

neue medien *recht*

Newsletter zu rechtlichen Themen aus Informationstechnologie und Telekommunikation

Jahrgang 1, Nr. 2

Herausgeber: Brehm & v. Moers, Rechtsanwälte und Steuerberater

Im Juni 2003

Softwarelizenzen in der Insolvenz

Risikovermeidung durch „Software-Escrow“ ?

Teil 1

IT-Unternehmen in der Krise? Vor ca. zwei Jahren noch ein *horribile dictu* - heute schon fast tragische Selbstverständlichkeit.

Aufgrund des zunehmenden Einsatzes elektronischer Datenverarbeitung (EDV) in Wirtschaftsbetrieben ist die Funktionsfähigkeit des Herzstücks der EDV - die Software - für das Unternehmen von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung. In Fällen hochspezialisierter und komplexer Softwareanwendungen, die vielfach nur von einer sehr begrenzten Anzahl von Softwareanbietern, u.U. sogar nur von einem einzigen Unternehmen, entwickelt und vertrieben werden, ist der Anwender vom wirtschaftlichen Schicksal und Bestand des Anbieters abhängig. Wer sein Unternehmen vor Problemen durch die Insolvenz von Software- oder anderen IT-Anbietern bewahren will, sollte sich über Möglichkeiten, die die Risiken einer Insolvenz eines Vertragspartners mit sich bringen, frühzeitig Gedanken machen und entsprechende Vorkehrungen treffen.

Editorial

Liebe Leser,

angesichts der nicht gerade rosigen Lage vieler Unternehmen der IT-Branche setzen wir uns in einem zweiteiligen Beitrag mit der Frage auseinander, welchen Weg Softwarelizenzen nehmen, wenn der Anbieter einer Software Insolvenz anmelden muss. Wir legen besonderen Wert darauf, einen Weg aufzuzeigen, auch in Zukunft den Zugang zur Software eines insolventen Lizenzgebers sicherzustellen.

Die Herausgeber

Ausgangslage

Bedeutsame und damit zumeist teure Software wird dem Anwender üblicherweise im Rahmen eines Lizenzvertrages bei laufenden Lizenzzahlungen überlassen. Der Anwender ist daran interessiert, dass die bei ihm installierte Software über die gesamte Nutzungsdauer einsetzbar ist. Daher wird der Anwender von Software in seinem Unternehmen ein vitales Interesse daran haben, dass die Behebung auftretender Programmierfehler oder notwendig werdender Funktionsänderungen und -erweiterungen (Updates/Upgrades) im Rahmen eines Softwarepflegevertrages mit dem Anbieter jederzeit sichergestellt sind. Geht der Anbieter der eingesetzten Softwarelösung unverhofft in die Insolvenz, kann die weitere Verwendung für den Anwender unter Umständen teuer und kompliziert werden. Der Anwender riskiert nicht nur einen Umsatzausfall, sondern auch erhebliche Aufwendungen für die Suche, Auswahl und Implementierung geeigneter Ersatzsoftware, die Umstellung der innerbetrieblichen Organisation und die Schulung von Mitarbeitern.

Für die Beseitigung von Fehlern, Änderungen oder Erweiterungen der Software benötigt der Anwender die Verfügungsmacht über den Quellcode (*source code*). Dieser wird ihm seitens des Softwareanbieters in der Regel nicht ausgehändigt. Im Insolvenzfall seines Vertragspartners wäre der Anwender von der Weiterentwicklung der eingesetzten Software dadurch abgeschnitten, dass sich der Quellcode in den Händen des Insolvenzverwalters befindet. Dieser wird bestrebt sein, selbst umfassend die Entwicklungsdokumentation und den Quellcode für die Insolvenzmasse zu beanspruchen. Soweit eine Software für einen Anwender individuell entwickelt wurde, wird er vielfach ohnehin das Programm im Quellcode erhalten. Zu

(Fortsetzung auf Seite 2)

(Fortsetzung von Seite 1)

dem schuldet der Anbieter für alle individuell entwickelten Teile einer Software die Herausgabe des Quellcodes des Programms. Diesen kann der Anwender auch vom Insolvenzverwalter beanspruchen. Hingegen besteht kein quellcodebezogener Herausgabeanspruch bei Standardsoftware oder bei standardisierten Programmteilen einer Individualsoftware.

Der Anbieter von Standardsoftware wird den Quellcode und die sonstige Entwicklungsdokumentation, die ja wesentliche Geschäftsgeheimnisse und sein Unternehmen tragendes Know-How enthalten, dem Anwender nicht von vornherein zur Verfügung stellen und lediglich den Objektcode übergeben. Nur durch die Geheimhaltung des Quellcodes, der regelmäßig einen wesentlichen Teil des Betriebsvermögens des Entwicklungsunternehmens bildet, kann ein Softwarehersteller auch die zukünftige Verwertung seines Produkts sicherstellen. Ein Verlust der Hoheit über den Quellcode kann sich für ihn existenzbedrohend auswirken.

Software-Escrow

Dem Sicherheitsbedürfnis des Anwenders einerseits und dem Geheimhaltungsinteresse des Softwareanbieters andererseits kann in der Praxis weitgehend durch ein sog. "Software-Escrow" Rechnung getragen werden. Hierbei wird in dem Lizenzvertrag als Nebenpflicht des Lizenzgebers die Hinterlegung des periodisch aktualisierten Quellcodes sowie sonstiger Entwicklungsdokumentation des gelieferten Softwareprogramms und aller künftigen Updates bei einer besonders qualifizierten Hinterlegungsstelle, dem Escrow-Agenten, vereinbart. Mit dieser Hinterlegungsvereinbarung legen die Parteien verschiedenen Anlässe fest, bei deren Vorliegen der Escrow-Agent den Quellcode an den Berechtigten (in der Regel der Lizenznehmer/Anwender) herausgegeben darf. So wäre der Zugriff des Anwenders auf den Quellcode gewährleistet. Derartige Gründe können die Einstellung des Geschäftsbetriebs, Erfüllungsverweigerung oder Schlechterfüllung und insbesondere die Insolvenz des Softwareanbieters sein.

Insolvenzfestigkeit von Escrow-Vereinbarungen

Um dem Sicherheitsinteresse des Softwareanwenders Rechnung zu tragen, bedarf die Notwendigkeit einer möglichst weitgehende Absicherung im Insolvenzfall des Lizenzgebers eines besonderen Augenmerks. Inwieweit eine Hinterlegung im Verhältnis Anwender und Anbieter "insolvenzfest", d.h. derart vertraglich gestaltet werden kann, dass im Falle der Anbieterinsolvenz der Insolvenzverwalter den Quellcode von der Hinterlegungsstelle nicht doch wieder herausverlangen kann (womit natürlich ein wesentli-

cher Zweck der gerade für Insolvenzfälle geschlossenen Vereinbarung scheitern würde), ist nicht abschließend geklärt.

Die Frage ist, ob der Lizenznehmer tatsächlich bei Eintritt des Insolvenzfalles in unangreifbarer Weise Zugriff auf den Quellcode nehmen kann und ob der beabsichtigte Schutz des Begünstigten durch ein "Software-Escrow" so weit gehen kann, dass er den Quellcode auch dann noch erhält, wenn die weiteren Gläubiger bereits Forderungen beim Insolvenzverwalter geltend gemacht haben. Angesichts des Werts des in Rede stehenden geistigen Eigentums müssen diese mit dem Bekanntwerden des Quellcodes einen beträchtlichen Masseausfall befürchten.

Wahlrecht des Insolvenzverwalters

Insolvenzrechtlich ist ein Software-Lizenzvertrag bei dem wie hier vorausgesetzt regelmäßig Lizenzzahlungen zu leisten sind, wie ein Mietvertrag zu behandeln. Er gilt im Sinne von § 103 Insolvenzordnung (InsO) als "gegenseitiger, beidseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag". Die privilegierende Vorschrift des § 108 Abs. 1 InsO ist nach ihrem Wortlaut nicht einschlägig. Bei einem Software-Lizenzvertrag handelt es sich gerade nicht um einen Nutzungsüberlassungsvertrag hinsichtlich "unbeweglicher Gegenstände oder Räume". Daher steht dem Insolvenzverwalter nach § 103 InsO ein Wahlrecht zu. Er kann die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnen oder an dem Vertrag festhalten.

Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens "erlöschen" zunächst die beiderseitigen Erfüllungsansprüche. Für den Softwareanwender als Lizenznehmer bedeutet dies erschwerend, dass bis zum Zeitpunkt der Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter, der Lizenzgeber von ihm keine Lizenzgebühren verlangen kann, er aber auch die überlassene Software nicht mehr nutzen darf. Sollte sich der Insolvenzverwalter in der Folgezeit dafür entscheiden, den Lizenzvertrag nicht weiterzuführen, sondern ihn endgültig erlöschen zu lassen, ist der daraus entstehende Schadensersatzanspruch des Lizenznehmers wegen Nichterfüllung nach § 103 Abs. 2 InsO eine bloße Insolvenzforderung.

RA Philipp Belter, München

(Fortsetzung im nächsten *neue medien*)

Herausgegeben von:

BREHM & v. MOERS
RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

Stresemannstr. 121, 10963 Berlin, Tel.: 030-26 93 95 0, Fax: 030-26 93 95 15
Eysseneckstr. 3, 60322 Frankfurt/M., Tel.: 069-152 00 50, Fax: 069-152 00 520
Brodschranzen 3-5, 20457 Hamburg, Tel.: 040-30 20 07 0, Fax: 040-30 20 07 77
Fürstenfelder Str. 9, 80331 München, Tel.: 089-23 72 26, Fax: 089-23 72 27 37

Internet: <http://www.bvm-law.de>

Redaktion: RA Nikolaus Sieveking, München

Keine Gewähr für Vollständigkeit und Richtigkeit der Inhalte