

Gutachten
zur vorrangigen Beschaffung und
Entwicklung von Open Source
Software in der Bundesverwaltung

Dezember 2022

Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M.
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht,
Medien- und Informationsrecht
Georg-August-Universität Göttingen

Gliederung

Literaturverzeichnis

- I. Digitale Souveränität und OSS
 1. Digitale Souveränität und Verwaltung
 2. OSS im Vergleich mit herkömmlicher proprietärer Software
- II. OSS und geltendes Vergaberecht
 1. Anwendbarkeit §§ 98 ff. GWB
 2. OSS und Vergabeverfahren
 - a) Ausschreibung und Leistungsbeschreibung
 - b) Zuschlag und Wertung
 3. Fazit
- III. OSS und § 97 GWB
 1. Unions- und verfassungsrechtliche Einbettung
 2. Diskriminierungsverbot und OSS-Bevorzugung
 - a) Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers
 - b) Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes § 97 Abs. 2 GWB
 - c) Anwendung auf OSS-Bevorzugung
 3. Zugelassene Ungleichbehandlungen § 97 Abs. 2 GWB
 - a) Möglichkeiten und Grenzen
 - b) OSS-Bevorzugung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
 - aa) Bevorzugung von OSS als sachbezogene Differenzierung
 - bb) Digitale Autonomie als legitimes Ziel
 - cc) Verhältnismäßigkeitsprüfung
 4. § 97 Abs. 3 – Strategische Ziele und OSS
 - a) Allgemeine Aspekte
 - b) Anwendung auf OSS
 - aa) Innovation
 - bb) Qualität
 - cc) Umweltbezogene Aspekte
 5. Zusammenfassung
- IV. Weitere rechtliche Rahmenbedingungen
 1. Kartellrecht
 2. Eigene Entwicklung von OSS und Vergaberecht
 3. Verstoß gegen Lauterkeitsrecht
- V. Möglichkeiten und Grenzen einer Regelung der OSS-Priorisierung
 1. Ausgangslage
 2. Regelungsoptionen
 - a) Verankerung in § 97 GWB
 - b) Verankerung im 2. Abschnitt des Kartellvergaberechts
 - c) Verankerung in der Vergabeverordnung für öffentliche Aufträge
 - d) Verankerung als Haushaltsgrundsatz
 - e) Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften
 - f) Verankerung im E-Government-Gesetz
 3. Bewertung
- VI. Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Literaturverzeichnis

- Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern*, Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (UfAB) 2018
- Bundes-Arbeitsgemeinschaft der Kommunalen IT-Dienstleister e. V. (Vitako)*, Ausschreibung von Open-Source-Software, 16.7.2021
- Burgi, Martin*, Vergaberecht, 3. Auflage 2021
- Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang*, Vergaberecht, 4. Auflage 2018
- Dauses, Manfred/Ludwigs, Markus*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 57. Auflage 2022
- Deutscher Städtetag*, Digitale Souveränität von Kommunen stärken, Diskussionspapier des Deutschen Städtetages, 2020
- Demmel, Annette/Herten-Koch, Rut*, Vergaberechtliche Probleme bei der Beschaffung von Open-Source-Software, NZBau 2004, S. 187-189
- Denkhaus, Wolfgang/Richter, Eike/Bostelmann, Lars*, E-Government-Gesetz/ Onlinezugangsgesetz, 1. Auflage 2019
- Dreier, Horst*, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 3. Auflage 2015
- Dreier, Horst*, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Auflage 2018
- Drexl, Josef*, u.a., Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act)
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert*, Grundgesetz, Werkstand: 98. EL März 2022
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 53. Edition, Stand: 15.11.2022
- Europäische Kommission*, Open-Source-Software-Strategie 2020-2023
- Föderale IT-Kooperation, FITKO (Hrsg.)* Strategie zur Stärkung der Digitalen Souveränität für die IT der Öffentlichen Verwaltung. Strategische Ziele, Lösungsansätze und Maßnahmen zur Umsetzung. Version 1.0 Januar 2021. Frankfurt am Main, 2021
- FSFE*, Public Money, Public Code, 2020, <https://publica.fraunhofer.de/entities/publication/29fc9bb9-cf0e-4cf8-a5f4-72927c13d439/details>
- Gabriel, Marc/Mertens, Susanne/Prieß, Hans-Joachim/Stein, Roland M.*, Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 26. Edition, Stand: 31.1.2021
- Gabriel, Marc/Krohn, Wolfram/Neun, Andreas*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021
- Ganten, Peter*, Warum Deutschland jetzt auf Open Source setzen sollte, Kommentar Computerwoche, 7.7.2017, <https://www.computerwoche.de/a/warum-deutschland-jetzt-auf-open-source-setzen-sollte,3331105>.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, 77. Auflage 2022

Heckmann, Dirk, IT-Vergabe, Open Source Software und Vergaberecht, CR 2004, S. 401-408

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021

IT-Planungsrat, Stärkung der Digitalen Souveränität der Öffentlichen Verwaltung, Version 1.0.1 vom 31. März 2020

Jaeger, Till/Metzger, Axel, Open Source Software, 5. Auflage 2020

Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2021

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn/Alexander, Christian, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Auflage 2022

Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement, KGSt-Bericht 5/2021: Open Source in Kommunen – Ein Baustein für mehr Digitale Souveränität (Teil 1)

Leupold, Andreas/Wiebe, Andreas/Glossner, Silke, IT-Recht, 4. Auflage 2021

Müller, Norman/Gerlach, Carsten, Open-Source-Software und Vergaberecht, CR 2005, S. 87-92

Ohrtmann, Nicola, Der Grundsatz produktneutraler Ausschreibung im Wandel?, VergabeR 2012, S. 376-393

Osseforth, Tobias, Handbuch IT-Vergabe, 2022

Poledna, Tomas/Schlauri, Simon/Schweizer, Samuel, Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, 2017

Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin, Vergaberecht, 3. Auflage 2019

PwC, Strategische Marktanalyse zur Reduzierung von Abhängigkeiten von einzelnen Software-Anbietern, 2019

Sachs, Michael, Grundgesetz, 9. Auflage 2021

Säcker, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022

Schumpeter, Joseph, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 1912 (Repr. {Nachdr.} 2006)

Siegel, Thorsten, Die Grundfreiheiten als Auffangordnung im europäischen und nationalen Vergaberecht, EWS 2008, S. 66-73

Spindler, Gerald, Rechtsfragen bei Open Source, 2004

Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Auflage 2022

Wiebe, Andreas/Heidinger, Roman, GPL 3.0 und EUPL – Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Open-Source-Lizenzen, MR 2006, S. 258

Witzel, Michaela, Open-Source-Einsatz und die rechtlichen Risiken, abrufbar unter:

[https://www.computerwoche.de/a/open-source-einsatz-und-die-rechtlichen-
risiken,3317058](https://www.computerwoche.de/a/open-source-einsatz-und-die-rechtlichen-risiken,3317058)

Working Group Public Affairs der OSB Alliance, Handreichung zur Nutzung der EVB-IT beim Einsatz von Open Source Software – Beschaffung von Open Source Software für Behörden und öffentliche Einrichtungen, 2. Auflage 2018

I. Digitale Souveränität und OSS

1. Digitale Souveränität und Verwaltung

Mit der zunehmenden Digitalisierung aller Lebensbereiche tritt das Konzept der Digitalen Souveränität zunehmend in den Mittelpunkt der Diskussion. Obwohl der Begriff noch keine klaren Konturen hat, zeichnet sich ab, dass sich hier ein Grundprinzip der digitalen Gesellschaft und Wirtschaft herausbildet, das auch Ausdruck des grundrechtlichen Schutzes des Einzelnen in seiner Würde und Selbstbestimmung ist. Das Eckpunktepapier des IT-Planungsrates beschreibt den Begriff als „die Fähigkeiten und Möglichkeiten von Individuen und Institutionen, ihre Rolle(n) in der digitalen Welt selbstständig, selbstbestimmt und sicher ausüben zu können.“¹

Angesichts der Auswirkungen der digitalen Transformation wird es als dauerhafte Aufgabe der Verwaltung und damit auch der Kommunen gesehen, die Selbstbestimmung in ihrem Handeln in einem digitalen Umfeld sicherzustellen. Stichworte für die alle Tätigkeitsfelder der öffentlichen Verwaltung betreffende technologische Entwicklung lauten: KI, Big Data, Internet of Things (IoT), Plattformökonomie und Cloud Computing.² Im Bereich der öffentlichen Verwaltung ergeben sich daraus verschiedene Faktoren: Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsdienstleistungen (OZG), digitale Daseinsvorsorge einschließlich Bildung, Entwicklung einer Cloud-Strategie und die Entwicklung eines digitalen Ökosystems aus Verwaltung und Zivilgesellschaft.³

In der derzeit intensiv geführten Diskussion zum Datenrecht tritt auch der Begriff der Datensouveränität als Teil der digitalen Souveränität immer stärker in den Vordergrund.⁴ Dabei geht es vor allem darum, die selbstbestimmte Nutzung personenbezogener Daten in einem digitalen Ökosystem zu bezeichnen.⁵ Es kann aber auch um die Kontrolle und Verfügung über nicht-personenbezogene Daten (Maschinendaten) durch Unternehmen unterhalb der Schwelle geistigen Eigentums gehen.⁶ Ebenso betroffen sind öffentliche Verwaltungen im Hinblick auf ihren Datenbestand, deren Verfügung oft in Verträgen mit Privaten derart eingeschränkt wird, dass dies sogar in Widerspruch zu Open Data gerät.⁷

Ein weiterer Bestandteil ist die technologische Souveränität. Dies ist etwa beeinträchtigt durch eine starke Abhängigkeit von einzelnen Softwareanbietern oder Anbietern von Clouddiensten.⁸ Besonders kritisch ist der „Vendor-Lock-In“, also die Abhängigkeit von einem Anbieter ohne

1 Stärkung der Digitalen Souveränität der Öffentlichen Verwaltung, 2020, S. 1, <https://www.it-planungsrat.de/beschluss/beschluss-2020-19>.

2 Vgl. KGSt, Bericht Nr. 05/2021, Open Source in Kommunen, Teil 1, S. 9 f.

3 Vgl. KGSt-Bericht, S. 25.

4 Vgl. etwa Drexler, u.a., Position Statement MPI Data Act, 2022, Rn. 215.

5 Datenschutzkonferenz, 2020, S. 1.

6 Vgl. etwa Fraunhofer CCIT, Datensouveränität, <https://www.cit.fraunhofer.de/de/technologien/datensouveraenitaet.html>.

7 Vgl. KGSt-Bericht, S. 14.

wirtschaftlich darstellbare Wechselmöglichkeiten, was meist noch durch herstellerspezifische Formate und Inkompatibilitäten verstärkt wird.⁹

Dies betrifft auch den Bereich der öffentlichen Verwaltung.¹⁰ Als einer der Bausteine zur Sicherung der digitalen Souveränität und zum Abbau von Abhängigkeiten wird die vermehrte Nutzung von Open Source-Software sowie Offenen Standards angesehen.¹¹ Dies ist auch Bestandteil der durch die AG Cloud Computing und Digitale Souveränität sowie den IT-Planungsrat beschlossene Strategie.¹² Als Teil der Stärkung der digitalen Souveränität wird die Schaffung eines angemessenen Rechtsrahmens gesehen. Dieser kann dazu beitragen, den Übergang zu Offenheit und den notwendigen „Kulturwandel“ zu beschleunigen.¹³ Auch im Koalitionsvertrag der Bundesregierung 2021 sowie in der Digitalstrategie der Bundesregierung 2022 finden sich der Grundsatz digitaler Souveränität als Leitprinzip sowie ein Passus, wonach Open Source bei Entwicklungsaufträgen die Regel sein soll.¹⁴

2. OSS im Vergleich mit herkömmlicher proprietärer Software

Open Source Software (OSS) bezeichnet eine Software, die ein besonderes Entwicklungs- und Vermarktungsmodell beinhaltet. Aufgrund der Besonderheiten von OSS gilt diese heute allgemein als qualitativ besser, auch unter dem Sicherheitsaspekt, gegenüber herkömmlicher, proprietärer Software, so dass viele proprietäre Hersteller das Entwicklungsmodell in gewissem Umfang nachahmen. Unter den Aspekten Innovationsfähigkeit, Sicherheit und Wirtschaftlichkeit wird OSS heute als überlegen angesehen, was auch für die öffentlichen Verwaltungen nutzbar gemacht werden müsse.¹⁵

Entgegen früher verbreiteter Meinung geht es nicht um eine ohne rechtliche Einschränkungen verfügbare Software, sondern im Kern wird in den zugrundeliegenden Lizenzen die Bearbeitung freigestellt und die Pflicht verankert, Software ohne Lizenzgebühren und gegen Verpflichtung zur Einhaltung der Open Source-Lizenzbedingungen weiterzugeben.¹⁶ Darin liegt der Kernunterschied zu herkömmlicher, proprietärer Software.

8 PwC, Strategische Marktanalyse zur Reduzierung von Abhängigkeiten von einzelnen Software-Anbietern, 2019, S. 3 f.

9 Vgl. KGSt-Bericht, S. 13.

10 Vgl. Deutscher Städtetag, Digitale Souveränität von Kommunen stärken, 2020; Jaeger/Metzger, Open Source Software, 5. Aufl. 2020, Rn. 19.

11 Vgl. KGSt-Bericht, S. 8; EU-Kommission, Open-Source-Software-Strategie 2020-2023, 2020, S. 3;

12 Vgl. KGSt-Bericht, S. 22 f.

13 S. Deutscher Städtetag, Digitale Souveränität von Kommunen stärken, S. 8.

14 Koalitionsvertrag, S. 15: „Für öffentliche IT-Projekte schreiben wir offene Standards fest. Entwicklungsaufträge werden in der Regel als Open Source beauftragt, die entsprechende Software wird grundsätzlich öffentlich gemacht. Auf Basis einer Multi-Cloud Strategie und offener Schnittstellen sowie strenger Sicherheits- und Transparenzvorgaben bauen wir eine Cloud der öffentlichen Verwaltung auf.“; Digitalstrategie der Bundesregierung 2022, S. 33 f.

15 Vgl. Ganten, Warum Deutschland jetzt auf Open Source setzen sollte, Kommentar Computerwoche, 7.7.2017, <https://www.computerwoche.de/a/warum-deutschland-jetzt-auf-open-source-setzen-sollte,3331105>.

16 Vgl. Jaeger/Metzger, Rn. 29 ff. [

Die Einhaltung der Lizenz bei der Weitergabe kann mehr oder weniger streng ausgeprägt sein („Copyleft“).¹⁷ Die GNU/GPL als bekannteste OSS-Lizenz¹⁸ enthält ein strenges Copyleft für Veränderungen oder Ergänzungen. Lizenzen ohne Copyleft, wie die Berkeley Software-Distribution-Lizenz erlauben es, weiterentwickelte Software unter eigene oder proprietäre Lizenzen zu stellen.¹⁹ Daneben enthalten die Lizenzmodelle Regelungen zur Gewährleistung und Haftung.²⁰ Spezifisch auf das europäische Recht zugeschnitten ist die EuPL, die auf Initiative der EU-Kommission entwickelt wurde.²¹

Die so etablierten Besonderheiten werden auch plakativ als die vier Freiheiten bezeichnet.²² Da ist zunächst die Freiheit zur Nutzung, die sich vor allem bei weniger komplexer Software gut umsetzen lässt. Anders als bei herkömmlicher proprietärer Software bedarf es keiner umfangreichen Pflege- und Wartungsverträge, sondern diese Aufgaben können von der Verwaltung selbst übernommen werden. Sie kann aber auch als Dienstleistung vergeben werden und der Support kann unterschiedliche Grade an professioneller Leistungen beinhalten. Komplexere Software mit Schnittstellen zu anderen Programmen kann im Rahmen der Zusammenarbeit verschiedener Verwaltungsstellen erleichtert werden.²³ Der offene, modulare Aufbau macht auch die ergänzende Programmierung bestimmter Funktionen leichter.

Die freie Zugänglichkeit des Quellcode schafft Transparenz und erhöht die Chance, Fehler und Sicherheitslücken aufzudecken. Die Freiheit zur Bearbeitung und Veränderung zielt in die gleiche Richtung und erhöht auch die Nutzbarkeit durch eine Vielzahl von Verwaltungseinheiten mit der einfachen Möglichkeit individueller Anpassung. Zugleich bedingt sie das Vorhandensein von Alternativen und kann damit einen „lock-In“ verhindern. Weiterhin wird die Weiterentwicklung des Systems ermöglicht auch in Fällen, wo der Hersteller nicht mehr zur Verfügung steht.

Auch die Freiheit der Verbreitung ermöglicht es, Synergieeffekte zu erzielen und innerhalb der Verwaltung sowie auch mit der Community der Entwickler zu kooperieren. Zur Steigerung des „Public Value“ wird insoweit angeregt, ein Repository vorhandener Lösungen anzulegen und damit eine Nachnutzung zu ermöglichen.²⁴ Zugleich kann der Einsatz von OSS Anreize zur verstärkten Kooperation schaffen und damit Effizienzsteigerungen bewirken.²⁵ Nicht zuletzt ist auch zu bedenken, dass staatliche OSS-

17 Vgl. Leupold/Wiebe/Glossner/Huppertz, IT-Recht, 4. Aufl. 2021, Teil 2.4.2. R. 5 ff.

18 Vgl. Leupold/Wiebe/Glossner/Huppertz, IT-Recht, Teil 2.4.2. R. 14 ff. Nach Vgl. KGSt-Bericht, S. 36, gibt es ca. 350 verschiedene Lizenzen im OSS-Bereich mit Zertifizierungsmöglichkeiten durch die Open Source Initiative (OSI) oder die Free Software Foundation (FSF).

19 Zum Problem der Lizenzkompatibilität vgl. Leupold/Wiebe/Glossner/Huppertz, IT-Recht, Teil 2.4.2. R. 51 ff.

20 Vgl. Jaeger/Metzger, Open Source Software, Rn. 293 ff.

21 Vgl. Wiebe/Heidinger, MR 2006, 258; <https://joinup.ec.europa.eu/collection/eupl/eupl-text-eupl-12>.

22 Vgl. Jaeger/Metzger, , 4a Rn. 2.

23 Vgl. KGSt-Bericht, S. 32.

24 Vgl. KGSt-Bericht, S. 35, unter Hinweis auf die Praxis der Stadt Barcelona.

25 Vgl. auch Strategie des IT-Planungsrates, Fitko (2021), S. 9-10, 18.

Entwicklungen auch der Privatwirtschaft zugute kommen und damit innovationsfördernd wirken.

Eine wichtige Voraussetzung für den Ausbau der Anwendung von OSS sind offene Standards, die Interoperabilität ermöglichen und auch im proprietären Bereich mehr Herstellerunabhängigkeit bewirken können.²⁶ Dies trägt zur Stärkung der digitalen Souveränität der öffentlichen Verwaltung bei.

Beim schrittweisen Übergang zur stärkeren oder hauptsächlichen Nutzung von OSS gilt es zu beachten, dass deren Einsatzmöglichkeiten technisch und wirtschaftlich abzuklären und in die bestehende und angedachte Architektur zu integrieren sind, und auf längere Sicht eine gemeinsame Nutzung mit proprietärer Software denkbar ist. Dazu bedarf es vertieften Wissens, Know-how im Bereich Vergabe und Beschaffung sowie eines Lizenzmanagements.²⁷

II. OSS und geltendes Vergaberecht

Seit 2014 wird das nationale Vergaberecht durch drei europäische Richtlinien bestimmt, der VergabeRL 2014/25/EU, der SektorenRL 2014/17/EG und der KonzessionsRL 2014/23/EU.²⁸ Diese wurden in §§ 97 ff. GWB umgesetzt. Auf Basis von § 113 GWB wurden wiederum die VgV, die KonzVG und die VSVgV erlassen. Unterhalb der Schwellenwerte (§ 2 VgV) gelten die VOB/A sowie die Unterschwellenvergabeordnung (UvGO), soweit sie im Haushaltsvergaberecht des Bundes oder der Länder oder in Landesvergabegesetzen für anwendbar erklärt wurden.²⁹ Entsprechend gilt teilweise auch die VOL/A weiter, oder deren Anwendung wird zumindest empfohlen.³⁰ Im Unterschwellenbereich gilt grundsätzlich freie Wahl zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb.³¹

1. Anwendbarkeit §§ 98 ff. GWB

Nach geltendem Vergaberecht stellt sich zunächst die Frage, inwieweit dieses überhaupt auf OSS Anwendung findet. Nach § 103 Abs. 1 GWB ist der Begriff des öffentlichen Auftrags auf entgeltliche Verträge über die Beschaffung von Leistungen beschränkt. Insoweit wurde vertreten, dass die Software selbst vergabefrei sei, während zusätzliche Dienstleistungen

26 Vgl. KGSt-Bericht, S. 40. Dort, S. 44 ff., zu konkreten Einsatzbeispielen von OSS und offenen Standards.

27 Vgl. KGSt-Bericht, S. 42. Zur Notwendigkeit von Compliance-Massnahmen vgl. Witzel, Open Source-Einsatz und die rechtlichen Risiken, 22.9.2016. S. auch den Migrationsleitfaden des BMI, 4. Aufl., 2020, <https://www.egovernment.de/bmi-veroeffentlicht-neuen-migrationsleitfaden-a-356336/>.

28 Vgl. Leupold/Wiebe/Glossner/Wieddekind, IT-Recht, 4. Aufl, Teil 4 Rn. 5.

29 Vgl. Osseforth, IT-VergabeHdB/Siegel, § 2 Rn. 43 ff., dort auch zur zunehmenden Annäherung des Haushaltsvergaberichts an das Kartellvergaberecht.

30 Leupold/Wiebe/Glossner/Wieddekind, IT-Recht, Teil 4 Rn. 62 f.

31 Vgl. Osseforth, IT-VergabeHdB/Osseforth, § 3 Rn. 28 ff.

wie Wartung und Pflege ausgeschrieben werden müssten.³² Aufgrund der Anpassungs- und Supportleistungen in Verbindung mit Wartungs- und Beratungsleistungen liege der Schwerpunkt im Bereich der Dienstleistungen und würde damit dem Vergaberecht unterliegen.³³ Allgemein wurde auch aufgrund einer notwendigen Gesamtbetrachtung die isolierte Ausschreibung nur von OSS als vergaberechtswidrig angesehen, da es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt handele.³⁴

Diese Ansicht ist jedoch nicht zwingend.³⁵ Schon bei zeitlichem Auseinanderfallen der Beschaffung von Software und zusätzlichen Leistungen ist eine getrennte Betrachtung geboten, etwa einer nachträglichen Ausschreibung von Anpassungs- und Wartungsleistungen.³⁶ In der Bezugnahme auf einen bestimmten Anbieter liegt dann keine unzulässige Beschränkung auf einen bestimmten Anbieter und keine Diskriminierung, sondern eine notwendige Bezugnahme zur Leistungsbeschreibung. Gegen eine Gesamtbetrachtung spricht auch die Praxis bei proprietärer Software, bei der eine getrennte Betrachtung u.a. aus bilanziellen Gründen erwünscht ist.³⁷ Daher spricht viel dafür, eine isolierte Vergabe zuzulassen, aber nicht als zwingend anzusehen.³⁸

2. OSS und Vergabeverfahren

a) Ausschreibung und Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung soll den Auftragsgegenstand eindeutig und erschöpfend beschreiben, um die Verständlichkeit und Vergleichbarkeit der Angebote zu ermöglichen (§§ 121, Abs. 1 GWB, 31 VgV, § 21 UVgO). Sie muss – als (ein) Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes – hersteller-, lieferanten- und vertriebsneutral sein, was Ausdruck der in § 97 GWB aufgeführten Prinzipien ist.³⁹ Der europäische Gesetzgeber hat dem Wettbewerbsprinzip, dem Diskriminierungsverbot und dem Gleichbehandlungsgrundsatz den Vorrang vor dem Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers eingeräumt (Art. 42 Abs. 4 VergabeRL 2014/24/EU). Die bedarfsorientierte Beschreibung soll eine gewisse Abstraktionshöhe aufweisen, bestimmte Softwareanforderungen können aber präzisiert werden. Die Beschreibung kann funktional, konstruktiv oder konventionell erfolgen.⁴⁰ Die Ausschreibung muss produkt- und markenneutral erfolgen (31 Abs. 6 VgV,

32 Müller/Gerlach, CR 2005, 87, 88.

33 Demmel/Herten-Koch, NBauZ 2004, 187, 188.

34 Heckmann, CR 2004, 401, 402.

35 Unklar Leupold/Wiebe/Glossner/Wiedekind, IT-Recht, 4. Aufl, Teil 4 Rn. 41.

36 Vgl. Müller/Gerlach, CR 2005, 87, 88.

37 Vgl. Müller/Gerlach, CR 2005, 87, 89.

38 So auch Müller/Gerlach, CR 2005, 87, 89. Vgl. auch Jaeger/Metzger, Rn. 437.

39 Vgl. Osseforth, IT-VergabeHdB/Lampert, § 6 Rn. 14 f. S. auch Erwägungsgrund 74 der RL 2014/24/EU, wonach Ziel die Einreichung von Angeboten ist, die die Diversität der technischen Lösungen Normen und technischen Anforderungen in dem Markt widerspiegeln.

§ 29 Abs. 6 SektVO, § 23 Abs. 5 UVgO, UfAB 2018, 73). Nach § 31 Abs. 6 VgV, § 23 Abs. 5 UVgO können ausnahmsweise bei sachlicher Rechtfertigung Bezeichnungen bestimmter Erzeugnisse und Verfahren verwendet werden. Weiterhin ist dies zulässig, wenn eine hinreichende Beschreibung nicht anders möglich ist, dann mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“.⁴¹

Im Hinblick auf diese Anforderungen ist – zur früheren Rechtslage – vorgebracht worden, dass eine auf OSS bezogene Ausschreibung zu einem faktischen Ausschluss und damit zu einer Diskriminierung bestimmter Wettbewerber führe.⁴² Es gebe einen Wettbewerb zwischen Herstellern von OSS und proprietärer Software, und beiden müsse die Chance auf Wettbewerb gegeben werden. Eine auf OSS beschränkte Leistungsbeschreibung sei dann als „bestimmte Erzeugnisse oder Bezugsquellen“ (§ 7 Abs. 3 VOL/A) anzusehen, oder diese Regelung zumindest analog anzuwenden.⁴³ Die Ausnahme greife nicht bei allgemeinen wirtschafts- und strukturpolitischen Erwägungen. Aus Gründen der IT-Sicherheit als sachlicher Begründung müsse nicht zwingend ein OSS-Produkt ausgeschlossen werden, sondern eine Abstraktionshöhe gewählt werden, die auch Raum für Bewerber mit proprietärer Software ließe. Heckmann hielt daher die damaligen Ausschreibungen der Stadt München sowie des Deutschen Bundestags für rechtswidrig.

Dies wurde von der Gegenmeinung bestritten. Die Vorgabe, nur Software zu beschaffen, bei der der Quellcode offengelegt ist, reduziere die Ausschreibung nicht auf ein bestimmtes Produkt, da heute viele Hersteller sowohl proprietäre als auch freie Software anbieten. Produktbezug ist auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen bezogen.⁴⁴ Das ist etwa der Fall, wenn die technischen Spezifikationen nur von den Produkten eines einzigen Herstellers erfüllt werden können.⁴⁵ Daher könne aber in der Bezugnahme auf OSS keine Nennung bestimmter Erzeugnisse oder Bezugsquellen gesehen werden.⁴⁶ Auch die Vorgabe vertriebsbezogener Kriterien, als die OSS gesehen werden kann, liesse sich nicht als Produktbezug ansehen.⁴⁷

Selbst wenn man in einer entsprechenden Ausschreibung eine Produktvorgabe sähe, ergäbe sich die Möglichkeit der Anwendung der Ausnahme nach § 31 Abs. 6 VgV bei sachlicher Rechtfertigung, wobei technische, wirtschaftliche oder sonstige Gesichtspunkte relevant sein

40 Zu den Anforderungen an die verschiedenen Beschreibungsarten Osseforth, IT-VergabeHdB/*Lampert*, § 6 Rn. 35 ff.

41 Vgl. auch § 31 Abs. 6 VgV, in Umsetzung von Art. 42 Abs. 4 VergabeRL 2014/24/EU; § 7 Abs. 4 VOL/A, wonach der Zusatz auch dann entfallen kann, wenn ein sachlicher Grund dafür besteht.

42 Heckmann, CR 2004, 401, 404.

43 Heckmann, CR 2004, 401, 405.

44 Vgl. auch die Beispiele aus der vergaberechtlichen Spruchpraxis bei Osseforth, IT-VergabeHdB/*Endler*, § 7 Rn. 9 ff.

45 OLG München, Verg 22/19, BeckRS 2020, 7129.

46 Leupold/Wiebe/Glossner/*Wieddekind*, IT-Recht, 4. Aufl, Teil 4 Rn. 169; Demmel/Herten-Koch, NBauZ 2004, 187, 188.

47 Demmel/Herten-Koch, NZBau 2004, 187, 188.

können.⁴⁸ So kann die Sicherstellung von Kompatibilität einen sachlichen Grund darstellen.⁴⁹ Dabei kann das Einfügen in bestehende Systeme ohne Störungen oder Engpässe relevant sein, etwa wenn bereits OSS im Einsatz ist. Allerdings sind Kompatibilitätsprobleme und mögliche Fehlfunktionen konkret nachzuweisen, damit eine Systementscheidung nicht zu einer dauerhaften Wettbewerbsbeschränkung führt.⁵⁰ Kompatibilität mit einem fremden System kann ein Grund sein, wenn sie im Rahmen einer Kooperation notwendig ist.

Auch die Wirtschaftlichkeit unter Einschluss der Folgekosten kann ausnahmsweise entsprechende Produkt- oder Herstellervorgaben rechtfertigen. Diese wurde als Grundsatz ausdrücklich in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB aufgenommen. Dabei wird den Auftraggebern ein gewisses Ermessen zugestanden, soweit die Entscheidung nachvollziehbar begründet und dokumentiert ist.⁵¹ Für die Gesamtwirtschaftlichkeit relevante Folgekosten können sich aus der Umstellung auf andere Produkte oder auch das Entstehen von Lizenzgebühren bei Verwendung nicht offener Lizenzen ergeben.⁵²

Danach können die Vorteile von OSS, Sicherheit, Flexibilität, Interoperabilität und Anpassungsmöglichkeiten, als sachliche Gründe in diesem Sinne angesehen werden.⁵³ Dagegen wird überwiegend die Bezugnahme auf konkrete OSS-Lizenzen für unzulässig gehalten, da pauschal die etwa bei der GPL geforderte Einräumung von Nutzungsrechten an jedermann über das hinaus geht, was für die Verwaltung erforderlich sei.⁵⁴

Es bleiben aber Unsicherheiten. Nach der UfAB 2018 kann in der Eingrenzung des Beschaffungsgegenstands auf OSS zum einen das Problem liegen, dass dieser Begriff nicht eindeutig genug ist.⁵⁵ Zum anderen wird in der Beschaffungsentscheidung für OSS dann eine mögliche Einschränkung des Wettbewerbs gesehen, wenn proprietäre Hersteller Software mit denselben Funktionen bereitstellen können. Daher wird eine Orientierung an produktspezifischen Ausschreibungen nahegelegt.⁵⁶ Dies ist aber wohl je nach Einzelfall zu beurteilen. Es bleibt im Rahmen produktspezifischer Ausschreibungen die Möglichkeit, wie zuvor beschrieben, sachliche Gründe ins Feld zu führen oder die Ausschreibung mit der Möglichkeit eines Gleichwertigkeitsnachweises zu versehen.

48 Vgl. auch § 7 Abs. 3 VOL/A.

49 Vgl. die Nachweise aus der jüngsten Rechtsprechung bei Osseforth, IT-VergabeHdB/*Endler*, § 7 Rn. 21 ff.

50 Vgl. die Nachweise bei Osseforth, IT-VergabeHdB/*Endler*, § 7 Rn. 25.

51 Vgl. etwa EuGH C-413/17 Rn. 30, BeckEuRS 2018, 600729; OLG Düsseldorf, Verg 66/18, NZBau 2020, 184, 188.

52 Insoweit OLG Düsseldorf, 12.2. 2014, VK 1-2/16 Rn. 114.

53 Müller/Gerlach, CR 2005, 87, 91, mit dem Vorschlag der Ausschreibung der Einsicht in den Quellcode oder Einräumung bestimmter Nutzungsrechte; Demmel/Herten-Koch, NBauZ 2004, 187, 188; ähnlich Vgl. auch Jaeger/Metzger, Rn. 435 f., mit weiteren sachlichen Gründen. Zum Aspekt der Kompatibilität als sachlichem Grund vgl. Ohrtmann, VergabeR 2012, 376, 382, m.w.N. aus der Rechtsprechung. Vgl. ferner UfAB2018, S. 76.

54 Müller/Gerlach, CR 2005, 87, 92.

55 UfAB 2018, Kap. B, S. 76.

56 UfAB 2018, Kap. B, S. 76.

Von der Ausschreibung der Software-Lieferung als reinem Lieferauftrag ist diejenige von Migrations- und Anpassungsdienstleistungen zu unterscheiden, wie es etwa beim am 20. 12. 2002 ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag zur Migration der IT-Infrastruktur des Bundestags auf das Linux-Betriebssystem der Fall war. Hier steht die Leistung im Vordergrund und nicht die anzupassende oder einzuführende Software.⁵⁷ Entsprechend wird auch empfohlen, statt eines konkreten Produkts einen Produkt- oder Dienstleistungsrahmen auszuschreiben.⁵⁸

Desweiteren wird ein Beschaffungsbedarf für eine Innovationspartnerschaft nach § 19 VgV angenommen, wenn der Bedarf nicht durch am Markt verfügbare Produkte oder Dienstleistungen befriedigt werden kann. Dann kann die Leistungsbeschreibung auch in Form einer zu lösenden Aufgabe beschreiben (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 VgV).

b) Zuschlag und Wertung

Die Verbindung zwischen Zuschlagskriterien und Ausschreibung wird über § 127 Abs. 3 GWB hergestellt, wonach die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Dabei können auch Nachhaltigkeitsaspekte in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus der Leistung als eigentlich „vergabefremde Kriterien“ Berücksichtigung finden (§ 127 Abs. 3 S. 2 GWB). Weiterhin müssen Zuschlagskriterien nach § 127 Abs. 4 S. 1 GWB bestimmt formuliert sein, um willkürliche Entscheidungen auszuschließen, müssen einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten und dürfen einzelne Bewerber nicht diskriminieren. Bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots können nach § 127 Abs. 1 S. 3 GWB auch qualitative, umweltbezogene und soziale Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden.⁵⁹ Weiterhin können die Auftraggeber die Verfügbarkeit von Kundendienst und Support-Leistungen festlegen (§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 VgV). Auch können sich Zuschlagskriterien auf innovative Aspekte beziehen, also neuartige oder verbesserte Waren oder Dienstleistungen, neue Vermarktungsmethoden sowie anderweitige Aspekte, die ein nachhaltiges und integratives Wachstum fördern.⁶⁰ Jenseits der Grenze des Zusammenhangs liegen Aspekte der Unternehmenspolitik oder Geschäftsstrategie.

Die Vorgabe der Verwendung freier Software steht mit dem Gegenstand des Auftrags in Verbindung, da sich die Merkmale von OSS sowohl hinsichtlich der Kosten für die Beschaffung als auch die Weiterbearbeitung der Software auswirken können.⁶¹ Für die Ablehnung einer Diskriminierung

57 Demmel/Herten-Koch, NZBau 2004, 187, 188.

58 Vitako-Handreichung, Ausschreibungen von Open Source Software, 2021, S. 3. Zu den Anforderungen an Rahmenvereinbarungen allgemein vgl. Osseforth, IT-VergabeHdB/*Schneevogl*, § 12 Rn. 42ff.

59 Vgl. auch Osseforth, IT-VergabeHdB/*Schneevogl*, § 12 Rn. 63 f., wonach im Rahmen qualitativer Zuschlagskriterien die technischen und rechtlichen Unwägbarkeiten aus der Schnelllebigkeit der Softwarelösung beherrschen lassen, indem Zukunftsfähigkeit und Weiterentwicklungsfähigkeit als Anknüpfungspunkte für Zuschlagskriterien eingeführt werden.

60 Vgl. Osseforth, IT-VergabeHdB/*Byok/Wübbelt/Horschik*, § 11 Rn. 52 f.

61 Vgl. auch Demmel/Herten-Koch, NZBau 2004, 187, 189; Müller/Gerlach, CR 2005, 87, 92.

wird auch darauf abgestellt, dass proprietäre und freie Software sich hinsichtlich des Anschaffungspreises, der Folgekosten sowie der weiteren Anpassung und Abänderung der Programme unterscheiden und es daher keine vergleichbaren Produkte seien.⁶² Die Förderung von Innovation, Qualität und umweltbezogenen Aspekten ist unten unter Punkt III.4. näher zu untersuchen.

Mit den oben angeführten Kriterien bietet das aktuelle Vergaberecht verschiedene Möglichkeiten, auch bei einer neutralen Ausschreibung den Zuschlag an OSS unter finanziellen sowie weiteren Kriterien vorrangig zu erteilen.⁶³ Soweit es sachliche Gründe gibt, sind auch damit verbundene wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hinzunehmen.⁶⁴ In diesem Rahmen ist auch die frühere Diskussion, ob das Abstellen auf offene Lizenzen „vergabefremde“ Zuschlagskriterien begründe,⁶⁵ obsolet. Hinsichtlich der einzubindenden Vertragsbedingungen kommen grundsätzlich die EVB-IT in Betracht. Hier besteht die Notwendigkeit der Anpassung an OSS, wofür bereits ausführliche Vorschläge vorliegen.⁶⁶

3. Fazit

Die Neuordnung des Beschaffungsrechts aus europäischer Grundlage und die damit verbundene Klarstellung von Entscheidungsspielräumen der öffentlichen Hand und der Berücksichtigung auch vergabefremder Kriterien hat die bereits zuvor überwiegend angenommene Auffassung der Zulässigkeit von auf OSS bezogenen Ausschreibungen noch verstärkt. Selbst wenn man eine produktspezifische Ausschreibung annehmen würde, ist eine sachliche Rechtfertigung zu begründen. Den Anforderungen an eine hinreichende Beschreibung kann letztlich durch einen Gleichwertigkeitszusatz Rechnung getragen werden. Während es immer gilt, auf den Einzelfall abzustellen, bleiben aber Unsicherheiten und Bedenken hinsichtlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit sowie der Frage, ob ein unzulässiger Produktbezug vorliegt. Diese lassen sich durch eine entsprechende gesetzliche Regelung beseitigen und es kann so für hinreichende Rechtssicherheit sorgen. Deren rechtliche Zulässigkeit und Ausgestaltung soll im Folgenden untersucht werden.

III. OSS und § 97 GWB

62 Demmel/Herten-Koch, NZBau 2004, 187, 189.

63 Das gesteht selbst Heckmann, CR 2004, 401, 408, zu.

64 OLG Karlsruhe, 15 Verg 5/13, BeckRS 2014, 8129.

65 Heckmann, in: Spindler (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open-Source, 2004, S. 281 Rdnrn. 30 und 67.

66 OSB Alliance, Handreichung zur Nutzung der EVB-IT beim Einsatz von Open Source Software – Beschaffung von Open Source Software für Behörden und öffentliche Einrichtungen, 2. Aufl. 2018. Vgl. auch UfAB 2018, Kap. B, S. 87.

1. Unions- und verfassungsrechtliche Einbettung

§ 97 Abs. 2 GWB dient der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien, die auf dem Grundsatz von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung aufbauen (Art. 18 (1) VergabeRL; Art. 36 (1) SRL; Art. 3(1) KonzRL). Zugleich wird die Vorschrift als Ausdruck von Art. 3 Abs. 1 GG, auch in Bezug auf die Diskriminierung von Inländern, sowie von Art. IV Agreement on Government Procurement (GPA) der WTO angesehen.⁶⁷ Art. 34, 49, 56 AEUV finden zwar wegen der Sperrwirkung der EU-Vergaberichtlinien keine unmittelbare Anwendung, dürften aber wegen deren Zielrichtung bei der Auslegung mit zu berücksichtigen sein. Gleiches gilt für das Diskriminierungsverbot von Art. 18 AEUV sowie Art. 21 GRC, die ihrerseits hinter die Grundfreiheiten zurücktreten.⁶⁸ Die Regelung vereint daher die verschiedenen Regelungen und deren unterschiedliche Zielrichtungen in einer Norm.⁶⁹ Gleichbehandlungsgrundsatz, Transparenzgrundsatz und Wettbewerbsgrundsatz bedingen sich gegenseitig und hängen eng zusammen.⁷⁰

Desweiteren ist von Bedeutung, dass die Regelung gem. § 97 Abs. 6 GWB ein subjektives Recht begründet, das im Vergabeverfahren geltend gemacht werden kann. Die Regelung gilt aufgrund des Hintergrundes für jeden Bewerber und Bieter aus dem Inland, aus der EU sowie aus Drittstaaten.

2. Diskriminierungsverbot § 97 Abs. 2 GWB und OSS-Bevorzugung

a) Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

Ausgangspunkt ist zunächst, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen von § 97 Abs. 1 GWB das Leistungsbestimmungsrecht hat, das nur eingeschränkt überprüft wird aber auch nicht uneingeschränkt besteht.⁷¹ Im Ausgangspunkt bestehen zunächst Grenzen aus den Grundsätzen wirtschaftlicher und fiskalischer Vernunft, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie den Regelungen von § 97 GWB bestehen.⁷² Eine Grenze für das Leistungsbestimmungsrecht kann sich etwa insoweit ergeben, als im Hinblick auf den Detaillierungsgrad technischer Spezifikationen zu fragen ist, ob der gewählte Detaillierungsgrad zur Erreichen der verfolgten Ziele notwendig ist.⁷³ Man kann dabei jedoch auch sektorspezifische Besonderheiten einbeziehen, und ein allgemeiner Verhältnismäßigkeitsvorbehalt wird für das Leistungsbestimmungsrecht abgelehnt.⁷⁴

67 Dazu Seidel/Probst, in: Dausen HdbEU-Wirtschaftsrecht, H.IV. Rn. 302.

68 Byok/Jaeger/Hailbronner, Vergaberecht § 97 Rn. 85.

69 Vgl. Beck VergabeR/Dörr, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 2 Rn. 4 f.

70 MüKoEuWettbR/Knauff 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 57 ff.;

Immenga/Mestmäcker/Dreher, 6. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 76.

71 Vgl. die Nachw. bei Osseforth, IT-VergabeHdB/Endler, § 7 Rn. 31 ff. Zur Beschaffungsautonomie OLG Düsseldorf VII-Verg 16/12, NZBau 2013, 650 Rn. 38 ff.

72 BGH – X ZB 3/17, NZBau 2017, 366 Rn. 34

73 EuGH, C-413/17, ZfBR 2019, 494, 498 – Roche Lietuva.

b) Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes § 97 Abs. 2 GWB

Der in § 97 Abs. 2 GWB verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz richtet sich zunächst im Sinne der Diskriminierungsverbote des Art. 18 AEUV, des Art. 21 GRCh sowie der Grundfreiheiten gegen eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung von Unternehmen aus dem EU-Ausland. Eine solche kann anknüpfen an die Staatsangehörigkeit, den Sitz des Unternehmens oder die Herkunft der Waren. Eine mittelbare Benachteiligung kann darin liegen, dass zwar formal die gleichen Anforderungen gestellt werden, diese aber von ausländischen Bietern schwerer erfüllt werden können. Im Bereich der EU-Vergaberichtlinien kommen die Grundfreiheiten nur subsidiär gegenüber den Vergaberichtlinien zur Anwendung, im Unterschwellenbereich dagegen in vollem Umfang.

Die EU-Vergaberichtlinien gehen weiter und stellen einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung auf, der über die Diskriminierung wegen der Herkunft hinausgeht.⁷⁵ Mangels Grundlage im Binnenmarktrecht lässt sich dieser allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz auf Art. 20 GRCh stützen.⁷⁶ Weiterhin setzt § 97 Abs. 2 GWB auch den grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG um. Ausfluss der Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 GG in der Vorschrift ist es, dass auch das Verbot der Inländerdiskriminierung in der Regelung enthalten ist.

Der für das gesamte Verfahren der Beschaffung geltende Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist.⁷⁷ Er zielt darauf ab, Chancengleichheit zu gewährleisten, nicht aber, bereits bestehende Vor- oder Nachteile einzelner Bieter auszugleichen.⁷⁸

Ausdruck dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist etwa das Erfordernis der Produktneutralität der Leistungsbeschreibung. Der Bieter muss die Möglichkeit haben, die Gleichwertigkeit seines Angebots hinsichtlich der technischen Anforderungen nachzuweisen. Wird beispielsweise in der Ausschreibung auf ein Gütezeichen verwiesen, so sollen die bei diesem zugrundeliegenden Kriterien nichtdiskriminierend und für alle zugänglich sein (§ 34 Abs. 2 VgV). Andere gleichwertige Gütezeichen oder gleichwertige Belege müssen akzeptiert werden (§ 34 Abs. 4, 5 VgV).

Wird eine technische Lösung in der Leistungsbeschreibung festgeschrieben, die den Bieterkreis einschränkt, so muss sich der Ausschreibende zuvor einen Überblick über die Alternativen verschaffen und positiv begründen, warum diese technischen Lösungen seinen

74 MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 39; Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 97 Rn. 126.

75 S. etwa Art. 18 Abs. 1 VergabeRL, wonach alle Teilnehmer „in gleicher und nicht-diskriminierender Weise“ zu behandeln sind. Dieser Grundsatz wurde zuvor durch den EuGH entwickelt, vgl. die Nachweise bei MüKoEuWettbR/Kühling/Huerkamp, § 97 Rn. 24 f.

76 Beck VergabeR/Dörr, § 97 Abs. 2 Rn. 13.

77 Vgl. etwa EuGH, C-391/97, Slg. 1999, I-5451 Rn.21 -Gschwind; C-9/14, ECLU:EU:C:2015:406 Rn. 21 - Kieback; OLG München Verg13/07, BeckRS 2007, 19484.

Nach Beck VergabeR/Dörr, § 97 Abs. 2 Rn. 14, ist das Gebot sachangemessener Ungleichbehandlung in unionskonformer Auslegung der Umsetzungsnorm zu ergänzen.

78 OLG Celle, 13 Verg 4/18, NZBau 2019, 208 Rn. 13; VK Bund, VK 2-67/14, IBRRS 2014, 3111.

Beschaffungszwecken nicht genügen.⁷⁹ Auch der EuGH hat betont, dass die Gefahr der Bevorzugung eines bestimmten Herstellers desto größer ist, je detaillierter die technischen Spezifikationen sind.⁸⁰

Das OLG Düsseldorf sieht beispielhaft die Zulässigkeit im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechts gewahrt, sofern „vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert. Dem Auftraggeber steht bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung muss aber nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein“.⁸¹

Hinsichtlich Zuschlag und Wertung ist trotz eigentlich weiten Spielraums die Grenze erreicht, wenn Qualitätskriterien auf einzelne Unternehmen zugeschnitten sind oder einigen Kriterien ein ihnen eigentlich sachlich nicht zukommendes Gewicht beigemessen wird und objektiv geeignete Unternehmen ausschließt.⁸² Die Auswahlentscheidung muss nach einheitlichen Maßstäben getroffen werden, was zu einer Selbstbindung führen kann. Relevant für den Gleichbehandlungsgrundsatz sind weiterhin die gleichmäßige Versorgung mit Informationen, die einheitliche Anwendung der Verfahrensregeln, die Gleichbehandlung im Verhandlungsverfahren sowie Kriterientreue und Formstrenge.⁸³

c) Anwendung auf OSS-Bevorzugung

Zu untersuchen ist nunmehr, inwieweit eine generelle Priorisierung von OSS im Vergabeverfahren im Lichte des konkretisierten Inhalts des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu bewerten wäre.

Die Bewertung hängt zunächst von der ausgeschriebenen Leistung ab. Wie bereits dargestellt, hätte eine auf OSS beschränkte Ausschreibung keinen unerlaubten Produktbezug als Verstoss gegen die Produktneutralität im engeren Sinne zur Folge. OSS ist ein System zur Entwicklung und Vermarktung von Software und nicht auf ein bestimmtes Unternehmen oder Produkt bezogen. Es könnte darin jedoch eine indirekte oder verdeckte Diskriminierung zu sehen sein, wenn die technischen Anforderungen auch durch proprietäre Software zu erfüllen wären. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass die technischen Spezifikationen nicht zu detailliert sein dürfen und der Anbieter vor der Ausschreibung prüfen muss, ob alternative technische Lösungen seinen Beschaffungszwecken auch gerecht werden. Obwohl dies eine Frage der Beurteilung im Einzelfall ist, lässt sich nicht ausschließen, dass für den

⁷⁹ OLG Celle, 13 Verg 1/08, OLGR Celle 2008, 663.

⁸⁰ EuGH C-413/17, ZfBR 2019, 494, 497 – Roche Lietuva.

⁸¹ OLG Düsseldorf, 16.10.2019, Verg 66/18, NVBau 2020, 184, 188 (Swissphone); vgl. auch OLG Düsseldorf, VII-Verg 16/12, NZBau 2013, 650, 651.

⁸² VK Bund, VK1-92/20, BeckRS 2020, 37933, für das Zuschlagskriterium “EU-Lieferkette”, das Unternehmen außerhalb der EU ohne sachliche Rechtfertigung diskriminiert.

⁸³ Vgl. Beck VergabeR/Dörr, § 97 Abs. 2 Rn. 26 ff.

konkreten Bedarf eine Wettbewerbslösung möglich ist und daher eine Beschränkung auf OSS als Ungleichbehandlung anzusehen wäre.

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine behindernde Maßnahme im Sinne der EU-Grundfreiheiten vorliegen, wenn eine Vergabe die Verwendung des UNIX-Betriebssystems vorschreibt.⁸⁴ Dadurch würden Interessenten, die ähnliche Systeme verwenden, davon abgehalten, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Eine generelle Priorisierung von OSS kann in den Auswirkungen ähnlich bewertet werden und damit diskriminierend wirken.

Können die für die Beschaffung im Vordergrund stehenden Anforderungen auch von proprietärer Software erfüllt werden können, so handelt es sich um einen Wettbewerbsbereich, bei dem eine Beschränkung auf OSS im ersten Schritt eine Ungleichbehandlung begründen kann.⁸⁵ Hier sind dann die weiteren Schritte zu gehen, die § 97 GWB vorsieht.

3. Zugelassene Ungleichbehandlungen § 97 Abs. 2 GWB

a) Möglichkeiten und rechtliche Grenzen

§ 97 Abs. 2 GWB öffnet selbst die Tür für mögliche Ungleichbehandlungen, indem diese zugelassen werden, „soweit eine Ungleichbehandlung... aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet“ ist. Die Vorschrift ist Ausdruck des verfassungsrechtlich (GG, EU Grundfreiheiten, Unionsgrundrechte) gebotenen Gesetzesvorbehalts. Der Vorbehalt erfasst das GWB sowie die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen, insbesondere die VgV. Beispiele für erlaubte Ungleichbehandlungen sind die Sonderregeln für Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen in § 130 GWB sowie die Rechte der Behindertenwerkstätten § 118 GWB.

Über den Gesetzesvorbehalt hinaus sind die unions- und verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Ungleichbehandlung zu beachten.⁸⁶ Diese werden zum einen bestimmt durch die in die Richtlinien inkorporierten anerkannten Schranken des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots (Art. 18; Art. 34, 49, 56 AEUV)⁸⁷, zu denen das Vorliegen eines wichtigen Gemeinwohlbelangs sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehören. Zum anderen sind die Gleichbehandlungsgebote von Art. 20 GRCh sowie Art. 3 GG zu beachten. Diese fließen trotz der Sperrwirkung der Richtlinien zum einen in die Auslegung ein, zum anderen bilden sie eine materiellrechtliche Grenze für die Ausgestaltung von Regelungen im Rahmen von § 97 Abs. 2 GWB. Insoweit lässt sich der Rechtsprechung des EuGH ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz entnehmen, der weit über die Diskriminierungsverbote im Rahmen der Grundfreiheiten hinausgeht.⁸⁸

84 EuGH C-328/96, BeckRS 2004, 76412; EuGH C-412/93, BeckRS 2004, 77113.

85 Vgl. auch Jaeger/Metzger, Rn. 435 f., die aber für den Regelfall davon ausgehen, dass eine entsprechende „Funktionsäquivalenz“ nicht gegeben ist.

86 „Auffangordnung“, Siegel, EWS 2008, 66.

87 EuGH C-234/03, Slg. 2005 I-9315 Rn. 49 – Contse.

88 MüKoEuWettbR/Kühling/Huerkamp, § 97 Rn. 24 f.

Im Hinblick auf Art. 20 GRCh wird eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn sie „auf einem objektiven und angemessenen Kriterium beruht, d.h. wenn sie im Zusammenhang mit einem rechtlich zulässigen Ziel steht“, und wenn die „unterschiedliche Behandlung in angemessenem Verhältnis zu dem ... verfolgten Ziel steht“.⁸⁹ Der Kreis der zulässigen Ziele ist weit gespannt, die ältere Rspr. verlangte „objektive Unterschiede von einigem Gewicht“.⁹⁰ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁹¹ beinhaltet zum einen die Eignung der Maßnahme zu prüfen. Weiter ist bedeutsam, ob es sich um eine notwendige Maßnahme handelt oder das verfolgte Ziel auch anderweitig erreicht werden kann. Von den in Betracht kommenden geeigneten Maßnahmen ist die am wenigsten belastende zu wählen. Schließlich muss die unterschiedliche Behandlung in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel stehen. Sie ist unzulässig, wenn sie „außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen“ steht.⁹² Es kommt auf den Nutzen der Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Ausmaß der aus der Ungleichbehandlung folgenden Benachteiligung an.

Verfassungsrechtlich wurde im Rahmen von Art. 3 GG lange der Rahmen durch das Willkürverbot gezogen, während zunehmend das Verhältnismäßigkeitsprinzip in den Vordergrund tritt. Insgesamt bedarf es danach eines sachlichen Differenzierungsgrunds sowie der Anknüpfung an zulässige und verhältnismäßige Differenzierungsmerkmale.⁹³ Zu berücksichtigen ist aber auch, dass der Staat stärker Allgemeinwohlbelangen verpflichtet ist als ein Privater und daher bei der Beschaffung auch Mittel indirekter Steuerung einsetzen können muss.⁹⁴ Bei Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit im Vergabeverfahren ist danach zu fragen, ob zwischen unterschiedlich behandelten Personen keine Unterschiede von solcher Art oder solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.⁹⁵

Daher ist allgemein von einer Begrenzung der zulässigen Ungleichbehandlung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszugehen, der quasi die unions- und verfassungsrechtlichen Schranken „bündelt“ und im Lichte der unions- und verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote auszulegen ist.⁹⁶ Dieser ist nunmehr in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB ausdrücklich angeführt. Diese Grenzen sind auch unmittelbar im Unterschwellenbereich außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB zu beachten.

b) OSS-Bevorzugung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

89 EuGH, C-101/12 – Schaible, 17.10.2013 Rn.77; C-156/15 – Private Equity, 10.11.2016 Rn.49.

90 EuGH, C-351/98 – Connect Austria, Slg.2003, I-5197 Rn.115.

91 Vgl. Jarass, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Rn. 17 f.

92 EuGH, C-390/15 – RPO, 7.3.2017 Rn.64.

93 Pünder/Schellenberg/*Fehling*, Vergaberecht, § 97 Rn. 89 m.w.Nachw.; Kommentar Rn. 95.

94 Pünder/Schellenberg/*Fehling*, Vergaberecht, § 97 Rn. 97.

95 BVerfGE 102, 41, 54; 116, 229, 238

96 Beck VergabeR/*Dörr*, § 97 Abs. 2 Rn. 21.

§ 97 Abs. 2 GWB eröffnet daher die Möglichkeit, durch gesetzliche Regelung eine Priorisierung von OSS zu legitimieren. Eine entsprechende Regelung könnte im GWB verankert werden oder auch in einer auf dessen Grundlage erlassenen Rechtsverordnung. Ein Beispiel dafür ist § 97 Abs. 4 GWB, der eine Bevorzugung des Mittelstands durch Teilung der Aufträge in Lose vorsieht. Alternativ wäre eine Regelung für das Vergabeverfahren in der VgV möglich oder auch für die Zuschlagsphase in §§ 127 ff. GWB.

aa) Bevorzugung von OSS als sachbezogene Differenzierung

Es stellt sich dann die Frage, inwieweit die oben herausgearbeiteten Vorteile von OSS eine Einhaltung der bestehenden rechtlichen Beschränkungen zulässiger Ungleichbehandlungen begründen können, also eine sachliche Begründung für die Bevorzugung von OSS darstellen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalten.

Von großer Bedeutung ist zunächst, dass durch die Priorisierung keine direkte oder mittelbare Diskriminierung ausländischer Bewerber begründet wird, da diese nicht auf die Staatsangehörigkeit oder Herkunft abstellt, sondern sachbezogene Differenzierungskriterien zugrunde legt. Deren Wirkungen führen auch nicht zu einer faktischen Benachteiligung ausländischer Anbieter.⁹⁷

Die oben angeführten technischen und wirtschaftlichen Vorteile von OSS können sachliche Gründe für eine gesetzgeberische Bevorzugung darstellen und sind insofern einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf eine generelle Regelung der Bevorzugung von OSS zu unterziehen. Hier soll vor allem auf die Kriterien zu Art. 20 GRCh abgestellt werden.⁹⁸ Die Beurteilung nach Art. 3 GG ist dann weniger streng und wäre auch mit abgedeckt.

Allgemein sind zunächst die sachlichen Gründe anzuführen, die generell für OSS im Vergleich zu proprietärer Software im Hinblick auf die Beschaffung für die Verwaltung sprechen.⁹⁹ Wirtschaftlich stark ins Gewicht fallende Gründe für OSS sind die fehlenden Lizenzgebühren. Weiterhin von großer Bedeutung ist die Vermeidung von Abhängigkeiten von neueren proprietären Geschäftsmodellen wie etwa Software-as-a-Service, die zu hohen Folgekosten führen können. Gleichzeitig liegt in der Vermeidung von Lock-In-Effekten in Verbindung mit offenen Standards ein gravierender Vorteil in ökonomischer Sicht, aber auch unter dem separat zu berücksichtigenden Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit, der ökonomische und technische Aspekte hat. Die Öffnung von Folgemärkten durch OSS führt zu mehr Wettbewerb und Kostenvorteilen. Durch Systemumstellung auf OSS lassen sich kurzfristig erzielbare wirtschaftliche Vorteile in langfristige umwandeln. Der Gesetzgeber hat für die Nachhaltigkeit in

⁹⁷ Zur Frage der Prüfung von sachlichen Differenzierungskriterien beim Tatbestand oder den Rechtfertigungsgründen Grabitz/Hilf/von Bogdandy, AEUV Art. 18 Rn. 17.

⁹⁸ Auch die oben aufgeführte UNIX-Rechtsprechung wird eher der Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots als der Grundfreiheiten zuzuordnen und daher wie im Folgenden zu bewerten sein.

⁹⁹ Vgl. auch Poledna/Schauri/Schweizer, Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, S. 23 ff.

Bezug auf den Lebenszyklus in § 127 Abs. 3 GWB einen generellen Auftragsbezug für den Zuschlag hergestellt und damit auch einen allgemein zu berücksichtigenden Wertungsgesichtspunkt für das Vergaberecht verankert.

In technischer Hinsicht sind für OSS die Qualität der Programmierung und der resultierenden Software, die auch den Aspekt der IT-Sicherheit umfasst anzuführen. Die allgemein anerkannten Qualitätsgesichtspunkte von Software können durch OSS grundsätzlich besser erfüllt werden, da das Prinzip der offenen Erstellung für eine Beteiligung einer größeren Zahl und möglicherweise auch qualitativ besserer Programmierer zur Folge hat. Insoweit sind auch proprietäre Hersteller oft in begrenztem Umfang zu einer offenen Programmierung übergegangen, zumindest unternehmensintern.¹⁰⁰ Für die IT-Sicherheit ist OSS vorteilhafter, da Fehler wegen des offenen Codes schneller erkannt und beseitigt werden können.¹⁰¹

Die freie Verbreitung von OSS ermöglicht Synergieeffekte im Hinblick auf Kooperation innerhalb der Verwaltung sowie mit der Community der Entwickler, was wiederum positiv auf die angeführten Aspekte wirkt und auch als Aspekt der Nachhaltigkeit bewertet werden kann, vor allem im Zusammenspiel mit der Anwendung offener Standards. Eine möglichst flächendeckende Umstellung der Verwaltung kann diese Effekte verstärken, im Sinne von Netzwerkeffekten und Kompatibilität. Langfristig angelegte Verwaltungskooperationen mit Austausch von Verbesserungen kann die Nachhaltigkeit auch in technischer Hinsicht fördern.

Letztlich ergeben sich aus den genannten Merkmalen auch Vorteile in gesamtwirtschaftlicher und -gesellschaftlicher Hinsicht. Die verstärkte Nutzung von OSS durch die öffentliche Verwaltung hat auch Rückwirkungen auf die Privatwirtschaft, wie sie grundsätzlich etwa durch die Open-Data-Richtlinie 2019/1924 auch vom Gesetzgeber gesehen und gefördert werden.¹⁰² Dies betrifft zum einen die Erzielung von Verbesserungen der Software, die auch in die Privatwirtschaft zurückfließen, etwa durch Einstellen in allgemein zugängliche Repositorien. Zum anderen wird durch qualitativ bessere Software und deren breiten Einsatz auch die schnellere Einführung und Verbreitung digitaler Leistungen im E-Government durch eine bürgerfreundliche Verwaltung sowie Transparenz gefördert.

bb) Digitale Souveränität als legitimes Ziel

Bezieht man diese Aspekte in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, so besteht kein Zweifel, dass die Herstellung digitaler Souveränität einschließlich technologischer Autonomie ein legitimes Ziel des Gesetzgebers darstellt. Diese Zielsetzung wurde beim europäischen und

100 Vgl. Jaeger/Metzger, Rn. 17: „Basar-Modell“. Vgl. auch Poledna/Schauri/Schweizer, S. 18 f.

101 Weiden, Ein offener Ansatz für die IT-Sicherheit, FSFE, Public Money, Public Code, 2020, S. 22 f.

102 Vgl. auch den Beschluss des Bundestags vom 9.11.2003, mit der Forderung der Einführung von OSS-Produkten für die Bundesverwaltung, BT-Drs. 14/5246. S. 4 ff.

deutschen Gesetzgeber in verschiedener Hinsicht deutlich und dabei jeweils auch der Bezug zu OSS hergestellt. Insofern kann es auch nicht zweifelhaft sein, dass ein sachlicher Zusammenhang dieser Zielsetzung zur Beschaffung besteht, die ja die technologische Infrastruktur der Verwaltung bestimmt. Wie unter I.1. ausgeführt, ist die Zielvorstellung auch konkret genug, um mit konkreten Maßnahmen erfüllt zu werden.¹⁰³

Politischer Ausdruck des Strebens nach digitaler Autonomie ist etwa die Open Source Software Strategy der EU¹⁰⁴ im Rahmen der EU-Digitalstrategie¹⁰⁵. Im Rahmen der Open Source Software Strategy 2020-2023 sollen die Dienste innerhalb der Kommission auf OSS umgestellt werden, um die digitale Autonomie zu fördern und auch die OSS-Entwicklung in der Kommission der Gesellschaft zugute kommen zu lassen. Das Vorgängerprogramm der Open Source Software Strategy 2014-2017 hatte sich ebenfalls der Förderung der Entwicklung und des Einsatzes von OSS in der EU-Kommission verschrieben. Betont wird insbesondere die Sicherstellung eines „level playing field for open source software“.

In der Open Source Software Strategy 2020-2023 wird insbesondere hervorgehoben, dass OSS:

- das politische Ziel der Erreichung digitaler Autonomie unterstützt,
- einen Beitrag leisten zur Beseitigung von Hindernissen für den digitalen Binnenmarkt,¹⁰⁶
- die politischen Zielsetzungen der Digitalstrategie unterstützt,
- einen Beitrag der Kommission zum Digital Europe Programme darstellt,¹⁰⁷
- wichtiger Bestandteil der europäischen Datenstrategie sein kann.¹⁰⁸

Damit wird deutlich, dass einerseits die digitale Autonomie ein hochrangiges Ziel der Digitalpolitik ist, andererseits der Einsatz von OSS dabei einen hohen Stellenwert hat und über den rein kommissionsinternen Einsatz weit hinausgeht.

Weiterhin unterzeichneten am 6. Oktober 2017 32 Mitgliedstaaten der EU und des Europäischen Freihandelsabkommens (EFTA) die Tallinner E-

103 A.A. Schliesky, Stellungnahme des Lorenz-von-Stein-Instituts zum Gesetzentwurf der Landesregierung Schleswig-Holstein, Drs. 19/3267; Umdruck 19/6793, S. 6.

104 https://commission.europa.eu/about-european-commission/departments-and-executive-agencies/informatics/open-source-software-strategy_en.

105 C(2022)4388 endg.; hier wird die Förderung von OSS an verschiedenen Stellen erwähnt, vgl. etwa S. 5, 14 Fußn. 44: „Quelloffene Lösungen sorgen für ein Gleichgewicht zwischen dem unmittelbaren technischen Bedarf und der künftigen Flexibilität, steigern die IT-Sicherheit dank mehrfacher unabhängiger Qualitätskontrolle und berücksichtigen die technologische Souveränität, Offenheit und langfristige kollektive digitale Interessen.“

106 European Interoperability Framework — Implementation Strategy (COM(2017) 134): “Public administrations should not only use open source software, but whenever possible contribute to the pertinent developer communities.”

107 „This includes the deployment of interoperable solutions in areas of public interest, and sharing technology and know-how for all businesses, including SMEs and local innovators.“

108 Open Source Software Strategy 2020-2023, COM(2020) 7149, S. 3 f.

Government- Erklärung.¹⁰⁹ In dieser Erklärung rufen EU-Ministerinnen die Europäische Kommission dazu auf, die Nutzung Freier-Software-Lösungen und offener Standards zu fördern. Dabei spielen neben wirtschaftlichen Argumenten auch die Schaffung bürgerfreundlicher digitaler Verwaltungen eine Rolle. Auch in der Digitalstrategie der Bundesregierung 2022 findet sich Open Source als Schlüsseltechnologie für digitale Souveränität.¹¹⁰

cc) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Hinsichtlich der weiteren Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung lässt sich auch die Eignung nicht bezweifeln. Die oben aufgeführten Vorteile, insbesondere der technologischen Unabhängigkeit von OSS, kommen direkt dem Ziel der direkten Autonomie zugute. Hinsichtlich der Notwendigkeit ist dann die Relation zu proprietärer Software herzustellen. Es handelt sich bei den genannten Vorteilen um Systemvorteile von OSS gegenüber proprietärer Software von erheblichem Gewicht, die eine generelle Bevorzugung rechtfertigen, weil nur durch flächendeckende Einführung die genannten Vorteile nachhaltig erzielt werden können. Dies betrifft alle der genannten wirtschaftlichen und technischen Aspekte. So wirkt die bei typischer proprietärer Software bestehende Gefahr von Abhängigkeiten allein schon diametral entgegengesetzt dem Ziel der digitalen Autonomie, was die Notwendigkeit von OSS unterstreicht. Eine wichtige Voraussetzung für den Ausbau der Anwendung von OSS sind offene Standards, die Interoperabilität ermöglichen und mehr Herstellerunabhängigkeit bewirken können.¹¹¹ Dies trägt zur Stärkung der digitalen Souveränität der öffentlichen Verwaltung bei.

Zugleich deutet dies darauf hin, dass weniger belastende Maßnahmen grundsätzlich nicht geeignet sind. Eine mögliche Alternative wäre allerdings, die Entscheidung wegen der generellen Vorteile von OSS ohne gesetzliche Regelung der Priorisierung dem Vergabeverfahren in seiner derzeitigen Ausgestaltung zu überlassen. Allerdings wäre dann zu bedenken, dass aus verschiedenen Erwägungen heraus unterschiedliche Vergabeentscheidungen resultieren, die auf den verschiedenen Verwaltungsebenen zu einem Flickenteppich von (inkompatibler) OSS und proprietärer Software führen. Dies würde den genannten Aspekten von Kooperation, Kompatibilität und Qualitätsverbesserung nicht dienen und letztlich die Erreichung digitaler Autonomie stark behindern oder verhindern.

Schließlich ist zu bewerten, ob die generelle Priorisierung in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht. Hier sind vor allem die negativen Folgen zu berücksichtigen. Es kommt auf den Nutzen der Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Ausmaß der aus der Ungleichbehandlung folgenden Benachteiligung an. Dabei ist vor allem zu bedenken, welche Folgen sich für die proprietären Anbieter ergeben.

109 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/ministerial-declaration-egovernment-tallinn-declaration>.

110 Digitalstrategie der Bundesregierung, 2022, S. 34.

111 Vgl. KGSt-Bericht, S. 40. Dort, S. 44 ff., zu konkreten Einsatzbeispielen von OSS und offenen Standards.

Unmittelbare Folge wäre zunächst, dass sie in Beschaffungsentscheidungen nicht mehr zum Zuge kommen, wenn es für den Bereich eine funktionierende OSS gibt. Dies hat mittelbar auch Konsequenzen für die Entwicklung auf Softwaremärkten. Dies ist aber dem Beschaffungswesen inhärent, so dass die Auswirkungen ein Ausmaß annehmen müssten, das außer Verhältnis zu den zu erreichenden Zielen steht.

Angeichts des Gewichts der Ziele der digitalen Autonomie ist die Auswirkung eines graduellen Wandels des Softwaremarkts in Richtung OSS aber nicht als unverhältnismäßig anzusehen, zumal es durchaus Bereiche geben wird, wo OSS keine sinnvolle Alternative darstellen wird und daher auf proprietäre Lösungen zurückgegriffen werden muss. Weiterhin entstehen für OSS neue innovative Märkte, und beide Systeme lassen sich auch kombinieren, indem proprietäre Anbieter vor allem durch Anbieten komplementärer Produkte und Dienstleistungen. Es soll nach einer Studie sogar für den Anbieter proprietärer Software lukrativ sein können, die Software als OSS anzubieten.¹¹² Schließlich wird angenommen, dass OSS generell den Wettbewerb in der IT-Branche fördert.¹¹³

Fraglich ist noch, ob die pauschale Priorisierung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspricht, wenn diese dazu führen kann, dass im Einzelfall eine technisch oder wirtschaftlich weniger geeignete OSS-Lösung bevorzugt wird. Dies könnte man zum einen vermeiden, indem man auf eine Regelung abstellt, die nur bei gleichwertiger Erfüllung von Anforderungen durch OSS und proprietäre Software eine Bevorzugung von OSS anordnet. Allerdings erscheinen die Systemunterschiede nicht nur gravierend, sondern auch die generellen Vorteile von OSS haben ein solches Gewicht, dass eine generelle Bevorzugung durch den Gesetzgeber sachlich gerechtfertigt erscheint. Zur Verfolgung der Ziele von Effizienz, Kostengünstigkeit und Transparenz, für die öffentliche Verwaltung erscheint der OSS-Einsatz generell besser geeignet.

Um trotzdem dem Einzelfall im Rahmen einer solchen generellen Regelung Rechnung zu tragen, kann ein Vorbehalt der technischen Möglichkeit und Wirtschaftlichkeit eingeführt werden.¹¹⁴ Dann wäre ein Vergleich der Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit durchzuführen. Zum anderen wäre die technische Möglichkeit des OSS-Einsatzes zu prüfen, wobei sich insoweit Auslegungsprobleme hinsichtlich der Weite dieses Merkmals stellen. Ist die technische Möglichkeit schon zu verneinen, wenn andere proprietäre Systeme noch laufen und die Umstellung aufwändig und längerdauernd ist? Oder sollen nur Fälle erfasst werden, so OSS in keinem Fall in technischer Hinsicht eingesetzt werden kann? Um solche Auslegungsprobleme und Unklarheiten zu vermeiden, sollte auf einen solchen Vorbehalt verzichtet werden. Ein Ausschluss bei Ungeeignetheit von OSS ergibt sich schon aus der Vorrangklausel, die nicht eingreift, wenn keine geeignete OSS zur Verfügung steht.

112 Poledna/Schauri/Schweizer, Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, S. 20.

113 Poledna/Schauri/Schweizer, S. 19.

114 So § 7 S-H EGovG; § 4 Thür. EGovG.

4. § 97 Abs. 3 – Strategische Ziele und OSS

a) Allgemeine Aspekte

Eine weitere Grundlage für eine gesetzliche Regelung zur Priorisierung von OSS kann sich aus § 97 Abs. 3 GWB ergeben. Die Regelung wurde im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2016 eingefügt und soll die Verfolgung strategischer Ziele in jeder Phase des Beschaffungsverfahrens fördern.¹¹⁵ Nachdem deren Verfolgung zuvor sehr umstritten war („vergabefremde Zwecke“), macht die gesetzliche Regelung diese zu zentralen und gleichwertigen Zielen des Vergabeverfahrens und damit „vergabeeigen“.¹¹⁶ Er erweitert die Vergabegrundsätze auf die „strategische Beschaffung“, also die Verfolgung innovations-, sozial- und umweltbezogener Ziele. Der europäische rechtliche Hintergrund ergibt sich aus der vielfachen Erwähnung entsprechender vergaberechtlicher Ziele in den Vergaberichtlinien.¹¹⁷ Ein Ziel der Modernisierung der EU-Vergaberichtlinien im Jahre 2014 war es, dem veränderten Kontext der Strategie Europa 2020 Rechnung zu tragen.¹¹⁸ Die Regelung beinhaltet keine Pflicht zur Berücksichtigung der genannten Aspekte, legitimiert diese aber.¹¹⁹

Der Gesetzgeber hat die Einzelheiten in einer Reihe von Spezialgesetzen geregelt.¹²⁰ Unklar ist, in welchem Umfang die ausdrückliche Regelung der Einbeziehung einiger Aspekte im Umkehrschluss bedeutet, dass andere Aspekte weiterhin als vergabefremd anzusehen sind und nicht einbezogen werden können, was auch eine Sperrwirkung für das Landesvergaberecht begründen würde.¹²¹ Hier wird überwiegend den konkretisierenden Regelungen ein weiterer Spielraum zugestanden und dabei auch auf § 128 Abs. 2 GWB („insbesondere“) verwiesen.¹²²

115 Zur Entstehungsgeschichte ausführlich MüKoEuWettbR/Kühnast, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 85 ff. Zu den einzelnen Phasen ausführlich MüKoEuWettbR/Kühnast, § 97 Rn. 117 ff., sowie Pünder/Schellenberg/*Fehling*, Vergaberecht, § 97 Rn. 116 ff. Vgl. auch Beck VergabeR/Opitz, § 97 Abs. 3 Rn. 10: „Generalklausel` zu Berücksichtigung nichtmonetärer Aspekte“.

116 BT-Drs. 18/6281, S. 68. Bereits die Entscheidung EuGH, C-31/87, Slg. 1988, 4635 Rn. 37 – Beentjes, sowie Folgeentscheidungen hatten den Weg für eine Berücksichtigung dieser Ziele geöffnet.

117 Vgl. Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 97 Rn. 132. Zur Umsetzung in speziellen Regelungen vgl. a.a.O., Rn. 138 m.w.Nachw.

118 Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020.

119 Beck VergabeR/Opitz, § 97 Abs. 3 Rn. 12.

120 Vgl. die Auflistung bei Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rn. 138. Die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 68, verweist darauf, dass die konkrete Ausgestaltung der Beschaffungsziele erst durch Gesetz oder Rechtsverordnung erfolgt.

121 So Beck VergabeR/Opitz, § 97 Abs. 3 Rn. 12; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rn. 139 f. Auf die Gefahren durch zu starke Berücksichtigung politischer Ziele für die Kompetenzordnung des GG weist Beck VergabeR/Opitz, § 97 Abs. 3 Rn. 26, hin.

122 MüKoEuWettbR/Kühnast, § 97 Rn. 98; Pünder/Schellenberg/*Fehling*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 97 Rn. 101. S. auch § 127 Abs. 3 S. 2 GWB zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeit im Lebenszyklus.

Die Umsetzung strategischer Ziele kann zunächst bei den verschiedenen Elementen des Vergabeprozesses erfolgen, also Leistungsbeschreibung, Eignung, Ausführungsbedingungen und Zuschlag sowie durch § 118 Abs. 1 GWB.¹²³ Bei der Umsetzung strategischer Ziele sind jeweils weitere einzelgesetzliche Anforderungen zu beachten, die in verschiedenem Umfang Spielräume lassen.¹²⁴ So ist bei der Berücksichtigung im Rahmen der Leistungsbeschreibung in § 31 Abs. 3 VgV zu beachten, dass die Merkmale mit dem Auftragsgegenstand in einem funktionalen Zusammenhang stehen und im Verhältnis zu Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Weiterhin besteht auch die Möglichkeit der speziellen sachbezogenen Regelung durch Gesetz oder Verordnung, wie es etwa in §§ 118, 130, 131 GWB erfolgt sind. Einerseits kann § 97 Abs. 3 GWB hier eine Grundlage für eine entsprechende gesetzliche Regelung geben. Eine solche wäre dann als Regelung im Sinne von Art. 97 Abs. 2 GWB anzusehen.¹²⁵ Andererseits ist dies wegen der Unsicherheiten bei der Reichweite der Einbeziehung strategischer Ziele im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit bzw. Transparenz auch zu befürworten.

Auch insoweit setzen die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Wettbewerbsgrundsatzes sowie des Transparenzgrundsatzes einen materiellrechtlichen Rahmen, der auf den Grundfreiheiten sowie grundrechtlichen Anforderungen vor allem aus Art. 12 und Art. 3 GG sowie Art. 15, 20 und 21 GRCh basiert und durch entsprechend europarechtskonforme sowie grundrechtskonforme Auslegung zu berücksichtigen ist.¹²⁶ Dabei geht es zunächst vor allem um die Vermeidung direkter oder mittelbarer Diskriminierungen der Staatsangehörigkeit nach. Hier kann man vor allem durch größtmögliche Transparenz entgegenwirken.¹²⁷

Weiterhin sind die Schranken aus GRCh und GG zu beachten, wie sie bereits zu § 97 Abs. 2 GWB herausgearbeitet wurden. Insbesondere, wenn man eine auf § 97 Abs. 3 bezogene gesetzliche Regelung als solche im Sinne von § 97 Abs. 2 GWB ansieht, ist ein Gleichklang bei den rechtlichen Grenzen herzustellen, der letztlich auf eine Bündelung durch Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinausläuft.¹²⁸ Ein mittelbarer und relativ geringer Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG ist gerechtfertigt durch wichtige Gemeinwohlbelange und den wirtschaftspolitischen Spielraum des Gesetzgebers.¹²⁹ Ansonsten sind zu Art. 3 GG die ergänzenden Zwecke als sachbezogene Differenzierungskriterien sowie als gleichwertig anzusehen, auch angesichts zunehmender Bedeutung der Methoden indirekter Steuerung.¹³⁰ Äußerer Rahmen ist auch hier das Willkürverbot, das aber

123 MüKoEuWettbR/Kühnast, § 97 Rn. 107 ff.

124 Vgl. Pünder/Schellenberg/*Fehling*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 97 Rn. 116 ff.

125 Vgl. auch Pünder/Schellenberg/*Fehling*, Vergaberecht, § 97 Rn. 88.

126 Vgl. MüKoEuWettbR/Kühnast, § 97 Rn. 101 ff.; Pünder/Schellenberg/*Fehling*, § 97 Rn. 102 ff.

127 Pünder/Schellenberg/*Fehling*, § 97 Rn. 98.

128 Beck VergabeR/Dörr, § 97 Abs. 2 Rn. 21.

129 BVerfG, NJW 2007, 51, 55; Pünder/Schellenberg/*Fehling*, § 97 Rn. 113.

weit zu verstehen ist, wobei es ausreicht, dass irgendein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht.¹³¹

b) Anwendung auf OSS

aa) Innovation

Für OSS ist wohl vor allem der Aspekt der Innovation von Bedeutung. Art. 2 Nr. 22 der VergabeRL 2014/24/EU enthält eine Legaldefinition von Innovation: „die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, einschließlich – aber nicht beschränkt auf – Produktion, Bau und Konstruktionsverfahren, eine neue Vermarktungsmethode oder ein neues Organisationsverfahren in Bezug auf die Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Bedingungen, u. a. mit dem Ziel, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen.“

Von Bedeutung für die Anwendung auf OSS ist, wie weit das Ziel der Innovationsförderung zu fassen ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber zielt darauf ab, das Vergabewesen strategisch zu nutzen, um Innovation zu fördern.¹³² Durch öffentliche Aufträge sollen Anstöße gegeben werden („Market Pull“) und die Entstehung von Pioniermärkten („lead market“) gefördert werden. Im Kern geht es insoweit zunächst um die Förderung von Innovation gerade durch die Vergabe. Daher soll diese auf eine bestimmte Lösung gerichtet, diese aber nicht vorgeschrieben werden, da innovative Leistungen und Produkte nicht vorab beschrieben werden können.¹³³ Neben funktionalen Leistungsbeschreibungen werden dazu auch bestimmte Instrumente eingesetzt, vor allem die Innovationspartnerschaft. In dieser Hinsicht kann die Vergabe der Entwicklung neuer innovativer OSS-Lösungen zugute kommen.

Nach einer weiteren Auffassung kann man auch dann das Ziel der Innovationsförderung als erfüllt ansehen, wenn die Ausschreibung sich auf Produkte oder Leistungen richtet, die im Vergleich zu Wettbewerbsprodukten als innovativ anzusehen sind, aber schon existieren. Dies wird die überwiegende Zahl von OSS-bezogenen Vergaben darstellen. Da Innovation nicht nur die Entwicklung innovativer Produkte und Leistungen umfasst, sondern vor allem auch deren Verbreitung, sollte auch diese weitere Auffassung durchgreifen.¹³⁴ Auch insoweit wird dem Allgemeinwohl gedient. Dies ergibt sich auch klar aus Erwägungsgründen 47 und 49 der Vergaberichtlinie 2014/23/EU, wo vom „Kauf innovativer

130 Voßkuhle, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 10 ff.

131 Pünder/Schellenberg/Fehling, § 97 Rn. 114; dort, Rn. 108, auch zur beihilferechtlichen Bewertung zusätzlicher Anforderungen nach Art. 107 ff. AEUV.

132 Erw.grd. 47, 49 der VergabeRL; nach Erw.grd. 95 sind öffentliche Aufträge ein „Motor für Innovationen“.

133 Vgl. Beck VergabeR/Opitz, § 97 Abs. 3 Rn. 19.

134 Zum Begriff der Innovation Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, Berlin 1911; Neuausgabe hrsg. von Jochen Röpke und Olaf Stiller, Berlin 2006. Vgl. ferner Open Source Software Strategy 2020-2023, COM(2020) 7149, S. 2: „Open source allows for incremental innovation“.

Waren“ und Dienstleistungen die Rede ist, und die Entwicklung im Rahmen einer Innovationspartnerschaft erst dann in Betracht gezogen wird, wenn keine innovativen Lösungen am Markt verfügbar sind. Daraus ergibt sich aber auch, dass letztere auch der Innovationsförderung dienen.

In der Open Source Software Strategy 2020-2023 der EU¹³⁵ tritt die Förderung von Innovation als weitere gesamtgesellschaftliche Zielsetzung hervor, wie sich etwa aus dem Bezug auf die europäische Digitalstrategie sowie die Datenstrategie ergibt. Für eine Innovationsförderung durch OSS lassen sich dann die verschiedenen bereits angeführten innovativen und nachhaltigen Aspekte von OSS anführen, die man als Systemvorteil sowohl bei der Erstellung der Software als auch bei deren Vertrieb sehen kann. Dabei ist der Schwerpunkt noch stärker auf den gesamtwirtschaftlichen und -gesellschaftlichen Aspekten, auch wenn die digitale Autonomie der Verwaltung Teil davon ist. Dazu gehören auch Anreize zur verwaltungsübergreifenden Kooperation sowie Anlegen von Repositorien zur Steigerung des „Public Value“, um eine Nachnutzung zu ermöglichen.¹³⁶ Nicht zuletzt ist auch zu bedenken, dass staatliche OSS-Entwicklungen auch der Privatwirtschaft zugutekommen und damit innovationsfördernd wirken.

Sehr schön zusammengefasst wird das von C.Thomas:

„Freie Software hat sich zu einem Instrument der kollaborativen Innovation entwickelt. Die gegenwärtigen Innovationsschübe in den Bereichen Cloud-Computing, Big Data, netzwerkdefinierte Technologien, künstliche Intelligenz, Deep Learning, Blockchain und zum Großteil auch beim Internet der Dinge, werden durchweg von Freier Software getragen. Innovationen, die durch ihren Open-Source-Status und kollaborativen Ansatz nicht von einem einzelnen Unternehmen kontrolliert werden, liefern in kürzester Zeit signifikante Ergebnisse in Bezug auf technischen Output und Marktdurchdringung.

Dieser Siegeszug hat keine ideologischen, sondern organisatorische Gründe: Freie Software hilft, unterschiedliche Technologien miteinander zu kombinieren und das Know-how unabhängiger Anbieterinnen zu bündeln, sowie komplexe Kooperationen reibungslos zu gestalten – etwa durch Stärkung des Vertrauens und Senkung des Koordinationsaufwands. Zusätzlich werden rechtliche und wirtschaftliche Hürden abgebaut. Innovation ist heutzutage komplex, kollaborativ und Open Source.“

Dank Freier Software haben KMU Zugriff auf Spitzentechnologien, mit deren Hilfe sie mit großen Unternehmen konkurrieren können, indem sie Lösungen mit modernsten Technologien zu konkurrenzfähigen Preisen anbieten.“¹³⁷

Eine entsprechende gesetzliche Priorisierung kann auch einer Prüfung auf Verhältnismäßigkeit standhalten. Hier gelten die zu Pkt. ... angestellten Erwägungen entsprechend. Im Rahmen der Angemessenheit kann man hier noch anführen, dass die negativen Auswirkungen auf die Anbieter proprietärer Software durch die positiven Auswirkungen der Verbreitung von OSS auf Innovation aufgewogen werden. Es entstehen neue innovative Märkte, wie etwa das Beispiel von Projekten zu Smart Cities

135 Open Source Software Strategy 2020-2023, COM(2020) 7149, S. 5 ff.

136 Vgl. KGSt-Bericht, S. 35, unter Hinweis auf die Praxis der Stadt Barcelona.

137 FSFE, Public Money, Public Code, 2020, Geschäftsmodelle rund um freie Software, S. 14 f.

zeigt.¹³⁸ Die politisch betonte zentrale Rolle von OSS für Innovation lässt diese Priorisierung als geeignet und notwendig erscheinen, um Innovation innerhalb und außerhalb der öffentlichen Verwaltung zu fördern und deren Rolle als „Motor für Innovationen“ gerecht zu werden. Wegen der auf die Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen der IT beschränkten Wirkung steht eine solche Regelung auch nicht im Widerspruch zu der Bevorzugung sektorspezifischer Regelungen durch die EU.¹³⁹

bb) Qualität

Fraglich ist, inwieweit auch der Aspekt der Qualität in § 97 Abs. 3 GWB eine generelle Priorisierung von OSS stützen kann. Grundsätzlich wird OSS im Hinblick auf Qualität proprietärer Software als überlegen angesehen.¹⁴⁰ Problematisch ist allerdings, dass der Begriff der Qualität sehr vage ist und natürlich auch stark in Relation zum Beschaffungsgegenstand steht. Daher erscheint eine generelle gesetzliche Bevorzugung weniger gerechtfertigt als im Hinblick auf die Innovation. Vielmehr liegt es nahe, die Qualitätsvorteile stärker auf den einzelnen Stufen des Vergabeprozesses einfließen zu lassen.¹⁴¹

Die stärkere Einzelfallbezogenheit des Qualitätsmerkmals¹⁴² dürfte daher eine generelle Priorisierung unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes problematisch erscheinen lassen. Angesichts der stärkeren Einzelfallbezogenheit des Qualitätsmerkmals erscheint eine generelle Bevorzugung weniger geeignet, und es steht mit der Berücksichtigung des Merkmals auf den verschiedenen Stufen des Vergabeprozesses auch eine Alternative zur Verfügung, die dem Einzelfall stärker Rechnung trägt.

cc) Umweltbezogene Aspekte

Diese Bewertung gilt noch mehr für die Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte. Deren Gewicht ist je nach Produkt oder Dienstleistung unterschiedlich. Für die IT spielt etwa der Aspekt des Energieverbrauchs eine Rolle („Green-IT“). Jedoch ist dieser nicht allein von der Software, sondern auch oder vor allem von der Hardware abhängig.¹⁴³ Auch ist für OSS keineswegs anerkannt, dass diese allgemein einen geringeren Energieverbrauch zur Folge hat. Daher erscheint dies als

138 FSFE, Public Money, Public Code, S. 5 f., zur Nutzung von OSS in Barcelona.

139 VergabeRL 2014/24/EU Erw.grd. 95: „Angesichts der zwischen einzelnen Sektoren und einzelnen Märkten bestehenden großen Unterschiede wäre es jedoch nicht sinnvoll, allgemein verbindliche Anforderungen an eine umweltfreundliche, soziale und innovative Beschaffung zu definieren.“

140 Vgl. Poledna/Schauri/Schweizer, S. 17 ff.

141 Vgl. Beck VergabeR/Opitz, § 97 Abs. 3 Rn. 13 ff., der zur Erläuterung des Merkmals ebenfalls auf das Vergabeverfahren abstellt. Vgl. ferner Immenga/Mestmöcker/Dreher, Wettbewerbsrecht, § 97 Rn. 131, wonach es sich nicht um ein lediglich um ein nichtmonetäres Vergabeziel handele.

142 Vgl. auch MüKoEuWettbR/Kühnast, § 97 Rn. 158, u.a. mit Verweis auf die Zuschlagskriterien in § 58 VgV.

143 Vgl. auch IT-Beschaffungsstrategie für die zentralen IT-Beschaffungsstellen, 2018, S. 41 ff.

Grundlage für eine generelle gesetzliche Priorisierung nicht tragfähig. Vielmehr sind entsprechende Aspekte einzelfallbezogen im Rahmen der Einzelschritte des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Insoweit spielt der Umweltaspekt eine große Rolle und kann auch Gegenstand allgemeiner Regelungen sein, soweit auf Umweltaspekte abgestellt wird, etwa die Vermeidung negativer Umweltauswirkungen (§ 7 Abs. 1 BerlAVG; § 19 Abs. 1 BremTtVG). Dabei ist auch die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten gem. Art. 18 Abs. 2 VergabeRL zu berücksichtigen. Maßnahmen zur Einhaltung umweltrechtlicher Pflichten bei der Ausführung von Aufträgen zu treffen.

Ein weiterer umweltbezogener Aspekt liegt in der größeren Nachhaltigkeit aufgrund der besonderen Eigenschaften von OSS. Dieser Aspekt ist im Systemvergleich sehr relevant, dürfte aber eher als Teilaspekt der Innovation anzusehen sein, wie bereits ausgeführt.

5. Zusammenfassung

Soweit durch eine generelle gesetzliche Priorisierung von OSS eine Ungleichbehandlung gegenüber proprietärer Software begründet wird, ist diese auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung nach § 97 Abs. 2 GWB zulässig. Die äußere Grenze der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Anwendung europäischen und nationalen Verfassungsrechts sowie der Diskriminierungsverbote wird gewahrt. Wegen des Systemcharakters von Software mit dem besonderen Aspekt der offenen Standards, der Kompatibilität und den Gesichtspunkten von Kooperation und Nachhaltigkeit erscheint eine generelle Bevorzugung nicht nur sinnvoll, sondern erforderlich, um insbesondere Lock-In-Effekten bei Einsatz proprietärer Software entgegenzuwirken und eine langfristige Umstellung der Verwaltung zu bewirken, die für die Erreichung des Ziels der Herstellung digitaler Souveränität der Verwaltung am effektivsten erscheint. Nicht umsonst ist in den angeführten Konzepten zur Erreichung digitaler Autonomie der Einsatz von OSS essentieller Bestandteil.

Als weitere Grundlage kommt die Förderung von Innovation nach § 97 Abs. 3 GWB in Betracht. Auch insoweit kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Demgegenüber ist eine generelle Regelung aus Gründen von Qualität oder Umweltaspekten eher als unverhältnismäßig zu bewerten.

IV. Weitere rechtliche Rahmenbedingungen

1. Kartellrecht

In Betracht kommt Verstoß gegen das Missbrauchsverbot nach §§ 19, 20, 32 GWB, wenn ein öffentlicher Auftraggeber als Nachfrager eine

144 UfAB B.5.4. Vgl. auch MüKoEuWettbR/Kühnast, § 97 Rn. 162; Osseforth, IT-VergabeHdB/Ziekow, § 1 Rn. 74; Mitt. Komm. „Umweltorientiertes Beschaffungswesen“, KOM(2008)400, Nr. 3.1., wonach staatliche Stellen versuchen sollen, Güter und Dienstleistungen zu beschaffen, die während ihrer gesamten Lebensdauer geringere Folgen für die Umwelt haben als vergleichbare Produkte mit der gleichen Hauptfunktion.

marktbeherrschende Stellung innehat. Das BVerfG hat allerdings klargestellt, dass ein Rechtfertigungsgrund nach § 20 Abs. 1 GWB besteht, soweit die gesetzlichen Anforderungen mit dem Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht vereinbar sind.¹⁴⁵ Insofern ist auch eine unbillige Behinderung ausgeschlossen. Entsprechendes gilt für Art. 101, 102 AEUV. Auch stellt die Berücksichtigung strategischer Beschaffungsziele in der Regel keine unzulässige Beihilfe i.S.v. Art. 107 ff. AEUV dar.¹⁴⁶

Denkbar wäre noch ein Verstoß gegen die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten aus Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101, 102 AEUV, keine Maßnahmen zu treffen, die den effet utile von Art. 101, 102 AEUV beeinträchtigen können. Hier könnte man darauf abstellen, dass eine entsprechende gesetzliche Priorisierung die Beschaffungsfreiheit einschränkt. Das setzt jedoch voraus, dass die Regelung ein Verhalten von Unternehmen fordert, das ohne die Regelung einen Verstoss gegen Art. 101, 102 AEUV darstellen würde und dieses Verhalten abhängt von der Regelung.¹⁴⁷ Unabhängig von der Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung oder ein Kartellvertrag vorliegen würde, fehlt es an den Voraussetzungen schon deshalb, weil – wie angeführt – gute sachliche Gründe für eine Bevorzugung von OSS bestehen.¹⁴⁸

2. Eigene Entwicklung von OSS und Vergaberecht

Vergaberechtlich zu bewerten ist auch eine Kooperation zwischen öffentlichen Auftraggebern im Rahmen eines gemeinsamen OSS-Projekts. Dies soll ja, wie bereits angeführt, politisch gefördert werden, um digitale Souveränität zu fördern. Nach Art. 12 Abs. 4 EU-Vergaberichtlinie (§ 108 Abs. 6 GWB) ist dies zulässig („In-State-Geschäfte“), wenn zwischen den öffentlichen Auftraggebern eine vertragliche Vereinbarung besteht, nach der gemeinsame Ziele verfolgt werden, sofern die Kooperation ausschließlich im öffentlichen Interesse liegt und die beteiligten öffentlichen Stellen im Gesamtmarkt weniger als 20 Prozent der von der Kooperation abgedeckten Aktivitäten ausüben.¹⁴⁹ Dazu gehört auch, dass die Kooperation von Überlegungen des Gemeinwohls geprägt ist. Angesichts der auch gesamtwirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ziele von OSS ist dies ohne weiteres gegeben. Die Kooperation muss auch über eine reine finanzielle Beteiligung hinausgehen, so dass die Entwicklung oder Weiterentwicklung von OSS von inhaltlichen Beiträgen aller Beteiligten getragen sein muss.

Inhouse-Geschäfte sind nach § 108 Abs. 1 bis 5 GWB (Art. 12 Abs. 1 bis 3 VergabeRL) unter bestimmten Voraussetzungen vergaberechtsfrei.¹⁵⁰ Nach

145 BVerfG, NJW 2007, 51, 56.

146 Vgl. Byok/Jaeger/Hailbronner, § 97 Rn. 106.

147 EuGH, C-267/86, Slg. 1988, 4796 Rn. 16 – van Eycke.

148 Vgl. auch Immenga/Mestmäcker/Dreher, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 97 GWB Rn. 228, für die entsprechende Bewertung von § 97 Abs. 4 GWB; MüKoEuWettbR/Knauff, § 97 Rn. 228. Allgemein zur kartellrechtlichen Bewertung von OSS Jaeger/Metzger, Rn. 415 ff.

149 Vgl. auch EuGH, C-796/18, NZBau 2020, 461, 465 – Softwareüberlassung ISE; EuGH C-429/19, NZBau 2020, 457, 460 – Remondis II.

150 Vgl. zum Ganzen Osseforth, IT-VergabeHdB/Siegel, § 2 Rn. 35 ff.

Art. 12 Abs. 1 S. 1 b) VergabeRL müssen die kontrollierten Einrichtungen mehr als 80% ihrer Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber erbringen.

Nach dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist die staatliche Strategie, OSS zu veröffentlichen, in der Regel unproblematisch, weil es gute Gründe dafür gibt, die auch bei Privatunternehmen eine Rolle spielen.¹⁵¹ Die Veröffentlichung von Freier Software durch eine öffentliche Verwaltung kann aus Sicht des Wettbewerbs- oder Verwaltungsrechts problematisch sein, wenn eine veröffentlichte Software die der Verwaltung gesetzlich übertragenen Aufgaben überschreitet. Demnach wäre beispielsweise der Vertrieb einer allgemeinen Office-Anwendung durch eine öffentliche Verwaltung unzulässig.¹⁵²

3. Verstoß gegen Lauterkeitsrecht

Unter besonderen Umständen kommt auch ein Verstoß der Vergabestelle gegen das Lauterkeitsrecht in Betracht, insbesondere gegen §§ 3a, 4a UWG, sowie unter besonderen Voraussetzungen eine Marktverdrängung nach § 3 Abs. 1 UWG.¹⁵³ Die eigene Beschaffungstätigkeit begründet im Allgemeinen keine geschäftliche Handlung, die nach § 2 Abs. 1 UWG Voraussetzung für die Anwendung des UWG ist. Allerdings kann dies bei einer generellen Priorisierung von OSS und den Folgen für die Verbreitung wegen der darin liegenden Begünstigung bestimmter Anbieter anders zu bewerten sein, wobei es dann auf das Vorliegen sachlicher Gründe ankommt.¹⁵⁴

Zu berücksichtigen ist einmal, dass es dabei nicht um die gezielte Förderung bestimmter Unternehmen, sondern des OSS-Modells geht. Zum anderen greifen hier auch die bereits oben zur Verhältnismäßigkeit angestellten Überlegungen ein. Bei Bestehen einer gesetzlichen Grundlage im Vergaberecht käme nur ein Verstoß gegen höherrangigen Verfassungs- und Unionsrecht in Betracht, der aber vorliegend ausgeschlossen werden kann. Damit scheidet auch eine Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG aus. Unter dem Gesichtspunkt der Marktverdrängung kann ausnahmsweise ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 UWG gegeben sein, wenn die Anbieter proprietärer Software vom Markt verdrängt würden.¹⁵⁵ Ähnlich kann auch der Fall liegen, dass die öffentliche Hand eine kostenlose Software anbietet, die nur mit einem Betriebssystem kompatibel ist, und dadurch

151 Umfassend zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bewertung Poledna/Schauri/Schweizer, Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern, S. 101 ff., allerdings aus Perspektive des Schweizerischen Rechts, aber unter Bezugnahme auf den „Market-Economy-Investor-Test“ für staatliche Subventionen, der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung angewandt wird, vgl. EuGH, C-305/89, Italien ./ Kommission, ECLI:EU:C:1991:142, Rz. 19.

152 Vgl. für das Schweizerische Recht Poledna/Schauri/Schweizer, S. 85, 185.

153 Vgl. Jaeger/Metzger, Rn. 430 ff. Zu den sich daraus ergebenden Ansprüchen vgl. Köhler/Bornkamm/Federsen/Köhler, UWG, 40. Auf. 2022, § 3a Rn. 2.77.

154 BGH, GRUR 1988, 38, 39 – Leichenwagen; BGH, GRUR 1989, 430 – Krankentransportbestellung.

155 Vgl. Jaeger/Metzger, Rn. 432; BGH, GRUR 1982, 425, 430 – Brillen-Selbstabgabestelle;

der Wettbewerb im Bereich der Betriebssysteme zum Erliegen kommt. Insoweit ist bei entsprechenden Angeboten auf die Kompatibilität zu achten.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Vgl. Jaeger/Metzger, Rn. 432.

V. Möglichkeiten und Grenzen einer Regelung der OSS-Priorisierung

1. Ausgangslage

Das Kartellvergaberecht (Oberschwellenbereich) regelt neben den §§ 97 ff. GWB im Detail zahlreiche Rechtsverordnungen, die auf Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 113 GWB (iVm Art. 80 Abs. 1 GG) erlassen wurden: VgV, VOB/A, SektV, KonzVgV, VSVgV.

Im Haushaltsvergaberecht (Unterschwellenbereich) kommt vor allem den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 6 HGrG, § 7 BHO/LHO) und der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung (§ 30 HGrG, § 55 BHO/LHO) zentrale Bedeutung zu. Für Vergaben werden die UVgO sowie der erste Abschnitt der VOB/A als einheitliche Richtlinien iSv § 55 Abs. 2 iVm Nr. 2 VV § 55 BHO für anwendbar erklärt. Hierbei handelt es sich um Verwaltungsvorschriften. Das BVerfG hat insoweit eindeutig festgestellt, dass das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte „Teil des öffentlichen Haushaltsrechts und insofern Innenrecht der Verwaltung“ geblieben ist.¹⁵⁷ Der Unterschwellenbereich ist infolge der durch Art. 109 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Eigenständigkeit der jeweiligen Haushaltswirtschaften überdies zweigeteilt: es gibt also ein Haushaltsvergaberecht des Bundes und ein Haushaltsvergaberecht der Länder.

Die notwendige Abgrenzung zwischen Open Source Software und proprietärer Software kann an zwei Stellen vorgenommen werden:

- zum einen im förmlichen Vergabeverfahren in der Wertungsphase nach einer offenen und neutralen Ausschreibung;
- zum anderen durch Festschreibung in einem Bundesgesetz und/oder Landesgesetz.

Um die Entstehung eines Flickenteppichs zu verhindern, empfiehlt sich unbedingt eine gesetzliche Normierung.

Im Folgenden sind verschiedene Optionen für eine Umsetzung der OSS-Priorisierung herauszuarbeiten und mögliche kompetenzrechtliche Probleme für den Bundesgesetzgeber zu klären.

2. Regelungsoptionen

a) Verankerung in § 97 GWB

Eine naheliegende Option wäre, die in § 97 Abs. 3 GWB genannten strategischen Aspekte um den Grundsatz der OSS-Priorisierung zu erweitern, etwa durch die Einfügung eines neuen Absatz 5 in § 97 GWB. Hier ergeben sich vor allem Probleme hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Das BVerfG ordnet das Vergaberecht dem Gesetzgebungstitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) zu, der Gesetze mit wirtschaftslenkendem und -regulierendem Charakter umfasst. Dazu gehören auch gesetzliche Regelungen dazu, in welchem Umfang öffentliche Auftraggeber bei der

¹⁵⁷ BVerfGE 116, 135, 137 = NJW 2006, 3701; diff. Pünder/Schellenberg/Pasche, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, BHO § 55 Rn. 195 f.

Vergabeentscheidung über die in § 97 GWB ausdrücklich vorgesehenen Kriterien hinaus andere oder weitergehende Vorgaben berücksichtigen müssen. Dies würde den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 70 iVm Art. 72 Abs. 1 GG betreffen.

Problematisch erscheint insoweit jedoch die Kompetenzausübungsschranke des Art. 72 Abs. 2 GG. Danach ist die bloße Einschlägigkeit eines Kompetenztitels des Art. 74 Abs. 1 GG nicht hinreichend zur Begründung der Gesetzgebungszuständigkeit. Vielmehr kommt eine zulässige Bundesgesetzgebung nur bei drei alternativen Zielen in Betracht, bei denen es um die „Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik als Ganzen“ geht.¹⁵⁸ Der Bund muss – konzeptionell an die Verhältnismäßigkeitsprüfung angelehnt – im Konfliktfall darlegen können, dass eine Regelung durch die Länder die in Art. 72 Abs. 2 GG in Bezug genommenen Zielvorgaben nicht ebenfalls in einer Weise erfüllen kann, die den bundesstaatlichen Mindestanforderungen entspricht.¹⁵⁹ Vorliegend kommt insoweit nur eine Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gemeinstaatlichen Interesse in Betracht.

Die Rechtsprechung des BVerfG in diesem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ist relativ streng. Eine Wahrung der Rechtseinheit liegt vor, wenn eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene „eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann“.¹⁶⁰ Voraussetzung für das Tätigwerden des Bundes ist mithin eine bundesstaatliche Gefährdungslage.¹⁶¹ Eine Wahrung der Wirtschaftseinheit zielt auf die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums durch bundeseinheitliche Rechtsetzung. Die Voraussetzung ist gegeben, „wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen“.¹⁶²

Hier ließe sich anführen, dass divergierende Vergabegesetze auf Bundes- und Länderebene in einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik grundsätzlich zu unterschiedlichen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Standards führen können, was weder im Interesse des Bundes noch der Länder hingenommen werden und eine unzumutbare Behinderung für Unternehmen darstellen würde, die sich bundesweit und über Landesgrenzen hinweg um öffentliche Aufträge und Konzessionen bewerben. Auch wäre eine bundeseinheitliche Regelung von Bedeutung für das Erreichen des Ziels der digitalen Autonomie der Verwaltung ebenso wie die damit verbundenen gesamtwirtschaftlichen und –gesellschaftlichen Zielsetzungen wie der Förderung der Innovation und der Verwaltungsmodernisierung im Interesse von Transparenz und Demokratie.

158 BVerfGE 106, 62, 146 f.

159 Vgl. Dreier/Wittreck, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 18.

160 BVerfGE 125, 141, 155; 138, 136 Rn. 109; 140, 65 Rn. 49.

161 Dreier/Wittreck, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 23.

162 BVerfGE 112, 226, 249; 138, 136 Rn. 109; 140, 65 Rn. 49.

Nimmt man aber die Kriterien der Verfassungsrechtsprechung Ernst, so ist es aber nicht einfach zu begründen, dass divergierenden Regelungen zum OSS-Bezug zu einer für Unternehmen unerträglichen und volkswirtschaftlich nachteiligen Zersplitterung des Vergaberechts führen würden. Das Vergaberecht bildet vielmehr ein Anwendungsbeispiel dafür, dass es unter der föderalen Ordnung des Grundgesetzes, obgleich der Weite des Kompetenztitels „Recht der Wirtschaft“, noch Bereiche unterschiedlichen Inhalts geben kann.¹⁶³ In diesem Sinne hat auch das BVerfG hervorgehoben, dass die bloße Unterschiedlichkeit von Landesrecht eine Regelung durch den Bund nicht erforderlich ist. Art. 72 Abs. 2 GG machen kann.¹⁶⁴ Hinzu kommt, dass die Länder in diesem Bereich bereits begonnen haben, eigene relativ übereinstimmende Regelungen zu erlassen, vor allem § 4 Abs. 2 ThürVgG¹⁶⁵ und § 7 S-H-EGovG.

Es ist daher nicht ohne weiteres eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 70 iVm Art. 72 Abs. 1 GG zur Ergänzung des GBW um den Grundsatz der OSS-Priorisierung anzunehmen. Der Bundesgesetzgeber müsste insoweit jedenfalls mit erheblichen verfassungsrechtlichen Risiken rechnen.

b) Verankerung im 2. Abschnitt des Kartellvergaberechts

Wie bereits unter Punkt III.4. ausgeführt, wäre eine Umsetzung unter dem Gesichtspunkt der Förderung der Innovation in Art. 97 Abs. 3 GWB möglich. Da es sich um eine Vorrangregel handelt, wäre hier weniger der Bereich der Ausnahmen nach §§ 115 bis 118 GWB einschlägig. Vielmehr käme eine Verankerung in den Regelungen zu den verschiedenen Stufen des Vergabeprozesses in Betracht. Dabei könnte an eine generelle Priorisierung vorsehen oder auf entsprechende Kriterien abstellen, die diese umsetzen. Dazu gehören Quell- und Lizenzoffenheit von Software, Interoperabilität und Vermeidung der Abhängigkeit von einzelnen Unternehmen.

So wäre etwa hinsichtlich der Leistungsbeschreibung eine Regelung in § 118 GWB denkbar, wonach die Priorisierung von OSS in einer Leistungsbeschreibung zulässig sein soll bzw. keine unzulässige produktbezogene Ausschreibung darstellen soll.

Hinsichtlich der Eignungsprüfung kommt eine Regelung nicht in Betracht, da die Ausschlusskriterien auf die Eigenschaften des Unternehmens und nicht des Angebots abstellen.

Im Rahmen des Zuschlags wäre eine Berücksichtigung bereits nach § 127 Abs. 1 S. 3 GWB unter dem Gesichtspunkt der Innovation bereits nach heutigem Stand möglich. Wegen des grundsätzlich bestehenden Ermessens wäre eine Verankerung der OSS-Priorisierung etwa in § 127 Abs. 1 S. 4 GWB oder in § 127 Abs. 3 GWB denkbar.

¹⁶³ IdS auch *Burji*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 26 Rn. 11.

¹⁶⁴ BVerfGE 106, 62, 145.

¹⁶⁵ Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz - ThürVgG) idF der Bekanntmachung vom 23.1.2020 (GVBl. 2020, 29).

In Betracht käme weiter eine Vorgabe als besondere Ausführungsbedingung nach § 128 Abs. 2 GWB, wobei § 129 GWB hier eine ausdrückliche Öffnungsklausel für die Ländergesetzgebung enthält. Dies ist allerdings insoweit problematisch, als es beim Einsatz von OSS nicht lediglich um einzelne Bedingungen der Ausführung geht, die bereits auf der Ebene von Leistungsbeschreibung und Zuschlag anzusiedeln sind. Eine nachträgliche Verankerung nur in den Ausführungsbedingungen würde wohl auch dem Transparenzgebot widersprechen.

c) Verankerung in der Vergabeverordnung für öffentliche Aufträge

In engem Zusammenhang mit der Verankerung im 2. Abschnitt könnte die Bundesregierung – eine Ebene „tiefer“ und mit Zustimmung des Bundesrats – die Vergabeverordnung für öffentliche Aufträge (VgV)¹⁶⁶ um den Grundsatz der OSS-Priorisierung ergänzen. Dies könnte etwa erfolgen durch Einfügung eines neuen Abschnitts „Besondere Vorschriften für die IT-Beschaffung“ nach dem Vorbild des § 67 VgV. § 113 GWB (iVm Art. 80 Abs. 1 GG) schafft die formalgesetzliche Grundlage für die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung die Einzelheiten zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen sowie der Ausrichtung von Wettbewerben zu regeln. § 113 S. 2 Hs. 1 GWB konkretisiert diese Ermächtigung dahingehend, dass davon zum einen die Befugnis zur Regelung von Anforderungen an den Auftragsgegenstand und zum anderen die Befugnis zur Regelung von Anforderungen an das Vergabeverfahren erfasst ist. Auch hier könnte man § 97 Abs. 3 GWB im Hinblick auf die Innovationsförderung als Grundlage heranziehen. Dass sich der Gesetzgeber dabei inhaltlich im unionsrechtlich und verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen bewegt, wurde bereits dargelegt.

In der speziellen Bestimmung der VgV könnte eine generelle Priorisierung vorgesehen oder auf entsprechende Kriterien abgestellt werden. Dazu gehören Quell- und Lizenzoffenheit von Software sowie Interoperabilität und Vermeidung der Abhängigkeit von einzelnen Unternehmen. Eine solche Bestimmung könnte in Parallele zu § 67 VgV noch einmal nach den verschiedenen Phasen des Vergabeprozesses differenzieren.

Alternativ könnte die Bundesregierung, mit Zustimmung des Bundesrats, im Rahmen der Verordnungsermächtigung auch eine spezielle Verordnung für den Bereich IT-Beschaffung verabschieden, die den Priorisierungsgrundsatz entsprechend umsetzt.

Eine entsprechende Rechtsverordnung wäre indes nur für den Oberschwellenbereich verbindlich. Sind die Schwellenwerte des § 106 GWB nicht überschritten, sind die Vorschriften des Europäischen Sekundärrechts und damit die richtlinienumsetzenden Normen des GWB und der VgV nicht anwendbar.

¹⁶⁶ Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 12.4.2016 (BGBl. 2016 I 624), zul. geänd. durch Art. 8 G v. 18.7.2017 (BGBl. 2017 I 2745).

d) Verankerung als Haushaltsgrundsatz

Die in § 6 Abs. 1 HGrG¹⁶⁷ genannten Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit könnten um den Grundsatz der OSS-Priorisierung ergänzt werden, z. B. durch die Einfügung eines neuen § 30a HGrG.¹⁶⁸ Art. 109 Abs. 4 GG ermächtigt den Bundesgesetzgeber, mit Zustimmung des Bundesrats, in Abweichung von der in Art. 109 Abs. 1 GG niedergelegten Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Haushaltswirtschaft von Bund und Ländern gemeinsam geltende Grundsätze u. a. für das Haushaltsrecht aufzustellen.¹⁶⁹ Haushaltsgrundsätze sind Vorgaben, die – nicht zuletzt auch zur Berücksichtigung von Unterschieden in der föderalen Ordnung des Grundgesetzes – auf Ausfüllung angelegt sind.¹⁷⁰ Dies bedeutet nach wohl herrschender Auffassung indes nicht, dass Grundsätze allein die Struktur von Prinzipien oder allgemeinen Leitlinien haben dürften.¹⁷¹ Die Beschränkung auf Grundsätze verbietet zwar eine erschöpfende Regelung, die den Adressaten insgesamt keinen Spielraum mehr lässt, schließt aber im einzelnen Detailregelungen nicht aus. Haushaltsgrundsätze sind ferner ausschließlich sog. Innenrecht mit Wirkung für und gegen die öffentliche Hand.¹⁷² Regelungen mit unmittelbarer Außenwirkung dem Bürger gegenüber können nicht auf Art. 109 Abs. 4 GG gestützt werden.

Eine OSS-Priorisierung würde diesen Anforderungen genügen. Eine entsprechende Regelung zielt – nicht zuletzt in Ansehung der digitalen Transformation, dem sich damit verändernden Anforderungsprofil an die öffentliche Verwaltung und insofern notwendigen Sicherstellung eines effektiven und qualitativ hochwertigen Verwaltungshandelns im gesamten Bundesgebiet – grundlegend auf eine koordinierte IT-Beschaffung der öffentlichen Hand. Durch den vorrangigen Einsatz von OSS würden Behörden unabhängiger von einzelnen Herstellern, womit nicht zuletzt eine Stärkung der eigenen digitalen Souveränität und übergreifende Zusammenarbeit der Behörden ermöglicht würde. Einer entsprechenden Regelung würde keine unmittelbare Außenwirkung zukommen.

Dem Bund steht mithin eine Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 109 Abs. 4 GG zur Erweiterung des HGrG um den Grundsatz der OSS-Priorisierung zu. Die auf der Grundlage von Art. 109 Abs. 4 GG erlassenen Grundsatzgesetze sind sowohl im Verhältnis zum Landesrecht wie auch im Verhältnis zu anderweitigen einfachgesetzlichen

167 Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) vom 19.8.1969 (BGBl. 1969 I 1273), zul. geänd. durch Art. 10 G v. 14.8.2017 (BGBl. 2017 I 3122).

168 Der Erlass gemeinsamer Grundsätze für das Haushaltsrecht in Bund und Ländern beruht auf Art. 109 Abs. 4 GG, vgl. Gabriel/Krohn/Neun/Mertens, Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 87 Rn. 1.

169 Näher Düring/Herzog/Scholz/Kube, GG, 98. EL März 2022, Art. 109 Rn. 236 ff.

170 Düring/Herzog/Scholz/Kube, GG, 98. EL März 2022, Art. 109 Rn. 245.

171 Vgl. Düring/Herzog/Scholz/Kube, GG, 98. EL März 2022, Art. 109 Rn. 245; Dreier/Heun, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 55; a.A. Sachs/Siekmann, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 98; Epping/Hillgruber/Reimer, BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.8.2022, Art. 109 Rn. 85.

172 Vgl. Dreier/Heun, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 56.

Parlamentsgesetzen des Bundes vorrangig. Der lex-posterior-Grundsatz greift nicht.¹⁷³

Die in Art. 109 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Finanz- und Haushaltsautonomie würde es dem Bund freilich auch erlauben, nur für die Bundesverwaltung eine OSS-Priorisierung anzuordnen.

e) Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften

Gem. Art. 86 Satz 1 GG könnte die Bundesregierung für die bundeseigene Verwaltung („unmittelbare“ Bundesverwaltung) oder bundesunmittelbare Körperschaften (KöR)/Anstalten des öffentlichen Rechts (AöR) grundsätzlich auch allgemeine Verwaltungsvorschriften für das Vergaberecht erlassen, etwa eine „AVV IT-Beschaffung“ nach dem Vorbild der AVV Klima¹⁷⁴.¹⁷⁵ Die Länder führen das GWB und hierauf beruhendes untergesetzliches Recht als eigene Angelegenheit unter Bundesaufsicht aus, sodass die Bundesregierung gem. Art. 84 Abs. 2 GG in diesen Fällen, mit Zustimmung des Bundesrats, allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen kann. Kraft der in Art. 84 Abs. 2 angeordneten Bindungswirkung gehen diese etwaigen Länderregelungen vor.¹⁷⁶

Soweit die Länder wie im Unterschwellenvergaberecht auf Basis ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Haushaltsautonomie agieren, besteht indes kein Raum für Verwaltungsvorschriften des Bundes an Vergabestellen der Landesbehörden. Die Bundesregierung könnte gleichwohl die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) als einheitliche Richtlinie iSv § 55 Abs. 2 iVm Nr. 2 VV § 55 BHO (VV-BHO)¹⁷⁷ für den Unterschwellenbereich um den Grundsatz der OSS-Priorisierung ergänzen, etwa durch die Einfügung eines neuen Absatz 4 in § 3 UVgO oder Einfügung eines neuen Paragraphen in Abschnitt 3 UVgO. Als Verwaltungsvorschrift des Bundes entfaltet die UVgO indes nur Wirkung in den Ländern, die sich aktiv für deren Übernahme mittels Landesverwaltungsvorschrift entscheiden.

f) Verankerung im E-Government-Gesetz

Um die Entwicklung und den Einsatz von Open-Source-Software in den Behörden des Bundes und der Länder zu forcieren, könnte ferner das EGovG um den Grundsatz der OSS-Priorisierung ergänzt werden. Für die Bundesverwaltung folgt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung des digitalen Verwaltungsrechts aus Art. 86 GG bzw. kraft

173 Vgl. Dreier/Heun, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 57.

174 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) vom 19.10.2021 (BAZ AT 22. Oktober 2021 B1).

175 Vgl. Epping/Hillgruber/Suerbaum, BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.11.2021, Art. 86 Rn. 28 f.

176 BVerwGE 70, 127, 131; vgl. auch Epping/Hillgruber/Suerbaum, BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.11.2021, Art. 84 Rn. 50.

177 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) vom 14.3.2001 (GMBI. 2001 Nr. 16/17/18, 307), idF des BMF-Rundschreibens vom 7.5.2021- II A 3 - H 10126/19/10003 :003 - 2021/0524501 -, berichtigt durch BMF-Rundschreiben vom 9.6.2021 - II A 3 - H 10126/19/10003 :003 - 2021/0644338

Sachzusammenhangs.¹⁷⁸ Da das EGovG auch grundsätzlich die Umsetzung der digitalen Transformation im Bereich der öffentlichen Verwaltung betrifft, wäre eine Regelung in diesem Kontext ebenfalls angemessen. Dies würde auch dem Aspekt Rechnung tragen, dass es hier um spezielle Gegenstände der Beschaffung geht.

Ein Risiko bestünde allerdings darin, dass hier keine unmittelbaren gesetzlichen Vorgaben für das Beschaffungsrecht gemacht werden, sondern diese über die Priorisierung des Einsatzes von Software nur mittelbar auf die Beschaffung wirken. Auch der Gesetzesvorbehalt nach § 97 Abs. 2 GWB bezieht sich auf Gestattungen „aufgrund dieses Gesetzes“. Hier könnte man sich nur auf die Innovationsförderung nach § 97 Abs. 3 GWB als Grundlage stützen.

Abweichungsfest könnte der Bund eine entsprechende Regelung indes nur mit Geltung für die Bundesebene verwirklichen. Zentral betroffen wäre der Regelungsgegenstand „Einrichtung der Behörden“.¹⁷⁹ Dieser Regelungsgegenstand ist beim Vollzug von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheiten durch Landesbehörden grundsätzlich der Gesetzgebungskompetenz der Länder zugeordnet (Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG). Zwar kann der Bundesgesetzgeber nach Art. 84 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GG bundesgesetzliche Regelungen zur Einrichtung von Behörden in den Fällen des Landesvollzugs von Bundesrecht grundsätzlich auch ohne Zustimmung des Bundesrats treffen.¹⁸⁰ Zur Absicherung der Vollzugshoheit der Länder sieht die Norm allerdings eine Abweichungskompetenz der Länder vor (Art. 84 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GG). Der Bundesgesetzgeber kann diese grundsätzliche Abweichungskompetenz der Länder gem. Art. 84 Abs. 1 Satz 5 und 6 GG nur ausnahmsweise und punktuell und auch nur für das Verwaltungsverfahren mit Zustimmung des Bundesrats, und mithin im Hinblick auf eine OSS-Priorisierung nicht ausschließen.¹⁸¹

3. Bewertung

Vergleicht man die verschiedenen Handlungsoptionen im Hinblick auf eine möglichst effektive Umsetzung der OSS-Priorisierung, so erscheint von der Sache her eine Einfügung als eigener Absatz in § 97 GWB zunächst gut geeignet. Allerdings bestehen hier Bedenken hinsichtlich der Bundeskompetenz.

Eine Regelung auf der nächsten Ebene im 2. Abschnitt des Kartellvergaberechts bzw. in der VgV würde eine Grundlage in § 97 Abs. 3 und Abs. 2 GWB haben sowie in der Ermächtigung nach § 113 GWB. Die Zuordnung zu den einzelnen Phasen hätte aber eine geringere Umsetzungswirkung. Sofern inhaltliche Kriterien definiert würden, ließe dies auch einen größeren Spielraum als bei einer generellen Priorisierung von OSS, die aber nach der vorgehenden Untersuchung rechtlich zulässig

178 Vgl. *Denkhaus/Richter/Bostelmann*, EGovG/OZG, Einl. Rn. 47.

179 Vgl. zum Begriff Dreier/*Hermes*, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 35.

180 Näher Dürig/*Herzog/Scholz/Kirchhof*, GG, 98. EL März 2022, Art. 84 Rn. 58.

181 Vgl. Dürig/*Herzog/Scholz/Kirchhof*, GG, 98. EL März 2022, Art. 84 Rn. 132 ff.

ist und wegen der stärkeren Priorisierungswirkung vorzugswürdig erscheint. Eine einheitliche Regelung in der VgV hätte demgegenüber eine vereinheitlichende Wirkung, würde das gesamte Vergabeverfahren in einer Regelung erfassen, und wäre auch gut zur Umsetzung geeignet. Hier könnte man im Rahmen der Priorisierung auf die maßgeblichen Kriterien abstellen oder diese jeweils den einzelnen Teilen des Vergabeverfahrens zuordnen.

Eine Regelung der Priorisierung als Haushaltsgrundsatz hätte keine Außenwirkung. Der Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften könnte für die Bundesverwaltung verbindliche Vorgaben etablieren, allerdings unterhalb der Ebene gesetzlicher Regelung, was der Bedeutung der Priorisierung im Rahmen der digitalen Transformation nicht gerecht würde.

Unter den verschiedenen mit der Priorisierung verfolgten Zielen, vor allem der Erreichung der digitalen Autonomie der Verwaltung, erscheint eine Regelung für die Bundesverwaltung im EGovG gut geeignet. Sie beinhaltet eine generelle Priorisierung auf Gesetzesebene und ist daher einer Priorisierung von Ebene von Verwaltungsvorschriften vorzuziehen. Allerdings wirkt diese Regelung nur mittelbar in das Vergaberecht hinein.

Insgesamt erscheinen die Verankerung der Priorisierung in der VgV oder im EGovG des Bundes als am besten geeignete Optionen.

VI. Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

1. Schlussfolgerungen

Die Herstellung und Sicherstellung der digitalen Souveränität ist eine wichtige Aufgabe für die öffentliche Verwaltung in der digitalen Transformation.

OSS weist generell eine Reihe von wirtschaftlich und technisch bedingten Vorteilen gegenüber herkömmlicher proprietärer Software auf, insbesondere hinsichtlich Qualität, IT-Sicherheit, Kooperation und Nachhaltigkeit, und ist eine Schlüsseltechnik für die Verwaltungsmodernisierung und deren gesellschaftlicher Dimension.

Die Frage der Ausschreibungspflichtigkeit von OSS-bezogenen Aufträgen ist umstritten; wegen der engen Verbindung zu zusätzlichen Dienstleistungen kann eine Ausschreibung aber erforderlich sein.

Das geltende Recht bietet bereits Möglichkeiten, im Rahmen der verschiedenen Phasen des Vergabeprozesses, insbesondere Leistungsbeschreibung und Zuschlag, die innovativen Potenziale von OSS zu nutzen; selbst wenn man darin einen eigentlich unzulässigen Produktbezug bei der Ausschreibung sehen wollte, ließe sich dieser durch sachliche Gründe rechtfertigen; Unsicherheiten bleiben aber insoweit bestehen.

Grundsätzlich hat der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Leistungsbeschreibung ein weites Ermessen, das aber durch den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB eingeschränkt wird; im Wettbewerbsbereich kann eine generelle Bevorzugung von OSS eine Ungleichbehandlung begründen.

Nach § 97 Abs. 2 GWB kann eine Ungleichbehandlung durch eine gesetzliche Regelung legitimiert werden.

Eine solche gesetzliche Regelung ist aber nur in den Schranken zulässig, die durch das primärrechtliche Diskriminierungsverbot, die Grundfreiheiten, sowie die verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote von Art. 20 GRCh und Art. 3 GG gezogen werden; diese kulminieren in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Einsatz und Entwicklung von OSS stellen insoweit ein Mittel zur Erreichung von digitaler Souveränität als legitimem Ziel der Gesetzgebung dar, das auch politisch auf EU-Ebene und national hohe Priorität im Rahmen der Digitalstrategien hat.

Die Eignung und Notwendigkeit der generellen Priorisierung von OSS ist wegen der Systemvorteile von OSS gegeben; eine generelle gesetzliche Regelung zur Vermeidung von Inkonsistenzen und Rechtsunsicherheit erforderlich; die Anbieter proprietärer Software werden durch eine Priorisierung beeinträchtigt, aber nicht ganz ausgeschlossen; die negativen Auswirkungen werden durch die positiven Effekte von OSS für den Wettbewerb ausgeglichen.

Auch die Berücksichtigung strategischer Beschaffungsziele in § 97 Abs. 3 GWB kann eine generelle gesetzliche Priorisierung von OSS tragen; die Umsetzung kann im Rahmen der Anforderungen des Vergabeprozesses oder einer speziellen gesetzlichen Regelung erfolgen.

Die Priorisierung von OSS wird im Hinblick auf die wirtschaftlichen und technischen Vorteile von OSS und deren gesamtwirtschaftlichen Folgen von dem Aspekt der Innovationsförderung abgedeckt; auch insoweit ist eine gesetzliche Regelung als verhältnismäßig anzusehen.

Demgegenüber erscheinen die Aspekte von Qualität und umweltbezogenen Aspekten zur Begründung einer generellen gesetzlichen Regelung weniger geeignet.

Der eigenen Entwicklung von OSS durch die öffentliche Verwaltung im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen stehen keine grundsätzlichen rechtlichen Bedenken entgegen.

Hinsichtlich der Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung zur Priorisierung von OSS bestehen verschiedene Möglichkeiten:

Es könnte eine Regelung in § 97 Abs. 5 GWB erfolgen, insoweit bestehen aber verfassungsrechtliche Risiken hinsichtlich der Bundeskompetenz im Hinblick auf Art. 72 Abs. 2 GG.

Eine auf die einzelnen Phasen des Vergabeprozesses abgestimmte Umsetzung des Beschaffungsziels der Innovation nach § 97 Abs. 3 GWB könnte in Unterabschnitt 2 zu Abschnitt 2 des GWB (§§ 119-135 GWB) erfolgen.

Alternativ könnte die Priorisierung auf der Grundlage von § 113 GWB in der VgV eingefügt werden, indem eine generelle Priorisierung vorgesehen oder auf entsprechende Kriterien abgestellt wird (Quell- und Lizenzoffenheit von Software sein, Interoperabilität und Vermeidung der Abhängigkeit von einzelnen Unternehmen/Nachhaltigkeit).

Die Priorisierung könnte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften verankert werden, die aber für den Unterschwellenbereich nicht verbindlich wären; eine Ergänzung von § 2 Abs. 3 UVgO wäre für den Oberschwellenbereich nicht verbindlich, ebenso nicht für die Länder.

Es könnte eine Regelung im Haushaltsrecht erfolgen, etwa eine Erweiterung von § 6 HGrG um den Grundsatz der Priorisierung von OSS; hier wäre aber die Wirksamkeit für den Oberschwellenbereich fraglich.

Es könnte für die Bundesverwaltung eine entsprechende Regelung im EGovG des Bundes getroffen werden, die aber mit dem Risiko verbunden ist, das sie keine vergaberechtliche Regelung darstellt; diese wäre auch nicht abweichungsfest im Hinblick auf die Länder.

Im Hinblick auf das Ziel einer möglichst effektiven Umsetzung der Priorisierung für die Bundesverwaltung wäre eine Regelung im EGovG vorzuzugswürdig. Sie beinhaltet eine generelle Priorisierung auf Gesetzesebene und wäre daher einer Priorisierung von Ebene von

Verwaltungsvorschriften überlegen. Allerdings bestünde hier ein systematisches Problem durch die Regelung außerhalb des Vergaberechts.

Von der Sache her wäre eine Einfügung als eigener Absatz in § 97 GWB gleichwertig. Allerdings bestehen hier Bedenken hinsichtlich der Bundeskompetenz.

Eine Regelung auf der nächsten Ebene im 2. Abschnitt des Kartellvergaberechts hätte eine geringere Umsetzungswirkung.

Gut geeignet wäre auch eine eigene Regelung in der VgV. Sie wäre auch wegen der Verankerung direkt im Vergaberecht von Vorteil.

2. Handlungsempfehlung

Es wird daher empfohlen, angelehnt an § 7 S.-H. EGovG, eine Regelung entweder in das EGovG des Bundes oder in einer eigenen Regelung der VgV einzufügen. Wegen des engen Bezugs zu offenen Standards sollte ein entsprechender Absatz integriert werden. Desweiteren ist es sinnvoll, auch für eigene Entwicklungen die Priorisierung von OSS zu regeln. Auch wenn dies bereits nach geltendem Recht zulässig wäre, dient eine solche Regelung der Klarheit und Rechtssicherheit.

Regelungsvorschlag:

- (1) Zur Gewährleistung einer weitreichenden Interoperabilität sind neue Anwendungen und Technologien mit offenen Schnittstellen sowie Standards auszustatten und hierüber nutzbar zu machen. Neue Anwendungen und Technologien sollen möglichst abwärtskompatibel sein.
- (2) Der Einsatz von Open-Source-Software soll vorrangig vor solcher Software erfolgen, deren Quellcode nicht öffentlich zugänglich ist und deren Lizenz die Verwendung, Weitergabe und Veränderung einschränkt sowie Anwendungen und Technologien eingesetzt werden, die über ihren gesamten Lebenszyklus nachhaltig sind.
- (3) Bei neuer Software, die von der öffentlichen Verwaltung oder speziell für diese entwickelt wird, ist der Quellcode unter eine geeignete Freie-Software- und Open-Source-Lizenz zu stellen und zu veröffentlichen, soweit keine sicherheitsrelevanten Aufgaben damit erfüllt werden und dies lizenzrechtlich zulässig ist.