

## Software Escrow - Risikomanagement für Anwender und Hersteller

*Obwohl auch in diesem Jahr laut dem Kreditversicherer Euler Hermes rd. 40.000 deutsche Firmen Insolvenz anmelden werden, darunter auch eine Vielzahl von Softwareherstellern, ist in Deutschland die Möglichkeit der Absicherung vor den Folgen dieser Insolvenzen durch Software Escrow eine vielfach unbekannte Dienstleistung. Allenfalls wenn Meldungen durch die Presse gehen, der Hersteller der «Harz IV-Software» stehe kurz vor der Insolvenz oder «Toll Collect» stehe vor dem Aus, mag bei dem einen oder anderen die Frage auftauchen, ob denn die bis dahin getätigten erheblichen Investitionen eigentlich abgesichert oder verloren sind.*

Mit dem Ziel, dieser Fragestellung zu einem besseren Wahrnehmungsgrad in der fachlichen Öffentlichkeit von Softwareherstellern, -anwendern und Juristen zu verhelfen, hat sich vor kurzem der Verband «Organisation Pro Software Escrow e.V.» ([www.ose-international.org](http://www.ose-international.org)) in München gegründet. Gründungsmitglieder sind führende Unternehmen aus dem Bereich des Software Escrow sowie mit IT-Recht befasste Kanzleien. Erklärtes Ziel ist neben der Stärkung der Mitgliederbasis durch neue Mitglieder aus den Reihen der Escrow Agents, aber auch spezialisierter Kanzleien, die Erarbeitung von Standards für die Dienstleistung «Software Escrow». So sollen für den Kunden, der Software Escrow nutzt, einheitliche Qualitätsmerkmale und Prozesse beschrieben werden, zu deren Einhaltung sich die Verbandsmitglieder verpflichten.

In den USA und Großbritannien schützen sich Anwender seit über 20 Jahren durch die Hinterlegung des Quellcodes bei einem Treuhänder (Software Escrow Agent), nur zögernd beginnen sich auch in Europa «Quellcode-Hinterlegungen» angesichts zahlreicher Insolvenzen von IT-Herstellern und Dienstleistern und der starken Konsolidierung bei den Anbietern von Standardsoftware zu etablieren.

Geschäftskritische Softwaresysteme sind in der Regel hoch spezialisiert und komplex, sodass, wenn der Hersteller die Produktion der Software oder auch nur die Wartung für die Software einstellt, der Anwender sie nur noch zeitlich begrenzt oder überhaupt nicht weiter nutzen kann. Für die eigenständige Weiterentwicklung der Lösung würde er den Quellcode der Software benötigen - und der

wird von den Herstellern üblicherweise nicht mitgeliefert.

Dem Anwender bleibt in diesem Fall oft nur übrig, auf eine neue Software umzustellen - ein mühsamer, langwieriger und kostspieliger Prozess. Kommt es im Zuge der Umstellung dann noch zu unvorhergesehenen, längeren Ausfallzeiten oder Datenverlust, sind Konflikte mit Kunden, Partnern und - etwa im Falle von steuerrelevanten Daten - den Behörden nicht auszuschließen. Betrifft die Softwarelösung «cash flow»-relevante Vorgänge wie die Rechnungsstellung oder das Bestellsystem, so kann ein solcher Ausfall ebenfalls auch das Anwenderunternehmen in die Gefahr der Insolvenz bringen.

Modell des Software Escrow: Hauptziel von Software Escrow ist der Investitionsschutz des Anwenders durch einen Vertrag, der zwischen dem Lizenzgeber (Softwarehersteller), dem Lizenznehmer (Anwender von Software), und einem unabhängigen Dritten (Escrow Dienstleister oder Agent) geschlossen wird. Im Rahmen dieses Vertrags wird regelmäßig der Quellcode der Software inklusive aller zur Weiterentwicklung der Software nötigen Materialien wie Dokumentation, Entwicklungswerkzeuge und -umgebung beim Escrow Dienstleister hinterlegt. Eine sehr wichtige Dienstleistung des Escrow Agents ist dabei die technische Überprüfung des hinterlegten Gutes auf Identität mit dem beim Kunden im Einsatz befindlichen Produkt (Verifikation), danach, im Zeitablauf, aber auch das regelmäßige Aktualisieren des hinterlegten Materials, denn eine veraltete oder defekte Version einer Software nutzt dem Lizenznehmer im Auslieferungsfall nicht. Mit dem Eintritt zuvor vertraglich vereinbarter Umstände wie Insolvenz, Einstellung der Wartung, Firmenverkauf gibt der Escrow Agent das hinterlegte Material an den Anwender heraus. Hinterlegungen können neben Softwareanwendungen auch für Datenbanken, Entwicklungsleistungen oder branchenunabhängiges Know-how vereinbart werden. Zumeist betrifft das Fälle, in denen ein Absicherungsbedürfnis, z.B. auf Grund der Abhängigkeit einer Partei von einem dritten Produkt, vorliegt.

Neben den Anwendern von Software können aber auch Systemhäuser und andere IT-Dienstleister die Dienstleistung Escrow nutzen, insb. dann, wenn sie Fremdsoftware und eigene Software beim Kunden implementieren und folglich Support für eine Software leisten müssen, auf deren Quellcode sie keinen Zugriff haben. Die Hinterlegung des

Softwarequellcodes bei einem Escrow Dienstleister nützt jedoch nicht nur dem Anwender oder Betreuer der IT-Lösung, sondern auch dem Hersteller: Mit dem Angebot der Hinterlegung kann er seine Kundenorientierung darstellen, was sich wiederum beim Kunden bei der Auswahl der Software positiv bemerkbar machen kann. Zum anderen kann im Falle eines Rechtsstreits wegen Problemen i.R.d. Installation bei der Anwendung durch die hinterlegte Software nachgewiesen werden, ob eine bestimmte Version ursprünglich einwandfrei funktionierte oder bereits fehlerhaft an den Kunden geliefert wurde. Und nicht zuletzt kann gerade bei jungen Softwarefirmen der verantwortungsvolle Umgang mit dem Geschäftsgut durch die Hinterlegung und Verifikation durch einen unabhängigen Dritten helfen, potenzielle Investoren zu überzeugen.

Escrow-Vertrag: Unter welchen Umständen der Escrow Agent den hinterlegten Quellcode herausgibt, wird, wie bereits erwähnt, in dem Escrow-Vertrag festgeschrieben. Zu den Gründen, bei denen die Herausgabe gefordert werden kann, zählt vor allem die Insolvenz des Herstellers und die Einstellung des Geschäftsbetriebs, aber auch die Übertragung der Rechte auf ein drittes Unternehmen, etwa im Falle einer Übernahme des Herstellers. So werden gerade nach der im Markt für Standardsoftware häufig auftretenden Akquisition eines Softwareanbieters durch einen Konkurrenten zunächst die Weiterentwicklung des Produkts des gekauften

Herstellers und nach und nach auch die Supportleistungen für die Software eingestellt.

Ob die beschriebenen Hinterlegungen insolvenzfest gestaltet werden können, war und ist umstritten. Dieser Punkt war auch schon vor der Einführung der InsO umstritten, denn hierzu müsste der Insolvenzverwalter die Hinterlegungsvereinbarung kündigen können. Inzwischen besteht aber doch eine starke Meinung, dass zumindest diejenigen Escrow-Verträge insolvenzfest sind, bei denen der Begünstigte seine Pflichten aus dem Lizenzvertrag erfüllt hat, etwa die Kaufpreiszahlung beim Kaufvertrag als der der Hinterlegungsvereinbarung zu Grunde liegenden Überlassungsvereinbarung. In der Praxis gibt es nur selten Widerstand seitens des Insolvenzverwalters bei der Herausgabe des Quellcodes wegen Insolvenz. Das liegt wohl vor allem daran, dass die Kunden des insolventen Herstellers die Software weiterhin nutzen, weiterhin Lizenz- und Wartungsgebühren bezahlen.

Software Escrow stellt damit für den Anwender einen wichtigen Bestandteil des Risikomanagements im Unternehmen dar. Für den Hersteller bietet es eine Chance, Wettbewerbsnachteile wie mangelnde Unternehmensgröße auszugleichen und sich risikolos proaktiv als kundenorientierte Firma zu positionieren.

RA Johannes M. Krüger, Vorstandsvorsitzender  
"Organisation Pro Software Escrow e.V.", München.