

Der Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers - eine unendliche Geschichte?

Von Ref. iur. **Nick Marquardt**, Halle/Saale*

Iphone, ipad oder die neue Applewatch, viele kennen die Produkte des Technologiegiganten Apple. Manche campieren tagelang vor Applestores, um die allerneuesten Produkte zu ergattern. Der angebissene Apfel hat längst weltweiten Kultstatus. Allein die Marke „Apple“ hat einen geschätzten Wert von 246,99 Milliarden US-Dollar.¹ Ein Recht, das Logo oder den Namen zu verwenden, ist enorm wertvoll. Gleiches gilt für die vielen anderen gewerblichen Schutzrechte wie beispielsweise Patente, Urheberrechte oder Gebrauchsmuster. Nutzungsrechte daran können dem Vertragspartner mithilfe von Lizenzverträgen eingeräumt werden. Fast jeder hat schon mal eine Lizenzvereinbarung bei der Softwareinstallation akzeptiert. Lizenzverträge werden aber nicht nur zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen, sondern in größerem Umfang zwischen Unternehmern. Mitunter müssen diese hohe Kosten in Kauf nehmen, um ihr Nutzungsrecht gewinnbringend einzusetzen. Man denke beispielsweise an einen Textilhändler, der allein auf den Verkauf von Apple T-Shirts spezialisiert ist oder an Pharmaunternehmen, die viel Geld in die Zulassung eines Medikamentes stecken müssen. Deren Investitionen lohnen nur, solange sie das Schutzrecht nutzen dürfen. Riskanter wird ihre Rechtsstellung in der Insolvenz des Lizenzgebers. Die teilweise komplexen Probleme sind seit der Einführung der neuen Insolvenzordnung im Jahre 1999 Kern zahlreicher Diskussionen gewesen und bis heute kaum befriedigend gelöst.

I. Einführung - Lizenzverträge in der Systematik des Schuldrechts

Bevor man sich den Problemen von Lizenzverträgen im Insolvenzverfahren nähern kann, muss deren Rechtsnatur außerhalb eines Insolvenzverfahrens geklärt sein.

Umstritten ist schon, welchem Typenvertrag Lizenzverträge zuzuordnen sind. Die h.M. sieht den Lizenzvertrag als einen Vertrag sui generis, weil er sich keinem gesetzlichen Vertragstypus zuordnen lässt und nur bruchstückhaft geregelt ist.² Inhaltlich ist mit dieser Bezeichnung nichts gewonnen, denn letztlich kommt es allein auf die Ausgestaltung des Lizenzvertrages an. Meist kann man darin miet-, pacht-, kauf- oder gesellschaftsvertragliche Elemente wiederfinden. Der Begriff Lizenzvertrag ist eher ein Oberbegriff für eine Reihe unterschiedlich ausgestalteter, atypischer oder typengemischter Verträge, denen die Einräumung eines Lizenzrechts ge-

meinsam ist.³ Der Lizenzvertrag muss dann anhand des allgemeinen Schuldrechts beurteilt werden. Ähnlichkeiten zu gesetzlichen Typenverträgen muss mit der Anwendung der entsprechenden Vorschriften Rechnung getragen werden. Häufig werden Lizenzverträge der Rechtspacht gem. § 581 BGB ähneln, soweit keine abweichenden Gestaltungen gewählt wurden; infolgedessen sind sie meist Dauerschuldverhältnisse.⁴

II. Die Rechtsnatur von Lizenzrechten

Nachdem nun die Struktur eines Lizenzvertrages bekannt ist, muss geklärt werden, welchen Charakter die jeweiligen Nutzungsrechte haben. Das ist die Grundlage einer insolvenzrechtlichen Betrachtung. Umstritten ist nämlich, ob Lizenzrechte dinglichen oder schuldrechtlichen Charakter haben. Dabei muss zwischen zwei Lizenzrechten unterschieden werden.

1. Ausschließliche Lizenzrechte

Ausschließliche Lizenzrechte gewähren dem Lizenznehmer ein umfassendes und autonomes Nutzungsrecht an dem Schutzrecht. Anderen, auch dem Schutzrechtsinhaber gegenüber, hat der Lizenznehmer ein Verbotrecht.

Eine Auffassung sieht in ausschließlichen Lizenzen schuldrechtliche Nutzungsrechte.⁵ Das Schutzrecht beleibt formal beim Lizenzgeber und dieser gestattet nur vertraglich die Ausübung des Rechtes.⁶

Dagegen spricht aber die Tatsache, dass das „vollkommenste dingliche Recht“,⁷ das Eigentum, geprägt ist von einem umfassenden Nutzungs- und Verwertungsrecht sowie der Ausschluss- und Zuweisungsfunktion. Nur das Eigentum gem. § 903 S. 1 BGB kann den Begriff „dinglich“ konkretisieren. Eine allgemeine Definition der „Dinglichkeit“ gibt es nicht. Es handelt sich um einen Rechtsfolgenbegriff.⁸ Alle potentiell dinglichen Rechte müssen bei einer Gesamtschau der Wirkungen in die Nähe des Eigentums rücken. Die einzelnen Schutzrechte gewähren ebenfalls absolute, subjektive Rechte mit umfassenden Verwertungs- und Nutzungsrech-

* Der Autor ist Rechtsreferendar im OLG Bezirk Naumburg. Der Beitrag ist im Rahmen des Schwerpunktstudiums an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg entstanden.

¹ Millward Brown Most Valuable Global Brands 2015, abrufbar im Internet unter http://www.millwardbrown.com/BrandZ/2015/Global/2015_BrandZ_Top100_Report.pdf (1.11.2016).

² BGHZ 2, 331 (335); 26, 7 (9); Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, Kommentar zum MarkG, 3. Aufl. 2010, § 30 Rn. 52; Engels, Patent-, Marken- und Urheberrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 1499.

³ Vgl. zur Terminologie „typengemischt - aypisch“ Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 311 Rn. 24.

⁴ BGH NJW-RR 1991, 1266 (1267); Osterrieth, Patentrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 689 ff.

⁵ Sosnitza, in: Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, 2005, S. 183 (191); vgl. Hacker, in: Ströbele/Hacker, Kommentar zum MarkG, 10. Aufl. 2012, § 30 Rn. 25.

⁶ Vgl. Sosnitza (Fn. 5), S. 191.

⁷ Baur/Stürner, in: Baur/Stürner, Kommentar zum Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 3 Rn. 23.

⁸ Berger, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 5.

ten.⁹ Sie sind zwar als Immaterialgüterrechte keine Sachen und daher nicht per definitionem Gegenstand dinglicher Rechte. Dennoch sind sie mit dem Sacheigentum vergleichbar, weil sie die gleichen Wirkungen erzeugen.¹⁰ Wird nun der Hauptbestandteil des Immaterialgüterrechts auf einen Lizenznehmer abgespalten, hat dieser die Rechtsnatur des Stammrechts. Dieses wirkt dinglich, sodass für ein ausschließliches Nutzungsrecht nichts anderes gelten kann. Lizenzgebern verbleibt nur die formale Hülle des Rechtes.¹¹ Es ist daher gerechtfertigt, der ausschließlichen Lizenz dingliche Wirkung zu attestieren.

2. Einfache Lizenzrechte

Bei der einfachen Lizenz gestattet der Lizenzgeber dem Lizenznehmer nur die Benutzung des Schutzrechtes. Der Lizenzgeber kann aber weitere Lizenzen vergeben und sie selbst nutzen. Der Lizenznehmer hat kein eigenes Verbotrecht gegenüber Dritten.¹²

Bezüglich der Frage nach der Rechtsnatur der einfachen Lizenz, misst eine Auffassung dieser dinglichen Charakter bei.¹³ Begründet wird das mit der Wirkung der einfachen Lizenz, denn diese gewährt nicht nur im Verhältnis zum Vertragspartner ein Nutzungsrecht, sondern auch gegenüber jedermann.¹⁴ Ein weiterer Erwerber einer Lizenz kann die Nutzung durch den ersten Lizenznehmer nicht untersagen. Nicht einmal der gutgläubige Erwerb eines Dritten lässt die einfache Lizenz entfallen.¹⁵ Ferner werden die jeweiligen Sukzessionsschutzvorschriften (§ 15 Abs. 3 PatG, § 30 Abs. 5 MarkG, § 22 Abs. 3 GebrMG) zur Begründung herangezogen, wonach eine spätere Lizenzerteilung an demselben Schutzrecht nicht die Rechte des ersten Lizenznehmers berührt.¹⁶

Trotzdem kann dieser Konzeption nicht gefolgt werden, weil bei der Einräumung einer einfachen Lizenz nicht die absolute Herrschaftsbefugnis an dem Schutzrecht abgegeben wird. Der Lizenzgeber verpflichtete sich nur vertraglich einen Anteil am Nutzungsrecht zu gewähren. Im Kontrast dazu wird bei der ausschließlichen Lizenz inhaltlich die gesamte Herrschaftsbefugnis abgegeben. Dass bei der einfachen Lizenz eine Privilegierung des Vertragspartners auch gegenüber Dritten entsteht, hat seinen Grund in der Relativität der Schuldverhältnisse, taugt aber nicht zur Begründung einer dinglichen Wirkung. Vertragspartner räumen einander meist

Rechte und Pflichten ein, von denen Dritte ausgeschlossen sind. Knüpft man zur Bestimmung der Dinglichkeit wieder an § 903 S. 1 BGB an, fehlt es der einfachen Nutzungsbefugnis gerade an der typischen Ausschluss- und Zuweisungsfunktion. Dem Lizenzgeber bleibt mehr als die bloße Hülle des Schutzrechtes. Die Nutzung ist ihm noch immer primär zugewiesen. Will man einen vorsichtigen Vergleich anstellen, so ist die ausschließliche Lizenz eher mit dem Eigentum vergleichbar, wohingegen die einfache Lizenz dem Besitz näher steht.¹⁷

Nichts anderes ergibt sich aus dem Sukzessionsschutz in § 15 Abs. 3 PatG, § 30 Abs. 5 MarkenG § 22 Abs. 3 GebrMG, denn dadurch erhalten die Nutzungsrechte keine dingliche Wirkung, sondern nur der Bestand des vertraglichen Nutzungsrechtes wird geschützt.¹⁸ Hätten diese ex se dingliche Wirkung, wären die Vorschriften des Sukzessionsschutzes überflüssig.¹⁹ Einer gesonderten Anordnung hätte es nicht bedurft. Die undogmatische Formulierung in den jeweiligen Gesetzen: „Die Rechtsübertragung berührt nicht Lizenzen, die Dritten vorher erteilt worden sind“, lässt nicht auf eine dingliche Wirkung schließen. Die Regelung dehnt nur die Wirkung des Vertragsverhältnisses auf zukünftige Erwerber aus.

Auch eine strukturelle Ähnlichkeit des Sukzessionsschutz mit § 566 BGB spricht nicht für eine dingliche Wirkung.²⁰ § 566 BGB vermittelt keine „Dinglichkeit“, weil der Schutz des Mieters nur Folge einer allgemeinen Wertung ist. Danach verdient ein besitzloser Erwerber weniger umfassenden Schutz als ein Erwerber mit unmittelbarem Besitz.²¹ Zudem wird der Schutz des Mieters durch einen Vertragsübergang erreicht und nicht durch ein dingliches Recht.²² Folglich lässt sich aus § 566 BGB ebenfalls kein Argument dafür entnehmen, dass Sukzessionsschutzvorschriften dingliche Wirkung vermitteln. Somit hat die einfache Lizenz keine dingliche Wirkung, sondern ist ein schuldrechtliches Nutzungsrecht.²³

III. Auswirkungen einer Insolvenz des Lizenzgebers

1. Das Lizenzrecht als Aussonderungsrecht

Um herauszufinden, wie sich die Insolvenz auf die Lizenzrechte auswirkt, muss vorrangig im Wege der Massebereinigung geklärt werden, ob an Lizenzrechten gem. § 47 InsO ein Aussonderungsrecht zugunsten des Lizenznehmers besteht. Existiert ein solches, kommt es auf eine mögliche Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gem. § 103 Abs. 2 InsO

⁹ Engels (Fn. 2), Rn. 13; Kraßer, Patentrecht, 6. Aufl. 2009, § 2 I.

¹⁰ Berger (Fn. 8), S. 12; Bacher/Mellulis, in: Benkard, Kommentar zum Patentgesetz, 10. Aufl. 2006, § 1 PatG Rn. 2c.

¹¹ H.M. RGZ 57, 38 (40 f.); BGH GRUR 2005, 48 (50); Wimmer, ZIP 2012, 545 (549); Ganter, NZI 2011, 833 (834).

¹² Zum ganzen Schrickler, Kommentar zum Verlagsrecht, 3. Aufl. 2001, § 28 Rn. 23 ff.; Engels (Fn. 2), Rn. 1502.

¹³ BGH GRUR 2009, 946 Rn. 20; v. Frenz/Masch, ZIP 2012, 1245 (1246 f.).

¹⁴ v. Frenz/Masch, ZIP 2012, 1245 (1246 f.).

¹⁵ v. Frenz/Masch, ZIP 2012, 1245 (1246 f.).

¹⁶ v. Frenz/Masch, ZIP 2011, 1245 (1247); BGHZ 180, 344 (345 f.).

¹⁷ So schon Schramm, Grundlagenforschung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes, 1954, S. 85.

¹⁸ Ganter, NZI 2011, 833 (835).

¹⁹ Ganter, NZI 2011, 833 (835).

²⁰ v. Frenz/Masch, ZIP 2011, 1245 (1247); Vgl. Berger (Fn. 8), S. 6.

²¹ H.M. Haißlein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 566 Rn. 2 ff.; Vgl. Canaris, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 1978, S. 371 (373).

²² Vgl. Canaris (Fn. 21), S. 393 f.

²³ Vgl. BGHZ 83, 251; Bausch, NZI 2005, 293 (295).

nicht mehr an. Aussonderungsrechte können sowohl durch dingliche Rechte, als auch durch schuldrechtliche Ansprüche begründet werden.²⁴ Sie gehören nicht zur Insolvenzmasse und ihre Separierung erfolgt gem. § 47 Abs. 2 InsO nach allgemeinen Vorschriften.

a) Ausschließliche Lizenzrechte

Wie bereits oben diskutiert sind ausschließliche Lizenzrechte dinglicher Natur.²⁵ Daraus allein lässt sich noch kein Aussonderungsrecht ableiten, weil beispielsweise auch das Sicherungseigentum, ein dingliches Recht, nur gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt. Eine Differenzierung zwischen Aussonderung, Absonderung und Insolvenzforderung deckt sich nicht zwangsläufig mit den zivilrechtlichen Typen dinglicher Vollrechte, beschränkt dinglicher Rechte und persönlicher Ansprüche.²⁶ Allein die zivilrechtliche Einordnung in eine der genannten Gruppen reicht zur Qualifizierung als Aus- oder Absonderungsrecht im Insolvenzverfahren nicht aus. Entscheidend sind die haftungsrechtliche Zuordnung und die wirtschaftliche Funktion.²⁷ Trotzdem wird die zivilrechtliche Einordnung als dinglich wirkendes Recht keineswegs überflüssig; ihr kommt zumindest Indizwirkung für die haftungsrechtliche Zuordnung zu.²⁸ Demzufolge liegt es nahe, dass ausschließliche Lizenzen ein Aussonderungsrecht begründen.

Die haftungsrechtliche Betrachtung sowie die wirtschaftliche Funktion bestätigen diese Vermutung. Das ausschließliche Lizenzrecht ist eine verselbstständigte Vermögensabspaltung des Vollrechts.²⁹ Sie ist dem Vermögen des Lizenznehmers bereits vor der Insolvenz vollständig zugeordnet und dem des Lizenzgebers vollständig entzogen. Ihre Funktion ist es alle anderen, auch den Lizenzgeber selbst, von der Nutzung auszuschließen. Ihr kommt dabei auch keine bloße Kreditsicherungsfunktion zu, wie sie den Absonderungsrechten eigen ist. Bei wirtschaftlicher Betrachtung stellt man fest, dass der Lizenznehmer allein den Wert des Schutzrechtes in seinem Vermögen hat. Der Lizenzgeber hat nur die leere Hülle des Rechts.³⁰ Wieso die Eröffnung des Insolvenzverfahrens diese Zuordnung vollständig umkehren soll, ist nicht erklärbar. Die Masse würde ohne Rechtsgrund gesteigert. Die Gläubiger bekämen einen Vermögenswert, der nach Abschluss des Lizenzvertrages aus dem Vermögen des Lizenzgebers ausgeschieden war. Sie erhalten mehr, als der Lizenzgeber hatte. Eine solche Umverteilung soll die Insolvenz

nicht bewirken.³¹ Demzufolge kann der ausschließliche Lizenznehmer die Aussonderung beanspruchen.

b) Einfache Lizenzrechte

Größere Schwierigkeiten treten bei der einfachen Lizenz auf. Auch hier wird dafür plädiert, dass einfache Lizenzen ein Aussonderungsrecht gewähren.³² Begründet wird das mit der dinglichen Wirkung der einfachen Lizenz. Dass die einfache Lizenz nur schuldrechtlicher Natur ist, wurde bereits zuvor ausgeführt.³³ Erst recht verfehlt ist es die dingliche Wirkung mit einem besonderen Schutzbedürfnis in der Insolvenz zu begründen.³⁴ Damit setzt man bereits voraus, was gerade noch zu beweisen wäre. Die Dinglichkeit ist ja ein Argument für die Schutzbedürftigkeit in der Insolvenz; nicht umgekehrt. Dieser (falschen) Logik folgend sind alle Rechte dinglicher Natur, wenn in der Insolvenz ein Schutzbedürfnis besteht. Das ist zweifelhaft, weil man logisch nicht zwingend vom speziellen Insolvenzrecht auf das allgemeine Zivilrecht induzieren kann.³⁵

Unabhängig davon begründet allein der dingliche Charakter der Lizenz kein Aussonderungsrecht. Also selbst wenn man der einfachen Lizenz dingliche Wirkung zusprechen wollte, käme es noch auf die wirtschaftliche Funktion und die haftungsrechtliche Zuordnung an.

Das ausschließliche Nutzungsrecht des Lizenzgebers geht bei der einfachen Lizenz nicht auf den Lizenznehmer über. Der Lizenzgeber kann eine Vielzahl weitere Lizenzen an demselben Schutzrecht vergeben, ohne dass der erste Lizenznehmer dies verhindern kann. Der wirtschaftliche Kern des Schutzrechtes verbleibt also beim Lizenzgeber. Es ist zwar zutreffend, dass auch der einfache Lizenznehmer sein Nutzungsrecht gegenüber Dritten nicht mehr verlieren kann.³⁶ Diese Wirkung folgt aber aus der Relativität aller Schuldverhältnisse. Vertragliche Nutzungsrechte wirken inter partes, zugleich schließen sie regelmäßig Dritte von der Vertragswirkung aus.

Es wird noch darauf hingewiesen, dass die Ablehnung eines Aussonderungsrechtes nicht nur mit der fehlenden Ausschließlichkeitsgewähr zu begründen ist, weil Miteigentum ja auch aussonderungsfähig sei.³⁷ Der Vergleich mit dem Miteigentum ist aber schon deshalb wenig aussagekräftig, weil jeder Miteigentümer gem. § 1011 BGB im Außenverhältnis wie ein Alleineigentümer behandelt wird und gegenüber Dritten die Aussonderung verlangen kann.³⁸ Miteigentum hat

²⁴ Reischl, *Insolvenzrecht*, 3. Aufl. 2014, § 6 Rn. 281; Ganter, in: *Münchener Kommentar zur InsO*, 3. Aufl. 2013, § 47 Rn. 340.

²⁵ Vgl. B. I.

²⁶ Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 11.04 f.

²⁷ Reischl (Fn. 24), § 6 Rn. 288; Häsemeyer (Fn. 26), Rn. 11.04 f.

²⁸ BGHZ 155, 227 (233); Vgl. Becker, *Insolvenzrecht*, 3. Aufl. 2010, § 22 Rn. 970; umfassender Hirte/Knof, *JZ* 2011, 889 (895).

²⁹ Vgl. Baur/Stürner (Fn. 7), § 60 Rn. 2 f.

³⁰ Wimmer, *ZIP* 2012, 545 (549).

³¹ Hirte/Knof, *JZ* 2011, 889 (897).

³² v. Frentz/Masch, *ZIP* 2011, 1245 (1249); Wallner, *NZI* 2002, 70 (79).

³³ Vgl. B. II.

³⁴ Wallner, *NZI* 2002, 70 (79).

³⁵ Vgl. zur Induktion Joerden, *Logik im Recht*, 2010, S. 341 f.

³⁶ v. Frentz/Masch, *ZIP* 2011, 1245 (1249).

³⁷ Ganter, *NZI* 2011, 833 (834).

³⁸ Brinkmann, in: Uhlenbruck, *Kommentar zur InsO*, 14. Aufl. 2015, § 47 Rn. 12; Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 1011 Rn. 1.

also nur im Innenverhältnis keine Ausschließlichkeitsfunktion. Trotzdem existiert sie gegenüber Dritten. Bei der einfachen Lizenz besteht keine Möglichkeit für den Lizenznehmer, Dritte von der Nutzung auszuschließen. Das obliegt allein dem Lizenzgeber. Demnach trägt die fehlende Ausschließlichkeit durchaus gegen die Anerkennung eines Aussonderungsrechtes.

Letztlich sprechen noch die verschiedenen Entwürfe zur Einführung eines § 108a InsO gegen ein Aussonderungsrecht.³⁹ Wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass einfache Lizenzrechte ein Aussonderungsrecht begründen, dann wären Reformüberlegungen zur insolvenzfesten Ausgestaltung von einfachen Lizenzen ohnehin überflüssig. Davon ging weder der Referentenentwurf noch der Regierungsentwurf aus.⁴⁰ Deshalb fanden sich in beiden Vorschlägen aus den Jahren 2007 und 2012 Regelungen zur insolvenzfesten Ausgestaltung.⁴¹ Der Gesetzgeber selbst hält die einfache Lizenz also nicht für aussonderbar. Somit gewährt die einfache Lizenz kein Aussonderungsrecht. Ihr Fortbestand hängt vom Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO ab.

2. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO

Kann der Lizenznehmer kein Aussonderungsrecht für sich beanspruchen, so hängt das Schicksal der einfachen Lizenz allein vom Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO ab.

a) Voraussetzungen von § 103 Abs. 1 InsO

Lizenzverträge sind Dauerschuldverhältnisse und gegenseitige Verträge im Sinne von § 103 Abs. 1 InsO.⁴² Weiterhin setzt § 103 Abs. 1 InsO voraus, dass der Vertrag nicht oder nicht vollständig erfüllt wurde. Teilweise wird angenommen, dass der Lizenzvertrag bereits mit der Einräumung des Nutzungsrechtes vollständig erfüllt sei.⁴³ Dann unterfiele der Lizenzvertrag nicht dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Diese Auffassung mag zutreffen, wenn im Lizenzvertrag vorrangig kaufvertragliche Elemente überwiegen und tatsächlich eine Übertragung des Schutzrechtes stattfinden sollte. Sie ist aber nicht generell auf einfache Lizenzen übertragbar.

Die Leistung muss zur vollständigen Erfüllung gem. § 362 ff. BGB bewirkt sein.⁴⁴ Bewirkt ist eine Leistung, wenn der Leistungserfolg eingetreten ist.⁴⁵ Bei Dauerschuldverhältnissen erlischt die zu erbringende Gesamtleistung nach

und nach durch Teilerfüllung.⁴⁶ Lizenzen sind in der Regel gerade nicht endgültige Übertragungen, sondern nur zeitlich begrenzte Nutzungsrechte.⁴⁷ Solange noch Teilleistungen zu erbringen sind, ist daher eine vollständige Erfüllung ausgeschlossen.

Außerdem passt es nicht in das Regelungssystem der Insolvenzordnung, wenn man bei Dauerschuldverhältnissen eine vollständige Erfüllung bereits mit der Einräumung des Nutzungsrechtes annimmt. § 108 InsO wäre als Ausnahme überflüssig, weil der Vermieter mit Einräumung der Mietsache bereits vollständig erfüllt hätte.⁴⁸ Warum sollte das Gesetz das Fortbestehen des Mietverhältnisses besonders anordnen, wenn es doch ohnehin nicht vom Wahlrecht erfasst wird? § 108 InsO wäre dann ohne Anwendungsbereich. Auch ein Blick auf die verbleibenden Pflichten des Lizenzgebers zeigt, dass von einer vollständigen Erfüllung keine Rede sein kann. Der Lizenzgeber bleibt zur Verteidigung und Erhaltung des Schutzrechtes verpflichtet.⁴⁹ Woraus sich diese Pflichten ergeben sollen, wenn der Vertrag schon vollständig erfüllt ist, scheint schwer erklärbar.

b) Der Insolvenzverwalter wählt Erfüllung gem. § 103 Abs. 1 InsO

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Lizenzvertrages ergeben sich keine rechtlichen Schwierigkeiten. Er kann die einfache Lizenz weiterhin nutzen, muss aber die Lizenzgebühr an die Masse zahlen. Der Insolvenzverwalter muss seine Pflichten, wie beispielsweise die Erhaltung und Verteidigung des Schutzrechtes,⁵⁰ gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO aus der Masse erfüllen.

c) Die Nichterfüllungswahl gem. § 103 Abs. 2 InsO

Die Nichterfüllungswahl birgt hohe Risiken für den Lizenznehmer. Die jeweiligen Ansprüche sind für die Dauer des Insolvenzverfahrens nicht durchsetzbar.⁵¹ Der Lizenznehmer ist auf die Anmeldung seiner Forderung gem. §§ 174, 38 InsO zur Tabelle verwiesen.⁵² Mit der Anmeldung wandelt sich die ursprüngliche Forderung in eine „Forderung wegen Nichterfüllung“ im Sinne von § 103 Abs. 2 S. 2 InsO.⁵³ Diese wird dann quotal in Höhe seines Erfüllungsinteresses befriedigt. Für den Lizenznehmer kann das den finanziellen Ruin zur Folge haben, denn er erhält eine meist wertlose Insol-

³⁹ De Vries, ZUM 2007, 898 (900); Berger, GRUR 2013, 321 f.

⁴⁰ De Vries, ZUM 2007, 898 (900); Berger, GRUR 2013, 321 f.

⁴¹ De Vries, ZUM 2007, 898 (900); Berger, GRUR 2013, 321 f.

⁴² BGH NZI 2006, 229 (230 m.w.N.).

⁴³ OLG München GRUR 2013, 1125 (1132).

⁴⁴ Flöther/Wehner, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Fachanwaltskommentar zum Insolvenzrecht, 1. Aufl. 2012, § 103 Rn. 16.

⁴⁵ BGH NJW 2009, 1085 (1086); Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 362 Rn. 2.

⁴⁶ Fezer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 362 Rn. 27.

⁴⁷ McGuire, GRUR 2013, 1125 (1133); vgl. A. II.

⁴⁸ Berger, GRUR 2013, 321 (325).

⁴⁹ Vgl. umfassend zu den Pflichten McGuire, Die Lizenz, 2012, S. 713; Groß, Der Lizenzvertrag, 9. Aufl. 2007, S. 117 ff.

⁵⁰ Vgl. McGuire (Fn. 49), S. 713; Groß (Fn. 49), S. 117 ff.

⁵¹ Seit BGH NZI 2002, 375 (376); BGH NZI 2006, 229 (231); vgl. „Erlöschentheorie“ BGH NJW 1977, 1345 f.

⁵² Kreft, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 103 Rn. 22 f.; Reischl (Fn. 24), § 8 Rn. 520.

⁵³ Flöther/Wehner (Fn. 44), § 103 Rn. 50; Marotzke, Gegenseitige Verträge, 3. Aufl. 2001, Rn. 5.64 ff.

venzforderung und verliert sein Nutzungsrecht.⁵⁴ Die ökonomische Bedeutung dieses Nutzungsrecht ist im modernen Wirtschaftsverkehr enorm, zumal Lizenznehmer zur Nutzung bereits erhebliche Vorleistungen tätigen. Es kann beispielsweise Kosten von bis zu zwei Milliarden Euro verursachen, ein Medikament von der Entwicklung bis zur Marktreife zu bringen.⁵⁵ Daher wurde dieses Ergebnis seit je her zurecht als unbillig empfunden.⁵⁶

Die eigentliche Gretchenfrage ist daher: Wie kann der Lizenznehmer im Einklang mit dem Recht vor den Folgen der Nichterfüllungswahl geschützt werden?

3. Zwischenfazit

Bisher wurden zwei Lösungsansätze aufgezeigt. Zum einen wurde vorgeschlagen, dass die einfache Lizenz ein Aussonderungsrecht begründet. Zum anderen nahm das OLG München eine vollständige Erfüllung des Vertrages an. Beide Ansätze konnten nicht vollständig überzeugen.

Die Frage ist brisant, weil es jedenfalls keine hinreichend bestimmte höchstrichterliche Rechtsprechung gibt.⁵⁷ Der Gesetzgeber vermeidet seit mehreren Jahren die Einführung eines § 108a InsO.⁵⁸ Auch der neueste Regierungsentwurf enthält dazu keine Regelung.⁵⁹

4. Die analoge Anwendung von § 108 Abs. 1 S. 1 und 2 InsO

Eine weitere Lösungsmöglichkeit wurde von Fezer vorgeschlagen. Er hält § 108 Abs. 1 InsO für analog anwendbar.⁶⁰ Demzufolge würden Lizenzverträge auf die Insolvenzmasse übergeleitet und wären insolvenzfest. Bereits die Vorgängerregelung § 21 Abs. 1 KO sorgte dafür, dass Lizenzrechte insolvenzfest sind und der Gesetzgeber wollte daran nichts ändern.⁶¹

Zudem verweist er auf die Interessenlage der Parteien des Lizenzverhältnisses sowie auf die Rechtsnatur des Lizenzvertrages als Vertrag *sui generis*.⁶²

Es fällt jedoch schwer, eine planwidrige Regelungslücke nachzuweisen, weil der Gesetzgeber sehr wohl erkannt hat, dass auch Rechte aus dem Anwendungsbereich von § 108 InsO herausfallen.⁶³ Hinzu kommt, dass es mit § 103 Abs. 1 InsO eine Auffangregelung gibt, sofern ein gegenseitiger

Vertrag nicht von § 108 InsO erfasst wird.⁶⁴ Eine „unerwünschte“ allgemeinere Vorschrift anwenden zu müssen, begründet noch keine Regelungslücke.

Jedenfalls scheidet eine Analogie aber an der ungleichen Interessenlage zwischen Miet- und Pachtverträgen gegenüber Lizenzverträgen. Man müsste, wenn man § 108 InsO analog anwenden will, bei Unterstellung einer gleichen Interessenlage auch § 111 InsO analog heranziehen.⁶⁵ Gewährt man einem Erwerber des Schutzrechtes analog § 111 InsO ein Sonderkündigungsrecht, wird aber der bezweckte Schutz des Lizenznehmers wieder aufgehoben.⁶⁶ Es ist nicht erklärbar, warum die Interessenlage bei § 108 InsO gleich sein soll, aber bei § 111 InsO nicht, obwohl beide die gleichen Vertragstypen betreffen. Warum nur § 108 InsO Anwendung finden soll, bedarf zumindest einer Erklärung. Die §§ 103 ff. InsO enthalten ein in sich geschlossenes Regelungssystem. Eine selektive Analogie nach dem Günstigkeitsprinzip ist damit kaum vereinbar.

Außerdem können die Kosten für die Aufrechterhaltung und Verteidigung des Schutzrechtes die Masse vollständig aufzehren und gerade die Risiken bergen, die der Insolvenzverwalter durch die Nichterfüllungswahl vermeiden wollte. Innerhalb dieses Spannungsverhältnisses wäre eine starre Anwendung von § 108 InsO mit all seinen Folgen zu unflexibel. Die Masse könnte von den Kosten aufgezehrt werden. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung aus § 1 Abs. 1 InsO kann nicht pauschal und ohne gesetzliche Anordnung zugunsten der Lizenznehmer zurücktreten.⁶⁷

5. Die Beschränkung von § 103 Abs. 2 InsO durch § 242 BGB

Bisher wenig Beachtung gefunden hat eine Einschränkung der Nichterfüllungswahl über § 242 BGB.⁶⁸ Treu und Glauben ist in seinen Wirkungen nicht auf das Schuldrecht beschränkt.⁶⁹ Richtigerweise nimmt der Insolvenzverwalter zuerst die Interessen der Masse wahr. Trotzdem unterliegt er bei der Ausübung des Wahlrechtes den Grenzen von § 242 BGB.⁷⁰ Das funktionelle Synallagma erlischt nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.⁷¹ Früher hat man gar in § 103 InsO bzw. § 17 KO eine Vorschrift gesehen, die vorrangig dem Schutz des Vertragspartners dient.⁷²

Unbestritten ist, dass jede Einschränkung über § 242 BGB nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen vorzunehmen

⁵⁴ BGH GRUR 2006, 435 (436 f.); Berger, GRUR 2013, 321 (323).

⁵⁵ Vgl. Pharmazeutische Zeitung, abrufbar unter <http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=55217> (1.11.2016).

⁵⁶ Vgl. Wimmer, ZIP 2012, 545 (547); Berger (Fn. 8), S. 41; Fezer, WRP 2004, 799 f.

⁵⁷ Vgl. BGH NZI 2016, 97; zu Recht kritisch Rüter, NZI 2016, 103 (104).

⁵⁸ Vgl. McGuire, GRUR 2012, 657 (664); kritisch: Dengler/Gruson/Spielberger, NZI 2006, 677 (684).

⁵⁹ Vgl. BR-Drs. 495/15.

⁶⁰ Fezer, WRP 2004, 799.

⁶¹ Fezer, WRP 2004, 799.

⁶² Fezer, WRP 2004, 799.

⁶³ BT-Drs. 12/2443, S. 146.

⁶⁴ Berger, GRUR 2013, 321 (326).

⁶⁵ Berger, GRUR 2013, 321 (326).

⁶⁶ Vgl. Fezer, WRP 2004, 799; Köhler/Ludwig, NZI 2007, 79 (81); McGuire, GRUR 2012, 657 (661).

⁶⁷ Anders Köhler/Ludwig, NZI 2007, 79 (81).

⁶⁸ Brandt, NZI 2001, 337 (342); vgl. v. Frenzt/Masch, ZIP 2011, 1245 (1249 f.).

⁶⁹ BGHZ 43, 289 (292); BGH NJW 2008, 3278; LAG Düsseldorf NZI 2014, 183 f.; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 242 Rn. 1132

⁷⁰ RGZ 140, 156 (162); Brandt, NZI 2001, 337 (342).

⁷¹ Reischl (Fn. 24), § 8 Rn. 463; vgl. Schmidt, JuS 2013, 562 f.

⁷² BGH ZIP 1984, 190 (192); BGH 1986, 382 (384).

ist, weil die Erfüllungsablehnung ja nur die bereits kraft Gesetz eingetretene Folge verfestigt.⁷³ Einen solchen Fall kann man wohl nur annehmen, wenn die Nichterfüllungswahl offensichtlich zur Folgeinsolvenz des Lizenznehmers führt. Einen „ökonomischer Supergau“⁷⁴ muss man vermeiden.

In diesen Fällen darf der Insolvenzverwalter nicht leichthin die Erfüllung ablehnen. Heute wird § 103 InsO zwar vorwiegend als Vorschrift zur Massemehrung verstanden.⁷⁵ Das kann aber nicht so weit gehen, dass jegliches Vertrauen des Lizenznehmers auf den Bestand der Lizenz negiert wird. Schon deshalb muss der Insolvenzverwalter bei der Nichterfüllungswahl die Interessen des Lizenznehmers ebenso zur Kenntnis nehmen, wie die der Masse. Er muss die Folgen abschätzen und sich gegebenenfalls um einen sachgerechten Interessenausgleich bemühen. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters kann dabei nicht über § 242 BGB insgesamt ausgeschlossen werden. Grundsätzlich ist die Wahlrechtsausübung auch nicht treuwidrig. Es kann aber abgemildert werden, wenn es zu dem untragbaren Ergebnis führt: Existenzvernichtung des Lizenznehmers.

Keinesfalls darf jede Unbilligkeit zur Anwendung von § 242 BGB führen. Sofern im konkreten Einzelfall aber eine derartige Disparität zwischen Lizenznehmer und Insolvenzverwalter besteht, können die Interessen der Gläubiger ausnahmsweise weniger schutzwürdig sein. Das ist eine Folge der atypischen Interessenlage innerhalb von Lizenzverträgen gegenüber anderen Verträgen. Die volkswirtschaftlich sinnvolle Unternehmenserhaltung ist ein übergeordneter Zweck, der zum Teil in § 1 InsO angedeutet wird.⁷⁶ Jedenfalls lässt sich daraus erkennen, dass die Interessen der Gläubiger nicht ausschließlich maßgebend sein sollen.

Eine Korrektur über § 242 BGB darf wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung nur vorgenommen werden, wenn sie durch einen „rechtlichen Notstand“ gerechtfertigt werden kann.⁷⁷ Allein subjektiv rechtspolitisch wünschenswerte Empfindungen reichen nicht aus, sondern es bedarf eines breiten Konsenses innerhalb der Rechtswissenschaft.⁷⁸ Tatsächlich hält die Hoffnung auf ein Einschreiten des Gesetzgebers seit der Einführung der InsO bis heute in der Literatur an.⁷⁹ Einigkeit besteht nur darin, dass die derzeitige Lage unbefriedigend ist und die einfache Lizenz besser geschützt

werden muss.⁸⁰ Nichts anderes zeigen auch die vertraglichen Versuche, die einfache Lizenz insolvenzfest auszugestalten. Der Gesetzgeber hat im Bereich der vermögensrechtlichen Struktur des Immaterialgüterrechts ohnehin Nachholbedarf.⁸¹ Es zeichnet sich zudem ab, dass der Gesetzgeber der Rechtsprechung die Lösung des Problems überlassen will.⁸² Das spricht, obgleich keinesfalls unproblematisch, eher für eine Korrektur über § 242 BGB.

Aus Treu und Glauben könnte dann ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages erwachsen. Die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters wird nicht aufgehoben, sondern bleibt für den Fall, dass keine Anpassung verhandelbar ist, bestehen. Vorteilhaft daran ist, dass den Beteiligten ein erheblicher Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, um den Vertrag anzupassen. Außerdem erhält der Verwalter eine starke Verhandlungsposition gegenüber dem Lizenznehmer, weil diesem die Nichterfüllung droht. Immerhin wird der Lizenznehmer, wenn seine eigene Existenz gefährdet ist, bereit sein, eine wesentlich höhere Lizenzgebühr zu bezahlen. Insoweit kann auch eine unverhältnismäßige Gläubigerbenachteiligung vermieden werden. Zugleich steht § 242 BGB einer unangemessenen Gebührenerhöhung durch den Insolvenzverwalter entgegen. Er darf seine Verhandlungsposition nicht missbrauchen.

Hinzu kommt, dass man so der komplexen Interessenlage eines Lizenzvertrages besser gerecht werden kann, als durch die starre Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung. Der Insolvenzverwalter kann die verbleibenden Nebenpflichten für die Masse auf den Lizenznehmer übertragen. Die wirtschaftlich problematischsten Konstellationen ließen sich so im Einzelfall bewältigen. Von einer Ideallösung, sofern es die gibt, ist das freilich weit entfernt.

IV. Schlussbetrachtung

Ausschließliche Lizenzen begründen Aussonderungsrechte und sind demzufolge „insolvenzfest“. Der Lizenznehmer kann die Lizenz weiter nutzen.

Einfache Lizenzen gewähren kein Aussonderungsrecht. Ebenso bestehen sie nicht analog § 108 Abs. 1 InsO zulasten der Masse fort. Sie fallen regelmäßig auch nicht wegen einer vollständigen Erfüllung aus dem Anwendungsbereich von § 103 Abs. 1 InsO. Bei einfachen Lizenzen kann man nur mit der vorsichtigen Anwendung von § 242 BGB eine immanente Beschränkung von § 103 Abs. 1 InsO, jedenfalls für die existenzvernichtenden Härtefälle, vornehmen. Die zunehmende Bedeutung von gewerblichen Schutzrechten, nicht nur bei Unternehmen wie Apple, erfordert auch auf dem deutschen Markt eine praktikable Lösung und keine unendliche Geschichte.

⁸⁰ *Dengler/Spielberger/Gruson*, NZI 2006, 677; *Berger*, GRUR 2013, 321 (333); *Hauck*, GRUR-Prax 2013, 437; *Dahl/Schmitz*, NZI 2013, 878 (880 f.); *MacGuire*, GRUR 2013, 1125 (1134 f.).

⁸¹ *Berger*, GRUR 2013, 321 (333).

⁸² *Schmoll*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Kommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Medienrecht, 3. Aufl. 2015, Teil 3 Rn. 283.

⁷³ BGH NJW 1986, 1176 (1178); BGH NJW 1986, 2948 (2950); *Wagner*, in: *Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht*, 6. Aufl. 2014, Kap. 6 Rn. 28.; *Marotzke*, in: *Heidelberger Kommentar zur InsO*, 6. Aufl. 2011, § 103 Rn. 46.

⁷⁴ *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (548).

⁷⁵ BGH NZI 2001, 537 (539); BGH NZI 2002, 380 (381).

⁷⁶ Vgl. *Pape*, in: *Uhlenbruck*, Kommentar zur InsO, 14. Aufl. 2015, § 1 Rn. 4.

⁷⁷ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2012, § 16 Rn. 134; *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1984, § 10 S. 138.

⁷⁸ *Medicus/Lorenz* (Fn. 77), § 16 Rn. 153.

⁷⁹ Vgl. *Brandt*, NZI 2001, 337; *Fezer*, WRP 2004, 803; *Dengler/Spielberger/Gruson*, NZI 2006, 677; *Berger*, GRUR 2013, 321 (333); *Hauck*, GRUR-Prax 2013, 437.