

Einige neuralgische Punkte bei Software Escrow-Verträgen

Folgende Punkte sind besonders wichtig und im Escrow-Vertrag klar und unmissverständlich zu regeln:

Hinterlegungsgegenstand: Zu hinterlegen sind alle relevanten Dateien (Source-, Link, Library-, Make-, Programm-Dateien), alle Hilfsprogramme, technischen Dokumentationen und sonstigen Materialien, Passwörter und alle Aktualisierungen (Updates, Upgrades, Releases), die benötigt werden, um die Software auch nach der Herausgabe des Codes an den Anwender aktuell halten zu können. Als Datenträger der zu hinterlegenden Inhalte kommen v.a. DVD's und CD's in Frage. In diesem Zusammenhang wird auch von einem „**Produktpaket**“ (Datenträger und dessen Inhalte) gesprochen.

Übergabe und Übereignung zum fiduziarischen Eigentum: Damit im Falle eines Konkurses des Entwicklers die Auslieferung des Codes an den Anwender möglich ist, muss dem Escrow Agent das Produktpaket übergeben und das fiduziarische (sachenrechtliche) Eigentum am Produktpaket übereignet werden (sog. Sicherungsübereignung). Mit der fiduziarischen Eigentumsübertragung werden dem Escrow Agenten keine weitergehenden Urheberrechte eingeräumt.

Überprüfung des Produktpakets und Kostentragung der Überprüfung: Technisch versiertes Personal des Escrow Agenten überprüft die Vollständigkeit, Lesbarkeit und Funktionsfähigkeit des übergebenen Produktpakets und der anfallenden Aktualisierungen. Die Überprüfung kann von einer Eingangsverifizierung (Unversehrtheit und Lesbarkeit der Datenträger, Virenfreiheit, Kontrolle der Dokumentation auf inhaltliche Vollständigkeit), über eine Plausibilitätskontrolle des hinterlegten Quellcodes auf Kompilierbarkeit bis hin zur Sicherstellung, dass der hinterlegte Quellcode kompilierbar ist und in ausführbarem Objektcode resultiert, gehen. Der Software-Entwickler ist zu verpflichten, die für die Überprüfung erforderliche Unterstützung zu gewährleisten, insb. falls notwendig bei der Überprüfung selbst teilzunehmen. Erfolgt (nur) eine Eingangsverifizierung des Produktpakets oder eine Überprüfung der Kompilierbarkeit des Sourcecodes ohne Funktionalitätstest, ermöglicht die Überprüfung keine verbindlichen Rückschlüsse auf die Tauglichkeit bezüglich einer späteren Verwendung durch den Anwender. Der Escrow Agent wird in diesem Fall auch keine Gewährleistung übernehmen.

Die Überprüfungskosten sind abhängig vom Umfang und der Komplexität der Anwendung. Typischerweise kommt der Anwender für die Kosten einer Überprüfung auf. Die Kosten können jedoch auch auf den Software-Entwickler abgewälzt werden, falls die Überprüfung ein für ihn negatives Resultat ergibt. Zusätzlich wird der Anwender in einem solchen Fall verpflichtet, dem Agenten innert einer bestimmten (kurzen) Frist eine aktuelle, funktionierende Version des Produktpakets zu übergeben.

Herausgabegründe und Herausgabe: Die Festlegung der Herausgabegründe und das Herausgabeverfahren sind zentrale Punkte eines Escrow-Vertrags. Sie sind

unmissverständlich und abschliessend zu definieren. Im Folgenden eine kleine Auswahl möglicher Herausgabegründen:

- Über das Vermögen des Software-Entwicklers ist das Konkurs- oder Nachlassverfahren rechtskräftig eröffnet oder die Eröffnung mangels Aktiven abgelehnt worden.
- Der Softwareentwickler erfüllt seine sich aus dem Lizenzvertrag ergebenden (Softwarepflege-)Verpflichtungen wiederholt und trotz Abmahnung nicht, und zwar solcherart, dass seine Nichterfüllung die vertraglich vorgesehene Weiternutzung der Software gefährdet.
- Der Software-Entwickler stellt seine Geschäftstätigkeit ein, ohne seine Verpflichtungen aus dem Lizenzvertrag und dem vorliegenden Vertrag rechtsgültig auf einen Dritten zu übertragen.

Weitere, besonders zu regelnde Situationen und Punkte sind:

- Transparentes und faires Herausgabeverfahren (begründetes Herausgabebeglehen, Information des Software-Entwickler durch den Escrow Agenten, Möglichkeit der begründeten Einwände gegen die verlangte Auslieferung innerhalb einer zu bestimmenden, kurzen Frist und allenfalls Entscheid durch ein Schiedsgericht).¹
- Pflicht zur Lieferung von Aktualisierungen (Übergabe der vereinbarten Updates und der aktualisierten Dokumentation an den Escrow Agenten innerhalb einer kurzen Frist nach Belieferung des Anwenders).
- Rechtseinräumung im Herausgabefall (Einräumung des nicht ausschliesslichen Rechts, den Sourcecode und die Dokumentation zu bearbeiten, so weit dies zur zum Fortfahren des Betriebes notwendig ist, z.B. Recht zur Änderung des Quellcodes zum Zweck der Fehlerbehebung).
- Verpflichtung zur vertragsgemässen Nutzung durch den Anwender nach der Herausgabe (ausschliesslich zu den im Lizenzvertrag festgelegten Zwecken; Verbot jeder kommerziellen Verwertung ausserhalb des Lizenzvertrags usw.)
- Geheimhaltung des Sourcecodes (Verpflichtung des Escrow Agenten und des Anwenders im Falle der Herausgabe des Codes).
- Rechte Dritter an der Software (Wahrung der Rechte Dritter; der Software-Entwickler hat seine Vertragspartner von allen Ansprüchen Dritter freizustellen)
- die Kündigung des Escrows durch den Entwickler (wem wird das Produktpaket ausgeliefert?).²
- der Auslandsbezug (falls Entwickler oder Anwender Sitz im Ausland hat; anwendbares Recht und Gerichtsstand).

Ihr Ansprechpartner für escrow-Dienstleistungen von Weblaw:

Mathias Kummer, Master of Law, PPM
E-Mail mathias.kummer@weblaw.ch
Fon 031 380 57 77

¹ Falls über das Vermögen des Software-Entwicklers das Konkurs- oder Nachlassverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Aktiven abgelehnt wurde und der Anwender deshalb die Auslieferung verlangt, sollte keine Einredemöglichkeit bestehen. Dasselbe gilt, wenn der Software-Entwickler von sich aus erklärt, dass er die Softwarepflege einstellt.

² Es soll nicht möglich sein, dass der Software-Entwickler durch seine Kündigung das Produktpaket dem Anwender vorenthalten kann.