

OPEN SOURCE IN DER INSOLVENZ - DIE WICHTIGSTEN KONSEQUENZEN EINER INSOLVENZ DES LIZENZGEBERS IM ÜBERBLICK

Erschienen in:
Computer und Recht - CR, Köln 2009, Heft 9, Seite 557 - 563

Axel Metzger^{*} / *Malek Barudi*^{**}

Open Source Software (OSS) ist aus der heutigen Softwarelandschaft nicht mehr wegzudenken. Kaum betrachtet wurden bisher die Auswirkungen, die sich aus einer Insolvenz des OSS-Lizenzgebers ergeben. Die Frage der Insolvenzfähigkeit solcher OSS-Lizenzen soll in diesem Beitrag in drei Schritten untersucht werden. Zunächst ist zu fragen, ob ein Ausstieg aus dem bestehenden Open Source Vertriebsmodell für den Insolvenzverwalter sinnvoll ist. In einem zweiten Schritt wird auf die Auswirkungen der Insolvenz des Lizenzgebers auf den OSS-Lizenzvertrag und die Nutzungsrechte sowohl vor als auch nach Verfahrenseröffnung eingegangen (. Schließlich ist auf die Reformbestrebungen hinsichtlich der Einführung eines neuen § 108a InsO und die zu erwartenden Folgen für OSS-Lizenzverträge zu blicken.

I. Einleitung

Das Schicksal von Softwarelizenzverträgen in der Insolvenz hat in den letzten Jahren Wissenschaft und Praxis in vielfältiger Weise beschäftigt.

^{*} Prof. Dr. *Axel Metzger*, LL.M. (Harvard) ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, Geistiges Eigentum, Informationstechnologierecht und Internationales Privatrecht, Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Universität Hannover.

^{**} Dipl.-Jur. *Malek Barudi* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am genannten Lehrstuhl.

1. Hintergrund

Ausgangspunkt ist die Insolvenzrechtsreform von 1999, welche die zuvor anerkannte Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen in Frage gestellt hat. Nach den Regelungen der KO war anerkannt, dass Lizenzverträge in analoger Anwendung des § 21 Abs. 1 KO als konkursfest zu behandeln waren.¹ Die Insolvenzordnung von 1999 hingegen übernahm in § 108 Abs. 1 InsO den Rechtsgedanken des § 21 Abs. 1 KO, engte aber den Anwendungsbereich auf Miet- und Pachtverhältnisse über unbewegliche Gegenstände ein, so dass heute umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen Lizenzverträge auch bei einer Insolvenz des Lizenzgebers fortbestehen. Während einige Stimmen in der Literatur jedenfalls bei dauerhafter Softwareüberlassung und der Erfüllung der Leistungspflichten von der Insolvenzfestigkeit ausgehen,² vertreten andere Autoren, dass herkömmliche, proprietäre Softwarelizenzverträge dem Wahlrecht des § 103 InsO unterfallen und bei Wahl der Nichterfüllung beendet werden können.³ Der Bundesgerichtshof stellte schließlich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 fest, dass nicht vollständig erfüllte Softwarelizenzverträge zwar in den Anwendungsbereich des § 103 InsO fallen, bereits erworbene Nutzungsrechte aber auch bei Wahl der Nichterfüllung des Vertrags durch den Insolvenzverwalter beim Lizenznehmer verbleiben.⁴ Die Notwendigkeit einer Regelung des Problems hat mittlerweile auch der Gesetzgeber erkannt (hierzu unter IV.).

2. Insolvenzfestigkeit von OSS-Lizenzen Offene Fragen bei der Insolvenz des OSS-Lizenzgebers

Ein bislang kaum beleuchteter Aspekt der Thematik betrifft die Insolvenzfestigkeit von Open Source Software Lizenzen⁵ (= OSS-Lizenzen) nach deutschem

¹ BGH, Urt. v. 27.4.1995 – X ZR 60/93, NJW-RR 1995, 936 (938).

² So etwa *Berger*, CR 2006, 505, 507; *Grützmacher*, CR 2006, 289 ff. Ähnlich auch *Wallner*, ZIP 2004, 2073 (2076).

³ So etwa *McGuire*, GRUR 2009, 13 (17); vgl. auch *Abel*, NZI 2003, 121 (124).

⁴ BGH, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, CR 2006, 151.

⁵ Eine Auflistung verschiedener Open Source Lizenzen ist zu finden auf der Website des Instituts für Rechtsfragen der freien und Open Source Software (ifrOSS), http://ifrOSS.de/ifross_html/lizenzcenter.html.

Insolvenzrecht.⁶ Vielfach sind es Unternehmen, die sich als Lizenzgeber an Open Source Projekten beteiligen, sei es, dass sie das Projekt anstoßen und als „maintainer“ des Projekts agieren, sei es, dass sie kleinere Beiträge zu bereits etablierten Entwicklungsgemeinschaften beitragen. Kommt es zu einer Insolvenz des Unternehmens, stellt sich die Frage, ob Lizenznehmer, die auf der Basis einer Open Source Lizenz Nutzungsrechte an der Software erworben haben, von der Fortgeltung dieser Nutzungsrechte ausgehen können. Ebenso drängend stellt sich die Frage, ob noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Nutzungsrechte an der Software erworben werden können. Das Problem stellt sich natürlich nicht nur bei der Insolvenz von Unternehmen, sondern auch bei einer Insolvenz von Einzelentwicklern.

Die wirtschaftliche Relevanz der Fragestellung soll an einem **Beispielfall** verdeutlicht werden:

Die Softwareschmiede S ist Maintainer des OSS-Entwicklungsprojekts „Robotix“, welches echtzeitfähige Steuerungssoftware für komplexe Produktionsmaschinen nach den Bestimmungen der GNU GPLv3 entwickelt. Die Maschinenbauerhersteller M1-M3 nutzen „Robotix“ für die Steuerung ihrer Produktionsmaschinen, die sie weltweit vertreiben. S bietet Service und Support für „Robotix“ an und profitiert von den Beiträgen der Kunden erheblich. Diese tragen zur ständigen Verbesserung und Optimierung des Programms bei. Dennoch hält S an 95 % des Codes die ausschließlichen Nutzungsrechte. S expandiert stark, die Kosten für Personal und die neuen attraktiven Geschäftsräume führen zur Zahlungsunfähigkeit. Insolvenzverwalter V überlegt, ob „Robotix“ künftig als „proprietäre“ Software angeboten werden soll und ob er oder ein Erwerber die Nutzungsrechte der Lizenznehmer M1-M3 beenden kann.

II. „Sinnhaftigkeit“ des Ausstiegs aus OS-Modell

Ist ein Unternehmen, das Software herstellt und unter OSS-Lizenzen vertreibt, insolvent, stellt sich für den Insolvenzverwalter die Frage, ob es ökonomisch sinnvoll

⁶ Vgl. hierzu bislang nur *Auer-Reinsdorff*, ITRB 2009, 69 ff.

ist, dieses als OSS entwickelte und verbreitete Computerprogramm in Zukunft proprietär zu verwerten. Die Frage lässt sich nicht generell und für alle Fallkonstellationen einheitlich beantworten.

1. Voraussetzungen proprietärer Lizenzvergabe

Möchte das Unternehmen oder ein Rechtsnachfolger das Programm selbst am Markt als proprietäre Software anbieten, so müssen mehrere Bedingungen erfüllt sein. Eine künftige proprietäre Nutzung der Software durch das Unternehmen oder einen Rechtsnachfolger ist erstens überhaupt nur denkbar, wenn die ausschließlichen Nutzungsrechte für die wesentlichen Bestandteile des Programms bei dem Unternehmen liegen und sich die Bestandteile, für die die Rechte bei Dritten liegen, ohne allzu großen Aufwand ersetzen lassen. Die Inhaberschaft der maßgeblichen Rechte an dem Programm bedeutet aber nicht automatisch, dass ein Wechsel der Lizenzstrategie wirtschaftlich sinnvoll ist. Vielmehr muss zweitens geprüft werden, ob für den betreffenden Softwaremarkt proprietäre Produkte überhaupt auf Akzeptanz stoßen. Dies kann man zum gegenwärtigen Zeitpunkt beispielsweise für isoliert vertriebene Webbrowser verneinen. Schließlich stellt sich drittens die Frage, ob sich proprietäre Upgrades des Unternehmens gegen die weiterhin am Markt befindliche Open Source Version realistischerweise durchsetzen können; dies erfordert einen entsprechenden Entwicklungsvorsprung vor Wettbewerbern und Kunden. Dürfen diese die älteren Open Source Versionen weiterentwickeln und verbreiten (hierzu sogleich unter III.), dann muss das Produkt des Unternehmens entsprechend besser sein, um die Nachteile des proprietären Vertriebsmodells für die Kunden auszugleichen.

2. Lizenzgebühr für weitere Nutzung

Eine andere denkbare „Verwertungsstrategie“ kann darin bestehen, das Programm nicht selbst am Markt anzubieten, sondern Dritten die weitere Nutzung der Programmbestandteile des insolventen Unternehmens zu untersagen bzw. die weitere Nutzung von der Zahlung von Lizenzgebühren abhängig zu machen. Hier stellt sich wiederum die Frage, wie bedeutend die Anteile des Unternehmens an dem Programm sind. Können sie ohne Weiteres durch Dritte substituiert werden, wird dies schnell geschehen. Sind die Anteile dagegen bedeutsamer oder machen wie in

dem obigen Beispielsfall sogar den weit überwiegenden Teil des Programms aus, so führt die schlichte Wahrnehmung eines Verbotsrechts zu einer wirtschaftlich unsinnigen Blockadesituation: Selbst wenn sich Lizenznehmer dazu bereit finden sollten, für die Codebestandteile des Unternehmens nunmehr Lizenzgebühren zu zahlen, dürften sie das Programm dennoch nicht mehr vertreiben, weil eine Kombination von proprietär lizenziertem Code und freien Programmbestandteilen nach den wichtigsten OSS-Lizenzen (GNU General Public License Version 2.0 oder 3.0) unzulässig ist. Kurzum: die schlichte Blockade der Nutzung durch Dritte eröffnet keine zusätzlichen Einnahmequellen und beschert dem insolventen Unternehmen einen erheblichen Imageschaden.

III. Auswirkungen der Insolvenz auf Open Source Lizenzen de lege lata

Welche Auswirkungen hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Lizenzgebers für den Lizenznehmer? Im Hinblick auf die Besonderheiten von Open Source Lizenzverträgen bietet es sich an, die Konsequenzen für den Lizenzvertrag gesondert nach dem Zeitpunkt der Einräumung vor bzw. nach Verfahrenseröffnung zu betrachten.

1. Rechtseinräumung nach Verfahrenseröffnung

Die Verfahrenseröffnung führt eine Reihe von Rechtsfolgen herbei, die sowohl das Verhältnis zwischen dem Insolvensschuldner und dem Insolvenzverwalter als auch die vertraglichen Beziehungen von Insolvensschuldner und Gläubigern betreffen.

Zu berücksichtigen ist, dass der Insolvenzverwalter mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvensmasse erlangt, § 80 Abs. 1 InsO. Der Schuldner verliert dadurch die Möglichkeit, selbst über das Vermögen zu entscheiden. Konsequenz des Verlusts der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis ist die Unwirksamkeit etwaiger nach Verfahrenseröffnung versuchter Einräumungen von Nutzungsrechten an der OSS.⁷ Der Verlust der Verfügungsbefugnis kann angesichts der dezentralen

⁷

Allgemein zur Unwirksamkeit von Verfügungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens siehe *Eickmann* in Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 31, Rz. 2 und 7 ff.

Vertriebsstruktur von OSS zu erheblichen Problemen führen. Jede vom Rechtsinhaber und von Dritten in Verkehr gebrachte Kopie eines freien Programms enthält die für OSS typischen Lizenzhinweise, welche als Angebot an jedermann auf Abschluss eines entsprechenden Lizenzvertrags und Erwerb der betreffenden Nutzungsrechte formuliert sind.⁸ Für den einzelnen Erwerber ist dabei nicht erkennbar, ob das Angebot noch besteht oder ob die Verfügungsbefugnis zwischenzeitlich auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist. Eine vergleichbare Situation regelt § 130 Abs. 2 BGB, wonach der Tod des Erklärenden nach Abgabe einer Willenserklärung keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Erklärung hat. Die Rechtsprechung hat eine analoge Anwendung auf den Fall der Beschränkung der Verfügungsbefugnis wegen Insolvenz aber abgelehnt.⁹ Auch scheidet ein gutgläubiger Erwerb von urheberrechtlichen Nutzungsrechten aus.¹⁰ Als zu gewagt erscheint auch eine Analogie zu § 33 S. 2 UrhG, weil es gerade an der Einräumung von Nutzungsrechten und damit an einer Rechtsposition mit *erga omnes*-Wirkung fehlt. Ähnliches gilt für die entsprechende Anwendung der vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Insolvenzfestigkeit aufschiebend bedingter Verfügungen, bei denen die Bedingung nach Eröffnung der Insolvenz eintritt.¹¹ In der hier unter III.1. behandelten Fallgestaltung fehlt es sowohl am Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens¹² als auch an einem aufschiebend bedingten Rechtserwerb. Die Position des Erwerbers, der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens den für OSS typischen Lizenzhinweis zur Kenntnis nimmt und einen entsprechenden Lizenzvertrag abschließen möchte, ist weniger gefestigt als im Fall des aufschiebend bedingten Rechtserwerbs. So bleibt als einziger Rettungsanker für die (vermeintliche) Rechtseinräumung nach Eröffnung

⁸ Jaeger/Metzger, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rz. 176.

⁹ Siehe BGH, Urt. v. 30.5.1958 – V ZR 295/56, BGHZ 27, 360 (366).

¹⁰ Vgl. nur Schricker in Schricker, UrhG, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 28 ff. Rz. 63.

¹¹ Siehe BGH, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, CR 2006, 151.

¹² Der OSS-Lizenzvertrag wird i.d.R. erst durch die Wahrnehmung einer in den Lizenzbestimmungen genannten Nutzung geschlossen, vgl. Ziffer 9 S. 5 GNU GPLv3. Mit Verfahrenseröffnung verliert der Insolvenzschuldner aber auch die Befugnis, Verpflichtungen mit Wirkung gegen die Masse zu begründen, vgl. Ott/Vuia in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 80 Rz 11; Klopp/Kluth in: Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 19 Rz. 14.

des Insolvenzverfahrens die Genehmigung durch den Insolvenzverwalter analog § 185 Abs. 2 BGB.

2. *Rechtseinräumung vor Verfahrenseröffnung*

Wie stellt sich die Rechtslage hinsichtlich der Ansprüche aus dem OSS-Vertrag und der Nutzungsrechte dar, die den Lizenznehmern vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeräumt worden sind?

Da der Insolvenzschuldner erst mit Verfahrenseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verliert, bleiben die vor diesem Zeitpunkt getätigten Rechtsgeschäfte wirksam.¹³ Der Insolvenzverwalter muss sie – sofern keine Anfechtungsgründe vorliegen – akzeptieren. Allerdings können persönliche Gläubiger, die zum Eröffnungszeitpunkt des Verfahrens bestehende Forderungen gegen den Insolvenzschuldner haben, diese nur noch als Insolvenzgläubiger gem. §§ 87, 38, 45 InsO geltend machen. Folge ist eine quotenmäßige Befriedigung der Forderungen entsprechend dem Rechtsgedanken der Gleichbehandlung der Gläubiger im Insolvenzverfahren. Hiervon sind jedoch Ausnahmen vorgesehen, die in den §§ 103 ff. InsO Erwähnung finden. Diese stellen Sonderregeln für Verträge dar, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch von keiner Seite vollständig erfüllt worden sind.¹⁴

Von Interesse ist im Zusammenhang mit Softwarelizenzverträgen insbesondere die Frage nach der Anwendbarkeit des § 103 InsO. Diese Regelung spricht dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht zur Erfüllung von gegenseitigen, noch von keiner Seite vollständig erfüllten Verträgen zu. Der Insolvenzverwalter kann entscheiden, ob der Vertrag auch im bestehenden Insolvenzverfahren erfüllt werden soll oder ob die Erfüllung abgelehnt wird mit der Folge, dass der Vertrag einredebehaftet bleibt und die Ansprüche gegen den Insolvenzschuldner in Insolvenzforderungen umgewandelt werden. Daher bleiben die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erfüllten Ansprüche aus Verträgen auch während des Verfahrens grundsätzlich

¹³ Siehe *Huber* in Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 34, Rz. 1.

¹⁴ *Kreft* in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 103 Rz. 1.

bestehen.¹⁵ Sie verlieren zwar ihre Durchsetzbarkeit, erlöschen aber nicht.¹⁶ Voraussetzungen für ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters sind zum einen das Vorliegen eines synallagmatischen Rechtsverhältnisses, zum anderen darf dieses Rechtsverhältnis noch von keiner Seite erfüllt worden sein. Nur dann ist der Anwendungsbereich des § 103 InsO eröffnet.¹⁷ Andernfalls bleibt es bei der insolvenzmäßigen Abwicklung des Vertrags.

Macht der Insolvenzverwalter von seinem Wahlrecht Gebrauch und entscheidet er sich für die Erfüllung des Vertrags, tritt dieser anstelle des Schuldners in den Vertrag mit dem Lizenznehmer ein.¹⁸ Die gegenseitigen Ansprüche erhalten ihre Durchsetzbarkeit wieder und werden zu originären Masseverbindlichkeiten aufgewertet,¹⁹ so dass sich für den Lizenznehmer nichts ändert.²⁰ Der Grundsatz des Insolvenzrechts, wonach ausstehende Forderungen der Gläubiger in Insolvenzforderungen umgewandelt werden, wird durchbrochen.

Lehnt der Insolvenzverwalter hingegen die Erfüllung des Vertrages ab, bleibt dieser einredebehaftet und die gegenseitigen Ansprüche sind nicht durchsetzbar. Der Lizenznehmer hat insofern nach § 103 Abs. 2 S. 1 i.V.m. §§ 38, 45, 87 InsO die Möglichkeit, die Ansprüche als Insolvenzforderungen anzumelden mit der Folge, dass diese Forderungen in einen Geldwert umgerechnet werden und dem Lizenznehmer eine quotenmäßige Befriedigung zusteht.

Die Auswirkungen einer Insolvenz des Lizenzgebers auf vor Verfahrenseröffnung geschlossene OSS-Lizenzverträge hängen damit maßgeblich davon ab, ob § 103 InsO anwendbar ist.

¹⁵ BGH, Urt. v. 25.4.2002 – IX ZR 313/99, NJW 2002, 2783 (2785).

¹⁶ Hierzu klarstellend *Kummer*, GRUR 2009, 293 (294).

¹⁷ *Huber* in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 103 Rz. 55, 91 ff.; *Andres* in Andres/Leithaus, InsO, 2006, § 103 Rz. 5 ff.

¹⁸ *Huber* in Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 35, Rz. 20.

¹⁹ *Kreft* in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 103 InsO Rz. 39; *Kroth* in Braun, InsO, 3. Aufl. 2007, § 103 InsO, Rz. 57.

²⁰ Vgl. *Berger*, CR 2006, 505 (506).

a) Open Source Lizenzvertrag als gegenseitiger Vertrag?

Das erste Kriterium, dass die Anwendbarkeit des § 103 InsO voraussetzt, ist ein synallagmatisches Rechtsverhältnis. Der Austauschcharakter eines Synallagmas äußert sich darin, dass der eine Vertragspartner die ihm obliegende Leistung nur deshalb erbringt, weil er dafür die Leistung des anderen Vertragspartners erhält. Diese erste Voraussetzung ist bei Verträgen über die Einräumung proprietärer Softwarelizenzen regelmäßig gegeben.²¹ Unabhängig davon, ob diese Softwareverträge als Kauf-/Werkverträge oder miet- bzw. pachtähnliche Verträge angesehen werden,²² kann ihnen der Austauschcharakter eines Synallagmas nicht abgesprochen werden.

Das *do ut des*-Merkmal eines gegenseitigen Vertrages ist bei OSS-Verträgen hingegen problematisch. Die unter Einbeziehung der bekannten OSS-Lizenzbestimmungen geschlossenen Verträge sehen keine Vergütung des Lizenzgebers für die Einräumung der Lizenz vor. Zwar sind insbesondere beim Erwerb von OSS über Distributoren verschiedene Vertragsgestaltungen bekannt, in denen die Überlassung der Software gegen Entgelt geschieht. Jedoch bezieht sich die Vergütung nicht auf die Erteilung der Lizenz, sondern auf Zusatzleistungen wie Support, Handbücher oder Kostenersatz für das Trägermedium. Abgrenzungsversuche, die auf Geld als Austauschleistung abzielen, müssen daher ausscheiden.

Vor diesem Hintergrund treten die schenkungsrechtlichen Elemente eines OSS-Lizenzvertrages zu Tage. Eine Schenkung ist ein einseitig verpflichtender Vertrag, der kein Synallagma aufweist und deshalb keinen gegenseitigen Vertrag i.S.d. § 103 InsO darstellt.²³ Da die bekannten OSS-Lizenzbestimmungen – insbesondere die GNU GPLv3 – die Entrichtung von Lizenzgebühren für die Einräumung eines Nutzungsrechts an der Software gerade nicht vorsehen, heißt dies mit anderen

²¹ Vgl. *Berger*, CR 2006, 505 (506); *Kroth* in Braun, InsO, 3. Aufl. 2007, § 103 Rz. 12.

²² Siehe zu den Versuchen der Einordnung der Vertragstypen in bekannte Rechtsverhältnisse *Kammel* in Kilian/Heussen, Computerrecht, 2008, 1. Abschnitt, Teil 17, IV.1.a) Rz. 71 ff.; *Spindler/Klöbn*, CR 2003, 81 ff.; *Plath*, CR 2005, 613 (614); *Brandt*, NZI 2001, 337 (338 f.); in der Terminologie teilweise abweichend *McGuire*, GRUR 2009, 13 ff.

²³ Vgl. *Huber* in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 103 Rz. 91; *Andres* in Andres/Leithaus, InsO, 2006, § 103 Rz. 6; *Kroth* in Braun, InsO, 3. Aufl. 2007, § 103 Rz. 15.

Worten, dass die Lizenzierung kostenlos ist.²⁴ Wenn nun aber das Verlangen einer Lizenzgebühr nach den OSS-Lizenzbestimmungen nicht möglich ist, deutet die Einräumung des Nutzungsrechts, ohne im Gegenzug eine äquivalente Leistung des Vertragspartners zu erhalten, auf die Qualifikation dieses Vertrags als Lizenzvertrag mit schenkungsrechtlichen Elementen hin.²⁵ Zwar hat der Lizenznehmer Pflichten, wie etwa die Namensnennung der Urheber und Einhaltung der „Copyleft“-Klausel; diese stehen aber nicht im Synallagma. Festzuhalten ist daher, dass OSS-Lizenzverträge nicht als gegenseitige Verträge i.S.d. § 103 InsO zu bewerten sind.²⁶

b) Erfüllung bei Open Source Softwarelizenzverträgen?

Selbst wenn man den OSS-Lizenzvertrag als gegenseitigen Vertrag ansehen wollte, wäre fraglich, ob dieser nicht bereits mit Abschluss des Lizenzvertrags erfüllt worden ist.

Erfüllung i.S.d. § 103 InsO meint Erfüllung gem. § 362 BGB.²⁷ Mit Blick auf Softwareverträge, die proprietäre Lizenzen zum Inhalt haben, ist festzustellen, dass gewöhnlich zwischen kauf-/werkvertragsähnlichen und miet-/pachtähnlichen

²⁴ Zwar sieht etwa die GNU GPLv3 die Möglichkeit vor, für Support und Garantie sowie für die Kosten des Trägermediums der Software ein Entgelt zu verlangen, vgl. Ziffer 4 Abs. 2 GPLv3. Das bedeutet indes nicht, dass Lizenzgebühren möglich sind. Die im Vergleich zu Ziffer 1 Abs. 2 GPLv2 leicht veränderte Wortwahl hinsichtlich der Vergütung für eine Kopie lässt nicht auf eine Änderung des gesamten Systems der GPL schließen. Vgl. zur absolut h.M. der Gebührenfreiheit der GNU GPL auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rz. 39 f.; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839 (843); *Spindler*, Rechtsfragen bei Open Source, 2004, A. Rz. 3; *Redeker*, IT-Recht, 4. Aufl. 2007, A.I.1.h Rz. 90; *Wiebe* in Leupold/Glossner, Münchener AnwaltsHandbuch IT-Recht, 2008, Teil 3.B.VIII.2 Rz. 83; *Hoeren/Sieber-Koch* in Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 2009, Teil 26.1, B.III.2.b) Rz. 75; *Harte-Bavendamm/Wiebe* in Kilian/Heussen, Computerrecht, 2008, 1. Abschnitt, Teil 5, A.VI.4.b) Rz. 107. Siehe hierzu auch Ziffer 11 der GNU GPLv3: „Because the program is licensed free of charge, there is no warranty for the program, to the extent permitted by applicable law.“ sowie die FAQ auf der gnu.org Website: „The GPL is a free software license, and therefore it permits people to use and even redistribute the software without being required to pay anyone a fee for doing so“, abrufbar unter <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html#DoesTheGPLAllowRequireFee>. Daher geht die Auffassung von *Auer-Reinsdorff*, ITRB 2009, 69, die von der Möglichkeit der Erhebung von Lizenzgebühren unter der neuen GNU GPLv3 ausgeht, fehl.

²⁵ Siehe hierzu ausführlich *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rz. 210 ff.

²⁶ Siehe *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rz. 215; *Koglin*, Opensourcerecht, 2007, 48 f. Anders für „Copyleft“-Lizenzen *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, 2005, Rz. 902 ff.

²⁷ Abzustellen ist auf den Leistungserfolg, nicht auf die Leistungshandlung, vgl. *Kroth* in Braun, InsO, 3. Aufl. 2007, § 103 Rz. 23.

Verträgen unterschieden wird.²⁸ So soll bei solchen Softwarelizenzverträgen, die Kaufverträgen ähneln, Erfüllung des Anspruches des Lizenzgebers durch Zahlung der Einmalvergütung vorliegen.²⁹ Dagegen hat der BGH im Hinblick auf pachtähnliche Softwarelizenzverträge, d.h. solche Verträge, die eine laufende Vergütung für die vom Lizenzgeber eingeräumten Nutzungsrechte vorsehen, ohne weitere Erläuterungen ausgeführt, dass diese als Dauerschuldverhältnisse einzustufen sind.³⁰ Regelmäßig sehen derartige Softwareverträge Pflege- und Weiterentwicklungspflichten und laufende Vergütungszahlungen vor, die erst mit Vertragsbeendigung vollständig erfüllt werden. Die Folge ist ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO.

Betrachtet man OSS-Lizenzverträge aus der Perspektive des Lizenzgebers, so ist eine Ähnlichkeit zu kaufähnlichen Lizenzverträgen zu entdecken. Zwar kann man dem OSS-Lizenzvertrag wegen der Pflichten des Lizenznehmers, sich an die Lizenzbestimmungen zu halten, einen gewissen Dauerschuldcharakter nicht absprechen.³¹ Jedoch erschöpft sich die Pflicht des Lizenzgebers sowohl bei proprietären kaufähnlichen Lizenzverträgen als auch bei OSS-Lizenzverträgen in der Einräumung eines einfachen, unbeschränkten Nutzungsrechts.

Sofern seitens des Lizenzgebers über die Einräumung der Lizenz hinaus weitere Verpflichtungen eingegangen wurden, ist zu berücksichtigen, dass eine etwaige Beendigung des Vertrags über Pflege- und Supportleistungen die Lizenzerteilung nicht berührt. Anders als bei proprietären Softwarelizenzverträgen, in denen eine Verknüpfung zwischen Lizenzerteilung und Supportvereinbarung vorhanden ist und eine Kündigung des Vertrags entweder die Lizenz automatisch zurückfallen oder ein Rückforderungsrecht entstehen lässt, ist das Nutzungsrecht an der auf der Grundlage

²⁸ Siehe oben Fn. 23.

²⁹ Siehe *McGuire*, GRUR 2009, 13 (21). Vgl. zur Problematik der Erfüllung bei Softwarelizenzverträgen *Grützmacher*, CR 2006, 289 f. (m.w.N.).

³⁰ BGH, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, CR 2006, 151 (152).

³¹ Die Einigung über das auf der Grundlage der GPL eingeräumte Nutzungsrecht etwa wird als auflösend bedingt aufgefasst, vgl. *Jaeger/Metzger*, GRUR 2008, 130 (136). Zur GPLv2 siehe *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839 (843); ihnen folgend LG München I, Urt. v. 19.5.2004 – 21 O 6123/04. CR 2004, 774 (775). Die auflösende Bedingung ergibt sich aus der Pflicht des Lizenznehmers zur Einhaltung der Lizenzbestimmungen, insbesondere der „Copyleft“-Klausel.

der GNU GPLv3 lizenzierten Software vom Bestand weiterer Vereinbarungen unabhängig. Insbesondere wird der OSS-Lizenzvertrag nicht bereits dann geschlossen, wenn die Software bestimmungsgemäß verwendet wird.³² Ein Vertrag über Supportleistungen und der Lizenzvertrag müssen nicht zeitgleich vereinbart werden. Vielmehr ist erst durch die Wahrnehmung der durch die GNU GPL offerierten Nutzungsrechte von einem Vertragsschluss auszugehen.³³ Räumt der Lizenzgeber die entsprechenden Nutzungsrechte ein, entspricht er seinen Pflichten aus dem Lizenzvertrag, so dass der Vertrag zumindest von einer Seite bereits erfüllt ist. Weitere Pflichten des Lizenzgebers hinsichtlich des Lizenzvertrags sind nicht vorhanden, so dass der Streit, inwieweit nicht erfüllte Nebenleistungspflichten einer Erfüllung des Vertrags entgegenstehen, für OSS-Lizenzverträge ohne Bedeutung ist.³⁴

c) Konsequenz der Nichtanwendbarkeit des § 103 InsO

OSS-Lizenzverträge stellen keine gegenseitigen Verträgen dar. Auch sind die sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche zumindest einseitig erfüllt. Daraus folgt, dass der Anwendungsbereich des § 103 InsO nicht eröffnet ist.

aa) Fortbestand des Lizenzvertrags und des Nutzungsrechts

Der Insolvenzverwalter muss Verfügungen und Verpflichtungen des Insolvenzschuldners, die er vor Verfahrenseröffnung getätigt hat, hinnehmen. Daher wird das Nutzungsrecht an der Software von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt. Da der Rechtsgrund für die Lizenzerteilung nicht wegfällt, darf der Lizenznehmer die Software unter den OSS-Lizenzbestimmungen weiterhin

³² Diese Nutzung ist dem Erwerber bereits über § 69d UrhG gestattet.

³³ Vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rz. 238.

³⁴ Von einigen Stimmen in der Literatur wird darauf abgestellt, dass der Zweck des § 103 InsO darin liege, das „funktionelle Synallagma“ zu erhalten, so dass die Nichterfüllung von bloßen Nebenleistungspflichten der Erfüllung i.S.d. § 103 InsO nicht entgegenstehe, vgl. *Plath*, CR 2005, 613 (614). Die überwiegende Meinung hingegen sieht über den genannten Zweck hinaus auch die Stärkung der Masse als beabsichtigt. Dem Insolvenzverwalter solle zum Vorteil der Maximierung der Masse die Wahl der Erfüllung von Verträgen nicht bereits dann abzusprechen sein, wenn die Hauptleistungspflichten erfüllt sind. Siehe zur h.M. *Huber* in *MünchKomm/InsO*, 2. Aufl. 2007, § 103 Rz. 123; *Grützmacher*, CR 2006, 289 (290); *Berger*, CR 2006, 505 (506); *Verweyen/Tacke*, K&R 2009, 87; *Pablow*, WM 2008, 2041 (2043); *Walner*, ZIP 2004, 2073 (2076).

verwenden.³⁵ Zwar wird vereinzelt die quasidingliche Wirkung eines einfachen Nutzungsrechts angezweifelt.³⁶ Der herrschenden Meinung im urheberrechtlichen Schrifttum ist bei der Einordnung einfacher Nutzungsrechte als quasidingliche Rechte aber zuzustimmen.³⁷ Hierfür spricht vor allem der Sukzessionsschutz aus § 33 UrhG, der zu einer rein schuldrechtlichen Berechtigung nicht passt.³⁸ Die Auffassung, dass das einfache Nutzungsrecht eine bloße schuldrechtliche Gewährung ist, die mit Verfahrenseröffnung wegfällt, kann daher nicht überzeugen.³⁹

Bezogen auf den oben genannten Beispielsfall hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Softwareschmiede S keine Auswirkungen auf die M1-M3 eingeräumten Lizenzen. Die Maschinenbauerhersteller können die Software folglich weiterhin unter den durch die GNU GPLv3 festgelegten Lizenzbestimmungen nutzen. Gleichzeitig sind sie verpflichtet, die nachrangigen Pflichten, die sich aus dem Lizenzvertrag ergeben, einzuhalten. Insolvenzforderungen, die sich aus nicht erfüllten Ansprüchen gegen den Lizenzgeber ergeben könnten, können nur aus den zusätzlichen Support- und Servicevereinbarungen herrühren, die getrennt von dem Lizenzvertrag zu betrachten sind.

³⁵ Insoweit ist der Streit über die Geltung des Abstraktionsprinzips im Urheberrecht an dieser Stelle irrelevant, da der Rechtsgrund – hier der Lizenzvertrag – auch in der Insolvenz weiterhin Bestand hat.

³⁶ Überblick zum Streitstand bei *Schricker* in Schricker, UrhG, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 28 ff. Rz. 49.

³⁷ Vgl. zur Quasidinglichkeit einfacher Nutzungsrechte *Schricker* in Schricker, UrhG, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 28 ff. Rz. 49 (m.w.N.), § 31 Rz. 6; *Wandtke/Grumert* in Wandtke/Bullinger, UrhG, 3. Aufl. 2009, § 31 UrhG Rz. 31/32.

³⁸ So auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007, Rz. 540.

³⁹ Die vieldiskutierte Entscheidung des LG Mannheim, Urt. v. 27.6.2003 – 7 O 127/03, CR 2004, 811 ff., in der vom Erlöschen auch einer dinglichen Lizenz analog § 9 VerlG ausgegangen wird, ist für OSS-Lizenzverträge aus zwei Gründen nicht einschlägig. Zum einen wurde aufgezeigt, dass OSS-Lizenzverträge dem Insolvenzverwalter kein Wahlrecht gem. § 103 InsO eröffnen, so dass die Entscheidung der Nichterfüllung sich nicht stellt. Zweitens wurde bereits dargelegt, dass der OSS-Lizenzvertrag auch in der Insolvenz des Lizenzgebers Bestand hat. Im Übrigen kann das Urteil aufgrund der nicht berücksichtigten BGH-Rechtsprechung zum Fortbestand von gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz nicht überzeugen, vgl. BGH, Urt. v. 25.4.2002 – IX ZR 313/99, NJW 2002, 2783 (2785); bestätigt durch BGH, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, CR 2006, 151 (153). Siehe zur Ablehnung eines automatischen Rückfalls dinglicher Rechtspositionen auch *Köhler/Ludwig*, NZI 2007, 79 (83 f.).

bb) Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung?

Fraglich bleibt insoweit allerdings, ob der Insolvenzverwalter in Bezug auf den OSS-Lizenzvertrag eine Anfechtungsmöglichkeit besitzt. Gem. § 129 InsO können vor Verfahrenseröffnung vom Schuldner vorgenommene, die Gläubiger benachteiligende Handlungen angefochten werden. Dies gilt gem. § 134 InsO insbesondere für unentgeltliche Leistungen des Schuldners aus den letzten vier Jahren vor dem Insolvenzantrag. § 134 InsO ist vom Gedanken getragen, dass bei unentgeltlichen Zuwendungen eine Gläubigerbenachteiligung offensichtlich ist und der Beschenkte darüber hinaus von der Rechtsordnung als weniger schutzwürdig angesehen wird.⁴⁰

Allerdings erfordern die Anfechtungstatbestände der §§ 129 ff. InsO einschließlich § 134 InsO den Nachweis der Gläubigerbenachteiligung. Die bloße Unentgeltlichkeit einer Leistung ist für die Annahme der Gläubigerbenachteiligung zwar in der Regel ausreichend, diese darf aber nicht automatisch angenommen werden.⁴¹ Für die typische OSS-Lizenzierung dürfte es an einer Gläubigerbenachteiligung trotz Unentgeltlichkeit fehlen. Unternehmen geben Software aus wirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen frei, etwa um an Entwicklungsleistungen von Kunden und Dienstleistern zu partizipieren, um mit Support und Spezialanwendungen Einnahmen zu erzielen oder um die Software als Standard zu etablieren oder jedenfalls möglichst weit zu verbreiten. In all diesen Fällen kann von der Unentgeltlichkeit der Lizenzierung nicht auf eine Gläubigerbenachteiligung geschlossen werden.

Darüber hinaus hätte eine etwaige Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger⁴² zu erfolgen.⁴³ Dies stellt den Insolvenzverwalter bei OSS vor faktische Probleme. Er müsste die einzelnen Lizenznehmer ermitteln und ihnen gegenüber die Anfechtung der Lizenz einräumung erklären. Wird im Ausgangsfall das Computerprogramm von den Lizenznehmern M1-M3 weiterverbreitet, und werden in der Folge

⁴⁰ *Leithaus* in Andres/Leithaus, InsO, 2006, § 134 Rz. 2; *Kirchhof* in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 134 Rz. 43 (m.w.N.).

⁴¹ *Kirchhof* in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 134 Rz. 43.

⁴² Hier gegenüber dem Lizenznehmer.

⁴³ *Kirchhof* in MünchKomm/InsO, 2. Aufl. 2007, § 134 Rz. 12 u. 14.

Lizenzverträge direkt zwischen der Softwareschmiede S und den Kunden von M1-M3 unter Berücksichtigung der GNU GPL geschlossen, stellt die Suche nach den unterschiedlichen Lizenznehmern eine kaum zu überwindende Hürde für den Insolvenzverwalter dar. Der Anfechtung stehen also rechtliche und faktische Hindernisse entgegen.

3. (Un-)stimmiges Gesamtbild

Nimmt man das bisher Gesagte insgesamt in den Blick, so ergibt sich folgendes Gesamtbild: Je nachdem, wann die Rechtseinräumung erfolgt, hat die Lizenz des Lizenznehmers Bestand oder wird ohne Genehmigung des Insolvenzverwalters erst gar nicht erworben. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeräumte Nutzungsrechte verbleiben vorbehaltlich einer möglichen Anfechtung durch den Insolvenzverwalter beim Lizenznehmer. Hingegen kann der Insolvenzverwalter den Erwerb von Nutzungsrechten nach Verfahrenseröffnung verhindern.

Bezogen auf den obigen Beispielsfall bedeutet dies, dass die Maschinenhersteller M1-M3 die Software weiterhin auf die Ihnen bekannten Arten nutzen können. Probleme können allerdings dort auftreten, wo die Maschinenhersteller nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Softwareschmiede S die Software weiter vertreiben. Ziffer 4 und 5 der GNU GPLv3 sehen (so wie alle anderen OSS-Lizenzen) vor, dass die Verbreitung von Kopien der Software jeweils unter Verwendung eines entsprechenden Hinweises auf die Geltung der Lizenz sowie einer Kopie des Lizenztexts zu erfolgen hat. Aus der Sicht eines unbefangenen Abnehmers stellt sich dieser Hinweis als Angebot auf Abschluss eines OSS-Lizenzvertrags mit der Softwareschmiede S dar, obwohl die S ein solches Angebot mangels Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis nicht mehr wirksam abgeben kann. Der Lizenznehmer gerät dadurch in eine Zwickmühle. Da er weiterhin an die Bestimmungen der Lizenz gebunden ist, darf er die Software nicht ohne die besagten Hinweise vertreiben. Dadurch erweckt er aber bei seinen Abnehmern den unzutreffenden Eindruck, diese könnten ihrerseits noch Lizenznehmer der S werden. Um einer Rechtsmängelhaftung gem. § 523 Abs. 1 oder § 435 BGB⁴⁴ zu entgehen bieten sich zwei Lösungswege an. Erstens kann der Lizenznehmer auf die Insolvenz des Lizenzgebers hinweisen und

⁴⁴ Vgl. hierzu *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rz. 258.

seine Kunden darüber aufklären, dass der Abschluss eines OSS-Lizenzvertrags gegenwärtig nicht möglich ist. Ein entsprechender Hinweis sollte allerdings nicht in den Text der GNU GPLv3 integriert werden, da die Lizenz nur unverändert verbreitet werden darf.⁴⁵ Zweitens kann der Lizenznehmer den Insolvenzverwalter bzw. den Erwerber der Rechte an der Software auffordern, ihm durch eine Individualvereinbarung die Nutzungsrechte einzuräumen, die er nach der GNU GPLv3 hat, ihn aber zugleich von der Pflicht der Weiterverbreitung des Lizenzhinweises zu entbinden. Eine solche Vereinbarung kann im Interesse beider Parteien liegen, sofern die dadurch mögliche Rechtsklarheit im Verkehr höher bewertet wird als die durch den Vertragsschluss verursachten Transaktionskosten.

IV. Reform der Insolvenzordnung (§ 108a InsO-RegE)

Der Regierungsentwurf aus dem Jahr 2007 schlägt vor, in einem neuen § 108a InsO-RegE grundsätzlich den Fortbestand von Lizenzverträgen bei einer Insolvenz des Lizenzgebers festzuschreiben.⁴⁶ Wissenschaftsvereinigungen und Branchenverbände haben Stellungnahmen zu dem Regierungsentwurf vorgelegt.⁴⁷ Dieser wurde mittlerweile an den *Bundestag* übermittelt und auch bereits im Rechtsausschuss behandelt. Angesichts des ungewissen Fortgangs der Novelle der Insolvenzordnung im neuen *Bundestag* soll hier nur in aller Kürze auf die Auswirkungen einer Verabschiedung des § 108a Inso-RegE auf die behandelten Fragen eingegangen werden.

Zunächst wäre es für Lizenznehmer im Bereich OSS eine erhebliche Verbesserung der Rechtslage, wenn gesetzlich klargestellt würde, dass die Insolvenz des

⁴⁵ Siehe den Einleitungssatz noch von der Präambel: „Everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this license document, but changing it is not allowed.“

⁴⁶ § 108a InsO-RegE (BT-Drs. 16/7416, 8): „(Schuldner als Lizenzgeber) Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. Besteht zwischen der im Lizenzvertrag vereinbarten Vergütung und einer marktgerechten Vergütung ein auffälliges Missverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann der Lizenznehmer den Vertrag fristlos kündigen.“

⁴⁷ Siehe die Stellungnahme der DGRI v. 10.9.2007, CR-Beilage 11/2007, auch abrufbar unter <http://www.dgri.de/publikationen/stellungnahmen>, und die Stellungnahme der GRUR, abgedr. in GRUR 2008, 138.

Lizenzgebers die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Lizenzvertrags im Grundsatz nicht berührt. Bei aller Unsicherheit, was als „Lizenzvertrag“ im Sinne der Vorschrift zu verstehen ist,⁴⁸ dürfte dies für OSS-Lizenzverträge kaum zweifelhaft sein. Insoweit erscheint der Ansatz als begrüßenswert. Die Frage der Nebenpflichten, welche in S. 2 des Vorschlags behandelt wird, dürfte sich bei OSS dagegen nicht stellen, da OSS-Lizenzen keine Nebenpflichten für den Lizenzgeber vorsehen. Klarstellungsbedarf besteht dagegen bei der in S. 3 vorgesehen Vergütungsanpassung. Ein prägendes Merkmal des OSS-Lizenzmodells ist, dass keine Vergütung für die Einräumung der Nutzungsrechte gezahlt wird (siehe III.2.a) oben). Die „marktgerechte Vergütung“ liegt folglich bei „null“, so dass eine Anpassung ausscheidet. Hier wäre ein klarstellender Hinweis in der Gesetzesbegründung wünschenswert. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die faktischen Probleme beim Ausstieg aus dem OSS-Lizenzmodell nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch bei Einführung des § 108a InsO-RegE erhalten bleiben (siehe III.1. oben). Es ist zwar rechtlich möglich, den weiteren Abschluss von OSS-Lizenzverträgen zu verhindern. Praktisch dürfte es für den Insolvenzverwalter aber unmöglich sein, allen im Markt befindlichen Kopien der Programme nachzuforschen.

V. Fazit

Für die Nutzer von OSS ergibt sich bei der Insolvenz des Lizenzgebers ein zweigeteiltes Bild. Haben sie die Nutzungsrechte vor der Insolvenz des Lizenzgebers erworben, so können sie das Programm weiter im Einklang mit den Bestimmungen der maßgeblichen OSS-Lizenz nutzen. Das bedeutet, dass sie das Programm nicht nur selbst bestimmungsgemäß benutzen dürfen, sondern dass auch der weitere Vertrieb in veränderter oder unveränderter Form zulässig bleibt. Da es sich bei OSS-Lizenzen nicht um gegenseitige Verträge im Sinne des § 103 InsO handelt und zudem der Lizenzgeber mit Abschluss des Vertrags seine Pflichten bereits erfüllt hat, steht dem Insolvenzverwalter kein Wahlrecht gem. § 103 InsO zu. Der Verwalter kann also nicht die Nichterfüllung wählen, um auf diese Weise die Rechte der Lizenznehmer zu beenden. Vielmehr besteht der Lizenzvertrag fort, die erworbenen

⁴⁸ Vgl. hierzu *McGuire*, GRUR 2009, 13, (19 ff.).

einfachen Nutzungsrechte verbleiben dem Lizenznehmer.

Anders stellt sich die Situation von Nutzern dar, die nach Insolvenzeröffnung Rechte aus OSS-Lizenzen erwerben wollen. Mit Verfahrenseröffnung geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über. Der Rechtserwerb hängt deswegen nunmehr von der Genehmigung des Insolvenzverwalters analog § 185 Abs. 2 BGB ab. Nutzer sollten daher darauf achten, dass sie wenn möglich vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Lizenzvertrag abschließen und dies auch entsprechend dokumentieren, da sie im Verletzungsverfahren die Darlegungs- und Beweislast für den Erwerb der Nutzungsrechte tragen. Wer nach Insolvenzeröffnung OSS weiter vertreiben darf, weil er die Nutzungsrechte früh genug erworben hat, sollte seine Abnehmer darauf hinweisen, dass ein Abschluss von OSS-Lizenzverträgen mit dem insolventen Lizenzgeber zurzeit nicht möglich ist. Andernfalls sind Ansprüche aus Rechtsmängelhaftung möglich. Die Verabschiedung des § 108a InsO-RegE würde an diesem Gesamtbild wenig ändern. Es bliebe bei der Wirksamkeit der vor Insolvenzeröffnung geschlossenen OSS-Lizenzverträge. Der Weg zu diesem Ergebnis wäre aber erheblich erleichtert.