

Zusammenfassung der Tagungsergebnisse

4. OSE SYMPOSIUM

in Kooperation mit ARGE-IT und DAVIT

"Vom Informationsrecht zum Sicherheitsrecht"

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

Freitag, 30. Januar 2009
im Haus der Bayerischen Wirtschaft, München

- I. Einleitung und Einführung**
- II. Riskmanagement, Solvency II und Konsequenzen für IT-Projekte und deren Gestaltung**
Referent: Prof. Dr. Gerald Spindler (Göttingen)
Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)
- III. Open Source in der Insolvenz**
Referent: Prof. Dr. Axel Metzger (Hannover)
Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)
- IV. Softwarehinterlegung als Teil des Risikomanagements bei Outsourcingverträgen**
Referent: Dr. Lars Lensdorf (Frankfurt am Main)
Moderator: Rechtsanwalt Christian Kast (München)
- V. Entwicklung von Unterhaltungssoftware und Escrow**
Referenten: RA Konstantin Ewald und Harald Riegler (Berlin)
Moderator: RA Christian Kast (München)
- VI. Kurze Zusammenfassung des Vormittags**
Moderator: RA Prof. Dr. Jochen Schneider (München)
- VII. Handhabung der Regelungen des EVB-IT-Systemvertrages zu Quellcode und Hinterlegung in der Praxis**
Referent: RA Norman Müller (Berlin)
Moderator: RA Dr. Malte Grützmaker (Hamburg)
- VIII. § 108a: Rechtslage nach der Insolvenzordnung bei Insolvenz des Lizenzgebers, Rechtliches Update**
Referent: RA Dr. Matthias Lejeune (München)
Moderator: RA Dr. Malte Grützmaker (Hamburg)
- IX. Panel, Abschluss – Diskussion, Zusammenfassung**
Moderator: RA Dr. Peter Bräutigam (München)
- X. Über den Veranstalter OSE (Organisation pro Software Escrow e.V.)**

I. Einleitung und Einführung

Das 4. OSE Symposium zum Thema "Vom Informationsrecht und Sicherheitsrecht" knüpfte mit einigen Referaten an die wesentlichen Ergebnisse der ersten OSE Symposien an und versuchte, ausschnittsweise den Weg vom Informationsrecht zum Sicherheitsrecht nachzuzeichnen. Nach einer kurzen Begrüßung der Teilnehmer durch Stephan Peters, Vorstandsvorsitzender der OSE und RAin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, Vorsitzende des GfA der ARGE-IT (DAVIT) des Deutschen Anwaltvereins erfolgte eine kurze thematische Einführung durch RA Prof. Dr. Jochen Schneider.

Rückblickend berichtete Prof. Schneider zunächst über die Entwicklungen des vergangenen Jahres und hob dabei, mit Blick auf das Informationsrecht und IT-Sicherheitsrecht, besonders die Entscheidung des BVerfG vom 27.02.2008 zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme hervor. Auch wenn das Urteil des BVerfG zunächst die Online-Durchsuchung und Aufklärung des Internets im öffentlichen Bereich betreffe, so wirke dieses neue Grundrecht auch auf dem privaten Sektor, so Prof. Schneider. Daraus ergebe sich für den Bereich der technischen Sicherheit die Aufgabe, den daraus resultierenden Rechten auch zu faktischer Wirkung zu verhelfen.

Prof. Schneider verwies ferner darauf, dass die Datenskandale in der jüngeren Zeit zusammen mit den verschiedenen Urteilen des BVerfG zu einer generellen Aufwertung des Datenschutzes geführt haben. Dies könnte das Vorhaben, das IT-Sicherheitsrecht stärker auszuprägen und auch gesetzlich zu verankern, fördern.

Abschließend lenkte Prof. Schneider noch das Augenmerk des Auditoriums auf die übrige Rechtsentwicklung in 2008. Insbesondere die Diskussion zu "Gebrauchsoftware" und zum Download von Software seien hier nennenswert. Zwar sei bei den Urteilen zur Gebrauchsoftware die Frage des Quellcodes bisher nicht zu behandeln gewesen, die Frage, ob die Übergabe des Quellcodes relevant sei, könne aber nicht außer acht gelassen werden bei der Trennung zwischen "Lizenz" und körperlicher Überlassung.

II. Risk Management, Solvency II und Konsequenzen für IT-Projekte und deren Gestaltung

Referent: Prof. Dr. Gerald Spindler (Göttingen)

Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)

Prof. Spindler kündigte an, einen Bogen über die verschiedenen regulatorischen Anforderungen bis hin zur vertraglichen Gestaltung von IT-Projekten spannen zu wollen. Einleitend stellte er dazu einige wichtige Regelungen vor.

Die rechtlichen Grundlagen des Riskmanagements ergeben sich aus § 91 AktG als allgemeine Pflicht der Geschäftsleitung. Diese Vorschrift beinhalte eine ausgeprägte Pflicht zum Riskmanagement. Konkrete Ausprägungen dieser allgemeinen Pflicht seien der Sarbanes Oxley Act (SOX) und das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG). Das BilMoG diene der Umsetzung in der sog. "Abschlussprüferrichtlinie" und der sog. "Abänderungsrichtlinie". Als wichtige Konsequenz empfahl Prof. Spindler die enge Zusammenarbeit der Wirtschaftsprüfer und der Beratungsanwälte.

Darüber hinaus habe auch die Business Judgement Rule Einfluss auf das Riskmanagement. Diese räume den Unternehmen einen unternehmerischen Entscheidungsspielraum ein. Voraussetzung für das Treffen von Entscheidungen sei jedoch, dass eine ausreichende Informa-

tionsgrundlage vorhanden ist. Für den Bereich IT heißt das neben IT Management auch Businessmanagement.

Weiter erläuterte Prof. Spindler den Hintergrund zu Basel II und Solvency II. Damit sollen nun auch gesteigerte Anforderungen an die Überprüfung der Risikoexposition des Unternehmens, die sogenannte qualitative Kontrolle des Kreditnehmers, Anwendung finden. Darüber hinaus sei auch die Bewertung des operationellen Risikos erforderlich, also alle Risiken innerhalb eines Unternehmens, einschließlich der IT-Systeme. Ferner ergeben sich Mindestforderungen an das Risikomanagement aus dem Rundschreiben der BaFin vom Mai 2007, das sich an Kreditinstitute richtet sowie dem Rundschreiben vom Januar 2009, das sich an die Versicherungswirtschaft richtet.

Prof. Spindler wies unter Hinweis auf den Wortlaut der Bestimmungen aus der MaRisk der IT hinsichtlich des IT- und Riskmanagements eine Doppelrolle zu. Die Aufgabe intern bestehe darin, die IT-relevanten Risiken, wie etwa mangelhaftes Rechtemanagement oder Fehlfunktion von Software zu identifizieren.

Als mögliche Mittel im Rahmen des internen IT- und Riskmanagement schlug Prof. Spindler verschiedene konkrete Maßnahmen vor: Frühzeitige Umstellung der Software, Change Requests, "Compliance with law"-Klauseln, Anpassungsklauseln in Abhängigkeit von Rating Evaluationen. Als besonderes Problem benannte der Referent die unter Umständen nicht gewährleistete langfristige Verfügbarkeit von Daten. Dies sei jedoch gerade aus Sicht der Versicherungswirtschaft unabdingbar. Als Lösungen kommen der Erwerb des Quellcodes, Escrow-Vereinbarungen oder auch die Archivierung mit Hilfe von Opensource Codes in Betracht.

Im Hinblick auf das "externe" Riskmanagement unterstrich Prof. Spindler, dass im Rahmen der Einschätzung von Risiken beim Kunden ein spiegelbildliches Riskassessment anhand der IT-Projektrisiken erforderlich sei. Als Problem erschien dem Referenten dabei vor allem die konkrete Durchsetzbarkeit des IT-Riskmanagement.

III. Open Source in der Insolvenz

Referent: Prof. Dr. Axel Metzger (Hannover)

Moderator: RA Dr. Philipp Süß (München)

Anknüpfend an das 3. OSE Symposium aus dem Jahr 2008 wurde auch diesmal mit Blick auf Insolvenz und Hinterlegung des Quellcodes auf die Thematik Open Source Software ein besonderes Augenmerk gelegt. Prof. Dr. Axel Metzger behandelte die Problematik an folgendem besonders interessanten, weil praxisnahen Fallbeispiel:

"Die Softwareschmiede S ist Maintainer des OSS Entwicklungsprojekts „Robotix“, welches echtzeitfähige Steuerungssoftware für komplexe Produktionsmaschinen nach den Bestimmungen der GNU GPL Version 3 entwickelt. Die Maschinenbauhersteller M1-M3 nutzen „Robotix“ für die Steuerung ihrer Produktionsmaschinen, die sie weltweit vertreiben. S bietet Service und Support für „Robotix“ an und profitiert von den Beiträgen der Kunden erheblich. Diese tragen zur ständigen Verbesserung und Optimierung des Programms bei. Dennoch hält S an 95 % des Codes die ausschließlichen Nutzungsrechte. S expandiert stark, die Kosten für Personal und die neuen attraktiven Geschäftsräume in München führen zur Zahlungsunfähigkeit. Insolvenzverwalter V überlegt, ob „Robotix“ künftig als „proprietäre“ Software angeboten werden soll und ob er oder ein Erwerber die Nutzungsrechte der Lizenznehmer M1-M3 beenden kann.“

Der Referent warf die Frage auf, ob es ökonomisch Sinn mache, eine bislang als OSS entwickelte und verbreitete Software künftig proprietär zu verwerten. Verschiedene Faktoren seien hierbei zu berücksichtigen. So sei die Verwertung umso sinnvoller, je höher der Anteil des Unternehmens an den Nutzungsrechten ist. Daneben seien noch die Bedeutung der Fremdanteile, das Marktumfeld sowie ein möglicher technologischer Vorsprung vor Wettbewerbern und Kunden zu bewerten.

Aus der Sicht des Insolvenzverwalters seien schließlich zwei Ziele zu unterscheiden:

1. Kann die weitere Einräumung von GPL-Nutzungsrechten nach Insolvenzeröffnung verhindert werden?
2. Können die vor Insolvenzeröffnung eingeräumten GPL-Nutzungsrechte beendet/zurückgefordert werden?

Bei einer Rechtseinräumung *nach* Insolvenzeröffnung sei zu beachten, dass Verfügungen des Schuldners gemäß §§ 80, 81 InsO unwirksam sind. Darüberhinaus stelle sich das faktische Problem, dass OSS in der Regel im dezentralen Vertrieb vermarktet werde. Als Lösungsansatz werde die analoge Anwendung des § 33 UrhG diskutiert.

Bei der Rechtseinräumung *vor* Insolvenzeröffnung stelle sich die Frage, ob § 103 InsO angewendet werden könne. Der Referent gelangt hier zu dem Ergebnis, dass dies nicht möglich sei, da der gegenseitige Vertrag, sofern man überhaupt von einem solchen ausgehe, was nach Ansicht des Referenten nicht der Fall sei, von einer Partei erfüllt sei.

Eine Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 ff. InsO komme dem Referenten zufolge typischerweise nicht in Betracht, da die OSS-Lizenzierung im Normalfall keine Gläubigerbenachteiligung darstelle. Daneben ergebe sich das faktische Zusatzproblem, dass der Insolvenzverwalter in einem dezentralen Vertriebssystem mit typischerweise vielen Kunden die Anfechtung geltend machen müsste.

Dies führe aus Sicht des Referenten zu einem unstimmgigen Gesamtbild: Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens können der Insolvenzverwalter bzw. der Erwerber den weiteren Erwerb von OSS-Nutzungsrechten verhindern. Die vor der Eröffnung des Verfahrens eingeräumten Lizenzen blieben aber in der Regel bestehen, es sei denn, es kann wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten werden. Im Ergebnis könnte im Ausgangsfall der Maschinenbauerhersteller die Software daher weiter vertreiben. Fraglich sei aber die Einhaltung der Ziffer 4 GNU GPL.

Der Maschinenbauerhersteller würde damit eine Software mit nicht mehr aktuellem Angebot auf Abschluss eines OSS-Lizenzvertrages verbreiten. Als Lösungsansatz schlägt Prof. Metzger vor, einen entsprechenden Hinweis an Abnehmer zu geben, um die Rechtsmängelhaftung insoweit auszuschließen. Daneben könnte der Insolvenzverwalter/Erwerber eine GPL-ähnliche individuell gestaltete Lizenz vereinbaren.

Mit Blick auf die geplante Reform des § 108a InsO schließt der Referent mit vier Bemerkungen aus Sicht der OSS-Wirtschaft:

- Eine Reform würde eine Verbesserung bringen, da der Fortbestand von Lizenzen gesetzlich klargestellt würde.
- Die Frage der Einordnung der vertraglichen Nebenpflichten würde sich nicht stellen, da OSS-Lizenzen keine Nebenpflichten für Lizenzgeber vorsehen.
- Die Vergütungsanpassung sollte OSS-Nutzer nicht stören, da die marktgerechte Vergütung für dieses Lizenzmodell "null" ist.

- Faktische Probleme beim Ausstieg aus dem OSS-Modell bleiben allerdings nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen.

Im Anschluss an das Referat wurde unter anderem auf Frage von Prof. Spindler diskutiert, wie sich die Frage der Miturheberschaft bei M1 – M3 im Ausgangsfall auswirke. Prof. Metzger wies hier auf ein Beispiel aus der Praxis hin: Bei dem Netscape-Browser musste seinerzeit trotz des Vorliegens von 95% der Rechte der Browser teilweise neu kreiert werden. RA Dr. Grütmacher wies noch auf die Problematik der Urheberrechte des Arbeitnehmers hin. Ferner wurde auf eine Wortmeldung von RA Moritz noch die Abwicklung durch den Insolvenzverwalter im Hinblick auf die Einordnung des Lizenzvertrages als Softwarekaufvertrag bzw. Dauerschuldverhältnis behandelt.

IV. Softwarehinterlegung als Teil des Risikomanagements bei Outsourcingverträgen

Referent: Dr. Lars Lensdorf (Frankfurt am Main)

Moderator: RA Christian Kast (München)

RA Dr. Lensdorf rückte Escrow als Teil des Risikomanagement bei Outsourcingverträgen in den Mittelpunkt des Interesses. Er betonte, dass der Hinterlegung von Software gerade bei den häufig sehr komplexen Outsourcingvorhaben besondere Bedeutung zukomme. Auch die wachsende Sensibilisierung für die persönliche Verantwortung der Geschäftsführung sowie die Berücksichtigung regulatorischer Anforderungen (z.B. Basel II, KWG, MaRisk) haben diesen Punkt vermehrt ins Bewusstsein gerückt. Durch die Hinterlegung des Quellcodes könne insbesondere auch bei Outsourcingprojekten Investitionssicherheit, Know-how-Verlust sowie eine Absicherung für den Fall der Vertragsbeendigung erreicht werden.

Nach einem Überblick über die einzelnen Formen des Outsourcing, bei denen jeweils die spezifische Bedeutung der Hinterlegung näher beleuchtet wurde, kam der Referent mit Blick auf die Art der zu hinterlegenden Software zu dem Ergebnis, dass es insbesondere auf den Individualisierungsgrad der im Einsatz befindlichen Software ankommt. Je stärker dieser sei, desto bedeutsamer sei auch die Hinterlegung. Gerade bei komplexen Outsourcing-Projekten, bei denen häufig auch Drittsoftware im Einsatz sei, bestehen hier erhöhte Risiken für den Kunden. Dabei stelle sich insbesondere die Frage, wer den Hinterlegungsvertrag mit dem Dritten abschließt und wer etwaige Herausgabeansprüche geltend machen kann.

Der Referent zog in Zusammenhang mit den Formen der Hinterlegung als Fazit, dass die Ausgestaltung im Einzelfall stark davon abhängt, inwieweit Standard-Applikationen oder kundenspezifische Software eingesetzt werde. Empfehlenswert sei es daneben, bei der Formulierung der Hinterlegungsvereinbarung die Strukturen des Urteils des BGH vom 17. November 2005 (Az.: IX 162/04) zu berücksichtigen (aufschiebend bedingte Rechtseinkäumung, kein explizites Anknüpfen an den Insolvenzfall, angemessene Gegenleistung).

Mit einem Blick auf alternative oder auch kumulative Sicherungskonzepte im Rahmen von Outsourcingprojekten fasste RA Dr. Lensdorf seine Thesen zusammen. Er wies darauf hin, dass in der Praxis wegen der Komplexität der Projekte neben einer unbedingt in Betracht zu ziehenden Hinterlegung auch flankierende Maßnahmen ergriffen werden sollten, wie z.B. die Entgegennahme einer Patronatserklärung oder die Festlegung umfassender Dokumentationspflichten.

V. Entwicklung von Unterhaltungssoftware und Escrow

Referenten: RA Konstantin Ewald und Harald Riegler (Berlin)

Moderator: RA Christian Kast (München)

Zum ersten Mal wurde im Rahmen eines OSE-Symposiums näher beleuchtet, welche Rolle Escrow bei Unterhaltungssoftware spielt. Damit trägt OSE der wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung der Games-Branche, die längst die Film- und Musikindustrie überflügelt hat, Rechnung. Die Referenten wiesen darauf hin, dass alleine in Deutschland mit Konsolen-, Computer- und Videospiele im Jahr 2007 ein Umsatz in Höhe von ca. 2,3 Mrd. Euro erwirtschaftet wurde (weltweit in 2008: 61 Mrd. US-Dollar).

Die Referenten zeichneten zunächst den Ablauf einer Spieleentwicklung auf Basis eines typischen Development und Publishing Agreements nach. Es handele sich dabei um eine werkvertraglich geprägte Auftragsproduktion. Der Publisher finanziere die Entwicklung vor und übernehme dann die Vermarktung des Spieles. Geprägt sei der Entwicklungsprozess durch eine intensive Kooperation zwischen Developer und Publisher. Mit Abnahme des sogenannten Gold-Masters beginne die Vermarktungsphase. Der Developer könne am Markterfolg des Spieles schließlich über Lizenzmodelle partizipieren, die in verschiedenster Ausprägung am Markt zu finden seien.

Die Referenten erläuterten sodann die Besonderheiten der Spieleentwicklung gegenüber der klassischen Softwareentwicklung. Zu berücksichtigen gelte es hier insbesondere, dass sich bisher für die Programmierung der Spielesoftware keine Qualitätsnormen durchgesetzt haben. Daneben habe sich in der Praxis die Komplexität durch die Verbindung mit der Film- bzw. "Kreativwirtschaft" häufig als Hürde erwiesen.

Beide Referenten betonten, dass trotz der Komplexität und der erheblichen Umsatzvolumina, die in der Branche bewegt werden, das Bewusstsein für die rechtlichen Probleme bei der Spieleentwicklung noch nicht immer hinreichend entwickelt sei. Gerade im Hinblick auf Escrow sei jedoch eine Steigerung des Problembewusstseins erkennbar. Die Praxis in der Spieleindustrie wende schon verschiedene Escrow-Lösungen an. Meist werde die klassische "physische" Hinterlegung des Source-Codes nach Beendigung oder auch laufend während des Projekts auf einem Datenträger vereinbart. Die Praxis habe jedoch gezeigt, dass dies nicht selten prekär ist, weil es schlicht vergessen wird. Größere Studios arbeiten daher inzwischen zuweilen mit "Versionskontrollsystemen", auf die der Publisher online Zugriff erhalten kann. Dabei werde der Source-Code automatisiert täglich oder wöchentlich auf einem Server zur Verfügung gestellt und verschlüsselt. Es werde nur noch der Schlüssel hinterlegt. Allerdings handele es sich hierbei um eine technisch sehr aufwendige Lösung, die auch entsprechendes Know-how erfordere.

Die Referenten stellten abschließend fest, dass Hinterlegungsvereinbarungen auch in der Spieleindustrie ein geeignetes Mittel zum Ausgleich der divergierenden Interessen darstellen. Eine besondere Rolle komme Escrow gerade bei der Absicherung von Folgeproduktionen zu. Ziel des Publishers sei es dabei, den Source-Code zu erhalten, um die Möglichkeit zur Entwicklung von Folgeproduktionen durch Dritte abzusichern und nicht von einem Developer abhängig zu sein. Andererseits habe auch der Developer ein Interesse, dass er den Source-Code bei einer Nichteinigung über die Folgeproduktion nur gegen entsprechende Vergütung und vorheriger vertraglicher Absicherung des Know-how-Schutzes freigeben muss. In der Praxis würden hierzu verschiedene Kompromissmöglichkeiten diskutiert.

VII. Handhabung der Regelungen des EVB-IT-Systemvertrages zu Quellcode und Hinterlegung in der Praxis

Referent: RA Norman Müller (Berlin)

Moderator: RA Dr. Malte Grützmacher (Hamburg)

Nach einem kurzen Überblick über die Entstehung, die weitere Entwicklung und den Zweck der EVB-IT stellte der Referent die Regelungen zu Quellcode und Hinterlegung im EVB-IT-Systemvertrag vor. Er wies darauf hin, dass der Standard keine Hinterlegung vorsehe, sondern diese von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden müsse. Die EVB-IT-Systeme sehen jedoch hierzu in Ziffer 17 bereits besondere Regelungen vor.

Gemäß Ziffer 17.1 EVB-IT-System finde bei Individualsoftware eine Übergabe statt Hinterlegung statt, soweit nichts anderes vereinbart ist. Für eine Standardsoftware könne gemäß Ziffer 17.2 EVB-IT-System die Hinterlegung vereinbart werden. RA Müller stellte in diesem Zusammenhang die Vor- und Nachteile einer Übergabe des Quellcodes an den Auftraggeber gegenüber einer Hinterlegung dar und spannte so den Bogen zu der Frage, welche Überlegungen die Öffentliche Hand mit Blick auf die Regelungen zur Hinterlegung vor der einseitigen Veröffentlichung der EVB-IT-Systeme angestellt hat.

RA Müller, der selbst an den Verhandlungen zwischen der Öffentlichen Hand und der Industrie teilgenommen hatte, wies darauf hin, dass sich insbesondere vergaberechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Hinterlegung des Quellcodes ergeben. Die Vergabestelle müsse eigentlich die Rechte an der zu beschaffenden Software vorgeben. In der Regel gebe es jedoch abweichende fixe Vorgaben der großen Softwarehersteller, insbesondere aus den USA. Wenn der Auftragnehmer nicht selbst Hersteller sei, habe er daher kaum Einfluss auf die Rechtsgestaltung. Selbst wenn der Auftragnehmer selbst Hersteller sei, würden die engen Konzernvorgaben häufig nicht in unseren Rechtskreis passen.

Die Folge der unflexiblen Rechtsvorgaben der Hersteller wäre nach Ansicht des Referenten, dass die Bieter gemäß § 25, Nr. 1, Abs. 1 d VOL/A häufig ausgeschlossen werden müssten. Darüber hinaus hinterlegten in der Praxis viele große Hersteller gar nicht oder nur zu bestimmten eigenen Bedingungen. Hätte man strenge Vorgaben bei der Hinterlegung in die EVB-IT-Systeme aufgenommen, hätte dies dazu geführt, dass nur wenige oder keine konformen Angebote abgegeben werden können.

Zusammenfassend betonte der Referent, dass bei dem EVB-IT-System-Vertrag daher auf strenge Vorgaben verzichtet wurde und dieser nur die wesentlichsten Punkte regelt. Insbesondere wurde auch auf den Entwurf einer Hinterlegungsvereinbarung als Anlage verzichtet. Die Handhabung bleibe dennoch problematisch: Lasse sich die Vergabestelle einen Entwurf der Hinterlegungsvereinbarung anbieten, so sei die Vergleichbarkeit der Angebote nur sehr schwer herzustellen. Die Entwürfe der Bieter seien darüber hinaus häufig unzureichend und nicht insolvenzfest.

Im Anschluss an das Referat wurden verschiedene Punkte, insbesondere zu den Konsequenzen für einen Verstoß gegen das Vergaberecht diskutiert. Daneben wurde die Frage der Verwendbarkeit der "BVB-Erstellung" aufgeworfen. Anmerkungen erfolgten zu der Sichtweise des Rechnungshofs im Hinblick auf die Rechteinräumung. Dabei wurde auch als Problem erkannt, dass die umfassende Rechteinräumung dazu führen kann, dass zu teuer eingekauft wird, auf der anderen Seite reichen aber einfache Rechte möglicherweise nicht.

VIII. § 108a: Rechtslage nach der Insolvenzordnung bei Insolvenz des Lizenzgebers, Rechtliches Update

Referent: RA Dr. Matthias Lejeune (München)

Moderator: RA Dr. Malte Grützmaker (Hamburg)

Ausgehend von der derzeit geltenden Rechtslage nach der InsO stellte der Referent die neuesten Entwicklungen im Hinblick auf das Gesetzgebungsverfahren zu § 108a InsO-E vor. Dabei warf er auch einen Blick auf die Rechtslage nach Übersee. In den USA sei nach § 365n Bankruptcy Code der Insolvenzverwalter verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Lizenznehmer in der weiteren Ausübung der Lizenz behindern könnte. Ebenso werde der Lizenznehmer in Japan bei nachfolgender Insolvenz des Lizenzgebers geschützt.

Der Reformvorschlag der Bundesregierung vom 25. Juni 2007 zu § 108a InsO-E sehe demgegenüber vor:

"Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht an einem 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."

Der Referent fasste die generelle Kritik am Reformvorschlag zusammen. Kritisiert werde unter anderem, dass die geplante Neuregelung zu einer ungerechtfertigten und systemfremden Bevorzugung von Lizenzen gegenüber sonstigen Ansprüchen in der Insolvenz führe. Eine Lösung außerhalb des Lizenzrechts sei daher wesentlich sinnvoller. Daneben bleibe die Anknüpfung an den Begriff der Lizenz unklar und es sei keine Regelung für den Fall der Insolvenz eines Lizenznehmers und für Lizenzketten vorgesehen. Unklar bleibe auch, wie Nebenpflichten von Hauptpflichten abzugrenzen und welche Nebenpflichten "zwingend geboten" seien. Der Referent wies ferner darauf hin, dass sich in der Praxis Probleme im Hinblick auf die Höhe der "marktgerechten Vergütung" ergeben werden, darüber hinaus sei das Kündigungsrecht des Lizenznehmers in vielen Fällen nutzlos für den Lizenznehmer.

Abschließend ging Dr. Lejeune auf den Stand des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens ein. Der Referent ging davon aus, dass der Gesetzentwurf, nachdem das Verfahren nunmehr schon relativ lange andauert, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch verabschiedet werde. Wesentliche Änderungen erwartet der Referent nicht mehr.

Im Anschluss an das Referat wurden insbesondere die Auswirkungen der Entscheidung des BGH vom 17. November 2005 zu § 103 InsO (abgedruckt in CR 2006, 151) diskutiert. Insbesondere bei der Frage, ob aus dieser BGH-Rechtsprechung eine gewisse Sicherheit für die Kautelarjurisprudenz abgeleitet werden könne, gingen die Meinungen auseinander. Ferner wurde diskutiert, ob der Sachverhalt der BGH-Entscheidung in der Praxis tatsächlich häufiger anzutreffen sei. Mit Blick auf das nahende Ende der Legislaturperiode wurde schließlich erörtert, ob die derzeit geplante Neuregelung besser ist als gar keine Neuregelung. Auch hierzu erfolgten kontroverse Wortmeldungen.

IX. Panel, Abschluss – Diskussion, Zusammenfassung

Moderator: RA Dr. Peter Bräutigam (München)

RA Dr. Bräutigam fasste im Anschluss an die Referate zunächst deren wesentlichsten Thesen nochmals zusammen. Daran anknüpfend wurde insbesondere diskutiert, ob der in den EVB-IT-System vorgesehene Katalog zur Hinterlegung überhaupt Sinn mache. Es bestand schließlich weitgehend Einigkeit, dass es sinnvoll wäre, im Rahmen einer Ausschreibung nicht alles im Detail vorgeben zu müssen. RA Müller wies nochmals darauf hin, dass das konkrete Vergabeverfahren auch abhängig vom Umfang und der Größe des jeweiligen Projekts sei. Prof. Schneider beschrieb dazu Probleme aus der Praxis eines Kunden am Beispiel eines Krankenhauses mit einem kommunalen Träger, welches eine Ausschreibung zur Beschaffung eines Krankenhausinformationssystems durchführt. Aus dem Publikum wurde ferner noch darauf hingewiesen, dass es besonders wichtig sei, Regelungen zur Hinterlegung auch mit Blick auf das mögliche Resourcing von Leistungen zu vereinbaren. Dabei sei auch zu berücksichtigen, wie mit Prozess-Know-how umzugehen sei.

X. 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.

Geplantes Datum für das 5. OSE Symposium: Januar 2010
(siehe www.ose-international.org für aktuelle 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 (Stellvertreter)
Dr. Philipp Süß (Schriftführer)