

Veranstaltung: 1. OSE Symposium zum Thema „Software Escrow“
Ausrichter: Organisation pro Software Escrow e.V., München (OSE)
Ort, Datum: München, Hotel „Platzl“, am Freitag 19. Mai 2006
Teilnehmer: 18 als IT-Experten ausgewiesene Juristen sowie Mitglieder der OSE

Zusammenfassung der Tagungsergebnisse des 1. OSE Symposiums „Software Escrow“ vom 19.05.2006

1. Hintergrund

Die Organisation pro Software Escrow e.V. (OSE) hat es sich in ihrer Satzung unter anderem zur Aufgabe gestellt, angemessene rechtliche Rahmenbedingungen für die Softwarehinterlegung (Software Escrow) in Deutschland sicherzustellen und bei der Schaffung verbindlicher Rechtssicherheit mitzuwirken. Hintergrund ist die seit Jahren andauernde – und zuletzt stark an Intensität zunehmende – rechtstheoretische Diskussion um die Insolvenzfestigkeit von Escrow.

In Erfüllung dieser selbst gestellten Aufgabe veranstaltete die OSE am 19.05.2006 ein Symposium zu den aktuellen rechtlichen Entwicklungen im Bereich Software Escrow unter besonderer Berücksichtigung neuerer Gerichtsentscheidungen. Teilnehmer dieser Veranstaltung waren Rechtsanwälte und Vertreter der Rechtswissenschaft, die zum Thema Software Escrow publiziert haben bzw. in diesem Bereich praktisch oder wissenschaftlich tätig sind.

Das erklärte Ziel der Veranstaltung war, ein aktuelles Meinungsbild zur jüngsten Rechtsprechung in Praxis und Wissenschaft zu dokumentieren und die Teilnehmer und die OSE auf dessen Grundlage eine aktuelle Bewertung der Rechtssicherheit von Software Escrow vornehmen zu lassen, bzw. einer solchen Bewertung näher zu kommen. Die wesentlichen Grundlagen und Ergebnisse der Diskussion wurden im Folgenden zusammengefasst.

2. Grundlage BGH-Entscheidung 17.11.2005

Wichtige Grundlage für die Diskussion für die Diskussion war die Entscheidung des BGH¹ vom 17.11.2005 (NJW² 2006, 915 ff.).

Während diese Entscheidung, die bereits ausführlich von *Grützmacher* in CR³ 2006, 289 besprochen worden war, das Thema "Insolvenzfestе Vertragsgestaltung" – entgegen der Entscheidung des LG⁴ Mannheim vom 27.06.2003, ebenfalls mit Anmerkungen von *Grützmacher* in CR 2004, 811 besprochen – sehr positiv beurteilte, stellt sich weiterhin die Frage, ob das zweite, scheinbar noch fehlende Teilstück der Wegstrecke, nämlich die Insolvenzfestigkeit von Escrow, ebenfalls aus diesem Urteil abgeleitet werden kann bzw. wie ggf. insolvenzfestе Vertragsgestaltung bei Escrow auszusehen hätte.

¹ Bundesgerichtshof

² Neue Juristische Wochenschrift

³ Computer und Recht

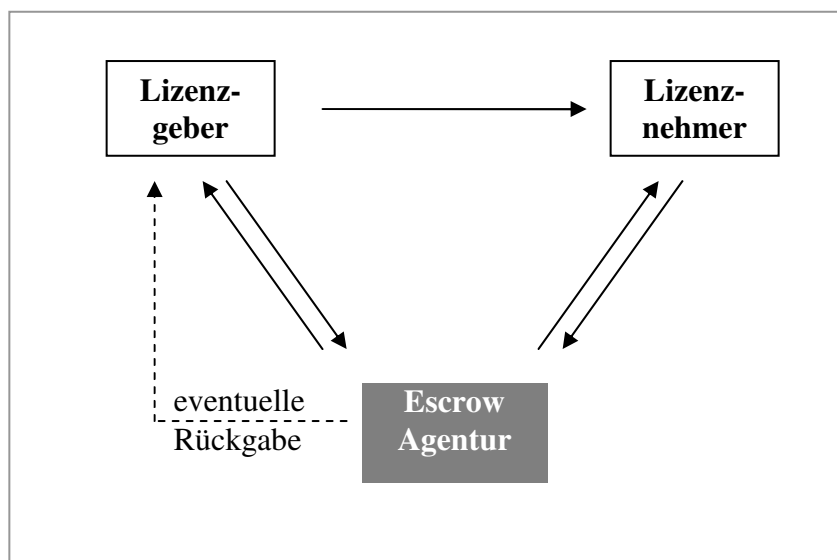
⁴ Landesgericht

Vereinfacht wurde das Thema eingangs als Frage wie folgt formuliert und zur Diskussion gestellt: *Geht eine Art Entwicklungslinie der früheren BGH-Entscheidung vom 25.04.2002, über die Entscheidungen vom 27.06.2003 (LG Mannheim), 29.06.2004 (BGH) und dann vom 17.11.2005 (BGH) hinaus soweit, dass schließlich auch das insolvenzfeste Escrow durch den BGH praktisch bestätigt wäre? Oder bestehen weiterhin Unsicherheiten, die die Rechtssicherheit im Bereich der Insolvenzfestigkeit von Software Escrow beeinträchtigen könnten?*

3. Drei Grundkonstellationen

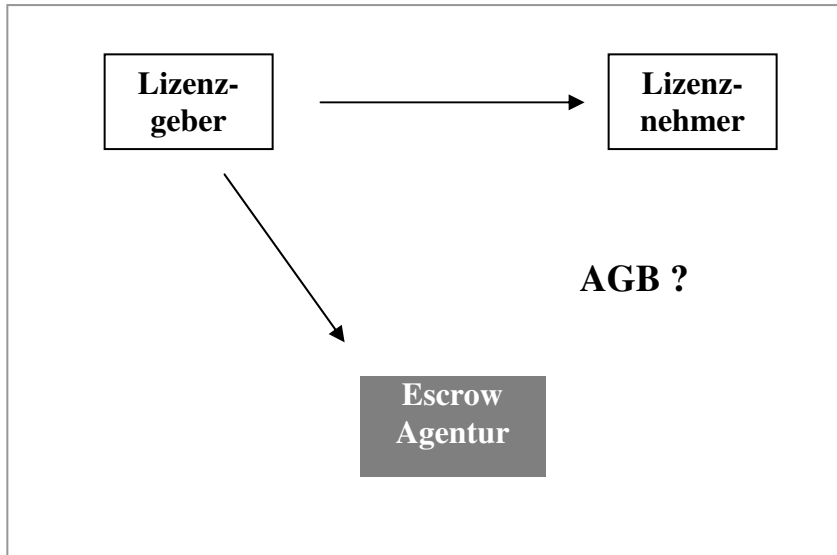
Um die Auswirkungen des Urteiles besser zu beurteilen, wurden 3 vertragliche Grundkonstellationen für Escrow nebeneinander gestellt. In diesen Konstellationen stehen jeweils Lizenzgeber, Lizenznehmer und Escrow-Agent in etwas unterschiedlicher Konfiguration in Vertragsverhältnissen zu einander.

a) „Klassische Vertragssituation“



In dieser Vertragssituation geht die Escrow Agentur direkte Vertragsbeziehungen sowohl mit dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer, was üblicher Weise durch den Abschluss eines dreiseitigen Hinterlegungsvertrages umgesetzt wird.

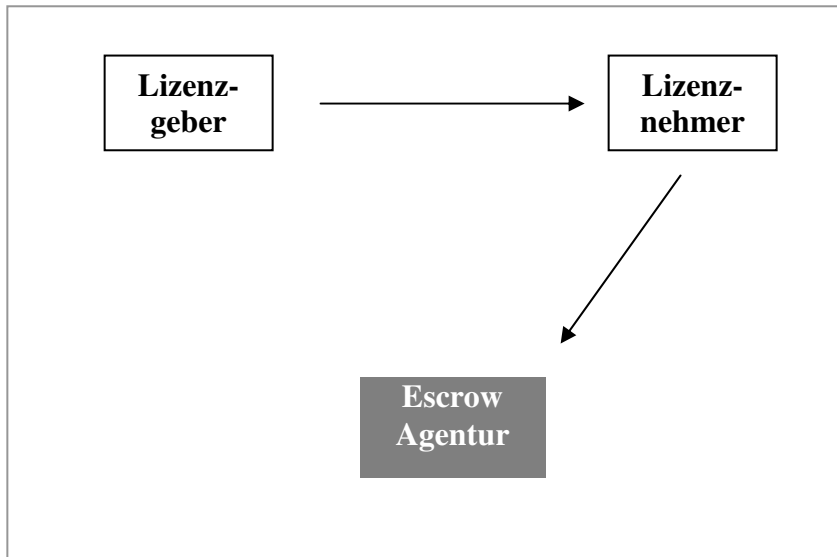
b) Hinterlegungsvertrag nur zwischen Lizenzgeber und Escrow Agentur



In diesem Vertragsmodell übergibt der Lizenzgeber dem Escrow-Agenten den Quellcode und schließt auch nur mit diesem einen Vertrag über die Hinterlegung des Quellcodes ab. Der Escrow Agent wird in diesem Vertrag "ermächtigt" gegenüber solchen Firmen, die sich als Lizenznehmer mit Wahl der Option auch zur Herausgabe des Quellcodes ausweisen, den Quellcode in bestimmten Fällen herauszugeben. Grundsätzlich entstehen nur zwei Verträge, nämlich zwischen Lizenzgeber und Escrow-Agent sowie zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer. Es handelt sich jedoch bei dem Hinterlegungsvertrag dann zwangsläufig, da von Anfang an alle Kunden einbezogen bzw. potentielle Adressaten sind, um AGB⁵, so dass hier insbesondere Fragen des Transparenzgebotes zu beachten sein werden.

⁵ Allgemeine Geschäftsbedingungen

c) „Kettenvertragsmodell“



Es gibt eine Art Vertragskette: Der Lizenzgeber schließt mit dem Lizenznehmer einen Vertrag, wonach dieser die dinglichen Befugnisse zur Nutzung des Quellcodes voll erhält, praktisch also auch "Eigentum" am Quellcode, jedoch sich zur Ausführung des Escrow-Agenten bedient, so dass der Lizenzgeber wiederum ermächtigt wird, die Aushändigung des Quellcodes direkt am Lizenznehmer vorbei an den Escrow-Agenten vorzunehmen.

Der Lizenznehmer wiederum hat einen Vertrag mit dem Escrow-Agenten mit der Verpflichtung für diesen, in bestimmten Fällen, auf Verlangen des Lizenznehmers, den Quellcode herauszugeben. In das Verhältnis Lizenznehmer und Escrow-Agent ist der Lizenzgeber als Vertragspartner primär nicht eingeschaltet. Eine Verklammerung erfolgt über den Lizenzvertrag, in dem der Lizenzgeber angewiesen wird, die Ausführung der Hinterlegung seitens des Lizenznehmers durch Aushändigung an den Escrow-Agenten zu starten bzw. zu bewerkstelligen.

4. Diskussion der InsF vor dem Hintergrund der BGH-Entscheidung

1. Das Thema des Escrow-Vertrages im Zusammenhang mit der insolvenzrechtlichen Problematik („Insolvenzfestigkeit“, InsF) wurde dann unter den Teilnehmern des Symposiums unter verschiedenen Blickwinkeln diskutiert, wobei die Folgen der jeweiligen Betrachtungsweise jeweils an den vorstehenden Vertragsmodellen gemessen wurden. Grundtenor war dabei, dass ausgehend von dem BGH-Urteil und der dort festgestellten, sehr weit gehenden Möglichkeit einer aufschiebend bedingten Verfügung über zukünftig entstehende Versionen einer Software, die Hinterlegung der Software in Escrow als weniger weit reichend, wirksam gestaltbar erscheint, wobei es dabei zusätzlich auf die entsprechende vertragliche Formulierung ankommen wird.

Escrow stellt sich im Rahmen der rechtlichen Analyse zunächst grob eingeteilt in 3 Phasen bzw. Komplexe dar, nämlich

- 1.) Verträge
- 2.) Verifikation in ihren verschiedenen Varianten (Lagerung hier dazu gerechnet)
- 3.) Herausgabefälle, darunter
 - "harte" Kriterien, z.B. Insolvenz oder Löschung aus dem Handelsregister
 - "weiche" Kriterien, z.B. „der Auftragnehmer erfüllt Verpflichtungen nicht bzw. ist nicht bereit und in der Lage, notwendige Änderungen auszuführen“.

Der Insolvenzfall ist dabei einer der typischen Herausgabefälle. Trotz dort gleichen Ergebnisses lässt sich aus der Begründung in BGH 17.11.2005 ableiten, dass die **einseitige** Verfügung **nur für den Insolvenzfall** des anderen Vertragspartners wohl eventuellen Bedenken der Insolvenzfestigkeit begegnen dürfte.

2. Betrachtet man die denkbaren Beschaffungsverträge als weiteren „Baustein“ der Erwägungen zur Insolvenzfestigkeit näher, so ergeben sich folgende Möglichkeiten bzw. Gruppeneinteilungen:

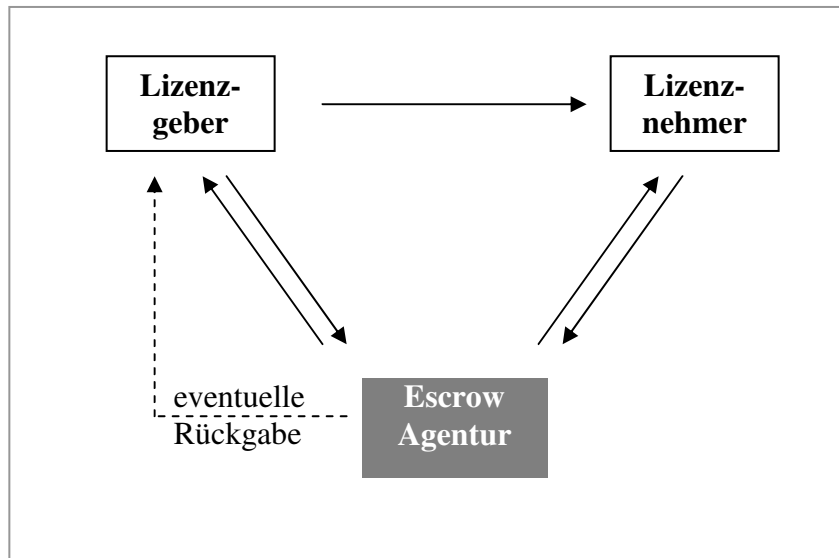
- a) Kauf-, Werkvertrag unter Berücksichtigung auch von § 651 BGB.

Die Beschaffungs-Verträge sind mit "Ablieferung" bzw. "Abnahme" erfüllt. Anschließend erfolgt allerdings häufig die Pflege (bei Anpassung für die Standardsoftware mit Nachführung). Parallel zum Pflegevertrag läuft dann der Escrow-Vertrag. Bei dem Vertrag zur erstmaligen Beschaffung erscheinen die Anforderungen des BGH vom 17.11.2005 ohne weiteres umsetzbar. Bei der Pflege hätte man wohl früher angenommen, dass es sich als Dauerschuldverhältnis um ein nicht insolvenzfest gestaltbares Verhältnis handelt. Dies hat sich mit der Entscheidung des BGH vom 17.11.2005 geändert. Infolgedessen wäre Pflege mit Escrow-Vertrag gut synchronisierbar.

- b) Miete

Hier gilt im Grunde genommen die ähnliche Wirkung des BGH vom 17.11.2005. Auch hier wäre die aufschiebende Bedingung möglich und infolgedessen auch dann insolvenzfest (immer mit dem Vorbehalt, dass beide Parteien wohl den Vertrag kündigen könnten).

3. Aufgrund der weiteren Diskussion wurde nochmals das Verhältnis näher beleuchtet, wenn der Lizenzgeber, etwa auch als US-Firma einem Escrow-Agenten eine Master-Version mit dem Recht und der Verpflichtung zur Vervielfältigung gibt, wenn berechnete Lizenznehmer ihm gegenüber sich als solche ausweisen. Es entsteht also wieder dieses Dreiecksverhältnis



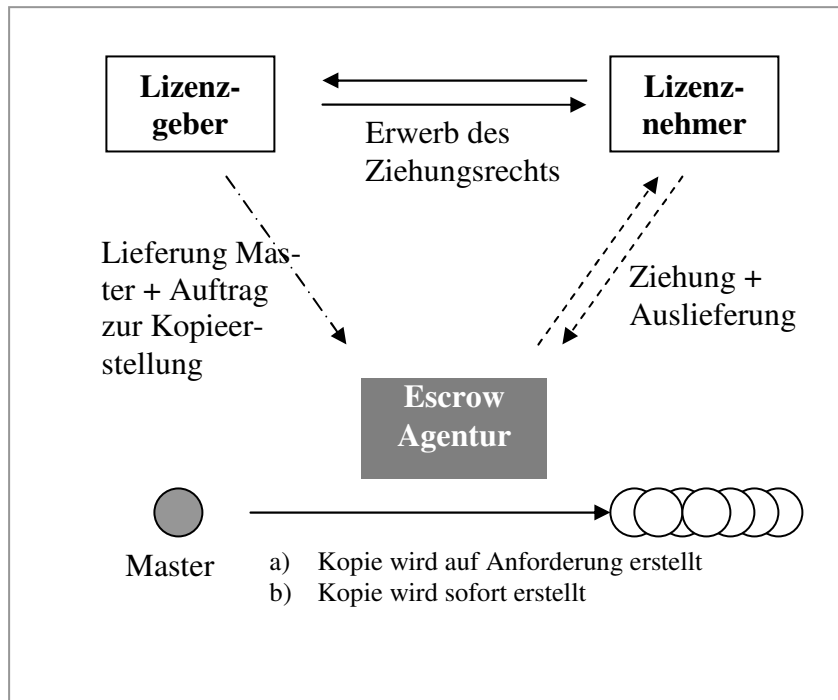
Der Escrow-Agent erhält also den Quellcode, der Lizenznehmer kann ihn sich von diesem holen. Die Frage ist, ob genügende Bestimmbarkeit ist, ob bereits Übereignung eingetreten ist. Dies würde wohl nur für den Fall zu bejahen sein, dass der Escrow-Agent sofort die Kopie zugunsten des jeweils sich meldenden Kunden zieht bzw. schon gezogen hat und für diesen dann reserviert/aussondert. Bei der Vielzahl von Lizenznehmern wird häufig aber diese Aussonderung bzw. diese Konkretisierung eines einzelnen Vervielfältigungsstücks nicht vorgenommen.

In der Diskussion zu diesem Vertragsmodell wurde das Institut des "Ziehungsrechts" bzw. der "Ziehungsgenehmigung" eingebracht, das im Bereich der Filmverwertung bereits in der Praxis erprobt ist. Hierbei könnte es sich um einen "Auftrag" handeln, der darauf gerichtet ist, auf Anforderung/auf Forderung des Lizenznehmers die Ziehung vorzunehmen.

Nicht berücksichtigt ist bei diesen Überlegungen, dass sich bei internationalen Vertragsbeziehungen die Frage stellt, nach welchem Recht jeweils die Insolvenz zu beurteilen bzw. wie nach dem jeweiligen Insolvenzrecht die Lizenzverträge und der Escrowvertrag zu beurteilen sind. Hier ist im jeweiligen Einzelfall eine entsprechende Prüfung vorzunehmen.

4. Als eine Art Zwischenergebnis der Diskussion wurden dann die beiden Modelle, die sich hieraus kristallisiert hatten, gegenüber gestellt, nämlich
 - a) "Ziehungsgenehmigung", die aus dem Filmrecht bekannt ist und dort als weitgehend insolvenzfest gilt. Der Escrow-Agent würde in diesem Falle die Master-Version erhalten und die Kopie erst auf Forderung des Kunden ziehen. Dieser müsste sich entspricht hinsichtlich seines "Ziehungsrechts" ausweisen/legitimieren können. Rechtliche Grundlage wären die Ausführungen des BGH vom 17.11.2005 auf S. 9.

b) das „Kettenvertragsmodell“ als Alternative



Im Ergebnis kann es sich bei der Umschreibung des Herausgabefalles um eine ähnliche oder vergleichbare Situation handeln, wie es die Insolvenz darstellt bzw. mit sich bringt. Dennoch kann die BGH-Klausel bzw. die in der Entscheidung vom 17.11.2005 zitierte Klausel als Modell gelten.

Möglicher Weise stellt sich diese jedoch als zu weit gehend heraus und muss daher in der Praxis unter wirtschaftlichen Aspekten neu bewertet werden. Es ist aber denkbar, dass man die Fälle präziser fassen kann, als in dieser, in der Entscheidung des BGH genannten Klausel, die dann den in der Praxis üblichen Herausgabefällen entsprechen. Es bliebe dann lediglich die explizite Behandlung des Insolvenzfalls zu prüfen.

5. Eine besondere Thematik stellen die Dauerschuldverhältnisse, also insbesondere der dem Beschaffungsvertrag nachgeschaltete Vertrag zur Pflege und der Beschaffungsvertrag als Miete dar. Es wurde in der Diskussion versucht, eine Differenzierung zwischen den Ebenen bzw. Schritten der Beschaffung und der jeweiligen Beurteilung nach § 103 InsO⁶ (Wahlrecht des Insolvenzverwalters bei nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträgen) herauszuarbeiten.

Während des Laufs des Pflegevertrages besteht für diesen selbst das Problem des Wahlrechts gemäß § 103 InsO. Eventuell können die während des Pflegevertrages entstehenden, neuen Versionen der Software bei entsprechender Vertragsgestaltung insolvenzfest übergeben bzw. hinterlegt werden. Die Frage ist dabei, ob BGH, 17.11.2005, auch auf den Pflegevertrag angewandt werden kann. Es erscheint denkbar, dass dann, wenn die Pflege vom In-

⁶ Insolvenzordnung

solvenzverwalter eingestellt wird, daraufhin die gleiche Klausel wie in BGH, 17.11.2005, greifen kann (und insolvenzfest wäre).

Bei Typenkombinationen mit Integration des Escrow-Vertrages würde sich die Sache so darstellen, dass ein Teil der Erfüllung des Lizenzvertrages auch die Erfüllung des Escrow-Vertrages darstellen würde. Dies gilt v.a. dann, wenn der Beschaffungsvertrag als Dauer-schuldverhältnis bzw. über längere Zeit laufendes Verhältnis (wie beim Projektvertrag) zu neuen Versionen führt und insofern dann neue Versionen hinterlegt und im Herausgabefall herausverlangt werden.

Eine Besonderheit aus der Entscheidung des BGH vom 17.11.2005 ist stets dabei im Auge zu behalten: Die **Entgeltspflichtigkeit** der Herausgabe des Quellcodes. Jeder Vertrag, der das Herausgaberecht des Quellcodes zusammen mit entsprechenden Nutzungsrechten am Quellcode regelt, muss also klare Regelungen darüber enthalten, dass für Herausgabe und Nutzung des Quellcodes auch eine Vergütung gezahlt wird.

5. Zwischenergebnisse und Ausblick

Als Zwischenergebnis der Diskussionen des OSE Symposiums ist festzuhalten, dass durch das Urteil des BGH vom 17.11.2005 eine entscheidende, weitere Grundlage zur Insolvenzfestigkeit von Escrow-Verträgen gesetzt wurde, in der Praxis jedoch noch einige weitere Erwägungen und Umsetzungen notwendig sein dürften, um diese neueren Entwicklungen auch praxisgerecht umzusetzen.

Die OSE wird auf einer weiteren Veranstaltung diese Diskussion wieder aufgreifen und die weiteren Entwicklungen aus der Praxis beleuchten. Details dieser kommenden Veranstaltung können zu gegebenem Zeitpunkt der OSE Website entnommen werden.

Erstellt von Prof. Dr. Jochen Schneider und Christian R. Kast