

Marly
Praxishandbuch Softwarerecht

Praxishandbuch Softwarerecht

Rechtsschutz und Vertragsgestaltung

Begründet von

Dr. Jochen Marly

Professor an der Technischen Universität
Darmstadt

Herausgegeben von

Dr. David Bomhard

Rechtsanwalt, München

Dr. Kristina Schreiber

Rechtsanwältin, Köln

Bearbeitet von den Herausgebern und von

Prof. Dr. Anna Bernzen, Regensburg; Prof. Dr. Michael Beurskens, Passau;
Maria-Urania Dovas, LL.M., München; Prof. Dr. Susanne Lilian Gössl, LL.M.
(Tulane), Bonn; Dr. Korbinian Hartl, München; Stefan Hessel, LL.M., Saarbrücken;
Dr. Truiken Heydn, München; Dr. Simon Kohm, Köln; Dr. Thomas Lapp,
Frankfurt a.M.; Dr. Patrick Pommerening, Köln; Dr. Hendrik Schöttle, München;
Dr. Bianca Scraback LL.M. (UPenn), Bonn; Dr. Jonas Sigmüller, München

8. Auflage 2024



Zitiervorschlag: Marly SoftwareR-HdB/Bomhard § 2 Rn. 1

beck.de

ISBN 978 3 406 80524 0

© 2024 Verlag C.H.Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza
Satz und Umschlaggestaltung: Druckerei C.H.Beck Nördlingen



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Alle urheberrechtlichen Nutzungsrechte bleiben vorbehalten.
Der Verlag behält sich auch das Recht vor, Vervielfältigungen dieses Werkes
zum Zwecke des Text and Data Mining vorzunehmen.

Vorwort

Mit einer Mischung aus Stolz und einer Prise Wehmut blicke ich auf die sieben vorangegangenen Ausgaben dieses Werkes zurück, die allesamt von mir verfasst wurden. Die 1. Auflage erblickte unter dem Titel „Softwareüberlassungsverträge“ im Jahre 1991 das Licht der Welt. Ab der 5. Auflage im Jahre 2009 wurde das Buch unter dem Titel „Praxishandbuch Softwarerecht“ fortgeführt. In den letzten sieben Auflagen hat dieses Werk Generationen von Juristinnen und Juristen sowie Fachleuten im IT-Bereich begleitet. Die vorangegangenen sieben Auflagen waren das Ergebnis meiner persönlichen Hingabe und Leidenschaft für dieses Fachgebiet. Doch, wie das Leben manchmal spielt, sind Veränderungen unumgänglich, und es ist an der Zeit, diesen Schatz an Wissen und Tradition in neue Hände zu übergeben. Meine Entscheidung, die Verantwortung für dieses Werk neuen Köpfen zu überlassen, entspringt einem tiefen Verständnis für die rasanten Entwicklungen im Softwarerecht und dem Wissen, dass dieses Praxishandbuch hier Einsteigern wie mit dem Rechtsgebiet Vertrauten, IT-Spezialisten wie Generalisten wertvolle Dienste leisten kann, um ihren Weg durch das Softwarerecht in Vertragsgestaltung und streitiger Auseinandersetzung zu finden.

Die 8. Auflage markiert einen Generationenwechsel. Ich freue mich sehr, dass sich die neuen Herausgeber Dr. Kristina Schreiber und Dr. David Bomhard, großzügig dazu bereit erklärt haben, die Tradition des „Praxishandbuchs Softwarerecht“ zusammen mit einem Autorenteam, das aus führenden Köpfen im IT-Recht besteht, eigenständig weiterzuführen. Die stetige Evolution im Bereich des IT-Rechts erfordert eine kontinuierliche Anpassung und Spezialisierung. Diese 8. Auflage markiert nicht nur eine neue Ära, sondern auch einen Schritt vorwärts in einem dynamischen und sich stets verändernden Umfeld. Trotz meiner nicht unmittelbaren Beteiligung am inhaltlichen Geschehen dieser 8. Auflage erfüllt es mich mit großer Freude zu sehen, wie dieses Werk weiter wächst und sich weiterentwickelt. Zusammen mit den Herausgebern möchte ich das gesamte Autorenteam loben. Ihre Fähigkeit, Wissenschaft und Praxis in dieser 8. Auflage zu vereinen, sind beeindruckend. Mit ihrer Expertise schlagen sie in dieser 8. Auflage eine neue Brücke zwischen Theorie und Praxis und bringen den „Marly“ in das KI-Zeitalter.

Das „Praxishandbuch Softwarerecht“ hat sich als unverzichtbares Standardwerk im Bereich des Softwarerechts etabliert. Es behandelt ausführlich und systematisch das gesamte Spektrum des IT-Rechts. Der vertragliche Teil des Buches wurde erweitert und bietet nun einen modularen Baukasten mit den essenziellen vertraglichen Grundtypen sowie typischen AGB-Themen. Ein besonderes Augenmerk wurde auf die grundlegende Überarbeitung praxisrelevanter Themen gelegt, die in der täglichen Arbeit von Experten im Softwarerecht von Bedeutung sind. Dazu gehören die Gestaltung agiler Projektverträge, rechtliche Herausforderungen im Kontext von Cloud Computing und IT-Outsourcing und bei der Softwareüberlassung sowie die Einflüsse des neuen digitalen Verbrauchervertragsrechts.

Die neu überarbeitete 8. Auflage des Werkes spiegelt auch die aktuellen rasanten und umfangreichen regulatorischen Entwicklungen im digitalen Binnenmarkt wider. Die neuen Digitalrechtsakte (DS-GVO, Data Act, KI-VO, Cyber Resilience Act, DORA) und der zunehmende Einsatz von Künstlicher Intelligenz durchziehen mittlerweile sämtliche Bereiche des Softwarerechts. Die 8. Auflage wurde erweitert, um

eine Reihe höchst relevanter Themen aufzugreifen, darunter Aspekte des Datenrechts, der rechtskonformen Nutzung von Open Source und der Informationssicherheit. Ein neuer zentraler Bestandteil des Werkes ist die kompakte Darstellung der Compliance-Anforderungen für Softwareprodukte sowohl aus Sicht der Kunden als auch der Anbieter, um den steigenden regulatorischen Anforderungen gerecht zu werden. Im Werk sind nun Abschnitte zur Konformität bei Daten, Open-Source-Software, Auslagerungen, IT-Sicherheit sowie zur KI- und Produktkonformität enthalten. Besondere Beachtung erfahren in dieser Auflage auch Spezialthemen wie das internationale Softwarerecht und Softwareprojekte in der Krise. Diese vertieften Einblicke sollen den Leserinnen und Lesern ein umfassendes und praxisnahes Verständnis vermitteln.

Mein herzlicher Dank gilt den beiden Herausgebern Dr. Kristina Schreiber und Dr. David Bomhard sowie dem gesamten Autorenteam für ihre engagierte Arbeit und Expertise, die zu dieser bedeutenden Weiterentwicklung des „Praxishandbuchs Softwarerecht“ in hohem Tempo beigetragen haben. Ich möchte auch dem Backup-Team, insbesondere Herrn Anton Wietzke, Herrn Conradin Braun sowie Frau Noa-Sophie Preiß, meinen Dank für ihre unermüdliche inhaltliche und redaktionelle Arbeit aussprechen. Ebenso gebührt dem Beck-Verlag, Herrn Dr. Johannes Wasmuth und sowie Herrn Dr. Philipp Thomé, ein aufrichtiger Dank für ihre Unterstützung und langjährige Partnerschaft bei diesem Werk.

Zu guter Letzt möchte ich meinen herzlichen Dank an alle geschätzten Leserinnen und Leser aussprechen, deren konstruktive Kritik und anregende Diskussionen über all die Jahre maßgeblich dazu beigetragen haben, das Werk seit 1991 stetig zu verbessern. Ich bin mir sicher, dass diese 8. Ausgabe des „Praxishandbuchs Softwarerecht“ weiterhin eine unverzichtbare Ressource für Neueinsteiger und Fortgeschrittene im Bereich des IT-Rechts darstellt.

Mainhausen, im Dezember 2023

Jochen Marly

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) Programmfunktionen	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 Partevereinbarungen	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 Urhebersvermutung	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 „Gebrauchtssoftware“	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 Schutzvoraussetzungen	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 Schutzvoraussetzungen	132
2. Schutzentstehung und Schutzdauer	133
3. Wirkung des Halbleiterschutzes	133
III. Designschutz	133
1. Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen	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 Schutzvoraussetzungen	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 wettbewerblischer 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. Schutzentstehung 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) Eigeninitiierte Aufklärung	198
bb) Fremdinitiierte Beratung	201
(i) Der Abschluss eines selbstständigen 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 Mängelhaftungs- ansprüchen	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) Mangelbegriff	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 Falschlieferrung 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

(α) 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 Mangeltyps	260
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	260
bb) Funktionsdefizite	262
(i) Umschreibung des Mangeltyps	262
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	262
cc) Fehlende Zukunftsfähigkeit	263
(i) Umschreibung des Mangeltyps	263
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	264
dd) Inkompatibilität	264
(i) Umschreibung des Mangeltyps	264
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	264
ee) Kapazitätsmängel	265
(i) Umschreibung des Mangeltyps	265
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	266
ff) Geringe Arbeitsgeschwindigkeit	266
(i) Umschreibung des Mangeltyps	266
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	266
gg) Virenverseuchte Software	267
hh) Vorkehrungen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung	269
(i) Umschreibung des Mangeltyps	269
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	270
ii) Sicherheitslücken	271
jj) Fehlende Bedienerfreundlichkeit	271
(i) Umschreibung des Mangeltyps	271
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	272
kk) Unzureichende Dokumentation	272
(i) Umschreibung des Mangeltyps	272
(ii) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung	274
ll) Fehlende Robustheit gegenüber Bedienungsfehlern	275
(i) Umschreibung des Mangeltyps	275
(ii) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung	275
mm) Fehlende Pflege- und Migrationsfreundlichkeit	275
nn) Fehler beim Entwurf der Software	276
(i) Umschreibung des Mangeltyps	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
IV. Vertiefungen	280
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 Softwareleasings	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 Übernahmebestätigung	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

I. Regelungsbedarf und Terminologie	307
II. Wartungsfreundlichkeit von Software	308
III. Sinn und Zweck	310
1. Aus Sicht des Kunden	310
2. Aus Sicht des Anbieters	310
IV. Rechtsnatur	310
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
V. Inhaltliche Ausgestaltung	314
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
VI. Gesetzliche Mängelgewährleistung	325
1. Regelmäßig keine Mängelgewährleistung während der Laufzeit des Wartungs- vertrags	325
2. Abgrenzung des Wartungsvertrags zur Mängelgewährleistung des Software- kauf- 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
VII. Allgemeine Bestimmungen	329
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

I. Regelungsbedarf	334
II. Grundlagen	334
1. Bedarf nach Softwareentwicklung	334
2. Typische Entwicklungsphasen	335
III. Rechtsnatur	337
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
IV. Inhaltliche Ausgestaltung	351
1. Primärleistungspflichten des Auftragnehmers	351
a) Konzeption	351
b) Softwareentwicklung	352
aa) Erfolgs- und Terminsicherheit	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, Probetrieb/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 Telemedien- anbieter: 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 Verbrauchervertragsrecht	451
a) Anwendungsbereich des digitalen Verbrauchervertragsrechts	452
aa) Verbrauchervertrag	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 Vervielfältigungs- verbote	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 Software- herstellers	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 Softwareüberlassungs- verträgen	530

5. Verleihverbote und sonstige Gebrauchsüberlassungsverbote	531
a) Verleihverbote	531
b) Sonstige Gebrauchsüberlassungsverbote	531
6. Die Vervielfältigungsverbote	532
a) Vervielfältigungshandlungen und Zustimmungspflichtigkeit	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 Geschäftsverkehr	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 Verbraucherverkehr	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 Abnahmevoraussetzungen	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
α) Nutzerseitige Beistellleistung	712
β) 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) Sektorspezifische 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. Geschäftsgeheimnisschutz	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 richterrechtliche Produzentenhaftung	939
b) Spezialgesetzliche Produkthaftung	940
2. Haftungsadressaten 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 haftungsbegründende 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 Verbraucherverträgen	1001
d) Besonderheiten bei der Verwendung von AGB	1002
aa) Die Vereinbarung deutschen Rechts	1002
bb) Die Vereinbarung ausländischen Rechts	1003
cc) Die Vereinbarung ausländischen Rechts bei reinen Inlandssachverhalten	1003
dd) AGB in Verbraucherverträgen	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) Eingriffskondiktion	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. Verbrauchergerechtsstand 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. Erfolgsaussichten	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 Streitbelegungsverfahren 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 Schiedsinstitutionen 1079
 a) Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) 1079
 b) Internationaler Schiedsgerichtshof der International Chamber of
 Commerce (ICC) 1080
 c) Weitere („ausländische“) Schiedsinstitutionen 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
IV. Phasen/Rollen des Schiedsverfahrens	1091
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
V. Rechtliche Grundlagen	1095
1. Datenschutz im Schiedsverfahren	1095
2. Erkenntnisverfahren	1096
a) Zivilprozessordnung	1096
b) Verfahrensregeln der Schiedsinstitution	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
VI. Schiedsklauseln	1103
1. Musterklauseln der Schiedsinstitutionen	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

I. Einführung	1109
1. Verfahren vor den Landgerichten	1109
2. Verfahren vor den Oberlandesgerichten	1110
3. Verfahren vor dem Bundesgerichtshof	1110
II. Kosten von IT-Litigation	1112
III. Chancen und Risiken von IT-Litigation	1112
1. Gerichtlicher Sachverstand	1113
2. Sachverständigenbeweis	1113
3. Vorabentscheidungsverfahren des EuGH	1115
a) Anwendungsfälle	1115
b) Verfahren	1116
4. Verfahrensdauer	1117
5. Justiziabilität	1118
6. Selbstständiges Beweisverfahren	1118
7. Einstweiliger Rechtsschutz	1119
IV. Rechtliche Grundlagen	1120
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. Softwarelizenzstreitigkeiten 1138
 - 1. Lizenzmetriken 1139
 - 2. Lizenz-Audits 1139
 - 3. Softwarewartung 1140
- Stichwortverzeichnis 1141

