

# Zeitschrift für Geistiges Eigentum

## Intellectual Property Journal

1.

Leseprobe  
2012

**Aus ZGE/IPJ 3 (2011):**

**Gerald Spindler**

Der Schutz virtueller Gegenstände 129–150

**Maximilian Haedicke**

Dingliche Wirkungen und Insolvenzfestigkeit von Patentlizenzen  
in der Lizenzkette 377–402

Die Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) bietet als forschungsorientierte Zeitschrift ein Forum für grundlagenorientierte Abhandlungen zum Patentrecht, Urheberrecht, Kennzeichenrecht und zu verwandten Rechtsgebieten. Dabei stehen nicht nur Fragen des geltenden Rechts im Mittelpunkt, sondern auch die rechtshistorischen, rechtsphilosophischen, methodologischen und – insbesondere – ökonomischen Grundlagen. Da das Recht des geistigen Eigentums wie nur wenige andere Rechtsgebiete vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt ist, soll die Zeitschrift nicht zuletzt einen Beitrag zur Entstehung einer genuin europäischen Dogmatik leisten.

The Intellectual Property Journal (IPJ) is a research-oriented journal dedicated to patents, copyright, trade marks and related areas of law. It provides a forum for articles which analyze fundamental issues of intellectual property law, including its historical, philosophical, methodological and – in particular – economic foundations. Since intellectual property law has been influenced by European Community law to a greater extent than other areas of private law, the journal will also aim at contributing to the development of a genuinely European doctrine.



**Mohr Siebeck**

**Herausgeber/** Maximilian Haedicke, Universität Freiburg/  
**Editors** Breisgau

Diethelm Klippel, Universität Bayreuth

Matthias Leistner, Universität Bonn

Ansgar Ohly, Ludwig-Maximilians-Universität  
München

Gerald Spindler\*

## Der Schutz virtueller Gegenstände

Der Beitrag befasst sich mit der intensiven Diskussion um den Schutz virtueller Gegenstände, die in der Grauzone zwischen realen Sachen und reinen Rechten angesiedelt sind, in der virtuellen Realität aber eine zunehmend große Rolle spielen. Die verschiedenen Ansatzpunkte für die Anerkennung eines virtuellen Eigentums werden ebenso diskutiert wie darüber hinausreichende Ansatzpunkte eines völlig neuen Rechts, dessen es indes angesichts bestehender Schutzmöglichkeiten nicht bedarf. Der Beitrag zeigt zudem die Parallelen zur gesellschaftsrechtlichen Diskussion um die Anerkennung von Mitgliedschaftsrechten in Netzwerken auf, insbesondere die daraus gezogenen Lehren, die sich auf die Frage des Schutzes virtueller Gegenstände übertragen lassen.

### I. Einleitung

Virtuelle Welten sind aus unserer gesellschaftlichen Umgebung nicht mehr wegzudenken. Ob es sich um „echte“ virtuelle Welten wie Second Life handelt, die digital die reale Welt nachahmen, um hochentwickelte Online-Spiele, wie World of Warcraft, oder simple soziale Netzwerke wie Facebook, die ebenfalls ihre Nutzer über Online-Spiele binden wollen, überall begegnen einem virtuelle Gegenstände. Diese Gegenstände werden inzwischen lebhaft gehandelt, können bestellt werden, mitunter je nach persönlichem Gusto, sie können auch wieder veräußert werden. Aber auch um ihre Integrität wird gebangt, wenn etwa Dritte ihre virtuelle Existenz zerstören – und das nicht mit spielerischen Mitteln, oder wenn schon der Zugang zu ihnen versagt wird. Eine qualitative Steigerung dieser virtuellen Gegenstände stellt ihre Verknüpfung mit entsprechenden Identitäten dar, wenn etwa bestimmte Spielkreaturen mit Spielern mehr oder minder dauerhaft verbunden werden, damit sie quasi ihre digitale Identität in einem Spiel annehmen. Hier mutiert das Objekt zum (quasi-) Subjekt, verkörpert sich doch der Spieler in dem virtuell geschaffenen Gegenstand.

---

\* Prof. Dr. jur. Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht an der Universität Göttingen. Der Beitrag wird ebenfalls im Sammelband von Leible/Hoffmann/Zech (Hrsg.), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, der demnächst erscheint, abgedruckt. Der Autor dankt für die Genehmigung zum Vorabdruck in der ZGE.

Im Folgenden werden nach einer kurzen Darstellung der Phänomene virtueller Gegenstände (II.) sowie verwandter Phänomene (III.) die rechtlichen Grundlagen der virtuellen Gegenstände kurz beleuchtet (IV.1), um sich sodann den verschiedenen Schutzmechanismen zuzuwenden, etwa denen des Urheberrechts (IV.2.) oder des Deliktsrechts (IV.4.). Aus Raumgründen müssen hier leider die äußerst interessanten und gerade für die grenzüberschreitenden Spiele, wie World of Warcraft, relevanten Fragen des Kollisionsrechts offen und einem weiteren Beitrag vorbehalten bleiben.<sup>1</sup>

## II. Phänomene virtueller „Gegenstände“

### 1. Avatare

In einer virtuellen Welt, die für ihre Nutzer als Parallele zur realen Welt geschaffen wurde, ist es keine Überraschung, dass sich die Nutzer ein virtuelles Pendant schaffen. Bei einem solchen sogenannten Avatar handelt es sich um die graphische Form, in welcher der Nutzer in der virtuellen Welt repräsentiert wird. Zugriff und Kontrolle hinsichtlich seines Avatars kann der Nutzer ebenso wie bei E-Mail-Accounts oder anderen Online-Zugängen mittels eines Benutzernamen und Passworts ausüben. Je nach genutzter Plattform und Vorlieben des Nutzers kann ein solcher Avatar sowohl ein menschliches Äußeres haben, als auch in Form eines Phantasieobjektes erscheinen. Technologisch wird der Avatar durch eine vom Plattform-Anbieter zur Verfügung gestellte Software gerendert und kann vom Nutzer in Bezug auf Geschlecht, Haar- und Hautfarbe, Körperform und Kleidung wunschgemäß angepasst werden. Hierbei gibt es in der Regel – abgesehen von den Parametern der betreiberseitig implementierten Software – keinerlei Vorgaben oder Einschränkungen, so dass sich der Nutzer ein digitales Ebenbild aber auch eine völlig neue Identität schaffen kann. Weitere Anpassungen an die individuellen Vorstellungen und Bedürfnisse ermöglichen die Kreation sowie den Erwerb von Zubehör und Kleidung. Da die Personalisierung des Avatars eines hohen zeitlichen und mitunter auch finanziellen Aufwandes bedarf, hat sich mittlerweile auch ein Markt für den Handel mit einzelnen äußerlichen Attributen, aber auch vollständigen Avataren etabliert.<sup>2</sup>

Abgesehen von einer Personalisierung des äußeren Erscheinungsbildes, verändern sich in der Regel auch die Fähigkeiten des Avatars bei der Nutzung,

1 S. dazu vorab *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 2010, S. 302 ff.; *Psczolla*, Onlinespielrecht, 2008, S. 197 ff.; *Freitag*, in: Taeger/Gabel/Buchner/Habel/Schubert (Hrsg.), Rechtsfragen virtueller Welten, S. 63; zu den Problemen bei internationalen Software-Lizenzverträgen s. etwa *Klimek/Sieber*, ZUM 1998, 902; *Lejeune*, ITRB 2003, 247; zum anwendbaren Recht im Internet *Redeker*, ITRB 2001, 293.

2 So zum Beispiel auf dem Marktplatz von Second Life unter <https://marketplace.secondlife.com/> oder bei plattformunabhängigen Anbietern wie etwa bei <http://www.game-accounts.de>.

indem er etwa neue körperliche oder soziale Fähigkeiten – z. B. Stärke, Schnelligkeit und Charisma – erlangt. Ein gut entwickelter Avatar ist dann vor allem für solche Nutzer interessant, die in ein höheres Spiellevel einsteigen, sich jedoch die Mühe ersparen wollen, selber eine Charakterentwicklung zu erspielen (sogenanntes Leveln des Charakters). Die Weiterentwicklung des Charakters kann durch sogenannte „Power-Leveling-Services“ beschleunigt werden. Hierbei handelt es sich um ein Angebot, bei dem der Nutzer seinen Charakter vorübergehend einem professionellen Spieler überlässt, der diesen dann auf ein bestimmtes Level „hochspielt“.<sup>3</sup> Die Betreiber versuchen dieser Problematik entgegenzutreten, indem Sie das Power-Leveling ausdrücklich verbieten.<sup>4</sup> Auch enthalten die allgemeinen Geschäftsbedingungen Klauseln, dass der Nutzer „keinen Eigentums- oder Besitzanspruch an dem Account habe“<sup>5</sup>.

Als Ausgangspunkt der Kommunikation in der virtuellen Welt repräsentiert der Avatar so das „digitale Ich“ des Nutzers. Während bei klassischen (linearen) Computer- und Konsolenspielen die Handlungsmöglichkeiten oftmals betreiberseitig in einem mehr oder weniger strengen Rahmen vorgegeben sind und der Avatar als bloße Spielfigur auf dem „digitalen Spielbrett“ erscheint, hat der Spieler bei den heutigen (nicht-linearen) Online-Rollenspielen wie World of Warcraft oder virtuellen Welten wie Second Life nahezu unbegrenzte Möglichkeiten, seinen Avatar durch das digitale Leben zu navigieren und mit Gegenständen oder den Avataren anderer Nutzer zu interagieren. Der Nutzer kann so mittels seines Avatars Handel betreiben oder sich sonst spielerisch oder unternehmerisch betätigen. Technisch wird dies durch zahlreiche Animationen, die sowohl vom Plattformbetreiber zur Verfügung gestellt werden, als auch von den Benutzern selber kreiert und hochgeladen (und ebenfalls gehandelt) werden können, ermöglicht. Die Kommunikation zwischen den Avataren wird durch Integration von Voice-Applikationen oder Chatkanälen ermöglicht.

## 2. Spielgegenstände

Neben dem Avatar als (quasi-) Subjekt – also dem genannten virtuellen Pendant der eigenen Person oder einer zumindest aufgrund seiner eigenen Persönlichkeit selbst geschaffenen Figur – sind die in den jeweiligen Spielwelten oder sozialen Netzwerken verfügbaren virtuellen Gegenstände von Bedeutung. Der Nutzer und/oder sein Avatar benötigen diese, um im Rahmen der vorgegebenen Strukturen mit anderen Nutzern nach ihren Vorstellungen unterschiedlich

3 Etwa bei dem Anbieter [www.playerarmory.de](http://www.playerarmory.de). Zum Powerleveling s. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 122.

4 Siehe Punkt III.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von World of Warcraft unter <http://www.wow-europe.com/de/legal/termsfuse.html>.

5 Punkt I. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von World of Warcraft unter <http://www.wow-europe.com/de/legal/termsfuse.html>.

interagieren zu können. In Onlinewelten wie beispielsweise der von World of Warcraft ist also nicht nur die Frage nach der Schaffung einer virtuellen Identität von Bedeutung, sondern darüber hinaus auch und vor allem, was diese in der Lage ist zu tun. So verdeutlicht sich, warum gerade virtuelle Gegenstände von immenser Bedeutung für die Nutzer sein können. Denn führt man seinen Avatar in die „Schlacht“, so entscheidet insbesondere die Qualität und der Umfang seiner Ausrüstung über Erfolg und Misserfolg,<sup>6</sup> und somit letztendlich über Anerkennung seines (quasi-) Ichs innerhalb der Spielwelt und damit den Grad an Unterhaltung, welcher dem Nutzer vermittelt wird. Zudem kann der Art und dem Umfang der Ausrüstung ein erheblicher Prestigewert innewohnen. So kommt es häufig vor, dass ein Nutzer in World of Warcraft trotz der Inflation an neuen Ausrüstungsgegenständen weiter nach einem bestimmten Gegenstand sucht nur um ein „Set“ zu komplettieren, obschon seine sonstige Ausrüstung inzwischen als qualitativ höherwertig anzusehen ist. Die Erscheinungsformen der Spielgegenstände lassen sich demzufolge danach differenzieren, ob das neu erlangte Gut tatsächlich zu einer Verbesserung der Handlungsmöglichkeiten innerhalb der Spielwelt beiträgt (bessere Waffen, Fahrzeuge usw.) oder aber rein ideelle Vorteile im Vordergrund stehen (Kleidung und Accessoires für den Avatar, „Sammlerwert“ eines Gegenstandes).

Dementsprechend ist nicht verwunderlich, dass sich in den vergangenen Jahren ein stetig wachsender Markt für virtuelle Güter etabliert hat, der auf die besonderen Bedürfnisse dieser Nutzergruppe ausgerichtet ist.

Unterschieden werden kann dabei zunächst grob zwischen dem Handel mit virtuellen Gütern, welche der Hersteller oder Unternehmer dem Nutzer selbst zum Kauf anbietet und damit eine Individualisierung und/ oder Verbesserung der virtuellen Spielfigur ermöglicht, sowie zwischen dem Handel unter den einzelnen Nutzern selbst. Bei Letzterem werden im Rahmen der durch Programmierung vorgegebenen Umgebung mittels Aufwand von Können und Spielzeit erlangte oder aufgrund von Einsatz eigener Kreativität geschaffene Gegenstände anderen Nutzern angeboten. Die Geschäftsbeziehungen kommen dann entweder direkt innerhalb der einzelnen Spielwelt mittels Tausch oder Verkauf, oder aber extern auf Internethandelsplattformen zustande. Aufgrund der recht speziellen Anforderungen an den Austausch von derartigen Leistungen haben sich neben eBay direkt auf diesen Markt ausgerichtete Plattformen entwickelt.<sup>7</sup> Diese werden inzwischen zu großen Teilen von den Spieleherstellern selbst unterstützt und teilweise direkt in die Spiele integriert, so dass eine Partizipation an den Umsätzen sowie eine Überwachung des Marktes ermöglicht wird.<sup>8</sup> Der Mehrwert für den Käufer/ Tauschpartner kann sich dabei durch den virtuellen Handel beispielsweise aus der

6 *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397.

7 Handelsplattformen wie [www.fatfoogoo.com](http://www.fatfoogoo.com) oder [www.liveplayer.com](http://www.liveplayer.com).

8 <http://www.livegamer.com/products/player-to-player/>.

Verbesserung der Spielfigur ohne Aufwendung der normalerweise dafür notwendigen Spielzeit, oder aber auch aus dem Profitieren von fremder Kreativität ergeben. In der Konstellation Unternehmer/Nutzer unterscheidet sich der Erwerb virtueller Güter hingegen nicht vom herkömmlichen Erwerb von Software.

Neben dem Handel mit virtuellen Gütern ist es in der Vergangenheit auch schon zum „Diebstahl“ derselben gekommen: Genauso wie andere Onlinezugänge können die Benutzeraccounts für eine virtuelle Welt gehackt bzw. die Zugangsdaten durch Phishing ausgespäht werden; ebenso kann der Nutzer durch Täuschungsmanöver dazu gebracht werden, sich seiner virtuellen Gegenstände zu entledigen.<sup>9</sup>

### 3. Sonstige Phänomene in virtuellen Welten

#### a) Virtuelle Währungen

Die Notwendigkeit virtuelle Gegenstände zu erwerben hat nicht nur Marktplätze hervorgebracht, auf denen mit diesen gehandelt werden kann, sondern es hat sich auch ein Dienstleistungssektor etabliert, der sich – oftmals nicht im Einklang mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformbetreiber – auf die Beschaffung virtueller Werte konzentriert. In diesem Zusammenhang ist die virtuelle Währung zu nennen. Diese plattformspezifischen Zahlungsmittel dienen häufig wiederum selbst dem Erwerb von den oben genannten virtuellen Gütern. In einigen Fällen ist aber auch ein Umtausch der virtuellen Währung in reale Güter möglich.<sup>10</sup> Eine Besonderheit stellt hierbei das sogenannte „Gold Farming“ (oder „Real-Money-Trading“) in Onlinespielen dar. Hierbei handelt es sich um den Handel mit virtueller Währung gegen reales Geld.<sup>11</sup> Es werden etwa in Niedriglohn-Ländern Vollzeitkräfte zum Sammeln der virtuellen Währung eingestellt. Da dies sehr zeitintensiv ist, sind einige Spieler bereit, für die so erlangten Devisen reales Geld zu zahlen. Dieser Handel wird über eigens hierfür eingerichtete Webseiten und unter Zugrundelegung einer „exchange rate“ von realer zu virtueller Währung vollzogen. Der reale Betrag wird mittels PayPal oder Kreditkarte überwiesen, daraufhin bekommt der Erwerber eine Mitteilung, sich im Spiel mit dem Avatar des Gold-Farmers zur Übergabe der virtuellen Währungsmittel zu treffen. Diese Praxis lässt sich nicht nur auf virtuelle Währung

<sup>9</sup> Ernst, NJW 2009, 1320f. S. hierzu eine Pressemeldung der Polizei des Landes Nordrhein-Westfalen, <http://www.polizei-nrw.de/presseportal/behoerden/bochum/article/meldung-090128-131735-55-117.html>.

<sup>10</sup> Zur Erklärung der virtuellen Währung Linden Dollars bei Second Life, s. Habel, MMR 2008, 71, 72.

<sup>11</sup> Ausführlich zu dieser Praxis Heeks, Current Analysis and Future Research Agenda on „Gold Farming“, 2008 abrufbar unter [http://www.sed.manchester.ac.uk/idpm/research/publications/wp/di/documents/di\\_wp32.pdf](http://www.sed.manchester.ac.uk/idpm/research/publications/wp/di/documents/di_wp32.pdf); S. dazu auch <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6592335.stm>; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7575902.stm>.

beschränken, ein Farming gibt es gleichermaßen auch in Bezug auf virtuelle Gegenstände. Weiter sind noch die rein virtuell erbrachten Dienstleistungen wie etwa „Bodyguardtätigkeiten“ bei World of Warcraft, bei denen sich ein Nutzer dazu verpflichtet einen anderen Avatar mittels seines eigenen Avatars gegen Entgelt in der Spielwelt zu beschützen, oder virtuelle Führungen durchzuführen, bei denen ein Spieler einen anderen in ein höheres Level „mitnimmt“, welches dieser noch nicht eigenständig erreichen kann.

## b) Virtuelle Werte in Browsergames

Neben dem Handel mit virtuellen Gegenständen in virtuellen Welten und Online-Rollenspielen, hat die Marktwirtschaft nunmehr auch Einzug in die Welt der Browsergames in sozialen Netzwerken wie Facebook gehalten. Die Nutzer können sich dort sog. Apps, also Applikationen, installieren. Das derzeit beliebteste in Facebook angebotene Spiel, FarmVille, hat momentan trotz einiger Verluste an Spielerzahlen über 60 Millionen Nutzer.<sup>12</sup> Sinn des Spiels ist es durch das Bewirtschaften von Feldern und die Versorgung von Tieren eine eigene virtuelle Farm aufzubauen und zu unterhalten. Angeboten werden diese Spiele typischerweise von Drittanbietern<sup>13</sup>, zum Spielen ist jedoch eine Registrierung im jeweiligen sozialen Netzwerk notwendig. Ähnlich wie beim Handel mit „normalen“ virtuellen Gegenständen, werden auch hier virtuelle Werte ausgetauscht. Hierfür gibt es bei FarmVille zwei virtuelle Währungen, die sog. FarmCoins, die der Spieler als Startkapital und durch gutes Wirtschaften erhält, und FarmCash, den der Nutzer im „Tausch“ gegen reales Geld mit PayPal oder Kreditkarte erwerben kann. Ein Großteil der virtuellen Gegenstände, wie z. B. Pflanzen oder Tiere, kann der Nutzer mit FarmCoins erwerben, die Zahlung per FarmCash bietet darüber hinaus die Möglichkeit besondere Gegenstände zu erlangen, die nur mit dieser Währung erworben werden können, um sich so den Einstieg in höhere Levels des Spiels zu vereinfachen.

Im Gegensatz zu den unter 1. und 2. erwähnten Avataren und virtuellen Gegenständen stehen hier nicht die Kreativität oder das freie Erleben und die persönliche Entfaltung in einer virtuellen Welt im Vordergrund, sondern das reine Spielvergnügen und Wirtschaften. Der Nutzer spielt größtenteils allein und die Interaktion mit anderen Spielern ist durch den Anbieter vorgegeben; so kann der FarmVille-Spieler von seinen virtuellen Nachbarn besucht und bei der Bewirtschaftung seiner virtuellen Farm unterstützt werden, jedoch sind darüber hinausgehende eigenständige Handlungen nicht möglich. Ein hoher Bekanntheitsgrad gewährleistet die Generierung von Mitteilungen, die der Spieler per Voreinstellung an seine Kontakte im sozialen Netzwerk versendet.

<sup>12</sup> <http://www.appdata.com/leaderboard/apps>.

<sup>13</sup> Wie im Fall von FarmVille vom Anbieter Zynga, <http://www.farmville.com>.

### III. Verwandte Phänomene und ihr rechtlicher Schutz

#### 1. Virtuelles Hausrecht

Spricht man über den Schutz virtueller Gegenstände, drängen sich Parallelen – aber auch Unterschiede – zu anderen Fragestellungen des Schutzes virtueller „Räume“ auf. Auch hier geht es um den anscheinend dinglichen oder zumindest sachenrechtlich-ähnlichen Schutz von virtuell zugeordneten Gesamtheiten. Dementsprechend hat sich auch zu virtuellen Räumen und Speicherplätzen eine Diskussion um die Existenz eines virtuellen „Hausrechts“ entsponnen, die auf Parallelen zu Besitzstörungsansprüchen und anderen dinglichen Ansprüchen abzielt, aber auch deliktsrechtliche Elemente enthält. Zunächst beschränkte sich die Herleitung eines virtuellen Hausrechts in Internetforen auf die Heranziehung der zu realen Räumen entwickelten Grundsätze.<sup>14</sup> In späteren Entscheidungen wurde diese Auffassung insofern modifiziert, als dass die Anwendung der Eigentumsrechte nur möglich sein sollte, wenn der Forenbetreiber Eigentümer der Hardware (d. h. des Servers) ist, auf der die Beiträge physisch gespeichert sind.<sup>15</sup> Denn durch die Speicherung eines Eintrags auf dem Speichermedium wird auf das Eigentum an diesem eingewirkt. Hat der Betreiber den Speicherplatz nur gemietet (wie es in der Praxis wohl die Regel sein wird), soll er sich jedoch auf den Besitzschutz der §§ 858, 862 BGB berufen und so die Nutzung der Hardware unterbinden können, also gespeicherte Inhalte löschen können. Das LG München hält ein virtuelles Hausrecht auch deshalb für erforderlich, weil der Forenbetreiber unter Umständen selbst für fremde Inhalte haften muss, er also auch in der Lage sein muss, solche im Zweifelsfall zu löschen. Die Herleitung über die Besitzschutzvorschriften ist allerdings nicht unproblematisch, da bei Webhosting-Verträgen zumindest keine tatsächliche Eingriffsmöglichkeit des Webseitenbetreibers auf den Server vorliegt, weil dieser sich regelmäßig in den Räumen des Vertragspartners befindet. Allerdings übt der Forenbetreiber eigentümergeleich die Herrschaft über den Serverzugang aus, wodurch eine vollwertige Besitzposition geschaffen wird.<sup>16</sup>

Es wird in der Literatur aber zurecht darauf hingewiesen, dass es sich bei diesen Fällen lediglich um gewöhnliche Eigentums- bzw. Besitzbeeinträchtigungen der Speicherhardware handele, also gar nicht um ein „virtuelles“ Hausrecht im eigentlichen Sinne.<sup>17</sup> Ein solches wird in der Literatur durch eine analoge

<sup>14</sup> So LG Bonn MMR 2000, 109 unter der Heranziehung der §§ 903, 1004 BGB, allerdings ohne nähere Begründung; OLG Köln MMR 2001, 52 wiederum ohne konkrete Begründung.

<sup>15</sup> LG München I CR 2007, 264; zustimmend auch *Feldmann/Heidrich*, CR 2006, 406, 408; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 767.

<sup>16</sup> So argumentiert *Kunz*, Rechtsfrage des Ausschlusses aus Internetforen, 2005, S. 125 f.; zust. *Maume*, MMR 2007, 620, 622.

<sup>17</sup> So *Redeker*, CR 2007, 265, 266 Anm. zu LG München I CR 2007, 264; *Maume*, MMR 2007, 620, 622.



Anwendung der §§ 903, 1004 BGB erreicht, indem die Homepage gegenüber einer eigentumsfähigen Sache als vergleichbar dargestellt wird, insbesondere da ein virtueller Raum sich nicht wesentlich von einem realen unterscheidet, da auch bei ersterem der Berechtigte über den Zugang und die Art der Nutzung entscheiden kann.<sup>18</sup> Die Öffnung einer Webseite für die Öffentlichkeit stellt hiernach gerade die Ausübung eines Hausrechts und nicht den Verzicht darauf dar. Das OLG Frankfurt/M.<sup>19</sup> verneint eine entsprechende Anwendung des Hausrechts von Räumen oder Grundstücken auf Internetseiten jedoch mangels vergleichbarer Interessenlage, da das Hausrecht nur absolute Rechtspositionen schützt und dies auf eine Internetseite nicht zutreffe.

Es wird mitunter auch versucht, ein virtuelles Hausrecht deliktischer Natur herzuleiten, indem man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bemüht.<sup>20</sup> Voraussetzung ist hierfür jedoch der geschäftliche Betrieb einer Webseite, sowie die Betriebsbezogenheit des Eingriffs in diese.

## 2. Schutz der Kontaktmöglichkeiten

Weitere Parallelen bestehen zu dem Schutz der Kontaktmöglichkeiten in der digitalen Welt: Sowohl für Individuen als auch für Unternehmen ist die Aufrechterhaltung ihrer Kommunikationskanäle essentiell geworden. Inzwischen ist es auch nicht im Internet Bewanderten geläufig, dass mit Hilfe etwa von Denial of Service-Attacken die kompletten Außenbeziehungen eines Unternehmens und damit Bestell-, Absatz- und sonstige Kommunikationsmöglichkeiten lahm gelegt werden können – schlussendlich der gesamte Betrieb eines Unternehmens, der heute ohne elektronische Kommunikation nicht mehr vorstellbar ist.

Rechtlich wird dieser Schutz neben einem möglicherweise vertraglichen Anspruch vor allem über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die Sperrung eines Internet-Zugangs gewährleistet. In entsprechender Anwendung der Energiezufuhr-Fälle<sup>21</sup> könnte hier in der Tat an einen deliktsrechtlichen Schutz des Nutzers gedacht werden, indem der freie Zugang zum Unternehmen gewahrt wird. Bedenkt man, dass die Telekommunikationswege des Unternehmens heute mindestens genauso wichtig sind wie die Energieversorgung, so muss auch die Freihaltung dieser Schnittstellen des

<sup>18</sup> *Maume*, MMR 2007, 620, 624; *Schmidl*, K&R 2006, 563; zust. auch LG Hamburg, Urt. v. 28.08.2008 – 315 O 326/08 = BeckRS 2009, 10331; i. E. auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 106; ein dem Hausrecht vergleichbares Recht für Online-Games bejaht auch AG Regensburg, Urt. v. 27.04.2006 – 9 C 3693/05 jedoch ohne nähere Begründung; offen die Berufungsentcheidung des LG Regensburg, Urt. v. 17.10.2006 – 2 S 153/06.

<sup>19</sup> OLG Frankfurt/M. MMR 2009, 400.

<sup>20</sup> *Feldmann/Heidrich*, CR 2006, 406, 409.

<sup>21</sup> BGHZ 29, 65 ff.; BGHZ 41, 123, 125 f., der allerdings im konkreten Fall eine Eigentumsverletzung annimmt; anders BGH NJW 1992, 41 f.; MünchKommBGB-*Wagner*, 5. Aufl., 2009, § 823 BGB Rn. 224; *Foerste*, in: v. Westphalen (Hrsg.), ProdHaftHdb, Band I, 2. Aufl., 1997, § 21 Rn. 122 f.

Unternehmens zur Außenwelt grundsätzlich dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb unterfallen. Daher gehört zum geschützten Bereich des Unternehmens auch der freie Zugang, hier per E-Mail und Web-Seite.<sup>22</sup> Zwar hat der BGH es bisher abgelehnt, die Unterbrechung der Energiezufuhr als einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzusehen.<sup>23</sup> Auch für unterbrochene Telefon- und Telefaxkabel hat die Rechtsprechung einen deliktsrechtlichen Schutz ebenso wenig gewährt<sup>24</sup> wie für unterbrochene Zugangswege.<sup>25</sup> Eine Verletzung des deliktisch geschützten Rechtsguts des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs soll nur dann vorliegen, wenn der Betrieb in seinen Grundlagen bedroht sei oder gerade der Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufgehoben sei.<sup>26</sup> Hängt aber das Eigentum in seinem Wert ganz wesentlich von den ausübenden Funktionen ab, beeinflussen die Beziehungen einer Sache, insbesondere eines Unternehmens, zu seiner Außenwelt erheblich dessen Wert.<sup>27</sup>

Darüber hinaus können Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 826 BGB vorliegen, wenn der E-Mail-Posteingang eines Unternehmens durch massenhaft versandte E-Mail – dem sogenannten Mail-Bombing<sup>28</sup> – verstopft wird, z. B. im Rahmen von Boykott- oder anderen Kampagnen<sup>29</sup> gegen ein Unternehmen.<sup>30</sup> Derartige Ansprüche richten sich dann allerdings nicht gegen den IT-Intermediär, da dieser nur den vertraglich geschuldeten Posteingang sicherzustellen hat<sup>31</sup> und keine darüber hinausgehenden deliktsrechtlich relevanten Sicherheitserwartungen beim Nutzer geweckt hat und zudem § 44a TKG eingreifen würde. Allerdings

22 Ebenso für das schweizerische Recht Alder, in: Hilty (Hrsg.), Information Highway, 1996, S. 331, 344 ff., allerdings unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsrechts.

23 S. bereits H. Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971, S. 109, 163 f.; Taupitz, Haftung für Energieleiterstörungen durch Dritte, 1981, S. 120.

24 BGH VersR 1977, 616, 617; s. auch OLG Düsseldorf VersR 1997, 589: Kein betriebsbezogener Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bei unterlassener Eintragung einer Telefonnummer in die „Gelben Seiten“.

25 Vgl. BGHZ 86, 152: Im entschiedenen Fall ging es um einen infolge verschuldeten Dammbruchs trockengelaufenen Kanal, der zu einem Umschlagbetrieb führte. Der BGH lehnte einen Anspruch ab, weil der Dammbruch nicht zu einem Eingriff in die Sachsubstanz der Lagerei- und Umschlaganlagen geführt habe (155).

26 BGH NJW 1983, 812, 813 – Hebebühne; zust. Foerste, in: v. Westphalen (Hrsg.), ProdHaftHdb, Band I, § 21 Rn. 122.

27 S. Fn. 23.

28 Vgl. Ernst, JuS 1997, 776, 778; dazu auch Roggenkamp, jurisPR-ITR 8/2006 Anm. 4.

29 Zur Problematik von „Online-Demonstrationen“ AG Frankfurt/M, MMR 2005, 863 ff. (Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Aktion „Lufthansa goes offline“); Kraft/Meister, MMR 2003, 366 ff.; Klutzny, RDV 2006, 50 ff.

30 Ebenso für das schweizerische Recht Alder, in: Hilty (Hrsg.), Information Highway, S. 331, 344 ff.; R. H. Weber, in: Hilty (Hrsg.), Information Highway, S. 531, 554; jetzt auch Strömer, Online-Recht, 4. Aufl., 2006, S. 173 f.

31 Vgl. aus schweizerischer Sicht Hilty, in: Hilty (Hrsg.), Information Highway, S. 437, 481 sowie Briner, in: Hilty (Hrsg.), Information Highway, S. 489, 508 ff.

können durchaus Vorkehrungen gegen unerwünschte Mail-Sendungen zu den Sicherungspflichten eines IT-Intermediärs gehören, etwa durch die Einrichtung von Spam-Filtern, die aber durch den IT-Nutzer beherrschbar bleiben müssen.<sup>32</sup> Besonderheiten gegenüber den bekannten Ansprüchen bei Kampagnen gegen ein Unternehmen<sup>33</sup> ergeben sich dadurch nicht.

Ebenso kann der „Einbruch“ von Hackern in eine (auf einem Rechner des IT-Intermediärs gehostete) Web-Seite eines Unternehmens und deren Unbrauchbarmachung dazu führen, dass gegen die Hacker ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 BGB besteht – abgesehen von möglichen urheberrechtlichen Ansprüchen. Hat der Provider keine genügenden Sicherungsvorkehrungen gegen das Eindringen von Hackern in das System getroffen, ist auch er gem. § 823 Abs. 1 BGB haftpflichtig für etwaige eingetretene Schäden. Allerdings wird es hier in der Regel kaum möglich sein, einen konkreten Schaden nachzuweisen, da dieser darauf beruhen müsste, dass die Web-Seite nicht zugänglich gewesen ist.

### 3. Unterschiede zu virtuellen Gegenständen

Die Parallelen zu dem Schutz dieser Schnittstellen und Kontaktmöglichkeiten zu Dritten liegen auf der Hand, ebenso aber auch die Unterschiede: Die Interaktion von virtuellen Gegenständen mit ihrer (digitalen) Umwelt ist ein prägendes Merkmal ihrer Existenz. Ohne die entsprechenden Systeme, Spielwelten oder – genereller gesprochen – die Einbettung der virtuellen Gegenstände in die virtuelle Umgebung wären sie nicht denkbar. Der Schutz dieser Schnittstellen ist demgemäß essentiell – zeigt aber auch gleichzeitig die Unterschiede und die Relativität der virtuellen Gegenstände gegenüber etwa den Kontaktbeziehungen auf. Diese sind absolut geschützt, hängen nicht von der Existenz eines Systems generell ab – anders formuliert genießt etwa ein Unternehmen Schutz seiner Kontaktbeziehungen unabhängig davon, in welches Kommunikationssystem es eingebettet ist. Demgegenüber steht und fällt die Existenz virtueller Gegenstände mit dem System, in das sie implementiert sind. Solange solche Gegenstände nicht über eine Interoperabilität verfügen, mithin in andere Systeme wechseln können, bleiben sie in ihrer Existenz nur relativ.

Hier allerdings zeigen sich wiederum deutliche Parallelen zum virtuellen Hausrecht: Auch dieses existiert nicht losgelöst von der Existenz einer digitalen Plattform, kann nicht getrennt werden von den zugrundeliegenden vertraglichen Beziehungen des „Haus“-Besitzers mit seinem Plattformbetreiber. Das Verhältnis und der Schutz ähneln daher eher demjenigen eines Mieters, der ebenfalls zwar

<sup>32</sup> Ausführlich und näher dazu *Spindler/Ernst*, CR 2004, 437 ff.

<sup>33</sup> S. nur BGHZ 24, 200 ff. – Boykottaufruf; BGHZ 90, 113 ff.; MünchKommBGB-Wagner, § 823 BGB Rn. 213 ff. mwN.

einen gewissen absoluten Schutz genießt<sup>34</sup>, dieser aber gleichzeitig durch sein Mietverhältnis ausgeformt und beschränkt wird.

In diesem Spannungsfeld von Relativität der Existenz virtueller Gegenstände und quasi-Verdinglichung bewegt sich ihr rechtlicher Schutz:

## IV. Rechtliche Grundlagen virtueller Gegenstände

### 1. Rechtliche Konstruktion

Diese Abhängigkeit von einer bestimmten Plattform und von vertraglichen Bestimmungen bzw. die fehlende Interoperabilität zwischen virtuellen Welten bestimmen auch die grundlegende rechtliche Konstruktion für virtuelle Gegenstände. Sie sind kurz gefasst multimediale Werke, die auf einem Code basieren, der wiederum nur nutzbar ist in Abhängigkeit eines anderen Codes bzw. einer Software. Demgemäß teilen sie das Schicksal aller anderen zwischen Körperlichkeit und Immaterialgut pendelnden „Gegenstände“, ob es Software ist, ob es Datensätze mit Informationen sind, ob digitale Musik oder Videos oder andere virtuelle/digitalisierte Gegenstände – die virtuellen Gegenstände bilden hier keine Ausnahme, so dass auf die allgemeinen, allerdings bis heute keineswegs vollends geklärten Grundsätze zu deren Behandlung zurückgegriffen werden kann.

Virtuelle Gegenstände können damit ebenso wenig wie andere immaterielle Wirtschaftsgüter allein als Sache qualifiziert werden, auch wenn sie verkörpert sind. Vielmehr wohnt ihnen die klassische Dichotomie aus immaterialgüterrechtlichen Schutz des Werkes (bei einer geistigen Schöpfung) einerseits und der Verkörperung auf Datenträgern in jedweder Form als physische Ausprägung andererseits inne. Denn auch wenn der Begriff „virtueller Gegenstand“ zunächst suggeriert, dass sie völlig losgelöst von physischen Verkörperungen existieren, darf nicht vergessen werden, dass jeder Code irgendwo einer physischen Grundlage und damit Verkörperung bedarf, mag sie auch noch so flüchtig sein, sei es auf klassischen Datenträgern wie CDs oder DVDs oder auf Speichern in der „Cloud“ – irgendwo wird der virtuelle Gegenstand immer (gleichgültig ob auch teilweise) physisch verankert sein.

<sup>34</sup> Unumstritten ist der Besitz des Mieters als sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB absolut geschützt: BGHZ 32, 194, 204; BGHZ 62, 243, 248; BGHZ 66, 277, 282; BGHZ 137, 89, 989; ferner kommt auch ein Schutz über § 823 Abs. 2 iVm § 858 BGB als Schutzgesetz in Frage, s. etwa BGHZ 20, 169, 171 mwN; BGH NJW 1962, 1342; BGH NJW 1991, 2420, 2422; auch sachenrechtlich wird der Besitz des Mieters über §§ 858 ff. BGB geschützt: Staudinger-Bund, BGB, Neubearb. 2007, § 858 BGB Rn. 46 f.; MünchKommBGB-Joost, § 858 Rn. 11 mwN; eine entsprechende Anwendung von § 906 Abs. 2 S. 2 BGB verneint BGH NJW 2004, 775 obwohl § 906 Abs. 1 BGB analog im Nachbarverhältnis schon bejaht wurde, s. BGH JZ 1954, 613.

Greift man daher auf die Grundsätze für immaterielle Wirtschaftsgüter, die gleichzeitig aber „irgendwie“ verkörpert sind, zurück, gelangt man zu einer janusköpfigen Einordnung auch für ihre Handelbarkeit und Übertragung: Was den eigentlichen Inhalt, das Werk im urheberrechtlichen Sinne betrifft, steht immer die Einräumung von Rechten im Vordergrund, mit allen daraus folgenden Konsequenzen für die Verbreitung und die Erschöpfung an Werken, was üblicherweise in einem Lizenzvertrag erfolgt.<sup>35</sup> Hinsichtlich des eigentlichen Datenträgers – sofern er denn überhaupt noch übertragen wird, also keine Weitergabe qua Download stattfindet – gilt dann Sachenrecht. Für die schuldrechtliche Behandlung ist diese strikte Trennung im Kaufvertragsrecht aufgrund von § 453 BGB weitgehend obsolet geworden, so dass etwa für Fehler einer Software heute ohne weiteres die Sachmängelgewährleistungsvorschriften angewandt werden können,<sup>36</sup> was der schon zuvor ergangenen Rechtsprechung entspricht.<sup>37</sup> Leider hat sie aber im Werkvertragsrecht in Gestalt von § 651 BGB fröhliche Urstände gefeiert, da für die Verzweigung von Werkvertrags- und Werklieferungsvertragsrecht nach wie vor die Einordnung als Sache maßgeblich ist.<sup>38</sup> Nichts anderes kann auch für virtuelle Gegenstände angenommen werden: Sofern sie ein Werk im urheberrechtlichen Sinne darstellen, aber auch außerhalb des urheberrechtlichen Schutzes, folgt die Übertragung ihres „Inhalts“ und aller Rechte daran den Regeln über Rechteabtretung und -einräumung, sofern sie Mängel aufweisen, kann über § 453 BGB Sachmängelgewährleistungsrecht Anwendung finden.

## 2. Urheberrecht

Damit ist bereits auch der Boden bereitet für die erste rechtliche Verteidigungslinie für virtuelle Gegenstände, nämlich den urheberrechtlichen Schutz. Auch wenn virtuelle Gegenstände von einer virtuellen Umgebung und damit wiederum von Softwaresystemen abhängig sind, hindert dies nicht, ihnen einen eigenständigen urheberrechtlichen Schutz zuzugestehen, sofern sie sich als Werke geistiger Schöpfung erweisen. Der Katalog des § 2 UrhG ist anerkanntermaßen keineswegs abschließend und kann auch multimediale Werke erfassen, auch wenn diese auf einem entsprechenden Code beruhen. Dass für den Code gleichzeitig der Schutz der §§ 69a ff. UrhG eingreifen könnte, hindert nicht daran, bei

35 S. auch *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2009, S. 855: Forderungskauf nach § 453 Abs. 1 I. Alt. BGB.

36 Zutr. und zusammenfassend *Bartsch*, CR 2010, 553, 558 f. mwN.

37 Zuletzt BGH 2007, 2394 f.

38 BGHZ 182, 140 = MMR 2010, 23 m. Anm. *Hoffmann* bezweifelt, ob die bewegliche Sache iSd § 651 BGB anhand sachenrechtlicher Kriterien (§§ 90 ff. BGB) zu bestimmen ist, sondern legt aufgrund der RL 1999/44/EG ein weites Verständnis nach allgemeinem Sprachgebrauch zugrunde, was eine Anwendung des § 651 auf Software ermöglichen würde; BGH NJW 2007, 2394, 2395 nimmt die Sacheigenschaft von Software an, da hier ähnlich einem Buch eine verkörperte geistige Leistung vorliegt.

Erreichen einer geistigen Schöpfungshöhe auch den Werkschutz nach § 2 UrhG anzuerkennen.<sup>39</sup> Gerade für multimediale Werke mit entsprechender Kreativität würde es am Sinn und Zweck der §§ 2 ff. UrhG vorbeiführen, wenn man trotz der zum Ausdruck kommenden geistigen Schöpfung sie auf den anders gearteten und eingeschränkten Schutz der §§ 69a ff. UrhG verweisen würde. Dies schließt nicht aus, dass in relevanten Fragen, bei denen der Schutz über die §§ 69a ff. UrhG besser geeignet ist, diese herangezogen werden<sup>40</sup>.

Ebenso wenig ist es erheblich, dass virtuelle Gegenstände ihrerseits von einer virtuellen Umgebung abhängig sind; dies zeigt schon das Beispiel des Schutzes von Software nach §§ 69a ff. UrhG. So wenig dieser Schutz davon abhängt, ob etwa noch das Betriebssystem existiert, für das die Software geschrieben wurde, so wenig kann der grundsätzliche Schutz etwa eines Avatars versagt werden, weil er nur in einer bestimmten virtuellen Umgebung existiert. Das heißt allerdings nicht, dass dieser Schutz etwa auch gegenüber dem Betreiber der virtuellen Umgebung eingreifen könnte, dergestalt dass der virtuelle Gegenstand in seiner Existenz selbst geschützt wäre, der Betreiber der virtuellen Umgebung also nicht einfach das System abschalten bzw. einstellen könnte. Ebenso wenig könnten etwa auch Werke der modernen Kunst beanspruchen, dass die Umgebung, in die sie gestellt wurden, und die in die künstlerisch gewollte Interaktion mit dem Werk einbezogen werden, nicht mehr geändert werden dürfte.

Voraussetzung für den Schutz als geistiges Werk ist natürlich auch die geistige Schöpfungshöhe. Ob diese bei virtuellen Gegenständen im Einzelnen erreicht wird, kann abstrakt kaum im Vorhinein beurteilt werden<sup>41</sup>. Für ausschlaggebend wurde von der Rechtsprechung etwa gehalten, ob bei der Erschaffung ein gestalterischer Freiraum ausgeschöpft wurde, da es sich bei der bloßen virtuellen Nachbildung realer Gegenstände um eine rein technisch-handwerkliche Leistung handelt.<sup>42</sup> Auch im Schrifttum finden sich bezüglich vom Nutzer erschaffener virtueller Gegenstände Beurteilungen dergestalt, dass eine Schutzfähigkeit nur dann erreicht werden kann, wenn die betreiberseitig bereitgestellte Software eine schöpferische Gestaltung ermöglicht.<sup>43</sup> Dies gilt ebenfalls bei der Kreation von Avataren: Stehen dem Nutzer nur vorgefertigte Charaktere oder vorgegebene Einstellungsparameter zur Verfügung, reicht dies zur Bejahung der Schöpfungshöhe nicht aus.<sup>44</sup> Auch das zeitintensive Verbessern eines Spielcharakters durch

<sup>39</sup> Zu den in Betracht kommenden Werkarten *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 347 ff.

<sup>40</sup> Grundlegend *Czychowski/Bullinger*, GRUR 2011, 19 ff.

<sup>41</sup> Im einzelnen *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 378 ff. mwN.

<sup>42</sup> So bislang nur LG Köln MMR 2008, 556, 557 f., das für die lebensechte Nachbildung des Kölner Doms die erforderliche Schöpfungshöhe nicht erreicht sah, da keine eigene, über die bloße Nachbildung hinausgehende Atmosphäre geschaffen wurde; dazu die Anm. v. *Pszczolla*, MMR 2008, 558; *Büchner*, K&R 2008, 425.

<sup>43</sup> *Pszczolla*, MMR 2008, 558, 559 f.; *Schneider*, Virtuelle Werte, 2010, S. 112.

<sup>44</sup> So *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 112; *Gössl/Vetter*, in: Große Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, 2010, S. 157; *Pszczolla*,

Erhöhung von Spielwerten oder Ausstattung mit besseren Gegenständen weist keine eigenständige schöpferische Eigenart auf.<sup>45</sup>

Wenn man sich indes vor Augen hält, dass selbst die sog. „kleine Münze“ bereits dem urheberrechtlichen Schutz unterstellt werden soll,<sup>46</sup> dürften die Hürden nicht allzu hoch sein, um auch Avataren oder anderen virtuellen Gegenständen einen urheberrechtlichen Schutz zuzugestehen.

Ob daneben noch ein Schutz nach §§ 69a ff. UrhG in Betracht kommt, hängt davon ab, ob es sich tatsächlich um einen Code mit eigenständigen Befehlen und Ablaufroutinen handelt. Ähnlich wie bei der Frage, ob ein HTML-Code für eine Homepage den Schutz der §§ 69a ff. UrhG genießt, muss hier danach differenziert werden, ob der Code selbst zur Kontrolle bzw. Steuerung des Programmablaufs benutzt wird.<sup>47</sup> Dies wird für HTML-Code weitestgehend verneint, da dieser nur der Formatierung der Seite sowie der Anzeige von Texten und Graphiken dient, aber keine eigene Programmierleistung enthält.<sup>48</sup> Auch für virtuelle Güter wird der urheberrechtliche Schutz nach diesen Grundsätzen verneint, da es sich hierbei nur um in einen Spiel-Account eingetragene Werte handelt und keine eigene Berechnung bewirkt wird.<sup>49</sup> Diese wird von dem Spiel selbst ausgeführt.

Naturgemäß unterliegen auch virtuelle Gegenstände den jeweils einschlägigen Schranken der §§ 44a ff. UrhG, auch der Privatkopierregelung des § 53 Abs. 1 UrhG – hier schlägt der überwiegende Charakter der virtuellen Gegenstände als Werk geistiger Schöpfung durch, indem nicht etwa nur § 69d UrhG mit dem Recht auf Sicherungskopie Anwendung findet.<sup>50</sup> Aber auch alle anderen Probleme, die für den Vertrieb und die Nutzung digitaler Inhalte aufgetreten sind,

---

Onlinespielrecht, S. 30 nimmt die erforderliche Schöpfungshöhe erst bei einer hinreichenden Individualisierung durch den Spieler an; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 768 verneint die Schöpfungshöhe für Standard-Avatare.

45 *Striezel*, Der Handel mit virtuellen Gegenständen aus Onlinewelten, 2010, S. 179 f. für herkömmliche Onlinewelten; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 768 verweist bei der Nutzung vorgefertigter Gegenstände auf das Fehlen eines abgrenzbaren Mehrwerts; ebenso *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 34.

46 Die „kleine Münze“ bezeichnet Schöpfungen, die gerade eben das für den urheberrechtlichen Schutz erforderliche Minimum an Gestaltungshöhe erreicht haben, s. *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Aufl., 2010, § 2 Rn. 39; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., 2010, Rn. 293 ff.; in der Rspr. wird grds. ein sehr geringer Grad an Schöpfungshöhe für ausreichend gehalten, so schon RGZ 81, 120, 123; BGH GRUR 2000, 144, 145 – Comic-Übersetzungen II; BGH GRUR 1995, 581, 582 – Silberdistel; BGH GRUR 1991, 533 – Brown Girl II; BGH GRUR 1981, 267, 268 – Dirlada; aus der jüngeren Rspr.: OLG Düsseldorf ZUM-RD 2008, 524, 525; OLG Köln GRUR-RR 2007, 263, 264 – Arabeske.

47 OLG Hamburg, NJW-RR 1999, 483; *Wandtke/Bullinger/Grützmaker*, UrhG, 3. Aufl., 2009, § 69a UrhG Rn. 3.

48 OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1; OLG Frankfurt/M. GRUR-RR 2005, 299; *Wandtke/Bullinger-Grützmaker*, § 69a UrhG Rn. 18; jetzt auch *Fromm/Nordemann-Czychowski*, UrhG, 10. Aufl., 2008, § 69a UrhG Rn. 8.

49 *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, 2009, S. 72.

50 Näher dazu *Czychowski/Bullinger*, GRUR 2011, 19 ff.



finden sich mutatis mutandis bei virtuellen Gegenständen wieder, etwa die fehlende Erschöpfung bei einem Download im Gegensatz zum Vertrieb auf einem körperlichen Datenträger.<sup>51</sup>

Der urheberrechtliche Schutz ändert aber nichts daran, dass er den Urheber bzw. Rechteinhaber zwar vor der Beeinträchtigung seiner urheberrechtlichen Rechte schützt, nicht aber vor der Zerstörung des Werkstücks. Nur die Entstellung des Werkes wird ansonsten vom Urheberrecht erfasst, § 14 UrhG – aber ebenfalls nicht im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Substanz, sondern des ideellen Gehalts des Werkes und seiner Aussage.<sup>52</sup>

### 3. Vertragsrechtlicher Schutz

Die Einbettung virtueller Gegenstände in virtuelle Welten und ihre Abhängigkeit öffnet aber die Perspektive für andere Schutzmechanismen, insbesondere des Vertragsrechts. Denn zwischen den Nutzern virtueller Gegenständen in virtuellen Welten und den Betreibern dieser Plattformen ebenso wie zu anderen Teilnehmern an solchen Plattformen bestehen grundsätzlich vertragliche Beziehungen.<sup>53</sup> Dies liegt für Online-Spiele wie World of Warcraft oder Second Life auf der Hand, gilt aber auch für sonstige, selbst offene und unentgeltliche Plattformen, da die Teilnahme an solchen Plattformen immer eine vertragliche Grundlage hat<sup>54</sup> – ein Gefälligkeitsverhältnis wird in den allerseltensten Fällen anzunehmen sein, wenn es dem Nutzer in keinster Weise auf die Erbringung der Leistung „Teilnahme“ ankommt. Die schuldrechtliche Qualifikation solcher Teilnahmeverträge ist zwar nicht einfach zu bewerkstelligen, da eine Mischung verschiedenster Leistungen vorliegt, etwa von Diensten, die im Sinne der §§ 611 ff. BGB erbracht werden, genauso wie von Miete, wenn etwa Speicherplatz zur Verfügung gestellt wird.<sup>55</sup>

51 S. dazu Dreier/Schulze-Schulze, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 16 UrhG Rn. 4; Schricker-Loewenheim, § 16 UrhG Rn. 2; Wandtke/Bullinger-Heerma, § 16 UrhG Rn. 1; Wiebe, GRUR Int 2009, 114; allerdings könnte hier aufgrund der Half Life 2 Entscheidung des BGH GRUR 2010, 822 in Zukunft eine Änderung eintreten, da der BGH zwar bei körperlichen Datenträgern von einer Erschöpfung ausgeht, aber nicht für eine nötige Produktaktivierung bei einem persönlichen Account, für den der BGH keine Übertragbarkeit bei entsprechender Vertragsausgestaltung annimmt. De facto wird damit die Erschöpfung verhindert.

52 Dreier/Schulze-Schulze, § 14 UrhG Rn. 3, 8; Schricker-Dietz/Peukert, § 14 UrhG Rn. 1; Wandtke/Bullinger-Bullinger, § 14 UrhG Rn. 7; Dreyer/Kotthoff/Meckel-Dreyer, UrhG, 2. Aufl. 2009, § 14 UrhG Rn. 2.

53 Dabei stehen grds. der Vertrag auf Nutzung der Zugangssoftware und auf Zugang zum Server getrennt nebeneinander, s. Berberich, Virtuelles Eigentum, S. 400 mwN; für einen einheitlichen Vertrag Striezel, Handel mit virtuellen Gegenständen, S. 203.

54 Einen Rechtsbindungswillen bejahend wegen der gegenseitigen Interessen Berberich, Virtuelles Eigentum, S. 403; Feldmann/Heidrich, CR 2006, 406, 409 f. für Meinungsforen; krit. Maume, MMR 2007, 620, 621 wenn keine gesonderte Freishaltung des Nutzers vorgenommen wird.

55 Für einen Dienstvertrag Wemmer/Bodensieck, K&R 2004, 432, 434; für einen Mietvertrag Striezel, Handel mit virtuellen Gegenständen, S. 213 ff.; ebenso Psczolla, Onlinespielrecht, S. 88 ff.; für



Virtuelle Gegenstände werden daher im Rahmen vertraglicher Beziehungen mit Betreibern derartiger virtueller Welten erstellt und dann eingesetzt. Häufig regeln die Vertragsbestimmungen zwischen Betreibern und Teilnehmern den Einsatz solcher virtueller Gegenstände und auch die Rechte an ihnen; so kann in Verträgen vorgesehen sein, dass Betreiber virtueller Plattformen einfache Nutzungsrechte an den virtuellen Gegenständen vergeben<sup>56</sup> oder sich die Zugangskontrolle zu ihnen ausbedingen, etwa wenn die virtuellen Gegenstände oder Avatare Rechte Dritter verletzen können oder sie selbst gegen allgemeine gesetzliche Bestimmungen, wie etwa den Jugendschutz, verstoßen könnten.<sup>57</sup> Anders formuliert werden in den allgemeinen Vertragsbestimmungen zwischen Plattformbetreiber und Teilnehmer die Möglichkeiten der Nutzung des virtuellen Gegenstandes näher bestimmt. Denkbar ist auch, dass der Handel mit derartigen Gegenständen nur unter Mitwirkung des Plattformbetreibers erfolgen kann, etwa seiner Zustimmung unterliegt – was aber nicht notwendigerweise der Fall sein muss. Der Verkauf von virtuellen Gegenständen (oder alle anderen schuldrechtlichen Formen wie die zeitweise Überlassung eines virtuellen Gegenstands zur Nutzung) ist auch ohne Mitwirkung des Plattformbetreibers denkbar, indem die Rechte an dem virtuellen Gegenstand in der virtuellen Welt verkauft bzw. abgetreten werden, also eine Rechteübertragung stattfindet, sofern dem keine vertraglichen Bestimmungen des Plattformbetreibers entgegenstehen.

Der Schutz der virtuellen Gegenstände kann gerade aufgrund der vertraglichen Beziehungen durch die Mechanismen des vertraglichen Integritätsschutzes, insbesondere des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, § 311 Abs. 3 S. 1 BGB, erreicht werden.<sup>58</sup> Denn der einzelne Teilnehmer steht nicht nur in unmittelbaren Vertragsbeziehungen mit dem Betreiber der Plattform, sondern auch mittelbar mit den anderen Teilnehmern der Plattform, die ja ebenfalls mit dem Betreiber der Plattform vertraglich verbunden sind. Ein solches Netzwerk an Ver-

---

einen typengemischten Vertrag *sui generis* mit jeweils verschiedenen Gewichtungen *Koch*, JurPC WebDok. 57/2006 Abs. 16; *Habel*, MMR 2008, 71, 74; *Geis/Geis*, CR 2007, 721; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 768; *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; *Lober/Weber*, MMR 2005, 653, 656; s. zu vergleichbaren Problemen der Qualifizierung eines IT-Systemvertrages BGH NJW 2010, 1449.

56 So etwa der Anbieter des Browsergames FarmVille unter Punkt 3 b) der Terms of Service (TOS) oder für Second Life in 7.7 der TOS, <http://secondlife.com/corporate/tos.php#tos7>. Korrespondierend damit räumt der Nutzer dem Betreiber Linden Lab durch das Hochladen von Inhalten nach 7.2 TOS an diesen ebenfalls ein einfaches Nutzungsrecht ein.

57 Der Nutzer verpflichtet sich bei Second Life gemäß Punkt 8.1 der TOS einen sog. Code of Conduct zu befolgen, der u. a. Belästigungen oder Übergriffe verbietet und dessen Nichtbeachtung eine Sperrung oder gar Beendigung des Nutzungsverhältnisses nach sich ziehen kann, <http://secondlife.com/corporate/cs.php>; dazu *Taeger*, in: *Taeger/Gabel/Buchner/Habel/Schubert* (Hrsg.), *Rechtsfragen virtueller Welten*, S. 17, 33 ff.

58 Zu den einzelnen Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte s. ausführlich *Pszczolla*, *Onlinespielrecht*, S. 149, der eine Einbeziehung bei Onlinespielen ebenfalls bejaht. Für Entwicklungsplattformen wie Second Life verneint er jedoch ein Einbeziehungsinteresse, da der Betreiber nur die Verfügbarkeit der Inhalte, nicht jedoch eine funktionierende Spielweltschulde (S. 155).

trägen erzeugt aber Pflichten der Teilnehmer auch untereinander, da zahlreiche Pflichten der Teilnehmer nicht nur dem Schutz des Betreibers, sondern auch anderer Nutzer dienen, insbesondere was Rücksichtnahme- und Treuepflichten angeht.<sup>59</sup> Selbstverständlich gehört dazu auch der Schutz virtueller Gegenstände, sofern diese nicht selbst Gegenstand von Spielhandlungen sind (etwa bei Kampfhandlungen etc.).<sup>60</sup> Auch wenn diese netzwerkähnlichen Verträge noch nicht den Charakter einer Gesellschaft erreichen mögen, da es an der gemeinsamen Zielverfolgung und der Vergemeinschaftung von Beiträgen fehlt, ist doch ihr enges Geflecht von gegenseitigen Pflichten unverkennbar. Daher ist es durchaus gerechtfertigt, erhöhte Treuepflichten zwischen den Teilnehmern anzunehmen, die dem Gesellschaftsverhältnis ähneln (aber nicht identisch sind<sup>61</sup>). Allerdings bestimmt sich das Ausmaß des Schutzes nach den Vertragsbestimmungen der virtuellen Welt, in der die Teilnehmer ihre virtuellen Gegenstände benutzen; mit anderen Worten können eingeschränkte Haftungsbestimmungen den Schutz virtueller Gegenstände auch gegenüber anderen Teilnehmern absenken.<sup>62</sup>

#### 4. Deliktsrechtlicher Schutz

Der deliktsrechtliche Schutz virtueller Gegenstände stößt im Bereich des rechts-güterbezogenen Schutzes nach § 823 Abs. 1 BGB zunächst auf das Problem, dass virtuelle Gegenstände per definitionem keine Sachsubstanz aufweisen, sondern nur mittelbar über die Daten, die ihnen zugrunde liegen.

##### a) Zerstörung von Daten als Verletzungen des Eigentums

Werden virtuelle Gegenstände zerstört, bleibt letztlich zwar die Sachsubstanz der Hardware, auf der sie gespeichert sind, unverändert; doch erfasst im Grundsatz das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützte Eigentum auch die Integrität von Daten,<sup>63</sup> da schon die Funktionalität und innere Ordnung des Eigentums, z.B. einer Sammlung, auch ohne Substanzschädigung geschützt wird.<sup>64</sup> Da jede Festplatte

<sup>59</sup> Wesentlich skeptischer hier *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 180 f., der aber die gesellschaftsähnliche Situation unterbewertet.

<sup>60</sup> Ebenso *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2009, S. 854 f.; *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 156 bejaht bei Onlinespielen ebenfalls einen Schutz virtueller Gegenstände vor dem Verlust durch spielfremde Eingriffe.

<sup>61</sup> Zu den im Einzelnen von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen treuwidrigen Verhaltens im Gesellschaftsverhältnis, s. MünchKommBGB-*Ulmer*, § 705 BGB Rn. 230.

<sup>62</sup> Insofern zu Recht krit. *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 181.

<sup>63</sup> OLG Karlsruhe NJW 1996, 200, 201, allerdings bezogen auf einen Datenträger; zust. *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1587 ff.; *Staudinger-Hager*, § 823 BGB B Rn. 60; *Imhof/Wahl*, WpK-Mitt. 1998, 136, 137; *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 261; umfassend wN bei *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 87 ff.; a. A. LG Konstanz NJW 1996, 2662; AG Dachau NJW 2001, 3488.

<sup>64</sup> BGHZ 76, 216, 220 f.

eine innere Ordnung der gespeicherten Daten voraussetzt, führt die Zerstörung dieser Ordnung durch Veränderung oder Löschung von Daten grundsätzlich zu einer Eigentumsverletzung.<sup>65</sup> Darüber hinaus kann auch ein Recht am (verkörperten) Datenbestand als sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB anerkannt werden,<sup>66</sup> durch das der Schutz der Verfügbarkeit der Daten, auch bei ausgelagerten Daten, gewährleistet wird.<sup>67</sup> Denn die Gesamtheit an Daten geht weit über einen reinen Vermögensgegenstand hinaus, verkörpern sie doch Informationen über bestimmte Vorgänge, die aber nicht völlig frei und losgelöst wie eine Idee oder wie Energie<sup>68</sup> sind, sondern stets der physischen Verbindung bedürfen,<sup>69</sup> auch wenn man sie daher nicht wie Eigentum behandeln möchte, liegt zumindest ihre Anerkennung als „sonstiges Recht“ nahe.

Schließlich kann in Betracht kommen, den Schutz von Funktionalitäten des Eigentums über § 823 Abs. 1 BGB heranzuziehen. Allerdings wird hier aus Gründen der Abgrenzung von Äquivalenz- zu Integritätsinteresse nicht jede beliebige bestimmte Nutzung, sondern nur die Beeinträchtigung der Nutzung des Eigentums überhaupt geschützt.<sup>70</sup> Daher wird bei Zerstörung von virtuellen Gegenständen über Datenzerstörung nur in Ausnahmefällen überhaupt ein Schutz über die Funktion des Eigentums in Betracht kommen, da die Hardware als solche nach wie vor bestimmungsgemäß genutzt werden kann. Der Schutz der Daten selbst kann daher nur über die oben beschriebene Ordnungsfunktion und damit den bestimmten (elektromagnetischen/optischen) Zustand einer Sache erreicht werden.<sup>71</sup>

65 OLG Karlsruhe NJW 1996, 200, 201; *Bartsch*, CR 2000, 721, 723; *Spindler*, NJW 1999, 3737, 3738; *Spindler*, NJW 2004, 3145, 3146; *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1588; Mankowski, in: Ernst (Hrsg.), *Hacker, Cracker & Computerviren*, 2004, Rn. 440 f.; *Koch*, *Versicherbarkeit von IT-Risiken*, 2005, Rn. 357 f.; *Sodtalters*, *Softwarehaftung im Internet*, 2006, Rn. 511; *Münch-KommBGB-Wagner*, § 823 BGB Rn. 103; *Bamberger/Roth-Spindler*, Band 2, 2. Aufl., 2008, § 823 BGB Rn. 55; a. A. *Bauer*, *PHi* 1989, 98, 105 f., nach dem die Zerstörung der Information physikalisch allenfalls eine elektronische Zustandsveränderung darstellt; im Ergebnis wie hier, allerdings ein virtuelles Eigentum als sonstiges Recht in Rechtsfortbildung dann annehmend *Berberich*, *Virtuelles Eigentum*, S. 153 f., 222 ff., 239.

66 *Faustmann*, *VuR* 2006, 262 f.; *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1588; a. A. *Spickhoff*, in *Leible u. a.* (Hrsg.), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, erscheint demnächst; *Staudinger/Hager*, § 823 Rn. B 192.

67 *Faustmann*, *VuR* 2006, 262.

68 S. dazu den Beitrag von *Schiemann* in: *Leible u. a.* (Hrsg.), *Unkörperliche Güter im Zivilrecht*, erscheint demnächst.

69 *Berberich*, *Virtuelles Eigentum*, S. 96 weist darauf hin, dass Daten in ihrer Form als magnetische, optische oder elektrische Zustände denknotwendig eines körperlichen Speichermediums bedürfen; so auch *Soergel-Marly*, § 90 BGB Rn. 4; *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 866.

70 *Grundlegend BGHZ* 86, 152 – *Fleet-Fall*; zur Anwendung der Grundsätze auf Speichermedien *Berberich*, *Virtuelles Eigentum*, S. 146 ff.

71 Auf die Magnetisierung des Speichermediums abstellend *MünchKommBGB-Wagner*, § 823 Rn. 103; so zumindest für permanente Speichermedien auch *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1588.

Für virtuelle Gegenstände bedeutet dies grundsätzlich, dass sie auch unabhängig von vertraglichen Bestimmungen einen weitgehenden Schutz gegenüber jedermann genießen, etwa auch gegenüber Angreifern außerhalb des Systems, die den virtuellen Gegenständen zugrundeliegende Daten zerstören.<sup>72</sup>

Allerdings sind die „Eigentümer“ der virtuellen Gegenstände selten auch die Eigentümer der Hardware, auf der die Daten gespeichert sind. Hier hilft indes der nicht nur auf Eigentum, sondern auch auf Besitz bezogene Schutz des § 823 Abs. 1 BGB weiter, da die Daten jedenfalls in der Einflussphäre der Teilnehmer bzw. „Eigentümer“ der virtuellen Gegenstände stehen, etwa ihr Zustand durch die „Eigentümer“ verändert werden kann.<sup>73</sup> In diese Richtung weist auch die Entscheidung des BGH zum Application Service Providing, der die Inanspruchnahme von Software auf fremden Servern als Mietvertrag qualifiziert – allerdings in concreto einen (sachenrechtlich definierten) Besitz ablehnt.<sup>74</sup> Zwar ist nicht zu verkennen, dass die klassischen Kriterien der unmittelbaren Sachherrschaft über Rechner und Server hier nicht recht passen wollen, da die „Eigentümer“ der virtuellen Gegenstände keinen körperlich-physischen Zugang zu den Rechnern haben werden;<sup>75</sup> doch können die Teilnehmer bzw. „Eigentümer“ der virtuellen Gegenstände darüber bestimmen, ob der Gegenstand existiert, wie er genutzt wird etc. – und damit auch über die entsprechenden Datensätze und deren physische Existenz und Beschaffenheit. Dies sollte indes genügen, da es allein darum geht, ob ein Besitzer über die Sache eine gewisse Herrschaft ausüben kann;<sup>76</sup> er muss sie nicht dafür in Augenschein nehmen können. Wiederum ähnelt hier der Schutz dem deliktsrechtlichen Schutz eines Mieters, der trotz seiner eigentlich nur obligatorischen Berechtigung über das Recht zum Besitz auch absolut geschützt wird.

## b) Weitergehender Schutz virtueller Gegenstände als neues „Virtuelles Eigentum“?

Die Diskussion um den Schutz von Forderungen und anderer relativer Rechte als sonstige Rechte nach § 823 Abs. 1 BGB<sup>77</sup> legt es nahe, auch virtuelle Gegenstände dem Schutz als sonstiges Recht zu unterstellen. Denn wie dargelegt zeichnen sie

72 So auch *Libertus*, MMR 2005, 507, 508, jedoch ohne nähere Begründung; für einen Schutz der den virtuellen Gegenständen zugrundeliegenden Daten auch *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 135 f., der diesen jedoch über § 823 Abs. 2 BGB iVm § 303a StGB herleitet.

73 So im Rahmen des „virtuellen Hausrechts“ *Kunz*, Rechtsfrage des Ausschlusses aus Internetforen, S. 124 f.; LG München CR 2007, 264; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 767; *Maume*, MMR 2007, 620, 622.

74 BGH NJW 2007, 2394, 2395.

75 Darauf stellt in seiner Kritik maßgeblich *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 161 ff. ab.

76 MünchKommBGB-*Joost*, § 823 Rn. 5 verlangt zwar ein räumliches Verhältnis, allerdings nur um den Gebrauch der Sache zu gewährleisten; dieser ist aber beim Zugriff auf den Rechner gewährleistet.

77 Zum Streitstand MünchKommBGB-*Wagner*, § 823 BGB Rn. 160 f.; *Erman-Schiemann*, BGB, § 823 Rn. 36; *Soergel-Spickhoff*, BGB, § 823 Rn. 88; *Bamberger/Roth-Spindler*, § 823 Rn. 96 ff.

sich im Wesentlichen durch schuldrechtliche Grundlagen aus, sie existieren nicht als Sache, die transferiert werden könnte. Wenn aber Forderungen als sonstige Rechte anzuerkennen wären, warum sollte dies nicht auch für virtuelle Gegenstände gelten?<sup>78</sup>

Indes erheben sich gegen einen solchen ausgeweiteten Schutz dieselben Einwände wie sie auch gegen den Schutz von Forderungen oder anderer relativer Rechte geltend gemacht wurden.<sup>79</sup> Denn ihr deliktischer Schutz würde die Grenzen zum reinen Vermögensschaden und zu absolut, gegenüber jedermann wirkenden Rechten aufheben, den rechtsgutsbezogenen Ansatz von § 823 Abs. 1 BGB letztlich sprengen und ihn zu einer Generalklausel machen.<sup>80</sup> Dementsprechend können auch virtuelle Gegenstände nicht über den Schutz von Forderungen oder anderer relativer Rechte unter § 823 Abs. 1 BGB fallen.

Dennoch bleibt ein Unbehagen zurück, da die in Rede stehenden Gegenstände zwar virtuell sind, aber in dieser virtuellen Welt doch anscheinend wie reale Sachen behandelt werden – warum sollte dann nicht ein deliktischer Schutz über § 823 Abs. 1 BGB in Anerkennung eines virtuellen Eigentums als „sonstiges Recht“ realisiert werden?<sup>81</sup> Die Zweifel jedoch, die sich bereits im Hinblick auf den Schutz von Forderungen und damit auch des virtuellen Gegenstandes ergeben hatten, werden bestärkt, wenn man einen Seitenblick auf ähnliche Phänomene wirft. So stand lange Zeit im Gesellschaftsrecht nach einem auf den ersten Blick richtungsweisenden Urteil des BGH<sup>82</sup> die Frage im Zentrum, ob das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters deliktischen Schutz genießt – und damit zahlreiche gesellschaftsrechtliche Instrumente des Mehrheits- und Minderheitsschutz ebenso wie der Befugnisse und Pflichten der Geschäftsführung in einem neuen Lichte erschienen wären. Heute hat sich jedoch zu Recht die Erkenntnis durchgesetzt, dass der deliktsrechtliche Schutz sich auf den Kern des Mitgliedschaftsrechts beschränken muss, also quasi nur der vollständige Entzug des Mitgliedschaftsrechts deliktisch geschützt ist, zudem die gesellschaftsrechtlichen Instrumente und Rechtsbehelfe dem Deliktsrecht als spezieller vorgehen müssen, um nicht die komplexe Interessenaustarierung des Gesellschaftsrechts zu unterlaufen<sup>83</sup>.

78 So *Ladeur*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und rechtliche Regulierung*, 2002, S. 339, 345; *Ladeur*, MMR 2001, 787, 788; *Lober/Weber* CR 2006, 837, 842 f.

79 S. etwa die Ablehnung eines absoluten Schutzes der Internet-Domain BGH GRUR 2005, 969 – Domain-Pfändung; zu virtuellen Gegenständen als schuldrechtliche Rechtspositionen *Völkemann-Stückelbrock*, in: FS Eisenhardt, 2007, S. 327, 340 f.

80 Ähnlich *Peukert*, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, S. 247 f., 274 f. mwN; *Berberich*, *Virtuelles Eigentum*, S. 187 ff. hingegen erachtet die gegen die Einbeziehung von Forderungen sprechenden Argumente nicht zwingend auch für virtuelle Gegenstände einschlägig. Insb. die Gefahr der Ausuferung einer Haftung bei Einbeziehung relativer Rechte sei eher gering.

81 So im Wesentlichen die Forderung von *Berberich*, *Virtuelles Eigentum*, S. 212 ff.

82 BGHZ 110, 323 – Schärenkreuzer; dazu *Götz/Götz*, JuS 1995, 106; *Schmidt*, JZ 1991, 157.

83 Auf den Kern der Mitgliedschaft verweisend *Palandt-Sprau*, § 823 BGB Rn. 21; *Münch-KommBGB-Wagner*, § 823 BGB Rn. 171 ff. verneint einen deliktischen Schutz im Innenver-

Zieht man die Parallelen zur Diskussion um den Schutz virtueller Gegenstände, wird deutlich, dass hier ähnlich wie im Gesellschaftsrecht der Schutz eines Teilnehmers mitsamt seiner virtuellen Gegenstände im Vordergrund steht. Wiederum gilt aber, dass die vertragsrechtlichen Instrumente – und auch ihre Relativität – unterminiert würden, wenn man ohne weiteres ein virtuelles Eigentum als sonstiges Recht anerkennen würde.<sup>84</sup> Abgesehen von extremen Fällen gegenüber Dritten, die aber schon durch den Schutz als Daten erfasst werden könnten, würden die vertragsrechtlichen Modifizierungen und die Relativität der schuldrechtlichen Konstruktion tendenziell aufgehoben – oder der deliktsrechtliche Schutz müsste seinerseits abgeschwächt werden, um den vertragsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Besonders deutlich wird dies an der fehlenden Interoperabilität virtueller Gegenstände: Sollte etwa der „Eigentümer“ virtueller Gegenstände einen Schutz gegenüber dem Systembetreiber dahingehend genießen, dass sein Gegenstand gegenüber Löschung oder Sperrung geschützt wäre? Sollte er sogar einen Anspruch genießen, dass der Gegenstand transferierbar wäre in andere Welten? All' dies zeigt die vertragsrechtliche Fundierung des virtuellen Gegenstandes – und die außerhalb des Schutzes von Datensätzen abzulehnende Verdinglichung des virtuellen Gegenstandes. Selbst die Befürworter virtuellen Eigentums als Rechtsfortbildung müssen anerkennen, dass das Eigentum nur in Abhängigkeit von der virtuellen Welt und den vertraglichen Bedingungen<sup>85</sup> existiert;<sup>86</sup> alle anderen Konstellationen bzw. Schädigungen können sehr wohl über vertragsrechtliche Haftungsbestimmungen gelöst werden.<sup>87</sup>

## 5. Datenschutz

Last but not least kommt ein persönlichkeitsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Schutz in Betracht: Gerade wenn Avatare in Rede stehen, die für eine digitale Identität des Teilnehmers stehen, mitunter berühmter in der virtuellen Welt als der dahinterstehende Teilnehmer in der Realität, könnte an einen solchen persönlichkeitsrechtlichen Schutz gedacht werden. Indes scheidet der daten-

---

hältnis aufgrund dessen Relativität; *Schmidt*, JZ 1991, 157, 159 verneint den Schutz zumindest für die bloße Schädigung des Gesellschaftsvermögens oder von Mitgliedsinteressen; so auch *Deutsch*, VersR 1991, 837, 841.

<sup>84</sup> Im Ergebnis ähnlich *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 854, der allerdings ausnahmsweise negatorisch und ohne Güterzuweisung ein sonstiges Recht anerkennen will – allerdings die Parallelen zum Gesellschaftsrecht übersieht; s. auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 212 ff., 227 f.

<sup>85</sup> Wobei die Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB kaum herangezogen werden kann, da die meisten virtuellen Welten international tätig sind und häufig eine Rechtswahl anzutreffen ist, die den Vertrag bis auf verbraucherschützende Bestimmungen der Inhaltskontrolle entzieht.

<sup>86</sup> Dies räumt auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 265 ff., 299 ff. ein.

<sup>87</sup> Ähnlich *Haedicke*, ZGE 2010, 212, 215.

schutzrechtliche Bezug häufig allein daran, dass die Identität des Teilnehmers in der realen Welt infolge der Anonymisierung oder Pseudonymisierung gerade nicht bekannt wird, mithin der Personenbezug von vornherein ausscheidet.<sup>88</sup>

Anders könnte dies für das allgemeine Persönlichkeitsrecht beurteilt werden – allerdings würde dies voraussetzen, dass ein von der realen Identität und Persönlichkeit abstrahiertes digitales Persönlichkeitsrecht existieren würde und dass die vom Teilnehmer frei gewählte digitale Identität geschützt wäre.<sup>89</sup> Gerade die vom Teilnehmer selbst gewählte Identität deutet aber bereits darauf hin, dass hier der deliktsrechtliche ebenso wie verfassungsrechtliche Schutz an seine Grenzen stößt: Denn die digitalen Identitäten sind beliebig, ohne Verknüpfung zu den realen Identitäten frei austauschbar. Ein absoluter Schutz würde daher der freien Gestaltbarkeit dieser Identitäten nicht gerecht, zumal die Persönlichkeit sich im realen Geschehen ausdrückt und hier nicht austauschbar ist, und daher Schutz genießen muss – nicht aber in einer beliebigen virtuellen Welt, deren Rahmenbedingungen jederzeit geändert werden können.<sup>90</sup> Auch die Begründung, dass der Avatar als Schöpfung quasi der Ausdruck der eigenen Persönlichkeit sei, stößt auf erhebliche Zweifel, da dieser Schutzbereich im Wesentlichen vom Urheberrecht abgedeckt wird.<sup>91</sup>

## Summary

This article deals with complex issues of the protection of virtual things. These play an important role not only in online games but also in other virtual worlds. They are traded on virtual platforms and have incited the creation of a whole industry which is designing and forming new kinds of virtual things. The article discusses different approaches how to protect virtual things against attacks of third parties. However, an absolute protection like in tort law is not being deemed as adequate as virtual things do not exist without their virtual surrounding thus entangling only a protection which is specific for (relative) rights. Parallels to corporate law such as the nexus of contracts are being drawn.

88 A. A. insofern *Geis/Geis*, CR 2007, 721, 725 die aufgrund der notwendigen Anmeldung für den Betreiber einen Personenbezug bejahen (Relativität des Personenbezugs); es liege zwar ein „pixelanimiertes Pseudonym“ vor, dieses sei aber durch eine Referenzdatei auf eine Bezugsperson zurückverfolgbar.

89 So aber *Koch* JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 31 f.

90 *Klickermann*, MMR 2007, 766, 769 verneint den Persönlichkeitsschutz für Avatare, da ein solcher nur natürlichen Personen zustehen könne; Avatare seien daher auch nicht beleidigungsfähig; grds. zustimmend *Geis/Geis*, CR 2007, 721, 724 die jedoch eine Verletzung der realen Person bejahen, wenn sie durch den Avatar widerspiegelt wird, d. h. nur Platzhalter des Spielers ist; ebenso *Krasemann*, DuD 2008, 194, 195.

91 Ebenso *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 210 f.



Maximilian Haedicke\*

## Dingliche Wirkungen und Insolvenzfestigkeit von Patentlizenzen in der Lizenzkette

Der Beitrag untersucht, welche Auswirkungen Mängel an oder der Wegfall von übergeordneten Lizenzen auf die Stellung des Unterlizenznehmers haben und wie sich die Insolvenz des Lizenzgebers auf die Stellung des Unterlizenznehmers auswirkt. Es wird gezeigt, dass die einfache Lizenz ebenso wie die ausschließliche Lizenz dingliche Wirkung hat und deshalb immun gegen derartige Schwächen der Hauptlizenz ist. Dies entspricht der neueren Rechtsprechung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, die in ihrer Tendenz eine über den bloßen Schutz vor Zwischenverfügungen hinausgehende Wirkung einfacher Lizenzen im Urheberrecht annimmt. Die Gründe, die für den Fortbestand des abgeleiteten einfachen Nutzungsrechts bei Wegfall der Hauptlizenz im Urheberrecht maßgeblich sind, gelten auch für das Patentrecht, so dass einfache Lizenzen im Urheber- und Patentrecht gleichermaßen immun sind. Aus der dinglichen Wirkung einfacher urheberrechtlicher und einfacher patentrechtlicher Lizenzen ergibt sich deren Insolvenzfestigkeit.

### A. Einleitung und Fragestellung

Der Wert von Patenten wird nicht nur durch die Eigennutzung der geschützten Erfindungen realisiert. Wirtschaftlich mindestens ebenso bedeutsam ist die Verwertung von Erfindungen durch die Vergabe von Lizenzen. So kann der Lizenzgeber dem Lizenznehmer eine zeitlich unbeschränkte Lizenz auf ein gesamtes Portfolio gewähren oder für einzelne Erfindungen zeitlich beschränkte Nutzungsrechte einräumen. Kreuzlizenzen, bei denen sich die Parteien gegenseitig die Benutzung ihres Technologieportfolios gestatten, sind ebenso möglich und praktisch bedeutsam wie einseitige Lizenzen, bei denen die Vergütung des Lizenzgebers durch Geldzahlung erfolgt. Denkbar sind auch Gestaltungen, in denen der Rechtsinhaber die patentierte Erfindung veräußert und einen Teil der Nutzungsrechte zur Eigennutzung zurückbehält. Vielfach wird – egal ob es sich um Kreuzlizenzen oder einseitige Lizenzen handelt – eine der Parteien zu Vertragsbeginn eine Einmalzahlung leisten müssen. In anderen Fällen hat der Lizenznehmer fortlaufend Gebühren zu entrichten. Praktisch besonders bedeut-

---

\* Prof. Dr. jur., LL.M., Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Richter am OLG Düsseldorf. Die vorliegende Abhandlung ist aus einem Rechtsgutachten hervorgegangen.



sam sind auch Gestaltungen, in denen die gegenseitige Rechtseinräumung die alleinige Gegenleistung darstellt.<sup>1</sup>

Differenzierte Verwertungskonzepte können zur Vergabe unterschiedlich gestalteter Lizenzen an einen oder mehrere Benutzer parallel oder in gestufter Form führen. Im Rahmen autonomer Vertragsgestaltung erfolgt im Interesse einer möglichst umfassenden Marktdurchdringung nicht selten eine mehrstufige Lizenzierung, also die Begründung von Tochter- und Enkelrechten sowie von Lizenzrechten weiterer Stufen. So kann beispielsweise der Patentinhaber eine umfassende Herstellungs- und Vertriebslizenz einräumen. Sein Vertragspartner gewährt dann als Hauptlizenznehmer Unterlizenzen an weitere Vertriebsunternehmen oder Hersteller.

Bei sämtlichen der angesprochenen Gestaltungen leistet nicht nur der Patentinhaber, der die Erfindung zunächst entwickelt haben mag, wertvolle Arbeit. Gleiches gilt für die Lizenznehmer erster, zweiter oder weiterer Stufe. Sie tragen ggf. hohe Investitionskosten, wenn sie die patentierte Erfindung herstellen, Produktionskapazitäten bereitstellen oder die Erfindung sogar erst durch eigene Forschungs- und Entwicklungstätigkeit zur Marktreife führen. Ggf. investieren sie erheblich in Marketing- und Vertriebsstrategien. Demnach tragen Lizenznehmer häufig zu Beginn der Durchführung des Lizenzvertrags hohe Kosten in der Erwartung, diese während der auf einen längeren Zeitraum ausgelegten Lizenz amortisieren zu können.

Voraussetzung dafür, dass die Nutzung des Schutzrechts für den Lizenznehmer wirtschaftlich sinnvoll ist, ist die ungestörte Durchführung des Lizenzvertrags. Die Lizenznehmer haben folglich ein erhebliches Interesse daran, dass ihnen die Befugnis zur Nutzung des Lizenzgegenstands nicht vor Ende der intendierten Vertragslaufzeit entzogen werden kann. Fatale Folgen kann ein Rückruf oder eine sonstige Beendigung der Hauptlizenz für die Unterlizenz insbesondere in Fällen haben, in denen der ursprüngliche Rechtsinhaber, an den die Lizenz zurückfällt, das Recht an Dritte veräußert. Handelt es sich bei solchen Dritten um Mitbewerber des Lizenznehmers oder sogar um einen reinen Patentverwerter, so kann dies für den Unterlizenznehmer äußerst gefährlich werden. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen – wie etwa im Telekommunikationsbereich – die Zahl der Patente unübersehbar ist und der Unterlizenznehmer den „Freedom to operate“ gegenüber dem Lizenzgeber seinerseits durch die Gewährung von Kreuzlizenzen erreicht hat. Hinzu kommt, dass mit jeder weiteren Unterlizenzierung das Risiko für den letzten Lizenznehmer steigen würde, dass er seine Rechtsposition wegen eines Fehlers in der Lizenzkette auf einer höheren Stufe der Lizenzkette nicht nutzen kann.

---

1 Zu den unterschiedlichen Gestaltungsformen vgl. z. B. *Groß*, *Der Lizenzvertrag*, 9. Aufl. (2007), Rn. 25 ff.

Damit stellt sich die praktisch äußerst bedeutsame Frage, wie in mehrstufigen Lizenzketten die Risiken im Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und den jeweiligen Lizenz- bzw. Unterlizenznehmern verteilt sind, insbesondere wie sich Mängel an oder Veränderungen von übergeordneten Lizenzen oder am Stammrecht bzw. deren Veräußerung oder vollständiger Wegfall auf Unterlizenzen auswirken. Die Umstände, die zu Gefährdungen der Unterlizenz führen können, sind vielfältig. So stellt sich die Frage nach dem Schicksal der Unterlizenz, wenn die Hauptlizenz infolge Rückruf, Kündigung oder Rücktritt erlischt. Auch die Folgen einer Insolvenz des Hauptlizenznehmers oder des Erwerbers eines Patents für die Rechtsposition des Unterlizenznehmers sind umstritten.

In der vorliegenden Abhandlung wird schwerpunktmäßig die Situation des Unterlizenznehmers für die Fälle untersucht, in denen die Hauptlizenz wegfällt oder der Hauptlizenzgeber insolvent wird. Entscheidend hierfür ist in erster Linie, ob und inwieweit die einfache Lizenz immun gegen Mängel der übergeordneten Hauptlizenz bzw. des Stammrechts ist, von dem sie sich ableitet und ob sich die einfache Lizenz gegen die Insolvenz des Lizenzgebers durchsetzt. Diese Themen werden in der Literatur unter dem Stichwort der „Dinglichkeit der einfachen Lizenz“ diskutiert. Auch wird im weiteren Verlauf dieser Untersuchung der im Wesentlichen gleichgelagerte Fall erörtert, in dem der Inhaber des Stammrechts als Lizenzgeber insolvent wird. Im Folgenden wird nach einer Übersicht über den Meinungsstand (B) zu untersuchen sein, ob eine kategorial unterschiedliche rechtliche Behandlung einfacher und ausschließlicher Lizenzen angezeigt ist (C). Anschließend (D) wird konkret die Stellung des einfachen Lizenznehmers bei Wegfall der Hauptlizenz im Patentrecht erörtert. Daran schließt sich eine Untersuchung der Frage an, welche Auswirkungen die Insolvenz des Hauptlizenznehmers auf die einfache Patentlizenz hat (E). Es folgt eine Erörterung der Stellung des Lizenznehmers in Fällen, in denen der Inhaber des Stammrechts insolvent wird (F). Die Abhandlung schließt mit einer Zusammenfassung (G).

## **B. Meinungsstand**

### **I. Begriffsklärung**

#### **1. Ausschließliche und einfache Lizenzen**

*Ausschließliche Lizenzen* gewähren dem Lizenznehmer das Recht zur exklusiven Nutzung des lizenzierten Gegenstands in dem konkreten Umfang, in dem ihm die Lizenz eingeräumt worden ist. Insbesondere kann der ausschließliche Lizenznehmer sowohl den Schutzrechtsinhaber sowie auch jeden Dritten von

der Benutzung des lizenzierten Gegenstands ausschließen und Ansprüche gegen Dritte in eigenem Namen durchsetzen.<sup>2</sup>

Dem *einfachen Lizenznehmer* wird das Nutzungsrecht nicht exklusiv zugewendet. Ihm stehen Nutzungs-, nicht hingegen Abwehrbefugnisse zu. Er kann demgemäß nicht gegen die Nutzung durch den Rechtsinhaber selbst oder durch Dritte vorgehen. Der Lizenzgeber mag bereits anderen Personen Lizenzen erteilt haben. Er ist auch befugt, später Lizenzen an andere Interessierte zu erteilen, auch wenn dies die Verwertungsmöglichkeiten des ursprünglichen einfachen Lizenznehmers beeinträchtigt.<sup>3</sup> Will der einfache Lizenznehmer gegen Schutzrechtsverletzungen durch Dritte vorgehen, muss er sich ggf. an seinen Lizenzgeber halten bzw. kann in Prozessstandschaft Ansprüche des Lizenzgebers geltend machen.<sup>4</sup>

Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen einfacher und ausschließlicher Lizenz ist auf rein tatsächlicher Ebene nicht in jedem Fall möglich. Der Inhalt von Lizenzen wird von den Parteien privatautonom festgelegt. Deshalb gibt es Zwischenformen von Lizenzen wie beispielsweise die alleinige Lizenz, die die Nutzung des lizenzierten Gegenstands durch Lizenzgeber und Lizenznehmer, nicht aber durch Dritte erlaubt. Der Lizenznehmer hat in diesem Fall ein Abwehrrecht gegenüber allen Dritten, nicht aber gegenüber dem Lizenzgeber (vgl. § 31 Abs. 3 S. 2 UrhG). Auch wenn die alleinige Lizenz überwiegend als Unterfall der ausschließlichen Lizenz angesehen wird,<sup>5</sup> wird deutlich, dass die Merkmale der ausschließlichen Lizenz disponibel sind und zu Gestaltungen führen, die Elemente der ausschließlichen und der einfachen Lizenz in sich vereinen.

## 2. Dingliche und obligatorische Lizenzen

### a. Begriff der Dinglichkeit

Um feststellen zu können, unter welchen Voraussetzungen eine Lizenz als dingliches Recht oder als Obligation einzuordnen ist, bedarf es zunächst der Klärung dieser Begriffe. Allgemein wird die Dinglichkeit eines Rechts danach beurteilt, ob es Sukzessionsschutz vermittelt, Abwehrrechte gegenüber Dritten gewährt und insolvenzfest ist.<sup>6</sup> Ob ein Recht, also z. B. auch eine Lizenz, als „dinglich“,

2 Allgemeine Meinung, vgl. z. B. *Haedicke*, Patentrecht, 2009, 13. Kap. Rn. 6; *Benkard-Ullmann*, PatG, 10. Aufl. (2006), § 15 Rn. 95; *McGuire*, Die Lizenz, 2011 (im Erscheinen), § 4 II 6; *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 345 ff.

3 *McGuire* (o. Fn. 2), § 4 II 2.

4 Vgl. z. B. *Benkard-Ullmann* (o. Fn. 2), § 15 Rn. 102.

5 *Busse-Keukenschrijver*, in: *Busse*, PatG, 6. Aufl. (2003), § 15 Rn. 55; *Schricker/Loewenheim-Schricker/Loewenheim*, 4. Aufl. (2010), § 31 Rn. 11; ausführlich zur alleinigen Lizenz und deren dogmatischer Einordnung *McGuire* (o. Fn. 2), § 4 II 4.

6 *Canaris*, in: *Festschrift für Flume*, 1978, 371, 375; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 2 Rn. 2; vgl. ausführlich dazu aus lizenzrechtlicher Perspektive *McGuire* (o. Fn. 2), Fn. 479 und

als „obligatorisch“ oder möglicherweise als „quasi-dinglich“ anzusehen ist, steht nicht a priori fest, sondern muss aus der Gesamtschau der Wirkungen ermittelt werden.<sup>7</sup> „Dinglichkeit“ ist somit ein Rechtsfolgenbegriff, der eine Lizenz nur dann kennzeichnet, wenn die typischen Merkmale der Dinglichkeit gegeben sind.<sup>8</sup> Entscheidend für diese Bewertung ist die Beurteilung der jeweiligen Ausgestaltung der Lizenz durch Gesetz und Richterrecht. Maßgeblich ist, ob die Lizenz die typischen Merkmale eines dinglichen Rechts aufweist.<sup>9</sup> Um Zirkelschlüsse zu vermeiden, lassen sich hingegen aus der Einordnung einer Lizenz als „dinglich“ keine Folgerungen ableiten.<sup>10</sup>

## b. Dinglichkeit und Verfügung

Eng mit der Beurteilung der „Dinglichkeit“ eines Rechts verbunden ist die Frage, ob eine Rechtsposition auf Grundlage einer Verfügung gewährt wird. Die Verfügung ist dabei als ein Rechtsgeschäft zu verstehen, das eine absolute Rechtsposition begründet, ändert oder aufhebt.<sup>11</sup> Die Notwendigkeit einer Verfügung weist auf das zentrale Merkmal des dinglichen Rechts hin, dass es sich nicht nur um eine Berechtigung zur Partizipation, sondern eine echte Vermögenszuweisung handelt.<sup>12</sup> Mit anderen Worten ist es ein deutliches Indiz für eine selbständige dingliche Rechtsposition, wenn eine Lizenz durch Verfügung eingeräumt wird.<sup>13</sup>

## II. Verhältnis zwischen Lizenzgeber und einfachem Lizenznehmer

In der wissenschaftlichen Diskussion hat sich zu der Rechtsnatur der einfachen Lizenz keine einheitliche Meinung herausgebildet.<sup>14</sup> Für das Verhältnis zwischen Rechtsinhaber bzw. Hauptlizenznehmer einerseits und dem Inhaber einer einfachen Patentlizenz andererseits kann im Wesentlichen zwischen zwei unterschiedlichen Auffassungen unterschieden werden. Ein Teil der Literatur bewertet die Position des einfachen Lizenznehmers als „dinglich“. Diese Auffassung findet

---

dazugehöriger Text sowie *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006, S. 12; vgl. auch *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 889; *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553, 554 f.

7 *Berger* (o. Fn. 6), S. 12.

8 *Berger* (o. Fn. 6) m. w. N.

9 *McGuire* (o. Fn. 2), § 5 I 5.

10 So überzeugend *Berger* (o. Fn. 6), S. 12; ebenso *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 893.

11 *Haedicke*, JuS 2001, 966 m. w. N.; vgl. auch *Kraßer*, Patentrecht, 6. Aufl. (2009), S. 932, wonach eine Verfügung schon dann vorliegt, wenn der Inhaber einen Ausschnitt aus seinen Befugnissen weggibt, ohne dass es hierbei darauf ankommt, ob ein dingliches Recht vorliegt.

12 *McGuire* (o. Fn. 2), § 5 I 5.

13 *McGuire* (o. Fn. 2), § 5 I 5; anders *Kraßer* (o. Fn. 11), § 40 V (S. 933).

14 Vgl. die jüngsten Beiträge von *McGuire* (o. Fn. 2), passim; *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553; *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889.

sich, anknüpfend an *Eugen Ulmer*,<sup>15</sup> insbesondere im urheberrechtlichen Schrifttum und ist dort herrschend.<sup>16</sup> Auch im Markenrecht sprechen sich Stimmen für die dingliche Rechtsnatur nicht nur der ausschließlichen, sondern auch der einfachen Markenlizenz aus.<sup>17</sup> Eine deutliche Beschreibung der Konsequenzen dieser Einordnung findet sich üblicherweise mit Ausnahme des Hinweises auf den Sukzessionsschutz nicht. Auch wenn die einfache Patentlizenz von Teilen der Literatur ebenfalls als „dinglich“ eingeordnet wird,<sup>18</sup> überwiegt trotz vergleichbarer gesetzlicher Grundlagen im Patentrecht derzeit noch die Gegenauffassung. Dort werden einfache Lizenzen als „obligatorisch“ angesehen. In der Konsequenz dieses Ansatzes liegt es, dass ihnen – mit Ausnahme des Sukzessionsschutzes gem. § 15 Abs. 3 PatG – keine Drittwirkung zukäme.<sup>19</sup>

Einen gänzlich neuen Ansatz wählt *McGuire* in ihrer im Jahr 2011 vorgelegten Habilitationsschrift.<sup>20</sup> Ihrer Auffassung nach kann die Lizenz weder als dingliches Recht noch als Obligation sachgerecht gefasst werden. Vielmehr sei die Lizenz – die einfache ebenso wie die ausschließliche – eine „verdinglichte Obligation“, der zwar Sukzessionsschutz, nicht aber Insolvenzschutz zukomme, so dass die Lizenz eine beschränkte Drittwirkung aufweise. Durch die Rückführung der Lizenz auf ein vertragliches Nutzungsrecht könnten die dogmatischen und

15 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. (1980), § 85 III (S. 368).

16 Vgl. in diesem Sinne z. B. *Schricker/Loewenheim-Schricker/Loewenheim* (o. Fn. 5), Vor § 28 Rn. 83 m. w. N.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. (2010), Rn. 604; so wohl auch *Dreier/Schulze-Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. (2008), § 31 Rn. 52; *Fromm/Nordemann-J.B. Nordemann*, UrhG, 10. Aufl. (2008), § 31 Rn. 87, anders noch *Fromm/Nordemann-Hertin*, 9. Aufl. (1998), §§ 31/32 Rn. 2; a. A. *Möhring/Nicolini-Spautz*, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. (2010), § 31 Rn. 39; *Pahlow*, ZUM 2005, 865. Vgl. auch *Pahlow* (o. Fn. 2), S. 278 ff., der die einfache Lizenz im Recht des geistigen Eigentums generell als rein schuldrechtlich einordnet.

17 *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. (2009), § 30 Rn. 8; *Groß* (o. Fn. 1), Rn. 432, 475; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Aufl. (2010), § 30 Rn. 13 (anders noch die 2. Aufl. (2003), § 30 Rn. 8); a. A. *Hacker*, in: *Ströbele/Hacker*, MarkenG, 9. Aufl. (2009), § 30 Rn. 21 ff.; OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 181 – *Asco Top*. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Gesetzgebungsmaterialien zum Markenrecht BT-Drs. 12/6581 vom 14.01.1994, S. 86 f., 129, wonach § 30 Abs. 5 MarkenG klarstelle, dass eine Übertragung der Marke oder die Erteilung einer weiteren Lizenz nicht die Rechte des früheren Lizenznehmers berühre (S. 87) und § 30 die Markenlizenz verstärke und sie mit dinglicher Wirkung ausstatte (S. 129).

18 Für die Dinglichkeit (sowie zur Insolvenzfestigkeit) einfacher Patentlizenzen vgl. u. a. *Gottmann*, Sukzessionsschutz im Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 2008, Rn. 615, 617; *Heimberg*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2011, S. 27 ff., 38 (dort zur Vollstreckungsfestigkeit); *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553; *von Frenzt/Masch*, ZIP 2011, 1245, 1247; zur Dinglichkeit einfacher Lizenzen vgl. z. B. auch *Scholz*, GRUR 2009, 1107, 1109 ff.; vgl. *Benkard-Ullmann* (o. Fn. 2), § 15 Rn. 61, 99, der mit Hinweis auf das Urheberrecht die dingliche Rechtsnatur der einfachen Lizenz als „durchaus bedenkenswert“ bezeichnet, dann aber doch der tradierten Vorstellung folgt.

19 *Mes*, PatG, 2. Aufl. (2005), § 15 Rn. 40; *Busse-Keukenschrijver* (o. Fn. 5), § 15 Rn. 60; *Osterrieth*, Patentrecht, 4. Aufl. (2010), Rn. 347, 350; *Schulte-Kühnen*, PatG, 8. Aufl. (2008), § 15 Rn. 36.

20 *McGuire* (o. Fn. 2), passim.

wertungsmäßigen Schwierigkeiten, auf die das Lizenzrecht treffe, in geeigneter Weise gelöst werden.

### III. Die Entwicklung der Rechtsprechung bis zu den Entscheidungen „Reifen Progressiv“ und „Vorschabilder“

Ursprünglich hatte der BGH die Dinglichkeit der einfachen Lizenz im Patentrecht abgelehnt.<sup>21</sup> Die hiermit verbundene Versagung des Sukzessionsschutzes für einfache Lizenzen hatte zu heftiger Kritik in der Literatur<sup>22</sup> und letztlich zum Handeln des Gesetzgebers geführt. Als Reaktion auf die entsprechende Rechtsprechung des BGH nahm der Gesetzgeber § 15 Abs. 3 PatG sowie entsprechende Parallelvorschriften in die Gesetze zum Schutz geistigen Eigentums auf.<sup>23</sup>

Damit war außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs von § 15 Abs. 3 PatG und § 33 UrhG die Frage der Immunität der einfachen Lizenz gegenüber Mängeln der Hauptlizenz bzw. des Stammrechts allerdings noch nicht beantwortet. Eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung, einfache Lizenzen generell als „dinglich“ anzusehen, kann alleine aus dieser Vorschrift nicht abgeleitet werden. Denkbar wäre es auch, diese Vorschrift als Ausnahme von der ansonsten generell obligatorischen Wirkung einfacher Lizenzen anzusehen.<sup>24</sup>

Durch die „Reifen Progressiv“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>25</sup> aus dem Jahr 2009 ist erneut Bewegung in die Diskussion über die Rechtsnatur der einfachen Lizenz gekommen. Das Urteil deutet in seiner Tendenz eine über den bloßen Schutz vor Zwischenverfügungen hinausgehende dingliche Wirkung einfacher Lizenzen jedenfalls im Urheberrecht an. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Lizenzgeber und Urheber die Softwarelizenz seines Vertriebspartners wegen Nichtausübung gem. § 41 UrhG zurückgerufen, so dass der Hauptlizenznehmer nicht mehr zur Nutzung der Software berechtigt war. Die Weiterbenutzung der lizenzierten Software durch den Unterlizenznehmer, dem vom Hauptlizenznehmer zuvor eine einfache Lizenz eingeräumt worden war, sah der BGH nicht als Urheberrechtsverletzung an. Jedenfalls im Fall des Rückrufs der ausschließlichen Hauptlizenz wegen

21 BGH GRUR 1982, 411 – Verankerungsteil; vgl. bereits BGH GRUR 1974, 463 – Anlagen-geschäft.

22 Zur Diskussion über die „Verankerungsteil“-Entscheidung vgl. *McGuire* (o. Fn. 2), § 6 I und § 6 III 2; *Kraßer*, GRUR Int 1983, 537, 540; *Forkel*, NJW 1983, 1764; *Brandi-Dohrn*, GRUR 1983, 146; s. auch *Marotzke*, ZGE 2011, 233, 234 ff.

23 Vgl. BT-Drs. 10/3903, 33; es wurden parallele Vorschriften in die anderen Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums aufgenommen, vgl. § 33 UrhG, § 30 Abs. 5 MarkenG, § 22 Abs. 3 GebrMG; § 31 Abs. 5 GeschmMG.

24 *McGuire*, GRUR 2009, 13, 16 ff.; *dies.* (o. Fn. 2), § 6 III 2; *Pahlow* (o. Fn. 2), S. 283 ff.; vgl. auch *Kraßer* (o. Fn. 11), § 40 V (S. 933); dagegen: *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553, 556.

25 BGH GRUR 2009, 946 – Reifen Progressiv; vgl. auch die Vorinstanzen OLG Köln, GRUR-RR 2007, 33 und LG Köln, ZUM 2006, 149.

Nichtausübung gem. § 41 UrhG bleibe das abgeleitete einfache urheberrechtliche Nutzungsrecht bestehen. In diesem Zusammenhang führte der BGH aus, dass das einfache Nutzungsrecht – wie auch das ausschließliche Nutzungsrecht – keinen schuldrechtlichen, sondern dinglichen Charakter habe. Der Lizenzgeber müsse dem Lizenznehmer das Nutzungsrecht daher nicht während der Dauer des Lizenzverhältnisses fortwährend in seinem Bestand vermitteln, vielmehr sei das Enkelrecht nach seiner Abspaltung vom Tochterrecht von dessen Fortbestand unabhängig.<sup>26</sup>

#### IV. Offene Fragen

Es stellt sich die Frage nach den weiteren Auswirkungen der höchstrichterlichen Entscheidungen auf das Urheberrecht und darüber hinaus vor allem auch auf die Patentlizenz. Zwar lässt sich aus der „Reifen Progressiv“-Entscheidung nicht unmittelbar die Aussage ableiten, dass Unterlizenzen gegenüber dem Schicksal der Hauptlizenz generell immun seien. Noch weniger fordert diese Entscheidung ausdrücklich die Ausdehnung der in ihr enthaltenen Grundsätze auf andere Teildisziplinen des Rechts des geistigen Eigentums wie insbesondere auf das Patentrecht. Auch kann aus der Regelung des § 15 Abs. 3 PatG und aus den entsprechenden Parallelvorschriften im Urheber- und Markenrecht nicht zwingend gefolgert werden, ob die Position des einfachen Lizenznehmers dinglich oder obligatorisch ist. Diese Vorschriften regeln jeweils unmittelbar lediglich den Sukzessionsschutz. Es besteht Uneinigkeit, ob es sich bei diesen Regelungen um eine deklaratorische Bestätigung der dinglichen Rechtsnatur, deren konstitutive Begründung oder im Gegenteil gerade um die gesetzgeberische Festschreibung einer singulären Ausnahme von der obligatorischen Rechtsnatur der Lizenz handelt.<sup>27</sup>

Allerdings scheint der Bundesgerichtshof in dem Urteil keine Einzelfallentscheidung zu sehen und setzt seinen Kurs in Richtung einer dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen fort. So hat das Gericht in der Entscheidung „Vorschaubilder“<sup>28</sup> unter Bezugnahme auf „Reifen Progressiv“ die dingliche Wirkung einfacher Lizenzen bestätigt und daraus die Folgerung abgeleitet, dass die Willenserklärung, mit der der Urheber einem Dritten ein Nutzungsrecht einräumt, den Anforderungen an dingliche Verfügungen über Rechte genügen müsse.<sup>29</sup> In die gleiche Richtung weist auch eine patentrechtliche Entscheidung des LG Mann-

<sup>26</sup> BGH GRUR 2009, 946, 948 [Rn. 20] – Reifen Progressiv.

<sup>27</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 6 I und § 6 III 2; vgl. auch *Krafter* (o. Fn. 11), § 40 V (S. 933); *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553, 556. Nach *Pahlow* (o. Fn. 2), S. 279 ff., spricht der gesetzliche Sukzessionsschutz unter Berücksichtigung des rechtshistorischen Befundes allerdings gegen einen dinglichen Charakter der einfachen Lizenz.

<sup>28</sup> BGH GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder.

<sup>29</sup> BGH GRUR 2010, 628, 631 [Rn. 29] – Vorschaubilder.



heim. Unter Bezugnahme auf die „Reifen Progressiv“-Entscheidung des BGH geht das Gericht von der dinglichen Natur einfacher Patentlizenzen aus.<sup>30</sup>

Damit stellt sich die Frage, ob über § 15 Abs. 3 PatG und das Fortbestehen einfacher Lizenzen bei Rückfall der Hauptlizenz gem. § 41 UrhG hinaus generell von der dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen ausgegangen werden kann bzw. welche Elemente der Dinglichkeit einfache Lizenzen aufweisen. Gerade vor dem Hintergrund der „Reifen Progressiv“- sowie der „Vorschaubilder“-Entscheidung des BGH besteht auch Anlass, die bisherige herrschende Meinung zur patentrechtlichen Einordnung einfacher Lizenzen als Obligationen zu überprüfen.<sup>31</sup>

## C. Dogmatische Einordnung ausschließlicher und einfacher Lizenzen

Mit der „Reifen Progressiv“- und der „Vorschaubilder“-Entscheidung steht nun fest, dass im Lizenzrecht die Begriffe „ausschließlich“ und „dinglich“ ebenso wenig als Synonyme gelten können wie „einfach“ und „obligatorisch“.<sup>32</sup> Es fragt sich, ob der des BGH eingeschlagenen Linie Bedeutung über die entschiedenen Einzelfälle hinaus zukommt und ob deshalb generell von der Dinglichkeit einfacher Lizenzen auszugehen ist. Voraussetzung dafür wäre, dass einfache ebenso wie ausschließliche Nutzungsrechte sowohl im Urheberrecht als auch im Patentrecht die gleichen Strukturmerkmale aufweisen und eine Gleichbehandlung interessengemäß wäre.

### I. Konstitutive Rechtsübertragung bei ausschließlichen Lizenzen

„Ausschließliche“ und „einfache“ Lizenz sind insoweit Komplementärbegriffe,<sup>33</sup> als sie die unterschiedlich ausgestalteten Befugnisse von Lizenzgeber und Lizenznehmer zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium erheben. Auch haben sich in der Praxis diese Begriffe eingebürgert, um die unterschiedlichen Charakteristika der jeweiligen Lizenzen zu beschreiben. Da allerdings auch Zwischenformen wie die alleinige Lizenz denkbar und in der Praxis geläufig sind, fragt es sich, ob tatsächlich eine trennscharfe dogmatische Abgrenzung zwischen ausschließlichen und einfachen Lizenzen möglich ist. Nur dann wäre eine kategorial unter-

<sup>30</sup> LG Mannheim, BeckRS 2011, 04156, Entscheidungsgründe C II 1.

<sup>31</sup> Vgl. auch OLG München, InstGE 13, 171, 174 [Rn. 28], wo der Senat den „dinglichen Charakter der Unterlizenzierung“ betont und daraus folgert, dass der Wegfall der Berechtigung des Verfügenden die Wirksamkeit seiner früheren Verfügungen unberührt lasse.

<sup>32</sup> Zu den historischen Wurzeln der Verknüpfung zwischen der Art der Lizenz und ihrer Dinglichkeit vgl. *McGuire* (o. Fn. 2), § 5 II 1 d, Fn. 594 und dazugehöriger Text sowie *Pahlow* (o. Fn. 2), S. 71 ff.

<sup>33</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 4 II 6.



schiedliche Beurteilung von Lizenzen als „dinglich“ bzw. als „obligatorisch“ zu rechtfertigen.

Für die ausschließliche Lizenz ist heute weit überwiegend anerkannt, dass sie dadurch entsteht, dass dem Lizenznehmer ein positives Benutzungsrecht im Wege der Verfügung zugewendet wird.<sup>34</sup> Zwar geht nicht das gesamte Recht infolge eines umfassenden Zuordnungswechsels über. Allerdings entsteht ein Recht geringeren Inhaltes, das zugleich auf ein anderes Subjekt übergeleitet wird, ohne dabei die Bindung zum Mutterrecht ganz zu verlieren. Diese Form der Veräußerung eines Rechts kann als konstitutive Rechtsübertragung bezeichnet werden<sup>35</sup> oder als „gebundene Rechtsübertragung“,<sup>36</sup> womit die fortbestehende Abhängigkeit des Tochterrechts vom Mutterrecht besonders plastisch zum Ausdruck gebracht wird. Diese Rechtsübertragung gestattet es dem Lizenznehmer, die lizenzierten Befugnisse im Umfang der gewährten Rechtseinräumung zu verwenden. Ebenso wie das Vollrecht gewährt auch die aus dem Vollrecht abgeleitete Lizenz dem Lizenznehmer eine exklusive Nutzungsbefugnis. Der Lizenznehmer kann gegen Dritte vorgehen. Seine Befugnis ist außerdem, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart ist, frei veräußerbar.

## II. Einfache Lizenz als Nutzungsrechtseinräumung

### 1. Positive Benutzungsbefugnis

Es ist ebenfalls anerkannt, dass sich auch die einfache Lizenz nicht darin erschöpft, dass der Lizenzgeber auf die Geltendmachung von Verbotsrechten verzichtet. Eine solche rein negative Lizenz mag zwar konstruktiv möglich sein,<sup>37</sup> stellt aber jedenfalls nicht den Regelfall dar und entspricht üblicherweise nicht dem Willen der Lizenzvertragsparteien. Vielmehr lässt sich die Lizenzabrede zumeist dahingehend deuten, dass der Lizenznehmer den lizenzierten Gegenstand erlaubtermaßen benutzen soll oder darf, so dass ihm eine positive Benutzungsbefugnis zugewendet wird.<sup>38</sup> Sofern eine entsprechende vertragliche Gestaltung gewählt worden ist, ist der Lizenzgeber nicht nur zur passiven Duldung der Nutzung seines Schutzrechts verpflichtet, sondern er muss dem

<sup>34</sup> *Kraßer* (o. Fn. 11), § 40 V c aa 2 (S. 932); *Busse-Keukenschrijver* (o. Fn. 5), § 15 Rn. 51; *Pahlow* (o. Fn. 2), S. 207, 373, 406; *Haedicke* (o. Fn. 2), 13. Kap. Rn. 7; *ders.*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2002, S. 82 f., 103 f.; *Schricker/Loewenheim-Schricker/Loewenheim* (o. Fn. 5), Vor § 28 Rn. 98; anders *McGuire* (o. Fn. 2), *passim*.

<sup>35</sup> Vgl. z. B. *Schricker/Loewenheim-Schricker/Loewenheim* (o. Fn. 5), Vor § 28 Rn. 74; *Haedicke*, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, S. 82 f.

<sup>36</sup> *Forkel*, *Gebundene Rechtsübertragungen*, 1977, *passim*.

<sup>37</sup> *B. Bartenbach*, *Die Patentlizenz als negative Lizenz*, 2002; *Busse-Keukenschrijver* (o. Fn. 5), § 15 Rn. 48; *Mes* (o. Fn. 20), § 15 Rn. 41; vgl. auch *Marotzke*, *ZGE* 2011, 233, 241 f.

<sup>38</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 4 VII; *Kraßer* (o. Fn. 11), § 40 V a 1 (S. 930); *Benkard-Ullmann* (o. Fn. 2), § 15 Rn. 61; *Stöckel/Brandi-Dohrn*, *CR* 2011, 553, 555; *Hirte/Knof*, *JZ* 2011, 889, 890.

Lizenznehmer in einem solchen Fall auch die Nutzung des Lizenzgegenstands ermöglichen und dem Lizenznehmer die Befugnisse zuwenden, die dieser zur Ausübung der Lizenz benötigt.<sup>39</sup> Dazu gehört bei entsprechender Vertragsgestaltung insbesondere, dass das Nutzungsrecht rechtswirksam und zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignet, d. h. frei von Sach- und Rechtsmängeln ist.<sup>40</sup> Sofern allerdings ein Gewährleistungsausschluss vereinbart ist, den Lizenzgeber keine Aufrechterhaltungspflicht trifft und er nach Lizenzerteilung auch keine sonstigen Leistungen mehr erbringen muss, kann sich die Verpflichtung des Lizenzgebers auf die Einräumung des Rechts, d. h. auf die Erfüllung des entsprechenden Verpflichtungsgeschäfts beschränken. Hiervon ist insbesondere in den Fällen auszugehen, in denen der Lizenznehmer keine oder nur einmalig eine Lizenzgebühr entrichtet und auch insoweit von keiner der Parteien eine dauerhafte Pflichtenanspannung gefordert ist.

Da die Einräumung einer einfachen Lizenz als positive Rechtseinräumung zu bewerten ist, ist der Verzicht des Lizenzgebers auf die Geltendmachung seiner Verbotsrechte mangels ausdrücklicher abweichender vertraglicher Vereinbarung nichts anderes als die Kehrseite der Zustimmung zur Benutzung und damit zur Einräumung einer positiven Nutzungsbefugnis.<sup>41</sup> Außerdem lässt sich die Regelung des Sukzessionsschutzes in § 15 Abs. 3 PatG und in den entsprechenden urheber- und markenrechtlichen Vorschriften am besten damit erklären, dass dem Lizenznehmer eine Befugnis zugewendet worden ist, aufgrund derer er gegen widersprechende Verfügungen des Lizenzgebers geschützt ist. Insbesondere ist § 15 Abs. 3 PatG nicht mit der Regelung des § 566 BGB vergleichbar, mit der Sukzessionsschutz im Mietvertragsrecht vermittelt wird. Anders als § 566 BGB, der einen Vertragsübergang anordnet, lässt § 15 Abs. 3 PatG die bisherigen Lizenzeinräumungen bestehen. Gemäß § 15 Abs. 3 PatG kann der Lizenznehmer dem neuen Patentinhaber die zuvor erteilte Lizenz entgegenhalten.<sup>42</sup>

Damit erweist sich die einfache Lizenz als Einräumung einer positiven Nutzungsbefugnis in Bezug auf den lizenzierten Gegenstand. Im Gegensatz zum Nutzungsrecht, das im Wege der ausschließlichen Lizenz eingeräumt wird, ist die dem einfachen Lizenznehmer eingeräumte Position jedoch weniger umfassend. Er kann den lizenzierten Gegenstand zwar nutzen, aber Dritte nicht aus eigenem Recht an der parallelen Nutzung des Gegenstands hindern.<sup>43</sup>

39 *McGuire* (o. Fn. 2), § 11 III 2 a und Fn. 2450; *Hacker*, in: *Ströbele/Hacker* (o. Fn. 18), § 30 Rn. 43; *Pahlow*, in: *Ekey/Klippel, MarkenR* (2008), § 30 Rn. 18; *ders.* (o. Fn. 2), S. 78; *Schulte-Kühnen* (o. Fn. 20), § 15 Rn. 43.

40 *McGuire* (o. Fn. 2), § 11 III 2 a.

41 So die Formulierung bei *McGuire* (o. Fn. 2), § 3 II 6.

42 *Marotzke*, *ZGE* 2010, 233, 244 ff.; *Stöckel/Brandi-Dohrn*, *CR* 2011, 553, 556; *von Frenzt/Masch*, *ZIP* 2011, 1245, 1247.

43 Zur vermeintlich fehlenden Negativkomponente der einfachen Lizenz vgl. *Stöckel/Brandi-Dohrn*, *CR* 2011, 553, 557.

## 2. Erteilung einer einfachen Lizenz als Verfügung über ein positives Nutzungsrecht

Aus der Erkenntnis, dass bei der einfachen Lizenz eine positive Nutzungsbefugnis eingeräumt wird, folgt die Frage, wie diese Position des einfachen Lizenznehmers näher charakterisiert werden kann. Möglich wäre die Annahme einer Überlassung des lizenzierten Gegenstands nach dem Vorbild des Miet- bzw. Pachtvertrags.<sup>44</sup> Dann wäre die Erteilung einer einfachen Lizenz als einstufige Bestellung eines Nutzungsrechts zu bewerten, wobei die schuldrechtliche Verpflichtung durch die – sich rein auf tatsächlicher Ebene bewegende – Gebrauchsüberlassung erfüllt würde, ähnlich wie ein Pachtgegenstand durch Verschaffung der tatsächlichen Verfügungsmacht zum Gebrauch überlassen wird. Hierfür spricht insbesondere, dass dem Erwerber keine Rechtsposition zugewendet wird, mittels derer er anderen die Benutzung des lizenzierten Gegenstands untersagen könnte. Daraus kann die Folgerung abgeleitet werden, dass die Berechtigung des Lizenznehmers insoweit nur zwischen den Vertragsparteien wirkt.

Zwar ist diese Auffassung dogmatisch plausibel. Sie ist aber mit der neuesten Entscheidungspraxis des BGH kaum vereinbar. Aus der „Reifen-Progressiv“-Entscheidung des BGH, die die Immunität der einfachen Lizenz gegenüber dem Wegfall der Hauptlizenz festlegt, ergibt sich die Drittwirkung einfacher Lizenzen. Die „Vorschaubilder“-Entscheidung charakterisiert die Einräumung einfacher Lizenzen als Verfügung. Diese Urteile verdeutlichen gemeinsam mit der Regelung des § 15 Abs. 3 PatG, dass der einfache Lizenznehmer nicht nur eine tatsächliche Befugnis, sondern eine Rechtsposition innehat. Weist diese Position mit dem Sukzessionsschutz sowie mit dem Schutz vor Rückfall der Hauptlizenz gleich in mehrerlei Hinsicht Drittwirkung auf, so liegt es nahe, diese Nutzungsbefugnis als Rechtsposition und nicht nur als rein tatsächliche Nutzungsbefugnis anzusehen. Dass eine Rechtsposition aus dem Stammrecht herausgelöst und auf den einfachen Lizenznehmer übertragen wird, ergibt sich daraus, dass die Einräumung der einfachen Lizenz zu einer unmittelbaren Änderung des Inhalts der Position des Lizenzgebers führt. Dieser hat einen Teil seiner Nutzungsbefugnis übertragen und ist nach der Lizenzeinräumung nicht mehr befugt, seine Abwehrrechte gegen den Lizenznehmer geltend zu machen. Gegenüber dem Lizenznehmer reduzieren sich die Abwehrrechte des Lizenzgebers. Der Lizenznehmer ist außerdem vor Zwischenverfügungen geschützt, da insoweit die Verfügungsmacht des Lizenzgebers verbraucht ist.

## 3. Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Folgt man der Interessenbewertung des BGH im Zusammenhang mit den Entscheidungen „Reifen Progressiv“ und „Vorschaubilder“, so folgt auch die all-

<sup>44</sup> So Haedicke (o. Fn. 36), S. 108.

gemeine Geltung des Trennungs- und vor allem des Abstraktionsprinzips.<sup>45</sup> Mit der Einräumung des positiven Nutzungsrechts hat der einfache ebenso wie der ausschließliche Lizenzgeber seine lizenzvertragliche Pflicht zur Rechtseinräumung umfassend erfüllt. Die Immunität des Lizenznehmers gegenüber dem Wegfall der Hauptlizenz kann nur gewährleistet werden, wenn es lediglich darauf ankommt, ob der Hauptlizenzgeber zur Zeit der Verfügung berechtigt war.<sup>46</sup> Sie könnte nicht erreicht werden, wenn mit Wegfall des Verpflichtungsgeschäfts ohnehin jede Verfügungswirkung entfiel.<sup>47</sup>

Im Urheberrecht bedingen die Eigenständigkeit bestimmter Nutzungsrechte und die Grenzen ihrer Aufspaltbarkeit eine unterschiedliche Behandlung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.<sup>48</sup> Gleiches gilt auch für das Patentrecht, so dass hier die gleiche Interessenlage besteht. Denn auch hier ist im Interesse des Verkehrsschutzes eine dinglich wirkende Beschränkung nur möglich, soweit die Lizenz eine absplaltbare, selbständige Nutzungsart betrifft.<sup>49</sup>

#### 4. Interessenbewertung

Es fragt sich, ob der Argumentation des BGH gefolgt werden kann, so dass die einfache Patentlizenz als dinglich angesehen werden sollte. Da dogmatisch-konstruktiv beide Auffassungen vertretbar sind, muss letztlich eine Interessenbewertung entscheiden. Diesen methodischen Weg hat der BGH in der „Reifen Progressiv“-Entscheidung eingeschlagen.<sup>50</sup> Der Interessenbewertung des BGH, die den Interessen des Lizenznehmers den Vorrang einräumte, ist im Interesse der Verkehrsfähigkeit von Patentlizenzen und im Interesse des Schutzes von Investitionen des Lizenznehmers im Vertrauen auf den Bestand der Lizenz zu folgen. Wertungsmäßig erscheint es geboten, dass der Lizenznehmer eine eigene – von anderen Personen unabhängige – Berechtigung an dem lizenzierten Gegenstand erhält, die die Verkehrsfähigkeit dieses Gegenstands begründet. Es besteht das Bedürfnis nach einer möglichst sicheren Ausgestaltung des Rechtsverkehrs mit lizenzierten Gegenständen unabhängig davon, ob es sich um ein Vollrecht, eine ausschließliche oder eine einfache Lizenz handelt.

Angesichts der fließenden Grenzen zwischen ausschließlichen und einfachen Lizenzen ist nicht deren gleiche, sondern im Gegenteil die unterschiedliche Behandlung begründungsbedürftig. Eine differierende Konstruktion dieser

<sup>45</sup> Anders noch *Haedicke* (o. Fn. 2), 13. Kap. Rn. 14 ff. sowie auch *Busse-Keukenschrijver* (o. Fn. 5), § 15 Rn. 56.

<sup>46</sup> So BGH GRUR 2009, 946, 948 [Rn. 20] – Reifen Progressiv.

<sup>47</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 6 II 4 e und Fn. 1192 m. w. N.

<sup>48</sup> *Reber*, ZUM 2009, 855, 857.

<sup>49</sup> *Benkard-Ullmann* (o. Fn. 2), § 15 Rn. 69; *Kraßer* (o. Fn. 11), § 40 VI (S. 934f.), vgl. auch *McGuire* (o. Fn. 2), § 6 II 6; a.A. *Wündisch/Bauer*, GRUR Int. 2010, 641, 647.

<sup>50</sup> BGH GRUR 2009, 946, 948 [Rn. 21] – Reifen Progressiv; methodisch ähnlich *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 892 ff.

Lizenztypen würde den Interessen der Parteien vielfach nicht gerecht und entspräche nicht ihrem Erwartungshorizont.<sup>51</sup> Ausschließliche und einfache Elemente werden nicht selten in einheitlichen Lizenzverträgen kombiniert und die Parteien wählen je nach praktischen Bedürfnissen einfache, alleinige oder ausschließliche Lizenzen.<sup>52</sup>

### III. Keine Unterscheidung zwischen den einzelnen Teildisziplinen des geistigen Eigentums

#### 1. Notwendigkeit der Verkehrsfähigkeit von Patentlizenzen

Auch für die unterschiedliche Behandlung einfacher Lizenzen in den einzelnen Teildisziplinen des Rechts des geistigen Eigentums besteht kein Anlass. Bereits auf den ersten Blick spricht hiergegen, dass die – insgesamt spärlichen – gesetzlichen Regeln weitgehend einheitlich ausgestaltet sind<sup>53</sup> und der Gesetzgeber unabhängig von der Lizenzart zumindest ähnliche Rechtswirkungen angestrebt hat.<sup>54</sup> Zwingende Gründe, die in der Natur des jeweiligen spezifischen Rechts des geistigen Eigentums begründet wären und die für eine restriktivere Behandlung der dinglichen Wirkung von Patentlizenzen sprechen würden, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Das Bedürfnis nach der Verkehrsfähigkeit von Lizenzen ist im Patentrecht, bei dem Stammrecht und Lizenz nicht durch persönlichkeitsrechtliche Bande miteinander verknüpft sind, eher noch größer als im Urheberrecht. Dass auch das Patent als Stammrecht translativ übertragbar ist, steht der Verkehrsfähigkeit von Lizenzen nicht entgegen, sondern unterstreicht gerade, dass der Gesetzgeber patentrechtliche Befugnisse als verkehrsfähig ausgestalten wollte.<sup>55</sup>

Insgesamt erschiene es nicht nur dogmatisch, sondern vor allem auch praktisch als unangemessen, unterschiedliche Rechte des geistigen Eigentums insoweit ungleich zu behandeln. Häufig werden gemischte Lizenzen vergeben, bei denen Urheber-, Patent- und Markenrechte gemeinsam für einen einheitlichen Vertragsgegenstand vergeben werden. Eine Aufspaltung eines solchen wirtschaftlich einheitlichen Vertrags nach Maßgabe der Rechtsnatur der einzelnen Bestandteile der Lizenz würde zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen. Man könnte in diesem Fall zu dem Ergebnis kommen, dass bei einem ein-

51 *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 II 4.

52 *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 II 4.

53 A.A. *Wündisch/Bauer*, GRUR Int. 2010, 641, 647, die meinen, aus den detaillierteren Regelungen der §§ 31 ff. UrhG ließen sich Rückschlüsse auf die Rechtsnatur einfacher Lizenzen ziehen. Indes wird diese Frage dort gerade nicht – und damit auch nicht anders als im Patentrecht – geregelt.

54 Gegen eine diesbezüglich grundsätzliche Unterscheidung zwischen Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz auch *McGuire* (o. Fn. 2), § 3 VI; vgl. auch *Marotzke*, ZGE 2011, 233, 236 ff.

55 Anders *Wündisch/Bauer*, GRUR Int 2010, 641, 647.

heitlichen Lizenzvertrag die einzelnen Vertragsschutzrechte ein unterschiedliches Schicksal haben und teilweise beim Lizenznehmer verbleiben, teilweise an den Lizenzgeber zurückfallen. Dies würde den Interessen der Vertragsparteien, so wie diese Niederschlag in den entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen gefunden haben, keinesfalls gerecht.

## 2. Geltung des Abstraktionsprinzips im Patentrecht

Der BGH stellte in der „Reifen Progressiv“-Entscheidung fest, dass die Grundlage der Unterlizenz nicht in der Vereinbarung zwischen dem Inhaber des Stammrechts und dem Hauptlizenznehmer liegt, sondern in einer zwischen Haupt- und Unterlizenznehmer geschlossenen Vereinbarung.<sup>56</sup> Als Konsequenz hieraus lasse, so führt der BGH weiter aus, der spätere Wegfall der Berechtigung des Verfügenden die Wirksamkeit seiner früheren Verfügungen unberührt.<sup>57</sup> Auch diese Aussage beansprucht über den engen Gegenstand der „Reifen Progressiv“-Entscheidung hinaus Geltung für das Patentrecht. Sind im Urheberrecht Lizenzen zweiter Stufe unabhängig von ihren übergeordneten Hauptlizenzen, muss dies erst recht bei entsprechenden patentrechtlichen Unterlizenzen gelten. Mangels persönlichkeitsrechtlicher Bindungen ist hier im Zweifel stets von einer mindestens so umfassenden Verkehrsfähigkeit patentrechtlicher wie urheberrechtlicher Befugnisse auszugehen. Wird diese im Urheberrecht mit Hilfe des Abstraktionsprinzips verwirklicht, muss Gleiches erst Recht im Patentrecht gelten.<sup>58</sup>

## 3. Die Einräumung der einfachen Patentlizenz als einmaliger Übertragungsakt

Auch die Feststellung des BGH, dass die Rechtseinräumung bei einfachen Lizenzen auf einem einmaligen Übertragungsakt in Form einer Verfügung basiert,<sup>59</sup> verlangt über das Urheberrecht hinaus auch für das Patentrecht Geltung. So ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Einräumung einer einfachen Patentlizenz insoweit anders zu behandeln sein sollte als die Einräumung eines (software-) urheberrechtlichen einfachen Nutzungsrechts. Es macht auch insoweit keinen Unterschied, ob es sich bei dem lizenzierten Schutzrecht um ein Urheber- oder um ein Patentrecht handelt.

<sup>56</sup> BGH GRUR 2009, 948 – Reifen Progressiv [Rn. 18].

<sup>57</sup> BGH GRUR 2009, 948 – Reifen Progressiv [Rn. 19].

<sup>58</sup> Vor dem Hintergrund der „Reifen Progressiv“-Entscheidung kann demgemäß die Auffassung nicht mehr aufrecht erhalten werden, dass im Patentrecht das Abstraktionsprinzip nicht gilt, anders noch *Haedicke* (o. Fn. 2), 13. Kap. Rn. 16.

<sup>59</sup> BGH GRUR 2009, 946, 948 [Rn. 20] – Reifen Progressiv.

#### IV. Zwischenergebnis

Mit den Entscheidungen „Reifen Progressiv“ und „Vorschaubilder“ hat sich der BGH im Interesse der Verkehrsfähigkeit einfacher Lizenzen und im Interesse des Schutzes des einfachen Lizenznehmers jedenfalls in den konkret entschiedenen Fällen für die Dinglichkeit der Rechtsposition des einfachen Lizenznehmers ausgesprochen. Dabei hat er dieses Ergebnis sowohl auf rechtsdogmatische Argumente als auch auf eine Bewertung der gegenläufigen Interessen gestützt. Es ist plausibel und interessengerecht, die Verdinglichung der einfachen Lizenz zukünftig als allgemeines Strukturprinzip des Lizenzrechts nicht nur im Urheberrecht, sondern auch im Patentrecht und darüber hinaus im Recht des geistigen Eigentums allgemein anzuerkennen und insoweit einfache und ausschließliche Lizenzen gleich zu behandeln.

Insofern ist der hier vertretene Ansatz, der die Aspekte der Dinglichkeit der einfachen Lizenz aus Strukturparallelen zur ausschließlichen Lizenz und einer Interessenabwägung ableitet, nicht weit entfernt von der Auffassung von *McGuire*,<sup>60</sup> die die Lizenz einheitlich als verdinglichte Obligation erfassen will. *McGuire* ist darin zuzustimmen, dass die dinglichen Elemente der einfachen Lizenz nicht von vornherein feststehen und schon gar nicht aus dem Begriff der Dinglichkeit abgeleitet werden können. Vielmehr sind die einzelnen Eigenschaften der Lizenz, wie insbesondere der Umfang seiner „Verdinglichung“ aus den Grundprinzipien des Lizenzvertrags selbst herzuleiten. Die Annahme einer verdinglichten Obligation findet allerdings in der jüngsten Rechtsprechung des BGH zum Lizenzvertragsrecht, in der der BGH gerade die Dinglichkeit der einfachen Lizenz betont, keine Stütze. Dies gilt insbesondere für die Annahme *McGuire*s, die einfache Lizenz sei, da es sich dabei eben nicht um ein dingliches Rechte handele, nicht insolvenzfest.<sup>61</sup>

#### D. Immunität der einfachen Patentlizenz gegenüber Veränderungen der Hauptlizenz

Es fragt sich, welche Elemente der Dinglichkeit einfacher Lizenzen in Bezug auf die Immunität des Lizenznehmers in anderen als den vom BGH konkret entschiedenen Fällen anzuerkennen sind. Von Bedeutung sind insbesondere Situationen, in denen die Hauptlizenz Mängel aufweist, die möglicherweise auf die Unterlizenz durchschlagen könnten. Um zu bestimmen, ob das durch Verfügung entstandene Nutzungsrecht des einfachen Patentlizenznehmers auch in diesen Fällen im Verhältnis zur Hauptlizenz unabhängig ist, bedarf es einer Beurteilung der Reichweite der Verdinglichung einfacher Lizenzen. Diese hat

<sup>60</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), passim.

<sup>61</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 9 V 7.

vor dem Hintergrund der durch die „Reifen Progressiv“-Entscheidung beleuchteten Interessenlage sowie der gesetzlichen Regelung des § 15 Abs. 3 PatG zu erfolgen.

## I. Übertragbarkeit der Grundsätze der „Reifen Progressiv“-Entscheidung auf das Patentrecht?

In der „Reifen Progressiv“-Entscheidung entschied der BGH, dass – jedenfalls für den Fall des Rückrufs eines Nutzungsrechts gem. § 41 UrhG – die vom ausschließlichen Nutzungsrecht abgeleiteten einfachen Nutzungsrechte nicht an den Urheber zurückfallen. Es drängt sich die Frage auf, ob das vom BGH festgestellte Ergebnis – die Immunität der einfachen urheberrechtlichen Unterlizenz gegenüber dem Rückruf der Hauptlizenz gem. § 41 UrhG – auf entsprechende patentrechtliche Situationen übertragbar ist, in denen die Hauptlizenz wegfällt.

### 1. Fehlende Zweckbindung patentrechtlicher Unterlizenzen

In der „Reifen Progressiv“-Entscheidung führt der Bundesgerichtshof aus, dass die Zweckbindung zwischen Urheber und Lizenznehmer erster Stufe keine Auswirkungen auf die Stellung der Lizenznehmer weiterer Stufe habe.<sup>62</sup> Hierin liegt eine allgemeine urheberrechtliche Aussage, die nicht im Zusammenhang mit dem spezifischen Rückrufgrund des § 41 UrhG steht. Denn die Interessen des Unterlizenznehmers, der an der Verwertung seiner Rechtsposition interessiert ist, sind unabhängig davon, weshalb im Verhältnis zwischen Urheber und Hauptlizenznehmer Schwierigkeiten aufgetreten sind. Die enge Bindung der urheberrechtlichen Nutzungsrechtseinräumung an den ihr zugrundeliegenden Lizenzvertrag steht in engem Zusammenhang mit dem urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutz des Urhebers und dem urheberrechtsspezifischen Grundsatz, wonach im Zweifel davon auszugehen ist, dass der Urheber Rechte nur in dem Umfang überträgt, der für die Erreichung des Vertragszwecks erforderlich ist.<sup>63</sup> Eine stärkere Zweckbindung als im Urheberrecht kann im Patentrecht, bei dem das Erfinderpersönlichkeitsrecht nur eine geringe Rolle spielt, keinesfalls anerkannt werden. Unterfallen, wie vom BGH ausdrücklich festgestellt, urheberrechtliche Nutzungsrechte zweiter Stufe keiner Zweckbindung,<sup>64</sup> so muss dies erst recht für entsprechend ausgestaltete weitere Patentlizenzen gelten.

<sup>62</sup> BGH GRUR 2009, 948 [Rn. 18] – Reifen Progressiv.

<sup>63</sup> Vgl. nur Schrickler/Loewenheim-Schricker/Loewenheim (o. Fn. 5), § 31 Rn. 64f. m. w. N.

<sup>64</sup> Dem BGH zustimmend insoweit Pahlow, GRUR 2010, 112, 117.



## 2. Interessenlage

Vor allem ist die Interessenbewertung, die für die „Reifen Progressiv“-Entscheidung ausschlaggebend war, nicht auf den Rückrufgrund des § 41 UrhG beschränkt.<sup>65</sup> Das Gericht sah es als maßgeblich an, dass das Rückrufrecht des § 41 UrhG dem Interesse des Urhebers am Bekanntwerden seines Werkes und damit seinen materiellen Interessen an dessen Verwertung diene und dieses Interesse durch das einfache Nutzungsrecht nicht beeinträchtigt werde. Denn dieses versperre dem Urheber nicht eine anderweitige Nutzung und stehe daher einer Verwertung und einem Bekanntwerden seines Werkes nicht entgegen.<sup>66</sup>

Dieser Interessenbewertung, die die Interessen des Lizenznehmers vor diejenigen des Lizenzgebers stellt, der sein Schutzrecht nach Wegfall der Hauptlizenz anderweitig verwerten will und darin durch die Nutzung seitens des einfachen Lizenznehmers gestört ist, ist zuzustimmen. Sie gilt gleichermaßen für das Urheber- und das Patentrecht. Hat der Schutzrechtsinhaber eine ausschließliche Lizenz vergeben und die Vergabe weiterer Lizenzen in der Lizenzvereinbarung nicht verboten, muss er mit der umfassenden Nutzung der Lizenz als verkehrsfähiges Wirtschaftsgut rechnen. Dafür, dass das Recht vom Hauptlizenznehmer weiterlizenziert und durch den Unterlizenznehmer verwertet wird, wurde der Schutzrechtsinhaber durch die Lizenzgebühren des Hauptlizenznehmers bereits vergütet. Bestehen Mängel in der Rechtsbeziehung zwischen Schutzrechtsinhaber und Hauptlizenznehmer, so sind die hieraus entstehenden Risiken zwischen den Vertragsparteien zu verteilen. Sie können nicht auf den an diesem Vertragsverhältnis unbeteiligten einfachen Lizenznehmer übergewälzt werden. Auch ist der einfache Lizenznehmer insofern schutzwürdig, als er bereits in erheblichem Umfang Investitionen getätigt und Mittel für den Erwerb der Unterlizenz aufgewendet haben kann. Hätten einfache Lizenzen bei Rückruf der Hauptlizenz keinen Bestand, wären diese Aufwendungen vergebens getätigt und der Lizenznehmer liefe Gefahr, durch Dritte an seiner Geschäftstätigkeit gehindert zu werden.<sup>67</sup>

Bisweilen mag der Wegfall der Hauptlizenz zwar auch zu einer partiellen Verschlechterung der wirtschaftlichen Position des Lizenznehmers führen. Hierzu kann es in Fällen kommen, in denen der Hauptlizenznehmer nach erfolgter Rechtseinräumung gegenüber dem Unterlizenznehmer weitere vertragliche Verpflichtungen, wie z. B. die Gewährleistung, zu erbringen hat.<sup>68</sup> Diese Nachteile werden allerdings, sofern sie aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Lizenzvertrags überhaupt auftreten und die Verpflichtung des Hauptlizenznehmers nicht bereits mit Lizenzeinräumung erfüllt sein sollte, durch die weiterbeste-

<sup>65</sup> A.A. *Adolphsen/Daneshzadeh Tabrizi*, GRUR 2011, 384, 390.

<sup>66</sup> BGH GRUR 2009, 946, 948 [Rn. 23 ff.] – Reifen Progressiv.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu oben Abschnitt A.

<sup>68</sup> So *Pahlow*, GRUR 2010, 112, 118.

hende Nutzungsbefugnis des Unterlizenznehmers deutlich aufgewogen. Im Einzelfall werden auch vertragliche Schadensersatzansprüche des Unterlizenznehmers gegen den Hauptlizenznehmer in Betracht kommen.<sup>69</sup>

## II. § 15 Abs. 3 PatG und der Anwendungsbereich des Sukzessionsschutzes

Es fragt sich, ob die Erkenntnis, dass auch der einfache Lizenznehmer nach Maßgabe der „Reifen Progressiv“-Entscheidung vor dem Wegfall der Hauptlizenz geschützt ist, nur auf eine Interessenabwägung oder zusätzlich auch auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden kann. In Betracht käme die Anwendung von § 15 Abs. 3 PatG, wonach ein Rechtsübergang oder die Erteilung einer Lizenz nicht Lizenzen berührt, die Dritten vorher erteilt worden sind. Mit dieser Vorschrift wird der Sukzessionsschutz für einfache Lizenzen gesetzlich festgelegt, indem diese für immun gegenüber späteren Dispositionen des Rechtsinhabers und/oder Lizenzgebers erklärt werden.<sup>70</sup> § 15 Abs. 3 PatG begründet somit die Drittwirkung von einfachen Lizenzen.<sup>71</sup> Diese wirken nicht nur im Verhältnis der Vertragspartner des Lizenzvertrags, sondern gegenüber jedermann. Wird das lizenzierte Schutzrecht von einem Dritten erworben, bleiben zwar die Vertragsbeziehungen zwischen Lizenznehmer und ursprünglichem Lizenzgeber bestehen. Zusätzlich kann der Lizenznehmer dem neuen Schutzrechtsinhaber jedoch die zuvor erteilte Lizenz entgegenhalten.<sup>72</sup>

Bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass § 15 Abs. 3 PatG – zumindest entsprechend – auch auf die Unterlizenz im Fall des Rückfalls der Hauptlizenz angewendet werden kann.<sup>73</sup> § 15 Abs. 3 PatG gewährt Sukzessionsschutz nach seinem Wortlaut im Falle des „Rechtsübergangs“. Zwar scheint diese Vorschrift auf den ersten Blick nur für den Zuordnungswechsel am Stammrecht zugunsten eines Dritten zu gelten und keine ausdrückliche Regelung für das Erlöschen der Hauptlizenz bereit zu halten, da nur der Übergang des Hauptrechts, nicht aber dessen Erlöschen angesprochen ist. Gegen die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 3 PatG scheint außerdem zu sprechen, dass § 15 Abs. 3 PatG – anders als die Parallelnorm des § 33 S. 2 UrhG – nicht ausdrücklich auch den Verzicht als einen den Sukzessionsschutz begründenden Umstand erwähnt. Allerdings spricht der Wortlaut von § 15 Abs. 3 PatG – anders als § 566 BGB – nicht von

<sup>69</sup> *Pahlow*, GRUR 2010, 112, 118 weist zu Recht darauf hin, dass das Vertragsverhältnis zwischen Haupt- und Unterlizenznehmer bestehen bleiben muss, weil anderenfalls die Rechtsposition des einfachen Lizenznehmers kondiziert werden könnte.

<sup>70</sup> Vgl. *McGuire* (o. Fn. 2), § 6 III 2; s. auch *Leßmann*, DB 1987, 145.

<sup>71</sup> *Marotzke*, ZGR 2011, 233, 243 f. mit Hinweis auf Beschlussempfehlung und Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 10/5720 v. 23.6.1986 S. 23 f.

<sup>72</sup> S.o. C II 1.

<sup>73</sup> So auch *Reber*, ZUM 2009, 855, 857; *Dieselhorst*, CR 2010, 69, 70 hinsichtlich der Anwendung der Regelung zu Rechtsverzicht in § 33 S. 2 UrhG; kritisch zum Ganzen *Pahlow*, GRUR 2010, 112, 117.

einer „Veräußerung“, sondern davon, dass in Bezug auf ein bereits lizenziertes Patent ein „Rechtsübergang“ stattgefunden hat.<sup>74</sup> Der Begriff des „Rechtsübergangs“ ist insoweit mit „Verfügung“ gleichzusetzen und erfasst deshalb auch den Rückfall sowie jede Form des Wegfalls der Hauptlizenz. Es handelt sich bei der Rückübertragung als *actus contrarius* der Lizenzeinräumung auch um eine Verfügung, mit der unmittelbar auf die Lizenz eingewirkt wird und die zu deren Aufhebung führt.

Auch Sinn und Zweck von § 15 Abs. 3 PatG sprechen für die Anwendung von § 15 Abs. 3 PatG beim Wegfall der Hauptlizenz. Die Vorschrift soll den einfachen Lizenznehmer vor solchen Zwischenverfügungen des Lizenzgebers schützen, die sein Recht beeinträchtigen könnten. Hierfür macht es keinen Unterschied, ob die Verfügung in Form einer Veräußerung des Stammrechts an Dritte oder in Form des Wegfalls der Hauptlizenz erfolgt. Aus Sicht des Unterlizenznehmers ist nur entscheidend, dass die Verfügung unmittelbar die Rechtsposition schmälert, von der er seine Befugnis ableitet. Ob die Gefährdung dadurch erfolgt, dass das Stammrecht an einen Dritten veräußert oder an den Inhaber des Stammrechts zurückübertragen wird, spielt wertungsmäßig keine Rolle. Damit entspricht das Risiko, das § 15 Abs. 3 PatG abwenden soll, bei der Rechtsübertragung durch Rückfall der Hauptlizenz an den Inhaber des Stammrechts demjenigen bei der Rechtsübertragung durch Weiterveräußerung des Stammrechts bzw. der Hauptlizenz an einen Dritten oder die Vergabe ausschließlicher Lizenzen.

Es bleibt festzuhalten, dass nicht nur für den Anwendungsbereich von § 41 UrhG, sondern auch für das Patentrecht der Grundsatz gilt, dass die einfache Patentlizenz gegenüber Verfügungen des Rechtsinhabers über das Schutzrecht einschließlich solcher Verfügungen, die zum Wegfall der Hauptlizenz führen, immun ist. Die Erwägungen, mit denen der BGH insoweit die Dinglichkeit der einfachen Lizenz in der „Reifen Progressiv“-Entscheidung begründet hat, sind auf das Patentrecht übertragbar.

## E. Dingliche Wirkung einfacher Lizenzen in der Insolvenz

Ausdrückliche gesetzliche Regelungen zu der praktisch äußerst bedeutsamen Frage nach der Stellung einfacher Lizenzen in der Insolvenz des Hauptlizenzgebers finden sich nicht. Auch hat sich der BGH in den Entscheidungen „Reifen Progressiv“ und „Vorschaubilder“ nicht ausdrücklich zur Frage der Stellung einfacher Lizenzen in der Insolvenz geäußert. Es ist zu klären, ob die Argumentation, die in diesen Entscheidungen Niederschlag gefunden hat, sowie die bisher

<sup>74</sup> *Marotzke*, ZGE 2011, 233, 264 in Bezug auf den Rechtsübergang im Wege der Zwangsvollstreckung. Mit der Heranziehung von § 33 S. 2 UrhG in der Fallgruppe des Inhaberwechsels statt des Verzichts sind auch die Bedenken von *Wündisch/Bauer*, GRUR Int. 2010, 641, 647 gegenstandslos, die sich daraus ableiten, dass der Verzicht in § 15 Abs. 3 PatG nicht geregelt ist.

festgestellten Elemente der Dinglichkeit einfacher Lizenzen Auswirkungen auf die Beurteilung der Stellung einfacher Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers haben.

### I. Keine Anwendung von § 103 InsO

Nach bislang wohl noch überwiegender Auffassung ist die Lizenz nicht insolvenzfest.<sup>75</sup> Sowohl einfache als auch ausschließliche Lizenzverträge<sup>76</sup> seien als noch nicht vollständig erfüllte gegenseitige Verträge anzusehen. Deshalb fänden die für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften der §§ 103 ff. InsO Anwendung.<sup>77</sup> Danach habe der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht, ob er den Lizenzvertrag weiter erfüllen will oder nicht. Sei der Lizenzvertrag noch nicht vollständig erfüllt und wähle der Insolvenzverwalter die Nichterfüllung, dann könne er dem Lizenznehmer die weitere Nutzung des lizenzierten Gegenstandes untersagen.<sup>78</sup> Auch könne er die Lizenz nochmals (zu einem höheren Entgelt) vergeben.<sup>79</sup> Teilweise wird deshalb ergänzend eine analoge Anwendung von § 108 InsO in Betracht gezogen, um auf diese Weise den Lizenzvertrag mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen zu lassen.<sup>80</sup>

Da die Anwendung des § 103 InsO zur Undurchsetzbarkeit des Lizenzvertrags in der Insolvenz führt, ist dieses Ergebnis nach dem bisher Gesagten und der, soweit ersichtlich, einhelligen Ansicht in der Literatur interessenswidrig. Sie führt zu einer nachhaltigen Entwertung der schutzwürdigen Position des Lizenznehmers,<sup>81</sup> und widerspricht damit dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit von Lizenzen. Auch die Aufwendungen des Lizenznehmers – seien es vorab geleistete Lizenzzahlungen oder Investitionen, die die Verwertung der Lizenz sicherstellen sollen – sind dann wertlos.<sup>82</sup> Dies erscheint unangemessen, weil die Patentlizenz der Insolvenzmasse zugutekäme, obwohl die Investitionen seitens

75 Für die Insolvenzfestigkeit der ausschließlichen Lizenz aber *Hölder/Schmoll*, GRUR 2004, 830, 833 ff.; *von Frenzt/Masch*, ZIP 2011, 1245, 1246 ff.; *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553, 559.

76 Vgl. die Kritik an der fehlenden Differenzierung bei *McGuire* (o. Fn. 2), § 6 III 3.

77 BGH GRUR 2006, 435, 438 – Softwarenutzungsrecht; *Wandtke/Bullinger-Bullinger*, UrhR, 3. Aufl. (2009), § 108 InsO Rn. 5; *Benkard-Ullmann* (o. Fn. 2), § 15 Rn. 50; *MüKoInsO-Huber*, 2. Aufl. (2008), § 103 Rn. 76; *Andres/Leithaus*, Insolvenzordnung, 2. Aufl. (2011), § 103 InsO Rn. 9.

78 Dabei ist umstritten, ob die Lizenz im Falle der Nichterfüllungswahl automatisch zurückfällt oder nicht. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wie die Anwendbarkeit des Abstraktionsprinzips beurteilt wird. Vgl. dazu *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432, 434 f. m. w. N.

79 GRUR-Stellungnahme, GRUR 2008, 138, 139.

80 *Fezer* (o. Fn. 18), § 29 Rn. 48 f.; kritisch zu dieser Analogie *Pahlow* (o. Fn. 2), 355 f. sowie *Ullmann*, Mitt. 2008, 49, 51.

81 Vgl. z. B. GRUR-Stellungnahme, GRUR 2008, 138, 139; *Fezer* (o. Fn. 18) (zur Anwendung von § 103 InsO auf die Markenlizenz), § 29 Rn. 51; *Schmid*, GRUR-Prax 2009, 50; vgl. auch oben Abschnitt A.

82 Vgl. *Schmid*, GRUR-Prax 2009, 50.

des Lizenznehmers – und nicht seitens des Lizenzgebers – die Zugehörigkeit der Investitionen zum Vermögen des Lizenznehmers und nicht zur Insolvenzmasse legitimieren.<sup>83</sup>

Um dieses unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, hatte der Gesetzgeber eine Ergänzung der Insolvenzordnung vorgeschlagen. Es war geplant, in einem neu einzuführenden § 108a InsO vorzusehen, dass ein vom Schuldner als Lizenzgeber geschlossener Lizenzvertrag mit Wirkung gegen die Insolvenzmasse fortbesteht.<sup>84</sup> Zur Einführung dieser Vorschrift ist es vorerst nicht gekommen.<sup>85</sup>

## II. Aussonderungsrecht nach § 47 InsO

### 1. Anwendbarkeit von § 47 InsO auf einfache Lizenzen

Vereinzelt wurde auch bisher schon die Auffassung vertreten, Lizenzen unterfielen nicht der Vorschrift des § 103 InsO. Vielmehr besteuere für Lizenzen als dingliche Rechte ein Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO.<sup>86</sup> Der Auffassung folgend, dass nur ausschließliche Lizenzen dinglicher Natur seien, gingen die Vertreter dieser Ansicht allerdings überwiegend davon aus, dass § 47 InsO nur auf ausschließliche Insolvenzen anwendbar sei.<sup>87</sup> Dieser Ansatz ist methodisch zutreffend, da er die Frage nach der Stellung von Lizenzen in der Insolvenz an deren rechtliche Qualifikation bzw. die dahinter stehenden Wertungen<sup>88</sup> knüpft und demgemäß für dingliche Lizenzen ein Aussonderungsrecht anerkennt. Ausgehend von der Einordnung einfacher Lizenzen als dinglich in der „Reifen Progressiv“- und in der „Vorschaubilder“-Entscheidung kann somit die These aufgestellt werden, dass einfache Lizenzen ebenso wie ausschließliche Lizenzen

<sup>83</sup> So zur Markenlizenz *Fezer* (o. Fn. 18), § 29 Rn. 51; vgl. ähnlich auch *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 900 ff., wonach der Wert der einfachen Lizenz nicht dem Insolvenzschuldner, sondern dem Lizenznehmer zugeordnet sei.

<sup>84</sup> Vgl. den Wortlaut von § 108a InsO-E: „*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.(...)*.“ Gesetzesentwurf der Bundesregierung für einen Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen vom 5.12.2007, BT-Drs. 16/7416. S. dazu *McGuire* (o. Fn. 2), § 6 III 3; *Fezer* (o. Fn. 18), § 29 Rn. 58 ff.; *McGuire*, GRUR 2009, 13, 17.

<sup>85</sup> Vgl. hierzu näher *Marotzke*, ZGE 2011, 233, 266.

<sup>86</sup> *Pahlow* (o. Fn. 2), S. 356, 374 (für ausschließliche Lizenzen); ebenso z. B. *MüKoInso-Ganter* (o. Fn. 84), § 47 Rn. 339; *Bausch*, NZI 2005, 289, 293, 295 (für ausschließliche und alleinige Lizenzen); *Koehler/Ludwig*, NZI 2007, 79, 82; vgl. die Kritik bei *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 II 4.

<sup>87</sup> Anders aber *Fezer* (o. Fn. 18), § 29 Rn. 53, der schon vor der „Reifen Progressiv“-Entscheidung von der dinglichen Natur sowohl ausschließlicher wie auch einfacher Lizenzen ausging und dementsprechend das Aussonderungsrecht auf beide Formen von Lizenzen anwenden wollte.

<sup>88</sup> Hierfür insbesondere *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 892 ff.

einem Aussonderungsrecht unterliegen müssen.<sup>89</sup> Zwar ist zu berücksichtigen, dass den Urteilen eine ausdrückliche Stellungnahme zu dieser Frage nicht zu entnehmen ist.<sup>90</sup> Jedoch sprechen sowohl die parallele dogmatische Konstruktion einfacher und ausschließlicher Lizenzen sowie die Interessenlage für die Anwendung von § 47 InsO und damit für die Insolvenzfestigkeit auch der einfachen Lizenz.<sup>91</sup> Mit der Einordnung der einfachen Lizenz als „dinglich“ wird zum Ausdruck gebracht, dass der Wert der einfachen Lizenz nicht dem Insolvenzschuldner, sondern dem Lizenznehmer zugeordnet ist, nachdem die entsprechenden Nutzungsbefugnisse auf den Lizenznehmer übertragen worden sind.<sup>92</sup> Ebenso wie bei der ausschließlichen Lizenz wird bei der einfachen Lizenz der Vermögenswert dem Lizenznehmer durch Einräumung der Lizenz umfassend zugeordnet.<sup>93</sup> Dabei wird die Vermögensposition des Lizenznehmers zudem auch durch den Sukzessionsschutz gem. § 15 Abs. 3 PatG gesichert.

Ist das Aussonderungsrecht für dingliche Rechtspositionen letztlich auf den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz gemäß Art. 14 GG zurückzuführen, und fallen (dingliche) Lizenzen als geistiges Eigentum unter Art. 14 GG,<sup>94</sup> so fiel es schwer zu argumentieren, weshalb dieser Schutz nicht auch für – ebenfalls dingliche und werthaltige – einfache Lizenzen gelten soll.

Für die Anwendbarkeit von § 47 InsO auf einfache und ausschließliche Lizenzen spricht auch die Interessenlage, insbesondere die empirische und rechtstatsächliche Nähe zwischen einfacher und ausschließlicher Lizenz. Deren unterschiedliche insolvenzrechtliche Behandlung lässt sich nicht plausibel begründen.<sup>95</sup> Eine unterschiedliche Schwerpunktsetzung bei der Gestaltung einfacher und ausschließlicher Lizenzverträge ist in der Praxis nicht nachweisbar. Jeweils steht zunächst die Verpflichtung des Lizenzgebers im Vordergrund, die Lizenz einzuräumen und die Nutzungsbefugnis zu verschaffen, ungeachtet der Frage, ob diese einfach oder ausschließlich ausgestaltet ist.<sup>96</sup> Die insolvenzrechtliche Ungleichbehandlung einfacher und ausschließlicher Lizenzen würde dem Erwartungshorizont der Parteien nicht gerecht.<sup>97</sup> Sie wäre hinsichtlich der Inte-

<sup>89</sup> Von der Anwendung des § 47 InsO ausgehend *Scholz*, GRUR 2009, 1107, 1111; von *Frentz/Masch*, ZIP 2011, 1245, 1249; *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 892; zweifelnd *Marotzke*, ZGE 2011, 233, 265 sowie wohl auch *Weber/Hötzel*, NZI 2011, 432, 435.

<sup>90</sup> Dies betont insbesondere *Dieselhorst*, CR 2010, 69, 74 f.

<sup>91</sup> Gegen die Anwendung von § 47 InsO mit beachtlichen Argumenten *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 III 3, die deshalb eine Gesetzesänderung fordert. Indes zeigt sich gerade hier eine gewisse Schwäche ihrer Auffassung, da sie auf Grundlage des geltenden Rechts nicht zu verwirklichen ist.

<sup>92</sup> *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 900 ff., die allerdings betonen, dass die Wertzuweisung nicht notwendigerweise nur durch dingliche Rechte erfolgt, so dass es auf die Rechtsnatur der einfachen Lizenz nicht ankomme.

<sup>93</sup> *Hirte/Knof*, JZ 2011, 889, 900.

<sup>94</sup> BVerfG GRUR 2001, 43 – Klinische Versuche.

<sup>95</sup> Vgl. hierzu bereits oben Abschnitt C III 1.

<sup>96</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 II 4.

<sup>97</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 4 IV.

ressen der Lizenznehmer nicht gerechtfertigt, da in Bezug auf die vermittelten Nutzungsrechte keine Unterschiede zwischen den Interessen einfacher und ausschließlicher Lizenznehmer feststellbar sind. Der Wert einfacher und ausschließlicher Lizenzen für den Lizenznehmer lässt sich nicht kategorial unterscheiden. Gleiches gilt auch für die schutzwürdigen Investitionen, die der Lizenznehmer ggf. in Ansehung der Lizenzeinräumung getätigt hat.<sup>98</sup>

## 2. Ergebnis: Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen

Damit bleibt festzuhalten, dass einfache Lizenzen ebenso wie ausschließliche Lizenzen insolvenzfest sind. Ebenso wie ausschließliche Lizenzen entstehen einfache Lizenzen durch Verfügung und gewähren dem Lizenznehmer eine dingliche Rechtsposition. Eine unterschiedliche Beurteilung der Insolvenzfestigkeit einfacher und ausschließlicher Lizenzen kann auch nicht aus der Einordnung der einfachen Lizenz als Dauerschuldverhältnis abgeleitet werden, die es rechtfertigen könnte, diese dem Anwendungsbereich von § 103 InsO zu unterstellen. Auch insoweit bestehen zwischen einfacher und ausschließlicher Lizenz keine konstruktiven Unterschiede. In beiden Fällen steht der erstmalige Akt der Rechtseinräumung im Vordergrund, der das – verdinglichte – Nutzungsrecht begründet.

Dennoch bleibt die Frage, ob der Weg über § 47 InsO zu einer sachgerechten Lösung führt.<sup>99</sup> Der Lizenznehmer mag in der Insolvenz des Lizenzgebers nicht optimal geschützt sein, da Mitwirkungshandlungen des Lizenzgebers – wie etwa die Aufrechterhaltung des Schutzrechts – nach Beendigung des Lizenzvertrags nicht mehr ohne weiteres vom Lizenzgeber verlangt werden können.<sup>100</sup> Dies spricht allerdings nicht gegen die Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen. Vielmehr besteht dieses Problem bei allen Sicherungsrechten im Bereich des geistigen Eigentums. Auch bei einer Verpfändung, Sicherungsabtretung oder bei einem Nießbrauch ist das Sicherungsrecht des Sicherungsnehmers immer nur so gut wie das Recht selbst. Kommt es zu einem Bruch der Lizenzkette, so entfällt die Sicherung.

Probleme bereitet auch, dass – anders als in den vorliegend untersuchten Situationen – im Falle der Insolvenz des Lizenznehmers der Lizenzgeber nicht sachgerecht geschützt ist. Dem insolventen Lizenznehmer bleibt das Nutzungsrecht erhalten, obwohl er keine Lizenzgebühren mehr entrichten muss.<sup>101</sup> Dieser Umstand kann allerdings als typische Folge der Dinglichkeit noch hingenom-

<sup>98</sup> Vgl. zu dieser Feststellung bereits oben D I 2.

<sup>99</sup> Dagegen dezidiert und mit stichhaltigen Argumenten *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 III 3.

<sup>100</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 III 3.

<sup>101</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 III 3.



men werden und entspricht dem Risiko bei der Einräumung anderer dinglicher Rechte, soweit dort die Gegenleistung noch nicht erbracht ist.<sup>102</sup>

Vor diesem Hintergrund mag die Einschränkung des Rechts zur Vertragsbeendigung durch den Insolvenzverwalter vorzugswürdig sein, so wie sie auch in § 108a-E InsO beabsichtigt war.<sup>103</sup> Entsprechende Bemühungen des Gesetzgebers waren allerdings, wie vorstehend erwähnt, bislang nicht erfolgreich. Die Anerkennung eines Rechts zur Beschränkung der Wahlfreiheit des Insolvenzverwalters ist auf Grundlage des geltenden Rechts nicht möglich.<sup>104</sup> Ganz anders stellt sich die Situation hinsichtlich der Verdinglichung der einfachen Lizenz dar. Die Interessenbewertung, die die Verdinglichung der Position des Lizenznehmers im Falle des Wegfalls der Hauptlizenz trägt, erlaubt gleichermaßen auch die Anerkennung der Verdinglichung der einfachen Lizenz in der Insolvenz des Hauptlizenzgebers und damit deren Insolvenzfestigkeit.

## F. Insolvenz des Inhabers des Stammrechts

Aus den vorstehenden Darlegungen folgt, dass sowohl die ausschließliche Lizenz mitsamt erteilten Unterlizenzen als auch die einfache Lizenz mitsamt erteilten Unterlizenzen bestehen bleiben und insolvenzfest sind, wenn der Hauptlizenzgeber, der zugleich Inhaber des Stammrechts ist, insolvent wird. Denn jeweils hat der Hauptlizenzgeber vor Eintritt der Insolvenz über einen Teil seines Schutzrechts im Wege der Lizenzvergabe verfügt. Angesichts der Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips fallen die Lizenz und damit auch eventuell erteilte Unterlizenzen nicht automatisch an den Inhaber des Stammrechts zurück, sondern verbleiben beim Lizenznehmer.

## G. Ergebnis und Zusammenfassung

Die patentrechtliche Unterlizenz ist – in Anknüpfung an die Grundsätze der „Reifen Progressiv“-Entscheidung des BGH – gegenüber dem Wegfall der Hauptlizenz und gegenüber der Insolvenz des Hauptlizenznehmers sowie gegenüber der Insolvenz des Schutzrechtsinhabers immun. Dies folgt daraus, dass das Gericht einfachen urheberrechtlichen Nutzungsrechten in bestimmten Fallkonstellationen dingliche Wirkung beigemessen hat, die Wirkung der Dinglichkeit aber über diese Situationen hinaus insbesondere auf das Patentrecht auszudehnen ist. Hierfür spricht, dass keine kategoriale Unterscheidung zwischen ein-

<sup>102</sup> Vgl. zu den Lösungsansätzen für dieses Problem die Nachweise bei *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 III 3.

<sup>103</sup> *McGuire* (o. Fn. 2), § 7 III 3.

<sup>104</sup> Vgl. *Ullmann*, Mitt. 2008, 49, 51, der entsprechende Versuche als „Zauberei“ bezeichnet.

fachen und ausschließlichen Nutzungsrechten möglich ist. Beide Formen von Lizenzen entstehen durch die Einräumung eines positiven Nutzungsrechts im Wege der Verfügung. Eine Unterscheidung zwischen Lizenzen in den einzelnen Teildisziplinen des Rechts des geistigen Eigentums ist weder erforderlich noch ist sie geboten oder praktisch sinnvoll. Denn Lizenzen weisen fachübergreifend jeweils die gleiche dogmatische Struktur auf. Hieraus folgt, dass die Gründe, die für den Fortbestand der Unterlizenz bei Wegfall der Hauptlizenz im Urheberrecht maßgeblich sind, auch für das Patentrecht gelten, so dass einfache Lizenzen im Urheber- und Patentrecht insoweit gleichermaßen immun gegen den Wegfall der Hauptlizenz sind. Aus der dinglichen Natur einfacher Lizenzen ergibt sich schließlich auch die Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen. Dem einfachen Lizenznehmer steht – ebenso wie dem Inhaber einer ausschließlichen Lizenz – in der Insolvenz des Hauptlizenzgebers ein Aussonderungsrecht zu. Gleichermaßen ist der erste Lizenznehmer immun gegenüber der Insolvenz des Patentinhabers, der zugleich sein Lizenzgeber ist. Insgesamt hat sich gezeigt, dass der Ansatz des BGH, einfache und ausschließliche Lizenzen grundsätzlich gleich zu behandeln und ihnen übereinstimmend dingliche Wirkung beizulegen, zu interessengerechten Ergebnissen führt und daher zu begrüßen ist.

### Summary

The German Federal Civil Court has decided that non-exclusive copyright licenses have an in rem-effect. Accordingly, the withdrawal of the main license by the licensor does not automatically lead to the termination of the sublicense. This court decision can be applied both to copyright and patent licenses and also has consequences for the position of the licensee if the licensor becomes a bankruptcy debtor. Non-exclusive sublicenses remain valid in case of the forfeiture of the main license and in case of bankruptcy of the licensor. Accordingly, the sublicensee retains his license under the license agreement.