



## **Open Source - Closed Shop?**

### **Vergaberechtliche Anforderungen an behördliche IT- Ausschreibungen zugunsten von Open Source Software**

**Wissenschaftliches Rechtsgutachten**

**im Auftrag der Microsoft GmbH**

**Prof. Dr. jur. Dirk Heckmann**

Ordinarius für Öffentliches Recht,  
Internet- und Sicherheitsrecht an der  
Universität Passau

<b>I. Einleitung: IT-Beschaffungspolitik im Kontext administrativer Herausforderungen</b> .....	6
1. Der Zwang zur Modernisierung von Staat und Verwaltung .....	6
2. Der Sog der Technisierung und „Multimediatisierung“ .....	7
3. Der politische Sachzwang zur radikalen Einsparung von Haushaltsmitteln.....	8
<b>II. Vergaberechtliche Anknüpfungspunkte</b> .....	11
1. IT-Vergabe und Vergaberechtsgrundsätze.....	11
2. IT-Vergabe und Leistungsbeschreibung (§ 8 VOL/A).....	15
a) Neutralitätsgebot.....	15
b) Abstraktionsgebot.....	17
c) Äquivalenzgebot.....	18
3. IT-Vergabe, Vergabekriterien und Wertung der Angebote (§ 25 VOL/A) .....	19
a) Neutrale Ausschreibung - rationale Wertung .....	19
b) Insbesondere: „IT-Sicherheit“ als Vergabe- und Wertungskriterium.....	20
aa. Staatliche Verantwortung für eine „sichere“ IT-Infrastruktur .....	20
bb. Open Source: Garant oder Risikofaktor für IT-Sicherheit?.....	20
cc. Kriterien der Vertrauensbildung bei Open Source .....	20
dd. IT-Sicherheit: mehr als die „Offenlegung des Quellcodes“ .....	22
ee. IT-Sicherheit und IT-Rechtssicherheit .....	22
4. IT-Vergabe und vergabefremde Kriterien (§ 97 Abs. 4 GWB).....	23
<b>III. Proprietäre Software und Open Source Software im Fokus der IT- Beschaffung: Produktlieferung und/oder Dienstleistungsauftrag?</b> .....	24
1. Open Source Beschaffung als (reiner) Dienstleistungsauftrag? .....	24
2. Bedarfsorientierte Beschaffung und einheitliches Erfüllungsgeschäft .....	24
a) Der pekuniäre Charakter des Vergaberechts.....	24
b) Abgrenzung proprietärer und Open Source Software als Frage des Geschäfts-, insbesondere Vertriebsmodells.....	25
c) Der IT-Bedarf der Behörde: Produkt <i>und</i> Dienstleistung.....	25
d) Bedarfsorientierung und Wettbewerbsgrundsatz.....	27

<b>IV. Vergaberechtskonforme Leistungsbeschreibung von</b>	
<b>Open Source Software?</b> .....	28
1. Ausschreibungstypen bei behördlicher OSS-Präferenz.....	28
2. „Neutralität“ Open Source orientierter Leistungsbeschreibungen? .....	29
3. Auslegung des § 8 Nr. 3 VOL/A im Lichte der Vergaberechtsgrundsätze.....	29
4. Wettbewerbsteilnahme „proprietärer Hersteller“ zu „Open Source Bedingungen“? .....	30
5. Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes durch (partiellen)	
Wettbewerb unter den Open Source Distributoren?.....	31
6. Teleologisch-systematische Auslegung des § 8 Nr. 3 VOL/A.....	32
a) Direkte Anwendung.....	32
b) Analoge Anwendung.....	32
7. Zwischenergebnis .....	33
<b>V. Rechtfertigung der Ausschreibung von Open Source Software?</b> .....	34
1. Vorbemerkung: Ausschreibung von Open Source Software oder Verengung der	
Leistungsbeschreibung zugunsten von Open Source Software? .....	34
2. Rechtfertigung durch die „Art der zu vergebenden Leistung“? .....	34
3. Fazit: Notwendigkeit und Erfüllbarkeit eines neutralisierenden	
Abstraktionsgrades im Ausschreibungstext .....	36
<b>VI. Zusammenfassung und Ausblick</b> .....	39

Open Source Software boomt und hat inzwischen längst auch die Amtsstuben deutscher Behörden erreicht. Geradezu weltweite Beachtung fand der Beschluss des Münchener Stadtrats vom 28. Mai 2003, zukünftig nur noch Open Source auf den 14.000 kommunalen Rechnern einzusetzen; Großstädte wie Paris und Wien wollen sich dem anschließen. Dabei sind die „Rechtsfragen von Open Source“<sup>1</sup> - insbesondere solche der Haftung, Gewährleistung und des Urheber- sowie Patentrechts - noch nicht endgültig geklärt. Wenig beachtet wurde bislang die vergaberechtliche Dimension des Themas.

- Sind „Open Source-Grundsatzbeschlüsse“ einerseits, pauschale „Open Source Ausschreibungen“ andererseits vergaberechtskonform?
- Wie verhält es sich mit „Empfehlungen“ staatlicher Instanzen (z.B. des Bundesamtes für die Sicherheit in der Informationstechnik BSI<sup>2</sup>, oder der Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für die Informationstechnik in der Bundesverwaltung, KBSt<sup>3</sup>) zugunsten des Einsatzes von „freier Software“: Welchen Einfluss haben diese auf das Beschaffungs- und Vergabeverhalten der öffentlichen Stellen? Wie ist ein etwaiger Eingriff in den Wettbewerb in der Softwarebranche durch „staatliche(n) Open Source Entwicklung und Vertrieb“ rechtlich zu würdigen?
- An welcher Stelle im IT-Beschaffungsprozess kann die Weichenstellung zwischen Open Source Software und proprietärer Software rechtskonform vorgenommen werden?
- Ist am Ende der Gesetzgeber gefordert?

Dieses Rechtsgutachten ergänzt und vertieft die Ausführungen des Autors aus einer Abhandlung in der Fachzeitschrift Computer und Recht (CR) 2004, S. 401 ff. Es setzt sich zum Ziel, die stark politisch, ökonomisch, technologisch (und zum Teil auch emotional) geprägte Debatte um den Einsatz von Open Source Software bei behördlichen IT-Beschaffungen um ein rechtsdogmatisch fundiertes Argumentationsgerüst zu erweitern. Dabei wird teilweise auch juristisches Neuland betreten.

---

<sup>1</sup> Vgl. den gleichnamigen Sammelband, hrsg. von Gerald Spindler, Otto Schmidt Verlag 2004.

<sup>2</sup> Vgl. beispielhaft das „Fazit“ unter [www.bsi.de/oss/index.htm](http://www.bsi.de/oss/index.htm): „Unabhängigkeit und Software-Vielfalt sowie die Verwendung offener Standards bieten eine Basis für IT-Sicherheit. Sicherheit ist jedoch ein Prozess. Um IT-Sicherheit erhalten zu können, müssen die Verantwortlichen das System genau kennen, regelmäßig warten und Sicherheitslücken schnell beheben. Der Einsatz Freier Software bietet per se keine Gewähr für ein sicheres System. Er bietet in diesem Prozess jedoch bedeutende strategische Vorteile.“

<sup>3</sup> Vgl. [www.kbst.bund.de](http://www.kbst.bund.de) : Errichtung eines virtuellen OSS-Kompetenzzentrums, Herausgabe des Migrationsleitfadens für Softwarebasiskomponenten - beides in Vollzug des „Bekanntnisses der Bundesregierung zu offenen Standards und zur Vielfalt in der Software-Landschaft“.

Gleichwohl soll verhindert werden, dass der versachlichende Blick des Gesetzes durch faktenschaffende, übereilte Migrationsbeschlüsse verstellt wird.

Nach einem kurzen einleitenden Blick auf die IT-Beschaffungspolitik der öffentlichen Hand (I.) gilt es zunächst die vergaberechtlichen Anknüpfungspunkte herauszuarbeiten (II.): An welchen Stellen mit welcher normativen Verbindlichkeit äußert sich das geltende Vergaberecht zu den Herausforderungen innovativer Vertriebsmodelle? Im Mittelpunkt der gutachterlichen Stellungnahme stehen alsdann drei Lösungsansätze: Erstens könnte bereits die Abgrenzung von Produktlieferung und Dienstleistung dem Wettbewerb zwischen den Herstellern proprietärer Software und den Distributoren von Open Source Software die vergaberechtliche Relevanz nehmen (III.). Zweitens ist zu klären, welchen „Neutralitätsgrad“ die Leistungsbeschreibung bei der IT-Vergabe haben sollte (IV.). Und drittens stellt sich die Frage nach einer möglichen Rechtfertigung von „Open Source Ausschreibungen“ wegen der besonderen Art der zu vergebenden Leistung (V.). Die Zusammenfassung und ein Ausblick beschließen das Rechtsgutachten (VI.)

# **I. Einleitung: IT-Beschaffungspolitik im Kontext administrativer Herausforderungen**

Die staatliche Verwaltung steht zu Beginn des 21. Jahrhunderts vor großen Herausforderungen, die sich mit 3 Aspekten grob umreißen lassen: Modernisierung, Multimediatisierung, Konsolidierung.

## **1. Der Zwang zur Modernisierung von Staat und Verwaltung**

Eine moderne Verwaltung<sup>4</sup> muss in ihre Zeit - also heute in das Informationszeitalter - passen, sich ihr ggf. anpassen: politisch, wirtschaftlich, gesellschaftlich, technisch u.s.w. Sie muss zugleich zukunftsorientiert, innovativ sein, sich - soweit möglich und nötig - mit allen sie umgebenden Faktoren wandeln. Und sie muss zweckorientiert sein, sich stets ihrer gesetzlich vorgegebenen, ihr Tun legitimierenden und limitierenden Zwecke vergewissern. Eine moderne, qualitätsorientierte Verwaltung hat das zu tun, was die jeweiligen Staats- und Verwaltungszwecke exakt erfordern, und eben jenes wegzulassen, was nicht zweckdienlich ist<sup>5</sup>. Modernisierung tut not, weil sich die Bedingungen der öffentlichen Verwaltung, ihr Umfeld und damit die Zwecke staatlicher Aufgabenerledigung in den letzten 15 Jahren radikal verändert haben. Stichworte dieser Modernisierungsdebatte sind<sup>6</sup>: Verschlankung, Privatisierung, Outsourcing, Umstrukturierung („Reengineering“) von Verwaltungsvorgängen, Vereinfachung, Entbürokratisierung, Organisationsreform u.s.w.

---

<sup>4</sup> Zu den Merkmalen einer modernen Verwaltung *Heckmann*, Unverzichtbares eGovernment, in: Sachsenlandkurier 2003, 377 (380).

<sup>5</sup> Solche Zweck- und damit Qualitätsorientierung ist nicht zufällig auch ein wichtiges Funktionsprinzip technischer Anlagen. Vgl. *Heckmann*, Unverzichtbares eGovernment, in: Sachsenlandkurier 2003, 377 (378): „Würden wir heute versuchen, ein Flugzeug mit dem Wirkmechanismus mancher deutschen Behörde zu steuern, wir würden nur deshalb nicht abstürzen, weil das Flugzeug erst gar nicht vom Boden abhebt. Wenn man es dürfte, würde man solche Behörden schlicht abschaffen: Es käme zur Concordisierung der Verwaltung“.

<sup>6</sup> Vgl. statt Vieler *Naschold/Bogumil*, New Public Management in deutscher und internationaler Perspektive, Opladen 2000.

## 2. Der Sog der Technisierung und „Multimediatisierung“

Wirtschaft und Gesellschaft sind längst „online“. Unternehmen und Bürger erwarten auch von den Behörden als modernen Dienstleistern, dass sie in sinnvoller Weise vernetzt sind und sich neuen Informations- und Kommunikationswegen öffnen<sup>7</sup>. Dieser Aspekt hängt zweifellos mit jenem der Verwaltungsmodernisierung zusammen, ist aber keineswegs mit ihm identisch. E-Government kann und darf nicht Ziel der Verwaltungsmodernisierung, sondern muss ihr Motor sein<sup>8</sup>. Einem technikinduzierten E-Government ist eine klare Absage zu erteilen. Alleine durch den Einsatz moderner Software wird aus einem ineffizienten nicht automatisch ein effizienter Verwaltungsvorgang. Trauriger Beleg für diese noch zu selten beachtete These ist der derzeitige Trend, „schlechte“ (weil sachlich falsche, unvollständige, widersprüchliche) Formulare „eins zu eins“ als elektronische Formulare umzusetzen, anstatt die Generierung des elektronischen Pendantes zu einer Qualitätskontrolle zu nutzen<sup>9</sup>.

Nichtsdestotrotz entfaltet die „allgegenwärtige“ IuK-Technik<sup>10</sup> eine regelrechte Sogwirkung. Der Staat kann sich diesem Thema nicht verschließen, will er nicht als „unzeitgemäß“ oder „reformunfähig“ gelten. Was zuweilen die hohe Politik fordert, um die deutsche Wirtschaft und Verwaltung (das „öffentliche Leben“) aus dem unteren Mittelfeld wieder in eine internationale Spitzenstellung zu erheben, muss weder volkswirtschaftlich noch technologisch rational begründet sein<sup>11</sup>. Im Gegenteil: Je abstrakter, komplexer und in seinen Kausalbeziehungen fernliegender eine Systemveränderung ist (all dies trifft auf ein technik-induziertes E-Government zu), um so besser taugt es anscheinend als politisches Programm. Daraus speist sich wiederum eine Erwartungshaltung auf Seiten der Unternehmen und Bürger, die - verbunden mit der rasanten technologischen Entwicklung - kritischen Rückfragen nach der Zwecktauglichkeit der politisch vorgegebenen Wege und Instrumente weder Zeit noch Raum lassen. Der „common sense“, der sich in weiten Kreisen derzeit zum Thema „Open Source Einsatz“ in der Verwaltung herausgebildet hat, ist dafür ein beredtes Beispiel, wie sich im Folgenden noch zeigen wird.

---

<sup>7</sup> Heckmann, Der interaktive Dienstleistungsstaat, in: FS Musielak, 2004, S. 207 ff.

<sup>8</sup> Beispielhaft Heckmann, E-Vergabe als Motor für E-Government, K & R 2003, 97 ff.

<sup>9</sup> Vgl. als Gegenbeispiel die Entwicklung eines Formulardialogs am Beispiel des Melderechts in Bayern, [www.behoerderserviceonline.de](http://www.behoerderserviceonline.de).

<sup>10</sup> Hierzu weiterführend die Beiträge in F. Mattern (Hrsg.), Total vernetzt. Szenarien einer informatisierten Welt. 7. Berliner Kolloquium der Gottlieb-Daimler- und Karl Benz-Stiftung, Berlin 2003.

<sup>11</sup> Als - provozierendes -Beispiel sei nur das Stichwort „Toll Collect“ genannt.

### 3. Der politische Sachzwang zur radikalen Einsparung von Haushaltsmitteln

Deutschland steht zu Beginn des 21. Jahrhunderts in einer prekären Haushaltssituation, die öffentliche Verwaltung vor einem Dilemma<sup>12</sup>: Einerseits stehen keine oder jedenfalls kaum Haushaltsmittel für Investitionen zur Verfügung, andererseits sind Umstrukturierungsprozesse im Rahmen der Verwaltungsmodernisierung kaum zum „Nulltarif“ zu erlangen. Im Konflikt zwischen dem ersten Aspekt (Verwaltungsmodernisierung) und dem dritten Aspekt (staatliche Sparzwänge) bekommt der zweite Aspekt (Technisierung) ein besonderes Gewicht<sup>13</sup>: Sollte es nämlich gelingen, den Einsatz von Technik und neuen Medien, den Aufbau einer elektronischen Verwaltung, dahingehend zu nutzen, öffentliche Gelder zumindest mittel- oder langfristig einzusparen, dann wäre die deutsche Verwaltung vielleicht doch in der Lage, die skizzierten Herausforderungen zu meistern.

Im Angesicht solcher Hoffnungen und Prognosen wird das erste Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts geprägt sein von einem regelrechten Boom der IT-Beschaffung, der Umgestaltung zahlreicher Verwaltungsprozesse mit Hilfe neuer Medien (alleine BundOnline 2005 verzeichnet 376 „internetfähige“ Dienstleistungen<sup>14</sup> der Bundesverwaltung), der Entwicklung und Implementierung spezieller Software bis hin zu kompletten Workflowsystemen in Umsetzung neuer ganzheitlicher Verwaltungskonzepte (Beispiel: elektronische Beschaffung<sup>15</sup>). Die Investitionskosten für Hard- und Software, Entwicklungs- und Beratungsdienstleistungen, Schulungen etc. sind enorm. Man ist sich bewusst (oder müsste sich dies bewusst machen), dass es eine zweite Chance zur Verwaltungsmodernisierung mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechnik kaum geben kann, wenn die derzeitigen E-Governmentkonzepte und ihre Umsetzungsstrategien scheitern. Behördliche IT-Beschaffung muss daher in erster Linie nachhaltig<sup>16</sup> und unter Berücksichtigung sämtlicher Implementierungs- und etwaiger Migrationsfaktoren wirtschaftlich sein.

---

<sup>12</sup> Der Übergang vom politischen Sparzwang zur rechtlich gebotenen Vermeidung eines verfassungswidrigen Haushalts ist fließend, vgl. etwa *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, Tübingen 2001.

<sup>13</sup> Diesen Zusammenhang betont bereits *Reinermann*, Vor einer „Verwaltungsreform“? Informationstechnisch motivierte Ziele und „Systemkonzepte“ der Verwaltungspolitik, in: *Reinermann/Fiedler/Grimmer/Lenk/Traunmüller*, Neue Informationstechniken Neue Verwaltungsstrukturen?, Heidelberg 1988, S. 38 ff.

<sup>14</sup> Die Evaluierungen in Zusammenhang mit der Bund Online 2005- Initiative hatten insgesamt 383 Dienstleistungen des Bundes im Visier. Als nicht onlinefähig wurden in diesem Zusammenhang v.a. solche Dienstleistungen bewertet, die aus Realakten bestehen, siehe hierzu: *Bund Online 2005 – Umsetzungsplan für die eGovernment-Initiative* unter [www.bund.de/Anlage\\_66411/pdf\\_datei.pdf](http://www.bund.de/Anlage_66411/pdf_datei.pdf)

<sup>15</sup> Hierzu *Heckmann*, E-Vergabe als Motor für E-Government, K & R 2003, S.97 ff.

<sup>16</sup> Zur Nachhaltigkeit als strategischem Junktim beim Aufbau einer IT-Infrastruktur vgl. *Schuppan/Reichard*, eGovernment: Von der Mode zur Modernisierung, LKV 2002, S.105 ff.



In diesem Zusammenhang erweist sich die politische Diskussion um den Einsatz von Open Source Software (OSS) als trendbildend, um nicht zu sagen: als Offenbarung<sup>17</sup>. OSS „gilt“ als kostengünstig (eben „wirtschaftlich“) und „soll“ daneben einen großen Teil der politischen Nebenzwecke abdecken, die im Zusammenhang mit E-Government, E-Governance und staatlicher IuK-Politik verfolgt werden (Datenschutz und Datensicherheit, Transparenz und Offenheit, Standardisierung und „Entmonopolisierung“ u.s.w.)<sup>18</sup>.

Die öffentlichen Debatten in der letzten Zeit haben gezeigt, dass das Thema Open Source (OS) weit über einen herkömmlichen Beschaffungsvorgang hinaus geht. Das Thema ist politisiert und beschäftigt sowohl die „große“, als auch die „kleine“ Politik. Bereits der Bundestagsbeschluss zum Thema „Deutschlands Wirtschaft in der Informationsgesellschaft“ vom 9.11.2001<sup>19</sup> stellte fest, dass Open Source eine besondere Chance für die europäische Softwarebranche darstelle, da hier zum ersten Mal die USA nicht führend seien. Der Münchener Oberbürgermeister verwahrt sich hinsichtlich des Open-Source-freundlichen Münchener Stadtratsbeschlusses vom 28.5.2003 prophylaktisch unter Verweis auf OS-freundliche US-Firmen gegen jede Form von Antiamerikanismus<sup>20</sup>. Im Bayerischen Landtagswahlkampf 2003 wurden Plakate mit dem Slogan: „Mehr Linux – mehr Freiheit“ geklebt. Dass dem so ist, kann kaum verwundern, setzt die Softwarebranche gegenüber dem Endabnehmer doch jährlich ca. 76 Milliarden US-Dollar um<sup>21</sup>, von denen die proprietär orientierten Softwarehersteller um so weniger partizipieren als sich die Nutzung von Open Source Software mit einem flankierenden Serviceangebot durchsetzt. Der für die hier diskutierten vergaberechtlichen Fragen allein relevante öffentliche Sektor wird zukünftig eher höhere Zuwachsraten bei der IT-Beschaffung verzeichnen, ist sein „Nachholbedarf“ doch umgleich stärker ausgeprägt als bei den teilweise saturierten Privathaushalten und Privatunternehmen (abgesehen davon, dass die IT-Infrastruktur im virtuellen Verwaltungsraum viel höhere Anforderungen stellt als das Haus- oder Firmennetzwerk).

---

<sup>17</sup> Exemplarisch die Aussage des „Open Source-Papstes“ *Eric Raymond*: „Während die Entwicklung proprietärer Programme dem Bau einer Kathedrale gleicht, die nach den Vorstellungen eines einzigen Bauherren entstehen soll, geschieht die Entwicklung freier Programme im Stil eines Basars: Aus der Kakophonie des freien Austauschs verschiedenster Vorschläge entsteht ein Programm“, in: *Raymond, The Cathedral and the Bazaar*, <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/index.html#catbmain>.

<sup>18</sup> Vgl. nur *Demmel/Herten-Koch*, NZBau 2004, 187 (188).

<sup>19</sup> Siehe hierzu BT-Drs. 14/5246.

<sup>20</sup> Vgl. *Ude*: „Software: Mauerfall an der Isar – Hier schreibt der OB“ auf der Homepage der Landeshauptstadt München vom 1.06.2003, zu finden unter [http://www.muenchen.de/Rathaus/lhm\\_alt/mde/ob/03/43007/0616.html](http://www.muenchen.de/Rathaus/lhm_alt/mde/ob/03/43007/0616.html).

<sup>21</sup> So Schätzungen des Marktforschungsunternehmens Dataquest für das Jahr 2003, siehe hierzu <http://www.heise.de/newsticker/meldung/35420>

Ziel dieses Rechtsgutachtens kann es daher nicht sein, Entscheidungshilfen in der Diskussion um den Einsatz von Open Source Software im öffentlichen Sektor zu bieten<sup>22</sup>. Auch sollen die OS-Strategien der einzelnen Verwaltungsträger keiner beschaffungspolitischen Kommentierung unterzogen werden. Vielmehr geht es darum, die vergaberechtliche Seite der IT-Beschaffungen der öffentlichen Hand so weit auszuloten, dass diese auch im OS-Zeitalter - unter Berücksichtigung der legitimen Interessen der Hersteller und Distributoren proprietärer Software - vergaberechtskonform konzipiert und abgewickelt werden können<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Die rechtliche Problematik wird umfassend beleuchtet bei *Spindler* (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, 2004.

<sup>23</sup> Allgemein hierzu (ohne Blick auf Open Source) *Ohle/Sebastiani*, *Informationstechnologie und Vergabeverfahren*, CR 2003, 510 ff.

## II. Vergaberechtliche Anknüpfungspunkte

Der IT-Beschaffung der öffentlichen Hand korrespondiert in der Praxis die IT-Vergabe und damit das Vergaberecht mit seiner komplexen, für den öffentlichen Auftraggeber verbindlichen Normenstruktur (Europäische Vergaberichtlinien, GWB, Vergabeverordnung, Verdingungsordnungen, insbesondere die VOL/A). Angesichts des Umstandes, dass Verwaltungsbehörden im Regelfall nicht in der Lage sein werden, ihren Bedarf an Gütern und Dienstleistungen zur Schaffung, Erhaltung oder Weiterentwicklung ihrer IT-Infrastruktur mit eigener Personal- oder Sachausstattung zu befriedigen, ist eine IT-Vergabe und damit ein Vergabeverfahren notwendig<sup>24</sup>.

### 1. IT-Vergabe und Vergaberechtsgrundsätze

Die Vergabe von Leistungen im IT-Sektor<sup>25</sup> unterliegt grundsätzlich den Kautelen des deutschen und des europäischen Vergaberechts<sup>26</sup>. Es handelt sich trotz aller Besonderheiten des (unter Umständen sehr komplexen) Beschaffungsgegenstandes um eine öffentliche Auftragsvergabe, die wie alle anderen vergaberelevanten Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand an das formalisierte Vergaberecht gebunden ist. Den Ausgangspunkt hierfür bilden die vergaberechtlichen Grundsätze (Vergaberechtsprinzipien), die im GWB, der Vergabeverordnung und den Verdingungsordnungen ihre Ausprägung gefunden haben.

Das materielle Kernprinzip des Vergaberechts ist

- der Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB, § 2 Nr. 1 VOL/A).

Ziel des Vergaberechts ist es, die staatlichen Beschaffungsmärkte für einen freien Wettbewerb zu öffnen. Dem deutschen Vergaberecht liegt gem. § 97 Abs. 1 GWB das Wettbewerbsprinzip zu Grunde. Danach ist Sorge zu tragen, dass jeder Auftraggeber den Grundsatz der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe beachtet. Der Wettbewerbsgrundsatz schützt zum einen die Interessen der Wirtschaftsteilnehmer, indem er eine ungerechtfertigte Bevorzugung einzelner Bieter bei der Auftragsvergabe verhin-

---

<sup>24</sup> Womit noch nichts darüber ausgesagt ist, in welchem Vergabeverfahren (öffentliche Ausschreibung, freihändige Vergabe etc.) mit welchem Inhalt (insbesondere welcher Leistungsbeschreibung) die IT-Vergabe stattfindet.

<sup>25</sup> Zum Beispiel die Lieferung und Installation von Software, aber auch Dienstleistungen rund um den Einsatz von Informationstechnologie wie etwa die Implementierung in eine bestehende IT-Infrastruktur, die Schaffung von Schnittstellen, Schulung von Mitarbeitern, Softwarepflege.

<sup>26</sup> Die nachfolgenden Ausführungen, insbesondere jene zu den strengen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung nach § 8 VOL/A, gelten auch und gerade bei europaweiten Ausschreibungen, zu denen Behörden bei einem Auftragswert über 200.000 EUR gezwungen sind. Die europäischen Vergaberichtlinien haben die sog. Basisparagrafen der VOL/A zwar ergänzt, in dem hier relevanten Regelungsbereich gibt es aber keine Unterschiede zwischen nationaler und europaweiter Ausschreibung (abgesehen von dem weitergehenden Bieterschutz oberhalb der Schwellenwerte), vgl. *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 780 ff.

dert. Zum anderen kommt er aber auch der öffentlichen Hand zu Gute. Dadurch, dass möglichst viele Bieter an einem Vergabeverfahren beteiligt werden und sodann untereinander im Wettbewerb stehen, kann der öffentliche Auftraggeber zu bestmöglichen Konditionen abschließen.

Das Wettbewerbsprinzip steht in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 2 GWB): Echter Wettbewerb kann nur entstehen, wenn alle Bewerber und Bieter gleich behandelt werden und eine faire Chance erhalten, ein vollständiges Angebot abzugeben. Insoweit bedeutet Wettbewerb freier Marktzugang unter gleichen Chancen.

Mit ihm korrespondieren

- das Gleichbehandlungsprinzip (§ 97 Abs. 2 GWB)

Die Diskriminierungsfreiheit stellt eines der grundlegenden Prinzipien des Vergaberechts dar. Sie gewährleistet die Chancengleichheit der Bewerber, indem sie deren Gleichbehandlung durch die öffentlichen Auftraggeber in sämtlichen Phasen des Vergabeverfahrens verlangt. Das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot, Art. 12 EGV, untersagt Verwaltungspraktiken, die Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten daran hindern, ihre Leistungen unter den gleichen Bedingungen und mit den gleichen Rechten wie inländische Unternehmen zu erbringen. Im deutschen Vergaberecht ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung in § 97 Abs. 2 GWB niedergelegt, der an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG anknüpft. Nach § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist aufgrund des Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB)

Das vergaberechtliche Transparenzgebot steht in engem Zusammenhang mit dem Wettbewerbsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot. Ein transparentes Verfahren soll die Nachprüfbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers für einen bestimmten Bewerber gewährleisten und so auch sicherstellen, dass das Verfahren unter Beachtung des Diskriminierungsverbots abläuft. Das Transparenzgebot geht Hand in Hand mit dem Wettbewerbsprinzip, da nur ein durchsichtiges Verfahren der Auftragsvergabe einen echten Wettbewerb ermöglicht. Im GWB ist das Transparenzgebot in § 97 Abs. 1 geregelt.

- und das Wirtschaftlichkeitsprinzip (§ 97 Abs. 5 GWB)<sup>27</sup>.

Nach § 97 Abs. 5 GWB ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Dahinter steht - neben dem haushaltsrechtlichen Gebot des sparsamen Umgangs mit öffentlichen Geldern - die Erkenntnis, dass ein Zuschlag allein nach dem Kriterium des niedrigsten Preises auf lange Sicht zu ökonomischen Fehlentwicklungen führt und dass die öffentlichen Auftraggeber aufgrund des fehlenden Wettbewerbsdrucks bei der Beschaffung durch Gesetz zu einem wirtschaftlichen Einkaufsverhalten gezwungen werden müssen.

Bei der Zuschlagserteilung ist also nicht lediglich der angebotene Preis zu berücksichtigen. Wesentlich sind vielmehr die **Vergabe- (bzw. Zuschlagskriterien)** des öffentlichen Auftraggebers in die Wirtschaftlichkeitsprüfung einzubeziehen. Reicht unter diesem Aspekt ein Angebot zur Bedarfsdeckung des

---

<sup>27</sup> Ausführlich hierzu im Hinblick auf die IT-Vergabe und Open Source *Heckmann*, Vergaberecht, in: Spindler (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Kap. H., Rdnr. 23 ff.

öffentlichen Auftraggebers nicht aus – ist das Angebot also ungeeignet – wird es zur weiteren Wertung nicht zugelassen. Unter den zur Bedarfsdeckung prinzipiell geeigneten und deswegen zugelassenen Angeboten ist dann bei der Zuschlagserteilung neben dem Preis wiederum die Erfüllung der Vergabekriterien in die abschließende Entscheidung einzubeziehen: Unter den zur Wertung zugelassenen Angeboten ist dann dasjenige das wirtschaftlichste Angebot, das unter Berücksichtigung aller im konkreten Fall wesentlichen und zuvor angegebenen Aspekte das beste **Preis-Leistungs-Verhältnis** bietet.

Die **Vergabekriterien** (oder Zuschlagskriterien) lassen sich demzufolge als die Summe derjenigen quantitativen und qualitativen Kriterien beschreiben, nach denen die von den Bietern angebotenen Leistungen zu bewerten sind. In der Wahl der Vergabekriterien ist der Auftraggeber grundsätzlich frei. Es dürfen aber nur solche Kriterien ausgewählt werden, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und dem Auftraggeber einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen.

Zusammenfassend sind danach Leistungen in der Regel im Wettbewerb zu vergeben. Ein transparentes Vergabeverfahren mit gleichen Chancen für die Marktteilnehmer (Wettbewerber, Bieter) erhöht die Chancen für die Vergabestelle, ein in der Kosten-Leistungs-Relation günstiges Angebot zu erzielen und damit öffentliche Gelder ohne wesentliche Abstriche an der Bedarfsdeckung sparsam und wirtschaftlich einzusetzen.

Daraus folgt für den IT-Bedarf der Verwaltung zunächst einmal, dass die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen im IT-Bereich durch Vergabeverfahren erfolgen muss, an denen alle für die Bedarfsdeckung in Betracht kommenden Anbieter zu beteiligen sind.

Das geltende Vergaberecht setzt damit einen bestimmten Marktmechanismus voraus:

Die Preiskalkulation eines Unternehmers für eine bestimmte Ware oder Dienstleistung (oder beides verknüpft) richtet sich nach zahlreichen Faktoren (besonders wenn es nicht um eine standardisierte Ware geht, deren Preis etwa durch eingesetzte Rohstoffe mit stabilen Beschaffungspreisen dominiert wird): Investitions- und Distributionskosten, Betriebskosten, Arbeitskosten mit Sozialleistungen etc. sowie natürlich der kalkulierten Gewinnspanne einschließlich notwendiger Rücklagen. Preise kann ein Unternehmen - solange es kein echtes Monopol besitzt - nicht ohne Rücksicht auf die Marktverhältnisse festsetzen, d.h. auf die konkurrierenden Angebote und die Nachfrage, wobei letzteres wiederum von der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit (Preisakzeptanz) der Abnehmer bestimmt wird.

In dieser Situation würde eine freie Verhandlung zwischen Unternehmen und Kunden einem „Katz-und-Maus-Spiel“ gleichen. Der Unternehmer möchte nicht zu billig verkaufen, der Kunde nicht zu teuer einkaufen. Langwierigen Verhandlungen mit ungewissem Ausgang begegnet die Verwaltung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge regelmäßig durch das Erfordernis einer geheimen Angebotsabgabe nach vorheriger konkreter Leistungsbeschreibung. Eine Nachverhandlung

wird ausgeschlossen. Dies soll gewährleisten, dass jeder Bieter den Preis so kalkuliert, dass er einerseits unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten leistungsfähig bleibt, andererseits aber Chancen auf den Zuschlag bewahrt. So werden Kalkulationsreserven ausgelotet. Das Vergaberecht vertraut gewissermaßen den „Gesetzen des Marktes“: Werden alle Bieter gleich behandelt und die für den nachfragenden Staat ungünstigen Faktoren wie übertriebene Gewinnspannen nivelliert, dann werde am Ende der Zuschlag an den günstigsten (nicht zwingend: billigsten) Bieter gehen und damit der öffentliche Haushalt geschont. Dieses „Ideal“ ist für das Verständnis und die Auslegung der Vergaberechtsgrundsätze von Bedeutung. Dass die Vergabepaxis angesichts bekannter Defizite wie Preisdumping, Korruption und Preisabsprachen diesem Ideal zuweilen zuwiderläuft, fordert Politik und Gerichte heraus, ändert aber nichts an dem gesetzlichen Handlungsrahmen für Bieter und Vergabestelle. Problematisch ist da schon eher, dass die hinter dem Vergaberecht stehenden Ziele in bestimmten Fällen selbst bei gesetzeskonformen Verhalten aller Akteure nicht oder kaum erreicht werden können. Paradigmatisch ist hier die vorliegende Konstellation der IT-Vergabe, zumal in der Komplexität einer Migration der kompletten IT-Infrastruktur, zu nennen.

De lege ferenda könnten neue Spielräume wie beim „wettbewerblichen Dialog“ in Vollzug der am 30.4.2004 veröffentlichten EU-Vergaberichtlinie<sup>28</sup> zur Reduktion solcher Komplexität beitragen. Bekanntlich soll die neue Vergabeart des „wettbewerblichen Dialogs“ zu einer gewissen Liberalisierung des streng formalen Vergabeverfahrens führen, weil dann bereits vor der Ausschreibung eine Kommunikation zwischen Vergabestelle und potentiellen Bietern bei komplexen Beschaffungen wie eben der Migration einer IT-Infrastruktur stattfinden darf und soll. Aber selbst (und erst recht) dann ist die anschließende Vergabeentscheidung unter strenger Beachtung fairer Chancengleichheit zu treffen.

---

<sup>28</sup> Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zu Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge“, Abl L 134/114.

## 2. IT-Vergabe und Leistungsbeschreibung (§ 8 VOL/A)

### a) Neutralitätsgebot

Eine der maßgeblichen konkretisierenden Vorschriften des untergesetzlichen Vergaberechts ist § 8 VOL/A, der die Leistungsbeschreibung regelt. Die Leistungsbeschreibung hat deshalb eine so wichtige Funktion, weil sie einerseits die gemeinsame Ausgangssituation der Wettbewerber bestimmt<sup>29</sup> - jeder Bieter muss ein vergleichbares Angebot abgeben - und andererseits elementare Regelungen beinhaltet, was den Zugang der Hersteller und Lieferanten zum konkreten Ausschreibungsgegenstand betrifft<sup>30</sup>. Hierzu zählen insbesondere:

- die Vermeidung von ungewöhnlichen Anforderungen (Nr. 3 Abs. 1),
- die Beschreibung mit verkehrsüblichen Bezeichnungen (Nr. 3 Abs. 2) sowie
- das weitgehende Tabu der Nennung bestimmter Erzeugnisse, Verfahren, Ursprungsorte oder Bezugsquellen (Nr. 3 Abs. 3), auch nicht durch Beschreibung technischer Merkmale mit ebensolcher Ausschlusswirkung (Nr. 3 Abs. 4).

Diese einzelnen Anforderungen dürfen allerdings nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr beschreibt § 8 Nr. 3 VOL/A zugleich ein „Gesamtsystem von Anforderungen für die Vergabestelle“ in Konkretisierung der Vergaberechtsgrundsätze, insbesondere des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsprinzips. Damit wird bezweckt, dass kein relevanter Mitbewerber bereits durch die Leistungsbeschreibung ausgeschieden (und damit letztlich diskriminiert) wird. Gefordert ist also eine neutrale Leistungsbeschreibung<sup>31</sup>. Die Beschreibung der zu erbringenden IT-Leistung soll sich in

---

<sup>29</sup> § 8 Nr. 1 Abs. 1: „Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können“.

<sup>30</sup> Hinsichtlich der Arten denkbarer Leistungsbeschreibungen in Zusammenhang mit § 8 Nr. 2 VOL/A wird in der Regel unterschieden zwischen einer Leistungsbeschreibung mittels verkehrsüblicher Bezeichnungen (Abs. 1), der funktionalen Leistungsbeschreibung (Abs. 1a), der konstruktiven Leistungsbeschreibung (Abs. 1b), sowie einer Leistungsbeschreibung durch Verbindung der Beschreibungsarten. Streng genommen gesellt sich zu diesen anerkannten Beschreibungsmethoden eine weitere, nämlich die hersteller- und produktspezifische Leistungsbeschreibung nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A. Sie zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die zu beschaffende Leistung streng genommen gar nicht *beschrieben* wird, sondern der Auftraggeber vielmehr bestimmte Erzeugnisse, Verfahren, Ursprungsorte oder Bezugsquellen *vorschreibt*. Diese Form der Leistungs-„beschreibung“ entfernt sich am weitesten vom Wettbewerbsgrundsatz, in dessen Lichte § 8 VOL/A auszulegen ist. Sie verkürzt die zu beschaffende Leistung auf einige konkrete Hersteller oder Anbieter und ist daher auch nur dann vergaberechtskonform, wenn dies durch die Art der zu vergabenden Leistung gerechtfertigt ist. Hier bedarf es einer restriktiven Auslegung dieser Rechtfertigung im Sinne des Wettbewerbsgrundsatzes.

<sup>31</sup> Das ist einheitliche Auffassung im Vergaberecht, vgl. nur *Prieß*, Die Leistungsbeschreibung – Kernstück des Vergabeverfahrens, NZBau 2004, S. 20 ff (Teil 1); S. 87 ff (Teil 2).



erster Linie an dem tatsächlichen Bedarf orientieren (funktionale Leistungsbeschreibung<sup>32</sup>), den unter Wirtschaftlichkeitskriterien zu befriedigen ein möglichst breites Angebot erfordert. Das wiederum setzt voraus, dass die Leistungsbeschreibung sowohl hersteller- und lieferantenneutral als auch neutral im Hinblick auf Vertriebswege und Vertriebsmodelle gestaltet wird. Was letzteres betrifft, ist zwar keiner der Absätze des § 8 Nr. 3 VOL/A unmittelbar einschlägig. Die Vertriebsneutralität (Wahlfreiheit des Unternehmers im Hinblick auf Vertriebswege, Vertriebspolitik und Lizenzpolitik) ergibt sich jedoch aus einer vergabegrundsatzkonformen Auslegung des § 8 Nr. 3 VOL/A. Sämtliche ausdrücklich genannten Neutralitätsanforderungen sind Ausfluss der vergaberechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundsätze des Wettbewerbsprinzips und des Gleichbehandlungsprinzips (Diskriminierungsverbots) und sind offensichtlich nicht abschließend gemeint. Es wäre sinnwidrig, wenn zwar die expliziten Neutralitätsanforderungen peinlich genau („formaljuristisch“) einzuhalten wären, im Übrigen aber jeder Diskriminierung Tür und Tor geöffnet wäre. Hier gebieten bereits die unmittelbar geltenden Vergaberechtsgrundsätze Einhaltung. Dieses Ergebnis kann aber zusätzlich durch Auslegung der VOL/A untermauert werden. Insbesondere § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A ist in der Variante „bestimmtes Verfahren“ extensiv dahingehend auszulegen, das hierunter das gesamte Verfahren von der Entstehung eines Produktes bis zu dem Vertriebsweg erfasst wird, auf dem es an den Kunden gebracht wird. Das ergibt sich auch aus dem Umstand, dass es zur Erfüllung der vergaberechtlichen Zwecke alleine auf die Bedarfsdeckung ankommt und nicht auf die Art und Weise, wie der Unternehmer eben diese Leistung erbringt<sup>33</sup>. Ob er die Ware also selbst herstellt oder von Dritten bezieht, wie er den Preis mit Blick auf Materialwert, Amortisation von Entwicklungsleistungen und langfristige Kundenbindung etc. kalkuliert, ist Sache des Unternehmers. Natürlich können unterschiedliche Verfahren im Vorfeld der Leistungserbringung die Qualität, den Preis und etwaige Folgekosten beeinflussen. Dies ist aber erst bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen. Eine Konstellation wie diejenige von (lizenzkosten-) freier Software kennt kaum Parallelen in der Wirtschafts- und Güterordnung und war den Normgebern der VOL/A nicht bewusst. Beredtes Beispiel für einen (vermeintlichen?) Paradigmenwechsel, den man angesichts der globalen, flexiblen Vergaberechtsgrundsätze nicht durch wortgetreue Anwendung von Verdingungsordnungen unterlaufen kann, ist die Formel „Software als Service“.

---

<sup>32</sup> Diese Art der Leistungsbeschreibung wird gerade auch im Bereich der IT-Beschaffung von den UfAB III (Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen), Version 1.0 der KBSt empfohlen, siehe unter [www.kbst.bund.de/Anlage304228/pdf\\_datei.pdf](http://www.kbst.bund.de/Anlage304228/pdf_datei.pdf).

<sup>33</sup> Der Unternehmer muss sich lediglich rechtmäßig bei der Leistungserstellung verhalten. Eine darüber hinaus gehende Verhaltenslenkung (etwa durch Tariftreueklauseln) wäre als vergabefremdes Kriterium gem. § 97 Abs. 4 GWB nur zulässig, wenn ein Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich dazu ermächtigt. Vgl. näher *Reidt/Stickler/Glahs*, Kommentar Vergaberecht, § 97 Rdnr. 18 ff.



## b) Abstraktionsgebot

Eine solche breite Angebotspalette erzielt man nur dann, wenn die Leistungsbeschreibung so viele potentielle Bieter wie möglich anspricht. Zielführend ist dies aber nur unter zwei Voraussetzungen:

*Erstens* müssen der Leistungsbeschreibung transparente, einheitliche und eindeutige Vergabekriterien (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A) zur Seite gestellt werden, um eine Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten.

*Zweitens* muss jede der infolgedessen angebotenen Leistungen auch geeignet sein, den konkreten Bedarf der Behörde zu befriedigen. § 8 Nr. 3 VOL/A trägt dem Rechnung, indem - enge - Ausnahmen der „Neutralität“ und „Offenheit“ der Leistungsbeschreibung zugelassen werden:

- Ungewöhnliche (und damit die Zahl der Bieter reduzierende) Anforderungen dürfen gestellt werden, wenn dies „unbedingt notwendig ist“ (Nr. Abs. 1);
- bestimmte Erzeugnisse, Verfahren, Ursprungsorte etc. dürfen vorgeschrieben werden, „wenn dies durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt ist“ (Nr. 3 Abs. 3 und 4).
- Dann aber nur mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ (Nr. 3 Abs. 5).

Das Vergaberecht fordert somit bei der funktionalen Leistungsbeschreibung eine bestimmte Abstraktionshöhe, deren Niveau unter den Bedingungen der zweckmäßigen Bedarfsdeckung einerseits und eines gleichen, fairen Wettbewerbs unter allen möglichen Bietern andererseits *auszutariieren* ist. Dabei ist die Leitentscheidung des „Vergabegesetzgebers“ zugunsten der o.g. Vergaberechtsgrundsätze zu berücksichtigen, wonach Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit Vorrang haben gegenüber einer *allzu bequemen* Bedarfsermittlung der Behörde. Anders ausgedrückt: Jede all zu starke Konkretisierung der Leistung steht unter einem besonderen *Begründungszwang*.

Das heißt also nicht, dass die Behörde dem Wettbewerbsgedanken jegliche Präferenz in der Bedarfsermittlung opfern müsste. So bleibt es ihr etwa unbenommen, ein einmal gewähltes und erfolgreich verwendetes System durch Upgrades beizubehalten, selbst wenn ein Konkurrenzsystem mittlerweile günstiger angeboten wird. Neben dem Preis darf in diesem Fall berücksichtigt werden, dass ein erhöhter Schulungsbedarf, Akzeptanzrisiken und Verzögerungen bei der Implementierung zu erheblichen Störungen in der behördlichen Ablauforganisation führen können (was sich - nebenbei bemerkt - auch auf die Produktivität und damit auf die Kosten-/Leistungsrechnung auswirken kann). Dies alles ist aber sachlich zu begründen und auf dieser Grundlage dann der Bedarf zu definieren. Einen (preisgetriebenen) Migrationszwangs fordert auch das Vergaberecht nicht.

Für die IT-Vergabe im Allgemeinen folgt daraus: Die Behörde muss ihren Bedarf so „neutral“ und „offen“ wie möglich beschreiben. Je nach Bedarf ist also etwa ein Betriebssystem (und nicht etwa Linux oder Windows XP), ein Textverarbeitungs- oder Tabellenkalkulationsprogramm (und nicht etwa MS Word oder MS Excel), ein Contentmanagementsystem (und nicht etwa Typo3) etc. auszusprechen. Zur Präzisierung der allgemeinen Funktion können wiederum bestimmte Softwareanforderungen bezeichnet werden, die zur Deckung des konkreten Bedarfs erforderlich sind.

Bei „Open Source Ausschreibungen“ im Besonderen ist aber bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass es (wie im Fall München) gar nicht um die (freie) Bedarfsermittlung geht (hier: Migration einer IT-Infrastruktur), sondern um bevorzugte Wege zur Befriedigung desselben. Genausowenig wären Bedarfsermittlung und Präferenzen des Nutzers eines Dienstfahrzeuges dadurch beeinträchtigt, dass die Vergabestelle die Abgrenzung zwischen Kauf und Leasing von reinen Wirtschaftlichkeitserwägungen im Vergabeverfahren abhängig macht.

### **c) Äquivalenzgebot**

An dieser Stelle kann für den Sachbearbeiter das Problem entstehen, dass er eine Software auszusprechen muss, deren benötigten Funktionsumfang er nur deshalb beschreiben kann, weil er die Funktionen aus dem Produkt eines bestimmten Herstellers kennt. Demzufolge müsste er nun sämtliche Einzelfunktionen herausgreifen, diese soweit abstrahieren, dass das Referenzprodukt nicht erkennbar ist und damit gleichsam auf eine imaginäre informationstechnologische „Stunde Null“ rekurren. Er müsste also so tun, als seien die benötigten Funktionen produkt- und herstellernabhängiger Standard und könnten aus „Informatik-Handbüchern“ einfach abgelesen werden. In Wirklichkeit sind es oft ganz konkrete Produkte<sup>34</sup>, die dem Anwender diese Funktionen erst(mals) anbieten und die er wahrscheinlich gar nicht nachfragen würde, wenn er sie nicht aus genau jenem Produkt kennen würde. Es zeichnet ja gerade die Entwicklungsleistung und Innovation der Softwareindustrie aus, nicht nur auf einen Bedarf zu reagieren, sondern diesen im Einzelfall auch einmal hervorzurufen, gewissermaßen „der Zeit voraus zu sein“. In dieser Situation wird eine vergaberechtskonforme Leistungsbeschreibung zwar nicht grundsätzlich an der wettbewerbsfördernden Abstrahierung des Leistungsgegenstandes vorbeikommen. Um jedoch komplexe Funktionszusammenhänge durch entsprechende Abstrahierung nicht eher zu vernebeln als zu verdeutlichen, bietet § 8 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A die Möglichkeit einer Markennennung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“.

---

<sup>34</sup> Das meint keineswegs nur Produkte des Marktführers Microsoft, dessen Büroanwendungen sicher ein signifikantes Beispiel bilden. Gemeint sind auch hochspezifizierte Fachanwendungen wie CAD oder auch solche (vermeintlichen) Standards wie die OSCI-Bibliotheken Bremen bzw. Esslingen, die im Rahmen von Open Source Lizenzen vertrieben werden.

ger Art“. Auf diese Weise kennen potentielle Bieter den Bedarf der Behörde und können sich mit Konkurrenzprodukten gleichwohl bewerben.

### **3. IT-Vergabe, Vergabekriterien und Wertung der Angebote (§ 25 VOL/A)**

#### **a) Neutrale Ausschreibung - rationale Wertung**

Selbst wenn man die Leistungsbeschreibung korrekt neutral formuliert, ist doch auch auf der Wertungsebene darauf zu achten, dass keine einseitige Festlegung zugunsten von Open Source Software erfolgt.

*Zum einen* müssen alle maßgeblichen Preisfaktoren über einen angemessenen<sup>35</sup> Zeitraum ermittelt werden; besonders die Folgekosten bzgl. Anpassungsarbeiten und Schulung werden hier ins Gewicht fallen. Der immer noch populäre Irrtum, Open Source Software sei per se „billiger“, spielt in Fachkreisen freilich keine Rolle<sup>36</sup>. Dass allerdings Open Source Software und proprietäre Software von vorneherein einem Kosten-Leistungsvergleich unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten unzugänglich wären (weil man quasi „Äpfel mit Birnen vergleichen würde“), kann so nicht behauptet werden<sup>37</sup>. Die jeweils einzusetzenden, auch langfristig anfallenden Kosten machen die Vergleichsrechnung nicht einfach, aber ohne Weiteres möglich. Alles andere hieße es im Übrigen, das Vergaberecht dadurch auszuhebeln, dass man neuartige Vertriebsmodelle entwickelt und dieses als „aliud“ jedem Vergleich entzieht.

*Zum anderen* dürfen nur solche Vergabekriterien mit einer entsprechenden Wertigkeit berücksichtigt werden, die zuvor gegenüber den Bietern in transparenter Weise kommuniziert wurden und eben auch den Anforderungen des § 8 VOL/A genügen.

---

<sup>35</sup> Was hier „angemessen“ ist, lässt sich nicht einfach darstellen. Die Berechnung der TCO ist freilich eine betriebswirtschaftliche Herausforderung, auf die an dieser Stelle nur hingewiesen werden kann.

<sup>36</sup> So konstatiert etwa eine vom Innenministerium des Landes Baden-Württemberg in Auftrag gegebene OS-Studie zum Aspekt der Wirtschaftlichkeit, dass „eine generelle Annahme der Wirtschaftlichkeit bei Einsatz von OSS ... wegen der unterschiedlichen Rahmenbedingungen im Einzelfall nicht sachgerecht (ist).“; siehe hierzu <http://www.lit.berlin.de/BVC/splitter/sp4-2000/open-source.htm>.

<sup>37</sup> Anders offenbar *Demmel/Herten-Koch*, NZBau 2004, 187 (189).

## **b) Insbesondere: „IT-Sicherheit“ als Vergabe- und Wertungskriterium**

### **aa. Staatliche Verantwortung für eine „sichere“ IT-Infrastruktur**

Die Einführung von Open Source Software wird in einem verstärkten Maße auch unter Sicherheitsaspekten diskutiert.<sup>38</sup> In der Tat kommt der öffentlichen Verwaltung im Vergleich mit der Privatwirtschaft eine höhere Verantwortung im Hinblick auf eine sichere IT-Technologie zu. Neben einer subjektiven Sicherheit, einer Vertrauenswürdigkeit des Systems, die von den Beurteilungen und Erfahrungen des Nutzers abhängig ist, kommt es beim Einsatz von IT-Systemen vor allem auf eine tatsächliche, objektiv validierbare Sicherheit an<sup>39</sup>. Als Vergabe- und Wertungskriterium bedarf es darüber hinaus einer Konkretisierung der abstrakten Größe „IT-Sicherheit“, nicht zuletzt um jeglichem kontraproduktiven Vorverständnis (etwa: Open Source Software sei „bekanntermaßen“ sicher[er]) entgegen zu wirken.

### **bb. Open Source: Garant oder Risikofaktor für IT-Sicherheit?**

In diesem Zusammenhang wird die mit Open Source Software verbundene Offenlegung des Quellcodes (Wissen „in der Tiefe“) und die in aller Regel damit einhergehende Nutzung einer Open Source Lizenz (Lernen „in der Breite“) unter sicherheitstechnischen Aspekten diskutiert<sup>40</sup>. Es wird argumentiert, dass die Verwendung von Open Source Produkten dazu beitrage, Monostrukturen und damit Abhängigkeiten in der IT-Landschaft zu vermeiden, womit sie auch einen Beitrag zum Systemdatenschutz leiste.<sup>41</sup> Der offene Quellcode gewährleiste eine höhere Anpassungsflexibilität im Falle von Sicherheitslücken. Auf der anderen Seite könne gerade der offene Quellcode potentiellen Störern einen leichteren Zugriff auf sensible Daten erleichtern.<sup>42</sup>

### **cc. Kriterien der Vertrauensbildung bei Open Source**

Die Vorteile eines transparenten Quellcodes lassen sich durch die Verwaltung allerdings nur in dem Maße nutzen, wie er auch tatsächlich von Fachkundigen beherrscht und ggf. gegenüber Angriffen und Störungen abgeschirmt wird. Gerade im Bereich der öffentlichen Auftraggeber wird es an einer entsprechenden Kompetenz oft fehlen, so dass man entsprechendes „Know-how“ extern

---

<sup>38</sup> So erhielt die Open Source Bewegung in der öffentlichen Verwaltung nach den Anschlägen am 11. September unter sicherheitstechnischen Aspekten eine neue Schubkraft, siehe hierzu [http://www.bmi.bund.de/dokumente/Pressemitteilung/ix\\_82618.htm](http://www.bmi.bund.de/dokumente/Pressemitteilung/ix_82618.htm).

<sup>39</sup> Köhntopp/Köhntopp/Pfitzmann, DuD 2000, 508 (511).

<sup>40</sup> Vgl. Sandl, CR 2001, 346 (348 ff. m.w.N.).

<sup>41</sup> So forderte bereits die 57. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder die Verwendung „transparenter Hard- und Software“.

<sup>42</sup> So werden nach einer Studie des amerikanischen *Tocqueville-Institutes* Terroristen geradezu eingeladen, die IT-Infrastruktur eines Landes mit geeigneten Maßnahmen lahmzulegen, siehe *AdTI* white Paper: Opening the Open

einkaufen muss (Stichwort: IT-Security-Outsourcing). Das „ehrenamtliche“ Engagement der Open Source Community kann helfen, Sicherheitslücken zu entdecken und Lösungen zu entwickeln, die IT-Sicherheitsarchitektur der Behörde kann es nicht gewährleisten. Völlig ungeklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage der Verantwortungs- und Risikoverteilung zwischen Staat und Gesellschaft. Die Verwaltung wickelt zunehmend intensiver ihre Rechtsbeziehungen zum Bürger (aber auch Vorgänge zwischen den Behörden) auf elektronischem Wege ab. Der auf einer Server-Client-Struktur aufgebaute virtuelle Verwaltungsraum setzt ein Vertrauen in die Validität, Integrität und Authentizität neuer Informations- und Kommunikationsstrukturen voraus, das zu erheblichen Teilen an die Stelle des (kulturhistorisch gewachsenen) Vertrauens in das gesprochene Wort und papierschriftliche Dokumente tritt. Problematisch ist hier nicht der Paradigmenwechsel von der realen hin zur virtuellen Verwaltungskommunikation. Vielmehr stellt sich die Frage, worauf (und: auf wen) sich Betreiber und Nutzer solcher behördlicher IT-Infrastrukturen verlassen dürfen? Wer garantiert die Sicherheit und (nachhaltige) Tragfähigkeit des Systems?

- Der *Staat*, der für sich institutionell vertrauenswürdig wäre, kann dies nicht garantieren, weil (und soweit) er das System (die Servertechnologie, Basiskomponenten, Fachanwendungen) nicht selbst geschaffen hat.
- Ein *Unternehmen*, das als Hersteller rechtliche Garantien abgeben könnte (und innerhalb vertraglicher Bezugsbedingungen wohl auch abgeben müsste) existiert im Falle von Open Source Software nicht.
- Die „*Open Source Community*“ als heterogen-diffuse Masse von Softwareentwicklern und -programmierern mag - schon mangels Verquickung mit geschäftlichen Interessen und in Folge einer öffentlich-kritischen Evaluation der Softwareprodukte - vertrauenswürdig erscheinen. Dieses Vertrauen ist allerdings rechtlich in keiner Weise abgesichert. Seine Nachhaltigkeit steht wiederum ernsthaft in Frage, wenn man den langfristigen Fortbestand der intrinsischen Motivation der Mitglieder dieser Community - mit guten Gründen<sup>43</sup> - bezweifelt.
- Es bleiben die *Open Source Distributoren* im „Spagat“ zwischen Liberalisierung/Egalisierung und Kommerzialisierung des Softwaremarktes<sup>44</sup>: Sollten diese zukünftig eingedenk aller rechtlichen Risiken Produkt-, Support- und Entwicklungsgarantien abgeben, könnte dies den Weg frei machen für durchaus innovative Vertrauensstrukturen im

---

Source Debate unter <http://www.heise.de/newsticker/data/ps-11.06.02-000/> mit einer Entgegnung unter <http://www.roaringpenguin.com/adi2.php3>. Vgl. auch Köhntopp/Köhntopp/Pfitzmann, DuD 2000, 508 (513).

<sup>43</sup> Vgl. Achtenhagen/Müller-Lietzkow/zu Knyphausen-Aufseß, zfbf 55 (2003), 455 (469).

Hinblick auf IT-Sicherheit. Derzeit ist dies aber kaum in Sicht<sup>45</sup>. Es gibt zwar auch innerhalb der Open Source Community Hierarchie- und Delegationsstrukturen sowie Qualitätssicherungsinstrumente<sup>46</sup>. Diese sind aber weder ausgereift noch so nachhaltig abgesichert, dass ein Unternehmen als Rechtsperson für das Verhalten tausender „freier“ Entwickler glaubwürdig eintreten könnte. Das Vertrauen, das viele Nutzer dieser Open Source Community entgegen bringen, ist vielmehr geprägt von einem „Vertrauen-Wollen“, basierend auf positiven Erfahrungen (deren Übertragbarkeit auf zukünftige Prozesse kaum in Frage gestellt wird) und zum Teil nichts anderes als die Kehrseite des Misstrauens in die alternativen Angebote proprietärer Marktführer.

#### **dd. IT-Sicherheit: mehr als die „Offenlegung des Quellcodes“**

Unterdessen darf „IT-Sicherheit“ als Vergabekriterium ohnehin nicht einseitig auf die Offenlegung des Quellcodes fokussiert werden. Vielmehr müssen die in Zusammenhang mit einer IT-Sicherheitsstrategie des Auftraggebers verfolgten Ziele und Zwecke funktional bereits in der Leistungsbeschreibung verankert werden. Nur dann dürfen sie auch im Rahmen der Angebotswertung als für die Vergabeentscheidung maßgebliche Wertungskriterien herangezogen werden<sup>47</sup>. Programme wie „shared source“ (also die exklusive Offenlegung des Quellcodes gegenüber dem Verwaltungsträger als Element eines umfassenden IT-Sicherheitskonzeptes) zeigen, dass es mehrere Wege gibt, Sicherheitsanforderungen gerecht zu werden.

Wobei genau auf die Anforderungen für IT-Sicherheit zu achten ist: Diese können graduell abzustufen sein (bei Polizeidatenbanken etwa höher als im Landesvermessungsamt) und sind ganz unabhängig von speziellen Open Source oder proprietären Produkten zu ermitteln<sup>48</sup>.

#### **ee. IT-Sicherheit und IT-Rechtssicherheit**

Und wenn man von „IT-Sicherheit“ spricht: Diese darf nicht auf Fragen der technischen Sicherheit reduziert werden. Auch die rechtliche Sicherheit ist zu beachten<sup>49</sup>. So können etwa Haftungsrisiken

---

<sup>44</sup> Achtenhagen/Müller-Lietzkow/zu Knyphausen-Aufseß, zfbf 55 (2003), 455 (469 ff.).

<sup>45</sup> Man darf hier nicht nur auf eingeführte System wie LINUX und etablierte Distributoren abstellen, sondern muss diesen Aspekt bei jeglicher Applikation (worauf sich pauschale Open Source Beschlüsse ja beziehen) mitdenken.

<sup>46</sup> Achtenhagen/Müller-Lietzkow/zu Knyphausen-Aufseß, zfbf 55 (2003), 455 (462 ff.).

<sup>47</sup> Siehe hierzu Ax/Schneider/Nette Handbuch Vergaberecht, S. 237.

<sup>48</sup> Die Behörde darf keineswegs Open Source als pauschales Sicherheitsargument verwenden. Vgl. Köhntopp/Köhntopp/Pfitzmann, Sicherheit durch Open Source? Chancen und Grenzen, DuD 2000, 508 ff.; Oppliger, Sicherheit von Open Source Software, Mythos oder Wirklichkeit?, DuD 2003, 669 ff.

<sup>49</sup> Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang die Anwendbarkeit ausländischen Rechts bei ausländischen Urhebern, das Übergreifen der GPL-Bedingungen auf proprietäre Bestandteile in Fällen einer funktionalen Koppelung proprietärer Software mit einem inhaltlich unveränderten GPL-Programm, sowie eines im nach dem neuen Urheberrecht im



oder fehlende Rechtskonformität von E-Government-Fachanwendungen den Verwaltungsbetrieb nicht weniger beeinträchtigen als ein unerwarteter Datenverlust<sup>50</sup>.

#### 4. IT-Vergabe und vergabefremde Kriterien (§ 97 Abs. 4 GWB)

Gänzlich ausgeschlossen ist die Berücksichtigung sog. vergabefremder Kriterien, solange diese nicht durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen sind, § 97 Abs. 4 GWB. Hier liegt eine der wesentlichen „Sollbruchstellen“ bei Open-Source-Ausschreibungen. Solange es nämlich kein „Gesetz zur Förderung und Bevorzugung von Open Source in der öffentlichen Verwaltung“ gibt, sind sämtliche grundsätzlichen Erwägungen<sup>51</sup> bis hin zum pauschalen Hinweis auf Open Source im Rahmen der Leistungsbeschreibung als vergabefremd zurückzuweisen. Eine Privilegierung von Open Source - sei es bei der Leistungsbeschreibung, sei es bei der Wertung der Angebote - ist unter diesen Gesichtspunkten unzulässig. Will der Staat insoweit deutliche Zeichen setzen, muss die politische Vorentscheidung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zustande kommen<sup>52</sup>.

Ein etwaiges „Open Source Förderungsgesetz“<sup>53</sup> müsste sich freilich an den Grundrechten der IT-Dienstleister und Softwarehersteller (Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, Gleichbehandlungsgrundsatz, rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot u.a.) messen lassen. Der „Ausstieg“ aus dem Softwareherstellungsmarkt zugunsten eines lizenzfreien, reinen IT-Dienstleistungsmarktes wäre allemal nur mit einer Vorlaufzeit nicht unter 10-20 Jahren denkbar. Volkswirtschaftlich wäre er nach Erkenntnissen des Muenster Institute for Computational Economics MICE ohnehin fragwürdig<sup>54</sup>. Pointiert ausgedrückt: Wenn schon der Ausstieg aus der Atomenergie derart langfristig geplant werden musste, dann erst recht die Revolutionierung der Vertriebsstrukturen im IT-Sektor. Wobei es über die Nützlichkeit der „geistigen Sprengkraft“ marktorientierter Softwareentwickler eigentlich keinen gesellschaftlich relevanten Streit geben dürfte.

---

Raum stehenden Nachforderungsanspruchs für Open Source Entwickler, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen, siehe hierzu auch *Wuermeling/Deike* CR 2003, 87.

<sup>50</sup> Hierzu jüngst *Wuermeling/Deike*, Open Source Software: Eine juristische Risikoanalyse, CR 2003, 87 ff. Umfassend die Beiträge in *Spindler*, Rechtsfragen bei Open Source, 2004. Exemplarisch zum Problem der Vergaberechtskonformität einer E-Vergabe-Software *Heckmann*, K & R 2003, 97 ff.

<sup>51</sup> Das gilt insbesondere für Erwägungen, die sich gegen die Monopolstellung eines Unternehmens richten. Diese gehören in das Kartellrecht und in die Zuständigkeit der Kartellbehörden. Eine Vergabestelle hat sich auf Wirtschaftlichkeitserwägungen und den konkreten behördlichen Bedarf zu beschränken.

<sup>52</sup> In diesem Sinne sogar *Demmel/Herten-Koch*, NZBau 2004, 187 (188, 189).

<sup>53</sup> Die spannende Frage, wer für ein „Open-Source-Förderungsgesetz“ die Gesetzgebungskompetenz hätte, kann hier nur aufgeworfen, aber nicht beantwortet werden.

<sup>54</sup> Vgl. [http://mice.uni-muenster.de/download/mice\\_pr-kooths\\_OSS\\_dbb2004.pdf](http://mice.uni-muenster.de/download/mice_pr-kooths_OSS_dbb2004.pdf)

### **III. Proprietäre Software und Open Source Software im Fokus der IT-Beschaffung: Produktlieferung und/oder Dienstleistungsauftrag?**

Dezidierte „Open Source Ausschreibungen“ mit der Folge präjudizieller Nichtberücksichtigung proprietärer Software werden besonders damit begründet, dass der Schwerpunkt solcher Aufträge nicht im Bereich der Produktlieferung, sondern im Dienstleistungsbereich liege<sup>55</sup>.

#### **1. Open Source Beschaffung als (reiner) Dienstleistungsauftrag?**

Nur bei einem reinen Lieferauftrag könne eine möglicherweise rechtswidrige Einschränkung auf ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Anbieter vorliegen. Werde dagegen bei einem Dienstleistungsauftrag zur Migration der IT-Infrastruktur das einzuführende Open-Source-Betriebssystem genannt, sei damit keine Einschränkung auf einen bestimmten Anbieter von Software-Beratungsleistungen verbunden. Bei einem reinen Dienstleistungsauftrag spiele die Offenlegung des Quellcodes auch im Rahmen der Wertung keine Rolle, da sie sich allein auf die einzuführende oder anzupassende Software, nicht jedoch auf die zu erbringende Leistung beziehe.

#### **2. Bedarfsorientierte Beschaffung und einheitliches Erfüllungsgeschäft**

Einer solchen Aushebelung der vergaberechtlichen Bindungen für Open Source Beschaffungen ist zu widersprechen. Mit dieser Argumentation wird ein einheitlicher Lebenssachverhalt künstlich in zwei Komponenten geteilt. Dass bei Open Source Software die Software selbst unentgeltlich erlangt werden kann, ändert nichts an dem vergaberechtlich relevanten Bedarf. Dieser besteht aber bei der IT-Vergabe selten in einer reinen Produktlieferung, weil Hard- und Software kaum ohne Weiteres genutzt werden können (wie dies etwa bei klassischen Büromaterialien der Fall ist).

##### **a) Der pekuniäre Charakter des Vergaberechts**

In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen: Das Vergaberecht hat *pekuniären Charakter*, d.h. es geht in einer kapitalistischen Grundordnung von der Annahme aus, dass der beschaffende Staat zumindest auf dem Markt Leistungen nur gegen Geld erhalten kann. Der Gedanke einer kostenlosen Leistungserbringung ist dem Vergaberecht fremd. So definiert § 99 Abs. 1 GWB den „öffentlichen Auftrag“ als einen *entgeltlichen* Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Un-

---

<sup>55</sup> Zum Folgenden *Demmel/Herten-Koch*, NZBau 2004, 187 (188).



ternehmen. Dass der beschaffende Staat etwas kostenlos bekommt, sieht das Vergaberecht also nicht vor. Hier ergibt sich zumindest in Zusammenhang mit der Beschaffung von Open Source Software eine wichtige Weichenstellung.

### **b) Abgrenzung proprietärer und Open Source Software als Frage des Geschäfts-, insbesondere Vertriebsmodells**

Anbieter proprietärer Software offerieren ihr Produkt über kostenpflichtige Lizenzmodelle. In diese Lizenzmodelle werden dann zahlreiche – je nach individuellem Bedarf unterschiedliche – Dienstleistungen hineinkalkuliert. Im Mittelpunkt steht aber der Lizenzerwerb gegen Entgelt. Das eigentliche entgeltliche Geschäft und damit der Anknüpfungspunkt für das pekuniäre Vergaberecht ist der Lizenzerwerb.

Anders dagegen im Bereich der OS-Geschäftsmodelle: Erhält der öffentliche Auftraggeber unter den Bedingungen der General Public Licence (GPL) oder anderer von der „Open Source Initiative“ (OSI) anerkannter Lizenzen<sup>56</sup> eine Open Source Software kostenfrei quasi mit einem einfachen Download ins Haus geliefert, verschiebt sich der Bezugspunkt der Kostenpflichtigkeit vom kostenfreien Lizenzerwerb<sup>57</sup> auf die kostenpflichtigen Supportleistungen. Das grundsätzlich pekuniäre Vergaberecht knüpft damit auf den ersten Blick einzig und allein an die pekuniären Supportleistungen an, mit der Folge, dass auch nur sie Gegenstand einer Ausschreibung wären.

Die eigentliche Wirtschaftlichkeitsentscheidung (Open Source oder proprietär) wäre damit aber vergaberechtsfrei. Im Vorfeld des formellen Vergabeverfahrens könnte der öffentliche Auftraggeber frei von vergaberechtlichen Wettbewerbs- und Transparenzfordernissen eine allgemeine beschaffungspolitische Entscheidung zugunsten des einen oder des anderen Vertriebsmodells fällen. Je nach Ergebnis dieser Entscheidung würde er dann entweder eine kostenpflichtige Lizenzbeschaffung oder aber lediglich kostenpflichtige Supportleistungen ausschreiben. Im Endeffekt würde es sich, was den kostenpflichtigen Teil der Ausschreibung als Anknüpfungspunkt der Beschaffung betrifft, um zwei grundverschiedene Ausschreibungen handeln.

### **c) Der IT-Bedarf der Behörde: Produkt *und* Dienstleistung**

Dem steht jedoch der ursprüngliche Bedarf des öffentlichen Auftraggebers entgegen. So besteht etwa der zu deckende „IT-Bedarf“ einer Behörde zum einen in der Beschaffung von Betriebssystemen und sonstiger Anwendungssoftware, also einer Produktlieferung. Zum anderen fragt die Be-

---

<sup>56</sup> Einen Überblick hierzu findet man bei *Spindler* Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, S. 4.

<sup>57</sup> Dies muss man freilich insoweit relativieren, als auch im Umfeld von Open Source Software Lizenzkosten erhoben werden. Vgl. zu den „Open Source Software Lizenztypen und Abgrenzung“ *Spindler*, in: ders., Rechtsfragen von Open Source, Kap. B. Anschaulich schildern *Achtenhagen/Müller-Lietzkow/von Knyphausen-Aufseß* „Das Open

hörde dann aber für ihren jeweiligen funktionalen Einsatz Supportdienstleistungen nach. Erforderlich ist hier in der Regel - neben der Nutzungsmöglichkeit der Software, erlangt durch Kauf, Miete, unentgeltliche Überlassung - eine Installation, Anpassung an die vorhandene IT-Infrastruktur, Einweisung, ggf. Schulung und weiterer Support etc. Warenlieferung und Dienstleistung verbinden sich zu einem *einheitlichen Erfüllungsgeschäft*. Dass man Produkt und Dienstleistung nicht künstlich trennen darf, zeigt sich gerade bei jenem technischen Support, der unmittelbar auf das Produkt einwirkt wie die Aufrechterhaltung der Lauffähigkeit, Softwareverbesserungen im Rahmen der Gewährleistung, etwaige Anpassung auf Kundenwunsch und die Verpflichtung zur „Lieferung“ von Upgrades.<sup>58</sup>

Der Bedarf der Behörde liegt - anders ausgedrückt - in der Nutzung von Computerprogrammen zu bestimmten Verwaltungszwecken. Ob sie in diesem Zusammenhang die Software kauft, least oder geschenkt bekommt ist im Prinzip unerheblich. Entscheidend ist, dass dieser Bedarf erst unter Berücksichtigung entgeltlicher Komponenten gedeckt wird. Das ist im Softwarebereich nicht anders als in anderen Bereichen, in denen einheitliche Leistungsprofile auf unterschiedlichen Wegen, durch unterschiedliche Vertriebsmodelle erfüllt werden.

Ein neueres Beispiel bietet insoweit das Immobilienleasing für Behördengebäude als Alternative zu klassischen Bauaufträgen<sup>59</sup>. Der VOB/A sind in diesem Zusammenhang von herkömmlichen Bauleistungen gegen Entgeltzahlung abweichende Vertriebs- und Geschäftsmodelle nicht fremd, im Gegenteil: In § 32 erklärt die VOB/A für Bauaufträge zwischen einem Auftragnehmer und einem Unternehmer, bei denen die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung etwa in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage besteht, die §§ 1 bis 31 VOB/A für anwendbar. Interessanterweise wird in diesem Zusammenhang Leasingmodellen nur Vorfinanzierungscharakter zugesprochen, wohingegen das Geschäftsmodell im Übrigen den herkömmlichen Bauaufträgen gleichzustellen ist, da die Zahlung von Leasinggebühren insofern einer Vergütung entspricht, die die Errichtungs- und Finanzierungskosten des Vertragspartners abdeckt<sup>60</sup>. Das zeigt einmal mehr, dass das Vergaberecht von einer einheitlichen, am tatsächlichen Behördenbedarf orientierten Betrachtung des Beschaffungsvorgangs ausgeht. Die für die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips bedeutsame Berechnung des Entgelts wird nach dem funktionalen Wert der Gesamtleistung vorgenommen und nicht künstlich auf einzelne Faktoren aufgeteilt.

---

Source-Dilemma: Open Source-Software zwischen freier Verfügbarkeit und Kommerzialisierung“, in: zfbf (Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung) 55 (2003), S. 455 ff.

<sup>58</sup> Vgl. exemplarisch zu einem sog. „Maintenance-Vertrag“ die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei SuSE LINUX unter [http://www.suse.de/de/company/suse/terms\\_conditions/maintenance\\_b2b.pdf](http://www.suse.de/de/company/suse/terms_conditions/maintenance_b2b.pdf).

<sup>59</sup> Hierzu *Reidt/Stickler* in: Motzke/Pietzcker/Prieß VOB/A § 32 Rdnr. 29 ff.

<sup>60</sup> *Reidt/Stickler* in: Motzke/Pietzcker/Prieß VOB/A § 32 Rdnr. 32.

Man könnte gar einen Schritt weitergehen: Darf sich eine Behörde überhaupt Software per kostenlosem Download „beschaffen“, wenn nicht gleichzeitig sichergestellt ist, dass die Software den Verwaltungszwecken genügt, einsatzfähig und mit eigenen Mitteln bedienbar ist und auf längere Sicht keine Haftungsfragen (Urheberrechts-, Datenschutzrechtsprobleme etc.) aufwirft? Ist dem nämlich nicht so, dann müssten Produktlieferung und Supportdienstleistung durch den Open Source Distributor als unselbständige Bestandteile eines einheitlichen Beschaffungsvorgangs angesehen werden. Anderenfalls könnten die vergaberechtlichen Anforderungen jeglichen Beschaffungsvorgangs torpediert werden, indem Unternehmen einzelne Komponenten kostenfrei zur Verfügung stellen und damit der Konkurrenz allenthalben das eigene Vertriebsmodell aufzwingen. Von dem eingangs beschriebenen „Ideal“ einer marktorientierten Beschaffung bliebe dann nur noch wenig übrig.

#### **d) Bedarfsorientierung und Wettbewerbsgrundsatz**

Die Behörde darf also den zu erwartenden Wettbewerb zwischen Herstellern proprietärer Software und Open Source Distributoren nicht dadurch unterbinden, dass sie erstere erst gar nicht in die Ausschreibung einbezieht. Dass beide Leistungen durchaus unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten vergleichbar sind, zeigt die Praxis. Die „Marktsondierung“ zwischen Microsoft und SuSE LINUX im Hinblick auf die Migration der 14.000 kommunalen Rechner im Bereich der Stadtverwaltung München hat gezeigt, dass konventionelle „Produkthersteller“ und „IT-Dienstleister“ durchaus im Wettbewerb stehen. Dieser Fall zeigt allemal, dass die Art der Erfüllung eines Bedarfs und ganz besonders auch die Preisstruktur in der Wertungsphase zum Tragen kommen muss und nicht vorab festgelegt werden kann.

## IV. Vergaberechtskonforme Leistungsbeschreibung von Open Source Software?

Als zentrales vergaberechtliches Gebot wurde vorstehend die Neutralität der Leistungsbeschreibung dargestellt. Fraglich ist also, ob eine „Open Source Ausschreibung“ vergaberechtskonform ist oder ob sie gegen Anforderungen des § 8 Nr. 3 VOL/A als Ausprägung der Vergaberechtsgrundsätze verstößt.

### 1. Ausschreibungstypen bei behördlicher OSS-Präferenz

Ausgangspunkt sind 5 exemplarische OSS-Leistungsbeschreibungen:

- Typ A: Ausschreibung eines konkret bezeichneten Open Source Produktes, z.B. eines Linux-Servers.
- Typ B: Ausschreibung einer funktional beschriebenen Software, z.B. eines Textverarbeitungsprogramms oder einer E-Mail-Software mit dem pauschalen Zusatz: „Open Source“.
- Typ C: wie Typ B, jedoch unter Vermeidung des pauschalen Zusatzes die Hinzufügung der konkreten Anforderung „Offenlegung des Quellcodes“<sup>61</sup>.
- Typ D: wie Typ B, jedoch diesmal die konkrete Anforderung: „Zugrundelegung einer „Open Source Lizenz“ (etwa GPL)“.
- Typ E: Neutral gehaltene Ausschreibung einer Software mit der Anforderung, Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Unternehmens durch Erfahrung, Wissen und Referenzen rund um Open Source Produkte belegen zu müssen<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Beispielhaft eine Ausschreibung des Beschaffungsamtes des BMI vom 11.6.2004 zur „Erstellung einer Software für das AV-Medienarchiv der Bundeszentrale für politische Bildung (bpb)“: Die bpb möchte sich mit der Mediathek in naher Zukunft als Anbieterin und Empfängerin von audiovisuellen Inhalten mit Medienarchiven aus dem In- und Ausland vernetzen. Um die Zusammenarbeit mit potenziellen Partnerarchiven so transparent und nachhaltig wie möglich zu gestalten, präferiert es die bpb, die Mediathekssoftware quelloffen zu realisieren. Aus diesem Grund sollen eigene Softwareentwicklungsleistungen umfangreich dokumentiert werden und unter die "General Public License" (GPL) gestellt werden. Bei Angeboten mit proprietärer Software strebt die bpb für die Weiterentwicklung der Mediathek eine Offenlegung des Quellcodes für die AG an.

<sup>62</sup> Beispielhaft eine Ausschreibung der Bundestagsverwaltung vom 16.6.2004 für ein Softwareprogramm „Besucherverwaltungssystem VISITE“ mit folgenden Fragen: 5. Welche Bedeutung hat Open Source für Ihr Unternehmen? 6. Wo sehen Sie den Mehrwert für Software, welche unter einer freien Lizenz steht, für Ihr Unternehmen? 7. Unterstützt Ihr Unternehmen aktiv Open Source-Entwicklungen? Wenn ja, welche Produkte? 8. Welche grundsätzlichen Unterschiede bestehen bei den Distributionen Suse, Redhat und Debian? Bitte erläutern Sie diese an 3 ausgewählten Beispielen. 11. Haben Sie in der Vergangenheit bereits Projekte erfolgreich auf Basis von Linux realisiert? Bitte belegen Sie Ihre Antwort anhand von Referenzen. 12. Haben Sie in der Vergangenheit bereits Projekte erfolgreich auf Basis von Open Source Datenbanken realisiert? Bitte belegen Sie Ihre Antwort anhand von Referenzen. 13. Haben

## 2. „Neutralität“ Open Source orientierter Leistungsbeschreibungen?

Die entscheidende Frage ist, ob Leistungsbeschreibungen wie jene als Typ A - E beschrieben dem Neutralitätsgebot entsprechen. Dies wird jüngst - bezogen auf § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A und auf eine Ausschreibung nach dem hiesigen Typ C oder D abstellend - ausdrücklich mit folgender Begründung bejaht<sup>63</sup>: Die Vorgabe, nur Software zu beschaffen, bei der der Quellcode offen gelegt ist, reduziere die Ausschreibung nicht auf ein bestimmtes Produkt. Vielmehr würde inzwischen eine Reihe von Softwarelieferanten sowohl proprietäre als auch freie Software anbieten. Es könne auch nicht argumentiert werden, das Erfordernis einer Offenlegung des Quellcodes im Text der Leistungsbeschreibung habe dieselbe Wirkung wie die Nennung einzelner Hersteller und stelle daher einen Verstoß gegen § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A dar. Eine solche Auslegung sei vom Wortlaut der Vorschrift, die nur die ausdrückliche Nennung von Produkt- und Herstellernamen erfasst, nicht gedeckt. Eine analoge Anwendung der Vorschrift komme in Ermangelung einer Regelungslücke nicht in Betracht.

## 3. Auslegung des § 8 Nr. 3 VOL/A im Lichte der Vergaberechtsgrundsätze

Die pauschale Ablehnung einer Anwendung des § 8 Nr. 3 VOL/A im vorliegenden Kontext überzeugt nicht. Diese Argumentation verkennt sowohl den unmittelbaren Anwendungsbereich dieser Vorschrift als auch deren Regelungshintergrund<sup>64</sup>. § 8 Nr. 3 VOL/A ist in seinen 5 Absätzen im Lichte der vergaberechtlichen Grundsätze (Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Leistungsprinzip, § 2 VOL/A) auszulegen, die ihrerseits verbindlich in höherrangigem Recht verankert sind (§ 97 GWB). So kann ein Verstoß nicht erst dann angenommen werden, wenn in einer Ausschreibung das Produkt P oder der Hersteller H genau bezeichnet wird. Dies würde einer Umgehung dieser Vorschrift Tür und Tor öffnen. Die Vergabestelle brauchte nur durch eine geschickte Produktspezifikation den Bieterkreis derart einzuschränken, dass nur der gewünschte Hersteller H mit seinem Produkt P die Ausschreibungskriterien erfüllen könnte (zumindest aber könnte der unliebsame

---

Sie in der Vergangenheit bereits Projekte erfolgreich auf Basis des Open Source Web-Servers apache realisiert? Bitte belegen Sie Ihre Antwort anhand von Referenzen. 14. Ordnen Sie die folgenden Datenbanksysteme entsprechend Ihren Erfahrungen von viel bis wenig - InterBase, MySQL, MaxDB, Oracle, PostgesSQL DBMS, ohne Erfahrung bitte nicht auflühren. 15. Stellen Sie in kurzen Stichpunkten Ihr Know-how im Bereich Systemadministration unter Linux dar. 16. Stellen Sie Ihre Erfahrung mit dem Open Source Betriebssystem Linux in kurzen Stichpunkten dar.

<sup>63</sup> Zum Folgenden *Demmel/Herten-Koch*, NZBau 2004, 187 (188).

<sup>64</sup> So bereits *Heckmann*, in Spindler, Rechtsfragen von Open Source, Kap. H, Rn. 56 ff.

Konkurrent K ausgeschlossen werden). Dass genau dies aber vermieden werden soll<sup>65</sup>, ergibt sich bereits aus § 8 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A, der selbst bei einer unvermeidlichen Markenbezeichnung den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ fordert. Zielrichtung der geforderten funktionalen Leistungsbeschreibung ist durchgängig die Bedarfsdeckung ohne Ansehen von Produkt, Hersteller oder Dienstleister. Eine Diskriminierung von Unternehmen (§ 2 Nr. 2 VOL/A) ergibt sich nicht nur bei Festlegung auf einen Mitbewerber, sondern auch und gerade bei deren faktischem Ausschluss. Aus Sicht des ausgeschlossenen Unternehmens ist es belanglos, ob es nur gegen einen oder gegen alle Konkurrenten unterlegen ist.

Es wird aber nicht nur das Diskriminierungsverbot durch die verkürzte Auslegung des § 8 Nr. 3 VOL/A missachtet. Auch das Transparenzprinzip und das Wirtschaftlichkeitsprinzip werden hier ignoriert. Ein wirtschaftliches Ergebnis kann nur dort erzielt werden, wo ein transparenter Wettbewerb zwischen allen sachlich in Betracht kommenden Bietern stattfindet. Jeder sachlich nicht (zwingend) gebotene Ausschluss eines Unternehmens verkürzt diesen Wettbewerb und entlässt die verbliebenen Unternehmen aus dem Wettbewerbsdruck, ihr Angebot auch vor dem Hintergrund der übergangenen Leistung kalkulieren zu müssen. Im Extremfall (etwa bei zwei ernsthaften Konkurrenten) wird das verbliebene Unternehmen seine Quasi-Monopolstellung für eine vorteilhafte Preisgestaltung nutzen können. Dass in den hier relevanten Ausschreibungskonstellationen die Hersteller proprietärer Software und die Distributoren von Open Source Software überhaupt einer vergleichbaren Bietergruppe angehören, wurde vorstehend separat geprüft und bejaht (siehe oben III.).

#### **4. Wettbewerbsteilnahme „proprietärer Hersteller“ zu „Open Source Bedingungen“?**

Der an dieser Stelle zu erwartende Einwand, die Beschränkung auf Open Source Software hindere niemanden an der Wettbewerbsteilnahme, verfängt nicht. Er berücksichtigt nicht die Marktbedingungen in der Softwarebranche. Der Hinweis auf Open Source (Typ B) bzw. die Forderung nach Offenlegung des Quellcodes (Typ C) oder bestimmte Lizenzbedingungen (Typ D) bedeutet nur auf den ersten Blick, dass jeder Softwarehersteller sich mit den „eigenen“ Produkten bewerben könnte, solange diese nur funktional den Bedarf decken und modal die genannten „Open Source Bedingungen“ erfüllen. Im Wettbewerb zwischen den Softwareherstellern und den Open Source Distributoren unterscheidet beide - wie eingangs ausgeführt - ein unterschiedliches Vertriebsmodell.

---

<sup>65</sup> In diesem Sinne auch sehr deutlich VÜA Bund, Beschl. v. 23.4.1997 - 1 VÜ 2/97, VgR 6/97, S. 45: Die Vorschrift [des § 8 Nr.3 Abs. 4 VOL/A] will vermeiden, dass Vergabepflichten das Verbot herstellerbezogener Ausschreibungen durch Festlegung von bestimmten Kriterien umgehen, die zwar nicht sachnotwendig sind, dafür aber erkennbar einen bestimmten Anbieter begünstigen oder diesen sogar in eine Alleinstellung bringen“.



Zwar weisen beide in der Gesamtheit der geforderten Leistungen (Lieferung einer Software, Installation, Anpassung, Schulung etc.) ein vergleichbares Portfolio auf. Jedoch sind die berechenbaren Anteile unterschiedlich gelagert: Im Marktsegment „proprietäre Software“ werden insbesondere Lizenzkosten zur Amortisation einer Entwicklungsvorleistung berechnet; die Supportkosten halten sich bei den standardisierten Produktfamilien in Grenzen. Open Source Distributoren greifen hingegen auf freie Software zurück und haben den größeren Aufwand beim Customizing der zunächst wenig kundengerechten Programme. Ein fairer Wettbewerb zwischen beiden Gruppen<sup>66</sup> kann nur stattfinden, wenn man beiden (sic!) die Chance einräumt, das gewünschte Ergebnis mit den je eigenen Mitteln und Wegen zu erzielen. Zwingt man der einen Seite die typischen Erfüllungsmodalitäten der anderen Seite auf, gerät die zugrundeliegende Kalkulation ins Wanken. Dem Unternehmen wird eine unwirtschaftliche Handlungsweise aufgezwungen, weshalb es vernünftigerweise schon gar kein (weil chancenloses) Angebot abgibt. Dieser Sachverhalt gilt für die Hersteller proprietärer Software genauso wie für Distributoren von Open Source Software.

Was letztere betrifft sei als Beispiel fingiert, die Behörde würde zur Voraussetzung erheben, dass die Software in die bestehende Systemlandschaft zu passen habe und deshalb ein etwaiger Anpassungsbedarf unberechnet bleiben müsse. Sieht nämlich das Geschäftsmodell des Distributors genau für jene Leistung die maßgeblichen Entgelte vor, wäre dieser im Wettbewerb mit dem Hersteller proprietärer Software gescheitert. Dieser könnte solche Kosten nämlich in seine Lizenzentgelte hineinrechnen, was dem Distributor von Open Source Software durch den Zwang zu unentgeltlichen Lizenzmodellen versagt ist.<sup>67</sup>

## **5. Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes durch (partiellen) Wettbewerb unter den Open Source Distributoren?**

Nun könnte man ergänzend erwidern, ein Wettbewerb fände doch immerhin zwischen den Open Source Distributoren statt, so dass (bei aller Diskriminierung bestimmter Softwarehersteller) doch wenigstens ein wirtschaftliches Vergabeergebnis zu erzielen sei. Dies aber dürfte zumindest für solche IT-Vergabeverfahren ausscheiden, für die komplexe, „ausgereifte“ Open Source Anwendungen (wie etwa bei der Server-Technologie) nachgefragt werden. Diesen öffentlichen Auftrag können am Ende wiederum nur ganz wenige - eben die etablierten - Distributoren erfüllen. Dann

---

<sup>66</sup> Dass Softwarehersteller und Open Source Distributoren in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, kann kaum bezweifelt werden. Allemal konkurrieren sie in den großen „Migrationsfällen“ (wie München) um nachgefragte „IT-Lösungen“ (nicht einfach nur um Produktlieferung und/oder die Erbringung von Dienstleistungen).

<sup>67</sup> Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, ob eine solche „Systemanpassungsklausel“ vergaberechtlich unzulässig ist. Sie wäre aber - wie vorstehend zur Open-Source-Klausel ausgeführt - rechtfertigungsbedürftig.

aber ist es um so wichtiger, den Bieterkreis nicht unnötig um die Hersteller der passenden proprietären Software zu verkürzen.

## **6. Teleologisch-systematische Auslegung des § 8 Nr. 3 VOL/A**

Dass § 8 Nr. 3 VOL/A somit grundsätzlich eine auf Open Source beschränkende Leistungsbeschreibung verbietet (zu einer ausnahmsweisen Rechtfertigung siehe unten V.), lässt sich methodisch sauber herleiten.

### **a) Direkte Anwendung**

Die Norm könnte bereits unmittelbar anwendbar sein, wenn man eine systematische und teleologische Auslegung vornimmt. Dann sind „bestimmte Erzeugnisse und Bezugsquellen“ nämlich dahingehend zu verstehen, dass hierunter *jede Produktspezifikation mit ausschließender Tendenz* fällt. § 8 VOL/A verlangt eine weitgehende „Bestimmtheit“ von Inhalt und Funktion der Leistung (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOL/A) bei relativer „Unbestimmtheit“ von Verfahren, Bezugsquellen etc. (§ 8 Nr. 3 Abs. 3 bis 5 VOL/A). Sinn und Zweck der Norm ist die Vorbereitung eines transparenten, zielführenden (am konkreten Bedarf orientierten) Vergabeverfahrens unter gleich zu behandelnden Wettbewerbern mit dem Ziel eines aus Sicht der Behörde wirtschaftlichen Auftrags. Genau dieser ratio legis entspricht das hier gefundene Auslegungsergebnis.

### **b) Analoge Anwendung**

Aber selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgen möchte, müsste das gleiche Ergebnis über eine analoge Anwendung des § 8 Nr. 3 Abs. 3 bzw. 4 VOL/A erzielt werden<sup>68</sup>. Entgegen der vorgenannten Gegenauffassung bestünde dann sehr wohl eine planwidrige Regelungslücke. Der Normgeber hätte nämlich den Fall nicht bedacht, dass eine bestimmte Produktspezifikation einzelne Konkurrenten a priori genauso ausschließen kann wie dies bei der Nennung einzelner Erzeugnisse oder Bezugsquellen der Fall wäre; gerade die Besonderheiten von Open Source bei der IT-Vergabe konnten gar nicht bedacht werden, weil sie erst in jüngster Zeit Marktrelevanz haben. Wie gesehen sind aber genau jene Sachverhalte vor dem Hintergrund des Normzwecks und darüber hinausgehend der Vergaberechtsgrundsätze vergleichbar. Typischer Fall einer solchen Analogie-

---

<sup>68</sup> Die vorstehend skizzierte Gegenauffassung sieht diesen Fall hingegen nicht vom Wortlaut der Regelung gedeckt und lehnt eine Analogie mangels Regelungslücke ab.



bildung ist die Vermeidung einer Normumgehung unter Berufung auf einen zu engen Anwendungsbereich<sup>69</sup>.

## **7. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass „Open Source Bedingungen“ in Leistungsbeschreibungen (im Sinne der hier genannten Typen A, B, C, D oder E) bei einer IT-Vergabe dem strengen Anwendungsbereich des § 8 Nr. 3 VOL/A unterfallen und deshalb einer besonderen Rechtfertigung bedürfen (hierzu unten V.).

---

<sup>69</sup> Vgl. hierzu *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 476 ff.

## **V. Rechtfertigung der Ausschreibung von Open Source Software?**

### **1. Vorbemerkung: Ausschreibung von Open Source Software oder Verengung der Leistungsbeschreibung zugunsten von Open Source Software?**

Nach dem zur Leistungsbeschreibung Ausgeführten steht fest, dass jede Ausschreibung von Open Source Software in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig ist. Dies gilt nicht nur für die konkrete Bezugnahme auf OSS im Ausschreibungstext (Typen A und B), sondern auch für eine solche Verengung der Leistungsbeschreibung, die letztlich auf eine reine Bedarfsanmeldung für Open Source Produkte hinausläuft (Typen C und D); kaum anders ist der Fall zu betrachten, in dem eine Art „Gesinnungstest“ den Nachweis der Fachkunde mit einem Open Source Fragenkatalog verknüpft (Typ E). Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass eine Behörde ihren Bedarf nicht in diese Richtung entwickeln dürfte. Dies müsste aber im Einzelfall sachlich gerechtfertigt werden.

### **2. Rechtfertigung durch die „Art der zu vergebenden Leistung“?**

So lässt selbst § 8 Nr. 3 Abs. 3 und 4 VOL/A die Bezugnahme auf bestimmte Quellen zu, „wenn dies durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt ist“. Immer dann wenn ein sachlich begründeter Bedarf nicht anders befriedigt werden kann als durch Ausschreibung eines bestimmten Produktes (seiner Herkunft, seiner Herstellung etc.), ist die ansonsten erforderliche neutrale Leistungsbeschreibung entbehrlich. Die damit einhergehende Einschränkung des Wettbewerbs ist in diesem Fall ausnahmsweise zulässig. Wettbewerb soll nicht „um des Wettbewerbs willen“ erzeugt werden, sondern zur Erreichung der dahinter stehenden Ziele der Transparenz, Gleichbehandlung und Wirtschaftlichkeit. Diese Ziele werden aber in diesem Ausnahmefall nicht verfehlt. Wenn die Behörde nämlich in nicht-diskriminierender Weise darlegen kann, dass sie ein bestimmtes Produkt braucht, wäre es reine Förmerei, solche Konkurrenten in der Leistungsbeschreibung anzusprechen, die bei der Wertung der Angebote unter den kommunizierten Vergabekriterien ohnehin chancenlos wären.

Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen: Diese Rechtfertigung über die „Art der zu vergebenden Leistung“ darf nicht zur Umgehung des Regelfalls der neutralen, abstrahierenden Leistungsbeschreibung führen. Deshalb sind an diese Ausnahme in § 8 Nr. 3 VOL/A auch strenge Anforderungen zu stellen, die in eine doppelte Prüfung münden:

- In einem *ersten Schritt* ist zu prüfen, ob der Bedarf an einem bestimmten Produkt überhaupt sachlich begründet (begründbar) ist; unsachliche oder vergabefremde Erwägungen führen zum Ausschluss der Rechtfertigung.
- Bejahendenfalls ist im *zweiten Schritt* zu prüfen, ob der sachlich begründete Bedarf nur durch die vorgenommene Produktspezifikation gedeckt werden kann (oder ob sich die Behörde insoweit irrt).

Übertragen auf den hier interessierenden Bereich der IT-Vergabe zugunsten von Open Source Software bedeutet dies: Macht eine Behörde geltend, man habe sich für Open Source entschieden, „um ein Zeichen für mehr Wettbewerb zu setzen“, oder um „die begrüßenswerte Entwicklung von Open Source Software zu fördern“, dann scheidet die Rechtfertigung schon im ersten Schritt. Solche allgemeinen wirtschafts- und strukturpolitischen Erwägungen können als vergabefremde Kriterien die Leistungsbeschreibung nicht präjudizieren; sie bilden keine sachlichen Erwägungen im vergaberechtlichen Sinne. Anders die Begründung einer OSS-induzierten Leistungsbeschreibung mit der Anforderung bestimmter Schnittstellen oder auch dem Bedürfnis nach Kenntnis des Quellcodes aus Gründen der IT-Sicherheit. Mit solchen vergaberelevanten Erwägungen wäre eine sachliche Begründung<sup>70</sup> gewährleistet.

Die Rechtfertigung einer Reduzierung der Ausschreibung auf OSS scheiterte dann aber im zweiten Schritt. Um die vorgenannten Ziele zu erreichen, muss nicht zwingend ein Open Source Produkt ausgeschrieben werden. Es ist nicht a priori ausgeschlossen, dass auch andere Software diese Bedingungen erfüllen kann. So wäre es etwa denkbar, dass ein Hersteller proprietärer Software die gewünschten Schnittstellen (ggf. sogar auf eigene Kosten) herstellt; oder dass er der Behörde Einblick in den Quellcode einräumt bzw. auf andere Weise die genauer zu definierende IT-Sicherheit gewährleistet. Versagt man dem Mitbewerber diese Möglichkeiten, indem man sich von vorneherein auf einen (oder mehrere) bestimmte Bieter versteift, wird die für den Wettbewerb so wichtige Chancengleichheit verletzt. Außerdem handelte es sich hier - bildlich in Anlehnung an einen streitigen Sachverhalt im Zivilprozess gesprochen - um eine „unzulässige vorweggenommene Beweisführung“. Mit einer solchen Rechtfertigung könnte man letztlich jede persönliche Wertung im Vergabeverfahren im Kontext der Leistungsbeschreibung vorwegnehmen, ganz nach dem Motto: Produkt P werden wir am Ende sowieso nicht nehmen, dann müssen wir dessen Hersteller durch

---

<sup>70</sup> Hier ist wiederum - vgl. bereits oben II.3 b) - zu beachten, dass solche technischen Anforderungen nicht einseitig auf „Open Source“ ausgelegt werden (das wäre schon nach § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A unzulässig). Sicherheitsmerkmale und Schnittstellen sind für den konkreten Einzelfall zu bestimmen.

eine auch dieses Produkt erfassende, neutrale Ausschreibung erst gar nicht einbeziehen. Genau das ist mit der „Art der zu vergebenden Leistung“ nicht gemeint.

### **3. Fazit: Notwendigkeit und Erfüllbarkeit eines neutralisierenden Abstraktionsgrades im Ausschreibungstext**

So sehr sich die Notwendigkeit eines neutralisierenden Abstraktionsgrades im Ausschreibungstext als vergaberechtliches Gebot begründen lässt, so problematisch erscheint im Einzelfall dessen Erfüllbarkeit. In der Tat: An die Vergabestelle werden durch die im Lichte der Vergaberechtsgrundsätze ausgelegten Verfahrenskautelen hohe Anforderungen gestellt. Sie muss einerseits ihren Bedarf „eindeutig und so erschöpfend ... beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können“ (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A). Andererseits darf jede (für sich gewünschte) Konkretisierung nicht zugleich die Wirkung haben, dass nunmehr potentielle Bieter ohne Not ausgeschlossen werden. Die sorgfältige Abwägung zwischen Konkretisierungs- und Abstraktionsgrad kann der Vergabestelle indes nicht abgenommen werden. Hilfestellung dürfte hier gerade im Hinblick auf Spezifika der IT-Vergabe die Vergabepaxis geben.

In Bezug auf Open Source-Spezifikationen nach den hier genannten Typen A bis E bedeutet dies:

Anstelle der Ausschreibung eines Linux-Servers (**Typ A**) wäre die Servertechnologie neutral zu beschreiben. Hierbei handelt es sich um ein bestimmtes Erzeugnis, zumindest um eine bestimmte Bezugsquelle. Da hier der Bedarf nach einem Betriebssystem im Vordergrund steht und sich ein solches ohne weiteres durch verkehrsübliche Bezeichnungen, mindestens aber funktional beschreiben lässt, greift die Rechtfertigungsausnahme nicht. Die Nennung von Linux-Betriebssystemen im Rahmen einer Ausschreibung ist daher vergaberechtswidrig.

Dies gilt gleichermaßen für einen pauschalen Hinweis auf „Open Source“ (**Typ B**) im Rahmen der Ausschreibung. Man kann hier nicht von verkehrsüblicher Bezeichnung sprechen. Dies wäre schon deshalb fraglich, da unter dem Schlagwort „Open Source“ höchst unterschiedliche Modelle kursieren und der Begriff daher sicherlich, selbst wenn man ihm die Verkehrsüblichkeit zugesteht, zu unbestimmt und damit nicht eindeutig (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A) wäre<sup>71</sup>.

Der konkretere Hinweis auf die Offenlegung des Quellcodes (**Typ C**) wäre zu ersetzen durch eine Beschreibung der Ziele, die mit jener Forderung verfolgt werden (z.B. „Der Auftraggeber benötigt

---

<sup>71</sup> Solche rudimentären Leistungsbeschreibungen verletzen das Gleichbehandlungsgebot, vgl. Bundeskartellamt, Beschl. v. 19.9.2001, VergabeR 2002, 72 ff. (mit zustimmender Anmerkung von *Zdzieblo*).

Zugang zum Quellcode, um etwa Sicherheitslücken oder Softwarefehler durch eigenes Personal zu schließen oder beheben zu können“). Dann nämlich kann auch ein Hersteller proprietärer Software erwägen, ob er diesen Zugang ermöglicht („shared source“) oder dem Anliegen des Auftraggebers auf andere, adäquate Weise Rechnung trägt.

Und schließlich die „Open Source Lizenzbedingungen“ (**Typ D**): Auch diese wären wohl ersatzlos zu streichen. Soweit man mit ihnen die Open Source Idee im allgemeinen fördern wollte, wäre dies ein unzulässiger vergabefremder Aspekt (s.o. II.4). Soweit es um den Preis geht (Einsparung von Lizenzkosten), muss eine nähere Wirtschaftlichkeitsbetrachtung der Wertungsphase mit Blick auf alle (!) Preisbestandteile vorbehalten bleiben. Soweit allerdings hinter diesen Lizenzbedingungen das Motiv steckt, über die reine Nutzung hinaus auch ein Recht zur Weiterentwicklung zu erwerben, müsste dieses Begehren auf eine höhere Abstraktionsstufe gestellt werden. Statt eines Verweises auf Lizenzmodelle wie jenes der GPL müssten die (sachlich herleitbaren) Lizenzwünsche so angegeben werden, dass auch ein Hersteller proprietärer Software ggf. seine Lizenzen modifizieren könnte. Auch hier gilt wieder der Rechtsgedanke des § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A, auf unseren Aspekt abgewandelt: „Die Beschreibung von Lizenzbedingungen darf nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen ... bevorzugt oder ausgeschlossen werden“. Mindestens müsste man im Ausschreibungstext formulieren: „Lizenzbedingungen: GPL oder gleichwertiger Art“ (§ 8 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A)<sup>72</sup>; dann aber kann man die Lizenzziele von vorneherein auch funktional beschreiben.

Fraglich ist bzgl. **Typ C und Typ D** außerdem, ob es sich hierbei jeweils zum einen um „ungewöhnliche Anforderungen“ (§ 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A) handelt oder aber um unzulässige technische Beschreibungsmerkmale, die dazu führen, dass bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden (§ 8 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A). Ob eine Anforderung ungewöhnlich ist bemisst sich durchaus nach der jeweiligen Verkehrsauffassung. In Zusammenhang mit der OS-Debatte befinden wir uns da in einem dynamischen Prozess. Open Source tritt zunehmend in das Bewusstsein der Öffentlichkeit. Dennoch besteht ein erheblicher Unterschied zu den in diesem Zusammenhang etwa immer wieder zitierten Umweltschutzanforderungen. Während Umweltschutzanforderungen lediglich in der Produktperipherie im Sinne von Optimierungsvorgaben angesiedelt sind, betrifft die OS-Anforderung gerade im Bereich der Software den Produktkern, nämlich die unternehmerische Entscheidung des dem Produkt zugrunde gelegten Vertriebs- und Geschäftsmodells. Beruft der Unternehmer sich auf den urheberrechtlichen Schutz des Quellcodes (was sein

---

<sup>72</sup> In diese Richtung auch *Ralf Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 3. Aufl. 2004, Rn. 422: „Auch mit dieser Regelung [gemeint ist die Parallelnorm in § 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A] wird dem Gedanken des Wettbewerbs ... Rechnung getragen und verhindert, dass bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren bevorzugt verwendet werden“.

legitimes durch die Rechtsordnung anerkanntes und geschütztes Recht ist), so sagt dies über die Leistungsfähigkeit des Unternehmens, die Wirtschaftlichkeit des Produktes und die Eignung zur Bedarfsdeckung nichts aus. Aus diesem Grund sind Ausschreibungen nach Art von **Typ E** auch vergaberechtlich äußerst bedenklich. An ihnen können sich redlicherweise die meisten Hersteller proprietärer Software gar nicht beteiligen. Besonders befremdlich wirken hier Fragen wie jene nach den Unterschieden bestimmter Linux-Distributoren, aus denen bestenfalls eine systemphilosophische Grundhaltung, nicht aber Kenntnisse und Fertigkeiten in Bezug auf die ausgeschriebene Software (hier: Datenbanksystem) ermittelt werden können.

## VI. Zusammenfassung und Ausblick

Thesenartig lässt sich die Untersuchung zu den vergaberechtlichen Anforderungen für „Open Source Ausschreibungen“ wie folgt zusammenfassen:

1. Nach allen wahrnehmbaren politischen und technologischen Trends wird „Open Source“ in den nächsten Jahren eine erhebliche Rolle bei den IT-Beschaffungen der öffentlichen Hand spielen.
2. IT-Beschaffung in den Dimensionen großer E-Government-Projekte auf kommunaler und staatlicher Ebene ist mit Recht Gegenstand politischer Diskussion, auch in den verantwortlichen politischen Gremien.
3. Diese politische Diskussion muss aber streng von den erforderlichen formalisierten Vergabeverfahren getrennt werden. Insbesondere dürfen Vorgaben des Vergabeverfahrens nicht durch politische Vorentscheidungen („Open Source Grundsatzbeschlüsse“) unterlaufen werden.
4. Solche Beschlüsse haben auch keine „vergaberechtsbefreiende“ Wirkung dergestalt, dass durch die Festlegung auf einen reinen Dienstleistungsauftrag die Hersteller proprietärer Software als Anbieter von Produktlieferungen in keinem vergaberechtsrelevanten Wettbewerbsverhältnis mehr zu den Distributoren von Open Source Software stehen würden. Eine solche Sichtweise würde einen einheitlichen Lebenssachverhalt (Softwarebeschaffung, Supportdienstleistungen) künstlich in zwei Komponenten teilen und den eigentlichen IT-Bedarf der Behörde unvollkommen widerspiegeln.
5. Eine ausdrückliche Anforderung von Open Source Produkten (z.B. Linux), eine Leistungsbeschreibung, die als Bedarf ausdrücklich Open Source vorschreibt oder einengende Kriterien wie die Offenlegung des Quellcodes oder die Vereinbarung von Open Source Lizenzen nennt, ist vergaberechtlich rechtfertigungsbedürftig. Sie widerspricht im Regelfall dem Gebot einer neutralen Leistungsbeschreibung (§ 8 Nr. 3 VOL/A).
6. Eine Rechtfertigung solcher Ausschreibung durch die „Art der zu vergebenden Leistung“ scheidet im Prinzip aus, weil es im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung ohne Weiteres möglich wäre, die hinter Open Source Produkten vermuteten Vorteile abstrahierend so zu beschreiben, dass Hersteller proprietärer Software in ihrer konkurrierenden Bieterrolle nicht diskriminiert werden.
7. Die notwendige Abgrenzung zwischen Open Source Software und proprietärer Software kann rechtskonform an zwei Stellen vorgenommen werden: Entweder im förmlichen Vergabeverfahren in der Wertungsphase nach einer offenen, neutralen Ausschreibung (unter reinen Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten). Oder vorab durch politische Weichenstellung, die dann aber nach einem parlamentarischen Verfahren in einem Bundes- oder Landesgesetz münden muss (§ 97 Abs. 4 2.

HS GWB). Keinesfalls dürfen Gesichtspunkte, die nichts mit der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Unternehmen und damit zusammenhängend auch der Eignung von deren Produkten zur Bedarfsdeckung der Behörde zu tun haben (sog. vergabefremde Kriterien), in einem „behördlichen Vergabeverfahren“ eine vergaberelevante Wirkung erlangen.

8. Das geltende Vergaberecht, insbesondere § 8 VOL/A, lässt sich bei genauer Analyse seines Wortlauts und seiner systematischen Stellung unter Berücksichtigung des Normzwecks auf die Problematik von „Open Source Ausschreibungen“ anwenden. Es führt zu einem sachgerechten Ergebnis, das insbesondere die Vergaberechtsgrundsätze (Wettbewerbsprinzip, Gleichbehandlungsprinzip, Wirtschaftlichkeitsprinzip, Transparenzprinzip) verwirklicht.



## Univ.-Professor Dr. jur. Dirk Heckmann

Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Sicherheitsrecht und Internetrecht  
Universität Passau

### Zur Person

Jg. 1960. Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Trier; 1. Staatsexamen 1983, 2. Staatsexamen 1986 in Trier; Promotion 1991, Carl-von-Rotteck-Preisträger 1992; Habilitation 1995 an der Universität Freiburg (Öffentliches Recht und Rechts-theorie); seit 1996 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht (umgewidmet 2004: insb. Sicherheitsrecht und Internetrecht) an der Universität Passau; 1997-1999 Dekan und Prodekan der Juristischen Fakultät; 2004 Ruf an die Zeppelin University, Friedrichshafen (abgelehnt); seit 2001: Jährliche Vortragsreihe mit internationalen Experten [www.internetrecht-pur.de](http://www.internetrecht-pur.de); ab WS 2004/05: Leiter des neuen Studienschwerpunktes „Informations- und Kommunikationsrecht in der Verwaltung“ an der Universität Passau (interdisziplinärer und praxisorientierter Studiengang zum „IT-Juristen“); zahlreiche Publikationen und regelmäßige Kongressvorträge zum Recht der neuen Medien, Sicherheitsrecht u. E-Government



### Ämter und Funktionen (Auswahl)

- Richter am Bayerischen Verfassungsgerichtshof (nebenamtlich)
- Leiter der Forschungsstelle für Rechtsfragen der Hochschul- und Verwaltungsmodernisierung an der Universität Passau (demnächst unter [www.rehmo.org](http://www.rehmo.org))
- Internet- und Marketingbeauftragter der Juristischen Fakultät
- Dozent für Internetrecht, E-Government und Sicherheitsrecht an der Sächsischen Akademie für Öffentliche Verwaltung in Meißen
- Mitglied des Fachausschusses Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften des Akkreditierungsinstituts ACQUIN e.V. ([www.acquin.org](http://www.acquin.org))
- Mitglied des Kuratoriums der Studentischen Unternehmensberatung INSTEAD e.V. ([www.instead.de](http://www.instead.de))
- Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik ([www.DGRI.de](http://www.DGRI.de))
- Mitglied im Redaktionsbeirat von eGovernment Computing ([www.egovcom.de](http://www.egovcom.de))
- Mitglied des Herausgeberbeirats von Computer und Recht ([www.computerundrecht.de](http://www.computerundrecht.de))
- Sprecher des Fachrats Rechtswissenschaft an der Virtuellen Hochschule Bayern (2001-2004)

### Nebenberufliche Praxis

- Prozessbevollmächtigter der Bayerischen Staatsregierung und der Sächsischen Staatsregierung in Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof
- Berater von Politik und Wirtschaft in Fragen des Internet- und Sicherheitsrechts, der Umsetzung von E-Government-Strategien und -anwendungen sowie der Juristischen Mediendidaktik
- Vorstandsvorsitzender des Innovationszentrums Recht Sicherheit E-Government e.V. InnRego in Passau ([www.innrego.de](http://www.innrego.de))
- Geschäftsführender Gesellschafter des Beratungsunternehmens ConRego (Consulting Recht Sicherheit E-Government)
- Betreiber der Seite [www.einfuehrung-internetrecht.de](http://www.einfuehrung-internetrecht.de)
- Seminare und Workshops zur Rechtskonformität von Internetdiensten ([www.internetrecht-check.de](http://www.internetrecht-check.de))