

Praxis des  
Internationalen  
Privat- und  
Verfahrensrechts**IPRax****Herausgegeben von**

Prof. Dr. Dr. h. c. mult.  
Dieter Henrich  
Prof. Dr. Bernd von Hoffmann  
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme  
Prof. Dr. Dr. h. c. Herbert Kronke  
Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel  
Prof. Dr. Karsten Thorn

**Schriftleitung:**

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel  
Institut für internationales und  
ausländisches Privatrecht  
der Universität zu Köln  
Gottfried-Keller-Straße 2  
D-50931 Köln

**Beirat:**

Dr. Thomas Försterling  
Rechtsanwalt  
Prof. Dr. Reinhold Geimer  
Dr. Rainer Hüßtege  
Vors. Richter am OLG  
Prof. Dr. Jörg Pirrung  
Richter am EuG i. R.  
Dr. Dietrich Schefold  
Rechtsanwalt

**Abhandlungen**

- R. Wagner:* Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) – Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung 377
- A. H. Stopp:* Die Nichtübertragbarkeit der Lizenz beim Unternehmenskauf: Anwendbares Recht bei fremdem Lizenzstatut im Lichte des § 34 UrhG – Zur Sonderanknüpfung des § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG 386
- D. M. Kaulen:* Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie – Unter besonderer Berücksichtigung des deutsch-US-amerikanischen Freundschaftsvertrags – 389
- A. Halsdorfer:* Der Beitritt Deutschlands zum UNESCO-Kulturgutübereinkommen und die kollisionsrechtlichen Auswirkungen des neuen KultGüRückG 395
- Entscheidungsrezensionen**
- B. Hess:* Übersetzungserfordernisse im europäischen Zivilverfahrensrecht (EuGH, S. 419) 400
- St. Gregor:* Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts beim Luftbeförderungsvertrag (AG Berlin-Lichtenberg, S. 426) 403
- A. Stadler:* Pacta sunt servanda – auch im Falle argentinischer Staatsanleihen (BVerfG, S. 427) 405
- B. Schinkels:* Ansprüche auf Unterlassung nachteiliger Maßnahmen gegen beherrschende und beherrschte Aktiengesellschaft im europäisch-grenzüberschreitenden faktischen AG-Konzern (OLG Stuttgart, S. 433) 412
- H. Koch:* Gläubigeranfechtung der Schenkung eines ausländischen Grundstücks (OLG Stuttgart, S. 436) 417
- Rezensierte Entscheidungen** (s. Seite III) 419
- Rechtsprechungsübersicht** (s. Seite III) 443
- Blick in das Ausland**
- D. Bittmann:* Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung eines Europäischen Vollstreckungstitels (OGH, S. 440) 445
- B. Steinbrück:* US-amerikanische Beweisrechtshilfe für ausländische private Schiedsverfahren 448
- D. Jakob/D. Gauthey Ladner:* Die Implementierung des Haager Trust-Übereinkommens in der Schweiz 453
- A. Wowerka:* Das auf das Factoring anwendbare Recht nach polnischem Kollisionsrecht 459
- Mitteilungen** (s. Seite III) 462
- Internationale Abkommen** 467
- Schrifttumshinweise** 470
- Neueste Informationen** II, IX ff.

Rück- und Weiterverweisungen sind damit ausgeschlossen (Art. 20 Rom I-VO).

Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO (Prinzip der charakteristischen Leistung) und Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO (Maßgeblichkeit der engsten Verbindung) finden in dem ersten Beispielsfall schon nach ihrem Wortlaut keine Anwendung, da das anwendbare Recht bereits nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO bestimmt werden kann. Im Ausgangsfall ist dann allerdings noch zu prüfen, ob die Ausweisklausel in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO zum Zuge kommt.

#### 2. Beispiel:

Etwas schwieriger ist die Suche nach dem anwendbaren Recht, wenn der Vertrag im konkreten Fall *keinem* der in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO aufgeführten speziellen Vertragstypen zuzuordnen ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn Gegenstand des Kaufvertrags in dem obigen Beispielsfall keine bewegliche Sache, sondern ein *Recht* ist. Maßgeblich ist dann das Recht des Staates, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren Aufenthalt hat (Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO). Allerdings kann auch in diesem Fall die Ausweisklausel in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO zum Zuge kommen.<sup>92</sup> Kauft also ein deutsches Unternehmen ein Recht von einer Firma aus Portugal, ist portugiesisches Recht anwendbar, sofern nicht die Ausweisklausel in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO anhand der Umstände des Einzelfalls zur Anwendung eines anderen Rechts führt. Denn die charakteristische Leistung erbringt in diesem Beispielsfall die portugiesische Firma.

#### 3. Beispiel:

Der dritte Beispielsfall ist dadurch gekennzeichnet, dass *kein spezieller Vertragstyp* des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO vorliegt und sich noch *nicht* einmal die *charakteristische Leistung bestimmen* lässt. Das Schulbeispiel hierfür ist der *Tauschvertrag*. Tauscht beispielsweise ein Portugiese seinen Computer gegen das Mountainbike eines Spaniers, bestehen, was die Bestimmung der charakteristischen Leistung angeht, gleich gelagerte Pflichten; eine den Vertrag prägende Leistung gibt es nicht. In diesem Fall führt weder Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO (spezielle Kollisionsnormen für einzelne Vertragstypen) noch Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO (Prinzip der charakteristischen Leistung) zum anwendbaren Recht. Art. 4 I Rom I-VO ist nicht anwendbar, weil der Tauschvertrag nicht unter die Vertragskategorien dieser Vorschrift fällt. Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO hilft schon deshalb nicht weiter, weil es keine charakteristische Leistung gibt. Die Ausweisklausel in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO führt ebenfalls nicht zum anwendbaren Recht, weil sie voraussetzt, dass Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO oder Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO zu einem anwendbaren Recht führen. Maßgeblich für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist

dann Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO. Hiernach unterliegt der Vertrag – im Ergebnis wie bisher (Art. 4 Abs. 1 EVÜ) – dem Recht des Staates, zu dem er die *engste Verbindung* aufweist. Wie bereits erwähnt, hält die Rom I-VO für diese Fälle keine Ausweisklausel bereit, da es einen engeren Bezug des Sachverhalts als zum Recht der engsten Verbindung nicht gibt.

### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Alles in allem unterscheiden sich die Regelungen zur Rechtswahl in Art. 3 Rom I-VO nicht allzu sehr von den EVÜ-Vorschriften. Gravierender sind die Unterschiede zwischen der Rom I-VO und dem EVÜ bei der *objektiven Anknüpfung* (Art. 4 Rom I-VO/Art. 4 EVÜ). Hier geht die Rom I-VO mehr ins Detail als das EVÜ. Gleichwohl handelt es sich nicht um revolutionäre Änderungen, sondern um moderate Weiterentwicklungen des EVÜ. Wenngleich Art. 4 Rom I-VO die Rechtssicherheit erhöht, werden sich zwangsläufig Auslegungsfragen stellen, über die letzten Endes der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg entscheiden wird.<sup>93</sup> Zwar sind im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen derzeit nur diejenigen Gerichte vorlagebefugt, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können (Art. 68 Abs. 1 EG). Dies könnte sich ändern, wenn der Reformvertrag<sup>94</sup> nach dem gescheiterten Referendum in Irland in irgendeiner Form doch noch in Kraft treten sollte. Denn dieser enthält keine solche einschränkende Sonderregelung zur Vorlagebefugnis mehr, so dass auch insoweit die allgemeinen Regeln zum Zuge kämen.<sup>95</sup> Hiernach *könnten* die Instanzgerichte dem Gerichtshof eine Frage zur Auslegung der Rechtsakte zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen vorlegen (Art. 234 Abs. 2 AEU<sup>96</sup>). Im Übrigen bliebe es dabei, dass diejenigen Gerichte, deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können, zur Vorlage *verpflichtet* sind, wenn die Auslegungsfrage entscheidungserheblich ist (Art. 234 Abs. 3 AEU).

92 Die Ausweisklausel kommt nicht nur in den Fällen des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO, sondern auch in den Fällen des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO zur Anwendung.

93 Die Protokolle betreffend die Auslegung des EVÜ durch den EuGH sind für Deutschland am 1.8.2004 in Kraft getreten (BGBl. 2005 II 147 und 148). Hierauf hinweisend Wagner, NJW 2005, 1754 (1755). Bislang hat nur der *Hoge Raad* von der Vorlagemöglichkeit zum EVÜ Gebrauch gemacht (Rs. C-133/08).

94 Text z.B. in BR-Drucks. 928/07, S. 7 ff.

95 Jayme/Kohler, IPRax 2007, 483 (506).

96 Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sollte durch den Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007 in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“, abgekürzt AEU, umbenannt werden (siehe z.B. BR-Drucks. 928/07, S. 22).

## Die Nichtübertragbarkeit der Lizenz beim Unternehmenskauf: Anwendbares Recht bei fremdem Lizenzstatut im Lichte des § 34 UrhG – Zur Sonderanknüpfung des § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG

Von Dr. Alexander H. Stopp, Frankfurt a. M.

*The author deals with the application of the German Copyright Act in cases of mergers and acquisitions with regard to international software licensing contracts. The German Copyright Act provides for automatic transfer of the usage rights to the buyer in a merger situation. Contractual non-transferability clauses*

*in international licensing contracts will step in to stop automatic transfer to the buyer. Under German domestic law, non-transfer provisions are, however, in principle admitted by the consent exception in the German Copyright Act (Section 34 Subsection 5 of the German Copyright Act). German rules on*

*standard terms will often void such provisions in licensing terms for being overly broad or unspecific, if they are not specifically designed to address the merger situation. As a general rule, the law of the country in which legal protection is sought for the transfer should apply to the transfer as opposed to the country of the author's citizenship or the law chosen in the licensing agreement. However, the author suggests that the consent provision of the German Copyright Act (Section 34 Subsection 5 of the German Copyright Act) allows for the application of the law of the contract, which will in the cases discussed often be foreign law.*

## I. Ausgangspunkt

### 1. Übertragbarkeitsregelungen

Gängige Klauseln in Lizenzverträgen<sup>1</sup> schränken die Übertragbarkeit der eingeräumten Nutzungsrechte in vielerlei Weise ein, so als allgemeine Nichtübertragbarkeit ohne weitere Bestimmung („Die nach diesem Lizenzvertrag eingeräumten Nutzungsrechte sind nicht übertragbar“), als pauschale Übertragungsklausel mit allgemeinem Zustimmungsvorbehalt („Die Rechte aus diesem Vertrag sind nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Lizenzgebers übertragbar“), als qualifizierter Zustimmungsvorbehalt („Die Rechte aus diesem Vertrag sind nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Lizenzgebers, die dieser nur aus wichtigem Grund verweigern wird, übertragbar“), als eingeschränkter Zustimmungsvorbehalt mit Konzernklausel („Die Rechte aus diesem Vertrag sind nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Lizenzgebers übertragbar. Dies gilt jedoch nicht für mit dem Lizenznehmer verbundene Unternehmen.“) und in vielen Variationen der genannten Beispiele. Häufig anzutreffen sind in der Vertragspraxis diese Bestimmungen, die ein vertraglich vereinbartes Zustimmungserfordernis für eine bestimmte Situation lockern oder entfallen lassen. Die Klauseln gehen von der allgemeinen Nichtübertragbarkeit der Lizenzrechte aus, schränken diese aber bei Vorliegen bestimmter, näher beschriebener Umstände ein. Eine typische Fallgestaltung ist die Übertragung innerhalb eines Konzerns, insbesondere für den Fall der Nutzung durch neue oder ausscheidende Beteiligungsunternehmen.

Derartige Formulierungen finden sich in fast allen Lizenzverträgen. Nach verbreiteter Meinung spiegeln sie die ohnehin gegebene allgemeine Nichtübertragbarkeit von urhebervertraglich eingeräumten einfachen Nutzungsrechten wider (vgl. § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG) und variieren dieses gesetzliche Leitbild. Entgegen der allgemeinen zivilrechtlichen Übertragbarkeit von Rechten, (§§ 398 ff. BGB, gebietet es die Wertung des Urheberrechts als Immaterialgüterrecht – und damit als Eigentumsposition –, dass Nutzungsrechte grundsätzlich nur persönlich, also nicht übertragbar und damit nicht ohne weiteres fungibel eingeräumt werden. Dies gilt – außerhalb des von § 34 UrhG geregelten Sachbereichs<sup>2</sup> – nicht, wenn die Parteien anderes vereinbaren. Die Zweckerreichungslehre erfordert, den typischen vertraglichen Willen des Lizenzgebers so zu interpretieren, dass nur so viel an Rechten aufgegeben wird wie es der Zweck der Lizenz erfordert. In der Regel wird gerade die Nutzung durch den Lizenznehmer gestattet sein, eine Nutzung durch andere von der lizenzvertraglichen Gestattung nicht umfasst sein. Lizenzgeber, die fungible Rechte vergeben wollen, wählen dafür auch im Softwarebereich dann oft das Instrument der Verbreitung von körperlichen Werkstücken, deren weiterer Umlauf im Markt wegen des Erschöpfungsgrundsatzes nicht mehr begrenzt werden kann.

Übertragungsklauseln ist in der Regel gemeinsam, dass sie eine Regelung hinsichtlich der Nutzungsrechte nicht ohne Berücksichtigung der aus dem Lizenzvertrag ebenfalls sich erge-

benden Pflichten treffen. Entweder werden nur die Nutzungsrechte übertragbar gestellt, so dass die übrigen Vertragsbestandteile beim ursprünglichen Vertragspartner verbleiben, oder der neue Lizenznehmer tritt entweder in den Lizenzvertrag mit befreiender Wirkung im Wege der Vertragsübernahme ein oder er tritt diesem bei im Wege des Vertragsbeitritts. Insbesondere in den Fällen, in denen die Lizenz an sich frei übertragbar gestellt wird, aber die Ablehnung der Übertragung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich bleibt, wird die Zahlungsfähigkeit des (neuen) Lizenznehmers eine Rolle spielen. Offen bleibt, ob man dann in Ermangelung einer vertraglichen Konkretisierung § 421 BGB analog anwenden – mithin im Zweifel einen Schuldbeitritt annehmen – sollte, zumindest in den Fällen, in denen noch nicht alle Lizenzgebühren bezahlt sind. In der Regel – und das wäre wegen der typischen Interessenlage auch die Auslegungsregel – wird der Vertrag vorsehen, dass der ursprüngliche Lizenznehmer nicht aus dem Vertragsverhältnis entlassen wird bis alle Lizenzpflichten auf Zahlung von Entgelt erfüllt sind<sup>3</sup>.

### 2. Inhaberklauseln

Nicht selten sehen Lizenzverträge im unternehmerischen Verkehr über die Nichtübertragbarkeit hinausgehend eine Bindung der Lizenz nicht nur an die Person des Lizenznehmers, sondern auch an die Inhaberschaft des Lizenznehmers vor<sup>4</sup>. Übliche Klauseln bestimmen etwa: „Wenn sich der bestimmende Einfluss auf den Lizenznehmer in der Weise ändert, dass ein anderes Unternehmen bestimmenden Einfluss auf den Lizenznehmer, entweder durch Erwerb der Mehrheit der Anteile an dem Lizenznehmer oder auf vertraglichem Weg, ausübt, ist der Lizenzgeber zur sofortigen Kündigung der Lizenz aus wichtigem Grund berechtigt.“

Solche Klauseln, die jedenfalls bei Großsoftware (und insbesondere bei Individualsoftware) nicht selten vereinbart werden, schreiben in ihrer Wirkung die Nutzung in der Einflussosphäre eines Eigentümers oder einer Eigentümergruppe fest. Das soll z. B. bei Konzerngesellschaften deren wirtschaftliche Ausgliederung unter Mitnahme des Nutzungsrechts ohne Zustimmung des Lizenzgebers verhindern; die Ausgliederung jedenfalls im Wege eines *share deals* wäre sonst ohne Zustimmungspflicht des Lizenzgebers (vorbehaltlich der Regelung des § 34 UrhG) möglich, da sich dann die Identität des Lizenznehmers nicht ändert. Zur praktischen Umsetzung bedürfen solche Bedingungen ergänzender Informationen über die Eigentumsverhältnisse und unter Umständen weiterer Abmachungen, die die Information des Lizenzgebers über die Änderung von Eigentümerstrukturen sicher stellen. Im Falle öffentlich gehandelter Unternehmen kann diese Art der Festschreibung problematisch sein, wenn sie zu vage formuliert ist und man bedenkt, dass eine Änderung der Eigentümerstruktur leicht und oft und ohne darauf gerichteten

1 Vgl. die Bewertung derartiger Klauseln bei *Fritzmeyer/Schodi*, CR 2003, 793, 797 f. Die nachfolgende Untersuchung legt besonderen Wert auf den Bereich von Softwarelizenzen, der heute einen wirtschaftlichen Schwerpunkt von urheberrechtlich eingeräumten Nutzungsrechten bildet. Es ist nicht zu übersehen, dass die Stellung der Lizenzgeber in diesem Markt wesentlich günstiger ist als die vieler anderer Urheber.

2 S. unten.

3 Die freie Übertragbarkeit von Lizenzen begegnet erheblichen AGB-rechtlichen Bedenken, wenn sie sich aus den AGB des Lizenznehmers ergibt – eine Überlegung, die den Bereich der Softwarelizenzen in aller Regel nicht betrifft, wie auch die Kommentarliteratur eher Text-, Musik- und Filmbereich im Auge hat, in denen die Verwerter/Lizenznehmer die größere Marktmacht haben.

4 Vgl. dazu *Partsch/Reich*, NJW 2002, 3286 ff., 3289 ff. m. w. Nachw. auch zur Entstehungsgeschichte, denen sich indes – wie dem historischen Gesetzgeber – die wirtschaftliche Bedeutung nicht recht erschließt.

zielgerichteten Willen möglich ist. Die Kündigung von Lizenzen kann unter Umständen weitreichende Folgen für ein Unternehmen haben<sup>5</sup>. Eine möglichst genaue Formulierung tut daher not. Das wirtschaftliche Interesse des Lizenzgebers, das in derartigen Vereinbarungen zum Ausdruck kommt, sich durch die Konzernbindung der Nutzungsrechtseinräumung nicht die Vermarktungschancen für sein Produkt außerhalb des Konzerns zu verbauen, ist aber in jedem Fall schützenswert.

## II. Die Anwendbarkeit des § 34 UrhG n. F. im internationalen Rechtsverkehr

### 1. *Lex Loci Protectionis vs. Vertragsstatut – Sonderanknüpfung des § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG an das Vertragsstatut*

Allgemein wird angenommen, die Ausgestaltung urheberrechtlicher Nutzungsrechte unterläge dem Schutzrecht des Landes, in dem sie durchzusetzen sind (*lex loci protectionis*)<sup>6</sup>. Das gelte wohl auch für die Frage der Übertragbarkeit<sup>7</sup>. Die Norm des § 34 UrhG findet ihrem Wortlaut nach Anwendung auf „Nutzungsrechte“. Es wird auch in der urheberrechtlichen Literatur bisher kaum differenziert, ob die Vorschrift unabhängig davon anwendbar sein soll, ob die betreffenden Lizenzverträge deutschem Recht unterstehen oder nicht. *Schricker*<sup>8</sup> beschränkt aber richtig die Wirkung des § 34 UrhG auf den dinglichen Aspekt und trifft damit im Sinne der herrschenden Meinung die Vorentscheidung darüber, ob man § 34 UrhG auch dann anzuwenden hat, wenn der Lizenzvertrag ausländischem Sachrecht untersteht. Grund für die Annahme, dass § 34 UrhG die Verfügung über nach deutschem Recht zu beurteilende Nutzungsrechte regelt, ist, dass die Vorschrift ihrer systematischen Stellung nach die Inhaberschaft an Nutzungsrechten betrifft. Nach herrschender Meinung wäre dann weiter zu differenzieren: die Rechtswahl ausländischen Rechts kann das Verpflichtungsgeschäft (den Lizenzvertrag) ergreifen, jedoch von vornherein nicht die Verfügung über das als dingliches Recht gedachte Lizenzrecht. Die Denkweise des deutschen Rechts führt dazu, dass die Anwendbarkeit des § 34 UrhG dem Territorialstatut unterläge. Dabei wäre konsequenterweise in Kauf zu nehmen, dass ein Lizenzvertrag, der die Nutzung in verschiedenen Staaten gestattet (z. B. eine sog. Konzernlizenz), in verschiedenen Ländern unter verschiedenen Voraussetzungen übertragbar wäre. In manchen Ländern ergäbe sich die gesetzlich bestimmte Übertragbarkeit im Falle eines Unternehmenskaufs, in anderen Ländern nicht. In demselben Sinne wird der Widerspruch zwischen einem geltenden Vertrag nach ausländischem Recht und der Privilegierung des Unternehmenskaufs in Deutschland in Kauf genommen, wenn der ausländischem Recht unterstehende Lizenzvertrag eine Übertragung überhaupt nicht gestattet, aber § 34 UrhG Anwendung findet. Für die Anwendbarkeit der Vorschrift auf alle die Einräumung von Nutzungsrechten betreffenden Lizenzen spricht auch der Zweck der Neuregelung des § 34 UrhG, Unternehmenskäufe in Deutschland zu erleichtern. Dagegen spricht aber folgendes: die in § 34 UrhG geregelte Abkoppelung der Übertragung vertraglich eingeräumter Nutzungsrechte von der Zustimmung des Lizenzgebers<sup>9</sup> betrifft gerade nicht den aus Gründen des Verkehrsschutzes einheitlich zu beurteilenden dinglichen Aspekt der Nutzungsrechtsübertragung. Vielmehr ist die vertraglich zu regelnde Zustimmung (§ 34 Abs. 5 S. 2 UrhG) eine dem Willen der Lizenzvertragsparteien unterliegende Angelegenheit, die auch dann gut fremdem Recht unterstellt bleiben kann, wenn die Nutzungsrechte selbst deutschem Urheberrecht unterstehen. Denn die zu regelnde Frage des Unternehmenskaufs betrifft – jedenfalls was die (Mit-)Übertragbarkeit

der Nutzungsrechte angeht – kaum Aspekte des Verkehrsschutzes, sondern in erster Linie des Verhältnisses zwischen den Parteien einer vertraglichen Sonderverbindung<sup>10</sup>. Der deutsche Rechtsverkehr kann hinsichtlich des Inhalts von Lizenzverträgen (und das Vorliegen und Nichtvorliegen von Zustimmungen in vertraglichen Sonderbeziehungen) von vornherein mangels eines objektiven Anscheins keinen Vertrauenstatbestand entwickeln. Schließlich war es die Intention des Gesetzgebers, gerade auch die Stellung des Lizenzgebers und dessen Verfügungsbefugnis auch im Falle eines Unternehmenskaufs zu stärken<sup>11</sup>.

Danach empfiehlt sich eine differenzierende Sichtweise, wonach § 34 UrhG zwar grundsätzlich auf alle in Deutschland „belegenen“ Lizenzen Anwendung findet. Die Frage der Zustimmung bzw. der abweichenden vertraglichen Regelung im Sinne des § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG unterstünde aber weiterhin dem Vertragsstatut des Lizenzvertrages und damit unter Umständen fremdem Recht. § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG ist mithin gesondert anzuknüpfen, nämlich an das Vertragsstatut. Das ist, wie gezeigt, auch sachgerecht, da hier auch die deutsche Vorschrift der Parteiautonomie Vorrang gewährt. Eine Vorschrift, die nach deutschem Sachrecht ausdrücklich auf die Abdingbarkeit verweist, sollte dann auch international abdingbar sein, wenn sie keine wesentlichen deutschen Verkehrsinteressen berührt.

Angesichts der Vielzahl internationaler Softwarelizenzen, bei denen eine Rechtswahl zugunsten ausländischer Lizenzgeber getroffen wird, ist dies eine praktisch äußerst erhebliche Differenzierung. Die Sonderanknüpfung des § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG steht nicht im Widerspruch zum Gesetzeszweck. Denn zum einen öffnet sich auch das deutsche Sachrecht dem Willen der Vertragsparteien in § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG und zum anderen ist offensichtlich, dass der deutsche urheberrechtliche Gesetzgeber nicht Sachverhalte regeln kann, die ihren Schwerpunkt außerhalb der deutschen Rechtsordnung haben. Eine Entscheidung im Rahmen des § 34 UrhG für die zustimmungsfreie Durchführung einer Lizenzübertragung macht einen internationalen Unternehmenskauf nur scheinbar leichter durchführbar: das übertragende Unternehmen setzt sich – bei Geltung fremden Vertragsrechts – dem Vorwurf des Lizenzverstößes gegenüber dem (ausländischen) Lizenzgeber aus, und selbst die deutsche

5 Vgl. ausführlich *Royle/Cramer*, CR 2005, 154, 156 ff. insbes. auch für den Bereich des Rückrufsrechts aus § 34 Abs. 3 Satz 3 UrhG. Zu Recht halten die Autoren die „wesentliche“ Änderung der Beteiligungsverhältnisse am Lizenznehmer für einen zu unscharfen Anknüpfungspunkt für das gesetzliche Rückrufsrecht. Nicht verwunderlich ist es dann, wenn die vorherrschende Meinung Aspekte des besonderen Vertrauensverhältnisses, das in der früheren Regelung des § 28 VeriG seinen Anknüpfungspunkt hatte, in die Neuregelung übertragen, z. B. *Patsch/Reich*, NJW 2002, 3286, 3290; *Patsch/Reich*, AfP 2002, 298, 301.

6 Vgl. nur *Hiestand*, in: Reithmann-Martiny, Internationales Vertragsrecht, 6. Auflage 2004, Rz. 1740.

7 *Hiestand*, in: Reithmann-Martiny (Fn. 6), Rz. 1748.

8 *Schricker*, Urheberrecht, 3. Auflage 2006, Rz. 5 zu § 34 UrhG, betont allerdings zu Recht, § 34 UrhG regle nur das dingliche Geschäft, lasse aber die schuldrechtliche Seite unberührt.

9 *Schricker* (Fn. 8), a.a.O., weist darauf hin, dass § 34 UrhG in vielem (auch) die Rechte des Urhebers stärkt.

10 Zu beachten bleibt, dass die Weiterveräußerung qua Erschöpfung jederzeit möglich bleibt, wenn körperliche Vervielfältigungsstücke übertragen werden. Wenn, wie im unternehmerischen Bereich durchaus üblich, wirksame Lizenzverträge nach ausländischem Recht geschlossen werden, bleibt es auch in dieser Hinsicht bei einem evtl. Vertragsverstoß und damit bei einem Vorwurf gegen den Veräußerer. Dies ist wertungsmäßig auch hinzunehmen. In der Praxis ist dem Verf. schon der Fall begegnet, dass sich selbst Weltkonzerne auf Erschöpfung berufen, wenn die Zielunternehmen (ursprünglichen Lizenznehmer) nicht mehr existieren.

11 Dazu *Joppich*, K&R 2003, 211, 213ff.; *Koch-Semlauer*, AfP 2004, 211, 212 ff.

Rechtsordnung wird dies dem Grunde nach anerkennen. Hier wären sonst Wertungswidersprüche eingebaut, die eine differenzierende Betrachtungsweise, die eine Sonderanknüpfung des § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG an das Vertragsstatut der Lizenz befürwortet, vermeidet. Der mangelnde internationale Entscheidungseinklang im Fall einheitlicher Anknüpfung an die *lex loci protectionis* – argumentiert man gegen die Sonderanknüpfung<sup>12</sup> – würde nur dazu führen, dass ein internationaler Unternehmenskauf hinsichtlich der deutschen Teile einfacher durchzuführen wäre, aber im Ausland nach wie vor unter Umständen der Blick auf den Vertragstext die Gesamtdurchführung blockiert oder jedenfalls das Zielunternehmen dem Vorwurf des Vertragsbruchs von Seiten des Lizenzgebers aussetzt<sup>13</sup>.

## 2. Konsequenzen für die Praxis: Lizenz-AGB

Die üblichen pauschalen Übertragungsklauseln nach deutschem Recht verstoßen in allgemeinen Geschäftsbedingungen wohl gegen den Grundgedanken des Gesetzes (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. § 34 UrhG). Sie können in allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie nicht ausreichend klar von der gesetzlichen Regelung des § 34 UrhG abweichen, auch schon an § 305c BGB scheitern<sup>14</sup>. Selbst wenn man keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot annimmt, stellt die Nichtübertragbarkeit an sich zwar keine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der einfachen Lizenz dar, die Nichtübertragbarkeit im Falle des Unternehmenskaufs aber schon (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Es kann hier im Ergebnis offen bleiben, ob und inwieweit die übrigen vorgenannten Klauselbeispiele unwirksam sind. In Fällen, in denen die Interessenlage genügend konkretisiert wurde (z. B. bei einer Konzernklausel) mag man da berechtigte Zweifel haben. Nur wenn – wie in Fällen der Konzernlizenz – die Frage des Unternehmenskaufs im Vertrag ausdrücklich angesprochen ist, kann man ihr überhaupt realistische Überlebenschancen im Dickicht der „Bevormundungsrechtsprechung“<sup>15</sup> zu den §§ 305 ff. BGB einräumen. Die Rechtsprechung macht im AGB-Recht aus Mangel an Differenzierungsvermögen Unternehmen nur allzu oft zu Verbrauchern, was hier besonders sachfremd ist: als ob Verbraucher im Regelungsbereich des § 34 UrhG überhaupt als Lizenznehmer auftreten könnten! Nach fremdem Recht werden Übertragungsklauseln hingegen in vielen Fällen wirksam sein.

Inhaberklauseln scheitern meines Erachtens auch bei der Anwendbarkeit deutschen Sachrechts wohl nicht an §§ 305 ff. BGB, weil es den Parteien freistehen muss, den Umfang der

Nutzungsrechtseinräumung selbst zu bestimmen. Eine „Umgehung“ der Fungibilität und damit des Verkehrsschutzes liegt jedenfalls im unternehmerischen Bereich nicht vor, da die Unübertragbarkeit Grundgedanke der Lizenz ist. Zu Recht verliert das OLG Düsseldorf in einem Urteil zu einer Konzernlizenz<sup>16</sup> daher auch kein Wort zu diesem Problemkreis. Abgesehen davon, dass es im dort entschiedenen Fall ganz offensichtlich um einen Individualvertrag ging, betreffen derartige Vereinbarungen, die die Lizenz an Bedingungen in der Person des Lizenznehmers knüpfen, auch den Umfang des Leistungsgegenstandes unmittelbar selbst (§ 307 Abs. 3 BGB). Wollte man hier in Fällen vager Klauseln wegen mangelnder Klarheit (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) Bedenken anmelden, wäre dies schon wegen der gesetzlichen Formulierung des § 34 Abs. 3 S. 3 UrhG kaum vertretbar.

12 Ohne Begründung *Royla/Gramer*, CR 2005, 154, 160. – § 32 b UrhG ist eine nicht zu erweiternde Sondervorschrift.

13 S. Fn. 10. Beim Erwerb qua Erschöpfung gegen einen ausländischen Lizenzvertrag unvermeidlich.

14 Vgl. schon OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.12.1983, Az. 6 U 82/83, AfP 1984, S. 107 f. zur Unwirksamkeit von unklaren Übertragungsbeschränkungen unter AGB-Gesichtspunkten. Die Möglichkeit der „Rettung“ allgemein gehaltener Übertragungsklauseln sieht – in AGBs wohl zu Unrecht – dagegen *Royla/Gramer*, CR 2005, 154, 159, *Schricker* (Fn. 8), Rz. 10, 11 zu § 34 berücksichtigt die AGB-Problematik auch nicht vertieft. Die Kommentarliteratur behandelt oft nur den umgekehrten Fall, in dem der Lizenzgeber die Lizenz frei übertragbar stellt (z.B. *Nordemann-Hertin*, UrhG, 9. Auflage 1998, Rz. 13 zu § 34). Differenzierend *Fritzeneyer/Schoch*, CR 2003, 793, 797 f. S. auch *von Pfeil*, Urheberrecht und Unternehmenskauf, 2007, S. 59 f., der nicht deutlich zwischen AGB und Individualabrede unterscheidet und jedenfalls die dingliche Übertragung an entsprechenden Vorbehalten scheitern lässt, was aber zweifelhaft ist, da § 34 Abs. 3 UrhG gerade dingliche Übertragung qua Gesetz vorschreibt.

15 Jüngst BGH, Urteil vom 19.9.2007, Az. VIII ZR 141/06, ZIP 2007, 2270: („1. Leitsatz: Fällt eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8.3.1984, VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 278, zu § 11 AGBG)“). Die Problematik derart obrigkeitstaatlich geprägter Rechtsprechung besteht darin, dass die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen im Verkehr untereinander nicht Ernst genommen wird.

16 OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.6.2006, Az. I-20 U 112/05, CR 2006, 656.

## Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie Unter besonderer Berücksichtigung des deutsch-US-amerikanischen Freundschaftsvertrags von Dr. Dorothee M. Kaulen, LL.M. (Pittsburgh)\*, Köln\*\*

According to the prevailing opinion, article XXV para. 5, s. 2 of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany from 1954 represents a rule of conflict of laws. Applying this interpretation, in German-US-American corporate conflict of laws the law of legal persons is determined by the incorporation principle. Furthermore, it can be expected that the German corporate conflict of laws will soon give up the idea of the seat principle and adopt the incorporation principle comple-

tely. However, under the incorporation principle, the question of how the place of incorporation should be determined remains. Different ideas have been discussed like the place of the process of incorporation, the place of the registered office, the

\* Duquesne University.

\*\* Die Verfasserin dankt Herrn Prof. Dr. Mansel für wertvolle Anregungen.