

*Dr. Norbert Küpper*

Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Verl

**Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23. April 2008 in Berlin zu dem**

**a) Gesetzentwurf der Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfähigkeit von Lizenzen**

**BT-Drucksache 16/7416**

**b) Gesetzentwurf des Bundesrates**

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht in Insolvenzverfahren (GAVI)**

**BT-Drucksache 16/7251**

**Themen: Lizenzverträge – Leasingverträge - Stärkung der Gläubigerrechte**

**I. Vorbemerkung**

In Bezug auf die Insolvenzfähigkeit von Lizenzen beziehe ich mich zunächst auf die Stellungnahme des Bundesrates in der 837. Sitzung am 8. Oktober 2007. Der Kritik an der Begründung des Gesetzentwurfes (BR-Drs. 600/07) im Hinblick auf § 108 a InsO Satz 2 und 3 schließe ich mich uneingeschränkt an. Die Hauptkritikpunkte sind jedoch zu ergänzen.

Von grundsätzlicherer Bedeutung ist die Beantwortung der Frage, ob die Einführung des § 108 a Satz 1 InsO notwendig ist oder ob Regelungsalternativen bestehen. Es dürfte im übereinstimmenden Interesse aller liegen, Eingriffe in die

Rechtsstellung der Gläubiger und der Beteiligten eines Insolvenzverfahrens zu vermeiden, wenn die Rechte der Lizenzgeber außerhalb des Insolvenzverfahrens gestärkt werden können.

In die Rechte der Leasinggeber wird mit dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht neuerlich eingegriffen. Im Ergebnis ist lediglich die Frage anzusprechen, ob der nach dem Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 normierte Eingriff in die Aus- und Absonderungsrechte – hier der Leasinggeber – sachlich gerechtfertigt ist.

Im Hinblick auf die Stärkung der Gläubigerrechte ist die Konkretisierung des Zeitpunktes der Insolvenzreife von wesentlicher Bedeutung und insoweit eine Ergänzung zu § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO erforderlich. Des Weiteren führt das verzögerte Antragsverhalten der Geschäftsführer/Vorstände zu einem wesentlichen Schaden privater und öffentlicher Gläubiger, die ggf. eine Verschärfung von § 26 Abs. 3 InsO erforderlich macht.

## **II. Anmerkungen zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen und Bezugnahmen auf Leasingverträge**

In der Begründung des Regierungsentwurfes Drs. 600/07 S. 58 wird das zentrale Interesse der Lizenznehmer auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein ungestörtes Weiterlaufen des Lizenzvertrages zu erreichen, in den Vordergrund gestellt. In seiner Stellungnahme begrüßt der Bundesrat ausdrücklich die Regelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen in § 108 a Satz 1 InsO-E.

Lizenzverträge werden jedoch als Verträge mit mehr oder weniger streng voneinander getrennten Leistungspflichten des Lizenzgebers und des Lizenznehmers ausgestaltet. Die Vielschichtigkeit der Interessenlagen zwischen den Vertragsparteien lässt es grundsätzlich nicht zu, eine allgemeine Festlegung

dahingehend zu treffen, worin eine Haupt- und worin eine Nebenpflicht zu sehen ist.

In der Stellungnahme des Bundesrates wird richtigerweise auf das erhebliche Konfliktpotential hingewiesen. Unabhängig von dieser Frage ist es zwingend erforderlich Streitvermeidung zu betreiben, da ein Schwebezustand über die Dauer eines längeren Streitverfahrens weder der Insolvenzmasse dient, noch dem Lizenznehmer, der im Ergebnis gehindert ist, weitere Investitionen in den Gegenstand der Lizenz zu tätigen.

Da nach der Entscheidung des BGH vom 17. November 2005 – IX ZR 162/04 – der Lizenzvertrag ausdrücklich als Dauerschuldverhältnis geregelt ist, bedarf die Frage der Insolvenzfestigkeit zunächst einer Abgrenzung zwischen dem schuldrechtlichen und dem dinglichen Charakter.

Die bisherige Diskussion erfasst die Komplexität der „Lizenz“ nicht. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sowie die Stellungnahme des Bundesrates lassen erkennen, dass unter Lizenzen bislang regelmäßig Lizenzverträge mit gesellschaftsrechtlichem Charakter verstanden werden, d.h. es bestehen sehr unterschiedlich geregelte Vertragspflichten auf Haupt- und Nebenpflichtbasis mit verstärkter Treuebindung. Weiterhin besteht eine natürliche Interessen- und Zweckgemeinschaft, die so weit führen kann, dass der Lizenzgeber gegenüber dem Lizenznehmer als Hauptpflicht verpflichtet ist technische Unterweisung zur Durchführung eines Verfahrens zu vermitteln und den Lizenznehmer auf den **jeweils neuesten Stand der Technik** zu bringen und zur Herstellung des Lizenzgegenstandes wesentliche Zulieferungen vorzunehmen, während sich der Lizenznehmer z.B. nur zur umfangreichen Geheimhaltung verpflichtet, BGH GRUR 1959, 616; BGH GRUR 1971, 243.

Ein Insolvenzverwalter kann derartige Pflichten - als Haupt- oder Nebenpflichten – schlicht und einfach nicht erfüllen, zumal er oftmals weder über Räume noch Personal verfügt.

Will man den Lizenznehmer als „Nutzungsberechtigten“ wirklich schützen, so besteht im Ergebnis nur die Möglichkeit, die Problematik außerhalb der Insolvenzordnung zu regeln. Dies gilt erst recht für **Betriebslizenzen**. Hierunter sind Lizenzen zu verstehen, die an einen bestimmten Betrieb oder Betriebsteile gebunden sind, d.h. das Nutzungsrecht ist auf ein bestimmtes Unternehmen gerichtet. Hierunter fällt regelmäßig der wirtschaftliche Komplex eines Unternehmens, deswegen wird diese Position regelmäßig auch als „Unternehmenslizenz“ bezeichnet. Die Betriebslizenz darf deshalb nur im Rahmen des Betriebes ausgeübt und nur zusammen mit diesem übertragen werden. Eine ähnliche Ausgestaltung enthält § 12 Patentgesetz für betriebsbezogene Vorbenutzungsrechte.

Die beschränkte Übertragbarkeit bedeutet eine wesentliche begriffliche Bindung an den Betrieb, die so weit geht, dass die Betriebslizenz im Falle der Insolvenz und Auflösung des Betriebes regelmäßig erlischt, RG GRUR 1939, 963, 964.

Die Lösung der Gesamtfrage – außerhalb der Insolvenzordnung – liegt in der Änderung der rechtlichen Bewertung des „reinen Nutzungsrechtes“. Will man den Lizenznehmer in diesem Zusammenhang schützen und will man Konflikt- und Streitstände vermeiden, so muss man akzeptieren, dass bereits heute eine ausschließliche Lizenz einen dinglichen Charakter hat. Erwirbt der Lizenznehmer - wie bei der Übertragung eines Patentbesitzes – auch an der Lizenz nicht nur eine schuldrechtliche Position sondern ein dingliches Recht, so erhält er im Insolvenzfall des Lizenzgebers ein **Aussonderungsrecht**. Nach § 47 InsO kann er die Lizenz weiter nutzen. Da bereits heute Lizenzverträge regelmäßig mit zeitlicher Begrenzung gestaltet werden, würde die Einordnung der Lizenz als dingliche Position in das Patentgesetz keine wesentliche Änderung außerhalb der Insolvenzordnung bewirken. Bei einer Änderung des Patentgesetzes – ohne Änderung der Insolvenzordnung - würde sich die Lizenz zukünftig zum Patent so verhalten, wie das Erbbaurecht zum Grundeigentum. Die Notwendigkeit der Einführung eines § 108 a InsO würde vollständig entfallen und die Insolvenzfestigkeit der Lizenz würde durch das Patentgesetz als reines Nutzungsrecht herbeigeführt.

Die Herbeiführung einer patentähnlichen Stellung ist **wirtschaftsfreundlich** ohne sanierungsfeindliche Aspekte.

Der Entwurf des § 108 a InsO ist des Weiteren **sozialfeindlich**. Bislang wird weder im Regierungsentwurf noch in der Stellungnahme des Bundesrates auf die sozialen Auswirkungen des § 108 a InsO-E. Bezug genommen. Betrachtet man nicht die Betriebslizenzen und die schwierigen Lizenzen mit gesellschaftsrechtlichem Charakter, sondern nur die einfachen Lizenzverträge mit Kettenbildung, so sieht man bereits in diesem Zusammenhang, dass der Insolvenzverwalter einer Verpflichtung im Sinne des § 108 a InsO nicht nachkommen kann. Es ist zu befürchten, dass die freie Masse zukünftig von Prozesskosten aufgezehrt wird. Der Insolvenzverwalter wird bei Kettenverträgen die Verpflichtungen zur Zahlung des Entgelts gegenüber den Lizenzgebern nicht erfüllen können. Es wird zu Kündigungen des Lizenzgebers kommen und der Insolvenzverwalter wird seine Verpflichtungen gegenüber dem Lizenznehmer demzufolge nicht erfüllen. Nebentreuepflichten können nicht eingehalten werden, auch wenn es sich nur um Fort- und Weiterbildungspflichten des Lizenznehmers handelt, aber erst recht im Falle einer Verpflichtung zur Weiterentwicklung des Lizenzgegenstandes.

Die Vorstellung des Gesetzgebers, dass der Insolvenzverwalter bei einem „auffälligem Missverhältnis“ zwischen der vereinbarten Vergütung und der marktgerechten Vergütung eine Anpassung verlangen kann, ist praxisfremd. Bereits heute besteht kaum die Möglichkeit die Werthaltigkeit eines Patentes festzustellen - insbesondere bei eigenentwickelten Patenten, die nicht bilanzierbar sind. Dies gilt erst recht für die Bewertung eines Nutzungsrechts und einem in diesem Zusammenhang stehenden „auffälligen Missverhältnisses“.

Bei der Vielzahl der Lizenzverträge – die als Verträge sui generis eine unglaubliche Vertragsgestaltungsfülle beinhalten – wird man kaum ein fundiertes Gutachten erstellen können. Vergleichbarkeit zu anderen Fällen wird es nur im

Einzelfall geben. Gutachterliche Stellungnahmen sind mangels qualifizierter Gutachter zum Thema Bewertung von Patenten und Lizenzen nicht zu erwarten.

Man gibt dem Insolvenzverwalter mit der Möglichkeit des Anpassungsrechtes somit lediglich „Steine statt Brot“.

Die Konflikträchtigkeit und die weiter bestehende Belastung der Masse durch eine Erfüllungspflicht, die für die „Nutzung zwingend geboten ist“, höhlt die Masse letztendlich aus, verhindert eine geordnete Verfahrensbeendigung und nimmt den Arbeitnehmern die Möglichkeit eine Sozialplanzahlung zu erhalten. Die Auswirkungen des § 108 a InsO werden die Masse zwangsläufig entreichern. Dies führt zu einer Minderung der Sozialplanleistungsfähigkeit der Insolvenzmasse nach § 123 InsO. Nach dieser Regelung erhalten gekündigte Arbeitnehmer bis zu 1/3 der zu verteilenden Masse. Die Arbeitnehmer haben bereits dadurch einen Nachteil erfahren, dass Abfindungszahlungen nach dem Sozialplan seit dem 01.01.2008 zu versteuern sind. Die Einführung von § 108 a InsO-E. lässt eine weitere Schmälerung der Sozialplanleistungen erwarten.

### **III. Leasingverträge**

Das Thema „Leasingverträge“ wird mit dem vorgelegten Gesetzentwurf nicht konkret angesprochen. Die Leasinggeber sehen sich allerdings nach dem Gesetz zur Vereinbarung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 gelegentlich dem Eingriff nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO ausgesetzt.

D.h. das Gericht kann anordnen, dass im Einzelfall insbesondere im Rahmen der Fortführung eines schuldnerischen Unternehmens aussonderungsberechtigte Positionen bei dem schuldnerischen Unternehmen verbleiben.

Da jedoch § 169 S. 2 und 3 InsO für den Fall einer längeren Vorenthaltung im Eröffnungsverfahren eine Zinszahlungsverpflichtung für den Zugriffsverlust herbeiführen, dürfte eine ausgewogene Rechtewahrung für das

Eröffnungsverfahren sichergestellt sein. Die Gesamtschau der Interessenlage ergibt nämlich, dass ein Leasinggegenstand vom Leasinggeber in vollen Wissen dem schuldnerischen Unternehmen zur Verfügung gestellt wurde und dies regelmäßig mit einer Langfristperspektive. Der Leasinggeber hat also nicht damit gerechnet den Leasinggegenstand zeitnah zurückzuerhalten. Seine Interessen sind regelmäßig durch die Zinszahlungsregelung und die Erstattungsfähigkeit von evtl. Wertverlust gewahrt.

Regelungsbedarf besteht für Leasingverträge somit nicht.

#### **IV. Stärkung der Gläubigerrechte**

Der Entwurf des Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen regelt als Merkmal der **Stärkung der Gläubigerrechte** gem. § 26 Abs. 4 eine Vorschusspflicht für jede Person, die den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig oder schuldhaft nicht gestellt hat.

Die Einfügung eines Abs. 4 mit entsprechendem Inhalt ist nur dann sinnvoll, wenn dem vorläufigen Insolvenzverwalter auferlegt wird, Feststellungen zum Zeitpunkt der Insolvenzreife zu treffen.

In Ermangelung einer entsprechenden Regelung in § 22 InsO ist es in der Praxis oftmals nicht möglich Ansprüche gegenüber den Geschäftsführern/Vorständen geltend zu machen oder eine geordnete Strafverfolgung im Zusammenhang mit §§ 64, 84 GmbHG herbeizuführen.

Ohne entsprechende Feststellungen des vorläufigen Insolvenzverwalters ist die Strafvorschrift der Insolvenzverschleppung nur ein „stumpfes Schwert“.

Die Gläubigerrechte werden sowohl innerhalb des Insolvenzverfahrens wie aber auch für neue Gläubiger außerhalb des Insolvenzverfahrens erheblich gestärkt, wenn § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO mit folgendem Wortlaut ergänzt wird:

„Es ist zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt die Insolvenz des Schuldners eingetreten ist.“

Der Insolvenzverwalter wird zwar häufig mangels Buchhaltung und wegen fehlender Ermittlungsmöglichkeiten keine genauen Angaben zum Zeitpunkt des Überschuldungseintritts machen können, er wird jedoch regelmäßig genaue Feststellungen zum Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit zu treffen in der Lage sein. Die entsprechenden Auskünfte und Belege erhält der Insolvenzverwalter regelmäßig durch Dritte z.B. durch Gläubiger oder Kreditinstitute.

Es sollte auch weiterhin die Verschärfung von § 26 Abs. 3 InsO erwogen werden. Hier ist eine Verpflichtung der Geschäftsführer/Vorstände und Gesellschafter (nach ihren Anteilen) bei Massearmut möglich, einem vom Gericht zu bestimmenden Vorschuss aus dem Privatvermögen zu leisten, damit ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Die antragspflichtigen Organe einer Gesellschaft **kalkulieren oftmals** mit der Abweisung mangels Masse, da in diesem Fall aufgrund des kurzphasigen Zeitraums des Eröffnungsverfahrens oft nur beschränkte Ermittlungsmöglichkeiten bestehen.

Eine entsprechende Verschärfung des § 26 Abs. 3 InsO lässt eine geringe Zahl von Abweisungen mangels Masse erwarten. Der Markt der „Unternehmensbestatter“ wird reduziert und die verstärkte Sanktion der Geschäftsführer/Vorstände im Falle einer verspäteten Anmeldung lässt auch eine gesteigerte Sanierungsfähigkeit der Unternehmen erwarten, da bei entsprechendem Drohpotential die Neigung abnimmt den Zeitraum der Insolvenzantragstellung „auszureizen“.