

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

2
K&R

- Editorial: Das neue BKA-Gesetz – mehr Sicherheit oder Aushöhlung von Freiheitsrechten?
Prof. Dr. Rainer Erd
- 73 Telekommunikationsrecht: Rechtsprechungsbericht 2008
Dr. Grace Nacimientto
- 81 Aktuelle Entwicklungen im Steuer- und Informationstechnologierecht 2008
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann
- 87 Insolvenzfeste Ausgestaltung von Software- und anderen Lizenzverträgen
Dr. Urs Verweyen und Clara Tacke
- 91 Televoting- und Gewinnspiel-Call-In-Shows zwischen Teleshopping und redaktionellem Programm
Dr. Stefan Bolay
- 96 Gesetzliche Anforderungen an das ersetzende Scannen von Papierdokumenten
Dr. Silke Jandt und Daniel Wilke
- 110 BGH: Weiterverkauf von Eintrittskarten vertraglich eingeschränkt – bundesligakarten.de mit Kommentar von *Dr. André Soldner* und *Dr. Sebastian Janka*
- 130 LG Berlin: Buchhändler haftet nicht für Urheberrechtsverletzung des Autors mit Kommentar von *Dr. Stefan Söder*
- 138 VG Köln: Zur Berechnung von TAL-Entgelten mit Kommentar von *Dr. Frederic Ufer*

12. Jahrgang

Februar 2009

Seiten 73–144

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

RA Dr. Urs Verweyen, LL.M., Berlin, und Ref. jur. Clara Tacke, München*

Insolvenzfeste Ausgestaltung von Software- und anderen Lizenzverträgen

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Auswirkungen, die eine Insolvenz des Lizenzgebers auf den Lizenznehmer haben kann im Hinblick auf die weitere Nutzung der lizenzierten Rechte und stellt unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung und Gesetzesentwicklung verschiedene Lösungsansätze dar.

I. Einleitung

Die Auswirkungen einer Insolvenz des Lizenzgebers auf das Unternehmen eines Lizenznehmers könnten gravierender kaum sein: sofern der Insolvenzverwalter der Schuldnerin im Interesse der Masse-Maximierung gemäß § 103 InsO die Weitererfüllung der entsprechenden Lizenzverträge ablehnt, verliert der Lizenznehmer seine Unternehmensgrundlagen: betriebswichtige Softwarelizenzen, Patente, das Recht zur Nutzung „seiner“ im Markt eingeführten und entsprechend wertvollen Marken und (urheberrechtlich geschützten) Markenlogos, u.a.m.¹ Die lange bekannte Problematik wurde und wird in der insolvenzrechtlichen Literatur² und von den Vertretern des gewerblichen Rechtsschutzes³ ausführlich diskutiert. (Zu) wenig Beachtung fand bei Letzteren bisher aber die Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH vom 17.11.2005⁴, die der Beratungspraxis bis auf weiteres die „Patentlösung“ aufzeigt⁵. Auch führende Vertragshandbücher und die Branchenverbände behandeln diese Entscheidung stiefmütterlich⁶. Einen weiteren, allerdings mit erheblichen praktischen Einschränkungen verbundenen Lösungsweg deuten verschiedene landgerichtliche Urteile an, die ebenfalls unzureichend beachtet wurden.

II. Problemaufriss

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Lizenzgebers, bspw. dem Hersteller eine individuellen Softwarelösung oder einem forschenden und patentierenden Unternehmen, hat der Insolvenzverwalter nach § 103 Abs. 1 InsO das unabdingbare (§ 119 InsO) Wahlrecht, ob er Dauerschuldverhältnisse, die beidseitig noch nicht voll erfüllt sind, weiterführen und also erfüllen will, oder ob er derartige Verträge beendet. Verträge, die neben mannigfaltigen Nebenpflichten die Einräumung eines Nutzungsrechts (einer Lizenz) bspw. an einem Computerprogramm zum Hauptzweck haben, stellen nach ganz h.M. derartige Dauerschuldverhältnisse dar⁷, insb. wenn als Gegenleistung für die Lizenz eine regelmäßige Zahlung geschuldet ist. Weitere typischerweise in Lizenzverträgen anzutreffende Nebenpflichten wie das Namensnennungsrecht (vgl. etwa § 13 Abs. 2 UrhG) und, etwa im Softwarebereich, sog. „Service Level Agreements“ mit umfassenden, dauerhaften und entgeltlichen Weiterentwicklungs- und Wartungspflichten tragen ebenfalls zum Dauerschuldcharakter typischer Lizenzverträge bei.

Der Insolvenzverwalter, allein geleitet von den Gläubigerinteressen, hat zu entscheiden, was zu einer Maximierung der Insolvenzmasse führt: die weitere Erfüllung der lizen-

vertraglichen Verpflichtungen unter Beibehaltung des Anspruchs auf die dann weiterhin zu leistenden Lizenzzahlungen oder die Beendigung des Vertrags unter Rückfall des Nutzungsrechts⁸ und ggf. dessen Neuvergabe zu besseren Konditionen. Lehnt der Insolvenzverwalter in Ausübung dieses Wahlrechts die Erfüllung des Vertrages ab, gestaltet sich das Vertragsverhältnis um und dem Lizenznehmer steht nur noch ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu. Die Neuvergabe der Lizenz erfolgt hingegen u. U. an einen neuen Lizenznehmer, ggf. sogar an einen direkten Wettbewerber des vormaligen Lizenznehmers. Dieser jedenfalls verliert seine Unternehmensgrundlage und sieht sich zudem, sofern er Unterlizenzen an dem Schutzrecht erteilt hat, Schadenersatzansprüchen seiner Lizenznehmer ausgesetzt⁹. Seine eigenen Schadenersatzansprüche (vgl. § 103 Abs. 2 InsO) sind hingegen regelmäßig wertlos; es handelt sich um einfache Insolvenzforderungen, die meist nur mit einer geringen Quote bedient werden.

III. Lösungsansätze

1. § 108 a InsO-RegE und § 108 InsO analog

Die Problematik ist lange bekannt¹⁰. Entsprechend kurzseit bereits seit einiger Zeit § 108 a InsO-RegE als Re-

* Der Autor Verweyen ist Rechtsanwalt in der HERTIN Anwaltssozietät, Berlin. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

- 1 Eindrücklich *Trips-Herbert*, ZRP 2007, 225, 226; vgl. *Berger*, GRUR 2004, 20; *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 291; *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 690.
- 2 Vgl. etwa *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290 ff.; *Berger*, NZI 2006, 380 ff.; *Bärenz*, EWIR 2006, 119 f.; *Hombrecher*, WRP 2006, 219 ff.; *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79 ff.; *Trips-Herbert*, ZRP 2007, 225 ff.; *Mitlehner*, ZIP 2008, 450; *Graf-Schlicker/Kexel*, ZIP 2007, 1833 ff.; *Huber*, in: *MüKo-InsO*, 2. Aufl. 2008, § 103 Rn. 76, § 119 Rn. 26 ff.
- 3 Vgl. *Berger*, GRUR 2004, 20 ff.; *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830 ff.; *Graef*, ZUM 2006, 104 ff.; *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682 ff.
- 4 BGH, Urt. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915 ff. Diese Entscheidung wird von den Vorgenannten (Fn. 3) (noch) nicht diskutiert, mit Ausnahmen von *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 694, die kurz darauf eingehen. Auch die Kommentierungen im gewerblichen Rechtsschutz behandeln diese Entscheidung und die zu Grunde liegende Problematik kaum.
- 5 Ebenso *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 294 („Art Muster-Klausel“); *Spindler*, K&R 2007, 345, 350 („richtungsweisend“) und 351; *Berger*, NZI 2006, 380, 383, 383; vgl. *Bärenz*, EWIR 2006, 120.
- 6 Vgl. etwa *Münchener Vertragshandbuch*, 5. Aufl. 2002, Bd. 2/Wirtschaftsrecht 1, S. 1074 ff. *Programmerstellungsvertrag*; vgl. *BITKOM-Checkliste „Insolvenz von Geschäftspartnern“*, www.bitkom.de/publikationen/38336_32177.aspx (Stand: 10. 12. 2008).
- 7 BGH, Urt. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915; *Berger*, GRUR 2004, 20; *Spindler*, K&R 2007, 345, 351; *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 291, 292; *Bärenz*, EWIR 2006, 119; *Graf-Schlicker/Kexel*, ZIP 2007, 1833, 1837; *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 692; *Trips-Herbert*, ZRP 2007, 225, 226; *Huber*, in: *MüKo-InsO* (Fn. 2), § 103 Rn. 76. Vgl. *Berger*, NZI 2006, 380.
- 8 Vgl. *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl. 2008, Vor §§ 31 ff. Rn. 115; *Wandte/Bullinger*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 35 Rn. 7; *Spindler*, K&R 2007, 345, 351 m. w. N.; Vgl. *Berger*, NZI 2006, 380, 381 („Nichtgeltung des Abstraktionsprinzips“).
- 9 Vgl. *Trips-Herbert*, ZRP 2007, 225, 226; *Graef*, ZUM 2006, 104, 106; *Berger*, NZI 2006, 380, 381. Plastisch auch die Begründung zu § 108 a InsO-RegE, RegE, S. 56 ff.
- 10 Vgl. schon *Paulus*, ZIP 1996, 1 ff. zu den Auswirkungen der Insolvenzrechtsreform.

formvorschlag durch die Literatur und sieht sich der üblichen Kritik ausgesetzt¹¹. Im Kern jedoch wird diese Vorschrift, wenn sie denn in Kraft getreten ist, das Problem im Wesentlichen lösen¹². Allerdings ist der Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens derzeit noch immer nicht absehbar¹³. Auch das passive Vertrauen auf eine analoge Anwendung des § 108 InsO, wonach bestimmte Miet- und Pachtverträge insolvenzfest sind, hilft zumindest in der Beratungspraxis nicht weiter. Die Befürworter dieses Ansatzes verweisen zu Recht auf die Pachtähnlichkeit von dauerschuldartigen Lizenzverträgen¹⁴. Die Gegner machen, ebenfalls zu Recht, das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke, die bekanntlich Voraussetzungen einer jeden Analogie ist, geltend. Denn schon im Gesetzgebungsverfahren wurde die Lizenzproblematik diskutiert, gerade auch im Zusammenhang mit § 108 InsO. Bewusst entschied man sich für einen engen Anwendungsbereich¹⁵.

2. Vertragliche Lösungsklauseln

In der insolvenzrechtlichen Literatur und Praxis wird, auch in anderem Zusammenhang, die Zulässigkeit und Wirksamkeit sog. Lösungsklauseln diskutiert. Es handelt sich dabei um Vertragsklauseln, die ausdrücklich an die Stellung des Insolvenzantrags, an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder an die Ausübung des Wahlrechts nach § 103 InsO anknüpfen und für diesen Fall der anderen Partei das Recht zur Lösung von dem Vertrag (Dauerschuldverhältnis) einräumen oder eine sonstige Rechtsfolge anordnen. Nach herrschender Meinung, die sich v.a. auf den klaren Wortlaut des § 119 InsO und die Gesetzgebungsgeschichte stützen kann, sind derartige Klauseln jedoch unzulässig und unwirksam¹⁶. Der BGH sah sich bisher nicht zu einem klärenden Wort gezwungen¹⁷. Die Beratungspraxis wird angesichts dessen kaum zu einer derartigen Vertragsgestaltung raten dürfen; das damit einhergehende Haftungsrisiko ist angesichts der möglicherweise fatalen und teuren Folgen schlicht zu groß.

3. Treuhandmodelle

Basierend auf der Entscheidung des BGH vom 12. 10. 1989¹⁸ wurden sodann insolvenzfeste sog. „Doppeltreuhandmodelle“ entwickelt¹⁹. Hier räumt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer neben der Lizenz als solcher ein Optionsrecht auf Erwerb eines „immerwährenden dinglichen Lizenzrechts“ ein. Dieses Recht wird einem unabhängigen Treuhänder übertragen, der es fiduziarisch hält. In der Insolvenz des Lizenzgebers übt der Lizenznehmer die Option aus. Lehnt der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ab, so sichert das treuhänderisch gehaltene Lizenzrecht den Schadensersatzanspruch des Lizenznehmers. Das relativ komplizierte Konstrukt greift allerdings zu kurz, da es dem Lizenznehmer für den Fall des Falles nur ein Absonderungsrecht verschafft, er also lediglich aus dem Verwertungserlös in Geld zu befriedigen ist. Aber auch wenn man von einem Verwertungsrecht nach § 173 InsO ausgehen würde²⁰, wäre damit nicht gesagt, dass der Lizenznehmer erneut zum Zuge kommt. Denn wenn ein anderer Interessent ein höheres Gebot für die zurückgefallenen Lizenz abgibt, dann ist das Recht nach dem Grundsatz der bestmöglichen Verwertung an diesen zu geben²¹.

4. Lizenzsicherungsnießbrauch

Als weitere Möglichkeit, den Lizenznehmer in der Insolvenz des Lizenzgebers zu schützen, wurde das Modell eines „Lizenzsicherungsnießbrauchs“ entwickelt²². Dabei

entsteht entgegen des Wortlauts der Nießbrauch nicht an der Lizenz selbst, sondern an dem der Lizenz zugrundeliegenden Immaterialgüterrecht²³. Aufgrund der dinglichen Wirkung des Nießbrauchs wird dem Lizenznehmer ein Aussonderungsrecht vermittelt, wogegen der Insolvenzverwalter machtlos ist: es steht ihm zwar nach § 103 Abs. 1 InsO zu, den Lizenzvertrag zu kündigen; dadurch wird der bestehende Nießbrauch jedoch nicht angetastet²⁴. Selbst bei Veräußerung des Schutzrechts bleibt der Nießbrauch bestehen und wirkt so auch gegenüber dem neuen Inhaber²⁵.

Damit läuft das nach § 103 Abs. 1 InsO unabdingbare (§ 119 InsO) Wahlrecht des Insolvenzverwalters regelmäßig leer, so dass die Nießbrauchskonstruktion teilweise wegen Verstoß gegen § 119 InsO abgelehnt wird²⁶. Zwar wird vorgebracht, dass das Wahlrecht nicht berührt werde, da es dem Insolvenzverwalter nach wie vor freistehe, den Lizenzvertrag zu kündigen²⁷. Jedoch wäre Folge einer Kündigung des Vertrages, dass keine Lizenzgebühren aus dem Vertrag mehr eingingen, die Nutzung des Rechts jedoch weiterhin geduldet werden müsste. Eine wirkliche Wahl hat der Insolvenzverwalter damit nicht. Eine Stellungnahme der Rechtsprechung zur Nießbrauchskonstruktion liegt gegenwärtig nicht vor. Aus der Entscheidung des BGH vom 17. 11. 2005 (Fn. 4) zur Insolvenzfestigkeit einer aufschiebend bedingten dinglichen Übertragung könnte man jedoch die Schlussfolgerung ziehen, dass es im Wesentlichen auf die vertragliche Ausgestaltung derartiger Konstruktionen ankommt²⁸. Praktisch stellt sich zudem die Frage, ob sich der Lizenzgeber bereit erklärt, derartig weitgehende Positionen einzuräumen²⁹ und zu welchem Preis. Hinsichtlich Urheberrechten (insb. auch an Computerprogrammen, vgl. nur §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69 ff. UrhG) schließlich ist zu beachten, dass ein Nießbrauch an diesen gemäß § 1069 Abs. 2 BGB nicht möglich ist, da das Urheberrecht gemäß § 29 Abs. 1 UrhG nicht übertragbar ist³⁰.

5. Pfandrecht

Empfohlen wird weiterhin die Bestellung eines Pfandrechts an dem lizenzierten Schutzrecht zugunsten des Li-

11 Kritisch etwa *Mitlehner*, ZIP 2008, 450; *Trips-Herbert*, ZRP 2007, 225, 227 f.

12 Vgl. *Graf-Schlicker/Kexel*, ZIP 2007, 1833, 1837.

13 Der Regierungsentwurf stammt vom 22. 8. 2007; eine erste Beratung im Bundestag fand am 14. 2. 2008 statt; das BMJ hoffte wohl auf ein Inkrafttreten noch in 2008.

14 Etwa *Köhler/Ludwig*, NZI 2007, 80, 81.

15 *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 692. Analoge Anwendbarkeit offen gelassen von LG München, ZIP 2008, 751, 752.

16 Zum Meinungsstand und überzeugend „pro“ *Wirksamkeit Huber*, in: *MüKo-InsO* (Fn. 2), § 119 Rn. 26 ff.; a. A. z. B. *Höder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 831; *Graef*, ZUM 2006, 104, 105; *McGuire/von Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 694; vgl. auch *Spindler*, K&R 2007, 345, 351 m. w. N.; *Berger*, NZI 2006, 380, 382.

17 So auch in der Entscheidung des BGH vom 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915, 917 (eine derartige Klausel sei „nicht vereinbart worden“); vgl. *Bärenz*, EWIR 2006, 119, 120; *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 294 f.

18 BGH, Urt. v. 12. 10. 1989 – IX ZR 184/88, NJW 1990, 45.

19 Insb. *Bork*, NZI 1999, 337 ff.; *Berger*, GRUR 2004, 20, 21.

20 Sehr strittig, vgl. *Berger*, GRUR 2004, 20, 21, Fn. 11 m. w. N.

21 *Berger*, GRUR 2004, 20, 21; *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 696.

22 *Berger*, GRUR 2004, 20 ff.

23 *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 695.

24 *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 222; *Plath*, CR 2005, 613, 615.

25 *Berger*, GRUR 2004, 20, 22.

26 So etwa *Hombrecher*, WRP 2006, 219, 223.

27 *Plath*, CR 2005, 613, 616.

28 So *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 695.

29 *McGuire/Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 695.

30 *Bausch*, NZI 2005, 289, 291.

zuzunehmern³¹. Dadurch kann jedoch lediglich ein eventueller Schadensersatzanspruch nach § 103 Abs. 2 S. 1 InsO gesichert werden, da lediglich ein Verwertungsrecht entsteht, hingegen nicht die Möglichkeit das Recht weiterhin zu nutzen. Dieses Interesse kann nur gewahrt werden, wenn zugleich das Recht eingeräumt wird, im Sicherungsfall das Schutzrecht zu erwerben. Es ist jedoch strittig, ob der Lizenznehmer selbst zur Verwertung des Schutzrechts gemäß § 173 InsO befugt ist³² oder ob diese Befugnis nach § 166 InsO³³ beim Verwerter liegt. Gemäß § 166 InsO kann der Insolvenzverwalter absonderungsrechtbelastete, bewegliche, in seinem Besitz befindliche Sachen oder sicherungsbedingte Forderungen verwerten. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts und mangels Regelungslücke wird überwiegend vertreten, dass die Verwertung von Schutzrechten damit nicht unter § 166 InsO fällt; Rechtsprechung hierzu liegt jedoch nicht vor. Folgt man dieser Ansicht, wäre die Nutzungsmöglichkeit des Lizenznehmers sichergestellt. Zudem bleibt zu beachten, dass die Vereinbarung einer dinglichen Absicherung wegen Verstoß gegen § 119 InsO als unzulässig erachtet werden könnte, da damit die Qualifizierung der Nichterfüllungsschäden als bloße Insolvenzforderung nach § 103 Abs. 2 S. 1 InsO umgangen würde³⁴. Entscheidet man sich trotz dieser Unsicherheit zu der Bestellung eines Pfandrechts, wird empfohlen, von der Möglichkeit des § 1277 S. 1 Hs. 2 BGB Gebrauch zu machen und das Erfordernis eines Vollstreckungstitels auszuschließen³⁵. Nicht vereinbart werden kann hingegen eine Verfallsklausel auf den Verwertungsfall, §§ 1277 S. 2, 1229 BGB (anders wohl als im Rahmen der nachstehend diskutierten Sicherungsabtretung). Zudem ist § 1276 BGB, welcher beeinträchtigende Änderungen an dem verpfändeten Recht verbietet, zu beachten.

6. Sicherungsübertragung / -abtretung

Diskutiert wird ferner das Modell der Sicherungsübertragung bzw. -abtretung³⁶. Dabei lässt sich der Lizenznehmer bei Vertragsschluss zur Sicherung etwaiger Schadensersatzansprüche aus § 103 Abs. 2 S. 1 InsO das lizenzierte Schutzrecht zur Sicherheit übereignen. Entscheidend ist hier wiederum, wem das Verwertungsrecht zusteht. Es wird aber vertreten, dass in der Sicherungsabrede Vereinbarungen über die Form der Verwertung getroffen werden können, etwa durch Verfalls- oder Selbsteintrittsklausel³⁷. Der BGH hat eine derartige Vereinbarung als zulässig erachtet³⁸. Das Schutzrecht würde dann unmittelbar auf den Lizenznehmer übergehen. Übersteigt der Wert des lizenzierten Schutzrechts den Schadensersatzanspruch, muss der Lizenznehmer jedoch die Differenz an die Insolvenzmasse zahlen³⁹. An dieser Konstruktion ist in praktischer Hinsicht zu kritisieren, dass es schwer bzw. für den Lizenznehmer teuer sein dürfte, den Lizenzgeber zur Sicherungsübertragung zu gewinnen, bspw. wenn dieser die Lizenz etwa auch als Kreditsicherungsmittel nutzen will⁴⁰. Willigt er jedoch ein, so erfolgt die Übertragung des lizenzierten Schutzrechts durch Einigung der Parteien über den Übergang (§§ 398, 413 BGB). In einer Sicherungsklausel sollte zunächst der Zweck, nämlich die Sicherung des insolvenzbedingten Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung festgehalten, sowie die Form der Verwertung niedergelegt werden. Zudem empfiehlt es sich, um Streit über den Wert des lizenzierten Schutzrechts zu vermeiden, festzulegen, wie der Wert zu ermitteln ist⁴¹. Da der Lizenzgeber mit der Sicherungsabtretung seine Inhaberstellung formal aufgibt, ist darüber hinaus zu regeln, wer die Inhaberrechte zukünftig ausüben soll⁴². Damit ist auch

diese Regelung letztlich v.a. kompliziert und praktisch nur eingeschränkt dazu geeignet, den noch bestehenden legislativen Missstand auszugleichen⁴³.

IV. Ausgestaltung der Lizenz einräumung als Einmalakt

Ein praktisch denkbarer Lösungsweg zur insolvenzfesten Ausgestaltung von Lizenzverträgen setzt gewissermaßen an der Wurzel des Übels an, in dem die vertragliche Nutzungseinräumung dem Anwendungsbereich der §§ 103 ff. InsO von vornherein entzogen wird⁴⁴. Dies geschieht dadurch, dass der Lizenzvertrag, der die Einräumung einer ausschließlichen Lizenz mit also dinglicher bzw. quasi-dinglicher Wirkung zum Inhalt haben muss⁴⁵, sämtlicher (Neben-)Elemente „beraubt“ wird, die ihm den Charakter eines noch nicht zumindest von einer Partei voll erfüllten Dauerschuldverhältnisses geben⁴⁶. Der Vertrag enthält dann nur noch eine einmalige, unmittelbar erfüllte Einzeltransaktion, nämlich die unwiderrufliche Einräumung des ausschließlichen Nutzungsrechts gegen eine einmalige, sofort vollständig erbrachte Gegenleistung (z. B. Geldzahlung)⁴⁷ und ist somit mit Einräumung der Lizenz zumindest seitens des Lizenzgebers „vollständig erfüllt“ i. S. v. § 103 InsO⁴⁸.

Es gibt landgerichtliche Rechtsprechung und ein Urteil des OLG Köln, die derartige Gestaltungen akzeptieren und die Insolvenzfestigkeit der jeweils Streitgegenständlichen Lizenz bejahen⁴⁹. Auch der nachfolgend zu besprechenden Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH vom 17. 11. 2005 (Fn. 4) lässt sich entnehmen, dass eine Lizenz einräumung, die in einem Einzelakt abgeschlossen ist (dort aufschiebend bedingt), denkbar ist und vor dem Insolvenzrecht Bestand hat⁵⁰. Allerdings lässt sich aus den wenigen Urteilen kaum eine Grenzlinie aufzeigen oder gar eine „Checkliste“ ableiten, was in einem derartigen Vertrag enthalten sein darf und was nicht⁵¹. Schädlich wäre

31 Hölder/Schmoll, GRUR 2004, 830, 831.

32 So Pöggeler, WRP 2002, 1241, 1243; Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2. Aufl. 2001, § 173 Rn. 8; Huber, in: MüKo-InsO (Fn. 2), § 166 Rn. 64 ff.

33 Häcker, ZIP 2001, 995, 998; Wandtke/Bullinger (Fn. 8), Rn. 15 f.

34 Huber/Riewe, ZInsO 2006, 290, 291; Huber, in: MüKo-InsO (Fn. 2), § 119 Rn. 57.

35 Hombrecher, WRP 2006, 219, 222.

36 McGuire/Zumbusch/Joachim, GRUR Int. 2006, 682, 695.

37 Hombrecher, WRP 2006, 219, 220; Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 390 Rn. 33.

38 Zumindest bei beweglichen Sachen, BGH, NJW 1980, 226, 227.

39 Pöggeler, WRP 2002, 1241, 1241.

40 McGuire/Zumbusch/Joachim, GRUR Int. 2006, 682, 695; Hombrecher, WRP 2006, 219, 221.

41 Hombrecher, WRP 2006, 219, 221.

42 Albrecht/Hombrecher, WM 2005, 1669, 1693.

43 So Trips-Herbert, ZRP 2007, 225, 226.

44 Vgl. Spindler, K&R 2007, 345, 351; Graef, ZUM 2006, 104, 105.

45 Vgl. LG München, ZIP 2008, 751, 752; LG Hamburg, NJW 2007, 3216.

46 Vgl. Bausch, NZI 2005, 289, 293; Fezer, WRP 2004, 793, 793; McGuire/von Zumbusch/Joachim, GRUR Int. 2006, 682, 692.

47 LG München, ZIP 2008, 751, 752 spricht von einem „einmaligen, abgeschlossenen Akt der Rechte einräumung“.

48 Vgl. LG München, ZIP 2008, 751; LG Hamburg, NJW 2007, 3215, 3216; Spindler, K&R 2007, 345, 351; Graef, ZUM 2006, 104, 105 f.; Hombrecher, WRP 2006, 219, 224; Köhler/Ludwig, NZI 2007, 80, 83.

49 Vgl. OLG Köln, Urt. v. 14. 7. 2006 – 6 U 224/05, K&R 2006, 592; LG München, Urt. v. 13. 6. 2007 – 21 O 23532/06, ZIP 2008, 751 ff. hins. einer marken- und urheberrechtlichen Lizenz, die ausschließlich, unbeschränkt und unwiderruflich eingeräumt worden war; LG Hamburg, Urt. v. 27. 10. 2006 – 308 O 304/05, NJW 2007, 3215 ff., für bereits beendeten Autorenxklusivvertrag. Vgl. Spindler, K&R 2007, 345, 351. A. aber LG Mannheim, Urt. v. 27. 6. 2003 – 7 O 127/03, ZIP 2004, 576 ff. für Softwareerstellungsvvertrag unter analoger Anwendung von § 9 VerlG; dazu Berger, NZI 2006, 380, 381.

50 So auch Spindler, K&R 2007, 345, 351; Huber/Riewe, ZInsO 2006, 290, 293.

51 Ähnl. Spindler, K&R 2007, 345, 352.

sicherlich eine laufende Beteiligung des Lizenzgebers durch eine Lizenzgebühr, die nicht in einer einmaligen, sondern in einer laufende Vergütung besteht. Auch umfangreiche Weiterentwicklungs- und Wartungsverpflichtungen geben dem Gesamtvertrag Dauerschuldcharakter und sind dauerhaft nicht vollständig erfüllt⁵²; gleiches gälte wohl bei einer Pflicht zu Auswertung der eingeräumten Lizenz⁵³. Weniger klar ist der Fall aber, wenn etwa eine dauerhafte Namensnennungspflicht i. S. v. § 13 UrhG vereinbart bzw. diese nicht abbedungen wird, da dies als noch vergleichsweise geringe Nebenpflicht angesehen werden könnte (unseres Erachtens zweifelhaft, weil Urheberpersönlichkeitsrechtliches Fundamentalrecht) und zudem nur deklaratorischen Charakter hätte (wg. § 13 UrhG)⁵⁴.

Es gibt zudem Stimmen, die diesem Lösungsansatz deswegen den Erfolg absprechen, weil die dauerhafte Gewährung der Lizenz als solche, das fortdauernde Gewähren und Dulden der Nutzung des Lizenzgegenstandes, dem Vertrag insgesamt das Gepräge eines Dauerschuldverhältnisses gebe, so dass § 103 InsO immer anzuwenden wäre⁵⁵. Auch den §§ 11 S. 2, 32 ff. UrhG, wonach der Urheber angemessen an dem wirtschaftlichen Erfolg seines Werkes zu beteiligen ist und unabdingbar einen latenten Anspruch auf nachträgliche Vertragsanpassung und seiner Vergütung hat, statuieren fortdauernde Leistungspflichten und -ansprüche der Vertragsparteien. In praktischer Hinsicht ist, v.a. im Softwarebereich, schließlich zu berücksichtigen, dass vielfach eine derartige Ausgestaltung insb. von Seiten des Lizenzgebers nicht gewollt sein wird⁵⁶. Er will gerade bspw. eine fortlaufende Beteiligung am Erfolg der von ihm erstellten Software durch jährliche prozentuale Umsatzbeteiligung; er will, schon aus Gründen des Marketings, namentlich bei/in seinem Programm benannt sein; er will eine dauerhafte Bindung des Lizenznehmers durch umfangreiche Service Level Agreements unter Vorbehalt des Bearbeitungsrechts, etc. Da nun das Problem einer etwaigen Insolvenz des Programmierers allein das Problem des Lizenznehmers ist, wird sich der Programmierer mit einer derartigen Gestaltung kaum je einverstanden erklären oder sich diese teurer abkaufen lassen. Die sich nun nachgerade aufdrängende Aufspaltung eines einheitlichen Vertrages in zwei parallele Verträge bzw. Vertragsdokumente⁵⁷ dürfte hingegen eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der (zwingenden) §§ 103 ff. InsO darstellen. Gleiches gilt wohl für die vertragliche Vereinbarung eines Verzichts auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages hinsichtlich etwaiger Dauer-Nebenpflichten⁵⁸.

V. Insolvenzunabhängige Kündigungsklausel mit aufschiebend bedingter Lizenz einräumung

In der Entscheidung vom 17. 11. 2005 hatte der IX. Senat des BGH⁵⁹ anlässlich der Insolvenz eines Softwareherstellers, der an der von ihm erstellten Software Lizenzen erteilt hatte, über die Wirksamkeit einer Vereinbarung zu entscheiden, wonach beiden Vertragsparteien unter allgemeinen Umständen, die eine Unzumutbarkeit des Festhaltens an dem Vertrag bedeuteten, ein außerordentliches fristloses Kündigungsrecht zustand und im Falle einer darauf gestützten Kündigung, gleich durch wen, die Nutzungsrechte an der vertragsgegenständlichen Software gegen eine einmalige Entschädigungszahlung dem Lizenznehmer zufallen sollten (aufschiebende Bedingung⁶⁰). In der Insolvenz des Softwarehauses hatte der Insolvenzverwalter nach § 103 InsO die Nicht-Weitererfüllung des eigentlichen Lizenzvertrages, der u. a. auch erhebliche Dau-

erverpflichtungen zur Weiterentwicklung der Software enthielt, gewählt. Gestützt auf die besagte, nachfolgend im Wortlaut wiedergegebene Vertragsklausel hatte nunmehr der Lizenznehmer den Vertrag gekündigt, da ihm (wohl unstreitig) nunmehr ein Festhalten daran nicht mehr zuzumuten war⁶¹, und dann, letztlich erfolgreich, sämtliche Rechte an der Software für sich reklamiert:

„Dieser Vertrag kann von jedem Vertragsteil nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist – gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn Tatsachen gegeben sind, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen der Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. Bei Kündigung dieses Vertrages durch die Parteien gehen die Source-Codes von A. [dem Programmierer] in der zum Zeitpunkt der Kündigung aktuellen Version inklusive der Nutzungs- und Vertriebsrechte dieser Version auf B. [den Lizenznehmer] über. Für den Übergang der Source-Codes sowie der Nutzungs- und Vertriebsrechte zahlt B. eine einmalige Vergütung in Höhe des Umsatzes der letzten sechs Monate vor Ausspruch der Kündigung.“

Der BGH hatte die Zulässigkeit und Wirksamkeit dieser Klausel bejaht: die Klausel knüpft gerade nicht an ein Insolvenzereignis an, sondern gilt universell und gleichermaßen vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens⁶² dann, wenn ein außerordentlicher Kündigungsgrund (Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung) vorliegt; zudem steht das Kündigungsrecht beiden Parteien gleichermaßen zu⁶³. Die aufschiebend bedingte Rechteübertragung sei auch sonst nicht zu beanstanden, insb. läge keine nach § 119 InsO unzulässige Vertragsstrafe vor⁶⁴ und es sei auch sonst keine gewollte Umgehung der §§ 103 ff. InsO zu erkennen. Durch eine vergleichsweise einfache vertragliche Gestaltung kann somit die Insolvenzfestigkeit von Lizenz einräumungen erreicht werden⁶⁵; die eher seltenen Zweifel an der (weiteren) Akzeptanz dieser Gestaltung durch die Rechtsprechung, u. a. mit dem Argument, dass die nunmehr zu erwartende standardisierte Anwendung der Klausel regelmäßig eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Umgehung der §§ 103 ff. InsO bedeute⁶⁶, halten wir für unbegründet, da dies in jedem Einzelfall nachge-

52 Vgl. LG München, ZIP 2008, 751, 752; LG Mannheim, ZIP 2004, 576.

53 Vgl. LG München, ZIP 2008, 751, 752; LG Mannheim, ZIP 2004, 576, 755 f.; *McGuire/von Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 692; *Graef*, ZUM 2006, 104, 105; *Braun/Kroth*, InsO 2004, § 103 Rn. 42.

54 Zweifelhafte, vgl. LG Mannheim, Ur. v. 27. 6. 2003 – 7 O 127/03, ZIP 2004, 576, 578 zu vergleichbaren Schutzvermerken.

55 Etwa *Graef*, ZUM 2006, 104, 105 (Pflicht zur Rechteerhaltung); *Hombrecht*, WRP 2006, 219, 224 (dauernde „Enthaltungspflichten“). Vgl. *Berger*, NZI 2006, 380; *Kraßer/Schmid*, GRUR 1982, 324, 341; *McGuire/von Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 691. A. A. LG München, ZIP 2008, 751, 752; *Wandtke/Bullinger* (Fn. 8), § 108 InsO (Fn. 4) Rn. 6; *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 820, 834 f.; LG Mannheim, Ur. v. 27. 6. 2003 – 7 O 127/03, ZIP 2004, 576, 577; *Spindler*, K&R 2007, 345, 351 m. w. N.

56 Vgl. *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 293.

57 Vgl. *McGuire/von Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 692.

58 *McGuire/von Zumbusch/Joachim*, GRUR Int. 2006, 682, 692; *Hombrecht*, WRP 2006, 219, 224.

59 BGH, Ur. v. 17. 11. 2005, IX ZR 162/04, NJW 2006, 915 ff.

60 Vgl. *Bärenz*, EWIR 2006, 119; *Huber/Riewe*, ZInsO 2006, 290, 292; *Berger*, NZI 2006, 380, 381.

61 BGH, Ur. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915, 917.

62 BGH, Ur. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915, 917; vgl. *Bärenz*, EWIR 2006, 119, 120; *Berger*, NZI 2006, 380, 382 f.

63 *Bärenz*, EWIR 2006, 119, 120.

64 BGH, Ur. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915, 917 m. w. N.; vgl. *Bärenz*, EWIR 2006, 119, 120; *Berger*, NZI 2006, 380, 382.

65 Vgl. oben, Einleitung, und Nachweise in Fn. 5.

66 Deutlich bisher nur *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 80, 81; vgl. auch *Spindler*, K&R 2007, 345, 351 m. w. N. (dort Fn. 98).

wiesen werden müsste und man nicht *prima facie* „Umgehungswillen“ wird unterstellen dürfen, wenn ein Lizenznehmer versucht, sein Unternehmen bestmöglich gegen externe Risiken abzusichern.

Allerdings wird auch diese Absicherung für den Lizenznehmer nicht kostenlos zu bekommen sein. Insbesondere ordnet die Vereinbarung nach ihrem Wortlaut die Lizenzrechte in jedem Fall einer darauf gestützten außerordentlichen Kündigung dem Lizenznehmer zu. Der Lizenzgeber hat damit ein erhöhtes Risiko, dass er seiner Rechte verlustig wird, auch wenn er dann dafür eine gewisse Ausgleichszahlung erhält (dieser letzte Satz der Klausel ist dabei insolvenzrechtlich deswegen notwendig, weil andernfalls dem Insolvenzverwalter ein Anfechtungsrecht nach §§ 133 InsO zukommen könnte⁶⁷). Dieses Risiko wird er nur gegen eine entsprechende Gegenleistung eingehen. Hingegen verbietet sich eine „Abmilderung“ der Klausel dahingehend, dass der Rechteübergang nur im Insolvenzfall eintritt; dies würde die Klausel unwirksam machen vgl. zuvor und oben, Ziff. 3.b.

Unabhängig vom gewählten Lösungsansatz ist das praktische Problem zu adressieren, dass der Lizenznehmer insb. von Computersoftware im Falle der Insolvenz des Lizenzgebers tatsächlich Zugriff auf den vollständigen, aktuellen Quellcode nebst Dokumentation hat, um die bei ihm installierten und eingesetzten Systeme selbst oder

durch Dritte pflegen, warten und weiterentwickeln lassen zu können. Dies kann und wird üblicherweise durch eine Quellcode-Escrow, also die Hinterlegung des Quellcodes und der Dokumentation bei einem im Insolvenzfall zur Herausgabe an den Lizenznehmer treuhänderisch verpflichteten Agenten/Treuhänder erreicht⁶⁸.

VI. Zusammenfassung

Zur überaus virulente Problematik der mangelnden Insolvenzfestigkeit von Lizenzen ist eine gesetzgeberische Lösung absehbar; unklar bleibt jedoch weiterhin, wann diese kommt. Bis auf weiteres muss durch geeignete Vertragsgestaltung die Absicherung versucht werden. Die bisher entwickelten Lösungsmodelle greifen meist zu kurz und sind für die tägliche Praxis zu kompliziert. Den (steinigen, weil mit erheblichen Transaktionskosten verbundenen) Königsweg zeigt die Entscheidung des BGH vom 17. 11. 2005⁶⁹ auf (bei Software regelmäßig i.V.m. Quellcode-Escrow).

67 Vgl. BGH, Urt. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915, 917; Huber/Riewe, ZInsO 2006, 290, 294; Berger, NZI 2006, 380, 383.

68 Vgl. zu Ausgestaltung Münchener Vertragshandbuch (Fn. 6), „Hinterlegungsvertrag“; vgl. BITKOM-Checkliste „Insolvenz von Geschäftspartnern“, www.bitkom.de, S. 14 ff.

69 BGH, Urt. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915 ff.

RA Dr. Stefan Bolay, München*

Televoting- und Gewinnspiel-Call-In-Shows zwischen Teleshopping und redaktionellem Programm

Dieser Beitrag nimmt die rundfunkrechtliche Einordnung zweier TV-Formate vor, bei denen Mehrwertdienstleistungen der Rundfunkanbieter prägender Bestandteil der Sendung sind, namentlich die Gewinnspiel-Call-In-Show und die Televoting-Show.

I. Einführung

Seit einigen Jahren generieren Rundfunkveranstalter Einnahmen nicht mehr nur durch den Verkauf von Werbezeiten, sondern auch mithilfe der Einbindung von Gewinnspielen und Abstimmungen („Televotings“) über Mehrwertdiensternummern (Mehrwertnummern)¹ in das Rundfunkprogramm. Die Rundfunkveranstalter setzen hierzu sogenannte „Televoting“-Nummern² ein, die in Abhängigkeit zur Abfragekapazität bis zu 96 000 Anrufe pro Minute verwalten, d. h. entgegennehmen und tarifieren können³. Derzeit werden typischerweise die Rufnummerngassen 0137-8 und -9 benutzt, für deren Anwahl gesprächsdauerunabhängige Gebühren von 0,50 € pro Anruf anfallen. Parallel zur Abstimmung oder Gewinnspielteilnahme per Telefon kann meist auch per Premium-SMS zum gleichen Preis teilgenommen werden. Die Rundfunkanbieter erhalten von den TK-Anbietern Anteile („Sharings“) von sechzig bis siebzig Prozent⁴.

1. Televoting-Shows

In Televoting-Formaten wie „Deutschland sucht den Superstar“, „Das Supertalent“, „Let’s dance“, „Ich bin ein Star, holt mich hier raus“ (alle RTL), „Big Brother“ (RTL II), „Stars auf Eis“ oder „The next Uri Geller“ (beide Pro 7) küren die Fernsehzuschauer (Studio-) Kandidaten per telefonischer Abstimmung zu Gewinnern. Die Shows erstrecken sich über mehrere Sendungen und laufen Wochen oder Monate. Die (Studio-) Kandidaten, entweder „Prominente“ oder „Jedermann“, messen sich im „Überleben“ im Container („Big Brother“) oder Dschungel („Ich bin ein Star, holt mich hier raus“) bzw. im Singen („Deutschland sucht den Super-“

* Der Beitrag basiert auszugsweise auf der Dissertation des Verfassers, Mehrwertgebührenpflichtige Telefon- und SMS-Gewinnspiele, 2008. Mehr ueber den Autor erfahren sie auf S. VIII.

1 Für die Anwahl von Mehrwertnummern fallen – gegenüber der Telekommunikationsgebühr für ein normales Telefonat bzw. eine normale SMS – erhöhte Mehrwert-Gebühren („Premium Rate“) an, die (teilweise) dem telekommunikationsfremden Mehrwertdiensteanbieter für die Erbringung seiner Mehrwertdienstleistung zufließen.

2 Auch als MABEZ-Nummern („Massenanrufe zu bestimmten Zielen“) bezeichnet.

3 Vgl. „Spezifikation Behandlung von Massenverkehr zu bestimmten Zielen“, Ausgabestand 2.0.0 vom 11. 6. 2002, S. 11, abrufbar unter http://www.aknn.de/fileadmin/uploads/oeffentlich/Spezifikation_MABEZ_v200_.pdf (Stand: 12. 1. 2009).

4 Zahlen nach Goldhammer/Lessig, Call Media, 2005, S. 34.