David E.F. Slopek, LL.M.*
Düsseldorf

Die Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers – Endlich Rettung in Sicht?

INHALT

A. Einleitung
B. Rechtlicher Hintergrund
I. Anwendbarkeit des § 103 InsO
II. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters
C. Lösungsansätze
I. Analoge Anwendung des § 108 Abs. 1 InsO
1. Meinungsstand
2. Stellungnahme
II. Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO
III. Sicherungsübertragung
1. Rechtliche Konstruktion
2. Stellungnahme
IV. Bestellung eines Pfandrechts
V. Lizenzsicherungsnießbrauch
1. Rechtliche Konstruktion
2. Stellungnahme
VI. Doppeltreuhand
1. Rechtliche Konstruktion
2. Stellungnahme
VII. Lösungsklausel
1. Meinungsstand
2. Stellungnahme
VIII. Außerordentliches Kündigungsrecht
1. Rechtliche Konstruktion
2. Meinungsstand
3. Stellungnahme
D. Fazit

A. Einleitung

Bereits seit mehreren Jahren wird in Rechtsprechung und Literatur mit einigem Eifer nach Möglichkeiten gesucht, Lizenzverträge insolvenzfest auszugestalten. Inzwischen haben ganze Heerscharen an Professoren, Anwälten und Richtern die Diskussion mit unterschiedlichsten Vorschlägen bereichert, so dass man heute angesichts der Vielzahl an Lösungsansätzen vor lauter Bäumen kaum mehr den Wald sieht. Da sich keiner der oftmals im warmen akademischen Stübchen ausgeklügelten oder aus anwaltlichem Argumentationsnotstand geborenen Konstrukte in der rauen Wirklichkeit hat durchsetzen können, machte sich der Gesetzgeber auf die Suche nach einer legislatorischen Lösung. Ein gut gemeinter, aber handwerklich verbesserungswürdiger Vorschlag zur Einführung eines § 108a InsO ist zwischenzeitlich dem Diskontinuitätsprinzip zum Opfer gefallen[1] und es steht in den Sternen, ob die jetzige Regierung das Gesetzgebungsverfahren wiederbeleben wird. Das ist bedauerlich, stellt sich doch gerade angesichts der zuletzt erheblich gestiegenen Zahl an Insolvenzen dringlicher denn je die Frage, wie sich Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers stabilisieren lassen. Doch womöglich ist Rettung in Sicht: Mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 26.3.2009[2] wird neuerdings die Ansicht vertreten, dass es naheliegt, bestimmte Lizenzen „nun schon de lege lata für insolvenzfest zu halten“[3]. Auch andere Stimmen meinen, dass die bisher entwickelten Lösungsansätze gegenüber einer gesetzlichen Regelung eine vorzugswürdige Handhabe des Problems böten.[4] Sollte diese Einschätzung zutreffen, würde der Ruf nach einer gesetzgeberischen Korrektur schlagartig an Momentum verlieren. Der vorliegende Beitrag nimmt dies zum Anlass, die unterschiedlichen Lösungsansätze kritisch zu würdigen und dabei zu prüfen, welche Auswirkung die genannte Entscheidung des BGH auf die hier untersuchte Problematik tatsächlich hat.

B. Rechtlicher Hintergrund

§ 103 Abs. 1 InsO räumt dem Insolvenzverwalter für den Fall, dass ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, ein Wahlrecht dahingehend ein, ob er den Vertrag anstelle des Schuldners erfüllen möchte oder nicht. Das wirft die Frage auf, ob Lizenzverträge von dieser Regelung tatbestandlich überhaupt erfasst werden und – bejahendenfalls – welche rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen sich hieraus ergeben.

I. Anwendbarkeit des § 103 InsO

Der Lizenzvertrag ist als Vertrag sui generis zu qualifizieren, der aber allgemein als rechtspachtähnlicher Vertrag eingeordnet wird.[5] Der Lizenzgeber ist zur Einräumung der Lizenz und der Lizenznehmer im Gegenzug zur Zahlung der vereinbarten Lizenzgebühr verpflichtet. Insofern liegt ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB und also auch i.S.d. § 103 Abs. 1 InsO vor.

Weiterhin setzt § 103 Abs. 1 InsO voraus, dass der gegenseitige Vertrag im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von keiner der beiden Vertragsparteien vollständig erfüllt ist. Hierfür reicht

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Beschäftigter am Lehrstuhl für Schuldrecht und Gewerblichen Rechtsschutz von *Prof. Dr. Busche* an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

1) *Taeger*, NJW 2010, 25, 30.

2) BGHZ 180, 344 = WRP 2009, 1278 (Tz. 20).

3) *Scholz*, GRUR 2009, 1107, 1111.

4) *Mitlehner*, ZIP 2008, 450.

5) Teilweise wird er auch als besondere Form der Rechtspacht eingeordnet, ohne dass damit abweichende praktische Auswirkungen verbunden wären, vgl. *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732, 737.

das Bestehen einer geringen Restleistung aus, wobei kein synallagmatisches Verhältnis der noch ausstehenden Restleistungen notwendig ist.[6] In aller Regel wird man unproblematisch feststellen können, dass der Lizenznehmer als Insolvenzschuldner seine Pflichten noch nicht vollständig erfüllt hat. Die Hauptleistungspflicht des Lizenznehmers besteht in der Zahlung der Lizenzgebühr. Diese ist typischerweise in bestimmten Zeitabschnitten zu entrichten, so dass eine vollständige Erfüllung wegen der regelmäßigen Aktualisierung der Pflicht ausscheidet. Problematisch erscheint allenfalls der Sonderfall, dass keine periodische Zahlungspflicht, sondern die Zahlung einer einmaligen Lizenzgebühr vereinbart und diese im Zeitpunkt der Insolvenz bereits geleistet wurde. Aber auch in diesem Fall wird man meist zu einer nicht vollständigen Erfüllung der vertraglichen Pflichten gelangen. Voraussetzung hierfür ist freilich die Nichterfüllung einer vertraglichen Nebenpflicht, wobei insbesondere an eine Ausübungspflicht[7] für die Dauer des Vertragsverhältnisses zu denken ist.[8]

Die Frage, unter welchen Umständen eine Nichterfüllung von Seiten des Lizenzgebers angenommen werden kann, wird hingegen uneinheitlich beantwortet. Die ganz h.M. ist bisher davon ausgegangen, dass aus der Ähnlichkeit des Lizenzvertrags mit dem Pachtvertrag zu schließen sei, dass der Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet, das die über die einmalige Lizenzeinräumung hinaus andauernde Pflicht des Lizenzgebers zur Nutzungseinräumung begründet.[9] Damit schafft der Lizenzvertrag eine Pflicht auf Seiten des Lizenzgebers, die für die gesamte Dauer des Lizenzvertrags fortbesteht und also auch zum Zeitpunkt einer möglichen, während der Vertragslaufzeit eintretenden Insolvenz des Lizenzgebers noch nicht vollständig erfüllt ist. Insofern muss man mit einigem Erstaunen zur Kenntnis nehmen, wenn der I. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 26.3.2009 en passent ausführt:

„Der Lizenzgeber muss dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht daher nicht während der Dauer des Lizenzverhältnisses fortwährend in seinem Bestand vermitteln (...)“[10]

Bei unbefangener Betrachtungsweise könnte diese kurze Passage der Urteilsbegründung gegen die Annahme einer Dauerleistungspflicht des Lizenzgebers sprechen. Wenn man dann noch bedenkt, dass der Entscheidung attestiert wird, „Konsequenzen weit über die vorliegende Fallgestaltung hinaus [zu] haben, namentlich für die Frage der Insolvenzfestigkeit eingeräumter Nutzungsrechte bei Insolvenz des Lizenzgebers“[11], so stellt sich durchaus die Frage, ob die bisher ganz h.M. noch aufrecht erhalten werden kann. In der Tat war unlängst zu lesen, dass sich der BGH mit dieser Äußerung eindeutig auf die Seite derjenigen geschlagen habe, die vertreten, dass der Lizenzgeber seine Pflicht zur Lizenzeinräumung bereits mit der erstmaligen Lizenzeinräumung vollständig erfüllt habe und § 103 InsO insofern nur noch dann eingreife, wenn den Lizenzgeber nach der Lizenzeinräumung noch Nebenpflichten treffen, die nicht völlig vernachlässigbar sein dürfen.[12] Fallen Lizenzverträge also nach dieser Entscheidung regelmäßig aus dem Anwendungsbereich des § 103 InsO heraus? Wohl kaum! Soweit dieser Schluss in der jüngeren Literatur gezogen wird, muss man konstatieren, dass die hierfür bemühte Argumentation schon in sich widersprüchlich ist. Immerhin wird im gleichen Artikel genau anders herum argumentiert, dass es kaum vorstellbar sei, dass sich der BGH von dem althergebrachten Grundsatz des Lizenzrechts trennen wollte, wonach Lizenzverträge im Gewerblichen Rechtsschutz Dauerschuldverhältnisse darstellen.[13] Bei der Annahme, der BGH wollte mit einem lässigen Federstrich mal so mir nichts, dir nichts den von ihm selbst in ständiger Rechtsprechung[14] vertretenen Dauerleistungscharakter der lizenzrechtlichen Nutzungsüberlassung negieren, war wohl eher der Wunsch, die Unanwendbarkeit des § 103 InsO herzuleiten, Vater des Gedanken. Dies bestätigt sich, wenn man die zitierte Passage im Gesamtkontext der Urteilsbegründung betrachtet, wo es ausdrücklich heißt:

„Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nicht übersehen, dass im Streitfall die Nutzungsrechtsüberlassung Dauerleistungscharakter hat (...)“[15]

Damit kann zunächst festgehalten werden, dass der Lizenzvertrag auch nach der Entscheidung des BGH vom 26.3.2009 regelmäßig[16] als gegenseitiger, von beiden Seiten nicht vollständig erfüllter Vertrag zu qualifizieren ist, mit der Folge, dass § 103 Abs. 1 InsO grundsätzlich Anwendung auf ihn findet.

II. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters

In der Vergangenheit hat der BGH die sog. Erlöschenstheorie vertreten, wonach die Insolvenzeröffnung zwar nicht die Existenz des Rechtsverhältnisses zwischen Gemeinschuldner und seinen Vertragspartnern berührt, wohl aber die wechselseitigen Erfüllungsansprüche untergehen.[17] Diese Linie hat der BGH im Jahr 2002 aufgegeben.[18] Nach der nunmehr vertretenen sog. Suspensivtheorie ist das rechtliche Schicksal des Lizenzvertrages durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr vorgezeichnet; es hängt vielmehr allein davon ab, in welche Richtung der Insolvenzverwalter sein Wahlrecht nach § 103 InsO ausübt.[19] Demnach hat der Insolvenzverwalter die Wahl entweder anstelle des Schuldners den Vertrag zu erfüllen und die Gegenleistung für die Masse einzuziehen (§ 103 Abs. 1 InsO) oder aber er kann Nichterfüllung des Vertrages wählen (§ 103 Abs. 2 InsO).

Die Entscheidung, ob der Insolvenzverwalter Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrages wählt, hat er allein davon abhän-

6) BGHZ 58, 246, 249; *Wallner*, ZIP 2004, 2073, 2076; *Huber*, in: MünchKomm InsO, § 103 Rdn. 123.
7) Hierzu *Stickelbrock*, WM 2004, 549, 557.
8) *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732, 738.
9) Statt vieler: *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732, 738; *Abel*, NZI 2003, 121, 124; *Brandt*, NZI 2001, 337, 340.
10) BGHZ 180, 344 = WRP 2009, 1278 (Tz. 20).
11) *Scholz*, GRUR 2009, 1107, 1111; ähnlich *Reber*, ZUM 2009, 855.
12) *Dieselhorst*, CR 2010, 69, 75.
13) *Dieselhorst*, CR 2010, 69, 73.
14) Vgl. zuletzt BGH, NJW 2006, 915.
15) BGHZ 180, 344 = WRP 2009, 1278 (Tz. 20).
16) Etwas anderes gilt insofern für Lizenzverträge mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag, für die nach dem Willen des Gesetzgebers § 103 InsO gerade keine Anwendung findet, vgl. Begr. zu § 137 RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 152; hierzu *Cepl*, NZI 2000, 357, 358; *Zeising*, KTS 2002, 367, 422 ff.; *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732, 738; *Zeising*, MDP 2001, 240, 248 ff.
17) Vgl. BGHZ 129, 336, 338; BGHZ 135, 25, 26.
18) BGHZ 150, 259, 353; bestätigt durch BGHZ 155, 87, 90.
19) Der Sonderfall des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO soll hier nicht näher behandelt werden.

gig zu machen, welche der beiden Alternativen für die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger vorteilhafter ist. Der Insolvenzverwalter hat sich also für die Variante zu entscheiden, die eine umfassendere Mehrung der Insolvenzmasse bewirkt. Auf das Interesse des Vertragspartners darf der Insolvenzverwalter hingegen keine Rücksicht nehmen. Diese Pflicht wird durch § 60 InsO flankiert. Danach haftet der Insolvenzverwalter allen Beteiligten persönlich auf Schadensersatz, wenn er schuldhaft seine Pflichten, die ihm nach diesem Gesetz obliegen, verletzt.

Natürlich ist des einen Freud des anderen Leid: Optiert der Insolvenzverwalter für die Nichterfüllung des Lizenzvertrages, erlischt nicht nur der schuldrechtliche Lizenzvertrag, sondern auch die Lizenz. Der Insolvenzverwalter kann die an die Insolvenzmasse zurückfallende Lizenz dann anderweitig vergeben, woraus sich für die Masse regelmäßig ein wirtschaftlicher Vorteil ergibt. Für den Lizenznehmer resultieren aus dem Verlust der Lizenz demgegenüber erhebliche Negativauswirkungen. Im schlimmsten Fall entfällt die wirtschaftliche Grundlage seines Geschäftsbetriebs, jedenfalls aber sind bereits geleistete Zahlungen an den Lizenzgeber verloren und die zum Teil umfangreichen Investitionen zur Auswertung der Lizenz erweisen sich schlagartig als wertlos. Und auch der nach § 103 Abs. 2 InsO bestehende Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entpuppt sich wegen der Quotelung der Gläubigeransprüche regelmäßig als wenig werthaltiges Trostpflaster.

C. Lösungsansätze

Die Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzgläubiger kann zu gravierenden und rechtspolitisch schwerlich wünschenswerten Nachteilen des Lizenznehmers führen. Da das Gesetz hierfür bisher keine Handhabe aufweist, haben sich Rechtsprechung und Literatur bemüht, eigene Lösungsansätze zu entwickeln. Noch im Jahre 2004 wurde nicht ganz zu Unrecht bemängelt, dass die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverhältnissen im Schrifttum nur vereinzelt angesprochen wird.[20] Dies wird man heute kaum mehr sagen können, wird mittlerweile doch ein buntes, fast schon unübersichtliches Potpourri an Instrumenten und Konstruktionen diskutiert, mit denen die Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers insolvenzfest ausgestaltet oder doch zumindest stabilisiert werden kann. Die wichtigsten Lösungsansätze[21] sollen nachfolgend erörtert und bewertet werden.

I. Analoge Anwendung des § 108 Abs. 1 InsO

Ein vieldiskutierter Vorschlag, wie die Insolvenzfestigkeit von Lizenzen entgegen der formalen Konzeption der InsO gewährleistet werden kann, geht dahin, § 108 Abs. 1 InsO analog anzuwenden.[22] Die Vorschrift regelt das Fortbestehen bestimmter Schuldverhältnisse im Insolvenzfall und besagt, dass Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume sowie Dienstverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen. Damit werden die genannten Rechtsverhältnisse aus dem Anwendungsbereich des § 103 InsO herausgenommen und dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters entzogen. Der Vorschlag ist nach wie vor diskussionswürdig, insbesondere hat sich der BGH (anders als teilweise angenommen) in seinem Urteil vom 17.11.2005[23] keineswegs ausdrücklich gegen eine analoge Anwendung des § 108 Abs. 1 InsO ausgesprochen.[24]

1. Meinungsstand

Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 108 Abs. 1 InsO wäre zunächst eine planwidrige Regelungslücke. In der Tat verneint die h.M. die Analogiefähigkeit des § 108 Abs. 1 InsO mit Hinweis darauf, dass die Regelung abschließend für Miet- und Pachtverhältnisse über unbewegliche Gegenstände gelte.[25] Nur vereinzelt wird eine planwidrige Regelungslücke sowie die für eine Analogie ebenfalls notwendige vergleichbare Interessenlage bejaht. So wird darauf hingewiesen, dass die Gründe, die nach früherem Recht für die analoge Anwendung des § 21 KO bestanden haben, auch unter Geltung der InsO unverändert fortbestehen.[26] Zudem sei der Lizenznehmer nicht weniger schutzbedürftig, als der Mieter oder Pächter unbeweglicher Gegenstände oder Räume. Aus diesem Grund sei es sachgerecht, den hinter § 103 InsO stehenden Zweck der Massestärkung hinter den Interessen des Lizenznehmers zurücktreten zu lassen.[27]

2. Stellungnahme

Entgegen der h.M. scheitert eine analoge Anwendung des § 108 Abs. 1 InsO noch nicht daran, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Insofern ist eine Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte erhellend. Unter Geltung der KO war für nahezu ein Jahrhundert anerkannt, dass Lizenzverträge unter den analogen Anwendungsbereich des § 21 KO fielen und damit dem in § 17 KO normierten Wahlrecht des Insolvenzverwalters entzogen wurden. Bei der Neuformulierung des Wahlrechts und seiner Ausnahmen durch §§ 103, 108 InsO ging die Absicht des Gesetzgebers keineswegs dahin, an dieser etablierten Behandlung von Lizenzverträgen etwas zu ändern. Tatsächlich wurden die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und überhaupt die Behandlung von Rechten als Vertragsgegenständen an keiner Stelle des Gesetzgebungsprozesses thematisiert. Deshalb spricht vieles für die Annahme, dass das rechtliche Schicksal der Lizenz im Insolvenzfall nicht im Blickfeld des Gesetzgebers war, er den analogen Anwendungsbereich des § 21 KO bei der Formulierung des § 108 InsO vielmehr schlicht übersah.[28]

20) *Fezer*, WRP 2004, 793, 801.
21) Um den Rahmen dieses Artikels nicht zu sprengen, sollen weniger verbreitete Vorschläge, wie etwa die bei *Schleich/Götz*, DZWir 2008, 58, 61 angesprochene Möglichkeit der Übertragung des dem Lizenzvertrag zugrunde liegenden Rechts auf eine Holdinggesellschaft, bei der Betrachtung außen vor bleiben.
22) *Fezer*, WRP 2004, 793, 799 ff.; *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1344 f.; *ders.*, NZI 2007, 79, 81 f.; *Cepl*, NZI 2000, 357, 358.
23) BGH, NJW 2006, 915.
24) So aber *Dahl/Schmitz*, NZI 2007, 626, 627; demgegenüber weisen *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79, 81 zutreffend darauf hin, dass der BGH die analoge Anwendung von § 108 InsO auf Lizenzverträge nicht diskutiert hat; vgl. auch *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1344.
25) *Grützmacher*, CR 2006, 289, *Hombrecher*, WRP 2006, 219; *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 692; *Graef*, ZUM 2006, 104; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, Rdn. 1125.
26) *Fezer*, WRP 2004, 793, 802 f.
27) *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79, 81.
28) So *Fezer*, WRP 2004, 793, 800, 803, der insbesondere bei der exklusiven Markenlizenz für eine insolvenzfeste Ausgestaltung analog § 108 Abs. 1 InsO plädiert; ihm folgend *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79, 81.

Zu beachten ist aber, dass die Interessenlage bei Lizenzvertragsverhältnissen durchaus anders gestrickt ist, als etwa bei einem Mietvertrag über einen unbeweglichen Gegenstand. Insgesamt sind Lizenzverträge regelmäßig komplexer, als die in § 108 Abs. 1 InsO aufgeführten Verträge; oftmals enthalten sie weitere Pflichten des Lizenzgebers, deren Erfüllung im Einzelfall sehr kostspielig sein kann. Zu denken ist hier etwa an eine Pflicht zur Aufrechterhaltung und Verteidigung des Schutzrechts oder aber die Pflicht, gegen etwaige Verletzer vorzugehen. Die unveränderte Aufrechterhaltung des Lizenzvertrags entsprechend § 108 Abs. 1 InsO würde deshalb die Insolvenzmasse nicht nur im Hinblick auf die Lizenz als solche schmälern, sondern überdies zusätzliche Kosten und Risiken begründen.[29] Eine Analogie zu § 108 Abs. 1 InsO scheitert also daran, dass es an einer vergleichbaren Interessenlage mit den dort normierten Rechtsverhältnissen fehlt.

II. Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass jedenfalls die ausschließliche Lizenz dem Lizenznehmer als quasi-dingliches Nutzungsrecht ein absolut wirkendes Schutzrecht einräumt, mit der Folge, dass die Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers nicht zur Insolvenzmasse gehören und dem Lizenznehmer insofern ein Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO zustehen soll.[30] Nachdem dieser Ansatz in der Vergangenheit eher zurückhaltend aufgenommen wurde[31], rückt er seit der Entscheidung des BGH vom 26.3.2009 in den Mittelpunkt des Interesses. Was hat es damit auf sich? § 47 InsO stellt klar, dass derjenige, der auf Grund eines dinglichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, auch kein Insolvenzgläubiger ist. Anders gewendet: Dingliche Rechte sind insolvenzfest. Insofern versteht sich, dass die beiläufige Feststellung des BGH

„Das einfache Nutzungsrecht hat – wie auch das ausschließliche Nutzungsrecht – keinen schuldrechtlichen, sondern dinglichen Charakter."[32]

zu der Annahme verleitet, dass es naheliege, die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte (und womöglich auch Lizenzverträge allgemein) „nun schon de lege lata für insolvenzfest zu halten"[33]. Die Annahme geht jedoch fehl. Man darf nicht vergessen, dass der Begriff „dinglich" im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten ohnehin schwer greifbar und dazu geeignet ist, mehr Verwirrung als Klarheit zu stiften. Auch sollte man im Blick behalten, dass die Entscheidung vom 26.3.2009 gerade nicht die Frage nach der Behandlung der Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers, sondern vielmehr das rechtliche Schicksal von Unterlizenzen beim Wegfall der Hauptlizenz zum Gegenstand hatte. Insofern erscheint es eher fraglich, dass der I. Zivilsenat mit seiner eher beiläufigen Feststellung entgegen der h.M. lizenzvertraglich eingeräumte einfache Nutzungsrechte als dingliche Rechte (auch) i.S.v. § 47 InsO qualifizieren und sie – anders als der IX. Zivilsenat – dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters entziehen wollte.[34]

III. Sicherungsübertragung

1. Rechtliche Konstruktion

Optiert der Insolvenzverwalter für die Nichterfüllung des Lizenzvertrags, begründet dies gem. § 103 Abs. 2 InsO zugleich einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugunsten des Lizenznehmers. Diesem kommt jedoch regelmäßig kein nennenswerter wirtschaftlicher Wert zu. Eine Möglichkeit dem entgegenzuwirken ist, dass sich der Lizenznehmer bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die lizenzierten Rechte übertragen lässt und damit ein insolvenzfestes Sicherungsrecht erwirbt.[35] Dass der zu sichernde Anspruch zukünftig und seine Entstehung ungewiss ist, schadet nicht. Nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln reicht es aus, dass der zukünftige Schadensersatzanspruch hinreichend genau bestimmt ist und seine Entstehung möglich erscheint. Für die Dauer des Lizenzvertrags richtet sich die Nutzungsbefugnis dann nicht nach der formalen Inhaberstellung, sondern allein nach dem Inhalt des Lizenzvertrages. Kommt es zum Insolvenz- und sodann zum Sicherungsfall, so steht dem Lizenznehmer in seiner Eigenschaft als Sicherungsnehmer ein Absonderungsrecht gem. § 51 Nr. 1 InsO zu; er darf das lizenzierte Recht nach § 173 InsO verwerten.[36]

2. Stellungnahme

Unabhängig von der noch zu erörternden Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Sicherungsübertragung, gehen mit ihr zwangsläufig Nachteile einher, die sie gerade auch gegenüber anderen vertraglichen Lösungsansätzen wenig attraktiv erscheinen lässt. Zunächst dürfte die Sicherungsübertragung beim Lizenzgeber auf starke Vorbehalte stoßen.[37] So setzt sie ein gewisses, gerade im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht immer vorhandenes Maß an Vertrauen voraus, immerhin läuft der Lizenzgeber Gefahr, dass der Lizenznehmer entgegen der Sicherungsabrede über das übereignete Recht verfügt.[38] Ferner verliert der Sicherungsgeber die Möglichkeit, das übereignete Recht parallel zur Lizenzierung als Kreditsicherungsmittel oder auf sonstige Weise nutzen zu können.[39] Insofern stellt die Sicherungsübereignung von vorn herein ein wenig attraktives und schwer verhandelbares Instrument zur Lösung der Insolvenzproblematik dar.

Schwerer wiegt jedoch, dass die rechtliche Zulässigkeit dieser Konstruktion zweifelhaft erscheint. Nach § 119 InsO sind Vereinbarungen unwirksam, durch die die Anwendung des in

29) So auch *Bausch*, NZI 2005, 289, 293, der die Möglichkeit einer analogen Anwendung von § 108 Abs. 1 InsO zwar grundsätzlich bejaht, aber verkennt, dass seine Argumentation gegen die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage spricht.
30) *Jaegerl/Henckel*, InsO, 2004, § 47 Rz. 107; *Ganter*, in: MünchKomm InsO, 2. Aufl., § 47 Rz. 339; *Bausch*, NZI 2005, 289, 293 f.; *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79, 82 ff.
31) Vgl. etwa *Dahl/Schmitz*, NZI 2007, 626, 627.
32) BGHZ 180, 344 = WRP 2009, 1278 (Tz. 20).
33) *Scholz*, GRUR 2009, 1107, 1111.
34) So auch *Dieselhorst*, CR 2010, 69, 74 f.
35) Vgl. hierzu *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 220 ff.; *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 831; zum Sonderfall der Sicherungsübertragung an einen Dritten *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 695.
36) *Pöggeler*, WRP 2002, 1241, 1243; a.A. *Häcker*, ZIP 2001, 995, 998; offen *Mc/Guire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 695.
37) *Bausch*, NZI 2005, 289, 291.
38) *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 221; *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 831; *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1346.
39) *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 221; *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1346.

§ 103 InsO vorgesehenen Wahlrechts des Insolvenzverwalters ausgeschlossen oder beschränkt werden. Einer Ansicht nach steht § 119 InsO der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung nicht entgegen.[40] So wird argumentiert, dass der Insolvenzverwalter sein Wahlrecht (formal betrachtet) überhaupt nicht verliere. Zudem sei es unschädlich, dass sich der Lizenznehmer das Ausfallrisiko, das er als Gläubiger des Schadensersatzanspruchs in der Insolvenz des Lizenzgebers als Schuldner trägt, dinglich absichern lässt. Dies entspräche nicht nur allgemein Sinn und Zweck dinglicher Sicherheiten, sondern harmonisiere auch mit insolvenzrechtlichen Grundsätzen, wie sich aus §§ 50 f. InsO ergebe.[41]

Dem wird man so nicht folgen können, vielmehr ist vor dem Hintergrund des § 119 InsO von der Unzulässigkeit der Vereinbarung einer Sicherungsübertragung zur insolvenzfesten Ausgestaltung der Lizenz auszugehen.[42] Dafür spricht, dass bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das Wahlrecht des Verwalters ausgehöhlt wird, da der Lizenznehmer selbst dann, wenn der Verwalter die Nichterfüllung wählt, zur Nutzung des Lizenzgegenstands berechtigt bleibt. Aber auch wenn man sich dieser Ansicht nicht anschließen mag, bestehen in der Praxis diesbezüglich jedenfalls so große Rechtsunsicherheiten, dass auch die Vereinbarung einer Sicherungsübertragung im Hinblick auf die insolvenzfeste Ausgestaltung von Lizenzverträgen keinen sicheren Hafen darstellt. Selbst wenn sich der Lizenzgeber ausnahmsweise auf eine Sicherungsübertragung einlassen sollte, laufen die Vertragsparteien Gefahr, dass die Vereinbarung mit Blick auf § 119 InsO einer gerichtlichen Prüfung nicht standhalten wird. Vor diesem Hintergrund scheidet die Sicherungsübertragung als Lösungsmöglichkeit praktisch aus.

IV. Bestellung eines Pfandrechts

Ein weiterer vertraglicher Ansatz sieht die Bestellung eines Pfandrechts an dem lizenzierten Schutzrecht[43] zur Sicherung des etwaigen Schadensersatzanspruchs des Lizenznehmers aus § 103 Abs. 2 InsO vor.[44] Gegenüber der Sicherungsübertragung hat die Bestellung eines Pfandrechts den Vorteil, dass das Vollrecht beim Lizenzgeber verbleibt, so dass das Pfandrecht regelmäßig leichter verhandelbar sein sollte.[45] Gleichwohl wird man auch hier von nachhaltigen Akzeptanzproblemen auf Seiten des Lizenzgebers ausgehen müssen, schränkt doch auch die Bestellung eines Pfandrechts dessen Verfügungsbefugnis über das Schutzrecht empfindlich ein.[46] Hinzu kommt, dass das Pfandrecht (wie auch die Sicherungsübertragung) nur zur Verwertung zwecks Befriedigung der Schadensersatzforderung ermächtigt, das Interesse des Lizenznehmers aber regelmäßig auf die Nutzung gerichtet ist. Schließlich ist die rechtliche Zulässigkeit des Pfandrechts wie bei der Sicherungsübertragung zu bewerten[47], so dass nach hier vertretener Auffassung die Bestellung eines Pfandrechts gem. § 119 InsO unzulässig ist.[48]

V. Lizenzsicherungsnießbrauch

1. Rechtliche Konstruktion

Auch die Vereinbarung eines sog. Lizenzsicherungsnießbrauchs wird diskutiert.[49] Nach §§ 1068 Abs. 1 BGB kann eine Dienstbarkeit in Form eines Nießbrauchs auch an Rechten bestellt werden, so dass ein Nießbrauch an gewerblichen Schutzrechten grundsätzlich möglich ist.[50] Nach § 1030 i.V.m. 1068 Abs. 2 BGB ist der Nießbraucher berechtigt, die Nutzungen der belasteten Sache zu ziehen, so dass er das belastete Schutzrecht ähnlich wie ein Lizenznehmer nutzen kann. Dabei sieht die Konstruktion des Lizenzsicherungsnießbrauchs vor, dass parallel zur Lizenz ein Nießbrauch an dem ihr zu Grunde liegenden Schutzrecht bestellt wird. Die reguläre Verwertung erfolgt dann zunächst auf Grundlage der Lizenz. In einer (separaten) Sicherungsabrede wird die Wahl der Nichterfüllung gem. § 103 Abs. 2 InsO durch den Insolvenzverwalter als Sicherungsfall definiert. Tritt der Sicherungsfall ein, erlischt gem. § 103 Abs. 2 InsO das obligatorische Recht aus der Lizenz. Die weitere Verwertung kann dann aber auf der dinglichen und insofern insolvenzfesten Grundlage des Lizenzsicherungsnießbrauchs erfolgen. Dies zwingt den Insolvenzverwalter faktisch dazu, Erfüllung zu wählen, da er andernfalls den Anspruch auf die Lizenzgebühren verlieren würde.[51]

2. Stellungnahme

Die Konstruktion des Lizenzsicherungsnießbrauchs soll den Vorteil haben, dass sie, anders als die Vereinbarung der Sicherungsübertragung oder eines Pfandrechts, das vom Lizenznehmer gewünschte Recht zur Nutzung verbrieft.[52] Ob dies ein entscheidender Vorteil ist, mag dahingestellt bleiben.[53] Jedenfalls stellt sich auch hier die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit. Während diese teilweise bejaht wird[54], geht die Gegenansicht mit den besseren Argumenten davon aus, dass hier ebenfalls ein Verstoß gegen § 119 InsO vorliegt.[55] Insofern ist – man ahnt es schon – auch hier beachtlich, dass bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Vereinbarung eines Lizenzsicherungsnießbrauchs das Wahlrecht des Verwalters ausgehöhlt wird, da der Lizenznehmer, wenn der Verwalter Nichterfüllung wählt, zur entgeltlosen Nutzung des Lizenzgegenstands berechtigt bleibt. Und auch hier gilt: Selbst wenn man sich dieser Ansicht nicht anschließen mag, ist die Konstruktion mit ei-

40) *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 221; *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 831; *Huber*, in: MünchKomm InsO, § 119 Rdn. 58.
41) *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 221; *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 831.
42) So auch *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1347, bezogen auf die parallele Problematik beim Lizenzsicherungsnießbrauch.
43) Vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG, der die Möglichkeit der Bestellung eines Pfandrechts für Marken ausdrücklich klarstellt.
44) *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 831; vgl. *Lwowski/Hoes*, WM 1999, 771, 773 f. mit Hinweisen zur vertraglichen Gestaltung.
45) *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 222.
46) *Bausch*, NZI 2005, 289, 291.
47) *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 222.
48) Ablehnend *Plath*, CR 2006, 217, 219.
49) Hierzu eingehend *Berger*, GRUR 2004, 20, 21 ff.
50) So ausdrücklich für Markenrechte § 29 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 MarkenG; vgl. zum Markennießbrauch *Lwowski/Hoes*, WM 1999, 771, 775.
51) *Berger*, GRUR 2002, 20, 22.
52) *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 832 bezogen auf das Pfandrecht.
53) Zweifelnd *Lwowski/Hoes*, WM 1999, 771, 775, wonach die Bestellung eines Nießbrauchs im Vergleich zur Sicherungsübertragung oder Verpfändung keine relevanten Vorteile hat.
54) *Berger*, GRUR 2004, 20, 22; *Plath*, CR 2005, 613, 616.
55) *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 223; *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1347.

nem derart großen Prozessrisiko behaftet, dass sie praktisch keinen gangbaren Weg darstellt.

VI. Doppeltreuhand

1. Rechtliche Konstruktion

Als weitere vertragliche Konstruktion wird die sog. Doppeltreuhand diskutiert.[56] Unter einer Treuhand ist zunächst eine Konstruktion zu verstehen, wonach ein Vermögenswert auf einen Treuhänder übertragen wird. Dieser hat grundsätzlich nur die Interessen des Treugebers zu wahren. Die Doppeltreuhand ist demgegenüber dadurch gekennzeichnet, dass der Treuhänder sowohl die Interessen des Treugebers als auch die eines Dritten zu wahren hat.[57] Das Institut der Doppeltreuhand wird auch vom BGH grundsätzlich als insolvenzfest anerkannt.[58] Aus diesem Grund erscheint es geeignet, die Position des Lizenznehmers in der Insolvenz des Lizenzgebers zu stärken. Dies geschieht, indem der Lizenzgeber dem Lizenznehmer neben der Lizenz eine Option gewährt, im Fall der Insolvenz des Lizenzgebers eine unbefristete dingliche Lizenz zu erwerben. Um die dingliche Lizenz für den Fall der Insolvenz des Lizenzgebers zu sichern, wird sie im Wege eines dreiseitigen Treuhandverhältnisses auf einen Treuhänder übertragen. Kommt es zum Insolvenzfall und wählt der Verwalter Nichterfüllung, soll das dingliche Nutzungsrecht als Sicherheit für den nach § 103 Abs. 2 InsO entstehenden Schadensersatzanspruch des Lizenznehmers dienen.

2. Stellungnahme

Ein entscheidender Vorzug der Doppeltreuhand gegenüber der Sicherungsübertragung liegt zweifelsohne darin, dass der Lizenzgeber den lizenzierten Gegenstand nicht auf den Lizenznehmer übertragen muss, so dass die Doppeltreuhand aus Sicht des Lizenznehmers potentiell leichter verhandelbar ist.[59] Dem stehen aber auch Nachteile gegenüber, die mit der Einbeziehung einer dritten Partei, nämlich dem Treuhänder, zusammenhängen. Die Einbeziehung ist insofern konfliktträchtig, als dass sich die Lizenzvertragsparteien zunächst auf einen für beide Seiten akzeptablen Treuhänder verständigen müssen.[60] Hinzu kommt, dass die Miteinbeziehung eines Treuhänders zwangsläufig zu Folgekosten führt[61], die die Parteien nicht in jedem Fall zu tragen bereit sein werden. Die größte Schwachstelle liegt aber darin, dass die Doppeltreuhand nicht gewährleistet, dass dem Lizenznehmer stets die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit verbleibt.[62] Hierzu wird teilweise die Ansicht vertreten, dass der Lizenznehmer letztlich nur ein Absonderungsrecht besitzt, so dass er aus dem Verwertungserlös in Geld zu befriedigen ist, die Lizenz im Ergebnis also nicht nutzen kann.[63] Aber selbst wenn man dem Lizenznehmer ein Verwertungsrecht gem. § 173 InsO zubilligen möchte[64], was überaus umstritten ist[65], würde dies nicht in jedem Fall gewährleisten, dass der Lizenznehmer die treuhänderisch gehaltene Lizenz selbst erwerben kann. Es gilt nämlich das Gebot bestmöglicher Verwertung, mit der Folge, dass nicht etwa der Lizenznehmer, sondern der Interessent mit dem höchsten Angebot das Lizenzrecht erhält.[66] Unter dem Strich kann die Doppeltreuhand im Einzelfall durchaus das Mittel der Wahl sein, um die Position des Lizenznehmers in der Insolvenz des Lizenzgebers zu stärken, nicht mehr und nicht weniger. Eine umfassende Lösung für die skizzierte Problematik bietet sie nicht, da sie unabhängig von dem Streit darüber, ob dem Lizenznehmer ein Verwertungsrecht zusteht oder nicht, jedenfalls nicht sicherstellen kann, dass der Lizenznehmer die Nutzungsmöglichkeit über den lizenzierten Gegenstand in jedem Fall sicher behalten kann.

VII. Lösungsklausel

Lizenzverträge enthalten in aller Regel sog. Lösungsklauseln.[67] Hierunter sind Vereinbarungen zu verstehen, die an die Insolvenz einer Vertragspartei anknüpfend, die Auflösung des Vertrages ermöglichen.[68] Dies kann in Form eines einseitigen Gestaltungsrechts (Kündigungs- oder Rücktrittsrecht) oder aber in Form einer auflösenden Bedingung erfolgen.

1. Meinungsstand

Heftig umstritten ist, ob eine Lösungsklausel für den Insolvenzfall wirksam, oder aber wegen Verstoß gegen § 119 InsO unwirksam ist. Die Kontroverse hat eine kaum noch überschaubare „Flut von Veröffentlichungen“[69] hervorgebracht, wobei sich zwei Lager gegenüberstehen: Die Befürworter von Lösungsklauseln argumentieren mit der Entstehungsgeschichte der InsO und damit, dass die Streichung des im Regierungsentwurf noch vorgesehenen § 137 Abs. 2 InsO-E[70] dahingehend zu deuten sei, dass § 119 InsO der Wirksamkeit von Lösungsklauseln nicht entgegensteht.[71] Die Gegenansicht verneint dies und betont, dass Lösungsklauseln den von §§ 103, 119 InsO verfolgten Zweck evident vereiteln und dem Insolvenzverwalter die Grundlage für eine Sanierung entziehen.[72]

2. Stellungnahme

Der BGH hat in der Diskussion um die insolvenzrechtliche Zulässigkeit von Lösungsklauseln bisher keine Stellung bezogen. Wie schon in der Vergangenheit, so hat er es auch in seiner Ent-

56) Grundlegend *Bork*, NZI 1999, 337 ff.; ferner *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, Rdn. 1121 ff.; *Berger*, GRUR 2004, 20, 21; *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 222; *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1346 f.; *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 696.
57) BGHZ 109, 47, 52 f.
58) BGHZ 109, 47.
59) *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1346 f.; *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 222.
60) *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1347.
61) *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1347; *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 696.
62) *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 696.
63) *Berger*, GRUR 2004, 20, 21.
64) *Bork*, NZI 1999, 337, 341 f.
65) *Häcker*, ZIP 2001, 995 ff.
66) *Berger*, GRUR 2004, 20, 21.
67) *Schmoll/Hölder*, GRUR 2004, 743, 744; *Zeising*, KTS 2002, 367, 407.
68) Daneben gibt es auch insolvenzunabhängige Lösungsklauseln, die hier jedoch nicht weiter betrachtet werden; vgl. dazu *Huber*, in: MünchKomm InsO, § 119 Rdn. 19 ff.
69) So *Huber*, in: MünchKomm InsO, § 119, Rdn. 119 ff.
70) Die Vorschrift lautete: „Vereinbarungen, die für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Auflösung eines gegenseitigen Vertrages vorsehen oder der anderen Partei das Recht geben, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, sind unwirksam.“
71) *Wortberg*, ZInsO 2003, 1032, 1033; *Huber*, in: MünchKomm InsO, § 119 Rdn. 28 ff., 37 m.w.N.
72) Statt vieler: *Andres*, in: InsO Kommentar, § 119 Rdn. 3; *Abel*, NZI 2003, 121, 128.

scheidung vom 17.11.2005[73] vermieden, auf diese Frage ausdrücklich einzugehen. In der Tat bestand dazu auch kein Anlass, denn die vertraglich vereinbarte Kündigungsbefugnis, um deren Anwendbarkeit es in casu ging, knüpfte nicht an die Insolvenzeröffnung oder die Ausübung des Wahlrechts an, so dass es gerade nicht um Lösungsklauseln im engeren Sinne ging. Dessen ungeachtet wird teilweise die Ansicht vertreten, dass sich aus der Entscheidung vorsichtige Rückschlüsse auf die Zulässigkeit von Lösungsklauseln ziehen lassen. Denn das wohl am häufigsten gegen Lösungsklauseln vorgebrachte Argument der vermeintlichen Aushöhlung des Wahlrechts durch eine insolvenzabhängige Lösungsklausel, soll zumindest teilweise an Überzeugungskraft verlieren, wenn das Wahlrecht nach Ansicht des BGH auch ohne Lösungsklausel durch Vereinbarung eines außerordentlichen Kündigungsrechts zulässigerweise ausgehöhlt werden kann.[74] Aber das Argument geht fehl. Der BGH hat klargestellt, dass § 119 InsO nur dann nicht anwendbar ist, wenn verschiedene Kriterien erfüllt sind. Zu diesen Kriterien gehört zuvorderst, dass die vertragliche Regelung nicht auf das Ziel des Unterlaufens des Wahlrechts ausgerichtet sein darf, wobei der BGH eine solche Ausrichtung vermutet, wenn das Kündigungsrecht an die Insolvenzeröffnung oder die Ausübung des Wahlrechts des § 103 InsO anknüpft. Genau dies ist aber bei Lösungsklauseln der Fall. Schon deswegen besteht in einem für die Praxis nur schwer hinnehmbaren Ausmaß Rechtsunsicherheit – über jeder Lösungsklausel hängt das Damoklesschwert der Unwirksamkeit.

VIII. Außerordentliches Kündigungsrecht

Mit seiner Entscheidung vom 17.11.2005 hat der BGH die Diskussion um das rechtliche Schicksal von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers erneut belebt, indem er eine in einem Softwarelizenzvertrag enthaltene Klausel zur Sicherung des Lizenznehmers als insolvenzfest erachtet hat.[75] Die Klausel lautete:

„Dieser Vertrag kann von jedem Vertragsteil nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist – gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn Tatsachen gegeben sind, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen der Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden kann. Bei Kündigung dieses Vertrags durch die Firma m oder die Firma p gehen die Source-Codes von A (...) auf die Firma p über. Für den Übergang (...) zahlt die Firma p eine einmalige Vergütung in Höhe des Umsatzes der letzten sechs Monate vor Ausspruch der Kündigung.“

1. Rechtliche Konstruktion

Der BGH wertete diese Vereinbarung als aufschiebend bedingte Verfügung über eine künftige Sache bzw. ein künftiges Recht. Es ging also nicht um die Rechte aus einer bereits eingeräumten Lizenz, sondern um den Anspruch auf Einräumung einer neuen Lizenz. Nach Ansicht des BGH stehe der Wirksamkeit dieser Verfügung § 91 Abs. 1 InsO, wonach Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden können, nicht entgegen. Insofern sei nämlich zu beachten, dass der fragliche Gegenstand schon vor Insolvenzeröffnung entstanden und nur die Bedingung danach eingetreten sei. Der Beklagte hat die Rechte demnach nicht aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrags erhalten, sondern aufgrund des dinglichen Rechtsübergangs, der – wenn auch aufschiebend bedingt – bereits vor Insolvenzeröffnung stattgefunden hat.[76] Deshalb könne der Insolvenzverwalter den Rechtsübergang auch nicht mehr verhindern, indem er die Nichterfüllung des zugrunde liegenden Vertrages wählt. Diesem Ergebnis soll insbesondere auch nicht § 119 InsO entgegenstehen, weil die Wahl der Nichterfüllung nicht zum Erlöschen der Ansprüche führe, sondern allenfalls die Durchsetzbarkeit der bestehenden Ansprüche entfallen lasse.[77]

2. Meinungsstand

Das Urteil stieß in der Literatur vereinzelt auf deutliche Ablehnung. Es sieht sich dem Vorwurf ausgesetzt, mit § 119 InsO unvereinbar, praktisch nicht handhabbar und zudem nicht verallgemeinerungsfähig zu sein. Aus diesen Gründen soll die Entscheidung keinen Weg zur insolvenzfesten Ausgestaltung von Lizenzverträgen aufweisen können.[78] Demgegenüber spricht die ganz überwiegende Ansicht dem BGH jedoch zu, mit dieser ersten vorsichtigen Anerkennung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen auf dem richtigen Weg zu sein. Insbesondere wird dem BGH verbreitet zugestimmt, dass § 119 InsO der Wirksamkeit der Klausel nicht entgegensteht. Zwar besteht unter Befürwortern wie unter Kritikern der Entscheidung Einigkeit darüber, dass das Wahlrecht des Insolvenzverwalters de facto unterlaufen wird: Entweder er wählt von sich aus Erfüllung, oder aber er läuft Gefahr, durch die Wahl der Nichterfüllung eine Kündigung durch den Lizenznehmer und damit den Übergang der Nutzungsrechte zu riskieren.[79] Gleichwohl hat sich der BGH mit seiner Rechtsprechung nach verbreiteter Ansicht nicht über § 119 InsO hinweggesetzt, sondern umgekehrt entsprechenden vertraglichen Gestaltungen mit Blick auf § 119 InsO klare Grenzen gesetzt.[80]

3. Stellungnahme

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Immerhin wird § 119 InsO nach der Rechtsprechung des BGH nicht per se, sondern nur dann für unanwendbar erklärt, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens darf die Regelung nicht auf das Ziel des Unterlaufens des Wahlrechts ausgerichtet sein. Der BGH vermutet eine solche Ausrichtung – wohl unwiderleglich[81] – wenn das Kündigungsrecht an die Insolvenzeröffnung anknüpft.

73) BGH, NJW 2006, 195.
74) *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 294 f.
75) BGH, NJW 2006, 915; hierzu *Berger*, CR 2006, 505; *Bärenz*, EWiR 2006, 119; *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79, 80 f.; *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 292 ff.; *Plath/Scherenberg*, CR 2006, 153; *Berger*, NZI 2006, 380; *Grützmacher*, CR 2006, 289; *Höpfner*, NZI 2006, 231.
76) Vgl. bereits BGH, NJW 2006, 915.
77) Im Einzelfall kommt für den Insolvenzverwalter noch die Insolvenzanfechtung als Ausweg in Betracht, vgl. hierzu *Berger*, CR 2006, 505, 510 f.; *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 294.
78) *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79, 80 f.
79) Statt vieler *Plath/Scherenberg*, CR 2006, 153, 154.
80) *Bärenz*, EWiR 2006, 119, 120.
81) Ebd.

Zweitens muss der vertragliche Kündigungsgrund für beide Parteien ein Kündigungsrecht zur Folge haben. Drittens müssen die dinglichen Rechtsfolgen unabhängig davon eintreten, welche Vertragspartei kündigt. Viertens dürfen die vertraglichen Rechtsfolgen einer Kündigung nach Insolvenzeröffnung nicht von denen einer vor Insolvenzeröffnung abweichen. Indem der BGH diese Kriterien aufstellt, begrenzt er den Anwendungsbereich des § 119 InsO sachgerecht, erhöht die Rechtssicherheit und stellt sicher, dass § 119 InsO nicht unverhältnismäßig in die Vertragsfreiheit eingreift.[82] Zwar wird man nicht leugnen können, dass die Rechtsprechung aus Sicht des Insolvenzverwalters und der anderen Insolvenzgläubiger als nachteilig zu bewerten ist. Das Wahlrecht wird geschmälert und die Erfüllungswahl bleibt das einzige Mittel, um für die Masse zu retten, was zu retten ist. Dem stehen aber höher zu bewertende Vorteile des Lizenznehmers und der Allgemeinheit gegenüber. Die Werthaltigkeit von Lizenzen wird gesichert und die Lizenz als Wirtschaftsgut gestärkt. Zudem bestehen bessere Möglichkeiten, Lizenzen als Sicherungsrechte einzusetzen.[83]

Insbesondere ist die Bedeutung der Entscheidung nicht darauf beschränkt, dass sie einen Weg zum insolvenzfesten Erwerb von Softwarelizenzen anerkennt. Die rechtliche Herleitung des Urteils weist vielmehr weit über die konkret behandelte Problematik der Softwarelizenzen hinaus und ist zur Insolvenzsicherung aller urheberrechtlichen Nutzungsrechte und auch von Marken-, Patent- und sonstigen Lizenzen geeignet.[84] Die streitgegenständliche Vereinbarung könnte insofern als Musterklausel in Lizenzverträgen verwendet werden[85], die dann – vorbehaltlich einer zumeist wenig aussichtsreichen Insolvenzanfechtung[86] – auf insolvenzfester Grundlage beruhen.[87] Gleichwohl ist hierin nur ein erster Schritt zur Anerkennung der Insolvenzbeständigkeit von Lizenzrechten zu sehen. Die Konstruktion – Vereinbarung einer Kündigungsschutzklausel und daran anknüpfende aufschiebend bedingte Rechtseinräumung – erscheint unnötig kompliziert. Es wäre naheliegender, Lizenzen unter bestimmten Bedingungen als schlechthin insolvenzfest zu erklären.[88] Kritisch anzumerken ist auch, dass der vom BGH aufgezeigte Lösungsweg praktisch nur dann gangbar ist, wenn der Lizenzgeber bereit ist, gegen Vereinbarung einer angemessenen Vergütung bei jeder außerordentlichen Kündigung einer vollständigen Übertragung seiner Rechte zuzustimmen. Dies wird aber nur selten der Fall sein. Vor diesem Hintergrund bleibt die Frage nach Möglichkeiten einer sich auf sämtliche Lizenzverträge erstreckenden insolvenzfesten Ausgestaltung derselben nach wie vor virulent.

D. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass die auf Grundlage des bestehenden Rechts entwickelten Lösungsansätze die sich stellende Problematik allenfalls unvollkommen einfangen. Auch nach der Entscheidung des BGH vom 26.3.2009 gibt es keinen einzigen rundum überzeugenden Ansatz zur Stabilisierung von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers – die Vielzahl der diskutierten Lösungsansätze gibt hiervon trauriges Zeugnis. Der Gesetzgeber darf nicht einfach die Hände in den Schoß legen und darauf vertrauen, dass die Praxis das Problem durch virtuose Vertragsgestaltungen in den Griff bekommt. Vertragliche Lösungsansätze sind schon deswegen kein Allheilmittel, weil „die meisten Lizenzvertragsparteien es schlicht unterlassen, entsprechende Vertragsklauseln in ihren Lizenzvertrag aufzunehmen“[89]. Aus diesem Grund ist der Gesetzgeber dringend aufgefordert, das in der letzten Legislaturperiode verfolgte Verfahren zur Einführung eines § 108a InsO wieder aufzunehmen und die Problematik endlich einer sachgerechten Lösung zuzuführen. Die Literatur hat hierfür bereits viele wertvolle Hinweise erarbeitet.

82) Ebd.
83) *Berger*, CR 2006, 505, 509; siehe auch *Brandt*, NZI 2001, 337, 338 zur ökonomischen Bedeutung von Softwarelizenzverträgen als Sicherungsmittel.
84) So ausdrücklich *Berger*, NZI 2006, 380, 381; äußerst zurückhaltend dagegen *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677, 679 f.; siehe auch *Plath/Scherenberg*, CR 2006, 153, 155, die die Frage der Übertragbarkeit des Urteils auf andere als die aus dem Urheberrecht abgeleiteten Nutzungsrechte als ungeklärt bezeichnen.
85) *Höpfner*, NZI 2006, 231, 232.
86) Hierzu *Berger*, CR 2006, 505, 510 f.; *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 294.
87) *Huber/Riewer*, ZInsO 2006, 290, 294.
88) *Berger*, NZI 2006, 380, 383.
89) *Beyerlein*, WRP 2007, 1074.