

# Amtlich bestellt

Die öffentliche Hand setzt verstärkt auf freie Software und will mit Linux-Ausschreibungen Geld sparen. Soll sie, sagen Distributoren und Dienstleister. Darf sie nicht, sagen andere. Fred Andresen



**Wenn Behörden** einkaufen, haben sie keine freie Auswahl. Eine ganze Reihe von Vorschriften schränkt sie ein: Ganz allgemeine wie der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, nicht unnötig viel Geld auszugeben, aber auch besondere wie die Pflicht, bestimmte Aufträge sogar europaweit auszuschreiben. Der Ausschreibungspflicht unterliegen fast alle Geschäfte der öffentlichen Hand ab einem bestimmten Umsatzvolumen. Ausführliche Informationen rund um öffentliche Ausschreibungen in Deutschland bietet das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) online [1].

Die gesetzlichen Grundlagen für öffentliche Ausschreibungen sind die Vergabeordnung (Verordnung für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VgV), die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Der vierte Teil des GWB hat die Vergabe öffentlicher Aufträge zum Gegenstand. Paragraph 97 GWB bestimmt die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

Dienstleistungen Teil A der Verdingungsordnung gilt. Auch Softwaremigrationen fallen unter die Dienstleistungen im Sinne des Vergaberechts.

## Der Staat spart

Die finanzielle Situation des Staates in Verbindung mit der geplanten Neustrukturierung seines Informations- und Dienstleistungsangebots zwingt die Behörden ihre Mittel optimal einzusetzen. Letztlich steht auch hinter der Initiative „BundOnline2005“ [2], die dem Bürger alle staatlichen Dienstleistungen soweit möglich online zugänglich machen soll, der Sparzwang: Teure Arbeitsplätze im Parteiverkehr fallen weg, wenn der Bürger seine Anträge online einreicht. Immer gilt: Billig muss es sein!

Hier kommt den Behörden freie Software gerade recht. Sie verursacht faktisch keine Anschaffungskosten und bietet sich auch mittel- und langfristig durch offenen Quellcode als preiswertere Variante an. Bei der notwendigen Anpassung

und Wartung ist die Behörde nicht einem Anbieter ausgeliefert, sondern kann auch solche Sekundärdienstleistungen dem Wettbewerb überlassen.

## Rechtliche Einwände

Die Stadt München hat mit ihrem Stadtratsbeschluss im Mai 2003 der Trendkurve eine neue Spitze aufgesetzt. Nach Presseberichten zum nicht öffentlichen Beschluss werden sowohl Server als auch Clients der gesamten kommunalen IT-Infrastruktur auf Linux migriert. Nicht mal die in den letzten Monaten geführte Diskussion über mögliche Patentverletzungen durch freie Software ließ München einknicken. Doch nun tauchen verstärkt Rechtsgutachten und Aufsätze auf, nach denen Open-Source-Ausschreibungen rechtswidrig, zumindest rechtlich bedenklich seien [3].

Die Kernaussage ist: Ausschreibungen, nach denen ausdrücklich oder faktisch nur Open-Source-Software zum Einsatz kommen darf, verstießen gegen das Vergaberecht. Hier würden gezielt einzelne Anbieter übergangen beziehungsweise vom Wettbewerb ausgeschlossen.

Die Argumentationen haben eines gemeinsam: Sie setzen voraus, dass das Softwareprodukt und dessen Implementation, also die Einrichtung auf vorhandener oder neuer Hardware und das Anpassen an die spezifischen Aufgabenstellungen, ein einheitlicher, untrennbarer Sachverhalt sei. Diese Annahme ist jedoch falsch – Juristen nennen so etwas eine Fallacia accidentis, also eine vorläufige Verallgemeinerung.

Richard Stallman hat bereits 1984 in seinem GNU-Manifest [4] klargestellt, dass freie Software das bisherige Vertriebsprinzip sprengt. Weil nach seiner An-

sicht Software selbst nicht im überkommenen Sinne marktfähig sein sollte, entmonopolisiert die GPL den Programmcode als solchen. Marktfähig bleibt – ganz bewusst – lediglich die auf den Programmcode bezogene Dienstleistung, eben Wartung und Anpassung. Wer diese Trennung leugnet und stattdessen die Prinzipien proprietärer Software auch auf freie Software anwenden will, vergleicht Birnen mit Äpfeln.

## Wesentlich: Nutzungsrechte

Ein Großteil der Anschaffungskosten proprietärer Software liegt in der Vergütung der eingeräumten Lizenz, also der Nutzungsrechte an der Software selbst. Bei freier Software liegt ein anderer Fall vor: Die Software an sich, soweit es sich um das Betriebssystem und mitgelieferte Standardprogramme und -bibliotheken handelt, ist genau genommen nicht Bestandteil der vertraglichen Leistungen und Gegenleistungen. Bei einem Programm, das unter der GPL oder einer vergleichbaren Lizenz steht, überträgt nicht der Distributor das Nutzungsrecht an den Auftraggeber – das haben bereits die Urheber getan.

Der Distributor kann nicht vertraglich verpflichtet werden die Nutzungsrechte an der Software zu übertragen, da er keine übertragbaren Rechte besitzt. Weil dieser wesentliche Teil, nämlich die Übertragung der Nutzungsrechte an den Programmen, nicht Bestandteil des Auftrags werden kann, kann kein einheitliches Erfüllungsgeschäft vorliegen. Deswegen sind ein Linux-Migrationsauftrag und ein Vertrag über eine proprietäre Softwarelösung zwei paar Stiefel.

Darf die öffentliche Hand Geschenke annehmen? Wenn aus dem Geschenk keine weiteren Kosten entstehen und im Geschenk ein Nutzwert liegt, steht dem nichts entgegen. Der Einsatz freier Software in der Verwaltung ist demnach unbedenklich. Wer den Installationsaufwand einer modernen Linux-Distribution und eines aktuellen Windows-Betriebssystems samt Standardsoftware vergleicht, wird keinen wesentlichen Unterschied feststellen.

Wo immer bei der Migration Bedarf an Speziallösungen entsteht, für die es keine freie Software gibt, gelten wieder

rum die Vergabegrundsätze. Natürlich können hier Anbieter proprietärer Software mitbieten; wenn sie Schnittstellenkompatibilität gewährleisten und damit den Einsatz von Linux & Co. nicht aushebeln, steht ihnen der Wettbewerb genauso offen wie Linux-Distributoren und -Dienstleistern.

Aus der Pflicht, wirtschaftlich zu handeln, und den Vergabegrundsätzen folgt demnach nicht ein Verbot, die Anbieter proprietärer Software zu benachteiligen. Es entsteht die Pflicht, freie Software einzusetzen, wenn sie sich für die von der öffentlichen Hand zu erfüllenden Aufgaben genauso eignet wie proprietäre. Niemand würde der Stadt München verbieten wollen, ein kommunales Fußballstadion auf eigenem Grund bauen zu lassen, weil der Verkauf des Grundstücks und der Bau des Stadions eine einheitliche, untrennbare Sache seien.

## Wirtschaftliche Gründe

Die Produkte proprietäre und freie Software sind nicht vergleichbar. Es ist demnach keine politische Entscheidung, freie Software zu bevorzugen, sondern eine wirtschaftliche. Wo immer die öffentliche Hand ihre Aufgabe mit freier Software ebenso gut erfüllen kann wie mit proprietärer, muss sie das tun.

Ausschreibungen, die sich auf reine Installations-, Anpassungs- und Wartungsdienstleistungen an Gütern beziehen, die dem Staat bereits zur Verfügung stehen, sind uneingeschränkt zulässig. Wenn Anbieter ihre Produkte nicht vermarkten können, weil der Bedarf nicht besteht oder wegfällt, ist das Sache der Anbieter und löst keine Subventionspflicht des Staates aus. (mhu) ■

---

### Infos

- [1] Informationen des BMWi zu Ausschreibungen: [<http://www.bmwi.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html>]
- [2] Bund Online 2005: [<http://www.bundonline2005.de>]
- [3] Zum Beispiel bei Heckmann, Computer&Recht 2004, S. 401
- [4] Richard Stallmans GNU-Manifest, deutsche Übersetzung: [<http://www.gnu.org/gnu/manifesto.de.html>]