

Wenn der Anwender auf den Sourcecode zugreifen muss

Escrow Agreements regeln die Herausgabe des Sourcecodes einer Software an den Anwender und sind damit eine zweckmässige Massnahme im Sinne eines umfassenden Risikomanagements. Der Schutz steht und fällt allerdings mit der Qualität der vertraglichen Vereinbarung. *Maria Winkler*

Die hohe Informatikabhängigkeit vieler Unternehmen macht die Evaluation eines bestimmten Softwareproduktes zu einer wichtigen Entscheidung, insbesondere in einem risikoreichen Geschäftsbereich. Wartungs- und Weiterentwicklungsbedürfnisse führen zudem in der Regel zu einer jahrelangen Abhängigkeit vom Softwarehersteller. Im Sinne eines umfassenden Risikomanagements muss das Unternehmen daher die Möglichkeit des Zugriffs auf den Sourcecode sicherstellen.

Der Softwarehersteller wird ohne anders lautende Vereinbarung Inhaber der Urheberrechte des von ihm erstellten Programms, auch wenn er dieses speziell für den Anwender entworfen hat. Der Hersteller hat ein grosses Interesse daran, den Sourcecode geheim zu halten, da derjenige, der darüber verfügt, das Programm ändern und verwerten kann. Um dem berechtigten Wunsch des Anwenders nach Schutz seiner meist beträchtlichen Investitionen gerecht zu werden, verpflichtet sich der Hersteller häufig, eine Kopie des Sourcecodes beim Anwender zu hinterlegen oder diesen in bestimmten Fällen herauszugeben. Von solchen Regelungen ist bei proprietärer Software jedoch abzuraten, da der Softwarehersteller sich im Ernstfall mit allen zu Gebote stehenden Mitteln gegen die Preisgabe seiner Betriebsgeheimnisse zur Wehr setzen wird.

Escrow-Agent braucht als Konfliktmanager Entscheidungskompetenz

Besseren Schutz bietet das sogenannte Software Escrow Agreement, das zusätzlich zum eigentlichen Grundvertrag abgeschlossen wird und an dem ein Escrow-Agent, häufig ein Rechtsanwalt, Notar oder Treuhänder, als unabhängiger Dritter mitwirkt. Dieser hat unter genau festgelegten Bedingungen den hinterlegten Sourcecode an den Anwender herauszugeben respektive an den Softwarelieferanten zurückzugeben.

Ist die Wartung und Weiterentwicklung der eingesetzten Software nicht mehr sichergestellt, dann muss aus der Sicht des Anwenders die Herausgabe des Sourcecodes vor allem rasch erfolgen, da jede Verzögerung für ihn grossen materiellen Schaden mit sich bringt. Der Hersteller wird sich aber vor einem unberechtigten



Wer über den Sourcecode verfügt, kann das Programm verwerten

Zugriff auf den Sourcecode schützen wollen. Eine genaue Definition der Herausgabefälle im Escrow Agreement und die klare Regelung des Herausgabeverfahrens verhindern Diskussionen und Verzögerungen im Ernstfall, insbesondere ein jahrelanges Prozessieren. Um den Zweck des Escrow Agreement erfüllen zu können, sollte der Escrow-Agent durch beide Partner verpflichtet und durch den Hersteller auch ausdrücklich ermächtigt werden, in einem Streitfall selbst Abklärungen zu treffen und zu entscheiden, ob einer der Herausgabefälle vorliegt. Die Situation rechtfertigt es, dem Escrow-Agenten in diesem Zusammenhang die Funktion eines Konfliktmanagers einzuräumen.

Was nicht ausdrücklich eingeräumt ist, gilt als nicht vereinbart

Um sicherzustellen, dass während der Dauer des Escrow Agreement weder der Softwarelieferant noch der Konkursverwalter (bei Konkurs des Softwarelieferanten) den Datenträger herausverlangen können, ist zu empfehlen, dem Escrow-Agenten das sogenannte fiduziarische oder treuhänderische Eigentum am Datenträger einzuräumen. Dadurch wird er Eigentümer des Datenträgers, erhält aber kein Nutzungsrecht am Inhalt und wird auch nicht Inhaber der Urheberrechte. Zudem ist der Escrow-Agent verpflichtet, sein Eigentum am Datenträger treuhänderisch, also im Sinn des Escrow Agreement, zu gebrauchen. Fällt der Escrow-Agent selbst in Konkurs, dann darf vom Konkursverwalter der Inhalt des Datenträgers nicht verwertet werden, da dem Escrow-Agenten kein Nutzungsrecht am Inhalt zusteht.

Auf der Basis des Grundvertrages mit dem Softwarelieferanten hat der Anwen-

der in der Regel nur ein Nutzungsrecht an der Software – er darf sie gebrauchen, aber nicht ändern oder an einen Dritten weitergeben. Wenn der Sourcecode aber zur Wartung und Weiterentwicklung verwendet werden soll, wenn er unter Umständen wegen mangelnder technischer Kenntnisse des Anwenders zu diesem Zweck an einen Fachmann weitergegeben werden soll, dann müssen dem Anwender im Escrow Agreement diese Rechte ausdrücklich eingeräumt werden. Gesetzgebung und Rechtsprechung schützen den Inhaber der Urheberrechte – was nicht ausdrücklich eingeräumt wird, gilt als nicht vereinbart!

Hinterlegung des Sourcecodes allein genügt nicht

Die Hinterlegung des Sourcecodes ist für den Anwender nur dann sinnvoll, wenn sämtliche Informationen hinterlegt werden, die er benötigt, um bei Eintreten eines Herausgabefalles die Nutzung der Software gemäss der ursprünglichen Vereinbarung autonom oder durch Dritte sicherzustellen. Deshalb sind zusätzlich zum Sourcecode die Wartungs-, die Entwicklungs- und die Systemdokumentation zu hinterlegen.

Der Escrow-Agent wird sich mangels technischen Know-hows in der Regel nicht verpflichten, den Inhalt des hinterlegten Datenträgers zu überprüfen. Eine Auflistung des Inhalts des Datenträgers im Anhang des Escrow Agreement sowie die Einräumung eines Überprüfungsrechts durch den Anwender, das aber in der Praxis häufig nur in Anwesenheit des Softwarelieferanten ausgeübt werden darf, können hier zu grösserer Sicherheit führen.

Unter Umständen kann der Anwender den Sourcecode nur dann vertragsgemäss nutzen, wenn er das Personal des

Softwarelieferanten zu Unterstützungsleistungen beziehen kann. Eine entsprechende Verpflichtung ist bereits in den Grundvertrag zu integrieren.

Minimalanforderungen müssen unbedingt berücksichtigt werden

Der Softwarelieferant ist zu verpflichten, regelmässig den auf Grund von Updates veränderten Sourcecode der lizenzierten Software zu hinterlegen. Häufig wird vereinbart, dass der Escrow-Agent regelmässig beim Softwarelieferanten nachfragt, ob der Sourcecode erneuert werden muss, und dass er anschliessend den Anwender informiert.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Escrow Agreement im Sinne eines umfassenden Risikomanagements eine zweckmässige Massnahme zum Investitionsschutz eines Unternehmens darstellt. Der Schutz steht und fällt allerdings mit der Qualität der vertraglichen Vereinbarung. Die folgenden Punkte sollten unbedingt beachtet werden:

- genaue Definition der Herausgabefälle,
- Festlegung eines raschen Herausgabeverfahrens,
- Ermächtigung des Escrow-Agenten zur Entscheidung im Streitfall,
- Übertragung des fiduziarischen Eigentums am Datenträger auf den Escrow-Agenten,
- Regelung der Nutzungsrechte des Anwenders am Sourcecode,
- Hinterlegung des Sourcecodes einschliesslich der Wartungs-, Entwicklungs- und Systemdokumentation,
- Überprüfungsrecht am Inhalt des Datenträgers,
- eventuell Recht auf Beizug der Mitarbeiter des Softwarelieferanten,
- Pflicht des Softwarelieferanten zur regelmässigen Erneuerung des Sourcecodes.



Autorin

Mag. iur. Maria Winkler ist geschäftsführende Partnerin der Advokatur SURY BRUN HOOL

und Dozentin für Informatikrecht sowie Recht im Internet an der Hochschule für Wirtschaft (HSW) Luzern.