

Nutzungsrechte an Computerprogrammen in der Insolvenz – eine dringend zu schließende Regelungslücke im Gesetz ?

Vortrag Jahrestagung 2008 der GRUR, Arbeitskreis für Software-Recht, Do. 22.05.2008 in Stuttgart.

Rechtsanwalt Detlef Ulmer, RiOLG i.R. Rechtsanwaltpartnerschaft
von *Boetticher Hasse Lohmann* – München, Frankfurt, Berlin.

Vorüberlegung

Die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ist nicht primär nach juristischen oder gar forensischen, auch nicht zwangsläufig nach wirtschaftlichen Notwendigkeiten, zu beantworten. Nach den Regeln der Gewaltenteilung ist die Entscheidung darüber Sache der Legislative, mithin der Politik. Sie wird und soll nach ihren eigenen Maßstäben entscheiden.

Dennoch ist die Entscheidungsfindung auch für die Politik nicht unabhängig von den rechtlichen Regeln, die geändert werden sollen und von Überlegungen zur Zweckmäßigkeit neuer Regeln im Hinblick besonders darauf, ob sie das gesetzte Ziel erreichen können und wie sie sich auf andere betroffene Rechte, aber auch auf die Rechtsordnung insgesamt auswirken.

Auch die Akzeptanz der zu ändernden und der neuen Regeln ist nicht unabhängig von deren juristischer Einordnung, aber auch nicht von der wirtschaftlichen und forensischen Wirklichkeit. Dabei kann nicht allein der Maßstab sein, ob ein gefundenes juristisches Verständnis dogmatischen Ansprüchen genügen kann. Akzeptabel ist nur ein solches Verständnis, das sich den Betroffenen erschließt.

Es ist also legitim, aus juristischer Sicht zur politischen Frage der Notwendigkeit einer Neuregelung, auch im Hinblick auf die Behandlung von Nutzungsrechten an Computerprogrammen Stellung zu nehmen*, obwohl diese Sicht nur ein Entscheidungsfaktor neben anderen sein kann.

Das Problem

Die Konkursordnung vom 10.02.1877¹ bestimmte bis zum 31.12.1998, dass ein Miet- oder Pachtvertrag auch der Konkursmasse gegenüber wirksam sei, wenn der Gemeinschuldner einen (beliebigen) von ihm vermieteten oder verpachteten Gegenstand dem Mieter oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen hatte.

Mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 wurde § 21 KO durch § 108 InsO ersetzt. Danach bestehen nur noch Miet – und Pachtverhältnisse über einen unbeweglichen Gegenstand mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort.

§ 103 InsO gibt in den anderen Fällen dem Insolvenzverwalter das Recht, zu wählen, ob er einen noch nicht beiderseits erfüllten Vertrag erfüllen oder dessen Erfüllung ablehnen will. Lizenzverträge gehören nach allgemeinem Verständnis² zu den Dauerschuldverhältnissen über bewegliches

* Stellungnahmen, auch solche, die hier zitiert werden, zum Gesetzesentwurf sind im Internet abrufbar unter der Adresse: www.jura.uni-augsburg.de/de/prof/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/entschuldung_mittelloser_personen/

¹ Konkursordnung vom 10.02.1877, § 21 Abs.

„Hatte der Gemeinschuldner einen von ihm vermieteten oder verpachteten Gegenstand dem Mieter oder dem Pächter vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so ist der Miet- oder Pachtvertrag auch der Konkursmasse gegenüber wirksam“

² BGH Urteil 17.11.2007 IX ZR 162/04 Rdnr.212 m.w.N.

Vermögen, die an einem beliebigen Punkt ihrer Laufzeit, an dem Insolvenz des Lizenzgebers eintritt, naturgemäß nicht vollständig erfüllt sind.

Das mag man hinnehmen, wenn der Schuldner Lizenznehmer ist. Der Insolvenzverwalter hat kann die Entscheidung treffen, ob der Vertrag für die Insolvenzmasse nützlich ist, man also an ihm festhalten sollte, oder nicht. Für den Lizenzgeber kann so zwar ein möglicherweise besonders günstiges Entgelt verloren gehen, weil sein Vertragspartner insolvent geworden ist. Damit verwirklicht sich aber nur das normale Insolvenzrisiko. Er wird sein geistiges Eigentum erneut vermarkten müssen.

Ist der Schuldner aber Lizenzgeber, so kann das Ergebnis der Entscheidung des Insolvenzverwalters gelegentlich schwerwiegende unerwünschte Folgen, zumindest für den Lizenznehmer haben. Erkennt nämlich der Insolvenzverwalter eine Lizenzvertrag als im Zeitpunkt seiner Entscheidung ungünstig für den Schuldner, so wird er pflichtgemäß in jedem Falle – sei es, dass er eine Unternehmensfortführung plant oder eine Liquidierung – die Erfüllung ablehnen und den Lizenz-Gegenstand, etwa das Nutzungsrecht an einem Computerprogramm, aber auch ein Verfahrenspatent für Herstellung eines forschungsintensiven Massengutes, herausverlangen. Dadurch kann der Lizenznehmer schwerwiegend geschädigt werden

***Beispiel³:** Ein kleines Unternehmen entwickelt ein neues Verfahren für die Proteinsynthese und lässt sich dies patentieren. Auf der Grundlage dieses Patents räumt es einem großen Unternehmen eine Lizenz zur Nutzung des Verfahrens ein, das im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages ein neues Medikament zur Marktreife bringt. Der Patentinhaber wird insolvent. Im Insolvenzverfahren macht der Insolvenzverwalter zur Anreicherung der Insolvenzmasse von seinem Recht Gebrauch, den Lizenzvertrag mit dem Unternehmen zu beenden und die Lizenz zu einem erheblich höheren Preis an ein Konkurrenzunternehmen zu vergeben. Folge ist, dass der erste Lizenznehmer sein neues Medikament nicht weiter vertreiben kann und ihm hierdurch ein Schaden entsteht, der im Regelfall einen mehrfachen Millionenbetrag ausmacht.*

Die Lösung durch § 108a InsO

Am 31.08.2007 legte die Bundesregierung einen **Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen** vor, nach Beratung über entsprechende Anträge der Bundesländer Bayer, Brandenburg und Berlin nahm der Bundesrat mit Beschluß vom 12.10.2007 gem. Art. 76 Abs.2 GG dazu Stellung. Darauf legte die Bundesregierung den Gesetzesentwurf vom 06.12.2007⁴ vor, zu dem am 23.04.08 eine öffentliche Anhörung stattfand, und in dem ausgeführt ist:

Die Insolvenzfestigkeit von Lizenzen wird in einem neu einzufügenden § 108a InsO-E geregelt; dabei wird dem Interesse des Lizenznehmers am Bestand des Lizenzvertrags besonders Rechnung getragen.

§ 108a InsO-E lautet:

„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 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.“

Sie enthält bei näherem Hinsehen drei Sätze mit verschiedenen Regelungen, nämlich eine zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen,

Satz 1

³ Pressemitteilung der Bundesjustizministerin vom 29.06.2007 der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister

⁴ BT-Drucksache 16/7416, die auch die Gegenäußerung zum Beschluss der Bundesländer enthält

Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort.

eine zur Anpassung der Schuld der Insolvenzmasse

Satz 2

Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen.

und eine zur Anpassung des Anspruchs der Insolvenzmasse:

Satz 3

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.

Die Begründung der Bundesregierung

Die Begründung der Bundesregierung betrifft vornehmlich zwei Entscheidungen, nämlich ob eine Regelung überhaupt notwendig ist und sodann, weshalb sie so und nicht anders gestaltet werden soll.

Notwendigkeit des geplanten Gesetzes

Die Begründung der Bundesregierung⁵ zur Notwendigkeit des neuen Gesetzes besteht im Wesentlichen aus zwei miteinander verwandten Argumenten.

Zum einen schwäche die Gesetzeslage dem Wirtschafts- und Forschungsstandort Deutschland, weil eine Lizenz, die in Deutschland erworben wird, unsicherer sei als eine in einem Land mit insolvenzfester Lizenzregelung wie USA und Japan erworbene.

⁵ Die Begründung der Bundesregierung (BT-Drucksache 16/7416, Seite 43) im Wortlaut:

VI Sicherung des Wirtschafts- und Forschungsstandorts Deutschland bei Lizenzverträgen.

Seit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung fallen Lizenzverträge unter § 103 Abs. 1 InsO und sind damit im Gegensatz zur Rechtslage nach der Konkursordnung nicht mehr insolvenzfest. Falls der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt, tritt eine Umgestaltung des Vertragsverhältnisses ein. Dem Vertragspartner steht nur noch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 103 Abs. 2 InsO zu, der eine einfache Insolvenzforderung darstellt, die zur Insolvenztabelle angemeldet werden kann und in der Regel mit einer geringen Quote bedient wird.

Hierdurch können insbesondere bei Patentlizenzen, aber auch bei den Lizenzen an Computersoftware und musikalischen Werken in der Insolvenz des Lizenzgebers geradezu ruinöse Auswirkungen bei dem Lizenznehmer eintreten. Vor allem Arzneimittel benötigen lange Entwicklungszeiten und hohe Entwicklungskosten, die für die lizenznehmenden Unternehmen im Falle der Insolvenz verloren wären. Auch andere Branchen wie beispielsweise die Musikverlage sind existenziell vom Bestand der abgeschlossenen Lizenzverträge abhängig. Andere Länder, insbesondere die Exportstaaten USA und Japan, haben auf diese Situation bereits reagiert und in ihrer nationalen Gesetzgebung Lizenzen insolvenzfest ausgestaltet. Dem soll durch die Schaffung des § 108a InsO-E Rechnung getragen werden. Die Neuregelung wird im internationalen Wettbewerb eine nachhaltige Stärkung des Wirtschafts- und Forschungsstandorts Deutschland zur Folge haben und eine drohende Abwanderung lizenznehmender Unternehmen in das Ausland zur Nutzung der dortigen Insolvenzfestigkeit von Lizenzen verhindern. Neben dieser wirtschaftlichen Bedeutung soll die Neuregelung auch die individuellen Interessen des Lizenzgebers (hier: des Schuldners) und des Lizenznehmers (hier: des Gläubigers) zu einem angemessenen Ausgleich bringen.

Zum anderen müssen die individuellen Interessen des Schuldners als Lizenzgeber und des Gläubigers als Lizenznehmer ausgeglichen werden, wobei (s.o) „dem Interesse des Lizenznehmers am Bestand des Lizenzvertrags besonders Rechnung“ zu tragen sei.

Gestaltung des Gesetzesentwurfs

Das Gesetz soll Teil der Insolvenzordnung werden. Es will nicht nur die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen bestimmen sondern zugleich einen angemessenen Interessenausgleich in Ansehung der Wirkungen der Insolvenzfestigkeit auf Schuldner und Gläubiger ermöglichen.

Anders als bei den bisherigen Gesetzen zur Regelung von Rechten des geistigen Eigentums, dem Gesetz zur Bekämpfung der Produktpiraterie von 1990 und den Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, sollen die Regeln nicht in die einzelnen Gesetze des geistigen Eigentums, nach an der Richtlinie 2004/48/EG orientiertem Verständnis sind dies das PatentG, das GebrauchsmusterG, das MarkenG, das HalbleiterschutzG, das UrhG, das GeschmacksmusterG und das SortenschutzG., eingefügt werden. Die Bundesregierung befürchtet, dass mit der Kultur deutschen Rechts gestaltete vertragliche Vereinbarungen zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen international nicht akzeptiert werden und in Zukunft besser vermieden werden sollten:

„[Komplizierte] dem nationalen Recht entlehnte[] Lösungsmöglichkeiten erscheinen indes nicht geeignet, dem Sicherheitsbedürfnis des Lizenznehmers umfassend Rechnung zu tragen, und dürften insbesondere im angloamerikanischen Rechtskreis, dem diese Rechtsformen fremd sind, kaum auf Akzeptanz stoßen. Einer materiell-rechtlichen Konstruktion ist deshalb eine in das Insolvenzrecht eingebettete verfahrensrechtliche Lösung vorzuziehen, die den berechtigten Interessen der Lizenznehmer Rechnung trägt. Damit kann im internationalen Wettbewerb eine nachhaltige Stärkung des Wirtschafts- und Forschungsstandorts Deutschland erreicht und eine drohende Abwanderung von Unternehmen in das Ausland unterbunden werden.“⁶

Offene Fragen

Die Bundesregierung sieht als Reaktion auf Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf vom 31.08.2007 noch Entscheidungsbedarf zu drei Überlegungen⁷:

1. Die Entscheidungen zu Satz 2 und 3 des § 108 a InsO-E und die Laufzeit der Lizenzverträge könnten das Insolvenzverfahren verlängern. Das Problem werde aber „regelmäßig dadurch entschärft, dass bei einem namhaften Entgelt für die Lizenz eine Veräußerung durch den Insolvenzverwalter gelingt“.
2. Die Aufrechterhaltung der Pflichten des Schuldners kann zu einer Belastung der Masse führen und damit zu einer Schädigung der Gesamt-Gläubigerschaft, besonders bei zu geringem Lizenzentgelt. Hierzu seien § 108a InsO-E Satz 2 und 3 nochmals zu prüfen.
3. Wie die Interessen in Lizenzketten „angemessen austariert werden können“ sei noch zu prüfen.

Stellungnahmen Betroffener

Im bisherigen Gesetzgebungsverfahren sind zunächst zum Gesetzesentwurf vom 30.08.2007 und dann in der Anhörung vom 23.04.2008 zum inhaltsgleichen Gesetzesentwurf vom 06.12.2007 Stellungnahmen abgegeben worden, die deutlich verschieden ausfallen, je nachdem, ob sie aus der Sicht des Insolvenzrechts, aus der Sicht der lizenznehmenden Wirtschaft oder eher neutralerer Sicht, etwa von neutralen Wissenschaftlern und wissenschaftlichen Vereinigungen wie der GRUR und der DGRI verfasst sind. Soweit diese Stellungnahmen nicht mit dem Gesetzesentwurf und seiner Begründung übereinstimmen, ergeben sich im Wesentlichen folgende Wünsche:

⁶ BT Drucks. 16/7416 S. 59

⁷ BT-Drucks. 16/7416, S. 143

Für die Insolvenzfestigkeit

Es überrascht nicht, dass die lizenznehmende Wirtschaft für die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen eintritt. Die Argumente dafür sind im Wesentlichen die des Gesetzgebers.

Wichtig erscheint aber noch der Hinweis⁸, dass die Lizenzgebühren regelmäßig nicht „pro rata tempore“ gezahlt werden, sondern in größerer Höhe bereits am Beginn des Lizenzierungszeitraumes (signing fee, up-front payment o.ä.). Das führt natürlich dazu, dass Lizenzverträge während der Folge für den Lizenzgeber nicht mehr attraktiv sind, mithin auch nicht mehr für den Insolvenzverwalter. Das mache es besonders ungerecht, die weitere Erfüllung des Lizenzvertrages abzulehnen. Wovon die Praxis mit verheerenden Folgen für den Insolvenzhändler Gebrauch macht⁹.

Die Ablehnung der weiteren Erfüllung von Lizenzverträgen schädigt den Forschungsstandort Deutschland. Forschende und Lizenzgebende Unternehmen richteten sich darauf ein, dass Lizenzen dort nachgefragt werden, wo sie insolvenzfest sind – für Urheberrechte nicht nur die USA und Japan sondern auch in Europa Dänemark, die Niederlande Finnland und Spanien¹⁰. Deshalb werden zunehmend Lizenzholdings in diese Länder verlagert, in denen dann auch der Ertrag der Forschung verbleibt.

Bestehende Lizenzverträge mehren die Masse durch die Lizenzgebühren. Ein Fortbestand der Vertragsverhältnisse führt zum Erhalt des „good will“ und ermöglicht die Veräußerung des Unternehmens oder von Teilen davon zu Gunsten der Insolvenzmasse

Besondere Probleme wegen der Lizenzkette werden nicht gesehen¹¹. Das Risiko ist in der industriellen Praxis bekannt und keines, dass mit dem Insolvenzverfahren zusammenhängt. Eine Unterlizenz kann auch deshalb notleidend werden, weil der Hauptlizenzvertrag aus den unterschiedlichsten Gründen wegfällt, etwa durch außerordentliche Kündigung.

Gegen die Insolvenzfestigkeit

Insolvenzrechtler sprechen sich durchweg aus Gründen, die in der Dogmatik und Zielsetzung des Insolvenzrechts verankert sind, gegen die Insolvenzfestigkeit von Lizenzen aus, weil die Sonderbehandlung einzelner Gläubiger dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, gegen den schon zweifach und damit genug ohne Not verstoßen worden sei¹². Man befürchtet eine „systematische Verwässerung“¹³, besser solle eine gleiche Behandlung auf dann eben für Lizenznehmer „schlechtes Niveau“ erfolgen¹⁴.

Der Gleichbehandlungssatz sei Voraussetzung für eine Sanierung, § 103 InsO ein Sanierungsinstrument. Denn nur dann, wenn der Insolvenzverwalter auch bei Lizenzverträgen die Wahl habe, unrentierliche abzulehnen und rentierliche zu erfüllen könne ein Unternehmen entsprechend dem Ziel der InsO erhalten und saniert werden.

Dieses Ziel mache auch deutlich, dass den Lizenznehmern kein großes Unrecht geschehen könne. Sei ein Vertrag unrentierlich, so habe er auch zur Insolvenz beigetragen, deshalb sei es hinnehmbar, den dadurch Begünstigten zu belasten. Für jeden Vertragspartner stelle die Insolvenz der anderen Vertragspartei eine Belastung dar. Im Übrigen könne der Vertragspartner, wenn ihm das alles so wichtig ist, sich ja durch eine Erfüllungsgarantie oder Versicherung (completion bond)¹⁵ absichern. Sei ein Vertrag rentierlich, so sei überdies der Insolvenzverwalter sowieso gezwungen, ihn im Interesse der Masse zu erhalten¹⁶.

⁸ Bausch, Boehringer-Ingelheim GmbH, Stellungnahme vom 14.04.08 Seite 2

⁹ Hirte, Universität Hamburg, Stellungnahme zur Anhörung am 9. und 23.04.08, Seite 2

¹⁰ AIPPI Kongress 2006 Göteborg, Frage Q 190 Bericht Ziff. 7 und 6

¹¹ Bausch, Boehringer-Ingelheim GmbH, Stellungnahme vom 14.04.08 Seite 4

¹² Marotzke, Universität Tübingen, Stellungnahme vom 16.04.08, Seite 11 näher dazu

¹³ DAV Insolvenzrechtsausschuß, Stellungnahme zur Anhörung 23.04.08, Seite 3

¹⁴ Leithaus, CMS Köln, Stellungnahme April 2008, Seite 4

¹⁵ Leithaus, CMS Köln, Stellungnahme April 2008, Seite 9

¹⁶ Leithaus, CMS Köln, Stellungnahme April 2008, Seite 7

Dem Wirtschaftsstandort Deutschland diene ein zuverlässiges und funktionierendes Insolvenzrecht ebenso wie ein dem Lizenznehmer günstiges Lizenzrecht.¹⁷

Änderungen und Ergänzungen

Verbände, Insolvenz – und IP-Rechtler sind mit der Fassung des Gesetzesentwurfes nicht sehr zufrieden.

Änderungen

Die Natur eines „Lizenzvertrage[s] über ein Recht am geistigen Eigentum“ ist undeutlich. Lizenzverträge beziehen sich auf Schutzrechte, nicht auf Rechte an diesen Schutzrechten¹⁸ sodass eine Formulierung wie die von der GRUR¹⁹ vorgeschlagene wohl eher konsensfähig wäre und überdies der Rechtsprechung Raum für Differenzierungen ließe:

„Ein vom Schuldner als Lizenzgeber geschlossener Lizenzvertrag besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort“

Mehrheitlich lehnen die Stellungnahmen auch die Fassung des Satzes 2 ab. Die Differenzierung von Haupt- und Nebenpflichten schaffe unnötige Probleme. Wenn die Vorschrift nicht wegfallen könne, - was besser wäre, weil sie konfliktträchtig²⁰ ist – so wird eine einfachere Lösung gefordert. Die DGR²¹ möchte die Erfüllungspflicht auf auch gesonderte vertragliche Vereinbarungen über die Herausgabe des Quellcodes erstreckt sehen und will das ausdrücklich normiert sehen. Die von der GRUR vorgeschlagene Fassung

„Das gilt für vertragliche Pflichten nur in dem Umfang, der erforderlich ist, um dem Lizenznehmer die Ausübung der durch die Lizenz eingeräumten Befugnisse zu ermöglichen.“

wäre aber wohl konsensfähig und ließe überdies auch hier der Rechtsprechung Raum für Differenzierungen.

Der Satz 3 wird allgemein als missglückt empfunden. Insolvenzrechtler begrüßen zwar den dadurch gewährten Ausgleich für die Insolvenzmasse, Betroffene halten allerdings die nachträgliche Äquivalenzanpassung über die dafür vorhandenen allgemeinen Instrumente (§ 313 BGB, das Anfechtungsrecht der §§ 129ff InsO) hinaus für eine „systemwidrige und insolvenzrechtlich singuläre Entgeltkontrolle“.²² Neben dem Streit, auf welchen Zeitpunkt es ankommen soll – bei Vertragsschluss oder bei Insolvenzeröffnung - wird die Feststellung einer marktgerechten Vergütung und eines auffälligen Missverhältnisses für sehr problematisch und konfliktträchtig gehalten. Im Urheberrecht habe sich überdies Regeln zur Vertragsanpassung, z.B. § 32 UrhG nicht bewährt sondern langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen provoziert.²³ Insgesamt sind die Stellungnahmen in der Tendenz eher ablehnend gegen eine solche Regelung²⁴, was in der Stellungnahme des VFA eV²⁵ in die Formulierung mündet: „Insofern würden wir eine Streichung des § 108a Satz 3 InsO-E im Gesetzgebungsverfahren begrüßen.“

¹⁷ Leithaus, CMS Köln, Stellungnahme April 2008, Seite 15

¹⁸ Bullinger, CMS Berlin, Stellungnahme vom 17.04.08 Seite 3

¹⁹ GRUR, Stellungnahme vom 19.11.2007, GRUR 2008,S.134 -139

²⁰ Stellungnahme VFA Verband forschender Arzneimittelhersteller e.V vom 23.08.2007, Seite 3
Stellungnahme BDI vom 31.08.2007, Seite 3

²¹ DGRI Stellungnahme vom 10.09.2007 Seite 5

²² GRUR, Stellungnahme vom 19.11.2007, GRUR 2008,S.134 -140

²³ GRUR, Stellungnahme vom 19.11.2007, GRUR 2008,S.134 -140

²⁴ Deutlich: DAV Insolvenzrechtsausschuß, Stellungnahme zur Anhörung 23.04.08, Seite 4

Hirte, Universität Hamburg, Stellungnahme zur Anhörung am 9. und 23.04.08, Seite 5

Stellungnahme VFA Verband forschender Arzneimittelhersteller e.V vom 23.08.2007, Seite 5

²⁵ Stellungnahme VFA Verband forschender Arzneimittelhersteller e.V vom 23.08.2007, Seite 6

Ergänzungen

Aus insolvenzrechtlicher Sicht erfolgt die Anregung, der Gesetzgeber möge auch die Sonderkündigungsrechte und die Regelungen der Vorausverfügung in den §§ 109 – 111 InsO überprüfen.²⁶

Zur Lizenz in der Kette finden sich wesentlich zwei Lösungsvorschläge.

1. Der Übergang der Lizenz auf den Hauptlizenzgeber²⁷.
2. Der Fortbestand der Hauptlizenz, soweit nötig.²⁸

Von der DGRI wird²⁹ die Erstreckung der Insolvenzfestigkeit auf Pflegeverträge und Escrow-Vereinbarungen angeregt.

Eigene Stellungnahme

Hier sind drei Fragen zu stellen und voneinander zu trennen.

1. Ist das Gesetz geeignet, die politischen Ziele des Gesetzgebers zu erreichen?
2. Stehen dem Gesetz zwingende Gründe entgegen?
3. Ist das Gesetz entbehrlich, weil das geltende Recht ausreicht, sein Ziel zu erreichen?

Ist das Gesetz geeignet, die politischen Ziele des Gesetzgebers zu erreichen?

Das Gesetz ist geeignet, seine wirtschaftspolitischen Ziele zu erreichen. Auch die vorliegenden Stellungnahmen nehmen das nicht in Zweifel.

Sinnvoll und ausreichend erscheint, das Problem der Lizenz in der Kette über den Satz 2 des Entwurfs des § 108a InsO im Insolvenzrecht nicht zu regeln. Hier verwirklicht sich kein Problem des Insolvenzrechts. Bei den vorgeschlagenen ergänzenden Lösungen zur Lizenzkette ist bedenklich, den Hauptlizenzgeber mit den Risiken des Vertrages zwischen dem Schuldner und dem Unterlizenznehmer zu belasten. Dieser Vertrag wäre dann nämlich im Ergebnis zu Lasten eines Dritten wirksam.

Die Erstreckung der Insolvenzfestigkeit auf Pflegeverträge und Escrow-Vereinbarungen sollte nicht gesondert normiert werden, weil diese unter den Satz 2 des Entwurfs des § 108a InsO im Insolvenzrecht subsumiert werden könnten.

Satz 3 des Entwurfs des § 108a InsO im Insolvenzrecht – Vertragsanpassung – erscheint mir aus den dargestellten Gründen nicht besonders sinnvoll. Er sollte gestrichen werden. Der Ausgleich für die Insolvenzmasse wird mit der Rechtsunsicherheit für die Wirtschaft, die das Gesetz ja gerade beseitigen soll, zu teuer erkaufte. Dieser Ausgleich führte außerdem zu Ungerechtigkeiten, wenn man auf das aktuelle marktübliche Entgelt abstellt, Vorrausleistungen aber nicht einbezieht. Die Billigkeit zu sichern dürften die allgemeinen Regeln, etwa § 313 BGB und die §§ 129 ff InsO genügen.

Stehen dem Gesetz zwingende Gründe entgegen?

Auch wenn nicht zu übersehen ist, dass sich die Regelung des § 108a InsO-E nicht recht in das System des auf Erhalt des insolventen Unternehmens ausgerichteten modernen Insolvenzrechts einpassen will, auch wenn dadurch Nachteile entstehen: Es ist eine Frage der Zweckmäßigkeit und

²⁶ Marotzke, Universität Tübingen, Stellungnahme vom 16.04.08, Seite 15 näher dazu

²⁷ Bullinger, CMS Berlin, Stellungnahme vom 17.04.08 Seite 4

²⁸ GRUR, Stellungnahme vom 19.11.2007, GRUR 2008, S.134 -140

²⁹ DGRI Stellungnahme vom 10.09.2007 Seite 5

der Bewertung und Gewichtung dieser Auswirkungen. Diese hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz vorgenommen.

Der Gesetzgeber hält es damit für sinnvoller, vitalen Unternehmen einen Standortvorteil Deutschlands zu signalisieren. Welche Signalwirkung dagegen ein besonders effizientes Insolvenzrecht für die Beurteilung der wirtschaftlichen Attraktivität eines Landes hat richtet sich wohl sehr nach der Sicht des Betrachters. Es bedarf erheblicher juristischer Schulung, um in einem dogmatischen und systematischen Insolvenzrecht einen Standortvorteil zu erkennen. Ein schwerwiegender dürfte es kaum sein.

Ist das Gesetz entbehrlich, weil das geltende Recht ausreicht, sein Ziel zu erreichen?

Es ist bezeichnend, dass die Rezipienten der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.11.2005³⁰ darin vor allem die Verfestigung der Rechtsauffassung, Lizenzverträge seien Dauerschuldverhältnisse, die während ihrer Laufzeit nicht vollständig erfüllt sind und deshalb nach §103 InsO dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters unterfallen, gesehen haben. Diese Lesart der Entscheidung ist einer der Beweggründe für das Gesetz.

Diese Entscheidung enthält nämlich auch die Anerkennung der bedingten Übertragung der zunächst lizenzierten Verwertungsrechte eines Urheberrechts an einem Computerprogramm (und des Quellcodes), wenn die Bedingung nicht die Insolvenz selbst ist. Hier war die Bedingung die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Lizenzvertrages, nur „auch“ bei Insolvenz des Lizenzgebers. Der Bundesgerichtshof hat so die endgültige und damit insolvenzfeste Überlassung von Nutzungsrechten an Computerprogrammen ermöglicht.

Der Entscheidung liegt das Paradigma zugrunde, dass über die Rechte verfügt werden kann und mit der Überlassung der Rechte die Rechte und Pflichten des Überlassenden erlöschen, ihn also aus der Überlassung nicht noch weitere Duldungspflichten in Ansehung dieser Rechte treffen. Denn nur dann hat der Insolvenzverwalter kein Wahlrecht mehr³¹. Das sachenrechtliche Bild der Übereignung prägt hier die Vorstellung. Dieses Bild ist aber nur in der Rechtsprechung verlässlich. Die Entscheidung der Rechtsprechung seit 1988³² durch die Behandlung von Computerprogrammen als Sache diesen die Eigenschaften möglichst verkehrsfähiger Waren zuzuschreiben, findet in der Wissenschaft nicht nur Zustimmung³³. Gleich, ob es um Fragen der Erschöpfung von Urheberrechten³⁴ oder um die Notwendigkeit von Lizenzverträgen als alleinige Verträge oder neben den Verträgen über den Erwerb des Computerprogramms geht, eindeutige Antworten zur Anwendung des § 103 InsO werden schwierig³⁵. Zu Recht hält deshalb Ahrens³⁶ auch ein Forschungsprogramm zur Formulierung eines Allgemeinen Teils der Rechte des geistigen Eigentums für sinnvoll um unter anderem so grundlegende Fragen zu klären, wie die, was eigentlich ein Lizenzvertrag ist und wie über Rechte an geistigem Eigentum verfügt werden kann. Darüber hinaus werden in der Literatur, naturgemäß auf der Grundlage des Vorverständnisses des Verfassers, verschiedene Konstruktionen (Pfandrecht, Sicherungsabtretung, Sicherungsnießbrauch, Doppeltreuhand und Sicherungsübereignung an Dritten³⁷) dargestellt, bei denen zweifelhaft ist, ob sie für den Praktiker akzeptabel und plausibel sind. Solche Bedenken stützt der Mustervertrag des BMWI über die Auftragsforschung.³⁸ Dort ist in Ziffer 19.2.1 geregelt, dass der aus wichtigem Grund kündigende Vertragspartner ein Nutzungsrecht „im Falle einer solchen, wirksamen Kündigung“ erhält. Das wird erläutert:

³⁰ BGH Urteil 17.11.2007 IX ZR 162/04

³¹ Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhR 2.Aufl., §§ 103,105,108 InsO Rdnr.5-7 m.w.N. und zugleich zum Meinungsstand.

³² BGHZ 102,135, Urteil vom 04.11.1987, VIII ZR 314/86 „Compiler/Interpreter“ NJW 1988,406

³³ Neuer: Hilty, Der Softwarevertrag, MMR 2003,S.3

³⁴ Vgl.u.a. : Spindler, Der Handel mit Gebrauchtsoftware, CR 2008,69

³⁵ Bullinger in Wandtke/Bullinger UrhR 2.Aufl., §§ 103,105,108 InsO Rdnr.7

³⁶ Ahrens, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des geistigen Eigentums? GRUR 2006,617- 624

³⁷ Näheres: McGuire/Zumbusch/Joachim, Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums, GRUR Int 2006,682-689

³⁸ <http://www.bmwi.de/Dateien/BMWi/PDF/foerderdatenbank/mustervereinbarungen-fuer-forschungs-und-entwicklungskooperationen.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

„Diese Regelungen sollen u. a. den Insolvenzfall gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen für die Hochschule/Forschungseinrichtung absicherbar machen. Sie gehen auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 17.11.2005, IX ZR 162/04 = GRUR 2006, 435) zurück.“

Die Anforderungen an die Lösung von Rechtsfragen des geistigen Eigentums haben offenbar inzwischen ein Maß erreicht hat, dass ein Bundesministerium die Regeln zwar sieht und auch beachten will, tatsächlich aber Allgemeine Geschäftsbedingungen formuliert, die ihr Ziel kaum erreichen können. Denn das Nutzungsrecht muss vor der Insolvenz bedingt eingeräumt sein. Der Rechtserwerb vom Insolvenzschuldner ist nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr möglich, in der Krise davor regelmäßig anfechtbar.

Es geht nicht an, dass, wie Ahrens³⁹ in ähnlichem Kontext formuliert, der Rechtsanwender erst eine Habilitationsschrift gelesen haben muss, bevor er die Rechtslage einordnen kann. Recht muss für den durchschnittlichen Juristen verständlich und plausibel bleiben. Es mag sein, dass die Bauhütte des Rechts vereinzelt, gleichwohl lucide Lösungen anbietet. Es mag auch sein, dass de lege ferenda in einem „Allgemeinen Teils der Rechte des geistigen Eigentums“ die heute anstehenden Fragen befriedigend (mit) geklärt werden können. Einer solchen materiellen Lösung, werde sie nun in den einzelnen Gesetzen des geistigen Eigentums implementiert – wie beim Gesetz gegen Produktpiraterie von 1990 und beim *Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums* vom 11.04.2008 – oder in einem Allgemeinen Teil der Rechte des geistigen Eigentums, wäre der Vorzug zu geben. Derzeit fehlt es aber an einer gesetzlichen Regelung.

Ergebnis

Ein „Allgemeiner Teils der Rechte des geistigen Eigentums“ ist so schnell nicht zu erwarten. Die komplexe, hochstreitige und außerhalb des allgemeinen Ausbildungsprogramms von Juristen an Universitäten und Behörden angesiedelte Problematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, die einerseits mit der Natur des geistigen Eigentums und seiner Eigenschaft als Ware, andererseits mit der Systematik der Insolvenzordnung zu tun hat, ist aber heute zu lösen. Drängend ist dies für den Wirtschaftsstandort Deutschland. Und das sollte, kann und darf der Gesetzgeber so lösen, wie er es mit § 108a InsO-E beabsichtigt. Die Lösung ist verständlich und akzeptabel, „cum granu salis“ sogar praktikabel. Vielleicht wäre sie in der oben dargestellten Fassung der Stellungnahme der GRUR besser. Gleichwohl: Niemand wird § 108a InsO-E für das Optimum halten. Aber das Gesetz ist nötig.

³⁹ Ahrens, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des geistigen Eigentums? GRUR 2006,617- 622