

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