

Open-Source-Vorgaben in Vergabeverfahren

– Rechtliche Spielräume für nachhaltige Software-Beschaffung der öffentlichen Hand

CIVI/CON 2026, Wuppertal

Kurzprofil BBH



Becker Büttner Held gibt es seit 1991. Bei uns arbeiten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer:innen und Steuerberater:innen – sowie weitere Expert:innen in der BBH-Gruppe. Wir betreuen rund 7.000 Mandantinnen und sind die führende Kanzlei für die Energie- und Infrastrukturwirtschaft.

BBH ist bekannt als „die“ Stadtwerke-Kanzlei. Wir sind aber auch viel mehr. In Deutschland und auch in Europa.

Die dezentralen Versorger, die Industrie, Verkehrsunternehmen, Investoren sowie die Politik, z.B. die EU-Kommission, die Bundesregierung, die Bundesländer und die öffentlichen Körperschaften, schätzen BBH.

- ▶ mehr als 450 Expert:innen in Berlin, München, Köln, Hamburg, Stuttgart, Erfurt & Brüssel
- ▶ registrierte Interessenvertretung – Lobbyregister beim Deutschen Bundestag – R000790

Lisa Angela Gut



Lisa Angela Gut beschäftigt sich besonders mit dem Vergaberecht und berät öffentliche Auftraggeber bei der Umsetzung von kommunalen Infrastrukturprojekten sowie an der Schnittstelle zum Beihilfe- und Fördermittelrecht.

- ▶ Geboren 1990 in Heilbronn
- ▶ 2010 bis 2016 Studium der Rechtswissenschaft in Berlin und Kopenhagen
- ▶ 2017 bis 2019 Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei BBH Berlin
- ▶ 2018 bis 2020 Rechtsreferendariat in Berlin und London
- ▶ Seit 2020 Rechtsanwältin bei BBH Berlin
- ▶ Seit 2023 Counsel bei
- ▶ Ranking des Handelsblattes und des US-Verlags Best Lawyers (2025 und 2026): Auszeichnung als eine von „Ones to Watch – Anwälte der Zukunft“ im öffentlichen Wirtschaftsrecht

Rechtsanwältin · Counsel

10179 Berlin · Magazinstr. 15-16 · +49 (0)30 611 28 40-337 · lisa.gut@bbh-online.de

Robert Grützner



Robert Grützner befasst sich insbesondere mit Fragestellungen des Telekommunikationsrechts, des Vertragsrechts, des IT-Rechts sowie des Datenschutzrechts als auch der Themenkomplexe Smart-City und künstliche Intelligenz.

- ▶ Geboren 1993 in Köln
- ▶ 2012 bis 2018 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln und der China University of Political Science and Law in Peking (China)
- ▶ 2019 bis 2021 Referendariat in Aachen, mit Stationen u.a. beim Generalkonsulat in Chicago (USA) und bei BBH Köln
- ▶ Seit 2021 Rechtsanwalt bei BBH Köln

Rechtsanwalt

50678 Köln · KAP am Südkai, Agrippinawerft 26-30 · +49 (0)221 650 25-123 · robert.gruetzner@bbh-online.de

Ausgangspunkt: Moderne Daseinsvorsorge braucht offene Lösungen

▶ Herstellerunabhängigkeit

- Vermeidung von "Vendor Lock-in" bei kritischer Infrastruktur

▶ Digitale Souveränität

- Kontrolle über die eigenen Daten und Systeme

▶ Sicherheit durch Transparenz

- Offener Quellcode ermöglicht unabhängige Sicherheitsprüfungen

▶ Nachhaltigkeit

- Langfristige Verfügbarkeit unabhängig von einzelnen Anbietern

▶ Wettbewerb

- Wartung und Weiterentwicklung durch verschiedene Anbieter möglich

Leitfragen

1. Wann sind Open-Source-Anforderungen vergaberechtlich zulässig?
2. Welche Gründe führen zur Unzulässigkeit?
3. Was müssen Sie begründen und dokumentieren?
4. Welche Rollen spielen die EVB-IT-Verträge bei der Ausschreibung von Open-Source-Software?
5. Was folgt daraus für die Beschaffungspraxis?

Vergaberechtlicher Rahmen

Beschaffungen durch öffentlichen Hand

► Was ist Vergaberecht?

- Das Recht, das regelt, wie öffentliche Auftraggeber Aufträge an private Unternehmen vergeben
- Ziel: Sicherstellung von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung bei der Verwendung öffentlicher Gelder

► Für wen gilt Vergaberecht?

- **Öffentliche Auftraggeber, §§ 98, 99 GWB**
 - Bund, Länder, Gemeinden und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts
 - Öffentliche Unternehmen (z.B. Stadtwerke, Verkehrsbetriebe)
- **Sektorenauftraggeber, § 100 GWB**
 - Öffentliche Unternehmen, die Sektorentätigkeit ausüben (z. B. Energie, Wasser, Verkehr)
- **Konzessionsgeber, § 101 GWB**
- **Fördermittelempfänger**

Vergabe von öffentlichen Aufträgen

► Was sind öffentlicher Aufträge nach § 103 GWB?

- Entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen
- Beschaffung von Leistungen: Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen

► Im Fall von Open-Source-Software gilt

- Nutzung der Software selbst i.d.R. unentgeltlich → kein öffentlicher Auftrag
- Betrieb, Wartung, Weiterentwicklung sind entgeltlich → öffentlicher Auftrag

„Zweiteilung des Vergaberechts“

	Unterschwellenvergaberecht Haushaltsvergaberecht	Oberschwellenvergaberecht Kartellvergaberecht
Rechtsgrundlagen	HO, VOB, VOL, UVgO Vergabegesetze der Länder	GWB, VgV, SektVO, KonzVgV, VergStatVO, VOB/A, VSVgV
Wer?	öffentliche Hand	Auftraggeber nach §§ 98 ff. GWB
Stadtwerk?	Eigenbetriebe, bei vertraglicher Unterwerfung aufgrund besonderer Landesgesetze	§§ 99 Nr. 2, 100 Abs. 1 GWB
Schwellenwerte?	teilweise nach den Vergabegesetzen der Länder; i. Ü. Wertgrenzen	§ 106 GWB i.V.m. EU-Richtlinie
Primärrechtsschutz	keine Sonderregelungen; nur nach allgemeinem Prozessrecht	§§ 155 ff. GWB
Schadensersatz	u. U. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB oder § 20 GWB	bei Verletzung bieterschützender Vorschriften

Schwellenwerte 2026/2027

Öffentliche Aufträge von Liefer- und
Dienstleistungen:
216.000 €

Sektorenaufträge von Liefer- und
Dienstleistungen:
432.000 €

Baufaufträge/Konzessionen:
5.404.000 €

Grundsätze des Vergaberechts

- ▶ **Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz**
(§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB): Die Vergabe der Aufträge hat in transparenten Verfahren zu erfolgen, das einen echten Wettbewerb um die zu vergebenden Aufträge garantiert.
- ▶ **Diskriminierungsverbot**
(§ 97 Abs. 2 GWB): Kein Bieter darf willkürlich bevorzugt oder benachteiligt werden (wenn dies nicht von Gesetzes wegen geboten oder gestattet ist).
- ▶ **Wirtschaftlichkeitsgebot** (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB)
- ▶ **Auftragsvergabe an geeignete Unternehmen** (§ 122 GWB)
- ▶ **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**
(§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB)
- ▶ **Berücksichtigung mittelständischer Interessen** (§ 97 Abs. 4 GWB)
- ▶ **Grundsatz der elektronischen Kommunikation** (§ 97 Abs. 5 GWB)

Spannungsfeld bei der Ausschreibung von OSS

Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

- Das Vergaberecht soll grds. nur das WIE der Beschaffung regeln und nicht das WAS

Diskriminierungsfreiheit / Wettbewerbsgrundsatz

- Vorgaben der Leistungsbeschreibung dürfen grds. keine Anbieter/Produkte diskriminieren
- Ausfluss ist das Verbot produktspezifischer Ausschreibung, § 31 Abs. 6 VgV

Problem: Mögliche Wettbewerbsbeschränkung durch OSS-Ausschreibung, da Anbieter von proprietärer Software ausgeschlossen werden

Produktneutrale Ausschreibung als Grundsatz

- ▶ Rechtsrahmen ergibt sich aus § 31 Abs. 6 VgV
- ▶ Produktneutralität ist der Regelfall
 - Öffentliche Ausschreibungen dürfen nicht auf bestimmte Produkte oder Hersteller zugeschnitten sein
 - Ziel: Möglichst breiter Wettbewerb, beste Leistung zum besten Preis
- ▶ **Ausnahmen sind möglich – aber nur unter strengen Voraussetzungen:**
 - Sachliche Rechtfertigung: Die Vorgabe muss durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein
 - Nachvollziehbare Gründe: Objektive, auftragsbezogene Gründe müssen vorliegen
 - Tatsächliches Vorhandensein: Die Gründe müssen real existieren

Zulässige Sachgründe für Open-Source-Vorgaben

- Beispiele

► Sicherheitsaspekte

- Sie müssen den Quellcode prüfen können (z.B. auf Backdoors, Datenlecks)
- Beispiel: Kritische Infrastruktur wie Verkehrsleitsysteme erfordert höchste Sicherheitsstandards

► Interoperabilität

- Die Software muss mit bestehenden Systemen verschiedener Anbieter zusammenarbeiten
- Beispiel: Integration von Parkleitsystemen in eine zentrale Smart City-Plattform

► Herstellerunabhängigkeit

- Wartung soll durch verschiedene Anbieter möglich sein
- Beispiel: Wenn der ursprüngliche Anbieter den Markt verlässt oder insolvent wird

Wichtig: Gründe müssen auf Ihr konkretes Projekt zutreffen;
keine Pauschalaussagen ausreichend.

Unzureichende Begründungen - Beispiele

► Technologiepolitische Gründe

- "Wir sind eine Open-Source-Gemeinde"
- "Open Source ist besser als proprietäre Software"
- Fehlender konkreter Bezug zum Auftragsgegenstand

► Generelle Strategiebeschlüsse

- "Unsere IT-Strategie sieht Open Source vor"
- "Der Gemeinderat hat beschlossen, nur Open Source zu kaufen"
- Strategie allein reicht – Einzelfallbegründung fehlt

► Gesetzliche Vorgaben / Förderbedingungen?

- § 16a EGovG des Bundes oder vergleichbare Landesregelungen sehen Beschaffung von OSS vor („sollen“)
- Vorgaben in Fördermittelbescheiden zur Beschaffung von OSS
- Problem:
 - Vorgaben haben keinen Bezug zum Auftragsgegenstand
 - Kartellvergaberecht ist EU-Recht, das dem nationalen Recht vorgeht
 - Fördermittelbescheid tritt hinter nationalem und EU-Recht zurück

Anforderungen an Begründung und Dokumentation

► Konkreter Sachbezug erforderlich

- Gründe müssen für den konkreten Auftrag gelten, nicht allgemein

► Durchführung einer Markterkundung

- Rechtsprechung ist hier uneinheitlich
- OLG Düsseldorf: Keine Pflicht zur Markterkundung
- Andere Senate: Umfassende Prüfung ist durchzuführen

Empfehlung: Markt sondieren schadet nicht, sondern stärkt die Position

► Willkürfreiheit

- Keine versteckte Bevorzugung bestimmter Anbieter
- Entscheidung muss objektiv begründbar sein

► Dokumentation in der Vergabeakte

- Die Begründung muss schriftlich festgehalten werden
- Nachvollziehbarkeit für Dritte muss gewährleistet sein

Empfehlung: Formulieren Sie die Begründung so, dass sie auch in einem Nachprüfungsverfahren standhält.

Umsetzung mit den EVB-IT

Open Source in den EVB-IT Verträgen

► Hintergrund der Änderungen im März 2026

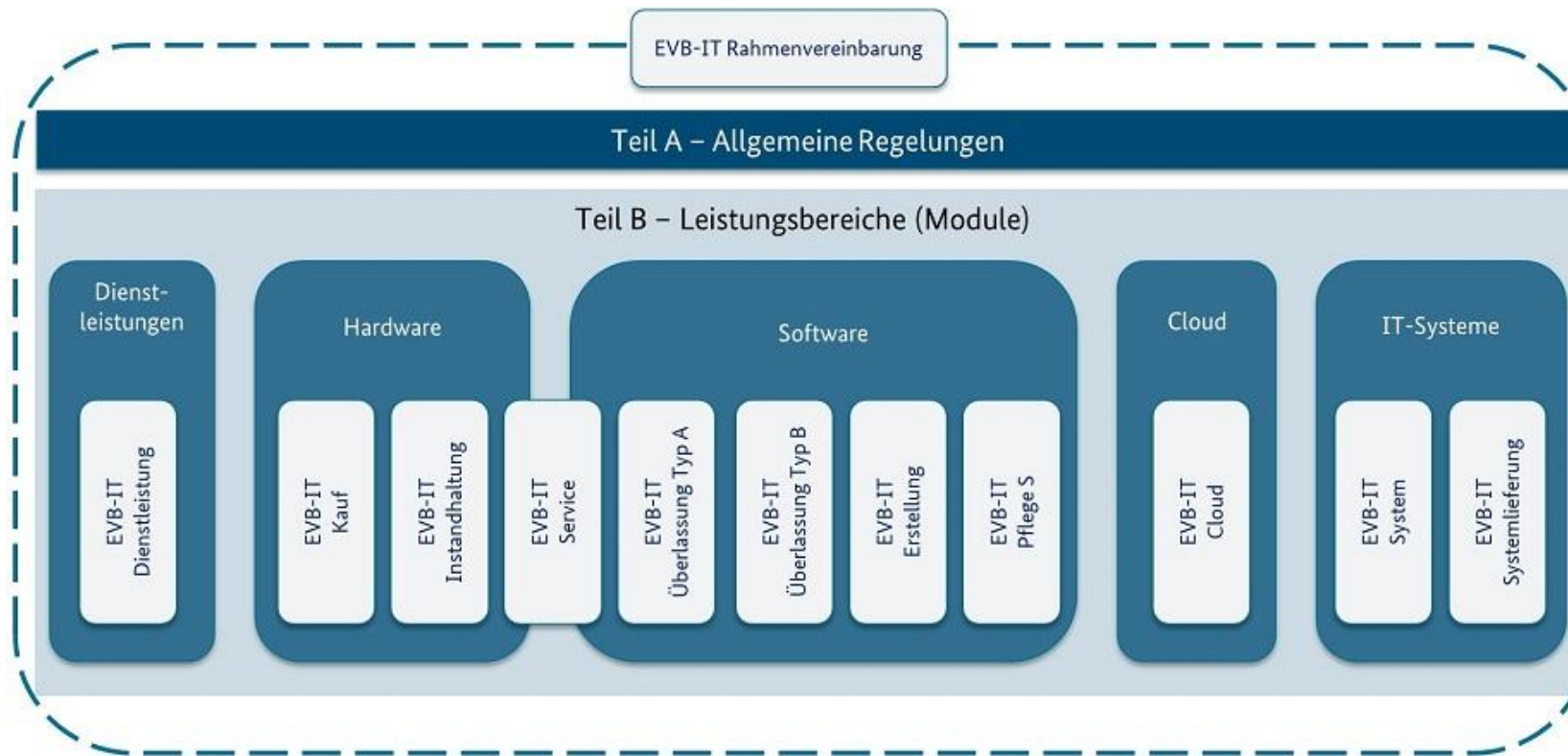
- Vertragsmuster bisher ausschließlich auf Beschaffung proprietärer Softwarelösungen ausgerichtet
- Für OSS umfangreiche Anpassungen notwendig
- Führt zu (Rechts-)Unsicherheiten und erhöhtem Verwaltungsaufwand

► Anwendungsbereich der EVB-IT

- Verpflichtend für alle Bundesbehörden
- nach Landesrecht (teilweise) verpflichtend für Landesbehörden (z.B. NRW, Bayern...)

Vertragsmuster im Überblick

- ▶ 1 Rahmenvertrag und 11 Module für unterschiedliche Leistungsbereiche



Zentrale Änderungen für OSS-Anwendungen

- ▶ **Entwicklung und Bereitstellung von Software als Open Source künftig rechtssicher**
 - Bereits in 8 Vertragstypen umgesetzt, 2 weitere folgen
 - Open Source als Standard im Vertragsmuster „EVB-IT Erstellung“
 - Andere Vertragstypen sehen Wahlmöglichkeit zwischen Open Source und proprietärer Software vor
- ▶ **Anpassung der Verträge seltener erforderlich, jedoch nicht ausgeschlossen**
 - z. B. Regelungen zur Übergabe des Quellcodes
- ▶ **Verwendung/Ausfüllen der Verträge bleibt anspruchsvoll**
 - Ausschreibungsunterlagen, insbesondere die Leistungsbeschreibung, werden bestenfalls bereits an EVB-IT Vertrag angelehnt

Weitere Neuerungen

- ▶ Auch die nachträgliche Anpassung bestehender Software ist möglich
- ▶ (optional) Bereitstellung der Software auf OpenCoDE
 - zentrale Plattform der öffentlichen Hand, die digitale Souveränität fördern soll
- ▶ (optional) Software Bill of Materials (SBOM)
 - Erhöht Wartbarkeit, Transparenz und erleichtert die Nachnutzung

Einordnung der Neuerungen

- ▶ Erleichterung der rechtssicheren Beschaffung von Open Source Software (OSS)
- ▶ Nicht alle Szenarien sind mit Vorlagen abbildbar, Individuelle Anpassung bleibt im Einzelfall notwendig
- ▶ Anpassung der Muster für EVB-IT Cloud und EVB-IT Überlassung Typ B noch im laufenden Jahr vorgesehen

Fazit für die Praxis

OSS-Vorgaben sind möglich mit Begründung

► Was funktioniert

- Sachlich begründete Open-Source-Vorgaben bei konkretem Auftragsbezug
- Bspw. Wg. Fokus auf Herstellerunabhängigkeit, Sicherheit und Weiterentwicklungsbedarf

► Was zu beachten ist

- Rein technologiepolitische oder ideologische Begründung tragen nicht
- Diskriminierung von Anbietern immer begründungsbedürftig
- EVB-IT und Vergabeunterlagen allgemein an Open-Source-Erfordernisse anpassen



Hilfestellungen für die Praxis

- ▶ Praxisleitfaden und Musterunterlagen zur Durchführung von Ausschreibungen für OSS von Civitas Connect und BBH
 - Handreichung zu den fachlichen und rechtlichen Grundlagen
 - Verfahrensdokumente; EVB-IT-Vertrag und Leistungsbeschreibung
- ▶ Angebot des BMW SB im Rahmen des MPSC-Förderprogramms
- ▶ Verfügbar auf der Website:
<https://www.smart-city-dialog.de/>



Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.

www.die-bbh-gruppe.de
www.bbh-blog.de



Die BBH-Gruppe



die_bbh_gruppe

Backup.