



Merkblatt

Beschaffung von Software und Art. 9 EMBAG

Stand: 11.06.2025

Bei der Beschaffung von Software durch die Bundesverwaltung¹ ist das Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG) zu berücksichtigen. Während das Gesetz bei der Beschaffung reiner Lizenzen keine Präferenz vorgibt, muss für den Bund entwickelte Software unter einer Open-Source-Lizenz publiziert werden. Dieses Merkblatt hilft bei der Umsetzung einer gesetzeskonformen Lösung.

Definitionen²

Software wird in einer Programmiersprache entwickelt. Ergebnis der Entwicklung sind die *Quellen* der Software. Diese sind von Menschen lesbar, können jedoch nicht direkt auf dem Computer ausgeführt werden.

Für eine Ausführung muss aus den Quellen erst der *Objektcode* hergestellt werden. Dieser ist ausführbar, aber von Menschen nicht mehr les- oder änderbar.

Der Autor der Quellen erhält das *originäre Urheberrecht* an seinem Werk. Er kann dies integral an Dritte übertragen oder durch Erteilung einer *Software-Lizenz* einzelne Nutzungsrechte gewähren.

Beim Kauf von sog. *proprietärer Software* liefert der Anbieter lediglich den Objektcode. Der Nutzer selbst kann die Software also weder lesen noch verifizieren oder Änderungen vornehmen. Die erworbene Lizenz gewährt typischerweise nur sehr beschränkte Nutzungsrechte³.

Open-Source-Software (OSS) verfolgt hingegen den Ansatz, dass dem Nutzer grundsätzlich auch die Quellen geliefert werden. Er kann und darf die Software ohne separate Einwilligung oder Entschädigung des Anbieters lesen, verändern, mit anderer Software kombinieren und an Dritte weitergeben. Damit wird (auch) er, wie alle anderen, die Veränderungen vornehmen, zum Mit-Urheber. Die Open-Source-Lizenz sichert gegenseitig alle dazu notwendigen Nutzungsrechte⁴.

Anknüpfung von Art. 9 EMBAG

Das Gesetz enthält *keine* Vorschrift über den *Kauf* von Lizenzen vorbestehender Software: Die Bedarfsstellen sind weiterhin *frei im Entscheid*, ob sie Open-Source- oder aber proprietäre Software beschaffen.

Im einzelnen Projekt wird die Bedarfsstelle häufig, wie bisher, alle Lizenzvarianten zulassen und gleichbehandeln. Die *Vorgabe einer Open-Source-Lizenz* wäre aufgrund der damit verbundenen Vorteile im Normalfall zulässig⁵; umgekehrt wäre eine Einschränkung auf proprietäre Lizenzen kaum begründbar.

Die Pflichten von Art. 9 EMBAG entstehen unabhängig vom Typus eingekaufter Lizenzen (OSS oder proprietär), sobald *Entwicklungsleistungen durch oder für den Bund* geleistet werden. In diesen Fällen müssen die Quellen der Entwicklungen aktiv unter einer Open-Source-Lizenz publiziert werden. Der reine Einkauf *vorbestehender* Open-Source-Software unterliegt also keinen besonderen Pflichten, wohl aber individuelle Zusatzentwicklungen für eingekaufte, proprietäre Software.

Von Softwareentwicklung abzugrenzen ist die kundenspezifische Konfiguration bestehender Software. Das Gesetz enthält jedoch keine Begriffsdefinition und die Abgrenzung kann im Einzelfall oft schwierig sein. BK/DTI geht von einem *sehr weitgehenden Software-Begriff* aus, der auch Teile von Applikationen (Libraries, Plug-Ins, Add-Ons), kleinere Skripte, Macros und «Infrastructure as Code» umfasst⁶.

Auf Ebene des einzelnen Beschaffungsgeschäfts lässt sich deshalb jedenfalls nicht streng zwischen reiner 'Standardsoftware' und reiner 'Individualentwicklung' trennen. Bedarf an kleineren Entwicklungen kann sich bis zur Ausserbetriebnahme der Software ergeben.

Im Ergebnis muss in *jeder Software-Beschaffung* damit gerechnet werden, dass mindestens einzelne Teile den Pflichten von Art. 9 EMBAG unterstehen werden. Deshalb sind auf Ebene Ausschreibung immer entsprechende Vorkehrungen zu treffen.

¹ Dezentrale Bundesverwaltung mit Einschränkungen, vgl. Art. 3 DigiV.

² Stark vereinfacht für die hier notwendigen Abgrenzungen.

³ Bspw. zeitlich, örtlich oder nach Anzahl Installationen eingeschränkt.

⁴ Es müssen *alle* dazu notwendigen Nutzungsrechte gewährt werden.

Werden einzelne vorbehalten (z.B. Veränderung oder Weitergabe), handelt es nicht um eine Open-Source-Lizenz (vgl. [Open Source Initiative](#)). Vorsicht

ist insb. bei Marketing-Bezeichnungen wie 'Business Source License' oder 'Source Code License' geboten.

⁵ Insb. langfristig geringere Herstellerabhängigkeit, vgl. ausführlich [Em002-1](#) Ziff. 3.1. Die Referenzen mit Präfix Em00x sind der umfassenden Darstellung der BK/DTI entnommen (siehe «Weitere Informationen» am Ende).

⁶ Vgl. [Em002-2](#) Ziff. 3.1.4, 3.1.1. Niemals von einer Veröffentlichung betroffen sind die mit der Software bearbeiteten Nutzdaten des Bundes.

Ausnahmen zu EMBAG Art. 9

Das EMBAG sieht *ausschliesslich zwei, eng zu interpretierende Ausnahmen* von der Publikationspflicht vor:

1. Durch die Publikation würden *öffentliche Sicherheitsinteressen* dauerhaft, konkret und massgeblich gefährdet⁷ (Abklärung mit ISBO).
2. Durch die Publikation würden *fortbestehende Rechte Dritter* tatsächlich verletzt (Abklärung mit RD).

Unbeachtlich bleiben grundsätzlich der Aufwand der Publikation und der erwartete Nutzen für Dritte⁸. Nicht relevant sind ebenso die Ausnahmebestimmungen des Beschaffungsrechts (Art. 10 BöB).

Vor Anwendung einer Ausnahme sind *mögliche mildere Massnahmen* zu prüfen; dass ein Gesamtprojekt integral unter eine Ausnahme fällt, ist deshalb kaum denkbar⁹. Auch wenn die Anwendung von Ausnahmen erwogen wird, muss auf Stufe der Ausschreibung deshalb auf Konformität mit Art. 9 EMBAG geachtet werden.

Für die Ausschreibung zu beachten

Grundsatzentscheid zur Lizenzierung

Welche der zahlreichen Open-Source-Lizenzen schlussendlich zur Anwendung kommt¹⁰, muss in der Ausschreibung noch nicht zwingend festgelegt werden¹¹. Hingegen muss vor Publikation der Ausschreibung ein *Grundsatzentscheid* gefällt werden¹²:

- Publikation unter sog. «Copyleft License»
Dritte dürfen die publizierten Quellen nutzen, modifizieren und weitergeben – aber *nicht* in eigener proprietärer Software verstecken. Ihre Anpassungen/Verbesserungen stehen also wiederum allen Nutzern der Dritt-Software als OSS zur Verfügung.
- Publikation unter sog. «Permissive License»
Dritte dürfen den Quellcode nicht nur verwenden, sondern auch in ihrer proprietären Software 'verstecken'. Ihre Anpassungen/Verbesserungen müssen sie also nicht bekanntgeben.

Der Entscheid hat insbesondere Auswirkungen darauf, ob der Anbieter selbst die Entwicklungen wieder proprietär verwenden darf; z.B. um sie in sein proprietäres Standardprodukt zu integrieren und an Dritte zu verkaufen¹³. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der Entscheid für eine Offerte preisrelevant ist.

Publikation der Entwicklungen

Aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen Publikation von Entwicklungen als OSS, müssen in der Ausschreibung neu zusätzliche Kompetenzen und Leistungen zugewiesen werden. Im Zeitpunkt dieser Drucklegung existieren dazu noch keine zentralen Vorgaben oder technische Hilfsmittel. Die Bedarfsstelle ist also frei zu definieren, z.B.:

- Der Anbieter liefert der Bedarfsstelle mit der Software in ausführbarer Form gleichzeitig die zu veröffentlichenden Quellen – deren Publikation besorgt die Bedarfsstelle selbst¹⁴.
- Der Anbieter liefert die Software und ihre Quellen, aber besorgt zusätzlich auch die Publikation nach Spezifikation der Bedarfsstelle¹⁵.
- Die Entwicklung erfolgt auf einer öffentlich einsehbaren Plattform, wird also 'laufend' publiziert¹⁶. Ein eigenständiger Schritt der Publikation entfällt.

Allen Varianten gemein ist, dass nach einer Publikation Hinweise aus der Öffentlichkeit über Fehler oder Sicherheitslücken eingehen können. Die Verantwortung zur Entgegennahme, Beurteilung und Bearbeitung solcher Meldungen ist deshalb ebenfalls bereits in der Ausschreibung zuzuweisen.

Vertragsrechtliche Vorkehrungen

Damit die Entwicklungen rechtssicher publiziert werden können, empfehlen sich über die Bundes-AGB hinaus verschiedene Vorkehrungen, welche idealerweise bereits im Vertragsentwurf bekannt gegeben werden. Zu denken ist insbesondere an:

- Verantwortung für die Publizierbarkeit von Quellen¹⁷, insb. auch Lizenzmanagement aller verwendeten Komponenten¹⁸.
- Die operative Publikation und die Entgegennahme bzw. Bearbeitung von Sicherheitsmeldungen.
- Haftung für Schutzrechtsverletzungen gegenüber Dritten, welche die publizierte Software verwenden.

Weitere Informationen

- [OSS Hilfsmittel](#) der BK/DTI
- Rechtsdienst und Fachpersonen der jeweiligen Verwaltungseinheit

Beschaffungsrechtliche Beratung:

rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch

⁷ Thema ist *nicht* die Sicherheit der Software selbst – Open Source Software ist nicht per se 'unsicherer' als proprietäre Software – sondern die Aufdeckung der Funktionalität (z.B. spezifischer Algorithmus zur Betrugserkennung).

⁸ Vgl. [Em002-2](#) Ziff. 3.1.3. Das Parlament hat solche Überlegungen eigens aus dem Gesetz gestrichen.

⁹ Es wird grundsätzlich immer möglich sein, kritische Teile zu separieren, in Module auszulagern oder verzögert zu publizieren. Als Gesetzesumgehung nicht geschützt wäre im Übrigen das freiwillige Herbeiführen einer Ausnahme; bspw. wird es nicht (mehr) zulässig sein, auf Urheberrechte freiwillig zugunsten des Anbieters zu verzichten.

¹⁰ Das Gesetz schreibt ohne weitere Einschränkung die Verwendung international etablierter Lizenztexte vor. Davon gibt es eine Vielzahl; vgl. [Em002-3](#); für eine umfassendere Übersicht siehe [Liste der Open Source Initiative](#) und der [Creative Commons](#).

¹¹ Dies hängt stark von den in der Entwicklung verwendeten Komponenten ab. Eine definitive Festlegung kann deshalb meist frühestens bei Vertragsabschluss, allenfalls erst während der Entwicklungsarbeit erfolgen.

¹² Ein Projekt muss nicht zwingend integral ein- und demselben Publikationsprinzip unterstellt werden; bei Bedarf können Teilprojekte unterschiedlich behandelt werden.

¹³ siehe Fn. 9.

¹⁴ z.B. schlicht als ZIP-Datei auf ihrer Website.

¹⁵ Da die Publikation über das Vertragsende hinaus bestehen bleiben soll, sei ein anbieterunabhängiger Publikationsort empfohlen.

¹⁶ Empfohlen wird die Verwendung einer unabhängigen öffentlichen Plattform (z.B. github.com) mit Konten unter der Kontrolle der Bedarfsstelle. Proprietäre Systeme oder Konten des Anbieters bergen immer die Gefahr des Verlusts der Publikation und damit einer Pflichtverletzung der Vergabestelle.

¹⁷ U.a. Datenschutz (Nennung der Entwicklernamen in den Quellen), saubere Abtrennung nicht zu publizierender Teile (Fn. 9; Passworte/Token), aber auch Absenz unerwünschter Inhalte (politische/vulgäre Kommentare), etc.

¹⁸ Bspw. mit maschinenlesbarer Dokumentation nach [ISO 5692/2021](#) (SPDX).