

JBB Rechtsanwälte, Christinenstraße 18/19, 10119 Berlin

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
Herrn Andreas Reckert-Lodde
Alt Moabit 140

10557 Berlin

Per E-Mail: Andreas.ReckertLodde@bmi.bund.de

Berlin, 20. Juli 2021

Bundesministerium des Innern | ZenDis Rechtsberatung

Betreff: Code Repository

Unser Zeichen: 21-0486

Ihr Zeichen: Leitweg-ID 991-06222-12

Sehr geehrter Herr Reckert-Lodde,
sehr geehrter Herr Dr. Jonas,
sehr geehrter Herr Seidenschwarz,
sehr geehrter Herr Spatschke,

im Nachgang zu den bisherigen Konsultationen und der Beantwortung unserer Fragen in dem Dokument „Fragestellungen_Rechtsberatung“, haben wir zur Vereinfachung der weiteren Diskussion und um den Status quo der rechtlichen Beurteilung zusammenzufassen, das nachfolgende Memo verfasst.

Dies behandelt die folgenden rechtlichen Aspekte:

1. Welche Anforderungen sind an Software zu stellen, die in das Code Repository aufgenommen wird?

Dr. Martin Jaschinski ¹
Sebastian Biere ¹
Oliver Brexl ¹
Thorsten Feldmann, LL.M. ²
Dr. Till Jaeger ²
Thomas Nuthmann ¹
Julian Höppner, LL.M. ³
Dr. Lina Böcker ³
Robert Weist
Marie Lenz, LL.M.
Martin Michel
Dr. Jeannette Viniol, LL.M. ¹
Marcel Breite
Dr. Michael Funke
David Andrew Copland, Attorney at Law ⁴
Philipp Schmirler
Fabian Scharpf
Dr. Zeynep Balazünbül
Felix Plundrich
Karen Hensgen
Philine Töpfer
Nina Tresp
Hannah Stegmaier

- ¹ Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz
Fachwältin für gewerblichen Rechtsschutz
² Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
³ Fachanwalt für Informationstechnologierecht
Fachwältin für Informationstechnologierecht
⁴ Of Counsel, zugelassen nach § 206 BRAO

Christinenstraße 18/19
10119 Berlin

Tel. + 49 30 443 765 0
Fax + 49 30 443 765 22

Mail jaeger@jbb.de
Web www.jbb.de

Sitz der Partnerschaftsgesellschaft: Berlin
Registergericht: AG Charlottenburg, PR 609 B

Berliner Volksbank
IBAN DE96 1009 0000 5205 2220 08
BIC BEVODEBBXXX

2. Welche Personen dürfen Codebeiträge leisten und wie sind diese zu identifizieren?

Aus unserer Sicht sind mit diesen beiden Fragen die wichtigsten rechtlichen Aspekte für einen rechtskonformen Betrieb und die rechtssichere **Nachnutzung** der dort zur Verfügung gestellten Software verknüpft. Letztlich wird dies auch Rückwirkungen auf die **Akzeptanz des Code Repositories** und den **Ruf des Betreibers der Plattform** haben.

1. Welche Anforderungen sind an Software zu stellen, die in das Code Repository aufgenommen wird?

a) Ziele

Den nachfolgenden Überlegungen wurden folgende rechtliche Ziele zugrunde gelegt:

- Die öffentliche Verfügbarkeit der Software soll rechtmäßig sein, insbesondere **keine Urheberrechte Dritter verletzen**.
- Nachnutzer der öffentlichen Hand sollen die **Software rechtssicher einsetzen und nachnutzen können**, wobei keine komplexen eigenen rechtlichen Prüfungen erforderlich sein sollen

b) Rechtliche Rahmenbedingungen

Bei der Bereitstellung und Nachnutzung von Software **steht das Urheberrecht im Vordergrund**, da Computerprogramme im Regelfall urheberrechtlich geschützt sind.

Open Source Lizenzen gewähren sehr weitgehende Nutzungsrechte, so dass die Nachnutzung zu dem Zweck und durch jedermann zulässig ist. Allerdings führt dieser Umstand dazu, dass für eine „Open Source Stellung“, d.h. die **Lizenzierung unter einer Open Source Lizenz, umfasst**

sende Nutzungsrechte erforderlich sind. Entsprechend ist sicherzustellen, dass eine Open Source Stellung auch rechtlich möglich und zulässig ist.

In zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen sind deutsche Gerichte davon ausgegangen, dass die Verletzung von Lizenzbedingungen in Open Source Lizenzen zu einem automatischen Wegfall der eingeräumten Nutzungsrechte und damit zu einer Urheberrechtsverletzung führen.¹ Urheberrechtsverletzungen sind nicht nur zivilrechtlich verfolgbar, sondern stellen bei vorsätzlichem Handeln gem. §§ 106, 108 UrhG eine Straftat dar (Antragsdelikt).

c) Problemfelder

Primär kommen als Softwareprojekte, die in das Code Repository aufgenommen werden sollen, Programme in Betracht, die im Auftrag der öffentlichen Hand entwickelt wurden und ganz oder teilweise auch von anderen Rechtsträgern der öffentlichen Hand genutzt werden können.

Die bislang in Erwägung gezogenen Pilotprojekte haben gezeigt, dass oftmals die erforderliche Rechtsposition des Rechtsträgers der öffentlichen Hand fehlt, um eine Software als Open Source Software lizenzieren zu dürfen. Dieser Aspekt ist im Regelfall schon bei der Ausschreibung und Vergabe relevant, wobei die aktuellen EVB-IT diesen Aspekt nicht hinreichend berücksichtigen, so dass ein öffentlich-rechtlicher Auftraggeber nicht standardmäßig über eine ausreichende Rechtsposition für eine Open Source Stellung verfügt. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber einer Individualentwicklung auch die umfassenden urheberrechtlichen Nutzungsrechte erwirbt. Dies verlangt vielmehr entsprechende Klauseln zu den Nutzungsrechten.

¹ Vgl. LG München I, MMR 2004, 693; LG Frankfurt/M, <https://openjur.de/u/30497.html>.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass in der modernen modularen Softwareentwicklung stets auch Open Source-Komponenten eingebunden werden. Entsprechend existiert eine Gemengelage an urheberrechtlichen Positionen: die Urheber der eingesetzten Open Source-Komponenten treten neben die Rechteinhaber an Softwareentwicklungen, die von der öffentlichen Hand beauftragt wurden. Entsprechend sind nicht nur die Nutzungsrechte relevant, die ein Auftragnehmer dem öffentlich-rechtlichen Auftraggeber einräumt, sondern auch die verwendeten Open Source-Komponenten und deren Lizenzen. Die Komplexität der urheberrechtlichen Ausgangslage wird noch dadurch erhöht, dass nicht alle Open Source-Lizenzen miteinander kompatibel sind, d.h. nicht zusammen in einem Programm verwendet werden dürfen, und zum Teil auch Softwarekomponenten unter anderen Lizenzbedingungen als Open Source Lizenzen eingesetzt werden, die nicht im Sourcecode weiterverbreitet werden dürfen. Entsprechend besteht bei einer ungeprüften Aufnahme von Softwareprojekten in das Code Repository ein erhebliches Risiko für Urheberrechtsverletzungen.

Bei Nachnutzern der öffentlichen Hand, insbesondere Kommunen, kann keine ausreichende urheberrechtliche Expertise erwartet werden, um beurteilen zu können, wie die Lizenzpflichten aus den einschlägigen Open Source Lizenzen erfüllt werden können, ob die Lizenzen miteinander kompatibel sind, und ob alle involvierten Lizenzen auch den Anforderungen der Open Source Definition genügen. Hinzu tritt der Umstand, dass die überwiegende Zahl der Open Source Projekte nicht unter einer einzigen Open Source Lizenz („Hauptlizenz“) lizenziert ist, sondern einzelne Bestandteile oder auch nur einzelne Quellcode-Dateien unter abweichenden Open Source Lizenzen („Innenlizenzen“) stehen, deren Lizenzbedingungen aber ebenfalls beachtet werden müssen.

Schließlich ist auch zu beachten, dass die Anforderungen für das Angebot von Sourcecode zum Download und für den Vertrieb von Programmen in Objektcode vielfach auseinanderfallen. Das Angebot und der Vertrieb von Sourcecode ist meist einfacher lizenzkonform zu bewerkstelligen, weil die Lizenztexte und Urhebervermerke in den jeweili-

gen Sourcecode-Dateien enthalten sind und entsprechend mit weitergereicht werden. Beim **Kompilervorgang** gehend diese Informationen aber zumeist ganz oder teilweise verloren, so dass bei der **Weiterverbreitung im Objektcode Lizenztexte und Copyright-Vermerke gesondert mitgeliefert werden müssen**, da die meisten Open Source Lizenzen entsprechende Pflichten für den Vertrieb im Objektcode vorsehen.

d) Lösungsmöglichkeiten und Empfehlungen

Entwicklung und Nachnutzung von Open Source Software beruht ein Stück weit auf **Vertrauen der Beteiligten in die rechtmäßige Gestaltung der Prozesse**, wesentlich aber auch auf **Kontrolle und Überprüfung**. So ist es üblich, dass **gewerbliche Anwender Open Source-Komponenten vor dem Einsatz in eigenen Programmen auf enthaltene Lizenzinformationen scannen**, um zu ermitteln, welche Open Source Lizenzen einschlägig sind, ob diese miteinander kompatibel sind, ob Eigenentwicklungen aufgrund eines „Copylefts“ unter der Ursprungslizenz freigegeben werden müssen und welche Lizenzpflichten überhaupt bei der Weitergabe zu erfüllen sind. **Auf der Basis solcher Scans werden sog. „SBOMs“ (Software Bill of Materials) erstellt**, die die verschiedenen Open Source Komponenten und ihre Lizenzen auflisten sowie Dateien mit Lizenztexten und Copyright-Vermerken, die dann z.B. als notwendige Lizenzinformation in Apps für Mobiltelefone aufgenommen oder als Dateien mit den Programmen im Objektcode mitgeliefert werden können. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, **dass eine SBOM (mit zusätzlichen Informationen wie Vulnerabilities) auch aus Gründen der Cyber Security als wichtig angesehen wird** und der US-Präsident am 12.05.2021 eine entsprechende Executive Order erlassen hat.²

Momentan ist für das Code Repository kein genereller Scan der dort eingebrachten Software und keine Erstellung von SBOMs vorgesehen

² <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/05/12/executive-order-on-improving-the-nations-cybersecurity/>. Zur Ausgestaltung vgl. <https://www.ntia.gov/report/2021/minimum-elements-software-bill-materials-sbom>.

(vgl. Antwort zu Frage Nr. 2 AP CodeRepo OS-Plattform). Unserer Auffassung nach sollte dieser Punkt vor dem Hintergrund der geschilderten rechtlichen Probleme nochmals überdacht werden. Denn jeder Nutzer müsste diese Aufgabe ansonsten selbst übernehmen, was den Aufwand vervielfachen würde und die geschilderten Probleme der erforderlichen Expertise nach sich zöge.

Des Weiteren sollten den Beschaffern für Ausschreibungen und Vergabeverfahren die erforderlichen Musterklauseln für die Einholung von ausreichenden Nutzungsrechten an die Hand gegeben werden, damit zumindest für beauftragte Individualentwicklungen und individuelle Anpassungen an Standardprogramme die erforderliche Rechtsposition für eine Open Source Stellung erlangt wird.

Wir empfehlen daher folgende Maßnahmen:

- Bereitstellung von Musterklauseln und Empfehlungen für Vergaben, die Softwareentwicklungen zum Gegenstand haben
- Anpassung der einschlägigen EVB-IT
- Abfrage der erforderlichen Nutzungsrechte an Sourcecode, der in das Code Repository eingebracht wird (z.B. durch ein Tool oder einen Webprozess, das entsprechende Abfragen vorsieht) und Hilfestellung zur internen Überprüfung
- Obligatorischer Scan des Sourcecodes von eingebrachter Software mit Hilfe von Open Source Scantools und Veröffentlichung von SBOM und Lizenzinformationen in einem einheitlichen Format, das dem Nachnutzer die einfache Überprüfung und Nachnutzung ermöglicht. Ggf. Bereitstellung eines einheitlichen Scanprozesses im Rahmen des Code Repositories.
- Bereitstellung von Informationen zur Kompatibilität von Open Source Lizenzen und welche Lizenzen als Open Source Lizenzen akzeptiert werden

- Vermeidung von vorkompilierten Bestandteilen ohne entsprechenden Sourcecode, der die oben beschriebene Überprüfung ermöglicht

2. Welche Personen dürfen Codebeiträge leisten und wie sind diese zu identifizieren?

Nach dem aktuellen Diskussionsstand sollen natürliche Personen (z.B. Mitarbeiter von Behörden und Unternehmen) Accounts für das Code Repository eröffnen und sich dabei durch Elster-Zertifikate oder den Personalausweis (bzw. äquivalente Methoden) identifizieren können.

a) Ziele

Den nachfolgenden Überlegungen wurden folgende rechtliche Ziele zugrunde gelegt:

- Die Accountinhaber sollen identifizierbar sein.
- Die Accountverwaltung muss konform mit dem Datenschutzrecht sein.
- Codebeiträge durch den Accountinhaber sollen eine hohe Gewähr dafür haben, dass sie urheberrechtskonform erfolgen.

b) Rechtliche Rahmenbedingungen

Für die Zwecke dieses Memorandums beschränken wir uns zunächst auf die urheberrechtlichen Aspekte. Hier ist zu berücksichtigen, dass die ausschließlichen Verwertungsrechte von Angestellten und Bediensteten der öffentlichen Hand gem. § 69b UrhG automatisch auf den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn übergehen, wenn die Programmierung nach den Anweisungen des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn erfolgt oder in Wahrnehmung der (dienstlichen) Aufgaben. Der Arbeitgeber bzw.

Dienstherr ist dann alleine zur Open Source Stellung der Software berechtigt. Das Urheberrecht selbst (d.h. die persönlichkeitsrechtlichen Positionen) verbleibt beim Entwickler, da das Urheberrecht als Ganzes gem. § 29 Abs. 1 UrhG nicht übertragbar ist.

Außerhalb von Arbeits- und Dienstverhältnissen bleibt der Urheber der Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte und es hängt von etwaigen lizenzvertraglichen Vereinbarungen ab, in welchem Umfang Nutzungsrechte übertragen werden (z.B. Entwicklungen von Freelancern, Private Beteiligung an Open Source Projekten).

Es hängt von der internen Organisation des Rechtsträgers ab, wer unter welchen Bedingungen Software unter eine Open Source Lizenz stellen darf. Wenn nicht-autorisierte Kontributionen zu Open Source Projekten erfolgen, weil der Accountinhaber nicht die interne Gestattung für eine Open Source Stellung erhalten hat, handelt die jeweilige Person als Vertreter ohne Vertretungsmacht und haftet dafür persönlich gem. § 179 Abs. 1 BGB; die Open Source Stellung ist mangels Vertretungsmacht unwirksam und die Nachnutzung unzulässig.

c) Problemfelder

Sofern bei natürlichen Personen nicht eindeutig identifizierbar ist, ob diese privat für sich selbst handeln oder für eine juristische Person, bleibt unklar, wer Lizenzgeber der entsprechend in das Code Repository eingebrachten Software sein soll. Es besteht dann das Risiko, dass eine Prüfung unterbleibt, ob eine Person für sich selbst handelt oder für eine juristische Person (bzw. ggf. für welche juristische Person, wenn mehrere Vertragsverhältnisse bestehen) und eine entsprechende interne Gestattung eingeholt hat.

Erfahrungsgemäß sind sich Softwareentwickler nicht immer bewusst, in welchen Fällen die Rechtsinhaberschaft bei ihnen verbleibt und wann alleine der Arbeitgeber bzw. Dienstherr über die Lizenzierung verfügen kann. Dieser Befund wird durch zunehmende Arbeit im Homeoffice und die private Beteiligung an Open Source Projekten verstärkt.

d) Lösungsmöglichkeiten und Empfehlungen

Wir halten es für sinnvoll, dass ein Account für das Code Repository nicht alleine einer natürlichen Person zugeordnet wird, sondern immer auch einer juristischen Person (Arbeitgeber, Dienstherr), sofern die Nutzung nicht alleine privat erfolgt oder als Freelancer im eigenen Namen. Sofern ein Accountinhaber für mehrere Arbeitgeber oder zusätzlich privat tätig wird, sollten entsprechend mehrere Accounts erforderlich sein und Codebeiträge eindeutig zuordenbar. Eine dienstliche E-Mail-Adresse sollte nur für dienstliche Handlungen im Code Repository verwendet werden, da diese nach außen den Eindruck eines dienstlichen Handels erwecken (mit entsprechender Haftung des Dienstherrn bzw. Arbeitgebers).

Des Weiteren sollte bei den handelnden Personen abgefragt werden, ob sie die jeweils erforderliche Vertretungsmacht besitzen (z.B. für Codebeiträge im Namen des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn). Da dies letztlich eine interne Angelegenheit des jeweiligen Rechtsträgers ist, kann sinnvoll nur eine Sensibilisierung der handelnden Personen durch eine Abfrage oder eigene Bestätigung erfolgen.

Wir empfehlen daher folgende Maßnahmen:

- Verwendung eines Developer Certificate of Origin (DCO)³ in einer deutschen Fassung
- Abfragesystem bei der Anlage eines Accounts, um Zuordnung zu einem Rechtsträger herzustellen
- Erkennbarkeit des Arbeitgebers/Dienstherrn für jedes Softwareprojekt

³ Vgl. <https://developercertificate.org/>.

- Verwendung von dienstlichen E-Mail-Adressen nur bei entsprechender Vertretungsmacht und Handeln im Namen des Dienstherrn

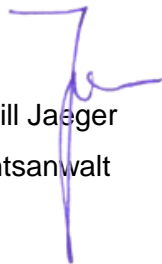
Die Anforderungen an einen sauberen Prozess zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen stehen stets in einem Spannungsfeld zu einer einfachen unkomplizierten Nutzung eines Code Repositories. Allerdings werden sowohl die teilnehmenden Träger der öffentlichen Hand als auch ggf. private Beteiligte hohe Erwartungen an die urheberrechtliche Rechtmäßigkeit der Software haben, die in einem von der öffentlichen Hand betriebenen Code Repository gehostet wird. Daher reicht unseres Erachtens der Prüfungsgrad von privat betriebenen Code Repositories wie GitHub und Sourceforge nicht aus.

Insbesondere wird ein bloßer Verweis auf eine beschränkte Haftung des Plattformbetreibers sowie die einzuhaltenden Nutzungsbedingungen nicht genügen, um den Mehrwert zu begründen, die ein Code Repository der öffentlichen Hand für sich in Anspruch nimmt.

Letztlich mag dies auch ein zusätzlicher Rechtfertigungsgrund für den grundsätzlichen Betrieb eines besonderen Code Repositories der öffentlichen Hand sein, wobei wir hier nicht den entsprechenden Prüfungen vorgreifen möchten.

Für Rückfragen und die weitere Diskussion stehen wir gerne zu Ihrer Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Till Jaeger
Rechtsanwalt