

Tomas Poledna
Simon Schlauri
Samuel Schweizer

Rechtliche Voraussetzungen der Nutzung von Open-Source-Software in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere des Kantons Bern

Inhalt

Vorwort	I
Literatur	XI
A. Erste politische Schritte und rechtliche Abklärungen	I
B. Open-Source-Software und das ökonomische Umfeld . . .	3
I. Allgemeines	3
II. Hintergründe der Entwicklung von Open-Source-Software	5
III. Definition von OSS	6
IV. Copyleft insbesondere	8
V. Übersicht über einige gebräuchliche Lizenzen für OSS	8
1. GPLv2	9
2. GPLv3	11
3. Sonderformen: LGPL und AGPL	12
4. Beispiele für Lizenzen jenseits der GPL-Reihe . .	13
VI. Die am OSS-Ökosystem beteiligten Parteien und ihre Strategien	13
1. Entwickler	13
2. Endnutzer	14
3. Komplementäre Dienstleistungen: Das OSS-Ökosystem	14
4. Arbeitnehmer	16
5. Vertragsverhältnisse	16

VII.	OSS als Geschäftsmodell	17
1.	Motivation zur Verwendung von OSS durch Unternehmen	17
a)	Ergebnisse der Open Source Studie Schweiz 2015 und weiterer Studien	17
b)	Strategien von Unternehmen im Kontext von OSS	19
2.	Verwendung von OSS durch Verwaltungsstellen .	23
a)	Motivation zur Verwendung von OSS durch Verwaltungsstellen	23
b)	Beispiele für die Verwendung von OSS durch die Verwaltung	25
3.	Kosten von OSS insbesondere	27
4.	Gründe gegen den Einsatz von OSS	30
5.	Abschliessende Bemerkungen	32
VIII.	Einige Rechtsfragen rund um OSS	33
1.	Wesen und Zustandekommen des OSS-Lizenzvertrags	33
2.	Internationales Privatrecht	34
3.	Kündbarkeit	35
4.	Dual Licensing	35
5.	Haftung und Gewährleistung	36
a)	Haftung und Gewährleistung aus dem OSS-Softwarelizenzvertrag	36
b)	Haftung und Gewährleistung aus Verträgen über entgeltliche Leistungen im Kontext von OSS	37
c)	Ausservertragliche Haftung	37
C.	Legalitätsprinzip und Einsatz von OSS	39
I.	Allgemeines	39
II.	Allgemeine Gesichtspunkte für die Bestimmung der Normstufe	40
III.	Leistungsverwaltung und Legalitätsprinzip	42

IV.	Bedarfsverwaltung und Legalitätsprinzip	43
	1. Allgemeines	43
	2. BVGE 2009/17 als Leading Case	45
V.	Nebentätigkeiten der Verwaltung und Legalitätsprinzip	48
VI.	Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und Legalitätsprinzip	50
VII.	Benutzung öffentlicher Sachen und Legalitätsprinzip	53
	1. Vorbemerkung	53
	2. Grundlagen des öffentlichen Sachenrechts	53
	a) Begriff und Arten von öffentlichen Sachen	53
	b) Die verschiedenen Nutzungsverhältnisse am Verwaltungsvermögen	54
	3. Ausserordentliche Nutzung (Randnutzung) des Verwaltungsvermögens und Legalitätsprinzip	56
	4. Insbesondere Nutzung öffentlicher Sachen und Legalitätsprinzip im bernischen Recht	58
	5. Schlussfolgerungen; massgebliche Kriterien	61
VIII.	Nutzung öffentlicher Sachen zur Ausübung von Grundrechten und Legalitätsprinzip	62
	1. Bedingter Anspruch auf Nutzung öffentlicher Sachen zur Ausübung von Grundrechten	62
	a) Grundsätzliche Überlegungen	62
	b) Anspruch auf Nutzung	64
	2. Herabgesetzte Anforderungen bei der Unterstützung der Ausübung von Freiheitsrechten von Privaten	67
IX.	Grundrechtseingriffe und Legalitätsprinzip	68
	1. Allgemeine Bemerkungen	68
	2. Vorliegen einer Einschränkung (Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit)	69
	3. Vorliegen eines schweren Eingriffs	72
	4. Die Schwelle zur Annahme Grundrechtseingriffe überhaupt und die Schwelle zur Annahme eines schweren Grundrechtseingriffs	75

X.	Schlussfolgerungen im Kontext der Veröffentlichung von OSS durch die öffentliche Hand	78
1.	Legalitätsprinzip und OSS in den vorstehend untersuchten Bereichen	78
a)	Einleitende Bemerkung	78
b)	Bereiche ohne Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	79
c)	Bereiche mit herabgesetzten Anforderungen an die gesetzliche Grundlage	82
d)	Bereiche mit Notwendigkeit einer formell-gesetzlichen Grundlage	84
aa)	Schwerwiegende (faktische) Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit insbesondere	84
bb)	Weitere Bereiche	88
2.	Abgrenzungen	90
a)	Randnutzung des Verwaltungsvermögens und Nebentätigkeiten der Verwaltung	90
b)	Wirtschaftliches Staatshandeln und Bedarfsverwaltung	93
3.	Fazit	95
XI.	Mögliche Rechtsgrundlage für eine Regelung der OSS-Verwendung auf Verordnungsstufe	97
D.	Wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundsätze	101
I.	Übersicht	101
II.	Wettbewerbsneutralität und Subventionen	101
1.	Einführende Bemerkungen	101
2.	Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	102
a)	Allgemeine Bemerkungen	102
b)	Der Fall «Glarnersach» als Leitentscheid	103
3.	Subventionsrecht und der «Market-Economy-Investor-Test»	106
4.	Schlussfolgerungen	108

III.	Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV)	110
	1. Allgemeine Ausführungen	110
	2. Schlussfolgerungen	111
IV.	Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) als Grundrecht . . .	112
	1. Schutzbereich; Vorliegen einer Grundrechtseinschränkung	112
	2. Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung .	113
	3. Öffentliches Interesse	114
	4. Verhältnismässigkeit	115
	5. Kerngehalt	119
V.	Schlussfolgerungen	119
E.	Die vergaberechtliche Perspektive	121
I.	Die grundsätzliche Freiheit beim «Make»-Entscheid	121
II.	Vorliegen einer (Quasi-)In-House-Vergabe bei der Bereitstellung insbesondere von verwaltungsspezifischer OSS an andere Verwaltungsträger?	123
	1. Einleitung	123
	2. Beschaffung von OSS ist i. d. R. keine Vergabe; Zwischenfazit	123
III.	(Sinngemässe) Vergaberechtsfreiheit als Quasi-In-House-Geschäft bei Bereitstellung von OSS an öffentliche Auftraggeber?	125
	1. Einleitung	125
	2. Kontrollerfordernis	126
	3. Tätigkeitserfordernis	127
	4. Zwischenfazit	128
IV.	(Sinngemässe) Vergaberechtsfreiheit als In-State-Vergabe?	128
	1. Einleitung	128
	2. Europäische Perspektive	129
	3. Schweizerische Perspektive	132
V.	Schlussfolgerungen	137

VI.	Veröffentlichung von OSS durch eine oder mehrere öffentliche Stellen	140
F.	Öffentlichkeitsprinzip	141
I.	Grundsatz des Öffentlichkeitsprinzips mit Geheimnisvorbehalt	141
II.	Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip	143
III.	Verwendung der eingesehenen Dokumente	145
IV.	Öffentlichkeitsgesetze und Spontaninformation	147
V.	Schlussfolgerungen	148
G.	Abgaberecht (Gebühren)	149
I.	Bund	149
II.	Kanton Bern	151
III.	Schlussfolgerungen	152
H.	Open-Source-Software und Wettbewerbsrecht	155
I.	Kartellrecht	155
1.	Open-Source-Lizenzen und wettbewerbswidrige Abreden	155
2.	Open-Source-Software als Fall unzulässiger Kampfpfeise (predatory pricing)	156
II.	Lauterkeitsrecht	158
1.	Rechtslage in Deutschland	158
2.	Rechtslage in der Schweiz	161
I.	Quintessenz	163
I.	Grundsatz: keine Notwendigkeit einer spezifischen gesetzlichen Grundlage	163
II.	Wann braucht es dennoch eine formell-gesetzliche Grundlage?	164
III.	Beachtung (Wirtschafts-)verfassungsrechtlicher Grundsätze	165
1.	Wettbewerbsneutralität	165

2. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV)	168
3. Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht (Art. 27 BV) .	168
IV. Informationspflichten (oder vergleichbare Pflichten) gegenüber der Öffentlichkeit	170
V. Vergaberechtliche Aspekte	170
VI. Veröffentlichung von OSS durch eine oder mehrere öffentliche Stellen	172
Zusammenfassende Folgerungen	173