

## KOINNO Kompetenzzentrum innovative Beschaffung

### Vergabe von Open Source Software (OSS)

22.09.2022

### Online-Seminar

Dr. Rebecca Schäffer, MJI

Dr. Jörg Michael Voß, LL.M.

avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75-77

50672 köln

t +49 [0]221.39 07 10

f +49 [0]221.39 07 129

e-mail koeln@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte

Thurn-und-Taxis-Platz 6

60313 frankfurt

t +49 [0]69.91 330 10

f +49 [0]69.91 330 119

e-mail frankfurt@avocado.de

www.avocado.de

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

1. Was ist eigentlich OSS?
2. Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften beim OSS-„Erwerb“
3. OSS als Alleinstellungsmerkmal vs. OSS im Wettbewerb mit proprietären Lösungen
4. Besonderheiten bei den Vertragsbedingungen, insbesondere bei Nutzung von EVB-IT
5. Die Auswahl sinnvoller Eignungs- und Zuschlagskriterien

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Was ist eigentlich OSS? – Urheberrechtliche Grundlagen

- ▶ Computerprogramme stellen **urheberrechtlich geschützte Werke** i.S.v. § 69a Abs. 3 UrhG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG dar.
- ▶ Der Urheber ist gemäß § 31 Abs. 1 UrhG zur umfassenden Nutzungsrechtseinräumung gegenüber Dritten befugt.
- ▶ Er kann das Nutzungsrecht im Sinne von § 31 Abs. 1 UrhG als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt einräumen. Hierzu zählen z.B. das Vervielfältigungsrecht (§ 69c Nr. 1 UrhG), das Bearbeitungsrecht (§ 69c Nr. 2 UrhG), das Verbreitungsrecht (§ 69c Nr. 3 UrhG) oder das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung des Computerprogramms (§ 69c Nr. 4 UrhG).

➡ ***Der Lizenznehmer darf die Software nur im Umfang der ihm eingeräumten Nutzungsrechte verwenden (soweit nicht gesetzlich zwingende weitergehende Rechte bestehen)!***

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Was ist eigentlich OSS? – Urheberrechtliche Grundlagen

**Wichtig:** § 31 Abs. 5 UrhG beachten (sog. Zweckübertragungsregel)

*„Sind bei der Einräumung eines Nutzungsrechts die Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet, so bestimmt sich nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegten Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt. Entsprechendes gilt für die Frage, ob ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, ob es sich um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handelt, wie weit Nutzungsrecht und Verbotsrecht reichen und welchen Einschränkungen das Nutzungsrecht unterliegt.“*

**➔ Im Zweifel verbleiben die Nutzungsrechte also soweit wie möglich beim Urheber!**

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

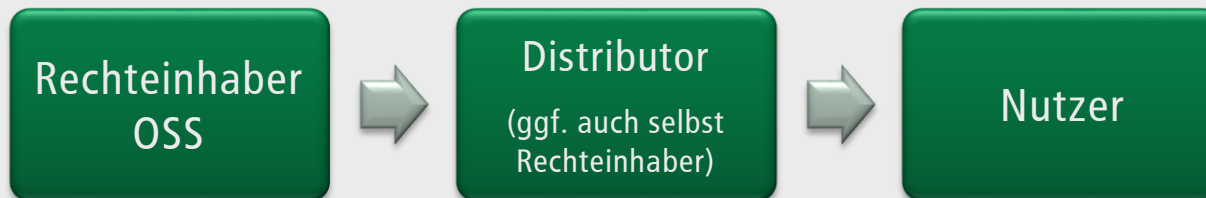
## Was ist eigentlich OSS? – Definition

- ▶ Als **Open Source** (aus englisch *open source*, wörtlich *offene Quelle*) wird Software bezeichnet, deren Quelltext öffentlich und von Dritten eingesehen, geändert und genutzt werden kann.  
(*Wikipedia*)
- ▶ Wichtigste Merkmale (Unterschied zu proprietärer Software):
  - Quellcode liegt in für Menschen lesbarer und verständlicher Form vor („offen“).
  - Software darf beliebig kopiert, verbreitet und genutzt werden.
  - Software darf verändert und in der veränderten Form weitergegeben werden.
- ▶ Häufig wird OSS kostenfrei zum Download angeboten, zwingend ist dies nicht.  
(OSS ≠ Freeware oder Shareware)

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Was ist eigentlich OSS? – Lizenzbedingungen

- ▶ OSS ist urheberrechtlich geschützt.
- ▶ **Nutzungs- und Verwertungsrechte** werden vom Rechteinhaber eingeräumt.
- ▶ Erhält AG die OSS über Distributor (z.B. Dienstleister, der gewünschte Software auf OSS-Basis erstellt oder weiterentwickelt), muss dieser den AG ggf. an OSS-Lizenzbedingungen binden.



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Was ist eigentlich OSS? – Lizenzbedingungen

- ▶ Je nach OSS gibt es verschiedene Lizenzbedingungen, die zu beachten sind. Von Bedeutung ist insbesondere OSS mit **strengem Copyleft-Effekt**:

Bei solchen Lizenzen (z.B. der bekannten **GNU General Public License**, Version 2) darf bei Einbindung der OSS auch die selbst entwickelte Software-Teile nur noch als OSS vertrieben werden und ihr Quellcode ist gemäß der Lizenz offenzulegen (**sog. viraler Effekt**).

- ▶ Wortlaut § 2 lit. b GPLv2 (deutsche inoffizielle Übersetzung):

*„Sie müssen dafür sorgen, dass jede von Ihnen verbreitete oder veröffentlichte Arbeit, die ganz oder teilweise von dem Programm oder Teilen davon abgeleitet ist, Dritten gegenüber als Ganzes unter den Bedingungen dieser Lizenz ohne Lizenzgebühren zur Verfügung gestellt wird.“*

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Was ist eigentlich OSS? – Lizenzbedingungen

**Beispiel:** AVM (Hersteller der FRITZ!Box) hatte für seine Firmware verschiedene Dateien zusammengefügt. Darunter befand sich der Linux Kernel, der unter der GPL lizenziert ist. Wegen des viralen Effekts war AVM verpflichtet, seine Firmware der GPL zu unterstellen. AVM konnte daher keinen Unterlassungsanspruch gegen einen konkurrierenden Anbieter von WLAN-Routern geltend machen, der die Firmware von AVM verwendet hatte (LG Berlin, Urteil vom 08.11.2011, Az. 16 O 255/10).

## Ausnahmen vom viralen Effekt?

Möglich und z.B. in GPLv2 und v3 vorgesehen:

- ▶ gemeinsames Ganzes aus GPL-Code und neuem Werk oder von GPL nicht erfasstes selbstständiges Werk?
- ▶ Abgrenzung anhand wertender Gesamtbetrachtung, Rechtslage unsicher



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Was ist eigentlich OSS? – Lizenzbedingungen

**Praxishinweis:** Häufig werden OSS-Lizenzbedingungen vom Distributor nicht beachtet.

- ▶ Urheberrechtsverletzung
- ▶ AG und Abnehmer dürfen OSS ggf. nicht mehr verwenden (Rechtseinräumung OSS oft nur unter auflösender Bedingung, kein „gutgläubiger“ Erwerb)
- ▶ Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche vom Rechteinhaber
- ▶ Gewährleistungsansprüche von Abnehmern
- ▶ AG verbleiben lediglich Regressansprüche gegen Distributor



1. Verpflichtung des Distributors wichtig
2. Lizenzbestimmungen der jeweiligen OSS prüfen
3. Im Vergabeverfahren nicht undifferenziert auf die „Offenheit“ der Software verweisen, sondern die Mindestanforderungen angeben

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

1. Was ist eigentlich OSS?
2. Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften beim OSS-„Erwerb“
3. OSS als Alleinstellungsmerkmal vs. OSS im Wettbewerb mit proprietären Lösungen
4. Besonderheiten bei den Vertragsbedingungen, insbesondere bei Nutzung von EVB-IT
5. Die Auswahl sinnvoller Eignungs- und Zuschlagskriterien

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften

- ▶ **Konstellation 1:** Direkter Download einer unentgeltlichen Software
- ▶ **Konstellation 2:** Einkauf von IT-Services unter Nutzung von OSS  
(z.B. Weiterentwicklung, Customizing, Integration in bestehende IT-Umgebung, Wartungs- und Supportleistungen)

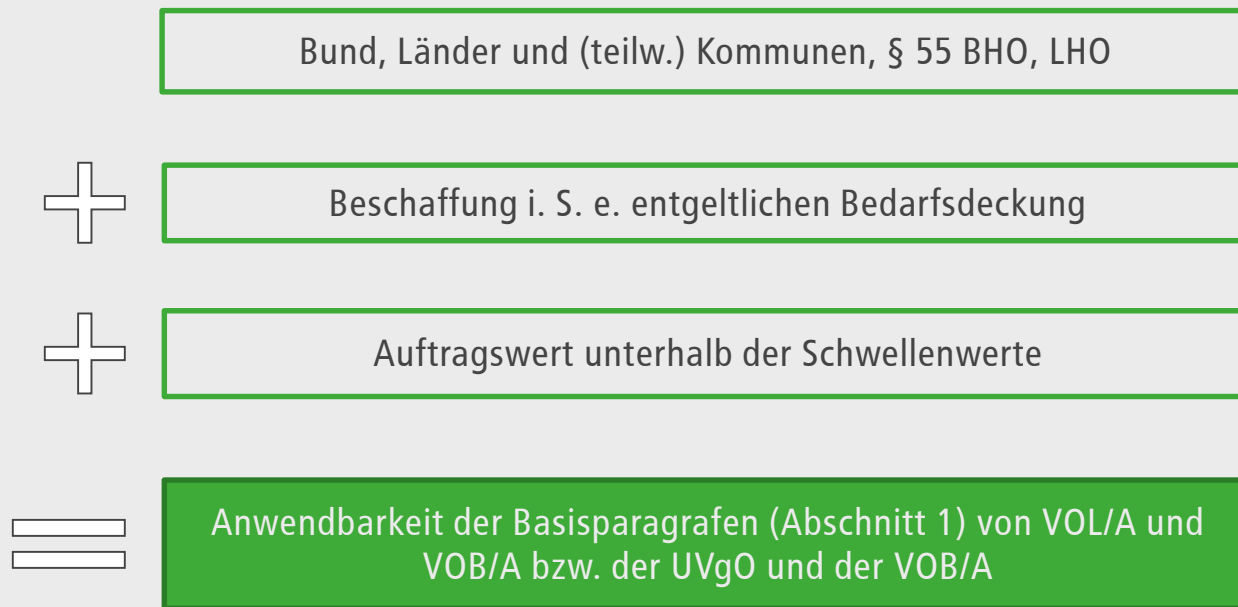
# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften



## EU-Schwellenwerte 2022/2023

	Lieferaufträge	Dienstleistungsaufträge	Baufaufträge
Öffentliche Auftraggeber	215.000 Euro 140.000 Euro (oberste und obere Bundesbehörden)	750.000 Euro (soziale und besondere Dienstleistungen) 215.000 Euro 140.000 Euro (oberste und obere Bundesbehörden)	5.382.000 Euro
Sektoren-auftraggeber	431.000 Euro	1.000.000 Euro (soziale und besondere Dienstleistungen) 431.000 Euro	5.382.000 Euro
Aufträge im Bereich Verteidigung/ Sicherheit	431.000 Euro	431.000 Euro	5.382.000 Euro

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften

- ▶ **Konstellation 1:** Direkter Download einer unentgeltlichen Software
  - Regelmäßig kein „entgeltlicher Vertrag“ mit Beschaffungsbezug
  - Kein Nachforderungsrecht des Rechtsinhabers auf angemessene Vergütung zu befürchten (sog. „Linux-Klausel“, § 32 Abs. 3 Satz 3 UrhG).
  - **Anwendungsbereich des Vergaberechts** (ober- wie unterhalb der Schwellenwerte) damit **regelmäßig nicht eröffnet**
  
- Aber: Ggf. Ausnahme, wenn Lizenzbedingungen vorsehen, dass Lizenzgeber (quasi als Gegenleistung) automatisch Lizenz an allen Änderungen der Software erhält (z.B. bei der Reciprocal Public License, siehe hierzu auch EuGH, Urteil vom 28.05.2020, Rs. C-796/18).

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften

- ▶ **Konstellation 2:** Einkauf von IT-Services unter Nutzung von OSS
  - Regelmäßig entgeltlicher Vertrag mit Beschaffungsbezug gegeben
  - Damit ist der **Anwendungsbereich des Vergaberechts** (ober- wie unterhalb der Schwellenwerte) **regelmäßig eröffnet**



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften

### ► Praxishinweis:

AG haben damit grds. zwei Möglichkeiten:

1. Zunächst ausschreibungsfreier „Erwerb“ der OSS mit anschließender Ausschreibung (nur) der softwarebezogenen Dienstleistungen
2. Gemeinsame Ausschreibung von Software und darauf bezogene Dienstleistungen

→ **Tipp:** Variante 2 bietet in der Regel die größeren Chancen für einen breiten Wettbewerb hinreichend qualifizierter IT-Dienstleister



## Vergabe von Open Source Software (OSS)

1. Was ist eigentlich OSS?
2. Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften beim OSS-„Erwerb“
3. OSS als Alleinstellungsmerkmal vs. OSS im Wettbewerb mit proprietären Lösungen
4. Besonderheiten bei den Vertragsbedingungen, insbesondere bei Nutzung von EVB-IT
5. Die Auswahl sinnvoller Eignungs- und Zuschlagskriterien

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Gezielte Beschaffung von OSS (Vorgabe in den Vertragsunterlagen)

- ▶ Ausgangspunkt: **Leistungsbestimmungsfreiheit** des AG, d.h. das Vergaberecht schränkt den AG nicht in seiner Entscheidung ein,
  - ob er Leistungen am Markt einkauft
  - welche Leistungen er einkauft/beschafft
- ▶ Grenze: Sog. „**Produktneutralität**“: Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Gezielte Beschaffung von OSS (Vorgabe in den Vertragsunterlagen)

- ▶ Die Vorschriften des Vergaberechts schränken die Festlegung auf ein bestimmtes Produkt, Verfahren usw. nur dahingehend ein, dass es dafür einer **sachlichen Rechtfertigung bedarf** (vgl. OLG Düsseldorf v. 14.04.2005, Verg 93/04 – „Smallworld“)
  
- ▶ Die sachlichen Gründe
  - (1) müssen nachvollziehbar, objektiv und auftragsbezogen sein (**keine Willkür**),
  - (2) tatsächlich vorliegen (festzustellen und notfalls zu beweisen durch den AG) und
  - (3) dürfen andere Teilnehmer nicht diskriminieren (OLG Düsseldorf v. 14.09.2016, Verg 1/16)
  
- ▶ Strengere Anforderungen gelten nur, wenn eine Leistungsbestimmung zu einem völligen Wettbewerbsverzicht (= **Verhandlungsvergabe mit nur einem Wirtschaftsteilnehmer**) führt (vgl. OLG Düsseldorf v. 07.06.2017, Verg 53/16 – PET/MRT-Gerät)
  - Das ist aber bei OSS regelmäßig nicht der Fall

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Gezielte Beschaffung von OSS (Vorgabe in den Vertragsunterlagen)

### ► Praxishinweis:

Regelmäßig steht es dem AG frei, die ausgeschriebene Leistung auf OSS-basierte Lösungen zu beschränken.

- Dokumentation der Gründe (Flexibilität, insb. Unabhängigkeit vom Anbieter, Schnelligkeit, digitale Souveränität, Weiterentwicklung/Pflege durch eigene Kapazitäten, Aufbau/Erhalt eigenen Knowhows, Datensicherheit, langfristige Planbarkeit etc.)
- Dokumentation etwaiger Markterkundungen
- Ebenfalls hilfreich: Dokumentation mittel- bis langfristig erwarteter Kostenauswirkungen (einschl. Aufwände für Integration, Pflege und Wartung)



## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Gezielte Beschaffung von OSS (Vorgabe in den Vertragsunterlagen)

#### ► Praxishinweis:

Es gibt zahlreiche Initiativen (und auch viele konkrete Beispiele, z.B. aktuell Stadt Dortmund – „DOFOSS“) für politische Grundsatzentscheidungen zugunsten OSS als Standard für die Verwaltung



→ Siehe auch die gemeinsame Initiative der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement (KGSt) und des Deutschen Städtetags „**Digitale Souveränität für Kommunen**“

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## OSS im Wettbewerb mit proprietären Lösungen

- ▶ Alternativ zur zwingenden Vorgabe von OSS besteht die Möglichkeit, sowohl OSS- als auch proprietäre Lösungen zuzulassen, etwa durch
  - „Offene“ Vertragsgestaltung im Hinblick auf Lizenzbedingungen
  - Ausschreibung von Varianten („Wahlpositionen“)
  - Zulassung von Nebenangeboten
  
- ▶ „Knackpunkt“: Belastbarer Vergleich der Lösungsvarianten unter monetären und nicht monetären Aspekten (Preis-/Leistungsvergleich)
  - Siehe dazu noch sogleich

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

1. Was ist eigentlich OSS?
2. Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften beim OSS-„Erwerb“
3. OSS als Alleinstellungsmerkmal vs. OSS im Wettbewerb mit proprietären Lösungen
4. Besonderheiten bei den Vertragsbedingungen, insbesondere bei Nutzung von EVB-IT
5. Die Auswahl sinnvoller Eignungs- und Zuschlagskriterien



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Verwendung von OSS – vertragliche Konstellationen



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

### ► Vertragsrechtlicher Rahmen

- Einzelvertrag / EVB-IT-Vertrag (Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen)
- Etwaige zusätzliche Allgemeine Vertragsbedingungen
- Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/B) ist grds. in den Vertrag einzubeziehen („in der Regel“, vgl. § 29 Abs. 2 VgV, § 21 Abs. 2 UVgO)
- BGB Besonderer Teil (insb. Kaufrecht, Mietrecht, Dienstvertragsrecht oder Mietrecht)
- BGB Allgemeiner Teil: Allgemeines Schuldrecht

**Beachte:** 1. Pflicht zur Nutzung der EVB-IT gemäß VV zu § 55 BHO für Bundesbehörden, zudem gilt dies in zahlreichen Bundesländern nach den haushaltsrechtlichen Bestimmungen! (Die älteren Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung und den Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten sowie von DV-Programmen (BVB) sind nur zu verwenden, wenn EVB-IT fehlen.)

2. Die jeweiligen EVB-IT AGB und auch die VOL/B werden gemäß den EVB-IT Vertragsmustern jeweils als Vertragsbestandteile in den Vertrag einbezogen.

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

### ► Basisverträge: EVB-IT

- Cloud
- Dienstleistung
- Instandhaltung
- Kauf
- Pflege S
- Überlassung Typ A und
- Überlassung Typ B

### ► Systemverträge: EVB-IT

- Erstellung
- Service
- System und
- Systemlieferung

Hilfestellungen zur Auswahl des richtigen Vertragstyps bietet die „Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB“, abrufbar unter: [https://www.cio.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/CIO/DE/digitale-loesungen/it-beschaffung/evb-it-bvb/entscheidungshilfe-zu-der-evb-it.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.cio.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/CIO/DE/digitale-loesungen/it-beschaffung/evb-it-bvb/entscheidungshilfe-zu-der-evb-it.pdf?__blob=publicationFile&v=1)



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

- ▶ **EVB-IT Cloud:** Beschaffung von Cloudleistungen, insbesondere Infrastructure as a Service (IaaS), Platform as a Service (PaaS), Software as a Service (SaaS) und Managed Cloud Service (MCS)
- ▶ **EVB-IT Dienstleistung:** Beschaffung von Dienstleistungen
- ▶ **EVB-IT Instandhaltung:** Instandhaltung von Hardware
- ▶ **EVB-IT Kauf:** Kauf von Hardware (ggf. inklusive Aufstellung, Instandhaltungsleistungen und Kauf von Betriebssystemsoftware)
- ▶ **EVB-IT Pflege S:** Pflege von Standardsoftware (ggf. mit weiteren Leistungen, es können ausschließlich Pflegeleistungen für Standardsoftware vereinbart werden, die nicht auf Quellcodeebene angepasst wurde)
- ▶ **EVB-IT Überlassung Typ A:** Kauf von Standardsoftware (ggf. mit Pflegeleistungen)
- ▶ **EVB-IT Überlassung Typ B:** Miete von Standardsoftware (ohne sonstige Leistungsanteile)

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

► **EVB-IT Erstellung:** Auf Softwareleistungen reduzierter, gekürzter EVB-IT Systemvertrag

- (1) zur Erstellung von Individualsoftware,
- (2) zur Anpassung von Software auf Quellcodeebene bzw.
- (3) zu umfangreichem, den Vertrag werkvertraglich prägenden Customizing von Standardsoftware.

Vertrag ist insgesamt ein Werkvertrag.

► **EVB-IT Service:** Serviceleistungen rund um eine IT-System oder für Individualsoftware (z.B. für ein bereits existierendes IT-System des Auftraggebers, das nicht vom Auftragnehmer bereitgestellt wurde, oder für die Pflege von Individualsoftware). Der Auftragnehmer ist dabei nicht nur verantwortlich für die Funktionsfähigkeit der einzelnen Systemkomponenten, sondern, ebenso wie bei den EVB-IT Systemverträgen, für die Funktionsfähigkeit des IT-Systems insgesamt.

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Vertragsbedingungen und EVB-IT

- ▶ **EVB-IT System:** Erstellung von IT-Systemen aus einer oder mehreren Systemkomponenten (Standardsoftware und/oder Hardware, ggf. Individualsoftware) einschließlich weiterer Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft. Erstellung der Individualsoftware stellt den Schwerpunkt der Leistung dar (Richtgröße: mehr als 15-20 %). Vertrag ist insgesamt Werkvertrag.
- ▶ **EVB-IT Systemlieferung:** Kauf von IT-Systemen aus einer oder mehreren Systemkomponenten (Standardsoftware und/oder Hardware) einschließlich weiterer Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft. Vertrag ist insgesamt ein Kaufvertrag.

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

- ▶ Vertragstypologische Zuordnung (Kauf-, Miet-, Dienst- oder Werkvertrag) richtet sich nach dem Schwerpunkt des Leistungsgegenstandes (BGH Urteil vom 15.11.2006, Az. XII ZR 120/04).



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

### ► **Problem: Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag**

- Bei einem Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) schuldet der Auftragnehmer einen konkreten Erfolg. Erst mit der Abnahme nimmt der Auftraggeber das geschuldete Werk als vertragsgemäß entgegen. Die Abnahme führt zur Fälligkeit der vereinbarten Vergütung. Bei Mängeln können Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden (primär Nacherfüllung und sekundär Ansprüche auf Schadensersatz, Rücktritt bzw. Minderung).
- Bei einem Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) hat der Dienstleistende die geschuldete Leistung unter angemessener Ausschöpfung seiner Fähigkeiten und Kräfte und nach seinem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen zu erbringen. Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln sind gesetzlich nicht vorgesehen. Es kommen lediglich Ansprüche auf Schadensersatz oder Rücktritt in Betracht, dies allerdings nur unter besonderen Voraussetzungen.

***Beim Dienstvertrag trägt der Auftraggeber die Erfolgsverantwortung, Vertragsgegenstand besteht in der Programmierleistung und nicht in der fertigen Software.***



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

### Dienstvertrag



- Erfolgsverantwortung beim AG, AN schuldet Tätigkeit
- Weisungsrecht beim AG
- Keine Abnahmeprüfung
- Haftung für Schlechtleistung (Beratungsfehler)
- Vergütung oftmals nach Aufwand

### Werkvertrag



- Erfolgsverantwortung beim AN, AN schuldet Erfolg
- Projektmanagement beim AN
- Abnahmeprüfung
- Mängelhaftung des AN
- Vergütung oftmals mit Festpreis

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

**Strukturell sind die EVB-IT Verträge (jeweils mit Unterschieden im Detail) wie folgt aufgebaut:**

- ▶ Gegenstand und Bestandteile des Vertrags
- ▶ Übersicht über die vereinbarten Leistungen
- ▶ Gegenstände der Leistungen des Auftragsnehmers
- ▶ Fälligkeit und Zahlung der Vergütung
- ▶ Ergänzende Vereinbarung bei Vergütung nach Aufwand
- ▶ Mitwirkung des Auftraggebers
- ▶ Abnahme (soweit einschlägig)
- ▶ Mängelhaftung (soweit einschlägig)
- ▶ Abweichende Haftungsregelungen
- ▶ Beauftragte und Ansprechpartner
- ▶ Weitere Regelungen
- ▶ Sonstige Vereinbarungen

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen und EVB-IT

### Praxishinweise (1):

- ➔ *Bei EVB-IT Vertragsmustern Nutzerhinweise verwenden und die zugehörigen EVB-IT AGB durchsehen, da Vertragsmuster in den Klauseln auf diese verweist.*
- ➔ *Vertragsmuster soweit wie möglich in gesonderter Farbe (z.B. blau) ausfüllen.*
- ➔ *Sollen einzelne Punkte abweichend von den EVB-IT AGB geregelt werden, muss dies im Formular angegeben werden (wichtig etwa für Nutzungsrechteübertragung oder Haftung).*
- ➔ *Noch zu ergänzende Punkte müssen vom Bieter an markierten Stellen ergänzt werden.*
- ➔ *Klarer Hinweis an Bieter und genaue Markierung der auszufüllenden Stellen!*
- ➔ *Auf Konsistenz der Begrifflichkeiten achten (Definitionen in EVB-IT AGB).*
- ➔ *Rangfolge der Vertragsbestandteile regeln!*



## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Vertragsbedingungen und EVB-IT

#### Praxishinweise (2):

- ➔ *In Rahmenvereinbarung u.a. Regelungen zum Abschluss der Einzelabrufe, Vergütungsmodalitäten sowie Kündigung der Rahmenvereinbarung und der Einzelabrufe aufnehmen.*
  
- ➔ *Soweit erforderlich ergänzende Regelungen aufnehmen, z.B.*
  - *Erklärung zu Schutzrechten*
  - *Muster für Abnahme*
  - *Schutz vertraulicher Informationen*
  - *Auftragsverarbeitungsvereinbarung*
  - *Einsatz von Subunternehmern*
  - *Service Level Agreement (bei EVB-IT Cloud in Kriterienkatalog)*
  
- ➔ *Sonderkonstellationen beachten (agile Softwareentwicklungen, Quellcodehinterlegung, Technologieanpassung, Preisanpassung, OSS)*



## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Vertragsbedingungen und EVB-IT

#### **OSS spezifische Besonderheiten:**

- ▶ EVB-IT nehmen bislang auf OSS-Besonderheiten keine Rücksicht
- ▶ Verträge durchaus nutzbar; Regelungen widersprechen aber teilweise OSS-Lizenzbedingungen bzw. passen nicht

**➡ Regelungen im EVB-IT Vertrag aufmerksam prüfen und anpassen!**

#### **Beispiele für Anpassungen im EVB-IT Vertrag:**

- ▶ Einbeziehung von Lizenzbedingungen an Standardsoftware: Nutzungsrechtsmatrizen EVB-IT zielen auf proprietäre Lizenzmodelle ab, bei OSS unpassend
- ▶ Nutzungsrechte an zusätzlichen oder an vorbestehenden Teilen: EVB-IT Regelungen zu restriktiv für OSS, Regelungen erforderlichenfalls abbedingen
- ▶ Nutzungs- und Kopiersperren bei OSS regelmäßig nicht zulässig

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

#### Anlage OSS in EVB-IT Verträgen aufnehmen:

- ➔ *Anlage zum Vertrag mit vorrangigen Regelungen für OSS erstellen (Anlage OSS)*
- ➔ *Unter Ziffer „Sonstige Vereinbarungen“ im EVB-IT Vertrag*
  - ✓ *auf Anlage OSS verweisen*
  - ✓ *klarstellen, dass Regelungen vorrangig vor abweichenden Bedingungen des EVB-IT Vertrags und der EVB-IT AGB gelten*
  - ✓ *Vertrag und EVB-IT AGB im Übrigen unberührt lassen*



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

### Mögliche Regelungen in der Anlage OSS:

- ▶ EVB-IT AGB, die Nutzungsbefugnis AG beschränken, abbedingen und abweichend regeln
- ▶ Löschpflicht / Verbot, Software in andere Codeform zu bringen, an OSS-Lizenzen anpassen
- ▶ Recht zur Unterlizenzierung des AG mit OSS-Lizenzen abgleichen (OSS sehen meist keine Unterlizenzierung vom Distributor, sondern direkte Lizenzierung vom Rechteinhaber vor)
- ▶ Beschränkungen / Verbot, Individualsoftware oder vorbestehende Teile im Quellcode öffentlich zugänglich zu machen, abbedingen
- ▶ Übertragung der Rechte an Dokumentation / Quellcode von Individualsoftware auf AG abbedingen (bei OSS ist AN meist Distributor und nicht Inhaber aller Rechte am Quellcode)
- ▶ OSS zuwiderlaufende Regelungen zur Übergabe von Dokumentation / Quellcode aufheben (z.B. Ausschluss der Quellcodeübergabe, Vertraulichkeitspflichten)
- ▶ [...]

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

#### **Beispiel: Erstellung und Überlassung von Individualsoftware (EVB-IT Erstellungsvertrag)**

- ▶ Ziff. 2.1.2.1 EVB-IT Erstellungs-AGB definiert das an der Individualsoftware einzuräumende Recht als nichtausschließlich, für nichtgewerbliche Zwecke unterlizenzierbar, örtlich unbeschränkt, in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung ausübbar, übertragbar, dauerhaft, unwiderruflich und unkündbar. Der Umfang der Nutzung umfasst dabei eine Vielzahl von Nutzungsarten:
  - » Dauerhaftes oder temporäres Laden, Speichern, Anzeigen, Ablaufen, inklusive notwendiger Vervielfältigungen
  - » **Abänderung, Bearbeitung und sonstige Umgestaltung**
  - » Nichtgewerbliche Vervielfältigung, Verbreitung und Zurverfügungstellung der Software zum Download (nicht jedoch bezogen auf die Veröffentlichung des Quellcodes)
  - » Nutzung durch Dritte oder Betreibung durch Dritte für den Auftraggeber
  - » Nutzung zur Erbringung von Leistungen an Dritte
- ▶ Das Nutzungsrecht bezieht sich insbesondere auf den Objekt- und Quellcode und auf die zugehörigen Dokumentationen.



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

- ▶ Die eingeräumten Rechte gelten grundsätzlich auch für **vorbestehende Teile** der Individualsoftware, die der Auftragnehmer unabhängig von dem Vertrag entwickelt hat, jedoch werden hierdurch keinesfalls ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt.
- ▶ Der Auftragnehmer kann das nach Ziff. 2.1.2.2 EVB-IT Erstellungs-AGB grundsätzlich entstehende Bearbeitungsrecht ausschließen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:
  - » Der Auftragnehmer hat **im bezuschlagten Angebot mitgeteilt**, dass er statt des Quellcodes der vorbestehenden Teile nur deren Objektcode überlassen werde und macht von diesem Recht Gebrauch.
  - » Der Auftragnehmer versetzt den Auftraggeber in die Lage, mit entsprechend qualifiziertem Personal aus den im Quellcode überlassenen Teilen der Individualsoftware und den nur im Objektcode überlassenen vorbestehenden Teilen die ausführbare Individualsoftware zu erzeugen.
  - » Es besteht kein gesetzliches Bearbeitungsrecht

**➡ *Vorsicht: kein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten!***

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

### Haftung und Gewährleistung:

- ▶ OSS-Lizenzen sehen grds. umfassende Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse vor: Da OSS vom Rechteinhaber meist unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden, möchte dieser nicht für Mängel haften
- ▶ OSS Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse beziehen sich auf Vertragsverhältnis zum Rechteinhaber der OSS
- ▶ Hiervon zu unterscheiden ist Vertragsverhältnis zwischen AG und AN (meist entgeltlich)

➔ ***Haftung in Anlage OSS abweichend regeln und klarstellen, dass Ausschlüsse der OSS-Lizenzen nicht gegenüber AN gelten***



# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

### Beispiel: Ziffer 14 EVB-IT Erstellungs-AGB

#### 14 Haftungsbeschränkung

Sofern keine andere vertragliche Haftungsvereinbarung vorliegt, gelten für alle gesetzlichen und vertraglichen Schadens-, Freistellungs- und Aufwendungsersatzansprüche des Auftraggebers folgende Regelungen:

- 14.1 Bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen wird die Haftung für den Vertrag insgesamt grundsätzlich auf den Auftragswert\* beschränkt. Davon abweichend gilt:
- Beträgt der Auftragswert\* weniger als 25.000,- €, wird die Haftung auf 50.000,- € beschränkt.
  - Beträgt der Auftragswert\* 25.000,- € oder mehr und weniger als 100.000,- €, wird die Haftung auf 100.000,- € beschränkt.
- 14.2 Die Haftungsobergrenze für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen bei der Pflege ist die Summe der Vergütungen, die für die Vertragslaufzeit für die Pflege zu zahlen ist. Sie beträgt jedoch insgesamt minimal das Doppelte und maximal das Vierfache der Vergütung, die für das erste Vertragsjahr der Pflege zu zahlen ist.
- Bei der Bestimmung der vorgenannten Vergütungen bleibt eine etwaige vereinbarte Reduktion wegen Mängelansprüchen unberücksichtigt.

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

- 14.3 Bei Verlust von Daten haftet der Auftragnehmer nur für denjenigen Aufwand, der bei ordnungsgemäßer und regelmäßiger Datensicherung durch den Auftraggeber für die Wiederherstellung der Daten erforderlich gewesen wäre. Die Beschränkung gilt nicht, wenn und soweit die Datensicherung Bestandteil der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen ist.
- 14.4 Die Haftungsbeschränkungen gelten nicht für Ansprüche wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, bei der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, bei Arglist, soweit das Produkthaftungsgesetz zur Anwendung kommt sowie bei einem Garantieverprechen, soweit bzgl. letzterem nichts anderes geregelt ist.
- 14.5 Ansprüche aus entgangenem Gewinn sind ausgeschlossen, soweit in Nummer 15 des EVB-IT Erstellungsvertrages nichts anderes vereinbart ist.

<b>Auftragswert</b>	Summe aus Erstellungspreis* und aller bis zur Abnahme vereinbarten Vergütungserhöhungen oder -verringerungen, insbesondere aufgrund von Änderungsverlangen (Change Requests).
<b>Erstellungspreis</b>	Angebotspreis* für die Erstellung der Werkleistungen.
<b>Angebotspreis</b>	Dient der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots für die einzelnen Leistungen des Vertrages (Werkleistung, Pflegeleistungen, Weiterentwicklung der Werkleistungen)

## Mögliche Probleme?

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

### Vertragsbedingungen – Besondere Regelungsgegenstände

**Evtl. ja**, z.B. in Bezug auf fehlende Gegenseitigkeit, Gesamthaftungsbegrenzung oder Schutzrechtsverletzungen

#### 13 Schutzrechte Dritter

- 13.2 Ist die Nacherfüllung dem Auftragnehmer unmöglich oder nur zu unverhältnismäßigen Bedingungen möglich, hat er das Recht, die betroffenen Leistungen gegen Erstattung der entrichteten Vergütung zurückzunehmen. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber dabei eine angemessene Auslaufzeit zu gewähren, es sein denn, dies ist nur zu unzumutbaren rechtlichen oder sonstigen Bedingungen möglich. Die sonstigen Ansprüche des Auftraggebers z.B. auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatz bleiben unberührt.

Daher ggf. Vertrag anpassen:

#### 15 ~~Abweichende Haftungsregelungen / Haftung für entgangenen Gewinn~~

- Abweichend von Ziffer 14.5 EVB-IT-Erstellungs-AGB haftet der Auftragnehmer auch für entgangenen Gewinn.
- Abweichend von Ziffer 14.1 bis 14.3 EVB-IT-Erstellungs-AGB gelten für die Haftung die Regelungen gemäß Anlage-Nr. 0000.

## Vergabe von Open Source Software (OSS)

1. Was ist eigentlich OSS?
2. Relevanz vergaberechtlicher Vorschriften beim OSS-„Erwerb“
3. OSS als Alleinstellungsmerkmal vs. OSS im Wettbewerb mit proprietären Lösungen
4. Besonderheiten bei den Vertragsbedingungen, insbesondere bei Nutzung von EVB-IT
5. Die Auswahl sinnvoller Eignungs- und Zuschlagskriterien

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Auswahl geeigneter Unternehmen

- ▶ § 122 Abs. 1 GWB / § 31 Abs. 1 UVgO: Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht in entsprechender Anwendung der §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind.
  
- ▶ Der AG überprüft die Eignung der Bewerber oder Bieter anhand der nach § 33 UVgO / § 122 GWB festgelegten Eignungskriterien. Diese Kriterien können die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung oder die wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit betreffen.
  
- ▶ Vgl. die Liste der Eignungskriterien in den §§ 44 ff. VgV, z.B.
  - Referenzen
  - Umsatzangaben
  - Mitarbeiterzahl

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Auswahl geeigneter Unternehmen

### ► Praxishinweis:

Hohe Mitarbeiterfluktuation im IT-Bereich (vor allem OSS)

- „Mitnahme“ personenbezogener Referenzen zulassen
- Alternativ/zusätzlich: Referenzen ggf. auf Zuschlagsebene berücksichtigen (s. dazu noch sogleich)





# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Zuschlagskriterien

- ▶ § 127 Abs. 1 GWB:

*„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“*

- ▶ Vergleichbare Vorgabe auch in § 58 Abs. 1 und 2 VgV und in der UVgO

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Zuschlagskriterien

- ▶ Beispielhafte Aufzählung von Zuschlagskriterien in § 58 Abs. 2 VgV und § 43 Abs. 2 UVgO:
  - Qualität, einschließlich technischer Wert
  - Zweckmäßigkeit
  - Innovative Eigenschaften
  - Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderung
  - Übereinstimmung mit Anforderungen des Designs für Alle
  - Soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen
  - Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“
  - Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe
  - Lieferbedingungen wie Liefertermin, -verfahren sowie Liefer- und Ausführungsfristen

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Bewertungsmethoden

- ▶ Bewertung des Preises bzw. der Kosten setzt im Falle von OSS regelmäßig einen Vergleich der Lebenszykluskosten bzw. „Total Costs of Ownership“ voraus
  - In der Praxis sorgsam zu durchdenken, welche Kosten(faktoren) anfallen bzw. eine Rolle spielen und wie diese bewertet werden können
  
- ▶ Leistungsbezogener Vergleich OSS – proprietäre Software kann – speziell mit Bezug zu den Vorteilen von OSS – erfolgen, indem
  - OSS-Lösungen bei gleicher Wertungszahl / Platzierung innerhalb eines bestimmten, vorab definierten Wertungskorridors der Vorzug gegeben wird
  - OSS-Vorteile (z.B. Offenlegung Quellcode, freie Nutzbarkeit, Recht der Weitergabe an Dritte) separat bepunktet werden

# Vergabe von Open Source Software (OSS)

## Zuschlagskriterien / Bewertungsmethoden

### ► Praxishinweis:

Gerade beim Einkauf von OSS sind weitere leistungsbezogene Kriterien zu bedenken, wie

- Größe der Entwickler-Community (github.com)
  - Organisation, Qualifikation und Erfahrung des Projektteams (z.B. Engagement in der Community [Kontaktpflege / „Maintainer“], personenbezogene Referenzen, bisherige Erfahrungen / Tätigkeiten)
  - Kundendienst / Service
- Ein klares Anforderungsprofil und eine durchdachte Wertematrix sind das A und O!
- Aber auch die vertragliche Absicherung vereinbarter Standards / Services / Konzepte ist überaus wichtig!



# Ihre Ansprechpartner:innen



## Dr. Rebecca Schäffer, MJI, Partnerin

<b>Standort:</b>	Köln, Brüssel
<b>Schwerpunkte:</b>	Vergaberecht, Zuwendungsrecht, Kartellrecht, Beihilferecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Abfallrecht, Europarecht
<b>Fachbereiche:</b>	Public Commercial Law
<b>Sprachen:</b>	Deutsch, Englisch, Niederländisch
<b>Kontakt:</b>	t +49 [0]221 39071-112 f +49 [0]221 39071-29 r.schaeffer@avocado.de

**Empfohlen in Legal 500 im Bereich Vergaberecht**  
(„zeichnet sich durch eine extrem hohe Fachkompetenz und eine absolute Verlässlichkeit aus“, Mandant)

Dr. Rebecca Schäffer studierte Rechtswissenschaften und Internationales Recht an den Universitäten Gießen und Utrecht/Niederlande. 2007 beendete sie ihr Studium im Internationalen Recht mit einer Magisterarbeit zur Stellung freigemeinnütziger Träger im europäischen Vergaberecht. 2012 promovierte sie zudem mit einer Dissertation über die Vergabe von ÖPNV-Verkehrsdienstleistungen in Deutschland und Europa.

Seit 2009 ist Dr. Rebecca Schäffer als Rechtsanwältin zugelassen und für avocado rechtsanwälte tätig. Seit 2013 ist sie Co-Leiterin des vergaberechtlichen Dezernats am Standort Köln und seit 2018 Equity Partnerin der Kanzlei.

Schwerpunkt ihrer anwaltlichen Tätigkeit ist die Beratung und Vertretung von öffentlichen Auftraggebern und Auftragnehmern in allen Fragen rund um das Vergaberecht einschließlich der fördermittel-, kartell- und beihilferechtlichen Betreuung. Dabei konzipiert und begleitet sie u.a. regelmäßig komplexe IT-Vergaben auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber.

Dr. Rebecca Schäffer ist als Referentin für verschiedene Einrichtungen und Unternehmen sowie auf Fachtagungen auf dem Gebiet des Vergaberechts tätig. Sie ist Mitherausgeberin der im Reguvis Verlag erscheinenden Zeitschrift VergabeFokus, Co-Autorin der 2. und 3. Auflage des Münchener Kommentars zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht (Band 3: Vergaberecht) und durch zahlreiche weitere Veröffentlichungen im Vergaberecht ausgewiesen.

### Mitgliedschaften:

Deutscher Anwaltverein; Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im Deutschen Anwaltverein



# Ihr Ansprechpartner



## Dr. Jörg Michael Voß LL.M., Partner

<b>Standort:</b>	Frankfurt
<b>Schwerpunkte:</b>	Allgemeines Wirtschaftsrecht, IT-Recht, Datenschutzrecht, Medien- und Urheberrecht
<b>Fachbereiche:</b>	Geistiges Eigentum, Medien und Informationstechnologie, Allgemeines Wirtschaftsrecht und Konfliktlösung
<b>Sprachen:</b>	Deutsch, Englisch
<b>Mitgliedschaften:</b>	British Chamber of Commerce in Germany (BCCG), Law Society of England and Wales
<b>Kontakt:</b>	t +49 [0]69.91 33 01 132 f +49 [0]69.91 33 01 120 jm.voss@avocado.de

### CV, Expertise:

- zugelassen als Rechtsanwalt seit 2004
    - Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, an der Brunel University West London sowie an der BPP Law School London
    - Promotion im europäischen Medienrecht zur Ausgestaltung eines dualen europäischen Rundfunksystems bei Prof. Dr. Dieter Dörr
    - Master of Laws (LL.M.) im Medienrecht
    - Examina zum „Solicitor of the Supreme Court of England and Wales and Commissioner for Oaths“
  - Seit 1999 bei avocado rechtsanwälte auf, dabei in 2004 mehrere Monate bei einer der großen Londoner Wirtschaftskanzleien in den Bereichen Corporate Finance, Media, IP und IT
- Rechtliche Begleitung einer Vielzahl von Projekten und Verfahren im IT und Datenschutz, Medien- und Urheberrecht sowie Allgemeinen Wirtschaftsrecht, insbesondere:
- Beratung und Unterstützung bei der Erstellung und Prüfung von Rechkatalogen, bei der Lizenzierung geschützter Rechte
  - klassische IT- und Datenschutz-Projekte
  - IT-Outsourcing- und Business Process Outsourcing Projekte, Cloud Computing
  - außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung
- Federführende Betreuung und Bearbeitung von mitgeteilten Referenzprojekten (s.o.)
  - Publikationen zu o.g. Rechtsgebieten, Referent (Veranstaltungen und Inhouse Schulungen für Mandanten)

...und wenn Sie an weiteren Neuigkeiten interessiert sind:

**Dr. Rebecca Schäffer, MJI**

spichernstraße 75-77 50672 köln  
t +49 [0]221. 39 07 10 f +49 [0]221. 390 71 29  
koeln@avocado.de  
www.avocado.de

avocado rechtsanwälte:

berger, bornemann, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.  
die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts  
berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen.

**Dr. Jörg Michael Voß, LL.M.**

nextower, thurn-und-taxis-platz 660313 frankfurt  
t +49 [0]69. 91 33 010 f +49 [0]69. 91 33 01 19  
frankfurt@avocado.de  
www.avocado.de