

## Wie der Staat Open Source bevorzugen könnte

**Das Bekenntnis zu Open Source und dem Motto „Public Money, Public Code“ gibt es bereits in einigen Bundesländern und Kommunen. Die Ampel hat in ihrem Koalitionsvertrag ebenfalls festgeschrieben, offene Software bevorzugt nutzen zu wollen. Doch vergabe- und wettbewerbsrechtlich gibt es Hürden. Ein noch unveröffentlichtes Gutachten will Lösungen aufzeigen.**



Matthias Punz

Städte wie München oder Dortmund, Bundesländer wie Schleswig-Holstein oder Thüringen, aber auch der Bund wollen das gleiche: **Open-Source-Software** soll grundsätzlich Vorrang gegenüber proprietärer Software haben. „Für öffentliche IT-Projekte schreiben wir **offene Standards** fest. Entwicklungsaufträge werden in der Regel als Open Source beauftragt, die entsprechende Software wird **grundsätzlich öffentlich** gemacht“, heißt es im Koalitionsvertrag der Ampel.

Befürworter:innen offener Software waren erfreut über die Pläne der Bundesregierung, nun wollen sie allerdings auch **Ergebnisse sehen**. Das Ganze dürfe keine Absichtserklärung bleiben, heißt es vonseiten der Open Source Business Alliance (OSBA). **Peter Ganten**, Vorsitzender des Verbands, der Unternehmen aus dem Open-Source-Bereich vertritt, kritisiert gegenüber Tagesspiegel Background: „Bisher gibt es noch **keine Initiative der Bundesregierung**, den Vorrang für Open Source Software in der Fläche umzusetzen, obwohl in zahlreichen Beschlüssen der Bundesregierung und des **IT-Planungsrats** immer wieder bekräftigt wird, dass Open Source der Schlüssel für **digitale Souveränität** und eine schnellere und nachhaltigere **Verwaltungsdigitalisierung** ist.“

**Das Open-Source-Ziel gesetzlich verankern**

Die OSBA wünscht sich auf Bundesebene eine **gesetzliche Verankerung** des Zieles aus dem Koalitionsvertrag. In Schleswig-Holstein und Thüringen beispielsweise ist der Vorrang für Open Source bei der Beschaffung bereits verbindlich im jeweiligen **E-Government-Gesetz** des Landes geregelt. Andere Bundesländer wie etwa Baden-Württemberg haben diesen Vorrang für Open Source Software in Verwaltungsvorschriften verankert.

Doch rechtlich ist das alles gar nicht so einfach. Wie sieht das mit dem Vergaberecht aus? Darf man Open-Source-Anwendungen grundsätzlich anderen Lösungen vorziehen? Und an welchen Rädchen müsste der Bund dafür drehen? Der Verband gab beim Rechtswissenschaftler **Andreas Wiebe** von der Universität Göttingen ein Gutachten in Auftrag, das solche Fragen klären und eine **juristische Grundlage** für die Ziele der Bundesregierung liefern sollte. Das Papier liegt Tagesspiegel Background exklusiv vorab vor.

### **Ist eine Open-Source-Bevorzugung grundsätzlich möglich?**

Neben dem Vergaberecht spielen auch das **Wettbewerbs-, Kartell- und Verfassungsrecht** eine relevante Rolle, wenn es darum geht, als Staat vorwiegend Open-Source-Produkte einzukaufen. Der Gutachter stellt in dem Papier fest, dass es legitim sei, aus dem Ziel der digitalen Souveränität des Staates eine strategische Beschaffung von Open-Source-Software abzuleiten. Grundlage dieser Einschätzung sei neben dem Vergaberecht, die **aktuelle Rechtsprechung** und der **Gleichbehandlungsgrundsatz** in § 97 Abs. 2 im Gesetz gegen **Wettbewerbsbeschränkungen** (GWB).

In dem Gutachten wird bei der **Begriffsdefinition** auf das Bund-Länder-Gremium **IT-Planungsrat** verwiesen. Der schreibt in einem Eckpunktepapier, dass digitale Souveränität bedeute, „die Fähigkeiten und Möglichkeiten von Individuen und Institutionen, ihre Rolle(n) in der digitalen Welt selbstständig, selbstbestimmt und sicher ausüben zu

können“. Angesichts der **Auswirkungen der digitalen Transformation** könne es als dauerhafte Aufgabe der Verwaltung – vom Bund bis zu den Kommunen – gesehen werden, selbstbestimmt in einem digitalen Umfeld zu handeln, heißt es in dem Gutachten.

„Wegen des **Systemcharakters von Software** mit dem besonderen Aspekt der offenen Standards, der Kompatibilität und den Gesichtspunkten von Kooperation und Nachhaltigkeit erscheint eine generelle Bevorzugung nicht nur sinnvoll, sondern erforderlich, um insbesondere **Lock-in-Effekten** bei Einsatz proprietärer Software entgegenzuwirken und eine langfristige **Umstellung der Verwaltung** zu bewirken, die für die Erreichung des Ziels der Herstellung digitaler Souveränität der Verwaltung am effektivsten erscheint“, schreibt Rechtsexperte Wiebe.

### **Welche Optionen gibt es?**

Der Gutachter führt in dem Papier **unterschiedliche rechtliche Optionen** an, wie eine vorrangige Beschaffung von Open-Source-Software gesetzlich verankert werden könnte, wobei jede der Varianten **Vor- und Nachteile** hätte.

Der Gesetzgeber könnte etwa den bereits angesprochenen § 97 Abs. 2 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen um einen **eigenen Absatz zu Open Source** ergänzen, wobei hier Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes bestehen würden. Weitere Möglichkeiten wären eine Verankerung im zweiten Abschnitt des **Kartellvergaberechts** oder auf der Grundlage von § 113 GWB in der **Vergabeverordnung für öffentliche Aufträge** (VgV). Bei diesen Varianten könnte allerdings die Umsetzungswirkung geringer sein, heißt es.

Zudem könnte eine Open-Source-Bevorzugung als **Haushaltsgrundsatz** festgeschrieben werden, was jedoch nur nach innen wirken würde und nicht nach außen (zum Beispiel für Bürgerservices). Eine zusätzliche Option wäre es, dass der

Bund **allgemeine Verwaltungsvorschriften** erlässt. So könnten **Vorgaben für die Bundesverwaltung** etabliert werden, allerdings nicht im Rang einer gesetzlichen Regelung und auch nicht geltend für die Länder.

Auch wäre eine Regelung im **E-Government-Gesetz** des Bundes möglich. Eine solcher Ansatz beinhalte „eine generelle **Priorisierung auf Gesetzesebene** und ist daher einer Priorisierung von Ebene von Verwaltungsvorschriften vorzuziehen“, meint Wiebe. Nachteil wäre, dass ein solcher Ansatz **keine direkte vergaberechtliche Regelung** darstellt, sondern indirekt wirken würde. Zudem sei rechtlich unsicher, ob die Länder davon abweichen könnten.

### **So lautet die Empfehlung**

Das Gutachten empfiehlt eine Änderung des E-Government-Gesetzes oder eine eigene Regelung in der VgV, das sei am zielführendsten. Wiebe macht angelehnt an **§ 7 des schleswig-holsteinischen E-Government-Gesetzes** einen Vorschlag, der entweder in das E-Government-Gesetz des Bundes oder in die VgV eingefügt werden könnte. Wegen des engen Bezugs zu **offenen Standards** sollte zu diesem Thema ebenfalls ein entsprechender Absatz integriert werden, lautet die Empfehlung. Des Weiteren sei es sinnvoll, die Priorisierung von Open-Source-Software auch zu regeln, wenn diese **selbst entwickelt**, statt zugekauft werde.