

3. OSE Symposium

in Kooperation mit ARGE-IT & DAVIT

„Die Zukunft des insolvenzfesten Software-Vertrages“

- Zusammenfassung der Tagungsergebnisse -

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

Freitag, 25. Januar 2008
im Haus der bayerischen Wirtschaft, München

Dieses Dokument enthält die folgenden Kapitel/Inhalte:

- I. Einleitung und Einführung**
- II. „Initiative §108a InsO – E“ – Insolvenzfestigkeit von Software-Lizenzverträgen**
Referent: RA Dr. Mathias Lejeune (München)
Moderator: RA Dr. Helmut Redeker (Bonn)
- III. Wirtschaftliche Aspekte der Insolvenz**
Referent: RA, InsV Stephan Mitlehner (Berlin)
Moderator: RA Dr. Helmut Redeker (Bonn)
- IV. Internationales und nationales Urheberrecht**
Referent: Prof. Dr. Michael Lehmann (München)
Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)
- V. Open Source und Lizenz**
Referent: RAin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff (Berlin)
Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)
- VI. Projekt- und Systemverträge (u.a. EVB-IT System)**
Referent: RA Martin Schweinoch (München)
Moderator: RA Dr. Stefan Schuppert (München)
- VII. Software in der Vertriebs- und Lizenzkette**
Referent: RA Dr. Malte Grützmacher (Hamburg)
Moderator: RA Dr. Stefan Schuppert (München)
- VIII. Ergebnis und Ausblick**
- IX. Über den Veranstalter OSE (Organisation pro Software Escrow e.V.)**

I. Einleitung und Einführung

Das 3. OSE Symposium „Die Zukunft des insolvenzfesten Software-Vertrages“ knüpfte als Fortsetzung an die wesentlichen Ergebnisse der ersten beiden OSE Symposien an. Eine kurze Begrüßung der Teilnehmer erfolgte eingangs durch RA Prof. Dr. Jochen Schneider, Vorstand der OSE, und RAⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Astrid Auer-Reinsdorff, Vorsitzende des GfA der ARGE-IT (DAVIT) des Deutschen Anwaltvereins.

Anschließend wurde die thematische Einführung von Jochen Schneider vorgenommen, indem er u.a. die noch immer nicht abschließend geklärte Rechtslage der Lizenz im Insolvenzverfahren erläuterte. Der erste Block befasste sich dann schwerpunktmäßig mit Problembereichen der insolvenzfesten Ausgestaltung von Softwareverträgen. Wesentliche Bedeutung kam dabei der Initiative der Bundesregierung zur Ergänzung des § 108 a InsO (Entwurf) sowie wirtschaftlichen Aspekten der InsO vor allem aus Sicht eines Insolvenzverwalters zu.

Die Veranstaltung wurde fortgesetzt mit einer ausführlichen Darstellung urheberrechtlicher Aspekte des Softwarevertrages aus nationaler und internationaler Sicht, der Frage des Einflusses der Insolvenz auf die Hinterlegung von Open Source Software und aktuellen Fragen des Software Escrow im Zusammenhang mit den neuen Projekt- und Systemverträgen (EVB-IT - Aufnahme von Escrow in diese). Das abschließende Modul der Tagung beleuchtete die besondere Problematik der Insolvenz in Bezug auf Software in der Vertriebs- und Lizenzkette.

Kurze Zusammenfassungen der Referate und der Ergebnisse der Diskussionen sind teilweise am Ende des jeweiligen Abschnitts, teilweise am Ende des Dokuments im Kapitel „Ergebnisse und Ausblick“ aufgeführt.

II. „Initiative §108a InsO – E“ – Insolvenzfestigkeit von Software-Lizenzverträgen

Referent: RA Dr. Mathias Lejeune (München)

Moderator: RA Dr. Helmut Redeker (Bonn)

Mit der (noch nicht abschließend bestätigten) Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und den damit verbundenen Problematiken sehen sich viele Branchen konfrontiert, so z.B. die Medienbranche, Pharmabranche, Softwarebranche etc. Der mögliche Wegfall einer bereits erworbenen Lizenz bei nachträglicher Insolvenz des Lizenzgebers stellt ein potenziell enormes Risiko für den Lizenznehmer dar. Im Zuge der Neuregelung der Verbraucherinsolvenz hat sich die Bundesregierung dazu entschlossen, eine mehr oder weniger schnelle Lösung des Problems zu bewirken indem ein neuer § 108 a InsO in die Insolvenzordnung eingefügt werden soll.

Auch wenn die Initiative der Bundesregierung grundsätzlich zu begrüßen ist, bleibt die konkret geplante Umsetzung strittig; dies lässt sich u.a. daraus schließen, dass die möglichen Defizite in Bezug auf die insolvenzfeste Ausgestaltung von Lizenzverträgen bis heute heftig kritisiert werden. Die Frage, ob mit der Einführung des neuen § 108 a InsO auch den besonderen Bedürfnissen der *Softwarebranche* Rechnung getragen und damit auch eine Erleichterung der hier angesprochenen Problematiken herbeigeführt werden kann, bleibt zunächst offen.

Der Wortlaut des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 22.8.2007 lautet wie folgt:

„§ 108 a InsO-E: Schuldner als Lizenzgeber --- Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. Besteht zwischen der im Lizenzvertrag vereinbarten Vergütung und einer marktgerechten Vergütung ein auffälliges Missverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann der Lizenznehmer den Vertrag fristlos kündigen.“

RA Dr. Mathias Lejeune erläuterte in seinem Vortrag nacheinander mehrere Kritikpunkte des Entwurfs und wies auf deren Missverständlichkeit in Bezug auf den Softwarevertrag hin.

Herr RA Dr. Mathias Lejeune hielt fest, dass der Gesetzesentwurf unzureichend auf die Spezifika des Softwarerechts eingeht und die Frage des Fortbestands von Softwarelizenzen aus Sicht des Wortlauts des Gesetzesentwurfs höchst zweifelhaft erscheint. Darüber hinaus könnten durch eine Ratifizierung eine Vielzahl weiterer, unbeantworteter Fragen aufgeworfen werden.

Im Rahmen des Fachausschusses Vertragsrecht der DGRI wurden (*mit tatkräftiger Unterstützung der Kollegen RA Johannes Krüger und RA Prof. Dr. Jochen Schneider*) in diesem Sinne ein Änderungsvorschläge erarbeitet und dem BMJ und dem Rechtsausschuss des Bundestages übermittelt.

Im Sinne der DGRI könnte § 108 a InsO folgend lauten:

„§ 108 a InsO-E: Schuldner als Lizenzgeber --- Eine vom Schuldner abgeschlossene Vereinbarung, in der der Schuldner als Rechtsinhaber Nutzungs-, Bearbeitungs- oder Verwertungsrechte über gewerbliche Schutzrechte, Urheberrechte, Know-how oder vergleichbare Rechte eingeräumt hat, besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um den Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. In Bezug auf die Rechtseinräumung an Computerprogrammen findet Satz 1 auch Anwendung, soweit vertragliche Pflichten zur Überlassung einer Kopie des Quellcodes, gegebenenfalls einschließlich des Entwurfsmaterials und dazugehöriger Dokumentation, bestehen, deren Erfüllung notwendig ist, um dem Lizenznehmer eine bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms einschließlich Fehlerberichtigung zu ermöglichen. Besteht zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und einer marktüblichen Vergütung ein auffälliges Missverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann die andere Vertragspartei den Vertrag fristlos kündigen.“

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Ansatz der Einführung eines neuen § 108a InsO grundsätzlich sehr zu begrüßen ist, jedoch am Wortlaut noch Verbesserungen im Sinne der Rechtsklarheit möglich und erforderlich sind.

III. **Wirtschaftliche Aspekte der Insolvenz**

Referent: RA Stephan Mitlehner (Berlin)
Moderator: RA Dr. Helmut Redeker (Bonn)

Der Referent vermittelte sehr gute Einblicke in den umfangreichen Themenkomplex des Insolvenzverfahrens und setzte damit die Rolle des Insolvenzverwalters und die Zielrichtung des Insolvenzverfahrens in Beziehung.

Grundlage der Erwägungen durch den Vortragenden RA Stephan Mitlehner waren die Regelungen der §§ 103, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Hiernach gilt, dass soweit ein gegenseitiger Vertrag bei Eröffnung des Verfahrens von keiner Seite vollständig erfüllt ist, dem Verwalter das Wahlrecht zusteht, den Vertrag mit der Insolvenzmasse zu erfüllen. Bei teilbaren Leistungen gilt § 105 InsO. Ohne die Erklärung des Verwalters bleibt es bei der „Nichterfüllung“, also bei dem Verweis auf §§ 38 f, 87, 174 ff InsO, wobei das Vertragsverhältnis nach der jüngsten Wendung der Rechtsprechung des BGH dann nicht aufgelöst, sondern nur die Durchsetzbarkeit der Ansprüche daraus gehemmt ist.

RA Stephan Mitlehner wies darauf hin, dass in der **Krise und Insolvenz des Lizenznehmers** praktisch die Gefahr besteht, dass Lizenzmietverträge und Serviceträge aus Liquiditätsmangel

nicht mehr erfüllt werden können und Zugangshardware vom Lizenzgeber schon vor dem Insolvenzantrag entzogen ist. Damit wäre die Software nicht mehr verfügbar und ein unter Umständen zentrales Wirtschaftsgut für die Aufrechterhaltung des Betriebes würde entfallen (z.B. Planungssoftware für Küchenhersteller, Buchhaltungssoftware für den Großhandel, Software bei Zwischenunternehmern in der Lizenzkette ...).

Bei Lizenzpachtverträgen ist – wie RA Stephan Mitlehner weiter ausführte - allerdings mit dem Insolvenzantrag entsprechend § 112 InsO die Kündigung eines Lizenzvertrages durch den Lizenzgeber wegen Verzuges mit der Entrichtung der Miete oder Pacht oder wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners ausgeschlossen. Mit Verfahrenseröffnung kann der Verwalter unter den Voraussetzungen des § 103 InsO die Erfüllung des Lizenzvertrages ablehnen, den Lizenzgeber auf die Tabelle verweisen und einen neuen Vertrag verhandeln, was insbesondere bei ungünstigen Lizenzvergütungen, Laufzeitvereinbarungen oder Zahlungsrückständen des Schuldners geboten ist. Wählt er die Erfüllung, ist der Vertrag mit der Masse zu erfüllen, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Beim Lizenzkauf unter Eigentumsvorbehalt hat sich der Verwalter, wenn der Vertrag nicht erfüllt ist, erst nach Durchführung der Gläubigerversammlung zu § 103 InsO zu erklären, § 107 Abs. 2 InsO. Eigenständige Pflegeverträge sind von § 103 InsO, nicht aber vom Kündigungsschutz des § 112 InsO, erfasst. Sind vom Insolvenzschuldner lediglich Geschäftsbesorgungen beauftragt, erlöschen diese mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, §§ 116, 115 InsO.

Der Lizenzgeber kann auf das Verfahren des Lizenznehmers regelmäßig als Gläubiger Einfluss nehmen. Er kann die Verfahrenseröffnung beantragen, § 13 InsO, am Verfahren durch Anmeldung der Forderung und Stimmrechtsausübung teilnehmen, §§ 87, 74 ff, 156 ff InsO, und gegebenenfalls Aussonderung von Zugangshardware oder Datenträgern verlangen, § 47 InsO.

Bei Insolvenz des Lizenzgebers sind Lizenzrechte, soweit sie pfändbar sind, Insolvenzmasse, beim Zwischenlizenzgeber, soweit dessen Rechte reichen, § 35 InsO. Beim Lizenzkaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt kann der Käufer nach Übergabe Erfüllung verlangen, § 107 Abs. 1 InsO (vgl. Mitlehner *Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren*, Rz. 19 ff.). Sonst gilt § 103 InsO. Einschränkende Vereinbarungen sind unwirksam, § 119 InsO. Auch der Lizenzpachtvertrag kann nicht über §§ 108 – 111 InsO, sondern nur über §§ 103, 105 InsO abgewickelt werden (Heidelberger Kommentar - Marotzke InsO 4. Aufl. § 108 Rz. 5).

RA Stephan Mitlehner wies darauf hin, dass die Einbeziehung der Lizenzverträge in den Anwendungsbereich des § 103 InsO die Masseverwertung ermöglicht und erleichtert. Gerade darauf kam es dem Gesetzgebers bei der Beschränkung des § 108 InsO auf Immobilien an (vgl. Balz/Landfermann *Die neuen Insolvenzgesetze*, 2. Aufl. BegrRegE zu § 108 InsO, S. 335, a.A. Dr. Lejeune in seinem Beitrag). § 108a InsO RegE bewirkt aus Sicht von RA Stephan Mitlehner, dass der Verwalter die Verwertung vereitelnde Vereinbarungen zu Umfang und Laufzeit der Lizenz nicht korrigieren kann und die heute besonders am Erwerb der Lizenzrechte interessierten Lizenznehmer an diesen Rechten regelmäßig kein Erwerbsinteresse mehr haben werden. Nebenwirkung der Regelung ist, dass ungesicherte Vorleistungen des Lizenznehmers – anders als bei § 103 InsO – zum Nachteil der Masse gesichert wären und die Lizenzrechte auch außerhalb der Krise als Kreditsicherungsmittel des Lizenzgebers an Wert verlieren.

Erklärt der Verwalter den Eintritt in das Vertragsverhältnis, § 103 InsO, hat er den Vertrag nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO aus der Masse so zu erfüllen, wie er geschlossen ist. Der Verwalter hat dabei zu § 103 InsO jene Prüfung vorzunehmen, die nun in § 108 a S. 2, 3 InsO RegE für „vertragliche Nebenpflichten“ gesetzlich geregelt werden soll, wobei eine objektiv- „marktgerechte Vergütung“ kaum sachgerecht zu ermitteln sein wird. Der insoweit bei § 103 InsO gegebene Beurteilungsspielraum des Verwalters geht verloren. Unklar bleibt auch die Behandlung von Ansprüchen des Lizenznehmers aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung. Eine § 108 Abs. 2 InsO entsprechende Regelung ist in § 108 a InsO RegE nicht vorgesehen. Damit kann der Verwalter Haftungsrisiken der Masse aus dem Vertrag nicht abwenden, was zu weiteren oktroyierten Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO führt. Dies höhlt den Grundsatz der gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus, § 1 InsO.

Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, hat er die Lizenzrechte ebenso wie die sonstigen Rechte der Masse zu verwerten, soweit dies möglich ist. Erhebliche praktische Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ein Markt fehlt, wenn z.B. nur ein Exklusivlizenznehmer am Markt tätig ist. Der Verwalter wird daher regelmäßig anstreben, Lizenzrechte an die bisherigen Lizenznehmer, die gegebenenfalls einen Erwerberpool unter Leitung eines Poolführers bilden können, zu verwerten.

Für Pflegeverträge gilt § 103 InsO. Der Verwalter kann Erfüllung wählen oder neue Verträge schließen, wenn und soweit er in der Lage ist, diese mit der Masse und dem Personal des Schuldners auch zu erfüllen. Abweichende Vereinbarungen sind ausgeschlossen, § 119 InsO.

Ist die Hinterlegungsvereinbarung als zweiseitiger Vertrag zugunsten Dritter gestaltet und vom Schuldner gegenüber dem Escrow-Agenten erfüllt, ist § 103 InsO unanwendbar. Soweit damit dinglich verfügt ist, ist dies nach den Ausführungen von RA Stephan Mitlehner gegenüber dem Verwalter wirksam. Die Hinterlegung darf jedoch nicht gläubigerbenachteiligend wirken, § 129 InsO, was insbesondere zu besorgen ist, wenn der Lizenznehmer ohne weitere Gegenleistung an den Lizenzgeber die hinterlegte Lizenz (Quellcode) im Insolvenzfall nutzen kann.

Der Vortrag von Herrn Mitlehner machte damit deutlich, welches die praktischen Ansätze und Probleme aus Sicht eines Insolvenzverwalters im Zusammenhang mit der Neuregelung in § 108 a InsO RegE sind und wie diese mögliche Neuregelung im Gesamtsystem der InsO aus Sicht eines Insolvenzverwalters einzuordnen ist.

IV. Internationales und nationales Urheberrecht

Referent: Prof. Dr. Michael Lehmann (München)

Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)

Auf Grund der maßgebenden Bedeutung von grenzüberschreitenden Sachverhalten im internationalen Wirtschaftsverkehr wurde bereits im 2. OSE Symposium die Insolvenzfestigkeit des Software Escrow aus internationaler Sicht beleuchtet. Nunmehr rückte Prof. Dr. Michael Lehmann den grenzüberschreitenden Softwarevertrag in den Mittelpunkt des Interesses und erörterte Fragen der internationalen Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht, aus vor allem europäischer Perspektive.

Mit Bezugnahme auf die insolvenzrechtliche Seite wurde die VO (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO) ins Treffen geführt. Die VO weist die internationale Zuständigkeit in Bezug auf die Insolvenzeröffnung grundsätzlich denjenigen Gerichten zu, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. (Art 3 (1)) Bei Gesellschaften und juristischen Personen besteht allerdings die Vermutung, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist. (Art 3 (2)) Materiell rechtlich findet in Bezug auf das Insolvenzverfahren und dessen Wirkungen grundsätzlich das Insolvenzrecht desjenigen Mitgliedstaates Anwendung, in dem das Verfahren eröffnet wurde. (Art 4 (1))

Neben den Ausführungen zur insolvenzrechtlichen Seite nahm der Vortragende anschließend Stellung zur grenzüberschreitenden Nutzungsrechtseinräumung im Lichte der VO (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 *über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I VO)*. Darüber hinaus wurden Aspekte des grenzüberschreitenden Softwarevertrages anhand der Rom II-Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11. Juli 2007 *über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Anwendungsbeginn: 11. Januar 2009)* anhand der Vorschriften über die Verletzung der Rechte am geistigen Eigentum (lex loci protectionis) Art. 8 und Verschulden vor Vertragsabschluss (c.i.c.) Art. 12 besprochen.

In Bezug auf die grenzüberschreitende Nutzungsrechtseinräumung der Rom I-Verordnung kamen dabei vor allem Art. 3 (freie Rechtswahl) und Art. 4 f zur Sprache. Gemäß Art. 4 f wird in Bezug auf geistiges Eigentum und gewerbliche Schutzrechte jenes Recht als maßgebend festgelegt, in dem die Person, die diese Rechte überträgt oder zur Nutzung überlässt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Die Ausführungen von Prof. Lehmann zeigten deutlich, welches die Grenzen der Rechtswahl im Insolvenzverfahren sind und was im Rahmen der Verhandlung und Vereinbarung von Rechtswahlklauseln im Hinblick auf ein Insolvenzverfahren zu beachten ist.

V. Open Source und Lizenz

Referentin: RAⁱⁿ Dr. Astrid Auer-Reinsdorff (Berlin)

Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)

Zum ersten Mal wurde im Rahmen der OSE Symposien die besondere Thematik der Open Source/Free Software in Beziehung zu Software Escrow und Insolvenz gestellt und dabei auf mögliche Konfliktpunkte hingewiesen.

Zu Beginn führte Frau RAⁱⁿ Dr. Astrid Auer-Reinsdorff thematisch in das Gebiet Open Source/Free Software ein. Berücksichtigung fand dabei die GPL (General Public License). Auf Grund der bereits seit 19.06.2007 zur Verfügung stehenden neuen GPL *Version 3* wurde auch auf wesentliche Unterschiede zwischen der alten GPL 2 und der neuen GPL 3 hingewiesen, wobei vor allem der „Virale Effekt“ und Inkompatibilitätsprobleme (teilw. Inkompatibilität von GPL 2 und GPL 3) besprochen wurden.

Die Besonderheit der Open Source/Free Software bringt es mit sich, dass sich die Frage einer notwendigen Quellcode Hinterlegung nur eingeschränkt stellt. Frau Auer-Reinsdorff dachte am Beispiel der GPL 3 einzelne Insolvenzkonstellationen an mit dem Ziel, etwaige Problembereiche zu lokalisieren. Dabei kristallisierte sich heraus, dass die Hinterlegung von GPL 3 lizenzierter Software u.U. der Wirksamkeit der GPL entgegenstehen könnte, da der Escrow Agent mit der Übergabe der Software in den *Besitz* der Software gelangt. In diesem Szenario sollten Escrow-Vereinbarungen keinesfalls die Rechte und Pflichten der GPL weitergehend einschränken, um nicht den Wegfall der Lizenz zu riskieren.

Bei der faktischen Hinterlegung der Software ist auf eine Trennung des freien und des proprietären Codes im Sinne der GPL zu achten. Die Abgabe einer Schutzrechtserklärung könnte in diesem Sinne jedenfalls von Vorteil sein um Code-Bestandteile, die unter einer Open Source/Freie Software Lizenz stehen, zu identifizieren und deutlich erkennbar zu machen.

Auch wenn Escrow und Open Source Software auf den ersten Blick einen scheinbaren Widerspruch aufweisen, zeigte der Vortrag von Frau Auer-Reinsdorff deutlich, dass bei einer Hinterlegung von Open Source Software vornehmlich die Besonderheiten der jeweiligen Lizenz zu beachten sind. Das Ziel muss hier sein, eventuelle Lizenzverletzungen bei einer Hinterlegung von Open Source Software oder Open Source Komponenten in Verbindung mit proprietärer Software zu vermeiden.

VI. Projekt- und Systemverträge (u.a. EVB-IT System)

Referent: RA Martin Schweinoch (München)
Moderator: RA Dr. Stefan Schuppert (München)

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen unter Bezugnahme der EVB IT System (*Einkaufsbedingungen bzw. Ergänzende Vertragsbedingungen für die Erstellung von IT Systemen vornehmlich öffentlicher Auftraggeber, veröffentlicht vom Bundesministerium des Inneren, kurz BMI*) besteht nunmehr erstmals ausdrücklich für den Auftraggeber die Möglichkeit, eine Quellcodehinterlegung durch den Auftragnehmer vorzuschreiben. Somit ist davon auszugehen, dass Software Escrow besonders im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe mehr an Bedeutung gewinnen wird.

Abgesehen von dieser inhaltlichen Vorgabe in Bezug auf die Rechtegewährung am hinterlegenden Quellcode enthält der EVB IT Systemvertrag keinerlei weiteren Vorgaben für die inhaltliche Ausgestaltung von Escrow Vereinbarungen. Offen bleiben somit vor allem die Fragen, **WER** die vertraglichen Vorgaben in Bezug auf die Hinterlegung **WANN** und **WIE** festlegt. Besondere Relevanz könnte diesem Umstand im Vergabeverfahren ohne Verhandlung zukommen, da eine nachträgliche Vereinbarung der Hinterlegung vergaberechtlich höchst bedenklich wäre. Denn bei diesen Vergabeverfahren muss der Inhalt des Vertrages für alle möglichen Bieter gleich und im Rahmen der Ausschreibung vorab festgelegt werden; dies wäre aber bei einer individuell gestalteten Hinterlegungsvereinbarung nicht möglich.

RA Martin Schweinoch zieht im Zusammenhang mit den eben aufgeworfenen Fragen folgendes Resumé: Möchte man Escrow im Zuge einer *Sammel*hinterlegungsvereinbarung vereinbaren, so könnte dies u.U. insolvenzrechtlich problematisch sein. Im Gegensatz dazu könnte allerdings auch die Wahl einer *individuellen* Hinterlegungsvereinbarung unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten kritisch erscheinen, wenn ein Vergabeverfahren ohne Verhandlung gewählt wurde. Nur bei einem der Verfahren mit Verhandlungsmöglichkeit (Verhandlungsverfahren oder wettbewerblicher Dialog) wäre eine solche individuelle Vereinbarung der Hinterlegungsregelungen möglich, ohne dass diese schon in der Ausschreibung festgelegt sein müssten.

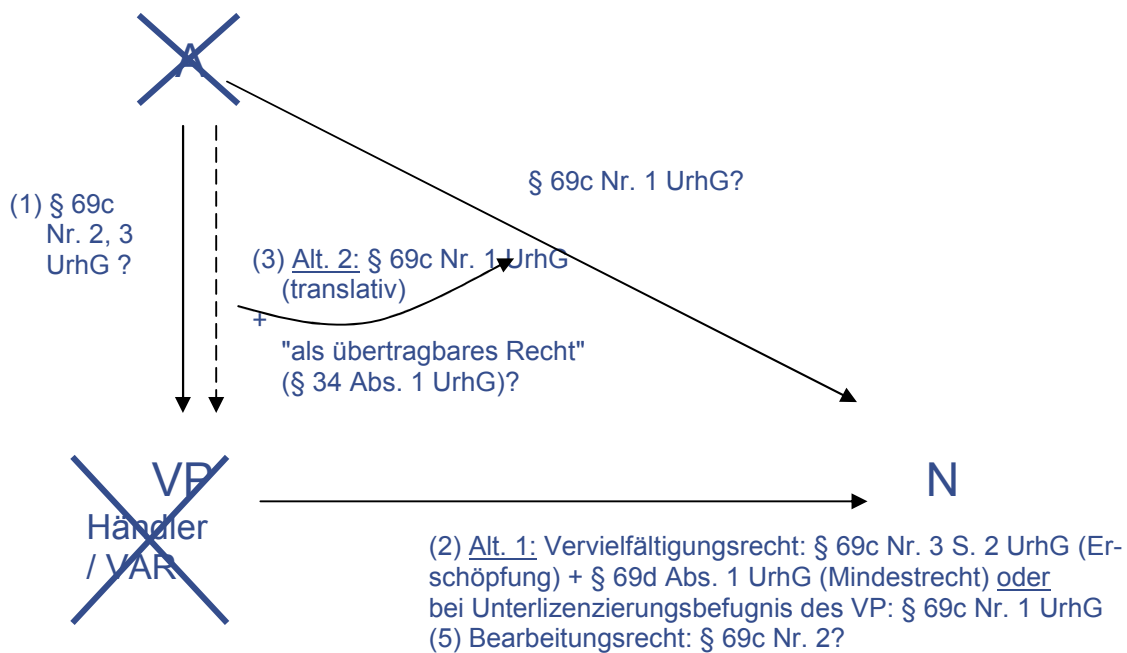
VII. Software in der Vertriebs- und Lizenzkette

Referent: RA Dr. Malte Grützmaker (Hamburg)
Moderator: RA Dr. Stefan Schuppert (München)

Der Gewährung von Nutzungsrechten am hinterlegten Quellcode kommt im Rahmen eines Escrowverhältnisses besondere Bedeutung zu, da ohne urheberrechtliche Berechtigung die faktische Kontrolle des Quellcodes wenig nützt. Dabei wird die entsprechende Rechtseinräumung oft nicht mehr vom Urheber direkt, sondern über eine Reihe von Nutzern im Wege längerer Rechtsketten abgeleitet.

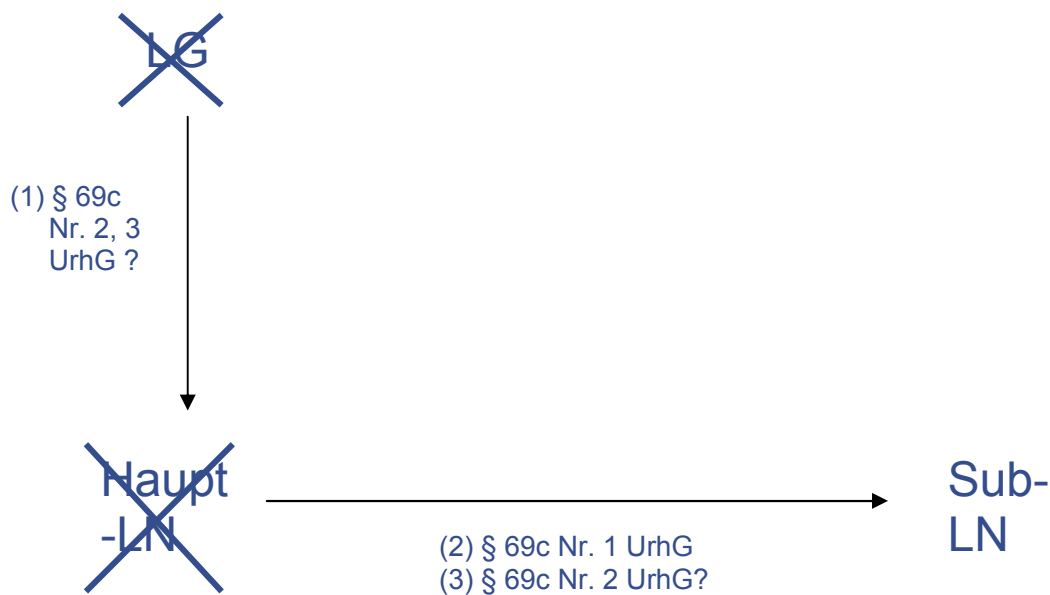
RA Dr. Malte Grützmaker griff in seinem Vortrag diese praktisch höchst relevante Ausgangssituation auf und erörterte die Stellung von Software in der Vertriebs- und Lizenzkette. Dabei erfolgte eine ausführliche Darstellung und Erörterung möglicher Rechtsketten anhand verschiedener Fallkonstellationen, wobei jeweils auf die entsprechende Rechtsfolge bei der Insolvenz eines Lizenzpartners eingegangen wurde.

I) Die Lizenzkette „Vertriebsverhältnis“



A = Anbieter, N = Nutzer; VP = Vertriebspartner

II) Die Lizenzkette am Beispiel von „Entwicklungslizenzen“



LG = Lizenzgeber, LN = Lizenznehmer

Anhand dieser Beispiele erläuterte RA Dr. Malte Grützmaker die Rechtsfolgen der Insolvenz einzelner Beteiligten. So „entfällt“ bei einer Insolvenz des Anbieters/Hauptlizenzgebers die künftige Vertriebsmöglichkeit des Vertriebspartners gemäß § 103 InsO, soweit die Vertriebsrechte von konkreten Bestellungen abhängig sind oder die Einräumung für einen bestimmten Zeitraum erfolgte. Dagegen bleiben jedoch dem Nutzer/Sublizenznehmer bereits eingeräumte Rechte

bestehen, wenn diese eine dauerhaft eingeräumte Endnutzerlizenz darstellen. Gleiches gilt für einen Endkunden dauerhaft eingeräumtes Bearbeitungsrecht.

Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass bei einem ausländischen Hauptlizenzgeber gemäß § 355 InsO das Recht des Staates, in dem das Verfahren eröffnet wurde, anwendbar ist, sich jedoch die jeweils ergebenden urheberrechtlichen Fragen je nach betroffenem Territorium bestimmen, so dass sich hier auch ein auseinanderfallen des anwendbaren Rechts ergeben kann.

Zieht man ein Resümee des Vortrages wird deutlich, dass wesentliche Grundlagen der Rechtsanwendung zwar geklärt sind, jedoch beispielsweise im Zusammenhang mit dem Rückruf von Nutzungsrechten nach § 41 Urheberrecht, sowie der – strittigen - Analogie zu § 9 Verlagsgesetz und des Rückfalls von Einzelrechten noch rechtsfortbildende Klärung notwendig sind, nicht zuletzt durch die angekündigte Einfügung des § 108a InsO.

VIII. Ergebnis und Ausblick

Das 3. OSE Symposium hat in Teilen fast nahtlos an die Ergebnisse der beiden Vorgängerveranstaltungen anknüpfen und die anhaltende Fachdiskussion mit weiteren neuen Fragestellungen beleben können. Die *Initiative § 108a InsO* wurde dabei einheitlich als Schritt in die richtige Richtung verstanden. Zu hoffen bleibt hier, dass der Gesetzgeber noch davon überzeugt werden kann, die Besonderheiten der Softwarebranche angemessen zu berücksichtigen.

Ob die aktuelle Fassung des § 108a InsO-E hingegen eine Lösung für das Problem der *Lizenzketten* bereithält, bleibt fraglich. Auch wenn der Insolvenzverwalter des Unterlizenzgebers gem. § 108a keinen direkten Einfluss auf den Fortbestand des Unterlizenzverhältnisses nehmen kann, so bleibt dennoch der Umweg über das Hauptlizenzverhältnis: wählt der Insolvenzverwalter dabei *Nichterfüllung* gegenüber dem Hauptlizenzgeber, so ist nach weit verbreiteter Ansicht sowohl die Hauptlizenz als auch die Unterlizenz erloschen!

Den abträglichen Folgen des Insolvenzrechtes in Bezug auf den Fortbestand von Softwarelizenzen kann man grundsätzlich auch aus internationaler Perspektive nur schwer begegnen, da die EulnsVO zwar eine grenzüberschreitende Koordinierung von Maßnahmen bei der Insolvenz des Schuldners, nicht aber des materiellen Insolvenzrechtes vorsieht.

Neben den „klassischen“ Fragestellungen fanden auch neue, interessante Themenbereiche Eingang in die Diskussion. Darunter z.B. die Frage, inwieweit Escrowvereinbarungen der Wirksamkeit der GPL 3 entgegenstehen könnten, oder mit welchen Problemen Software Escrow im Rahmen eines EVB IT Systemvertrages konfrontiert werden wird. Als neuer Aspekt wurde auch das Thema „IT Risikomanagement“ aufgenommen und inwieweit ganzheitliche Risikostrategien und Software Escrow zusammen gehören.

Insgesamt kam als ein Ergebnis des Symposiums deutlich zutage, dass das Konstrukt des Software Escrow über die letzten Jahre innerhalb der Gruppe der „IT-Professionals“ – mit und ohne juristischem Hintergrund - deutlich an Bekanntheit und Gewicht gewonnen hat. Der kürzliche „Ritterschlag“ des Escrows – *die Aufnahme der Terminologie in die EVB-IT* – wird diesen Trend voraussichtlich stark unterstützen. Gleichzeitig wurde auf diesem Symposium aber auch deutlich, dass vorerst noch zahlreiche ungeklärte Fragen bestehen bleiben. All dies zusammen deutet an, dass auch die künftige (Weiter-)Entwicklung der Quellcodehinterlegung spannend bleiben könnte. Die OSE wird im Rahmen dieses Forums und anderer Initiativen am Ball bleiben.

IX. Über den Veranstalter OSE (Organisation pro Software Escrow e.V.)

Die OSE ist ein Verband von Unternehmen und Personen, die Dienst- und Beratungsleistungen im Umfeld von Quellcode-Hinterlegungen (*Software Escrow*) nutzen oder erbringen.

Zweck des Verbandes ist die umfassende Förderung des Software Escrow (Hinterlegung von Quellcode), insbesondere der Interessen der Anwender und Anbieter von Software Escrow sowie der Dienstleistungs- und Beratungsunternehmen im Umfeld der Quellcodehinterlegung. Die Kernpunkte dabei sind:

- das systematische Betreiben von Aufklärung zum Thema „Schutz von Investitionen in Software und IT“ im Interesse einer funktionierenden Wirtschaft
- Interessenvertretung der Mitglieder und Steigerung des Bekanntheitsgrades von Escrow durch Vorträge, Öffentlichkeitsarbeit und Marketingkooperation
- Entwicklung von Standards und dadurch Gewährleistung gleich bleibend hoher Qualität der Escrowdienstleistungen von Mitgliedsunternehmen
- Sicherstellung angemessener rechtlicher Rahmenbedingungen und Mitwirkung bei der Schaffung verbindlicher Rechtssicherheit.

Gepantes Datum für das 4. OSE Symposium: 30. Januar 2009.
(siehe www.ose-international.org für aktuellere Informationen)

Kontaktdaten der Organisatoren:

Organisation pro Software Escrow e.V.
Infanteriestraße 11a / E2
D-80797 München
+49 (700) 673-673-673
info@ose-international.org

Vorstand / Board:
Stephan Peters (Vorsitz)
Christian Kast (Stellvertr.)
Dr. Philipp Süß (Schriftführer)