

Nutzungsrechte an Computerprogrammen in der Insolvenz

- zugleich eine Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Regelung der
Insolvenzfestigkeit von Lizenzen -*

Mary-Rose McGuire**

1. Einleitung

Computerprogramme stellen heute einen Teil der Infrastruktur von Unternehmen dar, der aus den Arbeitsabläufen nicht mehr wegzudenken ist. Ein plötzlicher Entzug der Berechtigung ein Programm zu benutzen, das die Basis für diverse Betriebsabläufe darstellt, muss als wirtschaftliches Risiko eingestuft werden.¹ Entsprechend groß ist das Interesse der Nutzer von Computerprogrammen, sich die Berechtigung dauerhaft und von der wirtschaftlichen Solidität des Herstellers unabhängig zu sichern. Während dieses Ziel in den meisten anderen europäischen Staaten durch einen Softwarekaufvertrag erreicht werden kann,² steht dem in Deutschland der monistische Ansatz im Urheberrecht entgegen. Verbleibt das Urheberrecht an der Software³ also zwingend in der Hand des Herstellers, stellt sich die Frage, welche Folge eine wirtschaftliche Krise des Softwareherstellers für die Nutzer der Software hat. Wenn auch nicht in gleichem Maße wirtschaftlich brisant, kann eine vergleichbare Situation auch in der Insolvenz des Lizenznehmers auftreten.

Die skizzierte Problematik stellt dabei keine Besonderheit von urheberrechtlichen Nutzungsrechten oder gerade von Computerprogrammen dar, sondern durchzieht das gesamte Immaterialgüterrecht. Eine Sonderrolle kommt dem Urheberrecht in diesem Kontext nur insoweit zu, als die Vertragsparteien – anders als bei gewerblichen Schutzrechten – keine Wahl zwischen Vollrechtsübertragung und bloßer Lizenzierung haben und damit das Insolvenzrisiko nicht steuern können. Dieser Unterschied sollte aber nicht überbewertet werden, denn auch in den Fällen, in denen eine Vollrechtsübertragung zulässig wäre, wird häufig das viel flexiblere Rechtsinstitut der Lizenz gewählt. Gerade wenn das Interesse des Vertragspartners lediglich auf die Nutzung, nicht aber auf die exklusive Verwertung gerichtet ist, kommt eine Vollrechtsübertragung wirtschaftlich kaum in Betracht, weil sie die Dispositionsmöglichkeit des Schutzrechtsinhabers über andere Verwertungsmöglichkeiten beschränkt, ohne dass dadurch ein entsprechendes Interesse des Nutzungsberechtigten befriedigt wird.

Dem Problem der mangelnden Bestandskraft von Verträgen über die Nutzung von Immaterialgüterrechten abzuhelpfen, ist Gegenstand eines laufenden Gesetzgebungsverfahrens. Mit dem sogenannten ‚Gesetzesentwurf zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen‘ vom 5.12.2007⁴ soll die Insolvenzordnung novelliert und unter anderem eine Sonderregelung für die Behandlung von Lizenzverträgen eingefügt werden. Vor diesem Hintergrund wirft das mir gestellte Thema zwei Fragen auf: erstens, ob die geplante Einführung des § 108a InsO-E erforderlich ist und zweitens, ob diese Norm eine

* Vortrag gehalten auf der Jahrestagung der GRUR am 22. Mai 2008.

** Dr. iur., Akademische Rätin an der Universität Osnabrück

¹ So Brandt, NZI 2001, 337.

² Vgl. exemplarisch Gellis, sic 2005, 439 ff.

³ Die Begriffe Software und Computerprogramm werden hier in Übereinstimmung mit der Literatur als Synonyme verwendet, vgl. Marby, Softwareüberlassungsverträge (2004)⁴, Rdnr. 12.

⁴ BT-Drs. 16/7417.

geeignete Regelung auch für die besondere Problematik der Nutzungsrechte an Computerprogrammen darstellt.

Das Thema stellt eine gewisse Herausforderung dar, weil schon die Einordnung der Software ‚*an sich*‘ in das allgemeine Zivilrecht problematisch und die rechtliche Qualifikation von ‚*Softwareüberlassungsverträgen*‘ lange und heftig umstritten ist,⁵ ohne dass eine Auflösung dieser nunmehr schon bald zwanzig Jahre anhaltenden Kontroverse in Sicht scheint. Die Problematik ganz auszublenden verbietet sich jedoch, weil die Beurteilung der Frage, ob eine Regelungslücke besteht, naturgemäß die Klärung der Frage voraussetzt, welchen Einfluss die Insolvenz einer Vertragspartei auf bestehende Nutzungsrechte nach geltendem Recht hat.

Um dem Dilemma zu entrinnen, dass eine Qualifikation der Softwareüberlassungsverträge insoweit unumgänglich erscheint, die Details der Kontroverse aber im vorliegenden Kontext nicht umfassend abgehandelt werden können ohne das mir eigentlich gestellte Thema aus den Augen zu verlieren, will ich mich daher auf folgende Aspekte beschränken: Zunächst werde ich das Schicksal von Lizenzen in der Insolvenz eines der Vertragspartner nach geltendem Recht und die in der Lehre entwickelten Ansätze zur Behebung des ausgemachten Regelungsdefizits darstellen. Im Anschluss daran werde ich, zweitens, den vorliegenden Gesetzesentwurf in der gebotenen Kürze vorstellen und zu dem gewählten systematischen Ansatz Stellung nehmen. Daran anschließend ist, drittens, der Frage nachzugehen, ob bzw. inwieweit die hier interessierenden Softwareüberlassungsverträge als Lizenzverträge qualifiziert werden können mit der Folge, dass sie in den Anwendungsbereich der geplanten Norm fallen. Auf dieser Basis will ich dann abschließend, viertens, versuchen, die mir gestellte Frage zu beantworten, nämlich ob die geplante Reform eine adäquate Regelung für Computersoftware bereithält oder ob insoweit eine Gesetzeslücke vorliegt, die durch eine Sonderregelung spezifisch für die Nutzung von Computerprogrammen in der Insolvenz geschlossen werden sollte.

2. Der Lizenzvertrag in der Insolvenz: nach geltendem Recht

a) Die Konsequenzen der Neufassung des § 21 KO durch § 108 InsO 1999

Trotz der andauernden Kontroverse um die zutreffende rechtliche Qualifikation von Lizenz und Lizenzvertrag hat die Behandlung im Konkurs bis zur Insolvenzrechtsreform 1999⁶ keine besonderen Schwierigkeiten bereitet. Denn unter Geltung der Konkursordnung ist die wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung – wenngleich mit unterschiedlicher Begründung – davon ausgegangen, dass Verträge, die die Nutzung eines Immaterialgüterrechts zum Gegenstand haben, in den Anwendungsbereich des § 21 KO fielen.⁷ Dieser enthielt eine Sonderregelung über die Konkursfestigkeit von Miet- und Pachtverträgen und wurde entsprechend auf Lizenzverträge angewendet.

Im Zuge der Insolvenzrechtsreform wurde allerdings § 21 KO durch § 108 InsO neu gefasst und in seinem Anwendungsbereich auf unbewegliche Sachen beschränkt. Da Immaterialgüterrechte unbeweglichen Sachen nicht vergleichbar sind, entfiel nach herrschender Lehre und Rechtsprechung durch diese Einschränkung zugleich die Analogiegrundlage für die Anwendung auf Lizenzverträge.⁸ Verträge über die Nutzung von Immaterialgüterrechten erfahren daher – unabhängig von der durchaus umstrittenen Qualifikation als Rechtspacht – derzeit keine gesetzliche Sonderbehandlung, sondern unterfallen grundsätzlich den allgemeinen Regeln einschließlich

⁵ Ausführlich hierzu *Marly*, Softwareüberlassungsverträge (2004)⁴, 15 ff. sowie *Hilty*, MMR 2003, 3 ff. jeweils m.w.Nw.

⁶ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, BGBl. I S. 2866, in Kraft getreten am 1. Jänner 1999.

⁷ Vgl. BGH 27.4.1995, KTS 1995, 656 ff.

⁸ BGH 27.11.2005, NJW 2006, 918.

des § 103 InsO, nach dem die weitere Vertragsdurchführung von der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters abhängt.

Lizenzverträge dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters zu unterstellen, wird jedoch als inadäquat und unter ökonomischen Aspekten kritikwürdig angesehen, einerseits weil Lizenzverträge für wissensbasierte Industriezweige eine herausragende Rolle spielen,⁹ andererseits weil der drohende Verlust des Nutzungsrechts das Risiko des Lizenznehmers, der in die Weiterentwicklung bzw. für die Markteinführung investiert, unzumutbar erhöht. Dass die Beständigkeit von Lizenzen auch in der wirtschaftlichen Krise eines der Vertragspartner von erheblicher ökonomischen Bedeutung ist, legt auch ein Blick auf Rechtsordnungen anderer Marktwirtschaften nahe, die einen erheblichen Anteil ihres Wirtschaftsprodukts durch Geistiges Eigentum, insbesondere also durch Forschung und Technologie generieren: So haben bspw. die USA und Japan ihr Insolvenzrecht durch Sonderregelungen für Lizenzen an geistigem Eigentum ergänzt.¹⁰ Schließlich wird – wie sowohl der Leitfaden der UNCITRAL¹¹ als auch eine entsprechende Resolution der AIPPI¹² zeigen – auch auf internationaler Ebene der besondere Schutz von Lizenzverträgen in der Insolvenz empfohlen.

Vor diesem Hintergrund werden die mangelnde Insolvenzfestigkeit sowie die fehlende Rechtsicherheit¹³ als Hindernis für die Verkehrsfähigkeit von Geistigem Eigentum als einem wichtigen Wirtschaftsfaktor angesehen und negative Folgewirkungen auf Deutschland als Forschungs- und Industriestandort beklagt.¹⁴ Zentraler Gegenstand der aktuellen Diskussion ist entsprechend, wie diese Rechtsfolge verhindert werden könnte.

Mit der Feststellung, dass der deutsche Gesetzgeber es im Zuge der Insolvenzrechtsreform trotz rechtzeitiger Warnung¹⁵ verabsäumt hat, für die wirtschaftlich wichtigen Lizenzverträge Vorsorge zu treffen,¹⁶ scheint jedoch das Potential konsensfähiger Aussagen über das Thema ‚*Lizenzen in der Insolvenz*‘ erschöpft. Sowohl über die dogmatisch korrekte Beurteilung von Lizenzverträgen nach geltendem Recht, als auch hinsichtlich möglicher Abhilfe sind die Meinungen geteilt. Sichtet man die – spätestens seit der umstrittenen Entscheidung des LG Mannheim¹⁷ – umfangreiche Literatur zu diesem Themenkomplex, so erinnert das Problem an eine mathematische Gleichung mit mehreren Unbekannten: Denn die Insolvenzordnung nimmt bei der Regelung der Wirkungen, die die Insolvenz des Schuldners auf Rechte und Rechtsverhältnisse dritter Personen hat, auf die dogmatischen Kategorien des Bürgerlichen Rechts Bezug. Maßgebliche Kategorien sind hier, ob es sich bei dem betroffenen Recht um eine rein obligatorische oder eine dingliche Rechtsposition handelt, hinsichtlich eines Vertragsverhältnisses die Fragen, ob ein gegenseitiger Vertrag vorliegt und ob dieser einseitig oder beidseitig vollständig erfüllt ist. Die Beantwortung der letzten Frage hängt dabei maßgeblich davon ab, ob das betroffene Rechtsverhältnis als Austauschvertrag oder als Dauerschuldverhältnis anzusprechen ist.

Für die Beurteilung dieser Qualifikationsfragen gibt die Insolvenzordnung selbst keine Kriterien vor, sondern greift implizit auf das Bürgerliche Recht zurück. Im Kontext des Rechts des Geistigen Eigentums scheidet dieser Rückgriff aber daran, dass das BGB das Recht des Geistigen

⁹ *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225, 226.

¹⁰ § 365 n) US Bankruptcy Code; Art 56 Abs. 1 japanische Insolvenzordnung.

¹¹ Der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency (Teil 2 Rdnr. 143) empfiehlt, dem Insolvenzverwalter nicht die Abwahl der Erfüllung zuzubilligen.

¹² Vgl. die Resolution der AIPPI zu Q 190: ‚*Der Konkurs- oder Insolvenzverwalter sollte nicht befugt sein, eine Lizenz von IPRs nicht anzuerkennen oder abzulehnen und dadurch die Lizenz zu beenden.*‘

¹³ *Plath*, CR 2005, 613.

¹⁴ Vgl. *Bausch*, NZI 2005, 289, 290; *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677, 678; *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225, 226 sowie die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138, 139.

¹⁵ *Paulus*, ZIP 1996, 2, 6.

¹⁶ *Zeisig*, MittlPatAnw 2001, 240, 241.

¹⁷ BGH 27.6.2003, ZIP 2004, 576 mit kritischer Anm. *Adam*, DZWIR 2003, 482 ff.

Eigentums im besten Fall stiefmütterlich behandelt: Es sieht weder Vorschriften über immaterielle Güter bzw. über ein Nutzungsrecht an solchen vor, noch hat es einen spezifischen Vertragstypus für Verträge über solche Nutzungsrechte herausgebildet. Lizenz und Lizenzvertrag sind lediglich in den Sonderschutzgesetzen des Geistigen Eigentums rudimentär geregelt, ihre rechtliche Qualifikation ist bis heute heillos umstritten.¹⁸

Die Antwort auf die Frage nach der Behandlung von Lizenzverträgen in der Insolvenz wird daher durch zwei Unsicherheiten belastet: erstens durch den alten Streit um die Rechtsnatur der Lizenz selbst, also der Frage, ob es sich um ein dingliches (oder wenigstens quasi-dingliches) Recht handelt oder um ein schuldrechtlich ausgestaltetes Nutzungsrecht und – soweit von einem dinglichen Recht ausgegangen wird – zweitens, speziell für den Bereich des Urheberrechts, der Kontroverse um die Geltung des Abstraktionsprinzips. Der letzte Aspekt deutet bereits auf einen weiteren Grund für die Komplexität des Problems hin, nämlich die Tatsache, dass nach herrschender Lehre diese Frage nicht für alle Immaterialgüterrechte einheitlich, sondern für gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte jeweils unterschiedlich zu beantworten ist.

Je nachdem welche Position der jeweilige Autor zu den einzelnen angesprochenen Vorfragen – Rechtsnatur der Nutzungsrechte, Begriff des Lizenzvertrags und Qualifikation des Vertragstypus, Abstraktion oder Akzessorietät – einnimmt, wird hierzu eine Vielzahl unterschiedlicher Theorien vertreten. Aus diesen lassen sich vier zentrale Ansätze isolieren, die – obwohl sie sich nicht notwendig ausschließen¹⁹ – jeweils gesondert kurz vorzustellen sind.

b) Lösungsansätze der Lehre

aa) *Ruf nach dem Gesetzgeber und Korrektur durch die Vertragspraxis*
Die derzeit wohl h.L. hält die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen für wünschenswert, unterstellt sie *de lege lata* aber dem Wahlrecht des § 103 InsO,²⁰ weil sie eine Realisierung des rechtspolitisch Gewollten nur durch den Gesetzgeber für möglich hält.²¹ Die mir gestellte Frage nach dem Vorliegen einer Regelungslücke würden die betreffenden Autoren daher mit einem klaren ‚Ja‘ beantworten. Solange eine solche Rechtsänderung nicht erfolgt ist, wird den Parteien empfohlen, durch entsprechende Vertragsklauseln selbst Vorsorge zu treffen.²²

Tatsächlich lässt sich eine entsprechende Reaktion der Vertragspraxis auf die mangelnde Rechtsbeständigkeit durch die Entwicklung verschiedener Konstruktionen beobachten. Exemplarisch kann man hier die Doppeltreuhandkonstruktion,²³ den Lizenzsicherungsnießbrauch²⁴ oder die Vereinbarung eines aufschiebend bedingten Rechtübergangs nennen.²⁵ Ihr gemeinsames Ziel ist darin zu sehen, den Bestand von Verträgen über Nutzungsrechte an Immaterialgüterrechten über die wirtschaftliche Krise eines der Vertragspartner hinaus zu sichern. Mit der bekannten Entscheidung des BGH vom 17.11.2005 wurde die Konstruktion einer aufschiebend bedingten Übertragung des Nutzungsrechts für wirksam erkannt.²⁶ Inwieweit die anderen vorgeschlagenen

¹⁸ Vgl. zum Streitstand *Stumpf/Groß*, Lizenzvertrag (2006)⁸, 42 sowie *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-How-vertrag (2007)⁸, 25 ff, 30 ff.

¹⁹ So spricht *Fexer*, WRP 2004, 793, 795, ausdrücklich von der ‚doppelstrategischen Begründung der Konkursfestigkeit‘.

²⁰ Vgl. *Wente/Härle*, GRUR 1997, 96 ff.; *Brandt*, NZI 2001, 337, 340; *Berger*, GRUR 2004, 20 ff; *Plath*, CR 2005, 613 sowie *Huber*, in: MünchKomm InsO II (2008)², § 103 InsO Rdnr. 76; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO (2003)¹¹, § 103 InsO, Rdnr. 26 jeweils m.w.Nw.

²¹ *Zeisig*, MittlPatAnw 2001, 240, 241; *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677, 681 und 684 ff.; *Berger*, NZI 2006, 380, 383; *Beyerlein*, WRP 2007, 1074.

²² Vgl. *Hombrecher*, WRP 2006, 219 ff; *Graef*, ZUM 2006, 104 ff.

²³ *Paulus*, ZIP 1996, 2, 7 f.; *Bork*, NZI 1999, 337 ff.

²⁴ *Berger*, GRUR 2004, 20; *Plath*, CR 2005, 614, 615.

²⁵ Vgl. den Überblick bei *McGuire/von Zumbusch/Joachim*, GRUR Int 2006, 682, 694 ff.

²⁶ BGH 27.11.2005, NJW 2006, 918.

Konstruktionen auf Akzeptanz durch die Rechtsprechung hoffen können, ist noch offen.²⁷ Fest steht aber, dass die angestrebte Sicherheit – soll sie nicht am Umgehungsverbot des § 119 InsO scheitern – nur durch Eingehen anderer wirtschaftlicher Risiken teuer erkaufte werden kann.²⁸

bb) Analoge Anwendung des § 108 InsO auf Lizenzverträge

Demgegenüber vertritt *Fezer*, dass die bestehende Regelungslücke nicht notwendig durch den Gesetzgeber, sondern bereits *de lege lata* durch analoge Anwendung des § 108 InsO gefüllt werden kann.²⁹ Er stützt diese Annahme im Wesentlichen darauf, dass der Gesetzgeber im Zuge der Insolvenzrechtsreform § 21 KO grundsätzlich unverändert übernehmen und den Anwendungsbereich nur hinsichtlich beweglicher Sachen einschränken wollte.³⁰ Die Frage der Behandlung von Nutzungsverträgen über Immaterialgüterrechte sei vom Gesetzgeber nicht bedacht worden,³¹ das Fehlen einer diesbezüglichen Sonderregelung in § 108 InsO daher eine planwidrige Lücke.

Die analoge Anwendung des § 108 InsO auf Lizenzverträge wird jedoch in Rechtsprechung und Lehre wohl aus zwei Gründen abgelehnt:³² Einerseits weil den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist, dass die Neufassung bewusst den Anwendungsbereich des § 21 KO einschränken wollte, um die Dispositionsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters zu vergrößern und dadurch eine Sanierung zu ermöglichen, andererseits weil aus der Gegenüberstellung von § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO, der sich allein auf ‚*unbewegliche Gegenstände*‘ bezieht, und Satz 2 InsO der von ‚*sonstigen Gegenständen*‘ spricht, abzuleiten sei, dass der Gesetzgeber sich der verwendeten Begrifflichkeiten durchaus bewusst war. Da § 108 InsO zudem lediglich eine Ausnahme von § 103 InsO darstellt, führe die Nichtanwendung des § 108 InsO nicht zu einem Normenmangel, sondern lediglich zur Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln für gegenseitige Verträge. Es fehle daher eine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung für die Zulässigkeit der von *Fezer* befürworteten Analogie.

cc) Ableitung der Insolvenzfestigkeit aus der ‚dinglichen Rechtsnatur‘

Viel versprechender erscheint vor diesem Hintergrund ein dritter – materiellrechtlicher – Lösungsansatz, der auf der Annahme beruht, dass Lizenzen dingliche Rechte sind und aus der dinglichen Rechtsnatur die Insolvenzfestigkeit abzuleiten sei.³³ Da das Wesen des dinglichen Rechts gerade in der Wirksamkeit gegenüber Dritten zu sehen ist, werde die Lizenz nicht nur mit Bestandskraft gegenüber nachfolgenden widersprechenden rechtsgeschäftlichen Verfügungen ausgestattet, sondern sei auch in Zwangsvollstreckung und Insolvenz grundsätzlich bestandskräftig.³⁴ Im Falle der Insolvenz des Lizenzgebers wäre die dingliche Lizenz entsprechend nicht massezugehörig bzw. würde den Lizenznehmer zur Aussonderung nach § 47 InsO berechtigen. Die Gefahr des Nutzungsrechtsverlusts bei Insolvenz des Lizenzgebers wäre somit gebannt. Freilich steht und fällt dieser Lösungsansatz mit der Annahme der dinglichen Rechtsnatur.

Der alte Streit um die korrekte Beurteilung der Rechtsnatur von Lizenzen lässt sich im Rahmen dieses Beitrags naturgemäß nicht differenziert darstellen, geschweige denn lösen. Ich will mich daher auf einen – wie ich hoffe konsensfähigen – Aspekt beschränken, der mit gerade im Kontext der Insolvenz besonders bedeutsam erscheint: Ganz gleich ob man die Lizenz mit der Kategorie des dinglichen Rechts oder als Obligation zu erfassen sucht, so ist doch offenkundig,

²⁷ Vgl. *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1347.

²⁸ *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677, 679; ausführlich *Plath*, CR 2005, 613 ff.; *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 221. Die Praxistauglichkeit dieser Ansätze stellt auch *Beyerlein*, WRP 2007, 1074 f., in Abrede.

²⁹ *Fezer*, WRP 2004, 793 ff.; ihm folgend *Koehler/Ludwig*, WRP 2006, 1342, 1344 f.

³⁰ *Fezer*, WRP 2004, 793, 798.

³¹ *Fezer*, WRP 2004, 793, 794, 798.

³² *Zeisig*, MittlPatAnw 2001, 240, 241; *Beyerlein*, EWiR § 103 InsO 3/2004, 767; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7, 15; *Plath*, CR 2005, 613, 614; *Hombrecher*, WRP 2006, 219.

³³ So *Adolphsen*, DZWIR 2003, 228; *Oeter/Ruttig*, ZUM 2003, 611, 617 ff.; *Wallner*, NZI 2002, 70, 76 f.

³⁴ *Fezer*, WRP 2004, 793, 807; *Wallner*, NZI 2002, 70, 73 f.

dass die Lizenz sich der Einordnung in diese klassische Dichotomie entzieht und weder der einen, noch der anderen Kategorie ohne Abstriche zugeordnet werden kann. Von der reinen Obligation unterscheidet sich die Lizenz durch den positiv angeordneten Sukzessionsschutz, der die der Obligation wesensimmanente Relativität des Schuldverhältnisses einschränkt. Will man die Lizenz dagegen den dinglichen Rechten zuordnen, so liegt der Vergleich mit einem beschränkt dinglichen Recht auf der Hand. Das Attribut ‚beschränkt‘ bringt zugleich zum Ausdruck, dass es sich um die Teilhabe an einem Vollrecht handelt, mit dem es unlösbar verbunden ist. Diese Verbindung zwischen Vollrecht und beschränkt dinglichem Recht wird stets durch ein gesetzliches Schuldverhältnis etabliert. Erst der Bestand eines gesetzlichen Schuldverhältnisses erlaubt die vollständige Abstraktion der Rechtseinräumung von dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis. Dieser letzte Aspekt wird häufig vernachlässigt, ist aber möglicherweise ein Schlüssel für die zahlreichen dogmatischen Verwerfungen, die sich in Lehre und Rechtsprechung zu Lizenz und Lizenzvertrag beobachten lassen.

Das Problem lässt sich am Vergleich der verschiedenen vom BGB ausgeprägten Nutzungsrechte veranschaulichen: Miete und Pacht sind rein schuldrechtlich ausgestaltet. Konsequenz ist, dass mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses grundsätzlich auch das Nutzungsrecht enden muss. Deshalb ist der Sukzessionsschutz hier als gesetzliche Vertragsübernahme ausgestaltet.³⁵ Wird dagegen ein Nießbrauch begründet, so ist dieses dingliche Recht vom Bestand der schuldrechtlichen Vereinbarung unabhängig. Das dingliche Recht kann selbst bei Wegfall der Vereinbarung fortbestehen, gerade weil Vollrechtsinhaber und Nießbrauchsberechtigter trotz Wegfall der Obligation weiterhin durch ein gesetzliches Schuldverhältnis verbunden sind, das die Rechte und Pflichten in Bezug auf den Gegenstand des dinglichen Rechts normiert.³⁶ Entscheidender Unterschied ist somit, dass das Nutzungsrecht des Nießbrauchsberechtigten als dinglich Berechtigtem nicht aus der Obligation folgt, sondern seine Grundlage im gesetzlichen Schuldverhältnis findet.

Genau diese Ebene kennt das Lizenzrecht aber nicht. Die ‚Einräumung‘ einer Lizenz begründet kein gesetzliches Schuldverhältnis, das Recht zur Nutzung durch den Lizenznehmer folgt nicht aus seiner Rechtsposition als dinglich Berechtigtem – also aus dem Gesetz – sondern aus der Obligation. Deswegen ist der Bestand der Lizenz notwendig vom Bestand des Lizenzvertrags abhängig.

Wenn auch mit völlig anderer dogmatischer Begründung ist diese enge Verknüpfung von Lizenz und Lizenzvertrag im Ergebnis anerkannt: Im gewerblichen Rechtsschutz folgt dies bereits aus der positiv-rechtlichen Anordnung, dass der vertragsüberschreitende Gebrauch stets eine Schutzrechtsverletzung darstellt. Eine solche Vertragsüberschreitung liegt dabei auch vor, wenn die Dauer des Lizenzvertrags überschritten ist.³⁷ Umgekehrt lässt sich damit formulieren, dass mit Wegfall des Vertrags stets auch das Nutzungsrecht endet. Bei Annahme eines voll ausgeprägten dinglichen Rechts müsste dagegen das Ende des Lizenzvertrags den Bestand der Lizenz unberührt lassen.

Für den Bereich des Urheberrechts wird die Verknüpfung von Vertragsverhältnis und Nutzungsrecht durch die Annahme erreicht, dass das Abstraktionsprinzip für die konstitutive Einräumung von Nutzungsrechten keine Geltung beanspruchen soll.³⁸ Die umstrittene Akzessorietät wird dabei mit der Analogie zu § 9 VerlagsG begründet, muss aber angesichts der überragenden Bedeutung, die dem Abstraktionsprinzips im deutschen Zivilrecht zukommt, dennoch überraschen.

³⁵ Vgl. § 566 Abs. 1 BGB bzw. § 581 Abs. 2 i.V.m. § 566 Abs. 1 BGB.

³⁶ Vgl. § 1030 BGB.

³⁷ Vgl. § 30 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG; § 31 Abs. 2 Nr.1 GeschmMG.

³⁸ LG Mannheim 27.6.2003, ZIP 2004, 576; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7, 8; ausführlich *Wente/Härle*, GRUR 1997, 96, 97 f. sowie *Wallner*, ZIP 2004, 2076, 2078 ff.; vgl. zum Streitstand *Schricker*, Urheberrecht (2006)³, vor § 28 ff., Rdnr. 61.

Ohne auf diese Kontroverse einzugehen,³⁹ erscheint es im vorliegenden Kontext ausreichend, folgendes Ergebnis festzuhalten: Sowohl für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes als auch für das Urheberrecht ist anerkannt, dass der Bestand einer durch Rechtsgeschäft eingeräumten Lizenz vom Bestand der zu Grunde liegenden Obligation abhängt.

Dass dieses Ergebnis der Abhängigkeit der Lizenz vom Lizenzvertrag auch unter ökonomischen Aspekten überzeugt, lässt sich am Beispiel der Insolvenz des Lizenznehmers zeigen. Würde die Lizenz vom Bestand des Lizenzvertrages abgekoppelt, würde sie dem Lizenznehmer selbst dann ein Nutzungsrecht gewähren, wenn der Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Lizenznehmers die Vertragserfüllung ablehnt. Der insolvente Lizenznehmer könnte also als dinglicher Rechtsinhaber das Nutzungsrecht unbeschränkt weiter ausbeuten, während der Lizenzgeber hinsichtlich der Gegenleistung auf die Insolvenzquote verwiesen wäre.

Dieses Ergebnis, dass dem insolventen Lizenznehmer faktisch ein unentgeltliches Nutzungsrecht verbleibt, wird aber zu Recht auch von denjenigen Autoren abgelehnt, die die dingliche Rechtsnatur der Lizenz hervorheben gerade um den Lizenznehmer in der umgekehrten Situation, d.h. der Insolvenz des Lizenzgebers, zu schützen. Um das wirtschaftlich für richtig erkannte Ergebnis herbeizuführen, werden dann verschiedene Konstruktionen bemüht, die dem zahlungsunfähigen Lizenznehmer den Wert des dinglichen Rechts im Ergebnis wieder entziehen:⁴⁰ So soll dem Lizenzgeber in der Insolvenz des Lizenznehmers entweder ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gegen den Lizenznehmer zukommen⁴¹ oder das Recht automatisch zurückfallen.⁴² Ersteres ist jedoch mit dem Insolvenzrecht,⁴³ letzteres mit der Annahme der dinglichen Rechtsnatur nur schwer zu vereinbaren. Der Rückgriff auf die Rechtsnatur der Lizenz erscheint damit nicht geeignet, die Problematik der Insolvenzfestigkeit zu lösen.

dd) Vollständige Erfüllung seitens des Lizenzgebers durch ‚Einräumung‘ der Lizenz

Ebenfalls auf der Annahme der dinglichen Rechtsnatur beruht der vierte Ansatz, der spezifisch für die Fallgruppe der Softwareüberlassungsverträge diskutiert wird, nämlich die Annahme, dass der Lizenzgeber mit Einräumung des Nutzungsrechts seine Verpflichtung vollständig erfüllt hat und folglich der Anwendungsbereich des § 103 InsO gar nicht eröffnet sei.⁴⁴

Auch hier stellt sich jedoch das Problem, dass die Nutzungsbefugnis mangels gesetzlichen Schuldverhältnisses nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus dem Vertrag resultiert. Daraus folgt, dass der Lizenzgeber dem Lizenznehmer zur dauerhaften Nutzungsrechtsüberlassung verpflichtet ist. Entsprechend hat der Lizenzgeber seine Hauptleistungspflicht nicht bereits durch die ‚Einräumung‘ der Lizenz vollständig erfüllt. Vielmehr wird durch den Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet,⁴⁵ dessen vollständige Erfüllung notwendig erst mit Beendigung der Vertragslaufzeit eintritt.⁴⁶ Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die Lösung

³⁹ Vgl. ausführlich dazu *Nolden*, Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr (2005).

⁴⁰ Diesen Widerspruch ausdrücklich einräumend *Stückelbrock*, WM 2004, 549, 560 sowie *Oeter/Ruttig*, ZUM 2003, 611, 619.

⁴¹ So *Abel*, NZI 2003, 121, 126; *Oeter/Ruttig*, ZUM 2003, 611, 619 f.; *Hoffmann*, ZinsO 2003, 732, 740; *Fexer*, WRP 2004, 793, 807; *Bärenz*, NZI 2006, 72, 76.

⁴² *Wallner*, ZIP 2004, 2076, 2079; *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht (2006)², §§ 103, 105, 108 InsO, Rdnr. 12 m.w.Nw.

⁴³ Vgl. § 105 Satz 2 InsO.

⁴⁴ *Schwarz*, UFITA 1999, 29,44; *Beyerlein*, EWIR § 103 InsO 3/2004, 767 f.; *Grützmacher*, CR 2004, 811; *ders.*, CR 2006, 289, 291; *Plath*, CR 2005, 613, 614 f.

⁴⁵ So schon BGH NJW 1982, 2861, 2863 – Hartmetallkopfböhrer, BGH 17.11.2005, GRUR 2006, 435, 437 – Softwarenutzungsrecht; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7, 12; *Stückelbrock*, WM 2004, 549, 558.

⁴⁶ So – wenn auch mit anderen Begründung – im Ergebnis auch *Brandt*, NZI 2001, 337, 340; *Hoffmann*, ZinsO 2003, 732, 738; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7, 13; *Plath*, CR 2005, 613, 614; *Stückelbrock*, WM

über die dingliche Rechtsnatur – jedenfalls für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes – nur für ausschließliche Lizenzen in Betracht kommt.⁴⁷

c) Zwischenergebnis: Keine Insolvenzfestigkeit *de lege lata*

Als erstes Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: Die mangelnde Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen wird zu Recht beklagt. Die Praxis behilft sich mit komplexen Vertragsgestaltungen, die zu wirtschaftlichen Risiken führen, zum Teil am Umgehungsverbot des § 119 InsO zu scheitern drohen. Trotz des berechtigten Anliegens sind die Ansätze, der Lizenz bereits *de lege lata* Insolvenzfestigkeit zuzubilligen, abzulehnen: Der analogen Anwendung des § 108 InsO auf Lizenzverträge steht das Fehlen einer planwidrigen Lücke entgegen. Die alternativen Lösungsansätze, die sich auf die dingliche Rechtsnatur der Lizenz stützen, vernachlässigen die notwendige Verknüpfung von Lizenz und Vertrag. Schließlich hätte die Lösung der Insolvenzproblematik über die dingliche Rechtsnatur den entscheidenden Nachteil, dass eine – unter ökonomischen Gesichtspunkten erforderliche – Differenzierung zwischen der Insolvenz des Lizenzgebers und der Insolvenz des Lizenznehmers nicht möglich ist, ohne sich mit den anerkannten Grundlagen des Zivil- und Insolvenzrechts in Widerspruch zu setzen.

Nach geltendem Recht begründet ein Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis, das so lange in den Anwendungsbereich des § 103 InsO fällt, als es beidseitig noch nicht vollständig erfüllt ist. Dass dieses Ergebnis die Verkehrsfähigkeit von Rechten des Geistigen Eigentums beeinträchtigt und den Interessen der Rechtspraxis nicht gerecht wird, steht außer Zweifel. Die erste Frage, nach dem Bestand einer Regelungslücke lässt sich damit meines Erachtens mit einem klaren ‚Ja‘ beantworten.

3. Der Lizenzvertrag in der Insolvenz nach der geplante Neuregelung

a) Das Zusammenspiel von § 103 InsO und § 108a InsO-E

Für das Verständnis der geplanten Neuregelung des § 108a InsO-E ist es erforderlich, sich kurz die Systematik der Insolvenzordnung für die Behandlung gegenseitiger Verträge in Erinnerung zu rufen, auch um deutlich zu machen, dass die geplante Neuregelung nur eine von drei möglichen Konstellationen erfasst.

Hinsichtlich der Auswirkungen der Insolvenz eines der Vertragspartner muss je nach Stadium der Vertragsdurchführung zwischen drei Konstellationen unterschieden werden: Hat nur der Schuldner bereits vollständig erfüllt, kann der Insolvenzverwalter vom Vertragspartner Erfüllung verlangen. Hat dagegen nur der Vertragspartner bereits vollständig erfüllt, während die Gegenleistung des Schuldners noch aussteht, liegt eine Vorleistung seitens des nicht insolventen Vertragspartners vor. Er kann seinen Gegenleistungsanspruch nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (§ 38 InsO). Die dritte und – hier allein interessierende – Konstellation ist, dass beide Parteien ihre Verpflichtungen noch nicht vollständig erfüllt haben. Nur in dieser Situation greift das – einhellig als rechtspolitisch kritikwürdig angesehene – Wahlrecht nach § 103 InsO ein: Der Insolvenzverwalter kann die weitere Durchführung des Lizenzvertrags verweigern.

Diese Möglichkeit wird in der Praxis umfänglich genutzt und ist maßgeblicher Beweggrund für die nunmehr vorliegende Gesetzesinitiative. Entsprechend setzt der Gesetzesentwurf an dieser Regelung an. Geplant ist die Einfügung eines neuen § 108a InsO-E,⁴⁸ der – wie § 108 InsO für

2004, 549, 558; *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 224; *Graef*, ZUM 2006, 104, 105; *Grützmacher*, CR 2006, 289 sowie die insolvenzrechtliche Literatur: vgl. *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO (2003)¹², § 103, Rdnr. 24.

⁴⁷ Diesen Problemkreis ausblendend dagegen *Fezer*, WRP 2004, 793, 803 f., der jeweils darauf hinweist, dass die von ihm vorgeschlagene Lösung ‚*insbesondere*‘ für ausschließliche Lizenzen gelte.

⁴⁸ Die Norm hat nach dem Gesetzesentwurf vom 5.12.2007 folgenden Wortlaut: ‚*Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten*

Miet- und Pachtverträge – eine Ausnahme zu § 103 InsO bildet und dadurch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters ausschließt: Satz 1 des § 108a InsO-E formuliert die Grundregel der Insolvenzfestigkeit des Lizenzvertrags in der Insolvenz des Lizenzgebers. Satz 2 schränkt diese allgemeine Regelung dahingehend ein, dass vertragliche Nebenpflichten nur insoweit aufrecht bleiben, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer die Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. Satz 3 gewährt schließlich dem Insolvenzverwalter als Ausgleich das Recht, die Anpassung der Vergütung zu fordern.

b) Der systematische Ansatz des Gesetzesentwurfs

aa) *Einheitliche Regelung für alle Immaterialgüterrechte*

Obwohl dem Gesetzgeber insbesondere die Problematik der Patentlizenzen vor Augen stand,⁴⁹ ist der vorliegende Entwurf nicht auf diese beschränkt. Mit dem Begriff des Lizenzvertrags schließt der Entwurf vielmehr alle Immaterialgüterrechte als Vertragsgegenstand ein. Entgegen verschiedenen Stimmen in der Literatur, die die Verwendung des Begriffs der ‚*Lizenz*‘ für den Bereich des Urheberrechts ablehnen,⁵⁰ werden durch den Entwurf Nutzungsrechte an gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten gleichermaßen erfasst.⁵¹

Diese generelle Fassung ist aus zwei Gründen zu begrüßen, erstens, aus ökonomischer Sicht, weil das zu behebende Problem sich nicht nur im Patentrecht, sondern auch im Marken- und Urheberrecht stellen kann, auch wenn sie dort möglicherweise nicht die gleiche volkswirtschaftlich relevante Größenordnung erreichen.

Zweitens überzeugt der gewählte Ansatz auch aus dogmatischer Sicht, weil die starke Ausdifferenzierung zwischen den einzelnen Schutzrechten in Lehre und Rechtsprechung zu Unterschieden geführt hat, die nicht dem Wesen der Immaterialgüterrechte, sondern eher der starken Spezialisierung der Lehre und Praxis und der mangelnden Koordination der Gesetzgebung für die einzelnen Teilbereiche geschuldet scheint. Typisches Beispiel für eine solche – dogmatisch schwer nachvollziehbare – Ausdifferenzierung ist die Annahme der herrschenden Lehre, dass es sich bei einfachen Lizenzen an gewerblichen Schutzrechten um rein obligatorische Rechte,⁵² bei einfachen Nutzungsrechten an Urheberrechten dagegen um dingliche Rechte⁵³ handelt. Die Unterschiedlichkeit in Terminologie und rechtlicher Erfassung vergleichbarer Sachverhalte verstellt aber den Blick für die übergreifenden Strukturen dieses Rechtsgebiets und erschwert insbesondere die Rückbindung des Rechts des Geistigen Eigentums an das allgemeine Zivilrecht.⁵⁴ Dass eine solche aber gerade für den Bereich des Lizenzvertragsrechts dringend erforderlich ist, liegt angesichts der oben aufgezeigten dogmatischen Schwierigkeiten auf der Hand.

bb) *Beschränkung auf die Insolvenz des Lizenzgebers*

Während der vorgeschlagene § 108a InsO-E alle Typen von Lizenzverträgen an allen Arten von Immaterialgüterrechten einbezieht, führt er eine neue – bisher unbekannte – Unterscheidung ein: So erfasst die Norm nicht Lizenzverträge ‚*an sich*‘, sondern schließt das Wahlrecht nur in der

*ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. Besteht zwischen der im Lizenzvertrag vereinbarten Vergütung und einer marktgerechten Vergütung ein auffälliges Missverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann der Lizenznehmer den Vertrag fristlos kündigen.*²

⁴⁹ Vgl. Gesetzesentwurf vom 5.12.2007, BT-Drs. 16/7417, 43, 58 (zu § 108a).

⁵⁰ Vgl. *Bartsch*, CR 1992, 393, 394 Fn. 7; vgl. *Schricker*, Urheberrecht (2006)³, vor § 28, Rdnr. 21.

⁵¹ So erwähnt die Begründung zum Entwurf (oben Fn. 50) ausdrücklich auch Software.

⁵² *Busse/Keukenschrijver*, PatG (2003)⁶, § 15 PatG, Rdnr. 60; *Ströbele/Hacker*, MarkenG (2003)⁷, § 30, Rdnr. 29 jeweils m.w.Nw.

⁵³ Vgl. *Schricker*, Urheberrecht (2006)³, § 31 UrhG, Rdnr. 6 m.w.Nw.

⁵⁴ Zur Notwendigkeit einer solchen Rückbindung vgl. *Ann*, GRUR Int 2004, 696, 699 f.; *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 623.

Insolvenz des *Lizenzgebers* aus, während in der Insolvenz des Lizenznehmers weiterhin § 103 InsO zur Anwendung kommt.

Der Grund für diese Beschränkung ist zunächst in der wirtschaftspolitischen Motivation des Gesetzgebers zu sehen. Denn Ansatzpunkt für die Überlegungen der Justizministerkonferenz war erklärter Maßen das Problem, dass ein Unternehmer, dessen unternehmerische Tätigkeit gerade auf der Nutzung eines Immaterialgüterrechts aufbaut und der für Entwicklung, Produktion, Marketing und Vertrieb erhebliche finanzielle Mittel aufgewandt hat, in besonderem Maße vom Bestand seiner Berechtigung abhängig ist.⁵⁵ Klassisches Beispiel hierfür ist die Pharmaindustrie, die ein Wirkstoffpatent von einem kleineren Unternehmen lizenziert und einschließlich der klinischen Tests zur Marktreife führt.⁵⁶ Fällt der Lizenzgeber in einer solchen Situation in Insolvenz so kann die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, die Erfüllung abzulehnen, zu einem wirtschaftlichen Schaden führen, der zum Wert des für die Masse gesicherten Schutzrechts außer Verhältnis steht. Aus der Sicht des Gesetzgebers ist die Beschränkung auf die Insolvenz des Lizenzgebers verständlich, weil er damit auf ein in der Praxis auftretendes Problem reagiert. Dessen ungeachtet stellt sich aber die Frage, ob es auch unter systematischen Gesichtspunkten zu rechtfertigen ist, den Lizenzvertrag unterschiedlich zu behandeln, je nachdem welche der Vertragsparteien von der Insolvenz betroffen ist.

Geht man – wie oben ausgeführt – davon aus, dass eine Lizenz jedenfalls keine reine Obligation darstellt, sondern durch den Sukzessionsschutz in seiner Bestandsfähigkeit gegenüber nachfolgenden rechtsgeschäftlichen Verfügungen geschützt wird, läge es nahe, diesen Schutz auch in der Insolvenz zu gewähren: Die Insolvenzfestigkeit würde sich insoweit als logische Fortsetzung des Sukzessionsschutzes darstellen.

Ein Blick auf die wirtschaftlichen Konsequenzen einer solchen Regelung zeigt aber, dass sie der Interessenlage der Parteien nicht gerecht wird.⁵⁷ Das Interesse des Lizenzgebers ist i.d.R. primär auf die Zahlung der Lizenzgebühren gerichtet, je nach Lizenzart und Schutzrecht möglicherweise auch darauf, dass der Lizenznehmer einer Ausübungspflicht nachkommt. Sowohl die Zahlung der Gebühren als auch die Verwertung des Schutzrechts ist aber nur bei Fortführung des schuldnerischen Unternehmens und entsprechender Rentabilität aussichtsreich. Den Lizenzvertrag in dieser Situation durch § 108a InsO-E rechtlich aufrecht zu erhalten, kann die faktische Unfähigkeit des Lizenznehmers zur Vertragserfüllung nicht beheben.⁵⁸

Hier zeigt sich erneut der Vorzug des gewählten Ansatzes nicht an der Lizenz, sondern am Vertragsverhältnis anzusetzen, weil erst so eine dogmatisch konsistente Differenzierung zwischen der Insolvenz des Lizenzgebers und der des Lizenznehmers möglich wird, während die Ableitung der insolvenzrechtlichen Behandlung aus der dinglichen Rechtsnatur der Lizenz denknotwendig eine einheitliche Behandlung für beide Konstellationen fordern würde.

Die vorgesehene Privilegierung des Lizenznehmers in der Insolvenz des Lizenzgebers ist aber nicht nur aus ökonomischen Gesichtspunkten zweckmäßig, sondern lässt sich auch mit der Idee des Sukzessionsschutzes widerspruchsfrei vereinbaren, sofern man diesen nicht als Indiz für die

⁵⁵ Vgl. Gesetzesentwurf vom 5.12.2007, BT-Drs. 16/7417, 43 (zu § 108a).

⁵⁶ Gesetzesentwurf vom 5.12.2007, BT-Drs. 16/7417, 58 (zu § 108a); Vgl. auch *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225, 226.

⁵⁷ Für eine solche Differenzierung auch *Fezer*, WRP 2004, 793, 798, *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677, 684 sowie *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225, 226.

⁵⁸ Aus eben diesem Grund erscheint auch die durch Satz 2 vorgesehene Beschränkung auf die für die Ausübung des Nutzungsrechts erforderlichen Vertragspflichten als zweckmäßig: Denn Lizenzverträge verpflichten den Lizenzgeber über die Gewährung des Nutzungsrechts hinaus häufig zu weiteren Leistungen, deren dauerhafte Fortführung zwar im Falle der Sanierung möglich erscheint, bei Abwicklung des Schuldnervermögens aber an ihre Grenzen stößt.

dingliche oder quasi-dingliche Rechtsnatur der Lizenz betrachtet,⁵⁹ sondern daraus – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der betreffenden Normen⁶⁰ – lediglich den Schutz des Lizenznehmers gegenüber widersprechenden Verfügungen des Lizenzgebers ableitet.

cc) Zwischenergebnis: Adäquate Regelung für Lizenzverträge

Als Zwischenergebnis lässt sich damit m.E. festhalten, dass die geplante Regelung in ihren Grundzügen überzeugt, weil sie eine für die Bedürfnisse der Praxis adäquate Regelung vorsieht. Sie ist elegant, weil sie sich zu den gesicherten zivilrechtlichen Grundlagen nicht in Widerspruch setzt, aber auch der weiteren Herausbildung von Lizenz und Lizenzvertrag als eigenständigen Rechtsinstituten durch Lehre und Rechtsprechung keine Hindernisse in den Weg legt.⁶¹ Es überrascht daher nicht, dass das Gesetzesvorhaben – trotz Kritik im Detail – in den ersten Stellungnahmen ganz überwiegend begrüßt wurde.⁶²

4. Softwareüberlassungsverträge als Lizenzverträge im Sinne von § 108 InsO-E?

a) Die Sonderproblematik von Nutzungsrechten an Urheberrechten

Nachdem ich damit die Frage nach dem Bestehen einer Regelungslücke *de lege lata* beantwortet und dargelegt habe, dass ich die vorgeschlagene Regelung des § 108a InsO-E für adäquat und auch im Hinblick auf die Weiterentwicklung des Lizenzrechts für zweckmäßig halte, will ich auf dieser Basis der Frage nachgehen, ob die von mir grundsätzlich als sachgerecht beurteilte Neuregelung auch für die besondere Situation der Nutzungsrechte an Urheberrechten und insbesondere an Computerprogrammen ausreichend und geeignet erscheint.

Die besondere Problematik und mögliche Rechtfertigung für eine Sonderregelung ergibt sich dabei aus der monistischen Konzeption des deutschen Urheberrechts, die eine Vollrechtsübertragung an Urheberrechten grundsätzlich ausschließt. Dies hat zur Folge, dass das Rechtsinstitut der Einräumung von Nutzungsrechten an Urheberrechten – wirtschaftlich betrachtet – sowohl die Funktion der klassischen Lizenzierung als auch der Vollrechtsübertragung übernehmen muss. Auch bei dauerhafter Überlassung muss die eigentlich angestrebte Eigentumsübertragung durch ein Nutzungsrecht substituiert werden.

b) Der Begriff des ‚Softwareüberlassungsvertrags‘

Besonders gut kommt dieses Phänomen im Begriff des ‚Softwareüberlassungsvertrags‘ und der Kontroverse um die korrekte Qualifikation dieser Verträge zum Ausdruck. Dass dieser von manchen als Kaufvertrag (bzw. als kaufähnliches Geschäft) oder Werk- bzw. Werklieferungsvertrag eingestuft, von anderen dagegen als Miete, Rechtspacht oder Lizenzvertrag qualifiziert wird,⁶³ ist nur vordergründig auf das Problem zurückzuführen, dass Software als immaterielles Gut in das zweigleisige Schema des BGB von Sachen und Rechten nur schwer einzuordnen ist.⁶⁴ Die dogmatischen Schwierigkeiten beruhen vielmehr darauf, dass der Begriff des ‚Softwareüberlassungsvertrags‘ sich ausschließlich am Vertragsgegenstand – und nicht wie im

⁵⁹ So aber eine verbreitete Ansicht: vgl. *Feszer*, WRP 2004, 793, 806; *ders.*, Markenrecht (2001)³, § 30 Rdnr. 34, *Grützmacher*, CR 2006, 289, 292; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7, 8; *Wallner*, ZIP 2004, 2073, 2076.

⁶⁰ Vgl. § 15 Abs. 3 PatG; § 30 Abs. 5 MarkenG; § 33 UrhG.

⁶¹ A.A. die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138, 139, die eine große Lösung unter Einbeziehung anderer Wirkungen der Lizenz vorzugswürdig erachtet, andererseits aber zugesteht, dass ein materiell-rechtlicher ‚Unterbau‘ des Lizenzrechts bisher vollständig fehlt.

⁶² Vgl. exemplarisch die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138 ff. sowie *Hirte*, ZIP 2008, 444, 449.

⁶³ Zur Einordnung von Verträgen über Software unter die jeweiligen Vertragstypen vgl. *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 ff. sowie *Brandt*, NZI 2001, 337, 339.

⁶⁴ Ausführlich hierzu *Hily*, MMR 2003, 3 ff.

allgemeinen Zivilrecht üblich – am Pflichtenprogramm der Parteien orientiert und ihm damit gar keine feststehende juristische Bedeutung Eigen ist.⁶⁵

Um es plastisch auszudrücken: Aus der Tatsache, dass ein Auto den Gegenstand eines Rechtsgeschäfts bildet, lässt sich kein Rückschluss auf den Vertragstypus ziehen; es könnte sich um einen Kauf-, Tausch-, Schenkungs-, aber auch einen Leasing- oder Mietvertrag handeln. Nicht anders verhält es sich aber bei Software. Die Tatsache, dass Nutzungsrechte an einem Computerprogramm den Gegenstand eines Rechtsgeschäfts bilden, lässt eine Einordnung des Vertragsverhältnisses nicht zu. Die Qualifikation setzt vielmehr voraus, das von den Parteien angestrebte wirtschaftliche Ergebnis und die zur Erreichung dieses Zweckes übernommenen Pflichten in den Blick zu nehmen. Diese können aber durchaus variieren. Eine Qualifikation des Softwareüberlassungsvertrags ‚an sich‘ ist also gar nicht möglich, weil es sich dabei lediglich um einen am Vertragsgegenstand orientierten Sammelbegriff, nicht um einen eigenen Vertragstypus handelt.

c) Unterscheidung nach typischen Interessenlagen

Um die Softwareüberlassung rechtlich zu erfassen, muss der Sammelbegriff daher in typische Konstellationen aufgegliedert und für diese jeweils die adäquate vertragsrechtliche Kategorie festgelegt werden.⁶⁶ Hierbei lassen sich drei verschiedene typische Interessenlagen unterscheiden.⁶⁷

Als erste Fallgruppe lassen sich die Verträge abgrenzen, in denen der Softwarehersteller seine Software entgeltlich überlassen, der Vertragspartner diese selbst anwenden, aber weder verwerten noch weiterentwickeln möchte. Klassisches Beispiel hierfür ist der Erwerb von Standardsoftware. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich hierbei um ein Warenumsatzgeschäft, d.h. ein Einmalschuldverhältnis, bei dem der Datenträger (bzw. die Datei)⁶⁸ gegen ein einmalig zu zahlendes Entgelt dauerhaft überlassen wird.⁶⁹ Angesprochen ist damit der ‚Softwareerwerb‘.

Davon zu unterscheiden sind Verträge, bei denen die Leistungen ebenfalls sofort ausgetauscht werden, der Erwerber die überlassene Software aber nicht nur selbst anwenden, sondern weitergehende Nutzungen daraus ziehen will, sie also bspw. in gewerblichem Ausmaß vervielfältigen oder weiterentwickeln möchte. Es handelt sich also um eine ‚dauerhafte Softwareüberlassung‘.

Die dritte typische Konstellation liegt vor, wenn an die Stelle der dauerhaften Softwareüberlassung eine zeitlich beschränkte Überlassung tritt und das Entgelt sich nach der Laufzeit der Überlassung richtet. Typisch für diese dritte Konstellation ist, dass der Hersteller neben der Überlassung der Software weitere Leistungspflichten übernimmt, bspw. die laufende Aktualisierung der Software oder auch Schulungen der Mitarbeiter des Erwerbers. Vertragsgegenstand ist hier die ‚Softwarenutzung‘.

c) Die Qualifikation als Lizenzvertrag

Um die Frage zu beantworten, ob § 108a InsO-E für alle drei Fallkonstellationen eine geeignete Lösung darstellt, muss man sich die logisch vorgelagerte Frage stellen, ob es sich bei Softwareüberlassungsverträgen überhaupt um Lizenzverträge handelt. Die Antwort hierauf hängt ihrerseits davon ab, ob man den Begriff des Lizenzvertrags als bloßen Hinweis auf den Vertragsgegenstand oder als Bezeichnung eines konkreten Vertragstypus auffasst.

⁶⁵ Marby, Softwareüberlassungsverträge (2004)⁴, Rdnr. 34.

⁶⁶ Ähnlich schon Heussen, GRUR 1987, 779, 787 ff.; Bartsch, CR 1992, 393 ff.; Stichelbrock, WM 2004, 549, 558.

⁶⁷ Für eine Differenzierung nach der Überlassungsdauer auch Berger, CR 2006, 505, 506 f.

⁶⁸ Zu Recht sprechen sich Hilty, MMR 2003, 3, 6 und Spindler/Klöhn, CR 2003, 81 ff., gegen eine Unterscheidung nach der jeweils verwendeten Technologie aus.

⁶⁹ Vgl. die Fallkonstellation bei Plath, CR 2005, 613.

Tatsächlich ist in der neueren Literatur die Tendenz zu beobachten, alle Formen von Softwareüberlassungsverträgen als Lizenzverträge zu bezeichnen, ohne dass mit dieser Kategorisierung schon eine Festlegung auf einen bestimmten Vertragstypus erfolgt.⁷⁰ Das Pflichtenprogramm der Parteien soll ebenso wie das dispositive Recht im Einzelfall danach bestimmt werden, zu welchem der normierten Vertragstypen die größte Ähnlichkeit besteht.⁷¹ *Marly* spricht in diesem Zusammenhang von einem ‚*Lizenzvertrag mit wechselndem gewährleistungsrechtlichen Kern*‘.⁷²

Demgegenüber wird der Begriff des Lizenzvertrags sowohl im Gemeinschaftsrecht⁷³ als auch in den Sonderschutzgesetzen⁷⁴ im Sinne eines – wenn auch gesetzlich nicht ausgeformten – Vertragstypus verwendet. In diesem engeren Sinne ist also nicht jeder Vertrag, bei dem einem Vertragspartner ein Nutzungsrecht an einem Immaterialgut gewährt wird, ein Lizenzvertrag. Der Begriff bezeichnet vielmehr nur solche Rechtsbeziehung der Parteien, die durch die lizenzvertragstypische Interessenlage geprägt wird. Sie lässt sich schlagwortartig durch folgende drei Charakteristika beschreiben:⁷⁵ erstens, der Lizenzgeber hat ein Interesse daran, sein Immaterialgut zu verwerten ohne die Herrschaft darüber vollständig aufzugeben; zweitens hat der Lizenznehmer das Interesse an der durch das Immaterialgut gewährten monopolartigen Vorzugsstellung teilzuhaben; und schließlich wird der Vertrag drittens durch den gewagten Charakter geprägt, der sich aus der Unsicherheit über den Bestand und die Verwertbarkeit des Immaterialgutes ergibt.⁷⁶ Idealtypus des Lizenzvertrags in diesem engeren Sinne ist damit ein Dauerschuldverhältnis, bei dem der Hauptleistungspflicht zur zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassung durch den Lizenzgeber die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Zahlung eines für bestimmte Zeitperioden zu entrichtenden Entgelts gegenübersteht.⁷⁷ Typische Nebenpflichten sind neben der Treuepflicht auf Seiten des Lizenzgebers bspw. die Aufrechterhaltung des Schutzrechts sowie zur Rechtsverteidigung, auf Seiten des Lizenznehmers die Rechnungslegungspflicht und gegebenenfalls eine Ausübungspflicht. In diesem Sinne bezeichnet der Begriff des Lizenzvertrags einen eigenständigen modernen Vertragstypus, der gesetzlich nicht geregelt neben die vom BGB kodifizierten Vertragstypen tritt.

Ein solcher enger Begriff des Lizenzvertrags ist m.E. vorzuziehen, einerseits weil er der Vorprägung durch das Gemeinschaftsrecht entspricht, andererseits weil für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes die wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung den Lizenzvertrag als Vertrag *sui generis* betrachtet.⁷⁸ Die Herausbildung eines eigenständigen modernen Vertragstypus entspricht auch einem realen Bedürfnis der Vertragspraxis. Vor allem aber zeigt die nähere Betrachtung des § 108a InsO-E, dass auch dem Gesetzesentwurf ein solches Verständnis des Lizenzvertrags als Vertragstypus zu Grunde liegt. Neben der Verwendung des Begriffs selbst ist dies insbesondere an der systematischen Stellung der Neuregelung im unmittelbaren Anschluss

⁷⁰ *Heussen*, GRUR 1987, 779, 789; *Bartsch*, CR 1992, 393, 394; *Brandt*, NZI 2001, 337, 338; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge (2004)⁴, Rdnr. 34, 193 ff; *Hilty*, MMR 2003, 3, 9 ff; *Wallner*, ZIP 2004, 2073, 2074.

⁷¹ In diesem Sinne wohl auch Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138, 140

⁷² *Marly*, Softwareüberlassungsverträge (2004)⁴, Rdnr. 90; so schon *Heussen*, GRUR 1987, 779, 789. Tatsächlich steht die Gewährleistungsproblematik in der Praxis im Vordergrund, vgl. *Hilty*, MMR 2003, 3, 5.

⁷³ Vgl. Art. 22 GMarkenVO; Art. 16 GGschmMVO; Art. 7 RL 96/9/EG; Art. 4 RL 2004/48/EG; Art. 1b TechnologietransferVO.

⁷⁴ Vgl. Art. 15 PatG; Art 30 MarkenG.

⁷⁵ Vgl. exemplarisch *Stumpf/Groß*, Der Lizenzvertrag (2005)⁸, Rdnr. 13 ff, *Marly*, Softwareüberlassungsverträge (2004)⁴, Rdnr. 79 f. sowie *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-Howvertrag (2007)⁸, 25 ff, 30 ff.

⁷⁶ Vgl. *Stumpf/Groß*, Der Lizenzvertrag (2005)⁸, Rdnr. 13.

⁷⁷ Vgl. BGH NJW 1982, 2861, 2863 – Hartmetallkopfböhrer.

⁷⁸ *Stumpf/Groß*, Der Lizenzvertrag (2005)⁸, Rdnr. 60; *Zeisig*, MittlPatAnw 2001, 240, 245; *Fexer*, WRP 2004, 793, 796; *Stückelbrock*, WM 2004, 549, 557; *Graef*, ZUM 2006, 104.

an die Sonderregelungen für Miete und Pacht abzulesen, die ein Verständnis des Lizenzvertrags als Dauerschuldverhältnis nahelegen.⁷⁹ Die Vorschrift über die Anpassung der Lizenzgebühren und die hierzu angeführte Begründung schließlich zeigen, dass die Zahlung der Lizenzgebühr *pro rata temporis* als Regelfall angesehen wird.

5. Erforderlichkeit einer Sonderregelung für Software

a) Der Anwendungsbereich des § 108a InsO-E

Überprüft man nun die oben unterschiedenen drei Fallgruppen der Softwareüberlassungsverträge an Hand dieses Maßstabs daraufhin, ob sie als Lizenzvertrag im Sinne dieser Vorschrift qualifiziert werden können, so fällt das Ergebnis durchaus unterschiedlich aus.

In der ersten Fallgruppe, dem ‚Softwareerwerb‘, besteht das primäre Interesse der Vertragsparteien in der reinen Softwareüberlassung im Sinne eines Warenumsatzgeschäftes.⁸⁰ Die Leistungen werden Zug-um-Zug ausgetauscht, ein vertragliches Dauerschuldverhältnis zwischen den Parteien nicht begründet: Ähnlich wie beim Kauf eines Buches kein Dauerschuldverhältnis zum Urheber begründet wird, weil die Nutzung des Buches im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs keine zustimmungsbedürftige Nutzung darstellt, ist auch bei Computerprogrammen der ‚Erwerber‘ nach § 69d UrhG⁸¹ berechtigt, das ihm überlassene Vervielfältigungsstück bestimmungsgemäß zu gebrauchen.⁸² Es handelt sich dabei um eine Schranke des Urheberrechts mit der Folge, dass das Recht des Erwerbers zur Nutzung insoweit nicht aus dem Vertrag fließt, sondern aus dem Gesetz.

Entgegen manchen Stimmen in der Literatur folgt daher aus der bloßen Tatsache, dass die in dem überlassenen Produkt verkörperte geistige Schöpfung durch das Immaterialgüterrecht geschützt wird, noch nicht zwangsläufig, dass auch ein vertragliches ‚Nutzungsrecht‘ eingeräumt wird.⁸³ Nicht jeder Vertrag, der zur Nutzung von Urheberrechten berechtigt, ist ein Vertrag über die Rechtseinräumung i.S.v. §§ 31 ff. UrhG.⁸⁴ Mangels Rechtseinräumung fehlt dem Vertrag daher die spezifisch urheberrechtliche Qualität.⁸⁵ Es handelt sich vielmehr um einen Austauschvertrag, der mit Austausch von Software gegen Entgelt beidseitig vollständig erfüllt ist und entsprechend gar nicht in den Anwendungsbereich des § 103 InsO fällt.⁸⁶ Der Streit, ob solche Verträge als Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag einzuordnen sind,⁸⁷ ist im vorliegenden Kontext⁸⁸ ohne Bedeutung, weil alle Vertragstypen Austauschverträge darstellen, die sobald die Software überlassen und das Entgelt gezahlt ist, keine weiteren Verpflichtungen der Vertragsparteien vorsehen, sich also in ihrer zeitlichen Dimension entsprechen: Sieht man von der Frage

⁷⁹ Vgl. hierzu die Stellungnahme des Bundesrates vom 12.10.2007, BT-Drs. 600/07, Begründung zu § 108a Satz 2/3 InsO.

⁸⁰ Vgl. *Gellis*, sic! 2005, 439, 440.

⁸¹ Vgl. Art. 5 Abs.1 RL 91/250 v 14.5.1991, über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl EU Nr. L 122, 42 ff.

⁸² vlg. BGH 4.10.1990, GRUR 1991, 449, 453: ‚Die Benutzung eines Werkes als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerkes oder eines Videofilms‘.

⁸³ *Gellis*, sic! 2005, 439, 440. A.A. aber *Heussen*, GRUR 1987, 779, 790, der stets von einer ‚modularen‘ Kombination von Austauschvertrag und Dauerschuldverhältnis ausgeht.

⁸⁴ So auch *Berger*, AcP 201 (2001) 411, 448.

⁸⁵ Eine solcher erhält der Vertrag erst aus der Rechtseinräumung, vgl. Wandtke/Bullinger/*Grunert*, Urheberrecht (2006)², Vor § 31 ff. UrhG, Rdnr. 6.

⁸⁶ *Berger*, CR 2006, 505, 506

⁸⁷ Ausführlich dazu *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 ff.

⁸⁸ Von Bedeutung ist die vertragstypologische Einordnung vor allem für die ergänzende Heranziehung dispositiven Rechts (hier steht naturgemäß das Gewährleistungsrecht im Vordergrund) sowie im Rahmen der AGB-Kontrolle (§ 307 Abs. 1 Nr. 1/2 BGB).

der Gewährleistung ab,⁸⁹ wird das Verhältnis des Schutzrechtsinhabers zum Vertragsgegenstand im Wesentlichen mit Übergabe beendet, und nicht wie bei einem Dauerschuldverhältnis durch die Instandhaltungspflicht geprägt.⁹⁰ Gerade deswegen wird die Überlassung von Software in Rspr. und Lehre ganz überwiegend dem Kaufvertrag gleichgestellt.⁹¹ Dass ein solcher Vertrag nicht als Lizenzvertrag im Sinne des § 108a InsO-E zu qualifizieren ist, ist unschädlich, weil die gesetzliche Nutzungsbefugnis – eben wie beim Kauf eines Buches – *per se* insolvenzfest ist. Eine Sonderregelung für den Insolvenzfall ist daher entbehrlich.

Ähnlich unproblematisch lässt sich die dritte Fallgruppe als Lizenzvertrag im Sinne des § 108a InsO-E qualifizieren: Das Interesse der Parteien ist auf die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses gerichtet, deren Hauptleistungspflichten – die Gewährung der Nutzungsbefugnis gegen ratenweise zu zahlendes Entgelt – im Synallagma stehen. Bei Insolvenz einer der beiden Parteien während der Laufzeit ist der Vertrag beidseitig noch nicht vollständig erfüllt und fällt damit grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 103 InsO. Der wirtschaftlich problematische Fall der Insolvenz des Softwarehauses wird durch die Ausnahme des § 108a InsO-E erfasst, der die geforderte Insolvenzfestigkeit der Nutzungsbefugnis herstellt.

Schwierigkeiten bereitet dagegen die zweite Konstellation, die eine Mittelstellung einnimmt, weil sie zwar in der Vertragsabwicklung einem Einmalschuldverhältnis ähnlich ist, der Umfang der Nutzungsbefugnis aber über die zustimmungsfreie, bereits aus dem Erwerb der Software folgende Befugnis hinausgeht. Folglich umfasst der Vertrag ungeachtet des Parteiwillens – der i.d.R. auf einen Kaufvertrag gerichtet ist⁹² – stets auch die Einräumung eines Nutzungsrechts im Sinne der §§ 31 ff. UrhG. Diese Verpflichtung zur dauerhaften Gebrauchsüberlassung ist folglich erst mit Vertragsbeendigung vollständig erfüllt. Entsprechend kann auch in dieser Fallgruppe die Frage der Insolvenzfestigkeit auftreten, obwohl der Vertrag durch den Austauschcharakter geprägt ist und folglich keinen Lizenzvertrag in dem oben beschriebenen engen Sinne darstellt.⁹³ Dass § 108a InsO-E diese Fallgruppe nicht erfasst, ist insoweit unproblematisch, als die fortgesetzte Verbindung zwischen den Parteien regelmäßig auf die Pflicht zur Nutzungsgewährung beschränkt ist, während der Erwerber das Entgelt bereits bezahlt hat. Folglich ist der Vertrag zumindest von Seiten des Erwerbers vollständig erfüllt und das Wahlrecht nach § 103 InsO schon aus diesem Grund ausgeschlossen.

b) Regelungslücke trotz Ausschluss des Wahlrechts nach § 103 InsO?

Trotzdem könnte hier eine zu schließende Gesetzeslücke vorliegen: Denn mit dem Ausschluss des Wahlrechts ist – auch wenn diese Frage in der Literatur dominant ist – das Problem der Insolvenzfestigkeit noch nicht abschließend gelöst.⁹⁴ Unter der Prämisse, dass der Erwerber vollständig geleistet hat, während der Hersteller *laufend* zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist, ist zwar das Wahlrecht nach § 103 InsO ausgeschlossen, die Bestandskraft des Nutzungsrechts aber keineswegs gesichert.⁹⁵ Vielmehr hat der Erwerber durch die Bezahlung des Entgelts vorgeleistet und ist damit aus dem funktionalen Synallagma⁹⁶ hinausgetreten.⁹⁷ Die Folge einer

⁸⁹ Vgl. dazu *Heussen*, GRUR 1987, 779, 787 ff.

⁹⁰ *Heussen*, GRUR 1987, 779, 787.

⁹¹ Für die Einordnung als zumindest kaufähnliches Warenumsatzgeschäft spricht nicht zuletzt § 453 BGB. Vgl. auch BGH 4.11.1987, CR 1988, 124; BGH 15.5.1990, CR 1991, 86 ff. m. Anm. *Brandi-Dobrn*; BGH 22.12.1999, CR 2000, 207 m. Anm. *Chrozziel*.

⁹² Vgl. *Grützmacher*, CR 2006, 289, 290.

⁹³ Vgl. *Wandtke/Bullinger/Grunert*, Urheberrecht (2006)², Vor § 31 ff. UrhG, Rdnr. 1, wonach nur solche Verträge dem Urhebervertragsrecht unterfallen, deren Kern in der Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse zu sehen ist.

⁹⁴ Missverständlich ist daher die Empfehlung von *Graef*, ZUM 2006, 104, 106 zum Ausschluss des Wahlrechts möglichst eine Einmalzahlung zu vereinbaren.

⁹⁵ So auch *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 833.

⁹⁶ *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 833.

solchen Vorleistung ist bekannt: die Gegenleistung wird zu einer Insolvenzforderung, an die Stelle der Naturalleistung tritt der Anspruch auf Schadenersatz.⁹⁸ Mit anderen Worten tritt genau die Situation ein, die der Gesetzgeber durch die Neuregelung zu vermeiden sucht: Der Softwarenutzer droht sein Nutzungsrecht einzubüßen.

c) Zwischenergebnis: Notwendigkeit einer Fiktion

Die zweite Frage lässt sich daher wie folgt beantworten: Die geplante Neuregelung erscheint grundsätzlich auch für Lizenzverträge an Urheberrechten einschließlich Computerprogrammen adäquat. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass nicht alle Verträge, in denen sich der Hersteller von Software zur dauernden Gebrauchsüberlassung verpflichtet, als Lizenzvertrag i.S.v. § 108a InsO-E zu qualifizieren sind. Die Problematik der Softwareüberlassungsverträge wird damit nicht abschließend geregelt. Nicht erfasst werden insbesondere die in der Praxis häufigen Softwareüberlassungsverträge, die in ihrem Gesamtcharakter als kaufähnliche Einmalschuldverhältnisse zu erfassen sind, dessen ungeachtet aber stets mit einer Rechtseinräumung nach §§ 31 ff. UrhG einhergehen. Ihrem Austauschcharakter wird man nur gerecht, wenn sie von einer nachfolgenden Insolvenz des Lizenzgebers nicht mehr erfasst werden. Da das Nutzungsrecht in dieser Konstellation aber aus Vertrag und nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgt, ist eine Regelung erforderlich, die die Bestandsfähigkeit des Nutzungsrechts gewährleistet. Diese ließe sich schlicht dadurch erreichen, dass mit Überlassung der Software die vollständige Erfüllung seitens des Lizenzgebers gesetzlich fingiert wird.

6. Ergebnis

Die rechtliche Behandlung von Lizenzverträgen nach geltendem Recht wird den Bedürfnissen der Wirtschaft nicht gerecht und beeinträchtigt den Rechtsverkehr mit Rechten des Geistigen Eigentums. Insoweit liegt in der Tat eine dringend zu schließende Gesetzeslücke vor. Dieses Problem könnte durch die geplante Einführung des § 108a InsO-E behoben werden. Positiv hervorzuheben ist an der nunmehr vorgesehenen Regelung einerseits, dass sie dogmatisch konsistent nicht auf die Lizenz als dem Nutzungsrecht Bezug nimmt, sondern an den Lizenzvertrag anknüpft. Durch die einheitliche Behandlung aller Schutzrechte leistet sie sowohl einen Beitrag zur Herausbildung des Lizenzvertrags als eigenständigem Vertragstypus, wie sie die Rückbindung an das allgemeine Zivilrecht ermöglicht.

Die Beschränkung auf die Insolvenz des Lizenzgebers rechtfertigt sich aus der Tatsache, dass der Entzug des Nutzungsrechts für einen Lizenznehmer, der entsprechende Investitionen getätigt hat oder dessen Geschäftsbetrieb maßgeblich auf diesem Nutzungsrecht aufbaut, unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Schaden nach sich ziehen kann, während die Bestandsfähigkeit des Lizenzvertrags in der Insolvenz des Lizenznehmers an faktische Grenzen stößt.

Die vorgesehene Regelung erscheint auch für den Bereich des Urheberrechts und spezifisch für Verträge adäquat, die Lizenzen an Computerprogrammen zum Gegenstand haben. In der einheitlichen Regelung für alle Schutzrechte ist gerade ein Vorzug zu sehen, weil er der Tendenz zur übermäßigen Ausdifferenzierung zwischen den Schutzrechten Einhalt gebietet und die Rückbindung an das allgemeine Zivilrecht erleichtert.

Hervorzuheben ist im vorliegenden Kontext jedoch, dass der Begriff der Softwareüberlassungsverträge nicht mit dem Begriff des Lizenzvertrags i.S.v. § 108a InsO-E gleichgesetzt werden darf. Insoweit erscheint die verbreitete Begriffsbildung als Softwareüberlassungsvertrag unglücklich, weil sie entgegen der überkommenen zivilrechtlichen Dogmatik nicht an der typisierten Interessenlage der Parteien, sondern am Vertragsgegenstand orientiert ist. Um diese in das allgemeine Zivilrecht – und das darauf Bezug nehmende Insolvenzrecht – einzuordnen, muss

⁹⁷ *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7, 12.

⁹⁸ *Kreft*, in: MünchKomm InsO II (2008)², § 103 Rdnr. 16.

folglich zwischen drei verschiedenen Typen von Softwareüberlassungsverträgen unterschieden werden: Der häufige Fall des ‚*Softwareerwerbs*‘ ist dabei als typisches Warenumsatzgeschäft zu qualifizieren und wirft mangels vertraglicher Rechtseinräumung gar keine insolvenzrechtlichen Probleme auf. Dem stehen klassische ‚*Softwarelizenzverträge*‘ an urheberrechtlich geschützten Computerprogrammen gegenüber, bei denen der Wille der Parteien auf Begründung eines Dauerschuldverhältnisses gerichtet ist und deren insolvenzrechtliche Erfassung durch die Einfügung des neuen § 108a InsO-E einer adäquaten Lösung zugeführt würde. Problematisch bleibt dagegen der Fall der ‚*Softwareüberlassung*‘, weil die Parteien wirtschaftlich einen Austauschvertrag anstreben, auf Grund der Konzeption des Urheberrechtsschutzes aber in ein Dauerschuldverhältnis gezwängt werden. Soweit sich die Verpflichtung aus diesem Dauerschuldverhältnis in der dauerhaften Gebrauchsüberlassung erschöpft, sollten diese Verträge ihrer wirtschaftlichen Bedeutung entsprechend auch in der Insolvenz als Einmalschuldverhältnisse behandelt werden, mit der Folge, dass die Insolvenz eines Vertragspartners den Bestand des Nutzungsrechts unberührt lässt.