

Digital Escrow

Remmert / Kast

2022

ISBN 978-3-406-77386-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Remmert/Kast
Digital Escrow


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Digital Escrow

Rechtsschutz durch Hinterlegung digitaler Wirtschaftsgüter

Herausgegeben von

Dr. Frank Remmert

München

Christian R. Kast

München

Bearbeitet von den Herausgebern und

Dr. Thorsten Ammann, Köln; *Guido Aßhoff*, LL.M., Frechen; *Prof. Dr. Dr. Walter Blocher*, Kassel; *Dr. Henning Brockmeyer*, Münster; *Dr. Axel Czarnetzki*, LL.M., München; *Dr. Florian M. Endter*, MJur, MBA, München; *Harald Fleischhauer*, Köln; *Prof. Dr. Ronny Hauck*, Berlin; *Dr. Anna Blume Huttenlauch*, LL.M., Berlin; *Ramona Kimmich*, München; *Christian Kuß*, LL.M., Köln; *Sebastian Laoutoumai*, LL.M., Düsseldorf; *Stephan Peters*, MBA, München; *Randy Piper*, Berlin; *Dr. Gregor Schmid*, LL.M., Berlin; *Prof. Dr. Jochen Schneider*, München; *Dr. Alin Seegel*, München; *Dr. Oliver Stiemerling*, Köln; *Dr. Philipp Süß*, LL.M., München; *Philipp Trube*, Berlin

DIE FACHBUCHHANDLUNG

2022



Zitiervorschlag:
Remmert/Kast Digital Escrow


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 77386 0

© 2022 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Druckerei C. H. Beck, Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Satz: 3w+p GmbH, Rimpfing
Umschlaggestaltung: C.H. Beck, Nördlingen



chbeck.de/nachhaltig

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

Vorwort

Die wirtschaftliche Bedeutung von Escrow, der Hinterlegung von Software und anderen digitalen Wirtschaftsgütern, hat durch die Digitalisierung stark zugenommen. Die Nachfrage nach Datentreuhandmodellen und anderen innovativen Escrow-Geschäftsmodellen wächst und damit auch der Bedarf nach rechtlichen Lösungen. Escrow hat sich von der klassischen Quellcode-Hinterlegung zum „Digital Escrow“ entwickelt. Gegenstand der Hinterlegung sind nicht mehr nur Quellcodes, sondern auch Daten, Datenbanken, Geschäftsgeheimnisse und andere digitale Wirtschaftsgüter. Heute gehören Cloud-Escrow, IP-Escrow, Key- und Data-Escrow zum festen Repertoire der Geschäftsmodelle, bald auch AI (oder KI-) Escrow. Hinzu kommt die zunehmende Kommerzialisierung von personenbezogenen Daten. Diese Entwicklungen führen dazu, dass der Bedarf nach einem Ausgleich verschiedener Interessen von Inhabern und Nutzern dieser digitalen Wirtschaftsgüter und nach einem transparenten und fairen Zugang zu Daten immer weiter wächst. Escrow kann hier eine wichtige Mittler-Funktion übernehmen. Datentreuhandmodellen kommt dabei künftig eine Schlüsselrolle zu. Neben dieser Interessenausgleichs- und Datenzugangsfunktion ist Escrow auch als Compliance-Maßnahme geeignet, etwa im Rahmen von IT-Sicherheitsmaßnahmen oder als angemessene Geheimhaltungsmaßnahme nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG).

Dieses Rechtshandbuch bietet als erstes Werk einen Gesamtüberblick über sämtliche mit Escrow zusammenhängenden Rechtsfragen und dient dem Praktiker sowohl als Einstieg wie auch als Nachschlagewerk zu Spezialthemen. Das Werk ist in mehrere Teile untergliedert und behandelt einführend die technischen, wirtschaftlichen und vertraglichen Grundlagen. Weitere Teile widmen sich den Themen Lizenz und Insolvenz, dem Datenschutz, der Datensicherheit und der haftungsrechtlichen Situation der Beteiligten. Rechtsbereiche im regulatorischen Kontext wie das Kartell- und Vergaberecht fehlen ebenso wenig wie Unternehmenstransaktionen, internationale Bezüge und verfahrensrechtliche Besonderheiten bei rechtlichen Auseinandersetzungen. Es beinhaltet zahlreiche Praxishinweise, Checklisten und ein technisches Glossar. Abgerundet wird dieses Rechtshandbuch mit einem Ausblick auf aktuelle Entwicklungen und zukünftige Geschäftsmodelle. Nicht zuletzt stellt ein ausführlicher Mustervertrag mit Querverweisen zu den jeweils betroffenen Rechtsbereichen eine wertvolle Arbeitshilfe für den Praktiker dar.

Dieses Handbuch richtet sich an Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Mitglieder in Rechtsabteilungen von Unternehmen, Vorstände, Geschäftsführer, Projektverantwortliche in Unternehmen sowie Wissenschaftler, die sich in einem einzigen Handbuch einen aktuellen und umfassenden Überblick über die mit Escrow im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen machen wollen.

Die Idee zu diesem umfangreichen Werk entstand bereits im Jahr 2005 im Rahmen von Fachveranstaltungen der OSE Organisation Pro Software Escrow e.V. (OSE), eines Verbands zur Förderung von Dienst- und Beratungsleistungen im Umfeld von Software-Escrow mit Sitz in München. Viele der Autorinnen und Autoren dieses Werks haben an den jährlichen OSE-Symposien in München und an den Fachdiskussionen in Berlin (OSE Summer Talk) bereits als Referent/-in teilgenommen und ihre wertvolle Expertise und Erfahrungen in dieses Werk eingebracht. Dafür sei allen ganz herzlich gedankt, ohne die dieses Werk nicht hätte entstehen können und die auch während der Corona-Pandemie unter gewiss nicht immer leichten Umständen ihren Gestaltungswillen unter Beweis gestellt haben. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Jochen Schneider, der die OSE seit den Anfängen fachlich begleitet, bei den ersten Diskussionen zu einem Escrow-Gesamtüberblick beteiligt war und in diesem Werk auch das einleitende Kapitel verfasst hat. Nicht zuletzt gilt ein besonderer Dank dem Verlag C.H.Beck, der dieses Werk ermöglicht hat,

Vorwort

und der hervorragenden redaktionellen Betreuung dieses Werks durch Ruth Schrödl und ihr Team.

München, im Januar 2022

*Dr. Frank Remmertz
Christian Kast*


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Bearbeiterverzeichnis

<i>Dr. Thorsten Ammann</i> , Rechtsanwalt, Köln	Kap. 12
<i>Guido Aßhoff</i> , LL.M., Rechtsanwalt, Frechen	Kap. 8 Rn. 96–153
<i>Prof. Dr. Dr. Walter Blocher</i> , Universität Kassel	Kap. 16
<i>Dr. Henning Brockmeyer</i> , Universität Münster	Kap. 17
<i>Dr. Axel Czarnetzki</i> , LL.M., Rechtsanwalt, München	Kap. 9
<i>Dr. Florian M. Endter</i> , MJur, MBA, Rechtsanwalt, München	Kap. 14
<i>Harald Fleischhauer</i> , Ingenieur, Köln	Kap. 4
<i>Prof. Dr. Ronny Hauck</i> , Humboldt-Universität zu Berlin	Kap. 3
<i>Dr. Anna Blume Huttenlauch</i> , LL.M., Rechtsanwältin, Berlin	Kap. 10
<i>Christian R. Kast</i> , Rechtsanwalt, München	Kap. 2, Kap. 11 Rn. 1–11, Kap. 19
<i>Ramona Kimmich</i> , Syndikusrechtsanwältin, München	Kap. 13
<i>Christian Kuß</i> , LL.M., Rechtsanwalt, Köln	Kap. 15
<i>Sebastian Laoutoumai</i> , LL.M., Rechtsanwalt, Düsseldorf	Kap. 15
<i>Stephan Peters</i> , MBA, München	Kap. 1, 18
<i>Randy Piper</i> , Rechtsanwalt, Berlin	Kap. 8 Rn. 1–95
<i>Dr. Frank Remmertz</i> , Rechtsanwalt, München	Kap. 6 Rn. 1–8, Kap. 7
<i>Dr. Gregor Schmid</i> , LL.M., Rechtsanwalt, Berlin	Kap. 5, Kap. 6 Rn. 40–103, Kap. 8 Rn. 1–95
<i>Prof. Dr. Jochen Schneider</i> , Rechtsanwalt, München	Einl.
<i>Dr. Alin Seegel</i> , Rechtsanwältin, München	Kap. 6 Rn. 9–39
<i>Dr. Oliver Stiemerling</i> , IT-Sachverständiger, Köln	Kap. 4, Kap. 11 Rn. 12–20
<i>Dr. Philipp Süß</i> , LL.M., Rechtsanwalt, München	Kap. 13
<i>Philipp Trube</i> , Rechtsanwalt, Berlin	Kap. 10

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Bearbeiterverzeichnis	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XLI
Einleitung	1
Teil A. Technische und vertragliche Grundlagen	
Kapitel 1. Grundlagen des Escrow	17
Kapitel 2. Vertragstypen und Vertragsgestaltung	57
Kapitel 3. Rechtsschutz an den Hinterlegungsgegenständen	101
Kapitel 4. Technisches Risikomanagement	126
Teil B. Lizenz und Insolvenz	
Kapitel 5. Lizenzen/Nutzungsrechte	157
Kapitel 6. Insolvenzfestigkeit von Nutzungsrechten	164
Kapitel 7. Reformüberlegungen	195
Teil C. Compliance, Datenschutz und Datensicherheit	
Kapitel 8. Datenschutz	207
Kapitel 9. Haftung und Compliance	252
Teil D. Regulatorische Aspekte	
Kapitel 10. Kartellrechtliche Bezüge	283
Kapitel 11. Sonstige Rechtsgebiete mit Bezug zu Escrow	318
Teil E. Unternehmenstransaktionen und internationale Bezüge	
Kapitel 12. Quellcodehinterlegungsvereinbarungen in der Unternehmenstransaktionspraxis	323
Kapitel 13. Internationale Bezüge	343
Teil F. Verfahrensrecht	
Kapitel 14. Außergerichtliche Streitbeilegung	357
Kapitel 15. Zivilprozessuale Besonderheiten	373
Teil G. Neue Anwendungsbereiche im digitalen Zeitalter („Escrow 4.0“)	
Kapitel 16. Mögliche Auswirkungen von DLT/Blockchain auf Escrow	399
Kapitel 17. Treuhandmodelle beim vernetzten Fahren	430
Kapitel 18. Die Zukunft des Escrow – (gewagte) Prognosen für das Jahr 2030	441
Teil H. Mustervertrag	
Kapitel 19. Mustervertrag Software Escrow	453
Stichwortverzeichnis	467

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Bearbeiterverzeichnis	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XLI

Einleitung

A. Quellcode	2
I. Anspruch auf Herausgabe lange fraglich	2
II. Open Source	3
III. Agile Methoden	4
IV. Erschöpfung	5
B. Escrow, Begriff	5
C. Insolvenzfestigkeit des Softwarevertrags (und der Escrow Agreements)	6
D. Escrow Agreements	7
I. Herausgabefälle	7
II. Herausgabefall Insolvenz	8
III. Daten als Hinterlegungsgegenstand, Insolvenz	9
IV. Verifikation	9
V. IT-Sicherheit	10
E. Einzelne Themen	10
I. Rechtslage	10
II. EVB-IT	13
III. Outsourcing	13
IV. Beweis	13
V. Vertragsprobleme/urheberrechtliche Vertragsfragen	14
VI. Geschäftsgeheimnis	15
VII. Bearbeitungsrecht und andere Synchronisierungsaufgaben	15

Teil A. Technische und vertragliche Grundlagen

Kapitel 1. Grundlagen des Escrow

A. Einführung	17
B. Historische Entwicklung	18
C. Ursprung des klassischen Software Escrow: Quellcode mit Interessenkonflikt	22
D. Escrow-Parteien und ihre Interessen	23
E. Hinterlegungsvereinbarungen: Praxistipps und Diskussionsstand zur Insolvenzfestigkeit von Escrow-Verträgen	25
I. Einige Praxistipps für Escrow-Verträge	25
II. Kurzfassung: Stand der Diskussion zur Insolvenzfestigkeit von Escrow-Verträgen	27
F. Hinterlegungsmaterial: Zusammenstellung, Übergabe, Verifizierung und Verwahrung	29
I. Zusammenstellung des Hinterlegungsmaterials durch den Lizenzgeber	29
II. Übergabe bzw. Übertragung des Hinterlegungsmaterials an den Escrow-Agenten	31
III. Technische Verifizierung und Gutachten, Garantien, Haftung	32
IV. Verwahrung und Depotmanagement	35
G. Escrow-Gebühren und gesamtwirtschaftlicher Kontext	36

H. Hinterlegungsstellen: Anbieterstruktur und Auswahlkriterien	38
I. Die sechs aktuellen Wirtschaftsgüter des Digital Escrow	42
I. Klassisches Software Escrow inklusive Embedded Software	43
II. Cloud oder SaaS Escrow	44
III. IP Escrow oder Document Escrow	47
IV. Key Escrow	47
V. Data Escrow	48
VI. AI Escrow	50
J. Zusammenfassung: Die Top 7 der Mythen über Escrow	51
K. Technisches Glossar	54

Kapitel 2. Vertragstypen und Vertragsgestaltung

A. Einführung	58
B. Beteiligte und Verträge	60
C. Einseitige, zweiseitige und mehrseitige Escrow-Verträge	61
I. Klassische Vertragssituation	61
II. Multi-Lizenznehmer-Verträge	62
III. Zweiseitiges Vertragsmodell	64
IV. Vertragskette	65
V. Ziehungsmodell	66
VI. Vertrag zugunsten Dritter	66
D. Synchronisierung von Lizenz- und Escrow-Vertrag	67
I. Aufteilung der Regelungsbereiche	68
II. Hinterlegungspflicht und -vorgang	70
III. Herausgabefälle	73
IV. Nutzungsrechte am Quellcode	76
V. Der „Stand-alone“-Escrow-Vertrag	81
E. Besonderheiten anderer Hinterlegungsmaterialien	81
I. Embedded Software	81
II. IP Escrow	83
III. Cloud Escrow	84
IV. Key Escrow	85
V. Hash Algorithmus	85
VI. Data Escrow	87
VII. KI Escrow	87
F. Typische Regelungsbereiche und Vertragsklauseln	88
I. Hinterlegungspflicht	89
II. Verifikation	91
III. Updates	93
IV. Herausgabeverfahren	94
V. Leistungsstörungen im Escrow-Vertrag	95
VI. Vertragslaufzeit und -beendigung	96
G. Herausgabeansprüche/Fallgestaltungen	97
I. Insolvenz/Betriebseinstellung	98
II. Schlechtleistung	98
III. End of Life	99
IV. Sonstige Fälle	99
H. Besondere Vertragsgestaltung bei SaaS-/Cloud-Escrow	100

Kapitel 3. Rechtsschutz an den Hinterlegungsgegenständen

A. Einleitung	102
B. Computerprogramme (Software)	102
I. Computerprogramm: Definition des Begriffs und Erscheinungsformen	103
1. Allgemeines Begriffsverständnis	103

2. Objektcode und Quellcode	103
3. Algorithmen	104
4. Abgrenzung zu Daten und Datenbanken	104
II. Urheberrechtlicher Schutz für Computerprogramme	105
1. Allgemein: Schutz nach §§ 69a ff. UrhG	105
2. Schutzgegenstand im Besonderen	105
3. Schutzvoraussetzungen	107
4. Rechtsinhaberschaft	108
5. Rechte am Computerprogramm	111
6. Schranken der Rechte (Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt)	114
7. USA (Überblick)	115
III. Patentrechtlicher Schutz für Computerprogramme?	115
1. Deutsches Recht	115
2. Computerimplementierte Erfindungen: Anforderungen des EPA und des USPTO	118
3. Verhältnis von Urheberrechtsschutz und Patentschutz bei Computerprogrammen	120
C. Daten und Datenbanken	120
I. Begriff „Daten“	120
II. (Ausschließlichkeits-)Rechte an Daten?	121
III. Schutz von Datenbankwerken	122
IV. Leistungsschutzrecht für Datenbankhersteller	122
D. Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Know-how)	123
I. Allgemeines; Begriff „Geschäftsgeheimnisse“	123
II. Schutzanforderungen nach dem GeschGehG; Rechtsinhaberschaft	124
Kapitel 4. Technisches Risikomanagement	
A. Einleitung	127
B. Gegenständliche Software und Quellcode	128
I. Übersicht	128
II. Aufbau eines Softwareentwicklungsprojekts	129
1. Quellcode	131
2. Binärcode	131
3. Dokumentation	132
4. Konfigurations- und Builddateien	133
5. Buildwerkzeuge	133
III. Proprietäre Software, Eigenentwicklung	133
IV. Free and Open Source Software (FOSS)	133
V. Kommerzielle Software	134
VI. Cloud Computing	134
C. Typische Risiken und Schwachstellen	135
I. Softwareentwicklung, -pflege, -wiederherstellung	135
1. Prozess	135
2. Personal	136
3. IT-Systeme	136
4. Datenspeichersysteme	137
5. Netzwerk	137
6. Infrastruktur	138
II. Hinterlegungsgegenstand	139
1. Proprietärer Source Code	139
2. FOSS	139
3. Kommerzielle Software	140
4. Dokumentation	141

5. Externe Services (Cloud Computing)	141
D. Maßnahmen des Informations- und Datenschutzes und der Validierung	141
I. Vorgehen der methodischen Informationssicherheit	141
1. Informationssicherheitsmanagementsystem (ISMS)	142
2. Sicherheitsziele	144
3. Sicherheitsprozess	144
4. Standards	147
II. Schwachstellenanalyse in der Softwareentwicklung	149
1. Security Development Lifecycle	149
2. Abfrage von Schwachstellen Datenbanken	150
3. Statische Codeanalyse	151
4. Dynamische Software-Testverfahren	151
III. FOSS-Lizenzanalyse	152
1. Auflagen bei Verwendung, Modifizierung und Weitergabe	152
2. Technische Prüfschritte zur Lizenzeinhaltung	153
IV. Validierung	155
1. Release-Fähigkeit	155
2. Vollständigkeit des Quellmaterials	155
3. Installierbarkeit und Ausführbarkeit	156
4. Identität	156
5. Fazit zur Validierung	156

Teil B. Lizenz und Insolvenz

Kapitel 5. Lizenzen/Nutzungsrechte

A. Softwarelizenzen	157
I. Schutzgegenstand und Rechtsnatur	158
II. Vertragstypologische Einordnung	158
1. Allgemeines	158
2. Freeware, Shareware; Open Source Software	159
B. Lizenzen zur Nutzung von Datenbanken/Daten	160
I. Datenbanken, Datenbankenwerke	160
1. Schutzgegenstand und Rechtsnatur	160
2. Vertragstypologische Einordnung	160
II. Daten	160
1. Schutzgegenstand und Rechtsnatur	160
2. Vertragstypologische Einordnung	161
C. Lizenzen an Geschäftsgeheimnissen	161
I. Schutzgegenstand und Rechtsnatur	161
II. Vertragstypologische Einordnung	162
D. Lizenzen an vergleichbaren anderen immateriellen Wirtschaftsgütern	162
E. Verknüpfung von Lizenz- und Hinterlegungsvereinbarungen	163

Kapitel 6. Insolvenzfestigkeit von Nutzungsrechten

A. Ausgangssituation und praktische Bedeutung einer Insolvenz des Lizenzgebers	166
B. Entwicklung der Rechtsprechung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen	169
I. Anwendbarkeit der §§ 103 ff. InsO auf den (Software-)Lizenzvertrag/ Insolvenzrechtliche Einordnung des Lizenzvertrags	169
1. Überblick	169
2. Beiderseitige Nichterfüllung beim Lizenzvertrag	171
II. Rechtsfolgen der Anwendbarkeit des § 103 InsO	174
1. Überblick	174
2. Erfüllungswahl	175
3. Nichterfüllungswahl	175

III. Insolvenzfestigkeit aufgrund des dinglichen Charakters der Lizenz	176
IV. Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz (BGH-Urteil M2Trade)	176
C. Vertragsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Insolvenzfestigkeit de lege lata	177
I. Einleitung	177
II. Unbedingte Rechtseinräumung – „Lizenzkauf“; Eigentumsübertragung an Datenträgern	178
1. Unbedingte Rechtseinräumung – „Lizenzkauf“	178
2. Bewertung und Gestaltungshinweise	179
3. Eigentumsübertragung an Datenträgern	180
III. Aufschiebend bedingte Rechtseinräumung	180
1. Voraussetzungen	180
2. Bewertung und Gestaltungshinweise	181
IV. Vereinbarung von Informationspflichten im Vorfeld einer Insolvenz	182
V. Sicherungsabtretung; Verpfändung	182
VI. Finanzierung der Anschaffung oder Herstellung des Lizenzgegenstandes und Sicherungsabtretung der Lizenzen (leasingähnliche Gestaltung, § 108 Abs. 1 S. 2 InsO)	183
VII. Nießbrauch	184
VIII. Gestaltung von Sublizenzen; Konzernlösungen	185
1. Sublizenzen	185
2. Konzernlösungen	185
IX. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen	186
1. IP-Zweckgesellschaft des Lizenzgebers	186
2. IP-Zweckgesellschaft unter Beteiligung von Lizenzgeber und Lizenznehmer	187
3. Bewertung	188
X. Treuhand	189
XI. Hinterlegung/Software Escrow	189
1. „Hinterlegung“ beim Anwender	190
2. Hinterlegung bei einer Hinterlegungsstelle/Escrow-Agent	190
XII. Open-Source-Lizenz	192
XIII. Kombination mehrerer Gestaltungen	193
D. Insolvenz der Hinterlegungsstelle	193
E. Insolvenz des Lizenznehmers	193

Kapitel 7. Reformüberlegungen

A. Ausgangssituation	196
B. Bisherige Reformvorschläge des Gesetzgebers	197
I. Ein kurzer Blick zurück: Die Rechtslage nach der alten Konkursordnung	197
II. Rechtslage nach der Insolvenzordnung (InsO)	197
1. Gesetzgebungsvorschlag von 2007	197
2. Neuer Anlauf im Jahr 2012	198
III. Gründe für das Scheitern und Schwächen der bisherigen Gesetzgebungsvorschläge	199
C. Status quo: Reformbedürftige Fallgestaltungen	200
D. Gesetzgebungsvorschlag der Organisation Pro Software Escrow e.V.	201
I. § 108 InsO-E	202
II. § 109a InsO-E	203
E. Abschließende Bewertung	204

Teil C. Compliance, Datenschutz und Datensicherheit

Kapitel 8. Datenschutz

A. Anwendungsbereich der DS-GVO und Fallkonstellationen	209
I. Sachlicher Anwendungsbereich	210
1. Personenbezug der Daten	210
2. Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Hinterlegung	211
II. Persönlicher Anwendungsbereich	212
III. Territorialer Anwendungsbereich	212
B. Escrow und datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit	213
I. Datenflüsse/Fallgestaltungen	213
II. Verantwortlichkeit	214
III. Abgrenzung Auftragsverarbeitung/(Joint) Controllershship	214
1. Verhältnis zwischen Hinterlegendem und Begünstigtem	215
2. Verhältnis der Parteien zum Escrow-Agenten	216
C. Rechtsgrundlage der Verarbeitung	216
I. Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags	217
II. Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen	217
III. Verarbeitung auf der Grundlage einer Einwilligung	218
IV. Sonderfall „sensible“ Daten	218
D. Rechte der Betroffenen	218
I. Vorbemerkung	218
II. Informationspflichten	219
1. Hinterlegung	220
2. Herausgabe	220
3. Inhalt	220
4. Form der Information	221
5. Zeitpunkt der Information	222
6. Kosten	222
7. Ausnahmen	222
III. Auskunftsrecht	222
1. Gegenstand	223
2. Form der Auskunft	223
3. Ausnahmen	223
IV. Berichtigung und Vervollständigung	224
V. Löschung/„Recht auf Vergessenwerden“	224
1. Voraussetzungen	224
2. Folgen und Ausnahmen	224
VI. Sonstige Rechte	224
1. Einschränkung der Verarbeitung	225
2. Datenportabilität	225
3. Widerspruchsrecht	225
4. Automatisierte Entscheidung	225
E. Datentransfer in Drittstaaten/internationale Aspekte	225
I. Ausgangslage und Fallkonstellationen	226
II. Angemessenheitsbeschluss	226
III. Geeignete Garantien	227
1. Standarddatenschutzklauseln/Standardvertragsklauseln	227
2. Binding Corporate Rules	228
3. Genehmigte Verfahrensregeln und Zertifizierungsverfahren	228
4. Genehmigte sonstige Verträge	228
IV. Weitere Rechtsgrundlagen/Ausnahmen	228

F. Verarbeitung von Daten im Konzern	229
I. Ausgangslage und Fallkonstellationen	229
II. Datenverarbeitung im Konzern und berechtigtes Interesse	230
III. Übermittlung in Drittstaaten	230
G. Technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz von Daten	231
H. TOM als Grundlage des technischen Datenschutzes	232
I. Schutzziele	232
1. Vertraulichkeit	233
2. Integrität	233
3. Verfügbarkeit und Belastbarkeit	233
II. Personenbezogene Daten als Schutzgegenstand	234
III. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen/risikobasierter Ansatz	235
1. Stand der Technik	235
2. Implementierungskosten	235
3. Risikobasierter Ansatz	235
IV. Besonderheiten bei Escrow	236
1. Spezielle Anforderungen an die Hinterlegungsstelle	236
2. Pflichten des Hinterlegers	240
3. Spezifikation der technischen Mindestmaßnahmen	240
4. Datenschutzrechtliche Anforderungen an technische Maßnahmen	240
5. Schutz von Geschäftsgeheimnissen	241
6. Dokumentation/Auditierung	241
I. Verfahren bei Datenpannen	241
I. Vorliegen einer Datenpanne	242
1. Wer steuert den Eskalationsprozess?	243
2. Ab wann war der Vorfall bekannt?	243
3. Potenzielle Risiken für die betroffene Person	243
4. Wer ist zu involvieren?	244
5. Weiteres Vorgehen	244
II. Besondere Pflichten bei Escrow	244
J. Überblick über aufsichtsrechtliche Maßnahmen	245
I. Untersuchungsbefugnisse	246
II. Bereitstellung von Informationen	246
III. Überprüfung und Zugang	247
IV. Abhilfebefugnisse	247
V. Bußgelder	247
K. Schutz von Maschinendaten bei der Hinterlegung	248
I. Recht an Daten	248
1. Schutzobjekt	249
2. Anknüpfungspunkte	249
II. Geheimnisschutz	249
1. Technische Anforderungen nach GeschGehG	250
2. Folgen bei unzureichenden Schutzmaßnahmen	250
3. Lösungsansätze in der Vertragsgestaltung	251
Kapitel 9. Haftung und Compliance	
A. Haftungsrisiken der Beteiligten einer Quellcodehinterlegung	252
I. Erwartungshaltung der Beteiligten/abzusicherndes Risiko	252
II. Haftungsrisiko des Lizenzgebers	253
III. Haftungsrisiko des Lizenznehmers	257
IV. Haftungsrisiko der Escrow-Agentur bzw. Hinterlegungsstelle	260
B. Haftung der Beteiligten	264
I. Haftung des Lizenzgebers	264

II. Haftung des Lizenznehmers	266
III. Haftung der Hinterlegungsstelle	267
C. Escrow als Compliance-Maßnahme	269
I. Digitalisierung und Software als Risiko	269
II. Rechtsrahmen für Compliance	270
III. Pflicht des Unternehmens zur Risikoabsicherung	272
IV. Softwarehinterlegung als Risikomanagement	273
V. Versicherungsrechtliche Aspekte	275
D. Escrow als angemessene Geheimhaltungsmaßnahme nach dem GeschGehG	277
I. Softwarequellcodes als Geschäftsgeheimnis	277
II. Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse	278
III. Vertragliche Schutzmaßnahmen in der Hinterlegungsvereinbarung	279
IV. Vereinbarung von Vertragsstrafen beim Missbrauch von Quellcodes	280

Teil D. Regulatorische Aspekte

Kapitel 10. Kartellrechtliche Bezüge

A. Einführung	284
B. Grundlagen des Kartellrechts	285
I. Regelungssystematik	285
II. Anwendungsbereich	286
III. Marktabgrenzung	287
C. Kartellverbot und Lizenzvereinbarungen	288
I. Kartellverbot: Grundlagen	288
1. Verbotene Maßnahmen	288
2. Wettbewerbsbeschränkung	288
II. Freistellung vom Kartellverbot	289
1. TT-GVO	291
2. Vertikal-GVO	293
3. F&E- und Spezialisierungs-GVOen	294
III. Kartellrechtskonforme Ausgestaltung von (Software-)Lizenzvereinbarungen	295
1. Lizenzierung von Software	295
2. Lizenzverträge im Vertikalverhältnis	296
3. Lizenzverträge im Horizontalverhältnis	301
D. Marktbeherrschende Stellung und Quellcode	305
I. Missbrauchsverbot – Tatbestand und Systematik	305
1. Missbräuchliches Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung	306
2. Besonderheiten im deutschen Kartellrecht	307
II. Missbrauchskontrolle und Datenzugang	308
1. Die Essential-facilities-Doktrin im Rahmen von Art. 102 AEUV	308
2. Daten als Essential facility?	311
3. Novellierung des deutschen Kartellrechts: Neuerungen der 10. GWB-Novelle	315

Kapitel 11. Sonstige Rechtsgebiete mit Bezug zu Escrow

A. Vergaberecht und Escrow	318
I. Rolle des Escrow in den verschiedenen EVB-IT	318
II. Regelungsstruktur der EVB-IT zu Escrow	319
III. Die öffentliche Hand als Hinterleger	320
B. Krypto-Protokolle & Co.	320
I. Grundsätzliche Vorteile der Hinterlegung von kryptografischen Schlüsseln	320
II. Möglichkeiten asymmetrischer Kryptografie	320

III. Kryptografische Hash-Funktionen zur Identitätsgewährleistung 321

Teil E. Unternehmenstransaktionen und internationale Bezüge

Kapitel 12. Quellcodehinterlegungsvereinbarungen in der Unternehmenstransaktionspraxis

A. Anlass und Ziele dieses Kapitels 324

B. Bedeutung der Quellcodehinterlegungspraxis im Kontext von Unternehmenstransaktionen 325

C. Die Unternehmenstransaktion 326

 I. Asset Deal und Share Deal 326

 II. Ablauf und Phasen 327

 III. Due Diligence 328

 1. Risikoprüfung 328

 2. Risikobericht 329

D. Rechtliche Herausforderungen bei Transaktionen im Konzernverbund 330

 I. Allgemeine Überlegungen 330

 II. Transitional Services Agreements 331

 III. Herauslösen von IT-Servicegesellschaften aus dem Konzernverbund 332

E. Praxisrelevante Herausforderungen im Übrigen 332

 I. Rechtswahlklausel und Gerichtsstandsvereinbarung 332

 II. Insolvenzzrechtliche Besonderheiten 333

 1. Anwendungsfall deutsches Insolvenzrecht 333

 2. Anwendung ausländischen Insolvenzrechts 339

 III. Change-of-Control-Klauseln 340

 IV. Übertragungsbeschränkungen 341

F. Zusammenfassende Hinweise für die Praxis 342

Kapitel 13. Internationale Bezüge

A. Einführung 343

B. Auswahl der Hinterlegungsstelle 344

 I. Rechtliche Vorgaben 344

 II. Zentrale Kriterien für die Auswahl 344

C. Anwendbares Recht nach deutschem Internationalem Privatrecht 345

 I. Überblick über die Bestimmung des anwendbaren Rechts ohne Rechtswahl 346

 II. Vorrang der Rechtswahl 348

D. Wesentliche Kriterien für die Wahl des Vertragsstatuts 349

 I. Zentrale Unterschiede in der Rechtskultur 349

 II. Synchronisierung von Hinterlegungsvereinbarung und Lizenzvertrag 350

 III. Weitere Kriterien für die Wahl des Vertragsstatuts 351

E. Zuständigkeiten staatlicher Gerichte 352

 I. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte 352

 II. Zuständigkeitsvereinbarungen 352

 III. Internationale Schiedsverfahren 353

Teil F. Verfahrensrecht

Kapitel 14. Außergerichtliche Streitbeilegung

A. Einführung 358

 I. Mechanismen außergerichtlicher Streitbeilegung 359

 1. Ergänzende Verfahren 359

 2. Ersetzende Verfahren 359

 3. Hybride Verfahren/Eskalationsverfahren 359

II. Mediation bei Escrow-Fällen	360
III. Schiedsverfahren bei Escrow-Fällen	360
B. Fallgestaltungen	360
I. Parteivereinbarung ex ante	361
II. Parteivereinbarung ex post	361
III. Delegation auf Dritte	361
C. Mediation	362
I. Allgemeiner Verfahrensablauf	362
II. Besonderheiten bei Escrow-Fällen	363
1. Zeitliche Relevanz	363
2. Rolle des Escrow-Agenten	364
3. Vorbereitung und Einleitung	364
D. Schiedsverfahren	364
I. Allgemeiner Verfahrensablauf	365
1. Verfahrensgrundsätze	365
2. Rolle staatlicher Gerichte	365
3. Verfahrensablauf	366
II. Besondere Escrow-Fallgestaltungen	366
1. Herausgabefälle	366
2. Gewährleistungsfälle	366
3. Datenpannen	367
III. Bindungswirkung gegenüber Escrow-Agenten	367
IV. Vorbereitung und Einleitung	367
E. Sonstige Mechanismen außergerichtlicher Streitschlichtung	368
I. Schiedsgutachten	368
II. Schlichtung	368
F. Vertragsklauseln Vereinbarung außergerichtlicher Streitbeilegung	369
I. Mediation	369
II. Schiedsverfahren	370
1. Ad-hoc-Schiedsgericht	370
2. Institutsschiedsgericht	371
Kapitel 15. Zivilprozessuale Besonderheiten	
A. Ausgangslage und praktische Probleme	374
I. Interessenlage und materiell-rechtliche Situation	374
1. Herausgabeinteresse des Kunden	374
2. Sicherungsinteresse des Herstellers	376
II. Prozessuale Situation	376
1. Herausgabeklage des Kunden	376
2. Unterlassungs- und Herausgabeklage des Herstellers	379
III. Geheimhaltungsbedürfnis	380
IV. Lösungsmöglichkeiten für eine Geheimhaltung im Zivilprozess	380
B. Geheimhaltung nach dem Gerichtsverfassungsgesetz	381
I. Überwiegende Interessen an der Geheimhaltung	381
II. Rechtsfolgen eines Geheimhaltungsbeschlusses	382
C. Geheimhaltung nach dem Geschäftsgeheimnisschutzgesetz	382
I. Vorliegen einer Geschäftsgeheimnisstreitsache	382
1. Begriff der „Geschäftsgeheimnisstreitsache“	383
2. Abgrenzung und praktische Auswirkung	385
II. Vorliegen einer „Klage“	386
1. Anwendbarkeit auf normale Klagen	386
2. Anwendbarkeit auf Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung	386
3. Exkurs: Geltung der Dringlichkeitsvermutung	386

III. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts	388
1. Sachliche Zuständigkeit	388
2. Exkurs: Zuständigkeit der Arbeitsgerichte	389
3. Örtliche Zuständigkeit	390
4. Exkurs: negative Feststellungsklage	390
IV. Die Pflicht zur Geheimhaltung	391
1. Antrag einer Partei	391
2. Glaubhaftmachung eines Geschäftsgeheimnisses	392
3. Entscheidung des Gerichts	393
4. Reichweite der Geheimhaltungspflicht	394
5. Anfechtbarkeit der Entscheidung	396
V. Weitergehende Beschränkungen durch das Gericht	396
VI. Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlung	396
Teil G. Neue Anwendungsbereiche im digitalen Zeitalter („Escrow 4.0“)	
Kapitel 16. Mögliche Auswirkungen von DLT/Blockchain auf Escrow	
A. Ein künftiges Escrow-Szenario	400
B. Von der Tontafel zur Blockchain	401
C. Funktionsweise von DLT/Blockchain	403
I. Eigenschaften von Blockchains	403
II. Technische Grundlagen am Beispiel der Bitcoin-Blockchain	404
1. P2P-Netzwerk	404
2. Transaktionen und Blöcke	404
3. Hash-Werte	405
4. Konsensmechanismen	406
5. Mining	407
6. Energieverbrauch	408
7. Forks	409
8. Nodes und Wallets	411
9. Token- und Multisig-Transaktionen	412
III. Arten von Blockchains und Einsatzbereiche	413
1. Öffentliche und private Blockchains	413
2. Offene und zugangskontrollierte Blockchains	415
D. Smart Contracts	416
I. Grundlegende Ideen	416
II. Ethereum	416
1. Einigung über Zustände statt bloß über Werte	416
2. Smart Contract	417
3. Virtuelle Maschine	417
4. Dezentralisierte Anwendungen und Organisationen	418
III. Hyperledger, Corda und Co.	420
IV. Abbildung von Treuhandschaft durch Atomic Swaps und Smart Contracts	420
V. Bedeutung und Problematik von „Oracles“	422
VI. Problematik der Entscheidung auf der Grundlage qualitativer Eigenschaften oder lückenhafter Vereinbarungen	422
VII. Umgang mit fehlerhaften Smart Contracts	423
VIII. Durchsetzung ohne staatliche Zwangsgewalt	424
E. Disintermediatisierende Wirkung von DLT/Blockchain und ihre Auswirkungen auf Escrow	425
I. Bedarf an Vertrauen trotz „trustless trust“	425
II. Blockchain-basiertes IP-Management	426

III. Kryptografisch gesicherte „Off-chain“-Verwahrung des Quellcodes	427
IV. Vertrauensdienstleister als „Oracle“ für die Öffnung des Zugangs	427
V. (Teil-)Automatisierte Abwicklung von Escrow	428
F. Fazit: Herausforderungen und Chancen von DLT/Blockchain für Escrow	428

Kapitel 17. Treuhandmodelle beim vernetzten Fahren

A. Einführung	431
I. Interessen und technische Lösungsmodelle	431
1. Geschlossenes System der Fahrzeughersteller	431
2. Offenes System für Nicht-Fahrzeughersteller	433
II. Normativer Hintergrund	434
B. Rechtliche Realisierungsimplicationen	434
I. Beachtung des Art. 102 AEUV	435
II. Aspekte des Vertragsrechts und des Datenschutzes	436
III. Herausgabeansprüche und Datenzugriff	437
IV. IT-Sicherheit 2.0	438
C. Zusammenfassung und Ausblick	439

Kapitel 18. Die Zukunft des Escrow – (gewagte) Prognosen für das Jahr 2030

A. Einleitung	441
B. Prognose 1: Neue Technologien machen Escrow nicht redundant	441
C. Prognose 2: Die Digitalisierung macht auch Escrow flexibler für die Zukunft	443
D. Prognose 3: KI-Escrow wird BIG, braucht aber noch etwas Zeit	444
E. Prognose 4: Data Escrow wächst kurzfristig am schnellsten	445
F. Prognose 5: Weitere digitale Wirtschaftsgüter werden entstehen – und für einige davon auch neue Escrow-Formate	447
G. Prognose 6: Der Escrow-Markt wächst – in mindestens drei Richtungen	448
H. Prognose 7: Am Ende bleibt Escrow insolvenzfest	449
I. Prognose 8: Gesetze und Regulierung werden auch zukünftig neuen Technologien und Geschäftsmodellen folgen	450
J. Prognose 9: Escrow is here to stay!	451

Teil H. Mustervertrag

Kapitel 19. Mustervertrag Software Escrow

Stichwortverzeichnis	467
----------------------------	-----