

Alin Seegel

# Aktuelle Entwicklungen zur Frage der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und Unterlizenzverträgen



Universitätsdrucke Göttingen



Alin Seegel

Aktuelle Entwicklungen zur Frage der Insolvenzfestigkeit  
von Lizenzverträgen und Unterlizenzverträgen

Dieses Werk ist lizenziert unter einer  
[Creative Commons  
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen  
4.0 International Lizenz.](#)



erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke  
im Universitätsverlag Göttingen 2014

---

Alin Seegel

Aktuelle Entwicklungen  
zur Frage der  
Insolvenzfestigkeit  
von Lizenzverträgen  
und Unterlizenzverträgen

Eine unendliche Geschichte von  
gescheiterten Reformbemühungen  
und widersprüchlichen  
Gerichtsentscheidungen



Universitätsverlag Göttingen  
2014

## Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

### *Autorenkontakt*

Alin Seegel

E-Mail: [alin.seegel@web.de](mailto:alin.seegel@web.de)

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Roland Hiemann  
Umschlaggestaltung: Petra Lepschy

© 2014 Universitätsverlag Göttingen  
<http://univerlag.uni-goettingen.de>  
ISBN: 978-3-86395-130-6

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2013 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden im Wesentlichen jedoch bis zur Veröffentlichung im August/September 2014 berücksichtigt.

Der Impuls für die Bearbeitung dieses Themas geht auf meine Tätigkeit als Rechtsanwältin im Insolvenz- und IT-Recht zurück. Da ich regelmäßig vor die Frage gestellt wurde bzw. werde, ob Lizenzverträge im Fall der Insolvenz des Lizenzgebers insolvenzfest sind, ist dieses Thema für mich auch von praktischer Bedeutung.

Zunächst möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Gerald Spindler für die Betreuung der Arbeit danken. Ebenso danke ich Herrn Prof. Martin Ahrens für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich besonders bei Dr. Alexandra Heliosch, die während unserer gemeinsamen Zeit am Lehrstuhl von Prof. Spindler stets ein offenes Ohr für mich hatte, mich immer und immer wieder angespornt hat, diese Arbeit zu beenden und sich schließlich am Ende durch die Rechtschreibung und Grammatik dieser Arbeit gequält hat. Danken möchte ich auch Dr. Julius Raapke – ohne dessen Unterstützung ich schier an der Formatierung der Arbeit verzweifelt wäre. Vielen Dank Euch beiden hierfür!

Schließlich danke ich meinen Eltern, die meine gesamte Ausbildung ermöglicht haben.

München, im November 2014

Alin Seegel





# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	1
Inhaltsverzeichnis .....	3
1. Teil: Einleitung .....	9
I. Einführung .....	9
II. Gegenstand, Gang und Ziel der Untersuchung .....	10
III. Aktueller Stand – Reformbemühungen und höchstrichterliche Rechtsprechung .....	12
1. Gescheiterte Reformbemühungen .....	12
a) § 108a InsO-E 2007 .....	12
aa) Kritik aufgrund Aushöhlung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung .....	15
bb) Kritik hinsichtlich verwendeter Terminologien .....	16
cc) Kritik aufgrund fehlender Regelung hinsichtlich Lizenzketten .....	16
dd) Kritik hinsichtlich der Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenpflichten .....	17
ee) Kritik hinsichtlich vorgesehener Entgeltanpassung .....	17
b) § 108a InsO-E 2012 .....	18
aa) Fortgeltung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO für Lizenzverträge .....	22
bb) Anwendungsbereich des § 108a InsO-E 2012 .....	22
cc) Abschluss eines neuen Vertrags zu angemessenen Bedingungen .....	23
dd) Klagezwang auf Seiten des Lizenznehmers .....	23
2. Höchstrichterliche Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012 .....	24
a) BGH, Urteil vom 26.03.2009 – I ZR 153/06 – „Reifen Progressiv“ .....	24
b) BGH, Urteil vom 19.07.2012 – I ZR 70/10 – „M2Trade“ .....	25
c) BGH, Urteil vom 19.07.2012 – I ZR 24/11 – „TakeFive“ .....	26
2. Teil: Lizenzrechtliche Grundlagen .....	29
I. Die Lizenz .....	29

1. Begriff.....	29
a) Beschränkung des Lizenzbegriffs auf Immaterialgüterrechte? .....	33
b) Einschluss sämtlicher Benutzungsberechtigungen in den Lizenzbegriff? .....	36
aa) Lizenzierung im Wege der Einwilligung/ Gestattungsvertrag/ negative Lizenz .....	38
bb) Lizenzierung im Wege rein obligatorischer Gebrauchsüberlassung .....	41
cc) Konstitutive Rechtsübertragung .....	43
dd) Lizenzierung im Wege der absplattendenden Teilübertragung eines Benutzungsrechts .....	44
c) Zwischenfazit.....	44
2. Mögliche Lizenzgegenstände .....	45
a) Gewerbliche Schutzrechte .....	45
b) Urheber- und verwandte Schutzrechte .....	47
c) Know-how .....	50
d) Internet-Domain.....	51
e) Vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts .....	53
f) Zwischenfazit .....	56
3. Rechtsnatur der Lizenz .....	57
a) Definition, Nutzungsumfang und Wirkungen der ausschließlichen Lizenz .....	58
b) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz .....	60
aa) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, der ein Immaterialgüterrecht zugrunde liegt.....	60
bb) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, der ein Immaterialgut zugrunde liegt.....	61
cc) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz an vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts .....	63
c) Definition, Nutzungsumfang und Wirkungen der einfachen Lizenz .....	68
d) Rechtsnatur der einfachen Lizenz.....	69
e) Zwischenfazit.....	72
4. Dogmatische Konstruktion der Lizenz.....	72
a) Geltung des Trennungsprinzips im Immaterialgüterrecht .....	72
b) Geltung des Abstraktionsprinzips im Immaterialgüterrecht .....	73
c) Zwischenfazit zur dogmatischen Konstruktion der Lizenz.....	75
II. Der Lizenzvertrag .....	76
1. Begriff.....	76

---

2. Der Lizenzvertrag nach wie vor als Dauerschuldverhältnis .....	76
3. Der Lizenzvertrag als Risikogeschäft?.....	79
4. Der Lizenzvertrag – ein eigenständiger Vertragstyp oder nur ein Hinweis auf den Vertragsgegenstand?.....	80
III. Die wichtigsten Ergebnisse zur Lizenz und zum Lizenzvertrag.....	83
3. Teil: Insolvenzrechtliche Grundlagen .....	85
I. Ziele und Grundprinzipien des Insolvenzverfahrens .....	86
1. Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckung .....	86
2. Gleichmäßige Gläubigerbefriedigung – sog. Gleichbehandlungsgrundsatz.....	86
II. Überblick über den typischen Ablauf eines Regelinsolvenzverfahrens aus praktischer Sicht.....	88
1. Das Insolvenzantragsverfahren im Überblick.....	88
2. Das eröffnete Insolvenzverfahren im Überblick.....	90
3. Die Beendigung des Insolvenzverfahrens im Überblick.....	94
4. Teil: Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und Lizenzen de lege lata unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012 .....	97
I. Allgemeines zu Vertragsverhältnissen in der Insolvenz .....	98
II. Der Lizenzvertrag in der Insolvenz .....	100
1. Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 InsO auf Lizenzverträge .....	100
2. Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Lizenzverträge.....	102
3. Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO auf Lizenzverträge.....	104
4. Anwendbarkeit des § 103 InsO auf Lizenzverträge .....	109
a) Gegenseitiger Vertrag.....	109
b) Beiderseitige Nichterfüllung .....	110
aa) Allgemeine Voraussetzungen zur beiderseitigen Nichterfüllung .....	110
bb) Keine vollständige Erfüllung durch Lizenzgeber.....	111
cc) Keine vollständige Erfüllung durch Lizenznehmer.....	115

c) Folgen der Anwendbarkeit des § 103 Abs. 1 InsO .....	115
aa) Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter .....	116
bb) Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter .....	116
5. Zwischenfazit .....	120
III. Insolvenzfestigkeit aufgrund der dinglichen Rechtsnatur der Lizenz .....	121
1. Überblick zum Meinungsstand .....	122
2. Keine Neubewertung der insolvenzrechtlichen Situation in Folge von BGH „Reifen Progressiv“ .....	123
3. Dogmatische Unstimmigkeiten .....	124
4. Abkehr von der Maßgeblichkeit der Rechtsnatur der Lizenz in BGH „M2Trade“ .....	125
5. Fazit .....	126
IV. Insolvenzfestigkeit aufgrund Vertragsgestaltung – bisherige Ansätze .....	126
1. Insolvenzunabhängige Kündigungsklausel mit aufschiebend bedingter Rechtseinräumung .....	126
2. Ausgestaltung der Lizenzeinräumung als Einmalakt .....	127
3. Einredeverzicht des Lizenznehmers .....	128
4. Gesellschaftsrechtliche Lösung .....	128
5. Treuhandmodelle .....	129
6. Einräumung von Sicherungsrechten .....	129
a) Lizenzsicherungsnießbrauch .....	129
b) Verpfändung .....	130
c) Sicherungsübertragung .....	130
7. Ergebnis zur Insolvenzfestigkeit aufgrund Vertragsgestaltung .....	131
V. Insolvenzfestigkeit aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012 .....	131
1. Überblick über ergangene Entscheidungen .....	131
2. Insolvenzfeste Gestaltungsmöglichkeit in Folge BGH „M2Trade“ .....	132
a) Kernaussagen von BGH „M2Trade“/BGH „TakeFive“ und deren Argumente .....	132
aa) Bestandsschutz der Unterlizenz in Folge Sukzessionsschutz .....	134

---

bb) Bestandsschutz der Unterlizenz in Folge Interessenabwägung.....	134
b) Bewertung der Argumente des BGH für die Kündigungssituation.....	136
aa) Unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften zum Sukzessionsschutz .....	136
bb) Sukzessionsschutz im Wege der Rechtsfortbildung .....	138
c) Übertragung von BGH „M2Trade“ auf die Situation der Nichterfüllungswahl.....	152
aa) Bestandsschutz der Unterlizenz bei Insolvenz des Hauptlizenznehmers .....	154
bb) Bestandsschutz der Unterlizenz im Fall der Insolvenz des Hauptlizenzgebers .....	167
3. Ergebnis zur Insolvenzfestigkeit aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012.....	173
VI. Ergebnis zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und Lizenzen de lege lata .....	174
5. Teil: Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen de lege ferenda.....	177
I. Sachliche Rechtfertigung einer zukünftigen Sonderregelung für Lizenzverträge .....	178
1. Aushöhlung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung?.....	178
2. Lösung außerhalb der InsO – sog. „große Lösung“? .....	180
3. Rechtsvergleich zu den USA und Japan .....	181
a) USA .....	181
b) Japan .....	182
c) Zwischenfazit .....	182
4. Abwanderung von Lizenznehmern?.....	183
5. Zwischenfazit .....	184
II. Ausgestaltung einer zukünftigen Sonderregelung.....	184
1. Persönlicher Anwendungsbereich.....	184
2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	186
a) Beschränkung auf Lizenzvertrag im engeren Sinne .....	186
b) Keine Beschränkung auf konkrete Lizenzgegenstände.....	187
3. Konkrete Ausgestaltung .....	187

III. Eigener Formulierungsvorschlag für künftige Sonderregelung.....	188
6. Teil: Zusammenfassung.....	191
Literaturverzeichnis .....	195

# 1. Teil: Einleitung

## I. Einführung

Die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen ist seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung zum 01.01.1999 ein viel und kontrovers diskutiertes Thema in Wirtschaft und Rechtswissenschaft.<sup>1</sup> Grund hierfür ist, dass mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung und Ablösung der Konkurs- und Gesamtvollstreckungsordnung Lizenzverträge nach überwiegender Meinung ihre Insolvenzfestigkeit verloren haben, da im Zuge der Reform § 21 KO, der das Wahlrecht des Konkursverwalters einschränkte und nach damals herrschender Meinung auf Lizenzverträge Anwendung fand,<sup>2</sup> durch § 108 InsO ersetzt wurde. Der Wortlaut des § 108 InsO beschränkt dessen Anwendungsbereich aber nunmehr auf unbewegliche Sachen. Lizenzver-

---

<sup>1</sup> *Plath*, CR 2005, 613 ff.; *Bausch*, NZI 2005, 289 ff.; *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677 ff.; *Trips-Herbert*, ZRP 2007, 225 ff.; *Grützmaker*, CR 2006, 289 ff.; *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830 ff.; *Brandt*, NZI 2001, 337 ff.; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006; *Wallner*, Die Insolvenz des Urhebers – Unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur Überlassung von Software, 2002; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003; *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006.

<sup>2</sup> BGH, NJW-RR 1995, 936 (938); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Auflage, § 21 Rn. 4 m. w. N.; *Brauer/Sopp*, ZUM 2004, 112 (119 f.); *Reinhard/Lober*, K&R 2003, 126 ff.; *Stickelbrock*, WM 2004, 549 ff.; *Paulus*, ZIP 1996, 2 (5 ff.); *Smid/Solveig*, DZWIR 2005, 7 ff.

träge unterfallen daher grundsätzlich gemäß § 103 Abs. 1 InsO dem Verwalterwahlrecht. Nach der vorgenannten Vorschrift unterliegen gegenseitige Verträge, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseitig noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind, dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Das Schicksal eines gegenseitigen, von keiner Partei vollständig erfüllten, Vertrages in der Insolvenz einer Partei ist vielmehr von der Entscheidung des Insolvenzverwalters abhängig. Der Vertrag ist daher nicht insolvenzfest.

Die seit Jahren kontrovers geführten Diskussionen, vielfältigen Meinungsspektren und widersprüchlichen Gerichtsentscheidungen zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen führen in der Praxis, insbesondere in der Kautelarjurisprudenz, zu immenser Rechtsunsicherheit. Mit Beginn der Finanz-, Banken- und Wirtschaftskrise im Frühsommer 2007 und dem damit einhergehenden Anstieg der Insolvenzverfahren<sup>3</sup> sowie der stetig steigenden wirtschaftlichen Bedeutung von Nutzungsrechten an immateriellen Gütern bekam das Thema eine Bedeutung mit erheblicher Praxisrelevanz.<sup>4</sup> Dies führte zu Reformbestrebungen des Gesetzgebers.

## II. Gegenstand, Gang und Ziel der Untersuchung

Zu Beginn der Arbeit werden die bis auf Weiteres gescheiterten Reformbemühungen des Gesetzgebers zur insolvenzfesten Ausgestaltung von Lizenzverträgen vorgestellt. Dem schließt sich – in Anbetracht der Aktualität der Entscheidungen – ein (vorweggenommener) Überblick über die wichtigsten höchstrichterlichen Entscheidungen, die Auswirkungen auf die Frage der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen haben könnten, an.

Vor dem Hintergrund der gescheiterten Reformbemühungen stellt sich aktuell immer noch die Frage, ob die Einführung einer gesetzlichen Regelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen erforderlich ist und wie eine gegebenenfalls erforderliche Norm inhaltlich auszugestalten ist, so dass ein interessengerechter Ausgleich zwischen Lizenzgeber, Lizenznehmer und Insolvenzgläubiger erzielt wird.

---

<sup>3</sup> Die Gesamtzahl der Insolvenzen belief sich im Jahr 2006 auf 155.220, im Jahr 2007 auf 164.597, im Jahr 2008 auf 155.202 und im Jahr 2009 auf 162.907; die Zahlen sind abrufbar unter: <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Zeitreihen/WirtschaftAktuell/Insolvenzen/Content100/ins110a.psml>.

<sup>4</sup> Hierzu nur die geführten Diskussionen anlässlich der Krise des US-amerikanischen Autoherstellers „General Motors“, dem der deutsche Autobauer „Opel“ Patente für die Fahrzeugentwicklung abgetreten hatte und deren diskutierte Folgen; hierzu: *Appel*, FAZ, Artikel vom 29.02.2009, abrufbar unter: <http://www.faz.net/s/Rub1C361F33FC404444A08B1CFAE205D3E4/Doc~E6E81C44BC1C0406FB554C57CB13BC979~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).



Eine gesetzliche Regelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen ist aber nur dann erforderlich, wenn die Problematik nicht bereits durch die jüngste Rechtsprechung und Literatur befriedigend entschieden oder gelöst wurde. Die Arbeit nimmt daher die jüngsten höchstrichterlichen und instanzgerichtlichen Entscheidungen zum Anlass, um Letzteres zu untersuchen. Auf dieses Ergebnis aufbauend kann untersucht werden, ob das geltende Recht in Bezug auf Lizenzverträge in der Insolvenz durch die Einführung einer gesetzlichen Regelung zur Insolvenzfestigkeit sachgerecht ergänzt werden würde. Soweit dies der Fall ist, wird am Ende der Arbeit ein Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen unterbreitet.

Entsprechend der gescheiterten Reformbemühungen (hierzu sogleich) soll der Schwerpunkt der Untersuchung auf die Insolvenz des Lizenzgebers gelegt werden. Das erklärt sich damit, dass in der Regel der Lizenznehmer (in der Insolvenz des Lizenzgebers) auf die Nutzung des Rechts angewiesen ist, da er keinen Ersatz beschaffen kann. In der Insolvenz des Lizenznehmers bedarf das Interesse des Lizenzgebers am Fortbestand des Lizenzvertrages keines besonderen Schutzes,<sup>5</sup> da der Lizenzgeber regelmäßig alternative Verwertungsmöglichkeiten finden wird.<sup>6</sup> Lässt man die vorstehenden Interessenlagen außer Betracht und wendet § 103 InsO in der Insolvenz des Lizenzgebers an, bestätigt sich die fehlende Schutzwürdigkeit des Lizenzgebers in der Insolvenz des Lizenznehmers im Kern: Soweit der Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Lizenznehmers die Nichterfüllung wählt, erhält der Lizenzgeber seine Rechte zurück.<sup>7</sup> Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Lizenzvertrages, erstarkt der Lizenzzahlungsanspruch des Lizenzgebers zur Masseforderung gemäß § 55 InsO.<sup>8</sup> Nichtsdestotrotz kann es auch in Insolvenz des Lizenznehmers zu ähnlichen wirtschaftlich eklatanten Auswirkungen für die Beteiligten kommen: nämlich in dem Fall, in dem der Lizenznehmer gleichzeitig als Lizenzgeber agiert (Fall der Lizenzkette). Auf diesen Fall wird daher einzugehen sein.

Das Thema der Arbeit – Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen – berührt zwei Rechtsmaterien: zum einen das Lizenzrecht und zum anderen das Insolvenz-

---

<sup>5</sup> So auch: *McGuire*, GRUR 2009, 13 (18); *Berger*, ZinsO 2007, 1142 (1143); a.A.: *de Vries*, ZUM 2007, 898 (900 f.).

<sup>6</sup> So auch: GRUR in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 18.01.2012, S. 3, Stellungnahme der GRUR ist abrufbar unter: [http://www.grur.org/uploads/tx\\_gstatement/2012-03-12\\_GRUR\\_Stn\\_RefE\\_Gesetz\\_Verk%C3%BCrzung\\_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF](http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2012-03-12_GRUR_Stn_RefE_Gesetz_Verk%C3%BCrzung_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF) (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).

<sup>7</sup> Wirtschaftlich nachteilig könnte sich jedoch der Umstand auswirken, dass der Lizenzgeber bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens warten muss, ob der Insolvenzverwalter den Lizenzvertrag erfüllt oder nicht. In dieser Schwebezeit kann ein wirtschaftlicher Schaden eintreten.

<sup>8</sup> Hier besteht die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit anzeigt und somit der Lizenzgeber trotz Erfüllungswahl keine vollständige Erfüllung seines Masseanspruchs gemäß § 55 InsO erhält.

recht. Das Verständnis der wichtigsten Grundsätze und Prinzipien aus beiden Rechtsgebieten ist für die Bearbeitung und Beurteilung der Fragen, die sich rund um das Thema der Arbeit stellen, elementar. Um etwa die Wirkungen einer Insolvenzeröffnung auf einen Lizenzvertrag beurteilen zu können, ist es zwangsläufig, sich mit dem Lizenzrecht auseinanderzusetzen. Nachdem der aktuelle Stand hinsichtlich Reformbemühungen und ein Überblick über die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung zur Problematik dargestellt wurden, werden daher zunächst lizenzrechtliche und insolvenzrechtliche Grundlagen geschaffen. In Bezug auf die lizenzrechtlichen Grundlagen ist es ein Anliegen der Arbeit, hier etwas Licht in das in der einschlägigen Literatur vorherrschende Dunkel bzw. in die vorzufindende Unbestimmtheit der Ausführungen zu bringen. Jene Ausführungen fallen daher etwas weitläufiger aus.

### III. Aktueller Stand – Reformbemühungen und höchstrichterliche Rechtsprechung

#### 1. Gescheiterte Reformbemühungen

Mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen“ vom 22.08.2007 und dem den „Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen“ vom 18.01.2012 liegen zwei gescheiterte Gesetzesinitiativen vor, die mehr oder weniger die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen kodifizieren wollten. Beide gescheiterten Gesetzesvorhaben sollen im Folgenden kurz vorgestellt werden.

##### *a) § 108a InsO-E 2007*

Die Bundesregierung legte am 05.12.2007 den „Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen“ vom 22.08.2007 (BT-Drucks. 16/7416) vor.<sup>9</sup> Gemäß Art. 1 Ziffer 12 dieses Entwurfs sollte in die Insolvenzordnung folgender § 108a (im Folgenden: „§ 108a InsO-E 2007“) eingefügt werden:

---

<sup>9</sup> Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 22.08.2007 ist abgedruckt als Beilage zu NZI Heft 10/2007 und abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/074/1607416.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).

„§ 108a InsO-E 2007 (Schuldner als Lizenzgeber)

*1Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. 2Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um den Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. 3Besteht 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.“*

Mit der Einfügung des § 108a InsO-E 2007 sollten Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers durch Ausschluss des Verwalterwahlrechts grundsätzlich insolvenzfest sein.

Die Einführung dieser Vorschrift wurde im Gesetzesentwurf<sup>10</sup> stichpunktartig wie folgt begründet:

- Seit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung fallen Lizenzverträge nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04) und der herrschenden Meinung in der Literatur unter § 103 Abs. 1 InsO und sind damit im Gegensatz zur Rechtslage unter der Konkursordnung nicht mehr insolvenzfest. Falls der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrags ablehnt, steht dem Vertragspartner nur noch ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 103 Abs. 2 InsO zu.
- Hierdurch können insbesondere bei Patentlizenzen, aber auch bei den Lizenzen an Computersoftware und musikalischen Werken in der Insolvenz des Lizenzgebers geradezu ruinöse Auswirkungen beim Lizenznehmer eintreten. Vor allem Arzneimittel benötigen lange Entwicklungszeiten und hohe Entwicklungskosten, die für die lizenznehmenden Unternehmen im Fall 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. Auch das Modellgesetz UNCITRAL regt insofern an, dem Insolvenzverwalter bei Lizenzverträgen über geistiges Eigentum kein Wahlrecht einzuräumen.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 22.08.2007, S. 56 ff., abgedruckt als Beilage zu NZI Heft 10/2007 und abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/074/1607416.pdf>, im Folgenden in den Fussnoten bezeichnet als „RegEntw. 2007“.

<sup>11</sup> Das UNCITRAL Modellgesetz zur Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren regt keinen Bestandsschutz für Lizenzen an. Lediglich der UNCITRAL Legislative Guide Insolvency Law

- Die Neuregelung soll 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 Lizenzverträgen verhindern.

Nachdem der Bundestag im Februar 2008 in erster Lesung über den Gesetzesentwurf zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen beraten hatte,<sup>12</sup> wurde der Gesetzesentwurf an den Rechtsausschuss verwiesen, wo in einer öffentlichen Anhörung zahlreicher Sachverständiger<sup>13</sup> am 23.04.2008 zahlreiche kontroverse Stellungnahmen zu der geplanten Vorschrift des § 108a InsO-E 2007 abgegeben wurden.<sup>14</sup> Der Grundgedanke des Entwurfs zu § 108a InsO 2007 – Schaffung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen zumindest aus Sicht des Lizenznehmers – rief insbesondere aus den Reihen der Wirtschaft und der IP-rechtlichen Literatur großen Zuspruch hervor; was jedoch nicht für die konkrete Ausgestaltung der Norm galt.<sup>15</sup> Im Gegensatz hierzu wurde die Einführung eines § 108a

---

enthält in Rn. 143 S. 2 eine allgemeine Ausführung zu möglichen Ausnahmen vom Nichterfüllungswahlrecht wie folgt: Exceptions to the power to reject may also be appropriate in the case of labour agreements, agreements where the debtor is a lessor or franchisor or a licensor of intellectual property and termination of the agreement would end or seriously affect the business of the counterparty, in particular where the advantage to the debtor may be relatively minor, and contracts with government, such as licensing agreements and procurement contracts; zuletzt zu den Arbeiten der UNCITRAL zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen: *Holzer*, NZI 2014, 337 ff.

<sup>12</sup> Plenarprotokoll 16/142, dort Tagesordnungspunkt 7 der 142. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 14.02.2008, S. 14967, 14969 ff., 14975; abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/16/16142.pdf>.

<sup>13</sup> Sachverständige im Rahmen der Öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss am 23.04.2008 waren: R. Bausch, W. Bullinger, F. Frind, H. Hirte, H. P. Kirchhof, N. Küpper, R. Leithaus, W. Marotzke, K. Pannen.

<sup>14</sup> Sämtliche Stellungnahmen der Sachverständigen in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses sind abrufbar unter: [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33\\_Insolvenz-Teil\\_II/04\\_Stellungnahmen/index.html](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33_Insolvenz-Teil_II/04_Stellungnahmen/index.html); das Protokoll der Öffentlichen Anhörung ist abrufbar unter: <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1251&id=1134>; soweit im Folgenden auf weitere Stellungnahmen zum RegEntw. 2007 Bezug genommen wird, sind das Stellungnahmen betroffener Verbände etc., die außerhalb der Öffentlichen Anhörung abgegeben wurden.

<sup>15</sup> Stellungnahmen zum RegEntw. 2007: Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Hirte*, S. 4; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Bausch*, S. 5; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Verband Forschender Arzneimittelhersteller, S. 3; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Bullinger*, S. 1, vorstehende Stellungnahmen sind abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 23.12.2012): [http://www.jura-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040\\_deutsche\\_gesetzgebungsgeschichte/entschuldung\\_mittelloser\\_personen/](http://www.jura-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/entschuldung_mittelloser_personen/); Stellungnahme zum RegEntw. 2007 von der GRUR, abgedruckt in: GRUR 2008, 138 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 von der BITKOM, S. 2, abrufbar unter: [http://www.bitkom.org/de/themen\\_gremien/37244\\_51772.aspx](http://www.bitkom.org/de/themen_gremien/37244_51772.aspx); Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom BDI, S. 2ff., abrufbar unter:

InsO-E 2007 in die Insolvenzordnung insbesondere von Insolvenzrechtlern bereits im Grundsatz aufgrund einer Aushöhlung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung als verfehlt beurteilt.<sup>16</sup>

Die inhaltliche Kritik bezog sich insbesondere darauf, dass § 108a InsO-E 2007 begrifflich/terminologisch unklar oder nicht weitgehend genug gewesen sei. Als weiterer Kritikpunkt wurde unter anderen die fehlende Adressierung der Problematik der Lizenzketten angeführt.

Die geäußerte Kritik an § 108a InsO-E 2007 soll nachfolgend kurz dargestellt werden:

aa) Kritik aufgrund Aushöhlung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung

Der wesentlichste Kritikpunkt aus dem Lager der Insolvenzrechtler war der, dass mit § 108a InsO-E 2007 der insolvenzrechtliche Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung als wichtigstes Instrument der Sanierungsfähigkeit ausgehöhlt würde.<sup>17</sup> In diesem Zusammenhang wurde weiter vorgebracht, dass die insolvenzfeste Ausgestaltung von Lizenzverträgen zudem die „Büchse der Pandora“ öffnen und damit immer mehr Gläubiger animieren würde, für sich vergleichbare Regelungen einzufordern.<sup>18</sup>

---

[www.bdi-online.de/Dokumente/Recht-Wettbewerb-Versicherungen/BSI-STN\\_InsO\\_vom\\_150108.doc](http://www.bdi-online.de/Dokumente/Recht-Wettbewerb-Versicherungen/BSI-STN_InsO_vom_150108.doc); Stellungnahme zum RegEntw. 2007 von DGRI, S. 2, abrufbar unter: <http://www.dgri.de/publikationen/stellungnahmen> und abgedruckt in: Beilage CR 2007, 4; *Dabl/Schmitz*, NZI 2008, 424 (425); *Heim*, NZI 2008, 338 (340); *Pablon*, WM 2008, 2041 (2049); *Kummer*, GRUR 2009, 293 (296); *de Vries*, ZUM 2007, 898 (903, 904); *Spindler*, K&R 2008, 565 (568); *Schleich/Götz*, DZWIR 2008, 58 (62); *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225 (228); *Slopek*, GRUR 2009, 128 (133); *Wegener*, ZInsO 2008, 352 (355); *Berger*, ZInsO 2007, 1142 ff.

<sup>16</sup> Stellungnahmen zum RegEntw. 2007: Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Kipper*, S. 2 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom DAV-Insolvenzrechtsausschuss (Sachverständiger *Pannen*), S. 3 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Frind*, S. 22 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Marotzke*, S. 11 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Leithaus*, S. 2 ff., vorstehende Stellungnahmen abrufbar unter: [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33\\_Insolvenz\\_Teil\\_II/04\\_Stellungnahmen/index.html](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33_Insolvenz_Teil_II/04_Stellungnahmen/index.html); *Mütlebner*, ZIP 2008, 450; *Mock*, ZInsO 2007, 1121 f. (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).

<sup>17</sup> Nachweise unter Fn. 16.

<sup>18</sup> Etwa: Sachverständiger *Frind* im Rahmen seiner Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss am 23.04.2008, perpetuiert im Protokoll der Öffentlichen Anhörung, dort S. 7, das Protokoll der Öffentlichen Anhörung ist abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 23.12.2012): <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1251&id=1134>; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 von *Frind*, S. 3; so auch: *Mock*, ZInsO 2007, 1121 (1122).

### bb) Kritik hinsichtlich verwendeter Terminologien

Mit Blick auf die Verwendung der Formulierung „*Recht am geistigen Eigentum*“ wurde § 108a Satz 1 InsO-E 2007 als begrifflich unklar kritisiert.<sup>19</sup> Der Begriff „geistiges Eigentum“ sei in Deutschland noch kein feststehender Begriff, so dass unklar bliebe, was für Rechte in den Anwendungsbereich der Norm fallen.<sup>20</sup>

Auch die Verwendung des Begriffs „*Lizenzvertrag*“ im Entwurf wurde nicht einheitlich befürwortet.<sup>21</sup> Zum einen habe der Gesetzgeber den Begriff des Lizenzvertrages noch nie verwendet; zum anderen sei bis heute nicht ganz klar, wann ein Vertrag als Lizenzvertrag zu qualifizieren ist.<sup>22</sup> Letztere Schwierigkeiten basieren insbesondere auf dem Umstand, dass der Begriff des Lizenzvertrages zum Teil nur als bloßer Hinweis auf den Vertragsgegenstand (Immaterialgut) oder aber als Bezeichnung eines konkreten Vertragstypus verwendet wird.<sup>23</sup> Hieran anknüpfend kritisierten insbesondere die Vertreter der Softwareindustrie, dass der Entwurf die Besonderheiten des Softwarevertragsrechts unberücksichtigt gelassen habe.<sup>24</sup>

### cc) Kritik aufgrund fehlender Regelung hinsichtlich Lizenzketten

Ein weiterer wesentlicher Kritikpunkt an § 108a InsO-E 2007 war, dass die Vorschrift nicht das Problem der Insolvenzfestigkeit von Unterlizenzen (Lizenzketten) löste.<sup>25</sup> Unter Lizenzketten versteht man Fälle, in denen der insolvente (Unter-)Lizenzgeber zugleich (Ober-) Lizenznehmer ist. Da sich § 108a InsO-E 2007

<sup>19</sup> So: Sachverständiger *Hirte* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, 7; *Berger*, ZinsO, 1142 (1143); *Heim*, NZI 2008, 338 (341); GRUR in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, GRUR 2008, S. 138 (139); a. A.: *Dahl/Schmitz*, NZI 2007, 626 (629); *Pablow*, WM 2008, 2041 (2046); für die Verwendung des Begriffs „Geistiges Eigentum bereits vor dem Entwurf 2007: *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677 (684).

<sup>20</sup> So *Berger*, ZinsO 2007, 1142 (1143) und *Heim*, NZI 2008, 338 (341), die darauf hinwiesen, dass aufgrund des bisher noch nicht festumrissenen Begriffs „Geistiges Eigentum“ unklar sei, ob etwa auch Know-How, Internetdomains oder Persönlichkeitsrechte unter den Anwendungsbereich der Regelung fallen.

<sup>21</sup> Gegen die Verwendung: *Heim*, NZI 2008, 338 (341); für Klarstellung: GRUR in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, GRUR 2008, 138 (140).

<sup>22</sup> *Heim*, NZI 2008, 338 (341).

<sup>23</sup> Hierzu insbesondere: *McGuire*, GRUR 2009, 13 (19, 20) und unter 2. Teil, II. 1., 4.

<sup>24</sup> Stellungnahme der DGRI zum RegEntw. 2007 vom 10.09.2007, S. 2, 3. abrufbar unter:

<http://www.dgri.de/publikationen/stellungnahmen> und abgedruckt in: Beilage CR 2007, 4.

<sup>25</sup> So: Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 12.10.2007 zum RegEnt. 2007, Drucksache 600/07, S. 4; Sachverständiger *Hirte* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 6; Sachverständiger *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 103, § 105 und § 108 InsO, Rn. 27; GRUR in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, GRUR 2008, 138 (140); *Pablow*, WM 2008, 2041 (2047); *Heim*, NZI 2008, 338 (340); *Slopek*, ZinsO 2008, 1118 (1121); *ders.*, GRUR 2009, 128 (129); *de Vries*, ZUM 2007, 898 (901, 902) a. A.: Sachverständiger *Bausch* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 4; *Dahl/Schmitz*, NZI 2008, 424 (425).

nur auf die Insolvenz des Lizenzgebers beschränkte, gilt in der Insolvenz des Unterlizenzgebers bzw. Oberlizenznehmers gegenüber dem Sublicenznehmer § 108a InsO-E; gegenüber dem Hauptlizenzgeber jedoch weiterhin das Insolvenzverwalterwahlrecht aus § 103 InsO. Wählt der Insolvenzverwalter des Unterlizenzgebers bzw. des Oberlizenznehmers die Nichterfüllung des Lizenzvertrages mit dem Oberlizenzgeber hätte dies nach herrschender Meinung zur Konsequenz, dass die Hauptlizenz und damit zugleich die akzessorische Unterlizenz erlöschen. Das widerspreche jedoch dem Grundgedanken des § 108a InsO-E 2007, wonach Lizenzen grundsätzlich insolvenzfest sein sollten.<sup>26</sup>

dd) Kritik hinsichtlich der Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenpflichten  
Soweit ersichtlich, erfuhr § 108a Satz 2 InsO-E 2007 in der öffentlichen Sachverständigenanhörung, in den sonstigen Stellungnahmen und in der Literatur durchgängig Kritik.<sup>27</sup> Hiernach wurde die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen wieder eingeschränkt, indem angeordnet wurde, dass das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nur für „zwingend gebotene Nebenpflichten“ nicht bestünde. Das hatte zur Konsequenz, dass Hauptpflichten und zwingend gebotene Nebenpflichten, nicht jedoch nicht zwingend gebotene Nebenpflichten vom Verwalterwahlrecht ausgenommen gewesen wären. Die infolge der Regelung vorzunehmende Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenpflichten im Rahmen eines Vertrages sui generis, der der Lizenzvertrag ist, wurde als äußerst konfliktträchtig und zu erheblicher Rechtsunsicherheit führend eingeschätzt.<sup>28</sup>

ee) Kritik hinsichtlich vorgesehener Entgeltanpassung

Als problematisch wurde ferner der in § 108a Satz 3 InsO-E 2007 vorgesehene Anspruch des Insolvenzverwalters auf Entgeltanpassung bei Bestehen eines auffälligen Missverhältnisses zwischen der vertraglich vereinbarten und der marktge-

---

<sup>26</sup> Unter Vielen etwa: *Slopek*, ZInsO 2008, 1118 (1121).

<sup>27</sup> So: Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 12.10.2007 zum RegEntw. 2007, Drucksache 600/07, S. 5; Sachverständiger *Hirte* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 5; Sachverständiger *Frind* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 23; Stellungnahme des DAV-Insolvenzrechtsausschuss zum RegEntw. 2007, S. 5; Stellungnahme des Verbandes forschender Arzneimittelhersteller e. V. zum RegEntw. 2007, S. 2; GRUR in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, GRUR 2008, 138 (140); BITKOM in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 2; BDI in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 3; *Pablow*, WM 2008, 2041 (2047); *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225 (227); *Berger*, ZInsO 2007, 1142 (1143); *Dahl/Schmitz*, NZI 2007, 626 (629,630); *Wegener*, ZInsO 2008, 352 (353); *Heim*, NZI 2008, 338 (341); *Slopek*, ZInsO 2008, 1118 (1121); *ders.*, GRUR 2009, 128 (129); a. A.: Sachverständiger *Bausch* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 4.

<sup>28</sup> Unter Vielen etwa: Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 12.10.2007 zum RegEntw. 2007, Drucksache 600/07, S. 5.

rechten Vergütung, angesehen.<sup>29</sup> Gegen die vorgesehene Entgeltanpassung wurden Systemwidrigkeit und verfassungsrechtliche Bedenken (Art. 3 GG<sup>30</sup>) vorgebracht.<sup>31</sup> Darüber hinaus sei eine Entgeltanpassung unnötig, da bei einer auffällig niedrigen Lizenzgebühr oftmals die Voraussetzungen einer Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO gegeben sind.<sup>32</sup>

§ 108a InsO-E 2007 wurde aufgrund der erheblichen Kritik aus der Literatur und in der öffentlichen Sachverständigenanhörung in der 16. Legislaturperiode nicht umgesetzt und gilt aufgrund des Prinzips der sachlichen Diskontinuität seit dem Zusammentritt des 17. Deutschen Bundestags Ende Oktober 2009 als erledigt (§ 125 GOBT).

#### b) § 108a InsO-E 2012

Die Regierungsparteien hatten sich jedoch bereits im Koalitionsvertrag<sup>33</sup> dahin ausgesprochen, in der aktuellen Legislaturperiode (2009 bis 2013) eine Reform des Insolvenzrechts in drei Stufen durchzuführen, um die in der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise deutlich gewordene Schwachstellen der geltenden Insolvenzordnung (InsO) zu beseitigen.<sup>34</sup>

Nach ersten Ankündigungen der Bundesministerin für Justiz<sup>35</sup> und zahlreichen Forderungen der Wirtschaft in Positionspapieren zur Insolvenzrechtsreform<sup>36</sup>

<sup>29</sup> So: Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 12.10.2007 zum RegEntw. 2007, Drucksache 600/07, S. 5 f.; Sachverständiger *Hirte* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 5; Sachverständiger *Bausch* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 4 f.; Stellungnahme des Verbandes forschender Arzneimittelhersteller e. V. zum RegEntw. 2007, S. 3; Sachverständiger *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 103, § 105 und § 108 InsO, Rn. 27; GRUR in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, GRUR 2008, 138 (140); *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225 (227); *Berger*, ZinsO 2007, 1142 (1144); *Heim*, NZI 2008, 338 (342 ff.); a.A.: Bundesregierung, vgl. hierzu deren Gegenäußerung, abgedruckt in: Drucksache 16/7416, Anlage 4 (S. 66), abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/074/1607416.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).

<sup>30</sup> Bei anderen insolvenzfesten Verträgen (etwa § 108 InsO) ist keine Entgeltkontrolle vorgesehen.

<sup>31</sup> GRUR in ihrer Stellungnahme zum RegEntw., GRUR 2008, 138 (140); *Berger*, ZinsO 2007, 1142 (1144); *Slopek*, GRUR 2009, 128 (131 f.).

<sup>32</sup> Sachverständiger *Hirte* in seiner Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 5; Sachverständiger *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 103, § 105 und § 108 InsO, Rn. 27 f.; BITKOM in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, S. 3; *Slopek*, GRUR 2009, 128 (132); *Wegener*, ZinsO 2008, 352 (355); *Heim*, NZI 2008, 338 (342).

<sup>33</sup> Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP der 17. Legislaturperiode vom 26.10.2009 ist abrufbar unter: <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091024-koalitionsvertrag-cdusu-fdp.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).

<sup>34</sup> Koalitionsvertrag vom 26.10.2009, S. 18.

<sup>35</sup> Rede der Bundesministerin für Justiz *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* am 28.10.2011 beim Deutschen Insolvenzverwalterkongress 2011 in Berlin; abrufbar unter: [http://www.bmj.de/Shared Docs/Reden/DE/2011/20111101\\_Deutscher\\_Insolvenzverwalterkongress\\_2011.html](http://www.bmj.de/Shared Docs/Reden/DE/2011/20111101_Deutscher_Insolvenzverwalterkongress_2011.html) (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).



legte das Bundesministerium der Justiz am 18.01.2012 einen neuen Referentenentwurf, den „Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen“, vor.<sup>37</sup> Dieser Referentenentwurf enthielt auch den Vorschlag einer Neuregelung für Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers (im Folgenden: „§ 108a InsO-E 2012“).

Gemäß Art. 1 Ziffer 11 des vorgenannten Referentenentwurfs vom 18.01.2012 sollte in die Insolvenzordnung folgender § 108a (im Folgenden: „§ 108a InsO-E 2012“) eingefügt werden:

*„§ 108a ( Schuldner als Lizenzgeber)*

*(1) Lehnt der Insolvenzverwalter nach § 103 die Erfüllung eines Lizenzvertrages ab, den der Schuldner als Lizenzgeber geschlossen hat, so kann der Lizenznehmer binnen eines Monats, nachdem die Ablehnung zugegangen ist, vom Verwalter oder einem Rechtsnachfolger den Abschluss eines neuen Lizenzvertrages verlangen, der dem Lizenznehmer zu angemessenen Bedingungen die weitere Nutzung des geschützten Rechts ermöglicht. Bei der Festlegung der Vergütung ist auch eine angemessene Beteiligung der Insolvenzmasse an den Vorteilen und Erträgen des Lizenznehmers aus der Nutzung des geschützten Rechts sicherzustellen; die Aufwendungen des Lizenznehmers zur Vorbereitung der Nutzung sind zu berücksichtigen, soweit sie sich werterhöhend auf die Lizenz auswirken.*

*(2) Handelt es sich bei dem Vertrag, den der Schuldner als Lizenzgeber geschlossen hat, um einen Unterlizenzvertrag und lehnt der Insolvenzverwalter gegenüber dem Hauptlizenzgeber die Erfüllung des Lizenzvertrages ab, so kann ein Unterlizenznehmer des Schuldners vom Hauptlizenzgeber den Abschluss eines Lizenzvertrages nach den in Absatz 1 genannten Bedingungen verlangen. Liegen Tatsachen vor, aus denen sich ernsthafte Zweifel ergeben, dass der Unterlizenznehmer seine Verpflichtungen aus dem*

---

<sup>36</sup> Etwa das Positionspapier des vfa (Verband der forschenden Pharma-Unternehmen in Deutschland) vom 17.01.2011 zur Insolvenzrechtsreform abrufbar unter: <http://www.vfa.de/de/wirtschaft-politik/positionen/pos-insolvenzrechtsreform.html>; die Stellungnahme des BDI zur Insolvenzrechtsreform vom 15.10.2010 und das gemeinsame Positionspapier BDI und BDA zur Insolvenzrechtsreform, beide abrufbar unter: <http://www.bdi.eu/Insolvenzrecht.htm>; auch: BITKOM-Positionspapier zur Reform des Insolvenzrechts vom 24.11.2011, S. 7, abrufbar unter: [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Positionspapier\\_Reform\\_des\\_Insolvenzrechts\\_%2824.1.2011%29.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Positionspapier_Reform_des_Insolvenzrechts_%2824.1.2011%29.pdf) (Positionspapier/Stellungnahmen zuletzt abgerufen am 23.12.2012).

<sup>37</sup> Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 18.01.2012 ist abrufbar unter: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_InsOII.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_InsOII.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 23.12.2012); im Folgenden im Rahmen der Fussnoten bezeichnet als „RefEntw. 2012“.

*Vertrag wird erfüllen können, so kann der Hauptlizenzgeber den Abschluss von einer Sicherheitsleistung abhängig machen.*

*(3) Der Lizenznehmer ist berechtigt, bis zum Abschluss eines neuen Lizenzvertrages das lizenzierte Recht gemäß dem bisherigen Lizenzvertrag zu nutzen. Wird innerhalb von drei Monaten nach Zugang der Aufforderung des Lizenznehmers zum Neuabschluss des Lizenzvertrages kein neuer Lizenzvertrag abgeschlossen, so ist die weitere Nutzung nur zulässig, wenn*

*1. eine Vergütung gezahlt wird, deren Höhe sich nach den Anforderungen von Absatz 1 bemisst, und*

*2. der Lizenznehmer spätestens innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nachweist, dass er gegen den Verwalter, im Fall des Absatzes 2 gegen den Hauptlizenzgeber, Klage auf Abschluss eines Lizenzvertrages erhoben hat.*

*Wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren, wirkt der neue Vertrag auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurück."*

Offensichtlich ist, dass § 108a InsO-E 2012 einen dogmatisch völlig anderen Weg beschreiten wollte als § 108a InsO-E 2007. Der Referentenentwurf wollte das Wahlrecht des Insolvenzverwalters beibehalten; jedoch dem Lizenznehmer einen Anspruch auf Neuabschluss gewähren. Zu zeigen sein wird, dass § 108a InsO-E 2012 dem Insolvenzverwalter eine deutlich bessere Position zuerkannte als der Entwurf aus dem Jahre 2007.

Der grundsätzliche gesetzgeberische Handlungsbedarf hinsichtlich einer insolvenzfesten Ausgestaltung des Lizenzvertrages zugunsten des Lizenznehmers wurde zunächst mit den annähernd selben Argumenten begründet wie es der Gesetzesentwurf 2007 getan hat:

- Ruinöse, existenzielle Auswirkungen der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter für lizenznehmende Unternehmen;
- Nachhaltige Stärkung des Wirtschafts- und Forschungsstandorts Deutschland im internationalen Wettbewerb, da insbesondere die Exportstaaten USA und Japan, den Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers stärker schützen, Vermeidung einer drohenden Abwanderung von Unternehmen ins Ausland;
- Ungeeignetheit und Inakzeptanz der unter dem geltenden Recht entwickelten Konstruktionen zum Schutz des Lizenznehmers in der Insolvenz des Lizenzgebers (etwa Lizenzsicherungsnißbrauch, Sicherungsübertragung oder Verpfändung des geschützten Rechts).

Die Einführung dieser Vorschrift wurde im Referentenentwurf<sup>38</sup> unter anderen weiter wie folgt begründet:

- Schaffung von Investitionsschutz für lizenznehmende Unternehmen durch die Möglichkeit der Weiternutzung des lizenzierten Rechts nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Lizenzgebers.
- Schaffung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Lizenznehmer und Insolvenzverwalter sowie Lösung der wesentlichen Probleme, die mit der Fassung des § 108a InsO-E 2007 nicht bewältigt werden konnten.

Die Veröffentlichung des § 108a InsO-E 2012 hatte in den betroffenen Kreisen unterschiedliche Reaktionen hervorgerufen. Ähnlich wie die Stellungnahmen zu § 108a InsO-E 2007 fand sich auch hier ein Meinungsspektrum, das von der Ablehnung der Vorschrift infolge geäußerter Kritik<sup>39</sup> bis hin zum grundsätzlichen<sup>40</sup> oder auch uneingeschränkten Zuspruch<sup>41</sup> reichte.

Der wesentliche Inhalt des § 108a InsO-E 2012, das Meinungsspektrum und die geäußerte Kritik zu § 108a InsO-E 2012 sollen an dieser Stelle der Arbeit kurz dargestellt werden:

---

<sup>38</sup> Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 18.01.2012, S. 32 ff., abrufbar unter: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_InsoII.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_InsoII.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 23.12.2012).

<sup>39</sup> Stellungnahme der DGRI vom 14.03.2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: [http://www.dgri.eu/index.php/fuseaction/download/lrn\\_file/stellungnahme-der-dgri-vom-14.03.2012-bezgl.-der-neuregelung-zu-108a-inso-e-referentenentwurf-des-bmj-vom-18.01.2012.pdf](http://www.dgri.eu/index.php/fuseaction/download/lrn_file/stellungnahme-der-dgri-vom-14.03.2012-bezgl.-der-neuregelung-zu-108a-inso-e-referentenentwurf-des-bmj-vom-18.01.2012.pdf), zudem abgedruckt in: CR 2012, 216 ff.; Stellungnahme der OSE vom 15.03.2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: [http://www.ose-international.org/fileadmin/redakteure/Dateien/120315\\_Stellungnahme\\_der\\_OSE\\_zum\\_108a\\_InsO-E\\_an\\_das\\_BMJ.pdf](http://www.ose-international.org/fileadmin/redakteure/Dateien/120315_Stellungnahme_der_OSE_zum_108a_InsO-E_an_das_BMJ.pdf); Stellungnahme der GRUR vom 12.03.2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: [http://www.grur.org/uploads/tx\\_gstatement/2012-03-12\\_GRUR\\_Stn\\_RefE\\_Gesetz\\_Verk%C3%BCrzung\\_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF](http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2012-03-12_GRUR_Stn_RefE_Gesetz_Verk%C3%BCrzung_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF); Stellungnahme des BDI vom 16.03.2012, abrufbar unter: [http://www.bdi.eu/download\\_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Stellungnahme\\_Gesetzesentwurf\\_zur\\_Verkuerzung\\_der\\_Restschuldbefreiung.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Stellungnahme_Gesetzesentwurf_zur_Verkuerzung_der_Restschuldbefreiung.pdf); (Stellungnahmen zuletzt abgerufen am 23.12.2012); (Stellungnahmen wurden zuletzt am 23.12.2012 abgerufen); *McGuire*, GRUR 2012, 657 ff.

<sup>40</sup> So wohl: *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 ff. und *Schmid*, GRUR-Prax 2012, 75 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins – Insolvenzausschuss vom 15.03.2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-11/Aktuelle-Fassung-SNInsO22-12-2.pdf>; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom März 2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/maerz/stellungnahme-der-brak-2012-10.pdf>; Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises vom März 2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: [http://www.gravenbrucher-kreis.de/uploads/media/Stellungnahme\\_GK\\_108a\\_InsO-E.pdf](http://www.gravenbrucher-kreis.de/uploads/media/Stellungnahme_GK_108a_InsO-E.pdf); Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom März 2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: <http://www.drbb.de/cms/index.php?id=764>; (Stellungnahmen zuletzt abgerufen am 23.12.2012); *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (557).

aa) Fortgeltung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO für Lizenzverträge

Im Gegensatz zu § 108a InsO-E 2007 ließ § 108a Abs. 1 InsO-E 2012 das Verwalterwahlrecht gemäß § 103 Abs. 1 InsO unangetastet, um der Kritik der Insolvenzverwalter an § 108a InsO-E 2007 Rechnung zu tragen. § 108a InsO-E 2012 war daher die Grundentscheidung des Gesetzgebers immanent, dass Lizenzverträge dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO unterfallen und mithin nicht insolvenzfest sind. Bei Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Lizenzgebers sollte der Lizenznehmer jedoch einen Anspruch auf Abschluss eines neuen Lizenzvertrages haben. Dieser der Insolvenzordnung bisher unbekannt konzeptionelle Lösungsansatz, der dem Lizenznehmer die Handlungspflicht zuwies, stieß in den Reihen der Insolvenzrechtler auf großen Zuspruch, da er einen tragfähigen Kompromiss zwischen beiden Interessen herbeigeführt habe.<sup>42</sup> Vertreter der lizenznehmenden Wirtschaft und IP- und IT-rechtlichen Literatur beurteilten diesen Ansatz als verfehlt, da er dem beabsichtigten Schutz des Lizenznehmers nicht gerecht wurde.<sup>43</sup>

bb) Anwendungsbereich des § 108a InsO-E 2012

Der persönliche Anwendungsbereich beschränkte sich wiederum auf die Insolvenz des Lizenzgebers, wobei § 108a Abs. 2 InsO-E 2012 ausdrücklich auch den Fall der Lizenzkette<sup>44</sup>, d. h. den Fall der Insolvenz des Unterlizenzgebers erfasste.

Der sachliche Anwendungsbereich des Entwurfs bezog sich auf *Lizenzverträge*. In diesem Zusammenhang wurde zum einen wieder auf die mit dem Begriff verbundene Rechtsunsicherheit hingewiesen, dass bis heute unklar ist, welche Verträge als Lizenzverträge zu qualifizieren sind.<sup>45</sup> Zum anderen sei unklar gewesen, ob § 108a InsO-E 2012 nur dort eingreifen sollte, wo nicht ohnehin bereits von der Insolvenzfestigkeit des Lizenzvertrages ausgegangen wird (etwa bei kaufähnlichen Lizenzverträgen wie der Softwareüberlassung auf Dauer) oder ob alle Lizenzverträge – unabhängig vom gegenwärtigen Meinungsstand – unter die Norm fallen sollten.<sup>46</sup> Letzteres hätte für den Lizenznehmer zu einer Verschlechterung der

<sup>42</sup> Dt. Anwaltverein in seiner Stellungnahme zu RefEntw. 2012, S. 5; BDI in seiner Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 1; Dt. Richterbund in seiner Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 1; Gravenbrucher Kreis in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2012, S. 3; BRAK in ihrer Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 3.

<sup>43</sup> DGRI in ihrer Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 3 f.; GRUR in ihrer Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 3; *McGuire*, GRUR 2012, 657 (664); auch kritisch: *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (498) und *Schmid*, GRUR-Prax 2012, 75 ff.

<sup>44</sup> Zum Begriff: 1. Teil III. 1. a) cc).

<sup>45</sup> DGRI in ihrer Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 5.

<sup>46</sup> Für ein Verständnis des § 108a InsO-E 2012 dahingehend, dass er das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO voraussetzt, mithin nicht sämtliche Lizenzverträge unter die Vorschrift fallen: *Schmid*, GRUR-Prax 2012, 75 ff.; *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (551); im Ergebnis wohl auch: *McGuire*, GRUR 2012, 657 (661, 662), da sie § 108a InsO-E nur dann für

geltenden Rechtslage geführt.<sup>47</sup> Darüber hinaus habe der Entwurf zu Unklarheiten in Bezug auf die erfassten Rechte geführt, da er keine Beschränkung auf Lizenzverträge über Rechte des geistigen Eigentums vorsieht, sondern nur vom Lizenzvertrag spricht.<sup>48</sup>

cc) Abschluss eines neuen Vertrags zu angemessenen Bedingungen

Der dem Lizenznehmer in Aussicht gestellte neue Lizenzvertrag sollte zu angemessenen Bedingungen abgeschlossen werden, wobei sich hier der Entwurf bewusst an die Regelung des § 32a UrhG anlehnte.<sup>49</sup>

Diese Vertragsnovation mit nachträglicher Entgeltkontrolle wurde scharf kritisiert, da der Wagnischarakter des Lizenzvertrages hierbei völlig unberücksichtigt geblieben sei<sup>50</sup> und die Vorschrift zum „Nachverhandeln“ wirtschaftlich nachteiliger Lizenzverträge eingeladen hätte.<sup>51</sup> Darüber hinaus habe der Verweis auf § 32a UrhG zu Rechtsunsicherheit geführt, da auch hier noch keine gefestigte Rechtsprechung vorliege.<sup>52</sup>

dd) Klagezwang auf Seiten des Lizenznehmers

Für den Fall der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter und dem Nichtabschluss eines neuen Lizenzvertrages innerhalb von drei Monaten war der Lizenznehmer gemäß § 108a Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 InsO-E 2012 verpflichtet, nachweislich Klage auf Abschluss eines neuen Lizenzvertrages innerhalb einer bestimmten Ausschlussfrist zu erheben. Die in dieser Regelung liegende Unsicherheit für den Lizenznehmer, dass kein neuer vergleichbarer Lizenzvertrag zustande kommt, wurde insbesondere im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Lizenznehmers und die beabsichtigte Stärkung des Wirtschafts- und Forschungsstandorts Deutschland als sehr problematisch angesehen.<sup>53</sup>

Am 18.07.2012 hat das Bundeskabinett den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung der Restschuldbefreiung und zur Stärkung der Gläubigerrechte

---

anwendbar hält, wenn ein beidseitig nicht vollständig erfüllter Lizenzvertrag vorliegt; lediglich auf diese Unklarheit hinweisend: *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (495).

<sup>47</sup> DGRI in ihrer Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 5; *Schmid*, GRUR-Prax 2012, 75 ff.; *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (495); *Verweyen*, K&R 2012, 563 (565).

<sup>48</sup> *Schmid*, GRUR-Prax 2012, 75 ff.; *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (496); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (662).

<sup>49</sup> Bundesjustizministerium in seiner Begründung zum RefEntw. 2012, S. 41.

<sup>50</sup> Etwa: *Schmid*, GRUR-Prax 2012, 75 ff.; hierzu auch: *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (552).

<sup>51</sup> So bereits *Mocke* zu der amerikanischen Vorschrift Sec. 365 (n) Bankruptcy Code, ZinsO 2007, 1121 (1121).

<sup>52</sup> *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (496).

<sup>53</sup> DGRI in ihrer Stellungnahme zum RefEntw. 2012, S. 3 f; *McGuire*, GRUR 2012, 657 (663); *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (497).

beschlossen.<sup>54</sup> Der im Referentenentwurf enthaltene § 108a InsO-E 2012 wurde jedoch nicht übernommen, sondern ohne Begründung gestrichen. Der Komplex „Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen“ bleibt damit bis auf Weiteres ungeregelt.

## 2. Höchststrichterliche Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012

Neben der Diskussion um die im Ergebnis gescheiterten Reformvorhaben zur insolvenzfesten Ausgestaltung von Lizenzverträgen sind in den Jahren 2009 bis 2012 einige höchstrichterlicher Entscheidungen ergangen, die zumindest Ausstrahlungswirkung auf die Beurteilung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen haben könnten. Der diesen Entscheidungen jeweils zugrunde liegende Sachverhalt (vereinfacht) und die wichtigsten – für die vorliegende Untersuchung einschlägigen – Leitsätze und Aussagen sollen nachfolgend kurz vorgestellt werden.

### a) BGH, Urteil vom 26.03.2009 – I ZR 153/06 – „Reifen Progressiv“

Sachverhalt<sup>55</sup>:

Der Kläger ist Urheber des für Reifenhändler bestimmten Computerprogramms „Reifen Progressiv“. Die A GmbH besaß u. a. das ausschließliche Nutzungsrecht an dem Computerprogramm. Sie räumte der Beklagten, einer Reifenhändlerin, gegen einmalige Zahlung eines bestimmten Betrages ein einfaches Nutzungsrecht an der Software vertraglich ein. Nachdem die A. GmbH ihren Geschäftsbetrieb im September 2001 eingestellt und später Insolvenzantrag gestellt hatte, erklärte der Kläger gegenüber der A. GmbH gemäß § 41 UrhG Rückruf des dieser eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrechts. Der Kläger hat die Beklagte im vorliegenden Verfahren wegen Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen.

Die Klage blieb erfolglos. Der BGH hat entschieden, dass ein einfaches Nutzungsrecht, das sich von einem ausschließlichen Nutzungsrecht ableitet, nicht erlischt, wenn das ausschließliche Nutzungsrecht aufgrund eines wirksamen Rückrufs wegen Nichtausübung (§ 41 UrhG) erlischt.<sup>56</sup>

Rn. 20 der Entscheidung:

*„Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nicht übersehen, dass im Streitfall die Nutzungsrechtsüberlassung Dauerleistungscharakter hat und der*

<sup>54</sup> Der Regierungsentwurf ist abrufbar unter: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RE\\_Restschuldbefreiungsverfahren.pdf;jsessionid=905C543B79499EEF2C40E0CD707FB2E1.1\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RE_Restschuldbefreiungsverfahren.pdf;jsessionid=905C543B79499EEF2C40E0CD707FB2E1.1_cid297?__blob=publicationFile).

<sup>55</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in: BGHZ 180, 344 ff.; GRUR 2009, 946 ff.; K&R 2009, 712 ff.; CR 2009, 767 ff.; MMR 2009, 1291 ff.; NJW-RR 2009, 186 ff.

<sup>56</sup> BGH, GRUR 2009, 946, (947 Rn. 17) – Reifen Progressiv.

*Lizenzgeber nach dem Erlöschen seines Nutzungsrechts nicht mehr die Rechtsmacht hat, seinem Lizenznehmer das Nutzungsrecht weiterhin zu vermitteln (vgl. W. Nordemann, GRUR 1970, 174, 175). Das einfache Nutzungsrecht hat – wie auch das ausschließliche Nutzungsrecht – keinen schuldrechtlichen, sondern dinglichen Charakter<sup>57</sup> (Schricker/Schricker, Urheberrecht, vor §§ 28 ff. UrbG Rdn. 49 m.w.N. auch zur Gegenansicht). Der Lizenzgeber muss dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht daher nicht während der Dauer des Lizenzverhältnisses fortwährend in seinem Bestand vermitteln, vielmehr ist das Enkelrecht nach seiner Abspaltung vom Tochterrecht von dessen Fortbestand unabhängig (vgl. Wohlfahrt aaO S. 151).“*

b) BGH, Urteil vom 19.07.2012 – I ZR 70/10 – „M2Trade“

Sachverhalt<sup>58</sup>:

Der Rechteinhaber und Kläger hatte mit der M-Netcom als Hauptlizenznehmerin einen Lizenzvertrag über ausschließliche Nutzungsrechte an einer Software abgeschlossen. Die M-Netcom gehörte der Unternehmensgruppe der M-AG an und war innerhalb dieser für die Beschaffung und Wartung von Informationstechnologie zuständig. Als Hauptlizenznehmerin hat die M-Netcom sodann wiederum Unterlizenzen an die anderen Töchterunternehmen der M-AG, darunter auch die M-Produkt & Service, vergeben. Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der M-Netcom hat der Rechteinhaber und spätere Kläger den mit dieser bestehenden (Haupt-)Lizenzvertrag wegen Zahlungsverzugs wirksam gekündigt. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Hauptlizenznehmers M-Netcom wurde später wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes wieder aufgehoben (§ 212 InsO). Der Rechteinhaber und Kläger hat im vorliegenden Verfahren den Insolvenzverwalter der inzwischen auch im Insolvenzverfahren befindlichen M-Produkt & Service sodann wegen Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen.

Die Klage des Rechteinhabers blieb erfolglos. Der BGH hat vielmehr entschieden, dass einfache Unterlizenzen an urheberrechtlichen Nutzungsrechten auch bei Kündigung des Hauptlizenzvertrages fortbestehen:<sup>59</sup>

Leitsätze der Entscheidung:

*„1. Ein urheberrechtliches Nutzungsrecht, das der Lizenzgeber einem Lizenznehmer eingeräumt hat, fällt im Regelfall, in dem die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, mit der Beendigung des Lizenzvertrags ipso iure an den Lizenzgeber zurück.“*

---

<sup>57</sup> Den dinglichen Charakter des einfachen und ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechts bestätigte der BGH in seinem Urteil vom 29.04.2010 – I ZR 69/08 – Vorschaubilder, NJW 2010, 2731 (2734 Rn. 29).

<sup>58</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in: ZIP 2012, 1561 ff.; MMR 2012, 684 ff.; CR 2012, 572 ff.; GRUR 2012, 916 ff.

<sup>59</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 23) – M2Trade.

2. Das Erlöschen der Hauptlizenz führt in aller Regel auch dann nicht zum Erlöschen der Unterlizenz, wenn der Hauptlizenznehmer dem Unterlizenznehmer ein einfaches Nutzungsrecht gegen fortlaufende Zahlung von Lizenzgebühren eingeräumt hat und die Hauptlizenz nicht auf Grund eines Rückrufs wegen Nichtausübung, sondern aus anderen Gründen (hier: Kündigung des Hauptlizenzvertrages wegen Zahlungsverzugs) erlischt (...)

3. Beim Erlöschen der Hauptlizenz hat der Hauptlizenzgeber gegen den Hauptlizenznehmer einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB auf Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer bestehenden Anspruchs auf ausstehende Lizenzzahlungen.“

Obiter dictum, Rn. 26 der Entscheidung:

Der Bereicherungsanspruch, der bei der Interessenabwägung ausschlaggebend war, „bestünde auch im Falle einer Insolvenz des Hauptlizenznehmers, wenn der Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 1 InsO zwar die Nichterfüllung des Hauptlizenzvertrages, aber die Erfüllung des Unterlizenzvertrages wählt.“

Nach Veröffentlichung der BGH-Entscheidung „M2Trade“ am 19.07.2012 wurden Stimmen<sup>60</sup> laut, dass diese Entscheidung Anlass für die Streichung des § 108 a InsO-E 2012 im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung der Restschuldbefreiung und zur Stärkung der Gläubigerrechte, den das Bundeskabinett am 18.07.2012 – ohne den erst enthaltenen § 108 a InsO-E – beschlossen hat, war bzw. gewesen sein könnte. Der mit den 12.07.2012 angegebene Bearbeitungsstand für den Regierungsentwurf, spricht insofern nicht gegen die These, da die mündliche Verhandlung im Fall M2Trade bereits am 10.05.2012 stattgefunden hatte.

Ob aufgrund der „M2Trade“ Entscheidung kein gesetzgeberischer Regelungsbedarf für die Thematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen besteht, wird im Laufe der Arbeit zu untersuchen sein.

c) BGH, Urteil vom 19.07.2012 – I ZR 24/11 – „TakeFive“

Sachverhalt<sup>61</sup>:

Die Parteien sind Musikverlage. Die Klägerin ist in Kalifornien, die Beklagte in Deutschland ansässig. Der Komponist Paul Desmond räumte der Klägerin mit Vertrag vom 01.02.1960 die ausschließlichen Musikverlagsrechte und die sich hieraus ableitenden weltweiten Nutzungsrechte an seiner Komposition „Take Five“ für die Dauer der Schutzfrist ein. Mit einem „subpublishing agreement“ vom 08.11.1961 räumte die Klägerin der B. Music Company Limited (im Folgenden: B.) die ausschließlichen Musikverlagsrechte an dem Werk für Europa ein.

<sup>60</sup> So etwa: Marotzke, ZInsO 2012, 1737 (1738, 1740).

<sup>61</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in: ZIP 2012, 1671 ff.; GRUR 2012, 914 ff.; ZUM 2012, 782 ff.; CR 2012, 575 ff.



Schließlich räumte B. der Rechtsvorgängerin des Beklagten mit Vereinbarung vom 04.04.1962 die ausschließlichen Subverlagsrechte an der Komposition für Deutschland und Österreich ein. Die Klägerin schloss mit B. im Rahmen eines in den USA geführten Rechtsstreits am 17./26.03.1986 einen Vergleich. Darin vereinbarten die vertragschließenden Parteien, dass mit dem Vergleich sämtliche gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Verlagsvertrag betreffend das Musikwerk „Take Five“ beendet sind und mit Ablauf der Lizenz auch die Rechte bei Lizenznehmern, Subverlegern oder sonstigen Dritten, die Rechte von B. ableiten, unwiderruflich enden. Die Klägerin hat nach ihrer Darstellung mittlerweile einem Musikverlag die Subverlagsrechte an dem Musikwerk für Deutschland eingeräumt und diese Rechtseinräumung vorsorglich unter die auflösende Bedingung gestellt, dass dem Beklagten die Subverlagsrechte gerichtlich zugesprochen werden. Mit der Klage will die Klägerin ihre Ansicht bestätigt wissen, mit dem Erlöschen der Hauptlizenz von B. sei auch die Unterlizenz des Beklagten erloschen.

Die Klage blieb erfolglos. Der BGH hat vielmehr entschieden, dass auch ausschließliche Unterlizenzen an urheberrechtlichen Nutzungsrechten auch bei (einvernehmlicher) Beendigung des Hauptlizenzvertrages fortbestehen:<sup>62</sup>

Leitsätze der Entscheidung:

*„Das Erlöschen der Hauptlizenz führt in aller Regel auch dann nicht zum Erlöschen der Unterlizenz, wenn der Hauptlizenznehmer dem Unterlizenznehmer ein ausschließliches Nutzungsrecht gegen Beteiligung an den Lizenz Erlösen eingeräumt hat und die Hauptlizenz nicht aufgrund eines Rückrufs wegen Nichtausübung, sondern aus anderen Gründen (hier: einvernehmliche Aufhebung des Hauptlizenzvertrages) - erlischt (Fortführung von BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 153/06, BGHZ 180, 344 - Reifen Progressiv).“*

---

<sup>62</sup> BGH, GRUR 2012, 914 (915 Rn.15) – TakeFive.



## 2. Teil: Lizenzrechtliche Grundlagen

Es gibt kein „Lizenzgesetz“ und auch kein „Lizenzvertragsgesetz“ in dem das Lizenzrecht kodifiziert ist. Vielmehr sind Lizenz und Lizenzvertrag lediglich in den Sonderschutzgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts rudimentär geregelt. Im Wesentlichen ist das Lizenzrecht durch Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelt worden. Es wird von den Begriffen „Lizenz“ und „Lizenzvertrag“, deren Inhalte und rechtliche Qualifikation bis heute heillos umstritten sind, dominiert. Im Folgenden werden daher zunächst die Begriffe „Lizenz“ und „Lizenzvertrag“ einer näheren Betrachtung unterzogen.

### I. Die Lizenz

#### 1. Begriff

Wortgeschichtlich ist der Begriff der „Lizenz“ auf das lateinische „licet“ mit der Bedeutung „es ist erlaubt“ zurückzuführen. Nach dem Wortsinn ist eine Lizenz eine Erlaubnis, Genehmigung<sup>63</sup> oder Gestattung. Im Hinblick darauf wird der Begriff „Lizenz“ im allgemeinen Sprachgebrauch in Deutschland auch für verschiedenste Erlaubnisse, z. B. Fluglizenz etc. verwendet. Wenn im Rahmen der vorliegenden Arbeit von „Lizenz“ die Rede ist, ist damit immer die nachstehende juristische Bedeutung gemeint, wobei ausschließlich die konsensuale,<sup>64</sup> d. h. auf einem Parteikonsens beruhende Lizenz untersucht wird. Konditionale Lizenzen,<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, 25. Auflage, Stichwort „Lizenz“.

<sup>64</sup> Ausführlich zum Begriff konsensuale Lizenz: *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 3 A I, II (S. 191 f., 193 f.).

<sup>65</sup> Ausführlich zum Begriff konditionale Lizenz: *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 3 A I, III (S. 191 f., 197 f.).

also Lizenzen die statt durch Parteikonsens kraft staatlichen Hoheitsaktes, sog. Zwangslizenzen (§§ 24, 84 Abs. 1 Satz 1, 85 Abs. 6 PatG, § 20 GebrMG, § 12 SortenSchG) oder kraft Gesetzes, sog. gesetzliche Lizenzen (z. B. §§ 53 ff. UrhG) begründet werden, sind nicht Gegenstand der Arbeit.

Trotz jahrzehntelanger Bemühungen in Rechtsprechung und Literatur gibt es im deutschen Recht bisher *keinen einheitlichen, herrschenden, eindeutigen Lizenzbegriff*. Das liegt daran, dass „das Recht der Lizenzen und der Lizenzverträge“ sich im Wesentlichen ohne feste gesetzliche Grundlage entwickeln musste.<sup>66</sup>

Der Begriff der Lizenz findet sich vor allem in den Gesetzen des Gewerblichen Rechtsschutzes<sup>67</sup>, z. B. in § 15 Abs. 1, Abs. 2 PatG, § 22 Abs. 2 GebrMG, § 31 GeschmMG, § 11 HalbLSchG und § 30 MarkenG. Diese Vorschriften legen fest, dass das betreffende Schutzrecht Gegenstand von vertraglichen Lizenzen sein kann. Anstatt jedoch zu definieren, was eine Lizenz ist bzw. welche dogmatische Struktur ihr zugrunde liegen muss, um als Lizenz zu gelten, beschränkt sich der Gesetzgeber auf die Regelung von Einzelfragen und setzt den Begriff der Lizenz voraus. Die Gesetze des Gewerblichen Rechtsschutzes normieren mithin zur Lizenz folgende Einzelfragen: Es wird regelmäßig zwischen zwei Lizenztypen unterschieden, nämlich der nicht ausschließlichen und der ausschließlichen Lizenz,<sup>68</sup> vgl. z. B. § 15 Abs. 2 PatG und § 30 Abs. 1 MarkenG. Darüber hinaus existieren Regelungen darüber, dass sachliche oder räumliche Beschränkungen der Lizenz im Wege der Vereinbarung möglich sind, z. B. § 15 Abs. 2 Satz 1 PatG, § 30 Abs. 1 MarkenG. Ferner billigen die vorhandenen Lizenzbestimmungen dem Lizenzgeber und Rechtsinhaber die Geltendmachung seiner Ausschließlichkeitsrechte gegen den Lizenznehmer zu, wenn dieser gegen vereinbarte Beschränkungen der Lizenz verstößt, z. B. § 15 Abs. 2 Satz 2 PatG, § 22 Abs. 2 Satz 2 GebrMG, § 30 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 MarkenG. Schließlich normiert das Gesetz etwa nach § 15 Abs. 3 PatG, § 22 Abs. 3 GebrMG und nach § 30 Abs. 5 MarkenG einen Sukzessionsschutz des einfachen und ausschließlichen Lizenznehmers, so dass die Lizenz unberührt bleibt, wenn der Rechtsinhaber das Schutzrecht veräußert oder nach der Lizenzerteilung weitere Lizenzen erteilt.

Darüber hinausgehende gesetzliche Regelungen, die eine klare Aussage über den Inhalt oder die Rechtsnatur der Lizenz treffen, bestehen nicht.

Aus Rechtsprechung und Literatur ergibt sich, dass die Lizenz im gewerblichen Rechtsschutz als *Benutzungsberechtigung am Schutzrecht* definiert werden kann.<sup>69</sup> Eine Benutzungsberechtigung am Schutzrecht kann ein Dritter jedoch im Wege verschiedenster Rechtsfiguren erhalten. Er erlangt eine Benutzungsberechtigung

<sup>66</sup> So ausdrücklich der Bundesgerichtshof in: *BGH*, GRUR 1967, 378 (383).

<sup>67</sup> Zu den Rechten des gewerblichen Rechtsschutzes zählen Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Sortenschutz-, Halbleiterschutz- sowie Marken- und sonstige Kennzeichenrechte.

<sup>68</sup> Zum Begriff nicht ausschließliche Lizenz: 2. Teil I. 3. c); zum Begriff ausschließliche Lizenz: 2. Teil I. 3. a).

<sup>69</sup> *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 182.

am Schutzrecht sowohl nach einer vollzogenen Vollübertragung des Schutzrechts, als auch in dem Fall einer vorliegenden (einseitigen) Einwilligung in die Nutzung des Schutzrechts seitens des Rechtsinhabers. Stellen beide Rechtsinstitute damit eine Lizenz dar?

Für die Definition des Begriffs Lizenz ist zunächst allgemein anerkannt, dass die Einräumung einer Benutzungsberechtigung nur dann als Lizenz gilt, wenn der Lizenzgeber Rechtsinhaber des Rechts bleibt; es also nicht vollständig aufgibt.<sup>70</sup> Die Erlangung einer Nutzungsberechtigung am Schutzrecht durch Kauf und vollständiger Übertragung des Schutzrechts stellt somit keine Lizenzierung dar. Weiterhin besteht Übereinstimmung darüber, dass die Beteiligten eine weitgehende Freiheit genießen, die Lizenzen entsprechend ihren Bedürfnissen und Zielen zu formen.<sup>71</sup> Allgemein anerkannt ist heute allerdings, dass die Einräumung einer Lizenz grundsätzlich mit der Einräumung eines *positiven Benutzungsrechts* einhergehen muss.<sup>72</sup> Sämtliche Lizenzen sind als Rechte positiver Natur zu betrachten.<sup>73</sup> Darüber hinaus wird überwiegend angenommen,<sup>74</sup> dass zu den verschiedenartigen Lizenzgestaltungsmöglichkeiten – neben obligatorischen Lizenzen – gegenständliche Lizenzen gehören.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Unter vielen: *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 20, 36; *Fehrenbacher*, JR 2001, 309 (310); *Schmoll*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 2008, Teil 1 Kap. 12 Rn. 2.

<sup>71</sup> *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 50; *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (326).

<sup>72</sup> So schon: RGZ 57, 38 (39 f.) – Bernardo'sches Verfahren; *Breuer*, Die rechtliche Natur der Patentlizenz, 1912, S. 26 ff., 31: „Wie auch immer die Lizenz konstruiert wird, so ist sie jedenfalls als ein positives Recht zu erachten“; *Rasch*, Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, 1933, S. 6; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 13 m. w. N.; *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 A I. (S. 7 f.); *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vetrag, 7. Auflage, Rn. 73; *Schmoll*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 2008, Teil 1 Kap. 12 Rn. 3 und Fn. 145; *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 40 ff.; *Knap*, GRUR Int. 1973, 226 (226) und Fn. 145; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 84, 86; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 24; *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 79; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 113; *Pablon*, ZUM 2005, 865 (865); *Bungart*, Dingliche Lizenzen an Persönlichkeitsrechten, 2005, S. 118; *Gitter*, Hdb. des Schuldrechts, Band 7, Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, § 12 E I. 1. (S. 399).

<sup>73</sup> *Rasch*, Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, 1933, S. 6; *Jungel*, Der Lizenzvertrag, 1937, S. 27.

<sup>74</sup> Zur abweichenden Auffassung (der Begriff der Lizenz sei auf gegenständliche Rechte beschränkt): Fn.: 141.

<sup>75</sup> Unter vielen: *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 50; *Kraßer*, GRUR Int. 1982, 324 (326); *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 36; *Lüdecke*, NJW 1966, 815 ff.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 13 ff.; a. A. nur diejenigen, die annehmen, dass der Nießbrauch allen Bedürfnissen gerecht werde und daher eine gegenständliche Lizenz ablehnen: *Lichtenstein*, NJW 1965, 1839 (1841); *Fischer*, GRUR 1927, 738 (743); vgl. *Pablon*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 360 f., der eingehend die „Nießbrauchkonstruktion“ ablehnt.

Konkretere Begriffsbestimmungen zur Lizenz fehlen oft in den einschlägigen Monographien<sup>76</sup> und der Kommentarliteratur. Vielmehr wird häufig sogar jede Benutzungsberechtigung an einem Immaterialgut als Lizenz bezeichnet<sup>77</sup> oder aber auf die viel gebrauchte Aussage, dass sich bisher noch kein einheitlicher, herrschender, eindeutiger Lizenzbegriff herausgebildet habe.<sup>78</sup> Die vorliegende Arbeit hat jedoch den Anspruch, den Begriff der Lizenz und den des Lizenzvertrages eindeutig zu definieren, da jene Ausgangspunkt der Untersuchung sind, so dass eindeutig klargelegt sein muss, welche Art von Benutzungsberechtigungen unter den Begriff der Lizenz zu subsumieren sind. Im Rahmen der Auswertung der Literatur zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen ist insbesondere aufgefallen, dass auch dort die Begriffe Lizenz und Lizenzvertrag oft ohne jegliche Auseinandersetzungen vorausgesetzt werden. Zur Erfassung des Begriffs der Lizenz sollen im Anschluss zwei Fragen geklärt werden:

1. Ist der Rechtsbegriff der Lizenz auf Benutzungsberechtigungen an Schutzrechten, d.h. auf gewerbliche Schutzrechte oder Immaterialgüterrechte beschränkt? Oder unterfallen sämtliche nicht körperlichen, geistigen Gegenstände dem Begriff der Lizenz?
2. Wie muss die Benutzungsberechtigung ausgestaltet sein, um als Lizenz zu gelten? Im Rahmen dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass es für den Rechtsinhaber mehrere Möglichkeiten gibt, einem anderen, Benutzungsberechtigungen an seinem nicht körperlichen, geistigen Gegenstand einzuräumen. Diese unterschiedlichen Dispositionsmöglichkeiten des Rechtsinhabers eines immateriellen Gutes können auch mit dem Gedanken der „Stufenleiter“<sup>79</sup> beschrieben werden. Zu klären ist, welche dieser Dispositionsmöglichkeiten unter den Lizenzbegriff zu subsumieren sind.

<sup>76</sup> Hinzuweisen ist jedoch aktuell auf die Habilitationsschrift von *McGuire*, *Die Lizenz*, 2012, die zum Ende dieser Arbeit erschienen ist und die Aufarbeitung des Lizenzbegriffs ähnlich angegangen ist, wie die vorliegende Arbeit.

<sup>77</sup> *Bayreuther*, in: MünchKomm, BGB, 6. Auflage, § 12 Rn. 132, der sämtliche Nutzungsberechtigungen „zum Zwecke der sprachlichen Vereinfachung“ als Lizenzen bezeichnet.

<sup>78</sup> Nachweise unter Fn. 66.

<sup>79</sup> *Pablow*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 247 ff.: „(...) um die verschiedenen Möglichkeiten der Lizenzgewährung in eine systematische Ordnung zu bringen, bietet sich der Gedanke der „Stufenleiter“ an.“; auch *Obly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 143 ff., verwendet für die unterschiedlichen Dispositionsmöglichkeiten des Inhabers von Immaterialgütern den Gedanken der „Stufenleiter“; zur Stufenleiter im Urheberrecht, *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 45 ff.; zu den verschiedenen inhaltlichen Ausformungen der Stufen sogleich unter 2. Teil I. 1. b).

a) *Beschränkung des Lizenzbegriffs auf Immaterialgüterrechte?*

Trotz der fast ausschließlichen Erwähnung des Begriffs der Lizenz in den Gesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes<sup>80</sup> wird hieraus weithin nicht der Schluss gezogen, dass die Lizenz ein ausschließliches Institut bzw. Gebilde des gewerblichen Rechtsschutzes ist.<sup>81</sup> Zum Teil wird jedoch vertreten, den Begriff der Lizenz auf echte Immaterialgüterrechte<sup>82</sup> bzw. auf die gesetzlich geregelten Fälle der Lizenz zu beschränken.<sup>83</sup> Für Nutzungsberechtigungen an bloßen Immaterialgütern<sup>84</sup> sollten – anstatt des Begriffs der Lizenz – eher die Begriffe „Gestattung“, „Einwilligung“ oder „Vergabe“ gebraucht werden.<sup>85</sup>

Die Beschränkung des Begriffs der Lizenz auf Immaterialgüterrechte, d. h. auf Rechte an verselbständigten, durch die Rechtsordnung anerkannten, regelmäßig unbeschränkt verkehrsfähigen geistigen Gütern,<sup>86</sup> bringt mit sich, dass die Vertreter jener Ansicht nur in den Fällen von einer Lizenz sprechen, in denen die Einräumung eines Nutzungsrechts an gewerblichen Schutzrechten, d. h. an Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Sortenschutz-, Halbleiterschutz- sowie Marken- und sonstige Kennzeichenrechten<sup>87</sup> in Frage steht. Darüber hinaus wird

<sup>80</sup> Im Urheberrechtsgesetz findet man den Begriff der Lizenz nur vereinzelt in Form der „Lizenzkette“ (§ 32a UrhG).

<sup>81</sup> So aber: *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, 1998, S. 122.

<sup>82</sup> Zum Begriff des Immaterialgüterrechts sogleich, Fn. 86.

<sup>83</sup> *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 315; S. 3; *Weinmann*, Rechtsnatur der Lizenz, 1996, S. 35; für die Beschränkung des Begriffs der Lizenz auf Immaterialgüterrechte wohl auch: *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 1; *Martinek*, in: *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr* (Hrsg.), Hdb. des Vertriebsrechts, 3. Auflage, § 4 Rn. 40; *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (325); *Kraßer*, GRUR 1977, 177 (183).

<sup>84</sup> Immaterialgüter sind von Immaterialgüterrechten zu unterscheiden. So auch: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 19; *Schönherr*, in: FS für Troller, 1976, S. 57 (62, 63). Immaterialgüter sind geistige Güter, die geeignet sind, ideellen oder materiellen Nutzen zu verschaffen, aber mangels gesetzlicher Anerkennung nicht zum Immaterialgüterrecht erstarkt sind, hierzu: *Schönherr*, in: FS für Troller, 1976, S. 57 (62).

<sup>85</sup> *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 315; S. 3; *Weinmann*, Rechtsnatur der Lizenz, 1996, S. 35; für die Beschränkung des Begriffs der Lizenz auf Immaterialgüterrechte wohl auch: *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 1; in Bezug auf Know-how auch: *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (325); *Kraßer*, GRUR 1977, 177 (183), die nur dann von Know-how-Lizenz zu sprechen, wenn schutzrechtsfähiges Know-how Vertragsgegenstand ist und die Parteien ein Schutzrecht (Patentrecht) anstreben; Liegt kein schutzrechtsfähiges Know-how vor oder streben die Parteien kein Schutzrecht (Patentrecht) an, soll der Begriff der Know-how-Vergabe – und damit keine Lizenzierung – der richtige sein; ähnlich: *Gitter*, Hdb. des Schuldrechts, Band 7: Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, § 13 B V 2. a).

<sup>86</sup> *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, § 5 Rn. 7; *Hubmann*, in: FS für Lehmann II. Band, 1956, S. 812 (821); *Forkel*, in: FS für Paulick, 1973, S. 101 (108); *Schönherr*, in: FS für Troller, 1976, S. 57 (62); *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 34; *Peukert*, ZUM 2000, 710 (715); *Bungart*, Dingliche Lizenzen an Persönlichkeitsrechten, 2005, S. 105; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 4; *Merkel*, Der Begriff des Immaterialgüterrechts, 1961, S. 78 ff.; *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, 1969, S. 36 ff.

<sup>87</sup> Hierzu ausführlich: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, § 1 Rn. 1, 10 ff.

von der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum zu Recht das Urheberrecht trotz dessen translativer Unübertragbarkeit<sup>88</sup> gemäß § 29 Abs. 1 UrhG den Immaterialgüterrechten zugeordnet.<sup>89</sup> Die für ein Immaterialgüterrecht geforderte Verkehrsfähigkeit wird durch die Möglichkeit der Einräumung von Nutzungsrechten, § 29 Abs. 2 UrhG, herbeigeführt.<sup>90</sup> Wie an späterer Stelle<sup>91</sup> zu zeigen sein wird, ist die Verwendung des Begriffs Lizenz im Urheberrecht trotz der Zuordnung des Urheberrechts zu den Immaterialgüterrechten aber nicht unumstritten.

Die vertretene Beschränkung des Lizenzbegriffs auf gewerbliche Schutzrechte oder Immaterialgüterrechte<sup>92</sup> wird bereits vom Gesetz nicht getragen und ist daher abzulehnen.<sup>93</sup> Das Gesetz geht davon aus, dass eine Rechtsposition noch nicht den Umfang eines Vollrechts bzw. Immaterialgüterrechts erreicht haben muss, um lizenzfähig zu sein, wenn es, z. B. in § 15 Abs. 2 Satz 1 PatG bestimmt, dass der Patentanmelder seinen Anspruch auf Erteilung des Patents, § 7 Abs. 1 PatG, bereits zur Grundlage einer Lizenz machen kann. Auch im Markenrecht kann die angemeldete, aber noch nicht eingetragene Marke gemäß §§ 31, 30 MarkenG Gegenstand einer Lizenz sein. Obwohl der Begriff der Lizenz vorwiegend in den Gesetzen des Gewerblichen Rechtsschutzes explizit erwähnt wird, ist ihr Gegen-

<sup>88</sup> Eine translative Rechtsübertragung liegt vor, wenn das zu transferierende Recht in seinem vollen Bestand auf eines neues Subjekt übergeht, so dass der bisherige Inhaber einen definitiven Rechtsverlust erleidet, der mit einem entsprechenden Rechtszuwachs auf seiten des Erwerbers korrespondiert; *Forkeel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 15; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 80.

<sup>89</sup> BT-Drs. IV/270 = BR-Drs. 1/62 S. 28/29; *BGHZ* 17, 266 (278) – Grundig Reporter; *BGHZ* 33, 1 (11) – Künstlerlizenz bei öffentlicher Wiedergabe von Schallplatten; *BGHZ* 37 1 (7) – Großprojektion von Fernsehsendungen; *BGHZ* 44, 288 (293) – Apfel-Madonna; *Loewenbeim*, in: *Loewenheim*, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 1 Rn. 2; *Ahlberg*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG, 2. Auflage, Einl. Rn. 15; *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR, 3. Auflage, Einl. Rn. 6; *Schricke/Loewenbeim*, in: *Schricke/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Einleitung Rn. 28; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 22; *Haberstumpf*, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, Rn. 13; *Hubmann*, in: FS für Lehmann II. Band, 1956, S. 812 (821); *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, § 1 Rn. 2; *Schönherr*, in: FS für Troller, 1976, S. 57 (62); *v. Gamm*, UrhG, 1968, Einf. Rn. 25 (S. 65); *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732 (733); a. A. wegen der Unübertragbarkeit des Urheberrechts gem. § 29 Abs. 1 UrhG: *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 35; zweifelnd: *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage, Einl. Rn. 29; *Kläiber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 87.

<sup>90</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 21; *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, 1998, S. 62; *Enders*, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht und Medienrecht, 2000, S. 129.

<sup>91</sup> Hierzu 2. Teil I. 2. b).

<sup>92</sup> Zu den Vertretern dieser Ansicht: Fn. 81, 83.

<sup>93</sup> So auch: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 186, 294; *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 396 f., 398; *Forkeel*, in: FS für Kraft, 1998, S. 95 (90 ff.); *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 21 f.; und weitere Nachweise unter Fn. 103, 104, 105.



stand nicht auf die von jenen Gesetzen geregelte Materie beschränkt.<sup>94</sup> Vielmehr stellt dieser Begriff – trotz seiner vergleichsweisen Unbestimmtheit – ein verallgemeinerungsfähiges Rechtsinstitut, mit dem die Teilhabe an nichtkörperlichen Gegenständen ermöglicht wird, dar.<sup>95</sup> Würde man den Aspekt der Unbestimmtheit der Lizenz als einen Grund gegen eine Verallgemeinerung des Lizenzgedankens durchdringen lassen, würde man das lizenzrechtliche System selbst zu dessen Schwäche erklären und folglich einen Zirkelschluss zum Opfer fallen.<sup>96</sup> Wie an späterer Stelle<sup>97</sup> noch zu zeigen sein wird, ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass die Lizenz auch ein Verfügungsinstrument darstellen kann, mit dem, dem Lizenznehmer ein dingliches bzw. gegenständliches Nutzungsrecht am Immaterialgut eingeräumt wird. In diesem Fall übernimmt die Lizenz die Funktion der Dienstbarkeit im Grundstücksrecht.<sup>98</sup> Würde man die Lizenz auf die gesetzlich anerkannten Fälle beschränken, bliebe dem Inhaber eines geistiges Guts, für das eine Lizenzierbarkeit nicht ausdrücklich angeordnet ist, auf der Verfügungsebene nur die weitreichende Verwertungsform des Nießbrauchs oder das Sicherungsmittel der Verpfändung. Es würde im Rahmen der Verwertung eine nicht begründbare Lücke entstehen.<sup>99</sup> Aufgrund der hier vertretenen Ablehnung der Beschränkung des Begriffs der Lizenz auf Immaterialgüterrechte erübrigt sich die Auseinandersetzung mit der zum Teil geforderten Erfassung der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts<sup>100</sup> in persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte<sup>101</sup>

<sup>94</sup> *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 B III (S. 36, Fn. 137); *Forkel*, in: FS für Kraft, 1998, S. 85 (93 f.).

<sup>95</sup> *Forkel*, in: FS für Kraft, 1998, S. 85 (93 f.).

<sup>96</sup> *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 398.

<sup>97</sup> Hierzu 2. Teil I. 1. b) cc).

<sup>98</sup> *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 397.

<sup>99</sup> *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 397.

<sup>100</sup> Heute ist allgemein anerkannt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Ausprägungen neben ideellen auch vermögenswerte Interessen der Person schützen, hierzu: BGHZ 143, 214 ff. – Marlene Dietrich; BGH, GRUR 2000, 715 ff. – Blauer Engel; BGHZ 20, 345 ff. – Paul Dahlke; BGH, GRUR 1987, 128 – Nena; *Götting*, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 36; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 69 ff.; *Seemann*, Prominenz als Eigentum, 1996, S. 152; *Kläver*, ZUM 2002, 205 ff.; *Freudenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 2006, S. 37 ff.; *Claus*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, S. 133 ff.; *Büchler*, AcP 206 (2006), 300 (346); a. A.: *Schack*, AcP 195 (1995), 594 ff.; *Peifer*, GRUR 2002, 495 ff.; auch die Befürworter des persönlichkeitsimmaterialgüterrechtlichen Modells bestreiten einen vermögensrechtlichen Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

<sup>101</sup> Für das sog. dualistische Modell: *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999, S. 26 ff.; *Beuthien*, NJW 2003, 1220 ff.; *ders.*, ZUM 203, 261 ff.; *Ullmann*, AfP 1999, 209 (214); a. A.: sog. monistisches Modell, nach dem die Rechte an marktgängigen Persönlichkeitselementen eine Doppelnatur als Persönlichkeits- und zugleich Vermögensrecht aufweisen (wirtschaftliche Persönlichkeitsrechte als integralen Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts): *Götting*, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 37 ff.; *Götting*, GRUR 2004, 801; *ders.*, NJW 2001, 585 ff.; *Reber*, ZUM 2004, 708 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 76 ff.;

und mit dem Streit, ob es sich bei Know-How<sup>102</sup> um ein echtes Immaterialgüterrecht handelt. Vielmehr sind sämtliche anerkannten wirtschaftlichen nutzbaren immateriellen Güter – unabhängig von ihrer Anerkennung als Immaterialgüterrecht – lizenzfähig.<sup>103</sup> Entsprechend der Redewendung „Was verboten werden kann, kann auch lizenziert werden“<sup>104</sup>, kommt als Lizenzgegenstand jedes Immaterialgut in Betracht, das von der Rechtsordnung anerkannt wird und eine gewerbliche Verwertung im Rahmen einer wirtschaftlichen Vorzugsstellung ermöglicht.<sup>105</sup> In der Lizenz kann somit eine allgemeine Erscheinungsform für die Verwertung unkörperlicher Güter erblickt werden.<sup>106</sup>

*b) Einschluss sämtlicher Benutzungsberechtigungen in den Lizenzbegriff?*

Nachdem nunmehr gezeigt wurde, dass sich der Lizenzbegriff nicht auf legislativ erfasste Immaterialgüterrechte beschränkt, ist im Anschluss der Frage nachzugehen, wie die Benutzungsberechtigung am immateriellen Gut dogmatisch ausgestaltet sein muss, um als Lizenz zu gelten. Hierzu werden zunächst kurz die unterschiedlichen Dispositionsmöglichkeiten des Inhabers eines immateriellen Gutes aufgezeigt. Hierfür bietet sich der Gedanke der „Stufenleiter“<sup>107</sup> an. Jener besagt, dass dem Rechtsinhaber unterschiedlich intensive Möglichkeiten zur Verfügung

*Freundenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 2006, S. 44; *Obly*, in: FS für Schrickler, 2005, 105 (109); *Kläver*, ZUM 2002, 205 (209 f.); *Wandtke*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, Einl. Rn. 41.

<sup>102</sup> Dafür wohl: *Obly*, FS für Schrickler, 2005, 105 (114).

<sup>103</sup> So auch: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 186 f.; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 703; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 12; *Knap*, GRUR Int. 1973, 226 (226); *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 B (S. 16 ff.); *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 396 f., 398; *Forkel*, in: FS für Kraft, 1998, S. 85, (90 ff.).

<sup>104</sup> So ausdrücklich: *Bartenbach/Kunzmann*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza (Hrsg.), FA Gew-RS, 2008, Kap. 9 Rn. 38; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 185 f.

<sup>105</sup> *Pablow*, WM 2008, 2041 (2041/2042); *ders.*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 186 f., 335; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 703; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 12; *Knap*, GRUR Int. 1973, 226 (226); *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 B (S. 16 ff.); *ders.*, MMR 2003, 3 (8); *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 49 Fn. 144; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, § 108 III; *Straßer/Feyock*, in: Hasselblatt (Hrsg.) MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 2012, § 49 Rn. 1 ff.; *Schmoll*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy (Hrsg.) Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 2008, Teil 1 Kap. 12 Rn. 16.

<sup>106</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 398.

<sup>107</sup> *Obly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 143 ff., der für die unterschiedlichen Dispositionsmöglichkeiten des Inhabers von Immaterialgütern den Gedanken der „Stufenleiter“ verwendet; ähnlich: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, 2006, S. 247 ff.: „(...) um die verschiedenen Möglichkeiten der Lizenzgewährung in eine systematische Ordnung zu bringen, bietet sich der Gedanke der „Stufenleiter“ an.“; zur Stufenleiter im Urheberrecht, *Schrickler/Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 45 ff.

stehen, um sein immaterielles Gut einem anderen zur Nutzung zu überlassen bzw. einen anderen zur Benutzung zu berechtigen. Im Anschluss wird dargelegt, welche dieser Nutzungsberechtigungen unter den Begriff der Lizenz im Rechtssinne einzuordnen sind.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll die „Leiter“ der Dispositionsmöglichkeiten eines Immaterialguthabers aus vier Stufen bestehen.<sup>108</sup> Die unterste Stufe dieser Leiter beherbergt die bloße einseitige Einwilligung<sup>109</sup> des Rechtsinhabers in die Nutzung des Immaterialgutes und den sog. Gestattungsvertrag<sup>110</sup> als schutzrechtlich/ deliktsrechtlich orientierte Verwertungsformen. Jene stellen die am wenigsten intensivsten Formen der wirtschaftlichen Verwertung rechtlich geschützter Güter dar.<sup>111</sup> Ab der zweiten Stufe beginnt die „rein“ rechtsgeschäftlich orientierte Verwertung<sup>112</sup> eines Immaterialguts. Auf der zweiten Stufe findet sich daher die Verwertung durch die vertragliche Vereinbarung eines positiven schuldrechtlichen Benutzungsrechts am Immaterialgut. Auf der dritten Stufe lassen sich die konstitutiven<sup>113</sup> Rechtsübertragungen, die zu einem gegenständlichen Benutzungsrecht am Immaterialgut führen, einordnen. Auf der „obersten Spros-

---

<sup>108</sup> Anders: *Obly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 143 ff., dessen „Leiter der Gestattungen“ aus acht Stufen besteht; anders auch: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 247 ff., dessen „Leiter der Lizenzgewährungen“ aus fünf Stufen besteht.

<sup>109</sup> Die dogmatische Erfassung der Rechtsfigur der Einwilligung ist stark umstritten. Die Palette der vertretenen Meinungen reicht von der Annahme einer Willenserklärung, über eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung bis hin zu einer bloßen Erklärung im außerrechtlichen Bereich; zur Rechtsnatur der Einwilligung umfassend: *Obly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 178 ff.; auch: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 321 ff.

<sup>110</sup> Zum Begriff des Gestattungsvertrags später: zu Fn. 119.

<sup>111</sup> Zumindest für die Einwilligung: *Obly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 144.; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 91.

<sup>112</sup> Zur Bedeutung der „rein“ rechtsgeschäftlichen Verwertung eines Immaterialguts sogleich.

<sup>113</sup> Bei einer konstitutiven Rechtsübertragung erfolgt keine Vollübertragung des Rechts; es werden vielmehr gegenständliche Teilbefugnisse aus dem Mutterrecht ausgeschnitten und auf den Erwerber übertragen, wodurch ein Recht geringeren Inhalts beim Erwerber entsteht, ohne dabei die Bindung zum Mutterrecht zu verlieren. Die konstitutive Rechtsübertragung kann auch als „gebundene Rechtsübertragung“ charakterisiert werden; *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 44 ff.; ders., GRUR 1988, 491 (493 ff.); *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 74 f.; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 80 f.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 593.

se“ der „Stufenleiter“ könnte die translative<sup>114</sup> Übertragung<sup>115</sup> eines konkreten Benutzungsrechts verortet werden.<sup>116</sup>

Zu klären ist, welche der vorgenannten Verwertungsformen an einem Immaterialgut unter den Lizenzbegriff zu subsumieren sind.

aa) Lizenzierung im Wege der Einwilligung/ Gestattungsvertrag/ negative Lizenz

Die einseitige Einwilligung<sup>117</sup> und der Gestattungsvertrag entspringen einem deliktischen Denkansatz.<sup>118</sup> Als Gestattungsvertrag wird vorliegend die in einen Vertrag eingekleidete Einwilligung verstanden.<sup>119</sup> Sie stellen schutzrechtlich orientierte Verwertungsformen dar.<sup>120</sup> Hier wird das Immaterialgut nicht zu einem echten Leistungsgegenstand;<sup>121</sup> stattdessen wird dessen Nutzung gestattet, mithin eine Schutzrechtsverletzung gebilligt bzw. die Nichtausübung der gesetzlichen Verbiethungsrechte vereinbart.<sup>122</sup> Nicht das Immaterialgut ist hier das Verwertungsobjekt, sondern die sekundären Schutzansprüche, über die im Wege der Einwilligung und den Gestattungsvertrag disponiert wird.<sup>123</sup> Bei beiden Verwertungsformen erfolgt daher kein Transfer positiver Nutzungsrechte.<sup>124</sup> Im immaterialgüterrechtlichen

<sup>114</sup> Bei einer translativen Rechtsübertragung geht das zu transferierende Recht in seinem vollem Bestand auf ein neues Subjekt über, so dass der bisherige Rechtsinhaber einen definiten Rechtsverlust erleidet, der mit einem entsprechenden Rechtszuwachs auf Seiten des Erwerbers korrespondiert, hierzu: *v. Thur*, BGB AT Bd. II, § 45 I (S. 59); auch: „Volenti non fit iniuria“ – *Ohly*, Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 147.

<sup>115</sup> So: *Pablon*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 248.

<sup>116</sup> Auf die translative Übertragung des Vollrechts (z. B. Vollübertragung eines Patents) wird nicht weiter eingegangen, da diese offensichtlich nicht unter den Lizenzbegriff fällt, vgl. Fn. 70.

<sup>117</sup> Zur dogmatischen Erfassung der Rechtsfigur der Einwilligung, vgl. Fn. 109.

<sup>118</sup> *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 145; *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 308 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 93.

<sup>119</sup> Der Gestattungsvertrag wird nicht einheitlich definiert; es herrscht vielmehr eine Begriffsverwirrung. So wie hier: *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 145; *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 330 f.; *Krüger-Nieland*, in: RGRK, 12. Auflage, § 12 Rn. 72; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 92 f.; *Claus*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, S. 125 ff.; *Seemann*, Prominenz als Eigentum, 1996, S. 164 f.; wohl auch *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 167, der den Gestattungsvertrag als schuldrechtliche Verpflichtung zur Duldung einer Handlung definiert; anders: *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 88; auch zum Gestattungsvertrag: *Canaris*, in: FS für Flume Band I, 1978, S. 371 (395).

<sup>120</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 308 ff.

<sup>121</sup> *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 81; *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 308.

<sup>122</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 308; *Schwerdtner*, in: MünchKomm, BGB, 4 Auflage (Vorauslage), § 12 Rn. 134; *Weick/Habermann*, in: Staudinger, 13. Bearbeitung, 1995, § 12 Rn. 42.

<sup>123</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 342, 343.

<sup>124</sup> A. A. für den Gestattungsvertrag: *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 88.

Lizenzrecht<sup>125</sup> hat sich anstatt des Begriffs des Gestattungsvertrags der Begriff „negative Lizenz“ durchgesetzt. Mit der negativen Lizenz wird – wie beim Gestattungsvertrag – die bloße Nichtausübung bzw. der bloße Verzicht des Rechtsinhabers auf seine gesetzlichen Verbotensrechte vereinbart; positive Benutzungsrechte, etwa am Patent, werden nicht eingeräumt.<sup>126</sup> Die Konstruktion der negativen Lizenz kommt in der Praxis insbesondere bei der vergleichsweisen Beilegung von Schutzrechtsverletzungsstreitigkeiten (sog. vergleichsweise Lizenz) zum Tragen.<sup>127</sup> Eine Benutzungsgewährung im Wege der Einwilligung, des Gestattungsvertrags oder der negativen Lizenz steht nur bei absoluten Rechten, die ihrem Inhaber eine Monopolstellung vermitteln, in Frage.<sup>128</sup> Demgegenüber genießen bloße faktische Monopolstellungen, etwa wie das Know-how, keine absolute Schutzwirkung.<sup>129</sup> Ein hierauf gerichteter Nutzungsvertrag setzt die positive Mitwirkungspflicht des Rechtsinhabers voraus. Die Benutzungsgewährung durch Einwilligung, Gestattungsvertrag oder negative Lizenz ist hier nicht möglich.

Die Einwilligung des Rechtsinhabers in die Nutzung des Immaterialgutes, der Gestattungsvertrag bzw. die negative Lizenz ermöglichen die Benutzung des immateriellen Gutes, so dass es zunächst als konsequent erscheint, jene Verwertungsformen dem Lizenzbegriff zu unterstellen.<sup>130</sup> Übersehen wird hierbei jedoch, dass weder durch die Einwilligung, noch durch den Gestattungsvertrag oder die negative Lizenz dem Nutzungsberechtigten positive Nutzungsrechte am Immaterialgut eingeräumt werden, was jedoch für die Annahme einer Lizenz notwendig ist.<sup>131</sup> So ist es auch ganz überwiegende Meinung, dass die negative Lizenz im

---

<sup>125</sup> D. h. im Patent- und Markenrecht; zum Patentrecht: *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 111, 164; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 130; zum Markenrecht: Ströbele, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 5; anders verhält sich die Begrifflichkeit im Urheberrecht: dort wird von Einwilligung und Gestattungsvertrag, nicht von negativer Lizenz gesprochen, soweit keine positiven Nutzungsrechte eingeräumt werden, hierzu: *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 57; *Hertin*, in: *Berger/Wündisch*, Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 52, 53; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim*, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rn. 15, 16.

<sup>126</sup> *Bartenbach/Kunzmann*, in: *Erdmann/Rojahn/Sosnitzka*, FA-GewRS, 2008, Kap. 9 Rn. 30 f.; *Ullmann*, in: *Benkard*, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 111, 164; *Pagenberg/Beier*, Lizenzverträge, 6. Auflage, Teil 11 Rn. 5 (S. 462), 22 (S. 470); *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 130; *Bartenbach*, Die Patentlizenz als negative Lizenz, 2002, S. 13; *ders.*, Mitt. 2002, 503 (503); *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag, 2006, S. 247, 250 ff.; *Osterrieth*, Patentrecht, 4. Auflage, Rn. 352; v. *Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1247).

<sup>127</sup> Hierzu ausführlich: *Bartenbach*, Die Patenzlizenz als negative Lizenz, 2002, S. 136 ff.; auch: *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 59.

<sup>128</sup> So zutreffend: *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, S. 11; *Bartenbach*, Die Patentlizenz als negative Lizenz, 2002, S. 12.

<sup>129</sup> *Keukenschrijver*, in: *Busse*, PatG, 6. Auflage, § 15 Rn. 62; hierzu auch später: 2. Teil I. 3. b) bb).

<sup>130</sup> So: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 185.

<sup>131</sup> So schon: *RGZ* 57, 38 (39 f.) – Bernardo'sches Verfahren; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 13 m. w. N.; *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 A I. (S. 7 f.); *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 73; *Schmoll*, in: *Büscher/Dittmer/Schivy*, (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 2008, Kap. 12 Rn. 3 und Fn. 145; *Henn*,

Patentrecht sowie im Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Markenrecht keine Lizenz im Rechtssinne darstellt und folgerichtig von der Lizenz als positives Nutzungsrecht abgegrenzt werden muss.<sup>132</sup>

Die Einwilligung, der Gestattungsvertrag und die negative Lizenz unterfallen im Ergebnis daher nicht dem Lizenzbegriff. Die Lizenz im Rechtssinne setzt die Einräumung eines positiven Benutzungsrechts voraus, was § 15 Abs. 2 PatG und § 30 MarkenG eindeutig klarstellen, indem sie formulieren, dass das Recht Gegenstand von Lizenzen sein kann.<sup>133</sup> Würde der Gesetzgeber die Lizenz im Rechtssinne (z. B. § 15 Abs. 2 PatG) nicht als positives Benutzungsrecht ansehen, hätte es zudem § 15 Abs. 2 PatG nicht bedurft, da ein bloß negatives Verbotungsrecht bereits aus der Vorschrift des § 9 PatG folgt, wonach der Patentinhaber befugt ist, die patentierte Erfindung zu benutzen.<sup>134</sup> An der Einräumung von positiven Benutzungsrechten fehlt es jedoch bei den schutzrechtlich orientierten Verwertungsformen; im Rahmen jener wird das Schutzrecht nicht zum echten Leistungsgegenstand. In der Literatur und Rechtsprechung wird zur Konstruktion der Einwilligung, des Gestattungsvertrags und der negativen Lizenz deshalb ein Verzicht auf die Ausübung des Verbotungsrechts als ein antizipierter Erlass<sup>135</sup> (§§ 397 Abs. 1, 311 BGB), oder ein Verzicht auf die prozessuale Geltendmachung der bestehenden Abwehransprüche<sup>136</sup> (prozessrechtliche Vereinbarung, ein sog. „pactum de

---

Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 40 ff.; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 24 und Fn. 145.

<sup>132</sup> *Mes*, PatG/GebrMG, 1997, § 15 PatG Rn. 24; *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 54; *Ströbele*, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 5; *Hiestand*, Die Anknüpfung internationaler Lizenzverträge, 1993, S. 34 ff.; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 13 f.; *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 54; *Lüdecke/Fischer*, Lizenzverträge, 1957, D 3; *Loth*, GebrMG, 2001, § 22 Rn. 38; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 24; a. A.: insbesondere *Bartenbach*, Die Patentlizenz als negative Lizenz, 2002, 25 ff., 84; *ders.*, Mitt. 2002, 503 ff.; auch *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 254, erkennt der negativen Lizenz Lizenzqualität zu.

<sup>133</sup> So auch: *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 13 und 18; *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 55.

<sup>134</sup> *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 55.

<sup>135</sup> Für die negative Lizenz: *RGZ* 106, 362 (366); *RGZ* 17, 53 (54); *Schricker*, in: FS für Hubmann, S. 413; *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, 1969, S. 30 ff., 64 ff.; für den Gestattungsvertrag: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 332 ff.; *Weick/Habermann*, in: Staudinger, 13. Bearbeitung, 1995, § 12 Rn. 52; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 177 ff. (aber ablehnend); hierzu auch: *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 146.

<sup>136</sup> Für die negative Lizenz: *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 54; *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, S. 11; *Ströbele*, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 5; *Herbst*, Die rechtliche Ausgestaltung der Lizenz und ihre Einordnung in das System des Bürgerlichen Rechts, 1968, S. 25; a. A.: *Bartenbach*, Die Patentlizenz als negative Lizenz, 2002, S. 91, 94 (Einordnung der negativen Lizenz als materiellen, schuldrechtlichen Verzicht); für den Gestattungsvertrag: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 337

non petendo“) herangezogen. Auch hieran zeigt sich, dass das betreffende Immaterialgut bei der schutzrechtlich orientierten Verwertung – trotz Vorhandensein rechtsgeschäftlicher Strukturen – nicht zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts oder Vertrags gemacht wird, wie es von den existierenden Lizenzvorschriften, etwa § 15 PatG vorausgesetzt wird. Mit der Lizenz bzw. dem Lizenzvertrag wird eine rechtsgeschäftliche/vertragliche Verwertungsform für ein Immaterialgut zur Verfügung gestellt. Die Einwilligung und der Gestattungsvertrag bzw. die negative Lizenz als deliktische Verwertungsformen können daher nicht unter Lizenzbegriff subsumiert werden.

#### bb) Lizenzierung im Wege rein obligatorischer Gebrauchsüberlassung

Die Verwertung eines Immaterialguts in Form der rein obligatorischen Gebrauchsüberlassung (Einräumung eines positiven schuldrechtlichen Nutzungsrechts) ist als Lizenzgewährung einzuordnen.<sup>137</sup> Hier wird das Immaterialgut – wie von den existierenden Lizenzvorschriften vorausgesetzt, etwa § 15 PatG – zum Gegenstand eines Schuldvertrags.<sup>138</sup> Die Benutzungsberechtigung am Immaterialgut wird durch die Einräumung von positiven Benutzungsrechten<sup>139</sup> herbeigeführt.<sup>140</sup>

Vereinzelt gibt es Stimmen, die den Begriff der Lizenz auf „quasidingliche“ oder „gegenständliche“ Nutzungsrechte am Immaterialgut beschränken wollen,<sup>141</sup> mithin auf solche Nutzungsrechte, die im Wege einer konstitutiven (gebundenen) Rechtsübertragung<sup>142</sup> eingeräumt wurden. Die Einräumung von schuldrechtlichen positiven Benutzungsrechten am Immaterialgut würde demnach nicht unter den Lizenzbegriff fallen.

Die Festlegung des Begriffs der Lizenz auf „quasidingliche“ oder „gegenständliche“ Rechte ist zu eng und daher abzulehnen.<sup>143</sup> Vielmehr ist der Begriff der

---

ff.; *Schwerdtner*, in: MünchKomm, BGB, 4. Auflage (Vorausgabe), § 12 Rn. 134; zur Einwilligung: *v. Gamm*, UrhG, 1968, Einf. Rn. 109.

<sup>137</sup> So auch: *Forkel*, NJW 1983, 1764 (1764); *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 273, 281; *Adolphsen/Tabrizi*, GRUR 2011, 384 (385 f.).

<sup>138</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 343 ff.

<sup>139</sup> Nachweise bei Fn. 72, dass positive Benutzungsrechte für die Annahme einer Lizenz eingeräumt werden müssen.

<sup>140</sup> *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 276.

<sup>141</sup> *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 307, 315; *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, 1998, S. 123; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. II, 10. Auflage, 1969, Anh. § 8 WZG Anm. 1; *Martinek*, in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth, juris Praxiskommentar, BGB, Band 1, 2. Auflage, § 12 Rn. 59; unklar: *Feyer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 6 f., der zwischen der dinglichen Markenlizenz und der schuldrechtlichen Gebrauchsüberlassung einer Marke differenziert, aber trotzdem auch bei der schuldrechtlichen Gebrauchsüberlassung einer Marke von Lizenznehmer und Lizenzgeber spricht.

<sup>142</sup> Zum Begriff der konstitutiven Rechtsübertragung: Fn. 113.

<sup>143</sup> So auch ausdrücklich: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 187; *Sosnitzka*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (190 ff.).

Lizenz sowohl auf schuldrechtliche Benutzungsrechte im Sinne der Einräumung eines positiven Nutzungsrechts als auch auf dingliche Benutzungsrechte zu erstrecken.<sup>144</sup> Zum einen findet die Beschränkung des Lizenzbegriffs auf gegenständliche Rechte im Gesetz keine Grundlage, da das Gesetz über die Rechtsnatur der Lizenz schweigt. Das Gesetz bestimmt, z. B. in § 15 Abs. 2 PatG, § 30 MarkenG lediglich, dass die einzeln aufgezählten Rechte Gegenstände von ausschließlichen oder nicht ausschließlichen (einfachen) Lizenzen sein können. Aus dieser Formulierung wird gemeinhin nur der Schluss gezogen, dass es sowohl bei der Einräumung einer ausschließlichen als auch einer einfachen Lizenz um die Einräumung eines positiven Nutzungsrechts gehen muss.<sup>145</sup> Zudem lässt sich auch nicht aus den vorhandenen gesetzlichen Regelungen zur Lizenz der Schluss ziehen, alle Lizenzen seien gegenständliche Rechte. Der Umstand, dass im gewerblichen Rechtsschutz beim Patent, beim Gebrauchsmuster, beim Geschmacksmuster und beim Sortenschutz neben der Möglichkeit der unbeschränkten Übertragung die beschränkte Übertragung ausdrücklich gesetzliche Anerkennung gefunden hat,<sup>146</sup> führt nicht dazu, dass jede Lizenz das Ergebnis einer beschränkten Übertragung sein muss. Durch diese gesetzlichen Vorschriften ist lediglich die Möglichkeit einer Lizenz durch beschränkte Übertragung des Schutzrechts – mithin die Möglichkeit dinglicher Lizenzen – klargestellt. Der ausdrücklich gesetzlich geregelte Sukzessionsschutz des einfachen und des ausschließlichen Lizenznehmers, z. B. in § 15 Abs. 3 PatG, § 22 Abs. 3 GebrMG, § 30 Abs. 5 MarkenG oder § 33 UrhG könnte zwar darauf hindeuten, dass das Gebilde „Lizenz“ insgesamt nur als gegenständliches dingliches Recht verstanden werden will. Diese Schlussfolgerung wird aber bereits dadurch in Zweifel gezogen, dass § 30 Abs. 3 MarkenG bestimmt, dass der Markenlizenznehmer Klage wegen Verletzung einer Marke nur mit Zustimmung ihres Inhabers erheben kann.<sup>147</sup> Diese fehlende Drittdurchsetzung der Markenlizenz spricht gegen die Annahme, die Lizenz nur als gegenständliches Recht zu sehen. Darüber hinaus könnte dem gesetzlich geregelten Sukzessionsschutz auch konstitutive – und nicht etwa deklaratorische – Bedeutung zukommen, so dass jener nicht für die gegenständliche Natur der Lizenz sprechen

<sup>144</sup> So auch: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, 2006, S. 185; *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 274 f., 281; *Straßer/Feyock*, in: Hasselblatt (Hrsg.) MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 2012, § 49 Rn. 1 ff.; *Bayreuther*, in: MünchKomm, 5. Auflage, § 12 Rn. 132; *Weick/Habermann*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, 1995, § 12 Rn. 46; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 57, 60 f.; *Nirk/Ullmann*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Band I, 2. Auflage, S. 146 f.; *Forkel*, NJW 1983, 1764 (1764): „Sicherlich gibt es Lizenzen, die lediglich auf der Ebene der Verpflichtungsgeschäfte angesiedelt sind, so wie es sicherlich auch dingliche Lizenzen gibt.“

<sup>145</sup> *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 13 und 18; *Scharen*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 9 Rn. 5; *Kraßer*, PatG, 6. Auflage, § 40 V (S. 930); *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 55; *Schulte*, PatG, 8. Auflage, § 15 Rn. 37; a. A.: *Bartenbach*, Die Patentlizenz als negative Lizenz, 2002, S. 26 ff.

<sup>146</sup> Vgl. §§ 15 Abs. 1 Satz 2 PatG, 30 Abs. 1 Nr. 1 GeschmMG, 22 Abs. 1 GebrMG.

<sup>147</sup> So auch: *Ingerl/Robnke*, MarkenG, 3. Auflage, § 30 Rn. 7.



würde. Schließlich spricht der auch im Lizenzrecht geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit<sup>148</sup> gegen eine Beschränkung der Lizenz auf gegenständliche Rechte.

### cc) Konstitutive Rechtsübertragung

Zu klären ist, ob die konstitutive Rechtsübertragung einen Fall der Lizenzgewährung darstellt. Bei der konstitutiven Rechtsübertragung erfolgt keine Vollübertragung des Rechts; es werden vielmehr gegenständliche Teilbefugnisse aus dem Mutterrecht ausgeschnitten und auf den Erwerber (gebunden) übertragen.<sup>149</sup> Hierdurch entsteht ein quasidingliches bzw. gegenständliches Tochterrecht beim Erwerber, ohne dabei die Bindung zum Mutterrecht zu verlieren.<sup>150</sup> Sie kann auch als „gebundene Rechtsübertragung“ charakterisiert werden.<sup>151</sup>

Die konstitutive Rechtsübertragung und das hierdurch entstehende gegenständliche Nutzungsrecht am Immaterialgut stellen eine Form der Lizenzgewährung dar.<sup>152</sup> Die Möglichkeit der Einräumung gegenständlicher Nutzungsrechte am Immaterialgut ist durch das Gesetz gedeckt, da es die „beschränkte Übertragung“ des Schutzrechts gestattet (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 PatG).<sup>153</sup> Die konstitutive Rechtsübertragung stellt gerade einen Fall der beschränkten Rechtsübertragung dar.<sup>154</sup> Entsprechend der Interessenlagen beim Lizenzvertrag bleibt der Lizenzgeber bei der konstitutiven bzw. gebundenen Rechtsübertragung Inhaber des Rechts.<sup>155</sup> Der im Sachenrecht geltende Grundsatz des *numerus clausus* der mög-

<sup>148</sup> *Fezer*, Markenrecht 4. Auflage, § 30, Rn. 1; *Schricker/Loewenbeim*, in: *Schricker/Loewenbeim*, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 28; *Kühnen*, in: *Schulte*, PatG, 8. Auflage, § 15 Rn. 31; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 355; *Schmoll*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, (Hrsg.), *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht*, 2008, Teil 1 Kap. 12 Rn. 4.

<sup>149</sup> *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 44 ff.; *ders.*, NJW 1983, 1764 ff.; *Haedicke*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2003, S. 80 ff.; *Ohly*, „*Volenti non fit iniuria*“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 148 f.; *Pablon*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 248; *Adolphsen/Tabrizi*, GRUR 2011, 384 (385); *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Auflage, § 14 Rn. 29.

<sup>150</sup> *Pablon*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 248; *Haedicke*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2003, S. 80, 81; *Abrens*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 2008, Rn. 281.

<sup>151</sup> *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 44 ff.

<sup>152</sup> So auch: *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 49 ff.; *ders.*, NJW 1983, 1764 ff.; *Haedicke*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2003, S. 80 ff.; *Ohly*, „*Volenti non fit iniuria*“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 148 f.; *Pablon*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 248; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 11; *Ullmann*, in: *Benkard*, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 57; *Fezer*, *Markenrecht*, 4. Auflage, § 30 Rn. 7; *Rehbinder*, *Urheberrecht*, 16. Auflage, Rn. 554; *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 6. Auflage, Rn. 593 ff.; *Schricker*, *Verlagsrecht*, 3. Auflage, § 8 Rn. 4.

<sup>153</sup> *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 50, 51.

<sup>154</sup> *Abrens*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 2008, Rn. 281; *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 48.

<sup>155</sup> *Bartenbach/Kunzmann*, in: *Erdmann/Rojahn/Sosnitzka*, FA-GewRS, 2008, Kap. 9 Rn. 12.

lichen gegenständlichen/dinglichen Rechte kann der konstitutiven Rechtsübertragung im Immaterialgüterrecht nicht entgegen gehalten werden, da jener Grundsatz im Immaterialgüterrecht nach herrschender Ansicht nicht gilt.<sup>156</sup>

dd) Lizenzierung im Wege der absplattendenden Teilübertragung eines Benutzungsrechts

Vereinzelt wird vertreten, dass die Lizenzierung im Wege einer absplattendbaren Teilrechtsübertragung erfolgt.<sup>157</sup> Hier wird durch die Lizenzerteilung ein „Splitter“ aus dem Hauptrecht selbst „abgespalten“ und als selbstständiger Teil auf den Lizenznehmer übertragen.<sup>158</sup>

Im Ergebnis muss bezweifelt werden, dass diese Art der Rechtsübertragung eine Form der Lizenzgewährung darstellt,<sup>159</sup> da die Übertragung eines Schutzrechts nur zum Teil (nach einzelnen Benutzungsarten) unzulässig ist.<sup>160</sup> Da die Meinung, dass die Lizenzierung im Wege einer absplattendbaren Teilrechtsübertragung erfolgt, soweit ersichtlich bislang ohne weitergehende Begründung blieb, wird verzichtet, hierauf weiter einzugehen.

### c) Zwischenfazit

Kennzeichnend für alle Lizenzen ist somit zum einen, dass es sich beim lizenzierten Gegenstand um ein anerkanntes wirtschaftlich nutzbares immaterielles Gut handeln muss; der Lizenzbegriff ist nicht auf Immaterialgüterrechte beschränkt. Der Rechtsgutininhaber darf zum anderen sein Immaterialgut nicht – auch nicht teilweise – aufgeben. Zudem bedarf es der Einräumung eines schuldrechtlichen oder gegenständlichen positiven Benutzungsrechts bzw. das immaterielle Gut muss selbst Leistungsgegenstand sein, um vom Vorliegen einer Lizenz im Rechts-

<sup>156</sup> Gemeint ist hier ein numerus clausus der Rechte aus dem geistigen Eigentum, nicht ein numerus clausus der Rechte des geistigen Eigentums; *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 67 ff.; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, 2006, S. 247, 199 ff.; *Berger*, in: *Berger/Wündisch*, Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 34; *Jänisch*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, 2002, 242; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 83; vgl. zum numerus clausus der Rechte des geistigen Eigentums: *Obly*, in: FS für Schrickler, 2005, S. 105 ff.

<sup>157</sup> *Lüdecke/Fischer*, Lizenzverträge, 1957, S. 368, D 12; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 248.

<sup>158</sup> *Adolphsen/Tabrizi*, GRUR 2011, 384 (385).

<sup>159</sup> So auch: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 248, 363 ff.

<sup>160</sup> *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 21 f.; *Lichtenstein*, NJW 1965, 1839 (1841); *Lüdecke/Fischer*, Lizenzverträge, 1957, D 31; *Kohler*, Hdb. des deutschen Patentrechts, 1900, S. 489 ff.; *Trimborn*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy* (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 2008, Teil 1 Kap. 12 Rn. 13; a. A.: wohl *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 D I 2 b) (S. 86 ff.).

sinne sprechen zu können. Die negative Lizenz stellt keine Lizenz im Rechtssinne dar.

## 2. Mögliche Lizenzgegenstände

Entsprechend der hier zugrunde gelegten Definition der Lizenz als jede durch eine positive Nutzungsrechtseinräumung hergeleitete Berechtigung zur gewerblichen Benutzung von immateriellen Gütern, unabhängig davon, ob es sich um absolute oder nicht absolut geschützte Rechte handelt, werden im Folgenden mögliche Lizenzgegenstände näher betrachtet.

### a) Gewerbliche Schutzrechte

Die wohl typischsten Lizenzgegenstände rühren aus dem Gebiet des Gewerblichen Rechtsschutzes her. Als unstrittig kann daher bezeichnet werden, dass positive Nutzungsberechtigungen an gewerblichen Schutzrechten und an angemeldeten gewerblichen Schutzrechten durch die Vergabe von Lizenzen im Rechtssinne eingeräumt werden.<sup>161</sup> Diese Lizenzierbarkeit von gewerblichen Schutzrechten ist gesetzlich geregelt bzw. zugelassen (vgl. § 15 Abs. 2, Abs. 3 PatG, § 22 Abs. 2 GebrMG, § 31 GeschmMG, § 11 Abs. 2 SortenschutzG,<sup>162</sup> § 11 Abs. 2 HalbSchG i. V. m. § 22 Abs. 2 GebrMG, §§ 30, 31 MarkenG).

Im Kennzeichenrecht steht neben der Lizenzierbarkeit von Marken (§ 30 MarkenG), die Lizenzierbarkeit von Geschäftlichen Bezeichnungen<sup>163</sup> (§ 5 MarkenG) und von Geographischen Herkunftsangaben<sup>164</sup> (§§ 126 ff. MarkenG) in Frage. Geographische Herkunftsangaben sind jeglichen rechtsgeschäftlichen Dispositionen entzogen; hier ist somit auch eine Lizenzierbarkeit nicht möglich.<sup>165</sup> Der Grund hierfür liegt darin, dass Gebietsfremde sie auch mit einer Erlaubnis durch Gebietsangehörige nicht benutzen dürften, Gebietsangehörige sie aber auch ohne

---

<sup>161</sup> *Nirk/Ullmann*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Band I, 2. Auflage, S. 146 (für das Patentrecht), S. 211 (für das Sortenschutzrecht); *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 273 ff., 281 ff. (für das Patentrecht), Rn. 397, 399 (für das Gebrauchsmusterrecht), Rn. 474, 477 (für das Geschmacksmusterrecht), Rn. 530, 533 (für das Sortenschutzrecht), Rn. 555 (für das Halbleiterschutzrecht), Rn. 674, 678 (für das Markenrecht).

<sup>162</sup> Das Gesetz spricht in § 11 Abs. 2 SortenSchG nicht von Lizenzen, sondern noch von Nutzungsrechten, worunter Lizenzen verstanden werden; hierzu: *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 533.

<sup>163</sup> Zum Begriff der geschäftlichen Bezeichnung: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, S. 378 ff.

<sup>164</sup> Zum Begriff der geographischen Herkunftsangabe: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, S. 386 ff.

<sup>165</sup> *Pablow*, in: Ekey/Klippel, Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, 2. Auflage, § 30 Rn. 12; *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 757; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Auflage, § 30 Rn. 5.

Erlaubnis der anderen Berechtigten benutzen dürfen.<sup>166</sup> Die Lizenzierbarkeit von geschäftlichen Bezeichnungen (§ 5 MarkenG: Unternehmenskennzeichen<sup>167</sup> und Werktitel<sup>168</sup>) ist hingegen umstritten. Weitgehend anerkannt ist, dass der Inhaber einer geschäftlichen Bezeichnung (Unternehmenskennzeichen oder Werktitel) einem Dritten die Bezeichnung lediglich im Wege einer negativen Lizenz bzw. im Wege eines Gestattungsvertrags zur Nutzung überlassen kann.<sup>169</sup> Die Parteien vereinbaren, dass die Verbotensrechte aus dem Unternehmenskennzeichen oder dem Werktitel nicht geltend gemacht werden.<sup>170</sup> Die negative Lizenz führt nicht dazu, dass das Unternehmenskennzeichen oder der Werktitel zum Überlassungsgegenstand werden. Entsprechend dem an früherer Stelle<sup>171</sup> erarbeiteten Lizenzbegriff im Rechtssinne werden Gebrauchsrechte an gewerblichen Schutzrechten, die durch Gestattungsvertrag oder negative Lizenz begründet worden sind, nicht vom herrschenden Lizenzbegriff im Rechtssinne umfasst. Unternehmenskennzeichen und Werktitel sind nach überwiegender Meinung somit nicht lizenzierbar im Rechtssinne. Als Begründung hierfür wird angeführt, dass die Verkehrsfähigkeit im Kennzeichenrecht durch §§ 27 ff. MarkenG auf die Marke beschränkt sei.<sup>172</sup> Die fehlende Anordnung der Verkehrsfähigkeit geschäftlicher Angaben führe dazu, dass sie nicht Gegenstand eines Vertrages sein können; vielmehr kann eine Überlassung oder Übertragung von Unternehmenskennzeichen nur mit der Überlassung des Geschäftsbetriebs (Grundsatz der Akzessorietät) erfolgen, wobei auch auf § 23 HGB verwiesen wird.<sup>173</sup> Eine Lizenz am Unternehmenskennzeichen im Sinne des § 30 MarkenG scheidet somit aus.<sup>174</sup> Möglich sei nur die Begründung von Gebrauchsrechten Dritter am Unternehmenskennzeichen, ohne dass es selbst zum Leistungsgegenstand wird; mithin lediglich eine Vereinbarung über die se-

---

<sup>166</sup> *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 757; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Auflage, § 30 Rn. 5; *Fuchs-Wissemann*, in: Ekey/Klippel, Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, 2. Auflage, § 126 Rn. 1; *Berlit*, Markenrecht, 6. Auflage, Rn. 413.

<sup>167</sup> Zum Begriff des Unternehmenskennzeichens: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, S. 379 ff.

<sup>168</sup> Zum Begriff des Werktitels: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, S. 381 ff.

<sup>169</sup> *BGH*, GRUR 2002, 967 (970) – Hotel Adlon; *BGH*, GRUR 1985, 567 (568) – Hydair; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Auflage, Vor §§ 27-31 Rn. 6; *Ströbele*, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 108, 110; *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 15 Rn. 135; *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, Rn. 1476.

<sup>170</sup> *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Auflage, Vor §§ 27-31 Rn. 6; *Ströbele*, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 108, 110; *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 15 Rn. 13; *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, Rn. 1476.

<sup>171</sup> Hierzu 2. Teil, I. 1. b) aa).

<sup>172</sup> *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Auflage, Vor §§ 27-31 Rn. 4; *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 27 Rn. 12.

<sup>173</sup> *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Auflage, Vor §§ 27-31 Rn. 7; *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, Rn. 1476.

<sup>174</sup> *Ströbele*, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 108.

kundären Schutzansprüche (negative Lizenz) getroffen wird.<sup>175</sup> Andere vertreten, dass mit der Einführung der §§ 27 ff. MarkenG die Unternehmensbindung geschäftlicher Kennzeichen (Marken, Unternehmenskennzeichen, Werktitel) im Allgemeinen aufgegeben wurde.<sup>176</sup> Sowohl Marken als auch Unternehmenskennzeichen und Werktitel könnten daher zum Gegenstand einer Lizenz gemacht werden.<sup>177</sup> Im Ergebnis erscheint die letztgenannte Auffassung, die Unternehmenskennzeichen und Werktitel als zulässige Lizenzgegenstände betrachtet, vorzuzugungswürdig. Zum einen ließ der Gesetzgeber – trotz der Nichterwähnung der geschäftlichen Bezeichnungen in § 30 MarkenG – die Möglichkeit von Lizenzen an Unternehmenskennzeichen und Werktiteln ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf zu § 30 MarkenG offen.<sup>178</sup> Die Argumentation, dass die Verkehrsfähigkeit im Kennzeichenrecht durch §§ 27 ff. MarkenG auf die Marke beschränkt sei, geht mithin fehl. Für den Fall, dass man bei der strikten Akzessorietät des Unternehmenskennzeichens zum Geschäftsbetrieb verharren will, bedeutet das jedoch auch keine Unlizenzierbarkeit, da die Lizenzierung nicht zu einer translativen Übertragung des Unternehmenskennzeichens führt. Durch die Lizenzierung würde es somit zu keiner vollständigen Übertragung des Unternehmenskennzeichens ohne Geschäftsbetrieb kommen. Vielmehr würden nur schuldrechtliche oder gegenständliche Nutzungsrechte am Unternehmenskennzeichen auf den Lizenznehmer übertragen.

#### b) Urheber- und verwandte Schutzrechte

Des Weiteren können an Urheber- und verwandten Schutzrechten Nutzungsrechte eingeräumt werden (§§ 31 ff., 70 ff. UrhG). Da das Urheberrecht gemäß § 29 Abs. 1 UrhG als solches nicht auf Dritte übertragbar ist,<sup>179</sup> ist die Nutzungsrechteinräumung für den Urheber der einzige Weg, sein Werk wirtschaftlich zu verwerten. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG unterfallen auch Computerprogramme dem

---

<sup>175</sup> *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Auflage, Vor §§ 27-31 Rn. 6; *Ströbele*, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 108.

<sup>176</sup> *Forkel*, in: FS für Kraft, 1998, S. 85 (87 f.); *Pablow*, in: Ekey/Klippel, Heidelberger Kommentar Markenrecht, 2. Auflage, Vor §§ 27-31 Rn. 3, 8 f.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 99 ff., 110 f.; *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, § 60 Rn. 28; *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 741.

<sup>177</sup> *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2006, Rn. 99 ff., 110 f.; *Forkel*, in: FS für Kraft, 1998, S. 85 (88); für Werktitel: *Lehmann*, CR 1995, 129 (132); *Schrickler*, in: FS für Vieregge, 1995, S. 775 (786 ff.)

<sup>178</sup> BT-Drucks. 12/6581, S. 86: „Von einer Einbeziehung der Lizenzen an geschäftlichen Bezeichnungen wird abgesehen, weil die Rechtslage hierzu von der für die Markenlizenzen gegenwärtig teilweise abweicht. Eine Aussage dahingehend, dass Lizenzen an geschäftlichen Bezeichnungen, die weit verbreitet sind, künftig unzulässig wären oder auch künftig ausschließlich schuldrechtlicher Natur sein müssten, ist damit nicht verbunden.“

<sup>179</sup> Das gilt nicht für die verwandten Schutzrechte (Laufbilderschutz, § 95 UrhG; Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers, § 85 UrhG etc.; jene sind frei übertragbar; hierzu unter vielen: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn.593.

Urheberrecht. Jene haben seit 1993 in den Vorschriften der §§ 69a – 69g UrhG, die die EG-Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen umsetzt, eine spezielle Regelung erfahren.

Entgegen dem Markengesetz und dem Patentgesetz ist dem Urheberrechtsgesetz jedoch die Bezeichnung „Lizenz“ fremd.<sup>180</sup> Hier spricht man von Nutzungsrechten, §§ 29 Abs. 2, 31 ff. UrhG, von schuldrechtlichen Nutzungsgestattungen und Einwilligungen, § 29 Abs. 2 UrhG. Diese gesetzliche Formulierung führt dazu, dass im Urheberrecht die Bezeichnung „Lizenz“ nicht unumstritten ist.<sup>181</sup> Vielmehr unterscheiden Teile der urheberrechtlichen Literatur den Begriff des „Nutzungsrechts“ vom dem der „Lizenz“. Zum Teil wird die Bezeichnung „Lizenz“ nur für bestimmte Typen von Nutzungsrechten verwendet, insbesondere nur für einfache Nutzungsrechte<sup>182</sup> oder gar nur für die rein schuldrechtlichen Berechtigungen.<sup>183</sup> Andererseits werden unter „Lizenzen“ zumindest in bestimmten Bereichen des Urheberrechts, so etwa im Verlagsrecht, Nutzungsrechte zweiter Stufe verstanden, d. h. „Enkel“-Nutzungsrechte, die der Inhaber eines als „Tochterrecht“ aus dem Urheberrecht abgeleiteten Nutzungsrechts einräumt, § 35 UrhG.<sup>184</sup> Angesichts dieser schwankenden Terminologie gibt es Stimmen, die die Bezeichnung „Lizenz“ für urheberrechtliche Nutzungsrechte erster Stufe ablehnen und die Verwendung nur des gesetzlichen Begriffs des „Nutzungsrechts“ empfehlen.<sup>185</sup> Nach dieser Auffassung bleibt im Urheberrecht der Terminus „Lizenz“ dem auf die Einräumung eines Nutzungsrechts durch den Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts abzielenden Geschäfts vorbehalten.<sup>186</sup> „Lizenz-

<sup>180</sup> So auch: *Pablow*, ZUM 2005, 865 (865); *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, § 108 III.

<sup>181</sup> So auch: *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 Rn. 49; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 25.

<sup>182</sup> *Fechner*, Medienrecht, 13. Auflage, 5. Kapitel, Rn. 36.; zum Begriff „einfaches Nutzungsrecht“: 2. Teil I. 3. c).

<sup>183</sup> *Büchler*, Die Übertragung des Urheberrechts unter spezieller Berücksichtigung einschränkender Vertragsklauseln nach Deutschem und Schweizerischem Recht, 1925, S. 60; *Krause*, Der urheberrechtliche Lizenzvertrag, 1938, S. 24, 27; a. A., d. h. auch im UrhR gilt für alle Nutzungsrechte der Begriff „Lizenz“: z. B. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 603; *Rebbinder*, Urheberrecht, 16. Auflage, Rn. 554; *v. Gamm*, UrhG, 1968, § 31 Rn. 11; *Lütje/Paul* in: *Hoeren/Sieber*, Hdb. Multimedia-Recht, 38. Ergänzungslieferung, Teil 7.4 Rn. 10, 11; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 188 ff.

<sup>184</sup> *Schricker*, Verlagsrecht, 3. Auflage, § 28 Rn. 22; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 100; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, § 108 III; *Delp*, Das Recht des geistigen Schaffens, 1993, Rn. 225; so auch *Fechner*, Medienrecht, 13. Auflage, Kap. 5 Rn. 38.

<sup>185</sup> *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 49; *Schricker*, Verlagsrecht, 3. Auflage, § 28 Rn. 22 (S. 506); *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 161, 162; *Delp*, Das Recht des geistigen Schaffens, 1993, Rn. 225; *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, 1998, S. 122, 123; ähnlich auch: *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 81, Fn. 7.

<sup>186</sup> *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 49; *Schricker*, Verlagsrecht, 3. Auflage, § 28 Rn. 22; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 161, 162; *Delp*, Das Recht des geistigen Schaffens, 1993, Rn. 225; *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, 1998, S. 122, 123.

geber“ im Sinne des Urheberrechts wären demnach nur der Verleger oder der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts. Im Marken- und Patentrecht wird der vorbeschriebene Rechtsakt als Unterlizenz bezeichnet.<sup>187</sup>

Allgemein anerkannt ist jedoch, dass es sich bei den urheberrechtlichen Nutzungsrechten gemäß §§ 31 ff. UrhG *inhaltlich* um die Gewährung von Lizenzen handelt.<sup>188</sup> Mit Hilfe der Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte gemäß §§ 31 ff. UrhG werden dem Nutzungsberechtigten positive Benutzungsberechtigungen am Urheberrecht gewährt.<sup>189</sup> Diejenigen, die zwischen urheberrechtlichen Nutzungsrecht und der Lizenz unterscheiden wollen, sehen das Unterscheidungskriterium darin, dass es sich bei der Lizenz nur um ein einfaches und nicht um ein ausschließliches Recht handle oder dass die Lizenz lediglich eine Berechtigung zur Ausübung, jedoch keine Ausübungspflicht begründe.<sup>190</sup> Aber auch eine Lizenz kann ausschließlich sein<sup>191</sup> und eine Ausübungspflicht begründen.<sup>192</sup> Mithin gibt es keine inhaltlichen oder rechtlichen Unterschiede zwischen „Lizenzen“ im gewerblichen Rechtsschutz und Nutzungsrechten gemäß §§ 31 ff. UrhG. Beide Begriffe beschreiben einfache oder ausschließliche, gegenständliche oder schuldrechtliche positive Nutzungsberechtigungen an unkörperlichen Gegenständen, die durch eine vertragliche Vereinbarung entstehen. Auch bei urheberrechtlichen Nutzungsrechten gemäß §§ 31 ff. UrhG handelt es sich daher um Lizenzen. Festzuhalten bleibt jedoch, dass das Gesetz für die „urheberrechtliche Lizenz“ den Begriff des Nutzungsrechts gebraucht und hieraus folgend ein nicht unbeträchtlicher Teil der urheberrechtlichen Literatur den Begriff „Lizenz“ im Urheberrecht ablehnt oder zumindest der „urheberrechtlichen Lizenz“ eine wesentlich engere Bedeutung zukommen lässt als z. B. im Marken- und Patentrecht.

Unabhängig von der umstrittenen Frage, welcher Rechtscharakter dem einfachen Nutzungsrecht<sup>193</sup> im Urheberrecht zukommt, ist weiter anerkannt, dass im Urheberrecht neben der Nutzungsrechtseinräumung gemäß §§ 31 ff. UrhG weitere Formen obligatorischer Nutzungsberechtigungen existieren, was bereits aus § 29 Abs. 2 UrhG folgt.<sup>194</sup> Die obligatorischen Nutzungsberechtigungen können zum einen im Wege der schuldvertraglichen Gestattung und zum anderen durch

<sup>187</sup> *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 367.

<sup>188</sup> *BGH*, GRUR 1989, 68 (70) – Präsentbücher; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 25; *Pablon*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 188 ff.; *Berger*, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 40.

<sup>189</sup> *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 13; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rn. 8; *Wandtke/Grunert*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 31 Rn. 32.

<sup>190</sup> Begründung nach: *Knap*, GRUR Int. 1973, 226 (229).

<sup>191</sup> Hierzu: 2. Teil I. 3. a).

<sup>192</sup> *Krafer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (333,334); *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. Rn. 149; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 1895 ff.

<sup>193</sup> Dazu näher unter 2. Teil I. 3. b) aa).

<sup>194</sup> *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rn. 15; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Auflage, § 29 Rn. 18.

einseitige – nicht vertragliche – Einwilligung erteilt werden.<sup>195</sup> Derartige Verträge und die einseitige Einwilligung können dahin gedeutet werden, dass sich der Rechteinhaber verpflichtet, dem Vertragspartner die Nutzung zu gestatten und sein Verbotsrecht nicht auszuüben.<sup>196</sup> Mit den gemäß § 29 Abs. 2 UrhG möglichen schuldrechtlichen Nutzungsgestattungen und Einwilligungen werden dem Nutzungsberechtigten mithin keine positiven Benutzungsrechte am Urheberrecht eingeräumt. Die Nutzungsberechtigung gemäß § 29 Abs. 2 UrhG basiert lediglich auf dem Verzicht des Rechtsinhabers auf seine gesetzlichen Verbotungsrechte. Jene weist mithin die Konstruktion einer negativen Lizenz auf. Wie an früherer Stelle<sup>197</sup> ausgeführt, stellt die negative Lizenz keine Lizenz im Rechtssinne dar, da mit jener keine positiven Nutzungsrechte eingeräumt werden. Auf der Basis des Verständnisses der Lizenz als positives Benutzungsrecht stellt die schuldrechtlichen Nutzungsgestattung gemäß § 29 Abs. 2 UrhG im Gegensatz zur Einräumung eines Nutzungsrechts gemäß §§ 31 ff. UrhG somit keine Lizenz im Rechtssinne dar.

### c) *Know-how*

Know-how – auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder Wirtschafts- und Unternehmensgeheimnisse genannt<sup>198</sup> – kann als unkörperlicher, geistiger Vermögenswert<sup>199</sup> Gegenstand einer Lizenz sein.<sup>200</sup> Der Begriff des Know-how ist dem Wirtschaftsleben entnommen und hat dementsprechend keine scharfen Konturen. § 17 UWG spricht von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, § 18 GWB von Erfinderverleistungen, Fabrikationsverfahren, Konstruktionen und sonstigen die Technik bereichernden Leistungen. Ein allgemein gültiger Rechtsbegriff des

<sup>195</sup> *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim, UrhG*, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 55, 57; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 144.

<sup>196</sup> *Schulze*, in: *Dreier/Schulze, UrhG*, 4. Auflage, § 31 Rn. 6 ff.; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger, UrhR*, 3. Auflage, § 31 Rn. 37; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim, UrhG*, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 55.

<sup>197</sup> 2. Teil I. 1. b) aa).

<sup>198</sup> *Rojahn*, in: *FS für Loewenheim*, 2009, 251 (251).

<sup>199</sup> Zum erheblichen wirtschaftlichen Wert von Know-how: *Doepner*, in: *FS für Tilmann*, 2003, S. 105 (105); *Ann*, GRUR 2007, 39 (40).

<sup>200</sup> *Pablow*, WM 2008, 2041 (2041/2042); *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 703; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 12; *Ohly*, in: *FS für Schricker*, 2005, S. 105 (114); *Knap*, GRUR Int. 1973, 226 (226, 229); *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 29, 61; *Bausch*, NZI 2005, 289 (294, 295); *Fehrenbacher*, JR 2001, 309 (310); *Kraßer*, GRUR 1977, 177 (183); *Pfister*, Das technische Geheimnis – Know how als Vermögensrecht, 1974, S. 3, 5; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 21 f.; a. A.: diejenigen, die den Begriff der Lizenz auf Immaterialgüterrechte beschränken, vgl. hierzu: Fn.: 81, 83, 85; gelegentlich wird gefordert, Know-how als Immaterialgüterrecht anzuerkennen: *Ohly*, in: *FS für Schricker*, 2005, S. 105 (114, 115).



Know-how existiert nicht. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>201</sup> sind unter Know-how zumeist technische, aber auch kaufmännische oder betriebliche Kenntnisse und Erfahrungen, die nicht offenkundig sind und werden sollen, zu verstehen. Know-how setzt keine erfinderische Leistung oder gar deren Schutzrechtsfähigkeit voraus.<sup>202</sup>

#### d) Internet-Domain

Im Hinblick auf den immateriellen Charakter von Internet-Domains<sup>203204</sup> und deren wirtschaftlichen Wert, der insbesondere bei kurzen und für die jeweiligen Themengebiete einprägsamen Domains aufgrund der technisch zwingenden Einmaligkeit von Domain-Namens und deren Verknappung erheblich sein kann,<sup>205</sup> wird auch die Domain als Lizenzgegenstand diskutiert.<sup>206</sup> Insbesondere, wenn die begehrte Domain bereits vergeben ist und keine Ansprüche auf die Einwilligung in die Löschung dieser Domain bestehen, oder der Kaufpreis der Domain zu hoch ist, erscheint die Lizenzierung einer Domain sinnvoll. Die Inhaberschaft einer Domain unterhalb der deutschen Top Level Domain „de“, die über die DENIC als der zentralen Registrierungsstelle vergeben werden, beginnt – untechnisch gesprochen<sup>207</sup> – mit deren Registrierung bei der DENIC. Die mit der Registrierung entstehende Domain-Inhaberschaft stellt kein Eigentum oder eine sonsti-

---

<sup>201</sup> BGH, GRUR 1955, 424 (425) - Möbelpaste; BGH, GRUR 1961, 40 (43) - Wurf-Taubenpresse; BGH, GRUR 2003, 356 (358) – Präzisionsmessgeräte; eingehend zum Begriff des Know-how: *Ann*, in: GRUR 2007, S. 39 ff.; auch: *Doepner*, in: FS für Tilmann, 2003, S. 105 (108).

<sup>202</sup> BGH, GRUR 1963, 207 (210) - Kieselsäure; *Bartenbach*, Patentrechts- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 2548; *Ann*, GRUR 2007, 39 (41).

<sup>203</sup> Zum Datenaustausch im Internet ist es notwendig, dass jeder Rechner eine besondere Adresse hat, über die er über das Übertragungsprotokoll TCP/IP erreichbar ist. Diese IP-Adresse besteht aus einer Zahlenfolge, die allerdings als bloße Reihung von Ziffern nicht sehr benutzerfreundlich ist. Daher wurde das Domain-Name-System geschaffen, bei dem jeder IP-Adresse zusätzlich ein Domain-Name zugeordnet wird. Jener besteht aus mind. zwei Bestandteilen, der Top-Level-Domain und der Second-Level-Domain. Ausführlich zum technischen Hintergrund: *Hartig*, Die Domain als Verfügungsgegenstand, 2005, S. 17 ff.; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 247 ff.; *Feszer*, Markenrecht, 4. Auflage, Einl G Rn. 2 ff.; *Koch*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, 1. Abschnitt, Teil 2 Rn. 3 ff.

<sup>204</sup> Zum immateriellen Charakter von Domains: *BFH*, Urteil vom 19.10.2006 - III R 6/05, wo die Internetdomain als immaterielles Wirtschaftsgut eingeordnet wird; hierzu auch: *BGH*, GRUR 2002, 622 (626); *BVerfG*, GRUR 2005, 261 – ad-acta.de.

<sup>205</sup> Hierzu: *Kleespies*, GRUR 2002, 764 (764); *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (647).

<sup>206</sup> *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (649); *Viefbues*, MMR 2000, 334 ff.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 128; a. A.: *Koch*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, 1. Abschnitt, Teil 2 Rn. 278 (weil die Domain kein Schutzrecht ist).

<sup>207</sup> Ausführlich hinsichtlich der technischen Sichtweise: *Koch*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, 1. Abschnitt, Teil 2 Rn. 19 ff.

ge dingliche Rechtsposition dar.<sup>208</sup> Der Inhaber des Domain-Namens erwirbt nur ein vertragliches Nutzungsrecht.<sup>209</sup> Um die Lizenzierbarkeit einer Domain<sup>210</sup> annehmen zu können, müsste der Domaininhaber sein Nutzungsrecht an der Domain/Internetadresse einem anderen zur Nutzung überlassen können und hierbei Inhaber der Domain bleiben.<sup>211</sup> Die Nutzungsüberlassung der Domain als Internetadresse an einem Dritten bei unveränderter Domain-Inhaberschaft ist zum einem durch eine Einzellizenzierung und zum anderen im Wege des sog. Domain-Sharing möglich.<sup>212</sup> Beide Formen stellen eine Lizenzgewährung dar, da einem Dritten positive Benutzungsrechte an einem nicht körperlichen Gut eingeräumt werden. Bei der Einzellizenzierung wird dem Lizenznehmer die Nutzung der Domain durch die Konnektierung des Domain-Namens mit seinem Webangebot ermöglicht.<sup>213</sup> Beim Domain-Sharing teilt der Inhaber (Lizenzgeber) seine Domain mit anderen Personen (Lizenznehmer), indem er seiner Homepage eine Index-Seite vorschaltet, die bei Aufrufen des Domain-Namens anstelle der Homepage erscheint.<sup>214</sup> Diese Index-Seite enthält neben einer kurzen Kennzeichnung der Seite als Index-Seite Links zu den Homepages des Domain-Inhabers und der Lizenznehmer.<sup>215</sup> Das Domain-Sharing in Form der Einräumung einer Mitinhaberschaft an der Domain<sup>216</sup> stellt keine Lizenzgewährung dar.

<sup>208</sup> BGH, GRUR 2002, 622 (626); *BVerfG*, GRUR 2005, 261 – ad-acta.de; *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, Rn. 63; *Kleespies*, GRUR 2002, 764 (766); *Hanloser*, CR 2001, 456 (458 f.); *Viefhues*, MMR 2000, 286 (287); *Harting*, Die Domain als Verfügungsgegenstand, 2005, S. 47 ff.; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 259, 260; a. A.: *OLG Köln*, GRUR-RR 2006, 267 – investment.de; *LG Essen*, MMR 2000, 286 (286); *Koos*, MMR 2004, 359 (361 f.); *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage, Einl G Rn. 14 ff.; *Kazemi/Leopold*, MMR 2004, 287 (289 ff.); *Hartmann/Kloos*, CR 2001, 469.

<sup>209</sup> BGH, GRUR 2002, 622 (626); *Viefhues*, MMR 2000, 286 (287).

<sup>210</sup> Mit der Lizenzierbarkeit einer Domain ist hier die Lizenzierung der Domain als Internetadresse gemeint; hiervon ist die Lizenzierung aus der Domain resultierender Kennzeichenrechte zu unterscheiden; zum Letzteren: *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (650).

<sup>211</sup> Unklar: *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 128, der die Möglichkeit der Lizenzierung von „de“-Domains mit der gemäß Ziffer 6 Abs. 2 Satz 1 DENIC-Registrierungsbestimmungen möglichen Übertragung der Domain begründet. Bei einer Domainübertragung gemäß Ziffer 6 Abs. 2 Satz 1 DENIC-Registrierungsbestimmungen wechselt jedoch die Domain-Inhaberschaft; es handelt sich um einen Domäinkauf; vgl. hierzu: *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (647 ff.); *Koch*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, 1. Abschnitt, Teil 2, Rn. 196 ff.; *Ernst*, MMR 2002, 714 (720).

<sup>212</sup> *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (649 ff.); *Viefhues*, MMR 2000, 334 ff.

<sup>213</sup> *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (649 f.).

<sup>214</sup> *Viefhues*, MMR 2000, 334 (334); *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (650); *Ernst*, MMR 2002, 714 (720); *Pawlitschko*, ITRB 2002, 71.

<sup>215</sup> *Viefhues*, MMR 2000, 334 (334).

<sup>216</sup> Hierzu: *Viefhues*, MMR 2000, 334 (335).

e) *Vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts*

Bei gewissen Bestandteilen der Persönlichkeit, etwa beim Bild einer prominenten Person, bei ihrem Namen, ihrem Aussehen, ihrer Gestik, ihrem Image oder bei ihrer Stimme handelt es sich anerkanntermaßen um wirtschaftlich nutzbare nicht körperliche Güter.<sup>217</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Erscheinungsformen dienen nicht nur dem Schutz ideeller, sondern auch kommerzieller Interessen der Persönlichkeit.<sup>218</sup> Das Persönlichkeitsrecht wird daher mittlerweile sowohl als Schutzrecht als auch als Verwertungsrecht angesehen.<sup>219</sup> Der erhebliche ökonomische Wert, der einigen Bestandteilen der Persönlichkeit prominenter Personen zukommt, zeigt sich deutlich beim sog. Personenmerchandising. Hierbei werden Berechtigungen an Persönlichkeitsrechten, etwa solchen am Namen, eigenen Bild oder Lebensbild durch Sportler, Sänger, Schauspieler oder Fotomodelle vertraglich gegen hohe Entgelte überlassen<sup>220</sup> bzw. Persönlichkeitsdetails (Name, Bild, Stimme) eines Prominenten werden für Werbezwecke vermarktet.<sup>221</sup> Das entsprechende Persönlichkeitsdetail wird direkt für die Produkt- oder Dienstleistungswerbung eingesetzt oder es werden etwa Kaffeetaschen, T-Shirts, Schals usw. mit dem Bild oder dem Namen des Prominenten hergestellt und verkauft.<sup>222</sup> Dieser Feststellung schließt sich zwangsläufig die Frage nach dem „Wie“ einer wirtschaftlichen Verwertung von Persönlichkeitsrechten an. Hierbei liegt es nicht fern, die wirtschaftliche Verwertung dieser vermögenswerten – nicht körperlichen – Positionen des Persönlichkeitsrechts dem Lizenzrecht zu unterwer-

<sup>217</sup> BGH, GRUR 2000, 709 (712) – Marlene Dietrich; *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 B I 4 (S. 28); *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 1 f.; *Claus*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, 2004, S. 15 f.; *Seemann*, Prominenz als Eigentum, 1996, S. 53 ff.; *Bungart*, Dingliche Lizenzen an Persönlichkeitsrechten, 2005, S. 84 ff.; *Biene*, Starkult, Individuum und Persönlichkeitsgüterrecht, 2004, S. 12, 24 f.; *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 27; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 69 ff.; skeptisch: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 57; *ders.*, AcP 195 (1995), 594 f.; *ders.*, JZ 2000, 1060 (1062); ähnlich skeptisch: *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 283 ff.; *ders.*, GRUR 2002, 495 (499, 500).

<sup>218</sup> BGH, GRUR 2000, 709 (712) – Marlene Dietrich.

<sup>219</sup> Unter vielen: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 306; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 142 ff.; *Obly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 151 ff.; *ders.*, in: FS für Schrickler, 2005, 105 (109) *Reber*, ZUM 2004, 708 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 80 f.; *Frendenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechten, 2006, S. 44; *Kläver*, ZUM 2002, 205 (209 f.); *Wandtke*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, Einl. Rn. 4; skeptisch zu Persönlichkeitsrecht als Verwertungsrecht: *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 283 ff.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 57; *ders.*, AcP 195 (1995), 594 f.; *ders.*, JZ 2000, 1060 (1062).

<sup>220</sup> *Forkel*, GRUR 1988, 491 (491); ausführlich zum Merchandising allgemein: *Schertz*, Merchandising, 1997; *ders.*, ZUM 2003, 631 ff.

<sup>221</sup> *Pietzko*, AfP 1988, 209 (210); *Preiss*, in: FS für Blum, 1978, S. 181 (181); *Fernández-Nóvoa*, GRUR 1983, 494 (494).

<sup>222</sup> *Seemann*, Prominenz als Eigentum, 1996, S. 54.

fen, was auch in der Praxis der Kautelarjurisprudenz zu beobachten ist.<sup>223</sup> Bejaht man die Lizenzierbarkeit<sup>224</sup> vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, führt man das Persönlichkeitsrecht einer vertraglichen Verwertung zu.

Der Umstand, dass das Persönlichkeitsrecht in erster Linie als Schutzrecht entwickelt wurde, hat schutzrechtlich orientierte Verwertungsformen zur Konsequenz: Das Gesetz spricht im Bereich des Persönlichkeitsrechts im Zusammenhang mit dessen Wahrnehmung bzw. Verwertung durch Dritte nur von der „Einwilligung“ (§ 22 Satz 2 KUG, § 12 BGB: Tatbestandsmerkmal „unbefugt“). Nach überwiegender Meinung liegt in der Einwilligung lediglich ein Verzicht auf die Geltendmachung der aus dem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht resultierenden Ansprüche (*pactum de non petendo*).<sup>225</sup> Die Verwertung der vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts im Wege der Einwilligung erfolgt somit durch die Verwertung der sekundären Schutzansprüche. Das Persönlichkeitsrecht selbst wird hier nicht zu einem auch immer gearteten Leistungsgegenstand eines Vertrags;<sup>226</sup> mit der Einwilligung liegt vielmehr eine deliktische Verwertungsform vor. Wie an früherer Stelle festgestellt,<sup>227</sup> werden die schutzrechtlich motivierte Einwilligung und die in einem Vertrag eingekleidete Einwilligung, der sog. Gestattungsvertrag – nach hier vertretener Auffassung – gerade nicht vom Lizenzbegriff im Rechtssinne umfasst, da hier das Immaterialgut, etwa das Persönlichkeitsrecht nicht selbst Verwertungsobjekt ist bzw. keine positiven Benutzungsrechte am Immaterialgut eingeräumt werden. Mit der Lizenz bzw. dem Lizenzvertrag wird eine rechtsgeschäftliche/vertragliche Verwertungsform für ein Immaterialgut zur Verfügung gestellt. Die Einwilligung als eine deliktische Verwertungsform kann daher nicht unter Lizenzbegriff subsumiert werden.

Es fragt sich daher, ob mit § 22 KUG das Verwertungsinstrument für Persönlichkeitsrechte dogmatisch klassifiziert werden sollte, so dass bejahendenfalls persönlichkeitsrechtliche Positionen keiner (reinen) vertraglichen Verwertung, mithin keiner Lizenzierung zugänglich sind. Als Instrument der Kommerzialisierung von vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts käme nur die dem Deliktsrecht entspringende Einwilligung bzw. die Negativlizenz in Betracht. Überblickt man die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur kommt man zu dem Schluss, dass die Verwertung bzw. „Vermarktung“ des eigenen Namens oder des

<sup>223</sup> Hierzu das Vertragsmuster bei *Schertz*, Merchandising, 1997, Anhang I, S. 183: „1. Lizenzgeber ist berechtigt, sämtliche, an dem Merchandising-Objekt bestehenden Rechte ((...) Persönlichkeitsrechte) auszuwerten (...)“.

<sup>224</sup> Zum Lizenzbegriff: 2. Teil I. 1.; An dieser Stelle soll es noch nicht um die Frage der Möglichkeit dinglicher Lizenzen an Persönlichkeitsrechten gehen (hierzu: 2. Teil I. 3. b) cc); vielmehr nur um die generelle Möglichkeit von Lizenzen an Persönlichkeitsrechten.

<sup>225</sup> v. *Gamm*, UrhG, 1968, Einf. Rn. 109; *Martinek*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, juris Praxiskommentar BGB, Band 1, 2. Auflage, § 12 Rn. 59 und weitere Nachweise unter Fn. 136.

<sup>226</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 308.

<sup>227</sup> Hierzu: 2. Teil, I. 1. b) aa).

eigenen Bildes nur im Wege eines Gestattungsvertrags bzw. im Sinne einer Negativlizenz zugelassen wird.<sup>228</sup>

Dieser Befund verdient jedoch keine Zustimmung. Zum einen kann die Wahl des Begriffs „Einwilligung“ nicht als bewusste gesetzgeberische Entscheidung gegen („rein“) vertragliche Verwertungsformen angesehen werden.<sup>229</sup> Fest steht nämlich, dass die Dogmatik der Persönlichkeitsrechte bisher noch nicht so weit gereift ist, dass sich eine allgemein akzeptierte Begrifflichkeit entwickelt hat.<sup>230</sup>

Zudem steht die grundsätzliche Unübertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten im Ganzen<sup>231</sup> der „rein“ vertraglichen Verwertungsform zumindest im Sinne der Einräumung schuldrechtlicher positiver Nutzungsrechte nicht entgegen, da bei dieser Art der Lizenzgewährung das Persönlichkeitsrecht weder translativ noch konstitutiv übertragen wird.<sup>232</sup>

Der rein rechtsgeschäftlichen Verwertung von Persönlichkeitsrechten könnte jedoch unter Schutzgesichtspunkten hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts des Persönlichkeitsrechtsträgers Misstrauen entgegen gebracht werden. Die rein rechtsgeschäftlichen Verwertungsformen bedeuten immer eine entsprechende Bindung. Die Person wird zunächst einmal in ihrer Entscheidung zur Verwertung ihrer Persönlichkeit festgelegt. Die Einwilligung hingegen galt nach traditionell deliktsrechtlicher Sicht als frei widerruflich.<sup>233</sup> Für den Fall, dass die Einwilligung ein Verwertungsinstrument darstellt, wird jedoch deren unwiderrufliche oder jedenfalls eingeschränkt widerrufliche Erteilung vertreten.<sup>234</sup> Somit wird auch durch die Einwilligung als Verwertungsinstrument das Selbstbestimmungsrecht des Persönlichkeitsträgers nicht in einem besonderen Maße gewahrt. Zudem kommt hin-

---

<sup>228</sup> BGHZ 119, 237 (240); BGH, GRUR 1970, 528 (531); *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 114 ff.; *ders.*, AfP 1985, 93 (99); *Dasch*, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, 1990, S. 35; *Bayreuther*, in: MünchKomm, BGB, 5. Auflage, § 12 Rn. 132 ff; *Weick/Habermann*, in: Staudinger, BGB, 14. Bearbeitung, § 12 Rn. 113 ff.; *Schwerdtner*, in: MünchKomm, BGB, 4. Auflage (Vorauslage), § 12 Rn. 134; *Heinrich*, in: Soergel, BGB, 13. Auflage, § 12 Rn. 197; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 51; *Martinek*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, juris Praxiskommentar BGB, Band 1, 2. Auflage, § 12 Rn. 59; *Büchner*, in: Pfaff/Osterrieth, Lizenzverträge, Formularcommentar, 3. Auflage, Rn. 1115.

<sup>229</sup> So auch: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 328; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 162, 163.

<sup>230</sup> *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 162; ähnlich: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 27 ff.

<sup>231</sup> H. M.: unter vielen: *Götting*, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrecht, 2008, § 1 Rn. 34, § 2 Rn. 28; *ders.*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 7 f.; *Frendenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 2006, S. 92; *Schertz*, Merchandising, 1997, Rn. 377; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 88; *v Gamm*, UrhG, 1968, Einf. Rn. 96; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 57, 637; auch: *BeyerG*, NJW 2006, 3409 (3411).

<sup>232</sup> So auch: *Pablon*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 293.

<sup>233</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 360.

<sup>234</sup> *Helle*, AfP 1985, 93 (100); *Dasch*, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, 1990, S. 85 ff.; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 149 ff.

zu, dass der Dritte auch mit einer bloßen Gestattung oder Einwilligung ein Nutzungsrecht an persönlichkeitsrechtlichen Positionen erlangt, so dass im Ergebnis das jeweilige Verhältnis der Vertragsparteien (Gestattungsvertrag oder Lizenzvertrag) untereinander keinen großen Unterschieden unterliegt.<sup>235</sup>

Da Persönlichkeitsrechte einer wirtschaftlichen Verwertung generell zugänglich sind, was § 22 Satz 2 KUG belegt, fließt aus dem Selbstbestimmungsrecht das Recht eines jeden, selbst entscheiden zu dürfen, wie er seine Persönlichkeit vermarktet.<sup>236</sup> Das Gesetz gibt hierfür eine Möglichkeit vor: die Einwilligung. Würden die Dispositionsmöglichkeiten des Rechtsinhabers generell auf die Einwilligung beschränkt sein und hierdurch u. U. effektivere Verwertungsformen vorenthalten werden, wäre diese Vorenthaltung nur mit Gefahren für Rechtsgüter höheren Gewichts zu rechtfertigen.<sup>237</sup> Ein solches Rechtsgut höheren Gewichts stellt das Selbstbestimmungsrecht des Persönlichkeitsrechtsträgers dar. Es wurde jedoch gezeigt, dass das Selbstbestimmungsrecht des Persönlichkeitsrechtsträgers auch durch die Einwilligung aufgrund ihrer zunehmenden Anreicherung um Elemente der Lizenz (Unwiderruflichkeit oder eingeschränkte Widerruflichkeit) nicht in einem viel höheren Maße gewahrt wird.

Es wurde bereits festgestellt, dass die überwiegend vertretene schutzrechtlich orientierte Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen aus dem Umstand resultiert, dass das Persönlichkeitsrecht traditionell nur als Schutzrecht entwickelt wurde. Mittlerweile ist aber anerkannt, dass es sowohl als Schutz- als auch als Verwertungsrecht ausgestaltet ist. Beide Funktionen müssen daher ihrer jeweiligen passenden Rechtsmaterie zugeordnet werden.<sup>238</sup> Hierbei sollte beachtet werden, dass die Verwertung eine Domäne des Rechtsgeschäfts und nicht des Deliktsrechts ist.<sup>239</sup> Damit liegt ein weiterer Grund vor, die wirtschaftliche Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen auch dem reinen Vertragsrecht zu unterstellen.<sup>240</sup>

#### f) Zwischenfazit

Insbesondere im Hinblick darauf, dass der Lizenzbegriff nicht auf echte Immaterialgüterrechte oder gewerbliche Schutzrechte beschränkt ist, sind die möglichen Lizenzgegenstände vielfältig. Nichtsdestotrotz hat sich der Terminus „Lizenz“

<sup>235</sup> *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 392; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 144; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 121.

<sup>236</sup> So auch: *Ullmann*, AfP 1999, 209 (212); *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 279.

<sup>237</sup> Ähnlich: *Rixecker*, in: MünchKomm, BGB, 5. Auflage, Anhang zu § 12 (Allg. PersönlR) Rn. 29; *Obly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 158 f.

<sup>238</sup> So auch: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 325.

<sup>239</sup> Hierzu unter vielen: *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002, S. 325 f.

<sup>240</sup> So auch: *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 B I 4 (S. 28); *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 80.

bisher im gewerblichen Rechtsschutz am stärksten etabliert. Die Vergabe von Lizenzen ist dort auch gesetzlich fixiert. Es wurde aufgezeigt, dass auch im Urheberrecht Nutzungsrechte durch Lizenzen eingeräumt werden, wobei sich jedoch hier der Begriff „Lizenz“ nicht für die Einräumung sämtlicher urheberrechtlicher Nutzungsrechte vollständig durchgesetzt hat. Darüber hinaus wurde dargestellt, dass die Rechtsfigur der Lizenz auch für die Teilhabe Dritter an immateriellen vermögenswerte Gütern, die aufgrund technischer, wirtschaftlicher und kommerzieller Entwicklungen in der Gesellschaft in jüngster Zeit an Bedeutung gewonnen haben (Internetdomain, Know-how, vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts) ein geeignetes Institut darstellt.

### 3. Rechtsnatur der Lizenz

Die Rechtsnatur von Lizenzen ist nach wie vor umstritten. Hierbei geht es darum, ob Lizenzen dingliche bzw. gegenständliche oder bloß schuldrechtliche Wirkung entfalten. Das für jede Lizenz charakteristische positive Benutzungsrecht am immateriellen Recht könnte als Forderungsrecht aus einem Schuldverhältnis resultieren oder als gegenständliches Recht infolge einer Verfügung begründet werden.<sup>241</sup>

Dabei fragt es sich zunächst, was mit „Dinglichkeit“ gemeint ist. Da es sich bei den Immaterialgütern nicht um körperliche Gegenstände handelt, ist die Bezeichnung „dinglich“ als auf eine Sache bezogen von vornherein nicht zutreffend.<sup>242</sup> Versteht man ein dingliches Recht jedoch in einem weiteren Sinne als eine absolute Herrschaftsmacht des Berechtigten, die gegenüber jedermann wirkt,<sup>243</sup> so lassen sich auch Immaterialgüter als dingliche Rechte begreifen.<sup>244</sup> Eine etwaige dingliche Wirkung der Lizenz würde besagen, dass der Lizenznehmer eine Rechtsposition erlangt, die es ihm ermöglicht, absolut, d. h. gegenüber jedermann das Recht geltend zu machen.<sup>245</sup> Es geht also im Grunde um aus der Lizenz abgeleitete Rechte, die auch gegenüber Dritten wirken.<sup>246</sup> Davon zu unterscheiden ist die bloß schuldrechtliche (relative) Wirkung im Verhältnis des Lizenznehmers zum Lizenzgeber.<sup>247</sup> Wirkt das Recht nicht nur zwischen den Vertragspartnern, sondern auch gegenüber Dritten, spricht man von gegenständlichen, dinglichen oder quasidinglichen Rechten.<sup>248</sup>

---

<sup>241</sup> *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889 (890).

<sup>242</sup> *Sosnütza*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (184); *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553 (554).

<sup>243</sup> In diesem Sinne: *Schwab/Prütting*, Sachenrecht, 31. Auflage 2003, Rn. 15.

<sup>244</sup> *Sosnütza*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (184).

<sup>245</sup> *Bühlning*, GRUR 1998, 196 (196); *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 13.

<sup>246</sup> *Sosnütza*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (184).

<sup>247</sup> *Feszer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 7.

<sup>248</sup> *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 7; *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553 (554); *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889 (889 ff.).

An früherer Stelle<sup>249</sup> wurde festgestellt, dass der Lizenzbegriff im Rechtssinne nach überwiegender Meinung sowohl die Vereinbarung eines positiven schuldrechtlichen Benutzungsrechts am Immaterialgut, als auch die Vereinbarung eines gegenständlichen Nutzungsrechts infolge konstitutiver Rechtsübertragung des Nutzungsrechts am Immaterialgut umfasst. Es könnte mithin an dieser Stelle die lapidare Aussage getroffen werden, es gibt sowohl schuldrechtliche als auch gegenständliche Lizenzen.<sup>250</sup> Diese Aussage ist zwar richtig. Aber sie ist im Hinblick auf die Formulierungen im Gesetz und in der Lizenzvertragspraxis nicht weiterführend und damit ohne Erkenntnisgewinn. Das Gesetz und Lizenzverträge sprechen in der Regel nicht von der Vereinbarung eines positiven schuldrechtlichen Nutzungsrechts oder der Vereinbarung eines gegenständlichen Nutzungsrechts am Immaterialgut. Das Gesetz<sup>251</sup> nimmt vielmehr eine grundlegende Unterteilung in ausschließliche und einfache Lizenzen vor.<sup>252</sup> Diese generelle Einteilung in einfache und ausschließliche Lizenz hat sich zudem in der Lizenzvertragspraxis etabliert.<sup>253</sup> Wie zu zeigen sein wird, stehen diese Lizenzarten jedoch im engen Zusammenhang mit den beiden Ausgestaltungsvarianten der Lizenz im Rechtssinne als schuldrechtliches positives Nutzungsrecht oder als gegenständliches positives Nutzungsrecht infolge einer konstitutiven Rechtsübertragung des Nutzungsrechts. Nichtsdestotrotz muss im Folgenden die Rechtsnatur der einfachen und der ausschließlichen Lizenz – nachdem beide hinsichtlich ihres Nutzungsumfangs und ihrer Wirkungen vorgestellt wurden – geklärt werden.

#### a) Definition, Nutzungsumfang und Wirkungen der ausschließlichen Lizenz

Die ausschließliche Lizenz gibt dem Lizenznehmer die alleinige positive Befugnis, innerhalb des Umfangs des ihm eingeräumten Rechts in einem bestimmten Marktgebiet das lizenzierte Recht auszuüben.<sup>254</sup> Sie verleiht im Umfang des eingeräumten Nutzungsrechts eine Exklusivstellung, d. h. der Inhaber der ausschließlichen Lizenz allein darf das Immaterialgut im Umfang des eingeräumten Nut-

<sup>249</sup> Hierzu: 2. Teil I. 1. b) bb) und cc).

<sup>250</sup> So auch ausdrücklich: *Forkel*, NJW 1983, 1764 (1764).

<sup>251</sup> Etwa: § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG; § 15 Abs. 2 PatG; § 30 Abs. 1 MarkenG.

<sup>252</sup> Weitere Lizenzarten sind: Gebiets-, Zeit-, Vertriebs-, Herstellungs-, Gebrauchs-, Quoten-, Betriebs-, Konzern-, Stück und persönliche Lizenzen.

<sup>253</sup> Etwa die Vertragsmuster bei *Osterrieth*, in: Pfaff/Osterrieth, Lizenzverträge, Formulkommentar, 3. Auflage, S. 140 ff.; *Pagenberg/Beier*, Lizenzverträge, 6. Auflage, S. 38 ff.; *Schubert/Pitz*, in: Beck'sche Formularsammlung zum GewRS mit UrhR, 3. Auflage, S. 122 ff.

<sup>254</sup> RGZ 75, 400 (403); RGZ 130, 275 (282); *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage Rn. 36; *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002, S. 51; *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 3 B II 1 (S. 238); *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 82; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 13; *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 51 f.; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 196; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: Loewenheim, Hdb. des UrhR, 2. Auflage, § 25 Rn. 3; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 78; *Schricker/Loewenheim*, in: Schrickel/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 11; *Rehbinder*, UrhR, 16. Auflage, Rn. 558.



zungsrechts verwerten.<sup>255</sup> Sie verschafft dem Lizenznehmer ein gegen jedermann wirkendes Ausschlussrecht, das neben dem positiven Benutzungsrecht daher auch ein negatives Verbotungsrecht umfasst.<sup>256</sup> Auch der Rechtsinhaber ist bei der Lizenzierung mittels ausschließlicher Lizenz von der Nutzung des Rechts im Umfang des dem ausschließlichen Lizenznehmer eingeräumten Nutzungsrechts ausgeschlossen.<sup>257</sup> Einen Unterfall der ausschließlichen Lizenz bildet die sog. Alleinlizenz, bei der nur einem einzigen Lizenznehmer für ein gewisses Gebiet eine Lizenz gegeben wird, der Lizenzgeber selbst jedoch ein gewisses Nutzungsrecht behält.<sup>258</sup> Das Ausschlussrecht des ausschließlichen Lizenznehmers beinhaltet zum einen die Berechtigung, aus eigenem Recht gegen Verletzungen seines Nutzungsbereichs vorzugehen.<sup>259</sup> Zum anderen genießt die ausschließliche Lizenz Sukzessionsschutz<sup>260</sup>, d. h. sie bleibt gegenüber später eingeräumten Lizenzen sowie im Falle der Übertragung des Mutterrechts oder des Verzichts unberührt.<sup>261</sup> Zudem ist in der Regel davon auszugehen, dass der ausschließliche Lizenznehmer Dritten Unterlizenzen erteilen kann.<sup>262</sup> Nach überwiegender Auffassung ist die ausschließ-

---

<sup>255</sup> *Berger*, in: *Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht*, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 47, 48.

<sup>256</sup> *Kühnen*, in: *Schulte, PatG*, 8. Auflage, § 15 Rn. 34; *Haedicke*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2003, S. 82; *Klauze*, *Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz*, 2006, S. 196; *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 54, 55; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim, Hdb. des UrhR*, 2. Auflage, § 25 Rn. 4; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim, UrhG*, 4. Auflage, § 31 Rn. 13; *Rehbinder, UrhR*, 16. Auflage, Rn. 558; *Götting*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 9. Auflage, § 26 Rn. 16; *Abrens*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 2008, Rn. 283.

<sup>257</sup> *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 36, 362; *Haedicke*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2003, S. 82; *Rehbinder, UrhR*, 16. Auflage, Rn. 558; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim, UrhG*, 4. Auflage, § 31 Rn. 11; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim, Hdb. des UrhR*, 2. Auflage, § 25 Rn. 3; *Götting*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 9. Auflage, § 26 Rn. 16; *Bartenbach*, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, 7. Auflage, Rn. 78.

<sup>258</sup> *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 2. Auflage, § 31 UrhG, Rn. 5; *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 38; *Pablow*, *WM* 2008, 2041 (2042); *Seemann*, *Der Lizenzvertrag in der Insolvenz*, 2002, S. 52, 53; *Bübling*, *GRUR* 1998, 196 (196).

<sup>259</sup> *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 52; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim, Hdb. des UrhR*, 2. Auflage, § 25 Rn. 4; *Berger*, in: *Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht*, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 48; *Bartenbach*, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, 7. Auflage, Rn. 78; *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 365.

<sup>260</sup> Gesetzliche Vorschriften zum Sukzessionsschutz: § 33 UrhG, § 15 Abs. 3 PatG, § 30 Abs. 5 MarkenG.

<sup>261</sup> *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, S. 53; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim, Hdb. des UrhR*, 2. Auflage, § 25 Rn. 6; *Berger*, *Insolvenzschutz für Markenlizenzen*, 2006, S. 12; *Abrens*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 2008, Rn. 284; *Bübling*, *GRUR* 1998, 196 (197).

<sup>262</sup> *Götting*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 9. Auflage, § 26 Rn. 18; *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 37 a. E., 368; *Haedicke*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2003, S. 82; *Straßer/Feybock*, in: *Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz*, 2012, § 49 Rn. 43; *Lotb*, *GebrMG*, 2001, § 22 Rn. 36; *Ullmann*, in: *Benkart, PatG*, 10. Auflage, § 15 Rn. 105.

liche Lizenz zudem grundsätzlich übertragbar, sofern nichts Gegenteiliges zwischen den Parteien vereinbart ist.<sup>263</sup>

*b) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz*

Die Ausführungen zur Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz werden der Übersichtlichkeit halber unterteilt in die Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, der ein Immaterialgüterrecht<sup>264</sup> zugrunde liegt und in die Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, der ein bloßes Immaterialgut<sup>265</sup> zugrunde liegt. Unter letzteren Punkt werden die vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts gesondert behandelt.

aa) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, der ein Immaterialgüterrecht zugrunde liegt

Bei sämtlichen Rechten des gewerblichen Rechtsschutzes<sup>266</sup> und im Urheberrecht ist heute allgemein anerkannt, dass die ausschließliche Lizenz einen Fall der konstitutiven Rechtsübertragung<sup>267</sup> darstellt, die ein gegenständliches Recht zur Entstehung bringt.<sup>268</sup> Die ausschließliche Lizenz wird daher im gewerblichen Rechts-

<sup>263</sup> BGH, GRUR 1969, 560 (561); *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 174; *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, 1998, S. 132; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 104; a. A.: Groß, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 367, die annehmen, dass eine ausschließliche Lizenz nur bei ausdrücklicher Vereinbarung im Vertrag übertragbar ist.

<sup>264</sup> Zum Begriff des Immaterialgüterrechts: Fn. 86.

<sup>265</sup> Zum Begriff des Immaterialguts: Fn. 84.

<sup>266</sup> Hierzu zählen: Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Sortenschutz-, Halbleiterschutz- und Kennzeichenrechte; vgl. jedoch zum Streit, ob geschäftliche Bezeichnungen (§ 5 MarkenG) lizenzierbar im Rechtssinne sind: 2. Teil I. 2. a).

<sup>267</sup> Zum Begriff der konstitutiven Rechtsübertragung: 2. Teil I. 1. b) cc) und Fn. 113.

<sup>268</sup> Allgemein für die ausschließliche Lizenz: *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 49 ff.; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 82; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 13; für die ausschließliche Patentlizenz: *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 281 ff.; *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (329); *Kraßer*, Patentrecht, 6. Auflage, § 40 V b) (S. 931); *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 57; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 93, 86; für die ausschließliche Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterlizenz: *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 399 und 477; für die ausschließliche Markenlizenz: *Fexer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 7; *Bühling*, GRUR 1998, 196 (197); *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 678; für die ausschließliche urheberrechtliche Lizenz: *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 133 ff.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 600; *Schricker/Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff., Rn. 75, 98; *Sosnitzka*, in: FS für Schricker, 2005, 183 (189); *Wandtke/Grünert*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, Vor §§ 31 ff., Rn. 6; *J. B. Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 25; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 11, 15 ff.; *Kotthoff*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 17; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: Loewenheim, Hdb. des UrhR, 2. Auflage, § 25 Rn. 1, § 26 Rn. 1 ff.

schutz und im Urheberrecht als dinglich begriffen.<sup>269</sup> Als Begründung hierfür werden das gegen jedermann wirkende Ausschlussrecht, die Klagebefugnis des ausschließlichen Lizenznehmers und der Sukzessionsschutz der ausschließlichen Lizenz angeführt.<sup>270</sup> Sukzessionsschutz bedeutet, dass das eingeräumte Recht auch dann fortgilt, wenn der Rechtsinhaber das immaterielle Recht oder das Nutzungsrecht überträgt oder neue Nutzungsrechte vergibt.<sup>271</sup>

bb) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, der ein Immaterialgut zugrunde liegt  
Auch Lizenzen über bloße Immaterialgüter, d. h. über geistige Güter, die geeignet sind, ideellen oder materiellen Nutzen zu verschaffen, aber mangels gesetzlicher Anerkennung nicht zum Immaterialgüterrecht erstarkt sind,<sup>272</sup> können ausschließliche sein. Sie werden auch hier als ausschließliche Lizenz bezeichnet, wenn der

---

<sup>269</sup> Nachweise bei Fn. 268 und: für die ausschließliche Patentlizenz: *RGZ* 57, 38 (40 f.); *RGZ* 75, 400 (405); *RGZ* 76, 235 (236); *RGZ* 134, 91 (96); *RGZ* 142, 168 (170); *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 71; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 92; *Kühnen*, in: Schulte, PatG, 8. Auflage, § 15 Rn. 34; *Reimer*, PatG, 3. Auflage, § 9 Rn. 6; *Kraßer*, PatG, 6. Auflage, § 40 V c) (S. 931/932); *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 36; *Klaue-Möhring*, PatG, Band I, 3. Auflage, § 9 Rn. 26; *Mes*, PatG, 2. Auflage, § 15 PatG Rn. 39; eine schuldrechtliche Qualifikation erwägt *Sosnitzu*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (195); für die ausschließliche Gebrauchsmusterlizenz: *Loth*, GebrMG, 2001, § 22 Rn. 36; für die ausschließliche Markenlizenz: *BGH GRUR* 2007, 877 (879) - Windsor Estate; *OLG München NJW-RR* 1997, 1266 (1267) - 1860 München; *OLG Hamburg GRUR-RR* 2005, 181 (182) - ZOMIG/Asco Top; *Bühlung*, GRUR 1998, 196 (197); *Fezer*, Markenrecht 4. Auflage, § 30 Rn. 6 ff.; eine schuldrechtliche Qualifikation der ausschließlichen Markenlizenz erwägen: Ströbele, Markengesetz, 10. Auflage, § 30 Rn. 21; *Sosnitzu*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (195); für die ausschließliche urheberrechtliche Lizenz: *BGH NJW* 2010, 2731 (2734 Rn. 29) - Vorschaubilder; *BGH K&R* 2009, 712 (715) - Reifen Progressiv, hierzu: *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (72 f.) und *Scholz*, GRUR 2009, 1107 (1108 f.) sowie *Malitz/Coumont*, InsVZ 2010, 83 ff.; *BGH GRUR* 1959, 200 (202) - Der Heiligenhof; *Wandtke/Grunert*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 31 Rn. 31; *J. B. Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Auflage, § 31 Rn. 92; *Schricker/Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 81; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 56; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: Loewenheim, Hdb. des UrhR, 2. Auflage, § 25 Rn. 3; *Kottboff*, in: Dreyer/Kottboff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 105; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, § 85; *v. Gamm*, UrhG, § 31 Rn. 11; *Rehbinder*, UrhR, 16. Auflage, Rn. 560; *Spautz*, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Auflage, § 31 Rn. 40; *Berger/Wündisch*, Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 45; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 604; *Wallner*, Die Insolvenz des Urhebers – Unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur Überlassung von Software, 2002, S. 90; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 196 ff.; *Sosnitzu*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (196), der jedoch nur der ausschließlichen urheberrechtlichen Lizenz dingliche Wirkung zuerkennt; *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (432 f.); *v. Frenztz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1247 f.); *Stückel/Brandi-Dobrn*, CR 2011, 553 (558).

<sup>270</sup> Hierzu Nachweise unter Fn. 268 und 269.

<sup>271</sup> *Paul*, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimediarecht, 38. Ergänzungslieferung, Teil 7.4 Rn. 52.

<sup>272</sup> *Schönherr*, in: FS für Troller, 1976, S. 57 (62).

Lizenzgeber dem Lizenznehmer zusagt, dass er ihm allein die Lizenz für ein bestimmtes Gebiet erteilt.<sup>273</sup>

Zu den bloßen Immaterialgütern, die in der Regel durch ausschließliche Lizenz Dritten zur Nutzung überlassen werden, gehören insbesondere das Know-how<sup>274</sup> und die Internet-Domain<sup>275</sup>. Es fragt sich, ob auch diesen ausschließlichen Lizenzen dingliche, d. h. absolute Wirkung gegenüber jedermann zukommen kann.

Es besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass sich der Rechtsinhalt der Lizenz vom Rechtsinhalt des immateriellen Rechts herleitet. Das Benutzungsrecht kann von seiner Qualität und seinem Ausmaß daher nicht über das hinaus reichen, was im Vollrecht für den Rechtsinhaber gewährleistet ist.<sup>276</sup>

Know-how ist kein absolut geschütztes Recht; es stellt insbesondere kein gewerbliches Schutzrecht dar.<sup>277</sup> Auch die mit der Registrierung entstehende Domain-Inhaberschaft stellt nach überwiegender Auffassung kein Eigentum oder eine sonstige dingliche Rechtsposition dar.<sup>278</sup> Der Inhaber des Domain-Namens erwirbt nur ein vertragliches Nutzungsrecht.<sup>279</sup>

Da die Lizenz in ihrer Qualität nicht weiter reichen kann, als das ihr zugrunde liegende Vollrecht, kann man sowohl der ausschließlichen Know-how-Lizenz,<sup>280</sup> als auch der ausschließlichen Domain-Lizenz keine dingliche Wirkung beimessen.<sup>281</sup>

<sup>273</sup> So auch: *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 366.

<sup>274</sup> Zum Begriff des Know-how: 2. Teil I. 2. c).

<sup>275</sup> Zum Begriff der Internet-Domain: 2. Teil I. 2. d). Die mit der Registrierung entstehende Domain-Inhaberschaft stellt kein Eigentum oder eine sonstige dingliche Rechtsposition dar; Der Inhaber des Domain-Namens erwirbt nur ein vertragliches Nutzungsrecht; hierzu: *BGH*, GRUR 2002, 622 (626); *BVerfG*, GRUR 2005, 261 – ad-acta.de; *Kleespies*, GRUR 2002, 764 (766); *Ulmer*, ITRB 2005, 112; *Hanloser*, CR 2001, 456 (458 f.); *Viefhues*, MMR 2000, 286 (287); *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 259, 260; a. A.: *OLG Köln*, GRUR-RR 2006, 267 – investment.de; *LG Essen*, MMR 2000, 286 (286); *Koos*, MMR 2004, 359 (361 f.); *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage, Einl G Rn. 14 ff.; *Kazemi/Leopold*, MMR 2004, 287; *Hartmann/Kloos*, CR 2001, 469.

<sup>276</sup> *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 55.

<sup>277</sup> *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 64; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 16, 366; *Ohly*, in: FS Schrickler, 2005, S. 105 (114).

<sup>278</sup> *BGH*, GRUR 2002, 622 (626); *BVerfG*, GRUR 2005, 261 – ad-acta.de; *Kleespies*, GRUR 2002, 764 (766); *Ulmer*, ITRB 2005, 112; *Hanloser*, CR 2001, 456 (458 f.); *Viefhues*, MMR 2000, 286 (287); *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 259, 260; a. A.: *OLG Köln*, GRUR-RR 2006, 267 – investment.de; *LG Essen*, MMR 2000, 286 (286); *Koos*, MMR 2004, 359 (361 f.); *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage, Einl G Rn. 14 ff.; *Kazemi/Leopold*, MMR 2004, 287; *Hartmann/Kloos*, CR 2001, 469.

<sup>279</sup> *BGH*, GRUR 2002, 622 (626); *Viefhues*, MMR 2000, 286 (287).

<sup>280</sup> *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 64; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 366; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 14; *Fehrenbacher*, JR 2001, 309 (311); a. A.: *Bausch*, NZI 2005, 289 (295), der die exklusive Know-how-Lizenz als dingliches Recht einordnet.

<sup>281</sup> Offen: *Hombrecher*, MMR 2005, 647 (650).

cc) Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz an vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts

Wie bereits an früherer Stelle<sup>282</sup> dargelegt, bestehen nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich keine durchgreifenden Bedenken, die Verwertung vermögenswerter Positionen des Persönlichkeitsrechts dem „reinen“ Vertragsrecht und somit dem Lizenzrecht zu unterwerfen und hierdurch die weit vertretene Verwertung vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts durch Dispositionen über Schutzrechtsansprüche zurückzudrängen bzw. einzudämmen.

Eine ausschließliche Lizenz über vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts ist ohne Weiteres möglich, soweit der Lizenzgeber dem Lizenznehmer zusagt, dass er ihm allein die Lizenz für ein bestimmtes Gebiet erteilt. In der Praxis der Kautelarjurisprudenz findet sich im Bereich der ausschließlichen Lizenzierung von Persönlichkeitsrechten vorwiegend der Begriff der Exklusivlizenz.<sup>283</sup> Fraglich ist, welche Rechtsnatur dieser Exklusivlizenz über vermögenswerte Positionen des Persönlichkeitsrechts zukommen kann. Da das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ein absolutes Recht bzw. ein Ausschließlichkeitsrecht ist,<sup>284</sup> könnte grundsätzlich auch das ausschließliche Benutzungsrecht an ihm absolute bzw. dingliche Wirkung haben.<sup>285</sup> Wie bei sämtlichen Nutzungsrechtseinräumungen an immateriellen Gütern besteht auch im Falle der vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts auf Seiten des Lizenznehmers ein besonderes Interesse, ein Nutzungsrecht mit dinglicher Wirkung eingeräumt zu bekommen, da ihm hierdurch eine ungleich sicherere Rechtsposition verliehen (Erlangung eines gegen jedermann wirkendes Ausschlussrechts, Sukzessionsschutz) wird.<sup>286</sup> Insbesondere die oft erheblichen Kosten, die der Lizenznehmer im Vorfeld der Nutzung des entsprechenden Persönlichkeitsdetails investieren muss,<sup>287</sup> wären besser abgesichert. Für den Inhaber des Persönlichkeitsrechts ist die Einräumung dinglicher Nutzungsrechte deshalb von Interesse, da der Lizenznehmer hierfür in der Regel ein höheres Entgelt bezahlt und nicht selten nur unter der Voraussetzung der Erlangung einer gegenständlichen Rechtsposition zum Vertragsschluss bereit sein

---

<sup>282</sup> Hierzu: 2. Teil I. 2. e).

<sup>283</sup> So das Vertragsmuster bei *Schertz*, Merchandising, 1997, Anhang I, S. 183, 184: „2.(...) exklusiv zu vertreiben bzw. vertreiben zu lassen.“

<sup>284</sup> *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 2; *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Auflage, § 8 Rn. 3; *Bungart*, Dingliche Lizenzen an Persönlichkeitsrechten, 2005, S. 53.

<sup>285</sup> Das basiert auf dem Umstand, dass sich der Rechtsinhalt der Lizenz vom Rechtsinhalt des immateriellen Rechts herleitet. Das Benutzungsrecht kann von seiner Qualität und seinem Ausmaß soweit reichen, was im Vollrecht für den Rechtsinhaber gewährleistet ist; hierzu: *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 55.

<sup>286</sup> Zu den Interessen des Lizenznehmers ausführlich: *Forkel*, GRUR 1988, 491 (492 ff.).

<sup>287</sup> Etwa hohe Kosten für die Produktion eines Werbefilms, in dem der Prominente mit seinem Namen oder Bild für das entsprechende Produkt des Lizenznehmers Werbung macht oder die Produktion von Werbeartikeln, die den Namen oder das Bild des Prominenten tragen.

wird.<sup>288</sup> Ohne einen entsprechenden Vertragsschluss mit etwa einem Merchandising-Unternehmen wäre er zuweilen gar nicht in der Lage, seine Persönlichkeitswerte zu entfalten, wie er es für notwendig und richtig hält.<sup>289</sup>

Um die ausschließliche Lizenz an vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts als dingliches bzw. gegenständliches Recht einordnen zu können, müssten die entsprechenden Nutzungsrechte durch eine Verfügung bzw. Rechtsübertragung dem Lizenznehmer eingeräumt werden. An dieser Stelle stößt man jedoch auf den Grundsatz der Unübertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten. Es kann als absolut herrschende Meinung bezeichnet werden, dass Persönlichkeitsrechte im Ganzen als unübertragbar gelten.<sup>290</sup> Eine Übertragung des Persönlichkeitsrechts im Ganzen würde den Geboten der Ethik wie auch dem in Art. 1 GG statuierten Verbot einer endgültigen Objektivierung eines Menschen widersprechen.<sup>291</sup> Von der Übertragbarkeit im Ganzen ist die Übertragbarkeit einzelner vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts (etwa das Recht am eigenen Bild, das Recht am eigenen Namen, das Recht an der eigenen Stimme, soweit jenen Rechten ein wirtschaftlicher Wert zukommt) zu unterscheiden. Bei der Frage nach der Übertragbarkeit letzterer fällt die Meinungsführerschaft nicht einheitlich aus. Die Palette der hierzu vertretenen Meinungen ist vielmehr weitgefächert. An einem Ende des Meinungsspektrums stehen diejenigen Autoren, die eine Übertragbarkeit auch einzelner vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts vehement ablehnen.<sup>292</sup> Die Individualität einer Person sei von ihr nicht ablösbar und mithin auch nicht übertragbar.<sup>293</sup> Zudem werde durch die Anerkennung einer gewissen Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten der zunehmenden Kommerzialisierung der Persönlichkeit Vorschub geleistet, was eine gesellschaftliche Fehlentwicklung darstellt, der die Rechtsordnung entgegenzutreten müsse.<sup>294</sup> Am anderen Ende des Meinungsspektrums findet man die Vertreter des sog. dualistischen Modells. Im Rahmen des dualistischen Modells werden nach dem

<sup>288</sup> *Schertz*, Merchandising, 1997, Rn. 376; auch zu den Interessen des Lizenzgebers: *Forkel*, GRUR 1988, 491 (492 ff.).

<sup>289</sup> *Forkel*, GRUR 1988, 491 (493).

<sup>290</sup> RGZ 74, 308 (312); BGHZ 32, 103 (111); BGHZ 119, 237 (240); *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 69. Auflage, § 12 Rn. 14; *Heinrich*, in: Soergel, BGB, 13. Auflage, § 12 Rn. 197; *H. P. Westermann*, in: Erman, BGB, 11. Auflage, § 12 Rn. 30; *Habermann/Weick*, in: BGB, 14. Bearbeitung, Vorbem zu § 1 Rn. 29; *v. Gamm*, UrhG, 1968, Einf. Rn. 109; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 51, 637; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 37 ff., 101 ff.; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Auflage, Rn. 615; *Freudenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 2006, S. 92.

<sup>291</sup> Unter vielen: *BGH*, NJW 2000, 2195 (2197) – Marlene Dietrich; *Freudenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 2006, S. 96; *Peukert*, ZUM 2000, 710 (715).

<sup>292</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 51; *ders.*, AcP 195 (1995), 594 f.; *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 325; *Hoeren/Decker*, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, 38. Ergänzungslieferung, Teil 7. 2 Rn. 2, 3, 4.

<sup>293</sup> *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 325.

<sup>294</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 51; *ders.*, AcP 195 (1995), 594 f.

Vorbild des US-amerikanischen *right of publicity*<sup>295</sup> die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts in einem eigenständigen Persönlichkeitsgüterrecht – einem übertragbaren Immaterialgüterrecht – separiert.<sup>296</sup> Nach der letztgenannten Auffassung bleibt es deshalb beim Grundsatz der Unübertragbarkeit von (ideellen) Persönlichkeitsrechten. Einen Mittelweg beschreitet das Modell der gebundenen bzw. konstitutiven Rechtsübertragung<sup>297</sup> von Nutzungsrechten an vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts nach dem Vorbild des Urheberrechts. Vor dem Hintergrund der Unverzichtbarkeit höchstpersönlicher Rechte und dem Verständnis des Persönlichkeitsrechts als im Kern ein unveräußerliches Menschenrecht sind sich die Vertreter einig, dass ein Kern beim Berechtigten verbleiben muss.<sup>298</sup> In Anbetracht dessen und auf Grund des vergleichbaren Ineinandergreifens persönlichkeits- und vermögensrechtlicher Elemente wird die dem – unübertragbaren – Urheberrecht entlehnte Rechtsfigur der gebundenen bzw. konstitutiven Übertragung von Nutzungsrechten vorgeschlagen und befürwortet.<sup>299</sup>

Der BGH hat die Frage der Übertragbarkeit von einzelnen Bestandteilen der Persönlichkeit noch nicht entschieden.<sup>300</sup> In der *Mephisto*-Entscheidung<sup>301</sup>, *Nena*-Entscheidung<sup>302</sup> und in der *Marlene Dietrich*-Entscheidung<sup>303</sup> geht seine Tendenz aber deutlich in Richtung einer gewissen Übertragbarkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts. Ausgangspunkt der Überlegungen des BGH ist hierbei immer ein monistisches Verständnis des Persönlichkeitsrechts als ein Recht, was in sich Persönlichkeits- und Vermögensrecht (sog. Mutter- und Quellrecht) vereint.<sup>304</sup> Hiermit erteilt der BGH dem teilweise vertretenen<sup>305</sup> rein immaterialgüterrechtlichen Verständnis der vermögenswerten Bestandteilen des Persön-

---

<sup>295</sup> Zum *right of publicity* ausführlich: *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 191 ff.

<sup>296</sup> *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999, S. 25 ff.; *Beuthien*, NJW 2003, 1220 ff.; *ders.*, ZUM 203, 261 ff.; *Ullmann*, AfP 1999, 209 (214).

<sup>297</sup> Zum Begriff der konstitutiven Übertragung: 2. Teil I. 1. b) cc).

<sup>298</sup> *Forkel*, GRUR 1988, 491 (493 ff.).

<sup>299</sup> *Forkel*, GRUR 1988, 491 ff.; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 279; *ders.*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 39; *ders.*, GRUR 2004, 801 (808); *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 87 ff.; *Freundenberg*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, 2006, S. 98 ff.; *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger, UrhR*, 3. Auflage, Einl. Rn. 38 ff.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 126; *Schertz*, Merchandising, 1997, Rn. 380; *Seemann*, Prominenz als Eigentum, 1996, S. 166 ff.; *Ernst-Moll*, GRUR 1996, 558 (562); *Penkert*, ZUM 2000, 710 (715 f., 721); *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 335 f.; *Bartenbach/Kunzmann*, in: *Erdmann/Rojahn/Sosnitza*, FA-GewRS, 2008, Kap. 9 Rn. 55.

<sup>300</sup> So ausdrücklich der BGH in: NJW 2000, 2195 (2197 a. E.) – *Marlene Dietrich*.

<sup>301</sup> BGHZ 50, 133 ff. – *Mephisto*.

<sup>302</sup> BGH, GRUR 1987, 128 ff. – *Nena*.

<sup>303</sup> BGH, NJW 2000, 2195 ff. – *Marlene Dietrich*.

<sup>304</sup> BGH, NJW 2000, 2195 (2197) – *Marlene Dietrich*.

<sup>305</sup> *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999, S. 25 ff.; *Beuthien*, NJW 2003, 1220 ff.; *ders.*, ZUM 203, 261 ff.; *Ullmann*, AfP 1999, 209 (214).

lichkeitsrecht (sog. dualistisches Modell) eine Absage.<sup>306</sup> Dem ist zuzustimmen. Die mit dem rein immaterialgüterrechtlichen Verständnis verbundene translative Übertragbarkeit<sup>307</sup> der kommerziellen Verwertungsrechte widerspricht dem mit Persönlichkeitsrechten verfolgten Grundanliegen, die Würde und das Selbstbestimmungsrecht des Menschen zu wahren, da die Verwertungsrechte ohne Rücksicht auf die ideellen Belange ausgeübt werden könnten.<sup>308</sup> Es könnte zu einem Totalausverkauf der Persönlichkeit kommen.<sup>309</sup>

Die Tendenz der Rechtsprechung des BGH in Richtung einer gewissen Übertragbarkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts begann mit der *Mephisto*-Entscheidung, in der der BGH davon ausgegangen ist, dass „das Persönlichkeitsrecht – abgesehen von seinen vermögenswerten Bestandteilen – als höchstpersönliches Recht unübertragbar und unvererblich ist.“<sup>310</sup> Hieraus könnte der Umkehrschluss gezogen werden, dass die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts im gewissen Maße übertragbar und vererblich sind. In seiner *Nena*-Entscheidung ließ der BGH die Frage nach der Übertragbarkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts zwar offen, bezeichnete sie jedoch als umstritten.<sup>311</sup> Diesem Umstand lässt sich entnehmen, dass der BGH an dem starren Dogma der Unübertragbarkeit Zweifel hat.<sup>312</sup> Den Schluss auf die Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts zog der BGH sodann in der *Marlene-Dietrich*-Entscheidung.<sup>313</sup> Er sieht die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts als vererblich an, da jene nicht in derselben Weise unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden sind wie der Teil des Persönlichkeitsrechts, der dem Schutz ideeller Interessen dient.<sup>314</sup> Darüber hinaus setzte sich der BGH mit der Ansicht,<sup>315</sup> die eine Übertragbarkeit auch einzelner vermögenswerter Bestandteile im Hinblick auf eine gesellschaftliche Fehlentwicklung durch die Kommerzialisierung der Persönlichkeit vehement ablehnt, kritisch auseinander. Hierzu führt der BGH aus, dass die Rechtsordnung hinsichtlich der Vermarktung rechtlich geschützter Positionen kein starres System bildet, an dem sich die Wirklichkeit orientieren müsste; vielmehr kommt dem Recht neben der nicht zu bestreitenden Aufgabe, durch Wertentscheidungen vorgegebene

<sup>306</sup> *Peukert*, ZUM 2000, 710 (711 f.).

<sup>307</sup> Zum Begriff der translativen Übertragung: 2. Teil I. 1. b) dd).

<sup>308</sup> *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 40; *Peukert*, ZUM 2000, 710 (715); *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 76.

<sup>309</sup> *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Hdb. des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 40.

<sup>310</sup> BGHZ 50, 133 (137) – *Mephisto*.

<sup>311</sup> BGH, GRUR 1987, 128 (128) – *Nena*.

<sup>312</sup> *Forkel*, GRUR 1988, 491 (492); *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 63; *Schertz*, Merchandising, 1997, Rn. 378.

<sup>313</sup> BGH, NJW 2000, 2195 ff. – *Marlene Dietrich*.

<sup>314</sup> BGH, NJW 2000, 2195 (2198) – *Marlene Dietrich*.

<sup>315</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 51; *ders.*, AcP 195 (1995), 594 f.; *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 325.



Gesetze zu setzen, auch eine dienende Funktion zu, indem es einen Ordnungsrahmen auch für neue Formen der Vermarktung bieten muss, die im Interesse sowohl des Vermarkters als auch desjenigen liegen, der eine solche Vermarktung seiner Person gestatten möchte.<sup>316</sup> Auch an diesen Ausführungen wird deutlich, dass der BGH zu einer Rechtsprechung tendiert, die die tatsächliche Vermarktungssituation realer Menschen durch Merchandising berücksichtigt und somit dem erheblichen wirtschaftlichen Wert einiger Bestandteile des Persönlichkeitsrechts im Rechtsverkehr Rechnung trägt. Allerdings lässt auch hier das Gericht – mangels Entscheidungserheblichkeit – eine Entscheidung, ob vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts unter Lebenden übertragen werden können ausdrücklich offen.

Im Ergebnis ist der Ansicht<sup>317</sup> zuzustimmen, die einen Mittelweg im Form des Modells der gebundenen bzw. konstitutiven Rechtsübertragung von Nutzungsrechten an vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts nach dem Vorbild des Urheberrechts beschreitet. Der ausschließlichen Lizenz über Persönlichkeitsdetails kann somit auch gegenständliche bzw. dingliche Wirkung zukommen.

Hierfür sprechen zunächst die Interessen und Bedürfnisse der Beteiligten sowie die seit Jahren bestehende tatsächliche Vermarktungssituation im Rahmen des Personen-Merchandising. Es wurde aufgezeigt, dass sowohl der Inhaber des Persönlichkeitsrechts als Lizenzgeber als auch der Lizenznehmer erhebliches Interesse daran haben, verlässliche Rechtspositionen einzuräumen bzw. eingeräumt zu bekommen. Als verlässlich gelten aber nur dingliche Rechtspositionen, die ihrerseits jedoch einen Übertragungstatbestand voraussetzen. Der Vergleich zum Urheberrecht, das seinerseits ideelle und materielle Interessen des Urhebers schützt (§ 11 UrhG) und unübertragbar ist (§ 29 Abs. 1 UrhG), zeigt, dass trotz Unübertragbarkeit eines Rechts die konstitutive Übertragung von Nutzungsrechten, die auch das Urheberpersönlichkeitsrecht einschließt, an jenem gesetzlich vorgesehen ist. Da auch dem Persönlichkeitsrecht neben der ideellen Komponente vermögensrechtliche Bestandteile zukommen,<sup>318</sup> erscheint die Behandlung entsprechend dem Urheberrecht daher sachgerecht. Die dem Urheberrecht entlehnte Rechtsfigur der konstitutiven Rechtsübertragung trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass Persönlichkeitsrechte grundsätzlich unveräußerlich sind, da hier das unveräußerliche Mutterrecht beim Inhaber verbleibt. Eine translative Rechtsübertragung findet nicht statt. Das Nutzungsrecht am jeweiligen Persönlichkeitsdetail bleibt als Tochterrecht vielmehr immer am Mutterrecht gebunden.<sup>319</sup> Zudem wird der beim Persönlichkeitsrecht bestehenden engen Verbindung zwischen ideellen und wirtschaftlichen Interessen durch die bestehenden Rechte und Institute im Rahmen

---

<sup>316</sup> BGH, NJW 2000, 2195 (2199) – Marlene Dietrich.

<sup>317</sup> Nachweise unter Fn. 299.

<sup>318</sup> Nachweise unter Fn. 218.

<sup>319</sup> Hierzu 2. Teil I. 1. b) cc).

der urheberrechtlichen gebundenen Nutzungsrechtseinräumung, wie die Zweckübertragungslehre (§ 31 Abs. 5 UrhG) und die Rückrufrechte wegen gewandelter Überzeugung (§ 42 UrhG) hinreichend Rechnung getragen. Durch diese Bestimmungen wird gewährleistet, dass das Persönlichkeitsrecht in seinen ideellen Komponenten nicht übermäßig gefährdet wird. Ein Einwand gegen die Zulassung der konstitutiven Rechtsübertragung von Nutzungsrechten an vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechten könnte in ihrer fehlenden legislatorischen Zulassung liegen. Dem kann zum einen entgegengehalten werden, dass sich ihre Zulassung schon deshalb nicht im Gesetz befinden kann, da bei Schaffung des BGB die Persönlichkeitsrechte wenig geklärt waren und so der Themenkreis nur ganz zurückhaltend angegangen und nur höchst fragmentarisch bewältigt worden war.<sup>320</sup> Zum anderen zeigen die Beispiele anderer Rechte, dass sich der Charakter eines Rechts in der Einschätzung durch die Rechtsordnung zu ändern vermag. So hat etwa das RG gemeint, dass das Recht an der Firma als Namensrecht und damit als Persönlichkeitsrecht nicht übertragbar sei.<sup>321</sup> Der BGH hat diese Rechtsprechung nicht aufrechterhalten. Er hat das materielle Firmenrecht vielmehr als ein Vermögensrecht eingestuft, da die bisherige Ansicht, die die Firma als Persönlichkeitsrecht verstanden habe, der vermögensrechtlichen Bedeutung der Firma nicht hinreichend Rechnung trage.<sup>322</sup> Das Warenzeichenrecht wurde vom RG ebenfalls noch als Persönlichkeitsrecht eingeordnet.<sup>323</sup> Inzwischen hat sich die Marke von ihrer Bindung an den Geschäftsbetrieb und die Unternehmenspersönlichkeit vollständig gelöst. Sie kann ohne Geschäftsbetrieb erworben (§ 7 MarkenG) sowie übertragen und vererbt werden (§ 27 I MarkenG). Auch die Marke, die aus einem Personennamen oder einem Personenbildnis besteht, ist heute ein frei verkehrsfähiges Immaterialgüterrecht.<sup>324</sup>

### *c) Definition, Nutzungsumfang und Wirkungen der einfachen Lizenz*

Durch die einfache Lizenz erhält der Lizenznehmer lediglich ein positives Mitbenutzungsrecht am Immaterialgut neben dem Lizenzgeber und anderen Lizenznehmern<sup>325</sup>; jedoch kein Abwehrrecht gegen fremde Nutzungen.<sup>326</sup> Bei dieser

<sup>320</sup> Forkel, GRUR 1988, 491 (495).

<sup>321</sup> RGZ 9, 104 (105 f.); RGZ 58 166 (169).

<sup>322</sup> BGHZ 85, 221 (223).

<sup>323</sup> RGZ 69, 401 (403).

<sup>324</sup> Ströbele, MarkenG, 10. Auflage, § 29 Rn. 13; Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, Rn. 1383.

<sup>325</sup> Groß, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 39; Ahrens, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 285; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 30 Rn. 10; Ströbele, Markengesetz, 10. Auflage, § 30 Rn. 9; Loewenheim/J. B. Nordemann, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rn. 7, 8; Wiedemann, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 16, 18 a. E.; Bartenbach, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 89; Ullmann, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 99, 100; Empting, Immaterialgüterrecht in der Insolvenz, 2003, S. 164; Klauze, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006.

Lizenzart kann daher eine unbestimmte Vielzahl von Lizenznehmern in einem identischen Nutzungsbereich nutzungsbefugt sein. Die einfache Lizenz verleiht dem Lizenznehmer kein Ausschließlichkeitsrecht.<sup>327</sup> Zudem ist der einfache Lizenznehmer in der Regel nicht berechtigt, Unterlizenzen zu erteilen<sup>328</sup> oder die einfache Lizenz zu übertragen.<sup>329</sup>

#### d) Rechtsnatur der einfachen Lizenz

Die Ausführungen zur Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz haben gezeigt, dass die ausschließliche Lizenz, soweit ihr ein absolut geschütztes Recht zugrunde liegt, allgemein als gegenständliches Recht eingeordnet wird. Die Meinungsführerschaft zur Rechtsnatur der einfachen Lizenz fällt nicht derart einheitlich aus. Die Meinungen über die rechtliche Einordnung der einfachen Lizenz als dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht gehen nicht nur bei den einzelnen Immaterialgüterrechten deutlich auseinander, die Meinungsführerschaft schwankt zudem innerhalb des jeweiligen Immaterialgüterrechts. Nichtsdestotrotz hat sich der Streit in den letzten Jahren aufgrund einiger höchstrichterlichen Entscheidungen zur Frage der Rechtsnatur der einfachen Lizenz relativiert.

Entsprechend der Ausführungen<sup>330</sup> zur ausschließlichen Lizenz kann zunächst festgestellt werden, dass der einfachen Lizenz, der ein bloßes Immaterialgut (etwa Know-how) zugrunde liegt, lediglich schuldrechtliche Wirkung zukommt.

Der einfachen urheberrechtlichen Lizenz (einfaches Nutzungsrecht, vgl. § 31 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 UrhG) wird von der mittlerweile herrschenden Auffassung in der Literatur ein dinglicher Charakter zugesprochen.<sup>331</sup> Dies wird mit dem Um-

<sup>326</sup> *Rehbinder*, UrhR, 16. Auflage, Rn. 555; *Bartenbach/Kunzmann*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitzka, FA-GewRS, 2008, Kap. 9 Rn. 26, 27; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 83, 84; *Berger*, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 51.

<sup>327</sup> *Kotthoff*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 102; *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 285; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 99.

<sup>328</sup> *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 105; *Berger*, Insolvenzsenschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 10.

<sup>329</sup> BGHZ 61, 272 (274) – Anlagengeschäft; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 103; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 170; *Zimmermann*, Immaterialgüterrechte und ihre Zwangsvollstreckung, 1998, S. 128; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 389.

<sup>330</sup> Hierzu 2. Teil I. 3. b) bb).

<sup>331</sup> *Wandtke/Grunert*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 31 Rn. 31; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rn. 7; *Schricker/Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 83; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, § 85 III; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 52; *J. B. Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 87; *Scholz*, in: Mestmäcker/Schulze, UrhG, Losebl., 45. Ergänzungslieferg., Dez. 2007, § 31 Rn. 54; *Kotthoff*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 103; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 604; *Rehbinder*, UrhR, 16. Auflage, Rn. 556; *Scholz*, GRUR 2009, 1107 (1108); *v. Gamm*, UrhG, 1968, § 31 Rn. 11; *Berger/Wündisch*, Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 45; *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 222 ff.; *Klauze*,

stand begründet, dass auch dem einfachen Nutzungsrecht nach § 33 UrhG Sukzessionsschutz zukommt.<sup>332</sup> Zudem erwähne § 29 Abs. 2 UrhG als zulässige Rechtsgeschäfte neben der Einräumung von (auch einfachen) Nutzungsrechten i. S. v. § 31 UrhG ausdrücklich „schuldrechtliche Einwilligungen und Vereinbarungen zu Verwertungszwecken“. Dies würde den Umkehrschluss nahe legen, dass die Einräumung von (auch einfachen) Nutzungsrechten dinglicher Natur ist.<sup>333</sup> Die Mindermeinung in der urheberrechtlichen Literatur betrachtet einfache Nutzungsrechte aufgrund fehlender eigener Abwehrrechte gegenüber Dritten und nicht vorhandener Absolutheit dagegen als rein schuldrechtliche Absprachen.<sup>334</sup>

Der BGH hat in seinem Urteil vom 26.03.2009 – I ZR 153/06 – *Reifen Progressiv* erstmals explizit klargestellt, dass das einfache – wie auch das ausschließliche – urheberrechtliche Nutzungsrecht einen dinglichen Charakter hat.<sup>335</sup> Die Aussage des BGH zur Rechtsnatur der einfachen urheberrechtlichen Lizenz beschränkte sich auf diese Aussage. Eine Begründung für diese Einordnung gab der BGH nicht.<sup>336</sup> Insbesondere im Hinblick darauf, dass die Frage der Rechtsnatur der einfachen Lizenz im Gewerblichen Rechtsschutz zu einer der umstrittensten Fragen gehört und auch im Urheberrecht der dingliche Charakter der einfachen Lizenz nicht unumstritten ist,<sup>337</sup> überrascht diese knappe Abhandlung sehr.<sup>338</sup> Zu-

---

Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 196 ff.; *Stöckel/Brandi-Dobrn*, CR 2011, 553 (558); *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (433).

<sup>332</sup> *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR, 3. Auflage, § 31 Rn. 31; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim*, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rn. 1; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 83; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 52; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 10. Auflage, § 31 Rn. 87; *Scholze*, in: *Mestmäcker/Schulze*, UrhG, Losebl., 45. Ergänzungsliefg., Dez. 2007, § 31 Rn. 54; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 103; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 604; *Rehbinder*, UrhR, 16. Auflage, Rn. 556; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 197.

<sup>333</sup> *Scholze*, in: *Mestmäcker/Schulze*, UrhG, Losebl., 45. Ergänzungsliefg., Dez. 2007, § 31 Rn. 54; *Scholze*, GRUR 2009, 1107 (1109).

<sup>334</sup> *Spautz*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG 2. Auflage, § 31 Rn. 39; *Götting*, in: *Beier/Götting/Lehmann/Moufang* (Hrsg.), Urhebervertragsrecht (FS für *Schricker*, 1995), 53 (68); *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 291; *Pablow*, ZUM 2005, 865 (869 ff.); *Cebulla*, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, 1999, 132 (147); gegen eine pauschale Einordnung der einfachen Lizenz als „dinglich“: *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (73).

<sup>335</sup> *BGH*, CR 2009, 767 (770) – *Reifen Progressiv*, hierzu: *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (71 f.); *Scholze*, GRUR 2009, 1107 (1108 f.) und *Slopek*, WRP 2010, 616 (619); der BGH hat diese Rechtsprechung in: *BGH NJW* 2010, 2731 ff. – *Vorschaubilder* bestätigt; so schon: *LG München I*, GRUR-RR 2004, 350 – *GPL-Verstoß*; wohl a. A.: *KG*, ZIP 2012, 990 (992).

<sup>336</sup> *BGH*, CR 2009, 767 (770) – *Reifen Progressiv*.

<sup>337</sup> Nachweise zur Gegenmeinung unter Fn. 334.

<sup>338</sup> So auch: *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (72); *Scholze*, GRUR 2009, 1107 (1109).

dem hatte der BGH zuvor z. B. in Bezug auf die einfache Patentlizenz die Ansicht vertreten, dass diese rein schuldrechtlicher Natur sei.<sup>339</sup>

Der einfachen Lizenz im Patentrecht (vgl. § 15 Abs. 2 PatG: nicht ausschließliche Lizenz) wird trotz des vorhandenen Sukzessionsschutzes nach § 15 Abs. 3 PatG überwiegend infolge „des Mangels an Rechten gegen den Verletzter“<sup>340</sup> lediglich schuldrechtliche Wirkung zuerkannt.<sup>341</sup> Diejenige Ansicht, die von einer dinglichen Wirkung sowohl der ausschließlichen als auch der dinglichen Lizenz ausgeht,<sup>342</sup> ist jedoch im Vordringen.

Die einfache Lizenz im Markenrecht (vgl. § 30 Abs. 1 MarkenG: nicht ausschließliche Lizenz) wird überwiegend als dingliches Nutzungsrecht eingeordnet, da es sich bei der Markenlizenz im Sinne des § 30 MarkenG in der Regel um eine dingliche Markenlizenz handelt.<sup>343</sup> Zum Teil wird die Einfachlizenz aufgrund fehlender eigener Abwehrrechte des Lizenznehmers gegenüber Dritten als schuldrechtlich angesehen.<sup>344</sup> Andere lehnen die Einteilung in dingliche und schuldrechtliche Lizenzen bzw. die Charakterisierung der ausschließlichen bzw. einfachen Lizenz, der generell dingliche bzw. schuldrechtliche Wirkung zukommen soll, als fruchtlos ab, vielmehr obliege es nur den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit, wie sie die Lizenz ausgestalten.<sup>345</sup>

Eine einfache Lizenz ist auch an vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts möglich. Soweit man der Ansicht folgt, die die konstitutive Übertragung von vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts nach dem Vorbild des Urheberrechts befürwortet,<sup>346</sup> kann auch der einfachen Lizenz an

<sup>339</sup> BGHZ 83, 251 (256) – Verankerungsteil = BGH, GRUR 1982, 411 (412 f.); dieses Urteil des BGH erging allerdings noch vor Einführung des Sukzessionsschutzes in § 15 Abs. 3 PatG.

<sup>340</sup> Pietzcker, PatG Teil I, § 6, Anm. 18.

<sup>341</sup> BGHZ 83, 251 (256) – Verankerungsteil; Kühnen, in: Schulte, PatG, 8. Auflage, § 15 Rn. 41; Reimer, PatG, 3. Auflage, § 9 Rn. 7; Nirk, in: Klauer/Möhring, PatG Band I, 4. Auflage, § 9 Rn. 38; Kraßer, PatG, 6. Auflage, § 40 V c) (S. 933); Mes, PatG/GebrMG, 2. Auflage, § 15 PatG Rn. 40; Bartenbach, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 94 f.; Pablow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 291; Nirk/Ullmann, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Band I, 2. Auflage, S. 145; im Ergebnis auch: Ullmann, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 99 f.;

<sup>342</sup> So nunmehr jüngst: LG München I, GRUR-RR 2012, 142 ff.; Forkel, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 104 ff.; Müller, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, § 30 MarkenG 3; zur Dinglichkeit tendierend: Ahrens, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 285 f.

<sup>343</sup> OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 181 (182) - ZOMIG/Asco Top; Fezer, Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 8; offen: Ahrens, Gewerblicher Rechtsschutz, 2008, Rn. 678 ff.

<sup>344</sup> Büßling, GRUR 1998, 196 (196/197); Ströbele, Markengesetz, 10. Auflage, § 30 Rn. 21; Pablow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 291; Berger, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 26; Lange, Marken- und Kennzeichenrechte, 2. Auflage, Rn. 1409.

<sup>345</sup> Ingerl/Rohrke, Markengesetz, 3. Auflage, § 30 Rn. 8; Pablow, in: Ekey/Klippel, Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, 2. Auflage, § 30 Rn. 5 ff.

<sup>346</sup> Nachweise unter Fn. 299.

vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts gegenständliche Wirkung zukommen.

#### e) *Zwischenfazit*

Für den Fortgang der Untersuchung kann somit festgehalten werden, dass nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die ausschließliche Lizenz im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz als absolutes Recht mit gegenständlicher Wirkung eingeordnet wird. Dasselbe gilt für die Einfachlizenz im Urheberrecht. Die Einfachlizenz im Patentrecht wird in Rechtsprechung und Literatur überwiegend lediglich schuldrechtliche Wirkung zuerkannt. Für die einfache markenrechtliche Lizenz lässt sich keine klare Meinungsführerschaft ausmachen; sie wird sowohl als dingliches als auch als obligatorisches Recht begriffen. Die Lizenz, der kein echtes Immaterialgüterrecht zugrunde liegt, etwa Know-how, wird als obligatorisches Recht eingeordnet. Dies unabhängig davon, ob es sich um eine einfache oder ausschließliche Lizenz handelt. Der einfachen und der ausschließlichen Lizenz an vermögenswerten Positionen des Persönlichkeitsrechts kann auch gegenständliche Wirkung zukommen.

### 4. Dogmatische Konstruktion der Lizenz

#### a) *Geltung des Trennungsprinzips im Immaterialgüterrecht*

Es wurde dargestellt, dass die Lizenz, soweit sie als gegenständliches Recht angesehen wird, einen Fall der konstitutiven Rechtsübertragung darstellt. Die Einräumung einer dinglich wirkenden Lizenz ist eine belastende Verfügung etwa über das Urheberrecht, Patentrecht oder Markenrecht für die neben § 31 UrhG, § 15 PatG und § 30 MarkenG die Vorschriften der §§ 398 ff. BGB gelten.<sup>347</sup> Der Rechtseinräumung durch Verfügung liegt ein Verpflichtungsgeschäft (der Lizenzvertrag) zugrunde, mit welchem der Umfang des Nutzungsrechts/der Lizenz sowie die einzelnen Konditionen festgelegt werden.<sup>348</sup> Auch wenn in der Lizenzvertragspraxis regelmäßig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in einem Vertrag zusammenfallen, ist auch im Immaterialgüterrecht zwischen beiden Geschäften zu

<sup>347</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 600; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 75, 98; *Sosnitzka*, in: FS für *Schricker*, 2005, 183 (189); *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 7; *Wandtke/Grünert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR, 3. Auflage, Vor §§ 31 ff. Rn. 6; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 25; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 15 ff.; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kothoff/Meckel*, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 17; *Lettl*, UrhR, 2008, § 5 Rn. 16; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 35; *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim*, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rn. 1, § 26 Rn. 1 ff.; *Kühnen*, in: *Schulte*, PatG, 8. Auflage, § 15 Rn. 31.

<sup>348</sup> *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 15; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 26 ff.; *Lettl*, UrhR, 2008, § 5 Rn. 16.

trennen, sog. Trennungsprinzip.<sup>349</sup> Die Rechtsänderung, d. h. die Begründung des Nutzungsrechts mit seiner Wirkung auch gegenüber Dritten, wird erst durch das Verfügungsgeschäft bewirkt.<sup>350</sup> Soweit die Lizenz – insbesondere die einfache Lizenz im Patent- und Markenrecht – lediglich als ein obligatorisches Recht begriffen wird, findet keine Rechtsübertragung bzw. Verfügung statt; vielmehr wird der Gebrauch des Rechts nur aufgrund einer schuldrechtlichen Verpflichtung erlaubt.<sup>351</sup>

*b) Geltung des Abstraktionsprinzips im Immaterialgüterrecht*

Im deutschen bürgerlichen Recht gilt zusätzlich zum Trennungsprinzip das Abstraktionsprinzip, d. h. das Verfügungsgeschäft ist in seiner Gültigkeit grundsätzlich von Bestand und Gültigkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts unabhängig.<sup>352</sup> Konsequenz der Anwendung des Abstraktionsprinzips im Immaterialgüterrecht wäre, dass im Fall der Unwirksamkeit oder Beendigung des schuldrechtlichen Nutzungsvertrags (Lizenzvertrag) das eingeräumte Nutzungsrecht/die eingeräumte Lizenz an den Immaterialgütereinhaber gesondert zurückübertragen werden müsste.<sup>353</sup> Die Nichtanwendung des Abstraktionsprinzips und somit die Anwendung des Kausalitätsprinzips hätte zur Folge, dass die Einräumung von Nutzungsrechten/Lizenzen regelmäßig von Bestand und Wirksamkeit des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrages kausal abhängt; mit dem Wegfall des Vertrags erlischt das Nutzungsrecht/die Lizenz automatisch, ohne dass es an den Rechteinhaber zurückübertragen werden müsste.<sup>354</sup>

Die mittlerweile ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur lehnt die Anwendung des Abstraktionsprinzips bei der konstitutiven Einräumung

---

<sup>349</sup> *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 35; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 98; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 8; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 18; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage, § 31 Rn. 16; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 10. Auflage, § 31 Rn. 29; *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, § 26 Rn. 3; *Keukenschrijver*, in: *Busse*, PatG, 6. Auflage, § 15 Rn. 51; *Picot*, Abstraktion und Kausalabhängigkeit im deutschen Immaterialgüterrecht, 2007, S. 53 f.; *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, 2006, S. 207; *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 103 f.

<sup>350</sup> *Loewenheim/J. B. Nordemann*, in: *Loewenheim*, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 26 Rn. 4; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 98.

<sup>351</sup> *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 198; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 55.

<sup>352</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Auflage, § 23 Rn. 78 ff.

<sup>353</sup> *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 30.

<sup>354</sup> *Picot*, Abstraktion und Kausalabhängigkeit im deutschen Immaterialgüterrecht, 2007, S. 138/139; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 30, 32; *Lettl*, UrhR, 2008, § 5 Rn. 16; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 100.

von urheberrechtlichen Nutzungsrechten ab.<sup>355</sup> Das hat zur Folge, dass bei Unwirksamkeit oder Beendigung des Lizenzvertrages ein automatischer Rechterückfall (d. h. ohne gesonderte Rückübertragung) an den Rechteinhaber erfolgt.<sup>356</sup>

Die Nichtgeltung des Abstraktionsprinzips im Urheberrecht wird vor allem auf eine analoge Heranziehung der Regelung des § 9 Abs. 1 VerlG, nach der im Verlagsrecht mit Beendigung des schuldrechtlichen Verlagsvertragsverhältnisses das dingliche Verlagsrecht automatisch erlischt, gestützt.<sup>357</sup> Zudem sind urheberrechtliche Nutzungsrechte – anders als die Sachenrechte – gerade keinem Numerus Clausus unterworfen,<sup>358</sup> so dass sich Inhalt und Umfang des gegenständlichen Nutzungsrechts nur mit Blick auf die der Rechtseinräumung zugrundeliegende Kausalvereinbarung ermitteln lassen.<sup>359</sup> Hier besteht daher eine im Vergleich zum

<sup>355</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 17 ff.) – M2Trade; OLG Karlsruhe, ZUM-RD 2007, 76 (78); OLG Hamburg, GRUR 2002, 335 (336) - Kinderfernseh-Sendereihe; OLG Hamburg, GRUR Int. 1998, 431 (435) - Felikas Bajoras; OLG Brandenburg, NJW-RR 1999, 839 (840) - blauäugig; OLG Köln, GRUR-RR 2007, 33 (34) - Computerprogramm für Reifenhändler; LG Mannheim, CR 2004, 811 (814); LG Köln, ZUM 2006, 149 (152); Krafer, GRUR Int. 1973, 230 (235 ff.); Förkel, Gebundene Rechtsübertragung, 1977, S. 155 ff.; Göting, in: FS für Schrickler, S. 53 (70 ff.); Hertin, UrhR, 2. Auflage, Rn. 349; Schrickler/Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 100; Bullinger/Grünert, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 31 Rn. 6; J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 10. Auflage, § 31 Rn. 32; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 31 Rn. 17; Spantz, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Auflage, § 31 Rn. 14; Pablow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 210; Becke, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, 1961, S. 93; Fischer/Reich, Urhebervertragsrecht, 1993, Rn. 5; Smid/Lieder, DZWIR 2005, 7 (8); Brandi-Dobrn, Der urheberrechtliche Optionsvertrag, 1967, S. 27 ff.; Haberstumpf, in: FS für Hubmann, 1985, S. 127 (137 f.); Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 95 f.; Brauer/Sopp, ZUM 2004, 112 (118); a. A. (Geltung des Abstraktionsprinzips im Urheberrecht): Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 589 f.; Schwarz/Klingner, GRUR 1998, 103 ff.; v. Gamm, UrhG, 1968, Einf. Rn. 70; Nolden, Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr, 2005, S. 202 f.; Wiedemann, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1411 ff.; vermittelnde Ansicht, die von der grundsätzlichen Geltung des Abstraktionsprinzips im Urheberrecht ausgeht, jedoch annimmt, dass die Einräumung des Nutzungsrechts in der Regel unter der auflösenden Bedingung eines wirksamen Verpflichtungsgeschäfts steht: Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, S. 391; Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 8. Auflage, S. 225; Rehbinder, Urheberrecht, 16. Auflage, Rn. 602; gegen pauschale Betrachtungsweise: Srocke, in: GRUR 2008, 867 ff.

<sup>356</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 17 ff.) – M2Trade; Schrickler/Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 100; Pablow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 210.

<sup>357</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 19) – M2Trade; Schrickler/Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 100; Loewenheim/J. B. Nordemann, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 26 Rn. 3; Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 96; Pablow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 208 f.

<sup>358</sup> Nachweise zur Nichtgeltung des numerus clausus im Immaterialgüterrecht unter Fn. 156.

<sup>359</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 19) – M2Trade; Schrickler/Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 100; Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 96; so auch McGuire, GRUR 2012, 657 (664).



Sachenrecht engere Verbindung zwischen Verpflichtung und Verfügung.<sup>360</sup> Die immaterialgüterrechtliche Verfügung gewinnt erst durch den Verpflichtungsvertrag ihre Konturen, da sie anders als im Sachenrecht nicht durch den Numerus Clausus dinglicher Rechte auf bestimmte Gestaltungen festgelegt ist.<sup>361</sup> Für die Nichtgeltung des Abstraktionsprinzips im Urheberrecht wird zudem die Tatsache angeführt, dass § 40 Abs. 3 UrhG ein Durchschlagen des Kausalverhältnisses auf die Verfügung anordnet, und dass dem gesamten Urheberrecht die sog. Zweckübertragungsregel (§ 31 Abs. 5 UrhG) immanent ist.<sup>362</sup> Die Verfügung kann daher nicht gänzlich vom Kausalgeschäft abstrahiert werden. Auch der dem Abstraktionsprinzip zugrundeliegende Gedanke der Rechts- und Verkehrssicherheit kann hier keine Bedeutung beanspruchen, da es hier keinen Gutgläubenschutz gibt.<sup>363</sup>

Im gewerblichen Rechtsschutz gilt nach wohl überwiegender Meinung für das Verhältnis zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft grundsätzlich das Abstraktionsprinzip.<sup>364</sup> Ungeachtet dessen ist jedoch auch hier anerkannt, dass das dem Lizenznehmer eingeräumte Nutzungsrecht mit der Beendigung des Lizenzvertrages an den Lizenzgeber zurückfällt.<sup>365</sup>

Dies folgt bereits aus der positiv-rechtlichen Anordnung, dass der vertragsüberschreitende Gebrauch stets eine Schutzrechtsverletzung darstellt (vgl. § 30 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, § 31 Abs. 2 Nr. 1 GeschmMG, § 22 Abs. 2 Satz 2 GebRMG).<sup>366</sup> Die Überschreitung der Dauer des Lizenzvertrages stellt auch solch eine Vertragsüberschreitung dar.<sup>367</sup>

### *c) Zwischenfazit zur dogmatischen Konstruktion der Lizenz*

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass ein dinglich eingeräumtes Nutzungsrecht bei Beendigung des Lizenzvertrages automatisch, d. h. ohne gesonderte Rechtsübertragung, an den Lizenzgeber zurückfällt.

---

<sup>360</sup> Loewenheim/J. B. Nordemann, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 26 Rn. 3.

<sup>361</sup> Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 96; Schricker/Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 100.

<sup>362</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 19) – M2Trade; Schricker/Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 Rn. 100; J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 32; Loewenheim/J. B. Nordemann, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 26 Rn. 3.

<sup>363</sup> Schricker/Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 Rn. 100; Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003, S. 96.

<sup>364</sup> Ullmann, in: Benkard, PatG, 9. Auflage, § 15 Rn. 8; Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, § 26 Rn. 3; Hiestand, Die Anknüpfung internationaler Lizenzverträge, 1993, S. 108; Fezer, Markenrecht, 4. Auflage, § 27 Rn. 23; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Auflage, § 27 Rn. 6; Picot, Abstraktion und Kausalabhängigkeit im deutschen Immaterialgüterrecht, 2007, S. 176.

<sup>365</sup> Ullmann, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 203 f.; Osterrieth, Patentrecht, 4. Auflage, Rn. 404; Ströbele, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 72; Fezer, Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 50 f.; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Auflage, § 30 Rn. 33.

<sup>366</sup> McGuire, GRUR 2009, 13 (16).

<sup>367</sup> § 30 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, § 31 Abs. 2 Nr. 1 GeschmMG.

## II. Der Lizenzvertrag

### 1. Begriff

Während die Lizenz als positive Benutzungsberechtigung an Immaterialgütern ohne Übertragung der Vollrechtsinhaberschaft zu definieren ist, dient der Lizenzvertrag der Begründung einer solchen Benutzungsberechtigung. Kennzeichnend für alle Lizenzverträge ist daher zunächst, dass sich der Lizenzgeber im Lizenzvertrag verpflichtet, dem Lizenznehmer lediglich den Gebrauch bzw. die Nutzung eines nichtkörperlichen, geistigen Gutes zu gewähren, und die erforderlichen Rechte hierzu einzuräumen, ohne jedoch das Immaterialgut selbst zu übertragen.<sup>368</sup> Der Lizenzgeber will mit Hilfe des Lizenzvertrags sein Immaterialgut so gut wie möglich verwerten, ohne die Herrschaft darüber aufzugeben.<sup>369</sup> Der Lizenznehmer will an der Verwertung des Immaterialguts teilhaben, ohne die oft immensen Kosten etwa für die Forschung und Entwicklung neuer Ideen aufbringen zu müssen.<sup>370</sup> Der Lizenzvertrag ist ein obligatorischer Vertrag.<sup>371</sup> Soweit er die Zahlung eines Entgeltes (Lizenzgebühr) vorsieht, ist er ein gegenseitiger Vertrag.<sup>372</sup>

### 2. Der Lizenzvertrag nach wie vor als Dauerschuldverhältnis

Ein Lizenzvertrag begründet *kein Austauschverhältnis*, sondern ein auf eine vereinbarte Zeit oder auf die Dauer des lizenzierten Immaterialguts angelegtes *Dauerschuldverhältnis*.<sup>373</sup> Ein Dauerschuldverhältnis ist ein Schuldverhältnis, das sich nicht

<sup>368</sup> *Marby*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 703; *Beck*, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, 1961, S. 19.

<sup>369</sup> Ausführlich zu den Funktionen des Lizenzvertrags: *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 213 ff.

<sup>370</sup> *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 222.

<sup>371</sup> *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 34; *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 10; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 30; a. A.: *Heydn*, CR 2010, 765 (775), der nur das Verfügungsgeschäft „Rechtseinräumung“ als Lizenzvertrag ansieht.

<sup>372</sup> *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 II (S. 12); *Grützmacher*, CR 2006, 289 (289); *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (327); *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 37; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 256; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 42.

<sup>373</sup> H. M.: *BGHZ* 180, 344 (Rn. 20) – Reifen Progressiv; *BGH*, CR 2006, 151 (152) – Softwarenutzungsrecht; *BGH*, GRUR 1997, 610 (611) – Tinnitus-Masker; *BGH*, GRUR 1982, 481 (483) – Hartmetallkopfböhrer; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 20; *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 88, 219; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 38; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 256; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 54; *Fezer*,

in einmaligen Erfüllungshandlungen erschöpft, sondern eine Verpflichtung zu einem fortlaufenden Tun, Unterlassen oder Verhalten begründet.<sup>374</sup> Der Lizenzvertrag ist als Dauerschuldverhältnis einzuordnen, da mit ihm über die einmalige Lizenzeinräumung hinaus andauernde Pflichten des Lizenzgebers und des Lizenznehmers begründet werden.<sup>375</sup> Lizenzvertragstypische Hauptdauerpflichtungen des Lizenzgebers werden etwa in der ständig bestehenden Verpflichtung zur Nutzungsrechtseinräumung<sup>376</sup> und in der Verpflichtung zur Nutzungsrechtsbelassung sowie Nutzungsrechterhaltung gesehen.<sup>377</sup> Lizenzvertragstypische Hauptdauerpflichtungen des Lizenznehmers sind insbesondere die Zahlung der Lizenzgebühren pro rata. Auch eine den Lizenznehmer treffende Lizenzausübungspflicht hat fortlaufenden Charakter.<sup>378</sup>

Die Einordnung des Lizenzvertrags als Dauerschuldverhältnis könnte durch das Urteil des BGH vom 26.03.2009 – *Reifen Progressiv*<sup>379</sup> ins Wanken geraten sein. Nachdem der BGH im Urteil festgestellt hat, dass das einfache urheberrechtliche Nutzungsrecht dinglichen Charakter hat, führt er unter Rn. 20 der Entscheidung weiter aus: „Der Lizenzgeber muss dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht dabei nicht während der Dauer des Lizenzverhältnisses fortwährend in seinem Bestand vermitteln.“ Diese Aussage könnte gegen die Annahme einer Dauerleistungspflicht des Lizenzgebers zumindest bei einer dinglichen Lizenz sprechen. Zumindest wirft diese kurze Äußerung des BGH die Frage auf, ob er mit dem – von ihm selbst in ständiger

---

Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 42; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 30; *Slopek*, WRP 2010, 616 (617); *Wündisch*, GRUR Int. 2010, 641 (646); *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732 (738); *Brandt*, NZI 2001, 337 (339 f.); *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (327); *McGuire*, GRUR 2009, 13 (20); *Scherenberg*, Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 44.

<sup>374</sup> *Gaier*, in: MünchKomm, BGB, 5. Auflage, § 314 Rn. 5.

<sup>375</sup> Im Einzelnen zu den Dauerleistungsverpflichtungen im Lizenzvertrag: Pkt. 2. Teil II. 2.

<sup>376</sup> *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732 (738); *Slopek*, WRP 2010, 616 (617); wohl auch: *Nordemann*, GRUR 1970, 174 (175): „fortlaufende Verpflichtung des Lizenzgebers, das Nutzungsrecht fortlaufend zur Verfügung zu stellen.“; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7 (13); *Brauer/Sopp*, ZUM 2004, 112 (119); a. A.: die Lizenzeinräumung ist ein einmaliger Einräumungsakt: *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830 (834); *Kellenter*, in: FS für Tillmann, 2003, S. 807 (818).

<sup>377</sup> *Abel*, NZI 2003, 121 (124); *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 30; v. *Hartlieb*, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Auflage, 112. Kap. Rn. 1; v. *Frentz/Marrder*, ZUM 2001, 761 (769); *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7 (13); *Scherenberg*, Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 39.

<sup>378</sup> Umstritten und unklar ist aber, wann eine Ausübungspflicht ohne vertragliche Vereinbarung angenommen werden kann, vgl. bei der ausschließlichen Lizenz: *BGH NJW-RR* 2000, 44 (45); allgemein: *Bartenbach*, Patentreiz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 1895 ff.; *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (333 f.); *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 6 C II 1 (S. 507 ff.); *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Auflage, § 30 Rn. 70; *Ströbele*, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 54; *Lüdecke*, GRUR 1952, 211 (213); *Schade*, Die Ausübungspflicht bei Lizenzen, 1967, S. 31 ff.

<sup>379</sup> *BGHZ* 180, 344 ff. – *Reifen Progressiv*.

Rechtsprechung<sup>380</sup> vertretenen – althergebrachten Grundsatz des Lizenzrechts, dass der Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt – brechen wollte. Im Ergebnis wird diese Frage in der jüngsten Literatur überwiegend verneint.<sup>381</sup> Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht zunächst der Umstand, dass es kaum vollstellbar ist, dass der BGH mit einem Satz – also ohne Begründung – von der seit langem in ständiger Rechtsprechung vertretenen Einordnung des Lizenzvertrags als Dauerschuldverhältnis Abstand nehmen, mithin seine Rechtsprechung ändern wollte.<sup>382</sup> Zudem muss die soeben zitierte Textpassage im Gesamtkontext der Urteilsbegründung betrachtet werden, wo es ausdrücklich heißt: „*Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nicht übersehen, dass im Streitfall die Nutzungsrechtsüberlassung Dauerleistungscharakter hat (...)*.“ Darüber hinaus besteht in der Aussage des BGH, dass der Lizenzgeber während der Dauer des Lizenzverhältnisses dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht nicht fortwährend in seinem Bestand vermitteln muss – die Lizenzeinräumung mithin ein einmaliger Einräumungsakt ist – kein Widerspruch zur gleichzeitigen Einordnung des Lizenzvertrags als Dauerschuldverhältnis.<sup>383</sup> Trotz Annahme eines einmaligen Lizenzeinräumungsaktes – vergleichbar mit der einmaligen Besitzüberlassung im Mietrecht<sup>384</sup> – bestehen gleichwohl nach der Lizenzeinräumung noch vertragliche Dauerverpflichtungen, etwa die Dauerverpflichtung zur Nutzungsrechtsbelassung und Nutzungsrechtserhaltung<sup>385</sup> sowie die allgemeine Dauerverpflichtung zur tatsächlichen Sicherstellung der Nutzungsmöglichkeit an der eingeräumten Lizenz.<sup>386</sup>

Damit kann festgehalten werden, dass der Lizenzvertrag auch nach der Entscheidung des BGH vom 26.03.2009 – *Reifen Progressiv*<sup>387</sup> als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist.

---

<sup>380</sup> BGH, CR 2006, 151 (152) – Softwarenutzungsrecht; BGH, GRUR 1997, 610 (611) – Tinnitus-Masker; BGH, GRUR 1982, 481 (483) – Hartmetallkopfböhrer.

<sup>381</sup> Dieselhorst, CR 2010, 69 (73); Slopek, WRP 2010, 616 (617); wohl a. A.: Scholz, GRUR 2009, 1107 (1111).

<sup>382</sup> So auch: Dieselhorst, CR 2010, 69 (73); Slopek, WRP 2010, 616 (617).

<sup>383</sup> So auch: Dieselhorst, CR 2010, 69 (74).

<sup>384</sup> Diesen Vergleich führt Dieselhorst, CR 2010, 69 (74) an.

<sup>385</sup> Abel, NZI 2003, 121 (124); Wiedemann, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 30; v. Hartlieb, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 3. Auflage, 112. Kap. Rn. 1; Frentz/Marrder, ZUM 2001, 761 (769); Smid/Lieder, DZWIR 2005, 7 (13).

<sup>386</sup> Dieselhorst, CR 2010, 69 (74).

<sup>387</sup> BGHZ 180, 344 ff.; = BGH, K&R 2009, 712 ff. = CR 2009, 767 ff.

### 3. Der Lizenzvertrag als Risikogeschäft?

Zum Teil wird der Lizenzvertrag generell als wirtschaftliches Risikogeschäft angesehen; mit seinem Abschluss sei immer ein gewisses „Wagnis“ verbunden.<sup>388</sup> Der Wagnischarakter ergebe sich auf Seiten des Lizenznehmers insbesondere daraus, dass die wirtschaftliche Verwertbarkeit und der Bestand des Immaterialguts im Voraus oft nicht mit Sicherheit abgeschätzt werden kann.<sup>389</sup> Der Lizenzgeber kann sich über die in die Leistungen und Fähigkeiten des Lizenznehmers gesetzten Erwartungen täuschen.<sup>390</sup> Zudem wird der Lizenzvertrag als gewagt angesehen, weil er häufig Grundlage von sehr weitragenden wirtschaftlichen Entscheidungen des Lizenznehmers ist und stark in die Zukunft hineinwirkt.<sup>391</sup> Den Lizenzvertrag generell als wirtschaftliches Risikogeschäft anzusehen, wird jedoch zu Recht bestritten.<sup>392</sup> Ein wirtschaftlicher Risikocharakter kommt nämlich nicht jedem Lizenzvertrag gleichermaßen zu. Es bestehen diesbezüglich vielmehr graduelle Unterschiede zwischen der ausschließlichen Lizenz und der einfachen Lizenz.<sup>393</sup> Da ausschließliche Lizenzen vor allem in Fällen vergeben werden, in denen der Lizenznehmer ein neues Produkt in den Markt einführt, sind jene oft Risikogeschäfte.<sup>394</sup> Neben den hohen Investitionskosten, die hier zu tätigen sind, kann auch die wirtschaftliche Verwertbarkeit nicht mit Sicherheit abgeschätzt werden.<sup>395</sup> Betrachtet man hingegen die einfache Lizenz, deren Hauptmerkmal es ist, an mehrere vergeben zu werden, wird der Lizenznehmer aufgrund der vorhandenen Konkurrenten hierauf regelmäßig nicht die Einführung eines neuen Produkts stützen, mithin auch keine erheblichen finanziellen Aufwendungen tätigen. Die einfache Lizenz wird vielmehr oft für den eigenen inneren Produktionsvorgang, als Ausgangsposition für die eigene Forschung oder dergleichen benötigt.<sup>396</sup> Festgehalten werden kann somit, dass es keine unabdingbare Voraussetzung für die Einord-

---

<sup>388</sup> *BGH*, GRUR 1982, 481 (483) – Hartmetallkopfböhrer; *BGH*, GRUR 1961, 27 (28 f.) – Holzbausträger; *BGH*, GRUR 1961, 466 (468) – Gewindelrollkopf; *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 13; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 158; *Keukenschrijver*, in: Busse, PatG, 6. Auflage, § 15 Rn. 54; *Bartenbach*, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, 7. Auflage, Rn. 25 f.; *Jestaedt*, *Patentrecht*, ein fallbezogenes Lehrbuch, 2005, Rn. 1024; *McGuire*, GRUR 2009, 13 (20); *Reimer*, in: Reimer, PatG und GebrMG, 3. Auflage, § 9 Rn. 3, 5; *Tetzner*, *Das materielle Patentrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 1972, § 9 Rn. 17.

<sup>389</sup> *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 13; *Jestaedt*, *Patentrecht*, ein fallbezogenes Lehrbuch, 2005, Rn. 1024; *Bartenbach*, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, 7. Auflage, Rn. 27.

<sup>390</sup> *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 13.

<sup>391</sup> *BGH*, GRUR 1961, 27 (28 f.) – Holzbausträger; *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225 (226).

<sup>392</sup> *Pablow*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 223, 267; *Nirk*, GRUR 1970, 329 (333); *Schwerdtner*, GRUR 1968, 9 (22).

<sup>393</sup> So auch: *Pablow*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 223.

<sup>394</sup> *Pablow*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 224.

<sup>395</sup> *Keukenschrijver*, in: Busse, PatG, 6. Auflage, § 15 Rn. 54; *Ullrich*, GRUR Int. 1984, 89 (95).

<sup>396</sup> *Pablow*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006, S. 224.

nung eines Vertrags als Lizenzvertrag ist, dass dieser ein Risikogeschäft darstellt; auch wenn dies oft der Fall sein wird.

#### 4. Der Lizenzvertrag – ein eigenständiger Vertragstyp oder nur ein Hinweis auf den Vertragsgegenstand?

Die vorstehenden Ausführungen beschreiben den Lizenzvertrag als einen – wenn auch nicht gesetzlich geregelten – eigenständigen modernen Vertragstyp. Dieser eigenständige Vertragstyp wird dadurch charakterisiert, dass es sich bei ihm um *Dauerschuldverhältnis* handelt, bei dem der Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers, die in der *zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassung des Immaterialguts* besteht, die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Zahlung eines für bestimmte Zeitperioden zu entrichtendes Entgelt gegenüber steht.<sup>397</sup> Als typische Nebenpflichten eines Lizenzvertrags bestehen auf Seiten des Lizenzgebers die Pflicht zur Aufrechterhaltung des Schutzrechts<sup>398</sup> und die Pflicht zu dessen Verteidigung gegen Angriffe Dritter im Sinne von Nichtigkeits- oder Löschungsklagen.<sup>399</sup> Den Lizenznehmer treffen als typische Nebenpflichten die Rechnungslegungspflicht<sup>400</sup> und gegebenenfalls eine Ausübungspflicht.<sup>401</sup>

Dieses Verständnis des Lizenzvertrags als einen eigenständigen modernen Vertragstypen mit den aufgezeigten Merkmalen hat sich jedoch bislang nicht durchgesetzt. Vielmehr werden – insbesondere im Softwarebereich – mit dem Begriff Lizenzvertrag sämtliche Verträge, bei denen einem Vertragspartner ein Nutzungsrecht an einem Immaterialgut gewährt wird, als Lizenzvertrag bezeichnet, ohne dass mit dieser Kategorisierung eine Festlegung auf einen bestimmten

<sup>397</sup> So auch: BGH, GRUR 1982, 481 (483); McGuire, GRUR 2009, 13 (20); Weber/Hötzel, NZI 2011, 432 (433).

<sup>398</sup> Bartenbach, Patentrecht, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 1368 f.; Kraßer/Schmid, GRUR Int. 1982, 324 (330); Pablow, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 416 f.; Osterrieth, Patentrecht, 4. Auflage, Rn. 367; wobei jedoch beim ausschließlichen Lizenzvertrag zum Teil vertreten wird, dass hier der Lizenznehmer zur Tragung der Schutzrechtsgebühren verpflichtet sei, so: Henn, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 327; Nirk, in: Klauer/Möhring, PatG, Band 1, 4. Auflage, § 9 Rn. 79.

<sup>399</sup> Bartenbach, Patentrecht, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 1385; Ullmann, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 152; McGuire, GRUR 2009, 13 (20); hierzu zählt jedoch nicht die Pflicht, Verletzungen des lizenzierten Schutzrechts durch Dritte zu verfolgen.

<sup>400</sup> Bartenbach, Patentrecht, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 1842 ff.; Kenkenschrijver, in: Busse, PatG, 6. Auflage, § 15 Rn. 125; Hily, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 6 C I 2 (S. 504 f.); Ströbele, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 53.

<sup>401</sup> Umstritten und unklar ist aber, wann eine Ausübungspflicht ohne vertragliche Vereinbarung angenommen werden kann, vgl. bei der ausschließlichen Lizenz: BGH NJW-RR 2000, 44 (45); allgemein: Bartenbach, Patentrecht, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 1895 ff.; Kraßer/Schmid, GRUR Int. 1982, 324 (333 f.); Hily, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 6 C II 1 (S. 507 ff.); Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 30 Rn. 70; Ströbele, MarkenG, 10. Auflage, § 30 Rn. 54; Lüdecke, GRUR 1952, 211 (213); Schade, Die Ausübungspflicht bei Lizenzen, 1967, S. 31 ff.

Vertragstypus erfolgt;<sup>402</sup> geschweige denn, dass die aufgezeigten Merkmale vorliegen. Die Bezeichnung sämtlicher Softwareüberlassungsverträge als „Lizenzverträge“ – gleich, ob es sich um den dauerhaften Erwerb von Standardsoftware ohne Verwertungs- und Weiterentwicklungsmöglichkeit, um die dauerhafte Softwareüberlassung mit Verwertungs- und Weiterentwicklungsmöglichkeit oder um die zeitlich beschränkte Softwarenutzung handelt<sup>403</sup> – gründet auf der Annahme, dass bei allen drei Konstellationen angeblich zwangsläufig die vertragliche Einräumung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten nötig wäre,<sup>404</sup> und somit ein lizenzvertragstypisches Element vorhanden ist. Anerkannt ist jedoch, zum einen, dass sich bei Softwarelizenzverträgen in diesem weiten Sinn immer die Notwendigkeit stellt, den konkreten „Lizenzvertrag“ in die Vertragstypik des BGB (Kaufvertrag, Mietvertrag, Pachtvertrag, Werkvertrag etc.) einzuordnen.<sup>405</sup> So werden Softwareüberlassungsverträge, die eine dauerhafte, zeitlich unbefristete Nutzung gewähren und bei denen die Bezahlung im Wege einer Einmalzahlung erfolgt von der Rechtsprechung und herrschenden Meinung in der Literatur als Kaufverträge angesehen.<sup>406</sup> Softwareüberlassungsverträge, die nur eine zeitlich befristete Nutzung einräumen und/oder bei denen eine ratenweise Bezahlung der Gebühren vereinbart ist, werden hingegen nach Mietvertrags- oder Pachtvertragsrecht beurteilt.<sup>407</sup> Zum anderen überzeugt die Argumentation, dass bei jedem Softwareüberlassungsvertrag bzw. „Softwarelizenzvertrag“ die Notwendigkeit der Einräumung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten besteht, nicht. Soweit bei einem Softwareüberlassungsvertrag keine über die gesetzlichen Nutzungsbefugnisse nach § 69d UrhG hinausgehenden Rechte gewährt werden, bedarf es keiner vertraglichen Einräu-

---

<sup>402</sup> So: *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1120; *Heussen*, GRUR 1987, 779 (789); *Bartsch*, CR 1992, 393 (394); *Brandt*, NZI 2001 337 (338); *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 702 ff.; *Hilty*, MMR 2003, 3 (9 ff.); *Wallner*, ZIP 2004, 2073 (2074); *Redeker*, IT-Recht, 5. Auflage, Rn. 524.

<sup>403</sup> Zu den unterschiedlichen Konstellationen der Softwareüberlassung: *McGuire*, GRUR 2009, 13 (19).

<sup>404</sup> So z. B. *Pres*, CR 1994, 520 (521 f.); *Heussen*, GRUR 1987, 779 (780); *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1088 ff.

<sup>405</sup> *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 702 ff.; *Pres*, CR 1994, 520 (522); *Grützmacher*, CR 2006, 289 (290); *Bartsch*, CR 1992, 393 (394); *Straßer/Feyock*, in: Hasselblatt (Hrsg.), MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 2012, § 49 Rn. 85 ff.; *Lehmann*, NJW 1993, 1822 (1825); *Schneider*, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, 1988, S. 71 ff.; *Brandt*, NZI 2001, 337 (338 f.).

<sup>406</sup> *BGH*, NJW 2007, 2394 (2395 Rn. 15); *BGHZ* 143, 307 (309); *BGH*, NJW 1988, 406 (408); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (661 f.); *ders.* GRUR 2009, 13 (20 f.); *Weber/Hötzl*, NZI 2011, 432 (434); *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 701 ff.; *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361 (361, 364); *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 (84 ff.).

<sup>407</sup> *BGH*, NJW 2007, 2394 (2395 Rn. 11 ff.); *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 752 ff.; *Ullrich* in *Ullrich/Lejeune*, Der internationale Softwarevertrag nach deutschem und ausländischem Recht, 2. Auflage, 2006, S. 213; *Goldmann/Redecke*, MMR 2002, 3 (Fn. 5); *Scholz/Haines*, CR 2003, 393 (394); *König*, NJW 1990, 1584 (1584).

mung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten an der Software.<sup>408</sup> Die urheberrechtlichen Nutzungsrechte bestehen in solch einem Fall auch ohne Lizenzvertrag, nämlich kraft der gesetzlichen Lizenz gemäß § 69d UrhG.

Festzuhalten bleibt, dass auch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht<sup>409</sup> und die Sonderschutzgesetze<sup>410</sup>, wo der Begriff des Lizenzvertrags im Sinne eines eigenständigen modernen Vertragstypus verwendet wird, die besseren Gründe dafür sprechen, den Begriff des Lizenzvertrages nur dann zu verwenden, wenn der betreffende Vertrag die lizenztypischen Merkmale aufweist; es sich mithin um einen eigenständigen Vertragstyp handelt.<sup>411</sup>

Soweit im Folgenden der Begriff des Lizenzvertrags im Sinne eines eigenständigen Vertrages verwendet wird, wird vom Lizenzvertrag im „engeren Sinne“ gesprochen. Wird der Begriff des Lizenzvertrags als bloßer Hinweis auf den Vertragsgegenstand (Einräumung eines Nutzungsrechts an einem Immaterialgut) und nicht als Kennzeichnung eines eigenständigen Vertragstypus verwendet, wird vom Lizenzvertrag „im weiteren Sinne“ gesprochen.

Zudem sei an dieser Stelle – entsprechend der Ausführungen zum Begriff der Lizenz<sup>412</sup> – darauf hingewiesen, dass außerhalb des Softwarebereichs der Terminus „Lizenzvertrag“ zum Teil restriktiver verwendet wird: Während im gewerblichen Rechtsschutz (PatG, MarkenG, GebrMG, GeschmMG) durch die Verwendung des Begriffs „Lizenzvertrag“ das Einräumen von Nutzungsrechten durch den Schutzrechtsinhaber oder den Inhaber einer ausschließlichen Lizenz gemeint ist, wird im Urheberrecht von Einigen lediglich die Vergabe von Nutzungsrechten an einen Dritten durch einen ausschließlichen Nutzungsberechtigten, der gerade nicht Inhaber des Urheberrechts ist, als Lizenzvertrag qualifiziert.<sup>413</sup> Die Einräumung von Nutzungsrechten durch den Urheberrechtsinhaber erfolgt hiernach im Rahmen eines urheberrechtlichen Nutzungsvertrags.<sup>414</sup> Da jedoch allgemein anerkannt ist, dass es sich bei der Einräumung von Nutzungsrechten gemäß §§ 31 ff. UrhG *inhaltlich* um die Gewährung von Lizenzen handelt,<sup>415</sup> ist der urheberrechtli-

<sup>408</sup> So auch: *McGuire*, GRUR 2012, 657 (662); *ders.* GRUR 2009, 13 (20 f.); *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (433); *Marby*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 712.

<sup>409</sup> Art. 22 GMV; Art. 16 GGMV; Art. 7 RL 96/9/EG; Art. 4 RL 2004/48/EG; Art. 1b TechnologietransferVO.

<sup>410</sup> Etwa: § 15 PatG; § 30 MarkenG.

<sup>411</sup> So schon *Knap*, GRUR Int. 1973, 226 (227), der für einen Lizenzvertrag als einen besonderen, selbständigen Vertrag plädiert; vgl. auch: *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 2 B II 2 (S. 157); *Eichmann*, in: *Eichmann/von Falckenstein*, GeschmMG, 4. Auflage, § 31 Rn. 3.

<sup>412</sup> Hierzu: 2. Teil I. 1.

<sup>413</sup> *Schricker*, Verlagsrecht, 3. Auflage, § 28 Rn. 22; *Emptying*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 161; *Delph*, Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft, 2. Auflage, Rn. 225.

<sup>414</sup> *Emptying*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 161.

<sup>415</sup> *BGH*, GRUR 1989, 68 (70) – Präsentbücher; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, 10. Auflage, § 31 Rn. 25; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 189 ff.



che Nutzungsvertrag dem Lizenzvertrag gleichzusetzen.<sup>416</sup> Andere verwenden die Bezeichnung Lizenzvertrag für die Einräumung von Nutzungsrechten sowohl an sämtlichen Urheberrechten<sup>417</sup> als auch an gewerblichen Schutzrechten.<sup>418</sup> Die Einräumung von Nutzungsrechten an Know-how begreift die überwiegende Ansicht als Lizenzierung und damit als Lizenzvertrag.<sup>419</sup> Demgegenüber gibt es jedoch auch hier Stimmen, die die Vergabe von Know-how nicht unter den Lizenzvertrag einordnen, sondern unter einen hiervon zu unterscheidenden Know-how-Vertrag, da nach dieser Ansicht der ein Lizenzvertrag zwingend ein Urheberrecht oder ein gewerbliches Schutzrecht zum Gegenstand haben muss.<sup>420</sup>

### III. Die wichtigsten Ergebnisse zur Lizenz und zum Lizenzvertrag

- Der Lizenzbegriff umfasst – soweit ein positives Nutzungsrecht eingeräumt wird – jedes anerkannte wirtschaftlich nutzbare immaterielle Gut.
- Die ausschließliche Lizenz, der ein Immaterialgüterrecht zugrunde liegt, hat beschränkt dinglichen Charakter.
- Die einfache urheberrechtliche Lizenz hat beschränkt dinglichen Charakter.
- Der Begriff des Lizenzvertrages sollte nur für solche Verträge gebraucht werden, die in der Regel für eine bestimmte Zeit gegen die Zahlung einer pro rata temporis Vergütung einem anderen die Nutzung eines immateriellen Rechts erlauben.

---

<sup>416</sup> A. A.: *Emptying*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 165.

<sup>417</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 603.

<sup>418</sup> *Gitter*, Hdb. des Schuldrechts, Band 7, Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, S. 442 f.

<sup>419</sup> *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 88.

<sup>420</sup> *Gitter*, Hdb. des Schuldrecht, Band 7, Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, S. 442 f.



### 3. Teil: Insolvenzrechtliche Grundlagen

Als *Insolvenzrecht* wird die Summe aller Rechtsregeln bezeichnet, die in amtlichen, staatlich geordneten Verfahren für die Abwicklung der Vermögens- und Haftungsverhältnisse beim wirtschaftlichen Zusammenbruch eines Schuldners gelten.<sup>421</sup> Die zentrale Rechtsquelle des Insolvenzrechts ist seit dem 01.01.1999 die Insolvenzordnung.<sup>422</sup> Sie löste das bis dahin geltende Insolvenzrecht<sup>423</sup> ab und gilt für alle Insolvenzverfahren, deren Eröffnung nach dem 31.12.1998 beantragt wurde. Spezielle insolvenzrechtliche Vorschriften sind in zahlreichen weiteren Gesetzen zu allen Rechtsgebieten enthalten.<sup>424</sup>

Das staatlich geordnete, gerichtliche Verfahren für die Abwicklung der Vermögens- und Haftungsverhältnisse beim wirtschaftlichen Zusammenbruch eines Schuldners wird als *Insolvenzverfahren* bezeichnet, dessen Ziele, Arten, Voraussetzungen, Ablauf, Beendigung, Folgen etc. in der Insolvenzordnung geregelt sind.<sup>425</sup>

---

<sup>421</sup> Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, 6 ff.

<sup>422</sup> Vom 05.10.1994, BGBl I, 2866.

<sup>423</sup> In den alten Bundesländern galt die Konkursordnung von 1877 und die Vergleichsordnung von 1935; in den neuen Bundesländern galt die Gesamtvollstreckungsordnung von 1990.

<sup>424</sup> Etwa: § 36 VerlG; §§ 42 Abs. 1 Satz 1, 86 BGB; § 13 Satz 2 VVG i. V. m. §§ 77 Abs. 3, 79 VAG, § 14 Abs. 1 VVG.

<sup>425</sup> *Pape*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 1 Rn. 2.

## I. Ziele und Grundprinzipien des Insolvenzverfahrens

Rechtsprechung zur Thematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen und eine etwaige diesbezüglich Gesetzesreform müssen grundsätzlich mit den Zielen und Grundprinzipien der Insolvenzordnung im Einklang stehen. Im Folgenden werden daher die – für die vorliegende Thematik einschlägigen – Ziele und Prinzipien der Insolvenzordnung dargestellt.

### 1. Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckung

Man spricht von der Insolvenz eines Schuldners, wenn sein Vermögen nicht mehr ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen.<sup>426</sup> Deshalb dient das Insolvenzverfahren nach § 1 S. 1 InsO dazu, „die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.“ Ziel eines Insolvenzverfahrens ist danach die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger eines Schuldners. Dadurch unterscheidet sich das Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckung von der Einzelzwangsvollstreckung.<sup>427</sup> Bei dieser greifen einzelne Gläubiger – jeder für sich – auf einzelne Vermögensgegenstände zu.

### 2. Gleichmäßige Gläubigerbefriedigung – sog. Gleichbehandlungsgrundsatz

Das Prinzip der Gesamtvollstreckung während des laufenden Insolvenzverfahrens wird durch den „Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung“, der die Leitidee des Insolvenzrechts bzw. das Fundamentalprinzip des Insolvenzverfahrens darstellt, ergänzt.<sup>428</sup> Dies drückt § 1 S. 1 InsO mit den Worten „gemeinschaftliche Befriedigung“ aus. In Rechtsprechung<sup>429</sup> und Literatur<sup>430</sup> findet man dafür stets den Ausdruck *par conditio creditorum*.<sup>431</sup> Auf den ersten Blick verlangt die *par conditio creditorum* die proportionale Verlustgemeinschaft aller Gläubiger und wendet sich damit gegen jedwede Privilegierung.<sup>432</sup> Von diesem Gedanken des sog. „klassenlosen Konkurses“ war insbesondere die in den achtziger Jahren erarbeitete Insolvenzrechtsreform, die schließlich zum 01.01.1999 zur Ablösung der Konkursordnung

<sup>426</sup> Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, Rn. 1.

<sup>427</sup> Wie Fn. 426.

<sup>428</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 5. Auflage, Rn. 8; Prütting, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, 2009, Kapitel 1 Rn. 61.

<sup>429</sup> Etwa: BGH, NJW 2006, 2619 (2620).

<sup>430</sup> Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Auflage, Kapitel 12 Rn. 10; Becker, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 210.

<sup>431</sup> Auf Deutsch: „die gleiche Lage der Gläubiger“.

<sup>432</sup> Stürmer, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, Einleitung, Rn. 62.

fürte, geprägt.<sup>433</sup> Da die vom Bundesministerium im Jahre 1978 eingesetzte Kommission für Insolvenzrecht eine wesentliche Ursache für das „Scheitern der Konkursordnung“ („Konkurs des Konkurses“<sup>434</sup>) in den vielfältigen traditionellen Konkursvorrechten und Sicherungsprivilegien sah, wollte man sämtliche Konkursvorrechte abschaffen und damit keine Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz zulassen.<sup>435</sup> Demgegenüber kennt die Insolvenzordnung aber verschiedene Gläubigergruppen: Insolvenzgläubiger mit anteiligem Befriedigungsrecht; nachrangige Insolvenzgläubiger, die praktisch nie Befriedigung erlangen; aussonderungsberechtigte Gläubiger mit voller gegenständlicher Privilegierung; absonderungsberechtigte Gläubiger mit forderungsmäßiger Privilegierung; Massegläubiger mit Vorrang vor Insolvenzgläubigern, vgl. §§ 38 ff. InsO. Auch die Aufrechnung (§§ 94 ff. InsO) führt zu einer Privilegierung, letztlich auch die Vertragsfortführung in all ihren besonderen Formen (§§ 103 ff. InsO).<sup>436</sup> Neuere Reformen, die aufgrund EG-Richtlinien<sup>437</sup> durchgeführt werden mussten, haben vor allem für Bank-, Zahlungs- und Abrechnungssysteme und ihre Sicherheiten weitreichende Ausnahmen vom Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz geschaffen.<sup>438</sup> In der Einordnung der Sozialplanansprüche als Masseverbindlichkeit (§§ 123 ff. InsO) liegt eine weitere Bevorzugung. Hinzu treten Privilegierungen von Gläubigergruppen in Sondergesetzen durch Sondermassenbildung<sup>439</sup> und Vorrangigkeit<sup>440</sup>. Zudem ist seit 01.01.2008 die Vorschrift des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV in Kraft, mit der der Gesetzgeber beabsichtigte, Sozialversicherungsträger im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers bezüglich der Anfechtung der gezahlten Arbeitnehmeranteile besser zu stellen.<sup>441</sup>

Auf weitere Grundsätze des Insolvenzverfahrens soll hier nicht weiter eingegangen werden.<sup>442</sup>

<sup>433</sup> Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Auflage, Kap. 8 Rn. 3; Stürmer, NZI 2005, 597 (597).

<sup>434</sup> Hefermehl, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 208 Rn. 3.

<sup>435</sup> Erster und Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985 und 1986, jeweils herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz.

<sup>436</sup> Stürmer, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, Einleitung, Rn. 62.

<sup>437</sup> z. B. die EG-Finalitätsrichtlinie.

<sup>438</sup> §§ 96 Abs. 2, 130 Abs. 1 Satz 2, 147 Satz 2, 166 Abs. 3 InsO.

<sup>439</sup> Hierzu: Stürmer, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, Einleitung, Rn. 24a.

<sup>440</sup> §§ 29 ff. PfandbriefG, § 77a VAG, § 32 DepotG, hierzu: Stürmer, NZI 2005, 597 (597).

<sup>441</sup> Jedoch: BGH, NZI 2009, 886 (887 f. Rn. 13 ff.), wo der BGH entschieden hat, dass trotz der Vorschrift des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV die Zahlung der Arbeitnehmeranteile zu den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen als Rechtshandlung des Arbeitgebers im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen als mittelbare Zuwendung an die Einzugsstellen angefochten werden kann, mithin sich aus der vom Gesetzgeber gewählten gesetzlichen Fiktion nicht die Rechtsfolge ergibt, auf die es der Gesetzgeber abgesehen hatte.

<sup>442</sup> Zu den weiteren Grundsätzen des Insolvenzverfahrens (Dispositionsmaxime, Amtsermittlungsgrundsatz etc.): Gerke, in: ZInsO 2003, 873 ff.; Ganter, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 5 Rn. 5 ff., 8 ff.; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 5 Rn. 1 ff.

## II. Überblick über den typischen Ablauf eines Regelinsolvenzverfahrens aus praktischer Sicht

Die Insolvenzordnung stellt grundsätzlich zwei Verfahrensarten<sup>443</sup> zur Verfügung: das Regel- bzw. Unternehmensinsolvenzverfahren und das Verbraucherinsolvenzverfahren.<sup>444</sup> Das Verbraucherinsolvenzverfahren gemäß §§ 304 ff. InsO, welches im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahren in mehrfacher Weise modifiziert<sup>445</sup> ist, soll in Anbetracht der geringen Bezüge zum Thema der Arbeit nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

Um einen Praxisbezug herzustellen und des besseren Verständnisses wegen soll der typische Ablauf eines Regel- bzw. Unternehmensinsolvenzverfahrens<sup>446</sup> überblicksartig aus praktischer Sicht dargestellt werden. Jedes Insolvenzverfahren, das zur Eröffnung gelangt, durchläuft drei Verfahrensabschnitte bzw. drei Verfahrensphasen: das Insolvenzantragsverfahren, das eröffnete Insolvenzverfahren und das Beendigungsverfahren. Diese drei Verfahrensphasen mit ihren wichtigsten Begriffen werden im Folgenden erörtert. Hieran schließt sich eine kurze Erörterung der jeweiligen Schritte und Voraussetzungen bis zur Insolvenzverfahrenseröffnung und deren Folgen an.

### 1. Das Insolvenzantragsverfahren im Überblick

Jedes Insolvenzverfahren beginnt mit einem schriftlichen Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers (§§ 13, 14, 15 InsO) zum zuständigen Insolvenzgericht (§§ 2, 3 InsO). Der Insolvenzantrag sollte bzw. muss (bei Fremdanträgen, vgl. § 14 Abs. 1 InsO) den Insolvenzgrund gemäß §§ 16 ff. InsO glaubhaft machen (§§ 4 InsO, 294 ZPO), also solche Tatsachen enthalten, die die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO<sup>447</sup>), Überschuldung (§ 18 InsO) oder drohende Zahlungsunfähigkeit

<sup>443</sup> Darüber hinaus gibt es das besondere Verfahren der „Eigenverwaltung“ (§§ 270 ff. InsO) und gesondert geregelte Insolvenzverfahren über Sondervermögen: das Nachlassinsolvenzverfahren (§§ 315 ff. InsO) und das Insolvenzverfahren über das Gesamtgut (§§ 332 ff. InsO).

<sup>444</sup> Schon anhand des insolvenzgerichtlichen Aktenzeichen kann beurteilt werden, um welche Verfahrensart es sich handelt: ein Regelinsolvenzverfahren trägt immer den Buchstabenzusatz „IN“ und ein Verbraucherinsolvenzverfahren immer den Buchstabenzusatz „IK“.

<sup>445</sup> Z. B.: 1.: Antragsvoraussetzung für ein Verbraucherinsolvenzverfahren ist die erfolglose Durchführung eines außergerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens, § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO; 2.: Bei Scheitern der Einigung wird ein vereinfachtes Insolvenzverfahren, §§ 311 ff. InsO durchgeführt; 3.: Eine die Verfahrenskosten deckende Masse muss nicht vorhanden sein, da Verfahrenskostenstundung, § 26 Abs. 1 S. 2, 4a InsO beantragt werden kann.

<sup>446</sup> Hiermit ist insbesondere die Insolvenz einer Gesellschaft (AG, OHG, AG etc.) gemeint.

<sup>447</sup> Der IX. Zivilsenat des BGH hat in einer Grundsatzentscheidung vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04 – (BGH, NJW 2005, 3062 ff.) zu den Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit und zur Abgrenzung der Zahlungsstockung Stellung genommen: Hiernach ist in der Regel von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten beträgt,

(§19 InsO) begründen. Nach Eingang des Antrags beim Insolvenzgericht prüft der zuständige Insolvenzrichter zunächst die Zulässigkeit des Insolvenzantrags. Hieran schließt sich die Prüfung an, ob tatsächlich ein Insolvenzgrund gegeben ist. Diese Prüfung nimmt der Insolvenzrichter in der Regel nicht selbst vor. Vielmehr beauftragt er durch Gerichtsbeschluss grundsätzlich einen Rechtsanwalt von der beim jeweiligen Insolvenzgericht geführten „Insolvenzverwalterliste“ mit der Erstellung eines Gutachtens zur Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung. Parallel zum Gutachterbeschluss kann das Insolvenzgericht in dieser Phase – der sog. Insolvenzeröffnungsphase – bereits Sicherungsmaßnahmen gemäß §§ 21 ff. InsO, insbesondere einen „starken“ oder „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter (meist personengleich mit dem Gutachter) bestellen. Im Laufe von – in der Regel – 4 bis 12 Wochen erstellt der gerichtlich bestellte Gutachter das Gutachten zur Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung durch Analyse der schuldnerischen Buchhaltungsunterlagen und Bilanzen – soweit diese vorhanden sind – und durch Bewertung des gesamten verwertbaren<sup>448</sup> schuldnerischen Vermögens (Anlage- und Umlaufvermögen, offene Forderungen, Geldguthaben etc.). Mit anderen Worten: der beauftragte Gutachter eruiert sämtliche fälligen Verbindlichkeiten und prüft weiter, ob diese durch vorhandene Aktiva ausgeglichen werden können. Stellt der Gutachter einen Insolvenzgrund fest und ist darüber hinaus im Vermögen des Schuldners so viel Masse vorhanden, dass hieraus die Verfahrenskosten (§ 54 InsO: Gerichtsgebühren, Insolvenzverwaltervergütung) gedeckt werden können, empfiehlt er am Ende seines Gutachtens dem Insolvenzrichter, das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Für den Fall, dass nicht genügend Masse vorhanden ist, empfiehlt er, den Eröffnungsantrag mangels Masse abzuweisen (§ 26 InsO).

---

sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

<sup>448</sup> Es kann nicht jeder vorhandene Vermögenswert berücksichtigt werden. So sind etwa Gegenstände, an denen Absonderungsrechte (§§ 49 ff. InsO) bestehen, nur mit ihrem Überschussbetrag anzusetzen, d. h. mit dem Betrag, der übrig bleibt nach dem der Gläubiger (= Absonderungsberechtigter) aus dem (aus der Verwertung erzielten) Erlös befriedigt ist. Bei Gegenständen mit Absonderungsrechten ist aber die sog. Feststellungs- und Verwertungspauschale gem. §§ 170, 171 InsO in die Masse einzustellen. Bei Werten (z. B. Forderungen, Anfechtungsansprüche), um die prozessiert werden muss, sind die Prozessaussichten und die Prozesskosten unter dem Gesichtspunkt der Wertberichtigung zu berücksichtigen. Bei unsicheren Positionen (z. B. Forderungen, die wahrscheinlich nicht durchsetzbar sind) werden in der Regel nur sog. „Erinnerungswerte“ i. H. v. 1 EUR eingestellt.

## 2. Das eröffnete Insolvenzverfahren im Überblick

Soweit der Insolvenzrichter von der Empfehlung des Gutachters überzeugt ist,<sup>449</sup> kommt er dieser nach und eröffnet das Insolvenzverfahren durch Beschluss (§ 27 InsO) oder weist den Eröffnungsantrag mangels Masse durch Beschluss ab (§ 26 InsO). Im Eröffnungsbeschluss ernennt der Insolvenzrichter auch den Insolvenzverwalter (§ 27 InsO); meist personengleich zum Gutachter und gegebenenfalls bereits eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalter, und bestimmt den Berichts- und Prüftermin (§ 29 InsO).<sup>450</sup> Darüber hinaus legt das Gericht im Beschluss eine Frist fest, bis wann sämtliche Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) ihre Forderungen gegen den Insolvenzschuldner beim Insolvenzverwalter „zur Tabelle“ anzumelden haben (§§ 28, 174 InsO). Die Qualifikation einer Forderung als Insolvenzforderung (hiermit einhergehend Qualifikation als Insolvenzgläubiger und die Verweisung auf die Forderungsanmeldung zur Tabelle) setzt voraus, dass es sich um einen persönlichen Gläubiger handelt, dem der Schuldner mit seinem gesamten Vermögen haftet und nicht nur mit bestimmten Gegenständen, der gegen den Schuldner einen Vermögensanspruch hat, der zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung begründet ist.<sup>451</sup> Masseforderungen sind hingegen Forderungen gegen die Masse, deren Geltendmachung und Berichtigung sich außerhalb des Insolvenzverfahrens und unabhängig von dem Gang der Verteilung vollzieht.<sup>452</sup>

Mit dem Eröffnungsbeschluss geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Insolvenzmasse gemäß § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über, sog. Beschlagnahme der Insolvenzmasse. Zur Insolvenzmasse zählt gemäß § 35 InsO das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Unpfändbare Gegenstände sind – mit Einschränkungen – gemäß § 36 InsO von der Insolvenzmasse ausgenommen. Zum Vermögen des Schuldners, was in die Insolvenzmasse fällt<sup>453</sup> gehören etwa dingliche Rechte (Eigentum des Schuldners), Forderungen des Schuldners und dessen Neuerwerb, d. h., das Vermögen, was der Schuldner während des Verfahrens erlangt (§ 35 Abs. 1 Satz 2 InsO). Zur Masse gehören auch bestimmte Immaterialgüterrechte des Schuldners, wie etwa Patente, das Markenrecht, das Urheberrecht soweit im Hinblick auf deren persönlichkeitsrechtlichen

<sup>449</sup> Der Insolvenzrichter muss davon überzeugt sein, dass ein Eröffnungsgrund vorliegt; Glaubhaftmachung genügt in diesem Stadium nicht mehr; vgl. *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 32 (32).

<sup>450</sup> Der Berichts- und Prüftermin werden in der Regel zu einem Termin verbunden und drei Monate nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchgeführt.

<sup>451</sup> *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 38 Rn. 4.

<sup>452</sup> *Gogger*, Insolvenzrecht, 2. Auflage, S. 5.; *Obermüller/Hess*, InsO, 4. Auflage, Rn. 463.

<sup>453</sup> Zu den Bestandteilen der Insolvenzmasse ausführlich: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Rn. 9.06 ff.; *Lwowski/Peters*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 35 Rn. 136 ff.; *Weis*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, 2. Auflage, §§ 35, 36 Rn. 95 ff.



Charakters gewisse Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>454</sup> Patente fallen etwa in die Masse, sobald und soweit der Schuldner die Absicht gewerblicher Nutzung verlaublich hat.<sup>455</sup> Eigene Verwertungsbefugnisse des Schuldners aufgrund seines Urheberrechts fallen gemäß §§ 112, 113 UrhG nur mit seiner Zustimmung in die verwertbare Masse.<sup>456</sup> Der Problemkreis der Massezugehörigkeit von Immaterialgüterrechten des Schuldners braucht für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung nicht weiter vertieft werden. Die Arbeit beschäftigt sich mit den Folgen der Insolvenz des Rechtsinhabers, der sein immaterielles Recht bereits einer vertraglichen Verwertung im Wege eines Lizenzvertrags zugeführt hat. Die schuldrechtlichen Ansprüche aus dem Lizenzvertrag (Nutzungsrechtsgewährung, Lizenzzahlung) über deren Schicksal der Insolvenzverwalter zu entscheiden hat, fallen zweifelsohne in die Masse.<sup>457</sup>

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat zudem enorme Auswirkungen auf laufende Vertragsverhältnisse des Insolvenzschuldners hat, vgl. §§ 103 ff. InsO.<sup>458</sup> Grundsätzlich bestehen für das Schicksal laufender Vertragsverhältnisse bei Insolvenzeröffnung drei Möglichkeiten: das Vertragsverhältnis bleibt bestehen, es erlöscht oder sein weiteres Schicksal ist von einer Entscheidung des Insolvenzverwalters abhängig.

Für den Fall, dass das schuldnerische Unternehmen noch „lebt“, führt der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Regel den Betrieb zur Erhaltung von Sanierungschancen fort bis er u. U. einen Investor gefunden hat, an den er das Unternehmen, etwa im Wege eines „asset deals“ veräußern kann, sog. übertragende Sanierung.<sup>459</sup> Hat das schuldnerische Unternehmen bereits seinen Geschäftsbetrieb eingestellt, bleiben dem Insolvenzverwalter insbesondere die Aufgaben, die vorhandene Masse zu verwerten, Anfechtungsansprüche geltend zu machen, noch offene Forderung einzuziehen und Aus- und Absonderungsrechte zu befriedigen.

---

<sup>454</sup> *Lwowski/Peters*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 35 Rn. 283 ff.; *Ries*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 7. Auflage, § 35 Rn. 17.

<sup>455</sup> *RGZ* 52, 227 (230); *Lwowski/Peters*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 35 Rn. 285 ff.; *Smid/Leonhardt*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 35 Rn. 24; *Klopp/Kluth*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 25 Rn. 56, 57.

<sup>456</sup> *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 35 Rn. 248; *Smid/Leonhardt*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 35 Rn. 13; *Lwowski/Peters*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 35 Rn. 339 ff.

<sup>457</sup> *Lwowski/Peters*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 35 Rn. 311.

<sup>458</sup> Hierzu ausführlich im 4. Teil der Arbeit.

<sup>459</sup> Die übertragende Sanierung ist dadurch gekennzeichnet, dass das Unternehmen (oder ein selbstständiger Teil davon) auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. Dabei kann es sich um eine eigens zu diesem Zweck gegründete Auffanggesellschaft handeln, aber auch um einen Konkurrenten oder um einen anderen Unternehmer, der seinen Geschäftsbereich erweitern will. Der Kaufpreis für das übertragene Unternehmen wird als Verwertungserlös an die Gläubiger des bisherigen Unternehmensträgers verteilt. Handelt es sich bei dem bisherigen Unternehmensträger um eine Gesellschaft, so wird diese liquidiert, vgl. zum Ganzen: *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, Rn. 375ff.

Aussonderungsberechtigt sind Gläubiger, die kraft dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen können, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört (§ 47 InsO). Mit dem Aussonderungsanspruch gemäß § 47 InsO macht der Gläubiger die Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zur Insolvenzmasse geltend.<sup>460</sup> Die Aussonderung ist eine außerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgende materiell-rechtliche Verwirklichung der haftungsrechtlichen Zuordnung.<sup>461</sup> Zur Aussonderung berechtigen dingliche Rechte, beschränkt dingliche Rechte<sup>462</sup> und persönliche Rechte, deren Bestehen der Gläubiger nachweisen muss. Hierzu gehören insbesondere das Eigentum, das Miteigentum sowie der Nießbrauch (§§ 1093 ff. BGB). Unproblematisch ist weiterhin, dass der Inhaber eines Immaterialgüterrechts, etwa der Patentinhaber oder der Markeninhaber in der Insolvenz des nicht berechtigten Patentinhabers oder des nicht berechtigten Markeninhabers berechtigt, das Patent oder die Marke aus der Insolvenzmasse auszusondern.<sup>463</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob Nutzungsrechte an immateriellen Rechten (einfache und ausschließliche Lizenzen) den Lizenznehmer zur Aussonderung gemäß § 47 InsO in der Insolvenz des Lizenzgebers berechtigen. Auf diese Frage wird an späterer Stelle<sup>464</sup> einzugehen sein.

Im Unterschied zur Aussonderung gewährt das Absonderungsrecht gemäß § 49 ff. InsO dem Gläubiger lediglich die vorzugsweise Befriedigung aus einem zur Insolvenzmasse gehörendem Gegenstand. Absonderungsrechte sind damit insolvenzfesten Vorzugsrechten an haftungsrechtlich der Insolvenzmasse zugeordneten Gegenständen.<sup>465</sup> Die Rechte, die zur abgesonderten Befriedigung berechtigen, sind in den §§ 49 bis 52 InsO gesetzlich geregelt. Absonderungsrechte gewähren insbesondere Immobiliarpfandrechte (§ 49 InsO), Mobiliarpfandrechte (§ 50 InsO) und das Sicherungseigentum (§ 51 Nr. 1 InsO).

Soweit das schuldenrische Unternehmen fortgeführt wird, trifft den Insolvenzverwalter die gleiche Pflicht, die vorgenannten Tätigkeiten auszuführen.

Drei Monate<sup>466</sup> nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird der sog. Berichts- und Prüftermin vor dem Insolvenzgericht vom Rechtspfleger<sup>467</sup> abgehalten. An diesem Termin nehmen in der Regel der Insolvenzverwalter, der Schuldner und die größten Gläubiger teil. Zu diesem Termin muss der Insolvenzverwal-

<sup>460</sup> *Brinkmann*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 47 Rn. 2, 8.

<sup>461</sup> *Brinkmann*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 47 Rn. 2, 8.

<sup>462</sup> *Gottwald*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 40 Rn. 17.

<sup>463</sup> *Brinkmann*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 47 Rn. 67.

<sup>464</sup> 4. Teil III.

<sup>465</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Rn. 18.03.

<sup>466</sup> In der Regel sind es drei Monate, vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

<sup>467</sup> Das Verfahren nach der Insolvenzordnung stellt gemäß § 3 Nr. 2 e) RPfG ein dem Rechtspfleger - bis auf im Gesetz aufgeführte Ausnahmen - übertragenes Geschäft dar. Die dem Richter im Verfahren nach der InsO vorbehaltenen Geschäfte sind in § 18 RPfG geregelt. Hierzu gehört insbesondere die Entscheidung über den Eröffnungsantrag und die Ernennung des Insolvenzverwalters.

ter den sog. 1. Sachstandsbericht, der u. a. den Stand der Verwertung der Masse und den Stand der Forderungsanmeldungen, die der Insolvenzverwalter zuvor geprüft hat,<sup>468</sup> enthält, vorbereiten. Im sodann halbjährlichen Turnus reicht der Insolvenzverwalter weitere Sachstandsberichte, die den jeweiligen Stand des Insolvenzverfahrens wiedergeben, zum Insolvenzgericht ein.

Bei Vorhandensein hinreichender Barmittel in der Masse<sup>469</sup> verteilt der Insolvenzverwalter<sup>470</sup> den (bis dahin) erzielten Verwertungserlös an die Insolvenzgläubiger, sog. Abschlagsverteilung.<sup>471</sup> Hierzu hat der Insolvenzverwalter ein Verteilungsverzeichnis aufzustellen, das in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen und öffentlich bekanntzumachen ist, § 188 InsO. In dieses Verzeichnis werden alle angemeldeten Forderungen aufgenommen, also auch die bestrittenen<sup>472</sup> und durch Absonderungsrechte gesicherten Forderungen.<sup>473</sup>

Ist die Verwertung der Insolvenzmasse<sup>474</sup> abgeschlossen, erfolgt die Schlussverteilung an die Insolvenzgläubiger, § 196 Abs. 1 InsO. Zu diesem Zweck wird noch einmal ein Schlussverzeichnis erstellt, das der Zustimmung des Insolvenzgerichts bedarf, § 196 Abs. 2 InsO. Erteilt das Gericht die Zustimmung, so setzt es zugleich den Schlusstermin an, § 197 Abs. 1 S. 1 InsO. Gemäß § 197 Abs. 1 S. 2 InsO dient dieser Termin der Erörterung der Schlussrechnung des Insolvenzverwalters, zur Entscheidung über das Schicksal nicht verwertbarer Massegegenstände und zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis. Bei der Verteilung werden alle Insolvenzgläubiger gleich behandelt. Sie werden nach

---

<sup>468</sup> Nach der Forderungsprüfung durch den Insolvenzverwalter wird die Forderung festgestellt oder für den Ausfall festgestellt (bei Geltendmachung eines Absonderungsrechts) oder die Forderung wird bestritten.

<sup>469</sup> § 187 Abs. 2 InsO: Es können Abschlagsverteilungen stattfinden, sobald hinreichende Barmittel in der Masse vorhanden sind.

<sup>470</sup> Ist ein Gläubigerausschuss bestellt, muss der Insolvenzverwalter vor jeder Verteilung dessen Zustimmung einholen, § 187 Abs. 3 S. 2 InsO.

<sup>471</sup> Mit der Verteilung der Verwertungserlöse kann frühestens nach dem Prüfungstermin begonnen werden, vgl. § 187 Abs. 1 InsO, da vorher nicht feststeht, welche Forderungen bestritten und welche Forderungen festgestellt sind.

<sup>472</sup> Für den Fall, dass bis zur öffentlichen Bekanntmachung des Verteilungsverzeichnisses die Forderung eines Insolvenzgläubigers noch nicht festgestellt wurde, also noch bestritten ist, ist zu beachten, dass der betroffene Insolvenzgläubiger innerhalb von 2 Wochen nach Bekanntmachung des Verteilungsverzeichnisses dem Insolvenzverwalter nachweisen muss, dass und für welchen Betrag er Feststellungsklage erhoben hat, um ggf. bei der Verteilung berücksichtigt zu werden, § 189 InsO.

<sup>473</sup> Für den Fall, dass eine durch Absonderungsrechte gesicherte Forderung angemeldet und somit „für den Ausfall festgestellt“ wurde, ist zu beachten, dass der entsprechende Gläubiger innerhalb von 2 Wochen nach öffentlicher Bekanntmachung des Verteilungsverzeichnisses dem Insolvenzverwalter nachweisen muss, inwieweit er bei seiner abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist. Führt er den Nachweis nicht rechtzeitig, so wird seine Forderung bei der Verteilung nicht berücksichtigt, § 190 InsO.

<sup>474</sup> Gemeint ist die „Soll-Masse“, d. h. Aus- und Absonderungsrechte und Massegläubiger sind bereits berücksichtigt.

dem Verhältnis ihrer Forderungshöhen berücksichtigt, bekommen also einen Prozentsatz des ihnen zustehenden Betrages, die sog. „Quote“, ausgezahlt.<sup>475</sup> Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch die sog. Nachtragsverteilung, §§ 203 ff. InsO. Das Gesetz erlaubt sie, wenn nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens zurückbehaltene Beträge für die Verteilung frei werden,<sup>476</sup> wenn aus der Insolvenzmasse gezahlte Beträge frei werden<sup>477</sup> oder wenn bisher unbekannte Massegegenstände ermittelt werden,<sup>478</sup> § 203 Abs. 1 InsO.

### 3. Die Beendigung des Insolvenzverfahrens im Überblick

Wird das Insolvenzverfahren ordnungsgemäß zu Ende geführt, findet also eine Schlussverteilung statt, beschließt das Insolvenzgericht nach Vollzug der Schlussverteilung die Aufhebung des Insolvenzverfahrens, § 200 InsO.

Muss das Verfahren hingegen vorzeitig abgebrochen werden, so endet es mit einem Einstellungsbeschluss. Zu nennen ist hier insbesondere die Einstellung mangels Masse gemäß § 207 InsO, sog. Massearmut. Das Insolvenzgericht stellt gemäß § 207 InsO das Insolvenzverfahren wegen Massearmut ein, wenn die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Hiervon zu unterscheiden ist die sog. Masseunzulänglichkeit, die der Insolvenzverwalter gemäß § 208 InsO dem Insolvenzgericht gegenüber anzuzeigen hat. Letztere unterscheidet sich von der Massearmut im Sinne des § 207 InsO dadurch, dass hier die Masse zumindest noch ausreicht, um die Verfahrenskosten gemäß § 54 InsO voll zu decken. Sonstige Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 InsO können dagegen bei vorliegender Masseunzulänglichkeit nicht gedeckt werden. Trotz Anzeige der Masseunzulänglichkeit hat der Insolvenzverwalter gemäß § 208 Abs. 3 InsO die Verwaltung und Verwertung der Masse fortzusetzen. Die Anzeige der Masseunzulänglichkeit hat aber das weitreichende Folgen für die Gläubiger. Nach Anzeige dürfen vorhandene Gelder nur noch nach dem Verteilungsschlüssel des § 209 InsO ausgekehrt werden. § 209 InsO unterscheidet nach „Neumasseverbindlichkeiten“ und „Altmasseverbindlichkeiten“. Jeder Altmassegläubiger wird zunächst in der Durchsetzbarkeit seines Anspruchs gesperrt.<sup>479</sup> Lediglich „Neumasseverbindlichkeiten“ werden noch befriedigt. Gemäß § 210 InsO tritt mit Anzeige der Masseunzulänglichkeit eine Vollstreckungsverbot für Altmassegläubiger in Kraft, die sich nunmehr auch dem insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgebot (Forderungs- und Verlustgemeinschaft der Massegläubiger) unterwer-

<sup>475</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Auflage, 2.33.

<sup>476</sup> Beispiel nach Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, § 27 Fn. 14: Der Insolvenzgläubiger verliert den Feststellungsprozess.

<sup>477</sup> Beispiel: Steuerrückerstattungsanspruch.

<sup>478</sup> Beispiel nach Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, § 27 Fn. 16: Nachträglich erfolgreiche Insolvenzanfechtung.

<sup>479</sup> Berscheid/Ries, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 209 Rn. 5.

fen müssen. Nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit dürfen keine Zahlungen mehr auf Insolvenzforderungen gemäß §§ 38, 39 InsO geleistet werden.<sup>480</sup> Liegt nicht lediglich ein Fall der temporären Masseunzulänglichkeit vor, wird das Insolvenzverfahren gemäß § 211 InsO nach Verteilung der Insolvenzmasse gemäß § 209 InsO eingestellt.

Nach Aufhebung oder Einstellung des Regelinsolvenzverfahrens können die Insolvenzgläubiger gemäß § 201 InsO bzw. §§ 215 Abs. 2 Satz 2, 201 InsO ihre restlichen Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen. Der Tabellenauszug in dem die Forderung festgestellt ist, steht einem vollstreckbaren Urteil gleich, vgl. § 201 Abs. 2 InsO. In den aller meisten Fällen wird die Forderungsgeltendmachung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens jedoch nicht von Erfolg gekrönt sein, da Gesellschaften durch die Insolvenzeröffnung aufgelöst<sup>481</sup> und nach Durchführung des Insolvenzverfahrens oft von Amts wegen gelöscht werden.<sup>482</sup> Natürliche Personen – zu denen nicht nur Verbraucher, sondern auch selbständig tätige natürliche Personen zählen<sup>483</sup> – werden im Rahmen bzw. nach Durchführung des Restschuldbefreiungsverfahrens gemäß §§ 286 ff. InsO ohnehin gemäß § 286 InsO i. V. m. § 301 InsO von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit.

---

<sup>480</sup> *Ries*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 208 Rn. 21.

<sup>481</sup> Z. B.: die GmbH wird gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG mit Insolvenzeröffnung aufgelöst; dasselbe gilt für die AktG (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG) und die OHG (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB).

<sup>482</sup> Vgl. § 394 FamFG: Löschung von Amts wegen, wenn das Insolvenzverfahren durchgeführt worden ist und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschaft noch Vermögen besitzt.

<sup>483</sup> *Vallender*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 286 Rn. 4.



## **4. Teil: Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und Lizenzen de lege lata unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012**

Im 4. Teil der Arbeit soll geklärt werden, welches Schicksal der Lizenzvertrag und das Nutzungsrecht am Immaterialgut nach gegenwärtiger Rechtslage in der Insolvenz nehmen. Untersucht werden soll insbesondere, ob die jüngste Rechtsprechung des BGH<sup>484</sup> Ausstrahlungswirkung auf die Problematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und/oder Lizenzen hat. Hierbei soll zunächst eine etwaige Insolvenzfestigkeit des Lizenzvertrages und/oder der Lizenz kraft Gesetzes, d. h. insbesondere anhand insolvenzrechtlicher Vorschriften eruiert werden (II., III.). Dem schließt sich eine konkrete Auseinandersetzung mit jüngster BGH-Rechtsprechung und sich hieraus gegebenenfalls abzuleitender insolvenzfester Gestaltungsmöglichkeiten an (IV.). Unter V. werden die bisher vertretenen Ansätze zur Vertragsgestaltung vorgestellt.

---

<sup>484</sup> BGH, MMR 2012, 684 ff. – M2Trade; BGHZ 180, 344 ff. – Reifen Progressiv.

## I. Allgemeines zu Vertragsverhältnissen in der Insolvenz

Da der Insolvenzschuldner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 80 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verliert,<sup>485</sup> kann er auch seine vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen.<sup>486</sup> Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat daher enorme Auswirkungen auf laufende, d. h. unerledigte Vertragsverhältnisse des Schuldners. Vertragsverhältnisse, die zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von beiden Vertragspartnern vollständig erfüllt sind, bleiben von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – vorbehaltlich einer etwaigen Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO – unberührt.<sup>487</sup> Welche konkreten Folgen die Insolvenzeröffnung für das konkrete noch laufende Vertragsverhältnis hat, regeln die §§ 103 ff. InsO. Hierbei sehen diese Vorschriften sehr unterschiedliche Konsequenzen für die „schwebenden“ Rechtsverhältnisse des Schuldners im Falle der Insolvenzeröffnung vor. Das Spektrum der möglichen Folgen für das jeweilige Rechtsgeschäft reicht von dessen Erlöschen (vgl. §§ 115, 116, 117 InsO<sup>488</sup>) über dessen Bestehenbleiben in Abhängigkeit einer Entscheidung des Insolvenzverwalters (vgl. § 103 InsO) bis hin zu dessen Bestehenbleiben unabhängig von einer Entscheidung des Insolvenzverwalters (vgl. § 108 InsO<sup>489</sup>).

Die Grundnorm für gegenseitige Verträge ist in § 103 Abs. 1 Satz 1 InsO enthalten. Das dort geregelte sog. Verwaltererfüllungswahlrecht räumt dem Insolvenzverwalter grundsätzlich die Rechtsmacht ein, einen noch nicht vollständig

<sup>485</sup> Auch mit der Anordnung der sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwaltung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1, 2 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners gemäß § 22 Abs. 1 InsO auf den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter über. Trotzdem stellt sich zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich noch nicht die Frage nach dem Schicksal der laufenden Vertragsverhältnisse des Schuldners, da das Insolvenzvertragsrecht der §§ 103 ff. InsO erst im eröffneten Verfahren anwendbar ist; hierzu und zu den wenigen Ausnahmen: *Vallender*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 22 Rn. 45 f.; *Haarmeyer*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 22 Rn. 58 f.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1615 f.

<sup>486</sup> *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch., 4. Auflage, § 34 Rn. 1, 2; *Gogger*, Insolvenzrecht, 2. Auflage, S. 143.

<sup>487</sup> *Huber*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 58; *Abrendt*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 4. Auflage, § 103 Rn. 14; *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 34 Rn. 4; *Foerste*, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 206; *Rendtorff*, Der beiderseitig nicht vollständig erfüllte Vertrag in der Insolvenz (§ 17 KO und §§ 103, 105 sowie 107 InsO), 2004, S. 40.

<sup>488</sup> Wonach vom Schuldner erteilte Aufträge (§ 115 InsO), vom Schuldner erteilte Geschäftsbesorgungen (§ 116 InsO) und vom Schuldner erteilte Vollmachten (§ 117 InsO), soweit sich diese Rechtsgeschäfte auf die Insolvenzmasse beziehen, erlöschen.

<sup>489</sup> Wonach Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume sowie Dienstverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen. Dies gilt auch für Miet- und Pachtverhältnisse, die der Schuldner als Vermieter oder Verpächter eingegangen war und die sonstige Gegenstände betreffen, die einem Dritten, der ihre Anschaffung oder Herstellung finanziert hat, zur Sicherheit übertragen wurden, § 108 InsO.



erfüllten gegenseitigen Vertrag anstelle des Schuldners zu erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung zu verlangen. Im Rahmen der §§ 103 ff. InsO findet § 103 InsO – als Grund- und Auffangnorm für gegenseitige nicht vollständig erfüllte Verträge – dann Anwendung, wenn in den §§ 104 bis 118 InsO keine Sonderregelung besteht,<sup>490</sup> wobei die §§ 104 ff. InsO nur in Ausnahmefällen und nur für bestimmte Vertragstypen das Wahlrecht des Insolvenzverwalters ausschließen.

Die Vorschrift des § 103 Abs. 1 InsO gibt dem Insolvenzverwalter nur im Fall des Vorliegens eines von keiner Seite vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrags ein Wahlrecht im Hinblick auf seine weitere Durchführung. Die §§ 104 ff. InsO – als Sondervorschriften zu § 103 InsO – beschränken dieses Wahlrecht des Insolvenzverwalters bei einigen Verträgen bzw. Rechtsgeschäften, etwa bei Fix- und Termingeschäften, vgl. § 104 InsO, beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, vgl. § 107 InsO, bei Miet- und Pachtverträgen über unbewegliche Sachen, vgl. § 108 Abs. 1 InsO, bei einem vom Schuldner erteilten Auftrag oder Geschäftsbesorgung, vgl. §§ 115, 116 InsO. Keine Erwähnung in den §§ 103 ff. InsO findet der vor Insolvenzeröffnung von einer Seite vollständig erfüllte gegenseitige Vertrag<sup>491</sup>. In diesem Fall bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen, d. h. mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden alle persönlichen Gläubiger des Schuldners nach § 38 InsO zu Insolvenzgläubigern und Forderungen des Schuldners verbleiben im Schuldnervermögen.<sup>492</sup> Für den Insolvenzgläubiger, der vor Insolvenzeröffnung seine Pflichten aus einem gegenseitigen Vertrag vollständig erfüllt hat, bedeutet dies, dass seine Leistung in der Masse bleibt, vgl. § 105 Satz 2 InsO, und er seine Gegenforderung – ggf. nach Umrechnung gemäß § 45 InsO – nur als Insolvenzforderung i. S. d. § 38 InsO geltend machen kann, vgl. §§ 87, 174 ff. InsO.<sup>493</sup> Hatte umgekehrt lediglich der spätere Insolvenzschuldner vorgeleistet, verbleibt die Leistung des späteren Insolvenzschuldners – vorbehaltlich einer etwaigen Anfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO – beim Vertragspartner; hierfür muss er aber die vereinbarte Gegenleistung an die Masse erbringen.<sup>494</sup>

Liegt ein gegenseitiger nicht vollständig erfüllter Vertrag vor, der auch nicht unter die Sondervorschriften der §§ 104 ff. InsO fällt, fragt sich zunächst, was im

---

<sup>490</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 26; *Stickelbrock*, WM 2004, 549 (558); *Berger*, Insolvenzschrift für Markenlizenzen, 2006, S. 30; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 40.

<sup>491</sup> Zu den einseitig verpflichtenden Verträgen gehört z. B. der Schenkungsvertrag, § 516 ff. BGB und die Bürgschaft, § 765 BGB.

<sup>492</sup> *Becker*, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 1077 a. E.; *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 34 Rn. 5 f., 19; *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Auflage, Rn. 207; *Abrendt*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 4. Auflage, § 103 Rn. 14.

<sup>493</sup> *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 34 Rn. 7; *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Auflage, Rn. 207; *Abrendt*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 4. Auflage, § 103 Rn. 14.

<sup>494</sup> *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 34 Rn. 6; *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Auflage, Rn. 207; *Abrendt*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 4. Auflage, § 103 Rn. 14.

Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung – bevor der Verwalter sein Wahlrecht ausübt – mit dem Vertrag und mit den gegenseitigen Erfüllungsansprüchen geschieht. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH seit dem Jahre 2002 und der herrschenden Lehre hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur zur Konsequenz, dass die gegenseitigen Erfüllungsansprüche ihre Durchsetzbarkeit verlieren (sog. Suspensivwirkung der Verfahrenseröffnung).<sup>495</sup> Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt kein Erlöschen des gegenseitigen Vertrages und auch kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung.<sup>496</sup> Durch die Ausübung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters im Sinne der Erfüllungswahl erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von originären Forderungen gegen die Masse.<sup>497</sup>

## II. Der Lizenzvertrag in der Insolvenz

Das Schicksal des Lizenzvertrags in der Insolvenz einer der Vertragsparteien richtet sich danach, ob er unter eine Vorschrift des Insolvenzvertragsrechts der §§ 103 ff. InsO zu subsumieren ist und wenn ja, unter welche. Da § 103 InsO als Auffangnorm ausgestaltet ist,<sup>498</sup> sind zunächst die §§ 104 ff. InsO nach deren Einschlägigkeit zu überprüfen. Lizenzverträge werden in den §§ 103 ff. InsO nicht ausdrücklich erwähnt. Im Folgenden werden die Auswirkungen einer Insolvenz des Lizenzgebers auf den Lizenzvertrag betrachtet werden.

### 1. Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 InsO auf Lizenzverträge

Die erste Vorschrift im Regelungsbereich der §§ 104 ff. InsO, die für den Fall der Insolvenz des Lizenzgebers entsprechend angewendet werden könnte, ist § 107 Abs. 1 InsO. Diese Norm regelt den Fall der Insolvenz des Eigentumsvorbehaltsverkäufers einer beweglichen Sache. Soweit dem Käufer bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Besitz an der Sache übertragen wurde, schließt § 107

<sup>495</sup> BGH, ZinsO 2002, 577 ff.; BGH, ZinsO 2003, 607 ff.; BGH, ZinsO 2006, 429 ff.; BGH, NZI 2006, 229 ff.; ZIP 2007, 78 ff.; Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 8; Marotzke, in: HK-InsO, § 103 Rn. 39; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, Rn. 159; Krefß, in: MünchKomm, InsO, § 103 Rn. 22; Tintelnot, in: Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 103 Rn. 10; Grützmacher, CR 2006, 289 (291); Bausch, NZI 2005, 289 (290); Smid/Lieder, DZWIR 2005, 7 (10); Wallner, NZI 2002, 70 (71); a. A.: die sog. Erlöschenstheorie, nach der die gegenseitigen Erfüllungsansprüche mit Verfahrenseröffnung zunächst erlöschen; bis 2002 auch ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. BGHZ 129, 336 ff.; BGHZ 106, 236 ff.; BGHZ 103, 250 ff.

<sup>496</sup> Nachweise unter Fn. 495.

<sup>497</sup> BGH, ZIP 2002, 1093 (1094, 1095).

<sup>498</sup> Nachweise unter Fn. 490.

InsO das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO aus.<sup>499</sup> Solange der Käufer durch vertragstreues Verhalten den Eigentumsübergang herbeiführen kann, kann der Verwalter dies nicht durch Ausübung des Wahlrechts verhindern.<sup>500</sup> Nach der Gesetzesbegründung drückt die Norm den Rechtsgedanken aus, dass dem Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Verkäufers nur die Rechte zustehen, die dem Verkäufer bereits aus dem Kaufvertrag zustehen. Da der Verkäufer bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt keine Möglichkeit mehr hat, den Rechtserwerb einseitig zu verhindern, soll dieses Recht auch dem Insolvenzverwalter nicht zustehen.<sup>501</sup>

In der Literatur wird die soeben geschilderte Interessenlage beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt mit der Interessenlage beim Erwerb dinglich wirkenden Lizenzen bzw. Nutzungsrechten verglichen.<sup>502</sup> Da auch hier eine dem Anwartschaftsrecht des Eigentumsvorbehaltskäufers ähnliche dingliche Rechtsposition erworben werde, sei eine analoge Anwendung des § 107 Abs. 1 InsO gerechtfertigt.<sup>503</sup>

Die analoge Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 InsO auf Lizenzverträge setzt voraus, dass in Bezug auf Lizenzverträge eine planwidrige Regelungslücke besteht und die Interessenlagen des gesetzlich geregelten Sachverhaltes mit dem nicht geregelten Sachverhalt vergleichbar sind.<sup>504</sup>

Gegen die analoge Anwendung des § 107 Abs. 1 InsO auf den Fall der Insolvenz des Lizenzgebers bei einer dinglich wirkenden Lizenz wird jedoch zu Recht vorgebracht, dass es sich ausweislich des Wortlauts und der Gesetzesbegründung<sup>505</sup> um eine Spezialregelung nur für den Fall des Eigentumsvorbehaltsverkaufs einer beweglichen Sache handelt, die entsprechend eng ausgelegt werden muss.<sup>506</sup> Bei einem Lizenzvertrag im engeren Sinn handelt es sich jedoch nie um

---

<sup>499</sup> Entgegen seinem Wortlaut gibt § 107 Abs. 1 InsO dem Vorbehaltskäufer kein Wahlrecht, sondern entzieht den Vorbehaltskaufvertrag in der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers dem Anwendungsbereich des § 103 InsO; vgl. hierzu: *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 107 Rn. 9; *Ott/Vuina*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 107 Rn. 12; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 107 Rn. 7, 8; a. A.: § 107 InsO gibt dem Käufer ein eigenes Wahlrecht: *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002, S. 115.

<sup>500</sup> *Marotzke*, JZ 1995, 803 (810).

<sup>501</sup> BT-Drucks. 12/2443 S. 146.

<sup>502</sup> *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002, S. 114 ff., insbesondere S. 116.

<sup>503</sup> *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002, S. 117.

<sup>504</sup> Zu den Voraussetzungen einer Analogie: etwa *BGH*, NJW 1988, 2109 (2110).

<sup>505</sup> BT-Drucks. 12/2443 S. 146.

<sup>506</sup> *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1180; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 127, 132; allgemein zur fehlenden Analogiefähigkeit des § 107 InsO: *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 107 Rn. 11; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 107 Rn. 10; *Kroth*, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 107 Rn. 9; a. A.: *Adam*, DZWIR 2003, 482 (483 f.), der der Regelung des § 107 Abs. 1 InsO den allgemeinen Rechtsgedanken entnehmen will, dass vollendeten

einen reinen Kaufvertrag. Er bezieht sich zudem nicht auf bewegliche Sachen und es findet ferner keine Besitzübertragung statt. Darüber hinaus fehlt es für die Analogie an einer Vergleichbarkeit der Interessenlagen.<sup>507</sup> Die Interessenlage beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt kann nicht mit der bei Einräumung einer dinglichen Lizenz an einem Immaterialgut gleichgesetzt werden. Im Gegensatz zum Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, der ein Umsatzgeschäft darstellt und die Übertragung des Vollrechts beabsichtigt, wird beim Lizenzvertrag als Dauerschuldverhältnis kein endgültiger Rechtsübergang bezweckt. Das mit dem Vorbehaltsverkauf auf Seiten des Käufers durch die bedingte Übertragung des Eigentums entstehende Anwartschaftsrecht auf die volle, dauerhafte Eigentümerstellung am Gegenstand steht der Nutzung eines Immaterialguts auf Zeit gegenüber. Sinn des § 107 Abs. 1 InsO ist es, den durch die aufschiebend bedingte Übertragung bereits eingeleiteten Eigentumserwerb gegenüber denkbaren insolvenzrechtlichen Risiken zu schützen.<sup>508</sup> Da der Lizenznehmer von vornherein weiß, dass es sich um keine endgültige Nutzungsrechtsüberlassung handelt und dass er das Nutzungsrecht am Immaterialgut zurückgewähren muss, kann dieser Schutzzweck des § 107 Abs. 1 InsO bei Lizenzverträgen nicht einschlägig sein.<sup>509</sup>

## 2. Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Lizenzverträge

Gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO bestehen Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder über Räume sowie Dienstverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Da der Lizenzvertrag als Vertrag *sui generis* oft entsprechend der Rechtspacht eingeordnet wird,<sup>510</sup> könnte er der Vorschrift des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO unterfallen. Die in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO angeordnete Insolvenzfestigkeit von Miet- und Pachtverhältnissen durch den Ausschluss des Verwalterwahlrechts bezieht sich jedoch ausdrücklich auf unbewegliche Gegenstände, so dass eine direkte Anwendung der

---

Rechtserwerbstatbeständen auf Seiten des Vertragspartners des Schuldners nicht über § 103 InsO die Grundlage entzogen werden dürfte bzw. dass dingliche Rechte nicht.

<sup>507</sup> So auch: *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 92; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 132; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1181 f.

<sup>508</sup> *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, InsO, 3. Auflage, § 107 Rn. 2; *Kroth*, in: *Braun*, InsO, 5. Auflage, § 107 Rn. 1; *Ott/Vina*, in: *MünchKomm*, InsO, 3. Auflage, § 107 Rn. 1; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 132.

<sup>509</sup> *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 132; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1181 f.; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 92.

<sup>510</sup> *BGH*, CR 2006, 151 (152) – Softwarenutzungsrecht.

Vorschrift auf Pachtverhältnisse über Rechte – und damit auf Lizenzverträge über Immaterialgüter – nach ganz herrschender Meinung ausscheidet.<sup>511</sup>

In der Literatur wird teilweise die analoge Anwendung des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Lizenzverträge vertreten.<sup>512</sup> Hierfür wird insbesondere vorgebracht,<sup>513</sup> dass während der Geltung der Konkursordnung (bis 31.12.1998) die ganz herrschende Meinung auf Lizenzverträge die Vorgängervorschrift des § 108 Abs. 1 InsO – nämlich § 21 Abs. KO – analog angewandt hatte. Durch die Herausnahme von Miet- und Pachtverträgen über *bewegliche* Gegenstände aus dem Anwendungsbereich des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO seien nicht „Rechte“ gemeint gewesen, da jene während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens nie Gegenstand der Beratungen gewesen seien.<sup>514</sup> Die nahezu ein Jahrhundert anerkannte analoge Anwendbarkeit des § 21 KO auf Lizenzverträge sei deshalb während des Gesetzgebungsverfahrens zur Insolvenzordnung „übersehen worden“, so dass die für eine Analogie notwendige Regelungslücke bestünde.<sup>515</sup>

Obwohl diese Ansicht den Charme der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen „aus dem Gesetz heraus“ für sich beanspruchen könnte,<sup>516</sup> wird sie zu Recht von der herrschenden Meinung abgelehnt.<sup>517</sup> Zum einen besteht für eine Analogie

---

<sup>511</sup> *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1123;

*Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677 (680); *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 58 f.; *Stückelbrock*, WM 2004, 549 (558); *Plessner*, in: FS für Raue, 2006, S. 611 (611); *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79 (80); *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 31; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 54; *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2003, S. 21; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 355 f.; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 108 InsO Rn. 4; *Baltasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg. Stand: August 2012, § 108 Rn. 6 ff.; *Kroth*, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 108 Rn. 10; vgl. auch: *BGH*, CR 2006, 151 (152) – Softwarenutzungsrecht, der dort eine Anwendbarkeit des § 108 InsO auf Lizenzverträge erst gar nicht erörtert; a. A. wohl ursprünglich für eine direkte Anwendung des § 108 Abs. 1 InsO auf Markenlizenzverträge: *Fezer*, MarkenG, 4. Auflage, § 29 Rn. 27; ebenso für eine direkte Anwendung: *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 221.

<sup>512</sup> *Fezer*, WRP 2004, 793 (799 ff.); *Plessner*, in: FS für Raue, 2006, S. 611 (623 f.); *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79 (81); für die ausschließliche Lizenz: *Bausch*, NZI 2005, 289 (293).

<sup>513</sup> Zur Herleitung und Begründung der Analogie ausführlich: *Fezer*, WRP 2004, 793 ff.; *Plessner*, in: FS für Raue, 2006, S. 611 ff.

<sup>514</sup> *Fezer*, WRP 2004, 793 (798).

<sup>515</sup> *Fezer*, WRP 2004, 793 (799).

<sup>516</sup> *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 141.

<sup>517</sup> *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 56; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 61 ff.; *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002, S. 20 f.; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 186; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 137; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1125; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7 (14 f.); *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677 (680); *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 4; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 108 Rn. 1, 3; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 108 Rn. 4; *Graef*, ZUM 2006, 104 (104). *BGH*, CR 2006, 151 (152) –

angesichts des eindeutigen Wortlauts der Norm sowie mangels einer planwidrigen Regelungslücke kein Raum.<sup>518</sup> Die fehlende planwidrige Regelungslücke ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber auf die in der Literatur erhobenen Bedenken gegen die fehlende Insolvenzfestigkeit von Softwarelizenzverträgen<sup>519</sup> durch die Einfügung des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO, der eine Erweiterung der insolvenzfesten Verträge vorsieht und sich nach Wortlaut und Zweck auf sonstige Gegenstände und damit auf Lizenzen bezieht,<sup>520</sup> reagiert hat.<sup>521</sup> § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO ist zum anderen eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift, deren Anwendungsbereich sich auf die dort genannten Verträge beschränkt.<sup>522</sup> Nicht zuletzt wurde der analogen Anwendung des § 108 Abs. 1 InsO auf Lizenzverträge auch dadurch der Boden entzogen, dass sie in der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung mit keinem Wort mehr erwähnt wird.<sup>523</sup>

### 3. Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO auf Lizenzverträge

In der Insolvenz des Lizenzgebers könnte die Anwendung des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO bzw. eine an diese Vorschrift orientierte Vertragsgestaltung zur Insolvenzfestigkeit des Lizenzvertrags und damit zum Ausschluss des Verwalterwahlrechts führen. Danach dauern Miet- und Pachtverhältnisse, die der Schuldner als Vermieter oder Pächter eingegangen war über sonstige Gegenstände – also auch über bewegliche Gegenstände und Rechte<sup>524</sup> – dann fort, wenn diese Gegenstände einem Dritten zum Zwecke der Herstellungs- oder Anschaffungsfinanzierung zur Sicherheit übertragen wurden. Der Grund für die Insolvenzfestigkeit von Miet- und Pachtverhältnissen in derartigen Fällen liegt darin, dass der finanzierende

---

Softwarenutzungsrecht, der dort eine analoge Anwendbarkeit des § 108 InsO auf Lizenzverträge erst gar nicht erörtert.

<sup>518</sup> Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 108 Rn. 4; Scherenberg, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 64; Seemann, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2003, S. 21.

<sup>519</sup> Unter Vielen: Paulus, CR 1990, 1 ff.

<sup>520</sup> Zu § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO sogleich unter Pkt. 4. Teil II. 1. b).

<sup>521</sup> So auch: Wiedemann, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1125.

<sup>522</sup> Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 108 Rn. 4; Scherenberg, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 64.

<sup>523</sup> So etwa: BGH, CR 2006, 151 (152) – Softwarenutzungsrecht, der dort eine analoge Anwendbarkeit des § 108 InsO auf Lizenzverträge erst gar nicht erörtert; auch: BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26) – M2Trade, wo auch die Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 InsO auf Lizenzverträge keine Erwähnung findet.

<sup>524</sup> BT-Drucks. 13/4699 S. 6; Eckert, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 108 Rn. 9; Schmid-Burgke/Ditz, ZIP 1996, 1123 (1125); Plessner, in: FS für Raue, 2006, S. 611 (620); Kroth, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 108 Rn. 16; Smid, in: Smid, InsO, 2. Auflage, § 108 Rn. 5; Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 108 Rn. 8; Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 108 Rn. 12.

Dritte, etwa die Kredit gebende Bank, zu der Finanzierung oftmals nur gegen Vorausabtretung der Forderungen aus dem Miet- oder Pachtverhältnis bereit sein wird.<sup>525</sup> Jene Vorausabtretungen wären jedoch mit der Unterwerfung dieser Verträge unter das Verwalterwahlrecht selbst im Falle der Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter gemäß § 91 InsO gegenstandslos, da die Erfüllungsansprüche mit der Erfüllungswahl neu entstehen.<sup>526</sup> Um diese Konsequenz von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite für den finanzierenden Dritten zu vermeiden und diesem auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Einziehung der abgetretenen Forderungen zu sichern, schreibt § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO den Fortbestand derartiger Dauerschuldverhältnisse fest.<sup>527</sup>

Obwohl diese Ausnahmeregelung erst nachträglich in § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO auf Drängen der Leasing- und Kreditwirtschaft aufgenommen wurde,<sup>528</sup> erfasst die Vorschrift auch die Verpachtung von Rechten und damit, nachdem der Lizenzvertrag an die Rechtspacht angelehnt ist,<sup>529</sup> auch den Lizenzvertrag,<sup>530</sup> soweit der Lizenzgegenstand einem Dritten, der dessen Anschaffung oder Herstellung finanziert hat, zur Sicherheit übertragen wurde.

Zentrales Erfordernis des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO ist die Sicherungsübertragung des Vertragsgegenstandes auf einen Dritten, der dessen Anschaffung oder Herstellung finanziert hat. Mit „zur Sicherheit übertragenen sonstigen Gegen-

---

<sup>525</sup> BT-Drucks. 13/4699 S. 6; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 57.

<sup>526</sup> *Zeuner*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 108 Rn. 1; *Schmid-Burgke/Ditz*, ZIP 1996, 1123 (1124); *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 108 Rn. 132; *Bathasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, 2010, § 108 Rn. 4; *Foerste*, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 246, 222; ausführlich zu den Konsequenzen der Erfüllungsbzw. Nichterfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO: 4. Teil II. 4. c).

<sup>527</sup> *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 9; *Eckert*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 108 Rn. 7; *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 14; *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 108 Rn. 3; vgl. auch: BT-Drucks. 13/4699 S. 6.

<sup>528</sup> *Eckert*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 108 Rn. 7; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 198; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 32; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 57; *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002, S. 120; *Wallner*, Die Insolvenz des Urhebers – Unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur Überlassung von Software, 2002, S. 186; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 64.

<sup>529</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 510.

<sup>530</sup> *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 64 ff.; *Dengler/Gruson/Spielberger*, NZI 2006, 677 (680); *Wallner*, Die Insolvenz des Urhebers – Unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur Überlassung von Software, 2002, S. 181 ff.; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 197 ff.; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 57 ff.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1172; *Brandt*, NZI 2001, 337 (341); *Hausmann*, ZUM 1999, 914 (923); *Abel*, NZI 2003, 121 (127); *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732 (741); *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 15; *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 4, 9.

stand“ sind nicht nur die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen, sondern auch die Sicherungsabtretung von Forderungen und die Sicherungsübertragung sonstiger Rechte gemeint.<sup>531</sup> Maßgeblich für das Eingreifen des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO im Falle des Lizenzvertrags ist somit, dass der Lizenzgegenstand – mithin das dem Lizenzvertrag zugrundeliegende Immaterialgut, an dem ein Nutzungsrecht eingeräumt werden soll<sup>532</sup> – als Sicherheit für die Finanzierung seiner Anschaffung oder Herstellung dient, d. h. auf einen Dritten zur Sicherheit übertragen wird. Eine solche Sicherungsübertragung des Immaterialguts ist im Bereich der gewerblichen Schutzrechte unproblematisch, da jene grundsätzlich selbst übertragbar sind. Im Hinblick darauf, dass das Urheberrecht gemäß § 29 Abs. 1 UrhG nicht auf Dritte übertragen werden kann, könnte die Anwendung des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO jedoch auf finanzierte Urheberlizenzverträge problematisch sein. Da der Gesetzgeber bei Schaffung des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO auch den finanzierten Softwarevertrag im Auge hatte,<sup>533</sup> lässt die überwiegende Meinung für § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO die Übertragung der ausschließlichen Nutzungsrechte am Urheberrecht mit dem Recht zur Unterlizenzierung für den Sicherungsnehmer im Sicherungsfall genügen.<sup>534</sup>

Weitere Voraussetzung für den Fortbestand des Lizenzvertrags ist, dass ein gewisser zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen der Anschaffung oder Herstellung des Lizenzgegenstands (also des Immaterialguts) und der durch den Dritten gewährten Finanzierung besteht.<sup>535</sup> Die Herstellung oder Anschaffung des Lizenzgegenstands muss von einem Dritten finanziert<sup>536</sup> und diesem deshalb zur Sicherheit übertragen worden sein.<sup>537</sup> Eine Finanzierung aus einem allgemeinen

<sup>531</sup> BT-Drucks. 13/4699, S. 6; *Eckert*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 108 Rn. 48; *Zeuner*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 108 Rn. 11; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1173; *Sinzig*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 108 Rn. 134; *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 11; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 143; *Empling*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 198 f.

<sup>532</sup> *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1175.

<sup>533</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/4699, S. 6: „(...) alle denkbaren Bestandteile der Insolvenzmasse (...)“

<sup>534</sup> *Brandt*, NZI 2001, 337 (341/342); *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1176; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 65; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 57 ff.; *Empling*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 199; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 149.

<sup>535</sup> *Zeuner*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 108 Rn. 12; *Batthasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 108 Rn. 14; *Sinzig*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 108 Rn. 136; *Eckert*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 108 Rn. 46; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 60.

<sup>536</sup> Beispiele aus dem Bereich des Lizenzrechts: Der Urheber finanziert seine Softwareentwicklung mit einem Kredit von der Bank, der er die Nutzungsrechte an der Software zur Sicherheit abtritt; fremdfinanzierte Erfindungen und Schutzrechte (fremdfinanzierte Entwicklung einer Marke).

<sup>537</sup> *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1174.



Betriebsmittelkredit ohne erkennbaren Zusammenhang zum konkreten Vertragsgegenstand genügt nicht.<sup>538</sup> Vielmehr muss der Kredit gerade der Finanzierung der Anschaffung oder Herstellung des konkreten Vertragsgegenstands dienen und der finanzierte Vertragsgegenstand muss zur Sicherheit „übertragen“ werden.<sup>539</sup>

Entsprechend dem Zweck des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO – Herbeiführung der Insolvenzfestigkeit der vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Sicherungszession des Anspruchs auf die Leasingraten zugunsten des Kreditinstitutes – wird teilweise, soweit das Problem überhaupt erörtert wird, vertreten, dass zusätzlich zu den geschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO das ungeschriebene Erfordernis der Sicherungszession des Miet- und Pachtzinsanspruchs an den finanzierenden Dritten besteht.<sup>540</sup> Für den Lizenzvertrag würde das bedeuten, dass neben der Sicherungsübertragung des Immaterialguts bzw. der ausschließlichen Nutzungsrechte an den finanzierenden Dritten, jenem zudem die Forderungen des Lizenzgebers gegen den Lizenznehmer auf Zahlung der Lizenzgebühren zur Sicherheit abgetreten worden sein müssen, um zur Insolvenzfestigkeit des Lizenzvertrags gemäß § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO zu gelangen.

Der Ansicht, die für die Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Sicherungszession der Miet- und Pachtzinsansprüche bzw. Lizenzgebührenansprüche fordert, ist zuzustimmen. Zum einen ist die Norm allein aus dem Grund nachträglich eingefügt worden, um der Sicherungszession an das finanzierende Kreditinstitut auch im Falle der Insolvenz ihre Durchsetzbarkeit zu belassen.<sup>541</sup> Die Sicherungszession der Forderungen an den finanzierenden Dritten muss vor diesem Regelungshintergrund somit notwendige Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO sein. Zum anderen wird zu Recht vorgebracht, dass der finanzierende Dritte den Schutz des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht verdiene, wenn er zulasse, dass entsprechende Zahlungen nicht zur Rückführung des Anschaffungskredits, sondern an den Vermieter/Verpächter zur freien Verwendung gezahlt würden.<sup>542</sup>

---

<sup>538</sup> *Zeuner*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 108 Rn. 12; *Batlbasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 108 Rn. 13.

<sup>539</sup> Ausführlich zur zeitlichen Abfolge der Herstellung/Anschaffung – Finanzierung – Sicherungsübertragung: *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 108 Rn. 136; *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 15a f.

<sup>540</sup> *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 10; *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlg., Stand November 2012, § 108 Rn. 21a, 21b; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 143; a. A. (Sicherungsabtretung der Miet- und Pachtzinsansprüche ist kein Erfordernis des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO): *Klawze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 60; wohl auch: *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 15a.

<sup>541</sup> BT-Drucks. 13/4699, S. 6.

<sup>542</sup> *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlg., Stand November 2012, § 108 Rn. 21a, 21b; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 147.

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO einseitig die Interessen der Refinanzierungsbanken verfolgt.<sup>543</sup> Soweit der Lizenzvertrag die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO aufweist, ist dessen Insolvenzfestigkeit für den Lizenznehmer lediglich ein unbeeinflussbarer, mittelbarer Vorteil, der von der Finanzierungspraxis des Lizenzgebers abhängt und daher für den Lizenznehmer auch nur schwer nachprüfbar ist.<sup>544</sup> Die Existenz der Vorschrift des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO und deren Anwendbarkeit auf Lizenzverträge wird jedoch zum Anlass genommen, eine an den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO orientierte Vertragsgestaltung vorzuschlagen, um dadurch die Fortdauer des Lizenzvertrags in der Insolvenz des Lizenzgebers zu garantieren.<sup>545</sup> Eine Gestaltung des Lizenzvertrags an den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO wird jedoch in der Regel nicht den Interessen der Vertragsparteien eines üblichen Lizenzvertrags entsprechen. Bereits die Tatsache, dass ein Dritter in die vertraglichen Beziehungen einbezogen werden muss, könnte die Vertragsparteien von dieser Vertragsgestaltung abhalten.<sup>546</sup> Im Ergebnis wird sich der Aufwand, den eine Sicherungsübertragung des Immaterialguts und die Sicherungsabtretung der Lizenzgebührenansprüche mit sich bringen, nur dann wirklich rechtfertigen, wenn tatsächlich eine fremdfinanzierte Erfindung oder ein fremdfinanziertes Schutzrecht oder Urheberrecht Gegenstand des Lizenzvertrags ist. Eine künstliche Herbeiführung der Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO erscheint als nicht empfehlenswert.<sup>547</sup>

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Lizenzvertrag unter den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO in der Insolvenz des Lizenzgebers insolvenzfest ist; jedoch in den aller wenigsten Fällen zur Insolvenzfestigkeit eines üblichen Lizenzvertrages führen wird.

---

<sup>543</sup> *Eckert*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 108 Rn. 8; *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 14; *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlg., Stand November 2012, § 108 Rn. 4; *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 10; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 65.

<sup>544</sup> *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 10; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 65, 66; *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 108 Rn. 4.

<sup>545</sup> *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003, S. 197 ff.; *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 108 Rn. 7; *Wallner*, Die Insolvenz des Urhebers – Unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur Überlassung von Software, 2002, S. 181 ff.; *Brandt*, NZI 2001, 337 (341); *Abel*, NZI 2003, 121 (127); *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 141 ff., die eine solche Vertragsgestaltung für die Mehrzahl der Lizenzverträge im Ergebnis jedoch als nicht empfehlenswert einordnet.

<sup>546</sup> So auch: *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 148.

<sup>547</sup> In diese Richtung auch: *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 148.

#### 4. Anwendbarkeit des § 103 InsO auf Lizenzverträge

Nachdem – mit Ausnahme von § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO – keine der Sondervorschriften der §§ 104 ff. InsO – nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur auf den Lizenzvertrag Anwendung findet, ist im Folgenden dessen Anwendbarkeit auf § 103 InsO und ggf. deren Folgen zu untersuchen.

§ 103 Abs. 1 InsO setzt einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseitig noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag voraus. Wie bereits an früherer Stelle dargestellt, würde eine etwaige Anwendbarkeit des § 103 InsO nicht zur Insolvenzfestigkeit des Lizenzvertrags führen, da dem Insolvenzverwalter ein einseitiges Wahlrecht bezüglich der weiteren Erfüllung des Lizenzvertrags eingeräumt wird. Aufgrund der Existenz des § 103 InsO unterliegt ein beiderseitig noch nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Vertrag nicht den allgemeinen Konsequenzen der Insolvenzeröffnung, die nach überwiegender Meinung dazu führen würden, dass der Insolvenzverwalter den vom Schuldner erworbenen Anspruch zur Masse ziehen könnte; der andere Teil müsste somit seine Leistung vollständig erbringen, hätte aber selbst wegen § 38 InsO nur eine teilweise Befriedigung zu erwarten.<sup>548</sup> Diese Konsequenz vermeidet § 103 InsO. Er setzt vielmehr das Synallagma des gegenseitigen Vertrages auch in der Insolvenz fort.

Um der Vorschrift des § 103 Abs. 1 InsO zu unterfallen, müsste der Lizenzvertrag einen gegenseitigen Vertrag darstellen, der vor Verfahrenseröffnung noch von keiner der Vertragsparteien vollständig erfüllt worden ist.

##### a) Gegenseitiger Vertrag

Der Begriff „gegenseitiger Vertrag“ in § 103 Abs. 1 InsO ist in demselben Sinn zu verstehen wie bei §§ 320 ff. BGB.<sup>549</sup> Es ist somit ein vollkommen zweiseitiger Vertrag notwendig, im Rahmen dessen sich die Hauptleistungspflichten nach den

---

<sup>548</sup> BGHZ 106, 236 (243); *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 34 Rn. 8; *Kroth*, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 103 Rn. 2; *Hess*, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 3; *Rendtorff*, Der beiderseitig nicht vollständig erfüllte Vertrag in der Insolvenz (§ 17 KO und §§ 103, 105 sowie 107 InsO), 2004, S. 39; a. A. diejenigen, die der Zug-um-Zug-Einrede aus § 320 BGB auch ohne den Vorschriften der §§ 103 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO und die damit einhergehende Aufwerdung der Gläubigerforderung zur Masseverbindlichkeit, so dass auch der Insolvenzgläubiger ohne die synallagmatische Gegenleistung des Insolvenzverwalters nicht zu leisten bräuchte, so: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 2.12 ff.; *Kreft*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 17.

<sup>549</sup> *Huber*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 55; *Kroth*, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 103 Rn. 9; *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 103 Rn. 5; *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 103 Rn. 5.

Parteiwillen wechselseitig bedingen bzw. in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen (sog. Synallagma).<sup>550</sup>

Der Lizenzvertrag ist regelmäßig ein gegenseitiger Vertrag.<sup>551</sup> Hier korreliert die Verpflichtung des Lizenzgebers zur Nutzungsrechtseinräumung mit der Pflicht des Lizenznehmers zur Zahlung der Lizenzgebühr.<sup>552</sup>

#### b) Beiderseitige Nichterfüllung

Weitere Voraussetzung für die Anwendung des § 103 InsO ist, dass der Lizenzvertrag weder vom Lizenzgeber noch vom Lizenznehmer zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vollständig erfüllt wurde.

#### aa) Allgemeine Voraussetzungen zur beiderseitigen Nichterfüllung

Erfüllung im Sinne der Vorschrift wird angenommen, wenn der vertraglich geschuldete Leistungserfolg eingetreten ist, nicht bereits dann, wenn die entsprechenden Leistungshandlungen vorgenommen wurden.<sup>553</sup> Von einer beiderseitigen Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrags ist zweifelsohne in den Fällen auszugehen, in denen die synallagmatischen Hauptleistungspflichten noch ausstehen.<sup>554</sup> Hat eine Partei oder haben beide Parteien letztere bereits erbracht, lässt die Rechtsprechung und überwiegende Meinung im Schrifttum für die Anwendbarkeit des § 103 InsO auch die beiderseitige nicht vollständige Erfüllung von Nebenpflichten genügen.<sup>555</sup> Einige Stimmen in der Literatur stellen demgegenüber nur auf noch

<sup>550</sup> *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlg., Stand November 2012, § 103 Rn. 13; *Zenner*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Auflage, § 103 Rn. 9; *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 103 Rn. 5.

<sup>551</sup> *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, 2001, § 1 II (S. 12); *Grützmacher*, CR 2006, 289 (289); *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (327); *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 37; *Pablow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 256; *Nirk*, GRUR 1970, 329 (330); *Schmoll/Hölder*, GRUR 2004, 743 (747).

<sup>552</sup> *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 42; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 31.

<sup>553</sup> BGHZ 87, 156 (162); *OLG Naumburg*, ZinsO 2002, 677 (678); *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 34 Rn. 22; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 59; *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 103 Rn. 28; *Marotzke*, in: HK-InsO, 4. Auflage, § 103 Rn. 25.

<sup>554</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 58.

<sup>555</sup> BGH, NJW 1983, 1619; BGH, NJW 1972, 875; *Huber*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, § 34 Rn. 22; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 58; *Wegener*, in: FK-InsO, 4. Auflage, § 103 Rn. 35; *Abrendt*, in: Smid, Hamburger Kommentar zur InsO, 4. Auflage, § 103 Rn. 12; *Huber*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 123; *Andres*, in: Andres/Leithaus, InsO, 3. Auflage, § 103 Rn. 16; *Kroth*, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 103 Rn. 20; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 33; *Grützmacher*, CR 2006, 289 (290); *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 4.100.

nicht vollständig erfüllte synallagmatische Hauptpflichten ab.<sup>556</sup> Letzterer Ansicht kann jedoch nicht überzeugen, da ein Hauptzweck des § 103 InsO ist, dem Verwalter die Möglichkeit zu geben, durch die Erfüllung von bestimmten Verträgen, die Masse zu stärken.<sup>557</sup> Das setzt aber voraus, dass der Verwalter die Wahl hat, den Vertrag zu erfüllen und damit auch Nebenpflichten einzufordern, gerade in dem Fall, wenn diese einen Wertzuwachs für die Masse bedeuten.<sup>558</sup> An dem Umstand des Wertzuwachses für die Masse – mithin am Normzweck – muss daher die Entscheidung für oder gegen eine Erfüllung getroffen werden, nicht an der rechtlichen Einordnung der Leistung als Haupt- oder Nebenpflicht.<sup>559</sup> Aus denselben soeben dargelegten Gründen muss es sich bei den noch ausstehenden Nebenpflichten auch nicht um synallagmatische Pflichten handeln.<sup>560</sup> Zudem erfordert auch der Gesetzeswortlaut nicht, dass die Pflichten in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Sie dürfen in Anbetracht des Normzwecks jedoch nicht völlig unbedeutend sein, wobei § 103 InsO auch dann noch anwendbar ist, wenn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wegen Geringfügigkeit gemäß § 320 Abs. 2 BGB ausgeschlossen wäre.<sup>561</sup>

#### bb) Keine vollständige Erfüllung durch Lizenzgeber

Die Beurteilung der Frage, wann der Lizenzgeber seine Pflichten aus dem Lizenzvertrag vollständig erfüllt hat, fällt nicht einheitlich aus.

##### (1) Lizenzvertrag im engeren Sinn

Zunächst soll die Situation beim Lizenzvertrag im engeren Sinne als einem pachtähnlichen Dauerschuldverhältnis, bei dem der Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers, die in der zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassung des Immaterialguts

---

<sup>556</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Rn. 20.15; Tintelnot, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 103 Rn. 37; wohl auch: Kellenter, in: FS für Tilmann, 2003, S. 807 (818).

<sup>557</sup> Grützmacher, CR 2006, 289 (290).

<sup>558</sup> Grützmacher, CR 2006, 289 (290); Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 103 Rn. 33.

<sup>559</sup> Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlg., Stand: August 2012, § 103 Rn. 33; Huber, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 123.

<sup>560</sup> BGHZ 58, 246 ff.; Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 4.100; Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 58; Huber, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 123; Hoffmann, ZinsO 2003, 732 (738); Klauze, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 34 f.; Hoffmann, ZinsO 2003, 732 (738); a. A.: LG Hamburg, NJW 2007, 3215 (3216); Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Rn. 20.15; Tintelnot, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 103 Rn. 37; zur KO: Henkel, in: Jaeger, KO, 9. Auflage, § 17 Rn. 7.

<sup>561</sup> BGH, NJW 1972, 875; Huber, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 123; Kroth, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 103 Rn. 22; Klauze, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 32 f.; Berger, CR 2006, 505 (506).

besteht, die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Zahlung eines für bestimmte Zeitperioden zu entrichtendes Entgelt gegenüber steht<sup>562</sup>, betrachtet werden.

Bei einem Lizenzvertrag im engeren Sinn wurde bisher überwiegend mit dem Hinweis, der Lizenzvertrag sei ein Dauerschuldverhältnis bzw. ein pachtähnlicher Vertrag mit permanenten Pflichten des Lizenzgebers zur Nutzungsrechtseinräumung, Nutzungsrechtsgewährung, Nutzungsrechtsbelassung, Nutzungsrechtserhaltung oder Gebrauchsgewährung angenommen, dass der Vertrag typischerweise dauerhaft unerfüllt und erst mit seiner Beendigung seitens des Lizenzgebers vollständig erfüllt sei.<sup>563</sup> Das gilt sowohl für den Lizenzvertrag dem eine schuldrechtliche Lizenz als auch eine dingliche Lizenz zugrunde liegt.<sup>564</sup> Im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 26.03.2009 – *Reifen Progressiv*,<sup>565</sup> in dem er festgestellt hat, dass das einfache urheberrechtliche Nutzungsrecht dinglichen Charakter hat und daher der Lizenzgeber dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht nicht während der Dauer des Lizenzverhältnisses fortwährend in seinem Bestand vermitteln muss, wird wohl die Begründung der Nichterfüllung i. S. d. § 103 InsO bei der dinglichen Lizenz mit einer permanenten Nutzungsrechtseinräumungspflicht des Lizenzgebers nicht mehr haltbar sein. Der BGH hat sich vielmehr dafür entschieden, dass der Lizenzeinräumungsakt ein einmaliger Einräumungsakt ist. Hiermit folgt er einer bereits in der Literatur vertretenen Ansicht<sup>566</sup>, der Lizenzeinräumungsakt sei zumindest bei der dinglichen Lizenz ein einmaliger Einräumungsakt.

<sup>562</sup> Zum Begriff: 2. Teil II. 1.

<sup>563</sup> *LG München I*, GRUR-RR 2912, 142 (143): wenn der Lizenzvertrag als (pachtähnliches) Dauerschuldverhältnis einzuordnen ist; *KG*, ZIP 2012, 990 (992); *LG Mannheim*, ZIP 2004, 576 (577); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (661); *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (493, 44); *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (433): wenn ein klassischer Lizenzvertrag vorliegt; *Slopek*, WRP 2010, 616 (617); *Dieselborst*, CR 2010, 69 (74); *McGuire*, GRUR 2009, 13 (17); *Pablow*, WM 2008, 2041 (2043); *Heim*, NZI 2008, 338 (339); *Trips-Hebert*, ZRP 2007, 225 (226); *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79 (83); *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006 Rn. 1127; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 36; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 39; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 50, 54; *Ingerl/Rohneke*, MarkenG, 3. Auflage, § 29 Rn. 17; *Huber*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 76; *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 103 Rn. 18; *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7 (13); *Brauer/Sopp*, ZUM 2004, 112 (119); *Stöckelbrock*, WM 2004, 549 (558); *Adolphsen*, DZWIR 2003, 228 (229); *Abel*, NZI 2003, 121 (124); *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732 (738); (119); *Brandt*, NZI 2001, 337 (340); *Frentz/Marrder*, ZUM 2001, 761 (769); *Hausmann*, ZUM 1999, 914 (915, 923); *Bork*, NZI 1999, 337 (338); *Nordemann*, GRUR 1970, 174 (175); a. A.: *von Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1246); *Scholz*, GRUR 2009, 1107 (1111).

<sup>564</sup> Teilweise wird angenommen, dass der Lizenzvertrag, dem eine dingliche Lizenz zugrunde liegt, durch deren Einräumung seitens des Lizenzgebers vollständig erfüllt ist, so etwa: *Stöckel/Brandt-Dobrn*, CR 2011, 553 (559); *v. Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (121246 ff.); *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830 (833 ff.).

<sup>565</sup> BGHZ 180, 344 ff. – *Reifen Progressiv*.

<sup>566</sup> *Stöckel/Brandt-Dobrn*, CR 2011, 553 (559); *v. Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1246 ff.); *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830 (833 ff.); *Bausch*, NZI 2005, 289 (293 f.).

Wie an früherer Stelle ausgeführt,<sup>567</sup> treffen den Lizenzgeber aber dennoch regelmäßig auch bei der dinglichen Lizenz nach der Lizenzeinräumung noch vertragliche Dauerverpflichtungen, etwa die Dauerverpflichtung zur Nutzungsrechtsbelassung und Nutzungsrechtserhaltung<sup>568</sup> sowie die allgemeine Dauerverpflichtung zur tatsächlichen Sicherstellung der Nutzungsmöglichkeit an der eingeräumten Lizenz und andere Nebenpflichten treffen, die eine vollständige Erfüllung des Lizenzvertrags verhindern.<sup>569</sup>

Es ist daher davon auszugehen, dass trotz des Urteils des BGH vom 26.03.2009 – *Reifen Progressiv*,<sup>570</sup> auch zukünftig der Lizenzvertrag im engeren Sinn unabhängig davon, ob durch ihn eine schuldrechtliche oder dingliche Lizenz eingeräumt wird, bis zu seiner Beendigung als vom Lizenzgeber nicht vollständig erfüllt angesehen wird.<sup>571</sup> Dieser Befund wird durch das Urteil des BGH vom 19.07.2012 – *Reifen Progressiv*,<sup>572</sup> bestätigt. Dort geht er in seinem obiter dictum davon aus, dass der Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist, das unter § 103 Abs. 1 InsO fällt.<sup>573</sup>

## (2) Lizenzvertrag im weiteren Sinne

Mit Lizenzvertrag im weiteren Sinne werden die Verträge bezeichnet, bei denen einem Vertragspartner ein Nutzungsrecht an einem Immaterialgut gewährt wird, ohne dass mit dieser Kategorisierung eine Festlegung auf einen bestimmten Vertragstypus erfolgt.<sup>574</sup> Hierunter fallen etwa sog. „outright“ oder „buy out“ Verträge, bei denen das Nutzungsrecht gegen einen Festpreis für alle Zeiten und alle Gebiete überlassen wird. Die dauerhafte Überlassung von Software gegen ein Einmalgelt (Massenlizenzierung) wird auch hierunter gefasst. Vertragstypologisch werden diese Verträge in der Regel als Kaufverträge oder Werkverträge eingeordnet.<sup>575</sup> Letzteres zeigt, dass hier das für die Anwendbarkeit § 103 InsO ausschlaggebende Element der Dauerverpflichtung zweifelhaft ist.

Eine beachtliche und im Vordringen befindliche Auffassung geht daher davon aus, dass es sich hier um vollständig erfüllte Verträge handelt und das Verwalter-

<sup>567</sup> Hierzu: 2. Teil II. 1.

<sup>568</sup> *Abel*, NZI 2003, 121 (124); *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 30; *von Hartlieb*, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 3. Auflage, 112. Kap. Rn. 1; *v. Frenztz/Marrder*, ZUM 2001, 761 (769); *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7 (13).

<sup>569</sup> *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (74); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (661); a. A.: *v. Frenztz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1246); *ders.*, ZUM 2012, 886 (886, 887); *Scholz*, GRUR 2009, 1107 (1111); *Klawitter*, GRUR-Prax 2012, 425 (428).

<sup>570</sup> BGHZ 180, 344 ff. – *Reifen Progressiv*.

<sup>571</sup> Hierzu insbesondere: *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 36) – *M2Trade*, wo der BGH davon ausgeht, dass ein Lizenzvertrag unter die Vorschrift des § 103 InsO fällt.

<sup>572</sup> *BGH*, MMR 2012, 684 ff. – *M2Trade*.

<sup>573</sup> *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26) – *M2Trade*, so auch: *Esser*, FD-InsR 2012, 336622.

<sup>574</sup> Hierzu bereits Pkt. 2. Teil, II. 1.

<sup>575</sup> Etwa: die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware oder die dauerhafte Überlassung von Individualsoftware.

wahrscheinlich gemäß § 103 Abs. 1 InsO keine Anwendung findet.<sup>576</sup> Im Bereich der dauerhaften Überlassung von Software (Softwareerwerb) wird die Unanwendbarkeit des § 103 InsO insbesondere damit begründet, dass in Bezug auf das erforderliche urheberrechtliche Nutzungsrecht oft gar kein Lizenzvertrag (Dauerschuldverhältnis) begründet wird; das Recht des Erwerbers zur Nutzung des Urheberrechts folgt vielmehr aus dem Gesetz, nämlich aus § 69d UrhG, soweit der Erwerber das Computerprogramm nicht über die in § 69d UrhG ihm zustehenden Nutzungsmöglichkeiten nutzen möchte.<sup>577</sup> Der Softwareerwerb sei daher ein reines Austauschgeschäft.<sup>578</sup>

Die letztgenannte Ansicht hat sich aber keineswegs bisher durchgesetzt. Die Gegenansicht sieht auch Lizenzverträge im weiteren Sinne als zumindest vom Lizenzgeber bis zu seiner Beendigung als nicht vollständig erfüllt an, weil der Lizenzgeber – unabhängig von der schuldrechtlichen Einordnung als Austauschverhältnis (Kaufvertrag) das Nutzungsrecht während der Vertragslaufzeit dem Lizenznehmer auch belassen muss.<sup>579</sup> Nach dieser Ansicht fallen sämtliche Nutzungsverträge über Immaterialgüter unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung unter § 103 InsO.

Im Ergebnis ist das Problem, ob ein Lizenzvertrag im weiteren Sinn unter die Vorschrift des § 103 InsO fällt zum einen eine Fortsetzung der Frage, ob der Begriff des Lizenzvertrags nur auf Dauerschuldverhältnisse mit den lizenztypischen Elementen zu beschränken ist oder nicht.<sup>580</sup> Diese Frage ist damit zu beantworten, dass eine solche Begriffsbeschränkung vorzunehmen ist.<sup>581</sup>

Zum anderen geht es auch um die Frage, ob der schuldrechtlichen Einordnung des betreffenden Vertrages (kaufvertragsähnlich) oder der insolvenzrechtlichen Sichtweise der Vorrang einzuräumen ist. Letztere steht unter der Prämisse der Stärkung des Verwalterwahlrechts, des Schutzes der Insolvenzmasse und der

<sup>576</sup> *OLG München*, Urt. v. 25.7.2013 – 6 U 541/12, NZI 2013, 889 (901 f.); *LG München*, Urt. v. 21.8.2014 – 7 O 11811/12 (2), BeckRS 2014, 16898; *LG München I*, GRUR-RR 2012, 142 (143); *LG München I*, ZUM-RD 2007, 498 (502 f.); *LG München I*, NJW 2007, 3215 (3216 f.); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (662 f.); *ders.* GRUR 2009, 13 (20); *Bullinger/Hermes*, NZI 2012, 492 (463); *Schmid*, GRUR-Prax 2012, 75 (Pkt. IV. 1.); *Esser*, FD-InsR 2012, 336622; *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (433, 434); *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 43; *Wallner*, Die Insolvenz des Urhebers – Unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur Überlassung von Software, 2002, S. 172; *Grützmacher*, CR 2006, 289 (290); *Plath*, CR 2005, 613 (614 f.); *v. Frentz/Marrder*, ZUM 2001, 761 (769); *Berger*, CR 2006, 505 (507); *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1133 f.

<sup>577</sup> *McGuire*, GRUR 2012, 657 (662); *ders.* GRUR 2009, 13 (20); *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (433); wohl auch: *Berger*, CR 2006, 505 (507).

<sup>578</sup> *McGuire*, GRUR 2012, 657 (662); *ders.* GRUR 2009, 13 (20).

<sup>579</sup> *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 103 Rn. 62; *Brauer/Sopp*, ZUM 2004, 112 (119); *Abel*, NZI 2003, 121 (124); *Zeisig*, Mitt. 2001, 240 (241); *Stickelbrock*, WM 2004, 549 (558); *Hausmann*, ZUM 1999, 914 (923); *Brandt*, NZI 2001, 337 (340).

<sup>580</sup> Hierzu: 2. Teil II. 4.

<sup>581</sup> Hierzu: 2. Teil II. 4.



Gläubigergleichbehandlung.<sup>582</sup> Aus insolvenzrechtlicher Sicht wird daher versucht, – soweit möglich – sämtliche Verträge, infolge derer noch ein Massezuwachs zu erwarten ist, dem Verwalterwahlrecht des § 103 InsO zu unterstellen.

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente dafür, den Anwendungsbereich der Vorschrift des § 103 InsO auf tatsächliche Dauerschuldverhältnisse bei denen nicht auf gekünstelte Art und Weise ein simples Austauschschuldverhältnis in ein Dauerschuldverhältnis verkehrt wird, zu beschränken. Bereits im Hinblick auf den verfassungsrechtlich anerkannten Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung<sup>583</sup> (Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung) ist schwer erklärbar, weshalb ein als Kaufvertrag einzuordnender Vertrag im Insolvenzrecht als Dauerschuldverhältnis anzusehen sein soll. Nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist darauf zu achten, dass sich die Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen „tunlichst“ zu einem widerspruchsfreien Ganzen zusammenfügt.<sup>584</sup> Wird ein und derselbe Vertrag etwa im Rahmen der Bestimmung des anwendbaren Gewährleistungsrechts als Kaufvertrag und für die Zwecke des Insolvenzverfahrens als Dauerschuldverhältnis eingeordnet, kann jedoch nicht von einer Rechtsordnung als widerspruchsfreies ganzes Regelungswerk gesprochen werden.

#### cc) Keine vollständige Erfüllung durch Lizenznehmer

Die Anwendbarkeit des Verwalterwahlrechts setzt weiterhin voraus, dass der Lizenzvertrag auch durch den Lizenznehmer im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht vollständig erfüllt ist. Unproblematisch ist diese Voraussetzung gegeben, soweit der Lizenznehmers noch zur Zahlung von (monatlichen) Lizenzgebühren verpflichtet ist. Auch eine etwaige Lizenzausübungspflicht verhindert die Annahme einer vollständigen Erfüllung des Lizenzvertrags seitens des Lizenznehmers. Gleiches gilt für die Verpflichtung, das dingliche Nutzungsrecht zum Ende der Lizenzvertragslaufzeit wieder an den Lizenzgeber zurückzugeben.<sup>585</sup>

#### c) Folgen der Anwendbarkeit des § 103 Abs. 1 InsO

Findet die Vorschrift des § 103 InsO auf den Lizenzvertrag Anwendung – was in den überwiegenden Fällen anzunehmen ist – werden die gegenseitigen Erfüllungsansprüche mit Verfahrenseröffnung undurchsetzbar.<sup>586</sup> Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verfügt der Verwalter sodann über das Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO, ob er den Lizenzvertrag anstelle des Schuldners (der Lizenzgeber

---

<sup>582</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 1 ff.

<sup>583</sup> *Rühlbers/Fischer*, Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Auflage, 2010, Rn. 147.

<sup>584</sup> *BGHSt* 13, 102 (117).

<sup>585</sup> *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1132.

<sup>586</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 495.

oder Lizenznehmer ist) erfüllt und vom anderen Teil Erfüllung verlangt oder, ob der der Lizenzvertrag nicht erfüllt.

#### aa) Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter

Wählt der Insolvenzverwalter anstelle des insolventen Lizenzgebers oder Lizenznehmers die Erfüllung des Lizenzvertrages werden die gegenseitigen Erfüllungsansprüche wieder durchsetzbar.<sup>587</sup> Der Gegenleistungsanspruch des Vertragspartners (im Falle der Insolvenz des Lizenzgebers: Nutzungsrecht am Immaterialgut; im Falle der Insolvenz des Lizenznehmers: etwa der Entgeltanspruch) wird – soweit er den Zeitraum nach der Verfahrenseröffnung betrifft –<sup>588</sup> zu einer Massenforderung aufgewertet, (§§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, 105 S. 1 InsO.<sup>589</sup> Nach Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters wird der Lizenzvertrag entsprechend der Vereinbarungen der Parteien durchgeführt bzw. fortgesetzt.<sup>590</sup> Es ändert sich daher für den Vertragspartner des insolventen Lizenzgebers oder Lizenznehmers grundsätzlich nichts.

#### bb) Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter

Bei den Wirkungen der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Lizenzgebers ist zwischen deren Wirkungen auf den Lizenzvertrag und deren Wirkungen auf das den Lizenznehmer eingeräumte Nutzungsrecht zu unterscheiden.

##### (1) Wirkungen der Nichterfüllungswahl auf den Lizenzvertrag

Wählt der Insolvenzverwalter anstelle des insolventen Lizenzgebers die Nichterfüllung des Lizenzvertrages ändert sich nach der jüngerer Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Ansicht in der Literatur nichts an der mit Verfahrenseröffnung eingetretenen Rechtslage: der Lizenzvertrag bleibt bestehen; die gegenseitigen Erfüllungsansprüche bleiben undurchsetzbar.<sup>591</sup> Der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters kommt insbesondere keine materiell-rechtliche Gestaltungswirkung in Bezug auf den Lizenzvertrag zu; er wird nicht beendet oder

<sup>587</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 132; vgl. auch eingehend zu den Folgen der Erfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO: 4. Teil V. 2. c) aa) (2) (a) (aa).

<sup>588</sup> Zur Anwendbarkeit des § 105 InsO auf Lizenzverträge, ausführlich: *Berger*, Insolvenzschatz für Markenlizenzen, 2006, S. 50 ff.

<sup>589</sup> *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 82.

<sup>590</sup> *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (559).

<sup>591</sup> BGH, ZinsO 2002, 577 ff; BGH, NZI 2006, 229 ff.; KG, ZIP 2012, 990 (992); *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 157; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 1151; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 50.

sonst umgestaltet, sog. Suspensivtheorie.<sup>592</sup> Eine materiell-rechtliche Gestaltungswirkung in Bezug auf den Lizenzvertrag kommt erst der Anmeldung der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung gemäß § 103 Abs. 2 InsO zur Insolvenztabelle gemäß § 174 Abs. 1 Satz 1 InsO durch die jeweilig betroffene Partei des Lizenzvertrags zu.<sup>593</sup> Erst, wenn der Vertragspartner des insolventen Schuldners seine Forderung zur Insolvenztabelle anmeldet, werden die Erfüllungsansprüche in einen einseitigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umgewandelt; die gegenseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen.<sup>594</sup> Letzteres bedeutet jedoch auch, dass bei Ausbleiben einer Forderungsanmeldung durch den Vertragspartner des Insolvenzschuldners der Lizenzvertrag – trotz Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter – für die die Zeit des Insolvenzverfahrens undurchsetzbar, aber bestehen bleibt, mit der Folge, dass die gegenseitigen Ansprüche nach Beendigung des Insolvenzverfahrens wieder geltend gemacht werden können.<sup>595</sup>

## (2) Wirkungen der Nichterfüllungswahl auf das eingeräumte Nutzungsrecht

Große wirtschaftliche Bedeutung kommt der Frage zu, welche Wirkungen die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Lizenzgebers auf das dem Lizenznehmer (in der Regel) dinglich eingeräumte Nutzungsrecht hat.

Im Ergebnis geht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass der Lizenznehmer nach erfolgter Nichterfüllungswahl nicht mehr berechtigt ist, die Lizenz zu nutzen.<sup>596</sup> Als Begründungsansatz kommt zum einen ein automatischer Rückfall des Nutzungsrechts an den Lizenzgeber in Folge der Nichterfüllungswahl oder zum anderen ein bereicherungsrechtlicher oder vertrag-

---

<sup>592</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 157; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006, S. 82, 83.

<sup>593</sup> *BFH*, DStRE 2007, 433 (434); *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 161; *Kellenter*, in FS für Tilmann, S. 807 (811); *Hoffmann*, ZinsO 2003, 732 (739); *Frentz/Marrder*, ZUM 2003, 94 (103); *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 48 f.

<sup>594</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 161.

<sup>595</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 159; Diese Aussage setzt aber voraus, dass es sich nicht um ein Verbraucherinsolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung handelt. Soweit Letzteres nicht der Fall ist, muss der Insolvenzschuldner, soweit es sich um eine juristische Person handelt, noch existieren, d. h. er darf in Folge des Insolvenzverfahrens nicht aufgelöst und gelöscht worden sein.

<sup>596</sup> *LG Mannheim*, CR 2004, 811 (814); *Berger*, NZI 2006, 380 (380 f.); *ders.* CR 2006, 505 (507); *McGuire/ v. Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682 (692, 693); *Stickelbrock*, WM 2004, 549 (559 f.); *Smid/Lieder*, DZWIR 2005, 7 (16); *Brauer/Sopp*, ZUM 2004, 112 (120); *Oeter/Ruttig*, ZUM 2003, 611 (619); *Abel*, NZI 2003, 121 (126 ff.); *Brandt*, NZI 2001, 337 (340); *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 80 ff.; *Hausmann*, ZUM 1999, 914 (923).

licher Anspruch des Lizenzgebers auf Rückübertragung des Nutzungsrechts in Betracht. Beide Begründungsansätze werden bis heute vertreten.<sup>597</sup>

Die Frage der Wirkungen der Nichterfüllungswahl auf das eingeräumte Nutzungsrecht könnte zwischenzeitlich durch die BGH Entscheidung „M2Trade“ höchststrichterlich geklärt sein. An früherer Stelle<sup>598</sup> wurde ausgeführt, dass der BGH in der Entscheidung „M2Trade“ aus Juli 2012<sup>599</sup> unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>600</sup> entschieden hat, dass mit dem Wegfall des Lizenzvertrages auch das eingeräumte Nutzungsrecht an den Urheber zurückfällt, ohne dass es einer gesonderten Rückübertragung bedarf. Damit hat sich der BGH der herrschenden Meinung angeschlossen, dass im Urhebervertragsrecht nicht das Abstraktionsprinzip zwischen schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und dinglichen Verfügungsgeschäft, sondern das Kausalitätsprinzip gilt.<sup>601</sup> In Anbetracht dessen, dass der BGH ohne sachlichen Zwang weiter feststellt,<sup>602</sup> dass auch im gewerblichen Rechtsschutz stets davon ausgegangen wird, dass das dem Lizenznehmer eingeräumte Recht mit der Beendigung des Lizenzvertrags an den Lizenzgeber zurückfällt, gelten seine Ausführungen auch für Lizenzverträge über gewerbliche Schutzrechte. Der Entscheidung des BGH in Sachen „M2Trade“ lag allerdings ein Sachverhalt zugrunde,<sup>603</sup> in dem der Lizenzvertrag durch Kündigung tatsächlich beendet wurde.

Die Nichterfüllungswahl führt unter Anwendung der seit 2002 herrschenden Suspensivtheorie<sup>604</sup> jedoch gerade nicht zum Wegfall bzw. zur Beendigung des Lizenzvertrags. Er besteht vielmehr fort, wobei jedoch die gegenseitigen Ansprüche für die Zeit des Insolvenzverfahrens undurchsetzbar sind.<sup>605</sup>

Da der BGH-Entscheidung „M2Trade“ ein tatsächlich beendeter Lizenzvertrag zugrunde lag, erscheint es eher fraglich, ob diese Entscheidung auch im Falle der Nichterfüllungswahl für das Schicksal des Nutzungsrechts im Sinne eines automatischen Rückfalls zum Lizenzgeber herangezogen werden kann. Im Rah-

<sup>597</sup> Für den automatischen Rückfall des Nutzungsrechts bei Nichterfüllungswahl: *LG Mannheim*, CR 2004, 811 (814); *Brauer/Sopp*, ZUM 2004, 112 (120); *Schmoll/Hölder*, GRUR 2004, 743 (747); *Wente/Härle*, GRUR 1997, 96 (98); für einen bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch: *Abel*, NZI 2003, 121 (126); *Stichelbrock*, WM 2004, 549 (560); *Wallner*, NZI 2002, 70 (73); *Adolphsen*, DZWIR 2003, 228 (231); *Oeter/Rutting*, ZUM 2003, 611 (618); a. A.: vertragsrechtlicher Rückübertragungsanspruch, vgl. hierzu: *v. Frenztz/Marrder*, ZUM 2003, 94 (103).

<sup>598</sup> 2. Teil I. 4. b).

<sup>599</sup> *BGH*, MMR 2012, 684 (685 Rn. 17 ff.) – M2Trade.

<sup>600</sup> Aufgabe von BGHZ 27, 90 (95 f.) – Privatsekretärin.

<sup>601</sup> Zur Begründung: 2. Teil I. 4. b).

<sup>602</sup> *BGH*, MMR 2012, 684 (685 Rn. 20) – M2Trade.

<sup>603</sup> Zum Sachverhalt der BGH-Entscheidung „M2Trade“: 1. Teil III. 2. b).

<sup>604</sup> *BGH*, ZinsO 2002, 577 ff.; *BGH*, ZinsO 2003, 607 ff.; *BGH*, ZinsO 2006, 429 ff.; *BGH*, NZI 2006, 229 ff.; ZIP 2007, 78 ff.

<sup>605</sup> Anders noch die bis 2002 herrschende Erlöschentheorie, nach der der Lizenzvertrag durch die Nichterfüllungswahl beseitigt wurde und das Nutzungsrecht an den Lizenzgeber zurück fiel.

men eines obiter dictums in der Entscheidung<sup>606</sup> setzte der BGH jedoch die Interessenlage eines Unterlizenznehmers im Falle der Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers mit der Interessenlage des Unterlizenznehmers bei Kündigung des Hauptlizenzvertrags (durch den Lizenzgeber) gleich. Auch im Falle der Nichterfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO des Hauptlizenzvertrags durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers bestünde der für das Bestehenbleiben der Unterlizenz bei Erlöschen der Hauptlizenz ausschlaggebende Bereicherungsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer. Diesen Ausführungen ist immanent, dass der BGH auch im Falle der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers gemäß § 103 Abs. 1 InsO – trotz Nichtbeendigung des Lizenzvertrags – von einem automatischen Erlöschen des Nutzungsrechts beim Hauptlizenznehmer ausgegangen sein muss.<sup>607</sup> Die Gleichsetzung dieser beiden Interessenlagen wäre andernfalls nicht erklärbar. Ein Bereicherungsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer aufgrund des Bestehenbleibens der Unterlizenz trotz Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags – den der BGH in seinem obiter dictum anführt und dessen dogmatische Haltbarkeit an späterer Stelle untersucht werden soll<sup>608</sup> – kann nur dann bestehen, wenn das Nutzungsrecht wieder der alleinigen Verwertung durch den Hauptlizenzgeber zugewiesen ist. Der Hauptlizenznehmer würde andernfalls nicht in eine von § 812 Abs. 1 Satz BGB geschützte Rechtsposition des Lizenzgebers eingreifen. Letzteres setzt jedoch voraus, dass das Nutzungsrecht des Hauptlizenznehmers durch die Nichterfüllungswahl erloschen und automatisch an den Hauptlizenzgeber zurück gefallen ist.

Für den automatischen Rückfall des Nutzungsrecht bei Beendigung des Lizenzvertrags führte der BGH insbesondere die große Bedeutung, die das Verpflichtungsgeschäft für das Verfügungsgeschäft bei der Lizenzierung habe an.<sup>609</sup> Aufgrund der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten und dem Fehlen vorgeformter gesetzlicher Typen erfahre die Verfügung erst durch den schuldrechtlichen

---

<sup>606</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26); der konkrete Wortlaut des obiter dictums wurde bereits unter 1. Teil III. 2. b) ausgeführt.

<sup>607</sup> In diese Richtung auch: *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1794), wenn sie ausführen: „(...) geht der BGH wie selbstverständlich (...) von einer Anwendung des § 103 InsO auf Lizenzverträge aus, womit spätestens im Fall der Ausübung des Wahlrechts der Nichterfüllung hierunter erteilte Lizenzen erlöschen (...)“; a. A.: *v. Frenztz/Masch*, ZUM 2012, 886 (888), die der Ansicht sind, dass sich die Ausführungen des BGH zum Bereicherungsanspruch im obiter dictum nur auf den ohnehin unzulässigen Fall der „gespaltenen Erfüllungswahl“ des Insolvenzverwalters beziehen; sonstige Schlussfolgerung könnten hieraus nicht gezogen werden. Wahr ist, dass sich die Ausführungen des BGH im obiter dictum auf den Fall der „gespaltenen Erfüllungswahl“ beziehen. Den Ausführungen ist aber nicht zu entnehmen, dass sie nur auf diesen Fall zu beschränken sind.

<sup>608</sup> 4. Teil V. 2. c) aa) (2) (a).

<sup>609</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 19) – M2Trade.

Vertrag seine nähere Bestimmung und Ausformung.<sup>610</sup> Diese Argumentation trifft auch im Falle der dauernden Undurchsetzbarkeit der gegenseitigen Rechte und Pflichten des Lizenzvertragsvertrags, die die Nichterfüllungswahl zur Folge hat, zu. Liegt eine dauernde Undurchsetzbarkeit der Rechte und Pflichten vor, kann die Nutzungsrechtsausübung genauso keine Konturierung mehr erfahren. Eine solche wäre aber gerade in dem Fall wichtig, in dem sich die Rechte und Pflichten im Verlauf des Vertrags ändern.

Für das Verständnis der Ausführungen des BGH im Rahmen des obiter dictums in der vorstehenden Weise, d. h. dass nicht nur die tatsächliche Beendigung des Lizenzvertrags, sondern auch die Nichterfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter einen automatischen Rückfall des Nutzungsrechts bewirkt, spricht zudem die bisher im Rahmen des § 9 Abs. 1 VerlG hierzu vertretene herrschende Meinung. Im Rahmen des § 9 Abs. 1 VerlG stellt die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung die Nichterfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO der tatsächlichen Beendigung gleich.<sup>611</sup> Die Nichterfüllungswahl führe nämlich zu einer Undurchsetzbarkeit der gegenseitigen Ansprüche und somit zu einer „faktischen“ Beendigung des Lizenzvertrags.<sup>612</sup> Da zudem der Zweck der Vorschrift des § 9 Abs. 1 VerlG – Schutz des Urhebers – beachtet werden müsse, ist von einem weiten Verständnis des Begriffs „Beendigung“ auszugehen, so dass auch im Falle einer „faktischen“ Beendigung des Lizenzvertrags in Folge der Nichterfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO der Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 VerlG eröffnet ist.<sup>613</sup>

Festzuhalten bleibt, dass den Ausführungen des BGH in der M2Trade-Entscheidung zu entnehmen ist, dass in Folge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO in Bezug auf einen Lizenzvertrag das darin eingeräumte Nutzungsrecht automatisch an den Lizenzgeber zurück fällt.

## 5. Zwischenfazit

Betrachtet man in der Insolvenz des Lizenzgebers deren Auswirkungen auf den Lizenzvertrag und auf das eingeräumte Nutzungsrecht allein anhand der in der Insolvenzordnung für Vertragsverhältnisse vorgesehenen Vorschriften der §§ 103

<sup>610</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 19) – M2Trade.

<sup>611</sup> LG Mannheim, CR 2004, 811 (814); Schrickler, Verlagsrecht, § 28 Rn. 27; Scherenberg, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 82; Brauer/Sopp, ZUM 2004, 112 (120); Schmoll/Hölder, GRUR 2004, 743 (747); Wente/Härle, GRUR 1997, 96 (98); a. A.: v. Frentz/Masch, ZUM 2012, 886 (887, 888).

<sup>612</sup> Scherenberg, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 83.

<sup>613</sup> Scherenberg, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 82.

ff. InsO und der hierzu bisher ergangenen Rechtsprechung sowie vertretenen Ansichten in der Literatur fällt der Befund wie folgt aus:

- Der Lizenzvertrag im engeren Sinn wird in der Regel als bis zu seiner Beendigung als beiderseitig nicht vollständig erfüllter Vertrag angesehen und unterfällt dem Verwalterwahlrecht des § 103 InsO und ist damit nicht insolvenzfest. Die Anwendbarkeit des § 103 Abs. 1 InsO auf Lizenzverträge bestätigte insbesondere der BGH in jüngsten Entscheidungen aus den Jahren 2009 (Reifen Progressiv) und 2012 (M2Trade).
- Der Lizenzvertrag im weiteren Sinn wird aufgrund seiner schuldrechtlichen Einordnung als kaufähnliches Rechtsgeschäft von einer im Vordringen befindlichen Auffassung als Austauschverhältnis und damit in der Regel als beiderseitig vollständig erfüllter Vertrag eingeordnet. Die besseren Argumente sprechen für diese im Vordringen befindliche Ansicht. Sie wurde jedoch noch nicht durch eine höchstrichterliche Entscheidung bestätigt. Es liegt vielmehr instanzgerichtliche Rechtsprechung vor, in der undifferenziert jeder Lizenzvertrag unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung dem Anwendungsbereich des § 103 InsO unterworfen wird. Der Lizenzvertrag im weiteren Sinne muss damit auch als nicht insolvenzfest eingeordnet werden.
- Fällt der Lizenzvertrag unter die Vorschrift des § 103 InsO werden sämtliche Ansprüche mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens undurchsetzbar.
- Eine etwaige Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO bestätigt diese Undurchsetzbarkeit der Ansprüche im weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens. Gleichzeitig fällt das Nutzungsrecht automatisch an den Lizenzgeber zurück.

### III. Insolvenzfestigkeit aufgrund der dinglichen Rechtsnatur der Lizenz

Die Insolvenzfestigkeit des dem Lizenznehmer eingeräumten Nutzungsrechts am immateriellen Gut könnte sich aus der dinglichen Rechtsnatur der Lizenz ergeben. An früherer Stelle wurde ausgeführt, dass der Lizenznehmer bei der ausschließlichen Lizenz, der ein Immaterialgüterrecht zugrunde liegt, eine (beschränkt) dingliche Rechtsposition erhält.<sup>614</sup> Die Auffassung, dass auch die einfache Lizenz zur Entstehung eines (beschränkt) dinglichen Rechts führt, ist im Vordringen und im Urheberrecht bereits heute herrschend.<sup>615</sup> Weiterhin ist anerkannt, dass beschränkt dingliche Rechte, die einem Dritten eingeräumt wurden, grundsätzlich in gleicher

---

<sup>614</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 268 und Fn. 269.

<sup>615</sup> Aktuell insbesondere: *Stöckel/Brandi-Dobrn*, CR 2011, 553 ff.; *v. Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 ff. und die Nachweise unter Fn. 331, Fn. 335, Fn. 342 und Fn. 343.

Weise wie die Rechte aus dem Eigentum selbst in der Insolvenz zur Aussonderung gemäß § 47 InsO berechtigen.<sup>616</sup> Eine etwaige Insolvenzfestigkeit aufgrund der dinglichen Rechtsnatur der Lizenz würde in erster Linie nicht an den Lizenzvertrag, sondern an die Lizenz anknüpfen.

### 1. Überblick zum Meinungsstand

Das Spektrum der Meinungen, inwiefern der Lizenznehmer aufgrund des beschränkt dinglichen Charakters der Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers als dinglicher Gläubiger anzusehen ist, ist vielfältig. Die Rechtslage ist bisweilen äußerst unübersichtlich und unklar.

Zum Teil wird vertreten, dass der beschränkt dingliche Charakter der Lizenz den Lizenznehmer zur Aussonderung der Lizenz gemäß § 47 InsO berechtigt.<sup>617</sup> Andere sind der Auffassung, dass dem Lizenznehmer lediglich ein Recht zur abgesonderten Befriedigung<sup>618</sup> zukommt.<sup>619</sup> Eine weitere Ansicht geht davon aus, dass der allgemein anerkannte Charakter der Lizenz als beschränkt dingliches Recht nicht die Qualität eines „dinglichen Rechts“ im Sinne des § 47 InsO hat<sup>620</sup> und der Lizenznehmer somit in der Insolvenz des Lizenzgebers nicht als dinglicher Gläubiger anzusehen ist.

Eine neuere Auffassung bejaht nunmehr gar unabhängig von der Einordnung der Lizenz als dingliches Recht aufgrund ihrer Zuordnung zum Vermögen des Lizenznehmers die Anwendbarkeit des § 47 InsO.<sup>621</sup> Soweit ersichtlich, ist diese Auffassung jedoch zu Recht nicht auf Zustimmung gestoßen.<sup>622</sup> Eine bloße Vermögenszuordnung ohne Anerkennung durch die Rechtsordnung kann nicht zur Anwendbarkeit des § 47 InsO führen.<sup>623</sup>

<sup>616</sup> *Ganter*, NZI 2011, 833 (834); *Weis*, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2. Auflage, § 47 Rn. 35; *Bäuerle*, in: Braun, InsO, 5. Auflage, § 47 Rn. 39 f.; *Prütting*, in: Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 47 Rn. 42; *Uhlenbruck*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 47 Rn. 66.

<sup>617</sup> *Henkel*, in: Jaeger, InsO, 2004, § 47 Rn. 107; *Ganter*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 47 Rn. 229; *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002, S. 114; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 995; v. *Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1249); *Stöckel/Brandt-Dobrn*, CR 2011, 553 ff.; *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79 (84); nur für die ausschließliche Lizenz: *Ganter*, NZI 2011, 833 (834, 843).

<sup>618</sup> Zum Absonderungsrecht und Aussonderungsrecht: 3. Teil II. 2.

<sup>619</sup> *Wallner*, Der Urheber in der Insolvenz, 2002, S. 93 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Rn. 20.46 (Fn.131).

<sup>620</sup> *Spindler*, CR 2014, 557 (559); *Berger*, GRUR 2013, 321 (324); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (659, 660); *ders.*, GRUR 2009, 13 (16 f.); *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (74); *Slopek*, WRP 2010, 616 (619); *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 75 f.; wohl auch: *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (433).

<sup>621</sup> *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889 (901).

<sup>622</sup> Ablehnend: *McGuire*, GRUR 2012, 657 (559); *Ganter*, NZI 2011, 833 (837).

<sup>623</sup> *McGuire*, GRUR 2012, 657 (559).



Die Auffassung, die die Insolvenzfestigkeit aus der Rechtsnatur der Lizenz herleitet, um so zu einer Anwendbarkeit des § 47 InsO zu gelangen, sieht sich in der BGH-Entscheidung „Reifen Progressiv“,<sup>624</sup> in der der BGH sowohl dem einfachen als auch dem ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrecht dinglichen Charakter zuerkannt hat, bestätigt.<sup>625</sup>

Trotz der BGH-Entscheidung „Reifen Progressiv“ überzeugt es nicht, die Insolvenzfestigkeit einer Lizenz aus deren Rechtsnatur herzuleiten.<sup>626</sup> Hierfür können folgende Argumente angeführt werden:

## 2. Keine Neubewertung der insolvenzrechtlichen Situation in Folge von BGH „Reifen Progressiv“

Die Ausführungen des BGH in der Entscheidung „Reifen Progressiv“ führen nicht dazu, dass die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen neu zu bewerten ist. Sie geben insbesondere keinen Anlass, Lizenzen nunmehr als dingliche Rechte im Sinne des § 47 InsO anzusehen.

Die Feststellung des BGH, dass sowohl dem einfachen als auch dem ausschließlichen Nutzungsrecht „dinglicher Charakter“ zukommt, bedeutet nicht, dass es sich hierbei auch um dingliche Rechte im Sinne des § 47 InsO handelt.<sup>627</sup> Zum einen kann der Charakterisierung von Immaterialgüterrechten als „dinglich“ nicht dieselbe Bedeutung wie derjenigen von körperlichen Gegenständen zukommen,<sup>628</sup> da er nur in Bezug auf körperliche Gegenstände entwickelt worden ist.<sup>629</sup> Die Bedeutung und die Konsequenzen des Gebrauchs des Begriffs „dinglich“ in Bezug auf Immaterialgüterrechte sind bis heute nicht klar und kann daher keine klaren rechtlichen Schlussfolgerungen nach sich ziehen.<sup>630</sup> Zum anderen war gerade die insolvenzrechtliche Einordnung von Lizenzverträgen nicht Gegenstand der Entscheidung „Reifen Progressiv“. Hierfür wäre vielmehr der IX. Zivilsenat des BGH zuständig gewesen. Zudem ist es eher fernliegend und unwahrscheinlich, wenn nicht sogar ausgeschlossen, dass der BGH eine der umstrittensten Fragen des Immaterialgüterrechts ohne jegliche Begründung und eher beiläufig entgegen der bisherigen herrschenden Meinung entscheidet.

---

<sup>624</sup> BGHZ 180, 344 ff. – Reifen Progressiv; hierzu bereits unter Pkt. 1. Teil III. 2. a).

<sup>625</sup> So ausdrücklich: *v. Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1246); *Stöckel/Brandi-Dobrn*, CR 2011, 553 (554); *Scholz*, GRUR 2009, 1107 (1111); in diese Richtung auch: *Malitz/Coumont*, InsVZ 2010, 83 (87); a. A. etwa: *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (74 f.).

<sup>626</sup> So auch: *Hauck*, GRUR-Prax 2013, 437 (438); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (659, 660); *ders.*, GRUR 2009, 13 (16 f.); *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (74); *Slopek*, WRP 2010, 616 (619); *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432 (433).

<sup>627</sup> So auch: *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (74 f.); *Slopek*, WRP 2010, 616 (619).

<sup>628</sup> Ähnlich: *Slopek*, WRP 2010, 616 (619).

<sup>629</sup> *Sosnitzka*, in: FS für Schrickler, 2005, 183 (184).

<sup>630</sup> *Meyer-van Raay*, NJW 2012, 3691 (3692); *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (74 f.).

### 3. Dogmatische Unstimmigkeiten

Die Annahme, dass Lizenzen als (beschränkt) dingliche Rechte gemäß § 47 InsO den Lizenznehmer zur Aussonderung berechtigen, führt zu nicht hinnehmbaren dogmatischen Unstimmigkeiten:

Wird die Lizenz als dingliches Recht angesehen, dann müsste sie unabhängig vom Lizenzvertrag fortbestehen.<sup>631</sup> Im Gegensatz hierzu erlischt die Lizenz aber mit Beendigung des Lizenzvertrags.<sup>632</sup> Hierin liegt ein nicht erklärbarer dogmatischer Widerspruch.<sup>633</sup> In diesem Zusammenhang stößt die Anwendung des § 47 InsO auf folgende weitere dogmatische Unstimmigkeit: Der Lizenzvertrag ist in der Regel als Dauerschuldverhältnis einzuordnen mit der Folge, dass § 103 InsO auf ihn anwendbar ist.<sup>634</sup> Wird die Lizenz nunmehr als dingliches Recht im Sinne des § 47 InsO betrachtet, hat das die gleichzeitige Anwendung der Vorschrift des § 47 InsO und der Vorschrift des § 103 InsO zur Folge, was jedoch der Regelungssystematik der InsO widerspricht.<sup>635</sup> Das Aussonderungsrecht nach § 47 InsO wäre bei Anwendbarkeit des Verwalterwahlrechts praktisch wertlos.<sup>636</sup>

Die soeben beschriebene dogmatische Unstimmigkeit wird zu Weilen bestritten, da es zu einer gleichzeitigen Anwendung der Vorschrift des § 47 InsO und der des § 103 InsO nicht kommen könne.<sup>637</sup> § 103 InsO beziehe sich nur auf Vermögen, welches zur Insolvenzmasse (§ 35 InsO) gehört.<sup>638</sup> Ordnet man die Lizenz als dingliches Recht im Sinne des § 47 InsO ein, gehöre sie nicht mehr zum Schuldnervermögen, was somit die Unanwendbarkeit des Verwalterwahlrechts gemäß § 103 InsO zur Folge hätte.<sup>639</sup>

<sup>631</sup> *McGuire*, GRUR 2012, 657 (560).

<sup>632</sup> Hierzu: 3. Teil I. 4. b).

<sup>633</sup> Ähnlich auch: *Marotzke*, ZInsO 2012, 1737 (1745).

<sup>634</sup> BGHZ 180, 344 (Rn. 20) – Reifen Progressiv; BGH, CR 2006, 151 (152) – Softwarenutzungsrecht; BGH, GRUR 1997, 610 (611) – Tinnitus-Masker; BGH, GRUR 1982, 481 (483) – Hartmetallkopfböhrer; *Groß*, Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Rn. 20; *Henn*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, 5. Auflage, Rn. 88, 219; *Bartenbach*, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Rn. 38; *Pablon*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 256; *Ullmann*, in: Benkard, PatG, 10. Auflage, § 15 Rn. 54; *Feyer*, Markenrecht, 4. Auflage, § 30 Rn. 42; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006, Rn. 30; *Slopek*, WRP 2010, 616 (617); *Wündisch*, GRUR Int. 2010, 641 (646); *Hoffmann*, ZInsO 2003, 732 (738); *Brandt*, NZI 2001, 337 (339 f.); *Kraßer/Schmid*, GRUR Int. 1982, 324 (327); *McGuire*, GRUR 2009, 13 (20); *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 44.

<sup>635</sup> *McGuire*, GRUR 2012, 657 (560).

<sup>636</sup> *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (75); *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79 (83); *Brinkmann*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 47 Rn. 67.

<sup>637</sup> So: *Fischer*, WM 2013, 821 (823).

<sup>638</sup> *Fischer*, WM 2013, 821 (823).

<sup>639</sup> *Fischer*, WM 2013, 821 (823).

Im Ergebnis überzeugt diese Ansicht nicht. Bezugspunkt für das Verwalterwahlrecht gemäß § 103 InsO ist nicht die Lizenz an sich, sondern der Lizenzvertrag, der jedoch zweifelsohne zur Insolvenzmasse gehört und durch die Erklärung der Nichterfüllung gemäß § 103 Abs. 1 InsO faktisch beendet wird. Im Anschluss hieran zeigt sich die Schwäche der Lizenz, die mit dem Lizenzvertrag steht und fällt.

#### 4. Abkehr von der Maßgeblichkeit der Rechtsnatur der Lizenz in BGH „M2Trade“

Die von einigen Vertretern<sup>640</sup> propagierten Auswirkungen der BGH-Entscheidung „Reifen Progressiv“ auf die insolvenzrechtliche Behandlung von Lizenzverträgen müssen zwischenzeitlich aufgrund der BGH-Entscheidung „M2Trade“<sup>641</sup> mit noch mehr Zurückhaltung betrachtet werden.

In der BGH-Entscheidung „M2Trade“ musste der BGH ebenso wie in der Entscheidung „Reifen Progressiv“ über das Schicksal einer Unterlizenz im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz entschieden. Es wäre für ihn ein Leichtes gewesen, die Bestandskraft einer Unterlizenz in Fortführung von BGHZ 180, 344 – „Reifen Progressiv“ mit dem dinglichen Charakter der Lizenz anzunehmen. Das hat der BGH jedoch nicht getan. Obwohl er ausdrücklich an die Entscheidung „Reifen Progressiv“ anknüpft, <sup>642</sup> beruft er sich mit keinem Wort auf den vermeintlich dinglichen Charakter der Unterlizenz, um deren Bestandskraft zu begründen. Der BGH leitet die Bestandskraft einer Unterlizenz<sup>643</sup> nunmehr zum einen aus dem der Lizenz zukommenden Sukzessionsschutz her.<sup>644</sup> Zum anderen verweist der BGH darauf, dass im Urheberrecht bestimmt sei, dass das abgeleitete Nutzungsrecht bestehen bleibt, wenn der Inhaber des Rechts, der das Nutzungsrecht eingeräumt hat, auf sein Recht verzichtet, (§ 33 Satz 2 Fall 2 UrhG).<sup>645</sup> Letztendlich nimmt der BGH eine ausführliche Abwägung der Interessen des Hauptlizenzgebers und des Unterlizenznehmers vor.<sup>646</sup> Letztere wäre nicht nötig gewesen, würde der BGH davon ausgehen, dass die Unterlizenz dinglichen Charakter hat.<sup>647</sup> In dieser Begründung ist eine Abkehr von der Maßgeblichkeit der Rechtsnatur der Lizenz zu sehen. Mit ihr könnte sogar ein Paradigmenwechsel in der Rechtspre-

<sup>640</sup> v. *Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245 (1246); *Stöckel/Brandi-Dobrn*, CR 2011, 553 (554); *Scholz*, GRUR 2009, 1107 (1111); in diese Richtung auch: *Malitz/Coumont*, InsVZ 2010, 83 (87).

<sup>641</sup> BGH, MMR 2012, 684 ff.; Zum Sachverhalt und zu den wichtigsten Aussagen der BGH Entscheidung M2Trade: 1. Teil III. 2. b).

<sup>642</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 22) – M2Trade.

<sup>643</sup> Zur BGH-Entscheidung „M2Trade“ ausführlich unter Pkt. 4. Teil IV. 2.

<sup>644</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 23 f.) – M2Trade.

<sup>645</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 24) – M2Trade.

<sup>646</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

<sup>647</sup> In diese Richtung auch: *Dietrich/Szalai*, MMR 2012, 687 (688); *Meyer-van Raay*, NJW 2012, 3691 (3692).

chung des BGH eingeläutet worden sein. Zumindest jedoch drängt sich der Eindruck auf, dass der BGH der seit „Reifen Progressiv“ vermehrt vertretenen Ansicht, dass sich aus dem dinglichen Charakter der Lizenz eine Insolvenzfestigkeit ergeben könnte, entgegentreten wollte. Festgehalten werden kann, dass der BGH einen etwaigen dinglichen Charakter der Lizenz als nicht mehr maßgeblich betrachtet, um den Bestandsschutz einer Unterlizenz herzuleiten.<sup>648</sup> Damit verliert aber auch die Argumentation, eine Lizenz sei ein dingliches Recht im Sinne des § 47 InsO an noch mehr Überzeugungskraft.

## 5. Fazit

Die Lösung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen über deren dingliche Rechtsnatur ist aufgrund von sich hieraus ergebenden dogmatischen Widersprüchen nicht geeignet. Schließlich erscheint die Anknüpfung an den dinglichen Charakter der Lizenz auch vor dem Hintergrund der jüngsten BGH-Rechtsprechung im Fall „M2Trade“ nicht mehr haltbar.

## IV. Insolvenzfestigkeit aufgrund Vertragsgestaltung – bisherige Ansätze

Die Anwendbarkeit des Verwalterwahlrechts gemäß § 103 Abs. 1 InsO führt in der Insolvenz des Lizenzgebers in der Regel – wie gezeigt – zum Wegfall des Nutzungsrechts beim Lizenznehmer. Um dem Lizenznehmer auch in der Insolvenz des Lizenzgebers weiterhin die Nutzung des immateriellen Rechts zu ermöglichen, werden verschiedene vertragliche Gestaltungen vorgeschlagen und diskutiert. Im Folgenden sollen die Wichtigsten hiervon vorgestellt werden.

### 1. Insolvenzunabhängige Kündigungsklausel mit aufschiebend bedingter Rechtseinräumung

Eine Möglichkeit, eine insolvenzfeste Lizenz zu erhalten, zeigt der BGH in seiner Entscheidung „Softwarenutzungsrecht“<sup>649</sup> auf.<sup>650</sup>

Vergeben war eine Softwarelizenz. Dabei hatten die Vertragsparteien vereinbart, dass dem Lizenznehmer, wenn er das ihm zustehende außerordentliche Kündigungsrecht ausübt, die Nutzungsrechte an der Software samt Quellcode

<sup>648</sup> So auch: Raeschke-Kessler/Christopeit, ZIP 2013, 345 (347).

<sup>649</sup> BGH, NJW 2006, 915 ff. – Softwarenutzungsrecht.

<sup>650</sup> Hierzu: *Verweyen/Tacke*, K&R 2009, 87 (90); *Dabl/Schmitz*, NZI 2007, 626 (627 f.); *Koehler/Ludvig*, NZI 2007, 79 (80); *Berger*, CR 2006, 505 (508 ff.); *ders.* NZI 2006, 380 (381 ff.).

zustehen sollte. Im Gegenzug hatte der Lizenznehmer eine einmalige Vergütung an den Lizenzgeber zu zahlen.

Der BGH ging davon aus, dass die streitigen Nutzungsrechte an der Software bereits mit dem Softwarevertrag, der lange vor Insolvenzeröffnung geschlossen wurde – aufgrund einer durch die Kündigung aufschiebend bedingten Verfügung der Lizenzgeberin – übertragen worden waren. „Mit dinglicher Wirkung“ wurden die Nutzungsrechte bereits durch den Softwarevertrag „abgespalten“. Der mit Bedingungseintritt stattfindende Erwerb scheiterte insbesondere nicht an § 91 InsO.

Die insolvenzunabhängige Kündigungsklausel mit aufschiebend bedingter Rechtseinräumung bietet lediglich in einer ganz konkreten Situation Insolvenzschutz für den Lizenznehmer. Sie kann daher nicht als praxistauglicher Weg zur Gestaltung einer insolvenzfesten Lizenz bewertet werden. In der Mehrzahl der Fälle wird sich der Lizenzgeber nicht dazu bereit erklären, sein Nutzungsrecht – zwar aufschiebend bedingt – unwiderruflich und vollständig auf den Lizenznehmer zu übertragen. Realitätsfern wäre es auch, anzunehmen, dass jeder Lizenznehmer diese Konstruktion befürwortet. Schließlich zieht sie die zusätzliche Zahlung einer angemessenen (zusätzlichen) Vergütung im Fall des Bedingungseintritts nach sich.

## 2. Ausgestaltung der Lizenzeinräumung als Einmalakt

Mit der Ausgestaltung der Lizenzeinräumung als Einmalakt will man die vertragliche Nutzungsrechtseinräumung dem Anwendungsbereich des § 103 InsO von vornherein entziehen.<sup>651</sup> Mit neuerer instanzgerichtlicher Rechtsprechung<sup>652</sup> ließe sich das in der Tat aber nur dadurch erreichen, dass eine unwiderrufliche (einfache oder ausschließliche) Lizenz eingeräumt wird, die um all diejenigen (Neben-) Elemente bereinigt ist, die ihm den Charakter eines zumindest von einer Partei noch nicht voll erfüllten Dauerschuldverhältnisses verleihen. Trotz der neueren instanzgerichtlichen Rechtsprechung verbleiben in Bezug auf die Frage der Insolvenzfestigkeit des Nutzungsrechts Zweifel, da sich jene Rechtsprechung noch nicht verfestigt hat. Die Ausgestaltung der Lizenzeinräumung als Einmalakt bietet aktuell daher keinen rechtssicheren Weg zur Erlangung eines insolvenzfesten Nutzungsrechts.

---

<sup>651</sup> *Beyerlein*, EWIR § 103 3/2004, 767 f.; *Grützmacher*, CR 2006, 289 (291); *Plath*, CR 2005, 613 (614 f.).

<sup>652</sup> *LG München I*, GRUR-RR 2012, 142 ff.; *LG München I*, ZIP 2008, 751 ff.; *LG Hamburg*, NJW 2007, 3215 ff.

### 3. Einreदेverzicht des Lizenznehmers

In eine ähnliche Richtung zielt der Vorschlag, der Lizenznehmer könne bedingt für den Fall, dass der Lizenzgeber in Insolvenz fällt, hinsichtlich der vom Lizenzgeber noch nicht erfüllten Nebenpflichten auf die Einrede des noch nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB verzichten.<sup>653</sup> Hiermit soll erreicht werden, dass der Lizenzvertrag als vollständig erfüllt anzusehen ist, wodurch die Anwendbarkeit des § 103 Abs. 1 InsO ausgeschlossen werden soll. Ein solcher Einreदेverzicht muss jedoch als Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 119 InsO gewertet werden.<sup>654</sup>

### 4. Gesellschaftsrechtliche Lösung

Des Weiteren werden zur Erreichung der „Insolvenzfestigkeit“ der Lizenz, gesellschaftsrechtliche Lösungen vorgeschlagen. Hierbei werden drei Varianten<sup>655</sup> einer IP-Zweckgesellschaft ins Auge gefasst,<sup>656</sup> wobei jedoch nur die Variante, bei der sowohl der Lizenzgeber und der Lizenznehmer an der IP-Zweckgesellschaft beteiligt sind, dem Lizenznehmer einen Zugriff auf das Schutzrecht bietet. Bei der letztgenannten Variante werden die zu lizenzierenden Schutzrechte zunächst in eine neu gegründete 100 % -ige Tochtergesellschaft des Lizenzgebers eingebracht, die eine ausschließliche IP-Zweckgesellschaft ist. Hieran erwirbt der Lizenznehmer einen Anteil, bei dem es sich auch um einen Kleinstanteil handeln kann.<sup>657</sup> Diese IP-Zweckgesellschaft schließt sodann den Lizenzvertrag mit dem Lizenznehmer ab. Eine zusätzliche Absicherung des Lizenznehmers erfolgt über den Lizenzvertrag: Für den Fall der Insolvenz eines der Gesellschafter wird vereinbart, dass der insolvente Gesellschafter aus der IP-Zweckgesellschaft ausscheidet. Da § 103 InsO nach herrschender Meinung auf Gesellschaftsverträge keine Anwendung findet,<sup>658</sup> erhält der Lizenznehmer durch diese Variante auch in der Insolvenz des Lizenzgebers das uneingeschränkte Zugriffsrecht auf die lizenzierten Schutzrechte.

<sup>653</sup> *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830 (835 f.).

<sup>654</sup> So auch: *Hombrecher*, WRP 2006, 219 (224); *Dahl/Schmitz*, NZI 2007, 626 (629).

<sup>655</sup> 1. Variante: IP-Zweckgesellschaft des Lizenzgebers in Deutschland, 2. Variante: IP-Zweckgesellschaft im Ausland, 3. Variante: IP-Zweckgesellschaft unter Beteiligung von Lizenzgeber und Lizenznehmer.

<sup>656</sup> Hierzu im Ganzen: *Schmid/Kampshoff*, GRUR-Prax 2009, 50 ff.

<sup>657</sup> Um Anfechtungsrisiken zu vermeiden, sollte der Kaufpreis dem Wert des Anteils entsprechen. Zudem wäre es vorteilhaft, wenn die Voraussetzungen des Bargeschäfts gemäß § 142 InsO erfüllt sind.

<sup>658</sup> *Huber*, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 114; *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 103 Rn. 30; *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Loseblattsammlung Stand: August 2012, § 103 Rn. 22.

Soweit die Gründung einer IP-Zweckgesellschaft den Interessen der Vertragsparteien entspricht, ist sie eine Möglichkeit, die Nutzungsrechte insolvenzfest auszugestalten. Letzteres wird aber nur in ganz bestimmten Sachverhalten anzunehmen sein, etwa bei Vorliegen eines werthaltigen Lizenz-Portfolios. Nur in diesem Fall rentieren sich die aufzubringenden Kosten und der Aufwand für die Gründung der Gesellschaft. In der Mehrzahl der Lizenzbeziehungen wird diese Konstruktion daher nicht in Betracht zu ziehen sein. Sie kann daher nicht als praxistauglicher Weg zur Gestaltung einer insolvenzfesten Lizenz bewertet werden.

## 5. Treuhandmodelle

Hier räumt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer neben der Lizenz als solcher ein Optionsrecht auf Erwerb einer immerwährenden dinglichen Lizenzrechts ein.<sup>659</sup> Dieses Recht wird einem Treuhänder übertragen, der es bis zum Insolvenzfall fiduziarisch hält. Entscheidende Schwäche dieser Konstruktion ist, dass dem Lizenznehmer im Insolvenzfall nur ein Absonderungsrecht zusteht.<sup>660</sup> Somit wird er nur aus dem Verwertungserlös in Geld befriedigt.

## 6. Einräumung von Sicherungsrechten

### a) *Lizenzsicherungsnießbrauch*

Als weitere Möglichkeit wurde die Bestellung eines Nießbrauchs an dem der Lizenz zugrunde liegenden Immaterialgut erwogen.<sup>661</sup> Das Nießbrauchsrecht wird als Nutzungsrecht voll eingeräumt, wobei der Lizenznehmer gemäß dem Sicherungsvertrag vom Nießbrauch nur im Sicherungsfall (Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters) Gebrauch machen darf. Aufgrund der dinglichen Wirkung des Nießbrauchs bestünde dann zugunsten des Lizenznehmers ein Aussonderungsrecht. Mit dieser Konstruktion läuft das Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 Abs. 1 InsO grundsätzlich leer, so dass die Nießbrauchskonstruktion wegen Verstoßes gegen § 119 InsO abzulehnen ist.<sup>662</sup> Eine weitere Unzulänglichkeit der Nießbrauchlösung ist darin zu sehen, dass ein Nießbrauch an Urheberrechten gemäß § 1069 Abs. 2 BGB nicht möglich ist, da das Urheberrecht gemäß § 29 Abs. 1 UrhG nicht übertragbar ist.<sup>663</sup>

---

<sup>659</sup> Bork, NZI 1999, 337 ff.; Berger, GRUR 2004, 20 f.

<sup>660</sup> So auch: Verweyen/Tacke, K&R 2009, 87 (88).

<sup>661</sup> Berger, GRUR 2004, 20 ff.

<sup>662</sup> So auch: Heim, NZI 2008, 338 (339); Hombrecher, WRP 2006, 219 (223).

<sup>663</sup> So auch: Verweyen/Tacke, K&R 2009, 87 (88); Pablon, WM 2008, 2041 (2045).

### b) Verpfändung

Angedacht wird weiterhin die Bestellung eines Pfandrechts am lizenzierten Schutzrecht zugunsten des Lizenznehmers.<sup>664</sup> Hiermit kann aber lediglich ein eventueller Schadensersatzanspruch des Lizenznehmers nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO abgesichert werden, so dass auch hier nur ein Verwertungsrecht entsteht.<sup>665</sup> Dieses Verwertungsrecht steht jedoch dem Lizenznehmer gemäß § 173 InsO zu.<sup>666</sup> So könnte der Lizenznehmer selbst das Nutzungsrecht als Pfandgut zum Marktwert erwerben. Rechtsprechung liegt hierzu allerdings bislang noch nicht vor. Zudem besteht auch hier die Gefahr, dass die Vereinbarung einer dinglichen Sicherung wegen Verstoßes gegen § 119 InsO als unzulässig erachtet wird. Insofern würde nämlich die Qualifizierung des Nichterfüllungsschadens nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO als Insolvenzforderung umgangen werden.<sup>667</sup> Im Ergebnis bietet daher die Bestellung eines Pfandrechts am lizenzierten Schutzrecht zugunsten des Lizenznehmers keine rechtssichere Möglichkeit, das Nutzungsrecht insolvenzfest auszugestalten.

### c) Sicherungsübertragung

Diskutiert wird ferner das Modell der Sicherungsübertragung.<sup>668</sup> Dabei lässt sich der Lizenznehmer bei Vertragsschluss zur Sicherung etwaiger Schadensersatzansprüche aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO das lizenzierte Schutzrecht zur Sicherheit übertragen. Entscheidend ist wiederum, wem das Verwertungsrecht zusteht. Diesbezüglich wird hier vertreten, dass in der Sicherungsabrede Vereinbarungen über die Form der Verwertung getroffen werden können, etwa durch Verfalls- und Selbsteintrittsklauseln.<sup>669</sup> Der BGH hat eine derartige Vereinbarung zumindest bei beweglichen Sachen als zulässig erachtet.<sup>670</sup> Das Schutzrecht würde dann unmittelbar auf den Lizenznehmer übergehen. Für die Sicherungsabtretung gelten allerdings dieselben Bedenken, wie bei der Verpfändung. Hier wird zwar die Verknüpfung zwischen der Verwertungsberechtigung des Lizenznehmers und der Nichterfüllungswahl nicht durch gesetzliche Akzessorietät, sondern durch eine entsprechende Vereinbarung im Sicherungsvertrag hergestellt. Aber auch liegt eine Umgehung des § 119 InsO nahe.<sup>671</sup>

<sup>664</sup> Hölder/Schmoll, GRUR 2004, 830 (831 f.).

<sup>665</sup> Verweyen/Tacke, K&R 2009, 87 (88 f.).

<sup>666</sup> So auch: Pöggeler, WRP 2002, 1241 (1243); Huber, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 166 Rn. 64 ff.; a.A.: Häcker, ZIP 2001, 995 (998).

<sup>667</sup> Dahl/Schmitz, NZI 2007, 626 (627); Verweyen/Tacke, K&R 2009, 87 (89).

<sup>668</sup> Hierzu: McGuire/v. Zumbusch/Joachim, GRUR Int. 2006, 682 (685); Verweyen/Tacke, K&R 2009, 87 (89).

<sup>669</sup> Hombrecher, WRP 2006, 219 (220).

<sup>670</sup> BGH, NJW 1980, 226 (227).

<sup>671</sup> So auch: Dahl/Schmitz, NZI 2007 626 (628).



## 7. Ergebnis zur Insolvenzfestigkeit aufgrund Vertragsgestaltung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass von einer rechtssicheren, praxistauglichen Herbeiführung einer Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und/ oder Lizenzen in Folge der vorgeschlagenen Vertragsgestaltungen nicht die Rede sein kann. Bei der Mehrzahl der Konstruktionen besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen die Vorschrift des § 119 InsO. Darüber hinaus sind einige der vorgeschlagenen Konstruktionen so kompliziert, dass es nur schwer vorstellbar erscheint, dass diese in Vertragsverhandlungen umsetzbar sind. Sie scheitern vielmehr an fehlender Akzeptanz des Vertragspartners. Letztendlich können die Vorschläge zur Vertragsgestaltung lediglich für ganz bestimmte Fälle der Lizenzerteilung eine mehr oder weniger gute Absicherung für den Lizenznehmer herbeiführen. Eine allgemein gültige, rechtssichere, akzeptable und praxistaugliche Lösung zur Herbeiführung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und/oder Lizenzen kann jedoch über eine Vertragsgestaltung nicht erreicht werden.<sup>672</sup>

## V. Insolvenzfestigkeit aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012

### 1. Überblick über ergangene Entscheidungen

Für die Beurteilung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und/oder Lizenzen wurde bereits an mehreren Stellen der Arbeit Bezug auf aktuelle Rechtsprechung des BGH genommen. In den Jahren 2009 bis 2012 lagen dem BGH mit „Reifen Progressiv“,<sup>673</sup> „Vorschaubilder“,<sup>674</sup> „M2Trade“<sup>675</sup> und „Take Five“<sup>676</sup> Fälle zur Entscheidung vor, die mehr oder weniger zur Lösung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen beitragen können.

Was die Entscheidungen „Reifen Progressiv“ und „Vorschaubilder“ betreffen, wurde an den entsprechenden Stellen bereits ausgeführt, dass ihnen nicht die schillernden Auswirkungen auf die Problematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen zukommen, wie von einigen Autoren propagiert. Die Aussagen des BGH in diesen Entscheidungen – der Lizenzeinräumungsakt ist ein einmaliger ist,

---

<sup>672</sup> So auch die Begründung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 18.01.2012, S. 32 ff., abrufbar unter: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_InsoII.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_InsoII.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>673</sup> BGHZ 180, 344 ff. – Reifen Progressiv.

<sup>674</sup> BGH, NJW 2010, 2731 ff. – Vorschaubilder.

<sup>675</sup> BGH, MMR 2012, 684 ff. – M2Trade.

<sup>676</sup> BGH, ZIP 2012, 1671 ff. – Take Five.

das Nutzungsrecht hat dinglichen Charakter – führen weder dazu, dass der Anwendungsbereich des § 103 InsO nunmehr verschlossen ist,<sup>677</sup> noch dazu, dass die Lizenz nunmehr als dingliches Recht i. S. d. § 47 InsO anzusehen ist.<sup>678</sup>

Im Folgenden wird untersucht, ob die Entscheidungen „M2Trade“ und „TakeFive“ neue Lösungsalternativen für die Problematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen enthalten. Der Schwerpunkt der Untersuchung wird auf der Entscheidung „M2Trade“ liegen, da sie die insolvenzrechtliche Situation der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO in Bezug nimmt.

## 2. Insolvenzfeste Gestaltungsmöglichkeit in Folge BGH „M2Trade“

Die Entscheidung „M2Trade“<sup>679</sup> könnte wichtige Hinweise für die höchstrichterliche Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz bieten.

In erster Linie hatte der BGH über den Fortbestand einer einfachen Unterlizenz an urheberrechtlichen Nutzungsrechten im Falle der Kündigung des Hauptlizenzvertrages durch den Hauptlizenzgeber wegen Zahlungsverzugs des Hauptlizenznehmers zu entscheiden.<sup>680</sup> Der BGH beschränkte seine Rechtsausführungen jedoch nicht auf dieses Szenario. Er behandelt vielmehr auch explizit die für den zugrunde liegenden Sachverhalt nicht unmittelbar entscheidungserhebliche Frage, wie sich die Rechtslage in Bezug auf den Bestand der Unterlizenz darstellen würde, wenn der Hauptlizenzvertrag nicht durch Kündigung des Hauptlizenzgebers beendet worden wäre, sondern der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers die Nichterfüllung des Hauptlizenzvertrags wählt.

Zunächst sollen die Kernaussagen des BGH in Bezug auf die Rechtslage bei Kündigung des Hauptlizenzvertrags und die hierfür ins Feld geführten Argumentationslinien vorgestellt und kritisch begutachtet werden. Hieran anknüpfend kann sodann untersucht werden, ob die Argumente des BGH auf die insolvenzrechtliche Situation der Nichterfüllungswahl gemäß § 103 InsO dogmatisch überzeugend übertragen werden können und hieraus etwaige Schlussfolgerungen für die insolvenzfeste Gestaltung von Lizenzbeziehungen *de lege lata* gezogen werden können.

### *a) Kernaussagen von BGH „M2Trade“/BGH „TakeFive“ und deren Argumente*

Mit der ersten Kernaussage der Entscheidung „M2Trade“ hat der BGH – entsprechend der bisher herrschenden Meinung hierzu – entschieden, dass ein urheberrechtliches Nutzungsrecht, dass der Lizenzgeber einem Lizenznehmer einge-

<sup>677</sup> Hierzu: 2. Teil II. 2. und 4. Teil II. 4. b) bb) (1).

<sup>678</sup> Hierzu: 4. Teil III. 2.

<sup>679</sup> BGH, MMR 2012, 684 ff. – M2Trade.

<sup>680</sup> Zum Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde lag: 1. Teil III. 2. b).

räumt hat, im Regelfall, in dem die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, mit der Beendigung des Lizenzvertrags ipso iure an den Lizenzgeber zurück fällt.<sup>681</sup> Der BGH hat weiter entschieden, dass trotz des Wegfalls der Hauptlizenz einfache Unterlizenzen an urheberrechtlichen Nutzungsrechten bei Kündigung des Hauptlizenzvertrages fortbestehen.<sup>682</sup> Aufgrund der am gleichen Tag ergangenen Entscheidung in der Sache „TakeFive“ gilt diese Aussage des BGH auch für den Fall, dass der Hauptlizenznehmer dem Unterlizenznehmer ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat.<sup>683</sup> Hiermit hat der BGH entgegen der bisher herrschenden Meinung zu einer der bisher umstrittensten Fragen im Urhebervertragsrecht Stellung genommen.

Es wurde bisher überwiegend davon aus, dass bei Wegfall eines ausschließlichen Nutzungsrechts früherer Stufe, aufgrund dessen das Nutzungsrecht späterer Stufe erteilt wurde, das letztere in Fortfall kommt.<sup>684</sup> Hierfür wurde zum einen angeführt, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat.<sup>685</sup> Zum anderen wurde dieses Ergebnis vor allem auf den Gedanken der zum Schutz des Urhebers zu beachtenden Zweckbindung, aus der ein isoliert fortbestehendes Sub-Recht nicht gleichsam ausbrechen dürfe, gestützt.<sup>686</sup> Die Gegenmeinung zieht den Gedanken des § 33 UrhG heran und argumentiert mit dem Interesse des Inhabers des Rechts späterer Stufe sowie der Verkehrssicherheit.<sup>687</sup> Der Gesetzgeber hat die Streitfrage, ob Nutzungsrechte späterer Stufe bestehen bleiben, wenn das Nutzungsrecht früherer Stufe erlischt, bewusst nicht selbst beantwortet, sondern der Rechtsprechung zur Klärung überlassen.<sup>688</sup>

---

<sup>681</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 17 ff.) – M2Trade; zur Begründung: 4. Teil II. c) bb).

<sup>682</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 23) – M2Trade.

<sup>683</sup> BGH, GRUR 2012, 914 (xxx Rn. 15) – TakeFive.

<sup>684</sup> OLG München, FuR 1983, 605; OLG Stuttgart, FuR 1984, 393 (397); OLG Hamburg, GRUR Int. 1998, 431 (435); OLG Hamburg, ZUM 2001, 1005 (1008); OLG Köln, MMR 2006, 750 (751); LG München, ZUM-RD 1997, 510; LG Hamburg, ZUM 1999, 858, (860); auch BGHZ 27, 90/95 (obiter dictum); im Schrifttum insb. Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Auflage, § 35 Rn. 16; Wandtke/Grünert, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 35 Rdnr. 7 ff.; Schricker/Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 35 Rn. 22; Schricker, Verlagsrecht, 3. Auflage, § 28 Rdnr. 27; Spautz, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Auflage, § 35 Rn. 6; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 35 Rn. 8; Loewenheim/J. B. Nordemann, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 25 Rdnr. 3, § 26 Rdnr. 31, § 34 Rn. 15; Reh binder, Urheberrecht, 16. Auflage, Rn. 578; Ulmer, Urhebervertragsrecht, 3. Auflage, § 108 IV 2; Nordemann, GRUR 1970, 174 (176); Wente/Härle, GRUR 1997, 96 (99).

<sup>685</sup> Schricker/Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 35 Rn. 22.

<sup>686</sup> Schricker/Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 35 Rn. 22.

<sup>687</sup> OLG Köln, GRUR-RR 2007, 33 (34) – Computerprogramm für Reifenhändler, für den Rückruf gemäß § 41 UrhG; Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, 2014, § 1 Rn. 195; Schwarz/Klingner, GRUR 1998, 103 (110 ff.); für Filmsublizenzen.

<sup>688</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6433, S. 16, obwohl der Professorenentwurf vom 22.05.2000 (abgedruckt in: GRUR 2000, 764 ff.) vorschlug, die urheberfreundliche h. M. in einem § 33 Satz 3 UrhG zu kodifizieren („Im Übrigen erlöschen Nutzungsrechte, wenn das Recht, aufgrund dessen sie eingeräumt worden sind, in Wegfall gerät“).

Nachdem der BGH in der Entscheidung „Reifen Progressiv“<sup>689</sup> diese Streitfrage für die Beendigung des Hauptlizenzvertrages in Folge eines Rückrufs gemäß § 41 UrhG entgegen der herrschenden Meinung entschieden hatte, bestätigte er nunmehr für den Regelfall auch den Bestandsschutz einer einfachen und einer ausschließlichen Unterlizenz im Falle der Beendigung des Hauptlizenzvertrags. Der BGH hat den Bestandsschutz einer urheberrechtlichen Unterlizenz bei Wegfall der Hauptlizenz mit dem Gedanken des Sukzessionsschutzes und im Wege einer Interessenabwägung begründet. Der für das Urheberrecht zuständige I. Zivilsenat hat jedoch ausdrücklich hervorgehoben, dass der für das Patentrecht zuständige X. Senat auf Anfrage mitgeteilt habe, dass er gegen die Beurteilung des I. Senats keine Bedenken habe.<sup>690</sup> Die Entscheidung gilt daher im Zweifel auch für alle anderen genannten gewerblichen Schutzrechte.

#### aa) Bestandsschutz der Unterlizenz in Folge Sukzessionsschutz

Der BGH führt zunächst allgemein aus, dass das Gesetz das Interesse des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts für schutzwürdig erachtet. Dieser Wille des Gesetzgebers kommt dadurch zum Ausdruck, dass das Gesetz den Grundsatz des Sukzessionsschutzes (§ 33 UrhG, § 30 Abs. 5 MarkenG, § 31 Abs. 5 GeschmMG, § 15 Abs. 3 PatG, § 22 Abs. 3 GebrMG) für ausschließliche und einfache Nutzungsrechte vorsieht. Der Grundsatz des Sukzessionsschutzes besagt, dass eingeräumte Nutzungsrechte wirksam bleiben, wenn der Inhaber des Rechts, der das Nutzungsrecht eingeräumt hat, wechselt. Im Urheberrecht ist darüber hinaus bestimmt, dass das abgeleitete Nutzungsrecht bestehen bleibt, wenn der Inhaber des Rechts, der das Nutzungsrecht eingeräumt hat, auf sein Recht verzichtet (§ 33 Satz 2 Fall 2 UrhG). Aus diesen Vorschriften kann der Schluss gezogen werden, dass auch das Erlöschen eines Nutzungsrechts nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht zum Entfallen der daraus abgeleiteten Nutzungsrechte führen muss.<sup>691</sup>

#### bb) Bestandsschutz der Unterlizenz in Folge Interessenabwägung

Neben der Argumentation mit Blick auf den Sukzessionsschutz stützt der BGH den im Ergebnis angenommenen Bestandsschutz der Unterlizenz auf eine Abwägung der Interessen des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts mit den Interessen des Hauptlizenzgebers an einem Rückfall dieses Nutzungsrechts.<sup>692</sup> Nach der Ansicht des BGH überwiegen in aller Regel die Interessen des Unterlizenznehmers. Ausschlaggebende Bedeutung bei der Interessenabwägung ließ der BGH einem bereicherungsrechtlichen Anspruch des Hauptli-

<sup>689</sup> BGHZ 180, 344 ff. – Reifen Progressiv.

<sup>690</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 23) – M2Trade.

<sup>691</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 24 f.) – M2Trade.

<sup>692</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

zengegers gegen den Hauptlizenznehmer auf Abtretung seines Anspruchs gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren in Folge des Erlöschens der Hauptlizenz zukommen. Auf Seiten des Unterlizenznehmers stellte der BGH dessen Vertrauen in den Fortbestand seines Rechts und die für den Unterlizenznehmer mit dem vorzeitigen und unerwarteten Fortfall seines Nutzungsrechts verbundenen wirtschaftlichen Nachteile in die Abwägung ein. Das Überwiegen der Interessen des Unterlizenznehmers soll selbst dann gelten, wenn ihm ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wurde.<sup>693</sup> Zwar werde der Hauptlizenzgeber beim Fortbestehen eines ausschließlichen Nutzungsrechts wesentlich stärker in einer Nutzung seines Rechts beschränkt als beim Fortbestehen einfacher Nutzungsrechte. Beim Fortbestehen einfacher Nutzungsrechte sei er nicht daran gehindert, aufgrund des an ihn zurückgefallenen ausschließlichen Nutzungsrechts neue Nutzungsrechte zu vergeben; er muss es lediglich hinnehmen, dass sein ausschließliches Nutzungsrecht beim Rückfall mit einfachen Nutzungsrechten belastet ist. Dagegen könne er beim Fortbestehen eines einen Teilbereich betreffenden ausschließlichen Nutzungsrechts aufgrund des an ihn zurückgefallenen ausschließlichen Nutzungsrechts keine neuen ausschließlichen Nutzungsrechte vergeben, soweit das fortbestehende ausschließliche Nutzungsrecht reicht. Auch dies müsse der Hauptlizenzgeber jedoch hinnehmen, da er der Einräumung weiterer ausschließlicher Nutzungsrechte durch den Hauptlizenznehmer zugestimmt (§ 35 Abs. 1 Satz 1 UrhG) und daher damit hat rechnen müssen, dass sein ausschließliches Nutzungsrecht beim Rückfall um die Unterlizenznehmern eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrechte geschmälert werde (vgl. BGHZ, 180, 344 Rn. 24 – Reifen Progressiv).

Im Einzelnen führte der BGH<sup>694</sup> zu den Interessen des Hauptlizenzgebers wie folgt aus:

Das Interesse des Hauptlizenzgebers an einem Rückfall des dem Unterlizenznehmer eingeräumten Nutzungsrechts bei Erlöschen der Hauptlizenz – so der BGH – ist weitgehend durch einen Anspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB auf Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer bestehenden Anspruchs auf ausstehende Lizenzzahlungen gewahrt. Nach dem Erlöschen der Hauptlizenz und dem Rückfall des Nutzungsrechts des Hauptlizenznehmers greift der fortbestehende Erfüllungsanspruch des Hauptlizenznehmers (auf Zahlung von Lizenzgebühren) gegen den Unterlizenznehmer in den Zuweisungsgehalt des nunmehr wieder dem Hauptlizenzgeber zur alleinigen Verwertung zugewiesenen Nutzungsrechts ein. Im Verhältnis des Hauptlizenzgebers zum Hauptlizenznehmer gibt es nach Erlöschen des Hauptlizenzvertrags auch keinen rechtlichen Grund mehr.

Zu den Interessen des Unterlizenznehmers äußerte sich der BGH<sup>695</sup> wie folgt:

---

<sup>693</sup> BGH, GRUR 2012, 914 (915 Rn. 18) – TakeFive.

<sup>694</sup> Für die folgenden Argumente: BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26 ff.) – M2Trade.

<sup>695</sup> Für die folgenden Argumente: BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

Die schutzwürdigen Interessen des Unterlizenznehmers im Rahmen der Interessenabwägung begründete der BGH weitgehend mit Billigkeitserwägungen. Soweit der Unterlizenznehmer auf den Bestand der Lizenz angewiesen ist, führt das Erlöschen des Nutzungsrechts zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, bis hin zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz. Es wäre daher auch unter Berücksichtigung der Interessen des Hauptlizenzgebers unbillig, wenn der Unterlizenznehmer mit dem Erlöschen der Hauptlizenz seine Unterlizenz verlöre.

*b) Bewertung der Argumente des BGH für die Kündigungssituation*

Im Folgenden soll insbesondere kritisch hinterfragt werden, ob die beiden Anknüpfungspunkte des BGH in Bezug auf den Sukzessionsschutz (§ 33 Satz 2 Fall 1 UrhG und § 33 Satz 2 Fall 2 UrhG) seine Schlussfolgerung, dass auch das Erlöschen eines Nutzungsrechts nicht zum Entfallen der daraus abgeleiteten Nutzungsrechte führen muss, tragen. Die Annahme des Bestandsschutzes zugunsten einer Unterlizenz trotz Erlöschens der Hauptlizenz wäre ohne Weiteres zulässig, wenn die Vorschriften zum Sukzessionsschutz (etwa § 33 UrhG) auf diese Situation anwendbar wären. Kommt eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften nicht in Betracht, ist weiter zu prüfen, ob der Gedanke des Sukzessionsschutzes im Wege der Rechtsfortbildung auf die Situation des Heimfalls des Nutzungsrechts bei Erlöschen der Hauptlizenz übertragen werden kann.

aa) Unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften zum Sukzessionsschutz

Ausgangspunkt der Frage, ob eine gesetzliche Vorschrift auf einen zu würdigenden Sachverhalt anwendbar ist, ist ihr Wortlaut. Der Wortlaut des § 33 Satz 2 UrhG besagt, dass ausschließliche und einfache Nutzungsrechte wirksam bleiben, wenn der Inhaber des Rechts, der das Nutzungsrecht eingeräumt hat, wechselt oder, wenn er auf sein Recht verzichtet.

Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift des § 33 Satz 2 UrhG würde demnach voraussetzen, dass im zu würdigenden Sachverhalt der Inhaber des Rechts, der das Nutzungsrecht eingeräumt hat, wechselt oder auf sein Recht verzichtet hat.

In den vom BGH zu entscheidenden Fällen fiel mit Beendigung des Lizenzvertrags – durch Kündigung bzw. durch einvernehmliche Beendigung – das ausschließliche Nutzungsrecht des Hauptlizenznehmers an den Lizenzgeber zurück.<sup>696</sup> Konsequenz hiervon ist, dass derjenige, der dem Unterlizenznehmer ursprünglich das einfache Nutzungsrecht eingeräumt hat, sein ausschließliches Nutzungsrecht verliert und der Lizenzgeber dieses Nutzungsrecht zurück erhält. In Folge der Beendigung des Lizenzvertrages wächst dem Vermögen des Lizenzgebers das ausschließliche Nutzungsrecht wieder an.

---

<sup>696</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 19) – M2Trade.

Fraglich ist, ob in diesem Rückfall des Nutzungsrechts an den Lizenzgeber ein Wechsel der Rechtsinhaberschaft im Sinne des § 33 Satz 2 UrhG (vom Hauptlizenznehmer auf den Lizenzgeber) bezogen auf das ausschließliche Nutzungsrecht zu erblicken ist. Im Ergebnis ist dies abzulehnen. Der Wortlaut des § 33 Satz 2 UrhG trägt nicht – zumindest nicht unmittelbar – die Situation des Rückfalls der Rechte an den Urheber wegen Erlöschens seiner Rechteeinräumung gegenüber dem Ersterwerber.

Mit „Inhaber des Nutzungsrechts“ im Sinne des § 33 Satz 2 UrhG kann nämlich nicht der Urheber gemeint sein.<sup>697</sup> Nutzungsrechte werden erst durch Abspaltung vom Verwertungsrecht durch den Urheber geschaffen.<sup>698</sup> Solange der Urheber selbst die wirtschaftliche Nutzung des Werks vornimmt, die Verwertungsrechte also unbelastet in seiner Hand sind, treten die Nutzungsrechte nicht gesondert in Erscheinung; Nutzungsrechte können daher nur in den Händen eines Dritten existieren.<sup>699</sup> Inhaber eines Nutzungsrechts kann also jeder Dritte außer dem Urheber selbst sein. Spricht die Vorschrift des § 33 Satz 2 UrhG davon, dass der Inhaber des Rechts wechselt, kann damit nur der Wechsel von einem Dritten zu einem anderen Dritten gemeint sein. Insoweit schützt § 33 Satz 2 Fall 1 UrhG nur bei einem Wechsel der Rechte zu einem anderen Nutzungsberechtigten.<sup>700</sup>

Für das Verständnis des § 33 Satz 2 Fall 1 UrhG in dem vorstehenden Sinne spricht auch die Existenz des § 33 Satz 2 Fall 2 UrhG (Verzicht des Rechtsinhabers). Würde man unter dem „Wechsel des Rechtsinhabers“ im Sinne des § 33 Satz 2 Fall 1 UrhG auch den Heim- bzw. Rückfall des Nutzungsrechts an den Urheber verstehen, hätte es nicht der separaten Regelung in § 33 Satz 2 Fall 2 UrhG bedurft. Das Nutzungsrecht fällt schließlich auch dann an den Urheber zurück, wenn der Erwerber auf das ihm eingeräumte Nutzungsrecht dem Urheber gegenüber oder zugunsten der Allgemeinheit verzichtet; das Nutzungsrecht wächst dann automatisch dem Urheber zu.<sup>701</sup> Würde § 33 Satz 2 Fall 1 UrhG bereits einen Sukzessionsschutz zugunsten des Unterlizenznehmers für den Rückfall des Nutzungsrechts zum Urheber statuieren, wäre die Anordnung des Sukzessionsschutzes in § 33 Satz 2 Fall 2 UrhG für den Fall des Verzichts auf das Nutzungsrecht nicht notwendig gewesen. Dieser Fall wäre vielmehr schon über den

<sup>697</sup> J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 33 Rn. 2, 11.

<sup>698</sup> Schrickler/Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, Vor §§ 28 ff. Rn. 48 und § 31 Rn. 7; J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 29 Rn. 14; Loewenheim/J. B. Nordemann, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2. Auflage, § 24 Rn. 4.

<sup>699</sup> J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 29 Rn. 14.

<sup>700</sup> J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 33 Rn. 2, 11, § 31 Rn. 35; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 33 Rn. 7; Schrickler/Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 33 Rn. 15 ff.

<sup>701</sup> Amtl.Begr. BT-Drucks. IV/270 S. 30, 55; BGH, GRUR 1966, 567 (569) – GELU; J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 29 Rn. 23; Block, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Auflage, § 29 Rn. 23; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG, 3. Auflage, § 33 Rn. 8; Spautz, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Auflage, § 29 Rn. 7; Nordemann, GRUR 1969, 127 (128).

Fall 1 des § 33 Satz 2 UrhG abgedeckt gewesen. Hinzukommt, dass der Gesetzgeber die Lösung der Frage, ob beim Heimfall des Nutzungsrechts dem hiervon abgeleiteten Nutzungsrecht Sukzessionsschutz zukommen soll, ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen wollte.<sup>702</sup>

Festzuhalten bleibt somit, dass § 33 Satz 2 UrhG keinen Sukzessionsschutz zugunsten des Unterlizenznehmers entfaltet, wenn das Hauptnutzungsrecht an den Lizenzgeber zurückfällt, ohne dass der Hauptlizenznehmer auf ein Nutzungsrecht verzichtet.

#### bb) Sukzessionsschutz im Wege der Rechtsfortbildung

Der BGH führt aus, dass aus der Existenz der Vorschrift des § 33 Satz 2 Fall 1 und Fall 2 UrhG zu schließen ist, dass auch das Erlöschen eines Nutzungsrechts nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht zum Entfallen des daraus abgeleiteten Nutzungsrechts führen muss.<sup>703</sup>

In Anbetracht des nicht abschließenden Charakters des § 33 UrhG<sup>704</sup> ist es grundsätzlich möglich auch außerhalb der Vorschrift des § 33 UrhG Sukzessionsschutz für abgeleitete Nutzungsrechte anzunehmen.

Sukzessionsschutz im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung anzunehmen, setzt jedoch voraus, dass sich jene in das bestehende System einfügt.<sup>705</sup> Der Sukzessionsschutz zugunsten einer Unterlizenz im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz fügt sich in das vorhandene System dann ein, wenn Vergleichbarkeit zu kodifizierten Fällen vorliegt. Als gesetzlich geregelte Fälle des Sukzessionsschutzes hat der BGH selbst auf § 33 Satz 2 Fall 1 und Fall 2 UrhG verwiesen. Die Vergleichbarkeit kann sich aus den Tatbestandsvoraussetzungen oder aus der gleichen Schutzwürdigkeit der Beteiligten sowie dem Sinn und Zweck des Sukzessionsschutzes ergeben. Schließlich sind auf dem Wege zur Annahme eines Sukzessionsschutzes durch richterliche Rechtsfortbildung die legitimen Interessen der Beteiligten abzuwägen.<sup>706</sup>

#### (1) Vergleichbarkeit zu gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes

Was die Tatbestandsvoraussetzungen angeht, ist es eher zweifelhaft, ob eine Vergleichbarkeit zu den gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes in § 33 Satz 2 UrhG angenommen werden kann.

<sup>702</sup> RegE UrhVG – BT-Drucks. 14/6433, S. 16.

<sup>703</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 24) – M2Trade.

<sup>704</sup> Der Gesetzgeber hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Lösung der Frage, ob beim Heimfall des Nutzungsrechts dem hiervon abgeleiteten Nutzungsrecht Sukzessionsschutz zukommen soll, durch die Rechtsprechung zu klären ist, vgl. RegE UrhVG – BT-Drucks. 14/6433, S. 16.

<sup>705</sup> Larenz, Kennzeichen geglückter Rechtsfortbildungen, 1965, S. 7.

<sup>706</sup> Becker, ZUM 2012, 786 (787).



Der Fall, dass das Nutzungsrecht des Hauptlizenznehmers aufgrund der Kündigung des Hauptlizenzgebers erlischt,<sup>707</sup> ist mit dem gesetzlich geregelten Fall, dass der Hauptlizenznehmer sein Recht auf einen anderen überträgt (§ 33 Satz 2 Fall 1 UrhG), im Ergebnis nicht vergleichbar. Der gesetzlich geregelte Fall – die Übertragung des Nutzungsrechts seitens des Unterlizenznehmers auf einen anderen – ist gemäß § 34 UrhG grundsätzlich nur mit der Zustimmung des Lizenzgebers möglich. Soweit der Lizenzgeber zur Übertragung des Nutzungsrechts seine Zustimmung gegeben hat, muss er auch damit rechnen, dass der Hauptlizenznehmer sein Nutzungsrecht überträgt und sich an den entsprechenden Konsequenzen auch festhalten lassen. Was den zugrunde liegenden Hauptlizenzvertrag im Fall der Übertragung des Nutzungsrechts angeht, treten gar keine Änderungen ein. Partner des der ursprünglichen Rechtseinräumung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrags bleibt der Veräußerer.<sup>708</sup> Der Vertrag bleibt grundsätzlich so bestehen, wie er abgeschlossen wurde. Der Fall, dass das Nutzungsrecht des Hauptlizenznehmers erlischt, stellt sich anders dar. Der offensichtlichste Unterschied liegt darin, dass der Hauptlizenzvertrag nicht wie im Fall der Übertragung des Nutzungsrechts unberührt bleibt. Im Gegenteil der Hauptlizenzvertrag fällt weg; er wird beendet. In Anbetracht dessen kann bereits keine Vergleichbarkeit der Fälle im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

Was die Vergleichbarkeit der Fälle im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit der Beteiligten, insbesondere des Unterlizenznehmers angeht, stellt sich die Lage anders dar. Hier ist festzustellen, dass eine Vergleichbarkeit weitgehend gegeben ist. Der Unterlizenznehmer ist sowohl im Fall der Übertragung des Nutzungsrechts durch den Hauptlizenznehmer als auch in dem Fall schutzwürdig, in dem die Hauptlizenz aus Gründen erlischt, die nicht in seiner Sphäre liegen. Das der Unterlizenznehmer auch im Fall des Erlöschens der Hauptlizenz schutzwürdig ist, zeigt bereits exemplarisch die Vorschrift des § 33 Satz 2 Fall 2 UrhG (Verzicht des Rechtsinhabers). Es wurde bereits ausgeführt, dass auch beim Verzicht des Rechtsinhabers die Hauptlizenz erlischt.<sup>709</sup> Hinzukommt, dass der Unterlizenznehmer in allen genannten Situationen (Übertragung des Nutzungsrechts, Erlöschen des Nutzungsrechts in Folge eines Verzichts des Rechtsinhabers, Erlöschen des Nutzungsrechts in Folge der Beendigung des Hauptlizenzvertrags) darauf vertrauen, dass er das Nutzungsrecht für die eingegangene Vertragslaufzeit nutzen kann und dass sich dadurch seine in der Regel nicht unerheblichen Investitionen amortisieren. Hierin liegt auch der Sinn und Zweck des gesetzlich geregelten Sukzessionsschutzes. Zweck des Sukzessionsschutzes ist es, das Vertrauen des Rechtsinhabers auf den Fortbestand seines Rechts zu schützen und ihm die Amortisation seiner Investitionen zu ermöglichen.<sup>710</sup> Einige bezweifeln die

---

<sup>707</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 17).

<sup>708</sup> Schrickler/Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 34 Rn. 52.

<sup>709</sup> Nachweise unter Fn. 701.

<sup>710</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 56; BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 24) – M2Trade.

Schutzwürdigkeit des Unterlizenznehmers im Hinblick auf getätigte Investitionen. Derjenige, der aufgrund eines von einem Dritten abgeleiteten Nutzungsrechts existenzgefährdende Investitionen tätigt, ohne sicherzustellen, dass ihm das Nutzungsrecht auch dann verbleibt, wenn der Dritte ihm das Recht nicht mehr vermitteln kann, sei eher leichtfertig als schutzwürdig.<sup>711</sup> Dieser Einwand kann jedoch nicht überzeugen. Würde der Gesetzgeber dem Unterlizenznehmer aus diesem Grund die Schutzwürdigkeit versagen, hätte er nicht die Bestandskraft der Unterlizenz im Falle des Verzichts des Rechtsinhabers angeordnet (§ 33 Satz 2 Fall 2 UrhG). Auch in diesem Fall kann dem Unterlizenznehmer vorgeworfen werden, dass er sich hätte absichern können. Es kann daher festgestellt werden, dass auch im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz der Zweck des Sukzessionsschutzes einschlägig ist. Unter dem Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit des Unterlizenznehmers und dem Sinn und Zweck des Sukzessionsschutzes erscheint es daher angemessen, den Fall, dass das Nutzungsrecht des Hauptlizenznehmers erlischt mit dem gesetzlich geregelten Fall, dass der Hauptlizenznehmer sein Nutzungsrecht auf einer anderen überträgt im Hinblick auf die Bestandskraft etwaig eingeräumter Unterlizenzen (Enkelrechte) gleich zu behandeln.

## (2) Interessenabwägung

Die Annahme von Sukzessionsschutz zugunsten des Unterlizenznehmers im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung setzt weiter voraus, dass seine Interessen die Interessen der sonst betroffenen Verkehrskreise überwiegen.<sup>712</sup>

Der BGH hat eine Abwägung der betroffenen Interessen vorgenommen. Er hat die Interessen des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts mit den Interessen des Hauptlizenzgebers an einem Rückfall dieses Nutzungsrechts gegeneinander abgewogen.<sup>713</sup> Der BGH stellt fest, dass die Interessen des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts die Interessen des Hauptlizenzgebers an einem Rückfall dieses Nutzungsrechts in der Regel überwiegen.<sup>714</sup> Die vom BGH in die Abwägung eingestellten Ansprüche und Umstände werden im Folgenden überprüft. Etwaig nicht in die Abwägung eingestellte Erwägungen und Umstände werden auf ihre Einschlägigkeit in diesem Zusammenhang hin untersucht.

### *(a) Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer*

Ausschlaggebende Bedeutung im Rahmen der Interessenabwägung ließ der BGH einen Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer

---

<sup>711</sup> J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 10. Auflage, § 26 Rn. 31; zustimmend: *Klawitter*, GRUR-Prax 2012, 425 (426).

<sup>712</sup> *Becker*, ZUM 2012, 786 (787).

<sup>713</sup> *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

<sup>714</sup> *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

in Folge des Erlöschens der Hauptlizenz zukommen. Anspruchsgrundlage für diesen Ausgleichsanspruch sei die Eingriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Hiernach hätte der Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer einen Anspruch auf Abtretung dessen Anspruchs gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren.<sup>715</sup>

Das „erlangte Etwas“ beim Hauptlizenznehmer sieht der BGH in dem fortbestehenden Erfüllungsanspruch des Hauptlizenznehmers gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren. Nach dem Erlöschen der Hauptlizenz des Hauptlizenznehmers und dem Rückfall des Nutzungsrechts an den Hauptlizenzgeber würde dieser Anspruch des Hauptlizenznehmers in den Zuweisungsgehalt des nunmehr wieder dem Hauptlizenzgeber zur alleinigen Verwertung zugewiesenen Nutzungsrechts eingreifen. Für diesen Eingriff gäbe es im unmittelbaren Verhältnis des Hauptlizenzgebers zum Hauptlizenznehmer nach dem Erlöschen des Hauptlizenzvertrags auch keinen rechtlichen Grund. Der Hauptlizenznehmer sei dem Hauptlizenzgeber daher zur Herausgabe des Erlangten, also zur Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer bestehenden Anspruchs auf Zahlung ausstehender Lizenzgebühren, verpflichtet.

(aa) Dogmatische Inkonsequenzen des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB

Die Herleitung und Begründung des Anspruchs aus Eingriffskondition hält der BGH recht kurz, obwohl er diesem Bereicherungsanspruch ausschlaggebende Bedeutung im Rahmen der Interessenabwägung und somit auch für die Endentscheidung zukommen ließ. Die Ausführungen des BGH zum Bereicherungsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer überzeugen daher nur bedingt.

Ein Anspruch aus Eingriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB setzt voraus, dass jemand etwas auf Kosten des Anspruchsberechtigten in sonstiger Weise als durch Leistung ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

Wie der BGH zwar zu Recht feststellt, kann das „erlangte Etwas“ im Rahmen einer Eingriffskondition ein Anspruch bzw. eine schuldrechtliche Forderung des Bereicherungsschuldners gegen einen Dritten sein.<sup>716</sup> Diesen vermögenswerten Vorteil, den ein Lizenzzahlungsanspruch zweifelsohne darstellt, müsste der Hauptlizenznehmer unter Verletzung einer geschützten Rechtsposition des Hauptlizenzgebers erlangt haben. Der BGH sieht hier die geschützte Rechtsposition des Hauptlizenzgebers, in die der fortbestehende Lizenzzahlungsanspruch des Hauptlizenznehmers eingreift, in dem nunmehr wieder dem Hauptlizenzgeber zur alleinigen Verwertung zugewiesenen Nutzungsrechts. Die Annahme des

---

<sup>715</sup> Zur Begründung des Anspruchs aus Eingriffskondition: *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 27) – M2Trade.

<sup>716</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, 71. Auflage, § 812 Rn. 9; *Schwab*, in: MünchKomm, BGB, 5. Auflage, § 812 Rn. 7.

BGH, dass ein fortbestehender Zahlungsanspruch des Hauptlizenznehmers in den Nutzungsanspruch des Hauptlizenzgebers eingreift, wirkt aber eher befremdlich.<sup>717</sup> Offenkundig ist, dass es dogmatisch konsequenter gewesen wäre, anzunehmen, dass das fortbestehende Nutzungsrecht des Unterlizenznehmers in das dem Hauptlizenzgeber nunmehr wieder zur alleinigen Verwertung zugewiesenen Nutzungsrechts eingreift.<sup>718</sup> Im Rahmen der Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen wurde das bislang auch so gesehen. Als das „erlangte Etwas“ wurde der Gebrauch des immateriellen Schutzgegenstands erachtet.<sup>719</sup> Im Fortbestand eines einfachen Nutzungsrechts lag daher auch kein Eingriff im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB.<sup>720</sup> Als ob es schon immer so gewesen sei, geht der BGH nunmehr ohne Begründung davon aus, dass der fortbestehende Lizenzzahlungsanspruch des Hauptlizenznehmers gegen den Unterlizenznehmer einen Eingriff darstelle. Denkt man ergebnisorientiert, ist die Annahme des BGH einleuchtend. Da allein der Unterlizenznehmer noch den Gebrauch des immateriellen Rechts erlangt und jener jedoch gerade weiterhin zur Nutzung berechtigt sein soll, konnte der BGH nicht annehmen, dass das „erlangte Etwas“ der Gebrauch des immateriellen Schutzgegenstands ist. Um einen Anspruch aus Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB gegen den Hauptlizenznehmer zu kreieren, musste der BGH an einen Umstand, der in der Sphäre des Hauptlizenznehmers liegt, anknüpfen. Hierfür kam nur der fortbestehende Lizenzzahlungsanspruch in Betracht, da der Hauptlizenznehmer weder das immaterielle Recht selbst gebraucht; noch weitere Unterlizenzen vergibt. Als überzeugend kann die Begründung des Anspruchs gegen den Hauptlizenznehmer aus Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB jedenfalls nicht bezeichnet werden. Dem BGH ist jedoch darin zuzustimmen, dass mit dem Rückfall des Nutzungsrechts an den Hauptlizenzgeber jener wieder zur alleinigen wirtschaftlichen Verwertung des Nutzungsrechts berechtigt ist. Die durch den Hauptlizenznehmer eingezogenen oder noch einzuziehenden Lizenzgebühren stehen dem Hauptlizenzgeber zu.

Der BGH geht mit keinem Wort auf andere unter Umständen in Betracht zu ziehende Anspruchsgrundlagen ein. Die Korrekturbedürftigkeit der Situation, d. h. dass der Hauptlizenznehmer aufgrund des Erlöschens der Hauptlizenz nicht mehr von den Lizenzzahlungen des Unterlizenznehmers profitieren kann, lag auf der Hand. Auf der Hand lag daher weiter, dass der Hauptlizenzgeber gegen den Hauptlizenznehmer einen Anspruch auf Herausgabe der vom Unterlizenznehmer gezahlten Lizenzgebühren oder einen Anspruch auf Abtretung des Lizenzzah-

---

<sup>717</sup> So auch: *Dietrich/Szalai*, MMR 2012, 687 (688).

<sup>718</sup> In diese Richtung auch: *Marotzke*, ZInsO 2012, 1737 (1748, 1749).

<sup>719</sup> BGHZ 82, 299 (307) – Kunststoffhohlprofil II: „(..), so wird man den Gebrauch des immateriellen Schutzgegenstandes als das Erlangte ansehen müssen.“; *Wild*, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 102a Rn. 2.

<sup>720</sup> *Pablow*, GRUR 2010, 112 (118); *Becker*, ZUM 2012, 786 (788).

lungsanspruchs haben muss. Fraglich ist, ob dieser Anspruch – dogmatisch überzeugender – auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützt werden kann.

(bb) Anspruch auf Abtretung aus nachvertraglicher Pflicht?

Die an einigen Stellen wenig überzeugende Begründung, die dem Anspruch aus Eingriffskondiktion anhaftet, könnte gegebenenfalls vermieden werden, wenn der Anspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer auf Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer bestehenden Anspruchs auf ausstehende Lizenzzahlungen auf eine (nach)vertragliche Pflicht des Hauptlizenznehmers aus den beendeten Hauptlizenzvertrag gestützt wird.

In der Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass es nachvertragliche Pflichten geben kann.<sup>721</sup> Es besteht insbesondere die Verpflichtung einer Partei, alles zu unterlassen, was den (bereits erreichten) Vertragszweck im Nachhinein gefährden oder vereiteln könnte.<sup>722</sup> Auch der BGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass auch nach der eigentlichen Vertragsabwicklung im Rahmen des Zumutbaren unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gewisse nachvertragliche Handlungs- oder Unterlassungspflichten bestehen können, damit dem Vertragspartner nicht unverhältnismäßige, mit der vorhergegangenen Vertragserfüllung zusammenhängende Schäden entstehen.<sup>723</sup>

Fraglich ist, ob dem Hauptlizenznehmer, der vertragsgemäß Unterlizenzen erteilt hat, im Fall des Bestandes der Unterlizenz bei erloschener Hauptlizenz eine nachvertragliche Pflicht zur Abtretung seines Lizenzzahlungsanspruchs an den Hauptlizenzgeber auferlegt werden kann. Dem Hauptlizenzgeber erwachsen schließlich aus dem Bestandsschutz der Unterlizenz trotz erloschener Hauptlizenz Nachteile.

Im Ergebnis ist dies abzulehnen. Unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 285 BGB,<sup>724</sup> der Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs regelt, kann die Pflicht zur Abtretung des Lizenzzahlungsanspruchs nur die Rechtsfolge eines vertragswidrigen oder nachvertragswidrigen Verhaltens des Lizenznehmers sein. Das setzt zwangsläufig voraus, dass als Anknüpfungspunkt ein vertragswidriges oder nachvertragswidriges Verhalten des Lizenznehmers vorliegt. Soweit dem Hauptlizenznehmer die Unterlizenzierung erlaubt war, was bei Vorliegen einer ausschließlichen Lizenz auch ohne vertragliche Regelung anzunehmen ist,<sup>725</sup> ist

---

<sup>721</sup> RG 111, 298 (302, 303); BGHZ 16, 4 (10); *Hobloch*, in: Erman, BGB, Band 1, 13. Auflage, § 242 Rn. 68, 72; *Teichmann*, in: Soergel, BGB, 12. Auflage, § 242 Rn. 167 ff.; *v. Bar*, AcP 179 (1979), 452 (461 ff.).

<sup>722</sup> RG 161, 338.

<sup>723</sup> BGHZ 16, 4 (10).

<sup>724</sup> Gemäß § 285 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen, wenn der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt.

<sup>725</sup> Etwa: *BGH*, GRUR 1953, 114 (118); *BGH*, GRUR 1955, 338 (340); *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 10. Auflage, Rn. 233.

nicht ersichtlich, worin ein vorwerfbares Verhalten des Hauptlizenznehmers liegen soll, welches den Bestandsschutz der Unterlizenz ausgelöst haben soll. Der Hauptlizenznehmer ist gerade nicht für den Bestandsschutz der Unterlizenz verantwortlich.

(cc) Anspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB?

Zu Recht geht der BGH mit keinem Wort auf den Sonderfall der Eingriffskondition, dem Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift ein. Gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Nichtberechtigter, der über einen Gegenstand eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, dem Berechtigten gegenüber zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Aufgrund des dinglichen Charakters der Unterlizenzierung (Verfügung des Hauptlizenznehmers)<sup>726</sup> und mit Blick auf die Behandlung der unberechtigten Untervermietung, bei der zum Teil die analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB vertreten wird,<sup>727</sup> könnte man auf den Gedanken kommen, dass § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB auch hier als Korrekturwerkzeug zugunsten des Hauptlizenzgebers herangezogen werden kann. Im Ergebnis ist dieser Gedanke jedoch zu verwerfen. Wie bereits ausgeführt, stellt die Unterlizenzierung zwar eine Verfügung des Hauptlizenznehmers dar. Die Unterlizenzierung nahm der Hauptlizenznehmer aber nicht als „Nichtberechtigter“ vor. Dieser Befund gilt zumindest seit der BGH-Entscheidung „Reifen Progressiv“.<sup>728</sup> Dort hat der BGH entschieden, dass der Lizenzgeber nicht einer permanenten Lizenzeinräumungspflicht unterliegt. Der Lizenzeinräumungsakt ist vielmehr ein einmaliger Akt.<sup>729</sup> Die Lizenzeinräumung hat somit zu Beginn des Unterlizenzvertrages einmal stattgefunden. Nach Erlöschen der Hauptlizenz kam es zu keiner weiteren Verfügung des Hauptlizenznehmers, die er als Nichtberechtigter hätte vornehmen können.

(dd) Anspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer aus § 816 Abs. 2 BGB

Eine objektive Bestandsaufnahme der vorzufindenden Situation zeigt, dass grundsätzlich allein der Unterlizenznehmer in das dem Hauptlizenzgeber wieder zur alleinigen Verwertung zustehende Nutzungsrecht durch seinen Gebrauch eingreift. Die Konstruktion eines Eingriffs in das Nutzungsrecht des Hauptlizenzgebers durch den Hauptlizenznehmer erscheint realitätsfern, da Letzterer das immaterielle Recht gar nicht mehr nutzt. Um eine gerechte Vermögenszuordnung nach Erlöschen der Hauptlizenz wiederherzustellen, müssen die vom Hauptlizenzneh-

<sup>726</sup> So insbesondere BGHZ 180, 344 ff. – Reifen Progressiv.

<sup>727</sup> So etwa: v. Caemmerer, in: FS für Rabel I (1954), 358; Mühl, in: Soergel, BGB, 12. Auflage, § 816 Rn. 19.

<sup>728</sup> BGHZ 180, 344 ff. – Reifen Progressiv.

<sup>729</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil II. 4. b) bb) (1).

mer nach dem Erlöschen der Hauptlizenz erlangten Lizenzgebühren, auf den Hauptlizenzgeber „umverlagert“ werden. Ziel des BGHs bei der Zuerkennung und Anwendung des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB zugunsten des Hauptlizenzgebers war es auch, die beim Hauptlizenznehmer entstehenden Lizenzgebühren abzuschöpfen.

Für diese Situation könnte die Vorschrift des § 816 Abs. 2 BGB eine passende Regelung enthalten. Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten gemäß § 816 Abs. 2 BGB zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet.

Für eine Anwendbarkeit des § 816 Abs. 2 BGB müsste der Hauptlizenzgeber in Bezug auf die Lizenzzahlungen des Unterlizenznehmers als Berechtigter und der Hauptlizenznehmer als Nichtberechtigter anzusehen sein. Etwaige Lizenzzahlungen des Unterlizenznehmers an den Hauptlizenznehmer müssten dem Hauptlizenzgeber gegenüber wirksam sein.

Nichtberechtigter im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB ist derjenige, der weder Inhaber des Anspruchs auf die Leistung noch zur Entgegennahme der Leistung durch Rechtsgeschäft mit dem Berechtigten befugt war.<sup>730</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Kündigung des Hauptlizenzvertrags keine Auswirkungen auf den Bestand des Unterlizenzvertrags haben kann, und somit der Hauptlizenznehmer in Bezug auf die Unterlizenzgebühren anspruchsberechtigt bleibt, fällt die Annahme, dass der Hauptlizenznehmer in Bezug auf die Unterlizenzgebühren als Nichtberechtigter agiert eher schwer. Nichtsdestotrotz ist der Hauptlizenznehmer dem Hauptlizenzgeber gegenüber nicht mehr berechtigt. Hinzu kommt, dass die Lizenzzahlungen des Unterlizenznehmers an den Hauptlizenznehmer dem Hauptlizenzgeber gegenüber wirksam sind. Legt man den Begriff des Berechtigten im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB mit einigen Stimmen in der Literatur weit aus,<sup>731</sup> könnte der Hauptlizenzgeber als Berechtigter im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB anzusehen sein, was zumindest eine entsprechende Anwendbarkeit des § 816 Abs. 2 BGB rechtfertigen könnte. Letzterer würde zumindest nicht eine solche befremdliche Wirkung zukommen wie der Anwendung des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB.

(e) Zwischenfazit

Im Ergebnis ist dem BGH darin zuzustimmen, dass er dem Hauptlizenzgeber zur Korrektur seiner wirtschaftlichen Interessen in Folge der Bestandskraft der Unterlizenz trotz erloschener Hauptlizenz zunächst überhaupt einen Anspruch auf Herausgabe der Lizenzgebühren bzw. einen Anspruch auf Abtretung des Lizenzzah-

---

<sup>730</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, 71. Auflage, § 816 Rn. 17; *Schwab*, in: MünchKomm, BGB, 5. Auflage, § 816 Rn. 24 ff.

<sup>731</sup> *Schwab*, in: MünchKomm, BGB, 5. Auflage, § 816 Rn. 72 („Berechtigter ist der wahre Gläubiger“).

lungsanspruchs des Hauptlizenznehmers gegen den Unterlizenznehmer zubiligt.<sup>732</sup>

Aufgrund der zentralen Rolle, die der BGH dem Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer in der Interessenabwägung zu kommen lässt, ist davon auszugehen, dass die tatsächliche Existenz eines solchen Ausgleichsanspruchs zuförderste und erste Voraussetzung für die Annahme eines Bestandsschutzes der Unterlizenz ist. Im Gegensatz hierzu sind Stimmen laut geworden, die dem durch das Urteil postulierten Bestandsschutz von Unterlizenzen, insbesondere in dem Fall, wenn die Konzernobergesellschaft ihren Konzerngesellschaften kostenlose Lizenzen einräumt, kuriose Ergebnisse zuschreiben.<sup>733</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Für den Fall, dass der Hauptlizenznehmer dem Unterlizenznehmer kostenlose Unterlizenzen einräumt, geht der Bereicherungsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer fehl. Letzterer erlangt schließlich bei einer kostenlosen Lizenz gar keine Lizenzzahlungen. Ein direkter Anspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Unterlizenznehmer gemäß § 822 BGB, passt im Fall der kostenlosen Unterlizenzierung auch nicht. Hier muss der ursprüngliche Bereicherungsschuldner das Erlangte unentgeltlich an einen Dritten weitergegeben haben. In Folge der unentgeltlichen Weitergabe muss die Bereicherungshaftung des ursprünglichen Schuldners erloschen sein. Soweit der Hauptlizenznehmer vertraglich zur Unterlizenzierung berechtigt war, bestand zum Zeitpunkt der Unterlizenzierung gegen den Hauptlizenznehmer jedoch kein Bereicherungsanspruch. Er war vielmehr zur Unterlizenzierung berechtigt. Da die Nutzungsrechtsvergabe einen einmaligen Einräumungsakt darstellt,<sup>734</sup> kann auch nicht an Unterlizenzierung nach Wegfall des Hauptlizenzvertrags angeknüpft werden. Im Fall der kostenlosen Unterlizenzierung ist es nicht möglich, einen Ausgleichsanspruch zugunsten des Hauptlizenznehmers in die Interessenabwägung einzustellen. Liest man die BGH-Entscheidung zwischen den Zeilen, müsste das aber dann grundsätzlich zur Folge haben, dass ein Bestandsschutz zugunsten der Unterlizenz nicht angenommen werden kann, soweit dieser fehlende Umstand nicht durch einen noch schützenswürdigeren Umstand auf Seiten des Unterlizenzgebers ausgeglichen wird.

In Anbetracht der dogmatischen Inkonsequenzen, die damit einhergehen, wenn der Bereicherungsanspruch auf die Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB gestützt wird, sollte der Sonderfall der Eingriffskondiktion gemäß § 816 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen werden. Die Eingriffskondiktion ist im Ergebnis aber das richtige Rechtsinstitut, um eine gerechte Güterverteilung in dieser Situation wiederherzustellen.

---

<sup>732</sup> So schon: *Dieselhorst*, CR 2010, 69 (71), der das wirtschaftliche Ergebnis des Fortbestands einer Unterlizenz nach der Kündigung des Hauptlizenzvertrags dann nicht für unbillig hält, wenn dem Hauptlizenzgeber Ausgleichsansprüche gegen den Hauptlizenznehmer zustehen.

<sup>733</sup> *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1794).

<sup>734</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil II. 4. b) bb) (1).



Die Wiederherstellung einer gerechten Güterverteilung im Wege der Zuerkennung eines Bereicherungsanspruchs des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer fügt sich zudem in das Rechtsfolgensystem des gesetzlich geregelten Sukzessionsschutzes ein. In der Situation des § 33 Satz 2 Fall 2 UrhG ordnet das Gesetz Bestandskraft der Unterlizenz – Sukzessionsschutz – für den Fall an, dass der Hauptlizenznehmer auf sein Nutzungsrecht verzichtet. Für den Fall, dass der Verzichtende, der Urheber und Inhaber des wirksam bleibenden Nutzungsrechts keine Vertragsübernahme vereinbaren, durch die der schuldrechtliche Vertrag auf den Urheber und den Inhaber des wirksam bleibenden Rechts übergeleitet wird, so dass der Anspruch auf Lizenzgebühren dem Urheber zusteht und der Verzichtende somit weiterhin berechtigt ist, Lizenzgebühren einzuziehen, wird ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Urhebers gegen den Verzichtenden angenommen.<sup>735</sup> Die Annahme eines Bereicherungsanspruchs als Interessenausgleich des Hauptlizenzgebers für die angenommene Bestandskraft der Unterlizenz fügt sich in der bisher angenommenen Rechtsfolgen des Sukzessionsschutzes ein.

*(b) Billigkeitserwägungen zugunsten des Unterlizenznehmers*

Neben dem Bereicherungsanspruch des Hauptlizenzgebers hat der BGH in die Interessenabwägung zugunsten des Unterlizenznehmers Billigkeitserwägungen eingestellt.<sup>736</sup> Soweit der Unterlizenznehmer auf den Bestand der Lizenz angewiesen ist, führt das Erlöschen des Nutzungsrechts zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, bis hin zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz. Es wäre daher auch unter Berücksichtigung der Interessen des Hauptlizenzgebers unbillig, wenn der Unterlizenznehmer mit dem Erlöschen der Hauptlizenz seine Unterlizenz verlöre.

Im Zusammenhang mit den vom BGH angestellten Billigkeitserwägungen zugunsten des Unterlizenznehmers sind erste Stimmen laut geworden, dass der BGH hiermit eine in ihren Auswirkungen unabsehbare Interessenjurisprudenz eingeläutet hat.<sup>737</sup> Der BGH habe es jedoch versäumt das zugunsten des Lizenznehmers bzw. Unterlizenznehmers ausgemachte Schutzbedürfnis an konkreten tatsächlichen Beispielen zu belegen.<sup>738</sup> Zudem sei nicht ersichtlich, warum es unbillig sei, den Sublizenznehmer beim Rechtewegfall auf den von ihm gewählten Vertragspartner, den Hauptlizenznehmer, zu verweisen.<sup>739</sup>

Letzterer Einwand überzeugt nicht. Er führt vielmehr mit Blick auf den Grundsatz des Sukzessionsschutzes – den der BGH als erstes Argument für den Bestandsschutz der Unterlizenz angeführt hat – zu einem Zirkelschluss. Durch die

---

<sup>735</sup> *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Auflage, § 33 Rn. 27.

<sup>736</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

<sup>737</sup> So: *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1797).

<sup>738</sup> So: *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1795, 1796).

<sup>739</sup> So: *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1794, 1795).

Anerkennung eines Sukzessionsschutzes im Recht des geistigen Eigentums wurde bereits eine Wertentscheidung dahingehend getroffen, dass es in einigen Fällen gerade unbillig ist, den Sublizenznehmer beim Rechtewegfall auf den von ihm gewählten Vertragspartner, den Hauptlizenznehmer, zu verweisen. Diese Wertentscheidung hat der Gesetzgeber etwa im Fall des Verzichts des Hauptlizenznehmers auf sein Nutzungsrecht getroffen, vgl. § 33 Satz 2 Fall 2 UrhG. Die Auswirkungen des Erlöschens der Hauptlizenz auf von dieser abgeleitete Unterlizenzen wollte der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich nicht in § 33 UrhG klären; Diese Klärung sollte vielmehr der Rechtsprechung vorbehalten bleiben.<sup>740</sup> Ausweislich dieser Gesetzesbegründung ging auch der Gesetzgeber davon aus, dass der Unterlizenz im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz Sukzessionsschutz zukommen könnte. Der BGH hat nunmehr eine Klärung zugunsten des Sukzessionsschutzes für den Unterlizenznehmer herbeigeführt. Die Frage, warum es unbillig sei, den Sublizenznehmer beim Rechtewegfall auf den von ihm gewählten Vertragspartner, den Hauptlizenznehmer, zu verweisen, verbietet sich daher nunmehr.

*(c) Fehlende Billigkeitserwägungen zugunsten des Hauptlizenzgebers*

Auf Seiten des Hauptlizenzgebers hat der BGH nur dessen Ausgleichsanspruch in die Interessenabwägung eingestellt. Weitere Billigkeitserwägungen, die das Abwägungsergebnis zugunsten des Hauptlizenzgebers beeinflussen hätten können, hat er nicht angeführt. Seine Interessen seien weitgehend durch seinen Anspruch gegen den Hauptlizenznehmer auf Abtretung dessen Anspruchs gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren gewahrt.<sup>741</sup> Diese eher kurze Aufnahme der Interessen des Hauptlizenzgebers überzeugt im Hinblick darauf, dass der Hauptlizenzgeber der Vergabe der Unterlizenz schließlich zugestimmt hat. Es ist daher nicht unbillig, wenn er sich an dieser auch nach Wegfall der Hauptlizenz festhalten muss.<sup>742</sup>

In wirtschaftlicher Hinsicht kann den nicht ins Kalkül gezogenen Billigkeitserwägungen zugunsten des Hauptlizenzgebers nur eingeschränkt zugestimmt werden. Die wirtschaftlichen Interessen des Hauptlizenzgebers sind nur für den Fall gewahrt, dass der abgetretene Lizenzzahlungsanspruch gegen den Unterlizenznehmer dem Hauptlizzenzzahlungsanspruch gleich kommt oder ihn sogar übersteigt. Hat der Hauptlizenznehmer dem Unterlizenznehmer – aus welchen Gründen auch immer – die Unterlizenz zu niedrigeren Konditionen als er für die Hauptlizenz bezahlt, eingeräumt, sind die wirtschaftlichen Interessen des Hauptlizenzgebers durch die Abtretung nicht gewahrt. Auch für den Fall, dass der

<sup>740</sup> BT-Drs. 14/6433, S. 16.

<sup>741</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

<sup>742</sup> Das gilt zumindest für das Urheberrecht, da hier die Unterlizenzierung gemäß § 35 UrhG der Zustimmung des Urhebers bedarf. Anders liegt der Fall im Patentrecht. Hier geht die herrschende Meinung davon aus, dass dem ausschließlichen Lizenznehmer grundsätzlich das Recht zusteht, Unterlizenzen zu erteilen.

Marktwert des Nutzungsrechts zwischenzeitlich gestiegen ist und der Hauptlizenzgeber das Nutzungsrecht nunmehr zu einem viel höheren Nutzungsentgelt vergeben könnte, können die Ausführungen des BGH in Zweifel gezogen werden.

Im Ergebnis lassen die fehlenden Billigkeitserwägungen zugunsten Hauptlizenzgebers die Lösung des BGH jedoch nicht als unangemessen erscheinen. Der Hauptlizenzgeber hat es schließlich in der Hand im Hauptlizenzvertrag den Bestand der Unterlizenz an den Bestand der Hauptlizenz zu koppeln.<sup>743</sup> Eine vorbehaltlose Lizenzvergabe würde der Lizenzgeber jedenfalls in aller Regel mit einer weit höheren Lizenzgebühr verbinden können als die mit etwa einem Erlöschens-Vorbehalt weitergebene Lizenz.<sup>744</sup>

Eine Bindung der Unterlizenz an die Hauptlizenz ist im Wege der Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts als auch in der Form der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB möglich.<sup>745</sup> Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH in seiner Entscheidung „Reifen Progressiv“<sup>746</sup>, wo er feststellte, dass auch Unterlizenzen dinglicher Charakter zukommt, kann diese auflösend bedingt erteilt werden, denn dingliche Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich nicht bedingungsfeindlich.<sup>747</sup>

Weitere Möglichkeiten, die Nutzungsrechte des Unterlizenznehmers zu beschränken, können durch die sogenannte „Vertreterlösung“ und das unter Zustimmungsvorbehalt des Hauptlizenzgebers stehende Verbot der Unterlizenzerteilung erreicht werden.<sup>748</sup> Mit letzterem kann der Hauptlizenzgeber zumindest sicherstellen, dass Unterlizenzverträge, die bei Wegfall der Hauptlizenz bestehen bleiben zumindest seinen Anforderungen genügen.<sup>749</sup> Bei der Vertreterlösung wird vereinbart, dass der Hauptlizenznehmer nicht selbst Unterlizenzen im eigenen Namen erteilt, sondern als Vertreter des Hauptlizenzgebers auftritt, so dass der

---

<sup>743</sup> BGH, MMR 2012, 684 (687 Rn. 34 f.) – M2Trade, wo auch der BGH prüft, ob der mündlich geschlossene Hauptlizenzvertrag Regeln enthält bzw. etwaige Regeln dahingehend ausgelegt werden können, dass der Bestand der Unterlizenz vom Bestand der Hauptlizenz abhängig ist. Der im zugrunde liegenden Sachverhalt lediglich mündlich geschlossene Vertrag bot – so der BGH – aber keine Anhaltspunkte für ein vereinbartes Abhängigkeitsverhältnis. Zudem ließe auch nicht das Vorliegen einer Konzernlizenz darauf schließen, dass den konzernabhängigen Unternehmen nur Unterlizenzen eingeräumt werden können, die bei einem Wegfall der Hauptlizenz gleichfalls erlöschen. Der BGH hat bereits in der Entscheidung „Alexis Sorbas“, ZUM 1986, 278 (279 ff.), anerkannt, dass die Parteien eines Hauptlizenzvertrags Vereinbarungen über das Schicksal abgeleiteter Nutzungsrechte bei Wegfall der Hauptlizenz treffen können. Ausführlich zu Klauseln im Hauptlizenzvertrag, die die Unterlizenzerteilungsbefugnis beschränken bereits: *Wente/Härle*, GRUR 1997, 96 (100) und aktuell: *Meyer-van Raay*, NJW 2012, 3691 (3692, 3693).

<sup>744</sup> *Raeschke-Kessler/Christopeit*, ZIP 2013, 345 (349).

<sup>745</sup> *Heidenbain/Reus*, CR 2013, 273 (275).

<sup>746</sup> BGHZ 180, 344 ff. – Reifen Progressiv.

<sup>747</sup> *Heidenbain/Reus*, CR 2013, 273 (276).

<sup>748</sup> *Heidenbain/Reus*, CR 2013, 273 (278).

<sup>749</sup> *Heidenbain/Reus*, CR 2013, 273 (278).

Hauptlizenzgeber die vertraglichen Bedingungen aller Lizenzverträge selbst bestimmt.<sup>750</sup>

Aus der Sicht des Hauptlizenzgebers ist die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung im Hauptlizenzvertrag, dahingehend, dass der Hauptlizenznehmer Unterlizenzen nur unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der Hauptlizenz übertragen darf, vorteilhafter,<sup>751</sup> da diese ipso iure zum Erlöschen der Unterlizenz führt.<sup>752</sup>

In diesem Zusammenhang fragt sich, ob die Verpflichtung des Hauptlizenznehmers Unterlizenzen nur auflösend bedingt bzw. belastet mit einem Sonderkündigungsrecht des Hauptlizenznehmers zu erteilen, dingliche Wirkung hätte. Der Hauptlizenznehmer könnte eine Unterlizenz dann nur wirksam mit diesen Beschränkungen erteilen.

Ob eine solche Beschränkung dingliche Wirkung hat, beurteilt sich danach, ob es sich hierbei um eine übliche, technische und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsform handelt, was anhand einer Interessenabwägung im Einzelfall zu entscheiden ist.<sup>753</sup> Der BGH prüft in der Entscheidung M2Trade<sup>754</sup>, ob der mündlich geschlossene Hauptlizenzvertrag Regeln enthält bzw. etwaige Regeln dahingehend ausgelegt werden können, dass der Bestand der Unterlizenz vom Bestand der Hauptlizenz abhängig ist, was jedoch im Ergebnis nicht zum Tragen kam. Der Umstand, dass der BGH dieses Thema überhaupt geprüft hat, spricht jedoch dafür, dass entsprechende Klauseln auch eine Relevanz gehabt hätten.

Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung wird es darauf ankommen, inwieweit die Interessen des Unterlizenznehmers gebührend berücksichtigt werden und darauf, wie sehr die Verkehrsfähigkeit des erzeugten Produkts beeinträchtigt wird.<sup>755</sup> Eine pauschale Entscheidung der Frage, ob die Bindung der Unterlizenz an den Bestand der Hauptlizenz dingliche Wirkung hat, ist daher nicht möglich.

Als weitere Möglichkeit für den Lizenzgeber den Bestandsschutz zugunsten der Unterlizenz zu vermeiden, wird die Vergabe von nur negativen (Unter-)lizenzen vorgeschlagen.<sup>756</sup> Hier verzichtet der Rechtsinhaber nur auf seinen Unterlassungsanspruch.<sup>757</sup> Eine negative Lizenz stellt nach überwiegender Meinung keine Lizenz im Rechtssinne mit der Folge dar, dass die Regelungen zum Sukzessionsschutz nicht anwendbar sind.<sup>758</sup> Entsprechend ließe sich auch der Fortbe-

---

<sup>750</sup> Heidenbain/Reus, CR 2013, 273 (278).

<sup>751</sup> Heidenbain/Reus, CR 2013, 273 (275).

<sup>752</sup> Ellenberger, in: Palandt, BGB, 72. Auflage, § 158 Rn. 2.

<sup>753</sup> Heidenbain/Reus, CR 2013, 273 (276).

<sup>754</sup> BGH, MMR 2012, 684 (685 Rn. 23) – M2Trade.

<sup>755</sup> Heidenbain/Reus, CR 2013, 273 (277).

<sup>756</sup> McGuire/Kunzmann, GRUR 2014, 28 (30).

<sup>757</sup> Hierzu Ausführungen im 2. Teil I. 1. b).

<sup>758</sup> Hierzu Ausführungen im 2. Teil I. 1. b).

stand einer Unterlizenz nicht mit dem Gedanken des Sukzessionsschutzes begründen.<sup>759</sup>

Für die Billigkeitserwägungen im Sinne einer existierenden Möglichkeit für den Hauptlizenzgeber wirtschaftliche Einbußen vorzubeugen, genügt jedoch die Aufnahme von lediglich schuldrechtlich wirkenden Beschränkungen der Unterlizenzerteilungsbefugnis des Hauptlizenznehmers im Hauptlizenzvertrag. Denn durch eine solche Klausel kann dem Hauptlizenznehmer zumindest vertraglich verboten werden, Unterlizenzen ohne Bindung an den Bestand der Hauptlizenz zu erteilen. Verletzt der Hauptlizenznehmer diese Pflicht, so stehen dem Hauptlizenzgeber gegen diesen Schadenersatzansprüche zu. Da sich die Höhe des Schadenersatzanspruchs gemäß §§ 249 ff. BGB an dem tatsächlich erlittenen Schaden des Hauptlizenzgebers richtet, erhält der Hauptlizenzgeber seinen durch die Bestandskraft der Unterlizenz trotz Erlöschens der Hauptlizenz tatsächlich erlittenen Schaden ersetzt. Seine wirtschaftlichen Interessen sind somit gewahrt.

### (3) Zwischenfazit

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Bestandskraft der Unterlizenz bei Erlöschen der Hauptlizenz in Folge der Kündigung des Hauptlizenzvertrags durch den Hauptlizenzgeber mit guten Argumenten im Wege der Rechtsfortbildung, insbesondere unter Beachtung der beteiligten Interessen des Hauptlizenznehmers und des Unterlizenznehmers, angenommen werden kann. Der BGH hat zu Recht im zu entscheidenden Fall den Interessen des Unterlizenznehmers den Vorrang eingeräumt.

Zu beachten ist jedoch, dass der BGH dem Umstand, aus wessen Sphäre die Gründe stammen, die zum Erlöschen der Hauptlizenz geführt haben, große Bedeutung beigemessen hat.<sup>760</sup> Darüber hinaus ist mit großer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Bestandsschutz einer Unterlizenz in der Regel voraussetzt, dass dem Hauptlizenzgeber ein Ausgleichsanspruch gegen den Hauptlizenznehmer zusteht. Deshalb wäre es auch verfehlt von einem generellen Sukzessionsschutz für Unterlizenzen im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz auszugehen. Die Entscheidung für oder gegen einen Sukzessionsschutz wird vielmehr immer von einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung abhängig sein.

Für die Thematik der vorliegenden Arbeit wird es daher wesentlich darauf ankommen, ob diese Argumentation – wie vom BGH kurz angerissen<sup>761</sup> – auch auf die Situation der Nichterfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO dogmatisch überzeugend übertragbar ist. Eine Interessenabwägung muss also ergeben, dass die Interessen des Unterlizenznehmers auch in der Insolvenzsituation überwiegen. Darüber hinaus ist für die Thematik der Untersuchung ausschlaggebend, ob aus der gegebenenfalls überzeugenden Übertragung der Argumentation zum Be-

<sup>759</sup> *McGuire/Kunzmann*, GRUR 2014, 28 (30).

<sup>760</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 29) – M2Trade.

<sup>761</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26) – M2Trade.

standsschutz einer Unterlizenz auf die jeweilige Insolvenzsituation, die Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz geschlussfolgert werden kann.

c) *Übertragung von BGH „M2Trade“ auf die Situation der Nichterfüllungswahl*

Wichtig für die Thematik der vorliegenden Arbeit ist, dass der BGH seine Aussage nicht auf die Feststellung der Bestandskraft der Unterlizenz im Falle der Kündigung des Hauptlizenzvertrags durch den Lizenzgeber beschränkt hat. Er behandelt vielmehr auch die für den konkreten Fall nicht entscheidungserhebliche Frage, wie sich die Rechtslage in Bezug auf den Bestand der Unterlizenz darstellen würde, wenn der Hauptlizenzvertrag nicht durch Kündigung des Hauptlizenzgebers beendet worden wäre, sondern der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers die Nichterfüllung des Hauptlizenzvertrags wählt. Der BGH führt unter Rn. 26 der Entscheidung wie folgt aus:

- Der Bereicherungsanspruch, der bei der Interessenabwägung ausschlaggebend war, „bestünde auch im Falle einer Insolvenz des Hauptlizenznehmers, wenn der Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 1 InsO zwar die Nichterfüllung des Hauptlizenzvertrages, aber die Erfüllung des Unterlizenzvertrages wählt. Eine derartige Verbindlichkeit aus einer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetretenen Bereicherung der Masse wäre nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO eine Masseverbindlichkeit, die gem. § 53 InsO aus der Insolvenzmasse vorweg zu berichtigen ist.“

Versteht man den BGH richtig, was bei dieser deutlichen Aussage anzunehmen ist, hat der Bestandsschutz für den Unterlizenznehmer nicht nur dann Vorrang, wenn der Lizenzvertrag zwischen dem Hauptlizenzgeber und dem Hauptlizenznehmer erlischt, sondern auch dann, wenn dieser aufgrund der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO undurchführbar wird.

Eine gewagte These, die – soweit sie nicht nur für den entschiedenen Fall, sondern allgemeine Gültigkeit beanspruchen würde – einen Meilenstein hin zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen darstellen würde. Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch, dass sich die Ausführungen des BGH nicht auf eine Bestandskraft der Hauptlizenz im Falle der Insolvenz einer Partei beziehen. Gegenstand der Ausführungen des BGH ist nur die Unterlizenz. Es wird sich zeigen, ob sich auch hieraus ein Lösungsweg zur Herbeiführung von insolvenzfesten Gestaltungsmöglichkeiten für Lizenzbeziehungen ergibt.

Die herrschende – aber nicht unbestrittene – Meinung geht davon aus, dass erteilte Unterlizenzen im Falle der Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags gemäß § 103 Abs. 1 InsO mit der Hauptlizenz erlöschen.<sup>762</sup> Hierfür werden dieselben Argumente angeführt, wie in der Situation, in der die Unterlizenz in Folge

<sup>762</sup> Berger, NZI 2006, 380 (381); Reinhard/Lober, K&R 2003, 126 (129); Scherenberg, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2005, S. 85 ff.; vgl. zum Streitstand: Abel, NZI 2003, 121 (127).

der Beendigung des Hauptlizenzvertrags etwa durch Kündigung oder Aufhebung zum Erlöschen kommen sollte.<sup>763</sup>

Ob die Argumente des BGH für den Bestandsschutz der Unterlizenz im Fall der Kündigung des Hauptlizenzvertrags auch auf die insolvenzrechtliche Situation der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers gemäß § 103 InsO bezogen auf den Hauptlizenzvertrag dogmatisch überzeugend übertragen werden können, wird Gegenstand der folgenden Ausführungen sein. Hierbei wird zunächst die vom BGH angeführte Situation der Insolvenz des Hauptlizenznehmers auf seine Argumentation hin geprüft. Hieran anschließend wird die in der Praxis viel diskutierte Situation der Insolvenz des Hauptlizenzgebers untersucht.

Entsprechend der Annahme von Bestandsschutz zugunsten einer Unterlizenz im Falle der Kündigung im Wege der Rechtsfortbildung wird auch für die Prüfung des Bestandsschutzes im Falle der Nichterfüllungswahl im Wege der Rechtsfortbildung<sup>764</sup> zunächst untersucht, ob eine Vergleichbarkeit zu gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes gegeben ist und sodann eine Abwägung der typischerweise betroffenen Interessen des Unterlizenznehmers und des Hauptlizenzgebers vorgenommen.

Zum besseren Verständnis sollen die drei Situationen, die im Ergebnis zur Prüfung standen bzw. noch stehen, in den folgenden Abbildungen dargestellt werden.

*Situation 1:* Kündigung des Hauptlizenzvertrags durch den Lizenzgeber („M2Trade“-Sachverhalt)

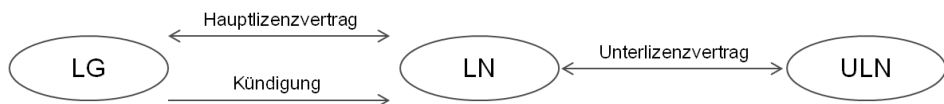


Abbildung 1: Kündigung des HLV durch LG (sog. Kündigungssituation)

*Situation 2:* Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers hinsichtlich des Hauptlizenzvertrags und Erfüllungswahl des Unterlizenzvertrags („M2Trade“-obiter dictum-Sachverhalt)

<sup>763</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 684 und Fn. 685.

<sup>764</sup> An dieser Stelle kann vorweggenommen werden, dass auch im Falle der Nichterfüllungswahl eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften zum Sukzessionsschutz nicht möglich ist. Auch hier findet kein „Wechsel des Rechtsinhabers“ i. S. d. § 33 Satz 2 Fall 1 UrhG statt; vgl. hierzu die Ausführungen im 4. Teil IV. 2. b) aa).

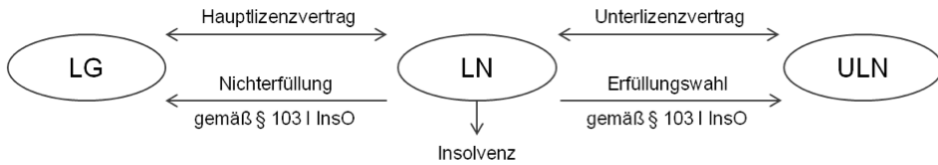


Abbildung 2: Nichterfüllungswahl des IV des LN (sog. Nichterfüllungswahlsituation seitens des LN)

*Situation 3:* Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenzgebers hinsichtlich des Hauptlizenzvertrags (praxisrelevanter Sachverhalt)

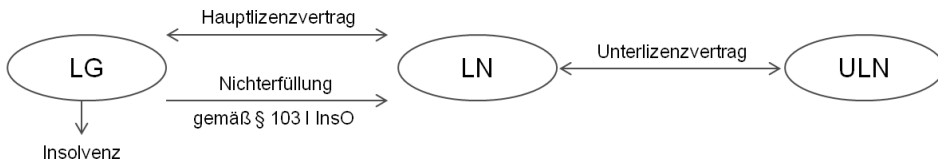


Abbildung 3: Nichterfüllungswahl des IV des LG (sog. Nichterfüllungswahlsituation seitens LG)

aa) Bestandsschutz der Unterlizenz bei Insolvenz des Hauptlizenznehmers

Die in dieser Situation vorliegenden Vertragsbeziehungen, abgegebenen Erklärungen und die Person des Insolvenzschuldners sind als *Situation 2* auf der vorangehenden Seite abgebildet. Diese Situation lag dem obiter dictum des BGH in der Entscheidung „M2Trade“ zugrunde.<sup>765</sup> Der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers wählt gemäß § 103 Abs. 1 InsO die Nichterfüllung des Hauptlizenzvertrags jedoch die Erfüllung des Unterlizenzvertrags. Den Ausführungen des BGH ist zu entnehmen, dass er – entgegen der bisher herrschenden Meinung – auch in dieser Situation von der Bestandskraft der Unterlizenz ausgeht. Dies setzt die Vergleichbarkeit dieser „Nichterfüllungs-Situation“ mit gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes und ein Überwiegen der Interessen des Unterlizenznehmers auch in dieser Situation voraus.

(1) Vergleichbarkeit zu gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes

Was die Tatbestandsvoraussetzungen angeht, liegt auch im Falle der Nichterfüllungswahl seitens der Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers bezogen auf den Hauptlizenzvertrag keine Vergleichbarkeit zu den gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes in § 33 Satz 2 UrhG vor. Es gelten die Ausführungen zur nicht vorliegenden Vergleichbarkeit der Tatbestandsvoraussetzungen so wie sie im Fall des Erlöschens des Nutzungsrechts durch die Kündigung des Hauptlizenzver-

<sup>765</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26) – M2Trade.



trags angenommen wurden.<sup>766</sup> Es ist allerdings ein Unterschied zwischen der Situation der Nichterfüllungswahl und der Situation des Erlöschens des Nutzungsrechts durch Kündigung auszumachen. Im Fall der Nichterfüllungswahl wird der Hauptlizenzvertrag nicht beendet; er verliert lediglich seine Durchsetzbarkeit für die Zeit des Insolvenzverfahrens.<sup>767</sup> Für die Nichtvergleichbarkeit der Situation des Erlöschens des Nutzungsrechts in Folge einer Kündigung mit dem gesetzlich geregelten Fall des Sukzessionsschutzes in § 33 Satz 2 Fall 1 UrhG wurde aber gerade entscheidend darauf abgestellt, dass im ersteren Fall der Hauptlizenzvertrag beendet wird und im gesetzlich geregelten Fall nicht.<sup>768</sup> Im gesetzlich geregelten Fall des Sukzessionsschutzes gemäß § 33 Satz 2 Fall 1 UrhG treten jedoch gar keine Veränderungen im Zusammenhang mit dem Hauptlizenzvertrag ein. Der Vertrag bleibt dort grundsätzlich so bestehen, wie er abgeschlossen wurde. Das ist aber auch in der Situation der Nichterfüllungswahl nicht der Fall. Der Hauptlizenzvertrag wird hier vielmehr undurchsetzbar.

Was die Vergleichbarkeit des Falls der Nichterfüllungswahl mit dem gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes in Bezug auf die Schutzwürdigkeit der Beteiligten, insbesondere des Unterlizenznehmers angeht, ist eine Vergleichbarkeit gegeben. Der Unterlizenznehmer ist sowohl im Fall der Übertragung des Nutzungsrechts durch den Hauptlizenznehmer als auch in dem Fall schutzwürdig, in dem die Hauptlizenz aufgrund der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenzgebers erlischt. Auch im Fall der Nichterfüllungswahl stammt der Grund, weshalb die Hauptlizenz erloschen ist, nicht aus seiner Sphäre. Hinzu kommt, dass der Unterlizenznehmer auch im Fall des Erlöschens der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl darauf vertrauen durfte, dass er das Nutzungsrecht für die eingegangene Vertragslaufzeit nutzen kann und dass sich dadurch seine in der Regel nicht unerheblichen Investitionen amortisieren. Hierin liegt auch der Sinn und Zweck des gesetzlich geregelten Sukzessionsschutzes. Zweck des Sukzessionsschutzes ist es, das Vertrauen des Rechtsinhabers auf den Fortbestand seines Rechts zu schützen und ihm die Amortisation seiner Investitionen zu ermöglichen.<sup>769</sup>

## (2) Interessenabwägung

Die Annahme von Sukzessionsschutz zugunsten des Unterlizenznehmers bei Erlöschen der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung setzt weiter voraus, dass seine Interessen die Interessen der sonst betroffenen Verkehrskreise überwiegen.<sup>770</sup>

---

<sup>766</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb) (1).

<sup>767</sup> Hierzu die Ausführung im 4. Teil II. 4. c) bb) (1).

<sup>768</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb) (1).

<sup>769</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 56; *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 24) – M2Trade.

<sup>770</sup> *Becker*, ZUM 2012, 786 (787).

In Anbetracht der fehlenden Entscheidungserheblichkeit hat der BGH für den Fall des Bestandsschutzes der Unterlizenz trotz Erlöschens der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers keine eingehende Abwägung der betroffenen Interessen vorgenommen. Er hat lediglich im Rahmen eines obiter dictums<sup>771</sup> angemerkt, dass auch in diesem Fall dem Hauptlizenzgeber gegen den Hauptlizenznehmer bzw. gegen die Masse ein Bereicherungsanspruch auf Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer bestehenden Anspruchs auf ausstehende Lizenzzahlungen als Masseverbindlichkeit bestünde.<sup>772</sup>

In einer vorzunehmenden Interessenabwägung sind die Interessen des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts mit den Interessen des Hauptlizenzgebers an einem Rückfall dieses Nutzungsrechts im Fall der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers gegeneinander abzuwiegen. Um Bestandsschutz der Unterlizenz annehmen zu können, müssen die Interessen des Unterlizenznehmers die Interessen des Hauptlizenzgebers überwiegen. In die Abwägung ist ein etwaiger Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers infolge der Bestandskraft der Unterlizenz trotz erloschenem Hauptnutzungsrecht – soweit ein solcher besteht – und Billigkeitserwägungen zugunsten des Hauptlizenzgebers und des Unterlizenznehmers einzustellen. Zu prüfen ist, ob in der vorliegenden Situation zusätzlich Belange von Insolvenzgläubigern des Hauptlizenznehmers in der Abwägung zu berücksichtigen sind.

*(a) Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen die Masse*

Der BGH stützt den Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer bzw. gegen dessen Masse wiederum auf die Eingriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Zu prüfen ist, ob sich auch in dieser Situation dogmatische Holpersteine und Inkonsistenzen<sup>773</sup> in der Begründung des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB ergeben.

Gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB müsste die Masse des Hauptlizenznehmers etwas durch Eingriff in eine dem Hauptlizenzgeber zugewiesene Rechtsposition erlangt haben.

*(aa) Eingriff in eine dem Hauptlizenzgeber zugewiesene Rechtsposition*

Es wurde festgestellt, gerade auch im Hinblick auf die Ausführungen des BGH in der Entscheidung „M2Trade“, dass durch die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO (auch des Insolvenzverwalters des Lizenznehmers) das Nutzungsrecht des Lizenznehmers aufgrund der „faktischen“ Been-

<sup>771</sup> Zum Wortlaut des obiter dictums: 1. Teil III. 2. b).

<sup>772</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26) – M2Trade.

<sup>773</sup> Zu den dogmatischen Inkonsistenzen des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Fall BGB im Fall des Erlöschens der Hauptlizenz durch Kündigung: 4. Teil V. 2. b) (2) (a) (aa).

digung des Lizenzvertrags analog § 9 VerlG erlischt.<sup>774</sup> Es fällt automatisch an den Lizenzgeber zurück.<sup>775</sup> Aufgrund des Rückfalls des Nutzungsrechts ist der Lizenzgeber, hier der Hauptlizenzgeber, nunmehr wieder zur alleinigen Verwertung des Nutzungsrechts berechtigt.

Anders als in der Kündigungssituation (Situation 1) könnte hier der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers durch eine weitere neue Unterlizenzierung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptlizenznehmers in das aufgrund der Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags nunmehr wieder dem Hauptlizenzgeber zur alleinigen Verwertung zugewiesenen Nutzungsrechts im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB durch den Gebrauch des immateriellen Rechts<sup>776</sup> eingreifen. Für den Fall, dass die Handlungen des Insolvenzverwalters als weitere neue Unterlizenzierung zu werten sind, gebraucht er zweifelsohne den immateriellen Schutzgegenstand.

Eine weitere neue Unterlizenzierung könnte in Folge der Erfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO des Unterlizenzvertrags angenommen werden. Hätte der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers in Bezug auf den Unterlizenzvertrag nicht die Erfüllung gemäß § 103 InsO gewählt, sondern die Nichterfüllung gewählt, hätte der Unterlizenznehmer schließlich sein abgeleitetes Nutzungsrecht verloren. Auch im Verhältnis des Unterlizenzgebers zum Unterlizenznehmer gilt, dass im Fall der Insolvenz des Unterlizenzgebers durch die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO das Nutzungsrecht des Unterlizenznehmers aufgrund der „faktischen“ Beendigung des Lizenzvertrags analog § 9 VerlG erlischt.<sup>777</sup>

Die Erfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO bewirkt nach nunmehr vertretener herrschender Meinung, dass sich die rechtliche Qualität der mit Verfahrenseröffnung suspendierten Erfüllungsansprüche der Vertragsparteien für die Zwecke und während der Dauer des Insolvenzverfahrens verändern (sog. Qualitätssprungtheorie<sup>778</sup>). Dem Hauptleistungsanspruch des Schuldners wird durch die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters die spezifische Rechtsqualität einer originären, d. h. nicht vom Schuldner abgeleiteten, Masseforderung zugewiesen.<sup>779</sup> Der als Insolvenzforderung zu qualifizierende Hauptleistungsanspruch des Vertragspartners wird nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 zu einer originären Masseverbindlich-

---

<sup>774</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil II. 4. c) bb) (2).

<sup>775</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil II. 4. c) bb) (2).

<sup>776</sup> BGHZ 82, 299 (307) – Kunststoffhohlprofil II: „(...), so wird man den Gebrauch des immateriellen Schutzgegenstandes als das Erlangte ansehen müssen.“; Wild, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Auflage, § 102a Rn. 2.

<sup>777</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil II. 4. c) bb) (2).

<sup>778</sup> BGH, ZInsO 2002, 577 ff.; BGH, ZInsO 2005, 535 ff.; BGH, ZInsO 2005, 1322 ff.; BGH, ZInsO 2006, 35 ff.; BGH, ZIP 2007, 778 ff.; BGH, ZInsO 2008, 236 ff.; Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 133; Krest, in: MünchKomm, InsO, 2. Auflage, § 103 Rn. 39 ff., 47, 51, 54.

<sup>779</sup> Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 133.

keit aufgewertet.<sup>780</sup> Die Erfüllungswahl macht beide Erfüllungsansprüche insolvenzrechtlich zu neuen Ansprüchen, die gegen die Masse und von der Masse durchgesetzt werden können.<sup>781</sup> Die Erfüllungsansprüche werden nach der Erfüllungswahl so behandelt, als seien sie durch einen neuen, nach Insolvenzeröffnung zwischen dem Insolvenzverwalter und dem anderen Teil geschlossenen Vertrag begründet worden.<sup>782</sup>

Wendet man diese Rechtsfolgen der Erfüllungswahl auf den Unterlizenzvertrag an, kann mit guten Argumenten angenommen werden, dass die Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers eine neue Unterlizenzierung zumindest im Rechtssinne bewirkt. Der Anspruch des Unterlizenznehmers auf Einräumung der Unterlizenz wird schließlich als originäre Masseverbindlichkeit neu begründet. Dieser Anspruch des Unterlizenznehmers ist zwar inhaltlich, jedoch nicht rechtlich identisch mit seinem ursprünglichen Erfüllungsanspruch.

Festzuhalten ist daher, dass in der Erfüllungswahl des Unterlizenzvertrags eine neue weitere Unterlizenzierung liegt. Da in der Masse des Hauptlizenznehmers infolge der Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags jedoch das unterlizenzierbare Nutzungsrecht nicht mehr enthalten war, greift diese weitere neue Unterlizenzierung in der Gestalt der Erfüllungswahl in das dem Hauptlizenzgeber wieder zur alleinigen Verwertung zugewiesenen Nutzungsrechts ein.

Da die sog. „gespaltene Erfüllungswahl“ des Insolvenzverwalters, d. h. Nichterfüllungswahl gegenüber dem Hauptlizenzgeber und Erfüllungswahl gegenüber dem Unterlizenznehmer auch nicht gegen das Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstößt,<sup>783</sup> sind beide Willenserklärungen des Insolvenzverwalters auch wirksam. Es liegt daher zum einen mit der Erfüllungswahl des Unterlizenzvertrags eine neue Unterlizenzierung vor, die jedoch wegen des Wegfalls des Nutzungsrechts in Folge der Nichterfüllungswahl einen Eingriff in das Verwertungsrecht des Hauptlizenzgebers darstellt.

(bb) „Ohne rechtlichen Grund“

Der Eingriff des Insolvenzverwalters in das Verwertungsrecht des Hauptlizenzgebers müsste „ohne rechtlichen Grund“ geschehen sein, d. h. es dürfte keine Berechtigung zur Unterlizenzierung bestanden haben.

Ursprünglich konnte der Hauptlizenznehmer sein Recht zur Unterlizenzierung aus dem Hauptlizenzvertrag ableiten. Hinsichtlich letzteren hat der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers jedoch die Nichterfüllung gewählt. Die Nichter-

<sup>780</sup> BGH, ZInsO 2002, 577; BGH, ZInsO 2006, 933; *Kreft*, in: MünchKomm, InsO, 3. Auflage, § 103 Rn. 39 ff., 47, 51, 54; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 133.

<sup>781</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 133.

<sup>782</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 133.

<sup>783</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 156, wonach kaum Fälle denkbar sind, in denen die Wahlrechtsausübung an dem Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB scheitert; wohl a. A.: v. *Frenztz/Masch*, ZUM 2012, 886 (888).

füllungswahl hat den Hauptlizenzvertrag jedoch materiell-rechtlich unberührt gelassen; er wurde insbesondere nicht beendet.<sup>784</sup> Fraglich ist, ob hieraus der Schluss zu ziehen ist, dass der Insolvenzverwalter immer noch zur Unterlizenzierung berechtigt und die Unterlizenzierung in der Gestalt der Erfüllungswahl des Unterlizenzvertrags mit rechtlichem Grund erfolgt ist. Dieses Ergebnis erscheint unbillig.

In Bezug auf vorinsolvenzliche Leistungen des Schuldners wird ein Bereicherungsanspruch der Masse erst dann angenommen, wenn der Vertrag durch die Anmeldung einer Nichterfüllungsforderung des Vertragspartners gemäß § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt wird und damit der Rechtsgrund für die Leistung des Schuldners entfällt.<sup>785</sup> Was jedoch etwaige Herausgabe- bzw. Rückgewähransprüche des Vertragspartners des Insolvenzschuldners in Folge obligatorischer Besitzrechte, die auf einem Nutzungsüberlassungsvertrag zwischen Eigentümer und Besitz-Schuldner beruhen, angeht, wird angenommen, dass jene bestehen, sobald das Besitzrecht des Insolvenzschuldners endet.<sup>786</sup> Das Besitzrecht endet, sobald feststeht, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrags nicht wählt, er sein Erfüllungswahlrecht durch Erfüllungsablehnung oder Ablauf der Erklärungsfrist unwiderruflich verloren hat.<sup>787</sup> Im Fall obligatorischer Besitzüberlassungsverträge wird demnach nicht angenommen, dass der undurchsetzbare Nutzungsüberlassungsvertrag noch einen rechtlichen Grund für das Nutzen darstellt und somit einem Rückgewähranspruch als rechtlicher Grund entgegen steht. Der vorliegende Bereicherungsanspruch des Hauptlizenzgebers kann keine andere Behandlung erfahren. Auch hier kann es nicht angehen, dass der undurchsetzbare Hauptlizenzvertrag einen rechtlichen Grund für die Unterlizenzierung eines Rechts darstellt, was die Masse gar nicht mehr besitzt und hierfür auch keine Lizenzgebühren bezahlt. Mit der Nichterfüllungswahl hat die Masse daher endgültig ihr Recht verloren, Unterlizenzen am Nutzungsrecht zu erteilen. Die Unterlizenzierung in der Gestalt der Erfüllungswahl erfolgte daher ohne Berechtigung, d. h. ohne rechtlichen Grund.

(cc) Herausgabe des Erlangten

Rechtsfolge des Anspruchs aus Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB ist, dass der Bereicherungsschuldner, hier die Masse des Hauptlizenznehmers, das durch den Eingriff Erlangte herauszugeben hat. Durch den Eingriff – die Unterlizenzierung in der Gestalt der Erfüllungswahl – hat die Masse einen Anspruch gegen den Unterlizenznehmer auf Lizenzzahlungen erlangt. Die Masse ist dem Hauptlizenzgeber daher zur Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer

---

<sup>784</sup> Hierzu: 4. Teil II. 4. c) bb) (1).

<sup>785</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 187.

<sup>786</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 183.

<sup>787</sup> *Kreft*, in: MünchKomm, InsO, 3. Auflage, § 103 Rn. 25; *Blersch*, in: Berliner Kommentar zur InsO, Stand: 50. Ergänzungslieferung, § 103 Rn. 116; *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 183; *Tintelnot*, in: K/P/B, InsO, Loseblattsammlung, Stand: 58. Ergänzungslieferung; § 103 Rn. 93.

bestehenden Anspruchs auf Zahlung der Unterlizenzgebühren verpflichtet. Soweit die Masse die Lizenzforderung eingezogen hat, hat die Masse die erhaltenen Lizenzgebühren gemäß § 818 Abs. 1 Fall 2 herauszugeben.

(dd) Insolvenzzrechtlicher Rang des Ausgleichsanspruchs

Wie der BGH zu Recht festgestellt hat,<sup>788</sup> ist der bereicherungsrechtliche Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers keine einfache (zumeist wertlose) Insolvenzforderung, sondern eine Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO, die gemäß § 53 InsO aus der Insolvenzmasse vorweg zu berichtigen ist.

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist eine Masseverbindlichkeit, eine Verbindlichkeit aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse. Ein Bereicherungsanspruch im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO setzt voraus, dass die Masse nach Insolvenzeröffnung etwas im Sinne der §§ 812 ff. BGB erlangt hat.<sup>789</sup> Die Masse hat den Anspruch auf Unterlizenzgebühren mit der Erfüllungswahl des Unterlizenzvertrags erlangt, mithin nach Insolvenzeröffnung.<sup>790</sup> Wie in den vorangehenden Ausführungen gezeigt, erfolgte die Erlangung des Anspruchs ohne rechtlichen Grund der Masse.

(ee) Zwischenfazit

Entsprechend der Annahme des BGH im obiter dictum steht dem Hauptlizenzgeber bei Annahme des Bestandsschutzes der Unterlizenz im Falle der Nichterfüllungswahl des Unterlizenzvertrags durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers ein Anspruch aus Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB gegen die Masse zu. Der Anspruch geht auf Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer bestehenden Anspruchs auf Lizenzzahlungen. Dieser Bereicherungsanspruch des Hauptlizenzgebers ist als Masseforderung in die Interessenabwägung einzustellen.

*(b) Billigkeitserwägungen zugunsten des Hauptlizenzgebers*

Im Rahmen der Kündigungssituation hat der BGH auf Seiten des Hauptlizenzgebers nur dessen Ausgleichsanspruch eingestellt. Weitere Billigkeitserwägungen, die das Abwägungsergebnis zugunsten des Hauptlizenzgebers hätten beeinflussen können, hat er nicht angeführt. Seine Interessen seien weitgehend durch seinen Anspruch gegen den Hauptlizenznehmer auf Abtretung dessen Anspruchs gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren gewahrt.<sup>791</sup> Im Ergebnis war das jedoch nicht zu beanstanden.<sup>792</sup>

<sup>788</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26) – M2Trade.

<sup>789</sup> *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 55 Rn. 85.

<sup>790</sup> Die Erfüllungswahl setzt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus; vgl. *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 24.

<sup>791</sup> BGH, MMR 2012, 684 (686 Rn. 30) – M2Trade.

<sup>792</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. c) bb) (2) (c).

Fraglich ist, ob sich in der Situation der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers etwas an diesem Befund ändert. Schließlich war es hier nicht der Hauptlizenzgeber, der das Nutzungsrecht durch seine Kündigung zum Erlöschen brachte, sondern der Insolvenzverwalter der Hauptlizenznehmers durch seine Nichterfüllungswahl hinsichtlich des Hauptlizenzvertrags. Auch hier gilt aber zunächst, dass der Hauptlizenzgeber der Vergabe der Unterlizenz schließlich zugestimmt hat. Es ist daher grundsätzlich auch nicht unbillig, wenn er sich an dieser auch nach Wegfall der Hauptlizenz festhalten lassen muss, unabhängig davon, ob die Unterlizenz als einfache oder als ausschließliche vergeben wurde.<sup>793</sup> Der insolvenzrechtliche Hintergrund des Erlöschens der Hauptlizenz könnte aber zu einer anderen Beurteilung führen.

(aa) Fehlende wirtschaftliche Einbringbarkeit des Ausgleichsanspruchs

Der Umstand, dass sich der Hauptlizenznehmer in Insolvenz befindet, könnte im Hinblick auf die Einbringbarkeit und Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs negative Auswirkungen haben. Da es letztlich um die wichtige Frage der tatsächlichen Realisierbarkeit des Ausgleichsanspruchs geht, müssten etwaige Hindernisse zu Gunsten des Hauptlizenzgebers im Rahmen der Abwägung Berücksichtigung finden.

Es wurde bereits festgestellt, dass der Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers eine Masseverbindlichkeit ist. Das bedeutet, dass die Ausgleichsforderung aus der Insolvenzmasse vorweg, d. h. vor den sonstigen Insolvenzforderungen, zu berichtigen ist. Das bedeutet zu Gunsten des Hauptlizenzgebers weiter, dass er gegen die Masse eine Leistungsklage erheben kann, soweit der Insolvenzverwalter den Ausgleichsanspruch nicht erfüllt.<sup>794</sup> Der Hauptlizenzgeber ist somit aufgrund seiner Stellung als Massegläubiger im Hinblick auf die Einbringbarkeit seines Ausgleichsanspruchs weitgehend geschützt. Diese begünstigte Befriedigungsstellung des Hauptlizenzgebers bricht jedoch insbesondere in dem Zeitpunkt weg, in dem der Insolvenzverwalter gemäß § 208 InsO die Masseunzulänglichkeit<sup>795</sup> erklärt. Der Insolvenzverwalter hat die Masseunzulänglichkeit, die auch als „Insolvenz in der Insolvenz“<sup>796</sup> bezeichnet wird, dem Insolvenzgericht anzuzeigen, wenn die vorhandene Masse nur noch ausreicht, die Verfahrenskosten zu decken; jedoch nicht mehr ausreicht, um die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen. In der Praxis wird im Laufe vieler Verfahren Masseunzulänglichkeit angezeigt.<sup>797</sup> Das liegt insbesondere daran, dass ein Insolvenzverfahren schon bei Deckung der

---

<sup>793</sup> Das gilt zumindest für das Urheberrecht, da hier die Unterlizenzierung gemäß § 35 UrhG der Zustimmung des Urhebers bedarf. Anders liegt der Fall im Patentrecht. Hier geht die herrschende Meinung davon aus, dass dem ausschließlichen Lizenznehmer grundsätzlich das Recht zusteht, Unterlizenzen zu erteilen.

<sup>794</sup> *Sinz*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 53 Rn. 7.

<sup>795</sup> Zur Masseunzulänglichkeit bereits: 3. Teil II. 3.

<sup>796</sup> *Ries*, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 208 Rn. 1.

<sup>797</sup> Eine Statistik, in wie vielen Verfahren Masseunzulänglichkeit angezeigt wird, gibt es nicht.

Verfahrenskosten zu eröffnen ist;<sup>798</sup> sonstige Masseverbindlichkeiten werden im Rahmen des Eröffnungsverfahrens nicht berücksichtigt. Hat der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt, dürfen vorhandene Gelder nur noch nach dem Verteilungsschlüssel des § 209 InsO verteilt werden. § 209 InsO unterscheidet nach „Neumasseverbindlichkeiten“ und „Altmasseverbindlichkeiten“. Da die Bereicherungshaftung der Masse gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO, die vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet wurde, gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO i. V. m. § 209 Abs. 2 InsO als eine Altmasseverbindlichkeit eingeordnet wird,<sup>799</sup> wird sie nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit lediglich viertrangig befriedigt. Hieran ändert auch vorliegend der Umstand nichts, dass es sich um einen Anspruch auf Abtretung einer Forderung handelt. Die Rangfolge des § 209 Abs. 1 InsO findet auf alle Masseverbindlichkeiten Anwendung, somit auch auf Forderungen, die nicht auf einen Geldbetrag lauten.<sup>800</sup> Masseverbindlichkeiten, die nicht auf Geld gerichtet sind, sind entsprechend § 45 InsO in Geldforderungen umzurechnen.<sup>801</sup> Jeder Altmassegläubiger wird somit zunächst in der Durchsetzbarkeit seines Anspruchs gesperrt.<sup>802</sup> Gemäß § 210 InsO tritt mit Anzeige der Masseunzulänglichkeit eine Vollstreckungsverbot für Altmassegläubiger in Kraft.

Festzuhalten ist damit, dass der Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen die Masse des Hauptlizenznehmers trotz seines Rangs als Masseverbindlichkeit seine Einbringbarkeit im Falle der Anzeige der Masseunzulänglichkeit (zumindest wirtschaftlich gesehen) grundsätzlich verlieren würde. Es wurde festgestellt, dass der Eintritt dieser wirtschaftlichen Uneinbringbarkeit des Ausgleichsanspruchs im Hinblick auf die Vielzahl der Masseunzulänglichkeitserklärungen auch gar nicht so unwahrscheinlich ist.

Fraglich ist aber, ob dieser Umstand tatsächlich als Kriterium, das gegen den Bestandsschutz der Unterlizenz spricht, in die Interessenabwägung Eingang finden muss. Im Ergebnis ist das zu verneinen. Die Durchsetzbarkeit und Einbringlichkeit eines Anspruchs kann nie sicher vorausgesagt und sicher angenommen werden. Letzteres zeigt auch der Sachverhalt, der dem BGH im Fall „M2Trade“ zur Entscheidung vorlag.<sup>803</sup> Dort war es so, dass über das Vermögen des Hauptlizenznehmers nach Kündigung des Hauptlizenzvertrags durch den Hauptlizenzgeber ein Insolvenzverfahren eröffnet, später jedoch wieder aufgehoben wurde. Der BGH hat nicht einmal in dieser Situation, in der der Hauptlizenznehmer nach

<sup>798</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Rn. 14.23.

<sup>799</sup> Die Bereicherungshaftung der Masse gem. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO fällt weder unter § 209 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 InsO, noch ist sie gem. § 209 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 InsO einer Neumasseverbindlichkeit gleichgestellt.

<sup>800</sup> Berscheid/Ries, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 209 Rn. 8.

<sup>801</sup> Pape, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblattsammlung Stand November 2012, § 209 Rn. 4; Hess, InsO, 2013, § 209 Rn. 3; Landfermann, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 7. Auflage, § 209 Rn. 4.

<sup>802</sup> Berscheid/Ries, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 209 Rn. 5.

<sup>803</sup> Der Sachverhalt der BGH-Entscheidung „M2Trade“ ist unter Pkt. 1. Teil III. 2. b) dargestellt.



Kündigung in Insolvenz fiel, so dass der in die Interessenabwägung eingestellte Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers zunächst als einfache (wirtschaftlich wertlose) Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO zu werten gewesen wäre, die wirtschaftliche Einbringbarkeit des Ausgleichsanspruch in der Interessenabwägung erwähnt. In der vom BGH zu entscheidenden Kündigungssituation konnte der BGH aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Aufhebung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptlizenznehmers davon ausgehen, dass die wirtschaftliche Einbringbarkeit des Ausgleichsanspruch nicht aussichtslos ist. Anzunehmen ist daher, dass nur dann der Umstand der fehlenden wirtschaftlichen Einbringbarkeit in die Interessenabwägung einzustellen ist, soweit feststeht, dass die wirtschaftliche Einbringbarkeit des Ausgleichsanspruchs nicht gegeben ist. In diesem Fall hat schließlich der Ausgleichsanspruch für den Hauptlizenzgeber keinen Wert. Nur aufgrund der Möglichkeit, dass der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers die Masseunzulänglichkeit im Laufe des Insolvenzverfahrens erklärt, kann nicht angenommen werden, dass sicher feststeht, dass der Ausgleichsanspruch nicht wirtschaftlich einbringbar ist. Diesbezügliche Billigkeitserwägungen brauchen daher nicht auf der Seite des Hauptlizenzgebers in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden.

(bb) Durchsetzbarkeit vereinbarter Beschränkungen der Unterlizenzerteilungsbefugnis trotz Insolvenz?

Im Rahmen der Bewertung des Abwägungsergebnisses des BGH für die Kündigungssituation wurde festgestellt, dass die Annahme des Bestandsschutzes der Unterlizenz dem Hauptlizenzgeber gegenüber auch deshalb nicht unangemessen ist, da er die Unterlizenzerteilungsbefugnis des Hauptlizenznehmers im Hauptlizenzvertrag zumindest schuldrechtlich beschränken kann.<sup>804</sup> Er kann insbesondere den Bestand der Unterlizenz vom Bestand der Hauptlizenz abhängig machen.<sup>805</sup>

Diese Argumentation würde in der insolvenzrechtlichen Situation aber nur dann greifen, wenn die Kopplungs- und Beschränkungsklauseln des Hauptlizenzvertrags auch in der Insolvenz des Hauptlizenznehmers unberührt bleiben und für den Hauptlizenzgeber durchsetzbar sind. Mit Blick darauf, dass mit Verfahrenseröffnung sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Lizenzvertrag ihre Durchsetzbarkeit verlieren, könnte die Durchsetzbarkeit von Kopplungsklauseln im Insolvenzfall zweifelhaft sein. Es wurde jedoch bereits festgestellt,<sup>806</sup> dass die Verfahrenseröffnung als auch die Nichterfüllungswahl den Vertrag materiell-rechtlich unberührt lassen. Beide Umstände haben weder Einfluss auf den Bestand noch auf den Inhalt der gegenseitigen Hauptleistungsansprüche.<sup>807</sup> Der BGH hat daher

---

<sup>804</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb) (2) (c).

<sup>805</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 743.

<sup>806</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil II. 4. c).

<sup>807</sup> *Wegener*, in: Uhlenbruck, InsO 13. Auflage, § 103 Rn. 157.

auch in der seiner Entscheidung „Softwarenutzungsrecht“<sup>808</sup> entschieden, dass die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters keinerlei Einfluss auf vertraglich eingeräumte Kündigungs- oder Rücktrittsrechte hat. Entscheidend ist allein, ob die vertraglichen Voraussetzungen für die Kündigung oder den Rücktritt vorliegen.<sup>809</sup> Nichts anderes kann für Kopplungsklauseln im Hauptlizenzvertrag gelten. Auch wenn letzterer seine Durchsetzbarkeit verliert, bleibt die Kopplungsklausel trotzdem wirksam. Soweit die Kopplungsklausel jedoch nur schuldrechtliche Wirkung hat, und der Unterlizenzgeber entgegen der Klausel die Unterlizenz ursprünglich unabhängig vom Bestand der Hauptlizenz erteilt hat, ist jedoch fraglich inwieweit der Hauptlizenzgeber hierdurch einen wirtschaftlichen Vorteil in der Insolvenz des Hauptlizenznehmers erlangt. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen der vertragswidrigen Unterlizenzerteilung gegen den Hauptlizenznehmer wäre nämlich lediglich eine Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO.

(cc) Fortbestand der Unterlizenz ohne Abschluss eines neuen (Haupt-) Lizenzvertrags – Widerspruch zu § 108a InsO-E 2012

In Erinnerung soll gerufen werden, dass § 108a InsO-E 2012<sup>810</sup> in seinem Absatz 2 noch vorgesehen hatte, dass der Unterlizenznehmer im Falle der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Unterlizenznehmers gegenüber dem Hauptlizenznehmers einen Anspruch auf Abschluss eines Lizenzvertrags zu angemessenen Bedingungen gegen den Hauptlizenznehmer hat. Nach der Rechtsprechung des BGH in „M2Trade“ ist solch ein Abschluss nun nicht mehr notwendig. Das Nutzungsrecht des Unterlizenznehmers besteht vielmehr direkt gegenüber dem Hauptlizenzgeber ohne Vertragsschluss zwischen dem Hauptlizenzgeber und dem Hauptlizenznehmer automatisch fort.

Der automatische Fortbestand des Nutzungsrechts des Unterlizenzgebers ohne Vertragsschluss mit dem Hauptlizenzgeber kann zu Unbilligkeiten zulasten des Hauptlizenzgebers führen. Der Hauptlizenzgeber hat ohne separaten Vertragsschluss mit dem Unterlizenznehmer insbesondere das Nachsehen, wenn die Unterlizenz nicht zu angemessenen Bedingungen eingeräumt wurde. Aufgrund der fehlenden vertraglichen Verbindung zu dem Unterlizenznehmer steht dem Hauptlizenznehmer grundsätzlich auch kein Kündigungsrecht zu, was insbesondere im Fall des Zahlungsverzugs, unbillig wäre.<sup>811</sup>

*(c) Billigkeitserwägungen zugunsten des Unterlizenznehmers*

In der Situation der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers greifen dieselben Billigkeitserwägungen wie in der Kündigungssituation. Auch hier ist festzustellen, dass das Erlöschen des Nutzungsrechts

<sup>808</sup> BGH, ZInsO 2006, 229 – Softwarenutzungsrecht.

<sup>809</sup> Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage, § 103 Rn. 157.

<sup>810</sup> Wortlaut des § 108a InsO-E 2012: 1. Teil III. 1. b).

<sup>811</sup> Marotzke, ZInsO 2012, 1737 (1749).

des Unterlizenznehmers zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, bis hin zur Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz führen kann. Auch in der Nichterfüllungssituation ist das Vertrauen des Unterlizenznehmers in den Fortbestand seines Rechts in die Abwägung einzustellen. Darüber hinaus muss in der Abwägung maßgeblich berücksichtigt werden, dass der Grund für das Erlöschen der Hauptlizenz nicht aus der Sphäre des Unterlizenznehmers stammt.

*(d) Berücksichtigung von Interessen der Insolvenzgläubiger des Hauptlizenznehmers?*

Im Hinblick auf den insolvenzrechtlichen Hintergrund der Nichterfüllungssituation ist zu eruieren, ob im Rahmen der Interessenabwägung zudem Belange dritter Verkehrskreise zu berücksichtigen sind. Hiermit sind insbesondere die Interessen der Insolvenzgläubiger des Hauptlizenznehmers angesprochen. Das die Interessen der Insolvenzgläubiger des Hauptlizenznehmers durch den Bestandsschutz der Unterlizenz nachteilig berührt werden, ist jedoch nicht ersichtlich und fernliegend. Zum einen hat der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers durch die Erfüllungswahl des Unterlizenzvertrags zum Ausdruck gebracht, dass die Masse die Durchführung dieses Vertrags beabsichtigt. Zum anderen erlangt die Masse durch den Bestandsschutz der Unterlizenz vielmehr noch einen Anspruch gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren. Dass jener sodann an den Hauptlizenzgeber abzutreten ist bzw. die eingezogenen Unterlizenzzahlungen an diesen herauszugeben sind, und somit der Masse wieder entzogen werden, ist ein gesetzlich verankerter Anspruch (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO) und nicht auf den Bestandsschutz der Unterlizenz zurückzuführen.

In der Interessenabwägung müssen daher etwaige Interessen der Insolvenzgläubiger des Hauptlizenznehmers nicht berücksichtigt und damit auch nicht eingestellt werden.

*(e) Abwägungsergebnis*

Im Fall der Erlöschung der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers ergibt eine Abwägung der typischerweise betroffenen Interessen, das des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts und das des Hauptlizenzgebers an einem unbelasteten Rückfall dieses Nutzungsrechts, dass das Interesse des Unterlizenznehmers in der Regel überwiegt.

In die Interessenabwägung war ein Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen die Masse des Hauptlizenznehmers auf Abtretung des Anspruchs gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Unterlizenzgebühren als Masseforderung einzustellen. Die tatsächliche Existenz eines geldwerten Ausgleichsanspruchs des Hauptlizenzgebers wahrt dessen Interessen trotz Bestandsschutz der Unterlizenz. Die Abwesenheit zwingend zu beachtender Billigkeitserwägungen auf Seiten des Hauptlizenzgebers führen dazu, dass das Vertrauen des Unterlizenznehmers in

den Fortbestand seines Nutzungsrechts als schutzwürdiger zu erachten ist. Durch die Forderung des Abschlusses eines Lizenzvertrags zwischen dem Hauptlizenzgeber und dem Unterlizenznehmer könnten jedoch auch die Interessen des Hauptlizenzgebers bessere Berücksichtigung finden.

Auf Seiten des Unterlizenznehmers kann der Fortfall seines Nutzungsrechts, für den er nicht verantwortlich ist, auch seinen wirtschaftlichen Untergang bedeuten. Im Gegensatz hierzu wird der Hauptlizenzgeber nur an dem festgehalten, zu dem er seine Zustimmung erteilt hat, nämlich der Existenz einer Unterlizenz.

### (3) Zwischenfazit

Auch das Erlöschen der Hauptlizenz in Folge einer Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers hinsichtlich des Hauptlizenzvertrags führt nicht zum Erlöschen einer von der Hauptlizenz abgeleiteten einfachen oder ausschließlichen Unterlizenz. Das setzt jedoch voraus, dass im konkreten Fall keine atypischen Umstände vorliegen. Der Hauptlizenzgeber muss insbesondere die begründete Aussicht auf tatsächliche Realisierung der Unterlizenzgebühren aus der Masse haben.

Fraglich ist, ob als weiteres Zwischenfazit festzuhalten ist, dass mit der Anerkennung des Bestandsschutzes der Unterlizenz im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers auch eine Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz zumindest für die konkrete Situation angenommen werden kann. Es wäre falsch, diese Frage mit einem vorbehaltslosem „ja“ zu beantworten. Zu kurz gedacht wäre es, die Antwort auf ein simples „nein“ zu beschränken.

BGH „M2Trade“ führt nicht zur Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz. Die Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz in der vorliegenden Situation 2 würde zu allerst voraussetzen, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Hauptlizenznehmers keinerlei Einfluss auf ihren Bestand hat. Dies ist jedoch nicht der Fall. In erster Linie ist der Fortbestand der Unterlizenz in der Insolvenz des Hauptlizenznehmers von der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO abhängig. Wählt dieser die Nichterfüllung des Unterlizenzvertrags fällt das Nutzungsrecht nach der herrschenden Meinung an den Hauptlizenznehmer bzw. Unterlizenzgeber automatisch zurück.<sup>812</sup> Der BGH hatte die Insolvenzsituation in seinem obiter dictum schließlich auch ausdrücklich so formuliert, dass der Insolvenzverwalter des Hauptlizenznehmers die Erfüllung des Unterlizenzvertrags gewählt hatte. Entgegen einiger in der aktuellen Literatur vertretener Stimmen,<sup>813</sup> muss im Ergebnis also die ernüchternde Feststellung getroffen werden, dass die

---

<sup>812</sup> So auch: *Trimborn*, MarkenR 2012, 460 (464).

<sup>813</sup> Von einer grundsätzlichen Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz in Folge des BGH „M2Trade“ geht aus: *Klawitter*, GRUR-Prax 2012, 425 (427); wohl auch: *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1794).

BGH-Entscheidung „M2Trade“ für die Situation 2 grundsätzlich keine Aussagen über die „wahre“ Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz trifft.<sup>814</sup>

Die Anerkennung des Bestandsschutzes der Unterlizenz in Situation 2 ist aber trotz dessen ein weiterer Schritt hin zu einer insolvenzfesten Unterlizenz. Nunmehr können zumindest die Auswirkungen, die die Insolvenz des Hauptlizenznehmers auf den Hauptlizenzvertrag hat, die Unterlizenz in der Regel nicht zum Fortfall bringen.

#### bb) Bestandsschutz der Unterlizenz im Fall der Insolvenz des Hauptlizenzgebers

Die in dieser Situation vorliegenden Vertragsbeziehungen, abgegebenen Erklärungen und die Person des Insolvenzschuldners sind als *Situation 3* auf Seite 158 abgebildet. Auf diese Situation ist der BGH in der Entscheidung „M2Trade“ nicht eingegangen. Der Insolvenzverwalter des Hauptlizenzgebers wählt gemäß § 103 Abs. 1 InsO die Nichterfüllung des Hauptlizenzvertrags. Mit der herrschenden Meinung erlischt in Folge der Nichterfüllungswahl das Nutzungsrecht des Hauptlizenznehmers; es fällt automatisch an den Hauptlizenzgeber zurück.<sup>815</sup> Die herrschende Meinung geht weiter davon aus, dass erteilte Unterlizenzen im Falle der Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags mit der Hauptlizenz erlöschen.<sup>816</sup>

In Anknüpfung an die Ausführungen des BGH in der Entscheidung „M2Trade“ soll im Folgenden untersucht werden, ob in Situation 3 der Unterlizenz Bestandsschutz zuerkannt werden kann. Vergleichbar mit der dem BGH zur Entscheidung vorliegenden Kündigungssituation (Situation 1) wurde schließlich auch hier der Hauptlizenzvertrag vom Hauptlizenzgeber, d. h. durch die Nichterfüllungswahl seines Insolvenzverwalters „faktisch“ beendet. Darüber hinaus kann dem obiter dictum des BGH<sup>817</sup> entnommen werden, dass der Bestandsschutz für den Unterlizenznehmer nicht nur dann Vorrang hat, wenn der Lizenzvertrag zwischen dem Hauptlizenzgeber und dem Hauptlizenznehmer erlischt, sondern auch dann, wenn dieser aufgrund der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO undurchführbar wird.

Die Entscheidung für oder gegen einen Bestandsschutz der Unterlizenz trotz Erlöschens der Hauptlizenz ist immer von einer Interessenabwägung im konkreten Fall abhängig (Sukzessionsschutz im Wege der Rechtsfortbildung<sup>818</sup>). Die Annahme eines Sukzessionsschutzes zugunsten der Unterlizenz setzt ein Überwiegen der Interessen des Unterlizenznehmers auch in der Situation 3 voraus. Darüber hinaus wird hier für die Annahme eines Sukzessionsschutzes im Wege der Rechts-

---

<sup>814</sup> So auch: *Dahl/Schmitz*, BB 2013, 1032 (1036).

<sup>815</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil II. 4. c) bb) (2).

<sup>816</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 762.

<sup>817</sup> *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 26) – M2Trade“.

<sup>818</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb).

fortbildung die Vergleichbarkeit dieser „Nichterfüllungs-Situation“ mit gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes vorausgesetzt.<sup>819</sup>

Sollte sich ergeben, dass ein Bestandsschutz zugunsten der Unterlizenz im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenzgebers im Wege der Rechtsfortbildung angenommen werden kann, würde dies zur Insolvenzfestigkeit der Unterlizenz führen. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Hauptlizenzgebers hätte bei Annahme eines Bestandsschutzes der Unterlizenz gerade keinerlei Einfluss auf ihren Bestand. Hierdurch würden sich für den Lizenznehmer vertraglich Gestaltungsmöglichkeiten zur Herbeiführung der Insolvenzfestigkeit seiner Lizenz ergeben. Der Lizenznehmer müsste sich nur ein Unterlizenzierungsrecht einräumen lassen, um den Folgen der Nichterfüllungswahl in der Insolvenz des Lizenzgebers zu entgehen, sog. „Zwischenschaltungslösung“. Mit dieser sog. „Zwischenschaltungslösung“ wäre die in der Praxis kontrovers diskutierte Insolvenz des Lizenzgebers, zu deren Lösung zwei Gesetzesentwürfe vorlagen,<sup>820</sup> zugunsten des Lizenznehmers gelöst. Demgemäß finden sich in der aktuellen Literatur bereits erste Stimmen, die eine gesetzliche Fixierung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen als nunmehr überholt betrachten.<sup>821</sup>

#### (1) Vergleichbarkeit zu gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes

Entsprechend der Ausführungen zu Situation 2<sup>822</sup> liegt auch hier eine Vergleichbarkeit des Falls der Nichterfüllungswahl mit dem gesetzlich geregelten Fällen des Sukzessionsschutzes in Bezug auf die Schutzwürdigkeit der Beteiligten, insbesondere des Unterlizenznehmers, vor. Auf diese Ausführungen wird daher verwiesen.<sup>823</sup> Auch im Fall der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenzgebers stammt der Grund, weshalb die Hauptlizenz erloschen ist, nicht aus seiner Sphäre. Hinzukommt, dass der Unterlizenznehmer auch im Fall des Erlöschens der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenzgebers darauf vertrauen durfte, dass er das Nutzungsrecht für die eingegangene Vertragslaufzeit nutzen kann und dass sich dadurch seine in der Regel nicht unerheblichen Investitionen amortisieren. Gerade hierin liegt der Sinn und Zweck des gesetzlich geregelten Sukzessionsschutzes. Zweck des Sukzessionsschutzes ist es, das Vertrauen des Rechtsinhabers auf den Fortbestand seines Rechts zu schützen und ihm die Amortisation seiner Investitionen zu ermöglichen.<sup>824</sup>

<sup>819</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb).

<sup>820</sup> Hierzu 1. Teil III. 1.

<sup>821</sup> v. *Frentz/Masch*, ZUM 2012, 886 (887); *Klawitter*, GRUR-Prax 2012, 425 (428); *Verweyen*, K&R 2012, 563 (564).

<sup>822</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. c) aa) (1).

<sup>823</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. c) aa) (1).

<sup>824</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 56; *BGH*, MMR 2012, 684 (686 Rn. 24) – M2Trade.

## (2) Interessenabwägung

Die Annahme von Sukzessionsschutz zugunsten des Unterlizenznehmers bei Erlöschen der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenzgebers im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung setzt weiter voraus, dass seine Interessen die Interessen der sonst betroffenen Verkehrskreise überwiegen.<sup>825</sup>

In einer vorzunehmenden Interessenabwägung sind die Interessen des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts mit den Interessen der Masse und der Insolvenzgläubiger des Hauptlizenzgebers an einem Rückfall dieses Nutzungsrechts im Fall der Nichterfüllungswahl gegeneinander abzuwiegen. Um Bestandsschutz der Unterlizenz annehmen zu können, müssen die Interessen des Unterlizenznehmers die Interessen der Masse des Hauptlizenzgebers und sonstiger betroffener Verkehrskreise überwiegen. In die Abwägung ist ein etwaiger Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers infolge der Bestandskraft der Unterlizenz trotz erloschenem Hauptnutzungsrecht – soweit ein solcher besteht – und Billigkeitserwägungen zugunsten der Masse des Hauptlizenzgebers und Billigkeitserwägungen zugunsten des Unterlizenznehmers einzustellen.

### *(a) Ausgleichsanspruch der Masse gegen den Hauptlizenznehmer*

Soweit man Bestandsschutz der Unterlizenz trotz Nichterfüllungswahl seitens des Hauptlizenzgebers annehmen würde, bestünde auch entsprechend der Ausführungen zur Kündigungssituation<sup>826</sup> ein Ausgleichsanspruch der Masse gegen den Hauptlizenznehmer. Auch hier würde man die dogmatischen Inkonsequenzen eines Anspruchs aus Eingriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB vermeiden, wenn der Anspruch auf § 816 Abs. 2 BGB gestützt werden würde.<sup>827</sup> Schließlich gebraucht auch hier der Hauptlizenznehmer weder das immaterielle Recht selbst; noch vergibt er weitere Unterlizenzen.

### *(b) Billigkeitserwägungen zugunsten des Unterlizenznehmers*

In der Situation der Nichterfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter des Hauptlizenzgeber greifen dieselben Billigkeitserwägungen wie in Situation 1 und 2.<sup>828</sup> Auch hier ist festzustellen, dass das Erlöschen des Nutzungsrechts des Unterlizenznehmers zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, bis hin zur Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz führen kann.

### *(c) Belange der Masse des Hauptlizenzgebers*

---

<sup>825</sup> Becker, ZUM 2012, 786 (787).

<sup>826</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb) (2) (a).

<sup>827</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb) (2) (a) (da).

<sup>828</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. c) aa) (2) (c).

In der Insolvenz des Hauptlizenznehmers wurde im Ergebnis festgestellt, dass die insolvenzrechtlichen Ursachen des Erlöschens der Hauptlizenz nicht dazu führen, dass in die Interessenabwägung auf Seiten des Hauptlizenzgebers noch weitere Kriterien einzustellen sind, die gegen den Bestandsschutz der Unterlizenz sprechen.<sup>829</sup> Etwaige Interessen der Masse und der Insolvenzgläubiger des Hauptlizenznehmers waren auch nicht berührt und mussten somit nicht in die Abwägung eingestellt werden.<sup>830</sup>

Situation 3 unterscheidet sich jedoch deutlich von Situation 2:

- In Situation 3 ist der Hauptlizenzgeber von der Insolvenz betroffen, d. h. er ist eine der Personen, deren Interessen in der Abwägung gegenüber zu stellen sind. Das ist in Situation 2 nicht so. Hier musste daher auch lediglich untersucht werden, ob die Insolvenz einer dritten Person, deren Interessen in die Abwägung grundsätzlich nicht einzustellen sind, die Interessenlage des Hauptlizenzgebers derart negativ beeinflussen, dass das Interesse des Hauptlizenzgebers am unbelasteten Rückfall des Nutzungsrechts nunmehr überwiegt.
- Da in Situation 2 keine der Personen, deren Interessen in die Abwägung einzustellen sind, von der Insolvenz betroffen ist, mussten auch nicht die Interessen der Masse und der Insolvenzgläubiger berücksichtigt werden. In Situation 3 ist das anders. Hier müssen daher auch die Interessen der Masse und der Insolvenzgläubiger am unbelasteten Rückfall des Nutzungsrechts eruiert und in die Abwägung eingestellt werden.
- Schließlich unterscheidet sich Situation 2 dadurch deutlich von Situation 3, dass hier die Person, die von der Insolvenz betroffen ist, durch die Wahl der Erfüllung des Unterlizenzvertrags gemäß § 103 Abs. 1 InsO zum Ausdruck gebracht hat, dass sie am Bestand der Unterlizenz festhält. In Situation 3 ist das anders. Hier liegt lediglich eine Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags vor.
- Die einzige Gemeinsamkeit, die Situation 2 und 3 aufweisen, liegt darin, dass in beiden Fällen die Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl eines Insolvenzverwalters erloschen ist.

Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Situation 1 und Situation 3 stellen sich wie folgt dar:

- Der handgreiflichste Unterschied ist, dass in Situation keiner der Beteiligten von einer Insolvenz betroffen ist.
- Die Situationen 1 und 3 haben gemeinsam, dass der Beendigungsgrund für die Hauptlizenz aus der Sphäre des Hauptlizenzgebers stammt.

Für die Annahme eines Bestandsschutzes zugunsten der Unterlizenz in Situation 3 wird es im Ergebnis darauf ankommen, ob auch hier das Interesse des Hauptlizenzgebers bzw. dessen Masse durch den Ausgleichsanspruch gegen den Hauptli-

<sup>829</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. c) aa) (2) (b).

<sup>830</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. c) aa) (2) (d).



zennnehmer gewahrt wird.<sup>831</sup> Auch in der insolvenzrechtlichen Situation müsste der nur „belastete Rückfall“ des Nutzungsrechts in die Insolvenzmasse des Hauptlizenzgebers durch den Ausgleichsanspruch aufgewogen werden.

(aa) Möglichst günstige und optimale Verwertung des Schuldnervermögens

Für die Beantwortung dieser Frage, ob die Interessen der Masse des Hauptlizenzgebers durch den Ausgleichsanspruch gegen den Hauptlizenznehmer gewahrt sind, müssen zunächst die Ziele eines Insolvenzverfahrens herangezogen werden. Gemäß § 1 Satz 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird. Der Insolvenzverwalter muss gemäß § 159 InsO zugunsten der Gläubigergemeinschaft die vorhandene Masse möglichst günstig verwerten.<sup>832</sup> Im Rahmen des Machbaren hat der Verwalter einen möglichst optimalen Verwertungserlös anzustreben.

Fällt das immaterielle Recht belastet mit der Unterlizenz in die Masse zurück, ist eine möglichst günstige Verwertung des immateriellen Rechts jedoch in der Regel nicht mehr möglich. So wäre es dem Insolvenzverwalter nicht mehr möglich, den in dem lizenzierten geistigen Eigentumsrecht liegenden Vermögenswert bestmöglich im Interesse aller Gläubiger zu verwerten: Ein Verkauf des Immaterialguts wäre nur noch zu deutlich schlechteren Konditionen möglich, da es nur belastet mit der Unterlizenz veräußert werden könnte (vgl. § 15 Abs. 3 PatG, § 30 Abs. 5 MarkenG). Nicht selten stellen die geistigen Eigentumsrechte jedoch das wesentliche Asset eines Schuldners dar. Durch die Belastung mit einer ausschließlichen Unterlizenz würde eine Verwertung möglicherweise gänzlich scheitern. Zudem wäre dem Insolvenzverwalter auch eine Neulizenzierung des Immaterialguts zu marktgerechten Konditionen im Falle der ausschließlichen Unterlizenz verwehrt.

Den wirtschaftlichen Verwertungsverlust, den die Masse und die Gläubigergemeinschaft aufgrund der Belastung Immaterialguts mit der Unterlizenz erleidet, wird in der Regel auch nicht durch den Ausgleichsanspruch aufgewogen werden. Zum einen muss sich die Masse mit der Höhe der Unterlizenzgebühren zufrieden geben, die der Hauptlizenznehmer mit dem Unterlizenznehmer vereinbart hat. Dem Insolvenzverwalter steht in Bezug auf den Unterlizenzvertrag, an dessen Konditionen sich die Masse festhalten lassen muss, kein Anfechtungsrecht gemäß §§ 129 ff. InsO zu. Die hier gegebenenfalls einschlägigen Anfechtungstatbestände der § 132 ff. InsO setzen eine Rechtshandlung des Schuldners voraus. Der Hauptlizenzgeber wird aber im Regelfall nicht am Abschluss des Unterlizenzvertrages beteiligt gewesen sein. Zum anderen kann der Ausgleichsanspruch der Masse gegen den Hauptlizenznehmer auch deshalb kein wirtschaftliches Äquivalent für ein unbelastetes Immaterialgut darstellen, da der Ausgleichsanspruch in der

<sup>831</sup> So auch: *Trimborn*, MarkenR 2012, 460 (464).

<sup>832</sup> *BFH*, KTS 1971, 111 (113 f.).

Regel noch über die nächsten Jahre zu zahlen sein wird. Im Insolvenzverfahren gilt jedoch der Grundsatz der beschleunigten Liquidation.<sup>833</sup> Der Insolvenzverwalter muss eine möglichst rasche Befriedigung der Gläubiger herbeiführen.<sup>834</sup> Bei einem über Jahre andauernden Massezufluss kann von einer beschleunigten Befriedigung der Gläubiger keine Rede mehr sein. Soweit das Immaterialrecht aufgrund seiner Belastung am Markt nicht verwertbar ist, würde ein über Jahre andauernder Massezufluss zudem zu einer dem insolvenzrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz widersprechenden Perpetuierung des Insolvenzverfahrens führen.

(bb) Handwerkzeug für massefeindliche Vertragsgestaltung – Insolvenzfestigkeit durch die Hintertür

Es wurde bereits an früherer Stelle festgestellt, dass sich in Folge der Annahme von Bestandsschutz zugunsten einer Unterlizenz im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz aufgrund der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Lizenzgebers für den Lizenznehmer Möglichkeiten ergeben, die Lizenzbeziehungen vertraglich so zu gestalten, dass im Ergebnis eine insolvenzfeste Lizenz vorliegt. Der Lizenznehmer müsste sich nur ein Unterlizenzierungsrecht einräumen lassen, um den Folgen der Nichterfüllungswahl in der Insolvenz des Lizenzgebers zu entgehen, sog. „Zwischenschaltungslösung“. Mit dieser sog. „Zwischenschaltungslösung“ wäre die in der Praxis kontrovers diskutierte Insolvenz des Lizenzgebers, zu deren Lösung immerhin zwei Gesetzesentwürfe vorlagen,<sup>835</sup> zugunsten des Lizenznehmers gelöst. Der Bestandsschutz der Unterlizenz in dieser Situation würde dem Lizenznehmer somit das Werkzeug für eine Vertragsgestaltung an die Hand geben, die ohne gesetzgeberische Legitimation wichtigen Grundsätzen des Insolvenzrechts zuwiderläuft. Darüber hinaus ist es auch naheliegend, dass die „Zwischenschaltungslösung“ unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 119 InsO unwirksam ist.<sup>836</sup>

(d) *Abwägungsergebnis*

Im Fall der Erlöschens der Hauptlizenz in Folge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenzgebers ergibt eine Abwägung der typischerweise betroffenen Interessen, das des Unterlizenznehmers am Fortbestand seines Nutzungsrechts und das der Masse des Hauptlizenzgebers an einem unbelasteten Rückfall dieses Nutzungsrechts, dass das Interesse der Masse überwiegt.

In die Interessenabwägung war ein Ausgleichsanspruch der Masse des Hauptlizenzgebers gegen den Hauptlizenznehmer auf Abtretung dessen Anspruchs gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Unterlizenzgebühren

<sup>833</sup> BGH, NJW 1980, 55 (55).

<sup>834</sup> BGH, ZIP 1987, 115 (117).

<sup>835</sup> Hierzu 1. Teil III. 1.

<sup>836</sup> A. A. wohl Berger, GRUR 2013, 321 (330), der die Vorschaltung einer Erwerbsgesellschaft als vertragliche Option nunmehr sieht.

einzustellen. Auch die tatsächliche Existenz eines geldwerten Ausgleichsanspruchs der Masse des Hauptlizenzgebers wahrt deren Interessen an einem unbelasteten Rückfall des immateriellen Rechts in die Masse nicht. Ein Rückfall des immateriellen Rechts, belastet mit der Unterlizenz, würde die gesetzlich vorgeschriebene möglichst günstige Verwertung des immateriellen Rechts durch den Insolvenzverwalter in der Regel enorm erschweren, wenn nicht sogar vereiteln. Zudem kollidiert ein nur belasteter Rückfall des immateriellen Rechts mit dem Grundsatz der beschleunigten Verwertung der Masse.

Auf Seiten des Unterlizenznehmers kann auch in dieser Situation der Fortfall seines Nutzungsrechts, für den er auch hier nicht verantwortlich ist, seinen wirtschaftlichen Untergang bedeuten. Dies vermag trotzdem nicht die Interessen der Masse und der Gläubigergemeinschaft sowie die gesetzlich kodifizierten Grundsätze eines Insolvenzverfahrens zu überwiegen. Der Unterlizenznehmer hat in dieser Situation immer noch die Möglichkeit, einen Lizenzvertrag direkt mit der Masse abzuschließen. Im Ergebnis hebeln die Gläubigerinteressen den Sukzessionsschutz aus.<sup>837</sup>

### (3) Zwischenfazit

Im Fall des Erlöschens der Hauptlizenz aufgrund der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenzgebers kann einer von der Hauptlizenz abgeleiteten einfachen oder ausschließlichen Unterlizenz kein Sukzessionsschutz im Wege der Rechtsfortbildung zuerkannt werden.<sup>838</sup> Eine solche Annahme würde vielmehr mit gesetzlich festgelegten Grundsätzen des Insolvenzverfahrens kollidieren. Sie würde sich daher nicht in das geltende Recht einfügen und bedarf daher einer legislatorischen Rechtfertigung. Mit der herrschenden Meinung<sup>839</sup> ist vielmehr davon auszugehen, dass erteilte Unterlizenzen im Falle der Nichterfüllungswahl des Hauptlizenzvertrags gemäß § 103 Abs. 1 InsO mit der Hauptlizenz erlöschen.

### 3. Ergebnis zur Insolvenzfestigkeit aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012

Eine Bestandsaufnahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012 ergibt, dass hieraus eine Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und/oder von Lizenzen nicht geschlussfolgert werden kann.

Aus der BGH-Entscheidung „Reifen Progressiv“<sup>840</sup> ergibt sich insbesondere nicht, dass Lizenzverträge aufgrund der Annahme eines nur einmaligen Einräu-

<sup>837</sup> *Dahl/Schmitz*, BB 2013, 1032 (1036).

<sup>838</sup> Anders: *Berger*, GRUR 2013, 321 (330), der von einer insolvenzfesten Unterlizenz im Falle der Insolvenz des Hauptlizenzgebers ausgeht.

<sup>839</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 762.

<sup>840</sup> *BGHZ* 180, 344 ff. – Reifen Progressiv.

mungsaktes nicht mehr dem Verwalterwahlrecht des § 103 Abs. 1 InsO unterfallen sollen. Aus dieser Entscheidung kann zudem nicht geschlussfolgert werden, dass der dingliche Charakter der Lizenz den Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers gemäß § 47 InsO zur Aussonderung berechtigt.

Die BGH-Entscheidung „M2Trade“ sagt im Ergebnis nichts über die Insolvenzfestigkeit eines Lizenzvertrags und/oder einer Lizenz im Fall der Insolvenz des (Haupt-)Lizenzgebers aus.<sup>841</sup> Ganz im Gegenteil sie bestätigt in einem obiter dictum die Anwendbarkeit des § 103 InsO auf Lizenzverträge. Neuerungen bringt die Entscheidung dahingehend, dass einer (bestehenden) Unterlizenz nunmehr im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auch in dem Fall Sukzessionsschutz zuerkannt werden kann, in dem die Hauptlizenz durch die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers erlischt (Fall der sog. „gespaltenen Erfüllungswahl“). Im Weiteren ist es nicht möglich, die Grundsätze aus BGH „M2Trade“ hinsichtlich der Bestandskraft einer Unterlizenz auf die Insolvenz des Hauptlizenzgebers zu übertragen.

## VI. Ergebnis zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und Lizenzen de lege lata

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der typische Lizenzvertrag und/oder die typische Lizenz nach gegenwärtigem Recht als nicht insolvenzfest bezeichnet werden können.

Der typische Lizenzvertrag (Lizenzvertrag im engeren Sinn) unterfällt regelmäßig dem Verwalterwahlrecht aus § 103 Abs. 1 InsO. Mit einer im Vordringen befindlichen Meinung in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur kann mit guten Argumenten angenommen werden, dass die kaufrechtsähnliche Lizenzerteilung, mit der dem Lizenznehmer ein unwiderrufliches Nutzungsrecht eingeräumt wird, dem Anwendungsbereich des § 103 Abs. 1 InsO entzogen ist. Dieser Befund geht mit der hier vertretenen Meinung konform, den Begriff des Lizenzvertrages nur dann zu verwenden, wenn der betreffende Vertrag die lizenztypischen Merkmale aufweist. Letztere liegen bei einer kaufrechtsähnlichen Lizenzerteilung (Lizenzvertrag im weiteren Sinne) aber gerade nicht vor.

Die im Vordringen befindliche Meinung, die Insolvenzfestigkeit von Lizenzen mit deren dinglichen Charakter zu erklären, ist noch nicht höchstrichterlich bestätigt. Sie führt darüber hinaus zu dogmatischen Unstimmigkeiten. Eine Bestandsaufnahme der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung hat gezeigt, dass der BGH zur Erklärung des Bestandsschutzes einer Unterlizenz in seiner Entscheidung „M2Trade“ gerade nicht deren dinglichen Charakter herangezogen hat. Hierin könnte eine Abkehr des BGH von seiner bisherigen Rechtsprechung liegen, in

---

<sup>841</sup> So auch: *Berger*, GRUR 2013, 321 (330) für die Hauptlizenz.

der er für gewisse Wirkungen der Lizenz maßgeblich auf deren dinglichen Charakter abgestellt hatte. Ob hierin eine allgemeine Abkehr des BGH von der Maßgeblichkeit der Rechtsnatur der Lizenz liegt, wird sich zeigen. Sollte das so sein, hat sich die Begründung Insolvenzfestigkeit einer Lizenz mit deren dinglichen Charakter, erledigt.

Eine allgemein gültige und rechtssichere Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen kann auch nicht durch eine entsprechende Vertragsgestaltung erreicht werden. Die bisher zur „Ausschaltung“ des § 103 Abs. 1 InsO vertretenen Lösungen überzeugen aufgrund ihrer Kompliziertheit und Rechtsunsicherheit nicht. Es wurde darüber hinaus festgestellt, dass die BGH-Entscheidung „M2Trade“ keinen Lösungsweg zur Herbeiführung einer insolvenzfesten Unterlizenz im Fall der Insolvenz des Hauptlizenzgebers bietet.

Da sich die rechtliche Behandlung von Lizenzverträgen immer noch auf dogmatisch ungesicherten Terrain bewegt, verwundert die oft einzelfallbezogene höchstrichterliche Rechtsprechung und die zum Teil sehr widersprüchliche instanzgerichtliche Rechtsprechung zum Schicksal von Lizenzverträgen und/oder Lizenzen nicht.



## 5. Teil: Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen de lege ferenda

Gegenstand des fünften Teils der Arbeit ist die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen für die Zukunft. Zu Beginn der Arbeit wurden zwei gescheiterte Gesetzesentwürfe, die die Regelung der Insolvenz des Lizenzgebers zum Gegenstand hatten, vorgestellt.<sup>842</sup> Im 4. Teil der Arbeit wurde festgestellt, dass Lizenzverträge und/oder Lizenzen nach gegenwärtiger Rechtslage grundsätzlich nicht insolvenzfest sind. Nach wie vor besteht daher ein gesetzgeberischer Regelungsbedarf.<sup>843</sup> Er ist aufgrund zwischenzeitlich ergangener höchstrichterlicher Rechtsprechung (etwa: BGH „M2Trade“ und BGH „Reifen Progressiv“) nicht als überholt zu betrachten.<sup>844</sup>

Mit dem Befund eines immer noch währenden gesetzgeberischen Regelungsbedarfes der Thematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen, steht aber

---

<sup>842</sup> Hierzu 1. Teil III. 1.

<sup>843</sup> So auch: *Marotzke*, ZInsO 2012, 1737 (1750); *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1797); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (659); *Meyer-van Raay*, NJW 2012, 3691 (3694); *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (551), der zumindest für die einfache Lizenz noch Regelungsbedarf sieht.

<sup>844</sup> So aber: *v. Frenztz/Masch*, ZUM 2012, 886 (887); *Klawitter*, GRUR-Prax 2012, 425 (428); *Malitz/Commont*, InsVZ 2010, 83 (87), die zumindest den Regelungsbedarf hinsichtlich Lizenzketten als obsolet betrachten, wohl auch: *Esser*, FD-InsR 2012, 336622, *Verweyen*, K&R 2012, 563 (564); *Raeschke-Kessler/Christopeit*, ZIP 2013, 345 (349).

noch nicht fest, dass eine entsprechende Regelung zugunsten der Lizenznehmer überhaupt gerechtfertigt ist und – bei einer etwaigen Rechtfertigung – wie eine solche auszugestalten ist. Beidem ist im Folgenden nachzugehen.

## I. Sachliche Rechtfertigung einer zukünftigen Sonderregelung für Lizenzverträge

Eine Regelung, die die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen positiv festlegt, müsste sachlich gerechtfertigt sein.

### 1. Aushöhlung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung?

Die sachliche Rechtfertigung einer solchen Sonderregelung erscheint vor dem Hintergrund der Geltung des insolvenzrechtlichen Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung<sup>845</sup> auf Schwierigkeiten zu stoßen. So war es auch der wesentlichste Kritikpunkt hinsichtlich § 108a InsO-E 2007, dass hiermit der insolvenzrechtliche Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung als wichtigstes Instrument der Sanierungsfähigkeit ausgehöhlt würde.<sup>846</sup> Mit dieser Begründung wird daher zum Teil eine Regelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen ganz und gar abgelehnt.<sup>847</sup>

Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung findet insbesondere dadurch Ausdruck, dass in einem eröffneten Insolvenzverfahren die Gläubiger des Insolvenzschuldners grundsätzlich in der individuellen Rechtsdurchsetzung ihrer Ansprüche gesperrt sind. Die Gläubiger können ihre Primärleistungsansprüche nicht mehr geltend machen. Vielmehr müssen sie ihre Forderungen, gegebenenfalls nach Umrechnung in eine Geldforderung gemäß § 45 InsO, als Insolvenzforderung, § 38 InsO, zur Insolvenztabelle anmelden, woraufhin sie gegebenenfalls eine Quote erhalten. Am Leistungsausfall nehmen somit alle Insolvenzgläubiger gleichmäßig teil. Spiegelt man diesen Grundsatz auf die vorliegende Thematik der Insolvenz des Lizenzgebers müsste der Lizenznehmer – wie in 4. Teil der Arbeit

<sup>845</sup> Ausführung zum Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung bereits unter Pkt. 3. Teil I. 2.

<sup>846</sup> So viele Stellungnahmen zum RegEntw. 2007: Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Kipper*, S. 2 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom DAV-Insolvenzrechtsausschuss (*Pannen*), S. 3 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Frind*, S. 22 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Marotzke*, S. 11 ff.; Stellungnahme zum RegEntw. 2007 vom Sachverständigen *Leithaus*, S. 2 ff., vorstehende Stellungnahmen abrufbar unter: [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33\\_Insolvenz\\_Teil\\_II/04\\_Stellungnahmen/index.html](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33_Insolvenz_Teil_II/04_Stellungnahmen/index.html); ebenso: *Mitlehner*, ZIP 2008, 450; *Mock*, ZinsO 2007, 1121 (1122).

<sup>847</sup> Hierzu die Nachweise unter Fn. 846.



festgestellt – seinen Primärleistungsanspruch auf Nutzung des Immaterialgutes verlieren und seinen hieraus entstehenden Schaden zur Insolvenztabelle anmelden.

Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung kennt jedoch Ausnahmen, d. h. es gibt Gläubigergruppen, die privilegiert werden, sofern eine besondere Rechtfertigung vorliegt.<sup>848</sup> Diese kann z. B. in der besonderen Schutzwürdigkeit des begünstigten Personenkreises oder in der Tatsache liegen, dass die Umwandlung in einen Geldleistungsanspruch für den Gläubiger wertlos ist, weil die geschuldete Leistung nicht substituierbar ist.<sup>849</sup>

Zu Recht gehen viele Stimmen in der Literatur und in der lizenznehmenden Wirtschaft davon aus, dass für den Fall der Insolvenz des Lizenzgebers eine besondere Rechtfertigung vorliegt, um den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung durchbrechen zu können.<sup>850</sup> Die Rechtfertigung für eine entsprechende Sonderregelung wird insbesondere aus der fehlenden Substituierbarkeit der Lizenz hergeleitet.<sup>851</sup> Dem ist zuzustimmen. Im Gegensatz zu den meisten anderen Verträgen kann bei Lizenzverträgen gerade nicht einfach auf einen anderen Vertragspartner ausgewichen werden, da der Inhaber des immateriellen Rechts in der Regel eine Monopolstellung einräumt.<sup>852</sup> Aufgrund der hohen Investitionen, die der Lizenznehmer in der Regel vor Auswertung des Immaterialguts tätigen muss, ist sein Vertrauen auf eine Amortisation dieser Investitionen auch besonders schutzwürdig.<sup>853</sup> Im Ergebnis liegen daher beide Gründe für eine besondere Rechtfertigung der Durchbrechung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung für den Fall der Insolvenz des Lizenzgebers vor.

Zum Teil wird auch vertreten, dass es sich bei der Privilegierung des Lizenznehmers in der Insolvenz des Lizenzgebers gar nicht um eine Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes handele.<sup>854</sup> Gleiches sei grundsätzlich nur soweit gleich zu behandeln, wie es vergleichbar ist. Lizenzverträge seien aber eben auf-

---

<sup>848</sup> *Stürner*, NZI 2005, 597 (598).

<sup>849</sup> *McGuire*, GRUR 2012, 657 (658); *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (551).

<sup>850</sup> Vgl. etwa: Stellungnahme von der GRUR zum RegEntw. 2007, GRUR 2008, 138 (139); *McGuire*, GRUR 2012, 657 (658); *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (551).

<sup>851</sup> *McGuire*, GRUR 2012, 657 (658); *Wimmer*, ZIP 2012, 545 (551).

<sup>852</sup> *Slopek*, ZInsO 2008, 1118 (1120).

<sup>853</sup> Die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 22.08.2007, S. 56 ff., abgedruckt als Beilage zu NZI Heft 10/2007 und abrufbar unter: [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33\\_Insolvenz-Teil\\_II/01\\_Gesetz.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/33_Insolvenz-Teil_II/01_Gesetz.pdf); und die Begründung des Referentenentwurfes des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 18.01.2012, S. 32 ff., abrufbar unter: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_InsoII.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_InsoII.pdf?__blob=publicationFile)

<sup>854</sup> *Slopek*, ZInsO 2008, 1118 (1120).

grund der fehlenden Substituierbarkeit nicht mit anderen Verträgen in der Insolvenz des Schuldners vergleichbar.<sup>855</sup>

Mit dem Argument, dass gerade auch aus dem Gleichheitssatz ein Differenzierungsgebot folgt,<sup>856</sup> lassen die aufgezeigten Gründe für den Fall der Insolvenz des Lizenzgebers es als zulässig erscheinen, den insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung durch eine gesetzliche Regelung, die die Interessen aller Beteiligten zum Ausgleich bringt, zu durchbrechen.

## 2. Lösung außerhalb der InsO – sog. „große Lösung“?

Um insbesondere den Konflikt mit dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu vermeiden, wird vertreten, die Lösung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen außerhalb der Insolvenzordnung durch eine sog. „große Lösung“ zu suchen.<sup>857</sup> Eine solche „große Lösung“ bestünde darin, das Problem der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen im materiellen Recht, d. h. im jeweiligen Schutzgesetz (PatG, UrhG, MarkenG etc.) zu lösen. Im jeweiligen Schutzgesetz sollte festgelegt werden, dass Lizenzen dingliche Rechte sind, so dass feststeht, dass dem Lizenznehmer ein Aussonderungsrecht im Insolvenzfall zukommt. Vorstellbar wäre auch die Verortung des Problems in einem „Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums“.<sup>858</sup>

Für die Lösung, die Insolvenzfestigkeit von Lizenzen im jeweiligen Schutzgesetz zu verorten, sprechen gute Argumente, insbesondere die hierdurch zu erreichende Rechtssicherheit. Die Vertreter dieser „großen Lösung“ können jedoch nicht leugnen, dass die Realisierung und tatsächliche Umsetzung dieser Lösung, nicht nur ein mittelfristiges, sondern ein langfristiges Gesetzesprojekt ist. Im Gegensatz hierzu pressiert die Thematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen. Ihr sollte deshalb kurzfristig eine Lösung zugeführt werden. Darüber hinaus spricht gegen eine „große Lösung“, dass sich der Gesetzgeber mit den beiden zwar gescheiterten Gesetzesentwürfen für die sog. „kleine Lösung“ entschieden hatte. Dies macht es eher unwahrscheinlich, dass er diesen Kurs verlässt. Die Lösung des Problems der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen ist daher zumindest für das Erste in der Insolvenzordnung zu suchen.

<sup>855</sup> *Slopek*, ZInsO 2008, 1118 (1120).

<sup>856</sup> *Stürmer*, NZI 2005, 597 (598).

<sup>857</sup> So etwa einige Sachverständige in der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss am 23.04.2008, das Protokolls der öffentlichen Anhörung ist abrufbar unter: <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1251&id=1134>; so etwa die Sachverständigen *Küpper*, vgl. S. 14 des Protokolls; *Hirte*, vgl. S. 37 des Protokolls; *Bullinger*, vgl. S. 41 des Protokolls; für eine „große Lösung“ auch: *GRUR* in ihrer Stellungnahme zum RegEntw. 2007, *GRUR* 2008, 138 (139).

<sup>858</sup> Allgemein zu der Problematik eines „Allgemeinen Teils der Rechte des Geistigen Eigentums“: *Abrens*, *GRUR* 2006, 617 ff.; auch: *Beyerlein*, *WRP* 2007, 1074 (1075).

### 3. Rechtsvergleich zu den USA und Japan

Sowohl die Gesetzesinitiative zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen in der Insolvenz des Lizenzgeber im Jahre 2007 (§ 108a InsO-E 2007) als auch im Jahre 2012 (§ 108a InsO-2012) wurden damit begründet und gerechtfertigt, dass der Wirtschafts- und Forschungsstandort Deutschland Wettbewerbsnachteile aufgrund der fehlenden Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen hätte, da andere Länder, insbesondere die Exportstaaten USA und Japan, auf diese Situation bereits reagiert und in ihrer nationalen Gesetzgebung Lizenzen insolvenzfest ausgestaltet hätten.<sup>859</sup> Es fragt sich, ob das tatsächlich der Fall ist.

#### a) USA

Der Verweis auf die Regelung des § 365(n) des US Bankruptcy Code für den Nachweis gesetzlich festgelegte Insolvenzfestigkeit von Lizenzen in den USA überzeugt nicht gänzlich.

Zum einen sieht die Regelung nur ein Gegenwahlrecht des Vertragspartners im Falle der Zurückweisung des Lizenzvertrags dahingehend vor, dass der Vertragspartner seine Rechte unter dem Lizenzvertrag behalten darf („*If the trustee rejects an executory contract under which the debtor is a licensor of a right to intellectual property, the licensee under such contract may elect [...] to retain its rights [...] under such contract [...] as such rights existed immediately before the case commenced*“). Dies begründet allerdings eine bloße Duldungspflicht des Insolvenzschuldners („*If the licensee elects to retain its rights [...] under such contract the trustee shall allow the licensee to exercise such rights*“); einen darüber hinausgehenden *Erfüllungsanspruch*, erhält der Lizenznehmer gerade nicht („*but excluding any other right under applicable nonbankruptcy law to specific performance of such contract*“).

Zum anderen berücksichtigt der Verweis auf die einzelne Bestimmung des US-Insolvenzrechts nicht, dass in den USA die Voraussetzungen für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens niedriger sind als in Deutschland.<sup>860</sup> Nach Chapter 11 kann ein Insolvenzverfahren bereits dann gewählt werden, wenn nur nach einer *good faith*-Einschätzung ein Insolvenzgrund vorliegt. Im Gegensatz hierzu wird nach deutschem Recht ein Insolvenzverfahren nur dann vom Gericht eröffnet, wenn ein vom Gericht bestellter Sachverständiger festgestellt hat, dass ein Insolvenzgrund vorliegt.<sup>861</sup> Die Bestandskraft vieler Verträge nach dem US-Recht trotz Insolvenz liegt auch darin begründet, dass hiermit dem Missbrauch vorgebeugt wird, dass das nur an niedrige Voraussetzungen geknüpfte US-Insolvenzverfahren dazu genutzt wird, um sich Verträgen zu entledigen.

---

<sup>859</sup> Zur Begründung des § 108a InsO-E 2007: 1. Teil III. 1. a); zur Begründung des § 108a InsO-E 2012: 1. Teil III. 1. b).

<sup>860</sup> Zum US-Recht: Braegelmann, ZInsO 2012, 629 (633 ff.); Pleister/Wündisch, ZIP 2012, 1792 (1796).

<sup>861</sup> Hierzu bereits die Ausführungen im 3. Teil II. 1.

*b) Japan*

Entgegen der Annahmen in den beiden Gesetzesbegründungen, geht das japanische Insolvenzrecht nicht von einer generellen Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen aus. Das in Art. 53 Japanisches Konkursgesetz normierte Nichterfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters hinsichtlich von Verträgen, die beide Parteien bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht erfüllt haben, ist bei Vorliegen eines Lizenzvertrages gemäß § 56 Japanisches Konkursgesetz nur dann ausgeschlossen, wenn die andere Partei eine Registrierung der Lizenz vorweisen kann oder in sonstiger Weise eine Drittwirkung der vertraglichen Positionen besteht. § 56 Japanisches Konkursgesetz ist auf alle Nutzungsverträge anwendbar und lautet in englischer Übersetzung (Quelle: WIPO Resources):

## Article 56

*(1) The provisions of Article 53(1) and (2) [d.h. das Nichterfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters] shall not apply where the*

*counter party of the bankrupt under a contract for the establishment of a*

*leasehold or any other right of use or making profit has a registration or meets any other requirement for duly asserting such right against any third party.*

*(2) In the case prescribed in the preceding paragraph, a claim held by the counter party shall be a claim on the estate.*

Voraussetzung für die Insolvenzfestigkeit japanischer Lizenzverträge ist somit, dass das Recht aus der Lizenz einem Dritten entgegengehalten werden kann, also dingliche Wirkung hat. In Japan wird die Dinglichkeit durch eine Eintragung der Lizenz in das entsprechende Register, etwa das Patentregister oder das Markenregister erreicht.<sup>862</sup> Mit Inkrafttreten der Patentreform im April 2012 wurde die Registrierungspflicht einfacher Lizenzen aufgegeben, so dass diese nun auch ohne Eintragung im Patentregister insolvenzfest sein sollen.<sup>863</sup> Festzuhalten bleibt daher, dass das japanische Recht eine Regelung, die Lizenzen über Rechte am geistigen Eigentum ohne Beschränkung auf eine etwaige Dinglichkeit oder Publizität erfasst, nicht kennt.

*c) Zwischenfazit*

Es bleibt festzuhalten, dass das Argument, dass der Wirtschafts- und Forschungsstandort Deutschland Wettbewerbsnachteile aufgrund der fehlenden Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen hätte, da andere Länder, insbesondere die Exportstaaten USA und Japan, auf diese Situation bereits reagiert und in ihrer nationalen Gesetzgebung Lizenzen insolvenzfest ausgestaltet hätten, nicht völlig überzeugen kann. Zum einen hat die USA nicht die gänzliche, sondern nur eine beschränkte

<sup>862</sup> Dengler/Gruson/Spielberger, NZI 2006, 677 (682).

<sup>863</sup> Pleister/Wündisch, ZIP 2012, 1792 (1797).

Insolvenzfestigkeit kodifiziert, wobei diese Regelung auch in der Zusammenschau mit den niedrigen Voraussetzungen der Durchführung eines Insolvenzverfahrens zu sehen ist. Und Japan knüpft zum anderen die Insolvenzfestigkeit der Lizenz überwiegend an gewisse Voraussetzungen der Ausgestaltung der Lizenz.

Das Argument des Wettbewerbsnachteils für den Wirtschafts- und Forschungsstandort Deutschland greift jedoch insoweit, dass diese Länder den Beteiligten eines Lizenzvertrages zumindest im Anwendungsbereich der gesetzlichen Regelungen, der zwar nicht so weit reicht, wie die Gesetzesentwurfsbegründungen meinen, Rechtssicherheit für ihre Position geben. Auch wenn Japan die Insolvenzfestigkeit einer Lizenz an gewisse Voraussetzungen knüpft, hat hier der Lizenznehmer zumindest die Wahl, diese Voraussetzungen herbeizuführen und seine Lizenz so insolvenzfest zu machen. Das erzeugt Rechtssicherheit.

#### 4. Abwanderung von Lizenznehmern?

Sowohl § 108a InsO-E 2008 als auch § 108a InsO-E 2012 wurden damit begründet, dass diese Neuregelungen eine drohende Abwanderung lizenznehmender Unternehmen in das Ausland zur Nutzung der dortigen Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen verhindern sollen.<sup>864</sup>

Die Einschlägigkeit dieser Begründung wird von einigen in Zweifel gezogen.<sup>865</sup> Eine Abwanderung sei sinnwidrig, weil sie an dem vermeintlichen Problem, der Insolvenz des Lizenzgebers, gar nichts ändern würde, für das anwendbare Insolvenzrecht der Sitz des Lizenzgebers maßgeblich ist.<sup>866</sup> Eine Abwanderung des Lizenznehmers würde diesem also keine rechtlichen Vorteile bringen.<sup>867</sup>

Soweit man die Gesetzesbegründung so versteht, dass nur der drohenden Abwanderung von Lizenznehmern begegnet werden soll, sind die geäußerten Zweifel richtig. Dieses Verständnis würde jedoch zu kurz greifen. Der Sachverhalt ist vielmehr so verstehen, dass der Lizenznehmer ins Ausland abwandert und sodann mit einem ausländischen Lizenzgeber, für den nicht das deutsche Insolvenzrecht gilt, den erforderlichen Lizenzvertrag abschließt. Man will also der Verlagerung des „gesamten“ Lizenzverhältnisses ins Ausland begegnen. Eine solche schädigt den Wirtschaftsstandort Deutschland schließlich empfindlich. Nur dieses Verständnis der Begründung entspricht der Realität und macht Sinn.

---

<sup>864</sup> Zur Begründung des § 108a InsO-E 2007: 1. Teil III. 1. a); zur Begründung des § 108a InsO-E 2012: 1. Teil III. 1. b).

<sup>865</sup> Etwa: *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1797).

<sup>866</sup> *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1797).

<sup>867</sup> *Pleister/Wündisch*, ZIP 2012, 1792 (1797).

## 5. Zwischenfazit

Eine sachliche Rechtfertigung einer Regelung für die Insolvenz des Lizenzgebers ist gegeben. Der insolvenzrechtliche Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung kann hier aufgrund einer besonderen Rechtfertigungslage zulässigerweise durchbrochen werden. Es bedarf daher auch keiner „großen“ Lösung außerhalb der Insolvenzordnung. Auch der Rechtsvergleich zu anderen Wirtschaftsnationen zeigt, dass dort aufgrund gesetzlicher Regelungen Rechtssicherheit im Hinblick auf die Thematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen besteht. Der Wirtschaftsstandort Deutschland hat im Vergleich zu diesen Wirtschaftsnationen daher Aufhol- und Regelungsbedarf, um wettbewerbsfähig im Kampf um Investoren zu bleiben.

## II. Ausgestaltung einer zukünftigen Sonderregelung

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich einer Sonderregelung für die Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen sollte sich auf die Insolvenz des Lizenzgebers beschränken. Wie an mehreren Stellen der Arbeit bereits ausgeführt,<sup>868</sup> besteht in erster Linie hier die besondere Rechtfertigungssituation.

Zu Beginn der Arbeit<sup>869</sup> wurde jedoch bereits darauf hingewiesen, dass es auch im Falle der Insolvenz des Lizenznehmers ein Regelungsbedürfnis in dem Fall gibt, in dem der Lizenznehmer gleichzeitig als Lizenzgeber agiert (Fall der Lizenzkette).

Fraglich ist, ob aufgrund der BGH-Entscheidung „M2Trade“<sup>870</sup> im Rahmen einer zukünftigen Sonderregelung für die Insolvenz des Lizenzgebers nicht mehr die sog. Lizenzkette berücksichtigt werden muss. Der BGH hat festgestellt, dass auch bei der sog. „gespaltenen Erfüllungswahl“ des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers die Unterlizenz in der Regel nicht erlischt. Damit könnte sich das Regelungsbedürfnis<sup>871</sup> für die sog. Lizenzketten erledigt haben.

Vor der „M2Trade“-Entscheidung hätte es im Rahmen einer Regelung für die Insolvenz des Lizenzgebers für die Fälle der Unterlizenz zweifellos eine Sonderregelung geben müssen. Andernfalls wäre in der Insolvenz des Unterlizenzgebers bzw. Oberlizenznehmers gegenüber dem Unterlizenznehmer die zukünftige Sonderregelung zur Insolvenzfestigkeit anwendbar gewesen; gegenüber dem Hauptli-

---

<sup>868</sup> Etwa: 1. Teil II.

<sup>869</sup> 1. Teil II.

<sup>870</sup> BGH, MMR 2012, 684 ff. – M2Trade und vgl. die Ausführungen unter Pkt. 4. Teil V. 2. c).

<sup>871</sup> Zu diesem Regelungsbedürfnis bereits: 1. Teil III. 1. a) cc).

zenggeber jedoch weiterhin das Insolvenzverwalterwahlrecht aus § 103 InsO. Im letzteren Verhältnis ist der Unterlizenzgeber schließlich Lizenznehmer. Hätte der Insolvenzverwalter des Unterlizenzgebers bzw. des Oberlizenznehmers die Nichterfüllung des Lizenzvertrages mit dem Oberlizenzgeber gewählt, hätte dies nach herrschender Meinung zur Konsequenz gehabt, dass die Hauptlizenz und damit zugleich die akzessorische Unterlizenz erlöschen. Das würde jedoch dem Grundgedanken einer Sonderregelung für die Insolvenzfestigkeit der Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers widersprechen.

Es wurde aufgezeigt,<sup>872</sup> dass nach der „M2Trade“-Entscheidung“ nicht von einem generellen Bestandsschutz der Unterlizenz im Fall des Erlöschens der Hauptlizenz (durch Kündigung oder die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters) ausgegangen werden kann. Die Entscheidung für oder gegen einen Bestandsschutz der Unterlizenz wird vielmehr immer von einer Interessenabwägung im konkreten Fall abhängig sein. Es wird daher auch Fälle geben, in denen der Unterlizenznehmer keinen Bestandsschutz für sein Nutzungsrecht beanspruchen kann, wenn die Hauptlizenz erlischt. Im Zusammenhang mit der an dieser Stelle nur noch interessierenden Situation der Insolvenz des Hauptlizenznehmers bzw. Unterlizenzgebers werden das insbesondere die Fälle der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gegenüber dem Hauptlizenzgeber sein, in denen der Hauptlizenzgeber keine begründete Aussicht auf die wirtschaftliche Einbringbarkeit seines Ausgleichsanspruchs gegen die Masse des Hauptlizenznehmers hat. Das gleiche gilt, wenn aufgrund einer kostenlosen Unterlizenzierung gar kein Ausgleichsanspruch des Hauptlizenzgebers gegen die Masse des Hauptlizenznehmers besteht. In diesen Fällen dürfte der Unterlizenz kein Bestandsschutz zukommen.

Die sonstigen Fälle, bei denen Zweifel an der Billigkeit des Ergebnisses (Bestandsschutz der Unterlizenz) zulasten des Hauptlizenzgebers geäußert wurden (Unterlizenzgebühr entspricht nicht der Hauptlizenzgebühr, sie ist erheblich geringer), haben sich im Ergebnis nicht bestätigt. In diesen Fällen hatte der Hauptlizenzgeber schließlich die Möglichkeit, Beschränkungen der Unterlizenzerteilungsbefugnis bei Abschluss des Hauptlizenzvertrages zu vereinbaren und so seinen wirtschaftlichen Schaden bei Nichteinhaltung der vereinbarten Beschränkungen durch Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Hauptlizenznehmer auszugleichen.

Da auch nach „M2Trade“ nicht generell vom Bestandsschutz der Unterlizenz im Falle der sog. „gespaltenen Erfüllungswahl“ des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers ausgegangen werden kann, muss im Rahmen einer zukünftigen Sonderregelung für die Insolvenz des Lizenzgebers daher die sog. Lizenzkette Berücksichtigung finden. Dies könnte in Anknüpfung an § 108a Absatz 2 InsO-E 2012, der im Falle der „gespaltenen“ Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers den Abschluss eines neuen Lizenzvertrags zwischen Hauptli-

---

<sup>872</sup> Hierzu die Ausführungen im 4. Teil V. 2. b) bb) (2) und (3) und 4. Teil V. 2. c) aa) (2) und (3).

zenggeber und Unterlizenznehmer vorsah, geschehen. Problematisch hieran erscheint jedoch, dass zwischen den in BGH „M2Trade“ aufgestellten Grundsätzen (automatischer Fortbestand der Unterlizenz ohne Abschluss eines neuen Lizenzvertrags zwischen Hauptlizenzgeber und Unterlizenznehmer) und der in § 108a Absatz 2 InsO-E 2012 enthaltenen Kontrahierungspflicht zulasten des Hauptlizenzgebers erhebliche dogmatisch-konstruktive Unterschiede und Widersprüche bestehen.<sup>873</sup> Offensichtlich ist, dass die gesetzliche Anordnung eines Kontrahierungszwangs des Hauptlizenzgebers mit dem Unterlizenznehmer hinsichtlich des Neuabschlusses eines Lizenzvertrags die Rechtsprechung des BGH in „M2Trade“ konterkariert. Letztere geht schließlich vom automatischen Fortbestand der Unterlizenz aus.

Im Ergebnis lässt sich dieser Widerspruch nur dadurch auflösen, dass nicht an § 108a Absatz 2 InsO-E 2012 angeknüpft wird. Für die Fälle, in denen nach BGH-„M2Trade“ der Unterlizenz kein Bestandsschutz zukommt, sollte vielmehr deren automatische Fortgeltung im Verhältnis zum Hauptlizenzgeber gesetzlich angeordnet werden. Um die Interessen des Hauptlizenzgebers entsprechend der in BGH-„M2Trade“ aufgestellten Grundsätze zu berücksichtigen, muss die automatische Fortgeltung der Unterlizenz von der Zahlung einer marktüblichen Vergütung an den Hauptlizenzgeber abhängig gemacht werden.

Was Lizenzketten betrifft, muss in der Gesetzesbegründung zur Sonderregelung auf BGH „M2Trade“ hingewiesen werden. Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass die Regelung zu Lizenzketten nur die Fälle betrifft, die nicht bereits infolge von BGH-„M2Trade“ Bestandsschutz in der Insolvenz des Hauptlizenznehmers genießen. Für Letzteres spricht insbesondere, dass die sich gegenwärtig noch „in Kinderschuhen steckende“ Rechtsprechung des BGH zum Bestandsschutz von Unterlizenzen von der Rechtsprechung und Literatur fortentwickelt werden kann.

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Norm sollte sich auf Lizenzvertrag im engeren Sinne beschränken ohne Beschränkung auf Lizenzgegenstände wie etwa die Formulierung „Rechte des geistigen Eigentums“.

### *a) Beschränkung auf Lizenzvertrag im engeren Sinne*

Um die Herausbildung eines eigenständigen Typus des Lizenzvertrags zu erreichen, sollte sich die Regelung einer Insolvenzfestigkeit von Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers auf den Lizenzvertrag im engeren Sinne, d. h. auf Verträge

<sup>873</sup> So auch: *Marotzke*, ZInsO 2012, 1737 (1750).



beschränken, die die lizentypischen Elemente aufweisen.<sup>874</sup> Es muss sich also um einen Lizenzvertrag handeln, mit dem für eine bestimmte Zeit gegen die Zahlung einer pro rata temporis Vergütung einem anderen ein positives Nutzungsrecht<sup>875</sup> an einem immateriellen Rechts eingeräumt wird.

In der Gesetzesbegründung sollte der Anwendungsbereich der Norm auf Lizenzverträge im engeren Sinne ausdrücklich beschränkt werden. Alle anderen Verträge, die zwar ein Immaterialgut zum Vertragsgegenstand haben, aber nicht die sonst lizentypischen Elemente aufweisen (etwa dauerhafte Überlassung von Standardsoftware oder die unwiderrufliche Einräumung einfacher oder ausschließlicher Nutzungsrechte an einem Patent) sind vom Anwendungsbereich der neuen Sonderregelung ausgeschlossen. Um diesbezüglich aber endlich Rechtssicherheit herzustellen, sollte weiterhin in der Gesetzesgründung festgestellt und festgehalten werden, dass diese ausgeschlossenen „Lizenzverträge“ de lege lata bereits mit einer im Vordringen befindlichen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur als insolvenzfest gelten. Der Anwendungsbereich auch des § 103 Abs. 1 InsO ist für diese Verträge nicht eröffnet. Dem Insolvenzverwalter steht kein Wahlrecht zu.

#### *b) Keine Beschränkung auf konkrete Lizenzgegenstände*

Die zukünftige Vorschrift sollte auch nur Bezug auf den Begriff des „Lizenzvertrags“ nehmen. Sonstige Zusätze wie Lizenzvertrag über Rechte des Geistigen Eigentums oder ähnliche sollten vermieden werden.

Es wurde dargelegt, dass der Begriff der Lizenz nicht auf Immaterialgüterrechte zu beschränken ist.<sup>876</sup> Um diesbezüglich neuere Entwicklungen – wie etwa Lizenzverträge über Persönlichkeitsrechte – nicht aus dem Anwendungsbereich der Norm zu nehmen, sollte nur allein auf den Begriff des Lizenzvertrags abgestellt werden.<sup>877</sup>

### 3. Konkrete Ausgestaltung

In Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Norm muss die grundlegende Entscheidung getroffen werden, ob der Konzeption des § 108a InsO-E 2007 oder der Konzeption des § 108a InsO-E 2012 gefolgt wird.

Im Ergebnis sollte der Konzeption des § 108a InsO-E 2007 gefolgt werden. Das bedeutet, dass Lizenzverträge (im engeren Sinne) dem Verwalterwahlrecht entzogen werden sollten. Hierfür spricht insbesondere, dass auch die Ausgestaltung entsprechend § 108a InsO-E 2007 trotz des Grundsatzes der Gläubiger-

<sup>874</sup> Hierzu ausführlich 2. Teil II. 4.; für solch eine Beschränkung auch: *Braegelmann*, ZInsO 2012, 629 (636).

<sup>875</sup> Hierzu ausführlich 2. Teil I 1. b); insbesondere, dass die Form der negativen Lizenz nicht hierunter fällt.

<sup>876</sup> Hierzu ausführlich: 2. Teil I. 1. a).

<sup>877</sup> So auch: *Berger*, ZInsO 2007, 1152 (1143, 1145).

gleichbehandlung zulässig ist. Letzteres zeigt insbesondere die Vorschrift des § 108 InsO. Die Konzeption entsprechend § 108a InsO-E 2012 ist der Systematik der Insolvenzordnung bisher völlig fremd. Es sollte vielmehr am bestehenden praxiserprobten System festgehalten werden. Das Konzept des § 108a InsO-E 2012 verursacht darüber hinaus eine nicht hinzunehmende Rechtsunsicherheit, ob und zu welchen Konditionen Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers wieder hergestellt werden können.<sup>878</sup>

Bei der Übernahme des Konzepts des § 108a InsO-E 2007 sollte jedoch auf die Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenpflichten zugunsten der Rechtsicherheit verzichtet werden. Anstatt dessen, sollte zum Schutz der Insolvenzmasse die Fortwirkung des Lizenzvertrages nur auf die Nutzungsrechtsüberlassung und im Fall der urheberrechtlichen Nutzungsrechte gegebenenfalls vorliegenden Bearbeitungs- und Verwertungsrechten beschränkt werden. Was eine im Softwarebereich etwaig zwingend notwendige Pflege angeht, kann diese über die Quellcodehinterlegung für den Lizenznehmer zumutbar abgesichert werden.

Die schützenswerten Interessen der Insolvenzmasse an einer Lizenz, die angemessene wirtschaftliche Bedingungen aufweist, sollten dadurch in die Regelung einfließen, dass dem Insolvenzverwalter ein Recht auf Anpassung der vertraglichen Vergütung an eine marktübliche Vergütung eingeräumt wird. Diesbezüglich sollte in der Gesetzesbegründung jedoch ausdrücklich klargestellt werden, dass hiermit keine nachträgliche Entgeltkontrolle eingeführt wird, die das „Nachverhandeln“ wirtschaftlich nachteiliger Lizenzverträge möglich macht.

### III. Eigener Formulierungsvorschlag für künftige Sonderregelung

*„§ 108a InsO-E 2007 (Schuldner als Lizenzgeber)*

*(1) Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, soweit dem Lizenznehmer Nutzungs-, Bearbeitungs- oder Verwertungsrechte eingeräumt wurden.*

*(2) Besteht zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und einer marktüblichen Vergütung ein auffälliges Mißverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann der Lizenznehmer den Vertrag fristlos kündigen.*

<sup>878</sup> So auch: GRUR in ihrer Stellungnahme vom 12.03.2012 zum RefEntw. 2012, abrufbar unter: [http://www.grur.org/uploads/tx\\_gstatement/2012-03-12\\_GRUR\\_Stn\\_RefE\\_Gesetz\\_Verk%C3%BCrzung\\_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF](http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2012-03-12_GRUR_Stn_RefE_Gesetz_Verk%C3%BCrzung_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF).

*(3) Handelt es sich bei dem Vertrag, den der Schuldner als Lizenzgeber geschlossen hat, um einen Unterlizenzvertrag und lehnt der Insolvenzverwalter gegenüber dem Hauptlizenzgeber die Erfüllung des Lizenzvertrags ab, so besteht die Unterlizenz im Fall ihres Erlöschens mit Wirkung für den Hauptlizenzgeber fort, soweit der Unterlizenznehmer dem Hauptlizenzgeber eine marktübliche Vergütung bezahlt.“*



## 6. Teil: Zusammenfassung

Festzustellen ist, dass nach derzeitiger Gesetzeslage und vorliegender höchstrichterlicher Rechtsprechung der Lizenzvertrag und das sich hieraus ergebende Nutzungsrecht am immateriellen Gut nicht insolvenzfest sind. Wird über das Vermögen des Lizenzgebers das Insolvenzverfahren eröffnet, ist es vielmehr so, dass der Lizenzvertrag in der Regel dem Verwalterwahlrecht des § 103 Abs. 1 InsO unterfällt, da er als von beiden Seiten (seitens des Lizenzgebers und seitens des Lizenznehmers) noch nicht als vollständig erfüllt eingeordnet wird.

Als Lizenzverträge im vorgenannten Sinne gelten jedoch nur Verträge, die die *lizenzvertragstypischen Merkmale* aufweisen. Diese Verträge werden dadurch charakterisiert, dass es sich bei ihnen um *Dauerschuldverhältnisse* handelt, bei denen der Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Zahlung eines für bestimmte Zeitperioden zu entrichtendes Entgelt gegenübersteht. Die Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers besteht hierbei in der *zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassung des Immaterialguts*, d.h. in der Einräumung eines schuldrechtlichen oder gegenständlichen *positiven Benutzungsrechts* am immateriellen Gut. Ein Lizenzvertrag im Rechtssinne liegt daher dann nicht vor, wenn der Rechtsinhaber nur die Nutzung des immateriellen Rechts durch einen Dritten duldet, ohne diesem ein positives zeitlich begrenztes Nutzungsrecht einzuräumen (sog. negative Lizenz/ Einwilligung/ Gestattungsvertrag). Ein Lizenzvertrag im Rechtssinne liegt auch dann nicht vor, wenn das Immaterialgut einem anderen

gegen die Zahlung eines Einmalentgeltes auf Dauer zur Nutzung überlassen wird (etwa dauerhafte Überlassung von Standardsoftware).

Gegenstand des Lizenzvertrages können hingegen alle anerkannten wirtschaftlich nutzbaren, immateriellen Güter sein. Der Lizenzvertrag bzw. der Lizenzbegriff ist insbesondere nicht auf Immaterialgüterrechte (Patentrecht, Markenrecht, Urheberrecht) beschränkt. Immaterialgüter wie das Know-how oder die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts sind ebenso lizenzierbar im Sinne der Einräumung eines positiven Nutzungsrechts.

Mangels Anwendbarkeit der Sondervorschriften der §§ 104 ff. InsO (mit Ausnahme des § 108 Abs 1 Satz 2 InsO) findet auf den Lizenzvertrag die Vorschrift des § 103 InsO Anwendung, soweit der Lizenzvertrag einen von beiden Seiten nicht vollständig erfüllten Vertrag darstellt. Aufgrund der lizenzvertragstypischen Elemente (Dauerschuldverhältnis, Gebrauchsüberlassung auf Zeit; Zahlungen pro rata) wird dies in der Regel der Fall sein.

Die analoge Anwendung des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO, der den Mietvertrag über unbewegliche Gegenstände durch Ausschluss des Verwalterwahlrechts als insolvenzfest regelt, ist zwischenzeitlich nicht mehr vertretbar. Soweit ersichtlich hat keine höchstrichterliche Entscheidung die analoge Anwendbarkeit des § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO überhaupt angesprochen, geschweige denn erörtert.

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlieren die gegenseitigen Ansprüche aus dem Lizenzvertrag ihre Durchsetzbarkeit. Wählt der Insolvenzverwalter anstelle des insolventen Lizenzgebers die Erfüllung des Lizenzvertrages, werden die gegenseitigen Erfüllungsansprüche wieder durchsetzbar. Der Gegenleistungsanspruch des Lizenznehmers (Nutzungsrecht am Immaterialgut) wird – soweit er den Zeitraum nach der Verfahrenseröffnung betrifft – zu einer Masseforderung aufgewertet, (§§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, 105 S. 1 InsO). Wählt der Insolvenzverwalter des insolventen Lizenzgebers die Nichterfüllung des Lizenzvertrages, bleibt es bei der Undurchsetzbarkeit des Nutzungsanspruchs des Lizenznehmers. Der Lizenzvertrag wird jedoch nicht beendet. Erst, wenn der Lizenznehmer seine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung gemäß § 103 Abs. 2 InsO zur Insolvenztabelle anmeldet, wird sein Erfüllungsanspruch in einen einseitigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umgewandelt; die gegenseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen.

Mit der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO erlischt das Nutzungsrecht des Lizenznehmers am Immaterialgut. Diese bisher überwiegend angenommene Rechtsfolge der Nichterfüllungswahl, die von der Nichtgeltung des Abstraktionsprinzips im Recht des geistigen Eigentums ausgeht, hat der BGH in einem obiter dictum in der Entscheidung „M2Trade“ vorausgesetzt.

Die Anwendbarkeit des § 103 Abs. 1 InsO auf den Lizenzvertrag zieht nach sich, dass der Lizenzvertrag nicht insolvenzfest ist.

Diese Konsequenz der Anwendbarkeit des § 103 Abs. 1 InsO kann nicht dadurch verhindert werden, dass man die Anwendbarkeit des § 47 InsO (Aussonderungsrecht) annimmt. Einfache und ausschließliche Nutzungsrechte an Immaterialgüterrechten werden zwar zwischenzeitlich als (beschränkt) dingliche Rechte eingeordnet. Diese beschränkte Dinglichkeit zieht jedoch nicht das Entstehen eines Aussonderungsrechts gemäß § 47 InsO gegen die Masse des insolventen Lizenzgebers nach sich. Hiergegen sprechen bereits dogmatische Gründe. Wird die Lizenz als dingliches Recht im Sinne des § 47 InsO betrachtet, hat das die gleichzeitige Anwendung der Vorschrift des § 47 InsO und der Vorschrift des § 103 InsO zur Folge, was der Regelungssystematik der InsO widerspricht. Das Aussonderungsrecht nach § 47 InsO wäre bei Anwendbarkeit des Verwalterwahlrechts praktisch wertlos.

Eine Bestandsaufnahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus den Jahren 2009 bis 2012 hat ergeben, dass auch hieraus eine Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und/oder von Lizenzen nicht geschlussfolgert werden kann.

Die BGH-Entscheidung „M2Trade“ sagt im Ergebnis nichts über die Insolvenzfestigkeit eines Lizenzvertrags und/oder einer Lizenz im Fall der Insolvenz des Lizenzgebers aus. Ganz im Gegenteil, sie bestätigt in einem obiter dictum die Anwendbarkeit des § 103 InsO auf Lizenzverträge. Neuerungen bringt die Entscheidung dahingehend, dass einer (bestehenden) Unterlizenz nunmehr im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auch in dem Fall Sukzessionsschutz zuerkannt werden kann, indem die Hauptlizenz durch die Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Hauptlizenznehmers erlischt (Fall der sog. „gespaltenen Erfüllungswahl“). Im Weiteren ist es nicht möglich, die Grundsätze aus BGH „M2Trade“ hinsichtlich der Bestandskraft einer Unterlizenz auf die Insolvenz des Hauptlizenzgebers zu übertragen.

Die auf vielen Wegen versuchte Herbeiführung einer Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen/Lizenzen durch Vertragsgestaltung kann auch im Ergebnis nicht überzeugen. Keine der vorgeschlagenen Gestaltungen (etwa: Lizenzsicherungsnießbrauch, Treuhandmodelle, Verpfändungen) bietet eine allgemein gültige, rechtssichere und praxistaugliche Lösung zur Herbeiführung einer Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen und/oder Lizenzen. Die vorgeschlagenen Gestaltungen eignen sich – wenn überhaupt – lediglich jeweils für eine konkrete Fallkonstellation. Zudem besteht bei der Mehrzahl der Konstruktionen die Gefahr eines Verstoßes gegen die Vorschrift des § 119 InsO.

Die fehlende Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen/Lizenzen kann ruinöse Auswirkungen für den Lizenznehmer nach sich ziehen. Der Lizenznehmer ist in der Regel auf die Nutzung des Rechts angewiesen. Er kann in der Regel keinen Ersatz beschaffen. Der Wegfall des Nutzungsrechts infolge der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters des Lizenzgebers kann für ihn das wirtschaftliche Aus bedeuten.

Die beiden gescheiterten Gesetzesreformen zur Insolvenzfestigkeit aus den Jahren 2007 und 2012 sind daher im Hinblick auf die besondere Schutzwürdigkeit des Lizenznehmers fortzuführen. Hierbei sollte an die Konzeption des Entwurfes aus dem Jahre 2007 angeknüpft werden, der das Verwalterwahlrecht – ohne Verstoß gegen den insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung – für durch den insolventen Lizenzgeber abgeschlossene Lizenzverträge ausschloss. Eine Ausgestaltung einer künftigen Norm nach dem Vorbild des Gesetzesentwurfes aus dem Jahre 2012 wäre der Systematik der Insolvenzordnung bisher völlig fremd.



## Literaturverzeichnis

- Abel, Paul: Filmlizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers und Lizenznehmer, in: NZI 2003, 121.
- Adam, Roman F.: Zu den Auswirkungen der Erfüllungsablehnung nach InsO § 103 bei einem Lizenzvertrag, in: DZWIR 2003, 482.
- Adolphsen, Jens/Tabrizi, Mahdi Daneshzadeh: Zur Fortwirkung zurückgerufener Nutzungsrechte, in: GRUR 2011, 384.
- Adolphsen, Jens: Die Insolvenz im Filmlizenzgeschäft, in: DZWIR 2003, 228.
- Ahrens, Claus: Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, Würzburg, 2002.
- Gewerblicher Rechtsschutz, Tübingen, 2008.
- Ahrens, Hans-Jürgen: Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, in: GRUR 2006, 617.
- Andres, Dirk/ Leithaus, Rolf/ Dahl, Michael: Insolvenzordnung, 3. Auflage, München, 2014.
- Ann, Christoph: Know-how – Stiefkind des Geistigen Eigentums?, in: GRUR 2007, 39.

- Appel, Holger: Opel besitzt die eigenen Patente nicht mehr, Artikel vom 26.02.2009, FAZ, abrufbar unter:  
<http://www.faz.net/themenarchiv/2.1157/autokrise/gms-einfluss-opel-besitzt-die-eigenen-patente-nicht-mehr-1771273.html>.
- Bartenbach, Britta: Die Patentlizenz als negative Lizenz, Köln, 2002, zugl.: Berlin, Univ., Diss. 2001.
- Negative Lizenz, in: Mitt. 2002, 503.
- Bartenbach, Kurt: Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. Auflage, Köln, 2013.
- Bartsch, Michael: Softwareüberlassung – was ist das?, in: CR 1992, 393.
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. II. 10. Auflage, München, 1969.
- Bausch, Rainer: Patentlizenz und Insolvenz des Lizenzgebers, in: NZI 2005, 289.
- Beck, Hans Dieter: Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, 1961, München, 1961, zugl.: München, Jur. F., Diss. v. 28. Febr. 1961.
- Becker, Christoph: Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln, München, 2010.
- Becker, Maximilian: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 – I ZR 70/10 – M2Trade, in: ZUM 2012, 786.
- Benkard, Georg: Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 10. Auflage, München, 2006.
- Berger, Christian/ Wündisch, Sebastian (Hrsg.): Urhebervertragsrecht, Baden-Baden, 2. Auflage, 2014.
- Berger, Christian: Auf dem Weg zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen – Kritik und Alternativen zum Regierungsentwurf eines neuen § 108a InsO, in: ZinsO 2007, 1142.
- Der BGH auf dem Wege zur Anerkennung der Insolvenzfestigkeit von Softwarelizenzen, in: NZI 2006, 380.
- Der Lizenzsicherungsnießbrauch - Lizenzerhaltung in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: GRUR 2004, 20.
- Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: GRUR 2013, 321.
- Softwarelizenzen in der Insolvenz des Softwarehauses, in: CR 2006, 505.
- Berger, Lucina: Insolvenzschutz für Markenlizenzen, Tübingen, 2006, zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2006.
- Berlit, Wolfgang: Markenrecht, 9. Auflage, München, 2012.
- Beuthien, Volker/ Schmölz, Anton S.: Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, München, 1999.
- Beuthien, Volker: Postmortaler Persönlichkeitsschutz auf dem Weg ins Vermögensrecht, in: ZUM 2003, 261.
- Was ist vermögenswert, die Persönlichkeit oder ihr Image? - Begriffliche Unstimmigkeiten in den Marlene-Dietrich-Urteilen, in: NJW 2003, 1220.

- Beyerlein, Thorsten: Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen - Gedanken zum neuen Reformwillen der Justizministerkonferenz, in: WRP 2007, 1074.  
— Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: EWiR 2004, 767.
- Biene, Daniel: Starkult, Individuum und Persönlichkeitsgüterrecht, Bern, 2004.
- Blersch, Jürgen/ Goetsch, Hans-W./ Haas, Ulrich (Hrsg.): Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, Stand: 2010, Neuwied.
- Bork, Reinhard: Die Doppeltreuhand in der Insolvenz, in: NZI 1999, 337.  
— Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, Tübingen, 2014.
- Braegelmann, Tom: „Chilling effect?“ – Gefährdet die Rechtsprechung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen den den Wirtschafts- und Forschungsstandort Deutschland?, in: ZInsO 2012, 629.
- Brandi-Dohrn, Anselm: Der urheberrechtliche Optionsvertrag, München, 1967.  
— Sukzessionsschutz bei der Veräußerung von Schutzrechten, in: GRUR 1983, 146.
- Brandt, Sven: Softwarelizenzen in der Insolvenz - unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenz des Lizenzgebers, in: NZI 2001, 337.
- Brauer, Tillman/ Sopp, Michaela: Das Schicksal von Sicherheiten an Lizenzrechten, in: ZUM 2004, 112.
- Braun, Eberhard: Insolvenzordnung, 5. Auflage, München, 2012.
- Bräutigam, Peter/ Rücker, Daniel: Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion, in: CR 2006, 361.
- Breuer, Isaac: Die rechtliche Natur der Patentlizenz, Berlin, Sittenfeld, 1912, zugl. Marburg, Univ., Diss., 1912.
- Büchler, Andrea: Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern, in: AcP 206 (2006), 300.
- Büchler, Robert: Die Übertragung des Urheberrechts unter spezieller Berücksichtigung einschränkender Vertragsklauseln nach Deutschem und Schweizerischem Recht, Berlin, 1925.
- Bühling, Jochen: Die Markenlizenz im Rechtsverkehr, in: GRUR 1998, 196.
- Bullinger, Winfried/ Hermes, Kai: Insolvenzfestigkeit von Lizenzen im zweiten Anlauf einer Insolvenzrechtsreform, in: NZI 2012, 492.
- Bundesrechtsanwaltskammer: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom März 2012, abrufbar unter: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/maerz/stellungnahme-der-brak-2012-10.pdf>.

- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI): Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 16.03.2012, abrufbar unter:  
[http://www.bdi.eu/download\\_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Stellungnahme\\_Gesetzesentwurf\\_zur\\_Verkuerzung\\_der\\_Restschuldbefreiung.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Stellungnahme_Gesetzesentwurf_zur_Verkuerzung_der_Restschuldbefreiung.pdf).
- Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM): Stellungnahme zur Neuregelung des § 108a InsO-E vom 22.01.2008, abrufbar unter:  
[http://www.bitkom.org/files/documents/Stellungnahme\\_108a\\_InsO\\_fuer\\_Web\\_\\_2\\_.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/Stellungnahme_108a_InsO_fuer_Web__2_.pdf).
- Stellungnahme zum Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 16.03.2012, abrufbar unter:  
[http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Positionspapier\\_Software\\_in\\_der\\_Insolvenz.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Positionspapier_Software_in_der_Insolvenz.pdf).
- Bungart, Frederik: Dingliche Lizenzen an Persönlichkeitsrechten, Baden-Baden, 2005, zugl.: Potsdam, Univ., Diss., 2003.
- Büscher, Wolfgang/ Dittmer, Stefan/ Schiwy, Peter, (Hrsg.): Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 2. Auflage, Köln, München, 2011.
- Busse, Rudolf/ Keukenschrijver, Alfred (Hrsg.): Patentgesetz, 7. Auflage, Berlin, New York, 2013.
- Canaris, Klaus-Wilhelm: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Flume, 1978, in: FS für Flume Band I, 1978, S. 371.
- Cebulla, Mario: Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände, Berlin, 1999, zugl. Greifswald, Univ., Diss., 1998.
- Chrocziel, Peter: Einführung in den Gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, 2. Auflage, München, 2002.
- Claus, Sabine: Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, Baden-Baden, 2004, zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2004.
- Dahl, Michael/ Schmitz, Daniel: Das Schicksal der Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers – der erneut gescheiterte Versuch einer gesetzlichen Regelung und deren Notwendigkeit, in: BB 2013, 1032.
- Dahl, Michael/ Schmitz, Jan: Der Lizenzvertrag in der Insolvenz des Lizenzgebers und die geplante Einführung des § 108 a InsO, in: NZI 2007, 626.
- Die geplante Einführung eines § 108a InsO zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, in: NZI 2008, 424.
- Dasch, Norbert: Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München, 1990.

- de Vries, Tillmann: Anmerkungen zu § 108a InsO RegE, in: ZUM 2007, 898.
- Delp, Ludwig: Das Recht des geistigen Schaffens, München, 1993.
- Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft, 2. Auflage, München, 2003.
- Dengler, Christoph/ Gruson, Sebastian/ Spielberger, Ronald: Insolvenzfestigkeit von Lizenzen? Forschungsstandort Deutschland - so wohl kaum!, in: NZI 2006, 677.
- Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e. V. (DGRI): Stellungnahme zur Neuregelung zu § 108a InsO-E vom 10.09.2007, abrufbar unter: <http://www.dgri.de/68n225/Stellungnahmen.htm>.
- Stellungnahme zur Neuregelung zu § 108a InsO-E vom 14.03.2012, abrufbar unter: <http://www.dgri.de/68n254/Stellungnahmen.htm>.
- Deutscher Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. (GRUR): Stellungnahme zur Frage der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen Entwurf eines § 108a InsO vom 19.11.2007, abrufbar unter: [http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2007/2007-11-19\\_GRUR\\_Stn\\_\\_108a-E\\_InsO.pdf](http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2007/2007-11-19_GRUR_Stn__108a-E_InsO.pdf).
- Stellungnahme zum RefE eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 7.12.2011 vom 12.03.2012, abrufbar unter: [http://www.grur.org/uploads/tx\\_gstatement/2012-03-12\\_GRUR\\_Stn\\_RefE\\_Gesetz\\_Verk%C3%B9rzung\\_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF](http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2012-03-12_GRUR_Stn_RefE_Gesetz_Verk%C3%B9rzung_Restschuldbefreiungsverfahrens.PDF).
- Deutscher Anwaltsverein (DAV) (Insolvenzrechtsausschuss): Stellungnahme aus Anlass der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23. April 2008 zum Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen hier: Einführung eines § 108a in die Insolvenzordnung (Insolvenzfestigkeit von Lizenzen), April 2008, abrufbar unter: <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/SN23.pdf>.
- Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 15.03.2012, abrufbar unter: <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-11/Aktuelle-Fassung-SNInsO22-12-2.pdf>.
- Deutscher Richterbund: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom März 2012, abrufbar unter: <http://www.drbb.de/cms/index.php?id=764&L=0>.

- Dieselhorst, Jochen: Zur Dinglichkeit und Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen – Kritische Betrachtungen auf Grundlage des BGH-Urteils „Reifen Progressiv“, in: CR 2010, 69.
- Dietrich, Nils/ Szalai, Stephan: Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urt. v. 19.07.2012 (I ZR 70/10; MMR 2012, 684) - Zum Schicksal der Unterlizenz bei Wegfall der zugrunde liegenden Hauptlizenz, in: MMR 2012, 687.
- Doepner, Ulf: Anmerkungen zum wettbewerbsrechtlichen Geheimnisschutz im Zivilprozess, in: FS für Tilmann, 105 – 119, Köln und weitere, 2003.
- Dreier, Thomas/ Schulze, Gernot: Urheberrechtsgesetz, 4. Auflage, München, 2013.
- Dreyer, Gunda/ Kotthoff, Jost/ Meckel, Astrid: Urheberrecht, 3. Auflage, Heidelberg, Hamburg, 2013.
- Eichmann, Helmut/ Vogel von Falckenstein, Roland: Geschmacksmustergesetz, 4. Auflage, München, 2010.
- Ekey, Friedrich L./ Klippel, Diethelm, (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zum Markenrecht Band 1, 2. Auflage, Heidelberg, 2009.
- Empting, Tobias: Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, Frankfurt am Main, 2003, zugl.: Münster, Univ., Diss., 2003
- Enders, Theodor: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht und Medienrecht, Köln, 2000.
- Erdmann, Willi/ Rojahn, Sabine/ Sosnitza, Olaf, (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz, Köln, 2008.
- Ernst, Stefan: Verträge rund um die Domain, in: MMR 2002, 714.
- Ernst-Moll: Das Recht am eigenen Bildnis - vor und vor allem nach dem Tode, in: GRUR 1996, 558.
- Esser, Philipp: BGH: Fortbestand der urheberrechtlichen Unterlizenz trotz Erlöschens der Hauptlizenz infolge der Insolvenz des Hauptlizenznehmers, in: FD-InsR 2012, 336622 (nur online abrufbar).
- Fechner, Frank: Medienrecht, 13. Auflage, Tübingen, 2012.
- Fehrenbacher, Oliver: Der Lizenzvertrag, in: JR 2001, 309.
- Fernández-Nóvoa, Carlos: Der Schutz von Name, Stimme und eigenem Bild gegen die Verwendung in der Werbung (Right of publicity) im spanischem Recht, in: GRUR 1983, 494.
- Fezer, Karl-Heinz: Lizenzrechte in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: WRP 2004, 793.
- Markenrecht, 4. Auflage, München, 2009.
- Fischer, Gero: Nicht ausschließliche Lizenzen an Immaterialgüterrechten in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: WM 2013, 821.

- Fischer, Herrmann Josef/ Reich, Steven A.: Urhebervertragsrecht, München, 1993.
- Foerste, Ulrich: Insolvenzrecht, 5. Auflage, München, 2010.
- Forkel, Hans: Die Übertragbarkeit der Firma, in: FS für Paulick, Köln-Marienburg, 1973, 101.
- Gebundene Rechtsübertragungen, Köln und weitere, 1977.
- Forkel, Hans: Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, in: GRUR 1988, 491.
- Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen, in: NJW 1983, 1764.
- Zur Fortentwicklung unseres Lizenzrechts, in: FS für Kraft, Neuwied, Kriftel, 1998, 85.
- Frenz, Reinz v. Wolfgang/ Marrder, Larissa: Filmrechtehandel mit Unternehmen in der Krise - Risiken und Lösungen, in: ZUM 2003, 94.
- Insolvenz des Filmrechtehändlers Was passiert mit den Rechten?, in: ZUM 2001, 761.
- Frenz, Reinz v. Wolfgang/ Masch, L. Christian: Die Insolvenzfestigkeit von einfachen und ausschließlichen Nutzungsrechten (Patentlizenzen, Markenlizenzen und urheberrechtlichen Nutzungsrechten), in: ZIP 2011, 1245.
- Freundenberg, Nils: Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte, Baden-Baden, 2006, zugl.: Dresden, Techn. Univ., Diss., 2005.
- Fromm, Wilhelm/ Nordemann, Friedrich Karl: Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008.
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v.: Urheberrechtsgesetz, München, 1968.
- Ganter, Hans Gerhard: Patentlizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: NZI 2011, 833.
- Gerke, Lars: Uneingeschränkte Dispositionsmaxime beim Gläubigerantrag trotz vorläufiger Verwaltung?, in: ZInsO 2003, 873.
- Gitter, Wolfgang: Gebrauchsüberlassungsverträge, Hdb. des Schuldrechts, Band 7, Tübingen, 1988.
- Gogger, Martin: Insolvenzrecht, 2. Auflage, München, 2006.
- Goldmann, Bettina/ Redecke, Rebecca: Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: MMR 2002, 3.
- Götting, Horst-Peter/ Schertz, Christian/ Seitz, Walter (Hrsg.): Handbuch des Persönlichkeitsrechts, München, 2008.
- Götting, Horst-Peter: Die Vererblichkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – ein Meilenstein in der Rechtsprechung des BGH, in: NJW 2001, 585.
- Götting, Horst-Peter: Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, München, 2010.
- Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen, 1995.

- Sanktionen bei Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts, in: GRUR 2004, 801.
- Gottwald, Peter: Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, München, 2010.
- Graef, Ralph Oliver: Insolvenz des Lizenzgebers und Wahlrecht des Insolvenzverwalters - Lösungsansätze aus der Praxis, in: ZUM 2006, 104.
- Gravenbrucher Kreis: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom März 2012, abrufbar unter: [http://www.gravenbrucherkreis.de/uploads/media/Stellungnahme\\_GK\\_\\_\\_108a\\_InsO-E.pdf](http://www.gravenbrucherkreis.de/uploads/media/Stellungnahme_GK___108a_InsO-E.pdf).
- Groß, Michael: Der Lizenzvertrag, 10. Auflage, Frankfurt am Main, 2011.
- Grüzmacher, Malte: Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht?, in: CR 2006, 289.
- Haberstumpf, Helmut: Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, Neuwied und andere, 2000.
- Verfügungen über urheberrechtliche Nutzungsrechte im Verlagsrecht, in: FS für Hubmann, 1985, S. 127.
- Häcker, Robert: Verwertungs- und Benutzungsbefugnis des Insolvenzverwalters für sicherungsübertragene gewerbliche Schutzrechte, in: ZIP 2001, 995.
- Haedicke, Maximilian: Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, Tübingen, 2003.
- Hanloser, Stefan: Die „Domain-Pfändung“ in der aktuellen Diskussion, in: CR 2001, 456.
- Hartig, Helge: Die Domain als Verfügungsgegenstand, Göttingen, 2005, zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2005.
- Hartmann, Matthias/ Kloos, Bernhard: Die Domain-Pfändung in der aktuellen Diskussion, in: CR 2001, 469.
- Häsemeyer, Ludwig: Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln und weitere, 2007.
- Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.): Münchner Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 4. Auflage, München, 2012.
- Hauck, Ronny: Patentreizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: GRUR-Prax 2013, 437.
- Hausmann, Rainer: Insolvenzklauseln und Rechtfertfall nach der neuen Insolvenzordnung, in: ZUM 1999, 914.
- Heidenhain, Annemarie/ Reus, Katharina: Möglichkeiten der vertraglichen Bindung von Unterlizenzen an den Bestand der Hauptlizenz, in: CR 2013, 273.
- Heim, Sebastian: Lizenzverträge in der Insolvenz - Anmerkungen zu § 108a InsO-E, in: NZI 2008, 338.



- Helle, Jürgen: Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht: das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes, Tübingen, 1991.
- Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, in: AfP 1985, 93.
- Henckel, Wolfram /Gerhardt, Walter (Hrsg.): Jaeger, Insolvenzordnung, 1. Band, §§ 1–55, 1. Auflage, Berlin, 2004.
- Henn, Günter: Patent- und Know-how-Lizenzvertrag: Handbuch für die Praxis, 5. Auflage, Heidelberg, 2003.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/ Rüßmann, Helmut/ Weth, Stephan (Hrsg.): juris Praxiskommentar BGB, Allgemeiner Teil, Band 1, Saarbrücken, 6. Auflage, 2012.
- Herbst, Reimer: Die rechtliche Ausgestaltung der Lizenz und ihre Einordnung in das System des Bürgerlichen Rechts, Göttingen, 1968, zugl. Göttingen, Univ., Diss., 1968.
- Hertin, Paul W.: Urheberrecht, 2. Auflage, München, 2008.
- Hess, Harald/ Weis, Michaela/ Wienberg, Rüdiger: Insolvenzordnung, Band 1, 2. Auflage, Heidelberg, 2001.
- Hess, Harald: Insolvenzrecht, Band II: Kommentar §§ 113 – 359 InsO, 2. Auflage, Heidelberg, 2013.
- Heussen, Benno: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -, in: GRUR 1987, 779.
- Heydn, Truiken J.: Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht – Eine grundsätzliche Betrachtung, in: CR 2010, 765.
- Hiestand, Martin: Die Anknüpfung internationaler Lizenzverträge, Frankfurt am Main, 1993.
- Hilty, Reto M.: Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft. Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software in: MMR 2003, 3.
- Lizenzvertragsrecht, Bern, 2001.
- Hirte, Heribert/ Knof, Bela: Wem „gehört“ die Lizenz? – Plädoyer für eine Dekonstruktion des Haftungsrechts in der Insolvenz, in: JZ 2011, 889.
- Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich: Handbuch Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: 38. Ergänzungslieferung, Stand: 03/2014, München.
- Hoffmann, Thomas: Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, in: ZInsO 2003, 732.
- Hölder, Niels/ Schmoll, Andrea: Patentlizenz- und Know-how-Verträge in der Insolvenz - Teil II: Insolvenz des Lizenzgebers, in: GRUR 2004, 830.

- Holzer, Johannes: Die Arbeiten der UNCITRAL zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, in: NZI 2014, 337.
- Hombrecher, Lars: Die vertragliche Absicherung des Markenlizenznehmers gegen eine Insolvenz des Lizenzgebers, in: WRP 2006, 219.
- Domains als Vermögenswerte – Rechtliche Aspekte des Kaufs, der Lizenzierung, der Beleihung und der Zwangsvollstreckung, in: MMR 2005, 647.
- Hubmann, Heinrich: Die Zwangsvollstreckung in Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte, in: FS für Lehmann II. Band, 1956, 812.
- Urheber- und Verlagsrecht, 8. Auflage, München, 1995.
- Ingerl, Reinhard/ Rohnke, Christian: Markengesetz, 3. Auflage, München, 2010.
- Jaeger, Ernst/ Henckel, Wolfram: Jaeger, Konkursordnung, 9. Auflage, Berlin, 1997.
- Jänich, Volker: Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen, 2002.
- Jestaedt, Bernhard: Patentrecht, ein fallbezogenes Lehrbuch, 2. Auflage, Köln, 2008.
- Jungel, Hans Albrecht: Der Lizenzvertrag, Bottrop, 1937: Kazemi, Robert/ Leopold, Anders: Die Internetdomain im Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG, in: MMR 2004, 287.
- Kilian, Wolfgang/ Heussen, Benno: Computerrechts-Handbuch, Loseblattsammlung, 32. Ergänzungslieferung, 2013, München.
- Kirchof, H. P./ Lwowski, H.-J./ Stürner, Rolf (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, München, 2013.
- Klauer, Georg/ Möhring, Phillip: Patentrechtskommentar, 4. Auflage, München, 2012.
- Klauze, Andreas: Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, Köln und weitere, 2006, zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2005.
- Kläver, Magdalene: Vermögensrechtliche Aspekte des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: ZUM 2002, 205.
- Klawitter, Christian: Fortgeltung der Unterlizenz nach Wegfall der Hauptlizenz, in: GRUR-Prax 2012, 425.
- Kleespies, Mathias: Die Domain als selbstständiger Vermögensgegenstand in der Einzelzwangsvollstreckung, in: GRUR 2002, 764.
- Klüber, Rüdiger: Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, Tübingen, 2007, zugl.: Rostock, Univ., Diss., 2006.
- Knap, Karel: Der Lizenzvertrag als ein besonderer Vertragstypus, in: GRUR Int. 1973, 226.
- Koehler, Philipp/ Ludwig, Daniel: Die Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz, in: NZI 2007, 79.

- Kohler, Josef: Hdb. des deutschen Patentrechts, Mannheim, 1900.
- Koos, Stefan: Die Domain als Vermögensgegenstand zwischen Sache und Immaterialgut – Begründung und Konsequenzen einer Absolutheit des Rechts an der Domain, in: MMR 2004, 359.
- Kraßer, Rudolf/ Schmid, Hans-Dieter: Der Lizenzvertrag über technische Schutzrechte aus der Sicht des deutschen Zivilrechts, in: GRUR Int. 1982, 324.
- Kraßer, Rudolf: Grundlagen des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäftsgeheimnissen und Betriebsgeheimnissen sowie von Know-how, in: GRUR 1977, 177.
- Patentrecht, 6. Auflage, München, 2009.
- Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht, in: GRUR Int. 1973, 230.
- Krause, Ernst: Der urheberrechtliche Lizenzvertrag, Borna-Leipzig, 1938.
- Kreft, Gerhart: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Auflage, Heidelberg, 2014.
- Kübler, Bruno/ Prütting, Hanns/ Bork, Reinhard: Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, 58. Ergänzungslieferung, 04/2014, Köln.
- Kuhn, Georg/ Uhlenbruck, Wilhelm: Konkursordnung, 11. Auflage, München, 1994.
- Kummer, Joachim: Zum Interessenausgleich zwischen Insolvenzverwalter und Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: GRUR 2009, 293.
- Lange, Paul: Marken- und Kennzeichenrecht, München, 2. Auflage 2012.
- Larenz, Karl/ Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 10. Auflage, München, 2012.
- Larenz, Karl: Kennzeichen geglückter Rechtsfortbildungen, Karlsruhe, 1965.
- Lehmann, Michael: Das neue Software-Vertragsrecht - Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, in: NJW 1993, 1822.
- Neuer Titelschutz von Software im Markengesetz, in: CR 1995, 129.
- Leonhardt, Peter/ Smid, Stefan/ Zeuner, Mark (Hrsg.): Insolvenzordnung, 3. Auflage, Stuttgart, 2010.
- Lindenmaier, Stefan: Die Haftung des Patentinhabers bei Veräußerung des Patents und Lizenzbestellung, in: GRUR 1955, 507.
- Loewenheim, Ulrich: Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage München, 2010.
- Lüdecke, Wolfgang/ Fischer, Ernst: Lizenzverträge, Weinheim, 1957.
- Lüdecke, Wolfgang: Die Ausübungspflicht des Lizenznehmers, in: GRUR 1952, 211.
- Zur rechtlichen Natur der Lizenz, in: NJW 1966, 815.

- Malitz, Michael/ Coumont, Nina: Lizenzketten in der Insolvenz des Urhebers unter Berücksichtigung von BGH „Reifen Progressiv“, in: *InsVZ* 2010, 83.
- Marly, Jochen: *Praxishandbuch Softwarerecht*, 6. Auflage, München, 2014.
- Marotze, Wolfgang: Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, in: *JZ* 1995, 803.
- Das M2Trade-Urteil des BGH v. 19.07.2012 (ZInsO 2012, 1611): ein Stolperstein auf dem Weg zur gesetzlichen Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, in: *ZInsO* 2012, 1737.
- *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, 3. Auflage, Neuwied, 2001.
- Martinek, Michael/ Semler, Franz-Jörg/ Habermeier, Stefan/ Flohr, Eckhard (Hrsg.): *Hdb. des Vertriebsrechts*, 3. Auflage, München 2010.
- McGuire, Mary-Rose/ Kunzmann, Jens: Sukzessionsschutz und Fortbestand der Unterlizenz nach „M2Trade“ und Take Five“ – ein Lösungsvorschlag, in: *GRUR* 2014, 28.
- McGuire, Mary-Rose/ v. Zumbusch, Joachim: Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums (Übertragung und Lizenzen) und dritte Parteien (Q 190), in: *GRUR Int.* 2006, 682
- McGuire, Mary-Rose: *Die Lizenz – eine Einordnung in die Systemzusammenhänge des BGB und des Zivilprozessrechts*, Tübingen, 2012, zugl.: Osnabrück, Univ., *Habil.-Schr.*, 2009-2010.
- Lizenzen in der Insolvenz, in: *GRUR* 2012, 657.
- Nutzungsrechte an Computerprogrammen in der Insolvenz, in: *GRUR* 2009, 13.
- Medicus, Dieter/ Petersen, Jens: *Bürgerliches Recht*, 24. Auflage, München, 2013.
- Merkel, Joachim: *Der Begriff des Immaterialgüterrechts*, 1961, zugl.: Erlangen-Nürnberg, Univ., *Diss.*, 1961.
- Mes, Peter: *Patentgesetz*, 3. Auflage, München, 2011.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/ Schulze, Erich: *Kommentar zum deutschen Urheberrecht*, Loseblattsammlung, 55. Ergänzungslieferung, September 2011, Frankfurt am Main.
- Meyer van Raay, Oliver: Der Fortbestand von Unterlizenzen bei Erlöschen der Hauptlizenz – Auswirkungen der BGH-Entscheidungen Take Five und M2Trade auf die Gestaltung von Lizenzverträgen, in: *NJW* 2012, 3691.
- Michael, König: Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung, in: *NJW* 1990, 1584.
- Mitlehner, Stephan: § 108a InsO RegE – Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen kraft Gesetzes?, in: *ZIP* 2008, 450.
- Mock, Sebastian: Was Lizenzverträge im Insolvenzverfahren mit engagierten Müttern, Studienkrediten und Abtreibungen verbindet, in: *ZInsO* 2007, 1121.

- Möhring, Phillip/ Nicolini, Käte: Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München 2000.
- Nerlich, Jörg/ Römermann, Volker (Hrsg.): Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, Stand: 25. Ergänzungslieferung, 07/2013, München.
- Nirk, Rudolf/ Ullmann, Eike: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Band I: Patent-, Gebrauchsmuster- und Sortenschutzrecht, 2. Auflage, Heidelberg, 1999.
- Nirk, Rudolf: Die Einordnung der Gewährleistungsansprüche und Leistungsstörungen bei Verträgen über Patente in das Bürgerliche Gesetzbuch, in: GRUR 1970, 329.
- Nolden, Christoph: Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr, Göttingen, 2005.
- Nordemann, Wilhelm: Heimfallrecht und Rechtsverzicht im Urheberrecht, in: GRUR 1969, 127.
- Die Rechtsstellung des Lizenznehmers bei vorzeitiger Beendigung des Hauptvertrags im Urheberrecht, in: GRUR 1970, 174.
- Obermüller, Manfred/ Hess, Harald: Insolvenzordnung, 4. Auflage, Heidelberg, 2003.
- Oeter, Stefan/ Ruttig, Markus: Filmrechteverwertung in der Insolvenz: ZUM 2003, 611.
- Ohly, Ansgar: „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen, 2002.
- Gibt es einen Numerus Clausus der Immaterialgüterrechte, in: FS für Schricker, 2005, 105.
- Osterrieth, Christian: Patentrecht, 4. Auflage, München, 2010.
- Pagenberg, Jochen/ Beier, Dietrich: Lizenzverträge/License Agreements, 6. Auflage, Köln und weitere, 2008.
- Pahlow, Louis: Das einfache Nutzungsrecht als schuldrechtliche Lizenz, in: ZUM 2008, 865.
- Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen, 2006, zugl.: Bayreuth, Univ., Habil.-Schr., 2005.
- Lizenz und Lizenzvertrag in der Insolvenz, in: WM 2008, 2041.
- Von Müttern, Töchtern und Enkeln – Zu Rechtscharakter und Wirkung des urhebervertraglichen Rückrufs, in: GRUR 2010, 112.
- Palandt, Otto (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, München 2014.
- Pape, Gerhard/ Uhlenbruck, Wilhelm/ Voigt-Salus, Joachim: Insolvenzrecht, 2. Auflage, München, 2010.
- Paulus, Christoph: Software in Vollstreckung und Insolvenz, in: ZIP 1996, 2.

- Paulus, Gotthard: US-amerikanisches Konkursrecht im Bereich des Computerrechts, in: CR 1990, 1.
- Pawlitschko, Klaus: Domain-Sharing-Vertrag – Ein neuer Lösungsweg bei Domain-Streitigkeiten, in: ITRB 2002, 71.
- Peifer, Karl-Nikolaus: Eigenheit oder Eigentum – Was schützt das Persönlichkeitsrecht?, in: GRUR 2002, 495.
- Individualität im Zivilrecht, Tübingen, 2001.
- Peukert, Alexander: Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?, in: ZUM 2000, 710.
- Pfaff, Dieter/ Osterrieth, Christian, (Hrsg.): Lizenzverträge – Formularcommentar, 3. Auflage, München, 2010.
- Pfister, Bernhard: Das technische Geheimnis – Know how als Vermögensrecht, München, 1974.
- Picot, Henriette: Abstraktion und Kausalabhängigkeit im deutschen Immaterialgüterrecht, Baden-Baden, 2007, zugl.: Dresden, Techn. Univ., Diss., 2006.
- Pietzcker, Eduard: Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutzgesetz, Halbbd. 1, Berlin, 1929.
- Pietzko, Joachim: Die Werbung mit dem Doppelgänger eines Prominenten, in: AfP 1988 209.
- Plath, Kai-Uwe: Nießbrauch an Software - Ein Konzept zur Lösung des Insolvenzproblems?, in: CR 2005, 613.
- Pleister, Christian/ Wündisch Sebastian: Lizenzen in der Insolvenz – eine unendliche Geschichte, in: ZIP 2012, 1792.
- Plessner, Markus: Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: FS für Raue, 2006, 611.
- Pöggeler, Wolfgang: Die sicherungsübereignete oder vertraglich verpfändete Marke in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in: WRP 2002, 1241.
- Die Werbung mit Persönlichkeiten und Figuren (Merchandising) nach schweizerischer Praxis, in: FS für Blum, 1978, 181.
- Pres, Andreas: Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, in: CR 1994, 520.
- Raeschke-Kessler, Hilmar/ Christopeit, Joachim/ Redeker, Helmut: Sukzessionschutz für Lizenzketten (UrhG), in: ZIP 2013, 345.
- Rasch, Harold: Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin, 1933.
- Reber, Nikolaus: Marlene Dietrich – Eine Prozessgeschichte zu den ideellen und kommerziellen Bestandteilen des (postmortalen) Persönlichkeitsrechts, in: ZUM 2004, 708.

- Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4., 5. und 6. Auflage, München, 2000, 2006 und 2012.
- Redeker, Helmut: IT-Recht, 5. Auflage, München, 2012.
- Rehbinder, Manfred: Urheberrecht, 16. Auflage, München 2010.
- Reimer, Eduard: Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Auflage, Köln, 1968.
- Reinhard, Tim/ Lober, Andreas: The show must go on: Lizenzverträge in der Insolvenz, in: K&R 2003, 126 – 130.
- Rendtorff, Wulf: Der beiderseitig nicht vollständig erfüllte Vertrag in der Insolvenz (§ 17 KO und §§ 103, 105 sowie 107 InsO), 2004, Berlin, zugl.: Kiel, Univ., Rechtswiss. Fak., Diss, 2002/03.
- RGRK-BGB: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Kommentar, 12. Auflage, Berlin, 2001.
- Rieken, Christoph/ Conraths, Timo: Insolvenzfeste Gestaltung von Lizenzen nach M2Trade/Take Five, in: MarkenR 2013, 63.
- Rojahn, Sabine: Das geheime Know-how: Wie geheim darf/muss das Zivilverfahren sein?, in: FS für Loewenheim, 2009, 251.
- Rüthers, Bernd/ Fischer, Christian: Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Auflage, München, 2010.
- Schack, Haimo: Besprechung von Horst Peter Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995, in: AcP 195 (1995), 594.
- Schack, Haimo: Urheber- und Urhebertvertragsrecht, Tübingen, 6. Auflage, 2013.  
— Zur Frage, ob bei postmortaler Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Schadensersatzanspruch des Erben in Betracht kommt, in: JZ 2000, 1060.
- Schade, Peter: Die Ausübungspflicht bei Lizenzen, Köln, 1967.
- Scherenberg, Oliver: Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach §103 Abs. 1 InsO, Berlin, 2005, Zugl.: Dresden, Techn. Univ., Diss., 2005.
- Schertz, Christian: Der Merchandisingvertrag, in: ZUM 2003, 631.  
— Merchandising: Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, München, 1997.
- Schleich, Thorsten/ Götz, Florian: Gesetzesentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung - Zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen, in: DZWIR 2008, 58.
- Schmid, Gregor/ Kampshoff, Matthias: Lizenzen in der Insolvenz - (Wie) kann sich der Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers absichern?, in: GRUR-Prax 2009, 50.

- Schmid, Gregor/ Lieder, Solveig: Das Schicksal urheberrechtlicher Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers - Auswirkungen des § 103 InsO, in: DZWIR 2005, 7.
- Schmid, Gregor: Insolvenzfestigkeit von Lizenzen: Neuer Referentenentwurf für die Zweite Stufe der Insolvenzrechtsreform, in: GRUR-Prax 2012, 75.
- Schmid-Burgk, Klaus/ Ditz, Jan- Christian: Die Refinanzierung beim Leasing nach der Insolvenzrechtsreform, in: ZIP 1996, 1123.
- Schmidt, Andreas (Hrsg.): Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage, Köln, 2012.
- Schmoll, Andrea/ Hölder, Niels: Patentreferenz- und Know-how-Verträge in der Insolvenz - Teil I: Insolvenz des Lizenznehmers, in: GRUR 2004, 743.
- Schneider, Jörg: Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, München, 1988.
- Scholz, Jochen: Zum Fortbestand abgeleiteter Nutzungsrechte nach Wegfall der Hauptlizenz – zugleich Anmerkung zu BGH „Reifen Progressiv“, in: GRUR 2009, 1107.
- Scholz, Matthias/ Haines, Alexander: Hardwarebezogene Verwendungsbeschränkungen in Standardverträgen zur Überlassung von Software, in: CR 2003, 393.
- Schönherr, Fritz: Zur Begriffsbildung im Immaterialgüterrecht, in: FS für Troller, 1976, 57.
- Schricker, Gerhard/ Loewenheim, Ulrich (Hrsg.): Urheberrecht, 4. Auflage, München, 2010.
- Schricker, Gerhard: Der Schutz des Werktitels im neuen Kennzeichenrecht, in: FS für Vierregge, 1995, 775.
- Die Einwilligung des Urhebers in entstellende Änderungen des Werks, in: FS für Hubmann, 1985, S. 409.
- Schricker, Gerhard: Verlagsrecht, 3. Auflage, München, 2001.
- Schulte, Rainer: Patentgesetz, 9. Auflage, Köln, 2014.
- Schwarz, Mathias/ Klingner, Norbert: Rechtsfolgen der Beendigung von Filmlicenzverträgen – zugleich Erwiderung auf Wente/ Härle, GRUR 1997, 96 ff., in: GRUR 1998, 103.
- Schwarz, Mathias/ Klingner, Norbert: Rechtsfolgen der Beendigung von Filmlicenzverträgen, in: GRUR 1998, 103.
- Schwerdtner, Peter: Das patentrechtliche Nichtigkeitsurteil und seine zivilprozessualen und zivilrechtlichen Auswirkungen, in: GRUR 1968, 9.
- Seemann, Bruno: Prominenz als Eigentum, Baden-Baden, 1996, zugl.: Zürich, Univ., Diss., 1996.



- Seemann, Tammo: Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, Oldenburg, 2002, zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 2002.
- Setzen, Uwe: Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, 1969, Göttingen, zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1966.
- Siebert, W. (Hrsg.): Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, Stuttgart, 2012.
- Slopek, David E. F.: § 108a InsO RegE und die Büchse der Pandora, in: ZInsO 2008, 1118.
- Die Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers – Endlich Rettung in Sicht?, in: WRP 2010, 616.
- Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers: Der neue § 108a InsO-E, in: GRUR 2009, 128.
- Smid, Stefan/ Lieder, Solveig: Das Schicksal urheberrechtlicher Lizenzen in der Insolvenz des -Lizenzgebers - Auswirkungen des § 103 InsO, in: DZWIR 2005, 7.
- Sosnitzer, Olaf: Gedanken zur Rechtsnatur der ausschließlichen Lizenz, in: FS für Schricker, 2005, S. 183.
- Spindler, Gerald: Lizenzierung nach M2Trade, Take five und Reifen Progressiv, in: CR 2014, 557.
- Spindler, Gerald/ Klöhn, Lars: Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce, in: CR 2003, 81.
- Spindler, Gerald/ Schuster, Fabian (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, München, 2011.
- Spindler, Gerald: Die Entwicklung des EDV-Rechts 2007/2008, in: K & R 2008, 565.
- Srocke, Marc-Oliver: Das Abstraktionsprinzip im Urheberrecht, in: GRUR 2008, 867.
- Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Bearbeitung § 12, 1995; 14. Bearbeitung § 1.
- Stickelbrock, Barbara: Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz - von der Vollstreckung nach §§ 112 ff. UrhG bis zum Kündigungsverbot des § 112 InsO, in: WM 2004, 549.
- Stöckel, Oliver/ Brandi-Dohrn, Anselm: Der dingliche Charakter von Lizenzen, in: CR 2011, 553.
- Ströbele, Paul: Markengesetz, 10. Auflage, Köln, 2012.
- Stürmer, Rolf: Der Abschied von der „klassenlosen“ Insolvenz, in: NZI 2005, 597.
- Tetzner, Heinrich: Das materielle Patentrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt, 1972.

- Trimborn, Michael: Ist nach „Reifen Progressiv“, „Take Five“ und „M2Trade“ eine gesetzliche Regelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen obsolet geworden?, in: MarkenR 2012, 460.
- Trips-Hebert, Roman: Lizenzen in der Insolvenz - die deutsche Insolvenzordnung als Bremsklotz, in: ZRP 2007, 225.
- Uhlenbruck, Wilhelm: Insolvenzordnung, 13. Auflage, München, 2010.
- Ullmann, Eike: Persönlichkeitsrechte in Lizenz?, in: AfP 199, 209.
- Ullrich, Hanns/ Lejeune, Mathias: Der internationale Softwarevertrag nach deutschem und ausländischem Recht, 2. Auflage, Frankfurt, 2006.
- Ullrich, Hanns: Die wettbewerbspolitische Behandlung gewerblicher Schutzrechte in der EWG, in: GRUR Int. 1984, 89.
- Ulmer, Eugen: Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin und weitere, 1980.
- v. Bar, Christian: „Nachwirkende“ Vertragspflichten, in: AcP 179 (1979), 452.
- v. Caemmerer, Ernst: Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: FS für Rabel I, Tübingen, 1954, S. 333.
- v. Frenzt, Wolfgang/ Masch, Christian L.: Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers nach den Entscheidungen Reifen Progressiv, Vorschaubilder, M2Trade und Take Five des Bundesgerichtshofs – insolvenzfester Fortbestand der Lizenzen, in: ZUM 2012, 886.
- v. Gamm, Otto F.: Urheberrechtsgesetz, Köln, 1968.
- v. Hartlieb, Holger: Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Auflage, München, 2011.
- v. Thur, Andreas: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band II, 1914, Goldbach, 1997.
- Verweyen, Urs/ Tacke, Clara: Insolvenzfeste Ausgestaltung von Software- und anderen Lizenzverträgen, in: K&R 2009, 87.
- Verweyen, Urs: Update: Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: K&R 2012, 563.
- Viefhues, Martin: Anmerkung zum Beschluss des LG Essen vom 22. 9. 1999 - 11 T 370/99 – Pfändung von Domain Names, in: MMR 2000, 286.
- Domain-Name-Sharing, in: MMR 2000, 334.
- Wallner, Jürgen: Die Insolvenz des Urhebers – unter besonderer Berücksichtigung der Verträge zur Überlassung von Software, Berlin, 2002, zugl.: Dresden, Univ., Diss., 2001.
- Insolvenzfeste Nutzungsrechte und Lizenzen an Software, in: NZI 2002, 70.
- Softwarelizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, in: ZIP 2004, 2073.
- Wandtke, Artur-Axel/ Bullinger, Winfried: Urheberrecht, 3. Auflage, München, 2009.

- Weber, Christian/ Hötzel, Gerrit: Das Schicksal der Softwarelizenz in der Lizenzkette bei Insolvenz des Lizenznehmers, in: NZI 2011, 432.
- Wegener, Burghard: § 108a InsO zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen - Zuviel des Guten?, in: ZinsO 2008, 352.
- Weinmann, Conrad: Rechtsnatur der Lizenz, Bern, 1996, Zugl.: Zürich, Univ., Diss.
- Wente, Jürgen K./ Härle, Phillip: Rechtsfolgen einer außerordentlichen Vertragsbeendigung auf die Verfügungen in einer „Rechtekette“ im Filmlizenzgeschäft und ihre Konsequenzen für die Vertragsgestaltung – Zum Abstraktionsprinzip im Urheberrecht –, in: GRUR 1997, 96.
- Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Erman, Bürgerliches Gesetzbuch Band 1 und Band 2, 13. Auflage, Köln, 2011.
- Wiedemann, Markus: Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, Köln, 2006.
- Wimmer, Klaus (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Auflage, München, 2011.
- Neue Reformbewegungen zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, in: ZIP 2012, 545.
- Wrobel-Sachs, Hildegard: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Münster, 2009.
- Wündisch, Sebastian/ Bauer, Stephan: Patent-Cross-Lizenzverträge – Terra incognita?, in: GRUR Int 2010, 641.

Neben der Diskussion um die im Ergebnis gescheiterten Reformvorhaben zur insolvenzfesten Ausgestaltung von Lizenzverträgen (§ 108a InsO-E 2007 und § 108a InsO-E 2012) sind in den Jahren 2009 bis 2012 einige höchstrichterliche und instanzgerichtliche Entscheidungen ergangen, die Ausstrahlungswirkung auf die Beurteilung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen haben könnten. Allen voran sind hier die Entscheidungen des BGH „Reifen Progressiv“ (BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 153/06 – Reifen Progressiv) und „M2Tradé“ (BGH, Urt. v. 19.7.2012 – I ZR 70/10) zu nennen. Ob diese Entscheidungen tatsächlich die in der Literatur propagierten schillernden Auswirkungen auf die Problematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen für die in der Praxis wichtige Situation der Insolvenz des Lizenzgebers zukommen, mithin der gesetzgeberische Handlungsbedarf obsolet geworden ist, beleuchtet die vorliegende Arbeit. Zuvor erfolgt eine Bestandsaufnahme zu der Frage der Insolvenzfestigkeit aufgrund der dinglichen Rechtsnatur der Lizenz und zu der Möglichkeit, die Insolvenzfestigkeit der Lizenz aufgrund Vertragsgestaltung zu erreichen.