

Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus
CMS Hasche Sigle, Köln
Theodor-Heuss-Ring 19-21
50668 Köln
Email: rolf.leithaus@cms-hs.com

Stellungnahme

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung

vor dem

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

am 23.4.2008

zum

„Entwurf des Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen“,

insbesondere zum vorgeschlagenen § 108a InsO-E:

1. Einleitung

Dem Gesetzesvorschlag liegt zu Grunde, dass nach geltendem Recht der Insolvenzverwalter eines Lizenzgebers die Befugnis hat, dem Lizenznehmer durch Ausübung des ihm eingeräumten Wahlrechts nach § 103 InsO die Lizenz zu entziehen. Die Grundthese, dass auf Lizenzverträge § 103 InsO zur Anwendung kommt, wenn die übrigen Voraussetzungen der Norm erfüllt sind, entspricht der ganz herrschenden Meinung und auch der hier vertretenen Auffassung. Der Insolvenzverwalter kann daher nach geltendem Recht den Nichteintritt in einen Lizenzvertrag erklären, wenn dieser als von beiden Seiten noch nicht vollständig erfülltes gegenseitiges Dauerschuldverhältnis angelegt ist.

Der Lizenznehmer ist daher seiner vertraglichen Rechte im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Lizenzgebers nicht in jedem Fall sicher. Erhebliche und im Ergebnis durchschlagende Zweifel bestehen jedoch daran, dass vor diesem Hintergrund eine Änderung der Insolvenzordnung geboten oder auch nur wünschenswert ist.

2. Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung in der Insolvenzordnung

a) Ausgangslage

Die deutsche Insolvenzordnung kann sich als modernes und ausgereiftes Insolvenzgesetz sehen lassen. So ist es vom traditionellen Konkursrecht und dem dort bereits stark ausgeprägten Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung gekennzeichnet, erkennt dabei aber das in Deutschland ebenso starke Sachenrecht grundsätzlich an und kombiniert beide Grundsätze mit dem im amerikanischen Konkursrecht vorherrschenden Sanierungsgedanken. Die Insolvenzordnung erlaubt daher einerseits dem Sicherungsgläubiger eine - wenn auch gewissen Einschränkungen unterliegende - Durchsetzung seiner dinglichen Rechte, gewährt aber andererseits auch dem Schuldner die Möglichkeit, über einen Insolvenzplan oder - im Falle einer natürlichen Person - über die Restschuldbefreiung einen Schuldenerlass zu erreichen.

Besonders bemerkenswert und über viele andere Insolvenzgesetze hinausgehend ist aber der Umstand, dass der deutsche Gesetzgeber die (ungesicherten) Insolvenzgläubiger nicht nur vom Grundsatz her, sondern auch im Detail durchgehend gleich (und sei es gleich schlecht)

behandelt. Werden in vielen anderen Rechtsordnungen etwa der Fiskus und die Arbeitnehmer auf Kosten der übrigen ungesicherten Gläubiger bevorzugt, hat es der deutsche Gesetzgeber geschafft, dieses Vorrecht im Interesse aller Gläubiger und eines funktionierenden Insolvenzverfahrens zu beseitigen. Während unter der Konkursordnung die Konkursmasse weitgehend von den so genannten unechten Masseverbindlichkeiten gegenüber den Arbeitnehmern sowie Steuerverbindlichkeiten ausgehöhlt wurde, steht jetzt dem Verwalter und allen Gläubigern eine weitgehend ungeteilte Insolvenzmasse zur Verfügung. Diese Errungenschaften werden, das kann der Verfasser aus eigener Erfahrung bestätigen, von vielen ausländischen Insolvenzjuristen mit Bewunderung zur Kenntnis genommen.

b) Eingriff in den Gleichbehandlungsgrundsatz durch § 108 a InsO-E

Die vorgesehene Gesetzesänderung bedeutet einen Eingriff in das tragende Grundprinzip der Insolvenzordnung, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger. Dies wurde freilich an anderer Stelle¹ bestritten.

Zu Unrecht: Eine Gläubigerbenachteiligung kann auf unterschiedlichen Wegen herbeigeführt werden, etwa durch ausdrückliche Anordnung von Vorrechten bestimmter Gläubiger (wie im überkommenen § 61 KO) oder von „unechten“ Masseverbindlichkeiten (wie im überkommenen § 59 I Nr. 3 KO), durch (teilweise) Herausnahme bestimmter Rechtshandlungen aus dem Geltungsbereich des Anfechtungsrechts oder durch Anerkennung von (neuen) Aus- und Absonderungsrechten. Dadurch, dass § 108a InsO-E bestimmte Verträge dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters entziehen möchte, wertet die Vorschrift Verbindlichkeiten des insolventen Schuldners, die bislang als Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 103 II 1 InsO nur als einfache Insolvenzforderungen nach § 38 InsO zur Insolvenztabelle angemeldet werden können, zu Masseverbindlichkeiten nach § 55 I Nr. 2, 2. Alt. InsO auf. Dies führt automatisch einerseits zu einer Masseverkürzung und andererseits zu einer Verringerung der Insolvenzquote für andere Insolvenzgläubiger im Sinne des § 38 InsO, beides zugunsten einer bestimmten Gläubigergruppe: eine eindeutige Ausnahme vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.²

c) Interessenabwägung Lizenzgeber / Lizenznehmer

In der Gesetzesbegründung findet sich der Hinweis darauf, dass gerade im Bereich von Lizenzen vielfach der Lizenznehmer einen erheblichen Kapitaleinsatz leisten muss, der sich

¹ *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2008, S. 138ff. [139].

² *Mitlehner*, ZIP 2008, 450; *Mock*, ZInsO 2007, S. 1121.

erst über eine längere Vertragsdauer amortisieren kann. Gerade bei kleinen und mittelständischen Lizenznehmern könnte eine Insolvenz des Lizenzgebers schnell zu einer eigenen existenzbedrohenden Krise führen. Dies rechtfertigt aus Sicht der Befürworter der Regelung eine Ausnahme vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.³ Diese Argumentation berücksichtigt jedoch nicht die grundsätzliche Interessenlage in einer Insolvenz, da jedes Insolvenzverfahren negative wirtschaftliche Folgen bei allen mit dem Schuldner in Berührung kommenden Marktteilnehmern – schutzwürdige und weniger schutzwürdige – hervorruft. Der Umstand, dass die Insolvenz immer negative Auswirkungen auf unterschiedlichste Interessengruppen hat, rechtfertigt aber eben nur die Gleichbehandlung aller Gläubiger auf einem (und sei es schlechten) Niveau.

Mit dem Argument der Schutzbedürftigkeit könnte man ebenso rechtfertigen, dass Arbeitnehmer mit ihren Ausfällen bevorzugt werden, da diese für ihre persönliche Existenz vom Arbeitsentgelt abhängig sind und anderenfalls der Solidargemeinschaft zur Last fielen. Wiederum könnte man den Fiskus bevorzugen, da dieser schließlich Aufgaben für alle Bürger wahrnimmt und hierfür in besonderem Maße auf Steuergelder angewiesen ist. Die Liste ließe sich unendlich fortsetzen, aber genau diese Unendlichkeit legt es nahe, keine der genannten Interessengruppen zu bevorzugen. Genau dies war auch der Grund für die Abschaffung der Vorrechte in der Insolvenzordnung.

In der Gesetzesbegründung heißt es weiterhin, die Neuregelung solle „auch die individuellen Interessen des Lizenzgebers (hier: des Schuldners) und des Lizenznehmers (hier: des Gläubigers) zu einem angemessenen Ausgleich bringen“. Nimmt man diese Abwägung vor, so kommt man leicht zu dem Ergebnis, dass das Interesse des Schuldners kein hochstehendes ist. Wenn eine Sanierung des Schuldners ausscheidet, so stellt die Gesetzesbegründung zurecht fest, „erschöpft sich sein Interesse ... darin, einen möglichst hohen Wert für sein geschütztes Recht zu erzielen, um die nach Aufhebung des Verfahrens weiter bestehenden Verbindlichkeiten möglichst zu reduzieren.“ Dieses Interesse dürfte aber als eher gering einzuschätzen sein, da dem Schuldner (1) als natürliche Person der Weg der Restschuldbefreiung offen steht und (2) als juristische Person nach durchgeführter Insolvenz regelmäßig amtswegig gelöscht wird. Gegenüber dem Nutzungsinteresse des Lizenznehmers mag dieses Interesse daher unbedeutend erscheinen.

³ Vgl. Kunz-Hallstein/Loschelder, aaO, S. 139

d) **Interessenabwägung Lizenznehmer / Gemeinschaft der ungesicherten Gläubiger**

Den Interessen des Schuldners kommt allerdings im Rahmen des Insolvenzverfahrens ohnehin keine über die in § 1 InsO aufgeführte Sanierungsmöglichkeit hinausgehende Bedeutung zu. Vorrangig sind nach der Systematik der Insolvenzordnung die Interessen der Gläubigergesamtheit, also von Personen, die vom Insolvenzfall genauso (überraschend) getroffen werden wie der Lizenznehmer, und gerade nicht die eines einzelnen Gläubigers.

3. **Vergütungsanpassung als Ausgleich?**

Das Gläubigergesamtinteresse findet im vorgelegten Gesetzentwurf nur insoweit Niederschlag, als dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit eingeräumt werden soll, eine Anpassung der Vergütung zu verlangen, wenn zwischen der im Lizenzvertrag vereinbarten Vergütung und einer marktgerechten Vergütung ein „auffälliges Missverhältnis“ besteht. Diese Befugnis des Insolvenzverwalters dürfte sich aber in der Praxis als nicht handhabbar erweisen und dürfte auch zu ungerechten Ergebnissen führen. Die Ermittlung der im konkreten Fall marktgerechten Vergütung ist angesichts des gerade bei den bedeutsameren Lizenzen individuellen Charakters nur mit hohem (die Insolvenzmasse belastendem) finanziellen Aufwand möglich. Zudem trifft den Insolvenzverwalter die Beweislast für das „auffällige Missverhältnis“. Ein solches liegt nur dann vor, wenn der tatsächliche Wert der Lizenz erheblich über dem vorher vereinbarten liegt. Im Ergebnis wird sich der Insolvenzverwalter daher wohl in der Regel gegen die zeit- und kostenintensive, aber wenig Erfolg versprechende Wertermittlung entscheiden. Die Regelung wird daher auch von den bisherigen Stellungnahmen als insgesamt nicht praxistauglich angesehen.⁴

4. **Nebenflichten**

Problematisch ist auch die in § 108a S. 2 InsO-E vorgesehene Regelung über die Nebenpflichten aus Lizenzverträgen. Einerseits wird insoweit auch von Verfechtern der Neuregelung kritisiert, dass der Begriff des zwingend Geboten-Seins unklar ist und daher Anlass zu erheblichen Auseinandersetzungen zwischen Insolvenzverwaltern und

⁴ *Berger*, ZInsO 2007, S. 1142 ff. [1144]; *Wegener*, ZInsO 2008, S. 352 ff. [355]; *Trips-Hebert*, ZRP 2007, S. 225 ff. [227f.].

Lizenznehmern führen wird.⁵ Andererseits ist die Verpflichtung der Masse zur Erbringung von Leistungen, die sich am Interesse des Vertragspartners orientieren, weitgehend und unangebracht. Nach der als Vorbild angeführten amerikanischen Regelung (§ 365 (n) Bankruptcy Reform Act) kann der Lizenznehmer vom Verwalter kein positives Tun verlangen, womit dieser beispielsweise weder zu einer Verbesserung des geistigen Eigentums noch zu einer Klage gegen einen rechtsverletzenden Dritten gezwungen werden kann. Nach dem Entwurfstext scheinen solche Verpflichtungen demgegenüber nicht ausgeschlossen, was zu einer erheblichen Belastung der Masse führen kann.

5. Bisherige Praxis und Rechtslage in Deutschland

Nach bisher ganz herrschender Meinung steht – wie einleitend erwähnt – dem Insolvenzverwalter im Falle einer Insolvenz des Lizenzgebers in Bezug auf den als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Lizenzvertrag ein Wahlrecht im Sinne von § 103 InsO zu. Erklärt der Insolvenzverwalter den Nichteintritt in den Lizenzvertrag, so kann der Lizenznehmer seine Ansprüche aus dem Lizenzvertrag gegen die Insolvenzmasse nicht mehr durchsetzen.⁶ Der Insolvenzverwalter, auf den nach § 80 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse übergegangen ist, kann dann über das Schutzrecht des Schuldners ohne Rücksicht auf den mit dem Lizenznehmer abgeschlossenen Lizenzvertrag verfahren.

a) Abhängigkeit eines dinglichen Rechts vom zugrunde liegenden Vertrag

Bevor auf die Praxis des Wahlrechts bei Lizenzverträgen eingegangen wird, soll deutlich gemacht werden, dass schon technisch gesehen die Rechtslage beim Lizenzvertrag in der Insolvenz nichts Ungewöhnliches ist. Nach herrschender und auch hier vertretener Auffassung hängt die dem Lizenznehmer eingeräumte Lizenz rechtlich vom Bestehen des zugrunde liegenden Vertrags ab. Vergleichbar ist der Fall einer zur Sicherheit abgetretenen Forderung, etwa im Rahmen einer Globalzession zugunsten einer Bank. Die Forderung steht der Bank in der Insolvenz zwar grundsätzlich als Sicherheit zur Verfügung, jedoch kann sie aus unterschiedlichsten Gründen – und insbesondere wegen § 103 InsO - als Sicherheit wegfallen. Wenn nämlich die zedierte Forderung zwar durch einen entsprechenden Vertragsschluss entstanden ist, die Erfüllung des Vertrags, zB ein Werkvertrag über die

⁵ vgl. Wegener, aaO, S. 353f.; *Trips-Hebert*, ZRP 2007, S. 225 ff. [227].

⁶ Vgl. LG Hamburg ZUM-RD 2008, S. 77 ff. [81], unter Hinweis auf BGH NJW 2003, 2744 ff. [2745].

Erstellung eines beliebig großen Kraftwerks, aber vom Insolvenzverwalter kurz vor Fertigstellung unter Hinweis auf § 103 InsO abgelehnt wird, so geht die Forderungsabtretung ins Leere, die Sicherheit wird durch die Erfüllungsverweigerung wertlos. Warum Lizenzen insolvenzbeständig sein sollen, Werkverträge hingegen nicht, lässt sich vor diesem Hintergrund mit Recht fragen.

b) Wahlmöglichkeiten des Insolvenzverwalters

Bei einem unter § 103 InsO fallenden Lizenzvertrag stehen dem Insolvenzverwalter unterschiedliche Optionen zur Verfügung: Zunächst kann der Insolvenzverwalter in Bezug auf den Lizenzvertrag „Erfüllung“ wählen. Eine Erfüllungswahl erfolgt üblicherweise bei ausgewogenen Verträgen, die auch zukünftig die Insolvenzmasse mit Einnahmen mehren. Da das Insolvenzverfahren aber regelmäßig auf eine endliche Zeitdauer angelegt ist, kann es für den Insolvenzverwalter sinnvoll sein, den Lizenzvertrag mit dem bisherigen Lizenznehmer „nachzuverhandeln“. Der Verwalter wird bestrebt sein, die Lizenz insgesamt im Rahmen eines kaufähnlichen Geschäfts aus der Masse herauszulösen. Das Nachverhandeln kann zwar auch zur Folge haben, dass das Nutzungsrecht einem Dritten eingeräumt wird. In allen Fällen aber wird der bisherige Lizenznehmer immer in die Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter einbezogen.⁷ Dies wird der Insolvenzverwalter bereits deshalb tun, weil er davon ausgehen kann, dass der bisherige Lizenznehmer ein (eventuell geldwertes) Beharrungsinteresse hat. Daher verkennt *de Vries*,⁸ dass die §§ 103 ff InsO „Vertragsanpassungen nicht zulassen“: sie kommen sogar recht häufig vor, während drohende Erfüllungswahl oder –ablehnung nur Mittel zur Herbeiführung einer wirtschaftlich vernünftigen Lösung sind (vgl. hierzu noch unten 7.).

In jedem Fall wird der Insolvenzverwalter die Lösung suchen, die einen möglichst hohen Erlös zugunsten der Gläubigersamtheit verspricht. Der Insolvenzverwalter wird daher von der Möglichkeit, die Erfüllung des Lizenzvertrages endgültig abzulehnen, nur dann Gebrauch machen, wenn es gar keine oder eine andere für die Masse und damit für die Gesamtheit der Gläubiger günstigere Verwertungsmöglichkeit gibt. Gesetzlicher Auftrag des Insolvenzverwalters ist die ordnungsgemäße Abwicklung des Verfahrens, nicht die mutwillige Schädigung von Vertragspartnern des Insolvenzschuldners. Der Insolvenzverwalter trifft seine Entscheidungen ausschließlich unter wirtschaftlichen

⁷ hierauf weist zu Recht auch *Mitlehner*, ZIP 2008, S. 450, hin: „Hauptinteressenten an dem Kauf von Lizenzrechten sind die Lizenznehmer“.

⁸ *de Vries*, ZUM 2007, S. 898 ff. [903].

Gesichtspunkten. In vielen Fällen, in denen eine Lizenz von maßgeblicher Bedeutung für den Lizenznehmer ist, wird es aber gute wirtschaftliche Gründe für eine Fortsetzung der vertraglichen Beziehung zum Lizenzgeber geben. Hat nämlich beispielsweise der Lizenznehmer bereits erhebliche Investitionen geleistet, sei es, um Produktionsanlagen zu bauen oder um auf Grundlage des lizenzierten Patents selbst (womöglich ebenfalls patentierte) Weiterentwicklungen vorzunehmen, wird für diesen der Fortbestand der Lizenz einen höheren Wert haben als für einen Dritten, der seinerseits derartige Investitionen erst noch vornehmen müsste. Es ist also keineswegs so, dass – wie es in der Gesetzesbegründung und zahlreichen anderen Stellungnahmen anklingt – nach geltender Rechtslage der Eintritt der Insolvenz stets und unweigerlich zum Ausschluss der Nutzungsmöglichkeit und damit dem Verlust von Investitionen führt, vielmehr ist das Gegenteil der Fall.

Allerdings kann die Nutzungsmöglichkeit auch durch einen Konkurrenten des Lizenznehmers ausgeschlossen werden, der das Schutzrecht nur zum Zwecke der Behinderung des Lizenznehmers vom Insolvenzverwalter käuflich erwirbt. Ein solcher Fall mag vereinzelt vorkommen, er ist aber ebenfalls nicht auf den Lizenzvertrag beschränkt.

Die Insolvenz des Lizenzgebers kann für den Lizenznehmer sogar eine Chance beinhalten: Er kann mit dem Insolvenzverwalter gegen Zahlung eines einmaligen Lizenzentgeltes die Lizenz zeitlich ungegrenzt übernehmen, etwa dann, wenn eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes des Schuldners aus anderen Gründen nicht in Betracht kommt. In der Praxis ist es häufig so, dass der Erwerb bestimmter Vermögenswerte im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren günstiger erfolgen kann als dies bei einem Geschäft im *going concern* der Fall ist.

6. Existenzbedrohung des Vertragspartners als Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes?

Dem Konzept der Insolvenz ist wesensimmanent, dass die Insolvenz des Vertragspartners die eigene Insolvenz zur Folge haben kann. Das wurde traditionell vom Gesetzgeber schon immer in Kauf genommen. Es wurde von Befürwortern der Insolvenzfestigkeit des Lizenzvertrages angeführt, dass es Unternehmen gebe, die für die eigene Existenz auf das Bestehen(bleiben) einer von einem Dritten gehaltenen Lizenz angewiesen sind. Die Problematik der Abhängigkeit von einem Vertragspartner ist jedoch im allgemeinen Wirtschaftsleben nicht auf

Lizenzen beschränkt. So kann es auch so sein, dass ein Handwerker als Subunternehmer eines Baukonzerns im Falle der Insolvenz des alleinigen Auftraggebers durch Forderungsausfall, aber auch durch Wegfall des Vertragspartners selbst insolvent wird. Gleiches kann für einen selbständigen Handelsvertreter, für eine selbständige Vertriebsfirma und dergleichen mehr gelten. Im Fall des Lizenzvertrages kann vom Verfasser keine Besonderheit erblickt werden, die den Vertragspartner schutzwürdiger macht als in anderen auf Dauer angelegten Zusammenarbeitsverhältnissen.

Die Insolvenz eines Vertragspartners stellt stets eine Belastung für die andere Vertragspartei dar. Wie stark ein Vertragspartner von der Insolvenz des anderen betroffen ist, hängt vom Grad seiner Abhängigkeit ab, die wiederum unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung der bestehenden vertraglichen Bindung ist. Das Eintreten „ruinöser Auswirkungen“ stellt insoweit keine Besonderheit gerade lizenzvertraglicher Verhältnisse dar.

Der Grad der Abhängigkeit vom Vertragspartner ist besonders hoch, wenn einerseits dieser ein Monopol hinsichtlich des von ihm geschuldeten Gutes hat und andererseits gerade dieses Gut unabdingbar für die eigene wirtschaftliche Tätigkeit ist. Eine solche Abhängigkeit mag bei Lizenzverhältnissen vorkommen. Sie ist aber einerseits nicht auf Lizenzverhältnisse beschränkt und besteht andererseits keineswegs bei jedem Lizenzverhältnis. Zudem stellt sich die Frage, inwieweit ein Rechtssubjekt, welches sich – ohne entsprechende Absicherung durch eine Erfüllungsgarantie oder Versicherung (*completion bond*) – in eine derartige Abhängigkeitssituation begibt, tatsächlich insolvenzrechtlich schutzwürdig ist.

Wenn ein Unternehmen das geschützte Wissen eines anderen verwerten möchte, so kann dies durch einen Lizenzvertrag geschehen. Ebenso ist es aber möglich, dass ein Unternehmen unter Ausnutzung eines selbst erworbenen Patents ein bestimmtes Gut herstellt und an den Vertragspartner zur Weiterverwertung liefert. Die Beendigung der Lieferungen in Folge der Insolvenz stellt sich in diesem Fall als ebenso schädlich für den Abnehmer dar, wie der Verlust der eigenen Nutzungsbefugnis aus der Lizenz. Weshalb das Lizenzverhältnis schutzwürdiger sein soll, ist insoweit nicht erkennbar.

Hinzu kommt, dass die „ruinösen Auswirkungen“ nur dann eintreten werden, wenn der Lizenznehmer von einer oder wenigen Lizenzen abhängig ist. Viel häufiger wird es aber so sein, dass der Lizenzgeber der kleinere, wirtschaftlich schwächere Marktteilnehmer ist,

während der Lizenznehmer die stärkere Position hat, die auf der Auswertung zahlreicher Lizenzen beruht. So werden Arzneimittel von großen, weltweit tätigen Unternehmen auf den Markt gebracht, für die die Entwicklungskosten eines einzelnen Medikaments zwar unter Umständen bedeutsam, aber nicht existenzgefährdend sein müssen.⁹ Die in der Gesetzesbegründung aufgeführten Musikverlage mögen zwar „existenziell vom Bestand der abgeschlossenen Lizenzverträge abhängig“ sein. Die Abhängigkeit bezieht sich aber auf die Gesamtheit der abgeschlossenen Verträge. Die Insolvenz eines einzelnen unter zahlreichen unter Vertrag genommenen Künstlern stellt sich aber als wenig bedeutsam dar.

Übrig bleiben die Fälle, in denen tatsächlich ein Unternehmen nur dann überlebensfähig ist, wenn die ihm eingeräumte Lizenz bestehen bleibt. Wer allerdings eine derartige Abhängigkeit von einem anderen ohne ausreichende Drittsicherheit eingeht, muss auch das damit verbundene Risiko selbst tragen.

7. Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO als Sanierungsinstrument

Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, kann für die übrigen Gläubiger (unter Einschluss des Lizenznehmers) die Möglichkeit zu einer für die Insolvenzmasse günstigeren „Verwertung“ des dem Lizenzvertrag zugrunde liegenden Schutzrechts genau den Unterschied machen, der ihnen selbst das wirtschaftliche Überleben ermöglicht, sei es, weil unter diesen Umständen doch noch eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens insgesamt in Betracht kommt, sei es auch nur deshalb, weil sich die Insolvenzquote insgesamt erhöht. Im Nachstehenden soll daher dargelegt werden, welche Sanierungswirkungen dem (unbeschränkten) Wahlrecht des Insolvenzverwalters inne wohnen.

a) Im Insolvenzverfahren

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass sich die Rechtspositionen der unterschiedlichen Gläubiger(gruppen) in einem Insolvenzverfahren als kommunizierende Röhren darstellen: Was dem einen Gläubiger als Vorteil zugestanden wird, muss zwangsläufig anderen

⁹ ein Beispiel nennt *Trips-Hebert*, aaO, S. 225: Ein größeres Pharmaunternehmen entwickelt für auf Basis einer von einem BioTech-Startup eingeräumten Lizenz ein Medikament. Während der laufenden Entwicklung fällt das Startup-Unternehmen in die Insolvenz. Das Beispiel wird in der Praxis aber nicht zu „fatalen“ Ergebnissen führen. Vielmehr wird der Insolvenzverwalter des schuldnerischen BioTech-Startups alles daran setzen, dass die Entwicklungstätigkeit durch das Pharmaunternehmen mit Erträgen für die Insolvenzmasse fortgesetzt wird: Der Insolvenzverwalter wird daher nicht ablehnen, sondern entweder eintreten oder nachverhandeln

Gläubiger entzogen werden. Gibt es keine Gläubiger, die einen Sondervorteil genießen, erhalten alle Gläubiger insgesamt mehr. Im nicht unwahrscheinlichen schlimmsten Fall führt die Bevorzugung des Lizenznehmers und die „Unverwertbarkeit“ (etwa auch durch Nachverhandeln) der Lizenz dazu, dass der Insolvenzverwalter eine Masseunzulänglichkeit anzeigen muss, was regelmäßig dazu führt, dass eine Fortführung des schuldnerischen Geschäftsbetriebes und/oder eine übertragende Sanierung schon im Ansatz ausgeschlossen sind.

Das aufgrund von § 103 InsO ermöglichte *cherry picking* des Verwalters führt hingegen dazu, dass nutzbringende Verträge zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger fortgesetzt werden. Dabei hat der vom Wahlrecht „begünstigte“ Vertragspartner den Massebeitrag schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet, indem er mit dem später insolvent gewordenen Schuldner einen wirtschaftlich ausgewogenen oder gar für den Schuldner günstigen Vertrag abgeschlossen hatte (hierzu noch unten b)). Durch die Erfüllungsablehnung verhindert der Verwalter, dass mit Mitteln der Masse ein Vertrag erfüllt wird, der zukünftig einen Verlust erwirtschaftet. Möglicherweise haben gerade die Verträge, bei denen der Verwalter die Erfüllung ablehnt, in der Vergangenheit einen „Beitrag“ zur späteren Insolvenz geleistet.

Das Wahlrecht des Verwalters stellt somit einen Beitrag zur Massemehrung auf der einen Seite und der Masseschonung auf der anderen Seite dar. Die zur Verteilung an alle Insolvenzgläubiger gedachte Insolvenzmasse wird erhöht, was wiederum die Möglichkeiten verbessert, einen Insolvenzplan und/oder eine übertragende Sanierung und damit den Fortbestand des erhaltenswerten Kerngeschäfts des Schuldners in die Tat umzusetzen.

b) Zur Vermeidung eines Insolvenzverfahrens

Aber auch vor einem ansonsten drohenden Insolvenzverfahren kann § 103 InsO mittelbar als Sanierungsmittel herangezogen werden. Das ansonsten in der späteren Insolvenz drohende *cherry picking* des Insolvenzverwalters kann in der akuten Krisensituation von erfahrenen Restrukturierungsexperten in Nachverhandlungen über bislang unausgewogene Verträge eingesetzt werden. Eine außergerichtliche Einigung kann aufgrund geringerer Reibungsverluste (Kosten des Insolvenzverfahrens, Verwaltervergütung und „Imageschaden“) häufig eine für alle Beteiligten nutzbringendere wirtschaftliche Lösung herbeiführen.

Ein gewisses mit der Insolvenz des Lizenzgebers verbundenes *cherry-picking*-Risiko mag sich daher im Vorfeld einer sonst drohenden Insolvenz positiv auf Sanierungsbemühungen auswirken, da der Lizenznehmer in diesem Fall ein Interesse am wirtschaftlichen Wohlergehen des Lizenzgebers hat. So wird in der Literatur zum Teil empfohlen, sich als Lizenznehmer regelmäßig vom Lizenzgeber über dessen wirtschaftliche Situation informieren zu lassen. Auf diese Weise wird zunächst der Lizenzgeber angeregt, seine eigenen finanziellen Verhältnisse unter Kontrolle zu halten. Wenn Krisenanzeichen auftreten, können diese Anlass zu frühzeitigen Reaktionen durch den Lizenzgeber sein. Es können aber auch in diesem frühen Stadium Verhandlungen darüber geführt werden, wie der Lizenznehmer geschützt werden kann, sei es durch eine Unterstützung des Lizenzgebers, sei es durch den Erwerb des zugrunde liegenden Schutzrechts und die damit verbundene Auflösung des Dauerschuldverhältnisses. Möglicherweise kann hierdurch dann die Insolvenz im Vorfeld abgewendet werden.

Umgekehrt hat der Lizenznehmer keinerlei Interesse an einer Vermeidung der Insolvenz des Lizenzgebers, wenn sein Lizenzrecht in jedem Fall fortbesteht.

8. Vermeidungsstrategien des Wahlrechts nach bisherigem Recht

Für die Parteien bestehen aber auch nach geltendem Recht durchaus Möglichkeiten, den durch die Neuregelung zu vermeidenden Fall des Wegfalls der Lizenz durch die Insolvenz des Vertragspartners (und die negative Ausübung des Wahlrechts durch den Verwalter) zu vermeiden. Zu verweisen ist auf das Urteil des BGH vom 17. November 2005,¹⁰ auf Grund dessen nach der Gesetzesbegründung ein „zunehmend dringender Handlungsbedarf“ gesehen wird. In dieser Entscheidung hat der BGH aber nicht bloß die Anwendbarkeit des § 103 InsO auf den Lizenzvertrag bestätigt, sondern gleichzeitig und vor allem auch die von den Vertragsparteien im zu entscheidenden Fall gewählte vertragliche Sicherung der Nutzungsrechte des Lizenznehmers als wirksam und damit insolvenzfest anerkannt. Jedenfalls in den Fällen, in denen die Lizenz von existenzieller Bedeutung für den Lizenznehmer ist, wird ihm der aufschiebend bedingte Erwerb einer dauerhaften Lizenz gegen eine angemessene Vergütung möglich und zumutbar sein.¹¹

¹⁰ NZI 2006, S. 229 ff. = NJW 2006, S. 915 ff., vgl. hierzu etwa *Köhler/Ludwig*, NZI 2007, S. 79 ff.

¹¹ zweifelnd jedoch *Dahl/Schmitz*, NZI 2007, S. 626 ff. [631].

Es ist auf die Ausführungen oben (7.b)) zu verweisen: Haben die Parteien des Lizenzvertrages unter bestimmten Voraussetzungen die (bedingte) Möglichkeit einer Umgestaltung des Lizenzvertrages von einem Dauerschuldverhältnis in ein kaufähnliches Geschäft vereinbart, so verhindert unter Umständen selbst die spätere Insolvenz des Lizenzgebers nicht die Ausübung des Umgestaltungsrechts (vorausgesetzt natürlich, die Umgestaltung selbst ist wirtschaftlich angemessen und gefährdet die wirtschaftlichen Interessen der übrigen Gläubiger nicht). Daher sind Vertragsgestaltungen denkbar und durchführbar, die das potenzielle Wahlrecht des Insolvenzverwalters faktisch „aushebeln“, die Gläubiger in ihrer Gesamtheit nicht benachteiligen und, die trotzdem sicher stellen, dass die für den Fortbestand des Unternehmens des Lizenznehmers erforderliche Lizenz die Insolvenz des Lizenzgebers übersteht.

9. Missbrauchsmöglichkeiten durch § 108 a InsO-E

Die Beständigkeit der Lizenz in der Insolvenz kann Unternehmen dazu verführen, diese „Gesetzeslücke“ auszunutzen. So könnte ein Unternehmen gewerbliche Schutzrechte jenseits einer bestimmten Entwicklungsstufe nicht mehr selbst weiter verwerten und entwickeln, sondern an eine zu diesem Zweck gegründete Gesellschaft lizenzieren. So könnten die bisherigen Verluste und Risiken von den Vermarktungspotenzialen getrennt werden. Geschieht dies „früh“ genug (also außerhalb von einschlägigen Anfechtungsfristen), kann die Trägerin des Schutzrechts in die Insolvenz geführt werden, der Insolvenzverwalter erhält eine verhältnismäßig geringe (aber noch in keinem auffälligen Missverhältnis zur marktgerechten stehende) Vergütung und sämtliche weiteren Gewinne verbleiben in der lizenznehmenden Gesellschaft.

Weiterhin ist vorstellbar, dass bestimmte Dauerschuldverhältnisse zukünftig als Lizenzverträge oder lizenzvertragsähnliche Verträge ausgestaltet werden, um sie dem Wahlrecht des geplanten § 108 a InsO-E zu entziehen. Dieses Risiko erscheint umso größer als der Begriff der Lizenz in § 108 a InsO-E – was selbst von grundsätzlichen Befürwortern bemängelt wird – Auslegungsmöglichkeiten offen lässt.¹²

¹² vgl. etwa *Berger*, ZInsO 2007, S. 1142 ff. [1143].

10. Rechtsvergleich¹³

In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass andere Länder in ihrer nationalen Gesetzgebung Lizenzen insolvenzfest ausgestaltet haben. Weiter heißt es: „Dem soll durch die Schaffung des § 108 a InsO-E Rechnung getragen werden.“

a) Allgemeines

Die Gesetzgebung in anderen Ländern mag zwar Anlass dazu geben, über den Stand der eigenen Gesetzgebung und Rechtsprechung nachzudenken, sie genügt aber alleine nicht zur Rechtfertigung von gesetzgeberischen Maßnahmen. Es fragt sich bereits, ob konstatiert werden kann, dass eine andere Rechtslage in einem anderen Land für sich genommen schon einen „wirtschaftlichen Nachteil“¹⁴ darstellen kann. Wie bereits ausgeführt, liegt der Insolvenzordnung ein überzeugendes Konzept zu Grunde, welches sich in den vergangenen Jahren im Vergleich zur Rechtspraxis unter der Konkursordnung bewährt hat. Dieses Konzept in Frage zu stellen, was durch § 108a InsO-E geschieht, muss wohl durchdacht sein und im Ansatz schon zu vorsichtigem Handeln führen.

Aus nationaler Sicht bedenklich erscheint zudem, dass der Gesetzgeber die – wie dargestellt problematische – verfahrensrechtliche Lösung einer „materiell-rechtlichen Konstruktion“ vorziehen möchte, da die „dem nationalen Recht entlehnten Lösungsmöglichkeiten ... nicht geeignet [erscheinen], dem Sicherheitsbedürfnis des Lizenznehmers umfassend Rechnung zu tragen, und ... insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis, dem diese Rechtsformen fremd sind, kaum auf Akzeptanz stoßen [dürften].“ Vor der Globalisierung und der damit zunehmenden Zahl der internationalen Vertragsbeziehungen sollte der deutsche Gesetzgeber die Augen zwar nicht verschließen. Aber es ist keine Rechtfertigung ersichtlich, einen Rechtsgrundsatz punktuell aufzugeben, nur weil er angeblich dem anglo-amerikanischen Rechtskreis fremd ist und daher dort möglicherweise nicht auf Akzeptanz stößt.

b) Unterschiedliche Konzepte?

Auch verkennt der Regierungsentwurf offenbar, dass im anglo-amerikanischen Recht sowohl der Gleichbehandlungsgrundsatz als auch das *cherry picking* des § 103 InsO sehr wohl bekannt sind. Auch enthält das anglo-amerikanische Recht § 119 InsO vergleichbare Normen.

¹³ vgl. auch *Sleich/Götz*, DZWIR 2008, S. 58 ff. [59f.].

¹⁴ so *Sleich/Götz*, aaO, S. 59.

Allerdings ist das Lizenzrecht im anglo-amerikanischen Recht offenbar vom Wahlrecht des Verwalters ausgenommen.¹⁵

c) „Wirtschaftsstandort Deutschland“

Dass mit der Neuregelung das Ziel der „nachhaltigen Stärkung des Wirtschafts- und Forschungsstandorts Deutschland“ und „eine drohende Abwanderung lizenznehmender Unternehmen in das Ausland zur Nutzung der dortigen Insolvenzfestigkeit von Lizenzen“ verhindert werden kann, wird vom Verfasser vor dem Hintergrund der vorgenommenen Einschätzung der realen Situation bezweifelt. Bei diesem Argument ist weiter zu bedenken, dass Unternehmen mit einer solchen Ankündigung letztlich jede Forderung nach einer gegenüber dem Ausland vorteilhaften Behandlung rechtfertigen können. Standortentscheidungen sind aber von vielfältigen Faktoren abhängig. Die Behandlung des Lizenzvertrages in der Insolvenz stellt nur einen von vielen Faktoren dar, kann als solche den Wirtschafts- und Forschungsstandort Deutschland aber weder zerstören noch retten.

Im Gegenteil: zu einem ansiedlungswürdigen Wirtschaftsstandort gehört auch und vor allem ein funktionierendes und verlässliches Insolvenzrecht. Das moderne deutsche Insolvenzrecht weist durch die Abschaffung der Vorrechte (gerade solche der öffentlichen Gläubiger), die Fortführungsmöglichkeiten im Antragsverfahren (zB durch die Möglichkeit der Insolvenzgeldvorfinanzierung) und die Sanierungsfreundlichkeit (zB durch einen Insolvenzplan) Instrumente auf, die in vielen anderen Rechtsordnungen mit Bewunderung gesehen werden. Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass wirtschaftliche Vorgänge häufig kommunizierende Röhren sind.

¹⁵ vgl. *Schleich/Götz*, aaO, S. 60.

11. Alternative: Änderungen im Sachenrecht?

Das vom Gesetzgeber vorgebrachte Argument des Schutzes der Existenz gerade von kleinen Lizenznehmern erscheint ohnehin eher vorgeschoben zu sein. So sind es doch nicht die „kleinen Lizenznehmer“, die Einfluss auf die Gesetzgebung nehmen können, sondern vielmehr Verbände großer Unternehmen auf der einen (siehe das Beispiel oben 6.) und der Kredit gebenden Institutionen auf der anderen Seite.

Gerade Kreditinstitute dürften an der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen ein besonderes Interesse haben. Immerhin gewährleistet die Insolvenzfestigkeit eines Lizenzvertrages, dass die mit dem Vertrag verbundene Lizenz als Kreditsicherheit an die finanzierende Bank abgetreten oder verpfändet werden kann. In diesem Punkt mag natürlich auch ein Vorteil der Insolvenzfestigkeit der Lizenz gesehen werden. Den Entwicklern von Software, Arzneimitteln oder sonstigen schutzfähigen Immaterialgütern fehlt es häufig an den finanziellen Mitteln, um die Forschung und Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Vermarktung zu finanzieren. Können aber Lizenzen selbst als Kreditsicherheit herangezogen werden, mag dies überhaupt erst die Entwicklung des entsprechenden Know-Hows ermöglichen.

Ein solches Ziel sollte dann aber nicht mit einer punktuellen Ausnahme bestimmter Verträge aus dem Wahlrecht des Verwalters erreicht werden, sondern sollte zum Anlass genommen werden, sachenrechtliche Regelungen insgesamt umzustellen und das Lizenzrecht als echtes dingliches Recht zu gestalten.¹⁶ Dies kann nur durch Regelungen außerhalb des Insolvenzrechts erfolgen, die das Fortbestehen einer Lizenz ohne zugrunde liegenden Vertrag ermöglichen. Ob das aber im Hinblick auf die vorstehend beschriebene Problematik in einer Insolvenz wünschenswert ist, kann der Verfasser nicht feststellen. Aus Sicht eines funktionierenden Insolvenzrechts, insbesondere wegen des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, spricht aber mehr gegen die Erfindung neuer Sachenrechte.

¹⁶ ähnlich *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2008, S. 138 ff. [139].

Zusammenfassung der Ergebnisse

- Die geplante Einfügung des § 108a InsO-E stellt einen Eingriff in den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung dar, da er Verbindlichkeiten, die bislang im Rang des § 38 InsO angesiedelt wären, in den Rang von Masseverbindlichkeiten anhebt.
- Dass die Insolvenz eines Vertragspartners negative und sogar existenzbedrohende Folgewirkungen auf die anderen Vertragspartner hat, liegt in der Natur der Insolvenz. Eine Rechtfertigung für eine Besserstellung von Rechten von Lizenznehmern im Verhältnis zu sonstigen Vertragspartnern aus von beiden Seiten nicht vollständig erfüllten Verträgen im Sinne von § 103 InsO ist daher nicht zu erblicken.
- Dies gilt insbesondere im internationalen Vergleich: Der Wirtschaftsstandort Deutschland ist nicht einseitig aus der Perspektive von Parteien eines Lizenzvertrages zu sehen. Vielmehr ist ein funktionierendes und verlässliches Insolvenzrecht, das den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung schützt, im internationalen Vergleich als positiver Wirtschaftsfaktor anzusehen.
- Es ist nicht anzunehmen, dass ein Insolvenzverwalter im Falle der Insolvenz des Lizenzgebers regelmäßig und pauschal von seinem Wahlrecht in der Weise Gebrauch macht, dass er den Nichteintritt in den Vertrag wählt. Vielmehr überwiegend wahrscheinlich ist eine Erfüllungswahl oder ein Nachverhandeln über den Kauf der Lizenz aus der Insolvenz mit dem bisherigen Lizenznehmer.
- Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO ist als Sanierungsinstrument anzusehen und daher besonders schutzwürdig.
- Die bisherigen vertraglichen Möglichkeiten zur Eindämmung des Insolvenzverwalterwahlrechts bei Lizenzverträgen sind ausreichend. Es steht außerdem zu befürchten, dass § 108 a InsO-E missbräuchlich zur Trennung von Entwicklungs- und Vertriebsrisiken eingesetzt wird.
- Eine singuläre Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen in der Insolvenzordnung ist nicht angezeigt. Hierfür wären grundlegende Änderungen im Sachenrecht erforderlich. Aber auch solche sind aus insolvenzrechtlichen Erwägungen nicht angezeigt.

Köln im April 2008

RA Dr. Rolf Leithaus, Köln