

# Inhaltsübersicht

## Teil 1: Einführung

§ 1 Technische und terminologische Grundlagen .....	1
---	---

## Teil 2: Rechtsschutz für Software

§ 2 Urheberrechtsschutz .....	15
§ 3 Sonstiger Rechtsschutz .....	126
§ 4 Geheimnisschutz .....	144

## Teil 3: Softwareverträge

§ 5 Einführung .....	167
§ 6 Softwareüberlassung .....	172
§ 7 Softwarewartung .....	306
§ 8 Softwareentwicklung und Softwareimplementierung .....	332
§ 9 Cloud Computing und Software-as-a-Service .....	395
§ 10 Hosting .....	488
§ 11 Allgemeine Vertragsklauseln .....	494

## Teil 4: Compliance

§ 12 Open Source Compliance .....	657
§ 13 Data Compliance .....	777
§ 14 Cybersecurity Compliance .....	843
§ 15 Outsourcing Compliance .....	887
§ 16 AI & Product Compliance .....	897

## Teil 5: Spezialthemen

§ 17 Software Escrow .....	973
§ 18 Internationales Softwarerecht .....	990

## Teil 6: Softwareprojekte in der Krise

§ 19 Mediation .....	1035
§ 20 Schlichtung .....	1064
§ 21 Schiedsverfahren .....	1072
§ 22 IT-Litigation .....	1108
§ 23 Typische Streitpunkte in IT-Litigation und Schiedsverfahren .....	1129

Stichwortverzeichnis .....	1141
----------------------------	------

# Inhaltsverzeichnis

Bearbeiterverzeichnis .....	
Abkürzungsverzeichnis .....	
Literaturverzeichnis .....	

## Teil 1: Einführung

### § 1 Technische und terminologische Grundlagen

I. Hardware .....	2
II. Software .....	3
III. Juristische und informationswissenschaftliche Definition von Software .....	4
IV. Die verschiedenen Formen der Computerprogramme .....	7
1. Befehle und Programme .....	7
2. Die für das Programm verwendeten Programmiersprachen .....	7
a) Maschinenorientierte Programmiersprachen .....	8
b) Problemorientierte Programmiersprachen .....	9
V. Die Abgrenzung der Computerprogramme von reinen Daten .....	9
VI. Computerprogramm und Algorithmus .....	11
VII. Künstliche Intelligenz .....	13

## Teil 2: Rechtsschutz für Software

### § 2 Urheberrechtsschutz

I. Systematik des urheberrechtlichen Softwareschutzes .....	17
II. Der Schutzgegenstand (Was wird geschützt?) .....	18
1. Programme in jeder Gestalt gemäß § 69a Abs. 1 UrhG .....	18
2. Die Ausdrucksformen eines Computerprogramms gemäß § 69a Abs. 2 UrhG .....	22
a) Mensch-Maschine-Kommunikation .....	23
b) Bildschirmoberfläche .....	23
c) Programmfunctionen .....	24
d) Der Programmcode .....	25
e) Programmiersprachen und Dateiformate .....	26
f) Benutzerhandbücher .....	27
g) Schnittstelle und API (Application Programming Interface) .....	27
3. Die Abgrenzung vom Rechtsschutz für Datenbanken .....	28
III. Schutzvoraussetzungen (Wann greift der Schutz ein?) .....	28
1. Die allgemeinen Voraussetzungen .....	28
a) Das Entstehen des Urheberrechtsschutzes .....	28
b) Urhebervermerke und Parteivereinbarungen .....	29
2. Die softwarespezifischen Schutzvoraussetzungen .....	29
a) Schutzhöhe .....	29
b) Menschlicher Schöpfungsbeitrag, insbesondere beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz .....	32
c) Darlegungs- und Beweislast .....	35
IV. Die Rechtsinhaberschaft (Wer wird geschützt?) .....	37
1. Der Alleinprogrammierer .....	37
2. Programmerstellung im Arbeits- und Dienstverhältnis .....	38
3. Programmerstellung durch freie Mitarbeiter .....	40
4. Programmerstellung im Team .....	41

a) Die Miturheberschaft gemäß § 8 UrhG .....	41
b) Die Werkverbindungen gemäß § 9 UrhG .....	43
5. Die Vermutung der Urheberschaft .....	44
a) Voraussetzungen .....	44
b) Die Rechtsfolgen der Urhebervermutung .....	45
c) Der Copyright-Vermerk (©) .....	46
6. Die Implementierung fremder Programmteile .....	47
7. Der Begriff der Rechtsinhaberschaft bei §§ 69a ff. UrhG .....	48
V. Die einzelnen Rechte des Rechtsinhabers .....	48
1. Die grundlegende Systematik der zustimmungsbedürftigen Handlungen .....	48
2. Die zustimmungsbedürftigen Handlungen gemäß § 69c UrhG .....	49
a) Das Vervielfältigungsrecht des § 69c Nr. 1 UrhG .....	49
b) Das Bearbeitungsrecht des § 69c Nr. 2 UrhG .....	51
aa) Die von § 69c Nr. 2 UrhG erfassten Handlungen .....	53
(i) Die Übersetzungen .....	53
(ii) Die Bearbeitungen .....	53
bb) Die Bearbeiterurheberrechte .....	54
c) Das Verbreitungsrecht des § 69c Nr. 3 UrhG .....	55
aa) Allgemeines .....	55
bb) Die sogenannte Erschöpfung des Verbreitungsrechts gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG .....	56
cc) Die Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes durch das sogenannte Vermietrecht .....	62
dd) Die Erschöpfung bei der Online-Übertragung .....	65
ee) Der Handel mit sogenannter „Gebrauchtsoftware“ .....	72
(i) Die unterschiedlichen Varianten .....	73
(ii) Vorfrage: Weitergabe welcher Programmversion? .....	74
(iii) Aktivitäten des Gesetzgebers und ökonomische Gesichtspunkte .....	75
(iv) „Dieses Vervielfältigungsstück“ oder Analogie .....	76
(v) Besonderheiten und Lösungen .....	76
(vi) Ausblick .....	82
d) Das Recht der öffentlichen Wiedergabe gemäß § 69c Nr. 4 UrhG .....	82
aa) Wiedergabe .....	83
bb) Öffentlichkeit .....	84
3. Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen gemäß § 69d UrhG .....	85
a) § 69d Abs. 1 UrhG .....	85
b) § 69d Abs. 2 UrhG .....	88
c) § 69d Abs. 3 UrhG .....	89
4. Die Ausnahme des § 69e UrhG – Dekompilierung .....	90
a) Technischer Hintergrund .....	90
b) Die sich entgegenstehenden Interessen .....	91
c) Zulässigkeitsvoraussetzungen .....	92
d) Die Beschränkungen der Ergebnisverwertung .....	93
e) Offene Fragen .....	94
aa) Dekompilierung auch zur Herstellung von Interoperabilität von Hardware? .....	94
bb) Zulässigkeit der unveränderten Übernahme von Schnittstellen? .....	94
f) Die Bedeutung von § 69e Abs. 3 UrhG .....	95
g) Generelle Kritik .....	95
VI. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	96
1. Der softwarespezifische Vernichtungsanspruch gemäß § 69f UrhG .....	96
2. Die allgemeinen Vorschriften zu Rechtsverletzungen .....	97
a) Der Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz gemäß § 97 UrhG .....	97
aa) Aktiv- und Passivlegitimation .....	98
bb) Unterlassung gemäß § 97 Abs. 1 UrhG .....	102
cc) Beseitigung gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG .....	106

dd) Ersatz des materiellen Schadens gemäß § 97 Abs. 2 S. 1–3 UrhG .....	106
ee) Ersatz des immateriellen Schadens gemäß § 97 Abs. 2 S. 4 UrhG .....	111
b) Der Anspruch auf Vernichtung, Rückruf und Überlassung gemäß § 98 UrhG .....	112
c) Die Haftung des Unternehmensinhabers gemäß § 99 UrhG .....	113
d) Der Auskunftsanspruch gemäß § 101 UrhG .....	115
e) Der Anspruch auf Vorlage und Besichtigung gemäß § 101a UrhG .....	117
f) Die Durchsetzung der Ansprüche .....	119
aa) Die Abmahnung gemäß § 97a UrhG .....	119
bb) Rechtsweg und Zuständigkeiten für Urheberrechtsstreitsachen, §§ 104, 104a, 105 UrhG .....	120
cc) Herausforderungen mit dem Klageantrag gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO .....	120
dd) Die Wirksamkeit einer im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes durch Urteil erlassenen Verbotsverfügung .....	122
ee) Die Verjährungsregelung des § 102 UrhG .....	123
VII. Die Schutzdauer .....	124
VIII. Der strafrechtliche Schutz von Software .....	124

### § 3 Sonstiger Rechtsschutz

I. Patentrechtsschutz .....	127
1. Schutzgegenstand und Schutzworaussetzungen .....	127
a) Computerprogramme .....	127
b) Künstliche Intelligenz .....	129
c) KI-generierte Erfindungen .....	129
2. Schutzentstehung und Schutzdauer .....	130
3. Wirkung des Patentschutzes .....	131
II. Halbleiterschutz .....	132
1. Schutzgegenstand und Schutzworaussetzungen .....	132
2. Schutzentstehung und Schutzdauer .....	133
3. Wirkung des Halbleiterschutzes .....	133
III. Designschutz .....	133
1. Schutzgegenstand und Schutzworaussetzungen .....	133
2. Schutzentstehung und Schutzdauer .....	134
a) Eingetragenes Design .....	134
b) Nicht eingetragenes Design .....	134
3. Wirkung des Designschutzes .....	135
IV. Kennzeichenrechtlicher Schutz .....	135
1. Schutzgegenstände und Überblick über die Schutzworaussetzungen .....	135
a) Marken .....	135
b) Geschäftliche Bezeichnungen .....	136
c) KI-generierte Produkte oder Zeichen .....	136
2. Schutzentstehung .....	136
a) Markenschutz .....	136
b) Werktitelschutz .....	137
3. Wirkung des kennzeichenrechtlichen Schutzes .....	137
V. Rechtsfolgen einer Rechtsverletzung .....	138
1. Anspruchsgrundlagen .....	138
2. Aktiv- und Passivlegitimation .....	139
3. Strafvorschriften .....	140
VI. Wettbewerbsrechtlicher Schutz .....	140
1. Verhältnis zum immaterialgüterrechtlichen Schutz .....	140
2. Ergänzender wettbewerblicher Leistungsschutz .....	141
a) Nachahmung .....	141
b) Wettbewerbliche Eigenart .....	141
c) Unlauterkeitsbegründende Umstände .....	141
3. Schutz vor Behinderungen .....	142
4. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	142

### § 4 Geheimnisschutz

I. Verhältnis zum immaterialgüterrechtlichen Schutz .....	145
II. Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen .....	145
1. Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses .....	145
2. Information .....	146
3. Geheimheit .....	147
4. Wirtschaftlicher Wert .....	148
5. Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen .....	148
6. Berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung .....	150
III. Schutzenstehung und Schutzdauer .....	150
IV. Inhaberschaft .....	151
V. Verletzung von Geschäftsgeheimnissen .....	152
1. Systematik der Verletzungsvorschriften .....	152
2. Handlungsverbote .....	152
a) Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses .....	152
b) Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses .....	154
c) Umgang mit Geschäftsgeheimnissen in Mehr-Personen-Verhältnissen .....	155
3. Stets erlaubte Handlungen .....	156
a) Reverse Engineering .....	156
b) Gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Gestattung .....	159
4. Ausnahmsweise erlaubte Handlungen .....	159
V. Rechtsfolgen einer Rechtsverletzung .....	159
1. Abwehransprüche .....	159
2. Kompensationsansprüche .....	161
3. Aktiv- und Passivlegitimation .....	161
4. Strafvorschriften .....	162
VI. Geheimnisschutz im Prozess .....	162
1. Besonderer Schutzbedarf in Gerichtsverfahren .....	162
2. Einstufung von Informationen als geheimhaltungsbedürftig .....	162
3. Zusätzliche Zugangsbeschränkungen .....	163
4. Verfahren .....	164

### Teil 3: Softwareverträge

#### § 5 Einführung

#### § 6 Softwareüberlassung

I. Softwarekauf (Softwareüberlassung auf Dauer) .....	178
1. Rechtsnatur .....	178
a) Überblick .....	178
aa) Einordnung als Kaufvertrag beziehungsweise kaufähnlicher Vertrag .....	179
bb) Überlassung im Rahmen eines (urheberrechtlichen) Lizenzvertrags .....	180
cc) Einordnung als Know-how-Lizenzvertrag .....	181
dd) Die Einordnung als zusammengesetzter Sach- und Rechtskauf .....	182
ee) Die Rechtsprechung des EuGH .....	183
b) (Fehlende) Sachqualität von Software .....	183
aa) Rückgriff auf die Sachqualität des Datenträgers .....	183
bb) Unkörperliche Programmüberlassungen .....	186
cc) Software als „sonstiger Gegenstand“ und „digitaler Inhalt“ .....	188
dd) Ergebnis .....	189
c) Unbeachtlichkeit der Urheberrechtsfähigkeit .....	190
d) Konsequenzen .....	191
2. Pflichten .....	192
a) Überlassung zur Programmnutzung, Vergütung .....	192
b) Einräumung von Nutzungsrechten .....	194
c) Installation .....	195

d) Anleitung, Einweisung, Schulung .....	195
e) Mitwirkungspflichten .....	196
f) Pflege, Weiterentwicklung, Aktualisierung .....	197
g) Aufklärung, Beratung .....	198
aa) Eigeninitiative Aufklärung .....	198
bb) Fremdinitiierte Beratung .....	201
(i) Der Abschluss eines selbständigen Beratungsvertrags .....	201
(ii) Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis .....	202
h) Sonstige Pflichten .....	203
II. Softwaremiete (Softwareüberlassung auf Zeit) .....	204
1. Rechtsnatur .....	204
2. Pflichten .....	206
a) Überlassung zur Programmnutzung, Vergütung .....	206
b) Erhaltungspflicht .....	207
c) Nutzung nur zum vertraglich vereinbarten Gebrauch .....	208
d) Sorgfalts-, Obhuts- und Schutzpflichten .....	209
e) Duldungspflicht .....	210
3. Beendigung .....	211
III. Leistungsstörungen inkl. Systematisierung der typischen Softwaremängel .....	212
1. Allgemeines .....	212
a) Anwendbares Leistungsstörungsrecht .....	213
b) Besonderheiten bei Software .....	213
c) Die Besonderheiten des digitalen Verbrauchervertragsrechts .....	215
2. Vorvertragliche Pflichtverletzungen .....	215
a) Das Verhältnis zwischen culpa in contrahendo und Mängelhaftungsansprüchen .....	216
b) Rechtsfolgen einer Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht .....	217
aa) Haftungsumfang .....	217
bb) Verjährung .....	219
cc) Fragen der Beweislast .....	219
3. Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit .....	220
a) Die Formen der Unmöglichkeit .....	220
b) Die Rechtsfolgen einer Unmöglichkeit .....	222
aa) Die primäre Leistungspflicht .....	222
bb) Die Sekundärrechte des Gläubigers .....	222
4. Verzug .....	224
a) Der Verzug des Softwarelieferanten .....	225
b) Der Verzug des Anwenders .....	228
5. Mängel .....	230
a) Mängelbegriff .....	230
aa) Der Einfluss des Fehlerbegriffs der Informatik .....	230
bb) Zur Fehlerhaftigkeit von Software .....	231
cc) Kaufrechtlicher Softwaremangel .....	232
(i) Die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit .....	233
(ii) Die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung .....	235
(iii) Zubehör und Anleitungen .....	236
(iv) Die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und die übliche Beschaffenheit .....	236
(v) Öffentliche Äußerungen .....	238
(vi) Die unsachgemäße Montage (Installation) .....	238
(vii) Die mangelhafte Installationsanleitung .....	238
(viii) Die Falschlieferung und die Lieferung einer Mindermenge .....	239
dd) Mietvertraglicher Softwaremangel .....	239
(i) Die Abweichung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch .....	239
(ii) Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gem. § 536 Abs. 2 BGB .....	240

(a) Die Zusicherungserklärung .....	240
(β) Die Abgrenzung von der bloßen Beschaffenheitsangabe .....	241
ee) Rechtsmangel .....	242
ff) Unerhebliche Mängel .....	242
gg) Fragen der Beweislast .....	244
b) Kaufrechtliche Mängelhaftung .....	245
aa) Die Mängelrechte des Käufers im Überblick .....	245
bb) Der Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 439, 437 Nr. 1 BGB .....	246
cc) Das Recht zum Rücktritt gem. §§ 440, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB .....	249
dd) Das Recht zur Minderung gem. §§ 441, 437 Nr. 2 Alt. 2 BGB .....	250
ee) Das Recht auf Schadensersatz gem. §§ 440, 280, 281, 283, 311a, 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB .....	251
ff) Das Recht auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. §§ 284, 437 Nr. 3 Alt. 2 BGB .....	254
gg) Der Ausschluss der Mängelhaftung gem. § 442 BGB .....	254
hh) Die Verjährung der Mängelansprüche gem. § 438 BGB .....	254
ii) Der Regress des Verkäufers gem. §§ 445a, 445b BGB (§§ 478, 479 BGB aF) .....	256
c) Mietrechtliche Mängelhaftung .....	257
d) Typische Softwaremängel .....	259
aa) Funktionsmängel .....	260
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	260
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	260
bb) Funktionsdefizite .....	262
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	262
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	262
cc) Fehlende Zukunftsähnlichkeit .....	263
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	263
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	264
dd) Inkompatibilität .....	264
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	264
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	264
ee) Kapazitätsmängel .....	265
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	265
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	266
ff) Geringe Arbeitsgeschwindigkeit .....	266
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	266
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	266
gg) Virenverseuchte Software .....	267
hh) Vorkehrungen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung .....	269
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	269
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	270
ii) Sicherheitslücken .....	271
jj) Fehlende Bedienerfreundlichkeit .....	271
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	271
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	272
kk) Unzureichende Dokumentation .....	272
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	272
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	274
ll) Fehlende Robustheit gegenüber Bedienungsfehlern .....	275
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	275
(ii) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	275
mm) Fehlende Pflege- und Migrationsfreundlichkeit .....	275
nn) Fehler beim Entwurf der Software .....	276
(i) Umschreibung des Mängeltyps .....	276
(ii) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	276
oo) Sonstige Mängel .....	276
6. Besondere mietrechtliche Leistungsstörungen .....	277

a) Vorenthaltung oder der Entzug des Gebrauchs .....	277
b) Verletzung der Rückgabe- oder Löschungspflicht .....	278
c) Verletzung sonstiger Nebenpflichten, insbesondere der Obhutspflicht .....	279
<b>IV. Vertiefungen .....</b>	<b>280</b>
1. Lizenzmetriken .....	280
a) Terminologie und tatsächlicher Hintergrund .....	280
b) Die Kontrollfähigkeit von Preisabreden und Preisnebenabreden .....	281
c) Das Transparenzgebot .....	282
d) Indirekte Nutzung .....	283
2. Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf Softwareverträge .....	285
3. Softwareleasing .....	286
a) Die verschiedenen Erscheinungsformen des Softwareleasing .....	286
b) Softwareleasing und Urheberrecht .....	289
c) Zurechnung des Lieferantenverhaltens .....	289
aa) Das Verhalten während der Vertragsverhandlungen .....	290
bb) Das Verhalten während der Vertragserfüllung .....	290
d) Die Überwälzung der Sach- und Preisgefahr .....	292
e) Probleme mit der Übernahmevereinbarung .....	293
f) Mängelhaftung beim Softwareleasing .....	295
aa) Mängelhaftung beim Finanzierungsleasing .....	295
bb) Mängelhaftung beim Operating-Leasing .....	297
g) Die Koppelung von Hard- und Software beim Leasing .....	297
4. EULAs, Shrinkwrap- und Clickwrapverträge, abweichende Vereinbarungen bei Waren mit digitalen Elementen .....	298
a) Überlassungsvertrag zwischen Softwarehersteller und Anwender .....	298
b) Vertragsverhältnisse bei Zwischenschaltung eines Softwarehändlers oder des stationären Handels bei Waren mit digitalen Elementen .....	300
c) Insbesondere: Shrinkwrapverträge und sonstige Erscheinungsformen .....	303

## § 7 Softwarewartung

<b>I. Regelungsbedarf und Terminologie .....</b>	<b>307</b>
<b>II. Wartungsfreundlichkeit von Software .....</b>	<b>308</b>
<b>III. Sinn und Zweck .....</b>	<b>310</b>
1. Aus Sicht des Kunden .....	310
2. Aus Sicht des Anbieters .....	310
<b>IV. Rechtsnatur .....</b>	<b>310</b>
1. Geschuldete Leistung .....	311
a) Abgrenzung Dienst- und Werkvertrag .....	311
b) Abgrenzung vom Kaufrecht .....	312
c) Mischtypologie .....	312
d) EVB-IT S .....	313
2. Kombination von Werkvertrag und Dauerschuldverhältnis .....	314
<b>V. Inhaltliche Ausgestaltung .....</b>	<b>314</b>
1. Primärleistungspflichten des Auftragnehmers .....	314
a) Aktualisierung .....	315
aa) Sicherheits-, Fehlerbeseitigungs-, Kompatibilitäts- und Stabilitätsupdates .....	315
bb) Aufrechterhaltung der rechtskonformen Nutzbarkeit .....	316
(i) Umfang .....	316
(ii) Verantwortung .....	316
cc) Weiterentwicklung bestehender Funktionen .....	317
dd) Entwicklung neuer Funktionen .....	317
ee) Sonderfragen bei Aktualisierungen .....	318
(i) Rechtesituation bei Updates .....	318
(ii) Reichweite der Wartungspflicht .....	318
(iii) User Groups .....	319
b) Beratung .....	319
c) Bugfixing oder Workarounds auf Abruf .....	319
d) Support auf Abruf .....	320

2. Service Level Agreements .....	321
a) Anforderungen an die Durchführung von Updates .....	321
b) Reaktions- und Behebungszeiten für die Fehlerbehebung .....	321
c) Rechtsfolge .....	323
3. Mitwirkungen und Beistellungen des Auftraggebers .....	323
a) Installation von Updates .....	323
b) Durchführung von Backups .....	324
c) Durchführung von Anpassungen am System .....	324
d) Pflicht zum Einsatz der jeweils aktuellen Fassung .....	325
4. Vergütung .....	325
<b>VI. Gesetzliche Mängelgewährleistung .....</b>	<b>325</b>
1. Regelmäßig keine Mängelgewährleistung während der Laufzeit des Wartungsvertrags .....	325
2. Abgrenzung des Wartungsvertrags zur Mängelgewährleistung des Softwarekauf- oder -mietvertrags .....	326
a) Ex ante: Berücksichtigung im Vertragskonstrukt .....	327
b) Ex post: Kürzung der Vergütung .....	327
3. Haftung .....	328
a) Mangelfolgeschäden .....	328
b) Kosten für eine Ersatzvornahme .....	329
<b>VII. Allgemeine Bestimmungen .....</b>	<b>329</b>
1. Vertragslaufzeit .....	329
a) Beginn des Wartungsvertrags .....	329
b) Regelung im Individualvertrag .....	329
c) Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	330
aa) Vertragslaufzeit zu kurz? .....	330
bb) Vertragslaufzeit zu lang? .....	330
2. Vertragsbeendigung .....	331

## § 8 Softwareentwicklung und Softwareimplementierung

<b>I. Regelungsbedarf .....</b>	<b>334</b>
<b>II. Grundlagen .....</b>	<b>334</b>
1. Bedarf nach Softwareentwicklung .....	334
2. Typische Entwicklungsphasen .....	335
<b>III. Rechtsnatur .....</b>	<b>337</b>
1. Abgrenzung zu § 650 BGB .....	337
2. Abgrenzung Werkvertrag und Dienstvertrag .....	340
3. Einfluss der Projektmanagementmethode auf die Rechtsnatur .....	342
a) Klassische Methoden (zum Beispiel Wasserfall) .....	344
b) Agile Methoden (zum Beispiel Scrum) .....	345
aa) Scrum .....	346
(i) Scrum Team .....	347
(ii) Scrum Events .....	348
(iii) Scrum Artefakte .....	348
bb) Kanban .....	349
cc) Lean .....	349
c) Auswirkungen auf die Rechtsnatur .....	349
<b>IV. Inhaltliche Ausgestaltung .....</b>	<b>351</b>
1. Primärleistungspflichten des Auftragnehmers .....	351
a) Konzeption .....	351
b) Softwareentwicklung .....	352
aa) Erfolgs- und Termsicherheit .....	352
bb) Nicht-funktionale Anforderungen .....	352
cc) Softwarequalität .....	353
dd) Vereinbarkeit mit rechtlichen Rahmenbedingungen .....	353
ee) Dokumentation .....	354
ff) Reporting-, Informations- und Rücksprachepflichten .....	355

gg) Quellcodeherausgabe .....	356
c) Ausgewählte Sonderfragen bei Softwareimplementierung .....	357
aa) Arten der Implementierung .....	357
bb) Eigenständiger Vertrag .....	357
cc) Standardnahe Softwareimplementierung .....	358
dd) Aufwärtskompatibilität .....	358
ee) Aufnahme in den Standard? .....	359
d) Testing .....	360
e) Datenmigration .....	362
f) Go-Live/Produktivsetzung, Probebetrieb/Hypercare-Phase und Abnahme .....	362
g) Schulungen .....	364
2. Kommerzielle Ausgestaltung .....	364
a) Time & Material .....	365
b) Festpreis .....	366
c) Doppelter Festpreis .....	366
d) Agiler Festpreis .....	367
e) Inflation und Benchmarking .....	368
f) Nebenkosten .....	370
3. Mitwirkungen und Beistellungen des Auftraggebers .....	370
a) Umfang .....	370
b) Rechtsfolgen bei Nichterfüllung .....	371
aa) Gesetzlich .....	371
bb) Vertraglich .....	373
c) Rechtsfolgen bei Übererfüllung .....	374
4. Änderungen im Projekt .....	374
a) Grundsatz .....	374
b) Ausnahme: Wegfall der Geschäftsgrundlage .....	375
c) Berücksichtigung ersparter Aufwendungen .....	375
d) Relevanz der Vertragsgrundlage .....	375
5. Spezifischer Regelungsbedarf .....	376
a) Rechte an Arbeitsergebnissen .....	376
b) Drittsoftware .....	376
c) Zusammenarbeit der Fachteams/Risiko einer verdeckten Arbeitnehmer-überlassung .....	376
d) Anforderungen an Auftragnehmerpersonal und Schlüsselmitarbeiter .....	377
V. Werkvertragliche Gewährleistung .....	378
1. Anwendungsbereich .....	378
a) Erfüllungsanspruch bis zur Abnahme .....	378
b) Sekundäransprüche nach der Abnahme .....	379
c) Abnahme .....	379
aa) Abgrenzung zu Freigaben .....	380
bb) Abnahmepflicht .....	380
cc) Abnahmeerklärung .....	380
2. Mangel .....	381
a) Sachmängel .....	381
b) Rechtsmängel .....	382
c) B2C-Verträge über digitale Produkte .....	382
d) Definition des Mängelbegriffs in Mängelklassen .....	383
3. Rechte .....	383
a) Nacherfüllung .....	383
b) Selbstvornahme .....	384
c) Minderung/Rücktritt .....	385
aa) Fristsetzung .....	385
bb) Rechtsfolge .....	386
d) Schadensersatz .....	387
aa) Voraussetzungen .....	387
bb) Rechtsfolge .....	387
4. Verjährung .....	388

VI. Beendigung .....	390
1. Ordentliche Kündigung des Auftraggebers .....	390
2. Außerordentliche Kündigung .....	392
a) Außerordentliches Kündigungsrecht beider Parteien .....	392
b) Außerordentliches Kündigungsrecht des Auftragnehmers .....	392
VII. Softwareentwicklung durch künstliche Intelligenz .....	392
1. Risiko einer Urheberrechtsverletzung .....	393
2. Rechte an KI generierter Software .....	394
 § 9 Cloud Computing und Software-as-a-Service	
I. Grundlagen und praktische Relevanz .....	398
II. Spielarten und Rechtsnatur .....	401
1. Cloud-Modelle .....	403
a) Service-Modelle .....	403
aa) Infrastructure-as-a-Service (IaaS) .....	403
bb) Platform-as-a-Service (PaaS) .....	403
cc) Software-as-a-Service (SaaS) .....	404
dd) Anything-as-a-Service (XaaS) .....	404
b) Deployment-Modelle/Bereitstellungsmodelle .....	405
aa) Public Cloud .....	405
bb) Private Cloud .....	405
cc) Hybrid Cloud .....	405
c) Abgrenzung zu Cloud-nahen Leistungen .....	405
aa) Hosting .....	406
bb) Rechenzentrums-Modelle/Housing .....	406
2. Rechtsnatur von Cloud-Verträgen und praktische Vertragsgestaltung .....	406
a) Mietvertrag oder typengemischter Vertrag .....	406
b) Laufzeit .....	409
c) Abgrenzung zur Softwareüberlassung .....	409
d) Bestimmung der typischen Leistungspflichten .....	409
III. Anbieterpflichten .....	411
1. Leistungsinhalt .....	411
a) Initiale Leistungen .....	412
b) Bereitstellung der Cloud-Leistungen .....	414
c) Nutzungsrechte .....	414
d) Updatepflichten und rechtskonforme Nutzbarkeit .....	415
aa) Aktualisierungspflichten in digitalen Verbraucherverträgen .....	416
(i) Geschuldete Aktualisierungen .....	416
(ii) Bereitstellung .....	418
(iii) Bereitstellungszeitraum .....	418
(iv) Information .....	419
(v) Rechtsfolge: Produktmangel .....	419
bb) Aktualisierungspflichten in B2B-Verträgen .....	419
cc) Zwangsupdates .....	421
e) Backup und Datensicherung .....	422
f) Begleitende Nebenleistungspflichten .....	424
g) Pflichten bei Vertragsende .....	425
aa) Migration .....	426
bb) Datenlöschung .....	428
2. Verfügbarkeit (Service-Level-Agreement) .....	428
a) Service-Level-Agreement (SLA) .....	429
b) Leistungsstörung und Rechtsfolgen .....	430
aa) B2B-Verträge .....	431
bb) B2C-Verträge .....	432
3. Vertraulichkeit .....	433
IV. Nutzerpflichten und -obliegenheiten .....	433
1. Haupt- und Nebenleistungspflichten .....	434
2. Abgrenzung von Leistungspflichten, Nebenpflichten und Obliegenheiten .....	434

3. Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten .....	435
a) Vertragsgemäße Inanspruchnahme .....	436
b) Ausschluss missbräuchlicher Nutzung .....	436
c) Mängelanzeige .....	437
d) Technische Systemvoraussetzungen .....	437
e) Datenübertragung und -sicherung .....	437
f) Migration und Exit-Szenarien .....	438
V. Vertiefungen .....	439
1. Datenschutz und Datensicherheit .....	439
a) Cloud-Anbieter als Telekommunikationsdiensteanbieter oder Telemedienanbieter: Anwendbares Datenschutzregime von DS-GVO, TKG, TTDSG und TMG .....	439
b) Räumliche und sachliche Anwendbarkeit der DS-GVO .....	440
c) Datenschutzrechtliche Erlaubnis und Rollenverteilung .....	441
aa) Cloud-Anbieter als Auftragsverarbeiter .....	441
bb) Auftragsverarbeitungsvertrag, Auswahl und Überwachung .....	444
cc) Cloud-Anbieter als Verantwortlicher .....	445
dd) Gemeinsame Verantwortlichkeit .....	446
d) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung .....	447
e) Weitere datenschutzrechtliche Anforderungen .....	448
f) Datensicherheit (TOM) .....	448
2. Vergütungsmodelle .....	449
a) Varianten .....	449
b) Preisanpassungsklauseln .....	450
3. Besonderheiten bei Multi-Cloud-Modellen .....	450
a) Spielarten und Leistungsbeziehungen .....	450
b) Datenschutz .....	451
4. Digitales Verbraucherrecht .....	451
a) Anwendungsbereich des digitalen Verbraucherrecht .....	452
aa) Verbrauchertrag .....	452
bb) Digitale Produkte .....	453
cc) Ausnahmen vom Anwendungsbereich: Regulierte digitale Produkte .....	454
dd) Gegenleistung des Verbrauchers .....	455
(i) Bezahlen mit Daten .....	455
(ii) Datenschutzrechtliche Zulässigkeit .....	457
(iii) Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Unzulässigkeit .....	459
(iv) Verbraucherschutzrechtliche Folgen beim Bezahlen mit Daten .....	460
ee) Waren mit digitalen Elementen .....	460
b) Bereitstellung .....	461
c) Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte .....	462
aa) Produktmangel .....	462
bb) Rechtsmangel .....	465
d) Aktualisierungspflichten .....	465
e) Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Mangels .....	465
f) Änderungen digitaler Produkte und einseitige Leistungsanpassungen .....	466
g) Vertragsbeendigung und Rechtsfolgen .....	470
5. Besonderheiten bei App-basierten Lösungen .....	471
a) Charakteristika „App“, Abgrenzung zu Telekommunikationsdiensten .....	471
b) Bereitstellung im Dreiecksverhältnis (AppStore/Google Play/WindowsStore und der Nutzer) .....	473
aa) Der Vertrag zwischen Plattformbetreiber und Anbieter .....	475
bb) Der Vertrag zwischen Anbieter und Anwender .....	478
cc) Der Vertrag zwischen Anbieter und Entwickler .....	479
dd) Der Vertrag zwischen Anbieter und Content-Lieferant .....	479
c) InApp-Käufe (InApp-Purchases) .....	480
d) Datenschutzrechtliche Anforderungen .....	482
VI. Vertrieb von Cloudlösungen .....	482
1. Besonderheiten beim Vertrieb von Cloud-Angeboten .....	482

2. Vertriebsformen .....	483
a) Direktvertrieb .....	484
b) Reseller-Modelle .....	485
c) Sonderfall: Generalunternehmer .....	487

### § 10 Hosting

I. Grundlagen und rechtliche Einordnung .....	488
1. Hosting im engeren Sinne .....	489
a) Webhosting .....	490
b) Rechenzentrumshosting/Housing .....	490
2. Rechtsnatur .....	490
II. Vertragsgestaltung .....	491
III. Leistungsstörungen .....	492
IV. Datenschutzrechtliche Besonderheiten .....	493

### § 11 Allgemeine Vertragsklauseln

I. Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	499
1. Allgemeines zum Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	499
a) Vertragsbedingungen .....	499
b) Vorformuliert .....	499
c) Stellen .....	500
d) Keine Individualvereinbarung .....	501
2. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag .....	502
a) Im Geschäftsverkehr .....	502
b) Im Verbraucherverkehr .....	503
3. Widersprechende Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	504
4. Konsequenzen und Inhaltskontrolle .....	506
5. Strategien beim Einsatz Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	506
6. Fragen zum Vertragsmanagement .....	507
II. Softwarespezifische Nutzungs-, Weitergabe- und Vervielfältigungsverbote .....	508
1. Nutzungsverbote und Nutzungsbeschränkungen .....	508
a) Überraschende Klauseln und Ausschluss der Leistungsbeschreibung .....	510
b) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB .....	510
c) Rechtfertigung durch besondere Interessen des Softwareherstellers .....	511
d) Zeitlich befristete Softwareüberlassungsverträge .....	513
2. Das Verbot der Nutzung im Netzwerk und der Mehrfachnutzung .....	514
a) Technischer Hintergrund .....	514
b) Die Interessen der Softwarehersteller .....	514
c) Vertragliche Netzwerkverbote und technische Schutzmechanismen .....	515
d) Preisgebundene Netzwerkklauseln .....	516
3. Weiterveräußerungsverbote .....	517
a) Vertraglich vereinbarte Weiterveräußerungsverbote .....	519
aa) Überraschende Klauseln gemäß § 305c Abs. 1 BGB .....	519
bb) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	520
cc) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	521
dd) Die Rechtfertigung durch besondere Interessen des Softwareherstellers .....	522
b) Bedingte Weiterveräußerungsverbote .....	524
4. Weitervermietungsverbote .....	527
a) Vertraglich vereinbarte Weitervermietungsverbote .....	527
aa) Das Verbot der Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	527
bb) Das Verbot der keinen Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	528
cc) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB .....	528
b) Weitervermietungsverbote in zeitlich befristeten Softwareüberlassungsverträgen .....	530

5. Verleihverbote und sonstige Gebrauchsüberlassungsverbote .....	531
a) Verleihverbote .....	531
b) Sonstige Gebrauchsüberlassungsverbote .....	531
6. Die Vervielfältigungsverbote .....	532
a) Vervielfältigungshandlungen und Zustimmungsbedürftigkeit .....	532
b) Nicht notwendige, sondern lediglich gebotene Vervielfältigungen .....	534
aa) Vorhandensein einer ausdrücklichen vertraglichen Kopier- erlaubnis .....	534
bb) Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung .....	534
cc) Vertragliches Kopierverbot und Kopierschutz .....	535
III. Informations-, Audit- und Kontrollrechte .....	538
1. Die Vereinbarung von Informationsrechten .....	538
2. Die Vereinbarung von Audit- und Kontrollrechten .....	541
IV. Regelungen zu Vergütung und Fälligkeit .....	544
1. Vergütung .....	544
2. Die Kontrollfähigkeit von Preisabreden und Preisnebenabreden .....	548
3. Regelungen zur Fälligkeit .....	550
V. Preisanpassungen .....	553
1. Arten von Preisanpassungsklauseln .....	554
2. Indexklauseln .....	554
3. Benchmarking .....	555
4. Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln .....	557
a) Preisanpassungsklauseln in Individualvereinbarungen .....	557
b) Vorgaben des Preisklauselgesetzes .....	557
c) Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Allgemeinen Geschäfts- bedingungen .....	558
aa) Interesse des Verwenders und Zumutbarkeit .....	558
bb) Transparenzgebot .....	559
cc) Äquivalenzgebot .....	559
d) Anwendbarkeit der Rechtsprechung auf den unternehmerischen Geschäftsvorkehr .....	560
VI. Einsatz von Subunternehmern .....	560
1. Situation ohne explizite Regelung zum Subunternehmereinsatz .....	561
2. Überlegungen aus regulatorischen Ansätzen .....	563
3. Herausforderungen für und Interessen der Vertragsparteien .....	564
a) Der Auftraggeber .....	564
b) Der Hauptauftragnehmer .....	565
c) Der Subunternehmer .....	566
4. Grundsätzliche Regelungsgegenstände .....	566
VII. Änderungsrechte .....	567
1. Allgemeines zu Änderungsrechten .....	568
2. Anbieterseitige Änderungsrechte .....	569
3. Kundenseitige Änderungsrechte .....	571
a) Änderungen der vertraglichen Leistung .....	571
b) Änderungen aufgrund von rechtlichen Neuerungen .....	572
c) Vertragliche Vereinbarung eines Change Request Verfahrens .....	574
VIII. Rügepflichten .....	575
1. Vertraglicher Anwendungsbereich und Zweck derartiger Regelungen .....	575
2. Rügepflichten bei beidseitigem Handelsgeschäft .....	577
3. Vertragliche Mängelanzeigepflichten unter Kaufleuten .....	580
a) Verschärfungen gegenüber § 377 HGB .....	580
b) Erleichterungen gegenüber § 377 HGB bei Einkaufsbedingungen .....	582
4. Ausschlussfristen für Mängelanzeigen im Verbrauchermarkt .....	582
5. Sonderproblem: Rügepflichten beim Softwareleasing .....	585
a) Die Abtretung der Mängelhaftungsansprüche im Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferanten .....	585
b) Das Problem der Einbeziehung in den Vertrag .....	586
c) Die Rügeobliegenheiten des Leasingnehmers .....	587

IX. Sach- und Rechtsmängelregelungen .....	588
1. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	591
a) Der Verbraucherverkehr .....	591
b) Der Unternehmensverkehr .....	593
2. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	594
a) Der Verbraucherverkehr .....	594
b) Der Unternehmensverkehr .....	595
X. Schadensersatzklauseln .....	595
1. Produkthaftung und Produzentenhaftung .....	596
a) Die Haftung nach dem ProdHaftG .....	596
aa) Software als Produkt gemäß § 2 ProdHaftG .....	596
bb) Fehler eines Produkts gemäß § 3 ProdHaftG .....	597
cc) Die Rechtsfolgen nach dem ProdHaftG .....	598
b) Die Haftung nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung .....	599
2. Besondere Anforderungen an die transparente Vertragsgestaltung .....	601
3. Haftungsbeschränkungen bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	602
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	602
aa) Haftungsausschlüsse und -beschränkungen und das Fehlen der garantierten Beschaffenheit .....	603
(i) Der Verbraucherverkehr .....	603
(ii) Der Unternehmensverkehr .....	603
bb) Haftungsausschluss und -beschränkung zur Produkthaftung .....	604
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	604
aa) Der Verbraucherverkehr .....	604
(i) Das Klauselverbot gemäß § 309 Nr. 7 lit. a BGB .....	604
(ii) Das Klauselverbot gemäß § 309 Nr. 7 lit. b BGB .....	605
(iii) Haftungsklauseln für leichte Fahrlässigkeit .....	606
bb) Der Unternehmensverkehr .....	609
4. Haftungsausschluss und Haftungsbeschränkung bei der Software- überlassung auf Zeit .....	610
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	610
aa) Der Verbraucherverkehr .....	610
bb) Der Unternehmensverkehr .....	611
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	611
5. Sonderprobleme bei pauschalierten Schadensersatzansprüchen des Softwarelieferanten .....	611
a) Allgemeines .....	611
b) Das Verbot überhöhter Pauschalen gemäß § 309 Nr. 5 lit. a BGB .....	612
c) Das Verbot des Abschneidens des Gegenbeweises gemäß § 309 Nr. 5 lit. b BGB .....	613
d) Besonderheiten im Unternehmensverkehr .....	613
6. Die Folgen der Unwirksamkeit von Haftungsklauseln .....	614
XI. Regelungen zu Mitwirkung und Abnahme .....	615
1. Grundsätzliches zu den (werkvertraglichen) Pflichten des Auftrag- gebers .....	616
2. Die Mitwirkung des Auftraggebers .....	616
a) Allgemeines .....	616
b) Vertragliche Vereinbarungen zur Mitwirkung .....	617
3. Die Abnahme durch den Auftraggeber .....	618
a) Allgemeines zur Abnahme und zu Abnahmeveraussetzungen .....	618
b) Vertragliche Regelungen zur Abnahme .....	620
XII. Vertragliche Regelung von Kündigungsrechten und Exits .....	621
1. Jederzeitiges Kündigungsrecht des Auftraggebers gemäß § 648 BGB .....	621
a) Allgemeines .....	621
b) Regelungen zum Kündigungsrecht gemäß § 648 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und in individualvertraglichen Vereinbarungen .....	622
2. Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB .....	623
a) Allgemeines .....	623

b) Beschränkung des Kündigungsrechts gemäß § 314 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und durch Individualvertrag .....	623
3. Vertragliche Exit-Klauseln .....	624
4. „Change of Control“-Klauseln .....	625
5. Nachvertragliche Unterstützungsleistungen bei Exits .....	627
XIII. Konkurrenzverbote .....	628
1. Typen und Relevanz .....	628
2. Vertragsrechtliche Zulässigkeit .....	629
XIV. Geheimhaltungsklauseln, Vertraulichkeit und NDAs .....	632
1. Die Interessen der Vertragsparteien .....	633
2. In Vertraulichkeitsklauseln und NDAs zu regelnde Aspekte .....	634
3. Inhaltskontrolle .....	635
XV. Allgemeine Regelungen von und zu Vertragsstrafen .....	636
1. Allgemeines .....	637
a) Begriff und Zweck der Vertragsstrafe .....	637
b) Abgrenzung zu ähnlichen Erscheinungen .....	637
c) Vereinbarung einer Vertragsstrafe .....	638
2. Vertragsstrafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	639
a) Verbraucher- und Unternehmensverkehr .....	639
b) Fallgruppen unzulässiger Vertragsstrafen .....	639
3. Vertragsstrafen in Individualverträgen .....	641
4. Die Höhe der Vertragsstrafe .....	641
XVI. Salvatorische Klauseln .....	642
1. Vertragswirksamkeits- oder Erhaltungsklauseln .....	643
2. Teilunwirksamkeitsklauseln .....	644
3. Relativierungsklauseln .....	646
4. Klauseln mit Ersetzungsbefugnis und mit Ersatzregelungen .....	648
a) Klauseln mit Ersetzungsbefugnis .....	649
b) Klauseln mit Ersatzregelungen .....	650
c) Klauseln mit Verpflichtung zur Vereinbarung einer Ersatzregelung oder Ersatzregelungsfiktion .....	650
XVII. Schriftformklauseln und ähnliche Klauseln .....	651
1. Der Inhalt der einzelnen Klauseltypen .....	652
2. Die Wirksamkeit der individualvertraglich vereinbarten Schriftform .....	653
3. Schriftformklauseln in Formularverträgen (AGB) .....	654
4. Klauseln mit besonderen Zugangserfordernissen .....	655

## Teil 4: Compliance

### § 12 Open Source Compliance

I. Einführung .....	659
1. Softwareentwicklung .....	661
2. Geschäftsmodelle hinter OSS .....	661
3. Abgrenzung zu anderen Lizenzmodellen .....	663
4. OSS-Lizenzmodelle .....	665
5. Auslegung von OSS-Lizenzen .....	666
6. Anwendbares Recht .....	667
II. Einzelne Attribute .....	669
1. Bereitstellung des Source Codes .....	669
2. Verfügbarkeit des Lizenztextes, Einbeziehung in das Vertragsverhältnis .....	670
3. Urhebervermerke .....	671
4. Zusätzliche Lizenzbestimmungen, Texte oder Hinweise .....	672
5. Werbung mit Nennung der Urheber oder der Software, Markennutzung .....	673
6. Copyleft .....	674
a) Überblick .....	674
b) Strenger Copyleft-Effekt .....	676
c) Schwacher Copyleft-Effekt .....	676

d) Permissive Lizenzen .....	676
e) Public Domain .....	677
7. Patentrechtliche Regelungen .....	677
a) Patentlizenzen .....	678
b) Patentleft-Effekt .....	680
c) Patentrechtliche Vergeltungsklauseln .....	681
8. Kommerzielle Nutzung .....	681
9. Verbreitungsrechte .....	682
10. DRM-Verbot/Tivoisierung .....	683
11. Nutzung in Form von SaaS und ASP .....	684
a) Rechtliche Grundlagen .....	685
b) ASP-Nutzung und anwendbares Urheberrecht .....	686
c) ASP-Nutzung unter der jeweiligen OSS-Lizenz .....	687
d) Fazit .....	690
12. Änderungen .....	690
13. Gewährleistung, Haftung .....	691
14. Lizenzwechsel .....	692
15. Spiegeln von Lizenzpflichten .....	692
16. Beendigungsklauseln .....	693
III. Einzelne OSS-Lizenzen .....	694
1. GPL-2.0, GPL-3.0 .....	694
a) AGB-rechtliche Aspekte der GPL .....	694
b) Informationspflichten .....	696
c) Source Code – GPL-2.0 .....	698
d) Source Code – GPL-3.0 .....	700
e) Vervielfältigung und Verbreitung .....	701
f) Urhebervermerke und Haftungsausschluss .....	702
g) Bearbeitungserlaubnis .....	704
h) Copyleft-Effekt .....	705
aa) Copyleft-Effekt der GPL-2.0 .....	705
bb) Copyleft-Effekt der GPL-3.0 .....	706
cc) Auslegung der Reichweite des Copyleft-Effekts .....	708
dd) Workarounds .....	711
(i) Verzicht auf Auslieferung .....	712
a) Nutzerseitige Beistelleistung .....	712
b) Herunterladen der Komponente durch Installationsprogramm ..	714
(ii) Wrapper .....	716
(iii) Ergebnis .....	719
i) DRM-Verbot/Tivoisierung .....	720
j) Gewährleistung, Haftung .....	721
k) Patentleft-Effekt .....	722
aa) Patentlizenz .....	722
bb) Downstream License bei unveränderter Weitergabe .....	725
cc) Patentlizenz bei einer unveränderten Weitergabe .....	728
dd) Diskriminierende Patentlizenzen .....	731
ee) Patentrechtliche Vergeltungsklausel .....	732
2. LGPL-2.1, LGPL-3.0 .....	733
a) Wesentliche Pflichten der LGPL .....	733
b) Header Files .....	734
c) DRM .....	736
3. AGPL .....	736
4. Apache License .....	738
5. BSD License .....	738
6. MIT License .....	739
IV. Open Source Compliance .....	739
1. Warum Compliance? .....	740
a) Rechtsfolgen .....	740
b) Anspruchsgläubiger .....	742

2. Best Practice .....	743
a) Komponentenerfassung .....	744
b) Lizenzprüfung .....	747
c) Lizenzkompatibilität .....	747
d) Informations- und Dokumentationspflichten .....	749
e) Weitervertrieb der Software, Vertriebswege .....	750
f) Lizenzänderungen bei Updates .....	750
g) „Einkauf“ von OSS .....	751
h) Vergaberechtliche Besonderheiten .....	752
i) Checkliste für einen Freigabeprozess .....	753
j) Software Bill of Materials .....	754
aa) Regulatorische Anforderungen .....	756
bb) Technische Richtlinie TR-03183 .....	757
cc) Executive Order und NTIA .....	758
k) Typische Fehler .....	759
l) Standardisierung .....	760
3. Wartung und Pflege von OSS .....	762
V. Mitwirkung an OSS-Projekten .....	763
1. Einführung .....	763
2. Grundüberlegungen .....	763
3. OSS-Projekte der öffentlichen Hand .....	765
4. Haftung .....	766
5. Compliance .....	766
6. Geschlossene und offene Projekte .....	767
7. Contribution Guidelines, Governance-Strukturen .....	768
8. Contributor License Agreements .....	770
9. Open Core .....	773
10. Multi Licensing .....	774
11. Wahl der Lizenz .....	775

### § 13 Data Compliance

I. Einführung .....	780
II. Das europäische Datenrecht im Überblick .....	781
1. Gesetzesübergreifende Aspekte des Datenrechts .....	781
a) Compliance by design .....	781
b) Die Rechte und Freiheiten des Einzelnen: Datenrecht und Grundrechte .....	782
2. Wesentliche datenrechtliche Gesetze im Überblick .....	782
a) Die Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) .....	782
b) Die E-Privacy-Richtlinie .....	783
c) Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) .....	783
d) Der Daten-Governance-Rechtsakt (Data Governance Act) und PSI-Richtlinie .....	783
e) Die Datenverordnung (Data Act) .....	784
f) Sonstige Normen, insbesondere KI-Regulierung und Cybersicherheit .....	785
3. Anwendungsbereich der (wesentlichen) Gesetze .....	785
a) Direkte und indirekte Auswirkungen des gesetzlichen Anwendungsbereichs ..	785
b) Sachlicher und personeller Anwendungsbereich .....	786
aa) Die DS-GVO: Verarbeitung personenbezogener Daten, Verantwortliche, Auftragsverarbeiter .....	786
bb) Das BDSG .....	790
cc) Das TTDSG .....	790
dd) Der Daten-Governance-Rechtsakt (Data Governance Act) .....	790
ee) Die Datenverordnung (Data Act), insbes. relevante Daten, Dateninhaber, Nutzer, Cloud-Services .....	792
c) Räumlicher Anwendungsbereich der wesentlichen Gesetze .....	795
aa) Räumlicher Anwendungsbereich der DS-GVO .....	795
bb) Räumlicher Anwendungsbereich des BDSG .....	797
cc) Räumlicher Anwendungsbereich des TTDSG .....	797

dd) Daten-Governance-Rechtsakt (DGA): Marktortprinzip für Datenvermittlungsdienste .....	797
ee) Räumlicher Anwendungsbereich der Datenverordnung (Data Act) .....	797
4. Sanktionen und Haftung .....	798
a) Bußgelder .....	798
aa) DS-GVO .....	798
bb) Datenverordnung (Data Act) .....	799
cc) Der Data-Governance-Rechtsakt (DGA) .....	799
b) Datenschutzrechtliche Haftung auf Schadensersatz .....	800
c) Zivilrechtliche Haftung unter dem Data Act und DGA .....	800
III. Einzelthemen .....	801
1. Die DS-GVO .....	801
a) Die Grundsätze der DS-GVO – Leitlinie für die Rechtskonformität interner Prozesse .....	801
b) Verarbeitungstätigkeiten und Software .....	804
c) Datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände .....	805
aa) Die (datenschutzrechtliche) Einwilligung .....	805
bb) Die Vertragserfüllung .....	806
cc) Die Interessenabwägung .....	807
d) Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 25 DS-GVO) .....	808
aa) Wesentliche Vorgaben .....	808
bb) Folgen für die Praxis .....	808
e) Rollenabgrenzung der DS-GVO, insbesondere auch gemeinsame Verantwortlichkeit .....	809
aa) Gemeinsame Verantwortlichkeit .....	809
bb) Auftragsverarbeitung und gleichzeitige Verantwortlichkeit (Doppelrolle) .....	810
cc) Auftragsverarbeitungsvereinbarungen (Art. 28 DS-GVO) .....	810
f) Betroffeneninformation bei softwaregestützten Prozessen .....	811
aa) Zeitpunkt der Information und Abgrenzung von Art. 13 und 14 DS-GVO .....	811
bb) Form der Informationen .....	812
cc) Kundenseitige Informationsdefizite bei komplexer (standardisierter) Software .....	813
g) Auskunftsansprüche bei softwaregestützten Prozessen .....	813
aa) Information über die Verarbeitung personenbezogener Daten .....	813
bb) Bereitstellung einer Kopie .....	814
h) Verarbeitung personenbezogener Daten („Echtdaten“) im Rahmen von Softwaretests .....	815
aa) Allgemeines: Echtdaten, synthetische Daten und datenschutzrechtliche Notwendigkeit von Softwaretests .....	815
bb) Rechtsgrundlage, insbesondere Erforderlichkeit (Art. 6 Abs. 1 DS-GVO) .....	816
cc) Zweckänderung .....	818
i) Recht auf Datenübertragbarkeit .....	818
j) Datenschutz-Folgenabschätzungen .....	819
k) Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer .....	819
l) Besondere Kategorien personenbezogener Daten .....	821
2. Das TTDSG .....	822
a) Speicherung von und Zugriff auf in Endgeräten gespeicherten Informationen .....	822
b) Einwilligungsvorbehalt und Ausnahmen .....	822
3. Die Datenverordnung (Data Act) .....	823
a) Zugang zu Daten .....	823
aa) Datenzugang by design (Art. 3 Abs. 1 Data Act) .....	823
bb) Informationspflichten (Art. 3 Abs. 2, 3 Data Act) .....	824
cc) Datenzugangsansprüche und korrespondierende Bereitstellungspflichten (Art. 4 Abs. 1 Data Act) .....	825
dd) Datenzugangsansprüche und Art. 20 DS-GVO .....	827

ee) Datenzugang durch Dritte (Art. 5 Data Act) .....	827
b) Datennutzungsverträge: Rechte an Daten und Einschränkungen der Nutzung von Daten .....	828
aa) Der Grundsatz .....	828
bb) Datennutzungsverträge nach Maßgabe des Data Act .....	828
c) Datenzugang und Datenschutz .....	830
aa) Prüfung des Personenbezugs als zentrale Compliance-Frage .....	830
bb) Der Data Act und datenschutzrechtliche Rechtsgrundlagen (Art. 6 DS-GVO) .....	830
d) Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten .....	832
aa) Gesetzgeberischer Hintergrund .....	832
bb) Adressaten und Einschränkungen des Anwendungsbereiches .....	832
cc) Der Wechselprozess .....	833
dd) Vorgaben an die Vertragsgestaltung .....	835
ee) Informations- und Transparenzpflichten .....	835
4. Der Daten-Governance-Rechtsakt (Data Governance Act) .....	836
a) Zugang zu Daten der öffentlichen Hand .....	836
aa) Keine Verpflichtung öffentlicher Stellen – Kein Zugangsanspruchs (privater) Stellen .....	836
bb) Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen .....	836
cc) Bedingungen für die Weiterverwendung .....	836
b) (Compliance-)Anforderungen an Datenvermittlungsdienste .....	837
aa) Ausnahmen des Art. 2 Nr. 11 DGA .....	837
bb) Anmeldepflicht und Anmeldeverfahren, Anforderungen an Websites .....	838
cc) Materielle Anforderungen (Bedingungen) an die Erbringung von Datenvermittlungsdiensten .....	839
c) Verhältnis zur DS-GVO .....	840
d) Datenaltruismus .....	840
aa) Hintergrund .....	840
bb) Anerkannte datenaltruistische Organisationen .....	840
cc) (Ausgewählte) Anforderungen an anerkannte datenaltruistische Organisationen .....	841
dd) Nur deklaratorische Privilegierung nach Art. 15 DGA .....	841

## § 14 Cybersecurity Compliance

I. Grundlagen .....	846
1. Lagebild: Cybersicherheit und Software .....	847
2. Ziele der Cybersecurity Compliance .....	848
a) Akteure .....	849
b) Allgemeine Anforderungen an Cybersicherheit und ihre Umsetzung .....	849
c) Cybersicherheit als Leitungsaufgabe .....	850
3. Der regulatorische Rahmen im Überblick .....	851
II. Cybersecurity Management .....	851
1. Prevent-Phase .....	852
a) Awareness .....	852
b) Software-Bill-of-Material .....	853
c) Bug-Reporting und Bug-Bounty .....	853
d) Responsible-Disclosure .....	854
e) Cybersecurity by Design .....	855
f) Schwachstellenscans (Vulnerability-Test) und Penetrationstest (Pentest) .....	856
g) Bewertung von Schwachstellen .....	856
h) Incident-Response-Readiness .....	856
i) Zertifizierungen und freiwilliges IT-Sicherheitskennzeichen .....	857
j) Versicherungen .....	858
k) Vertragsgestaltung .....	858
2. React-Phase .....	859
3. Respond-Phase .....	859
a) Anspruchsverfolgung .....	859

b) Rechtsverteidigung .....	860
c) Backups und Disaster-Recovery .....	860
III. Regulatorischer Rahmen .....	861
1. Produktbezogene Vorgaben .....	861
a) Cyber Resilience Act .....	861
b) (Neues) Produkthaftungsrecht .....	864
c) Entwurf für eine Verordnung über Künstliche Intelligenz (KI-VO-E) .....	865
2. Unternehmensbezogene Vorgaben .....	866
a) Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) .....	866
b) NIS-2-RL .....	868
c) Datenschutz-Grundverordnung .....	869
d) Sektorsspezifische Besonderheiten .....	870
aa) Gesundheitswesen .....	870
bb) Finanzsektor .....	871
cc) Automobilbranche .....	872
IV. Vertiefungen .....	873
1. Stand der Technik .....	873
2. Schwachstellen als Leistungsstörungen .....	874
a) Schwachstellen als Mangel im allgemeinen Gewährleistungsrecht .....	874
b) Schwachstellen als Mangel eines digitalen Produkts .....	875
aa) Vertragsmäßigkeit Digitaler Produkte .....	875
bb) Rechtsfolgen einer Schwachstelle bei digitalen Produkten .....	876
c) Vertragsgestaltung .....	877
aa) Gestaltung von Verträgen B2B .....	877
bb) Gestaltung von Verträgen über digitale Produkte .....	877
3. Cybersicherheit in der Lieferkette .....	878
4. Open-Source-Software (OSS) .....	879
V. Folgen von Non-Compliance .....	880
1. Aufsichtsbehördliche Maßnahmen .....	880
a) Bußgelder .....	880
b) Marktmaßnahmen .....	881
c) (Produkt-)Warnungen .....	882
aa) Warnungen durch das BSI .....	882
bb) Warnungen durch Datenschutzaufsichtsbehörden .....	883
2. Zivilrechtliche Haftung .....	884

## § 15 Outsourcing Compliance

I. IT-Outsourcing .....	887
II. Compliance beim IT-Outsourcing .....	888
III. Besondere Outsourcing-Tatbestände .....	889
1. Geschäftsgesheimnisschutz .....	890
2. Berufsgeheimnis § 203 StGB .....	890
3. Datenschutz .....	891
4. Kritische Infrastrukturen/wesentliche und wichtige Einrichtungen .....	891
5. Finanzsektor .....	892
a) Versicherungen .....	892
b) Banken .....	893
c) Digital-Operational-Resilience-Act (DORA) .....	895
6. Data Act .....	895

## § 16 AI & Product Compliance

I. Grundlagen .....	899
1. Künstliche Intelligenz als Rechtsbegriff .....	899
2. Ansätze für Regulierung .....	901
a) KI-VO: Abgestuftes Pflichtenmodell .....	901
b) Anwendungsbezogene Spezialanforderungen .....	902
c) Allgemeine Anforderungen .....	902

3. Abstufung nach Risiken durch Art. 5 ff. KI-VO .....	903
a) Per-se-verbotener Einsatz von KI (Art. 5 KI-VO) .....	903
b) Hochrisiko-KI-Systeme (Art. 6 KI-VO) .....	907
c) KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck (Kapitel V KI-VO) .....	910
d) Privilegierte Einsatzgebiete durch Ausnahmen vom Anwendungsbereich (Art. 2 KI-VO)? .....	912
e) Beachtung der Ethikleitlinien (Erwgr. 27 KI-VO) .....	913
aa) Menschliches Handeln und menschliche Aufsicht .....	914
bb) Technische Robustheit und Sicherheit .....	915
cc) Privatsphäre und Datenqualitätsmanagement .....	916
dd) Transparenz .....	917
ee) Vielfalt, Diskriminierungsfreiheit und Fairness .....	918
ff) Soziales und ökologisches Wohlergehen .....	918
4. Adressaten von Compliance-Pflichten .....	919
5. Zertifizierung und Qualitätssiegel .....	922
II. AI & Product Compliance .....	923
1. Product Compliance .....	923
2. Risikomanagementsysteme .....	925
a) Risikoanalyse .....	927
b) Risikobewertung .....	927
c) Risikobehandlung .....	928
d) Agile Entwicklung und Tests .....	929
e) Risikomonitoring und Reaktion .....	930
3. Datenqualität .....	931
4. Algorithmen- und Codequalität .....	933
5. Pflichten bei Betrieb und laufende Qualitätskontrolle .....	935
6. IT-Sicherheit .....	936
III. Deliktische Haftung für fehlerhafte Software .....	937
1. Produkthaftung und Produzentenhaftung .....	939
a) Fallgruppenbasierte richterliche Produzentenhaftung .....	939
b) Spezialgesetzliche Produkthaftung .....	940
2. Haftungssadressaten und Innenausgleich .....	943
3. Pflichtverstöße .....	948
a) Hersteller: Pflichten der deliktsrechtlichen Produzentenhaftung .....	950
b) Pflichten des (vom Hersteller getrennten) Vertriebs oder Infrastruktur-anbieters .....	953
c) Pflichten des Betreibers/Anwenders .....	955
d) Ausblick: KI-Haft-RL-E .....	957
4. Geschützte Rechtsgüter und haftungsgrundende Kausalität .....	959
5. Ersatzumfang und haftungsausfüllende Kausalität .....	961
a) Ersatzfähige Vermögenspositionen und Form des Ersatzes .....	961
b) Schadenszurechnung .....	962
6. Mitverschulden und vertragliche Haftungsbeschränkungen .....	964
7. Beweislast und Zugang zu Beweismitteln .....	967
a) Beweislast nach geltendem Recht, insbesondere Produzentenhaftung .....	967
b) Offenlegungspflichten und Beweislast nach der geplanten KI-Haftungs-richtlinie .....	970
c) Offenlegungspflichten und Beweislast nach der geplanten Reform der Produkthaftungsrichtlinie .....	972

## Teil 5: Spezialthemen

## § 17 Software Escrow

I. Grundlagen .....	974
1. Anwendungsfälle .....	974
2. Beteiligte und Interessen .....	975

a) Hersteller/Anbieter .....	975
b) Anwender .....	976
c) Hinterlegungsstelle .....	977
3. Vertragsverhältnisse .....	977
a) Dreiseitige Hinterlegung .....	977
b) Zweitseitige Hinterlegung .....	978
aa) Hinterlegung bei einer Hinterlegungsstelle .....	978
bb) Hinterlegung beim Anwender .....	979
4. Hinterlegungsgegenstände .....	979
II. Vertragsgestaltung .....	981
1. Vertragsgegenstand .....	981
2. Hinterlegungspflicht .....	981
3. Herausgabeverfahren .....	982
4. Nutzungsrechte .....	982
5. Abstimmung mit Softwarevertrag .....	983
6. Kostentragung .....	983
7. Laufzeit und Beendigung .....	983
III. Durchführung und Absicherung der tatsächlichen Hinterlegung .....	984
1. Zusammenstellung und Übergabe .....	984
2. Prüfung .....	984
3. Typische Herausgabefälle und Nachweis .....	985
IV. Insolvenzfestigkeit .....	986
1. Allgemeines .....	986
2. Stand der Rechtsprechung .....	987
3. Konsequenzen für Escrow-Verträge .....	988

### § 18 Internationales Softwarerecht

I. Internationales Privatrecht .....	992
1. UN-Kaufrecht und Softwarekaufverträge .....	993
a) Anwendung auf Software-Verträge .....	993
b) Überblick über die Regelungen des UN-Kaufrechts .....	994
aa) Vertragsschluss .....	994
bb) Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	995
cc) Primärpflichten der Vertragsparteien .....	996
dd) Rechte der Vertragsparteien .....	996
ee) Der Schadensersatzanspruch .....	998
2. Rom I-VO – Vertragsrecht .....	998
a) Rechtswahl .....	999
b) Objektive Anknüpfung .....	999
aa) Standardsoftware-Kaufverträge .....	1000
bb) Software-Entwicklungsverträge .....	1000
cc) Zeitweise Software-Überlassungsverträge .....	1001
dd) Lizenzvertragliche Einordnung .....	1001
c) Besonderheiten bei Verbraucherträgen .....	1001
d) Besonderheiten bei der Verwendung von AGB .....	1002
aa) Die Vereinbarung deutschem Rechts .....	1002
bb) Die Vereinbarung ausländischen Rechts .....	1003
cc) Die Vereinbarung ausländischen Rechts bei reinen Inlandssachverhalten ..	1003
dd) AGB in Verbraucherträgen .....	1003
e) International zwingendes Recht .....	1004
aa) Qualifikation als Eingriffsnorm .....	1004
bb) Internationaler Anwendungsbereich .....	1005
cc) Ausländische Eingriffsnormen .....	1006
3. Rom II-VO – Außervertragliche Schuldverhältnisse .....	1007
a) Anwendungsbereich .....	1007
b) Allgemeine Anknüpfungen: Nachträgliche Rechtswahl, gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt, Schadensort .....	1007

c) Besondere deliktische Ansprüche .....	1009
aa) Urheberrechtsverletzungen .....	1009
bb) Patentrecht .....	1011
cc) Markenrecht .....	1012
dd) Designschutz (Geschmacksmusterrecht) .....	1014
ee) Wettbewerbsrecht .....	1014
ff) Geheimnisschutz .....	1014
d) Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen („culpa in contrahendo“) .....	1015
e) Eingriffskondition .....	1015
f) International zwingendes Recht .....	1016
aa) Eingriffsnormen .....	1016
bb) Sicherheits- und Verhaltensregeln .....	1016
4. Exkurs: Ausländisches Recht im Verfahren .....	1017
a) Anwendung und Ermittlung .....	1017
b) Revisibilität .....	1017
II. Internationales Verfahrensrecht .....	1018
1. Einführung .....	1018
a) Brüssel Ia-VO und Luganer Übereinkommen .....	1018
b) Autonomes deutsches Recht .....	1018
c) Exkurs: Behandlung „doppelrelevanter Tatsachen“ .....	1020
2. Gerichtsstandsvereinbarung und rügelose Einlassung .....	1020
a) Gerichtsstandsvereinbarungen nach der Brüssel Ia-VO .....	1020
b) Gerichtsstandsvereinbarungen in der ZPO .....	1022
c) Rügelose Einlassung .....	1022
3. Der allgemeine Gerichtsstand .....	1023
4. Zuständigkeit für vertragliche Ansprüche .....	1023
a) Vertragsgerichtsstand nach Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO .....	1024
aa) Grundsätze zur Bestimmung des Erfüllungsorts .....	1024
bb) Vertrag über Standard-Software .....	1026
cc) Vertrag über individualisierte Software .....	1026
dd) Software-Wartungsverträge, Cloud-Computing, Software-Implementierung .....	1027
ee) Softwaremiete und Lizenzverträge .....	1027
b) Vertragsgerichtsstand nach § 29 Abs. 1, § 29a Abs. 1 ZPO .....	1027
5. Verbrauchergerichtsstand gemäß Art. 17–19 Brüssel Ia-VO .....	1028
6. Zuständigkeit für allgemeine deliktische Ansprüche .....	1028
a) Handlungsort .....	1029
b) Erfolgsort .....	1029
7. Weitere besondere Zuständigkeiten .....	1030
8. Besonderheiten bei Streitigkeiten über Immaterialgüterrechte .....	1030
a) Ausschließlicher Gerichtsstand bei Wirksamkeitsstreitigkeiten gemäß Art. 24 Nr. 4 Brüssel Ia-VO .....	1030
b) Deliktische Erfolgsortanknüpfung bei Urheberrechtsverletzungen .....	1031
c) Erfolgsort bei Markenrechtsverletzungen .....	1032
d) Das Europäische Patentgericht .....	1033
9. Anerkennung und Vollstreckung .....	1033

## Teil 6: Softwareprojekte in der Krise

### § 19 Mediation

I. Einführung .....	1036
II. Ursachen von Krisen in Softwareprojekten .....	1037
1. Technizität .....	1037
2. Babylonische Sprachverwirrung .....	1038
3. Innerbetriebliche Probleme .....	1039
4. Technische Probleme .....	1039

III. Vermeidung im Vorfeld .....	1040
1. Identifikation möglicher Risiken .....	1040
2. Vertrag sorgfältig formulieren .....	1040
3. Klare Sprache .....	1041
4. Known unknowns .....	1041
IV. Krisen intern bewältigen .....	1042
1. Lenkungsausschuss .....	1042
2. Weitere interne Eskalation .....	1042
V. Externe Unterstützung .....	1042
1. Ergebnisse .....	1043
2. Auswirkungen .....	1044
3. Nachhaltigkeit .....	1044
4. Zeitbedarf .....	1045
5. Kosten .....	1045
VI. Chancen und Vorteile der Mediation bei Softwareprojekten .....	1046
1. Gestaltungsfreiheit statt Prozesstaktik .....	1046
2. Kein „Alles oder Nichts“-Risiko .....	1046
3. Win-Win-Lösungen .....	1047
4. Vergrößerung des „Kuchens“ .....	1047
5. Emotionen .....	1047
6. Zeitvorteil .....	1048
7. Zukunftsorientierung, Kreativität .....	1048
8. Zufriedenheit mit dem Verfahren .....	1048
9. Vertraulichkeit .....	1049
10. Kostenvorteil .....	1049
11. Erfolgssäusichten .....	1049
VII. Nachteile beziehungsweise Risiken einer Mediation .....	1049
1. Nachgeben gehört dazu .....	1049
2. Keine Kostenerstattung .....	1050
3. Mehrkosten beim Scheitern .....	1050
4. Zeitverlust beim Scheitern .....	1050
5. Verletzung der Vertraulichkeit .....	1051
VIII. Mediationseignung .....	1051
1. Offensichtlicher Vorteil einvernehmlicher Lösung .....	1051
2. Notwendigkeit einvernehmlicher Lösung .....	1051
3. Besondere Eilbedürftigkeit .....	1052
4. Bedürfnis von Vertraulichkeit .....	1052
5. Schutz persönlicher oder geschäftlicher Beziehungen .....	1052
6. Besondere Komplexität .....	1052
7. Agile Projektmethoden .....	1053
IX. Grundsätze der Mediation .....	1053
1. Freiwilligkeit .....	1053
2. Eigenverantwortung, Entscheidungsfreiheit .....	1054
3. Allparteilichkeit .....	1054
4. Transparenz .....	1054
X. Ablauf einer Mediation – Phasenmodell .....	1054
1. Reduktion von Komplexität .....	1054
2. Eröffnung beziehungsweise Einleitung der Mediation .....	1055
3. Sammlung der Themen .....	1056
4. Klärung der Interessen .....	1057
5. Rechtsfragen in der Mediation .....	1058
6. Erarbeitung von Lösungsoptionen .....	1059
7. Abschlussvereinbarung .....	1059
8. Vollstreckbarkeit .....	1060
XI. Ausbildung von Mediatoren .....	1060
1. Ausbildung von Mediatoren nach MediationsG .....	1060
2. Ausbildung von zertifizierten Mediatoren nach MediationsG .....	1061
3. Ausbildung und Zertifizierung von QVM-Mediatoren .....	1061

XII. Vertragsgestaltung in der Mediation .....	1061
1. Mediationsklausel .....	1061
2. Mediationsvereinbarung .....	1063
3. Mediationsabschlussvereinbarung .....	1063

### § 20 Schlichtung

I. Grundlagen .....	1064
II. Chancen und Risiken von IT-Schlichtung .....	1065
1. Besondere Kompetenz .....	1065
2. Autonomie .....	1065
3. Scheitern .....	1066
III. Schlichtung in IT-Streitigkeiten .....	1066
1. Qualifikation .....	1066
2. Neutralität .....	1066
3. Befangenheitsanträge .....	1066
4. Verfahren .....	1067
5. Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit .....	1067
6. Ergebnis der Schlichtung .....	1067
7. Wechsel zum Schiedsverfahren .....	1068
8. Beendigung der Schlichtung .....	1068
9. Hemmung der Verjährung .....	1068
10. Kosten des Verfahrens .....	1069
IV. Schlichtung plus .....	1069
V. Anwaltliche Beratung .....	1070
VI. Blockchainbasierte Streitbeilegungsverfahren .....	1070
1. Blockchain .....	1070
2. Verfahren .....	1070

### § 21 Schiedsverfahren

I. Einführung .....	1073
1. Arten von Schiedsverfahren .....	1074
a) Institutionelle Schiedsverfahren .....	1074
b) Ad-hoc-Schiedsverfahren .....	1076
c) Internationale Schiedsverfahren .....	1077
d) Nationale Schiedsverfahren .....	1078
e) Nationale Schiedsverfahren mit Auslandsbezug .....	1078
2. Überblick über die Schiedsinstitionen .....	1079
a) Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) .....	1079
b) Internationaler Schiedsgerichtshof der International Chamber of Commerce (ICC) .....	1080
c) Weitere („ausländische“) Schiedsinstitionen .....	1081
II. Kosten von Schiedsverfahren .....	1081
1. Institutionelle Schiedsverfahren .....	1082
2. Ad-hoc-Schiedsverfahren .....	1083
III. Chancen und Risiken von Schiedsverfahren .....	1083
1. Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit .....	1084
a) Nichtöffentlichkeit .....	1084
b) Vertraulichkeit .....	1085
2. Auswahl der Schiedsrichter .....	1086
a) Anzahl der Schiedsrichter .....	1086
b) Kriterien für die Auswahl .....	1086
c) Dreierschiedsgericht .....	1086
d) Einzelschiedsrichter .....	1087
3. Verfahrensdauer .....	1088
4. Struktur des Verfahrens .....	1088
5. Flexibilität der Verfahrensgestaltung .....	1089
6. Verfahrenssprache .....	1089

7. Imitation der Verfahren vor den Landgerichten .....	1090
<b>IV. Phasen/Rollen des Schiedsverfahrens .....</b>	<b>1091</b>
1. Konstituierung des Schiedsgerichts .....	1091
a) Parteibenannte Schiedsrichter .....	1092
b) Vorsitzender des Schiedsgerichts .....	1092
c) Einzelschiedsrichter .....	1093
d) Sekretär des Schiedsgerichts .....	1093
e) Parteivertreter .....	1093
2. Übergabe an das Schiedsgericht .....	1093
3- Strukturierung des Verfahrens durch das Schiedsgericht .....	1094
a) Ergänzende Verfahrensregeln .....	1094
b) Verfahrenskalender .....	1094
c) Erste Verfahrenskonferenz .....	1095
d) Erste Verfügung .....	1095
<b>V. Rechtliche Grundlagen .....</b>	<b>1095</b>
1. Datenschutz im Schiedsverfahren .....	1095
2. Erkenntnisverfahren .....	1096
a) Zivilprozessordnung .....	1096
b) Verfahrensregeln der Schiedsinstution .....	1096
c) Ergänzende Verfahrensregeln des Schiedsgerichts .....	1097
3. Streitverkündung .....	1098
4. Einstweiliger Rechtsschutz .....	1098
5. Beweisaufnahme .....	1099
a) Beweisaufnahme durch das Schiedsgericht .....	1099
b) Rechtshilfe des staatlichen Gerichts .....	1100
6. Rechtsbehelfe gegen Schiedssprüche und Schiedsverfahren .....	1101
7. Zwangsvollstreckung .....	1102
a) Anerkennung und Vollstreckung inländischer Schiedssprüche .....	1102
b) Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche .....	1102
<b>VI. Schiedsklauseln .....</b>	<b>1103</b>
1. Musterklauseln der Schiedsinstutionen .....	1104
2. Checkliste für eine Schiedsklausel .....	1104
a) Eingangsformel .....	1104
b) Anzahl der Schiedsrichter .....	1104
c) Verfahren für die Schiedsrichterbestimmung .....	1104
d) Schiedsort .....	1106
e) Verfahrenssprache .....	1106
f) Anwendbares materielles Recht .....	1107

## § 22 IT-Litigation

<b>I. Einführung .....</b>	<b>1109</b>
1. Verfahren vor den Landgerichten .....	1109
2. Verfahren vor den Oberlandesgerichten .....	1110
3. Verfahren vor dem Bundesgerichtshof .....	1110
<b>II. Kosten von IT-Litigation .....</b>	<b>1112</b>
<b>III. Chancen und Risiken von IT-Litigation .....</b>	<b>1112</b>
1. Gerichtlicher Sachverständ .....	1113
2. Sachverständigenbeweis .....	1113
3. Vorabentscheidungsverfahren des EuGH .....	1115
a) Anwendungsfälle .....	1115
b) Verfahren .....	1116
4. Verfahrensdauer .....	1117
5. Justizialibilität .....	1118
6. Selbstständiges Beweisverfahren .....	1118
7. Einstweiliger Rechtsschutz .....	1119
<b>IV. Rechtliche Grundlagen .....</b>	<b>1120</b>
1. Zuständigkeit .....	1120
a) Sachliche Zuständigkeit .....	1120

b) Örtliche Zuständigkeit und Gerichtsstandsklauseln .....	1120
c) Funktionelle Zuständigkeit .....	1121
aa) Spezialisierte Kammern .....	1121
bb) Internationale Kammern und Commercial Court .....	1122
cc) Zivilkammer vs. Kammer für Handelssachen .....	1123
d) Forum Shopping .....	1123
2. Erkenntnisverfahren .....	1124
3. Streitverkündung .....	1124
4. Beweisaufnahme .....	1125
a) Parteisachverständige .....	1125
b) Gerichtlich bestellte Sachverständige .....	1125
c) Zeugen .....	1125
d) Urkunden .....	1126
e) Elektronisch gespeicherte Dateien .....	1126
5. Zwangsvollstreckung .....	1128

### § 23 Typische Streitpunkte in IT-Litigation und Schiedsverfahren

I. Einführung .....	1129
II. Gescheiterte IT-Projekte .....	1130
1. Vorvertragliche Beratungs- und Informationspflichten .....	1130
2. Scope: Umfang der vertraglich geschuldeten Leistungen .....	1130
a) Scope Creep .....	1131
b) Mangel vs. Change Request .....	1131
c) Probleme und typische Mängel des Anforderungsmanagements .....	1131
aa) Lastenheft .....	1132
bb) Pflichtenheft .....	1132
cc) Workshops .....	1132
3. Verzug .....	1133
a) Annahmen und Abhängigkeiten .....	1133
b) Mitwirkungspflichten des Auftraggebers .....	1133
c) Verschulden .....	1132
4. Abnahme .....	1134
a) Abnahmetest und -verfahren .....	1134
b) Teilabnahmen .....	1134
c) Abnahmefiktion .....	1134
5. Widerklage .....	1135
6. Agile Projektmethoden .....	1135
a) Vertragstyp: Dienstvertrag vs. Werkvertrag .....	1135
b) Product Backlog als dynamische Leistungsbeschreibung .....	1136
c) Teilabnahmen von Produktinkrementen .....	1136
7. Darlegungs- und Beweislast .....	1136
a) Vor der Abnahme .....	1136
b) Nach der Abnahme .....	1137
c) Anforderungen an die Darlegung von Softwaremängeln .....	1137
d) Anforderungen an die Darlegung der Erfüllung von Mitwirkungspflichten .....	1137
e) Projektdokumentation und Nutzung von Online-Tools .....	1138
III. Softwarelizenzenstreitigkeiten .....	1138
1. Lizenzmetriken .....	1139
2. Lizenz-Audits .....	1139
3. Softwarewartung .....	1140
Stichwortverzeichnis .....	1141