

2. OSE SYMPOSIUM

in Kooperation mit ARGE IT

Zusammenfassung der Tagungsergebnisse

„Praxis und Perspektiven des Escrow“

Freitag, 26. Januar 2007

im Kammersaal der IHK München
Max-Joseph-Straße 2, 80333 München

- Tagungsleitung: RA Prof. Dr. Jochen Schneider (München)
- Referenten: StellvVorsRi BGH Dr. Hans-Gerhard Ganter
RA Andreas Witte (München)
RA Dr. Wolfgang Freiherr Raitz von Frenzt (München)
RA Dr. Stefan Schuppert, LL.M. (Harvard) (München)
RA Dr. Peter Bräutigam (München)
Werner Achtert, TÜViT (Essen)
- Moderatoren: RA Axel Rinkler (Karlsruhe)
RA Dr. Malte Grützmacher (Hamburg)
RA Dr. Helmut Redeker (Bonn)
RA Christian Kast (München)
RA Prof. Dr. Jochen Schneider (München)
Stephan Peters

Einleitung

Das 2. OSE Symposium „Praxis und Perspektiven des Escrow“ knüpfte an die Ergebnisse und Ausblicke des 1. OSE Symposiums an und griff die bereits aufgeworfenen Fragen zum grundlegenden Urteil des BGH v. 17.11.2005, zum Institut des „Ziehungsrechts“ und zu Überlegungen des Software Escrow in internationaler Sicht auf. Weitergehend wurden aktuelle und neue Fragen des Software Escrow hinsichtlich des Online-Vertriebs, Outsourcing und Due Diligence behandelt. Einblicke aus technischer Sicht in die Qualitätssicherung durch den TÜViT rundeten das Symposium ab.

Die Darstellung folgt der Reihenfolge der Beiträge.

1. Einführung

Die Begrüßung der Teilnehmer erfolgte durch den Vorstandsvorsitzenden der OSE, RA Johannes Krüger, und die Vorsitzende des GfA der ARGE IT (DAVIT) des Deutschen Anwaltvereins, RAin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff. Zur Einstimmung und Überleitung vom 1. Symposium gab *RA Prof. Schneider, München*, einen Überblick über aktuelle Strömungen, insbesondere zur Sachqualität von Software (dazu Urteil des BGH v.15.11.2006 zu ASP) und zur Erschöpfung beim Online-Handel (LG München I/OLG München einerseits und LG Hamburg andererseits, dazu eingehend dann *Witte*).

2. Das BGH-Urteil v. 17.11.2005, Maßgabe für Softwareverträge und deren insolvenzrechtliche Beurteilung

Referent: StellvVorsRi BGH Dr. Hans Gerhard Ganter

Moderator: RA Axel Rinkler (Karlsruhe)

Die Entscheidung des BGH vom 17.11.2005 war bereits wichtige Grundlage für die Diskussion im Rahmen des 1. Symposiums. Die zentrale Rolle spielte dabei die Frage, inwieweit aus dem Urteil Antworten zur Insolvenzfestigkeit von Escrow, Pflegeverträgen und Lizenzverträgen abgeleitet werden können. Auch in der Literatur wurde dies sowohl vor als auch nach dem 1. Symposium diskutiert.¹ Hieran knüpfte der Beitrag von *StellvVorsRi BGH Dr. Hans Gerhard Ganter* an, der als Mitglied des IX. Zivilsenats selbst an diesem viel zitierten Urteil beteiligt war. Insoweit stellte das Referat einen ganz besonderen Beitrag zum Verständnis der Hintergründe und Begründung des Urteils dar.

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt kam es zu zwei Nutzungsrechtseinräumungen, erstens durch den Lizenzvertrag und zweitens durch die dingliche Einräumung infolge der Kündigung des Lizenzvertrages. Nur über diese zweite Nutzungsrechtseinräumung wurde im Urteil entschieden, da es schon aufgrund des Streitgegenstandes in der Revision auf den Lizenzvertrag nicht ankam. Der BGH war an die tatrichterliche Beurteilung des OLG Karlsruhe gebunden, dass es sich nach dem Lizenzvertrag um eine aufschiebend bedingte Übertragung der Rechte am Quellcode handelte. Dementsprechend ging der BGH ausschließlich drei Fragen nach. Erstens, ob durch Kündigung die Bedingung eingetreten war und damit der Quellcode durch dingliche Rechtsübertragung Teil der Insolvenzmasse geworden war, § 91 Abs. 1 InsO. Zweitens, ob diese vertragliche Ausgestaltung eine Umgehung von § 119 InsO darstellt und drittens die Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs der Lizenznehmerin nach § 129 ff. InsO. Im Ergebnis wurde in diesem sehr speziell gelagerten Fall entschieden, dass sich das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach dem Lizenzvertrag bei Ausübung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO aus der Erfüllungsablehnung ergibt und damit die Bedingung eingetreten sei. Weiter sei dies keine Umgehung nach § 119 InsO, da das Kündigungsrecht zwar faktisch die Entscheidung des Insolvenzverwalters konterkariere, rechtlich aber nicht gerade hierauf gerichtet sei und nicht speziell an die Insolvenzeröffnung oder die

¹ Bärenz, EWiR 2006, 119; Berger, NZI 2006, 380; Dengler/Gruson/Spielberger, NZI 2006, 677; Fehl, DZWIR 2006, 292; Grützmacher, CR 2006, 289; Höpfner, NZI 2006, 231; Kesseler, ZNotP 2006, 94; Leithaus, NZI aktuell 2006 Heft 2 S. V

Ausübung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters anknüpfe („Lösungsklausel“). Die Anfechtung scheiterte am fehlenden Nachweis bzw. an Verfristung. Die „Lösungsklausel“ mit der sich der BGH beschäftigte bezog sich also nur auf die dingliche Rechtseinräumung durch Bedingungseintritt und nicht auf die Lizenzvereinbarung. Es wurde herausgearbeitet, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung in einem speziell gelagerten Fall handle. Entgegen der Annahme der Literatur ist dem Urteil daher zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzvereinbarungen bzw. Escrow gerade keine Aussage zu entnehmen, da dies nicht Gegenstand der Entscheidung war und der BGH dies weder zu entscheiden hatte noch entscheiden wollte. Aus Sicht des BGH ist dieses Urteil für die Beantwortung der Frage der Insolvenzfestigkeit von Escrow bzw. Lizenzvereinbarungen weder „Durchbruch“ noch versäumter „großer Wurf“. Die vor Insolvenzeröffnung unter der aufschiebenden Bedingung einer wirksamen Kündigung erfolgte Übereignung des Datenträgers mit dem Quellcode dürfte jedoch insolvenzfest sein.

Im 2. Symposium zeigte sich deutlich, dass bezüglich Escrow trotz der Entscheidung vom 17.11.2005 weiterhin Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der insolvenzfesten Gestaltung von Lizenzverträgen und der Handhabung des Quellcodes bestehen, die eine weitere Befassung mit der Thematik erfordern. Besonders interessant war, dass sich während der Diskussion herausstellte, dass durchaus nicht allgemein präsent war, dass bei Software Escrow grundsätzlich nicht davon auszugehen ist, dass mit der Herausgabe einer Quellcodekopie an den Nutzer eine vollständige wirtschaftliche Entwertung aus Sicht des Lizenzgebers (Insolvenzverwalters) erfolgt, da ja nur eine (von vielen möglichen) Kopien herausgegeben wird und die Nutzung dieser Kopie zudem noch vertraglich definiert bzw. eingeschränkt ist (z.B. Wartung/Anpassung nur zum eigenen Bedarf).

3. Dingliche Rechtseinräumung und Erschöpfung, Probleme des Escrow beim Online-Vertrieb

Referent: RA Andreas Witte (München)

Moderator: RA Dr. Malte Grützmaker (Hamburg)

Ausgehend von der Annahme, dass die dingliche Rechtsübertragung bei Hinterlegung von Software bei richtiger Formulierung insolvenzfest sei, wurde zunächst der insolvenzrechtliche Hintergrund geschildert, wobei auch auf das Urteil des BGH v. 17.11.2005 eingegangen wurde. Vor diesem Hintergrund erörterte *RA Andreas Witte*, wann aus urheberrechtlicher Sicht von dinglicher Rechtsübertragung gesprochen werden kann. In diesem Zusammenhang wurde insbesondere auf die Unterscheidung von Verbreitung nach § 69 c Nr. 3 S. 1 UrhG und Wiedergabe nach § 69 c Nr. 4 UrhG eingegangen. Es wurde herausgearbeitet, dass die an die Öffentlichkeit gerichteten Online-Übertragungen dabei nicht dem Verbreitungsrecht unterfallen sondern Teile des Rechts der öffentlichen Wiedergabe sind. Weiter wurde die Frage aufgeworfen, inwiefern sich der Vertragstypus auf Verbreitung und Wiedergaberecht auswirkt. Zweiter Schwerpunkt des Vortrages lag in der Darstellung des Streitstandes in Rechtsprechung und Literatur zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts anlässlich der Online-Übertragung zum Zwecke der Anfertigung eines Werkstücks im Rahmen einer Veräußerung und der Erörterung der Frage, inwieweit das

bürgerliches Sachenrecht dies beeinflusst. Insofern ist insbesondere zu konstatieren, dass in der Instanzrechtsprechung „Norden“ (Hamburg) und „Süden“ (München) in diametralem Gegensatz zueinander stehen. Ansonsten scheinen sich die Ansichten in der Literatur wohl am meisten in der Begrifflichkeit zu unterscheiden.

Im Ergebnis wurde festgehalten, dass die Online-Übertragung als bloßes Transportmittel für sich genommen keine Rolle für den Übergang dinglicher Rechte spielt, da sie nichts über den verfolgten Zweck aussagt. Über den Umfang der Rechtsübertragung können Schlüsse daher nur im Wege der allgemeinen Auslegungsgrundsätze gezogen werden. Im Urheberrecht ist hierbei die Zweckübertragungslehre von Bedeutung. Wichtig ist insoweit die Vertragsgestaltung, da letztlich der Vertrag Gegenstand der Auslegung ist und somit maßgeblich Bedeutung für die Beurteilung dinglicher Rechtseinräumung hat.

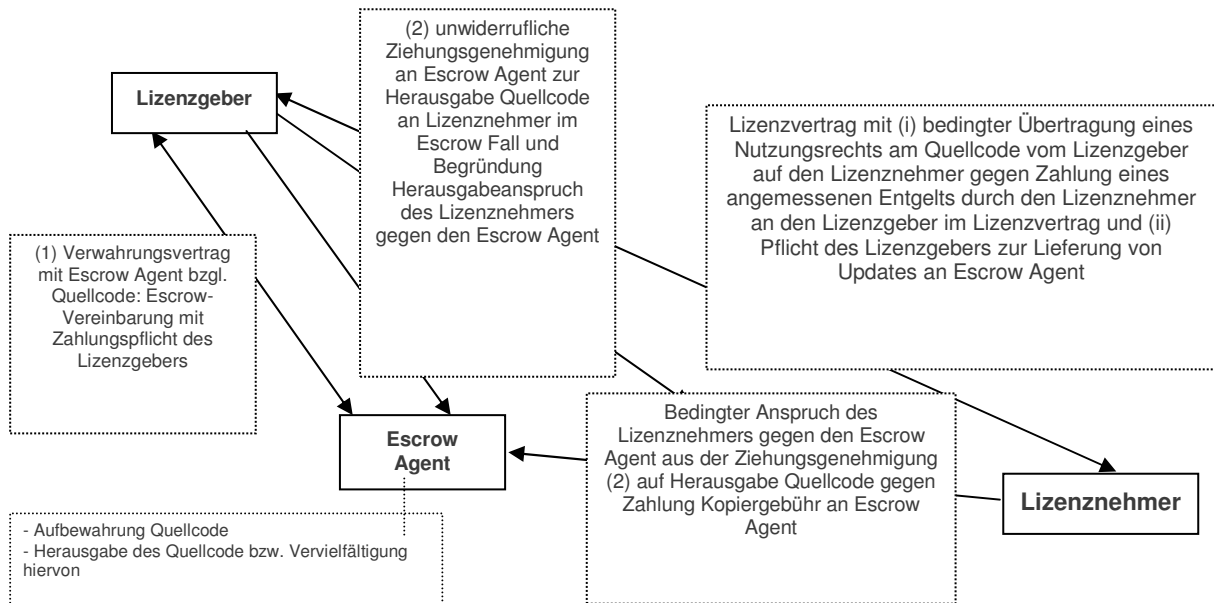
4. Escrow-Vertrags-Konstruktion und –Modelle, insbesondere „Ziehungsrecht“

Referent: RA Dr. Wolfgang Freiherr Raitz von Frenzt (München)

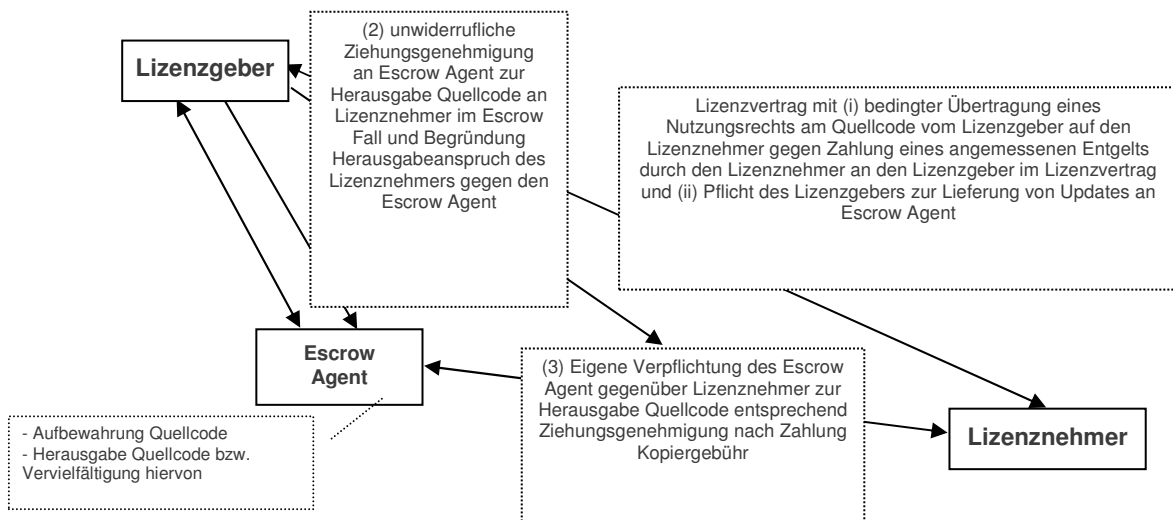
Moderator: RA Dr. Helmut Redeker (Bonn)

Im 1. OSE Symposium wurden die vertraglichen Grundkonstellationen für Escrow nebeneinander gestellt und diskutiert. Bereits in dieser Diskussion brachte *RA Dr. Wolfgang Freiherr Raitz von Frenzt* das Institut des „Ziehungsrechts“ zur Sprache, das im Bereich der Filmverwertung Anwendung findet. Dies hat OSE aufgegriffen. *RA Dr. Wolfgang Freiherr Raitz von Frenzt* stellte nun in tieferer Ausarbeitung neben der Erörterung der Grundkonstellationen insbesondere auch zwei Vertragsmodelle unter Einbeziehung einer Ziehungsgenehmigung vor, wobei jeweils auf Vor- und Nachteile für Lizenznehmer und Lizenzgeber eingegangen wurde. Dazu die Charts des Referenten:

a) Konstruktion mit Ziehungsgenehmigung an Escrow Agent und Lizenznehmer



b) Konstruktion mit Ziehungsgenehmigung an Escrow Agent und Lizenznehmer und eigenständiger Herausgabeverpflichtung des Escrow Agent gegenüber Lizenznehmer zur Herausgabe



Die Konstruktion des Ziehungsrechts mit *Genehmigung* hätte den Vorzug, insolvenzfest zu sein, wohl ohne die Probleme der (Doppel-)Treuhand für den Escrow-Agenten. Der Vorschlag des Referenten befruchtet die Konstruktionen des Escrow gerade im Hinblick auf die Insolvenzfestigkeit, bedarf aber wohl noch der Rezeption und Diskussion bei den Adressaten.

5. Die Insolvenzfestigkeit des Software-Escrow in internationaler Sicht

Referent: RA Dr. Stefan Schuppert, LL.M. (Harvard) (München)

Moderator: RA Christian Kast (München)

Während des 1. Symposiums zu Software Escrow wurden bei den Überlegungen der einzelnen Grundkonstellationen nicht berücksichtigt, dass auch ausländische Parteien beteiligt sein können. *RA Dr. Stefan Schuppert, LL.M. (Harvard)* nahm dies zum Anlass aufzuzeigen, welches Recht jeweils Anwendung findet und mit welchen Besonderheiten sich der Rechtsanwender im US-amerikanischen Insolvenzrecht konfrontiert sieht, wobei auch kurz auf Grundlegendes im französischen, britischen und italienischen Recht eingegangen wurde. Nach dem Grundsatz *lex fori concursus* (vgl. § 335 InsO) findet grundsätzlich das Insolvenzrecht desjenigen Landes Anwendung, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Kommt lediglich der Escrow-Agent aus dem Ausland, so gilt nach oben genanntem Grundsatz das deutsche Insolvenzrecht zum Tragen. Allerdings müssen dann im Rahmen der Anwendung des deutschen Rechts die ausländischen Regelungen bezüglich der Hinterlegungsvereinbarung Beachtung finden.

Als Alternative zum Escrow im internationalen Bereich wurde die Zweckgesellschaft SPV (Special Purpose Vehicle) vorgestellt. In der anschließenden Diskussion wurden vertieft praktische Auswirkungen der Anwendung US-amerikanischen Insolvenzrechts besprochen, das in Bezug auf Escrow wesentlich bessere Voraussetzungen bietet.

6. Besonderheiten bei sensiblen Geschäftsprozessen, Escrow bei Outsourcing, Überlegungen im Rahmen einer Due Diligence

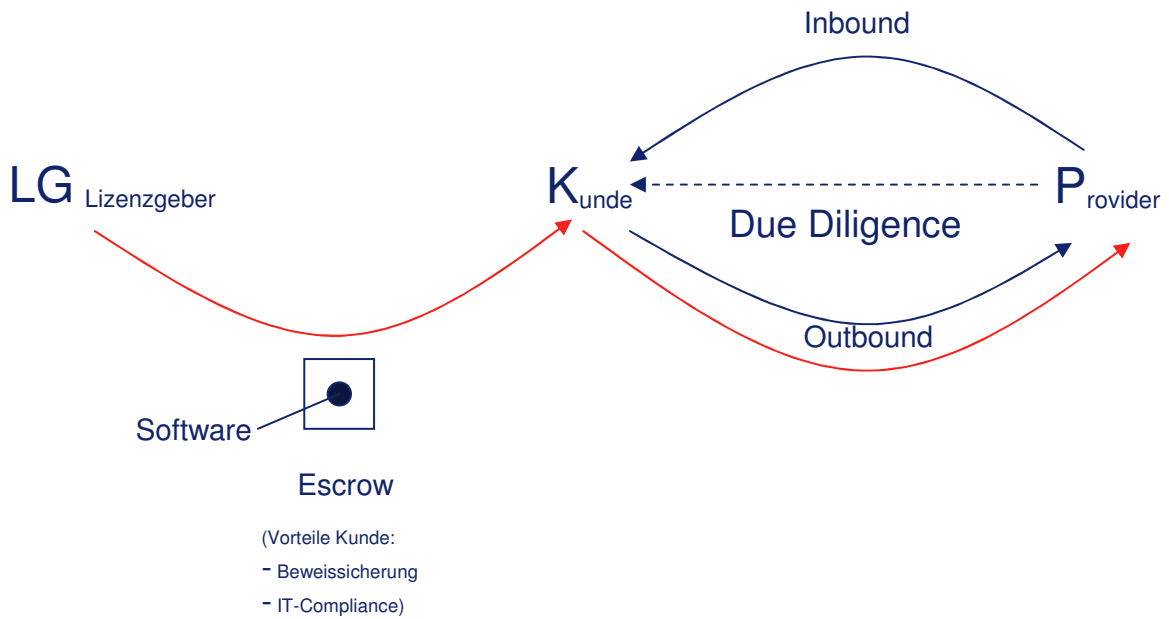
Referent: RA Dr. Peter Bräutigam (München)

Moderator: RA Prof. Dr. Jochen Schneider (München)

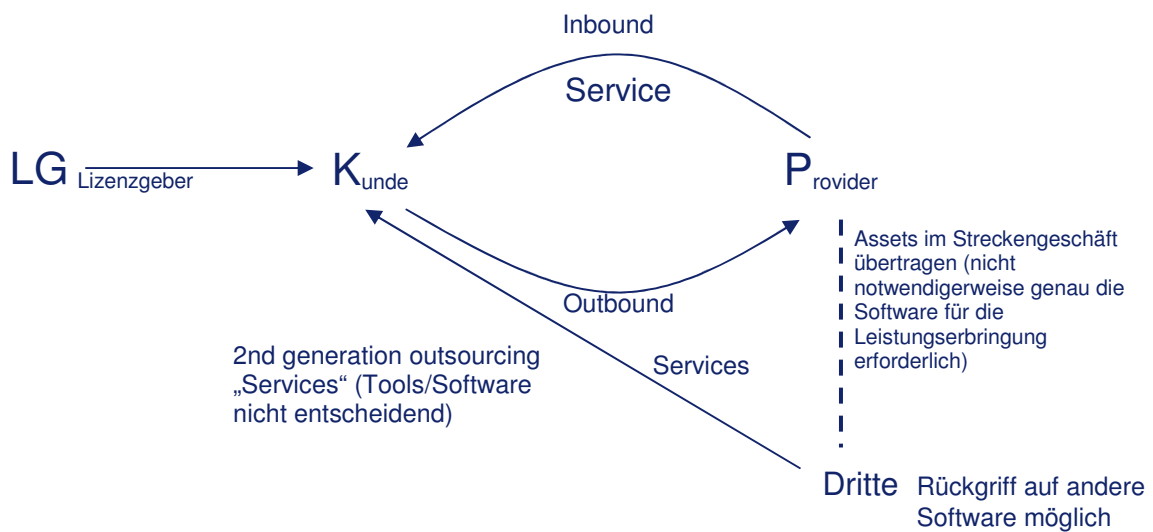
Neue und schwierige Problemfelder bei Software Escrow sind die Themenkreise Outsourcing und Due Diligence. Zu diesem Thema referierte *RA Dr. Peter Bräutigam* kurzfristig statt des leider verhinderten *RA Thomas Heymann*. Im Rahmen von Outsourcing stellt sich in Bezug auf Escrow die Frage, wem letztlich nach dem Outsourcing-Prozess gegenüber dem Escrow Agenten Herausgabeansprüche zustehen. Im Bereich der Due Diligence ergeben sich bei Escrow Schwierigkeiten, den eigenständigen Vermögenswert von hinterlegter Software in der jeweiligen Vertragskonstellation zu ermitteln.

Dazu die Charts des Referenten:

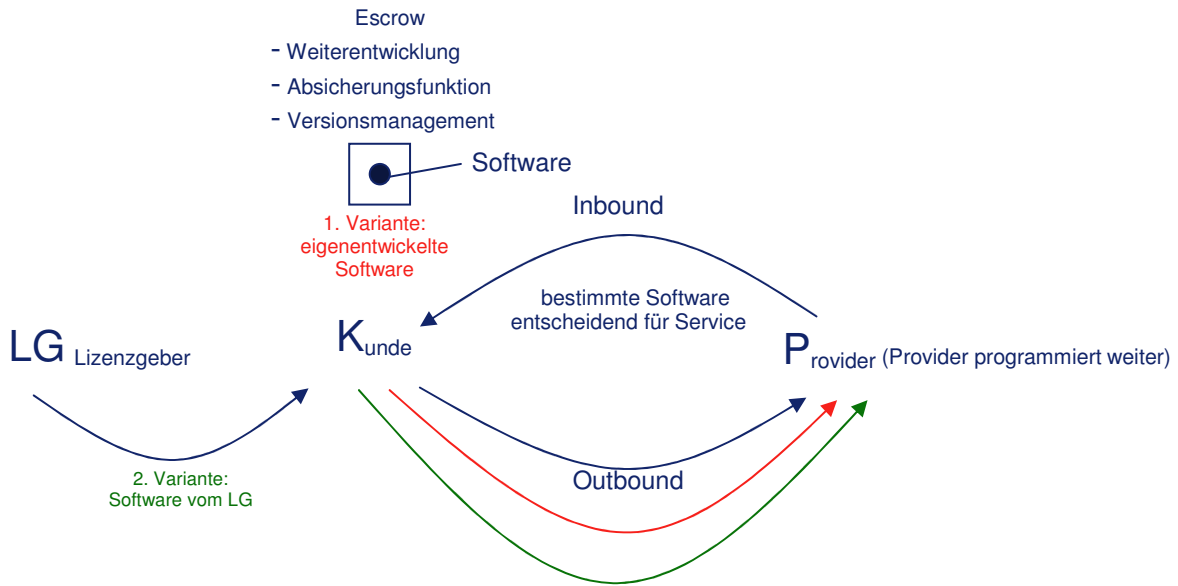
a) Beweissicherung / IT-Compliance



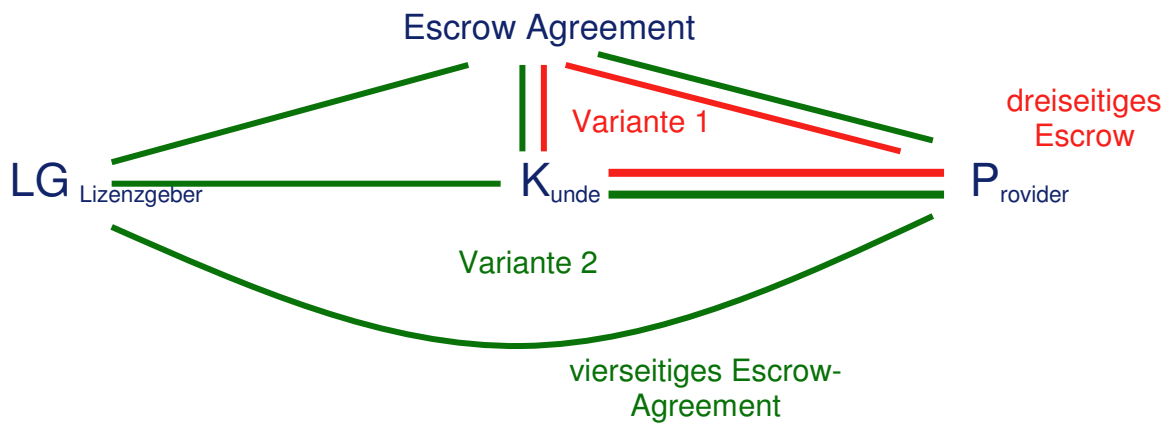
b) Schwerpunkt auf Service



c) Schwerpunkt auf bestimmte Software



Dreiseitiges und vierseitiges Escrow-Agreement bei Schwerpunkt auf bestimmte Software:

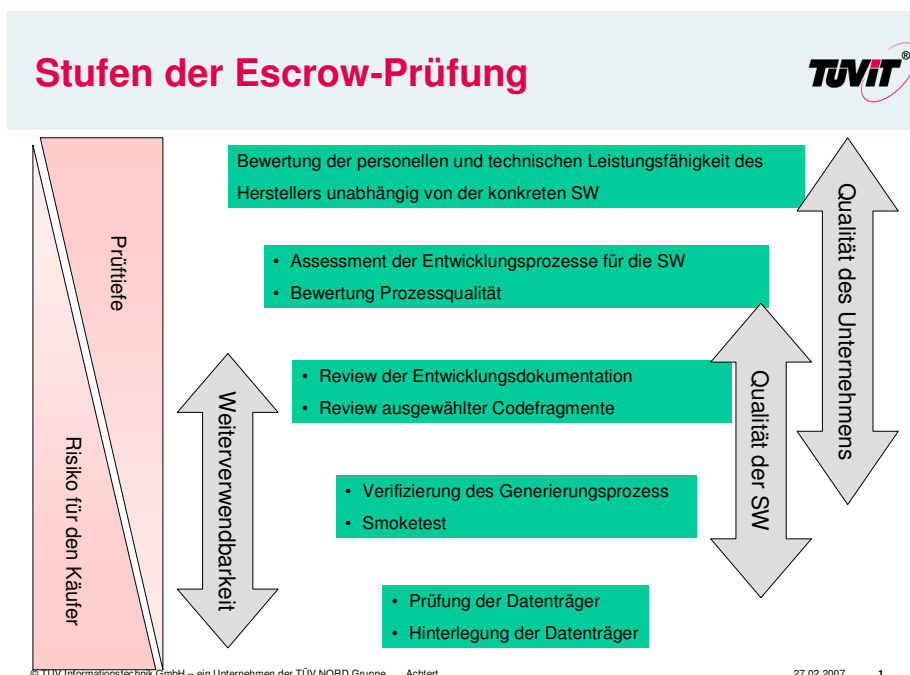
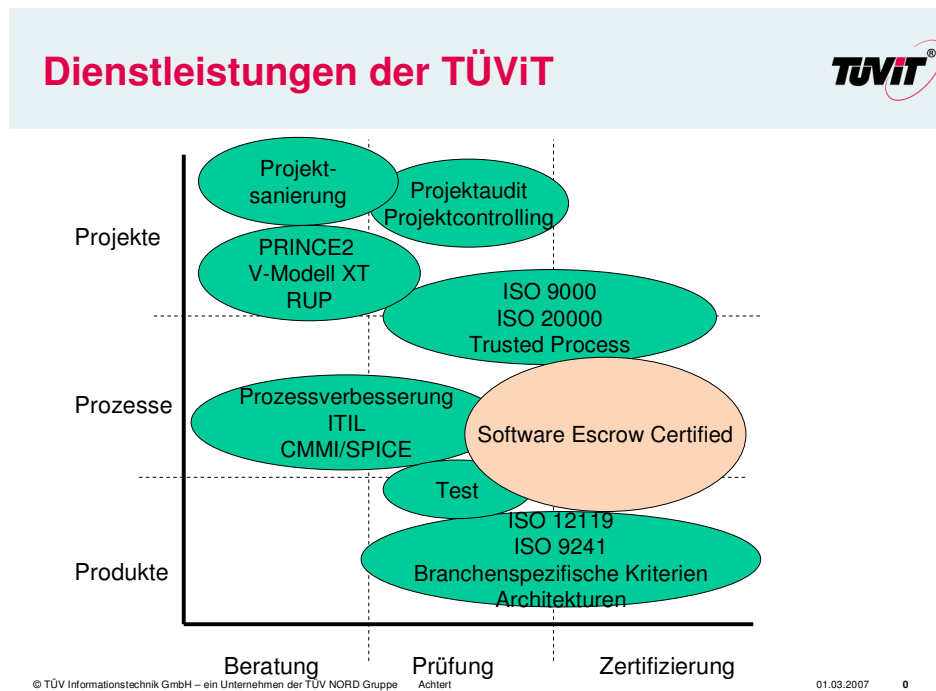


7. Sicherheit, Qualität und Zertifizierung – Merkmale eines Qualitäts-Siegels

Referent: Werner Achtert, TÜViT (Essen)

Moderator: Stephan Peters

Werner Achtert vom TÜViT gab einen Überblick über die unabhängige Arbeit des TÜViT in Bezug auf Qualitätssicherung, Escrow und Zertifizierung.



8. Zwischenergebnis und Ausblick

Das 2. OSE Symposium hat dort angesetzt, wo das 1. Symposium geendet hat. Die Escrow-Vertrags-Konstellationen wurden um die Variante des Ziehungsrechtes erweitert und die Frage nach dem jeweils anwendbaren Recht bei internationalen Vertragsbeziehungen geklärt.

Das Urteil des BGH vom 17.11.2005 wurde aus einer neuen Perspektive beleuchtet, nämlich der des BGH, wodurch sehr deutlich wurde, dass der Quellcode bei der Entscheidung keine Rolle spielte. Die hieraus gewonnene Erkenntnis kehrt das Ergebnis des 1. Symposiums in gewissem Sinne um. Der Entscheidung ist wohl keine Aussage bezüglich der Insolvenzfestigkeit von vertraglichen Verfügungen zum Quellcode und speziell zu Escrow Agreements zu entnehmen, so dass insoweit der ohnehin gebliebene Diskussionsbedarf noch erhöht werden wird.

Festzustellen ist, dass offensichtlich auch bei einem Teil der Insolvenzverwalter die Vorstellung zu herrschen scheint, es gäbe nur „einen einzigen Quellcode“ der hinterlegten Software, wohingegen es durchaus weitere Kopien und auch Varianten (etwa mit kundenspezifischen Anpassungen) geben kann, so dass eine wirtschaftliche Entwertung durch Herausgabe einer Quellcode-Kopie in der Regel nicht erfolgen wird.

Die OSE wird neben dieser Diskussion auch neu gewonnene Themen wie Escrow im Rahmen von Outsourcing und Due Diligence weiterverfolgen und in kommenden Veranstaltungen näher beleuchten.

Details zu diesen Veranstaltungen werden auf der Website der OSE unter www.ose-international.org veröffentlicht werden.