



IT-Beschaffungskonferenz 2023
Fachsession 3: Beschaffung und Open Source Software

**Open Source Software im neuen Bundesgesetz
über den Einsatz elektronischer Mittel zur
Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG)**

von Prof. Dr. Simon Schlauri

22. August 2023

Inhalt

- Ein neues Gesetz: EMBAG
- Grundsatz: Offenlegung von Open Source Software (OSS)
- Ausnahmen von diesem Grundsatz
- Lizenzierung
- Ergänzende Dienstleistungen
- Sonderfragen

EMBAG

OSS gemäss dem Entwurf für ein Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG)

Ziele des Gesetzes

- Rechtsgrundlage schaffen für digitale Transformation in der Bundesverwaltung
- Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden und Dritten

Ziel des Gesetzes im Bereich Open Source Software

- Mit Art. 9 EMBAG soll eine gesetzliche Grundlage für das Zurverfügungstellen von OSS geschaffen werden.

Begriff

Open Source Software (OSS) gemäss EMBAG

OSS zeichnet sich im Wesentlichen durch folgende Merkmale aus (Botschaft EMBAG, 65):

- Unbeschränkte und kostenlose Weiterverbreitung
- Quellcode zugänglich
- Freie Veränderungen und Weiterverbreitung
- Keine weitere Einschränkung der gewährten Rechte (insbesondere in Bezug auf Personengruppen oder Einsatzbereiche wie kommerzielle Nutzung).

Grundsatz Grundsatz der Freigabe von Software als OSS

Art. 9 Abs. 1 und 2 EMBAG:

¹Die diesem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden legen den Quellcode von Software offen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben entwickeln oder entwickeln lassen (...)

- Nicht betroffen: Software, die unverändert beschafft wird.
- Der Pflicht unterstehen (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 EMBAG):
 - Zentrale Bundesverwaltung
 - Dezentrale Bundesverwaltung (öffentlich-rechtliche Anstalten wie Post, SBB, SUVA, o.dgl.) sofern der Bundesrat keine Ausnahme vorsieht
 - Parlamentsdienste, eidg. Gerichte, Bundesanwaltschaft?

Ausnahmen **Ausnahmen vom Grundsatz**

Art. 9 Abs. 1, zweiter Teilsatz EMBAG:

*¹Die diesem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden legen den Quellcode von Software offen (...), **es sei denn die Rechte Dritter oder sicherheitsrelevante Gründe würden dies ausschliessen oder einschränken.***

- Beispiel für Rechte Dritter: Weiterentwicklung einer bestehenden Software.
- Sicherheitsrelevante Gründe...?
- Streichung im Vergleich zum Entwurf: „wenn es möglich und sinnvoll ist“.

Lizenzen

Die Software ist unter etablierte OSS-Lizenzen zu stellen

Art. 9 Abs. 2 und 4 EMBAG

²Sie [die Behörden] erlauben jeder Person, die Software zu nutzen, weiterzuentwickeln und weiterzugeben, und erheben keine Lizenzgebühren.

⁴Soweit möglich und sinnvoll sind international etablierte Lizenztexte zu verwenden.

- Freigabe als Open Source im genannten Sinn
- Der Bund tritt gegenüber den Nutzern auf wie ein Privater. Verträge sind privatrechtlicher Natur. Im Streitfall folgerichtig Zivilverfahren.
- Es sollen etablierte Lizenzen zur Anwendung kommen.

Lizenzen

Lizenzen sind privatrechtlicher Natur

Art. 9 Abs. 3 EMBAG

³Die Rechte nach Absatz 2 werden in der Form von privatrechtlichen Lizenzen erteilt (...). Streitigkeiten zwischen den Lizenzgebern und den Lizenznehmern werden zivilrechtlich beurteilt.

- Der Bund tritt gegenüber den Nutzern auf wie ein Privater. Verträge sind privatrechtlicher Natur.
- Im Streitfall folgerichtig Zivilverfahren.

Haftung

Haftung

Art. 9 Abs. 4 EMBAG

⁴ (...) Haftungsansprüche von Lizenznehmern sind auszuschliessen, soweit dies rechtlich möglich ist.

- Die international etablierten OSS-Lizenzen schliessen die Haftung regelmässig soweit rechtlich zulässig aus.
- Was bleibt: Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.
- Botschaft stützt Haftung auf Art. 146 BV und damit das öffentliche Haftungsrecht. Nachdem der Lizenzvertrag privatrechtlicher Natur ist, ist dies wohl unzutreffend. Die Haftung folgt dem OR.

Ergänzende Dienstleistungen

Ergänzende Dienstleistungen

Ergänzende Dienstleistungen

Art. 9 Abs. 5 und 6 EMBAG

⁵Die diesem Gesetz unterstehenden Bundesbehörden können ergänzende Dienstleistungen (...) erbringen, soweit die Dienstleistungen der Erfüllung von Behördenaufgaben dienen und mit verhältnismässigem Aufwand erbracht werden können.

⁶Sie verlangen für die ergänzenden Dienstleistungen ein kostendeckendes Entgelt. (...)

- Beispiele für ergänzende Dienstleistungen: Integration, Wartung, Gewährleistung der Informationssicherheit und Support
- Ausnahmen vom kostendeckenden Entgelt sind möglich.

Einer-für- Alle-Ansatz

Optimierung des Einsatzes von OSS durch den «Einer-für-Alle-Ansatz»

**Verwaltungsleistungen sind so zu digitalisieren, dass auch andere
Verwaltungseinheiten sie einfach nutzen können.**

Instrumente:

- Onlinedienste möglichst nur einmal entwickeln und einmal betreiben.
- Software von Anfang an flexibel ausgestalten.
- Informationsaustausch über die Bedürfnisse der verschiedenen
Verwaltungsträger.

Ziel: Kostenersparnisse im Gesamten.

Problem: Mehrkosten für den ersten Entwickler.

Das EMBAG sieht den „EfA-Ansatz“ nicht ausdrücklich vor.

Wie könnte man das Problem in der Schweiz lösen?

ronzani-schlauri.com