

Stellungnahme der Open Source Business Alliance - Bundesverband für digitale Souveränität e.V.

zur Änderung des Thüringer Vergabegesetzes

23. August 2023

Das Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG) ist seit 2011 in Kraft. Mit Beschluss des Thüringer Landtages wurde das Gesetz evaluiert und das Evaluierungsgutachten im Herbst 2022 veröffentlicht. Derzeit liegen zwei Gesetzentwürfe vor, die Änderungen des Thüringer Vergabegesetzes mit Bezug auf das Evaluierungsgutachten vorschlagen:

- Gesetzentwurf der Fraktionen DIE LINKE, der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Änderung des Thüringer Vergabegesetzes (Drucksache 7/8029)
- Gesetzentwurf der Fraktion der CDU zur Änderung des Thüringer Vergabegesetzes – Bürokratieabbau und Verfahrensvereinfachung im Thüringer Vergaberecht (Drucksache 7/7451)

In der vorliegenden Stellungnahme der OSB Alliance wird ausschließlich zu §4 des Thüringer Vergabegesetzes (Umweltverträgliche Beschaffung, Open-Source-Software, Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Aspekte im Vergabeverfahren) - und hier insbesondere zu Absatz (2) zur vorrangigen Beschaffung von Open Source Software - sowie zu den entsprechenden Vorschlägen in den beiden Gesetzentwürfen Stellung bezogen.

Der Gesetzentwurf der LINKE, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN schlägt keine Änderungen für §4 Abs. (2) vor, hier würde der aktuelle Absatz zur vorrangigen Beschaffung von Open Source Software also unverändert bleiben. Der Gesetzentwurf der CDU schlägt vor, den bisherigen §4 Abs. (2) zur vorrangigen Beschaffung von Open Source Software ersatzlos zu streichen.

Position der Open Source Business Alliance

Thüringen war 2020 das erste Bundesland, das einen Vorrang für Open Source Software bei der Beschaffung durch die öffentliche Hand im Vergabegesetz des Landes verankert hat. Andere Bundesländer wie beispielsweise Schleswig-Holstein sind dem Beispiel Thüringens gefolgt und haben die vorrangige Beschaffung von Open Source Software ebenfalls auf Gesetzesebene verankert. In Baden-Württemberg gibt es eine entsprechende Verwaltungsvorschrift, die den Vorrang von Open Source Software regelt, in Bayern findet sich ein entsprechender Passus im „Digitalplan Bayern“. Auch auf Bundesebene wird auf das Beispiel Thüringens geschaut, so findet sich beispielsweise im Gesetzentwurf für die Änderung des Onlinezugangsgesetzes eine Formulierung, die vom Thüringer Vergabegesetz inspiriert ist. Auch in der Praxis sticht Thüringen mit seinem besonderen Engagement für Open Source Software in Bund-Länder-Initiativen wie dem Zentrum für digitale Souveränität, der Entwicklung des souveränen Arbeitsplatzes für die öffentliche Verwaltung sowie weiteren Initiativen hervor. Thüringen gilt somit bundesweit als Vorbild und Vorreiter, was den konsequenten Einsatz von Open Source Software in der öffentlichen Verwaltung angeht.

Vor diesem Hintergrund wäre es ein dramatischer Rückschritt, den Vorrang für Open Source, wie er derzeit in §4 Abs. (2) des Thüringer Vergabegesetzes gefasst ist, ersatzlos zu streichen, wie es der Gesetzentwurf der CDU vorschlägt.

Dieser Vorschlag der Fraktion der CDU ist insbesondere vor dem Hintergrund unverständlich, dass der Bundesparteitag der CDU im November 2019 in seiner „Digitalcharta Innovationsplattform: D“ Offenheit als Standard beschlossen hat:

„Die offenen und gemeinsam entwickelten Standards des Internets und die offenen Schnittstellen sind die Prinzipien, die wir für die Digitalisierung Deutschlands heranziehen. Nur durch Offenheit entsteht Wettbewerb, nur durch Offenheit können neue Akteure im Wettbewerb die Platzhirsche herausfordern. Deshalb gilt künftig für alle (öffentlichen) Digitalisierungsprojekte in Deutschland: Auftragsvergabe und Förderung sind an die Einhaltung der Prinzipien Open-Source und offene Standards gebunden. Durch öffentliche Mittel finanzierte Software soll allen Bürgern dienen. Zusätzlich sollen freie und offene APIs den Zugang für unabhängige Entwicklungen erleichtern.“

Damit hat sich die CDU auf ihrem Bundesparteitag 2019 zu dem Prinzip „Public Money, Public Code“ bekannt, demzufolge öffentlich finanzierte IT-Lösungen der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden müssen. Aus dem Parteitagsbeschluss ergibt sich in logischer Folge ein Vorrang für Open Source Software bei Beschaffung und Vergabe. Der Vorschlag, den derzeitigen Vorrang für Open Source Software im Thüringer Vergabegesetz zu streichen, steht also im Widerspruch zu diesem Bundesparteitagsbeschluss der CDU.

Die Open Source Business Alliance setzt sich gemäß ihrer Leitlinien für das Prinzip „Public Money, Public Code“ sowie für Open Source als Standard bei der Beschaffung ein.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Open Source Business Alliance die Ablehnung des Gesetzentwurfs der Fraktion der CDU und empfiehlt die Annahme des Gesetzentwurfs der Fraktionen DIE LINKE, der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Die Open Source Business Alliance empfiehlt darüber hinaus, im Rahmen der Änderung des Thüringer Vergabegesetzes im derzeit geltenden §4 Abs. (2) die Einschränkung für die vorrangige Beschaffung von Open Source Software ersatzlos zu streichen:

„Bei der Beschaffung von IT- und IT-gestützten Produkten gilt §4 des Thüringer Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung (ThürEGovG) in der jeweils geltenden Fassung. ~~Dort, wo es technisch möglich und wirtschaftlich ist, soll der Einsatz von Open-Source-Software [soll] vorrangig erfolgen.~~ Darüber hinaus sollen auch die Aspekte Bedienbarkeit, Zukunftssicherheit, Interoperabilität und IT-Sicherheit berücksichtigt werden. Unter Open-Source-Produkten sind solche Produkte zu verstehen, deren Quellcode öffentlich zugänglich ist und deren Lizenz die Verwendung, Weitergabe und Veränderung nicht einschränkt.“

Im Folgenden wird diese Position sowie der Änderungsvorschlag begründet.

Die Bedeutung von Open Source Software für Wirtschaft und Industrie

Open Source Software schafft erhebliche gesellschaftliche und wirtschaftliche Mehrwerte und trägt entscheidend zur digitalen Souveränität der öffentlichen Verwaltung bei.

Eine 2021 von der EU-Kommission veröffentlichte Studie bestätigt den signifikanten Einfluss von Open Source Software auf die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen, auf das Wirtschaftswachstum, auf die Start-up-/KMU-Szene und die technologische Unabhängigkeit Europas. Der Studie zufolge trägt Open Source einen erheblichen Beitrag zum Bruttoinlandsprodukt (BIP) der EU bei: Rund 1 Milliarde Euro, die Unternehmen in der EU 2018 in Open Source investiert haben, führten demnach zu einem wirtschaftlichen Mehrwert von 65 – 95 Milliarden Euro.

Einmal entwickelte Open Source Software steht der Allgemeinheit zur Verfügung und muss also von Unternehmen, Organisationen oder staatlichen Institutionen nicht erneut entwickelt werden. Dies erleichtert insbesondere Start-ups und KMUs den Markteintritt bzw. die digitale Transformation. Für die mittelständisch geprägte Wirtschaft in Deutschland hat Open Source somit das Potenzial, zum Treibstoff für einen innovationsgeprägten Strukturwandel hin zu einer digitalisierten Wirtschaft zu werden.

Der Studie zufolge würden mehr Open-Source-Beiträge das Bruttoinlandsprodukt der EU signifikant wachsen lassen und zu mehr Gründungen von Start-ups beitragen. Außerdem fördert der Einsatz von

Open Source Software hohe Softwareentwicklungsfähigkeiten, kann die Folgen des Fachkräftemangels mildern und senkt die Gesamtbetriebskosten sowohl in Wirtschaft und Industrie als auch im öffentlichen Sektor.

Die Bedeutung von Open Source Software für die digitale Souveränität

Der Einsatz von Open Source Software ist zudem von zentraler Bedeutung für die Stärkung der digitalen Souveränität in der öffentlichen Verwaltung. Denn Open Source Software stellt sicher, dass die verwendeten Systeme unabhängig überprüfbar, gestaltbar und austauschbar sind. Open Source Software trägt so zur Gestaltungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung bei, sowie zu Wechselmöglichkeiten, Interoperabilität, Informationssicherheit und Resilienz. Aus diesem Grund setzen wichtige Vorhaben in Bund, Ländern und Kommunen zur Stärkung der digitalen Souveränität maßgeblich auf Open Source Software. Daher ist auch die vorrangige Beschaffung von Open Source Software sowohl im Thüringer E-Government-Gesetz als auch im Thüringer Vergabegesetz verankert.

Wenn im Rahmen der Änderung des Thüringer Vergabegesetzes das Gesetz jetzt überarbeitet wird, bietet dies die Gelegenheit, die Formulierung zur vorrangigen Beschaffung von Open Source Software zu verbessern. Nachdem Thüringen als erstes Bundesland die vorrangige Beschaffung von Open Source Software gesetzlich verankert hat, kann das Bundesland auch jetzt wieder seine Vorreiterrolle einnehmen und den konsequenten Vorrang von Open Source auf noch stabilere Füße stellen.

Keine Schlupflöcher beim konsequenten Vorrang für Open Source Software bei Beschaffung und Vergabe

In §4 Abs. (2) des Thüringer Vergabegesetzes findet sich derzeit die Einschränkung, dass Open Source Software nur dort vorrangig eingesetzt werden soll, wo es „technisch möglich und wirtschaftlich“ ist. Diese Einschränkung stellt aufgrund der vagen Formulierung ein Schlupfloch für Beschaffungs- und Vergabestellen dar, das in der Praxis dazu führen kann, dass Open Source Software im Zweifelsfalle nicht vorrangig eingesetzt wird. Denn es gibt keine eindeutig verbindlichen Definitionen, wann „der vorrangige Einsatz von Open Source Software technisch möglich und wirtschaftlich“ ist. Grundsätzlich ist eine Umsetzung immer technisch machbar, wenn der Wille da ist. Daher gibt es hier einen sehr großen Interpretationsspielraum. Behörden könnten sich unterschiedlichste Begründungen einfallen lassen, warum sie von einem vorrangigen Einsatz von Open Source Software im Einzelfall Abstand nehmen. Das untergräbt das angestrebte Ziel des Vergabegesetzes sowie des E-Government-Gesetzes, bedroht die digitale Souveränität Thüringens und behindert auch erheblich die Nachnutzung von öffentlich finanzierter Software, was sich wiederum auf die Wirtschaftlichkeit niederschlägt.

Ohnehin muss man die Frage stellen, was darunter verstanden werden soll, ob der vorrangige Einsatz von Open Source Software im konkreten Einzelfall „wirtschaftlich“ ist. Aus Sicht der Bürgerinnen und

Bürger ergibt sich beim Einsatz von Open Source immer eine bessere Wirtschaftlichkeitsbilanz, da öffentlich finanzierte Software ganz im Sinne von „Public Money, Public Code“ der Allgemeinheit sowie anderen Behörden zur Weiterverwendung zur Verfügung gestellt wird. Open Source Software trägt also erheblich zum Gemeinwohl bei. Die Wiederverwendbarkeit von Open Source Software kommt auch der Privatwirtschaft zugute und hat innovations- und wettbewerbsfördernde Effekte – die sich wiederum positiv auf das Angebot (und die Preise) auswirken, aus dem die öffentliche Hand auswählen kann. Dies hat auch eine wissenschaftliche Studie der EU-Kommission nachgewiesen.

Wenn vergleichbare Verwaltungslösungen nicht in jeder Kommune immer wieder von Neuem entwickelt und bezahlt werden müssen, sondern dank der Freiheiten, die Open-Source-Lizenzen gewähren, einfach nachgenutzt werden können, ist das zudem ein verantwortungsvoller Umgang mit Steuergeldern.

Auch aus Sicht der Verwaltung und in volkswirtschaftlicher Hinsicht ergibt sich durch den vorrangigen Einsatz von Open Source Software eine positive Wirtschaftlichkeitsbilanz. Denn betrachtet man den zeitlichen Horizont, so ist eine heute günstigere proprietäre Lösung nicht unbedingt auch noch morgen die günstigere Wahl. Befindet sich eine Behörde erst mal in einem Vendor-Lock-In, muss sie alle künftigen Lizenzkostensteigerungen eines Anbieters mitmachen und kann nicht mehr zu einem anderen, günstigeren Anbieter wechseln und die positiven Effekte eines gesunden Wettbewerbs nutzen.

Stellt ein Anbieter den Support für eine Software oder seine ganze Geschäftstätigkeit ein, muss eine Behörde innerhalb kürzester Zeit die entsprechende proprietäre Lösung neu entwickeln lassen. Das ist dann wesentlich teurer, als sich einfach nur nach einem alternativen Betreiber für eine genutzte Open Source Software umschauen zu müssen, der den Support für die genau gleiche Lösung anbieten kann. Aus eben diesen Gründen trägt Open Source Software so entscheidend zur digitalen Souveränität der Verwaltung bei.

Ein juristisches Gutachten aus dem Dezember 2022, das sich mit wettbewerbs-, vergabe-, kartell- und verfassungsrechtlichen Fragen rund um die vorrangige Beschaffung von Open Source Software auseinandergesetzt hat, kommt daher ebenfalls zu dem Schluss, dass der gesetzliche Vorrang für Open Source Software bei der Beschaffung ohne Einschränkungen mit Bezug auf die „technische und wirtschaftliche Möglichkeit“ erfolgen sollte:

„[Es] kann ein Vorbehalt der technischen Möglichkeit und Wirtschaftlichkeit eingeführt werden. Dann wäre ein Vergleich der Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit durchzuführen. Zum anderen wäre die technische Möglichkeit des OSS-Einsatzes zu prüfen, wobei sich insoweit Auslegungsprobleme hinsichtlich der Weite dieses Merkmals stellen. Ist die technische Möglichkeit schon zu verneinen, wenn andere proprietäre Systeme noch laufen und die Umstellung aufwändig und längerdauernd ist? Oder sollen nur Fälle erfasst werden, so OSS in keinem Fall in technischer Hinsicht eingesetzt werden kann? Um solche Auslegungsprobleme und Unklarheiten zu vermeiden, sollte auf einen solchen Vorbehalt verzichtet werden. Ein Ausschluss bei Ungeeignetheit von OSS ergibt

sich schon aus der Vorrangklausel, die nicht eingreift, wenn keine geeignete OSS zur Verfügung steht.“ (S. 19)

Die bisherige Einschränkung in §4 Abs. (2) zum vorrangigen Einsatz von Open Source Software sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Die Open Source Business Alliance steht jederzeit mit ihrer politischen und wirtschaftlichen Expertise für einen Austausch sowie Beratungen zur Verfügung.

Über die OSB Alliance – Bundesverband für digitale Souveränität e.V.

Die OSB Alliance – Bundesverband für digitale Souveränität e.V. vertritt über 200 Mitgliedsunternehmen der Open Source Wirtschaft, die in Deutschland rund 95.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen und einen Jahresumsatz von über 126,8 Mrd. Euro erwirtschaften. Zusammen mit unseren wissenschaftlichen Einrichtungen und Anwenderorganisationen setzen wir uns dafür ein, die zentrale Bedeutung von Open Source-Software und offenen Standards für eine digital souveräne Gesellschaft nachhaltig im öffentlichen Bewusstsein zu verankern. Dieser digitale Wandel soll Unternehmen, Regierungen, Behörden und Bürgern gleichermaßen zugutekommen. Wir treten dafür ein, Open Source als Standard in der öffentlichen Beschaffung und bei der Forschungs- und Wirtschaftsförderung zu etablieren. Um unsere Ziele zu verwirklichen, stehen wir Unternehmen, Privatpersonen, Medien und der Politik als Experten und Ansprechpartner zur Verfügung.

Kontakt:

Open Source Business Alliance – Bundesverband für digitale Souveränität e.V.
Pariser Platz 6a
10117 Berlin

Fon: +49 30 / 300149 - 3377
Fax: +49 30 / 300149 - 3030
E-Mail: info@osb-alliance.com
Internet: <https://www.osb-alliance.com>