht feststehen.⁵ Das Endergebnis wird vielmehr schrittweise (iterativ) und in kleine Zwischenergebnisse aufgeteilt (inkrementell) angenähert. Ein Entwicklerteam arbeitet dabei, unterstützt von einem sogenannten Scrum-Master, innerhalb eines fest definierten und überschaubaren Zeitrahmens, eines sogenannten Sprints, ein ebenfalls fest definiertes Aufgabenspektrum ab. Diese Aufgaben sind ein Ausschnitt aus den insgesamt zu erledigenden Aufgaben und sie sollen möglichst zu einem abgrenzbaren und bereits nutzbaren Zwischenergebnis führen. Die Entscheidung darüber, welche Aufgaben in dem entsprechenden Sprint abzuarbeiten sind, trifft ein sogenannter Product-Owner, der gleichzeitig den ausschließlichen und exklusiven Kontakt zum künftigen Nutzer der Software, dem Kunden, hat. Mit diesem entscheidet der Product-Owner aufgrund einer priorisierten Sammlung von Einzelaufgaben, dem sogenannten Product-Backlog, welche Ergebnisse im nächsten Sprint zu erreichen sind. Ist das festgelegt, so wird in einer ausführlichen Besprechung, dem sogenannten Sprint-Planning definiert, was entwickelt werden soll und welche Anforderungen das Entwicklungsergebnis erfüllen soll, wann es also als fertig anzusehen ist. Während des Sprints treffen sich die Entwickler täglich zu einer sehr kurzen Unterredung, um sich über ihren Fortschritt und mögliche Hindernisse dabei auszutauschen. Der Scrum-Master hat dann die Aufgabe, solche Hindernisse möglichst aus dem Weg zu räumen. Die Qualitätssicherung erfolgt dadurch, dass nach Abschluss eines jeden Sprints eine ausführliche Retrospektive dieses Arbeitsabschnitts erfolgt, bei dem erkennbar gemacht wird, was künftig verbessert werden könnte. Möglichst bald werden die Ergebnisse eines Sprints dem Nutzer zur Verfügung gestellt, sodass auch dessen Rückmeldungen in die weitere Ent-

4 Scrum bezeichnet auch eine Phase des Rugbyspiels, das sogenannte Gedränge, bei der sich die Spieler der beiden Mannschaften eng aneinander gedrängt gegenüberstehen und versuchen, durch Verschieben des gesamten Gedränges über dem Ball diesen in die eigene Gewalt zu bekommen.

5 Eine Beschreibung des Scrum-Prozesses, z. B. bei Wirdemann, Scrum mit User Stories, 1. Aufl. 2017, S. 26 ff. oder Peter, in: Trahasch/Zimmer (Hrsg.), Agile Business Intelligence 2016, S. 21 ff.; aus juristischer Sicht z. B. Conrad/Schneider, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 140 ff.; Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, S. 427, 428 f.; Hoeren/Pinelli, MMR 2018, S. 199, 200 ff.

wicklung einfließen können. Dadurch wiederum wird die Sammlung der noch unerledigten Aufgaben im Product-Backlog modifiziert, weil neue Aufgaben hinzukommen können oder die Priorisierung bereits im Backlog enthaltener Aufgaben verändert werden kann. Die Verantwortung für die Pflege dieses wichtigen Dokuments hat der Product-Owner, der im ständigen Austausch sowohl mit den Entwicklern als auch mit dem Kunden steht.

Dieses hier nur grob skizzierte Verfahren kann zu verbesserten Ergebnissen führen, weil die einzelnen Schritte sowie die jeweils erzielten Ergebnisse für alle Beteiligten jederzeit transparent sind und einer Überprüfung unterzogen werden. Ergibt sich, dass die Ergebnisse nicht zufriedenstellend sind, wird der Prozess angepasst. Sehr rasch kann daher auf unerwartete Gegebenheiten und Entwicklungen reagiert werden.

Diesen nachvollziehbaren Vorteilen stehen gewisse Nachteile gegenüber: Das Endergebnis steht zu Beginn des Entwicklungsprozesses nicht fest, auch die Kosten, mit denen ein gesetztes Ergebnis erzielt wird, sind – wenn das Verfahren in Reinform durchgeführt wird – nicht festgelegt. Schließlich ist zu Beginn des Prozesses noch nicht bekannt, wann das Endergebnis vorliegt bzw. sogar, wie dieses genau aussieht. Fest steht lediglich das Verfahren, in dem das Ziel angenähert wird (und fest steht selbstverständlich auch das Ziel). Für Einheiten, die mit festen Budgets arbeiten und ein Projekt innerhalb einer bestimmten Zeit abschließen möchten, ist das nicht ideal. Andererseits bietet das agile Vorgehen den großen Vorteil, dass es durch sein schrittweises Voranschreiten Risiken rasch erkennen lässt und dadurch das Risiko des Scheiterns eines Projekts erheblich reduziert.

Wie erwähnt besteht ein Spannungsverhältnis zum Vergaberecht, das im Folgenden zu skizzieren ist. Ein Lösungsvorschlag wird in einem weiteren Schritt dargestellt.

2. Spannungsfeld zwischen agilem Vorgehen und vergaberechtlichen Anforderungen

Will eine Hochschule ein Campus-Management-System anschaffen, so hat sie das Vergaberecht zu beachten. Staatliche Hochschulen als öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB müssen größere IT-Aufträge öffentlich ausschreiben, weil es sich bei diesen um öffentliche Aufträge nach § 103 GWB handelt. Die maßgeblichen Schwellenwerte ergeben sich aus § 106 GWB i. V. m. Art. 4 der EU-Vergaberichtlinie.⁶ Die Schwellenwerte werden vom Bundeswirtschaftsministerium regelmäßig veröffentlicht.⁷ IT-Verträge sind danach zurzeit auszuschreiben, wenn ihr Nettowert 221.000 Euro überschreitet.⁸ Das ist für die Errichtung eines Campus-Management-Systems in der Regel der Fall, sodass eine europaweite Ausschreibung erforderlich ist.

Das Vergabeverfahren soll der Hochschule die Möglichkeit bieten, sowohl die Passgenauigkeit und Einsatzfähigkeit der Software als auch die Potenziale der bestehenden Softwarelösungen kennenzulernen und dabei eine möglichst realistische Einschätzung der Adoptionsmöglichkeiten der jeweiligen Systeme sowie die mit der Einführung des Systems einhergehenden Herausforderungen herzustellen. Das gelingt dadurch, dass die potenziellen Anbieter möglichst sämtlich die Möglichkeit erhalten, sich durch Einreichen eines Angebots an der Ausschreibung zu beteiligen. Die dafür relevanten Verfahrensvorschriften finden sich in §§ 115 ff. GWB sowie in der zur Ausführung des Gesetzes erlassenen Vergabeverordnung (VgV).⁹

Regelfall für die europaweite Ausschreibung ist ein sogenanntes offenes Vergabeverfahren nach § 119 Abs. 3 GWB. Darin fordert ein öffentlicher Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auf. Die erwartete Leistung ist in der Aufforderung sehr konkret und detailliert beschrieben. Die eingegangenen Angebote werden sodann anhand zuvor aufgestellter Eignungskriterien bewertet, wobei insbesondere die Wirtschaftlichkeit des jeweiligen Angebots zu beurteilen ist. Voraussetzung ist,

6 Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

7 Vgl. § 106 Abs. 2 GWB.

8 Bundeswirtschaftsministerium, Bekanntmachung vom 20.12.2017, Bundesanzeiger 29.12.2017, S. 1, http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Downloads/BAnz_AT_29.12.2017_B1.pdf (4.3.2019).

9 Vergabeverordnung vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10.6.2018 (BGBl. I S. 1117) geändert worden ist.

dass man für die IT-Entwicklung im sogenannten Wasserfall-Verfahren¹⁰ vorgeht und vor der Programmierarbeit die Anforderungen des Auftraggebers in einem Lastenheft im Einzelnen beschreibt.

Für ein solches Vergabeverfahren kann man auf etablierte Strukturen, ja sogar auf konkrete Vertragsmuster zurückgreifen. Vertreter der öffentlichen Hand und des Hightech-Verbands BITKOM haben sich auf standardisierte IT-Einkaufsbedingungen, die sogenannten „Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen“ verständigt.¹¹ Das sind Musterverträge für die öffentliche Auftragsvergabe im IT-Bereich, die verschiedene Aspekte bei der Beschaffung von Software erfassen.¹² Solche Musterverträge unterstützen die Vergabestellen.¹³ Unter Federführung der Zentralstelle für IT-Beschaffung (ZIB) des Beschaffungsamts des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat ist zudem eine „Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (UfAB V 2.0)“¹⁴ entwickelt worden, die den Vergabestellen weitergehende Hilfestellung bei der Bewertung der Angebote geben soll und die aktuelle Rechtslage im Vergaberecht berücksichtigt.

Alle diese Handreichungen gehen allerdings davon aus, dass die Leistungen, die der IT-Anbieter an die Hochschule zu erbringen hat, bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens, also mit der Ausschreibung, feststehen. Im Interesse der Chancengleichheit aller Anbieter sind flexible Anpassungen der Anforderungen, die für ein modernes Campus-Management nach dem oben Gesagten zentral sind, im traditionellen, sogenannten offenen Vergabeverfahren eher ausgeschlossen. Stattdessen wird – vor der Veröffentlichung der Unterlagen – ein detailliertes Leistungsverzeichnis erstellt, das Teil der Ausschreibungsunterlagen und Basis für die von den Teilnehmenden zu erstellenden Angebote ist. Jeder, der sich aufgrund der Ausschreibung zur Erfüllung der Anforderungen berufen sieht, kann sich an der Ausschreibung beteiligen. Der Zuschlag wird ohne weitere Verhandlungen oder Gespräche erteilt, nachdem die schriftlich eingereichten Angebote aufgrund des Leistungsverzeichnisses bewertet worden sind. Be-

10 Vgl. z. B. Conrad/Schneider in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 140; Lutz/Bach, BB 2017, 3016.

11 https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html (4.3.2019).

12 Pressemitteilung Bitcom vom 1.2.2018, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/IT-Beschaffung-durch-die-oeffentliche-Verwaltung-neu-geregelt.html> (4.3.2019).

13 Beispiel für einen Vertrag für die Erstellung von Software: https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT_Vertragstypen/EVB-IT_Erstellung/evb_it_erste_llung_vertrag_pdf_download.pdf?__blob=publicationFile (4.3.2019).

14 Pressemitteilung des Beauftragten der Bundesregierung für die Informationstechnik vom 26.4.2018, https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2018/20180426_ufab_2018.html (4.3.2019).

denkt man, dass das Verfahren sich über viele Monate, manchmal sogar Jahre, hinziehen kann, so wird ersichtlich, dass die offene Vergabe das Risiko birgt, dass in den Ausschreibungsunterlagen ein Anforderungsstandard festgeschrieben, ja eingefroren, wird, der zum Zeitpunkt der Einführung des Systems nicht mehr den Anforderungen der Hochschule genügt.

Basis für das Leistungsverzeichnis sind unvermeidlich Prozesse und Anforderungen, die vor Beginn des Auswahlverfahrens definiert worden sind. Diese können im Verlauf der Auswahl und auch nach der Zuschlagserteilung nicht mehr ohne Weiteres geändert werden. Auch Gespräche über den Inhalt der Ausschreibung oder eine Modifikation der Anforderungen sind in diesem sogenannten offenen Verfahren aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter nicht möglich.

Die HWR Berlin könnte zwar für ein solches Leistungsverzeichnis auf die im Vorprojekt zum Einführungsprojekt beschriebenen Soll-Prozesse zurückgreifen, die sie vor Veröffentlichung der Unterlagen noch einmal überprüfen, verändern und anpassen kann. Während der nach Veröffentlichung des Leistungsverzeichnisses weiter verstreichenden Zeit könnten Anpassungen jedoch nicht mehr vorgenommen werden. Der Zuschlag müsste daher aufgrund eines Leistungsverzeichnisses erfolgen, das Prozesse abbildet, die möglicherweise bei Erteilung des Zuschlags bereits nicht mehr aktuell sind. Es wäre dann mit dem Anbieter, der den Zuschlag erhalten hat, im auf das Vergabeverfahren folgenden Einführungsprojekt über eventuelle Streichungen und Nachträge zu verhandeln. Das kann zu Kostenerhöhungen führen und das Projekt verlangsamen. Im schlechtesten Fall führt das Scheitern von Nachtragsverhandlungen zum Scheitern des Einführungsprojekts, weil in der Organisation die Bereitschaft zur Mitwirkung an der Einführung sinkt, wenn die Beteiligten sehen, dass mit großem Aufwand ein System eingeführt wird, das schon zum Zeitpunkt seiner Einführung den aktuellen Anforderungen nicht mehr genügt. Zudem ist im offenen Vergabeverfahren nicht sichergestellt, dass ein Bieter den Zuschlag erhält, der sich in unvermeidlichen Verhandlungen über Nachträge flexibel und kundenzentriert verhält – das wäre im offenen Verfahren kein zulässiges Auswahlkriterium.

Die HWR Berlin stand daher vor der Frage, ob sie ein alternatives Ausschreibungsverfahren durchführen möchte, in dem die Entwicklung von Software mit agilen Methoden, insbesondere im Scrum-Verfahren, Teil der Ausschreibung ist. Das ist ein innovatives Vorgehen, mit dem Hochschulen noch keine Erfahrungen gemacht haben. Dennoch hat sich die HWR Berlin nach reiflicher Überlegung und sorgfältiger Risikoabwägung entschieden, das Campus-Management-System zumindest teilweise in agilen Verfahren zu entwickeln und diese Vorgehensweise in das Vergabeverfahren zu integrieren. Nachfolgend sollen die Grundlinien dieses Vorgehens skizziert werden.

3. Ausschreibung im Verhandlungsverfahren

Wenn agile Methoden integriert werden sollen, muss man das Vergabe- und das Softwareentwicklungserfahren flexibler gestalten, also sich bei der Veröffentlichung der Unterlagen noch nicht auf ein in jedem Detail vollständig konkretisiertes Leistungsverzeichnis festlegen, sondern sich in Teilbereichen auf die Darstellung von angestrebten Ergebnissen und auf Verfahrensweisen für die Zielerreichung beschränken. Für andere Teilbereiche kann aufgrund von Vorarbeiten und Vorerfahrungen ein detailliertes Leistungsverzeichnis für Standardsoftware erstellt werden. Wo Anforderungen noch nicht feststehen oder aber zu vermuten ist, dass die Anbieter für bestimmte Sonderprobleme und Sonderanforderungen eine fertige Lösung noch nicht präsentieren können, wären hingegen im Scrum–Verfahren im Verlauf der Einführung die Softwarelösungen erst noch zu entwickeln. Das hätte die Folge, dass sich die Beteiligten bei der Entwicklung der Software auch erst im Verfahren auf bestimmte Prozesse und Prozessschritte festlegen müssten. Das oben geschilderte Problem von Zeitverlust und langwierigen Nachtragsverhandlungen wäre damit möglicherweise lösbar.

Ein flexibleres Vorgehen setzt allerdings voraus, dass vor dem Zuschlag die Modalitäten der Zusammenarbeit im Scrum–Verfahren zwischen den Parteien vereinbart werden. Dort muss auch geklärt werden, was der Anbieter gegebenenfalls bereits als im Standard fertig programmierte Software anbieten kann und welche Anpassungen und Konfigurationen hier gegebenenfalls noch erbracht werden müssen. Die Bereitschaft und Fähigkeit des Anbieters, kooperativ mit dem Nutzer Hochschule und seinen verschiedenen Stakeholdern (Hochschulen sind komplizierte Gebilde!) zusammenzuarbeiten, ist im Rahmen der Bewertung der verschiedenen Angebote zu berücksichtigen, denn im agilen Vorgehen steht und fällt hiermit der Erfolg des Projekts.

Ein solches, offener gestaltetes Verfahren ist auch rechtlich zulässig. Man kann den Auftrag im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 14 VgV vergeben. Im Verhandlungsverfahren wird mit den Anbietern, die sich im Teilnahmewettbewerb durchgesetzt haben, eine Verhandlung über die Inhalte des abzuschließenden Vertrags geführt. Erst danach werden sie aufgefordert, verbindliche Angebote auf der Basis des dann erst ausgehandelten Vertrags abzugeben, die dann nach den vorher festgelegten Zuschlagskriterien bewertet werden. In der Regel wird dem ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet, bei dem diejenigen Bieter ausgewählt werden, die berechtigt sind, an der Verhandlung teilzunehmen. Dafür werden Eignungskriterien definiert, die aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers zwingende Voraussetzung für die erfolgreiche Durchführung des Projekts sind. Nur wer diese erfüllt, kann am Verhandlungsverfahren teilnehmen. Das Verhandlungsverfahren ist zulässig, wenn individuelle Anpassungen unabdingbar sind und innovative und konzeptionelle Lö-

sungen gefunden werden müssen (vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 VgV). Beides ist für das hier skizzierte Verfahren der Fall. Der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb schöpft anhand vorher definierter Kriterien ungeeignete Bewerber ab und reduziert damit den – ohnehin erheblichen – Aufwand beim Auftraggeber ein wenig.

Alternativ kommt theoretisch auch ein wettbewerblicher Dialog nach § 18 VgV in Frage. Im wettbewerblichen Dialog vergibt die öffentliche Hand öffentliche Aufträge mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können (§ 119 Abs. 6 GWB). Der wettbewerbliche Dialog ist ein zweistufiges Verfahren, bei dem in einem ersten Schritt im Dialog eine Lösung ermittelt wird, sodass im zweiten Schritt alle Unternehmen aufgrund der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot vorlegen können. Vorher kann als weitere Stufe ein Teilnahmewettbewerb liegen. Das Verfahren ist aufwendiger als ein Verhandlungsverfahren und eher angezeigt, wenn dem Auftraggeber die Wege zur Zielerreichung noch nicht bekannt sind und diese im Verlauf des Verfahrens mit den Anbietern über Entwicklungsleistungen erst gefunden werden müssen. Für Campus-Management-Systeme aber existieren ausreichend Vorerfahrungen, auch in der HWR Berlin selbst, sodass die Grundlagen nicht erst geschaffen werden müssen. Ein Verhandlungsverfahren bietet ausreichenden Spielraum.

4. Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung

Das skizzierte Vorgehen hat erhebliche rechtliche Auswirkungen. Während nach den oben zitierten Vertragsstandards der EVB-IT in der Regel Werkverträge, wenn auch teilweise mit ergänzenden dienstvertraglichen Elementen ausgeschrieben werden,¹⁵ ist das bei einem agilen Vorgehen nicht uneingeschränkt möglich. Die Beschreibung des Werks, dessen Erstellung angestrebt wird, liegt bei Ausschreibung nicht vollständig vor, weil erst im Verlauf des Prozesses klargestellt wird, welche konkreten Programmierungsaufgaben erfüllt werden sollen und welche nicht. Zu Beginn des Prozesses haben die Parteien eine „Produktvision“¹⁶; das Werk ist darin grob umschrieben als „ein funktionierendes Campus-Management-System für die Hochschule“, konkretisiert sind die Anforderungen aber nicht.

15 Vgl. z. B. Conrad/Schneider, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 3; im Einzelnen zur Einordnung des „agilen“ IT-Vertrags in die Vertragstypen des BGB Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, S. 427.

16 Hoeren/Pinelle, MMR 2018, S. 199, 201.

Manche meinen deshalb, bei agilem Vorgehen sei ein Dienstvertrag mit dem Anbieter zu schließen.¹⁷ Das ist allerdings nicht im Interesse des Auftraggebers, da das eine Risikoverlagerung zum Auftraggeber bedeutet.¹⁸ Es ist nach hier vertretener Auffassung auch nicht erforderlich, denn das Werk wird später konkretisiert, und das genügt für eine Einordnung als Werkvertrag. Die Konkretisierung findet schrittweise statt, nämlich jeweils in den einzelnen Sprint-Planungen, bei denen klargestellt wird, was in der nächsten Zeiteinheit entwickelt wird und welche Qualitätsanforderungen das jeweilige Ergebnis des Sprints (das sogenannte „Inkrement“) darstellen soll. Dann sind die werkvertraglichen Anforderungen erfüllt, dann ist es auch möglich, das werkvertragliche Gewährleistungsrecht anzuwenden und festzustellen, ob das Werk bzw. der Werkteil abnahmefähig ist.¹⁹ Ausgeschrieben wird danach also ein Rahmenvertrag, in dem ein bestimmtes gemeinsames Vorgehen (das Scrum-Vorgehen) vereinbart wird, in dem die Regeln der Preisbemessung klargestellt werden und in dem ein Gesamtbudget festgelegt wird.²⁰

Für einzelne Standardanforderungen steht bereits der Leistungsgegenstand volumnäßig fest.²¹ Er kann schon zu Beginn des Vergabeverfahrens definiert werden, sodass agil zu entwickelnde Bestandteile mit solchen, die vorab in Leistungsbeschreibungen dargestellt werden können, kombiniert werden. Die anderen Leistungsgegenstände werden nach Maßgabe der Regelungen aus dem Rahmenvertrag abgerufen, wenn feststeht, was genau noch geleistet werden soll. Das ist in der Regel der Fall, wenn im Zusammenhang mit dem Sprint-Planning entschieden wird, welche Aufgaben aus dem Product-Backlog im nächsten Sprint bearbeitet werden sollen und wann diese Bearbeitung als abgeschlossen und qualitativ hinreichend funktional gewertet werden soll (sogenannte Definition of Done).²² In den einzelnen Leistungsabrufen wird dann jeweils ein Teil des Werks in seinen funktionalen Anforderungen definiert. Diese Definition kann Basis für die Abnahme und damit auch Anknüpfungspunkt für

17 Vgl. Rosenthal, Agile Softwareprojekte in der Vertragsgestaltung, Heise online, <https://www.heise.de/developer/artikel/Agile-Softwareprojekte-in-der-Vertragsgestaltung-3314037.html?seite=2> (4.3.2019); Conrad/Schneider, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 161; Kühn/Ehlenz, CR 2018, S. 139, 140.

18 Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, S. 427, 429.

19 So wohl auch Conrad/Schneider, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 152; Hoeren/Pinelli, MMR 2018, S. 199, 202.

20 Conrad/Schneider, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 160.

21 Das ist ein klassischer Werkvertrag, hier ist der Leistungsgegenstand definiert, und die Zielerreichung liegt allein in der Verantwortung des Auftragnehmers.

22 Ebenso Hoeren/Pinelli, MMR 2018, S. 199, 202; Bortz, MMR 2018, S. 287, 290; Lutz/Bach, BB 2017, S. 3016, 3019.

Gewährleistungsrechte sein. Der Rahmenvertrag legt fest, wie hierfür die Vergütung erfolgt und in welchem Verfahren verbindlich der Inhalt des nächsten Sprints festgelegt werden soll.

5. Offene Fragen

Erscheint danach das grundsätzliche Vorgehen im Verhandlungsverfahren mit vorgesetztem Teilnahmewettbewerb und unter Ausschreibung eines Rahmenvertrags für die Definition des Leistungsgegenstands im agilen Verfahren machbar, so sind im Einzelnen doch noch viele Fragen zu klären, die hier nur angerissen werden können.

So ist die Vergütung zu regeln, wobei ein Anreizsystem gefunden werden muss, das widerstreitende Interessen miteinander in Einklang bringt. Auf der einen Seite bedarf der öffentliche Auftraggeber einer Budgetsicherheit, er muss im Voraus wissen, welchen Betrag er für das Werk insgesamt ausgeben wird. Er muss gleichzeitig natürlich sicherstellen, dass er für das Budget am Ende der Projektlaufzeit ein funktionierendes Campus-Management-System erhält. Der Anbieter auf der anderen Seite muss erwarten können, dass er für die vielfältigen Leistungen, die er zu erbringen hat, angemessen bezahlt wird. Da noch nicht feststeht, welche konkreten Leistungen das sind und wie viel Entwicklerleistung erforderlich ist, kann er sich mit einem Pauschalpreis nicht einverstanden erklären. Wenn man feststehende Arbeitspakete mit einem Preis belegt, hat der Anbieter möglicherweise einen Vorteil daraus, sein Entwicklerteam möglichst langsam arbeiten zu lassen, weil es dann länger ausgelastet bleibt; das widerspricht den Interessen des Auftraggebers. Hier muss also ein intelligenter Ausgleich gefunden werden,²³ wobei der Mechanismus Gegenstand der Vertragsverhandlungen sein kann, die mit allen Bietern geführt werden, die den Teilnahmewettbewerb bestanden haben.

Neben der Vergütung ist auch der Umgang mit Interessengegensätzen und Meinungsverschiedenheiten zwischen Anbieter und Auftraggeber bei der Sprint-Planung zu regeln. Für solche Fälle ist ein tragfähiger Konfliktlösungsmechanismus, der auch Eskalationsstufen und die Definition von Letztentscheidungsrechten enthält, von großer Bedeutung.²⁴ Dieser darf nicht zu umständlich sein und muss ermöglichen, dass im Konfliktfall schnell Entscheidungen getroffen werden, dass aber gleichzeitig das konstruktive und kollaborative Ar-

23 Vgl. Auer-Reinsdorff, ITRB 2010, S. 93, 94; Lutz/Bach, BB 2017, S. 3016, 3020; Hoeren/Pinelli, MMR 2018, S. 199, 201.

24 Ernst, CR 2017, S. 285, 290; Bortz, MMR 2018, S. 287, 290.

beitsverhältnis, ohne das das Projekt nicht erfolgreich sein wird, nicht – oder jedenfalls nicht über die Maßen – beeinträchtigt wird.

Will man die Vorteile des agilen Vorgehens erhalten, so hat das Auswirkungen auf die Regelungen zum Gewährleistungsrecht. Man würde die Absprachen im Sprint-Planning überfrachten, wenn die sogenannte Definition of Done als Zusicherungen für bestimmten Produkteigenschaften oder auch die Termintreue interpretiert werden könnte. Schließlich beruht die Planung auf Schätzungen, die von beiden Seiten zwar nach bestem Gewissen ausgeführt werden, die aber im Interesse des agilen Vorgehens angepasst werden, wenn das Projektteam bestimmte Erfahrungen, z. B. mit der Arbeitsgeschwindigkeit der Entwickler, gemacht hat. Dieser Anpassungsbereitschaft würde es entgegenstehen, wenn die Festlegungen im Sprint-Planning vertragsrelevant werden.

Zudem können einzelne Sprint-Ergebnisse nicht immer gesondert abgenommen werden, weil sie wahrscheinlich noch keine so großen Arbeitspakete umfassen, dass die Ergebnisse sogleich auch den Nutzern zur Verfügung gestellt werden können. Es ist daher auch nicht im Interesse des Auftraggebers, die Leistungsbeschreibung aus der Definition of Done und damit dem einzelnen Sprint unverändert zur Basis der Anwendung werkvertraglicher Regelungen zu machen. Man muss dafür wohl auf größere Einheiten, z. B. auf Vereinbarungen in Bezug auf einen sogenannten Release abstellen.²⁵ Als Release bezeichnet man zusammengefasste Arbeitspakete aus verschiedenen Sprints, die zusammen eingeführt und dann für den Nutzer tatsächlich operativ gestellt werden. Vor dem Release steht fest, welche Anforderungen er erfüllen soll. Das kann Grundlage für die Gewährleistung sein. Das wäre ein sinnvoller Anknüpfungspunkt für die Abnahme, damit für die Gewährleistung, aber auch für die Verjährung eventueller Mängelansprüche. Alternativ kann über eine vertragliche Vereinbarung von Teil- und Gesamtabnahme nachgedacht werden.²⁶

Der Vertrag muss regeln, auf welche Zuarbeit sich der Anbieter verlassen kann und welche Mitwirkungspflichten der Auftraggeber übernimmt – wegen der engen Abhängigkeit der Vertragsparteien voneinander wird der Erfolg des Projekts davon bestimmt, dass beide Seiten die ihnen obliegenden Vorleistungen zeitgerecht und anspruchsvoll erbringen.²⁷ Das muss dann übrigens auch seitens des Auftraggebers sorgsam erfüllt werden – das dafür erforderliche Personal muss vorgehalten und von anderen Aufgaben freigehalten werden. Daraus

25 Ebenso Bortz, MMR 2018, S. 287, 291.

26 So der Vorschlag von Kühn/Ehrenz, CR 2018, S. 139, 147.

27 Conrad/Schneider, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 155; Sarre, CR 2018, S. 198, 200.

wird ersichtlich, dass das Vorgehen in einem agilen Verfahren hohe Sachkompetenz auch auf Seiten des Bestellers voraussetzt.²⁸

Nicht zuletzt sind Gewährleistungsfragen zu klären. Auch wenn eine Bezahlung in Abschlägen, gegebenenfalls auch nach tatsächlichem Aufwand nur sachgerecht erscheint, kann die Gewährleistung für das schließlich erstellte Werk letztlich nur einheitlich für das Gesamtsystem betrachtet werden, mit der Folge, dass die Gewährleistungsfrist nicht für jeden erledigten Sprint gesondert läuft, sondern erst mit der Abnahme des gesamten Systems beginnt.

6. Fazit

Auch öffentliche Auftraggeber können flexible und agile Verfahren für ihre IT-Projekte nutzen und damit die Erfolgsschancen ihres Projekts verbessern. Das Verhandlungsverfahren mit vorgesetztem Teilnahmewettbewerb bietet sich dafür aus vergaberechtlicher Perspektive an. Die Vertragsgestaltung ist komplexer als bei der offenen Vergabe unter Verwendung der eingeführten und bewährten EVT-IT-Verträge. Eine klare vertragliche Grundlage ist unabdingbar. Letztlich allerdings hängt – wie beim herkömmlichen Vergabeverfahren auch – der Erfolg des Projekts von der Leistungsfähigkeit des Anbieters ab, aber auch davon, ob der Auftraggeber die erforderliche Wandlungsbereitschaft zeigt, sich auf ein neues IT-System und die aus diesem möglicherweise resultierenden Prozessanpassungen einzulassen. Ein gutes Projektmanagement einschließlich der Bereitschaft, dieses Projekt als Change-Projekt anzusehen, sind damit zentrale Erfolgskriterien für die Einführung eines modernen Campus-Management-Systems. Diese Voraussetzungen lassen sich mit einem agilen Vorgehen eher schaffen als im herkömmlichen offenen Verfahren. Die Fragen der Vertragsgestaltung beim agilen Vorgehen hingegen sind mit etwas Phantasie und gutem jurischem Handwerk beherrschbar.

28 Darauf weisen auch Conrad/Schneider in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 11 Rdnr. 152 hin.

Literaturverzeichnis

- Auer-Reinsdorff, A./Conrad, I.: Handbuch IT- und Datenschutzrecht, München, 2016.
- Beck, K. et al., Manifesto for Agile Software Development, <http://agilemanifesto.org/> (aufgerufen am 11.3.2019).
- Bortz, C.: MMR 2018, S. 287, 290 f.
- Bundeswirtschaftsministerium, Bekanntmachung vom 20.12.2017, Bundesanzeiger 29.12.2017, S. 1, http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Downloads/BAnz_AT_29.12.2017_B1.pdf (aufgerufen am 4.3.2019).
- Ernst, S.: CR 2017, S. 285, 290.
- Fuchs, A./Meierhöfer, C./Morsbach, J./Pahlow, L.: MMR 2012, S. 427, 428 f.
- Hoeren, T./Pinelli, S.: MMR 2018, S. 199, 200 ff.
- Kühn, P./Ehlenz, N.: CR 2018, S. 139, 147.
- Meyer, S.: Verwendung eines Blogs im Rechtsunterricht, in: Jahrbuch der Rechtsdidaktik 2016, Berlin, 2016, S. 177–186.
- Pressemitteilung Bitcom vom 1.2.2018, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/IT-Beschaffung-durch-die-oeffentliche-Verwaltung-neu-geregelt.html> (aufgerufen am 4.3.2019).
- Pressemitteilung des Beauftragten der Bundesregierung für die Informationstechnik vom 26.4.2018, https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2018/20180426_ufab_018.html (aufgerufen am 4.3.2019).
- Rosenthal, S.: Agile Softwareprojekte in der Vertragsgestaltung, Heise online, <https://www.heise.de/developer/artikel/Agile-Softwareprojekte-in-der-Vertragsgestaltung-3314037.html?seite=2> (aufgerufen am 4.3.2019).
- Trahasch, S./Zimmer, M. (Hrsg.), Agile Business Intelligence als Beispiel für ein domänen spezifisch angepasstes Vorgehensmodell, Bonn, 2016.
- Wirdemann, R.: Scrum mit User Stories, München, 2017.
- Allgemeine Internetquellen
- https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT_Vertragstypen/EVB-IT_Erstellung/evb_it_erstellung_vertrag_pdf_download.pdf?__blob=publicationFile (aufgerufen am 4.3.2019).
- https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html (aufgerufen am 4.3.2019).

