

Methodik ZR**Übungsklausur**

Dr. Caspar Behme

»Alpenbrause«

DOI 10.1515/jura-2014-0136

SACHVERHALT

Andreas (A), ein studierter Lebensmittelchemiker aus Passau, hat nach seinem Studium eine Limonade entwickelt, deren Konsum bei hoher körperlicher Beanspruchung Ermüdungserscheinungen über einen langen Zeitraum verhindert. Zwar ist ihm »mangels erfinderischer Tätigkeit« kein Patent auf die Rezeptur der Limonade erteilt worden, da diese starke Ähnlichkeiten zu einer schon wenige Jahre zuvor in den Niederlanden entwickelten und patentierten Rezeptur aufweist. A ist es jedoch gelungen, die Limonade unter dem Label »Alpenbrause« erfolgreich zu vermarkten und an Fitnessstudios in ganz Deutschland zu verkaufen. Er hat zu diesem Zweck die Alpenbrause GmbH & Co. KG mit der Alpenbrause Verwaltungs-GmbH als Komplementärin und ihm selbst als einzigem Kommanditisten gegründet; er ist zugleich alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Alpenbrause Verwaltungs-GmbH. Der Sitz beider Gesellschaften befindet sich in Passau. Um zu verhindern, dass auch andere Unternehmen den Begriff »Alpenbrause« verwenden, hat A veranlasst, dass der Begriff als Marke geschützt und die Alpenbrause GmbH & Co KG als Inhaberin der Marke in das Register des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA) eingetragen wurde.

Im Frühjahr 2013 verliert A das Interesse daran, sich selbst um die Vermarktung der »Alpenbrause« zu kümmern, und beschließt, sich fortan hauptsächlich seinen eigentlichen Interessen – den Frauen und dem Alkohol – zu widmen. Daher vereinbart er mit seinem Freund Jens (J) aus München, dass dieser gemeinsam mit seinem wohlhabenden Bekannten René (R) das Geschäft übernehmen soll. J und R sollen zu diesem Zwecke eine GmbH gründen, die den Namen »Alpenbrause« trägt; A soll durch die Zahlung einer Lizenzgebühr bis an sein Lebensende am wirt-

schaftlichen Erfolg des Produktes beteiligt werden. Im Internet findet J den Mustergesellschaftsvertrag einer GmbH, den J und R an ihre individuellen Bedürfnisse anpassen. Am 20. 6. 2013 unterschreiben J und R den Gesellschaftsvertrag der »Alpenbrause GmbH«. Deren Stammkapital soll sich auf 25.000 EUR belaufen, die Stammeinlagen von J und R sollen jeweils 12.500 EUR betragen, die Gesellschaft soll ihren Sitz in München haben und J soll zum alleinigen Geschäftsführer bestellt werden. Mit Einverständnis des A beschließen J und R, sofort mit der gemeinsamen Vermarktung der Alpenbrause durchzustarten und alle dazu erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen; ferner vereinbaren sie, zeitnah die erforderliche notarielle Beurkundung des GmbH-Gesellschaftsvertrages zu veranlassen und damit die GmbH »offiziell« zu gründen.

Um der Vermarktung der Alpenbrause durch J und R eine vertragliche Grundlage auch im Verhältnis zu A zu verleihen, wird am 24. 6. 2013 der folgende Lizenzvertrag geschlossen und von A und J unterzeichnet:

§ 1: Der Lizenznehmer ist ab sofort berechtigt, die Limonade »Alpenbrause« nach der von A entwickelten Rezeptur herzustellen und weltweit zu vermarkten.

§ 2: Der Lizenznehmer ist ab sofort berechtigt, die eingetragene Marke »Alpenbrause«© für die Dauer dieses Vertrages zu nutzen; der Lizenzgeber bleibt Inhaber dieser Marke.

§ 3: Der Lizenznehmer ist ab sofort verpflichtet für jeden verkauften Liter »Alpenbrause« an den Lizenzgeber eine Lizenzgebühr von 0,50 EUR zu zahlen. Über die verkauften Mengen wird halbjährlich am 30.6. und am 31.12. abgerechnet.

§ 4: Der »Alpenbrause GmbH« stehen ab dem Zeitpunkt ihrer offiziellen notariellen Gründung die Rechte aus § 1 zu. Sie schuldet die Lizenzgebühr nach § 3 für alle von ihr ab diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Geschäfte.

§§ 5–9 (Nebenbestimmungen: wechselseitige Informationspflichten, Kündigungsrechte, Wettbewerbsverbot, Vertraulichkeit, Schiedsklausel, hier nicht abgedruckt)

Bereits am 25. 7. 2013 gelingt es J, die Fitnesskette »Fit & Sexy« zum Abschluss eines dauerhaften Bezugsvertrags zwischen der Alpenbrause GmbH und der Fit & Sexy Ltd.

Caspar Behme: Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht an der Ludwig-Maximilian-Universität München.

zu bewegen. Der Bezugsvertrag, den J als Geschäftsführer der Alpenbrause GmbH unterzeichnet, sieht eine monatliche Abnahme von 8.000 Litern Alpenbrause durch die Fit & Sexy Ltd. jeweils zum 15. eines jeden Monats (erstmal zum 15. 8. 2013) vor. Er wird auf unbestimmte Zeit geschlossen und soll jeweils zum 31.12. eines Jahres mit einer Frist von drei Monaten ordentlich kündbar sein. Am 19. 8. 2013 kommt es endlich zu einem Termin zwischen J, R und einem Notar in München, bei dem der Gesellschaftsvertrag der Alpenbrause GmbH von J und R erneut unterzeichnet und notariell beurkundet wird; J wird zum Geschäftsführer bestellt. Mit einem süßlich schmeckenden Cocktail aus Dom Pérignon und Alpenbrause stoßen A, J und R auf die offizielle Gründung der Alpenbrause GmbH und auf die künftige Zusammenarbeit, wie sie der Lizenzvertrag vorsieht, an. Am 27. 9. 2013 wird die Alpenbrause GmbH in das Handelsregister eingetragen.

Kurz vor Weihnachten erhält J am 18. 12. 2013 Post von der Kanzlei Koch aus Passau, die ihm mitteilt, dass über das Vermögen der Alpenbrause GmbH & Co. KG das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Rechtsanwalt Koch (K) sei zum Insolvenzverwalter bestellt worden und verlange zum 31. 12. 2013 Zahlung der fälligen Lizenzgebühren für die Nutzung der Marke »Alpenbrause«© aus § 3 des Lizenzvertrages an die Insolvenzmasse. Drei Tage später erhält J zudem eine E-Mail von A, der ihn ebenfalls bittet, ihm zum Jahresende die vertraglich geschuldeten Lizenzgebühren auf sein Privatkonto zu überweisen.

J kommt am 27. 12. 2013 entsetzt in Ihre Kanzlei. Er teilt Ihnen mit, dass sich das Geschäft leider relativ schleppend entwickelt hat. Er habe als Geschäftsführer der Alpenbrause GmbH am 25. 8. 2013 und am 20. 11. 2013 jeweils Kaufverträge über 10.000 Liter Alpenbrause mit einem Schweizer Discounter abgeschlossen. Daneben sei bislang nur die Fit & Sexy Ltd. regelmäßig mit der »Alpenbrause« beliefert worden, und zwar im Umfang von insgesamt 40.000 Litern (5 Monate à 8.000 Liter pro Monat). Ihm sei zwar bewusst, dass – basierend auf dem erzielten Gesamtumsatz von 60.000 Litern – zum 31. 12. 2013 Lizenzgebühren in Höhe von 30.000 EUR fällig würden; er wisse aber nicht, wem diese zustünden: K oder A. Zudem sei er verunsichert, weil sowohl Koch als auch A von ihm persönlich Zahlung verlangen. Dabei sei doch gar nicht er selbst in Person, sondern die Alpenbrause GmbH Schuldnerin aller fälligen Lizenzgebühren. Soweit ein Anspruch gegen ihn persönlich bestehe, wolle er wissen, ob und von wem er insoweit zumindest teilweise Freistellung oder Regress verlangen könne und wie sich künftig eine persönliche Inanspruchnahme vermeiden lasse. Und schließlich bitte er um einen Rat, wie er sich – ggf. mit Unterstützung eines hierfür zuständigen Gerichts – gegen das Risiko absichern könne,

letztlich an den Falschen zu zahlen. Keinesfalls wolle er riskieren, am Ende doppelt Lizenzgebühren zahlen zu müssen: Erst an K und dann später noch an A oder umgekehrt.

Bitte nehmen Sie in einem Rechtsgutachten zu allen aufgeworfenen Fragen von J Stellung. Zu welchen Maßnahmen ist J aus anwaltlicher Sicht zu raten?

LÖSUNGSSKIZZE

A. Wer ist Inhaber des Anspruchs auf Zahlung der Lizenzgebühren?

Aus § 311 I BGB i. V. m. § 3 des Lizenzvertrags¹ ergibt sich vorliegend ein Anspruch auf Zahlung von Lizenzgebühren. Als Lizenzgeber und damit Inhaber dieses Anspruchs kommt zum einen K als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Alpenbrause GmbH & Co. KG in Betracht, da diese Gesellschaft Inhaberin der Marke »Alpenbrause« ist, deren Nutzung § 2 des Lizenzvertrages dem Lizenznehmer gestattet, zum anderen A in Person, da er die Rezeptur der Alpenbrause entwickelt und den Vertrag unterzeichnet hat.

I. K als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Alpenbrause GmbH & Co. KG

1. Rechtsstellung von K als Insolvenzverwalter

Gem. § 80 I InsO geht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. § 35 I InsO definiert den Begriff der Insolvenzmasse als das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Forderungen aus Verträgen sind ohne weiteres Bestandteil der Insolvenzmasse². Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht daher die Befugnis zu ihrer

¹ Nach h.M. handelt es sich beim Lizenzvertrag um einen Vertrag eigener Art, in dem sich Elemente verschiedener gesetzlich normierter Vertragstypen vereinen; s. BGHZ 2, 331 (335); BGHZ 105, 374 (377 f.); Staudinger/Beckmann, BGB, Neubearbeitung 2004, Vorb. zu §§ 433 ff. Rdnr. 178; ausführlich Groß, Der Lizenzvertrag, 10. Aufl. (2011), Rdnr. 19 ff.

Geltendmachung auf den Insolvenzverwalter über. Auf den im Schrifttum geführten Theorienstreit über die rechtssystematisch und rechtsdogmatisch zutreffende Einordnung der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters kommt es dabei nicht an³.

Sofern ein Anspruch der Alpenbrause GmbH & Co. KG auf Zahlung von Lizenzgebühren besteht, ist K demnach zu dessen Geltendmachung befugt; da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens J bekannt ist, könnte er ausschließlich an ihn mit schuldbefreiender Wirkung leisten (vgl. § 82 InsO).

2. Bestehen eines Anspruchs der Alpenbrause GmbH & Co. KG

Ein Anspruch der Alpenbrause GmbH & Co. KG auf Zahlung der Lizenzgebühren setzt voraus, dass diese als Lizenzgeberin Partei des Lizenzvertrages ist. Dazu müsste sie beim Abschluss des Lizenzvertrages wirksam durch A vertreten worden sein.

a) Vertretungsbefugnis des A

Die Alpenbrause GmbH & Co. KG wird gem. §§ 161 II, 125 I HGB durch die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter vertreten. Gem. § 170 HGB sind Kommanditisten zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt. Einzige Komplementärin der Alpenbrause GmbH & Co. KG und somit allein zu deren Vertretung befugt ist die Alpenbrause Verwaltungs-GmbH. Diese wird gem. § 35 I GmbHG durch A als einzigen Geschäftsführer vertreten. Demnach hatte A die zum Abschluss des Lizenzvertrages erforderliche Vertretungsbefugnis.

b) Handeln im Namen der Alpenbrause GmbH & Co. KG

A hat den Lizenzvertrag jedoch in Person unterzeichnet, ohne dabei in irgendeiner Form deutlich zu machen, dass er den Vertrag im Namen der Alpenbrause GmbH & Co. KG abschließen wollte. Dementsprechend könnte es sich beim Abschluss des Lizenzvertrages um ein Eigengeschäft des A handeln. Allerdings wirkt gem. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB eine von einem Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht abgegebene Willenserklärung auch dann für und gegen den Vertretenen, wenn sie der Vertreter zwar nicht aus-

drücklich in dessen Namen abgibt, die Umstände jedoch ergeben, dass sie im Namen des Vertretenen erfolgen soll. Diese Auslegungsregel betrifft nicht nur die Frage, ob der Vertreter überhaupt im Namen eines anderen gehandelt hat, sondern auch die Frage, in welchem Namen er als Vertreter einen Vertrag abschließt⁴. Die Erklärung des Vertreters ist damit gem. §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen. Entscheidend ist, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für einen objektiven Betrachter in der Lage des Erklärungsempfängers darstellt. Dabei sind nach der Rechtsprechung des BGH die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich, dem der Erklärungsgegenstand zugehört, und die typischen Verhaltensweisen⁵.

Für Rechtsgeschäfte mit ausreichendem Bezug zum Unternehmensbereich (sog. »unternehmensbezogene« Geschäfte) bedeutet dies, dass im Namen des Unternehmensinhabers gehandelt wurde, wenn sich nicht aus den Umständen des Falles etwas anderes ergibt⁶. Dafür, dass es sich bei dem Abschluss des Lizenzvertrages um ein solches »unternehmensbezogenes« Geschäft handelt und damit die Alpenbrause GmbH & Co. KG als Betriebsinhaberin verpflichtet wurde, spricht insbesondere, dass diese Inhaberin der Marke »Alpenbrause« ist, deren Nutzung dem Lizenznehmer gem. § 2 des Lizenzvertrages gestattet wird. Bei der »Alpenbrause« handelt es sich um ein über mehrere Jahre erfolgreich am Markt etabliertes Produkt, bei dem davon auszugehen ist, dass es einen gewissen Bekanntheitsgrad genießt. Daher kommt der geschützten Marke ein erheblicher wirtschaftlicher Wert zu. Da der Vertrag ausdrücklich betont, dass der Lizenzgeber Inhaber der Marke bleibt, ist die Möglichkeit ihrer Nutzung für den geschäftlichen Erfolg von J und R essentiell. Demgegenüber dürfte die Nutzung der von A entwickelten Rezeptur eher eine untergeordnete Rolle spielen. Die Rezeptur ist nicht geschützt und offenbar nicht sonderlich innovativ (weshalb die Erteilung des Patents abgelehnt wurde). Wenn aber die Nutzung der Marke den wirtschaftlichen Schwerpunkt des Vertrages darstellt, liegt es nahe, dass der Lizenzvertrag demjenigen einen Anspruch auf Zahlung

² Siehe nur *Peters*, in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl. (2013), § 35 Rdnr. 383 ff.

³ Verwiesen sei auf die ausführliche Darstellung des Theorienstreits bei *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl. (2013), § 80 Rdnr. 20 ff.

⁴ BGH NJW-RR 1988, 475 (476 m. w. N.).

⁵ BGH WM 1976, 15 (16); BGH NJW-RR 1988, 475 (476).

⁶ BGHZ 91, 148 (152); BGH NJW 2008, 1214; Palandt/*Ellenberger*, 73. Aufl. (2014), § 164 Rdnr. 2; *Schramm* in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 164 Rdnr. 23; *Staudinger/Schilken*, BGB, Neubearbeitung 2009, Vor. §§ 164 ff. Rdnr. 52, § 164 Rdnr. 1.

von Lizenzgebühren gewähren soll, der Inhaber der Marke ist. Dies ist die Alpenbrause GmbH & Co. KG.

Die gemeinsame Intention der Vertragsparteien, A bis an sein Lebensende am wirtschaftlichen Erfolg der »Alpenbrause« zu beteiligen, steht dem nicht entgegen. A ist Alleingesellschafter der Komplementärin und alleiniger Kommanditist der Alpenbrause GmbH & Co. KG. Unabhängig von der Gestaltung der jeweiligen Gesellschaftsverträge kommen grundsätzlich alle Gewinne, welche die Alpenbrause GmbH & Co. KG durch die Einnahme von Lizenzgebühren erwirtschaftet, bei wirtschaftlicher Betrachtung A zugute. Dass sich dies aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändern würde, war bei Abschluss des Lizenzvertrages noch nicht absehbar.

c) Zwischenergebnis

Es sprechen gute Argumente dafür, dass A beim Abschluss des Lizenzvertrages die Alpenbrause GmbH & Co. KG wirksam vertreten hat. Damit wäre die Alpenbrause GmbH & Co. KG Gläubigerin der Lizenzgebühren; diese wären folglich an K als Insolvenzverwalter zu zahlen.

Aus anwaltlicher Sicht ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dieses Ergebnis nicht zwingend ist und damit ein Risiko verbleibt, dass ein Gericht die Frage anders beurteilt. Der Rat, die Lizenzgebühren an K zu überweisen, wäre daher vorschnell⁷.

II. A in Person

Geht man (vertretbar) davon aus, dass nicht die Nutzung der Marke, sondern der von A entwickelten Rezeptur den wirtschaftlichen Schwerpunkt des Lizenzvertrages darstellt, lässt sich auch begründen, dass A in Person Lizenzgeber ist und ihm der Anspruch auf Zahlung der Lizenzgebühren zusteht.

Der bloße Umstand, dass nicht A, sondern die Alpenbrause GmbH & Co. KG Inhaberin der (jedenfalls auch) vertragsgegenständlichen Marke »Alpenbrause« ist, würde nicht dazu führen, dass in diesem Falle der Lizenznehmer die Zahlung der Lizenzgebühr gem. § 326 I BGB teilweise verweigern könnte (nämlich insoweit, als diese die vertragliche Gegenleistung für die Gestattung der Nutzung der Marke ist). Dies wäre nur dann der Fall, wenn A mangels Inhaberschaft der Marke die Einräumung der Lizenz (subjektiv) teilweise unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB

wäre. In Fällen, in denen dem Schuldner die eigene Verfügungsmacht über den Vertragsgegenstand von Anfang an fehlt, liegt eine subjektive Unmöglichkeit aber dann nicht vor, wenn es dem Schuldner möglich ist, auf den eigentlichen Rechtsinhaber dahingehend einzuwirken, dass dieser den Vertrag erfüllt⁸. Als Kommanditist und Geschäftsführer der Alpenbrause Verwaltungs-GmbH war es A im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Lizenzvertrages ohne weiteres möglich, dafür zu sorgen, dass die Alpenbrause GmbH & Co. KG dem Lizenznehmer die Nutzung der Marke »Alpenbrause« gestattet.

Folglich kommt auch A in Person als Gläubiger der Lizenzgebühren in Betracht.

B. Gegen wen richtet sich der Anspruch auf Zahlung der Lizenzgebühren?

Hinsichtlich der Frage, wer als anspruchspflichtiger Lizenznehmer Partei des Lizenzvertrages wurde, ist zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des Lizenzvertrages und dem Zeitpunkt der offiziellen notariellen Gründung der Alpenbrause GmbH (§ 4 des Lizenzvertrages) zu differenzieren.

I. Lizenznehmer bei Abschluss des Lizenzvertrages

Bei Abschluss des Lizenzvertrages wurde dieser auf Seiten des Lizenznehmers durch J unterzeichnet. Fraglich ist, ob J in Person Partei des Lizenzvertrages werden sollte oder ob er in Vertretung für eine zwischen J und R bereits bestehende Gesellschaft gehandelt hat.

J und R haben am 20.6. den Gesellschaftsvertrag der Alpenbrause GmbH unterzeichnet. Gem. § 2 GmbHG bedarf der Gesellschaftsvertrag einer GmbH jedoch notarieller Form. Da eine notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nicht erfolgt ist, ist dieser gem. § 125 BGB nichtig; die Alpenbrause GmbH ist nicht wirksam entstanden und konnte folglich durch den Abschluss des Lizenzvertrages am 20.6. auch nicht verpflichtet werden.

Soweit sich J und R in der Vorgründungsphase verpflichtet haben, die notarielle Beurkundung des GmbH-

⁷ Zu den daraus folgenden anwaltlichen Empfehlungen siehe unter C.

⁸ Vgl. Staudinger/Löwisch/Caspers, BGB, Neubearbeitung 2009, § 275 Rdnr. 69f.; Ernst, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 275 Rn. 52f.

Gesellschaftsvertrages herbeizuführen und damit einen GmbH-Gesellschaftsvertrag (formwirksam) abzuschließen, ist dieser hier sog. Vorgründungsvertrag⁹ ebenfalls gem. § 125 BGB nichtig. Denn ein solcher Vorgründungsvertrag bedarf, wenn sich die Gesellschafter darin nicht bloß zu Vorbereitungshandlungen, sondern zur notariellen Gründung einer GmbH verpflichten, seinerseits bereits der notariellen Form gem. § 2 GmbHG¹⁰.

Unabhängig davon bestand im Zeitpunkt des Abschlusses des Lizenzvertrages allerdings bereits eine gesellschaftsvertragliche Bindung zwischen J und R. Denn bei der Unterzeichnung des (formnichtigen) GmbH-Gesellschaftsvertrages waren sie sich einig, sofort mit der Vermarktung der Alpenbrause zu beginnen und alle dazu erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Sie haben mithin vereinbart, ein Unternehmen zu betreiben, das später von der GmbH fortgeführt werden sollte, und dadurch eine Gesellschaft gegründet. Der Zweck dieser Gesellschaft ist auf die Vermarktung der Alpenbrause und damit auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet; sie ist somit gem. §§ 105 I, 1 II HGB als OHG zu qualifizieren¹¹.

Fraglich ist, ob J den Lizenzvertrag mit Wirkung für und gegen diese OHG abgeschlossen hat. Gem. § 125 HGB ist jeder Gesellschafter zu Vertretung der OHG ermächtigt. J hatte demnach die zum Abschluss des Lizenzvertrages erforderliche Vertretungsbefugnis. Er hat allerdings in keiner Weise deutlich gemacht, dass er den Vertrag im Namen der OHG schließen wollte. Gem. § 164 I 2 BGB ist es für eine wirksame Stellvertretung jedoch ausreichend, wenn die Umstände ergeben, dass die Abgabe einer Willenserklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll. Nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts kann dies hier unproblematisch bejaht werden. Nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten sollten J und R die Vermarktung der Alpenbrause unter eben dieser Bezeichnung von vornherein gemeinsam übernehmen; es wäre daher widersinnig, wenn der Lizenzvertrag nur J zur Nutzung der Marke berechtigen und nur ihm die Pflicht zur Zahlung von Lizenzgebühren aufbürden würde.

Zunächst war demnach die zwischen J und R bestehende OHG als Lizenznehmerin Partei des Lizenzvertrages.

⁹ Zur Terminologie s. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 1011.

¹⁰ BGH NJW-RR 1988, 288; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 1011f.

¹¹ Zum anwendbaren Recht im Vorgründungsstadium s. etwa Palandt/Sprau, 73. Aufl. (2014), § 705 Rdnr. 5; Merkt, in: Münch-Komm GmbHG (2010), § 11 Rdnr. 105; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 1013f.

II. Übernahme des Lizenzvertrages durch die Alpenbrause GmbH?

Gem. § 4 des Lizenzvertrages sollte die Alpenbrause GmbH ab dem Zeitpunkt ihrer notariellen Gründung die Funktion des Lizenznehmers übernehmen, d.h. sowohl zur Vermarktung der Alpenbrause (§ 1) und zur Nutzung der Marke »Alpenbrause« (§ 2) berechtigt als auch zur Zahlung der daraus resultierenden Lizenzgebühren (§ 3) verpflichtet sein.

Gem. § 11 I GmbHG entsteht die GmbH *als solche* (d.h. als juristische Person) erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister. Mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages i.S.d. § 2 I GmbHG entsteht allerdings eine Vor-gesellschaft (Vor-GmbH) als notwendige Vorstufe zu der erst mit Eintragung entstehenden GmbH. Fraglich ist somit, ob gem. § 4 des Lizenzvertrages bereits die im Rahmen des Notartermins am 19.8. entstandene Vor-GmbH in die Position der Lizenznehmerin einrücken und damit den Lizenzvertrag übernehmen sollte oder erst die mit Eintragung am 27.9. als solche entstandene GmbH. Dies ist eine Frage der Auslegung des Lizenzvertrages (§§ 133, 157 BGB). Nach dessen ausdrücklichem Wortlaut kam es den Beteiligten nicht auf das Datum der Eintragung, sondern auf das Datum der notariellen Beurkundung an. Für eine solche Sicht der Beteiligten spricht auch die Feier am 19.8., da an diesem Tag die Alpenbrause GmbH nach dem übereinstimmenden Verständnis alle Beteiligten »offiziell« gegründet wurde. Auch wurde hierdurch die in § 4 des Lizenzvertrages vorgesehene Vertragsübernahme bestätigt.

III. Auswirkungen auf die Pflicht zur Zahlung der Lizenzgebühren

Die zwischen J und R bestehende OHG ist mit der Vor-GmbH nicht rechtlich identisch. Ihr Vermögen geht nicht auf die Vor-GmbH über; ihre Verbindlichkeiten werden nicht durch die Vor-GmbH übernommen. Etwas anderes gilt lediglich, wenn eine entsprechende vertragliche Vereinbarung besteht¹².

Eine solche Vereinbarung besteht vorliegend aber nicht. Gem. § 4 des Lizenzvertrages soll die Vor-GmbH (erst) ab dem Zeitpunkt ihrer notariellen Gründung zur Zahlung der Lizenzgebühren (nur) *für alle von ihr ab diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Geschäfte* verpflichtet sein.

¹² Vgl. für die GmbH BGH NJW 1998, 1645; Palandt/Sprau, 73. Aufl. (2014), § 705 Rdnr. 5; Merkt, in: MünchKomm-GmbHG (2010), § 11 Rdnr. 110.

Der Zeitpunkt der notariellen Gründung (19.8.) ist als klare Zäsur gedacht. Ab diesem Datum soll die Vor-GmbH den Vertrag als Lizenznehmerin übernehmen; für alle vor diesem Datum abgeschlossenen Geschäfte soll dagegen die zwischen J und R bestehende OHG zur Zahlung der Lizenzgebühren verpflichtet bleiben. Im Einzelnen bedeutet dies:

1. Lizenzgebühren aufgrund des Bezugsvertrags vom 25. 7. 2013

Der Bezugsvertrag mit der Fit & Sexy Ltd. vom 25. 7. 2013 konnte von J vor der notariellen Beurkundung des GmbH-Gesellschaftsvertrags nur mit Wirkung für und gegen die zwischen J und R bestehende OHG geschlossen werden. Zu deren Vertretung war J gem. § 125 HGB befugt. Dass er den Vertrag im Namen der Alpenbrause GmbH abgeschlossen hat, schadet nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts nicht, da hiernach stets der wahre Rechtsträger verpflichtet wird; die Falschbezeichnung ist daher unschädlich. Für eine Übernahme des Bezugsvertrags durch die Vor-GmbH oder die mit Eintragung entstandene GmbH bestehen keine Anhaltspunkte.

Für die Verbindlichkeiten der OHG aus dem Lizenzvertrag haftet J gem. § 128 S. 1 HGB persönlich mit seinem Privatvermögen. Ein Anspruch des Lizenzgebers auf Zahlung der Lizenzgebühren gegen J aus § 11 II GmbHG kommt hingegen nicht in Betracht, da dieser auf eine vor der notariellen Beurkundung des GmbH-Gesellschaftsvertrags bestehende Personengesellschaft nach ganz hM keine Anwendung findet¹³.

2. Lizenzgebühren aufgrund des Kaufvertrags vom 25. 8. 2013

Den Kaufvertrag über 10.000 Liter Alpenbrause vom 25. 8. 2013 hat J ebenfalls als Geschäftsführer der Alpenbrause GmbH abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt war die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages bereits erfolgt und damit die Vor-GmbH entstanden. Fraglich ist, ob diese durch J wirksam vertreten wurde.

Auf die Vor-GmbH finden alle Vorschriften des GmbHG Anwendung, die nicht die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister voraussetzen¹⁴. § 35 I GmbHG, wonach die Gesellschaft durch den Geschäftsführer vertreten wird,

setzt die Eintragung in das Handelsregister nicht voraus. J konnte somit die Vor-GmbH bei Abschluss des Kaufvertrages wirksam vertreten. Wiederum ist es unschädlich, dass J nicht ausdrücklich im Namen der Vor-GmbH aufgetreten ist, sondern im Namen der GmbH, da es sich um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt, durch das der wahre Rechtsträger – hier also die Vor-GmbH – verpflichtet wird.

Umstritten ist die Reichweite der Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der Vor-GmbH. Es sprechen gute Argumente für eine Anwendung des § 37 II GmbHG schon auf die Vor-GmbH mit der Konsequenz, dass die Vertretungsmacht des Geschäftsführers bereits in diesem Stadium unbeschränkt ist¹⁵. Nach herrschender Auffassung ist bei Bargründungen die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der Vor-GmbH aber auf die zur Durchführung der für die Gründung erforderlichen Rechtsgeschäfte beschränkt. Allerdings können die Gründer den Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers dadurch erweitern, dass sie ihn übereinstimmend zu Unternehmensgeschäften bereits vor der Eintragung ermächtigen¹⁶. Von einer solchen Ermächtigung ist vorliegend auszugehen, da sich J und R darüber einig waren, dass die Gesellschaft unmittelbar mit der Vermarktung der Alpenbrause beginnen sollte. Nach beiden Ansichten handelte J bei Abschluss des Kaufvertrags am 25. 8. 2013 daher mit Vertretungsmacht für die Vor-GmbH.

Somit hat J die Vor-GmbH bei Abschluss des Kaufvertrages wirksam vertreten. Gem. § 4 des Lizenzvertrages war die Vor-GmbH zum Abschluss eines solchen Kaufvertrags auch im Verhältnis zum Lizenzgeber berechtigt; sie wurde zugleich Schuldnerin des aufgrund dieses Kaufvertrags entstandenen Anspruchs auf Zahlung der Lizenzgebühren. Im Ergebnis besteht Einigkeit darüber, dass sämtliche Rechte und Pflichten aus Geschäften, die der Geschäftsführer (nach herrschender Auffassung: mit entsprechender Ermächtigung der Gründer) für die Vor-GmbH abgeschlossen hat, nahtlos auf die GmbH übergehen. Ob sich dieses Ergebnis daraus begründet, dass es sich bei der Vor-GmbH und der eingetragenen GmbH um dasselbe Rechtssubjekt handelt (Identitätslehre)¹⁷, oder daraus, dass das Vermögen der Vor-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die eingetragene GmbH übergeht (Kontinuitätslehre)¹⁸, spielt vorliegend keine Rolle. Dementsprechend kann der

¹³ BGHZ 91, 148 (150f.); *Merkt*, in: MünchKomm-GmbHG (2010), § 11 Rdnr. 109; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 1015f.

¹⁴ BGHZ 21, 242 (246); *Merkt*, in: MünchKomm-GmbHG (2010), § 11 Rdnr. 12.

¹⁵ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 1020; *Beuthien*, NJW 1997, 565 (566f.).

¹⁶ BGHZ 80, 129 (139); *Merkt*, in: Münch-Komm GmbHG (2010), § 11 Rdnr. 65.

¹⁷ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 302f.

¹⁸ *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. (2012), § 14 Rn. 66.

Lizenzgeber die aufgrund des Kaufvertrags vom 25. 8. 2013 anfallenden Lizenzgebühren von der Alpenbrause GmbH verlangen.

Eine Haftung des J gem. § 11 II GmbHG kommt nicht in Betracht. Zwar haftet nach dieser Vorschrift der im Namen der Gesellschaft Handelnde persönlich für die vor Eintragung begründeten Verbindlichkeiten; nach ganz herrschender Auffassung erlischt jedoch die Handelndenhaftung automatisch im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft¹⁹. Sämtliche Haftungstatbestände, die an die Stellung als Gründungsgesellschafter der werdenden GmbH anknüpfen (Verlustdeckungshaftung, Unterbilanzhaftung), führen jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Eintragung lediglich zu einer Innenhaftung gegenüber der GmbH²⁰, können also ebenfalls keine Haftung des J gegenüber A oder K begründen.

3. Lizenzgebühren aufgrund des Kaufvertrags vom 20. 11. 2013

Den Kaufvertrag über 10.000 Liter Alpenbrause vom 20. 11. 2013 hat J als gem. § 35 I GmbHG vertretungsbefugter Geschäftsführer der Alpenbrause GmbH abgeschlossen, die zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Eintragung am 27. 9. bereits als solche entstanden war. Da die GmbH mit ihrer Eintragung die Vor-GmbH als Lizenznehmerin abgelöst hat (s.o.), ist sie Schuldnerin der aufgrund dieses Kaufvertrages anfallenden Lizenzgebühren. Eine Haftung des J aufgrund seiner Gesellschafterstellung ist gem. § 13 II GmbHG ausgeschlossen.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis besteht ein Anspruch des Lizenzgebers aus § 311 I BGB i. V. m. §§ 3, 4 des Lizenzvertrages auf Zahlung von Lizenzgebühren in Höhe von 10.000 EUR gegen die Alpenbrause GmbH für die am 25. 8. 2013 durch die Vor-GmbH und am 20. 11. 2013 durch die Alpenbrause GmbH verkauften 20.000 Liter Alpenbrause.

Der Anspruch auf Zahlung von Lizenzgebühren für die aufgrund des Bezugsvertrages vom 25. 7. 2013 an die Fit &

Sexy Ltd. verkauften 40.000 Liter Alpenbrause in Höhe von 20.000 EUR richtet sich gegen die zwischen J und R bestehende OHG. Als Gesellschafter haftet J darüber hinaus für diese Verbindlichkeit gem. § 128 HGB persönlich. Die Haftung des Gesellschafters gem. § 128 HGB ist gegenüber der Haftung der OHG nicht subsidiär²¹. Der Lizenzgeber kann daher den gesamten Betrag unmittelbar von J verlangen, ohne dass er sich zuvor an die OHG wenden müsste²².

IV. Freistellungs- und Regressansprüche des J wegen seiner persönlichen Inanspruchnahme

Fraglich ist, ob J wegen seiner persönlichen Inanspruchnahme nach § 128 HGB von der OHG oder von seinem Mitgesellschafter R zumindest teilweise Freistellung (bzw. nach Erfüllung der Verbindlichkeit) Regress verlangen kann.

1. Gegen die zwischen J und R bestehende OHG

Ein Anspruch des J gegen die zwischen J und R bestehende OHG aus § 426 I BGB kommt nicht in Betracht, da die OHG und ihre Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht als Gesamtschuldner haften²³. Nach einheitlicher Auffassung kann der vom Gläubiger in Anspruch genommene Gesellschafter jedoch nach § 110 HGB Erstattung von der Gesellschaft erlangen²⁴; bei der Erfüllung von Gesellschaftsschulden auf der Grundlage von § 128 HGB handelt es sich um eine »Aufwendung« im Sinne dieser Vorschrift²⁵. § 110 HGB verdrängt als *lex specialis* den all-

¹⁹ BGHZ 69, 95 (103f.); 70, 132 (139ff.); 76, 320 (323); 80, 182 (183); *Merkt*, in: MünchKomm-GmbHG (2010), § 11 Rdnr. 146; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 1029.

²⁰ Grundlegend BGHZ 134, 333 (339); s. dazu *Merkt*, in: MünchKomm-GmbHG (2010), § 11 Rdnr. 75; *Staudinger/Looschelders*, BGB, Neubearbeitung 2012, § 427 Rn. 56, jeweils m. w. N.

²¹ *K. Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 3. Aufl. (2011), § 128 Rdnr. 20; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. (2014), § 128 Rdnr. 1.

²² Der Gesellschafter haftet »auf das Ganze«, eine Gesamtschuld zwischen Gesellschaft und Gesellschafter besteht nicht, vgl. BGHZ 104, 76 (78); *K. Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 3. Aufl. (2011), § 128 Rdnr. 19; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. (2014), § 128 Rdnr. 1, 19.

²³ S. die Nachw. in Fußn. 21.

²⁴ BGHZ 37, 299 (301); BGH NJW-RR 2002, 455; *Faust*, in: Festschr. F. K. Schmidt, 2009, S. 357ff. (359); *Habersack*, AcP 198 (1998), 152 (159); *K. Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 3. Aufl. (2011), § 128 Rdnr. 31.

²⁵ Im Innenverhältnis ist der Gesellschafter wegen § 707 BGB nicht zur Begleichung von Gesellschaftsschulden verpflichtet, daher handelt es sich um eine freiwillige Aufwendung; s. *Weitemeyer*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. (2013), § 110 Rn. 8.

gemeinen Aufwenderstättungsanspruch nach §§ 105 III HGB, 713, 670 BGB bzw. §§ 683, 684 BGB²⁶.

Aufgrund der fehlenden Gesamtschuld zwischen der OHG und ihren Gesellschaftern geht der Anspruch des Lizenzgebers nicht mit Bezahlung der Lizenzgebühren gem. § 426 II BGB im Wege der *cessio legis* auf J über. Aufgrund der Akzessorietät zwischen Gesellschaftsschuld und Gesellschafterhaftung sprechen jedoch gute Gründe für eine analoge Anwendung des § 774 I BGB mit der Konsequenz, dass akzessorische Sicherheiten auf den nach § 128 HGB in Anspruch genommenen Gesellschafter übergehen (§§ 412, 401 BGB) und er einen gegen die Gesellschaft erstrittenen Titel gem. § 727 ZPO auf sich umschreiben lassen kann²⁷.

2. Gegen seinen Mitgesellschafter R

Gem. § 128 HGB haften J und R als Gesellschafter der OHG für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner, wobei mangels abweichender Vereinbarung von Haftungsquoten im Innenverhältnis zwischen J und R davon auszugehen ist, dass sie zu gleichen Teilen haften. J hat gegen R daher einen Ausgleichsanspruch nach § 426 I BGB. Dieser besteht zunächst als Mitwirkungs- bzw. Freistellungsanspruch und verwandelt sich mit Erfüllung gegenüber dem Lizenzgeber in einen Regressanspruch²⁸.

Weil die Mitgesellschafter nicht über ihre Einlageverpflichtung hinaus gegenüber der Gesellschaft verpflichtet werden dürfen, ist deren Haftung im Innenverhältnis allerdings subsidiär. Der in Anspruch genommene Gesellschafter muss sich wegen seines Erstattungsanspruchs grundsätzlich zunächst an die Gesellschaft halten; eine Haftung der Mitgesellschafter ist nur gerechtfertigt, wenn eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht zu erlangen ist²⁹. Davon ist vorliegend jedoch auszugehen, da die zwischen J und R bestehende OHG nicht über ein von der Alpenbrause GmbH unabhängiges Vermögen verfügen dürfte.

²⁶ K. Schmidt, in: MünchKomm-HGB, 3. Aufl. (2011), § 128 Rdnr. 31; a. A. Faust, in: Festschr. f. K. Schmidt, 2009, S. 357 ff. (369 ff.).

²⁷ K. Schmidt, in: MünchKomm-HGB, 3. Aufl. (2011), § 128 Rdnr. 31; ebenso Faust, in: Festschr. f. K. Schmidt, 2009, S. 357 ff. (359 f.); *Habersack*, AcP 198 (1998), 152 (161).

²⁸ *Bydlinski*, in: Münch-Komm BGB, 6. Aufl. (2012), § 426 Rn. 12; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 426 Rdnr. 5f.

²⁹ BGHZ 37, 299 (303); 103, 72 (76); K. Schmidt, in: MünchKomm-HGB, 3. Aufl. (2011), § 128 Rdnr. 34; Staudinger/*Looschelders*, BGB, Neubearbeitung 2012, § 426 Rn. 245.

C. Anwaltliche Empfehlung

I. Freistellungsverlangen gegenüber R

J ist zunächst zu empfehlen, von R Freistellung in Höhe von 10.000 EUR zu verlangen.

II. Hinterlegung der Lizenzgebühren

J ist ferner darauf hinzuweisen, dass sich zwar mit guter Begründung vertreten lässt, dass der Anspruch auf Zahlung der Lizenzgebühren K in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter der Alpenbrause GmbH & Co. KG zusteht. Es besteht jedoch ein Risiko, dass ein Gericht dies anders beurteilt. Sowohl die Zahlung an K als auch die Zahlung an A ist daher mit einem Risiko behaftet, dass ein Gericht J bzw. die Alpenbrause GmbH in Höhe ihrer jeweiligen Schulden erneut zur Zahlung an den jeweils anderen Gläubiger verpflichtet. Fraglich ist daher, ob sich J bzw. die Alpenbrause GmbH durch Hinterlegung des jeweils geschuldeten Betrags von ihrer Zahlungsverpflichtung befreien können.

1. Voraussetzungen der §§ 372 ff. BGB

Auch nach gutachterlicher Prüfung der Rechtslage besteht vorliegend die von § 372 S. 2 Var. 2 BGB geforderte Ungewissheit über die Person des Gläubigers. Eine solche Unsicherheit besteht unter anderem dann, wenn unklar ist, für wen der auf Gläubigerseite Handelnde den Vertrag abgeschlossen hat³⁰. Sie beruht auch nicht auf einer Fahrlässigkeit des J. J (persönlich und als Geschäftsführer der Alpenbrause GmbH) ist somit zur Hinterlegung berechtigt. Schuldbeitende Wirkung hat die Hinterlegung gem. § 378 BGB aber nur, wenn die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen ist. J sollte daher gegenüber der Hinterlegungsstelle erklären, dass er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet (§ 376 II Nr. 1 BGB).

2. Zuständige Hinterlegungsstelle

Zuständige Hinterlegungsstelle ist nach den einschlägigen landesrechtlichen Hinterlegungsgesetzen das Amtsgericht (s. für Bayern Art. 2 Abs. 2 BayHintG) am Leistungsort

³⁰ BGH WM 1965, 1210 (1211); *Fetzer*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. (2012), § 372 Rn. 10f.

(§ 374 I BGB). Fraglich ist somit, wo sich der Leistungsort befindet. Bei der Pflicht zur Zahlung der Lizenzgebühren handelt es sich um eine Geldschuld. Es ist umstritten, ob es sich bei Geldschulden um qualifizierte Bringschulden oder um qualifizierte Schickschulden handelt. Die Auffassung, dass es sich um qualifizierte Bringschulden handelt, wird in der jüngeren Literatur unter Verweis auf die Auslegung von Art. 3 I lit. c ii der Zahlungsrichtlinie³¹ durch den EuGH³² wieder zunehmend vertreten³³. Danach befinden sich sowohl der Leistungs- als auch der Erfolgsort beim Gläubiger, hier also – unabhängig davon, ob Gläubiger der Lizenzgebühren A in Person oder die Alpenbrause GmbH & Co. KG ist – in Passau. Nach wohl noch herrschender Auffassung folgt aus einer Gesamtschau von § 270 I und IV und § 269 BGB, dass Geldschulden im Regelfall Schickschulden sind³⁴. Demnach würde sich der Leistungsort sowohl für die von der zwischen J und R bestehenden OHG als auch für die von der Alpenbrause GmbH geschuldeten Lizenzgebühren in München befinden. Teilweise wird aber auch bei Schickschulden vertreten, dass der Schuldner verpflichtet sei, am Erfolgsort zu hinterlegen³⁵.

Weder der Streit um den Schickschuld- oder Bringschuldcharakter von Geldschulden noch der Streit um den richtigen Hinterlegungsort im Falle eines Auseinanderfallens von Leistungs- und Erfolgsort bedarf vorliegend der Entscheidung. Denn aus dem Wortlaut des § 374 I BGB ergibt sich, dass (in den Grenzen des Rechtsmissbrauchs) auch eine Hinterlegung bei einem anderen als dem zuständigen Amtsgericht Wirksamkeit entfaltet³⁶. Der Schuldner hat lediglich dem Gläubiger einen daraus entstehenden Schaden (insbesondere Abholungskosten) zu ersetzen. Aus anwaltlicher Sicht ist daher entscheidend, dieses Risiko zu minimieren, was für eine Hinterlegung der Lizenzgebühren am Erfolgsort (Passau) spricht. Da in Passau sowohl A seinen Wohnsitz hat als auch K seine Kanzlei betreibt, ist die Entstehung eines Schadens durch Hinterlegung beim Amtsgericht Passau ausgeschlossen. Überdies ist dessen Zuständigkeit sowohl bei Annahme des Bring-

schul- als auch des Schickschuldcharakters von Geldschulden gut begründbar.

3. Negative Feststellungsklage als Alternative zur Hinterlegung?

Anstelle der Hinterlegung könnte J auch erwägen, persönlich und/oder für die Alpenbrause GmbH gegen A oder K Klage auf Feststellung zu erheben, dass ein Anspruch auf Zahlung der Lizenzgebühren nicht besteht (negative Feststellungsklage). Anders als eine Hinterlegung würde die Feststellungsklage Klarheit über die Identität des Lizenzgebers auch für die Zukunft schaffen, weshalb das gem. § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse zu bejahen ist.

Von einer Feststellungsklage ist aber aus anwaltlicher Sicht aus mehreren Gründen abzuraten. Anders als bei einer Hinterlegung, deren Kosten gem. § 381 BGB der Gläubiger trägt, besteht bei einer Feststellungsklage das Risiko, den Prozess zu verlieren mit der Konsequenz, dass der Kläger hierfür die Kosten zu tragen hat (§ 91 I ZPO). Es kommt hinzu, dass vorliegend zwei potentielle Gläubiger (A und K) Ansprüche gegen zwei rechtlich voneinander unabhängige, wirtschaftlich aber eng miteinander verflochtene Schuldner (J und die Alpenbrause GmbH) geltend machen. Ein Urteil, das aufgrund der negativen Feststellungsklage eines dieser Schuldner gegenüber einem dieser Gläubiger ergeht, würde keine Rechtskraft gegenüber dem anderen Schuldner und gegenüber dem anderen potentiellen Gläubiger entfalten (§ 325 ZPO). Die Hinterlegung ihrer jeweiligen Schulden durch J und die Alpenbrause GmbH ist daher nicht bloß aus Kostengründen sinnvoller als eine negative Feststellungsklage, sondern zugleich das einzige geeignete Mittel, einander widersprechende Urteile aufgrund verschiedener Prozesse zu vermeiden.

III. Hinwirken auf Vertragsübernahme

Es ist auf die Dauer eine missliche Situation, dass nicht die Alpenbrause GmbH Partei des am 25. 7. 2013 abgeschlossenen Bezugsvertrags mit der Fit & Sexy Ltd. ist, sondern die zwischen J und R bestehende OHG. Dies hat zum einen zur Folge, dass die aufgrund dieses Bezugsvertrags anfallenden Lizenzgebühren von der OHG zu zahlen sind, mit der Konsequenz, dass J und R dafür persönlich haften. Die persönliche Haftung besteht zum anderen aber auch im Verhältnis zur Fit & Sexy Ltd. für alle aus dem Bezugsvertrag resultierenden (Erfüllungs- oder Schadensersatz-)Ansprüche.

³¹ Richtlinie 2000/35/EG v. 29. 6. 2000, ABl. EG Nr. L 200 vom 8. 8. 2000 S. 35–38.

³² EuGH Slg. 2008, I-1923 = NJW 2008, 1935.

³³ Palandt/*Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 270 Rdnr. 1; *Gsell*, GPR 2008, 165 (169 ff.); *Hilbig*, JZ 2008, 991 (992 f.).

³⁴ Siehe statt vieler *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. 143 f.; *Krüger*, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. (2012), § 270 Rdnr. 1.

³⁵ *Staudinger/Olzen*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 374 Rdnr. 3; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. (1994), S. 347; *Fetzer*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 374 Rdnr. 1.

³⁶ *Fetzer*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 374 Rdnr. 1; *Staudinger/Olzen*, BGB, Neubearbeitung 2011, § 374 Rdnr. 4.

J sollte daher versuchen, eine Übernahme des Bezugsvertrags durch die Alpenbrause GmbH zu erreichen. Eine Vertragsübernahme führt im Gegensatz zu einer bloßen Schuldübernahme i. S. d. §§ 414, 415 BGB dazu, dass nicht bloß eine isolierte Verpflichtung auf eine andere Partei übergeleitet wird, sondern es findet unter Aufrechterhaltung der Identität des Vertrages eine Auswechslung der Person auf der Seite einer Vertragspartei statt³⁷. Voraussetzung hierfür ist die Mitwirkung aller Beteiligten, entweder durch Abschluss eines dreiseitigen Vertrages oder in Form eines Vertrages zwischen zwei Beteiligten unter Zu-

stimmung des dritten Beteiligten³⁸. Es ist also erforderlich, in Verhandlungen mit der Fit & Sexy Ltd. zu treten, wobei deren Zustimmung zur Vertragsübernahme insofern wahrscheinlich ist, als sie ohnehin bereits davon ausgeht, dass die Alpenbrause GmbH ihr Vertragspartner ist. Mit der Übernahme des Bezugsvertrages wird die Alpenbrause GmbH auch Schuldnerin der aufgrund dieses Bezugsvertrages anfallenden Lizenzgebühren (§ 4 des Lizenzvertrages).

³⁷ BGHZ 129, 371 (375); OLG Hamm NJW-RR 2011, 1606 (1607); Staudinger/*Busche*, BGB, Neubearbeitung 2012, Einl. zu §§ 398 ff., Rdnr. 202.

³⁸ BGHZ 96, 302 (308); Palandt/*Grüneberg*, 73. Aufl. (2014), § 398 Rdnr. 42; Staudinger/*Busche*, BGB, Neubearbeitung 2012, Einl. zu §§ 398 ff., Rdnr. 201.