



INSTITUT FÜR RECHTSFRAGEN DER FREIEN UND OPEN SOURCE SOFTWARE

Stellungnahme des Instituts für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software – ifrOSS – zur Neuregelung des § 108a InsO-E, Referentenentwurf des BMJ vom 18.1.2012

1.

Das Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software – ifrOSS ist ein privates Institut, das sich zum Ziel gesetzt hat, die Entwicklung der Freien Software in rechtswissenschaftlicher Hinsicht zu begleiten. Neben dem Thema Open Source beschäftigt sich das ifrOSS auch mit angrenzenden Phänomenen – wie etwa den Rechtsfragen von Open Content und Open Access – sowie mit allgemeinen Fragestellungen aus den Bereichen IT-Recht, Urheberrecht, Patentrecht, Vertragsrecht und Wettbewerbsrecht. Das ifrOSS besteht seit dem Jahr 2000 und hat sich durch Stellungnahmen an den Urheberrechtsreformen 2002, 2003, 2008 beteiligt. Die so genannten „Linux“-Klauseln in den §§ 32 III 3, 32a III 3, 32c III 2 UrhG gehen auf Initiativen des Instituts zurück.

2.

Dem ifrOSS liegt der folgende Entwurf des Bundesjustizministeriums vor, der Gegenstand dieser Stellungnahme ist:

§ 108a InsO-E

Schuldner als Lizenzgeber

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

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

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

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

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

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

Das ifrOSS erlaubt sich, zu diesem Gesetzesentwurf wie folgt Stellung zu nehmen, wobei wir uns nicht allgemein zur Problematik der Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen äußern werden, sondern allein auf die spezifischen Belange von freien und alternativen Lizenzmodellen, insbesondere Open Source Software, hinweisen.

3.

Bei der Lizenzierung von Open Source Software und Open Content sind anders als bei anderen Lizenzierungsmodellen regelmäßig zahlreiche Rechteinhaber involviert, die gemeinsam zu der Entwicklung eines Werkes beitragen. Dies kann eindrucksvoll bei dem Betriebssystem Linux und der Enzyklopädie Wikipedia beobachtet werden. Bei der gemeinsamen Werkentwicklung ist jeder Beitragende zugleich Lizenznehmer der Beiträge der anderen Bearbeiterurheber und Lizenzgeber der eigenen Beiträge. Daher führt eine Störung der Lizenzierbarkeit eines einzelnen Entwicklungsbeitrages zu einer Störung des gesamten Lizenzsystems.

Bei der Insolvenz eines Lizenzgebers ergeben sich die folgenden zwei Problembereiche.

a)

Wenn die Einräumung von Nutzungsrechten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt, stellt sich die Frage, ob § 103 InsO Anwendung findet. 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. Die bisherigen Stellungnahmen in der IT-rechtlichen Literatur gehen davon aus, dass beide Voraussetzungen für Open Source Lizenzverträge zu verneinen sind. In der insolvenzrechtlichen Literatur finden sich bislang, soweit ersichtlich, keine Stellungnahmen.

Wir halten eine gesetzliche Klarstellung in Anlehnung an die Regelungen der §§ 32, 32a, 32c UrhG aus den folgenden Gründen für dringend geboten. Die Nichtanwendung des § 103 InsO entspricht den Interessen der an dem Entwicklungsmodell Beteiligten sowie der Allgemeinheit. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossene Open Source Lizenzverträge sind regelmäßig im Hinblick auf die Hauptleistungspflichten von beiden Seiten vollständig erfüllt. Könnte der Insolvenzverwalter im Nachhinein den Rechtserwerb der Lizenznehmer in Frage stellen, so würde dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit der Nutzer führen. Bei diesen handelt es sich nicht nur um Endnutzer, sondern um Unternehmen aus den Bereichen Maschinenbau, Automobilindustrie, der IT-Wirtschaft und nicht zuletzt öffentlichen Hand, die als Nutzer und Lizenznehmer von Open Source Software auf eine dauerhafte Verfügbarkeit der betreffenden Technologien setzen. Auf diesen Aspekt nimmt beispielsweise auch der Koalitionsvertrag der momentanen Regierungsfractionen ausdrücklich Bezug.¹

Open Source Lizenzverträge zeichnen sich dadurch aus, dass sie typischerweise ohne individuellen Kontakt zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer abgeschlossen werden. Zudem dürfen für die Nutzung keine Lizenzgebühren verlangt werden. Daher ist es für den Insolvenzverwalter bereits faktisch kaum möglich, die weitere Erfüllung des Vertrags gegenüber individuellen Lizenznehmern abzulehnen. Ist darüber hinaus bei kollaborativ erstellten Wer-

¹ <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>, S. 102.

ken einer der Bearbeiter von Insolvenz betroffen, besteht die Gefahr, dass durch eine Ablehnung des Insolvenzverwalters für den entsprechenden Bestandteil, die darauf aufbauenden Bearbeitungen nicht mehr genutzt werden dürften. Auch dürfte sich bei einer Ablehnung eine anderweitige gewinnbringende Verwertung der lizenzierten Werke in den allermeisten Fällen nicht realisieren lassen, insbesondere wenn es sich um nicht selbstständig verwertbare Bestandteile größerer Programme oder anderer Werke handelt, an denen der Schuldner die Rechte hält (siehe hierzu *Metzger/Barudi*, Computer und Recht 2009, 557 ff.). Daher ist eine Benachteiligung der Interessen der Insolvenzgläubiger durch den Ausschluss des § 103 InsO nicht zu befürchten.

b)

Wenn die Einräumung von Nutzungsrechten rechtstechnisch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt, weil der Lizenznehmer das vor Eröffnung abgegebene Angebot erst nach der Eröffnung annimmt, stellt sich die Frage, ob der Lizenznehmer wegen der Beschränkung der Verfügungsmacht nach § 80 InsO noch wirksam Nutzungsrechte erwerben kann. Gegen den Rechtserwerb sprechen allein rechtsdogmatische Erwägungen, nämlich der Umstand, dass das abgegebene Lizenzvertragsangebot durch Wegfall der Verfügungsbefugnis als unwirksam erachtet wird (BGHZ 27, 360, 366). Dieses Ergebnis ist jedoch nicht interessengerecht und in der Praxis undurchführbar, da es wesentlich vom Zufall abhängt, ob die potenziellen Lizenznehmer die Nutzung einer Open Source Software vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufnehmen und dadurch das Lizenzvertragsangebot stillschweigend annehmen. Im Open Source Lizenzmodell ist dies deshalb besonders brisant, weil das Lizenzangebot dadurch abgegeben wird, dass der Lizenzgeber den Open Source Lizenztext dem Werk beifügt, so dass das Angebot bei der weiteren Verbreitung durch Distributoren losgelöst vom Einflussbereich des Lizenzgebers weltweit angenommen werden kann. Dies würde zu zwei Klassen von Open Source Lizenznehmern führen, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht. Zudem dürfte es – insbesondere für den Insolvenzverwalter – praktisch unmöglich sein zu ermitteln, wann die Nutzer von Open Source Software den Lizenzvertrag abgeschlossen haben. Denn der Erwerbsvorgang der Software, z.B. der Download eines Programms, findet in vielen Fällen nicht beim Lizenzgeber statt, sondern bei Dritten (Distributoren).

Diese Problematik ist in der Rechtswissenschaft noch wenig diskutiert und die aufgezeigten Lösungswege sind heterogen und führen ohne gesetzliche Regelung zu keiner befriedigenden rechtssicheren Lage (vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 3. Aufl., Rn. 170g).

4.

Vor dem Hintergrund der beschriebenen spezifischen Probleme sollte bei der geplanten Einführung des § 108a InsO-E eine Sonderregelung für Open Source und Open Content Lizenzverträge eingeführt werden. Wir schlagen vor, den vorliegenden Referentenentwurf durch einen neuen Absatz 4 zu ergänzen:

(4) Wenn der Schuldner durch Lizenzvertrag unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumt, so findet die Regelung des § 103 InsO keine Anwendung. Das vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgegebene Angebot auf Abschluss eines solchen Lizenzvertrags, kann auch nach Eröffnung angenommen werden.

Satz 1 soll die oben unter 3 a) beschriebene Problemlage der Lizenzvergabe vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine gesetzliche Klarstellung lösen. Die Nichtanwendung des § 103 InsO führt dazu, dass einmal eingeräumte Open Source Lizenzen auch nach Eröffnung uneingeschränkt ausgeübt werden können. Die Formulierung lehnt sich an die „Linux“-Klauseln in den §§ 32, 32a, 32c UrhG an, weil sie sich dort als neutrale Beschreibung des Entwicklungsmodells bewährt hat. Satz 2 ist im Hinblick auf das oben unter 3 b) behandelte Problem des Lizenzerwerbs nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erforderlich. Durch die

vorgeschlagene Regelung wird die Annahme des Angebots nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Annahme vor Eröffnung gleichgestellt. Im Zusammenspiel mit Satz 1 gewährleistet die Regelung die für das Entwicklungs- und Vertriebsmodell erforderliche Rechtssicherheit.

Kirchmöser, den 5. Mai 2012

Dr. Till Jaeger
Dr. Olaf Koglin
Dr. Till Kreuzer
Stefan Labesius, M.A.
Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)