

Escrow Agreement als Sicherungsinstrument

Daniela Tschol, Madeleine Renner

Die Softwarehersteller haben ein grosses Interesse an der Geheimhaltung ihrer Quellcodes (sog. Source Codes). Aufseiten des Erwerbers führt der hohe Investitionsaufwand jedoch zum Bedürfnis, Weiterentwicklungen sowie Fehlerbehebungen zu erhalten und die Software über längere Zeit nutzen zu können.

Durch die Hinterlegung des Source Codes schafft der Softwarehersteller Vertrauen und damit einen nicht unbeachtlichen Wettbewerbsvorteil. Eine professionelle Hinterlegung des Source Codes bei einem unabhängigen Dritten bietet dafür die optimale Lösung, welche beiden Seiten gerecht wird. Die Modalitäten der Hinterlegung sollten genau geregelt werden, empfehlenswert ist ein separater Hinterlegungsvertrag (Escrow Agreement). Dabei gilt es, diverse rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte zu beachten.

Inhaltliches zum Escrow Agreement

Nur sehr selten wird der Source Code im Rahmen von proprietären Lizenzverträgen mitgeliefert. Teilweise werden Verein-

barungen bezüglich des Source Codes im Softwareentwicklungs- oder Lizenzvertrag getroffen, in der Regel erfolgt dies aber in separaten Escrow Agreements.

Das Escrow Agreement ist ein Dreiparteienvertrag zwischen der Hinterlegungsstelle (Escrow Agent), dem Softwarehersteller und dem Anwender. Der Anwender und der Softwarehersteller erteilen dabei dem Escrow Agent gemeinsam Anweisungen, beispielsweise für die Herausgabe des Source Codes.

Investitionssicherung für den Anwender

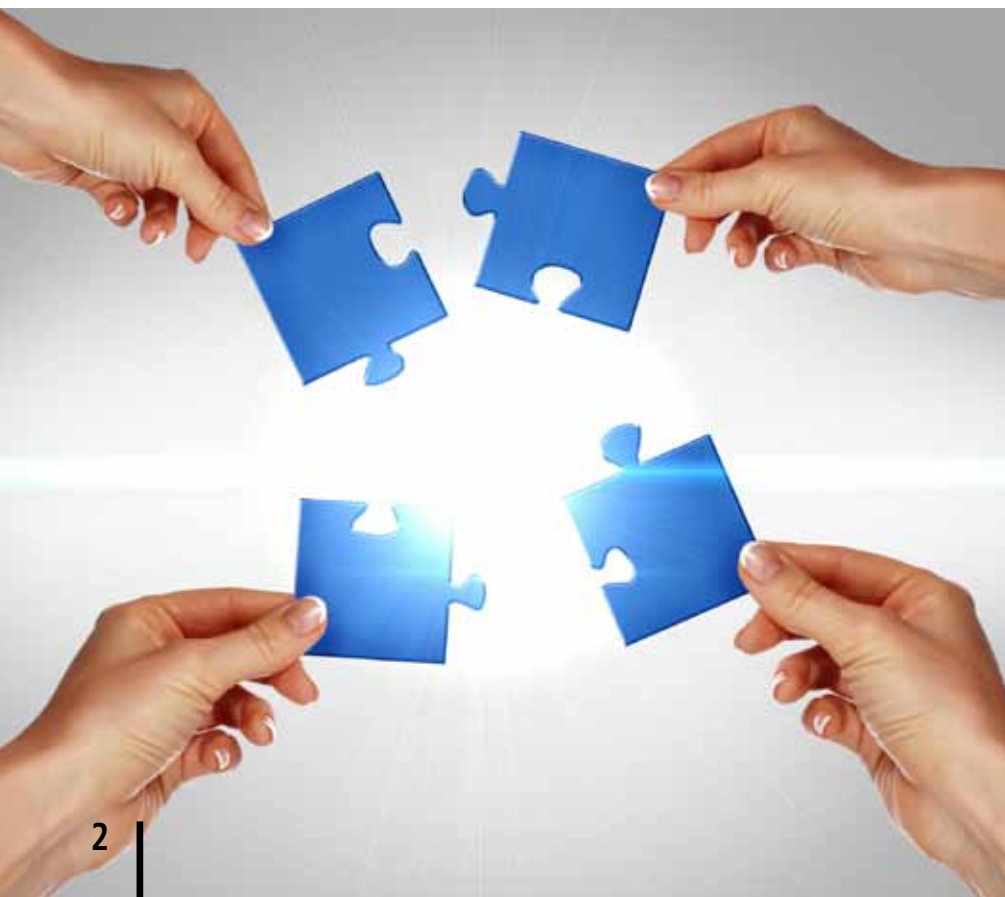
Der Erwerb von Software ist für Unternehmen oft mit grossen finanziellen Investitionen verbunden. Diese werden einerseits durch die Beschaffung des Computerprogramms, andererseits durch interne Ar-

beitsstunden und Schulungen verursacht. Nicht selten werden Businessprozesse an ein Computerprogramm angepasst, was zusätzliche Kosten und eine starke Bindung an die Software mit sich bringt. Verstärkt wird die Abhängigkeit, wenn wichtige Bereiche der Wertschöpfungskette des Unternehmens von einer Software abhängig sind.

Aufgrund dieser hohen Investitionskosten und der Abhängigkeit vom gewählten Softwareprodukt möchte das Unternehmen das erworbene Computerprogramm lange nutzen können. Damit verbunden ist das Bedürfnis nach Weiterentwicklung sowie Support- und Wartungsdienstleistungen. Mit einer Hinterlegung des Source Codes kann das Unternehmen die weitere Nutzung der Software sicherstellen und im Herausgabefall die Zeit überbrücken, bis man eine neue Software sorgfältig evaluiert und implementiert hat. Dieses Bedürfnis kann jedoch nur befriedigt werden, wenn ein einfaches und rasches Herausgabeverfahren vereinbart und im Escrow Agreement festgehalten wird.

Wettbewerbsvorteil für den Softwarehersteller

Die Entwicklung von Software ist für den Hersteller meist sehr aufwendig und kostenintensiv. Weiterentwicklungen, Support- und Wartungsdienstleistungen liefern wichtige Umsätze für das Unternehmen. Somit hat der Softwarehersteller ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung des Source Codes sowie der Verhinderung von unbefugten Nachahmungen und Verbreitungen. Die meisten Softwarehersteller sind deshalb (verständlicherweise) nicht bereit, die Source Codes mit dem Standardlizenzvertrag den Kunden zur Verfügung zu stellen.





Mit der Hinterlegung des Source Codes bei einer unabhängigen Hinterlegungsstelle kann ein Softwarehersteller einerseits sein Bedürfnis nach Geheimhaltung wahren, andererseits aber auch beim Anwender Vertrauen und somit Wettbewerbsvorteile schaffen. Das Risiko eines Missbrauchs des Source Codes kann zudem zusätzlich durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe im Vertrag verringert werden.

Folglich ermöglicht die Hinterlegung des Source Codes bei einer Hinterlegungsstelle die Wahrung der zentralen Interessen beider Parteien.

Individuelle Vertragsgestaltung

Optimalerweise wird der Source Code bei einem unabhängigen Escrow Agent hinterlegt. Dieser bewahrt das Hinterlegungsmaterial an einem sicheren Ort auf und

erinnert die Parteien auf Wunsch regelmässig daran, eine aktuelle Version des Materials zu hinterlegen.

Meist werden für die ausserordentliche und die ordentliche Vertragsauflösung unterschiedliche Fälle und Verfahren festgelegt. Wichtig ist eine genaue und abschliessende Auflistung der wichtigen Gründe, die eine ausserordentliche Vertragsauflösung rechtfertigen. Meist werden weitere Herausgabefälle, wie beispielsweise die schriftliche Zustimmung des Softwareherstellers, dessen Konkurs oder Liquidation sowie die Einstellung der Geschäftstätigkeit und die dazugehörenden Herausgabeverfahren definiert. Durch eine eindeutige Definition der Herausgabefälle und des Verfahrens wird sichergestellt, dass der Escrow Agent korrekt und schnell reagieren kann. Zudem wirkt dies Unklarheiten und Unstimmigkeiten zwischen den Parteien entgegen.

Zusätzlich muss das Verhältnis zwischen Escrow Agreement und dem Softwarelizenzvertrag klar geregelt werden. So sollte etwa definiert sein, was mit dem Escrow Agreement passiert, wenn der Lizenzvertrag gekündigt wird. Folglich, ob das Escrow Agreement für eine gewisse Zeit weiterbestehen oder mit dem Lizenzvertrag untergehen soll.

Definierter Hinterlegungskatalog

Ein zentrales Element jedes Escrow Agreements ist der Hinterlegungskatalog. Dabei definieren die Parteien genau und eindeutig, welche Materialien hinterlegt werden sollen. Dies sind sicherlich der Source Code des Computerprogrammes, die dazugehörige Dokumentation sowie Aktualisierungen. Oft ist es sinnvoll, auch ältere Versionen in die Hinterlegung einzuschliessen, sodass ältere, ar-

chivierte Dateien noch gelesen werden können.

Die Source Code-Hinterlegung alleine stellt aber meist die Weiternutzung des Computerprogramms nicht sicher. Beispielsweise können angrenzende Systeme oder Schnittstellen Voraussetzungen für die Nutzung der Software sein. Deshalb ist eine genaue Bedürfnisanalyse vor der Vertragserstellung essenziell.

Eine sichere Aufbewahrung macht zudem nur Sinn, wenn das Hinterlegungsmaterial lesbar und brauchbar ist. Dafür empfiehlt sich eine Überprüfung des Hinterlegungsmaterials auf Vollständigkeit, Lesbarkeit und Funktionsfähigkeit durch einen technischen Spezialisten.

Klare Nutzungsrechte

Die Parteien sollten zudem den Umfang der Nutzungsrechte des Anwenders bei einer Herausgabe des Source Codes festlegen. Darin wird definiert, ob der Anwender nur über Nutzungsrechte oder auch über das Recht zur Weiterentwicklung verfügen soll. Der Anwender ist jedoch in keinem Fall berechtigt, das Hinterlegungs-

material entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte weiterzugeben oder zugänglich zu machen. Das Vereinbaren einer Konventionalstrafe, falls der Anwender das Hinterlegungsmaterial über die im Vertrag definierten Rechte verwertet, sorgt für den nötigen Schutz der Interessen des Softwareherstellers.

Zusammenfassung

Eine Hinterlegung des Source Codes bei einem Escrow Agent schützt die berechtigten Interessen des Softwareherstellers sowie diejenigen des Anwenders und erzeugt somit eine Win-win-Situation.

Zusammengefasst sind folgende Punkte zentral für den Erfolg einer Hinterlegung:

- Ein schnelles und einfaches Herausgabeverfahren ist zentraler Punkt eines Escrow Agreements. Eine professionelle Vertragsgestaltung mit abschliessenden und klar definierten Herausgabefällen und -verfahren stellt die Anliegen der Parteien sicher.
- Die Wahrung des Geheimhaltungsinteresses des Softwareherstellers und die Verhinderung von unbefugter Nutzung und

Verbreitung der Software können durch entsprechende Vereinbarungen im Vertrag und zusätzlicher Absicherung mittels einer Konventionalstrafe erfolgen.

- Teilweise genügen der Source Code und die Dokumentation alleine nicht, um die Software weiter nutzen zu können. Deshalb sind eine klare Bedürfnis- und Systemanalyse sowie die Definition des Hinterlegungskatalogs essenziell. Wichtige Schnittstellen für den Betrieb oder angrenzende Systeme können entweder im Escrow Agreement integriert oder in einem getrennten Vertrag geregelt werden.
- Die Vollständigkeit, Lesbarkeit und Funktionsfähigkeit des Hinterlegungsmaterials kann durch eine technische Überprüfung des Source Codes sichergestellt werden.
- Das Verhältnis des Escrow Agreements und des Lizenzvertrages zueinander muss vertraglich klar geregelt werden. Zu berücksichtigen ist insbesondere die Kündigung eines Vertrages.
- Die Auswahl eines professionellen und fachkundigen Escrow Agent ist darüber hinaus ein wichtiges Erfolgskriterium. ■