



Fachbereich WD 7

**Vergabeverfahren zur Bereitstellung, Entwicklung und Änderung von
Computersoftware**

Zur Zulässigkeit der Beschränkung eines öffentlichen Auftragsgegenstandes auf „Open Source Software“

Vergabeverfahren zur Bereitstellung, Entwicklung und Änderung von Computersoftware
Zur Zulässigkeit der Beschränkung eines öffentlichen Auftragsgegenstandes auf „Open Source Software“

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 010/26
Abschluss der Arbeit: 05.03.2026
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Medienrecht, Bauen und Wohnen

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1. | Einleitung | 4 |
| 2. | Grundzüge des Vergaberechts | 4 |
| 2.1. | Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts | 5 |
| 2.2. | Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts | 8 |
| 3. | Durchführung des Vergabeverfahrens | 9 |
| 3.1. | Das Vergabeverfahren im Kartellvergaberecht | 10 |
| 3.1.1. | Wettbewerbsverfahren | 10 |
| 3.1.2. | Vergabe ohne Wettbewerbsverfahren | 11 |
| 3.1.3. | Beschränkung durch Leistungsbeschreibung | 13 |
| 3.1.4. | Neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes | 14 |
| 3.2. | Das Vergabeverfahren im Haushaltsvergaberecht | 16 |
| 4. | Fazit | 17 |

1. Einleitung

Diese Ausarbeitung beschäftigt sich auftragsgemäß mit der Frage, ob und inwieweit im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Bereitstellung, Anpassung oder Entwicklung von Computersoftware Beschränkungen des Auftragsgegenstandes auf sogenannte „**Open Source Software**“ zulässig sind.

Open Source Software unterscheidet sich per Definition von herstelleregebundener (sog. „**proprietärer**“) **Software** dadurch, dass ihr Quellcode frei für jeden einsehbar ist und die Lizenz es dem Anwender erlaubt das Programm unbeschränkt von einer Einwilligung des Urhebers zu nutzen, zu modifizieren oder zu vervielfältigen.¹

Im Folgenden werden die wesentlichen Grundzüge des Vergaberechts auch in Verbindung mit den entsprechend einschlägigen EU-Richtlinien dargestellt und sodann auf die relevanten Gesetzenormen und Entscheidungen der Rechtsprechung eingegangen. Die Ausarbeitung beschränkt sich dementsprechend auf die zur Beantwortung der Ausgangsfrage notwendigen Auszüge des Vergaberechts.²

2. Grundzüge des Vergaberechts

Das Vergaberecht ist kein einheitlich gesetzlich geregeltes Rechtsgebiet und wird sowohl auf nationaler wie auch europarechtlicher Ebene durch eine Mehrzahl von Gesetzen, Richtlinien und Verordnungen geprägt. Ziel des Vergaberechts ist eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln, um den Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand zu decken. Zudem sollen die Gebote der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz einen fairen Wettbewerb zwischen den bietenden Unternehmen sicherstellen sowie Korruption und Vetternwirtschaft wirksam verhindern.³

Das Vergaberecht lässt sich dabei zweigliedrig unterteilen.⁴ Auf der einen Seite steht das sogenannte „**Kartellvergaberecht**“, welches auf den Vergaberichtlinien der Europäischen Union beruht und in der Bundesrepublik Deutschland mit den §§ 97 bis 184 in Teil 4 des Gesetzes gegen

1 Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Open Source Software und Vorabversionen von Betriebssystemen, abrufbar unter: [Open Source Software und Vorabversionen von Betriebssystemen – BSI](#) vom 10.02.2026.

2 Zu den Grundlagen des Deutschen Vergaberechts ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Grundzüge des Vergaberechts, Infobrief vom 06.12.2021, WD 7 - 3000 - 107/21, abrufbar unter: [WD 7 - 3000 - 107/21](#).

3 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWE), Regeln und Vorschriften für die öffentliche Vergabe: das Vergaberecht, abrufbar unter: [Regeln und Vorschriften für die öffentliche Vergabe: das Vergaberecht - BMWE](#) vom 10.02.2026.

4 Die Zweiteilung wurde formal begründet durch das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. 1998 I S. 2512), abrufbar unter: [Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG](#).

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵ umgesetzt wurde. Auf der anderen Seite steht das sogenannte „**Haushaltsvergaberecht**“, welches auf der nationalen Ebene durch das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder geregelt wird.⁶

2.1. Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts

Gemäß § 106 Abs. 1 GWB richtet sich die Frage, ab wann das Kartellvergaberecht Anwendung findet, danach, ob der geschätzte Auftrags- oder Vertragswert (ohne Umsatzsteuer) einen festgelegten **Schwellenwert** erreicht oder überschreitet. Zweck dieser Schwellenwerte ist es die EU-Binnenmarktrelevanz für Aufträge zu bestimmen.⁷ Grundlegender Gedanke ist dabei, dass im Verhältnis zum Aufwand einer EU-weiten Ausschreibung **nur Aufträge ab einem bestimmten Volumen lohnend und von überregionaler Wettbewerbsrelevanz** sind.⁸ Die Höhe der Schwellenwerte wird alle zwei Jahre durch die EU-Kommission überprüft und bei Bedarf neu festgesetzt.⁹ Die aktuellen Schwellenwerte seit dem 1. Januar 2026 lauten wie folgt¹⁰:

| Auftragsart | Schwellenwert |
|--|---------------|
| Öffentliche Bauaufträge | 5.404.000 EUR |
| Konzessionen ¹¹ | 5.404.000 EUR |
| Öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen | 750.000 EUR |

5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), das zuletzt durch das Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Energiebereich sowie zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 18. Dezember 2025 (BGBl. I S. 347) geändert worden ist, abrufbar unter: [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB](#).

6 Burgi, Vergaberecht, 4. Auflage 2025, § 25 Rn. 1.

7 Dörr, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), 4. Auflage 2022, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung, Rn. 18.

8 Kau, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 106 Rn. 4.

9 Zu den relevanten EU-Richtlinien vgl. § 106 Abs. 2 GWB sowie Kau, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 106 Rn. 3.

10 Bundesanzeiger vom 18.12.2025, Bekanntmachung der ab dem 1. Januar 2026 geltenden EU-Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Aufträge, abrufbar unter: [BAnz AT 18.12.2025 B4](#).

11 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, abrufbar unter: [Richtlinie 2014/23/EU](#); vgl. auch § 105 GWB.

| | |
|--|-------------|
| Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ¹² und der „Sektorentätigkeiten“ ¹³ (z. B. Wasser-, Energie- und Gasversorgung) | 432.000 EUR |
| Allgemeine öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge | 216.000 EUR |
| Allgemeine öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge für oberste, obere Bundesbehörden und vergleichbare Bundeseinrichtungen | 140.000 EUR |

Erreicht oder überschreitet das geschätzte Nettoauftragsvolumen diese Schwellenwerte, finden die Vorschriften der §§ 97 bis 184 GWB auf das Vergabeverfahren Anwendung.

Der Begriff des **öffentlichen Auftrages** ist in § 103 Abs. 1 GWB legaldefiniert als **entgeltlicher Vertrag** zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die **Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen** zum Gegenstand haben.

Öffentliche Auftraggeber sind dabei gemäß § 99 GWB insbesondere:

- Gebietskörperschaften (z.B. Kommunen, Länder oder der Bund) sowie deren Sondervermögen,
- juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, soweit diese im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen und diese entweder überwiegend durch Gebietskörperschaften finanziert werden (zu mehr als 50 %) und/oder unter deren Aufsicht stehen bzw. die Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs mehrheitlich durch diese bestimmt wurden (z.B. Vorstand einer Aktiengesellschaft mit mehrheitlicher Beteiligung des Bundes oder Geschäftsführung einer Anstalt öffentlichen Rechts) sowie
- Verwaltungsverbände oder Gemeinschaften deren Mitglieder unter eine der vorgenannten Gruppen fallen.

Gemäß § 108 GWB sind die Vorschriften des Kartellvergaberechts ausnahmsweise nicht auf öffentliche Aufträge anzuwenden, welche an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen

12 Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, abrufbar unter: [Richtlinie 2009/81/EG](#).

13 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG [„Sektorenrichtlinie“], abrufbar unter: [Richtlinie 2014/25/EU](#); Vgl. für vollständige Aufzählung der Sektorentätigkeiten § 102 GWB.

Rechts vergeben werden, die selbst unter der Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers steht (sogenannte „Inhouse-Geschäfte“). Gleiches gilt gemäß § 108 Abs. 6 GWB, wenn es sich um einen Vertrag handelt, der zwischen öffentlichen Auftraggebern selbst zur Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse geschlossen wird (sogenannte „Instate-Geschäfte“).¹⁴

Gemäß §§ 107 Abs. 1, 116 Abs. 1, 2 GWB findet das Kartellvergaberecht keine Anwendung auf öffentliche Aufträge in den Bereichen¹⁵:

- Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienstleistungen,
- den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung,
- Arbeitsverträge,
- Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen,
- Rechtsdienstleistungen,
- Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen,
- Mediendienstleistungen,
- Finanzdienstleistungen und
- öffentliche Telekommunikationsinfrastruktur.

Gemäß § 109 GWB findet das Kartellvergaberecht außerdem keine Anwendung, wenn auf Grundlage anderer völkerrechtlicher Verträge oder durch internationale Organisationen speziellere abweichende Verfahrensregeln für die Vergabe in spezifischen Bereichen vorgesehen sind.

In den Bereichen, welche nach den vorgenannten Vorschriften vom Kartellvergaberecht ausgenommen sind, findet entsprechend kein Vergabeverfahren nach dem Teil 4 des GWB statt. Der Auftraggeber ist in diesen Fällen jedoch trotzdem unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 **Grundgesetz (GG)**¹⁶ und des Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 des

14 Ziekow, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 108 Rn. 6.

15 Vgl. für Näheres zu den einzelnen Ausnahmen Antweiler, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 107 und § 116.

16 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Mai 1949 (BGBl. I S. 1), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 109, 115 und 143h) vom 22. März 2025 (BGBl. I S. 94) geändert worden ist, abrufbar unter: [Grundgesetz - GG](#).

Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁷ angehalten unter mehreren in Frage kommenden Wettbewerbern eine **transparente und diskriminierungsfreie Auswahl** zu treffen.¹⁸

2.2. Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts

Liegt das geschätzte Nettoauftragsvolumen unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 GWB, kommt das nationale Haushaltsvergaberecht zur Anwendung. Zentrale Vorschriften des Haushaltsvergaberechts auf Bundesebene sind hierbei § 30 Satz 1 **Haushaltgrundsatzgesetz (HGrG)**¹⁹ sowie § 55 Abs. 1 Satz 1 der **Bundshaushaltsordnung (BHO)**²⁰. Diese binden in erster Linie den Bund und dessen unmittelbare juristischen Personen des öffentlichen Rechts als öffentlich-rechtliche Haushaltsträger (vgl. § 105 Abs. 1 BHO) bei der Vergabe von Haushaltsmitteln. Die Länder haben im Rahmen ihrer Haushaltsautonomie gemäß Art. 109 Abs. 1 GG weitestgehend eigene haushaltsvergaberrechtliche Regelungen für die ihnen unterstehenden Haushaltsträger getroffen.²¹

Gemäß den genannten Vorschriften muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Hierbei sind gemäß § 6 Abs. 1 HGrG auch **Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** als leitende haushälterische Grundsätze zu beachten.

Auch im Haushaltsvergaberecht ist stets der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigen; insbesondere dürfen staatliche Stellen nicht willkürlich handeln.²² Falls an dem Auftrag trotz des Nichterreichens der EU-Schwellenwerte ein „**eindeutig grenzüberschreitendes Interesse**“ besteht, fordert der Europäische Gerichtshof (EuGH) auch in diesen Fällen in ständiger

17 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012), abrufbar unter: [Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union- AEUV](#).

18 Antweiler, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 107 Rn. 9.

19 Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes zur Ausführung von Artikel 109 Absatz 3 Satz 6 und Satz 7 des Grundgesetzes und zur Änderung anderer Gesetze vom 20. Oktober 2025 (BGBl. I S. 247) geändert worden ist, abrufbar unter: [Haushaltgrundsatzgesetz – HGrG](#).

20 Bundshaushaltsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch das Haushaltsbegleitgesetz 2025 vom 30. September 2025 (BGBl. I S. 231) geändert worden ist, abrufbar unter: [Bundshaushaltsordnung – BHO](#).

21 Eine vertiefte landesrechtliche Betrachtung erfolgt im Rahmen des Zuständigkeitsbereichs der Wissenschaftlichen Dienste nicht.

22 Dörr, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenaufbau der Rechtsordnung Rn. 99.

Rechtsprechung die Berücksichtigung der Grundfreiheiten der EU-Verträge sowie die daraus folgenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz.²³

Gemäß § 55 Abs. 2 BHO hat das Verfahren beim Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen nach „**einheitlichen Richtlinien**“ abzulaufen. Die hierzu erlassenen Einzelheiten des haushaltsrechtlichen Vergabeverfahrens des Bundes ergeben sich anders als beim Kartellvergaberecht **nicht** aus allgemeinverbindlichen **Rechtsverordnungen**, sondern aus speziellen, unmittelbar lediglich verwaltungsintern wirkenden **Verwaltungsvorschriften**. Deren Geltung sehen die vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) herausgegebenen **allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur BHO (VV-BHO)**²⁴ vor.

Bei der Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge ist die Verwaltungsvorschrift der **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**²⁵ maßgeblich.

Auch im Haushaltsvergaberecht existieren grundlegende Ausnahmen von dessen Anwendungsbereich. Gemäß § 1 Abs. 2 UVgO finden die kartellvergaberechtlichen Ausnahmeregelungen der §§ 107, 108, 109, 116, 117 und 145 GWB entsprechende Anwendung im Rahmen der UVgO. Damit wird dem für die UVgO verantwortlichen Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zufolge klargestellt, dass in Konsequenz in diesen Fällen auch das Haushaltsvergaberecht nicht angewendet werden muss.²⁶

3. Durchführung des Vergabeverfahrens

Sofern der Anwendungsbereich des Kartell- oder Haushaltsvergaberechts eröffnet ist, hat dies in nahezu allen Fällen die Notwendigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Folge. Dabei gibt es nicht „das“ Vergabeverfahren. Das Vergaberecht kennt stattdessen sehr verschiedene Vergabeverfahren mit jeweils unterschiedlichen Abläufen und Anforderungen, die nicht frei miteinander kombinierbar sind („Typenzwang“).²⁷ In der Regel ist die Absicht der Auftragsvergabe im Sinne des Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatzes einem **unbeschränkten Bieter- bzw. Bewerberkreis bekanntzumachen**.²⁸

23 Vgl. Europäischer Gerichtshof (EuGH), Urteil vom 20. März 2018 – C-187/16.

24 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung vom 14. März 2001 (GMBL 2001 Nr. 16/17/18, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 13. Januar 2026 – II A 3 - H 1005/00150/006/005 DOK: COO.7005.100.2.13785493, abrufbar unter: [Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung – VVBHO](#).

25 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Ausgabe 2017, BAnz AT 7. Februar 2017 B1, abrufbar unter: [Unterschwellenvergabeordnung – UVgO](#).

26 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Erläuterungen zur Unterschwellenvergabeordnung, Seite 2, abrufbar unter: [UVgO – Erläuterungen](#).

27 Jasper, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 119 Rn. 4.

28 Jasper, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 119 Rn. 14.

3.1. Das Vergabeverfahren im Kartellvergaberecht

Innerhalb der in § 103 Abs. 1 GWB aufgezählten Auftragsarten ist ein öffentlicher Auftrag zur Beschaffung von Software-Produkten als **allgemeiner öffentlicher Liefer- bzw. Dienstauftrag** einzuordnen. Dabei ist zu beachten, dass der Auftrag stets „**entgeltlich**“, also mit einer geldwerten Gegenleistung verbunden sein muss, um unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts zu fallen.²⁹ Lädt sich der Auftraggeber zum Beispiel frei verfügbare Open Source Software herunter, liegt damit noch kein entgeltlicher Vertrag im Sinne von § 103 GWB vor. Ist die Beschaffung jedoch mit weiteren Leistungen wie Anpassung („**customizing**“) der Software oder Systemwartung verbunden, werden diese üblicherweise entgeltlich auf dem Markt zu beschaffen und damit nach den Vorschriften des Vergaberechts auszuschreiben sein.³⁰ Richtet sich der Auftrag dabei auf die Bereitstellung von bereits entwickelter Standardsoftware auf Datenträgern, handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 103 Abs. 2 GWB. Richtet sich der Auftrag hingegen auf die Neuentwicklung oder Anpassung spezifischer Softwarelösungen für den Auftraggeber, handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 103 Abs. 4 GWB.³¹

Die Durchführung des Vergabeverfahrens im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts richtet sich für allgemeine Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach den §§ 115 ff. GWB sowie den konkretisierenden Vorschriften der auf § 113 GWB beruhenden Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (**Vergabeverordnung – VgV**)³².

3.1.1. Wettbewerbsverfahren

Die verschiedenen Verfahrensarten des Kartellvergaberechts sind in § 119 GWB aufgeführt und in den §§ 15 ff. VgV näher geregelt. Danach erfolgt die Vergabe von öffentlichen Aufträgen entweder im „**offenen Verfahren**“, im „**nicht offenen Verfahren**“, im „**Verhandlungsverfahren (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb)**“, im „**wettbewerblichen Dialog**“ oder in der „**Innovationspartnerschaft**“. Öffentliche Auftraggeber können im allgemeinen Vergabeverfahren gemäß § 119 Abs. 2 GWB grundsätzlich lediglich zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren wählen.³³ Dabei gibt es keinen Vorrang des „offenen Verfahrens“ vor dem „nicht offenen Verfahren“; dem öffentlichen Auftraggeber steht es vielmehr frei das nach seiner Ansicht für den Auftrag zweckmäßigere bzw. effizientere Verfahren zu wählen.³⁴ Die sonstigen Verfahrensarten

29 Hüttinger, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 103 Rn. 96 - 97.

30 Wiedekind, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, 4. Auflage 2021, Teil 4, Rn. 41.

31 Ziekow, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 103 Rn. 71.

32 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch die Verordnung zur Änderung vergaberechtlicher Vorschriften vom 07. Februar 2024 (BGBl. I S. 39) geändert worden ist, abrufbar unter: [Vergabeverordnung – VgV](#).

33 Jasper, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 119 Rn. 13.

34 Ortner, in: Summa/Schneevogl jurisPK-Vergaberecht, 7. Auflage 2024, § 14 VgV Rn. 3.

stehen nur zur Verfügung, soweit dies durch vergaberechtliche Bestimmungen ausdrücklich gestattet ist.³⁵

Das „offene Verfahren“ gemäß § 119 Abs. 3 GWB (näher geregelt in § 15 VgV) ist ein Verfahren, in dem der öffentliche Auftraggeber zunächst eine **unbeschränkte Anzahl an Unternehmen** durch öffentliche Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU zur Abgabe von Angeboten auffordert. Danach prüft der Auftraggeber die Angebote der Unternehmen hinsichtlich ihrer persönlichen Eignung gemäß § 122 GWB sowie auf das mögliche Vorliegen von in den §§ 123, 124 GWB aufgezählten Ausschlussgründen und erteilt im Anschluss unter den nach den Auftragskriterien geeigneten Angeboten dem nach dem Preis-Leistungs-Verhältnis **wirtschaftlichsten Angebot** den Zuschlag gemäß § 127 Abs. 1 GWB.³⁶

Das „nicht offene Verfahren“ gemäß § 119 Abs. 4 GWB (näher geregelt in § 16 VgV) unterscheidet sich vom „offenen Verfahren“ dahingehend, dass der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme zunächst auf erster Stufe eine **beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen** nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt (sog. „Teilnahmewettbewerb“) und die ausgewählten Unternehmen erst im nächsten Schritt auf zweiter Stufe wie im „offenen Verfahren“ zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden. Der Zuschlag wird am Ende ebenfalls dem „wirtschaftlichsten Angebot“ erteilt.³⁷

3.1.2. Vergabe ohne Wettbewerbsverfahren

Das einzige Verfahren, bei dem eine Auftragsbekanntmachung ausnahmsweise unterbleiben und eine Direktvergabe an ein Unternehmen erfolgen kann, ist das „**Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb**“ gemäß § 14 Abs. 4 VgV. Als Ausnahmetatbestand, der durch den fehlenden Teilnahmewettbewerb vergaberechtliche Prinzipien wie den Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz einschränkt, ist dieser **eng auszulegen**.³⁸

Wichtige Fallgruppen, in denen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig ist, sind insbesondere:

- Wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren **keine oder keine geeigneten Angebote** oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind,
- der Auftrag aus abschließend aufgezählten Gründen **nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht** oder bereitgestellt werden kann, etwa weil aus technischen Gründen kein

35 Jasper, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 119 Rn. 15.

36 Jasper, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 119 Rn. 20-21.

37 Jasper, in: Burgi/Dreher/Opitz Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 119 Rn. 23.

38 Antweiler, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB § 119 Rn. 24.

Wettbewerb vorhanden ist oder weil **Ausschließlichkeitsrechte** nur einem bestimmten Unternehmen zustehen,

- wenn äußerst dringliche, **zwingende Gründe** im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende **öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte** und ihm nicht zuzurechnen sind, es nicht zulassen, die Mindestfristen anderer Vergabeverfahrensarten einzuhalten,
- wenn eine Lieferleistung beschafft werden soll, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt wurde oder
- wenn – unter bestimmten Umständen – zusätzliche Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers beschafft werden sollen.

Bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge im Softwarebereich kommen grundsätzlich das tatsächliche Nichtvorhandensein eines Wettbewerbs aus technischen Gründen gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchstabe b) VgV sowie das Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchstabe c) VgV als Gründe für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht.

An die Darlegungspflicht des öffentlichen Auftraggebers für das fehlende Vorhandensein von Wettbewerb aus technischen Gründen stellt die Rechtsprechung dabei hohe Anforderungen.³⁹ Der Auftraggeber ist verpflichtet zuerst eine umfassende und ernsthafte Markterkundung für potenziell in Frage kommende Anbieter auf europäischer Ebene durchzuführen. Auf Grundlage dieser Markterkundung muss er stichhaltige Belege vorbringen können, die den **sicheren Schluss** zulassen, dass auf Grund der **spezifischen technischen Anforderungen an die Software** konkret **nur ein Unternehmen geeignet** ist den Auftrag auszuführen.⁴⁰

Während die technischen Gründe auf die objektive Geeignetheit des Angebotes für den Auftrag abstellen, beziehen sich die Ausschließlichkeitsgründe auf Beschränkungen in rechtlicher Hinsicht wie z.B. durch ein Patent oder das **Urheberrecht** (für Software insbesondere durch die Nutzungsrechte nach § 69c Urheberrechtsgesetz (UrhG)⁴¹).⁴² In praktischer Hinsicht kann ein solcher Fall häufig bei der Beschaffung von proprietärer Software vorliegen. Die Lizenzvereinbarung mit dem Hersteller einer solchen Software erlaubt in der Regel **nach Erwerb kein „customizing“ seitens des Anwenders**.⁴³

39 EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009 – C-275/08 – (zitiert nach juris).

40 Ortner, in: Summa/Schneevogl jurisPK-Vergaberecht, 7. Auflage 2024, § 14 VgV Rn. 94.

41 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Fassung der Bekanntmachung vom 09. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch das vierte Gesetz zur Entlastung der Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft sowie der Verwaltung von Bürokratie (Viertes Bürokratieentlastungsgesetz) vom 23. Oktober 2024 (BGBl. I S. 323) geändert worden ist, abrufbar unter: [Urheberrechtsgesetz - UrhG](#).

42 Völlink, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, VgV § 14 Rn. 57.

43 Ortner, in: Summa/Schneevogl jurisPK-Vergaberecht, 7. Auflage 2024, § 14 VgV Rn. 108.

Zusätzlich schreibt § 14 Abs. 6 VgV für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchstaben b) und c) vor, dass am Markt keine für den Auftragszweck gleich geeignete „**vernünftige Alternative oder Ersatzlösung**“ verfügbar sein darf und die Wettbewerbsbeschränkung nicht „das Ergebnis einer **künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabe-parameter** ist“.

Aufgrund dieser hohen Anforderungen an das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen für Software im Zweifelsfall die Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren mit Wettbewerb durchzuführen, um Verstöße gegen den Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz durch den öffentlichen Auftraggeber zu vermeiden.

3.1.3. Beschränkung durch Leistungsbeschreibung

Gemäß § 121 Abs. 1 GWB muss der öffentliche Auftrag im Wettbewerbsverfahren eine Leistungsbeschreibung enthalten. Diese muss den Auftragsgegenstand so **eindeutig und erschöpfend** wie möglich beschreiben. Die Leistungsbeschreibung hat dabei Funktions- oder Leistungsanforderungen bzw. eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe sowie ggf. die Umstände und Bedingungen für die Leistungserbringung durch das Unternehmen zu enthalten.⁴⁴

Die inhaltlichen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung werden in § 31 VgV näher konkretisiert. Sinn und Zweck der Leistungsbeschreibung ist nach § 31 Abs. 1 VgV mit Blick auf das wettbewerbliche Diskriminierungsverbot (vgl. § 97 Abs. 2 GWB) die Gewährung gleichen Zugangs zum Vergabeverfahren für alle potenziellen Wettbewerbsteilnehmer und damit einhergehend die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte zu Gunsten der Verwirklichung des EU-Binnenmarktes.⁴⁵ Konkret bedeutet dies gemäß § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV, dass die Leistungsbeschreibung den Auftragsgegenstand hinreichend genau beschreiben muss ohne diesen von vornherein auf eine **bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung** zu beschränken, es sei denn der Verweis ist aufgrund des Auftragsgegenstands ausnahmsweise gerechtfertigt.⁴⁶

Eine pauschale Beschränkung des Auftragsgegenstandes auf Open Source Software als Merkmal in der Leistungsbeschreibung kann in dieser Hinsicht eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gegenüber den Anbietern von proprietärer Software darstellen.⁴⁷ Es braucht daher das Vorliegen eines **rechtfertigenden objektiven Sachgrundes** für eine solche Beschränkung, welcher sich aus den technischen, gestalterischen, oder nutzungsbezogenen Anforderungen an den Auftragsgegenstand ergeben muss. Für das Vorliegen dieser Anforderungen ist der Auftraggeber beweisbelastet und hat diese in der Leistungsbeschreibung **detailliert** darzulegen.⁴⁸

44 Stein/Wolf, in: Gabriel/Mertens/Stein/Wolf BeckOK Vergaberecht, 38. Edition 2025, GWB § 121 Rn. 5.

45 F. Zimmermann, in: Summa/Schneevogl jurisPK-Vergaberecht, 7. Auflage 2024, § 31 VgV Rn. 3.

46 F. Zimmermann, in: Summa/Schneevogl jurisPK-Vergaberecht, 7. Auflage 2024, § 31 VgV Rn. 71.

47 F. Zimmermann, in: Summa/Schneevogl jurisPK-Vergaberecht, 7. Auflage 2024, § 31 VgV Rn. 75.

48 Pauka/Krüger, in Osseforth IT-Vergabe-Handbuch, 1. Auflage 2022, § 9 Rn. 37.

Sachgründe können unter Umständen im Einzelfall z.B. sein: die IT-Sicherheit, Kompatibilität mit der bereits genutzten IT-Infrastruktur oder die Absicht des öffentlichen Auftraggebers die Software selbstständig weiterentwickeln zu können.⁴⁹ Nicht ausreichend als Rechtfertigungsgrund sind rein politische Erwägungen, da es sich bei diesen um unzulässige vergabefremde Kriterien handelt.⁵⁰

Zu beachten ist dabei nach § 31 Abs. 6 Satz 2 VgV, dass die Leistungsbeschreibung bei solchen Beschränkungen mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen werden muss. Hintergrund dieser Vorgabe ist es Herstellern, die die Anforderungen nicht exakt wie vom Auftraggeber vorgegeben erfüllen können, die Möglichkeit zur Vorstellung eines eigenen individuellen Angebotes geben, welches vergleichbar gut geeignet ist die Aufgabe des Auftrages zu lösen.⁵¹ Ein Vergabeverfahren, bei welchem der Leistungsbeschreibung dieser Zusatz nicht beigefügt wird, kann nach Auffassung der Rechtsprechung durch die sich daraus ergebende Wettbewerbsbeschränkung im Ganzen rechtswidrig sein, soweit der Auftraggeber nicht belegen kann, dass eine alternative technische Lösung für die Aufgabe tatsächlich nicht existiert.⁵²

3.1.4. Neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

Zu den oben genannten Möglichkeiten des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb und der Beschränkung des Auftragsgegenstandes durch Leistungsbeschreibung hat der Europäische Gerichtshof auf der Ebene des Kartellvergaberechts jüngst mit Urteil vom 9. Januar 2025 eine neue Leitlinie für Fälle des sogenannten „**Vendor Lock-ins**“ bei Softwaresystemen geschaffen.⁵³

Konkret ging es in der Entscheidung um die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber beim Anschaffen eines proprietären Softwaresystems für seine Verwaltung bei einem bestimmten Hersteller dazu berechtigt ist Anschlussbeschaffungen (hier: Systemwartung und Updates) für dieses System als Folgeaufträge ohne Teilnahmewettbewerb an den gleichen Hersteller zu vergeben. Der öffentliche Auftraggeber war dabei der Ansicht, dass er zur Direktvergabe ohne Teilnahmewettbewerb berechtigt wäre, da Ausschließlichkeitsrechte des Herstellers an der Software bestanden und in technischer Hinsicht nur dieser Hersteller in der Lage gewesen wäre das Softwaresystem zu warten und zu erweitern.

Das Gericht folgte dieser Auffassung nicht, da der öffentliche Auftraggeber seiner Ansicht nach durch die vorherige Auswahl des Herstellers eine ihm zurechenbare Ausschließlichkeitssituation (im Sinne von § 14 Abs. 6 VgV) geschaffen und so die Vergabe für Folgeaufträge in wettbewerbswidriger Weise künstlich eingeschränkt hat („Vendor Lock-in“).⁵⁴ Der öffentliche Auftraggeber

49 Thiele, in: Gabriel/Mertens/Stein/Wolf BeckOK Vergaberecht, 38. Edition 2025, VgV § 31 Rn. 58.

50 Lisch, in: Taeger/Pohle Computerrecht-Handbuch, 40. EL März 2025, 80.1 Rn. 81.

51 F. Zimmermann, in: Summa/Schneevogl jurisPK-Vergaberecht, 7. Auflage 2024, § 31 VgV Rn. 81.

52 EuGH, Urteil vom 16. Januar 2025 – C-424/23.

53 EuGH, Urteil vom 9. Januar 2025 – C-578/23.

54 Schmidt, Vergaberechtliche Kontrolle von Systembindungen, NZBau 2025, 693 (697).

hätte nach Ansicht des Gerichts diesen Umstand bei der erstmaligen Vergabe des Auftrages für das Softwaresystem durch ausgiebige Markterkundung voraussehen und seine Entscheidung für den Zuschlag so planen müssen, dass sein Verhalten nicht dazu führt Aufträge dem Wettbewerb im EU-Binnenmarkt auf Dauer zu entziehen.⁵⁵

Die Ausschließlichkeitssituation soll dem Auftraggeber nur dann nicht als von ihm selbst verschuldet zurechenbar sein, wenn er nachweisen kann, dass zum Zeitpunkt der Erstvergabe keine Alternative zum gewählten proprietären System am Markt verfügbar gewesen ist und er daher nur dieses System wählen konnte. Nur in diesen Fällen kann der Auftraggeber ausnahmsweise auch die Folgevergabe entsprechend auf das System des gewählten Herstellers beschränken und ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wählen.⁵⁶

Den Auftraggeber trifft in dieser Hinsicht auch die Pflicht die Marktsituation durch fortlaufendes Monitoring im Blick zu behalten und die Möglichkeit die Ausschließlichkeitssituation durch neue auf dem Markt verfügbare Softwarelösungen aufzulösen bei der Vergabe von Folgeaufträgen in Betracht zu ziehen.⁵⁷ Ausnahmsweise soll er hierzu aber nicht verpflichtet sein, wenn der wirtschaftliche Aufwand für eine vollständige Systemmigration eine unverhältnismäßige Haushaltsbelastung darstellen würde. Sowohl für das **Monitoring der Marktsituation** wie auch für die **unverhältnismäßige Haushaltsbelastung** ist der Auftraggeber nachweispflichtig.⁵⁸

In Konsequenz lässt sich aus diesem Urteil ableiten, dass es für den öffentlichen Auftraggeber zukünftig sowohl aus Gründen der Wirtschaftlichkeit als auch aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive nicht nur vernünftig, sondern sogar **geboten** sein kann sich umfassende Nutzungsrechte am Quellcode vom Hersteller übertragen zu lassen oder die Implementierung von Standard-Schnittstellen in der Leistungsbeschreibung vorzugeben.⁵⁹ Letzteres wurde von der deutschen Rechtsprechung bereits als zulässiges Leistungskriterium für die Vergabe eines Auftrages einer App zur Kontaktverfolgung während der Corona-Pandemie angesehen.⁶⁰

Durch die Entscheidung zur **Nutzung von Open Source Software bereits bei der Erstvergabe** kann der öffentliche Auftraggeber von Anfang an das Entstehen einer Ausschließlichkeitssituation in Form eines „Vendor Lock-ins“ mit den daraus folgenden Mehrkosten und Nachweispflichten bei Folgevergaben verhindern.

55 Schmidt, Vergaberechtliche Kontrolle von Systembindungen, NZBau 2025, 693 (698).

56 Schmidt, Vergaberechtliche Kontrolle von Systembindungen, NZBau 2025, 693 (697).

57 EuGH: Ausschreibungspflicht auch bei zurechenbaren Ausschließlichkeitsrechten – IBM Česká republika, NZBau 2025, 183 (185).

58 Schmidt, Vergaberechtliche Kontrolle von Systembindungen, NZBau 2025, 693 (698).

59 Schmidt, Vergaberechtliche Kontrolle von Systembindungen, NZBau 2025, 693 (699).

60 OLG Rostock, Beschluss vom 1. September .2021 – 17 Verg 2/21.

3.2. Das Vergabeverfahren im Haushaltsvergaberecht

Das Haushaltsvergaberecht regelt das Vergabeverfahren für allgemeine öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den §§ 8 bis 14 UVgO und orientiert sich dabei in **Aufbau und Voraussetzungen stark an der bereits dargestellten VgV**.⁶¹

Gemäß § 8 Abs. 2 UVgO stehen dem öffentlichen Auftraggeber zur freien Wahl nur die **öffentliche Ausschreibung** (entspricht dem offenen Verfahren nach § 15 VgV) oder die **beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb** (entspricht dem nicht offenen Verfahren nach § 16 VgV).

Andere Verfahrensarten – insbesondere solche ohne Teilnahmewettbewerb – sind auch hier nur zulässig, sofern die **Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen**.⁶² Wann dies der Fall ist, wird für **Liefer- und Dienstleistungsaufträge** in § 8 Abs. 3 und 4 UVgO näher bestimmt. Nach § 8 Abs. 3 UVgO ist eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb möglich, wenn eine öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat oder eine öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb für den Auftraggeber oder die Bewerber oder Bieter einen Aufwand verursachte, der zu dem erreichten Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stünde. Eine **Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb** kommt gemäß § 8 Abs. 4 UVgO nur bei Erfüllung mindestens einer von mehr als 17 verschiedenen Fallgruppen in Betracht. Eine nähere Aufzählung entfällt hier der Übersicht halber, es kann auf die bereits zu § 14 Abs. 4 VgV unter [3.1.2](#) genannten Fallgruppen verwiesen werden.

Die **Vorgaben für die Leistungsbeschreibung** sind in § 23 UVgO geregelt. Da die Anforderungen an die Zulässigkeit der Beschränkung des Auftragsgegenstandes auf bestimmte Produkte nach § 23 Abs. 5 UVgO im Wesentlichen den Anforderungen nach § 31 Abs. 6 VgV im Kartellvergaberecht entsprechen, kann für die Anwendbarkeit im Haushaltsvergaberecht auf die oben gemachten Ausführungen unter [3.1.3](#) verwiesen werden.

Abweichend vom Kartellvergaberecht bleibt hier anzumerken, dass die erwähnten Leitlinien des Europäischen Gerichtshofes (siehe [3.1.4](#)) sich nicht ohne weiteres direkt auf das Haushaltsvergaberecht übertragen lassen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass im Haushaltsvergaberecht der **Haushaltsdisziplin mit den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** im Vergleich zum Kartellvergaberecht eine höhere Bedeutung zukommt.⁶³ Letzteres ist im Schwerpunkt auf die **Bewahrung des Wettbewerbs im EU-Binnenmarkt** ausgelegt und berücksichtigt die Wirtschaftlichkeit nur nachrangig. Gleichwohl bedeutet das nicht, dass Open Source Software nicht auch auf Ebene des Haushaltsvergaberichts verwendet werden könnte. Gerade die erwähnten Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit können eine bevorzugte Nutzung von Open Source Lösungen gegenüber proprietären Lösungen sogar gebieten.

Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass auf Landesebene z.B. im Bundesland Thüringen für die Vergabe von IT-Aufträgen bereits Regelungen zur vorrangigen Nutzung von Open Source

61 Ziekow, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, UVgO Einleitung Rn. 4.

62 Völlink, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, UVgO § 8 Rn. 9.

63 Dittmann, in: Ziekow/Völlink Vergaberecht, 5. Auflage 2024, GWB Vor § 155 Rn. 3f.

Software implementiert wurden, „soweit es technisch möglich und wirtschaftlich ist“ (§ 4 Abs. 2 Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG⁶⁴). Eine entsprechende Regelung existiert auf Bundesebene bislang nicht.

4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Beschränkung öffentlicher Aufträge auf Open Source Software vergaberechtlich weder generell unzulässig noch uneingeschränkt zulässig ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob die jeweiligen Vorgaben des Kartell- oder Haushaltsvergaberechts eingehalten und insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz sowie – je nach Anwendungsbereich – der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gewahrt werden.

Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts stellt eine pauschale Festlegung auf Open Source Software in der Leistungsbeschreibung regelmäßig eine produkt- bzw. herkunftsbezogene Beschränkung im Sinne von § 31 Abs. 6 VgV dar. Eine solche ist nur dann zulässig, wenn sie durch objektive, auftragsbezogene Sachgründe – etwa IT-Sicherheitsanforderungen, Interoperabilität, langfristige Weiterentwicklungsfähigkeit oder die Vermeidung von „Vendor Lock-in“-Effekten – gerechtfertigt und hinreichend dokumentiert ist. Zudem ist grundsätzlich der Zusatz „oder gleichwertig“ aufzunehmen, sofern nicht ausnahmsweise nachweislich keine gleich geeignete Alternative existiert. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der öffentliche Auftraggeber.

Die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verdeutlicht zudem, dass öffentliche Auftraggeber bereits bei der Erstvergabe strategisch berücksichtigen müssen, ob ihre Beschaffungsentscheidung zukünftige, wettbewerbsbeschränkende Abhängigkeiten begründet. Ein selbst herbeigeführter „Vendor Lock-in“ kann spätere Direktvergaben ohne Teilnahmewettbewerb regelmäßig nicht rechtfertigen. In diesem Kontext kann die Entscheidung für Open Source Software oder für umfassende Nutzungsrechte am Quellcode nicht nur wirtschaftlich sinnvoll, sondern auch vergaberechtlich geboten sein.

Im Unterschwellenbereich nach Haushaltsvergaberecht gelten vergleichbare Anforderungen an die Produktneutralität der Leistungsbeschreibung (§ 23 Abs. 5 UVgO). Allerdings tritt hier das haushaltsrechtliche Primat der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit stärker in den Vordergrund. Diese Grundsätze können im Einzelfall sogar für eine bevorzugte Berücksichtigung von Open Source Software sprechen, insbesondere wenn dadurch langfristige Kosten, Abhängigkeiten oder Migrationsaufwände reduziert werden. Landesrechtliche Regelungen – etwa in Thüringen – zeigen, dass eine politische Priorisierung von Open Source Software zulässig ausgestaltet werden kann, sofern sie an technische Möglichkeit und Wirtschaftlichkeit anknüpft.

Im Ergebnis ist eine Beschränkung auf Open Source Software vergaberechtlich zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt, verhältnismäßig und transparent begründet ist. Unzulässig ist hingegen eine rein pauschale oder politisch motivierte Festlegung ohne konkreten Bezug zum

64 Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2020 (GVBl. S. 29), das zuletzt durch das Gesetz zur Änderung des Thüringer Vergabegesetzes vom 16. November 2023 (GVBl. S. 331) geändert worden ist, abrufbar unter: [Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG](#).

Auftragsgegenstand. Die Entscheidung für oder gegen Open Source Software muss daher stets einzelfallbezogen, marktorientiert und unter sorgfältiger Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen erfolgen.

* * *