



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

"Der Vertrieb von gebrauchter Software  
aus urheberrechtlicher Perspektive"

Verfasser

Mag. Helmut Liebel

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Hon.-Prof. Dr. Michel Walter



# Vorwort

Nach Abschluss meiner Ausbildung an der HTBLuVA Wiener Neustadt (Schwerpunkt Elektronische Datenverarbeitung und Organisation) mit Auszeichnung waren wohl nicht wenige überrascht, als ich das Studium der Rechtswissenschaften der IT-Berufswelt bzw einer Technischen Universität vorgezogen habe. Für viele – einschließlich meiner Person – schien die Entscheidung für eine technisch-juristische Ausbildung gewagt und der Erfolg ungewiss. Doch nun, nach Fertigstellung dieser Arbeit und erster Berufserfahrung auf diesem Terrain, ist es für mich mehr als offenkundig, dass die Zukunft noch viele weitere, spannende Aufgabenstellungen im Kontext meiner exotischen Ausbildung zu bieten hat. Der einstmals gewagte Schritt scheint, nachträglich betrachtet, der erste Schritt in die richtige Richtung gewesen zu sein.

Ich möchte diesen Zeitpunkt aufgreifen, um mich bei all jenen zu bedanken, welche es mir ermöglicht haben, diesen Weg in meinem Leben zu gehen:

All dies wäre ohne Unterstützung meiner Familie nicht möglich gewesen. Diese hat mir nicht nur mein Studium an der Universität Wien ermöglicht, sondern mir auch die Chance gegeben, sowohl Wissen als auch Lebenserfahrung in den Vereinigten Staaten von Amerika zu sammeln. Ohne den enormen Rückhalt, den ich bei meinen Eltern von Kindheit an in Schule und Universität, aber auch in allen sonstigen Lebensbereichen gefunden habe, wäre eine solche erfolgsgekrönte Laufbahn nicht möglich gewesen.

Besonderer Dank gilt auch meinem Betreuer Hon.-Prof. Dr. Michel Walter, welcher diese Dissertation überhaupt erst möglich gemacht hat. Er hat diese Arbeit im Detail kritisch untersucht und mir durch seine wertvollen Anmerkungen zahlreiche Verbesserungsmöglichkeiten aufgezeigt.

Ein spezieller Dank gilt auch meinem Freund Mag. Harald Spritzendorfer, welcher diese Arbeit in zahlreichen Stadien gelesen hat. Durch Diskussionen mit ihm war es mir möglich, diese Arbeit weiter auszuformen. Ebenso möchte ich mich an dieser Stelle bei meiner Tante Mag. Sandra Swoboda, meinem Vater Gerald

sowie bei meinen Freunden Mag. Michael Autritt und Martin Nitica bedanken, dass auch sie diese Arbeit gelesen haben. Ferner gilt mein Dank meiner Freundin Sandra Hauke und meinem Bruder Roland für ihre tatkräftige Unterstützung.

Diese Dissertation wurde im Wintersemester 2009/2010 sowie im Sommersemester 2010 verfasst. Nach kritischer Durchsicht von Herrn Hon.-Prof. Dr. Michel Walter wurde sie im Sommer 2011 finalisiert und zur Beurteilung eingereicht.

# Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
B2B	business to business
B2C	business to consumer
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
C2C	consumer to consumer
CD-I	Computer Disk – Interactive
CD-ROM	Computer Disk – Read Only Memory
CR	Computer und Recht (Fachzeitschrift)
CRi	Computer und Recht Internationaler Teil (Fachzeitschrift)
ders	derselbe
DIN	Deutsche Industrie Norm
dUrhG	deutsches Urhebergesetz
DVD	Digital Versatile Disk
EB	Erläuternde Bemerkungen
EDVuR	EDV & Recht
EG	Europäische Gemeinschaft
endg	endgültig
engl	englisch
etc	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt
EU	Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f	folgend
ff	fortfolgend
Fn	Fußnote
GMG	Gebrauchsmustergesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Fachzeitschrift)
GRUR-Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil (Fachzeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Rechtsprechungs-Report (Fachzeitschrift)
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Fachzeitschrift)
H	Heft
hA	herrschende Ansicht

hJ	herrschende Judikatur
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HTTP	Hypertext Transfer Protocol
idF	in der Fassung
Info-RL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrecht in der Informationsgesellschaft
ipCompetence	Fachzeitschrift vom Kompetenzzentrum für geistiges Eigentum
IT	Informationstechnologie
ITRB	IT Rechtsberater (Fachzeitschrift)
iVm	in Verbindung mit
JBI	Juristische Blätter (Fachzeitschrift)
jusIT	Zeitschrift für IT-Recht, Rechtsinformation und Datenschutz (Fachzeitschrift)
Kfz	Kraftfahrzeug
KR	Kommunikation und Recht (Fachzeitschrift)
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
lat	lateinisch
lit	litera
LG	Landesgericht
LMK	Lindenmaier-Möhrling Kommentierte BGH-Rechtsprechung (Fachzeitschrift)
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
Mio	Million
MMR	Multimedia und Recht (Fachzeitschrift)
MR	Medien und Recht (Fachzeitschrift)
Mrd	Milliarde
MRG	Mietrechtsgesetz
MR-Int	Medien und Recht – Internationaler Teil (Fachzeitschrift)
mwN	mit weiteren Nachweis(en)
NJOZ	Neuen Juristischen Online-Zeitschrift (Fachzeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Fachzeitschrift)
Nr	Nummer
oä	oder ähnliche
ÖBI	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Fachzeitschrift)
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖSGRUM	Österreichische Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
(ö)UrhG	(österreichisches) Urheberrechtsgesetz
PatG	Patentgesetz 1970
PC	Personal Computer
PHG	Produkthaftungsgesetz
RBÜ	Berner Übereinkunft
RdW	Recht der Wirtschaft (Fachzeitschrift)
RfR	Rundfunkrecht (Fachzeitschrift)
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rz	Randziffer

S	Satz
Slg	Sammlung
Software-RL	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (zu Deutsch: Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des Geistigen Eigentums)
u	und
uä	und ähnliche
UrhGNov	Urhebergesetznovelle
US	United States
USCA	United States Copyright Act
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vermiet- und Verleih-RL	Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Fachzeitschrift)
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WWW	World Wide Web
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Fachzeitschrift)
zust	zustimmend



# Inhaltsverzeichnis

<b>VORWORT .....</b>	<b>I</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>III</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>VII</b>
<b>1 EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>2 BEGRIFFE UND WESEN DER INFORMATIONSPROZESSIERUNG .....</b>	<b>4</b>
<b>2.1 ALLGEMEINES .....</b>	<b>4</b>
<b>2.2 HARDWARE .....</b>	<b>4</b>
<b>2.3 SOFTWARE .....</b>	<b>5</b>
2.3.1 ARTEN VON SOFTWARE .....	6
2.3.1.1 System-, Anwendungs- und Entwicklungssoftware .....	7
2.3.1.2 Standardsoftware versus Individualsoftware .....	7
2.3.1.3 Client/Server-Architektur .....	8
2.3.2 TECHNISCHE EIGENSCHAFT VON SOFTWARE .....	9
2.3.3 URHEBERRECHTLICHER SCHUTZ VON SOFTWARE .....	9
<b>3 BUSINESSMODELL: GEBRAUCHTE SOFTWARE .....</b>	<b>13</b>
<b>3.1 BEGRIFF .....</b>	<b>13</b>
<b>3.2 ABLAUF DES VERTRIEBES .....</b>	<b>13</b>
3.2.1 PHASE 1 – DER ERSTERWERBER .....	14
3.2.2 PHASE 2 – DER ZWISCHENHÄNDLER .....	14
3.2.3 PHASE 3 – DER ZWEITERWERBER .....	15
<b>3.3 RECHTLICHE PROBLEME .....</b>	<b>17</b>
<b>4 VERWERTUNGSRECHTE .....</b>	<b>19</b>
<b>4.1 ALLGEMEINES .....</b>	<b>19</b>
<b>4.2 VERVIELFÄLTIGUNGSRECHT .....</b>	<b>20</b>
<b>4.3 VERBREITUNGSRECHT .....</b>	<b>22</b>
<b>4.4 ZURVERFÜGUNGSTELLUNGSRECHT .....</b>	<b>27</b>
<b>5 SOFTWAREVERTRAG .....</b>	<b>29</b>
<b>5.1 ALLGEMEINES .....</b>	<b>29</b>
<b>5.2 KAUFVERTRAG .....</b>	<b>31</b>
<b>5.3 EXKURS: SCHUTZHÜLLENVERTRAG .....</b>	<b>35</b>
<b>5.4 BESTANDVERTRAG .....</b>	<b>39</b>
<b>5.5 WERKVERTRAG .....</b>	<b>40</b>
<b>6 ERSCHÖPFUNGSGRUNDSATZ .....</b>	<b>42</b>
<b>6.1 ALLGEMEINES .....</b>	<b>42</b>
<b>6.2 EXKURS: RECHTSVERGLEICH DEUTSCHLAND .....</b>	<b>46</b>
<b>6.3 RECHTFERTIGUNGSTHEORIEN .....</b>	<b>47</b>
6.3.1 EIGENTUMSTHEORIE .....	48
6.3.2 BELOHNUNGSTHEORIE .....	49

6.3.3	VERKEHRSSICHERUNGSTHEORIE .....	49
<b>6.4</b>	<b>WESENTLICHE TATBESTANDSMERKMALE .....</b>	<b>49</b>
6.4.1	WERKSTÜCK.....	50
6.4.1.1	Körperliche oder unkörperliche Sache? .....	52
6.4.2	EIGENTUMSÜBERTRAGUNG .....	57
6.4.3	EINWILLIGUNG IN ZUM INVERKEHRBRINGEN .....	58
<b>6.5</b>	<b>EINSCHRÄNKUNG DER ERSCHÖPFUNG.....</b>	<b>59</b>
<b>7</b>	<b><u>WERKNUTZUNGSBEWILLIGUNG &amp; WERKNUTZUNGSRECHT .....</u></b>	<b>62</b>
<b>7.1</b>	<b>ALLGEMEINES .....</b>	<b>62</b>
<b>7.2</b>	<b>LIZENZEN .....</b>	<b>65</b>
<b>7.3</b>	<b>ZUSTIMMUNGSERFORDERNIS FÜR ÜBERTRAGUNG .....</b>	<b>66</b>
<b>7.4</b>	<b>VERWEIGERUNG DER ZUSTIMMUNG .....</b>	<b>76</b>
<b>7.5</b>	<b>ZULÄSSIGKEIT EINES VERTRAGLICHEN WEITERGABEVERBOTS.....</b>	<b>78</b>
<b>7.6</b>	<b>ZULÄSSIGKEIT EINES WEITERGABEVERBOTS IN AGB .....</b>	<b>81</b>
<b>7.7</b>	<b>WIRKUNG DES WEITERGABEVERBOTS .....</b>	<b>86</b>
7.7.1	WEITERGABEVERBOT FÜR WERKNUTZUNGSBEWILLIGUNGEN .....	86
7.7.2	WEITERGABEVERBOT FÜR SOFTWARE ALS SACHE .....	88
<b>7.8</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>89</b>
<b>8</b>	<b><u>SOFTWAREPAKET AUF EINEM ORIGINALDATENTRÄGER.....</u></b>	<b>90</b>
<b>8.1</b>	<b>ALLGEMEINES .....</b>	<b>90</b>
<b>8.2</b>	<b>TECHNISCHE REALISIERUNG.....</b>	<b>90</b>
<b>8.3</b>	<b>RECHTLICHE PROBLEME.....</b>	<b>91</b>
8.3.1	ANWENDUNG DES ERSCHÖPFUNGSGRUNDSATZES .....	91
8.3.1.1	Entscheidung "Schulversion" .....	93
8.3.1.2	Entscheidung "OEM".....	94
8.3.2	BERECHTIGUNG ZUR VERVIELFÄLTIGUNG.....	96
8.3.3	ZUSAMMENFASSUNG.....	97
<b>9</b>	<b><u>INTERNETÜBERTRAGUNG .....</u></b>	<b>98</b>
<b>9.1</b>	<b>ALLGEMEINES .....</b>	<b>98</b>
<b>9.2</b>	<b>TECHNISCHE REALISIERUNG .....</b>	<b>98</b>
<b>9.3</b>	<b>PROBLEME DER WEITERGABE .....</b>	<b>99</b>
9.3.1	ANWENDUNG DES ERSCHÖPFUNGSGRUNDSATZES .....	100
9.3.1.1	Restriktive Auslegung.....	102
9.3.1.1.1	Nationale Regelungen .....	102
9.3.1.1.2	Gemeinschaftsrechtliche Regelungen.....	106
9.3.1.2	Extensive Auslegung .....	108
9.3.1.2.1	Nationale Regelungen .....	109
9.3.1.2.2	Gemeinschaftsrechtliche Regelungen.....	112
9.3.1.3	Vermittelnde Auslegung.....	118
9.3.1.3.1	Nationale Regelungen .....	118
9.3.1.3.2	Gemeinschaftsrechtliche Regelungen.....	119
9.3.2	VORLAGE ZUR VORABENTSCHEIDUNG: "USED SOFT" .....	120
9.3.3	EXKURS: ONLINE ÜBERTRAGUNG PER E-MAIL .....	122
9.3.4	ZUSAMMENFASSUNG.....	122
<b>10</b>	<b><u>VOLUMENLIZENZEN UND MASTERKOPIE .....</u></b>	<b>125</b>
<b>10.1</b>	<b>ALLGEMEINES .....</b>	<b>125</b>
<b>10.2</b>	<b>TECHNISCHE REALISIERUNG.....</b>	<b>125</b>
<b>10.3</b>	<b>PROBLEME DER WEITERGABE.....</b>	<b>126</b>
10.3.1	ARTEN VON VOLUMENLIZENZVERTRÄGEN.....	127
10.3.1.1	Endliche Anzahl an Benutzerlizenzen .....	127
10.3.1.2	Spezialfall Client/Server-Architektur.....	127
10.3.1.2.1	Zugriff-Modell .....	128

10.3.1.2.2	Prozessor-Modell .....	129
10.3.1.3	Standortlizenz .....	129
10.3.2	ANWENDUNG DES ERSCHÖPFUNGSGRUNDSATZES .....	129
10.3.2.1	Restriktive Auslegung .....	130
10.3.2.2	Extensive Auslegung .....	132
10.3.2.3	Vermittelnde Auslegung .....	133
10.3.3	SPEZIALFRAGE ABSPALTUNG .....	134
10.3.3.1	Endliche Anzahl an Lizenzen .....	135
10.3.3.2	Client/Server-Architektur .....	139
10.3.3.3	Standortlizenz .....	140
10.3.4	ZUSAMMENFASSUNG .....	140

## **11 FREIE WERKNUTZUNGEN..... 142**

<b>11.1</b>	<b>ALLGEMEINES .....</b>	<b>142</b>
11.1.1	GRUNDGEDANKE DER FREIEN WERKNUTZUNGEN .....	143
<b>11.2</b>	<b>FREIE WERKNUTZUNGEN § 40D URHG .....</b>	<b>144</b>
11.2.1	VORGABE DER EU FÜR § 40D Abs 2 URHG .....	146
11.2.2	BESONDERHEIT DES § 40D URHG .....	147
11.2.3	SCHUTZZWECK .....	147
11.2.4	WESENTLICHE TATBESTANDSMERKMALE .....	148
11.2.4.1	Bestimmungsgemäße Benutzung .....	148
11.2.4.1.1	Subjektive Reichweite .....	148
11.2.4.1.2	Objektive Reichweite .....	149
11.2.4.1.3	Vorrang .....	151
11.2.4.2	Berechtigter Benutzer .....	152
11.2.5	DISPOSITIVITÄT .....	155
<b>11.3</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>157</b>

## **12 ERSCHÖPFUNG DER SICHERUNGSKOPIE ..... 158**

<b>12.1</b>	<b>ALLGEMEINES .....</b>	<b>158</b>
<b>12.2</b>	<b>RESTRIKTIVE MEINUNG .....</b>	<b>159</b>
<b>12.3</b>	<b>VERMITTELNDE MEINUNG .....</b>	<b>159</b>
<b>12.4</b>	<b>EXTENSIVE MEINUNG .....</b>	<b>162</b>

## **13 SCHLUSSFOLGERUNG ..... 163**

## **LITERATURÜBERSICHT..... 165**

## **RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT..... 175**

## **ZUSAMMENFASSUNG..... 181**

## **ABSTRACT ..... 183**

## **CURRICULUM VITAE ..... 185**



# 1 Einleitung

Der Vertrieb von gebrauchter Software etabliert sich weltweit als ein neuer Geschäftszweig. Das Businessmodell ist auf den ersten Blick simpel und dennoch brillant: Ein Ersterwerber erlangt Software eines Herstellers, welche danach an einen Dritten veräußert wird. Dritte können dabei unmittelbare Anwender oder Software-Gebrauchthändler sein, welche die Software weiterveräußern.<sup>1</sup> Der Anreiz hierzu kann auf zahlreiche Gründe zurückgeführt werden: So zB auf einen Konkurs, auf einen Verkauf von Unternehmensteilen, auf eine Fehldisposition beim Softwareerwerb, aber auch auf einen Kauf neuer Versionen. Dabei treten die Gebrauchtsoftwarehändler als reine Zwischenhändler auf. Da die "gebrauchten" Computerprogramme im Vergleich zum Herstellerpreis kostengünstiger erworben werden, können diese auch preiswerter als die ursprünglich neuen Produkte an Nachfragende weitergegeben werden.

Gerade in Zeiten der Wirtschaftskrise sind Betriebe gezwungen ihre Kosten zu senken. Vor allem im IT-Bereich sind aufgrund der teuren Software Kosten sparende Varianten sehr verlockend und unter Umständen sogar essentiell für das Fortbestehen eines Unternehmens. Somit kommt eine solche neue Vertriebsvariante sehr gelegen. Da dieses Geschäftsmodell für Softwarehersteller eine Umsatzeinbuße bedeutet, sagen diese den Gebrauchtsoftwarehändlern den Kampf an. In Österreich ist derzeit noch kein diesbezügliches Zivilverfahren anhängig. Anders jedoch in Deutschland, wo bereits Prozesse geführt wurden, aktuell anhängig sind oder noch bevorstehen. In diesem Zusammenhang hat auch der BGH den EuGH um Vorabentscheidung ersucht.<sup>2</sup> Eine Entscheidung des EuGH lag zur Fertigstellung dieser Arbeit noch nicht vor.

Grundsätzlich sieht der juristische Laie kein rechtliches Problem beim Vertrieb von gebrauchter Software. Es ist wohl unumstritten, dass Second-Hand-Geschäfte heutzutage eine anerkannte Vertriebsvariante darstellen. Exemplarisch soll dies anhand eines Autoverkaufes dargestellt werden: Eine Person hat keine

---

<sup>1</sup> Hoeren, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, 665 (665).

<sup>2</sup> Vgl dazu 9.3.2.

Verwendung mehr für ihr altes Auto, weil sie beispielsweise einen Neuwagen erwerben möchte. Da es zwar abgenutzt, aber dennoch fahrtauglich ist, wird es um einen Bruchteil vom eigentlichen Neuwert an einen Gebrauchtwagenhändler veräußert. Eine weitere Person ist auf der Suche nach einem preiswerten Auto. Sie entschließt sich, ein Kfz aus "zweiter Hand" zu kaufen, weil der Gebrauchtwagen um ein Vielfaches günstiger erstanden werden kann als ein Neuwagen. Hierbei handelt es sich um einen rationalen wirtschaftlichen Gedanken, da der Gebrauchtwagen den gleichen funktionellen Nutzen der Mobilität bietet. Es ist daher allgemein verständlich, dass viele Menschen die günstigere Variante wählen. Ein Auto gebraucht zu erwerben ist heutzutage keine große Besonderheit. Ersetzt man nun in diesem Sachverhalt das Produkt "Auto" durch das Produkt "Computerprogramm", so ist auf den ersten Anschein kaum ein Unterschied erkennbar. Der Kauf von gebrauchten Kfz ist seriös. Warum sollte dies bei Computerprogrammen anders sein?

Die bereits angesprochenen zahlreichen Verfahren im Nachbarland Deutschland sowie die bevorstehende Vorabentscheidung durch den EuGH zeigen, dass diese Frage nicht so einfach zu beantworten ist. Beim Softwarekauf spielt nämlich – im Gegensatz zum Autokauf – das Urheberrecht eine wichtige Rolle. Die möglichen Konsequenzen bei einem Rechtsbruch können enorm sein, weil die Zahlung von Schadenersatz, die Herausgabe des Gewinnes, die Klage auf Unterlassung etc, die Folgen sein können. Vor allem ist ein Verschulden für die Erfüllung von urheberrechtlichen Verletzungsfolgen, wie zB bei einer Klage auf Unterlassung, nicht erforderlich.<sup>3</sup>

Die rechtlichen und wirtschaftlichen Argumente sowie die einzelnen Interessenlagen für und wider die Zulässigkeit des Vertriebes von gebrauchter Software sind breit gefächert. Auf der einen Seite wollen zahlreiche Benutzer preiswerte Lizenzen und versuchen daher das Recht zu ihren Gunsten auszulegen. Diesen stehen Softwarehersteller gegenüber, welche eine Zulässigkeit aufgrund der vorliegenden Rechtslage vehement bestreiten, um diesen Second-Hand-Markt zu unterbinden.

---

<sup>3</sup> *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1268 ff.

Aufgabenstellung dieser Arbeit ist es, die Argumente darzulegen und einander gegenüberzustellen. In einem weiteren Schritt soll dann der Versuch gewagt werden, mögliche Lösungsansätze zu liefern.

## 2 Begriffe und Wesen der Informationsverarbeitung

### 2.1 Allgemeines

Der Rechner ist das zentrale Element in der Informationsverarbeitung. Er ist nach der DIN als eine Funktionseinheit zur Verarbeitung von Daten, nämlich zur Durchführung mathematischer, umformender, übertragender und speichernder Operationen, definiert. In der DIN-Norm finden sich die Synonyme Rechensystem, Rechenanlage, Datenverarbeitungssystem, Datenverarbeitungsanlage sowie die englischen Bezeichnungen Computer und Data Processing System.<sup>4</sup> Das Wort "Computer" ist ein englisches Lehnwort, welches wiederum auf das lateinische *computare* zurückzuführen ist, das "rechnen" bedeutet.

Der lauffähige Rechner setzt sich aus zwei grundlegenden Komponenten zusammen: Hard- und Software.<sup>5</sup>

### 2.2 Hardware

Unter der Bezeichnung Hardware ist die Gesamtheit aller physikalisch-materiellen (i.e. technischen) Teile eines Datenverarbeitungssystems zu verstehen.<sup>6</sup> Dieser Begriff umfasst Eingabeeinheiten, wie zB Maus, Tastatur und Scanner, sowie Ausgabeeinheiten, wie zB Drucker und Lautsprecher, und auch die Zentraleinheit sowie externe Speicher, zB Festplatte und Arbeitsspeicher.<sup>7</sup>

Es handelt sich hierbei um die Geräteausstattung eines Computers.<sup>8</sup> Diese allein ist jedoch noch nicht funktionsfähig und bedarf hierzu der Software, welche die

---

<sup>4</sup> Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik I, 6.

<sup>5</sup> Heydn, Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht, 765 (765); Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik I, 23 ff u 34 ff.

<sup>6</sup> Schramm in Jähnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 5; Wolf in Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 52.

<sup>7</sup> Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz 3; Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik I, 23 ff.

<sup>8</sup> Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 1121.

operative Anweisung vorgibt.<sup>9</sup> Kurz gesagt ist Hardware ohne Software nicht einsetzbar,<sup>10</sup> ebenso ist aber auch der Einsatz von Software ohne Hardware nicht denkbar.

## 2.3 Software

Der Begriff der Software wird häufig mit der Begriffsbestimmung der Hardware durch negative Definition abgegrenzt. Dies vor allem deswegen, weil der Umfang der Hardware wohl unbestritten ist.<sup>11</sup>

Das Wort "Software" soll – zumindest seiner persönlichen Aussage zufolge – von *Paul Niquette* im Jahr 1953 zum ersten Mal verwendet worden sein.<sup>12</sup> Nach der *New York Times* hat jedoch *John Tukey* den Begriff "erfunden".<sup>13</sup>

Was ist aber nun Software? Die Umschreibung, wonach es sich hierbei um all das handeln soll, was keine Hardware ist, ist doch etwas unbefriedigend. Der Begriff Software wurde bereits in zahlreichen Anläufen versucht zu definieren:

- "Ein Programm ist eine zur Lösung einer Aufgabe vollständige Anweisung zusammen mit allen erforderlichen Vereinbarungen. Eine Anweisung ist eine in einer beliebigen Sprache abgefasste Arbeitsvorschrift, die im gegebenen Zusammenhang wie auch im Sinne der benutzten Sprache abgeschlossen ist."<sup>14</sup>
- "Ein 'Computerprogramm' ist eine Menge von Anweisungen oder Befehlen, die dazu dienen direkt oder indirekt in einem Computer ein bestimmtes Resultat zu erzeugen."<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rz 5; *Hansen/Neumann*, Wirtschaftsinformatik I, 34 ff.

<sup>10</sup> So bereits *Eckert*, Der Computer, ein Rechtsobjekt sui generis, ÖJZ 1977, 39 (39).

<sup>11</sup> *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rz 2.

<sup>12</sup> *Niquette*, 1953 "Software" was merely a prank, [www.niquette.com/books/softword/part0.htm](http://www.niquette.com/books/softword/part0.htm) (Letzter Aufruf 02.07.2011).

<sup>13</sup> *The New York Times*, John Tukey, 85; Statistician; Coined the Word "Software", [www.nytimes.com/2000/07/28/js/john-tukey-85-statistician-coined-the-word-software.html](http://www.nytimes.com/2000/07/28/js/john-tukey-85-statistician-coined-the-word-software.html) (Letzter Aufruf 02.07.2011).

<sup>14</sup> DIN 44300, März 1972.

<sup>15</sup> § 101 US Copyright Act: "A 'computer program' is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result".

- "(i) 'Computerprogramm' [ist] eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt;
- (ii) 'Programmbeschreibung' [ist] eine vollständige prozedurale Darstellung in sprachlicher, schematischer oder anderer Form, deren Angaben ausreichend sind, um eine Folge von Befehlen festzulegen, die ein ihr entsprechendes Computerprogramm darstellen;
- (iii) 'Begleitmaterial' [sind] alle Unterlagen, die nicht ein Computerprogramm oder eine Programmbeschreibung darstellen und dazu bestimmt oder geeignet sind, das Verständnis oder die Anwendung eines Computerprogramms zu fördern, zB Problembeschreibungen und Benutzungsanweisungen;
- (iv) 'Computersoftware' [sind] alle oder einzelne der unter (i) bis (iii) genannten Gegenstände."<sup>16</sup>

Die Vielzahl an Definitionen zeigt, dass sie den gleichen Kern umfassen: lediglich der Begriffshof variiert. Im Zentrum der Definition befindet sich das unmittelbar auf einer Maschine ausführbare Computerprogramm.<sup>17</sup> Das Wort "Software" stellt, vereinfacht gesagt, einen Sammelbegriff für Computerprogramme im Allgemeinen dar. Dieser Kern wird auch für das Sachproblem der "Gebrauchsoftware" von Bedeutung sein.

### **2.3.1 Arten von Software**

Innerhalb des Begriffes Software wird eine Vielzahl an unterschiedlichen Softwaretypen unterschieden.

---

<sup>16</sup> Mustervorschrift der WIPO, GRUR-Int 1978, 286 (290).

<sup>17</sup> Wolf in Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 20 ff.

### 2.3.1.1 System-, Anwendungs- und Entwicklungssoftware

Grundsätzlich wird innerhalb des Begriffes Software zwischen System-, Anwendungs- und Entwicklungssoftware differenziert. Die Systemsoftware stellt die grundlegenden Dienste für die anderen beiden Programmtypen zur Verfügung. Sie ermöglicht den Zugriff auf die konkrete Rechnerplattform. Diese Software wird zusammengefasst auch als das Betriebssystem bezeichnet, wie zB Linux, Apple Macintosh oder Microsoft Windows. Die Anwendungssoftware umfasst alle Programme zur Lösung fachlicher Probleme, darunter fallen technisch-wissenschaftliche Programme, Branchenprogramme sowie kommerzielle, auf allgemeine betriebliche Funktionen bezogene Programme. Das sind jene Produkte, die der Computerbenutzer im Alltag verwendet. Das Spektrum reicht vom einfachen Texteditor bis hin zur komplexen 3D-Anwendung. Dabei baut die Anwendungssoftware begrifflich auf der Systemsoftware auf. Letztere ist sozusagen die Verbindung zwischen Hardware und Anwendungssoftware. Die Entwicklungssoftware ist jenes Werkzeug, welches ebenfalls auf dem Betriebssystem aufbaut, und dem Programmierer die Erstellung beliebiger Software ermöglicht.<sup>18</sup>

### 2.3.1.2 Standardsoftware versus Individualsoftware

Als Standardsoftware werden fertige Programme bezeichnet, die auf Allgemeingültigkeit und mehrfache Nutzung ausgelegt sind.<sup>19</sup> Sie wird für eine Vielzahl von Kunden entworfen und implementiert. Durch ein möglichst umfangreiches Repertoire an Funktionen sollen viele Endabnehmer erreicht werden. Das Gegenstück hierzu bildet die Individualsoftware.<sup>20</sup> Der Trend der heutigen Zeit neigt immer mehr zur flexiblen Standardsoftware, da diese aufgrund der Verteilung der Softwareentwicklungskosten auf mehrere Anwender günstiger ist. Des Weiteren stellt sie für den Benutzer oft eine Zeitersparnis dar, weil die Anpassung einer ausgereiften Standardsoftware zügiger möglich ist, als eine Neuprogrammierung. Auch die Zukunftssicherheit ist ein großer Vorteil der

---

<sup>18</sup> Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik I, 34 ff; Schramm in Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 8.

<sup>19</sup> Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik I, 37.

<sup>20</sup> Schramm in Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 7.

Standardsoftware, weil seriöse Anbieter derartiger Produkte diese regelmäßigen weiterentwickeln und verbessern.<sup>21</sup>

Beim Vertrieb von gebrauchter Software wird lediglich die Standardsoftware von Bedeutung sein, da diese die notwendige Flexibilität hat, um diese auch bei anderen Anwendern einsetzen zu können.

### 2.3.1.3 Client/Server-Architektur

Bei einer Client/Server-Architektur handelt es sich um eine kooperative Form der Informationsverarbeitung. Übersetzt man die beiden englischen Begriffe Server ("Bediener") und Client ("Kunde"), so ist die Funktionalität selbsterklärend: Aufgabe des Servers ist es, Dienste anzubieten, welche vom Clientcomputer in Anspruch genommen und dem Benutzer angezeigt werden können. Dabei sind beiden Komponenten mittels Kommunikationsdienst verbunden. Über diesen Dienst kann der Client an den Server seine Anfragen senden; der Server verwendet diesen Weg, um das Ergebnis zu übermitteln. Für den Benutzer selbst, welcher den Clientcomputer bedient, ist eine solche Rollenaufteilung nicht ersichtlich.<sup>22</sup>

Diese Architektur ist beispielsweise dann sinnvoll, wenn mehrere Benutzer auf den gleichen Datenbestand zugreifen. Die wohl bekannteste Anwendung hierfür ist das WWW. Die Daten werden zentral auf einem WWW-Server gespeichert, welche dann weltweit von den Clientcomputern abgerufen und dargestellt werden können. Der beliebteste Kommunikationsdienst im Bereich des WWW ist das HTTP.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik I, 259 f; Schramm in Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 7; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 1330.

<sup>22</sup> Tanenbaum/Van Stehen, Distributed Systems, 82 ff; Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik II, 769 ff.

<sup>23</sup> Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik II, 771; Schramm in Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 19.

## 2.3.2 Technische Eigenschaft von Software

Aus technischer Perspektive besteht Software aus einer endlichen Anzahl von elektromagnetischen Impulsen. Die festgelegte Abfolge ergibt die gewünschte mathematische und logische Operation im Computer, da dessen elektronische Schaltungen angesprochen werden. Das gewünschte Ergebnis wird dann dem Menschen auf einem Peripheriegerät<sup>24</sup> angezeigt. Erst durch die Hardware kann der Benutzer das Resultat der Rechenoperation entnehmen.<sup>25</sup> Die Software muss auf einem Datenträger fixiert werden, damit sie über längere Zeit verfügbar ist. Nach hM ist Software aus technischer Sicht eine unkörperliche Sache.<sup>26</sup>

## 2.3.3 Urheberrechtlicher Schutz von Software

Aufgrund der hohen wirtschaftlichen Bedeutung von Software bietet der Gesetzgeber umfangreichen Schutz, wie zB UWG, PatG, GMG und UrhG, für diese Technologie an.<sup>27</sup> Für das Sachproblem der Gebrauchtssoftware ist, neben dem Kartellrecht uä,<sup>28</sup> fast ausschließlich das UrhG von Bedeutung, auf welches im Rahmen dieser Arbeit näher einzugehen ist. Aus diesem Grund wird nun der urheberrechtliche Schutz dargestellt.

Das österreichische Urheberrechtsgesetz schützt explizit alle "eigentümlichen geistigen Schöpfungen" auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst (§ 1 Abs 1, 2 UrhG). Seit der UrhGNov 1993<sup>29</sup> unterliegen Computerprogramme explizit dem urheberrechtlichen Schutz, weil sie gemäß §§ 2 Z 1 iVm 40a UrhG zu den Werken der Literatur zählen.<sup>30</sup> Demnach sind sie Werke im Sinn dieses Gesetzes, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Durch diese

---

<sup>24</sup> Hierzu zählen zB Bildschirm und Drucker.

<sup>25</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 227 ff; *Staudegger*, Zur Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen, JBl 1998, 604 (605).

<sup>26</sup> So zB *Wolf* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 69 f mwN; für die rechtliche Sicht siehe Kapitel 6.4.1.1.

<sup>27</sup> *Blocher* in *Jahnel/Schramm/Staudegger*, Informatikrecht, 136 ff.

<sup>28</sup> *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123.

<sup>29</sup> Überblick über die Novelle vgl *Blocher*, Der Schutz von Software nach der Urheberrechtsgesetz-Novelle 1993 – Überblick, EDVuR 1993, 3.

<sup>30</sup> Nach hA war Software bereits vor der UrhGNov 1993 geschützt, so zB *Wolf* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 164 ff.

Sonderbestimmung des Werkcharakters wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass keine übersteigerte Anforderung an die Eigentümlichkeit dieser geistigen Schöpfung zu stellen ist.<sup>31</sup> Diese Umschreibung der Originalität ist auf die richtlinienkonforme Umsetzung der Software-RL zurückzuführen.<sup>32</sup> Damit ist jede Software geschützt, welche durch Kombination vieler Programmoperationen erreicht wurde und damit eine individuell geprägte Problemlösung darstellt.<sup>33</sup> Nach dem UrhG stellt der Begriff "Computerprogramm" den *terminus technicus* dar, welcher alle Ausdrucksformen einschließlich des Maschinencodes sowie das Material zur Entwicklung des Computerprogramms umfasst.<sup>34</sup> Zu den Entwurfsmaterialien zählen unter anderem Ablaufdiagramme, Beschreibung der Schrittfolge etc. Unter Entwurfsmaterialien fallen alle Vorprodukte, die zur Erstellung eines konkreten Programms notwendig sind. Materialien, die bei der Lösung des Problems nicht hilfreich sind, sind daher noch nicht geschützt. Strittig bleibt in dieser Hinsicht die Frage, inwieweit auch das Pflichtenheft als Computerprogramm anzusehen ist.<sup>35</sup>

Selbstverständlich handelt es sich beim expliziten Schutz von Computerprogrammen um keine Eigenheit des österreichischen UrhG. Obwohl die Rechtslage in Europa lange Zeit hinsichtlich des Schutzes von Computerprogrammen uneinheitlich war, wurde sie durch Einführung der *Richtlinie des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogramm (91/250/EWG)*<sup>36</sup> erstmals auf europäischer Ebene harmonisiert.<sup>37</sup> Eine Umsetzung der RL in Österreich wurde durch die UrhGNov 1993 durchgeführt; dies im Hinblick auf den Beitritt zum EWR, welcher am 01.01.1994 erfolgte.<sup>38</sup> Das europäische Gemeinschaftsrecht ordnet in Art 1 Abs 1 Software-RL den urheberrechtlichen Schutz der Mitgliedsstaaten für Computerprogramme an. Dabei ist Software aufgrund der RL im Sinn der RBÜ als Werk der Literatur zu schützen, beschränkt aber den Schutz auf die Ausdrucksformen. Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines

---

<sup>31</sup> Kucsko, Geistiges Eigentum, 1115.

<sup>32</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 130.

<sup>33</sup> OGH 09.11.1999, 4 Ob 282/99w – "Ranking".

<sup>34</sup> § 40a Abs 2 UrhG; Art 10 Abs 1 TRIPS-Abkommen; Art 1 Abs 2, 3 Software-RL.

<sup>35</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 237.

<sup>36</sup> Diese wurde dann durch die *Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen* ersetzt.

<sup>37</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.1.3.

<sup>38</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 233.

Programms zugrunde liegen, einschließlich der Ideen und Grundsätze, auf die die Schnittstellen aufbauen, sollen demzufolge nicht vom Schutz umfasst sein.<sup>39</sup> Die EG wollte zwar durch die Harmonisierung den Softwareschutz sicherstellen, aber nicht die notwendige Bildung von Standards behindern, weil die Funktion von Software darin besteht, mit anderen Komponenten eines Computersystems und deren Verwender in Verbindung zu treten. Darüber hinaus ist eine Interaktion mit anderen Computerkomponenten und Anwendungen essentiell, da diese sonst nicht miteinander interagieren könnten.<sup>40</sup>

Eine Legaldefinition des Terminus "Computerprogramm" ist weder im UrhG noch in der Software-RL zu finden.<sup>41</sup> Eine Definition durch die Gesetzgeber ist bewusst nicht erfolgt, weil eine solche aufgrund des schnellen technischen Fortschritts nach kürzester Zeit wohl überholt wäre.<sup>42</sup> Aus diesem Grund wird von einem weiten Begriff auszugehen sein.<sup>43</sup>

Nachdem die EG den Schutz für Computerprogramme in der Software-RL vorsah, wurde auch das TRIPS-Abkommen dahingehend adaptiert, dass Computerprogramme (sowohl Quellcode als auch Maschinenprogrammcode) als Werke der Literatur gemäß der RBÜ geschützt sind.<sup>44</sup> Mit 6. März 2002 trat dann das WIPO Copyright Treaty in Kraft, welches sich für einen Schutz von Software aussprach.<sup>45</sup> Ob auch die RBÜ an sich Computerprogramme als Werke der Literatur schützt, ist bis heute unklar. Durch den Verweis der Software-RL auf die RBÜ wurde jedoch zumindest für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union der Schutz von Computerprogramm um die RBÜ erweitert.<sup>46</sup>

Bei der Auslegung des Begriffs muss auf die Entstehungsgeschichte zurückgegriffen und somit auch der Einfluss des britischen Rechts beachtet werden, welches auch der RL als Vorbild diente. Danach ist jede Leistung originell, die nicht kopiert wurde.<sup>47</sup> Nach der RL ist das Tatbestandsmerkmal der

---

<sup>39</sup> Art 1 Abs 2 Software-RL.

<sup>40</sup> *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1114; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 235.

<sup>41</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 235.

<sup>42</sup> *Wiebe* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 40a Punkt 2.1; *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.1.25.

<sup>43</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.1.25 f.

<sup>44</sup> Art 10 Abs 1 TRIPS.

<sup>45</sup> Art 4 WCT; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 232.

<sup>46</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.1.21.

<sup>47</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.1.13 mwN.

Individualität in dem Sinne ausreichend, dass es sich um die "eigene geistige Schöpfung" des Urhebers handelt, wobei explizit darauf hingewiesen wird, dass ästhetische und qualitative Maßstäbe nicht angewendet werden dürfen. Die Software-RL geht von einem reduzierten Originalitätsmaßstab<sup>48</sup> aus. Danach sind auch schon einfache Programme geschützt. Die RL strebt einen vermittelnden Charakter zwischen der "strengen" kontinentaleuropäischen und der "lockeren" britischen Variante an; daher ist ein völlig alltägliches, einfaches Programm wohl nicht unter die Schutzregelung subsumierbar, weil es ansonsten an der geistigen Schöpfung mangeln würde. Jedoch muss an dieser Stelle eindeutig klargestellt werden, dass die RL trotz des Ausschlusses banaler Programme eine bestimmte "Werkhöhe" an keiner Stelle fordert.<sup>49</sup> Das Bestehen eines reduzierten Originalitätsmaßstabes sowie die fehlende Notwendigkeit einer Werkhöhe in Österreich für Computerprogramme aufgrund der europäischen Vorgaben wurde durch die Entscheidung "TerraCad"<sup>50</sup> des OGH bestätigt.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 234.

<sup>49</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.1.15 ff; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 238 ff.

<sup>50</sup> OGH 12.07.2005, 4 Ob 45/05d – "TerraCad".

<sup>51</sup> *Wiebe* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 40a Punkt 3.2.

## 3 Businessmodell: Gebrauchte Software

### 3.1 Begriff

Vorausgeschickt sei, dass der in den Medien häufig verwendete Begriff der "Gebrauchtsoftware" oder auch "Second-Hand-Software" etwas irreführend ist. Diese Begriffe deuten nämlich an, dass es bei Software einen Verschleiß geben könnte. Ein Computerprogramm ist jedoch, anders als beispielsweise ein Auto, nicht abnutzbar.<sup>52</sup> In der IT-Branche hat sich dennoch die Unterscheidung in "neue" und "gebrauchte" Software durchgesetzt.<sup>53</sup> Auch im angloamerikanischen Raum ist der Begriff "*used software*" verbreitet.<sup>54</sup>

### 3.2 Ablauf des Vertriebes

Der Vertrieb von Second-Hand-Software ist meines Erachtens ausschließlich bei Standardsoftware zweckmäßig, weil diese auf einer großen Zahl von Endgeräten installiert werden kann. Selbstverständlich ist es auch denkbar, dass Individualsoftware "gebraucht" weiterverkauft wird. Dies wird aber nur unter besonderen Umständen möglich und zweckmäßig sein, weil diese Art von Software speziell auf einen bestimmten Käufer zugeschnitten wurde und daher kaum einen anderen Abnehmer finden wird. Aus diesem Grund wird im Rahmen dieser Arbeit die Problemstellung auf Standardsoftware begrenzt.

Das Standardmodell ist durch einen Gebrauchtssoftwarehändler, welcher in der Regel lediglich Lizenzen vertreibt, gekennzeichnet. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, dass er selbst die Software übermittelt. Im Rahmen des

---

<sup>52</sup> Rüdfler, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008, 52 (52).

<sup>53</sup> Schuppert/Greissinger, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81; Heydn/Schmidl, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74; Sosnitza, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206; Heckmann/Rau, "Gebrauchtsoftware" im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ITRB 2009, 208.

<sup>54</sup> Heydn, USA: No Copyright Infringement By Sale of "Used Software" via eBay, CRi 2009, 23.

Sachproblems ist es aber auch denkbar, dass ein Unternehmen selbst via Internet seine Software verkauft. Aus diesem Grund wird in dieser Arbeit von einem breiten Standardablauf des Vertriebes von gebrauchter Software ausgegangen, welcher sich in drei Phasen gliedert:

### **3.2.1 Phase 1 – Der Ersterwerber**

In der ersten Phase bezieht der Käufer ("Ersterwerber") die Software von einem Hersteller. Um in die Verfügungsmacht des Computerprogramms zu gelangen, stehen prinzipiell vier Transaktionsvarianten zur Auswahl:

- mittels Hardware und darauf installierter Software
- als Softwarepaket auf einem Originaldatenträger
- durch Volumenlizenzen mit Übergabe einer Masterkopie
- Online-Vertrieb per Download

In den zugrunde liegenden Lizenzvereinbarungen wird meist sowohl die Veräußerung der Software als auch der Nutzungsrechte im Rahmen der AGB vertraglich ausgeschlossen, da die Softwareverkäufer bereits vorzeitig den Second-Hand-Markt unterbinden wollen.

### **3.2.2 Phase 2 – Der Zwischenhändler**

Danach beginnt in der zweiten Phase der eigentliche Vertrieb der gebrauchten Software, weil nun das Computerprogramm vom Ersterwerber an den Händler für Second-Hand-Software ("Zwischenhändler") übertragen wird. Mit Übergabe des Produkts löschen die Ersterwerber in der Regel alle installierten Programmkopien von ihren Rechnern.

Im Rahmen der Produktübergabe sind mehrere Szenarien vorstellbar. Diese sind meist Konsequenz des gewählten Transfers zum Ersterwerber.

Grundsätzlich werden dem Zwischenhändler alle Datenträger ausgehändigt oder zumindest die Masterkopie. Unter den Begriff Datenträger fallen im Konkreten CD-ROM, CD-I, DVD, Disketten und sonstige Speichermedien. Der Ausbau einer Festplatte erscheint untunlich, weil sich darauf auch das Betriebssystem sowie andere Softwareprodukte befinden werden. Im Sonderfall kann es sogar dazu kommen, dass gar kein Speichermedium übergeben wird. Dies ist dann plausibel, wenn bloß ein Teil der Lizenzen veräußert wurde und dann lediglich die Anzahl der verkauften Programmkopien vom Rechner gelöscht wird. Da der Ersterwerber in diesem Fall die Software weiterhin zu verwenden beabsichtigt, muss er, für den Fall einer Systemwiederherstellung, die Masterkopie zur Verfügung haben. Aus diesem Grund ist es für ihn sinnvoll, das Speichermedium zurückzubehalten. Auch im Fall des Erwerbes durch Download wird der Ersterwerber keinen Datenträger an den Zwischenhändler aushändigen. Darüber hinaus wird Software heutzutage häufig direkt vom Hersteller bezogen und unter Zugrundelegung einer Lizenz verwendet werden.

Es gibt zahlreiche ökonomische Gründe, welche den Verkauf einer Lizenz begründen: Konkurs des Betriebes, Verkauf von Unternehmensteilen, eine Outsourcingtransaktion, Fehldisposition beim Softwareerwerb, Nichtverwendung von Lizenzen. Gerade der Verkauf von abgespaltenen Lizenzen aus einem Volumenlizenzpaket<sup>55</sup> kann dem Unternehmen einen Großteil der Ausgaben refinanzieren. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Softwarehersteller häufig großzügige "Mengenrabatte" gewähren. Gerade dieser Umstand ist den Softwareproduzenten bei gebrauchter Software ein Dorn im Auge, weil sie dadurch Umsatzeinbußen in Kauf nehmen müssen.

### **3.2.3 Phase 3 – Der Zweiterwerber**

In der dritten Phase werden die gebrauchten Computerprogramme bzw Lizenzen vom Zwischenhändler an einen Käufer ("Zweiterwerber") veräußert.

---

<sup>55</sup> Siehe hierzu Kapitel 10.

Neben den Gründen für einen Gebrauchtssoftwareverkauf gibt es auch zahlreiche für einen Ankauf. So können Zweiterwerber zusätzliche Lizenzen erwerben, wenn sie mit dem Umfang ihrer bestehenden Versionen kein Auslangen finden. Ferner besteht für Unternehmen, welche nicht kontinuierlich die aktuellste Softwareversion benötigen, die Möglichkeit, kostengünstig mit älteren Modellen zu arbeiten. Die Ersparnisse können hier bis zu 50 % betragen.<sup>56</sup> Dies ist meiner Ansicht nach oft vorteilhaft, weil bei neuen Versionen vermehrt Fehler auftreten, welche erst nach und nach entdeckt und dann mit zusätzlichen Programmupdates behoben werden. In der Praxis ist es kaum vorstellbar, ein fehlerfreies neues Produkt auf den Markt zu bringen. *Ertl*<sup>57</sup> drückt dies überspitzt damit aus, dass böse Zungen sogar behaupten würden, dass sich Software entweder auf dem letzten Stand der Technik befinde oder funktioniere. Ein weiterer Grund für die Verwendung einer bewährten Software ist auch, dass neue Programme zumeist höhere Anforderungen an die Hardware stellen. Damit können auch Kosten für Erneuerungen der EDV-Anlage eingespart werden. Gerade dieser Umstand wird meiner Ansicht nach die Nachfrage im Bereich der Privaten steigen lassen, weil es gerade für diese Anwendergruppe nicht notwendig ist, mit Programmen, welche die maximale Leistung bieten, zu arbeiten.

Im Rahmen der vier möglichen Transfers<sup>58</sup> erhält nun der Zweiterwerber das gewünschte Computerprogramm übereignet. Die Art der Übertragung hängt in der Regel von den vorausgegangenen Transaktionen in erster und zweiter Phase ab. Die Übergabe eines Datenträgers ist in vielen Fällen nicht mehr notwendig, weil der Zweiterwerber bereits über eine solche Programmkopie verfügt oder aber auch die Möglichkeit gegeben ist, die Programmkopie direkt von der Website des Herstellers zu beziehen.

---

<sup>56</sup> *Wiebe*, The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services, GRUR-Int 2009, 114 (114).

<sup>57</sup> *Ertl*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDVuR 1994, 19 (26).

<sup>58</sup> Siehe hierzu bereits Kapitel 3.2.1.

### 3.3 Rechtliche Probleme

Das Businessmodell der gebrauchten Software ist aus faktischer Perspektive trivial. Der Ersterwerber übergibt dem Zwischenhändler Software, dieser überträgt das Produkt auf den Zweiterwerber. Ob die physische Übertragung mittels Datenträger oder Netzwerkverbindung stattfindet, ist vorwiegend ein rein wirtschaftlicher Aspekt, da beispielsweise Transportkosten eingespart werden können. Aus technischer Perspektive führen beide zum selben Ergebnis. Im Rahmen dieser Arbeit wird sich jedoch zeigen, dass es sich hierbei um einen zentralen Punkt für die Beurteilung der Zulässigkeit des Vertriebssystems handelt. Es muss für den Zweiterwerber nämlich nicht nur faktisch möglich, sein das Computerprogramm zu erwerben, sondern es muss ihm auch die Verwendung rechtlich erlaubt sein. Dabei ist hervorzuheben, dass bei der Rechteinräumung besondere Vorsicht geboten ist, da nach herrschender Meinung weder ein direkter, noch analoger gutgläubiger Erwerb gemäß § 365 ABGB,<sup>59</sup> noch eine Ersitzung von Werknutzungsbewilligungen möglich ist.<sup>60</sup> Bei einem Rechtsverstoß, welcher unter Umständen auch ohne das Vorliegen eines Verschuldens geschehen kann, besteht die Gefahr von allgemeinen zivilrechtlichen oder speziellen urheberrechtlichen Sanktionen.

Wie bereits am Beispiel des Gebrauchtwagenkaufs dargestellt wurde, ist die Weitergabe einer erworbenen Sache auf den ersten Anschein nicht bedenklich.<sup>61</sup> Prinzipiell steht es auf Basis des § 354 ABGB jedem Eigentümer frei, über seine Sache nach Belieben zu verfügen.<sup>62</sup> Dabei darf aber im Fall der gebrauchten Software nicht außer Acht gelassen werden, dass das Immaterialgüterrecht diese Verfügungsmacht beschränken könnte. Dies ergibt sich bereits aus dem Sinn und Zweck des Urheberrechts, weil es einerseits dem Werkschöpfer eine angemessene Vergütung seiner Leistung sichern, andererseits aber auch dessen

---

<sup>59</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1357; *Ciresa in Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, § 24 Rz 9; *Bücheler in Kucsko*, Urheberrecht, § 24 Punkt 5.; BGH 12.2.1952, I ZR 1 115/51, GRUR 1952, 530 = NJW 1952, 662; BGH 21.11.1958, I ZR 98/57, GRUR 1959, 200; BGH 26.03.2009, I ZR 153/06 – "Reifen Progressiv" – BGHZ 180, 344 OLG München I 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit Anm *Lehmann* = MMR 2006, 748 mit Anm *Stögmüller*; AA *Ertl*, Gutgläubiger Erwerb von Softwarepiraten, MR 1997, 314; einschränkend *Handig*, Guter Glaube – schlechte Chancen, wbl 2010, 209.

<sup>60</sup> OGH 24.5.2005, 4 Ob 31/05a – "Kitzbühler Gams" – MR 2005, 252 mit Anm *Walter* = *ecolex* 2005/447, 926 mit Anm *Schachter*; *M. Bydlinski in Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 1455 Rz 7.

<sup>61</sup> Vgl dazu oben Kapitel 1.

<sup>62</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 280.

persönliche Interessen schützen soll.<sup>63</sup>

Bereits im *Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung* finden sich erste Anhaltspunkte dafür, dass der Europäische Gesetzgeber den Verkauf von gebrauchter Software billigt. Demnach soll der Ersterwerber die Möglichkeit haben, die Software zu verkaufen. Es wird lediglich gefordert, dass keine Kopie zurückbehalten und jegliche Verwendung nach der Übertragung eingestellt wird. Unklar ist, inwieweit auch Software im Wege des Online-Vertriebes umfasst ist.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1048 f.

<sup>64</sup> *Kommission*, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, COM (88) 172 endg, 191.

## **4 Verwertungsrechte**

### **4.1 Allgemeines**

Um Software rechtmäßig anbieten, verbreiten und anschließend verwenden zu können, sind drei Verwertungsrechte speziell hervorzuheben. Diese stellen das notwendige Fundament für die mögliche Zulässigkeit der Second-Hand-Software dar:

1. Vervielfältigungsrecht (§ 15 UrhG),
2. Verbreitungsrecht (§ 16 UrhG) und
3. Zurverfügungstellungsrecht (§ 18a UrhG).

Das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht stellen für den legalen Vertrieb und die Benutzung von gebrauchter Software das Mindestmaß dar, welches notwendig ist, um nicht in die absoluten Urheberrechte einzugreifen. In Verbindung mit einer Bereitstellung über das Internet wird auch das Zurverfügungstellungsrecht eine zu beachtende Voraussetzung darstellen. Fehlt nur eine der notwendigen Berechtigungen in einer Vertriebsvariante, so ist eine Bejahung des Vertriebes von gebrauchter Software ausgeschlossen. Jede gesetzliche Bestimmung, die die Ausübung der Rechte ermöglicht, muss daher genau untersucht werden, weil nur nach einer vollständigen Bejahung dem Businessmodell Second-Hand-Software der Weg als neue Vertriebsvariante geöffnet werden kann.

## 4.2 Vervielfältigungsrecht

*"§ 15 (1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, das Werk – gleichviel in welchem Verfahren, in welcher Menge und ob vorübergehend oder dauerhaft – zu vervielfältigen."*<sup>65</sup>

Das Vervielfältigungsrecht ist eine wesentliche Voraussetzung, um ein Computerprogramm überhaupt verwenden zu können. Führt nämlich der Rechner ein Programm aus, so werden dessen Daten in den Arbeitsspeicher geladen und somit dupliziert. Während des Verarbeitungsprozesses werden die Daten in zahlreiche weitere (Zwischen-)Speicher kopiert. Ohne diese Vervielfältigungen wäre ein Datenverarbeitungsvorgang nicht realisierbar. Die gesamte elektronische Datenverarbeitung basiert auf einem Verschieben von Daten und einer daraus resultierenden Vervielfachung, wie zB das Laden der Software von der Festplatte in den Arbeitsspeicher,<sup>66</sup> Installation eines Computerprogramms von einer CD in den Massenspeicher, Übertragungsvorgänge zwischen Rechnern etc. All diese technischen Schritte tangieren das urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht.<sup>67</sup>

Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung, welche sich dabei auf die EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 beruft,<sup>68</sup> sind all jene Vorgänge als Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechtes zu werten, welche ein Werk in der Fläche oder im Raum festlegen. Darüber hinaus muss das Festlegungstück geeignet sein, das Werk an sich mittelbar oder unmittelbar den menschlichen Sinnen wahrnehmbar zu machen. Die Fixierung ist nur in Kombination mit einem körperlichen Träger möglich. Die Art des Mediums, auf welches das Werk festgelegt wird, ist dabei nicht von Bedeutung. Darüber hinaus ist für die Auslegung des Terminus "Vervielfältigung" nicht nur auf die technisch-mechanischen Zusammenhänge des Vervielfältigungsprozesses abzustellen, sondern auch auf den Sinn und Zweck

---

<sup>65</sup> § 15 Abs 1 UrhG BGBl 1936/111 idF BGBl I 2010/2.

<sup>66</sup> Umstritten in Deutschland vgl hierzu statt vieler *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 24 mwN.

<sup>67</sup> *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 15 Rz 3; *Kommission*, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, COM(88) 172 endg, 190; *Kommission*, Grünbuch – Urheberrecht und verwandte Schutzrecht in der Informationsgesellschaft, KOM(95) 382 endg, 57.

<sup>68</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 65.

der zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmung.<sup>69</sup> Da folglich für die Subsumption der Benutzung eines Computerprogramms unter den § 15 UrhG weder Quantität, Verfahrensart noch deren Dauer der Datenspeicherung ausschlaggebend sind, ist die Zuordnung zu bejahen.<sup>70</sup> Diese Sichtweise wurde auch durch die Europäische Gesetzgebung bestärkt, weil insbesondere Art 4 Abs 1 lit a Software-RL eine weite Umschreibung in Bezug auf Computerprogramme enthält.<sup>71</sup>

Als weitere Voraussetzung für eine Vervielfältigung nach § 15 UrhG wird neben dem mechanisch-technischen Zusammenhang der Vervielfachung wohl auch die wirtschaftliche Relevanz der Handlung von Bedeutung sein. Dies deutet zumindest der OGH in seiner Entscheidung "Radio Melody III" an:<sup>72</sup> § 15 UrhG soll dem Urheber ein Entgelt für diejenigen Handlungen ermöglichen, bei welchen ein "Werkgenuß durch Vervielfältigung des Originals erfolgt." Ein Eingriff in § 15 UrhG ist nur dann gegeben, wenn die zu prüfenden Handlungen in "irgendeiner Form die Verwertungsmöglichkeiten des Urhebers beeinträchtigen". Folglich ist eine Vervielfältigung nach § 15 UrhG nur dann gegeben, wenn neben der quantitativen Komponente der Vervielfältigung auch eine qualitative hinzutritt.<sup>73</sup> Nach *Walter* ist diese Auffassung hinsichtlich der wirtschaftlichen Relevanz jedoch zu eng, weil die Verwertungsrechte – neben dem ökonomischen Aspekt – als "Herrschaftsrechte" dienen und somit dem Urheber die Steuerung der Werknutzung ermöglicht werden soll. Ferner wird durch die qualitative Prüfung des OGH auch der Schutz der Persönlichkeitsrechte beschränkt. Aus diesem Grund mag die wirtschaftliche Bedeutung einer Verwendung für freie Werknutzungen von Relevanz sein, wie dies zB in § 41a Z 4 UrhG<sup>74</sup> normiert wird, aber nicht für die Frage, ob eine urheberrechtlich relevante Nutzung überhaupt vorliegt. Wäre eine wirtschaftlich unbedeutende Handlung schon ganz allgemein vom Vervielfältigungsrecht nach § 15 UrhG ausgenommen, so bedürfte

---

<sup>69</sup> OGH 26.1.1999, 4 Ob 345/98h – "Radio Melody III" – ÖBI 2000, 86 = MR 1999, 94 mit Anm *Walter* = MMR 1999, 352 mit Anm Haller = RdW 1999, 409 = GRUR-Int 2002, 452; OGH 23.02.2010, 4 Ob 208/09f - "Mozart Symphonie No 41" – jusIT 2010, 96 mit Anm *Handig* = wbl 2010/124 = MR 2010, 206 mit Anm *Walter* = ecolex 2010, 584 mit Anm *Horak* = RdW 2010, 346 = GRUR Int 2011, 77 = MR 2011, 22 mit Anm *Reis*.

<sup>70</sup> OGH 18.09.2001, 14 Os 91, 92/01 – "Softwaregebrauch" – ecolex 2002/84, 193 = MR 2002, 32 mit Anm *Walter*.

<sup>71</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.8 ff sowie insbesondere 5.4.18.

<sup>72</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 536.

<sup>73</sup> OGH 26.1.1999, 4 Ob 345/98h – "Radio Melody III" – ÖBI 2000, 86 = MR 1999, 94 mit Anm *Walter* = MMR 1999, 352 mit Anm Haller = RdW 1999, 409 = GRUR-Int 2002, 452.

<sup>74</sup> § 41a Z 4 UrhG lautet wörtlich "Zulässig ist die vorübergehende Vervielfältigung, wenn sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat."

es auch der Bestimmung des § 41a Z 4 UrhG nicht.<sup>75</sup>

Neben einer Einwilligung des Softwareproduzenten könnte eine erlaubte Verwendung in bestimmten Fällen<sup>76</sup> auch durch das Eingreifen einer freien Werknutzung gegeben sein.<sup>77</sup> Eine solche würde die Zustimmung des Urhebers entbehrlich machen. Hier bietet sich im Speziellen die Regelung des § 40d Abs 2 UrhG an, welche dem zur Benutzung Berechtigten die bestimmungsgemäße Benutzung ermöglicht. Zu beachten ist jedoch, dass der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz<sup>78</sup> das Verwertungsrecht der Vervielfältigung nicht beeinträchtigt.<sup>79</sup>

### 4.3 Verbreitungsrecht

*"§ 16 (1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, Werkstücke zu verbreiten. Kraft dieses Rechtes dürfen Werkstücke ohne seine Einwilligung weder feilgehalten noch auf eine Art, die das Werk der Öffentlichkeit zugänglich macht, in Verkehr gebracht werden."<sup>80</sup>*

Diese Bestimmung gewährt dem Urheber das Recht, zu beeinflussen, ob und in Folge auch wann sein Werkstück verbreitet wird. Dieses Recht umfasst sowohl die Eigentumsübertragung als auch das bloße Zugänglichmachen, wie zB im Sinne eines Anbietens des Werkes an die Öffentlichkeit. Hierfür ist es grundsätzlich irrelevant, ob das Exemplar rechtmäßig oder auf gesetzwidrige Weise, beispielsweise durch einen Raubkopierer, vervielfältigt wurde. Beide Varianten stellen einen Eingriff in das Verwertungsrecht dar und benötigen einen Rechtfertigungsgrund.<sup>81</sup>

---

<sup>75</sup> *Walter*, MR 2010, 206 (209 f) zu OGH 23.02.2010, 4 Ob 208/09f - "Mozart Symphonie No 41"; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 536.

<sup>76</sup> Siehe hierzu Kapitel 7.

<sup>77</sup> Siehe hierzu Kapitel 11.

<sup>78</sup> Siehe hierzu Kapitel 6.

<sup>79</sup> OGH 31.05.1988, 4 Ob 23/88 – "Gloria"; OLG Wien 12.01.1989, 5 R 154/88 – "Haus am Michaelerplatz" – MR 1989, 58.

<sup>80</sup> § 16 Abs 1 UrhG BGBl 1936/111 idF BGBl I 2010/2.

<sup>81</sup> OLG Wien 28.08.1989, 21 Bs 358/89 – "Black Album" – MR 1990, 97.

In der gesetzlichen Bestimmung des § 16 Abs 1 UrhG finden sich drei *termini technici*, nämlich (i) "Feilhalten", (ii) "in Verkehr bringen" und (iii) "Öffentlichkeit", welche weder im Urheberrecht noch in einer anderen Vorschrift legal definiert werden. Aus diesem Grund ist für die Begriffe auf die Auslegungen in der Rechtsprechung zurückzugreifen:

Unter Feilhalten wird grundsätzlich jedes öffentliche Anbieten von Werkstücken verstanden, wenn diese zur Abgabe bereitgehalten werden. Der Begriff ist weiter als das klassische zivilrechtliche Vertragsangebot, weil auch bereits das bloße Offerieren in der Werbung den Tatbestand erfüllt.<sup>82</sup> Ein entgeltliches Feilhalten ist nicht erforderlich.<sup>83</sup> Von "Feilhalten" kann dann nicht gesprochen werden, wenn eine Aufforderung zum Eigentums- bzw Besitzerwerb fehlt. In diesem Fall kann lediglich ein Ausstellen gegeben sein, was dem Urheber gemäß § 16 Abs 2 UrhG ausschließlich für nicht veröffentlichte Werke vorbehalten ist.<sup>84</sup>

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung erachtet ein Werk dann als in Verkehr gebracht, wenn einem Dritten die tatsächliche oder auch rechtliche Verfügungsmacht über ein Werkexemplar verschafft wird.<sup>85</sup> Hierfür ist es unbedeutend, ob dies für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum geschieht.<sup>86</sup> Ob diese Position mittels Eigentumsübergang, durch Verschenken, Vermieten oder Verleihen erreicht wird,<sup>87</sup> ist ebenso unbedeutend wie die Entgeltlichkeit der zugrunde liegenden Vereinbarung.<sup>88</sup> Somit sind auch Verbreitungshandlungen, die einen bloß ideellen Zweck verfolgen, grundsätzlich vom Verbreitungsrecht umfasst, sofern keine freien Werknutzungen anwendbar sind.<sup>89</sup> Folglich wird von einem weiten Verbreitungsbegriff ausgegangen.<sup>90</sup>

---

<sup>82</sup> Ciresa, Urheberwissen für die Praxis, 117.

<sup>83</sup> OLG Wien, 19.12.1985, 26 Bs 558/85 – "Raubkopien II" – MR 1986, H 2, 23 mit Anm Walter;

<sup>84</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 564.

<sup>85</sup> So bereits die EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in Dillenz, ÖSGRUM 3, 69.

<sup>86</sup> Lewinski/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 11.4.9.

<sup>87</sup> OGH 26.04.1960, 4 Ob 317/60 – "Schallplatte der Woche" – ÖBl 1960, 118 = SZ 33/45; OGH 09.09.1975, 4 Ob 331/75 – "Fotografin und Maler" – ÖBl 1976, 49; OGH 17.03.1998, 4 Ob 80/98p – "Figur auf einem Bein" – MR 1998, 200 mit Anm Walter; OGH 20.05.2008, 4 Ob 83/08x – "Möbel im Hotel" – MR 2008, 197 mit Anm Walter; OGH 22.12.2009, 11 Os 184/09g.

<sup>88</sup> OLG Wien, 19.12.1985, 26 Bs 558/85 – "Raubkopien II" – MR 1986, H 2, 23 mit Anm Walter; Anderl in Kucsko, Urheberrecht, § 16 Punkt 2.1.

<sup>89</sup> Ciresa, Urheberwissen für die Praxis, 118.

<sup>90</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 560.

Der Begriff der Öffentlichkeit ist heftig umstritten, weil dies in Österreich nicht gesetzlich umschrieben ist. Dabei ist zu beachten, dass der Öffentlichkeitsbegriff ganz allgemein für alle Verwertungsrechte wohl gleich auszulegen ist.<sup>91</sup>

Anders als das deutsche Recht, verfügt das österreichische über keine Legaldefinition. Gemäß § 15 Abs 3 dUrhG liegt Öffentlichkeit vor, wenn die Wiedergabe für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, dass der Kreis der Personen bestimmt abgegrenzt ist und diese durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehung zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind. Diese Umschreibung des Begriffs stellt selbstverständlich, wie die umfangreiche Judikatur belegt, nur einen Anhaltspunkt dar. Die österreichische Rechtsprechung erkannte bereits frühzeitig durch die Entscheidung "Kurheim" die Definition des deutschen UrhG als auch für Österreich entsprechend anwendbar an.<sup>92</sup> Demnach ist im Zusammenhang mit dem Verwertungsrecht von einer Öffentlichkeit immer dann auszugehen, wenn das Werk in der Regel einer Mehrheit von Personen zugänglich gemacht wird. Davon ausgenommen sind jene Fälle, bei welchen der Kreis dieser Personen bestimmt abgegrenzt ist und diese durch gegenseitige persönliche Beziehung zueinander oder zum Veranstalter miteinander verbunden sind.<sup>93</sup> Von einer Öffentlichkeit ist somit zweifelsohne auszugehen, wenn das Werk der "Allgemeinheit" oder einem "breiten Publikum" gezeigt wird;<sup>94</sup> sie kann aber auch bereits vorliegen, wenn die Wiedergabe nicht an die Allgemeinheit gerichtet ist.<sup>95</sup> So ist zu beachten, dass die österreichische Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsbegriff durch zahlreiche Einzelfallentscheidungen mit Schwankung geprägt ist.<sup>96</sup> So ist es insbesondere schwer zu beurteilen, ab welcher Anzahl von Personen der Tatbestand der Öffentlichkeit erfüllt ist. So wurde das Vorliegen der Öffentlichkeit etwa bei 19 Mitgliedern einer Zeitungsredaktion,<sup>97</sup> 120 Gäste einer Hochzeitsfeier in einem Gasthaus<sup>98</sup> sowie bei 150 geladenen Gästen in einem

---

<sup>91</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 81 u 630; *AA Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 8 Rz 3.

<sup>92</sup> OGH 29.01.1974, 4 Ob 344/73 – "Kurheim" – JBl 1974, 577 = ÖBl 1974, 73 = GRUR Int 1974, 383 mit Anm *Walter*.

<sup>93</sup> OGH 17.03.1998, 4 Ob 80/98p – "Figur auf einem Bein" – MR 1998, 200 mit Anm *Walter*.

<sup>94</sup> OGH 21.04.1998, 4 Ob 101/98a – "AIDS-Kampagne II" – MR 1998, 344 mit Anm *Walter* = ÖBl 1999, 54.

<sup>95</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 639.

<sup>96</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 640.

<sup>97</sup> OGH 26.01.1993, 4 Ob 94/92 – "Null-Nummer II" – *ecolex* 1993, 396 = MR 1993, 65 mit Anm *Walter* = ÖBl 1993, 136 = *wbl* 1993, 233.

<sup>98</sup> OGH 27.01.1998, 4 Ob 347/97a – "Hochzeitsmusik" – *ecolex* 1998, 565 mit Anm *Schwarz* = *EvBl* 1998/105 = MR 1974, 154 mit Anm *Walter* = ÖBl 1998, 313 = *RdW* 1998, 337.

Atelier<sup>99</sup> aufgrund des "reellen persönlichen Bandes" verneint.<sup>100</sup> Anders verhält sich jedoch bei der Beurteilung von Schulklassen, wo ein derartiges Band nicht ausschlaggebend sein soll; im konkreten Fall soll eine "Schulöffentlichkeit" vorliegen, da ansonsten der Vergütungsanspruch gemäß § 56c Abs 2 UrhG wohl gegenstandslos bzw aufgrund von Beweisproblemen nur schwer nachweisbar wäre.<sup>101</sup> Die Frage der Öffentlichkeit stellt sich auch bei sozialen Netzwerken, wo derzeit unklar ist, ob ein "reelles persönliches Band" auch bei "Facebook-Freundschaften" vorliegt.<sup>102</sup>

Ferner wurde durch die Entscheidung "Sex-Shop" der Begriff der "sukzessiven Öffentlichkeit" eingeführt. Nach diesem ist weder die gleichzeitige noch die räumliche Anwesenheit von mehreren Personen an einem Ort für den Tatbestand der "Öffentlichkeit" erforderlich. Im gegenständlichen Fall war zu prüfen, ob auch einzelne Besucher einer Videokabine in einem Sex-Shop, welche sich jedoch in Folge den gleichen Film nacheinander ansahen, als "Öffentlichkeit" zu qualifizieren sind. Dies wurde bejaht, weil "die Werkvermittlung an einen nicht bestimmt abgegrenzten Personenkreis und nicht durch gegenseitige persönliche Beziehungen verbundenen Personenkreis" das entscheidende war.<sup>103</sup>

Zu beachten ist, dass bei Verbreitungshandlungen nach § 16 UrhG für das Bestehen des Öffentlichkeitsbegriffs keine Personenmehrheit vorliegen muss. Nach *Walter* ist dabei ausreichend, dass das Werkstück an eine Person außerhalb der privaten (nicht-öffentlichen) Sphäre weitergegeben wird.<sup>104</sup> *Anderl* verneint die Öffentlichkeit im Sinn des § 8, 16 Abs 1 UrhG bei Versenden eines einzelnen Vervielfältigungsstücks an eine Person oder eine bloß kleine Anzahl von Empfängern.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> OGH 22.06.1971, 4 Ob 315/71 – "Gschnasfest" – ÖBl 1971, 160.

<sup>100</sup> OGH 29.01.1974, 4 Ob 344/73 – "Kurheim" – JBl 1974, 577 = ÖBl 1974, 73 = GRUR Int 1974, 383 mit Anm *Walter*; OGH 10.02.2004, 4 Ob 249/03a – "Radiogerät" – ecolex 2005/63 = GRUR Int 2005, 730 = EvBl 2004/149 = MR 2004, 262 mit Anm *Walter* = ÖBl 2004/58 mit Anm *Gamerith* = RdW 2004, 539.

<sup>101</sup> OGH 23.09.2008, 4 Ob 131/08f – "Schulfilm I" – ecolex 2009/122 mit Anm *Schumacher* = MR 2008, 299 = ÖBl 2009/27 mit Anm Büchele.

<sup>102</sup> *Handig*, Zu viele "Freunde"? - Öffentlichkeitsbegriff & soziale Netzwerke, ecolex 2010, 824 (824 ff).

<sup>103</sup> OGH 27.01.1987, 4 Ob 393/86 – "Sex-Shop" – ÖBl 1987, 82 = MR 1987, 54 mit Anm *Walter*; ähnlich EuGH 07.12.2006, Rs C-36/05, Slg 2006, I-11519 – "SGAE" – Slg 2006, I-11519 = ÖBl 2007/20 mit Anm *Dittrich* = MR 2006, 381.

<sup>104</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 566.

<sup>105</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 2.3.

Da es sich bei dieser Bestimmung um eine Beschränkung des Warenverkehrs handelt, wurde § 16 Abs 3 UrhG, welcher in der Literatur unter dem Schlagwort "urheberrechtlicher Erschöpfungsgrundsatz"<sup>106</sup> bekannt ist, eingeführt. Dieser beschränkt die Möglichkeit des Urhebers, jede Verbreitung zu bestimmen, sofern dieser einmal das Eigentum an einem Werkstück übertragen oder übertragen lassen hat. § 16 Abs 3 UrhG stellt somit eine Einschränkung des Abs 1 dar und soll den Warenverkehr verbessern.<sup>107</sup>

Ob die Anwendung dieser gesetzlichen Norm auch bei den oben angeführten Vertriebsvarianten der gebrauchten Software möglich ist, wird im Anschluss zu prüfen sein. Seitens der Softwarehersteller wird die Weitergabe von Computerprogrammen an Dritte vielfach vertraglich ausgeschlossen. Dies geschieht in der Regel durch AGB.<sup>108</sup> Für die Beurteilung des Sachproblems stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die vertragliche Beschränkung der Weitergabe und die gesetzliche Bestimmung des Erschöpfungsgrundsatzes zueinander stehen.<sup>109</sup>

Das Verbreitungsrecht bildet im Verhältnis zum Vervielfältigungsrecht einen ergänzenden Schutz für den Urheber. Da das Urheberrecht territorial beschränkt ist, bestünde die Gefahr, dass geschützte Werke in einem Staat mit geringem oder keinem Urheberrechtsschutz rechtmäßig vervielfältigt werden: So könnte das legal hergestellte Vervielfältigungsstück auch auf rechtmäßige Weise in einem Staat mit stärkerem Schutz in Verkehr gebracht werden. Durch die Kombination von Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht wird eine solche missbräuchliche Umgehung verhindert.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> Genaueres dazu in Kapitel 6.

<sup>107</sup> *Anderl in Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.1.

<sup>108</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (186).

<sup>109</sup> Siehe Kapitel 7.5 f.

<sup>110</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 69.

## 4.4 Zurverfügungstellungsrecht

*"§ 18a (1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, das Werk der Öffentlichkeit drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise zur Verfügung zu stellen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist."<sup>111</sup>*

Das Zurverfügungstellungsrecht ist eine junge Bestimmung des UrhG, welche erst mit der UrhGNov 2003 eingeführt wurde. Aus diesem Grund gibt es noch kaum hilfreiche Judikate, welche für das spezifische Sachproblem zu Rate gezogen werden können.

Der Inhalt des § 18a UrhG fußt auf der Vorgabe der EG<sup>112</sup>, im Speziellen auf dem Art 3 der Info-RL.<sup>113</sup> Diese beinhaltet den Terminus "Zugänglichmachung", welcher im österreichisch-nationalen Recht durch den Begriff "Zurverfügungstellung" substituiert wurde. Diese Abweichung des österreichischen Gesetzgebers ist auf die englische Fassung der RL zurückzuführen. Die englische Sprachfassung beinhaltet nämlich den Ausdruck "*right of making available*", welchem, nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers, der Begriff "Zurverfügungstellung" besser entspreche. Darüber hinaus werde dadurch eine Verwechslung mit dem Verbreitungsrecht vermieden, weil dort die "Zugänglichmachung" ein Tatbestandsmerkmal ist.<sup>114</sup>

§ 18a UrhG ermöglicht dem Urheber die Verwertung seines Werks auch für den interaktiven Abruf zu kontrollieren.<sup>115</sup> Es handelt sich somit um ein eigenes Verwertungsrecht.<sup>116</sup> Vor Einführung des § 18a UrhG war umstritten, ob das Anbieten von Werken im Internet als (i) öffentliche Wiedergabe eigener Art, (ii) Senderecht, Verbreitungsrecht bzw Aufführungsrecht oder (iii) Vervielfältigung

---

<sup>111</sup> § 18a Abs 1 UrhG BGBl 1936/111 idF BGBl I 2010/2.

<sup>112</sup> Jetzt: EU.

<sup>113</sup> *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1194; *Gaderer* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 18a UrhG Punkt 1.

<sup>114</sup> EB zur UrhGNov 2003, abgedruckt in *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht, 165.

<sup>115</sup> *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1194 f; *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 18a Rz 2; *Gaderer* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 18a UrhG Punkt 1.

<sup>116</sup> EB zur UrhGNov 2003, abgedruckt in *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht, 165.

und Verbreitung anzusehen sei.<sup>117</sup> Trotz Neuheit der Norm im UrhG sei dies nach Ansicht von *Walter* bloß eine Klarstellung zum Zwecke der Rechtssicherheit.<sup>118</sup> Bis dato wurde nämlich die interaktive Übermittlung unter die Vervielfältigung und Verbreitung subsumiert.<sup>119</sup>

Für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 18a UrhG ist auch eine sukzessive Öffentlichkeit ausreichend. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit dem des § 18 UrhG gleicht, für welchen der OGH dies schon früher anerkannt hat.<sup>120</sup> Ebenso könne sogar ein innerbetriebliches Netzwerk unter diesen Begriff subsumiert werden.<sup>121</sup>

Im Schrifttum ist umstritten, ob eine interaktive Zurverfügungstellung auch beim E-Mail-Versand vorliegen kann. Auch in diesem konkreten Fall hat der Nachrichtenempfänger die Möglichkeit, die E-Mail zum Zeitpunkt und vom Ort seiner Wahl vom Server abzurufen. Dies wird jedoch von der hM wegen des individuellen Charakters der Nachricht abgelehnt.<sup>122</sup>

Nach *Dillenz/Gutmann* ist es für eine Subsumption eines Sachverhalts unter die Norm des § 18a UrhG ausreichend, dass Ort und Zeitpunkt der Abrufung durch den Nutzer festgelegt werden. Es sei daher nicht notwendig, dass das Werkstück rund um die Uhr und weltweit zugänglich sein muss.<sup>123</sup>

Das absolute Recht des § 18a UrhG ist bereits durch die Zugänglichmachung an sich betroffen, sprich die Möglichkeit des Zugriffs ist ausreichend, um in das Verwertungsrecht einzugreifen. Das Lehrbuchbeispiel hierfür bietet das Internet, denn bereits das Anbieten auf einer Webseite bedarf der Erteilung einer Berechtigung durch den Urheber.<sup>124</sup>

---

<sup>117</sup> *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 18a Rz 1; *Walter*, Urheberrechtsgesetz 2006, 43.

<sup>118</sup> *Walter*, Urheberrechtsgesetz 2006, 43.

<sup>119</sup> *Walter*, Urheberrechtsgesetz 2006, 43; wohl in diesem Sinn die bisherige Rsp OGH 04.10.1994, 4 Ob 1091/94 – "APA Bildfunknetz" – MR 1995, 143 mit Anm *Walter*; AA *Dittrich*, On-demand-Dienste: Drahtfunksendung oder öffentliche Wiedergabe?, RfR 1996, 7; *ders*, Unkörperliche Verbreitung? Eine Kritik der APA-Entscheidung, *ecolex* 1997, 367.

<sup>120</sup> OGH 27.01.1987, 4 Ob 393/86 – "Sex-Shop" – ÖBl 1987, 82 = MR 1987, 54 mit Anm *Walter*; vgl dazu bereits oben Punkt 4.3.

<sup>121</sup> *Walter*, Urheberrechtsgesetz 2006, 44.

<sup>122</sup> *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 18a Rz 10; *Walter*, Urheberrechtsgesetz 2006, 44; *Gaderer* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 18a UrhG Punkt 4.1; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40c Punkt 5; Anders wäre dies wohl bei Spam-Mails zu beurteilen.

<sup>123</sup> *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 18a Rz 1.

<sup>124</sup> *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 18a Rz 5 f.

## 5 Softwarevertrag

### 5.1 Allgemeines

Um den Vertrieb von gebrauchter Software beurteilen zu können, muss untersucht werden, auf welcher dogmatischen Grundlage ein solches IT-Produkt erworben und veräußert werden kann. Die vertragliche Grundlage stellt eine wichtige Voraussetzung für weitere Überlegungen bezüglich anwendbarer Normen dar.

Ein einheitlicher schuldrechtlicher Typus für die Überlassung von Software existiert nicht. Weder aus dem Kreis der Judikatur noch der Lehre wurde bis dato eine allseits anerkannte Lösung vorgeschlagen.<sup>125</sup> Das Grundproblem, dem zusätzlich noch wettbewerbsrechtliche Fragestellungen anhaften können,<sup>126</sup> liegt in der Verzahnung der sachen-, schuld- und immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen.<sup>127</sup> Die Folge sind unzählige divergierende Lösungsansätze in der Praxis. Dies zeigt sich bereits durch die unterschiedliche Bezeichnungen der jeweiligen Kontrakte: Lizenzvertrag, Rahmenlizenzvertrag, Programmnutzungsvertrag, Softwarevertrag, Softwarenutzungsvertrag, Computerprogrammnutzungsvertrag und viele andere.<sup>128</sup>

Das Schuldrecht wird vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht.<sup>129</sup> Demnach gibt es für dieses keinen strengen *numerus clausus*<sup>130</sup>, wie er beispielsweise im Sachenrecht gegeben ist.<sup>131</sup> Den Vertragsparteien ist es daher möglich, sich neben den typischen Verträgen des ABGB auch atypischer oder gemischter Kontrakte zu bedienen bzw diese zu kreieren. Um jedoch auch wirtschaftlich schwächere Marktteilnehmer zu schützen, wird die Privatautonomie

---

<sup>125</sup> Aicher in Rummel, Kommentar zum ABGB, § 1053 Rz 52.

<sup>126</sup> OGH 14.10.1997, 5 Ob 504, 505/96.

<sup>127</sup> Hilty, Der Softwarevertrag – Blick in die Zukunft, MMR 2003, 3 (3).

<sup>128</sup> Kronberger in Fallenböck/Gall/Stockinger, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 77 f.

<sup>129</sup> Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB, § 859 Rz 15 ff.

<sup>130</sup> Spielbüchler in Rummel, Kommentar zum ABGB, § 308 Rz 1.

<sup>131</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 14.

eingegrenzt. So ist es den Parteien unter anderem nicht möglich, besondere Schutznormen, wie zB die des KSchG, im Rahmen der Gestaltungsfreiheit zu umgehen. Eine Vereinbarung, die über solche gesetzliche Schranken hinausgeht, ist unwirksam.<sup>132</sup>

Ein weiteres Problem ergibt sich im Streitfall, wenn es die Parteien bei Vertragsschließung verabsäumt haben, gewisse Regeln bezüglich einer Situation zu bestimmen. Dieses Problem wird vor allem in Bezug auf Schadenersatz und Gewährleistung bestehen.<sup>133</sup> Aus diesem Grund ist die Einordnung in das Vertragstypensystem des ABGB ("Schubladendenken") – trotz des Bestehens der Privatautonomie – nicht rein akademischer Natur, sondern bietet die Möglichkeit der Anwendung von dispositiven Normen.<sup>134</sup> Aus den Verträgen des ABGB muss nun ein möglichst ähnlicher Vertragstyp gefunden werden, aus welchem eine fehlende Bestimmung zur Auslegung abgeleitet werden kann.<sup>135</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass selbst im Falle einer parteilichen Bezeichnung des Vertrages auch diese Benennung irrelevant sein kann, da gemäß § 914 ABGB nicht der buchstäbliche Sinn, sondern der tatsächliche Parteiwille für die Einordnung ausschlaggebend ist.<sup>136</sup> Als Beispiel sei der aus der Wirtschaft bekannte Leasingvertrag erwähnt: Hierbei werden, sofern unvollständige Kontrakte vorliegen, die Regelungen des Kauf- und Mietrechts herangezogen.<sup>137</sup>

Zu Beginn der elektronischen Datenverarbeitung bestand dieses Problem nicht, weil damals Hard- und Software als Gesamtpaket verkauft wurde.<sup>138</sup> Erst im Laufe der Zeit stieg die Nachfrage nach Software ohne Hardware an. Durch die Aufspaltung des EDV-Produktes als Ganzes kam es bei der Einordnung der Softwareüberlassung zu Zweifeln. Bis zum Zeitpunkt des separaten Vertriebes war die Einordnung in den Vertragstyp Kauf unstrittig, weil im Sinne des § 1053 ABGB "eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem anderen

---

<sup>132</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 13 ff.

<sup>133</sup> *Ertl* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 203.

<sup>134</sup> *Heydn*, Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht, CR 2010, 765 (768 f).

<sup>135</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 14; *Rummel* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 859 Rz 22; für Deutschland: *Heydn*, Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht, CR 2010, 765 (768 f).

<sup>136</sup> *Rummel* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 859 Rz 21ff.

<sup>137</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 14.

<sup>138</sup> *Eckert*, Der Computer, ein Rechtsobjekt sui generis, ÖJZ 1977, 39 (39 f), welcher auf die zwiespältige Rechtsnatur von Hardware und Software hinwies und dabei den Erwerb eines Computers mit dem eines Sklaven nach dem römischen Recht verglich und zu dem Schluss kommt ein Computer sei ein Rechtsobjekt sui generis.

überlassen" wurde. Aufgrund der Unsicherheit über die Charakterisierung von Software gab es unterschiedliche Auffassungen, wie im Falle einer vertraglichen Lücke vorgegangen werden sollte.<sup>139</sup>

Aufgrund des hohen Komplexitätsgrades wird in der Literatur auch von einem Vertrag *sui generis* gesprochen, weil kein passender Vertragstyp vorliegt.<sup>140</sup> Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass damit die rechtliche Einordnung nicht umgangen werden kann. Auch in diesem Fall soll auf die vom ABGB vorgegebenen Vertragstypen zurückgegriffen werden.<sup>141</sup>

Die Überlassung von Software wird in der Praxis beinahe ausschließlich auf der Grundlage des Kauf- oder Mietvertrages erörtert.<sup>142</sup> Sollte jedoch aufgrund der Komplexität des Sachverhalts im Einzelfall ein gesetzlich vordefinierter Vertragstyp nicht anwendbar sein, so muss meines Erachtens dennoch auf einen Vertrag *sui generis* zurückgegriffen werden. In diesem Fall sollte dann bei einem Interessenkonflikt, sofern eine vertragliche Regelung verabsäumt wurde, eine eigenständige Lösung unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens bzw. der redlichen Verkehrsanschauung<sup>143</sup> gemäß § 914 f ABGB erarbeitet werden.

## 5.2 Kaufvertrag

Im Rahmen des Sachproblems der Second-Hand-Software ist die Kaufvertragsregelung bei Veräußerung von Standardsoftware, also eine unbefristete Übertragung, die wohl geeignetste. Dies ist vor allem auf den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB zurückzuführen.<sup>144</sup> Ferner kann argumentiert

---

<sup>139</sup> Ertl in Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 193 ff.

<sup>140</sup> Staudegger, Zur Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen, JBl 1998, 604 (606); Ertl in Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 200.

<sup>141</sup> Binder in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, § 1053 Rz 19; Ertl in Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 200.

<sup>142</sup> Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 1517; Binder in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, § 1053 Rz 19.

<sup>143</sup> Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB, § 914 Rz 17.

<sup>144</sup> Wiebe/Appl, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (190), in Deutschland ist der Kauf von Software wohl anerkannt, obwohl dort der Sachbegriff enger ist.

werden, dass § 1397 ABGB<sup>145</sup> die Möglichkeit einräumt, auch Forderungen, also unkörperliche Sachen, zu verschenken. Folglich müssen – unter Zugrundelegung eines Größenschlusses – ebenso unkörperliche Sachen verkauft werden können.<sup>146</sup> Bereits im Grünbuch wird festgehalten, dass Standardsoftware ("mass-marketed package software") gekauft werden kann.<sup>147</sup>

Die höchstgerichtliche Entscheidung vom 14.10.1997 brachte eines der wenigen bedeutenden Erkenntnisse aus der österreichischen Rechtsprechung zum Thema Softwareüberlassung. Darin stellte der OGH fest, dass ein Vertrag, welcher die Übergabe von Computersoftware zum Gegenstand hat, als Kauf einer beweglichen Sache zu qualifizieren ist, sofern diese Überlassung auf einem Datenträger dauerhaft ist und die Zahlung eines einmaligen Entgelts vereinbart war. Die Eigentumsübertragung beschränke sich dabei auf das Medium. Die urheberrechtlichen Aspekte, welche die Rechte des Erwerbers beschränken, stehen einer solchen Einordnung nicht entgegen. Grundsätzlich ist nach dieser Ansicht die schuldrechtliche Einordnung des Softwareerwerbes ebenso eindeutig, wie die des Kaufes einer Audio-CD, auf welcher eine Konzertaufführung festgehalten ist, für welche wohl kein Zweifel an einem Kauf besteht. Das ausschlaggebende Element ist hierbei nicht die Vermittlung der Software, sondern die Körperlichkeit des Datenträgers, weil dieser das Computerprogramm verkörpert. Es kann aus Sicht des OGH eben wegen der Verkörperung im Speichermedium, ähnlich einem Buchkauf, wo die Buchstaben ebenfalls nur Mittel zum Zweck sind, nur vom Kauf einer körperlichen Sache ausgegangen werden. Sollten bestimmte Vertragselemente auf einen anderen Schuldrechtstyp hinweisen, so stellt dennoch, beim Vorliegen der drei oben angeführten Merkmale, der Kaufvertrag das Fundament dar.

Nach Ansicht von *Handig* und *Wiebe/Appl* sind die Regelungen über den Kaufvertrag auch bei Downloadvorgängen anwendbar, sofern die Überlassung dauerhaft und gegen Entgelt stattfindet.<sup>148</sup> Eine solche Tendenz könnte meiner

---

<sup>145</sup> "Wer eine Forderung ohne Entgelt abtritt, also verschenkt, [...]".

<sup>146</sup> *Ertl* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 1397 Rz 4.

<sup>147</sup> *Kommission*, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, COM(88) 172 endg, 191.

<sup>148</sup> *Handig*, Urheberrechtliche Erschöpfung von Downloads im World Wide Web, RdW 2003, 2 (3), dieser wohl unter Berufung auf OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s – „Handwerkerpaket“; *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (190), nach diesen lasse sich dies durch die (nicht näher bezeichnete) Rechtsprechung des OGH bzw BGH argumentieren; so aber

Meinung nach aus einer jungen Entscheidung des OGH hervorgehen, bei welcher das Gericht den Rechtssatz<sup>149</sup> hinsichtlich der drei Kriterien für die Annahme eines Kaufvertrages lediglich verkürzt zitiert: "Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts wird von der Rechtsprechung als Kaufvertrag qualifiziert." Aus dem Rechtssatz wurde somit der Zusatz "auf Datenträgern verkörperten Standardsoftware" vernachlässigt. Dem fügt der OGH hinzu: "Dies gilt allgemein für Softwareüberlassungsverträge, bei denen der Vertragszweck in der unbeschränkten und unbefristeten Verwendung der Software besteht und die Eigentumsübertragung dem Willen der Parteien entspricht."<sup>150</sup> Aufgrund der einschränkenden Wiedergabe des Rechtssatzes ist meiner Meinung nach eine Tendenz zum Kaufvertrag auch für Downloadvorgänge gegeben. Dem Ansatz dieser Entscheidung könnte jedoch entgegengehalten werden, dass im gegenständlichen Sachverhalt<sup>151</sup> die Software anscheinend durch einen Originaldatenträger erworben wurde und nicht mittels Download.

Grundsätzlich ist es irrelevant, ob der Vertrag als Kaufvertrag bezeichnet wird, oder aber dieser Ausdruck durch Nutzungsüberlassung, Nutzungskauf, Lizenzvertrag etc ersetzt wird. Diesbezüglich hielt nämlich der OGH fest, "dass im Geschäftsverkehr im Zusammenhang mit Softwareüberlassungs- bzw - nutzungsverträgen der Rechtsbegriff 'Kauf(vertrag)' in aller Regel vermieden und durch zahlreiche andere, teils unbenannte und nicht sehr kennzeichnende Vertragsbezeichnungen (Nutzungsüberlassung, Nutzungskauf, Lizenzvertrag ua) 'ersetzt' wird, dass jedoch bei wirtschaftlicher Betrachtung des Geschäftsfalles dem Erwerber die zeitlich unbegrenzte Verfügungsmacht über das 'Werkstück' (die Computerprogrammkopie bzw -Diskette) eingeräumt wird", sodass "dann bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des § 16 Abs 3 UrhG eine derartige Softwareüberlassung, bei der das in der Software zum Ausdruck gelangte Computerprogramm als dessen 'Vervielfältigungsstück, Kopie' also gleich einem

---

wohl der BGH 18.10.1989, VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 bei Übertragung von Software per Datenkabel anstelle von Software.

<sup>149</sup> RS0108702 zu OGH 14.10.1997, 5 Ob 504, 505/96; OGH 26.06.2002, 7 Ob 94/02b; OGH 21.06.2005, 5 Ob 45/05m; OGH 28.01.2009 1 Ob 145/08t; OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g – "Microsoft Österreich" – jusIT 2010, 89 mit Anm *Staudegger*, der Rechtsatz lautet wörtlich wie folgt: "Die dauerhafte Überlassung einer auf Datenträgern verkörperten Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt ist als Kauf zu qualifizieren".

<sup>150</sup> OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g – "Microsoft Österreich" – jusIT 2010, 89 mit Anm *Staudegger*.

<sup>151</sup> So die Zusammenfassung des Verfahrens von *Staudegger*, OGH: Zu den Vertragsparteien eines Microsoft-EULAs, jusIT 2011, 89 (90).

Werkstück im Sinne des § 16 UrhG enthalten ist, durchaus als 'Sachkauf' beurteilt werden [muss]."<sup>152</sup>

Selbst die in der Praxis vorkommende Rückgabebestimmung im Falle eines Vertragsverstoßes ist nach *Ertl* für die Anwendung des Kaufvertrages nicht schädlich. Diese Regel stellt zwar *prima facie* eine Resolutivbedingung dar, welche eher auf ein Dauerschuldverhältnis hindeuten würde, ist jedoch bei genauer Betrachtung lediglich eine finale Sanktionsmaßnahme für grobe Vertragsverletzungen und soll zu keinem Zeitpunkt den Charakter einer klassischen Vertragskündigung, wie sie beispielsweise bei Mietverträgen üblich ist, haben.<sup>153</sup>

Nach Ansicht von *Ertl* soll ein Kaufvertrag insbesondere bei geringwertiger Software anzunehmen sein, weil die Parteien gerade bei günstiger Massenware einen Kaufvertrag vor Augen haben. Dies sei damit begründet, dass der Kunde beim Kauf billiger Software kein Bedürfnis hat, den Kontakt mit dem Verkäufer aufrechtzuerhalten. Bei einer teuren Anschaffung solle dieser Bedarf jedoch verstärkt gegeben sein, da der Kunde so im Falle einer Neuerung rasch und kostengünstig mit Hilfe des Verkäufers auf eine neue Version umstellen könne.<sup>154</sup>

Warum gerade bei billiger Standardsoftware der Kaufvertrag eher angenommen werden soll, ist nicht einsichtig, weil grundsätzlich, unabhängig vom Preis, die vertragliche Grundlage dieselbe sein sollte, und das Bedürfnis nach Updates auch bei billiger Software gegeben ist. Es liegt auch sonst in der juristischen Praxis kein Szenario vor, in welchem sich der Vertragstyp wegen der Preishöhe ändert. Des Weiteren wird durch diesen Lösungsansatz das Problem nicht behoben, sondern lediglich verlagert, da sich nun die Frage stellen würde, ab wann ein Softwarepreis das Ausmaß erreicht, um in die Kategorie des Bestandvertrages zu fallen.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s – "Handwerkerpaket" – *ecolex* 2000/291 mit Anm *Schanda* = MR 2000, 249 mit Anm *Walter* = RdW 2000/651 = ÖBl 2001, 141 = GRUR-Int 2000, 1028.

<sup>153</sup> *Ertl* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 204 f.

<sup>154</sup> *Ertl* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 204 f u 208 f.

<sup>155</sup> *Kronberger* in *Fallenböck/Gall/Stockinger*, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 83.

Für *Hoeren* ist weder die Einräumung der Werknutzungsrechte bzw. Werknutzungsbewilligungen noch die Übertragung des Know-Hows durch die Software ausschlaggebend für die Qualifikation. Einzig die Übertragung des Eigentums an der Sache selbst stelle das entscheidende Kriterium dar. Eigentum werde an der überlassenen Softwarekopie begründet und führe somit zur Sachherrschaft. Die Tatsache, dass der Erwerber jeden anderen von der Verwendung dieser Kopie ausschließen, aber auch nach Belieben mit dieser Reproduktion verfahren kann, weise unbestritten auf einen Kaufvertrag hin. Abschließend führt er *Pearson* an: "To borrow a familiar saying,... software transaction looks like a sale, quacks like a sale and waddles like a sale", wozu er abschließend hinzufügt: "It is a sale".<sup>156</sup>

Nach *Grützmacher* ist die – auf den ersten Anschein – zu Lasten der Softwareproduzenten ausschlagende Qualifikation als Kauf auch für diese vorteilhaft. So sei beispielsweise bei auftretenden Mängeln auf die Gewährleistungsregeln des Kaufvertrages zurückzugreifen, anstatt die für sie nachteiligen mietrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Letztere würden nämlich dem Softwarenutzer einen Anspruch auf Mangelbehebung für die gesamte Dauer der Innehabung einräumen.<sup>157</sup>

Meiner Meinung nach kann daher zusammenfassend festgehalten werden, dass dem entgeltlichen Erwerb von Software auf unbestimmte Zeit ein Kaufvertrag zugrunde liegt. Dies wird zumeist<sup>158</sup> bei Standardsoftware der Fall sein.

### **5.3 Exkurs: Schutzhüllenvertrag**

Das beschränkte Eigentum stellt aufgrund der gesetzlichen Urheberrechte an sich noch keine besondere Problematik dar. Softwarehersteller versuchen jedoch mit Hilfe von vertraglichen Bestimmungen, sogenannten "Schutzhüllenverträgen",

---

<sup>156</sup> *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rz 123 ff sowie 143 mwN.

<sup>157</sup> *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 (305).

<sup>158</sup> AA wohl für Standardsoftware, welche als Volumenlizenz vergeben wird: *Zellhofer/Kopf*, "Gebrauchte" Software – eine Lizenz zum Erfolg?, *ecolex* 2008, 336 (337); *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 11.4.55.

die Dispositionsfreiheit des Vertragspartners möglichst allumfassend zu begrenzen. Sie sind in der Fachwelt auch unter dem Namen *shrink-wrap licenses*, *click wrap agreements* und *enter-agreements* bekannt.<sup>159</sup>

Diese dem ABGB unbekanntes Vertragsvariante ist kein dem Kauf- oder Mietvertrag vergleichbarer Typus. Es handelt sich vielmehr um eine Vorgehensweise, welche – meist nachträglich – ein Vertragsverhältnis zwischen Softwarehersteller und Kunden begründen soll.<sup>160</sup>

Bei der namensgebenden Variante handelt es sich um einen in Plastik verschweißten und oft zusätzlich verplombten Datenträger. Des Weiteren liegt ein Zettel mit AGB bei, welchem der Kunde entnehmen kann, dass er durch Zerreißen der Hülle diesen Vertragsbestimmungen zustimmt. Es findet sich darauf meist auch ein Hinweis, wie der Erwerber die Software zurückgeben kann, wenn er sich mit den Bestimmungen nicht einverstanden erklärt. In der Praxis befinden sich in seltenen Fällen die AGB in der Hülle selbst und sind erst nach dem Öffnen einsehbar, wodurch ein Vertrag unter Bestimmungen geschlossen werden würde, welche bei seiner Begründung gar nicht bekannt waren.<sup>161</sup>

In der heutigen Zeit haben sich die Schutzhüllenverträge zu sogenannten *enter agreements* weiterentwickelt. Hierbei wird der Programminstallation ein Formular vorgeschaltet, bei welchem dem Installierenden die Möglichkeit gegeben wird, Vertragsbestimmungen durchzulesen und durch Betätigen einer Schalteiste zu akzeptieren oder abzulehnen. Eine Installation setzt jedoch die Zustimmung voraus.<sup>162</sup> Bei *click wrap licenses* handelt es sich um Lizenzvereinbarungen, welche im Rahmen des Downloads, Installation und/oder Nutzung die Zustimmung des Nutzers verlangen.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1352; *Staudegger*, Erfordernis bzw Zulässigkeit von End User License Agreements (EULAs), jusIT 2008, 12 (13).

<sup>160</sup> *Holzinger*, Rechtsgeschäftliche Übertragung von Software - Versuch einer systematischen Einordnung, EDVuR 1987, H 4, 10 (15).

<sup>161</sup> *Köhler/Fritzsche* in *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 535 f; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rz 385 ff.

<sup>162</sup> *Köhler/Fritzsche* in *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 537 f.

<sup>163</sup> *Staudegger*, Erfordernis bzw Zulässigkeit von End User License Agreements (EULAs), jusIT 2008, 12 (13).

Eine ähnliche Problematik ist wohl gegeben, wenn der Kunde beim Ankauf von Hardware den Verkäufer ersucht, eine gewünschte Software zuvor auf die Festplatte zu kopieren und dann das gesamte System auszuliefern. Auch hier muss der Händler zuerst den Schutzhüllenvertrag akzeptieren, um das Computerprogramm installieren zu können. Ein Vertrag zwischen dem Kunden und dem Softwarehersteller wird nur unter der Voraussetzung einer bestehenden rechtsgeschäftlichen Vollmacht anzunehmen sein. Eine solche Befugnis wird dem Verkäufer wohl nur in den seltensten Fällen eingeräumt werden.<sup>164</sup>

Im Bereich des Schutzhüllenvertrages sind meines Erachtens zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: In der ersten Variante wird die Software von einem Zwischenhändler erworben. Dies führt dazu, dass der Kaufvertrag zwischen besagtem Händler und dem Endbenutzer begründet wird. Da dieser in aller Regel ohne die Nebenabreden, welche im Schutzhüllenvertrag enthalten sind, abgeschlossen wird, stellt auch das Öffnen der Schutzhülle keine Annahme des Schutzhüllenvertrages dar. Das Aufbrechen des Siegels dient lediglich dazu, das Computerprogramm vertragsgemäß zu verwenden und soll nicht den (nachträglichen) Bestätigungswillen ausdrücken. Selbiges muss auch für *shrink wrap licenses* gelten, welche nicht bereits beim Kauf, sondern erst im Rahmen der Programminstallation ersichtlich werden.<sup>165</sup> Eine andere Tendenz zeigt sich hierbei anscheinend in der Rechtsprechung:<sup>166</sup> Ohne besondere Erörterung wurde bei der Installation einer Software vom Abschluss eines Lizenzvertrages ausgegangen. In diesem Sachverhalt war bereits auf der Softwareverpackung ein Hinweis ersichtlich, dass bei der Installation eine Nutzungsvereinbarung abzuschließen ist.<sup>167</sup>

Bei der zweiten Variante sind nach *Kronberger* derartige Verträge im Bereich des Online-Vertriebes mit großer Wahrscheinlichkeit gültig, weil hier zumeist die Vertragspartei Rechteinhaber ist, der tatsächliche Erwerber an der

---

<sup>164</sup> *Ertl*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDVuR 1994, 19 (23).

<sup>165</sup> *Holzinger*, Rechtsgeschäftliche Übertragung von Software - Versuch einer systematischen Einordnung, EDVuR 1987, H 4, 10 (15); *Köhler/Fritzsche* in *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 536 f; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht - Handbuch - I. Teil, Rz 1785; *Wiebe/Prändl*, Open Source Software - Rechtliche Rahmenbedingungen nach österr. Recht, ÖJZ 2004, 628 (631); AA für *click wrap licenses* *Staudegger*, Erfordernis bzw. Zulässigkeit von End User License Agreements (EULAs), jusIT 2008, 12 (13).

<sup>166</sup> OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g - "Microsoft Österreich" - jusIT 2010, 89 mit Anm. *Staudegger*.

<sup>167</sup> *Staudegger*, OGH: Zu den Vertragsparteien eines Microsoft-EULAs, jusIT 2011, 89 (90).

Produkttransaktion beteiligt ist, und die Software auch unmittelbar danach installiert wird. Das Auseinanderfallen von Programmtransaktion und späterer Installation stellt seines Erachtens kein Hindernis für die Annahme eines gültigen Vertrages dar.<sup>168</sup> Ähnlich argumentiert auch *Staudegger*, nach welcher die *click wrap licenses* gültig sind, weil eine frühzeitige Kenntlichmachung der Nutzungsbedingungen bei Softwarebezug per Download möglich und nach *Staudegger* auch üblich ist.<sup>169</sup>

Meiner Meinung nach sind derartige Verträge nur dann verbindlich, wenn die Software vom Softwarehersteller bzw. Urheber direkt an den Endbenutzer übertragen wird und dabei die Vertragsbestimmungen dem Kaufvertrag zugrunde liegen. Aus diesem Grund wird der klassische Schutzhüllenvertrag nicht gültig sein. Anderes ist bei einem Online-Vertrieb denkbar, wenn zB mit Vertragsabschluss sämtliche Bestimmungen akzeptiert werden, dann erst im Gegenzug die Software per Download übertragen wird und danach am Rechner des Erwerbers installiert werden kann. Demzufolge müsste die *click wrap license* für ihre Gültigkeit mit dem Online-Kauf verbunden sein. Ist der Vertragsinhalt der Lizenz erst in einem Kauf bzw. Download ersichtlich, ist die Lizenz meines Erachtens nicht durch den gebildeten Kaufvertragswillen gedeckt und somit nicht verbindlich. Auch die von *Kronberger* geforderte Zulässigkeit der Vereinbarung bei unmittelbarer Installation nach dem Download und der dabei ersichtlich werdenden Lizenz ist abzulehnen, weil hier unklar ist, ob ein Vertrag auch dann gültig zustande kommt, wenn die Software erst Stunden, Tage oder gar Wochen später installiert werden sollte; ganz zu schweigen von der damit einhergehenden Beweisproblematik. Nach oben dargelegter Rechtsprechung ist fraglich, wie ein Hinweis auf der Softwareverpackung auf die *shrink wrap license* zu werten ist, weil trotz des Hinweises der gesamte Inhalt der Lizenzvereinbarung nicht ersichtlich ist und somit nach hM<sup>170</sup> auch nicht Vertragsgegenstand sein kann.

---

<sup>168</sup> *Kronberger* in *Fallenböck/Gall/Stockinger*, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 82 f.

<sup>169</sup> *Staudegger*, Erfordernis bzw. Zulässigkeit von End User License Agreements (EULAs), *jusIT* 2008, 12 (13 f).

<sup>170</sup> Vgl. dazu Fn 165.

## 5.4 Bestandvertrag

Es besteht auch die Möglichkeit, Software einem Benutzer nur für bestimmte Zeit zu überlassen.<sup>171</sup> Dann sind die Bestimmungen des Bestandvertrages gemäß §§ 1090 ff ABGB heranzuziehen, da es sich bei Computerprogrammen zweifellos um unverbrauchbare Sachen im Sinne des § 301 ABGB handelt.<sup>172</sup> Zu diesem Schluss – wenn auch im Rahmen eines gebührenrechtlichen Verfahrens – gelangte auch der VwGH, der einen Vertrag, bei welchem die Nutzung von Software durch nicht übertragbare und nicht ausschließliche Rechte gegen monatliches Entgelt gewährt wurde, als Bestandvertrag qualifizierte.<sup>173</sup> Gegenstand eines Bestandvertrages können sowohl bewegliche als auch unbewegliche, körperliche und auch unkörperliche Sachen sein. Aus diesem Grund sind sämtliche sachenrechtliche Streitigkeiten in Bezug auf Software irrelevant und die Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen kann zweifellos bejaht werden.

Beim Bestandvertrag unterscheidet das Gesetz grundsätzlich zwischen Miete und Pacht. Die Grenze wird nach § 1091 ABGB bei der Notwendigkeit der Bearbeitung der Sache gezogen. Ist die in Bestand gegebene Sache nur mit Fleiß und Mühe benutzbar, so handelt es sich um ein Pachtverhältnis; ist eine Bearbeitung für den bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht notwendig, so liegt das Rechtsinstitut der Miete vor.<sup>174</sup> Unter welche Kategorie Software im Detail zu subsumieren ist, lässt sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetzestext ablesen.

Diese Unterscheidung ist in der Praxis vor allem für die Anwendbarkeit des MRG notwendig. Des Weiteren ist bei Vermietung unbeweglicher Sachen im Gegensatz zur Pacht gemäß § 1096 ABGB die Zinsbefreiung *expressis verbis* nicht abdingbar. Eine zusätzlich vernachlässigbare Divergenz zeigt sich in der Verteilung der Lasten und Abgaben nach § 1099 ABGB, weil sich diese bei Pacht

---

<sup>171</sup> Andreewitch/Pollirer/Bartsch, Worauf sollte der Anwender beim Abschluß von EDV-Verträgen besonders achten?, EDVuR 1992, 152 (152).

<sup>172</sup> Kronberger in Fallenböck/Gall/Stockinger, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 83.

<sup>173</sup> VwGH 27.11.1980, 240/79, ÖBl 1981, 165 mit abl Anm Schönherr: Nach Schönherr handelt es sich nur bei Verträgen mit Werknutzungsbewilligungen um Bestandsverträge, da Werknutzungsrechte durch konstitutive Rechtsübertragung vermittelt werden.

<sup>174</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 216.

anders gestaltet als bei Miete. Ebenso zeigen sich auch geringfügige Unterschiede im Bereich des gesetzlichen Pfandrechts in § 1101 ABGB und der stillschweigenden Erneuerung des Bestandverhältnisses gemäß § 1115 ABGB,<sup>175</sup> sowie geringfügige Diskrepanzen in den §§ 1105, 1108 und 1109 ABGB.<sup>176</sup> Da jedoch für die Beurteilung weder eine unbewegliche Sache noch eine Anwendbarkeit des MRG denkbar ist, und weiters die gesetzlichen Abweichungen im Allgemeinen keine große Relevanz haben, wird auf eine genauere Untersuchung verzichtet.

Schließlich wird die Subsumtion von Softwareverträgen, welche primär Elemente eines befristeten Vertragsverhältnisses, einer periodischen Zahlung oder eines vertraglichen, einseitigen Kündigungsrechts beinhalten, unter die Bestandsverträge gemäß § 1090 ABGB zielführend sein. Ein solcher Bestandvertrag wird beispielsweise bei Volumenlizenzverträgen behauptet.<sup>177</sup> Ob dabei die miet- oder pachtrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind, wird bei Bedarf im Einzelfall zu prüfen sein.

## 5.5 Werkvertrag

Beim Werkvertrag handelt es sich um einen Vertrag, bei welchem im Sinne des § 1151 Abs 1 "die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt" übernommen wird. Diese Regelung ist vor allem im Bereich der Individualsoftware notwendig, weil in diesem Fall das Produkt nach den persönlichen Wünschen des Kunden angefertigt wird. Dieser Argumentation ist auch der OGH gefolgt. Demnach ist der Vertrag dann als Werkvertrag zu qualifizieren, wenn im Rahmen der Lieferung eine noch nicht bestehende Programmlösung begehrt wird, welche exakt auf die Bedürfnisse des Bestellers zugeschnitten wurde.<sup>178</sup>

Auch im Falle von Standardsoftware ist dieser Vertragstyp denkbar, sofern das Computerprogramm mit großem Aufwand beim Erwerber für dessen speziellen

---

<sup>175</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 216.

<sup>176</sup> *Ertl* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 211 f.

<sup>177</sup> *Zellhofer/Kopf*, "Gebrauchte" Software – eine Lizenz zum Erfolg?, *ecolex* 2008, 336 (337); *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 11.4.55.

<sup>178</sup> OGH 03.08.2005, 9 Ob 81/04h – "Individualsoftware".

Einsatz angepasst werden muss.<sup>179</sup> In der Regel wird dies für Massenprodukte nicht zutreffen.<sup>180</sup> Aus diesem Grund wird der Werkvertrag bei Standardsoftware meines Erachtens nicht anwendbar sein, weil es sich hierbei um ein solches Erzeugnis handelt.

---

<sup>179</sup> *Kronberger in Fallenböck/Gall/Stockinger, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 85.*

<sup>180</sup> *Krejci in Rummel, Kommentar zum ABGB, § 1166 Rz 127.*

## 6 Erschöpfungsgrundsatz

### 6.1 Allgemeines

Um die Legalität des Vertriebes von gebrauchter Software zu begründen, aber auch um ihr zu widersprechen, stützen sich sowohl Rechtsprechung<sup>181</sup> als auch Lehre<sup>182</sup> und Praxis<sup>183</sup> auf den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz. Diese rechtliche Bestimmung ist zwar nicht für sich alleine ausschlaggebend für die Bejahung der Zulässigkeit des Second-Hand-Software-Verkaufes, stellt jedoch einen wichtigen Eckpunkt in der Zulässigkeitsbeurteilung dar.<sup>184</sup>

Das Urheberrecht bietet dem Rechteinhaber in § 16 Abs 1 UrhG das ausschließliche Recht, Werkstücke eines urheberrechtlich geschützten Werkes zu verbreiten. Dieses Verbreitungsrecht umfasst auch das Ausstellungsrecht, sofern das Werkstück noch nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde (§ 16 Abs 2 UrhG).<sup>185</sup> Der Erschöpfungsgrundsatz findet sich in § 16 Abs 3 UrhG und ist somit Teil der Regelung über das Verwertungsrecht der Verbreitung. Anders als das deutsche Recht, hat der österreichische Gesetzgeber auf eine spezifische Erschöpfungsregelung für Computerprogramme in Abschnitt VIa des UrhG verzichtet. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass eine Erschöpfung

---

<sup>181</sup> Vgl zB BGH 03.02.2011, I ZR 129/08 – "UsedSoft" – MMR 2011, 305 mit Anm Heydn = GRUR-Prax 2011, 172 mit Anm Cichon = RdW 2011/121 = MR-Int 2011, 25 mit Anm Stögmüller = MR 2011, 35; OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07, ITRB 2008, 195 mit Anm Rössel = CR 2008, 551 mit Anm Bräutigam = ZUM 2009, 70 mit Anm Herzog; LG Düsseldorf 26.11.2008, 12 O 431/08, CR 2009, 211 mit Anm Witte = MMR 2009; LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm Grützmaker = MMR 2006, 827 mit Anm Heydn/Schmidl = ITRB 2007, 4 mit Anm Rössel; BGH 06.07.2000, I ZR 244/97 – "OEM-Version" – CR 2000, 651 ff mit Anm Witte.

<sup>182</sup> Vgl zB Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.4.37 ff; Bräutigam/Wiesemann, Der BGH und der Erschöpfungsgrundsatz bei Software, CR 2010, 215; Hoeren, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, 665; Bröckers, Software-Gebrauchthandel: Der Teufel steckt im Detail – Technische Besonderheiten und gesetzlicher Änderungsbedarf, MMR 2011, 18; Wiebe/Appf, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186; Burgstaller, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, ecoloex 2008, 58; Hoeren, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573; Handig, Urheberrechtliche Erschöpfung von Downloads im World Wide Web, RdW 2003, 2.

<sup>183</sup> Vgl zB www.usedsoft.com in ihren FAQ.

<sup>184</sup> So ist zB im folgenden Kapitel 7 die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes essentiell für die Beurteilung von Weitergabeverboten, welche sich auf die Sache selbst beziehen.

<sup>185</sup> Kucsko, Geistiges Eigentum, 1177 u 1184 f; Ciresa, Österreichisches Urheberrecht, § 16 Rz 8; Handig in Kucsko, Urheberrecht, § 16b Punkt 6.

für Software nicht möglich ist, sondern lediglich, dass auch hierfür die allgemeinen Bestimmungen des § 16 Abs 3 UrhG anwendbar sind.<sup>186</sup>

Da das Verbreitungsrecht sehr weitreichend ausgestaltet ist, steuert der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz diesem entgegen und bildet eine Beschränkung der Verbreitungsbefugnis. Durch diese Bestimmung tritt das Urheberrecht hinter das Eigentumsrecht zurück. Bereits die EB zum UrhG 1936 hielten dazu fest, dass es sich beim Verbreitungsrecht nicht um eine "Gewerbeberechtigung" handeln soll, welche alleine dem Urheber zusteht, sondern um ein Recht, das mit Erfüllung seiner Aufgabe erlischt.<sup>187</sup> Ohne Beschränkung dieses Verwertungsrechts hätte der Urheber bei jeder Weitergabe eines Werkstückes die Möglichkeit, diese zu verwehren oder von der Bezahlung eines Entgelts abhängig zu machen.<sup>188</sup>

Um den *telos* der Regelung besser erkennen zu können, ist es meiner Meinung nach zweckmäßig, das Verbreitungsrecht des Urhebers kurz darzustellen: Hat der Urheber ein Werkexemplar zu einem bestimmten Zeitpunkt auf eine bestimmte Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, sind nach Ansicht des Gesetzgebers seine berechtigten Interessen befriedigt. Das sei darauf zurückzuführen, dass der Rechteinhaber die prinzipielle Möglichkeit gehabt hatte, Profit aus seiner absoluten Berechtigung zur Verbreitung zu ziehen. Darüber hinaus war es ihm auch möglich, über seine persönlichen Interessen zu disponieren, weil er alleine über die Veröffentlichung des Exemplars entscheiden konnte. Anders gesagt bedeutet das, dass seine Interessen mit dem ersten Inverkehrbringen abgegolten wurden, und folglich jede weitere Verbreitung die geschützten Interessen des § 16 Abs 1 UrhG nicht mehr tangieren kann, weil er bereits die Möglichkeit hatte, sich am wirtschaftlichen Nutzen seiner Schöpfung zu beteiligen und auch seine persönlichen Werte zu schützen.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> Ruffler, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (53).

<sup>187</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 70.

<sup>188</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 68 ff.

<sup>189</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 68 ff.

Die Regelung hierzu findet sich in § 16 Abs 3 UrhG und lautet wie folgt:

*"Dem Verbreitungsrecht unterliegen – vorbehaltlich des § 16a – Werkstücke nicht, die mit Einwilligung des Berechtigten durch Übertragung des Eigentums in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes in Verkehr gebracht worden sind."*<sup>190</sup>

Grundsätzlich ist hervorzuheben, dass die Erschöpfung nach hJ nur für das Verbreitungsrecht an sich eintritt, alle anderen exklusiven Rechte, wie zB das Vervielfältigungsrecht, werden nicht berührt.<sup>191</sup> Dadurch wird dem Erwerber ermöglicht, die Sache zu verkaufen oder zu verschenken. Wird zB ein Buch gekauft, so kann dieses auf einem Flohmarkt rechtmäßig weiterverkauft werden. Es ist aber nicht erlaubt,<sup>192</sup> das Buch zu kopieren und selbst kommerziell zu vertreiben.<sup>193</sup>

Bei der Erschöpfung ist außerdem zu beachten, dass diese nur für den Bereich der EG<sup>194</sup> sowie in den Vertragsstaaten der EWR eintritt (§ 16 Abs 3 UrhG).<sup>195</sup> Es handelt sich somit, im Vergleich zur internationalen Erschöpfung, um eine regionale.<sup>196</sup> Der Europäische Gesetzgeber hat sich somit durch Einführung des Grundsatzes der gemeinschaftsweiten Erschöpfung gegen eine internationale Erschöpfung ausgesprochen.<sup>197</sup> Die "internationale Erschöpfung" führt dazu, dass die Erschöpfungswirkung mit dem erstmaligen Inverkehrbringen, unabhängig vom jeweiligen Gebiet, auch im Inland eintritt.<sup>198</sup> Eine solche wird beispielsweise von den USA auf Grundlage der *first sale doctrine* grundsätzlich bejaht: Nach dieser Variante kann – sofern keine gesetzlichen Regelungen entgegenstehen – ein einmal mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gebrachtes Werkstück durch Parallelimportverbote nicht mehr beschränkt werden.<sup>199</sup>

---

<sup>190</sup> § 18a Abs 1 UrhG BGBl 1936/111 idF BGBl I 2010/2.

<sup>191</sup> OGH 31.05.1988, 4 Ob 23/88 – "Gloria".

<sup>192</sup> Selbstverständlich unter der Prämisse, dass dies vertraglich nicht vereinbart wurde.

<sup>193</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 569; *Anderl in Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.1.

<sup>194</sup> Jetzt: EU.

<sup>195</sup> Vgl hierzu OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s – "Handwerkerpaket" – *ecolex* 2000/291 mit Anm *Schanda* = MR 2000, 249 mit Anm *Walter* = RdW 2000/651 = ÖBl 2001, 141 = GRUR-Int 2000, 1028.

<sup>196</sup> *Walter*, Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 589; *Gaster*, Zur Entwicklung des Urheberrechts auf Ebene der EU, *ipCompetence* 2010 H 4, 4 (16).

<sup>197</sup> Vgl zu dieser Entwicklung *Gaster*, Funktion des Binnenmarkts und Paralleleinführen aus Drittländern: Ein Plädoyer gegen die internationale (globale) Erschöpfung von Immaterialgüterrechten, *wbl* 1997, 47.

<sup>198</sup> *Gaster*, Zur Entwicklung des Urheberrechts auf Ebene der EU, *ipCompetence* 2010 H 4, 4 (16).

<sup>199</sup> *Bucher*, US-Supreme Court - Internationale Erschöpfung des Urheberrechts, *ecolex* 1998, 719 (719);

Eine Verbreitungshandlung nach § 16 UrhG erschöpft sich somit, wenn der Erstverkauf in einem Mitgliedstaat der EU bzw EWR mit Zustimmung des dort territorial Berechtigten stattgefunden hat.<sup>200</sup> Dabei ist zu beachten, dass für die gemeinschaftsweite Erschöpfung die Zustimmung des in dem (europäischen) Verbreitungsland Berechtigten ausreichend ist, und es auf die Zustimmung von möglichen anderen Verbreitungslandberechtigten in anderen Mitgliedstaaten nicht mehr ankommt.<sup>201</sup> Dem Rechteinhaber ist eine Beschränkung für ein bzw mehrere Mitgliedstaaten verwehrt. Hat er sein Werkstück einmal in der EU bzw EWR in Verkehr gebracht, ist es ihm nicht möglich, Parallelimporte aus der EU bzw EWR zu verhindern.<sup>202</sup> Der Europäische Erschöpfungsgrundsatz ermöglicht es jedoch dem Urheber, die Verbreitung seiner Werkstücke außerhalb der EU zu beschränken. In diesem Sinn kann der Urheber ein Verbreitungsrecht für Japan erlauben, gleichzeitig aber für den Rest der Welt untersagen. So ist es dem Urheber zB möglich, den Import von in Japan vertrieben Werkstücke in die EU zulässigerweise zu unterbinden.<sup>203</sup>

Ohne diese gesetzliche Bestimmung wäre ein Sekundärmarkt, wie zB ein Second-Hand-Shop, undenkbar.<sup>204</sup> Auf den ersten Blick scheint es, als wäre die Frage, ob der Vertrieb von gebrauchter Software zulässig ist, gelöst. Dies ist jedoch nicht so einfach, weil Software auf unterschiedliche Art übertragen werden kann und diese verschiedenen Arten nicht ohne Probleme einzuordnen sind. Aus diesem Grund besteht in der Rechtswissenschaft eine hohe Diskordanz bezüglich der Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz auf Computerprogramme an sich anwendbar ist und welche Bedeutung er haben kann. Darüber hinaus erfordert die Verwendung eines Computerprogramms nicht nur die Berechtigung zur Verbreitung, sondern der Nutzer benötigt zur rechtmäßigen Verwendung auch weitere Rechte, wie zB das Recht der Vervielfältigung, welche durch die Erschöpfungswirkung nicht abgedeckt ist.

---

*Plöckinger*, Zur Frage der Erschöpfung im Urheberrecht, MR 1999, 153 (157).

<sup>200</sup> *Plöckinger*, Zur Frage der Erschöpfung im Urheberrecht, MR 1999, 153 (156).

<sup>201</sup> *Walter*, Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 586.

<sup>202</sup> OGH 13.09.1999, 4 Ob 151/99f – "Roll up" – MR 1999, 343 mit Anm *Walter*; *Plöckinger*, Zur Frage der Erschöpfung im Urheberrecht, MR 1999, 153; *ders*, Gemeinschaftsweite vs internationale Erschöpfung des Verbreitungsrechts, MR 2000, 24.

<sup>203</sup> *Anderl in Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.4.

<sup>204</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 569; *Anderl in Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.1.

Schon das UrhG 1920 enthielt Bestimmungen über das Verbreitungsrecht. Mit BGBl Nr 111/1936 wurde der § 16 Abs 1 und 3 UrhG so gefasst, wie er auch heute noch – allerdings mehrfach novelliert – besteht. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Gesetzgeber freilich noch nicht das Problem vor Augen, das heute im Computerzeitalter die Rechtswissenschaft beschäftigt. So hatte wohl auch der Pionier des Erschöpfungsgrundsatzes, *Josef Kohler*,<sup>205</sup> in seinen kühnsten Träumen nicht daran gedacht, womit die Juristerei der Zukunft in diesem Bereich einmal zu kämpfen haben wird.

Der "Stein des Anstoßes" ist in den EB zum UrhG 1936 zu finden, wonach sich der Verbreitungsbegriff "nur auf körperliche Festlegungen des Werkes, also Werkstücke<sup>206</sup> [bezieht], mag es sich um Urstücke oder Vervielfältigungsstücke handeln."<sup>207</sup> Ob es sich somit beim datenträgerlosen Vertrieb von Software überhaupt um eine Verbreitung im urheberrechtlichen Sinn handelt, ist höchst umstritten und wird in den nun folgenden Kapiteln behandelt.

## 6.2 Exkurs: Rechtsvergleich Deutschland

Das deutsche Urheberrecht hat einen mit dem österreichischen Recht vergleichbaren Aufbau. Es enthält in § 17 dUrhG eine Bestimmung zum Verbreitungsrecht, in welcher in Abs 2 auch eine Erschöpfungsregelung normiert ist. Der Unterschied zur österreichischen Rechtslage besteht darin, dass der deutsche Gesetzgeber im achten Abschnitt über besondere Bestimmungen für Computerprogramme eine *lex specialis* zum Verbreitungsrecht und zum Erschöpfungsgrundsatz in § 69c Z 3 dUrhG geschaffen hat.<sup>208</sup> Demnach hat der Rechteinhaber das ausschließliche Recht folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten:

*"jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung. Wird ein*

---

<sup>205</sup> *Kohler*, Autorrechtliche Studien, AcP 85 (1896), 435 (435 ff).

<sup>206</sup> Siehe dazu 6.4.1.

<sup>207</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 69.

<sup>208</sup> *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, Vor §§ 69a ff, Rz 6.

*Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts".<sup>209</sup>*

Diese Umsetzung gleicht den Vorgaben des Gemeinschaftsrechtes und soll den Zweck erfüllen, den Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH herzustellen. Überdies soll durch den eigenen Abschnitt besonders hervorgehoben werden, dass es sich hierbei um "Europäisches Urheberrecht" handelt, das in Zweifelsfällen richtlinienkonform interpretiert werden muss.<sup>210</sup> Ein wesentlicher Unterschied bestehe bei der Verbreitung gemäß § 17 dUrhG und § 69c Z 3 dUrhG darin, dass diese im Rahmen des § 17 dUrhG nur in körperlicher Form möglich sei. Nach umstrittener Ansicht könne im Fall des § 69c Z 3 dUrhG auch im Rahmen einer Online-Datenübertragung Erschöpfung eintreten.<sup>211</sup>

Die Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland ist – anders als in Österreich – zahlreich, aber nicht einheitlich. Besonders wegen der Ähnlichkeit der Rechtslage – einerseits die relevanten Normen für das Sachproblem gebrauchte Software, andererseits die Rechtsordnungen als Ganzes – können die in Deutschland vertretenen Ansichten auch für den österreichischen Raum besondere Bedeutung haben und Lösungsansätze bieten. Daher erscheint es nicht verwunderlich, dass auch der OGH auf deutsche Literatur und Rechtsprechung verweist.<sup>212</sup>

### **6.3 Rechtfertigungstheorien**

Die Notwendigkeit des Erschöpfungsgrundsatzes in § 16 Abs 3 UrhG wird in der Lehre von drei vorherrschenden Rechtfertigungstheorien abgeleitet:

---

<sup>209</sup> § 69c Z 3 dUrhG.

<sup>210</sup> Loewenheim in *Schricker*, Urheberrecht, § 69c Rz 1.

<sup>211</sup> *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522 (524).

<sup>212</sup> So zB OGH 14.10.1997, 5 Ob 504, 505/96; OGH 9.12.1997, 4 Ob 361/97k.

1. Eigentumstheorie,
2. Belohnungstheorie und
3. Verkehrssicherungstheorie.

Diese stellen auch für die Subsumption von Computerprogrammen Gesichtspunkte dar, mit deren Hilfe das Für und Wider abgewogen werden kann.

### 6.3.1 Eigentumstheorie

Die Eigentumstheorie spricht die Interessengegensätze zwischen dem Eigentümer des Werks und dessen Schöpfer an. Ersterem soll gemäß § 354 ABGB das Recht zukommen, mit seinem Eigentum nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon ausschließen zu können. Dem steht jedoch entgegen, dass im Werk auch gleichzeitig die urheberrechtlichen Leistungen verkörpert sind und auch diese geschützt werden sollen. Der Erschöpfungsgrundsatz soll nun diese fundamentale Interessenkollision auflösen, und zwar in dem Sinne, dass der Eigentümer die Möglichkeit der Weiterverbreitung unter den in § 16 Abs 3 UrhG genannten Voraussetzungen erhält, weil die Interessen des Urhebers ausreichend berücksichtigt wurden.<sup>213</sup> Diese Theorie ist auf den Grundgedanken von *Kohler* zurückzuführen, welcher dem Eigentümer eines Druckwerks die Weiterverbreitung dann ermöglichen wollte, wenn dieser das ausschließliche Verbreitungsrecht einmal ausgeübt hat.<sup>214</sup> Dieser Leitsatz wird auch in den EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 aufgegriffen und als Rechtfertigung angeführt.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522 (524); *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 569; *Ganea*, Ökonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschöpfung, GRUR-Int 2005, 102 (102 ff); *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, ecolex 2008, 58 (60); *Knies*, Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR-Int 2002, 314 (315).

<sup>214</sup> *Kohler*, Autorrechtliche Studien, AcP 85 (1896), 435 (435 ff).

<sup>215</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 70.

### **6.3.2 Belohnungstheorie**

Eine andere Rechtfertigung hält die Belohnungstheorie bereit, welche den wirtschaftspolitischen Aspekt hervorhebt. Demnach soll dem Urheber durch das erstmalige Inverkehrbringen die Gelegenheit gegeben sein, seine wirtschaftlichen Interessen in Form eines Entgelts abgegolten zu erhalten. Mit dieser Abgeltung sei jede weitere Kontrolle der Zirkulation eines Werkstückes nicht mehr notwendig, weil er Gelegenheit hatte, eine für ihn angemessene Gegenleistung zu verlangen.<sup>216</sup>

### **6.3.3 Verkehrssicherungstheorie**

Die Verkehrssicherungstheorie betont das Interesse der Allgemeinheit. Angenommen, die Rechtsordnung würde keinen Erschöpfungsgrundsatz kennen, so wäre der freie Handel mit Werkexemplaren nur eingeschränkt möglich, da für jeden einzelnen Verbreitungsschritt die Zustimmung des Urhebers notwendig wäre. Dieser wäre entweder überhaupt nicht oder nur mit enormem Aufwand in Erfahrung zu bringen und würde somit den Warenverkehr und den Markt über Gebühr belasten. Aus diesem Grund soll das Urheberrecht gegenüber dem Eigentum zurücktreten.<sup>217</sup>

## **6.4 Wesentliche Tatbestandsmerkmale**

Die drei wesentlichen, zu prüfenden Tatbestandsmerkmale des Erschöpfungsgrundsatzes für das Sachproblem der gebrauchten Software sind:

---

<sup>216</sup> *Koppensteiner*, Zum Erschöpfungsgrundsatz im Patent- und Urheberrecht - Eine Erwiderung, GRUR-Int 1972, 413 (413 ff); *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522 (524); *Ganea*, Ökonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschöpfung, GRUR-Int 2005, 102 (102 ff); *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, eolex 2008, 58 (60).

<sup>217</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 4.1; *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, eolex 2008, 58 (60); so bereits die EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 70; so auch BGH 23.02.1995, I ZR 68/93 - "Mauer-Bilder" - GRUR 1995, 673 (676).

1. Werkstück
2. Eigentumsübertragung
3. Einwilligung zum Inverkehrbringen

Die Frage, inwieweit im Rahmen des erstmaligen Inverkehrbringens auch die Öffentlichkeit miteingebunden werden muss, ist für das Problem der Gebrauchtssoftware nicht näher zu untersuchen, weil dies meines Erachtens im Zusammenhang mit dem gewerblichen Vertrieb von Gebrauchtssoftware kaum Bedeutung hat.

### **6.4.1 Werkstück**

Das Verbreitungsrecht und in Folge der Erschöpfungsgrundsatz verlangen als Tatbestandsmerkmal das Vorliegen von Werkstücken. Nach den EB zum UrhG 1936 handelt es sich beim Terminus "Werkstück" um eine körperliche Festlegung des Werkes.<sup>218</sup> Höchst brisant ist nun die aus dem Sachproblem resultierende Frage, inwieweit auch unter einem Computerprogramm ein physisches Objekt zu verstehen ist bzw inwieweit dieselben Bestimmungen auch auf Software anwendbar sind.

Hierzu hatte der BGH bereits im Jahr 1989 Abwägungen durchzuführen, nämlich bezüglich der Rechtsfrage, inwiefern der bloße Umstand, dass Software anstelle durch Datenträgerübergabe per Kabel übertragen wurde, es rechtfertige, Rechtsnormen anders anzuwenden. Nach Ansicht des deutschen Höchstgerichts legitimiere dieser Unterschied hinsichtlich der Anwendbarkeit eines Gesetzes, im konkreten Fall des Abzahlungsgesetzes, keine abweichende Beurteilung. Auch wenn die Lieferung der Software durch Übergabe einer Diskette oder eines anderen Datenträgers mit dem darauf gespeicherten Programm erfolgt, sei die Übergabe des Datenträgers nicht Endzweck des Rechtsgeschäfts. Der Datenträger ist vielmehr zunächst ein Mittel zum Transport des erworbenen Programms vom Verkäufer zum Käufer, vor allem aber dient er dazu, das erworbene Programm durch Überspielen auf den Computer des Käufers zu

---

<sup>218</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 69.

installieren und es dadurch nutzbar zu machen. Nach den Vorstellungen der Parteien lag hier der eigentliche Endzweck. Aus diesem Grund ist nach Meinung des BGH bei gleichem wirtschaftlichem Endzweck keine Unterscheidung geboten.<sup>219</sup>

Wie die aus heutiger Sicht umfangreiche und divergierende Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland zur Problematik der gebrauchten Software zeigt, ist dieser Sachverhalt nicht so eindeutig, wie es zum Zeitpunkt der erwähnten BGH-Entscheidung den Anschein hatte.<sup>220</sup>

Computerprogramme existieren erst seit verhältnismäßig kurzer Zeit. Als die Fundamente des österreichischen Rechtssystems konzipiert wurden, war die IT-Branche noch nicht einmal Zukunftsvision. Die Gesetzgebung versucht nun die neuen Anforderungen zu berücksichtigen; eine homogene Lösung ist aber noch in weiter Ferne. Dementsprechend ist es sehr schwierig, Software rechtlich zu qualifizieren, weil es sich um ein Novum handelt.<sup>221</sup>

Der Großteil der Literatur verneint die Erschöpfung, sofern Software ohne Datenträger übertragen wird, weil dann kein physisches Werkstück vorliege.<sup>222</sup> Eine ähnliche Streitfrage hinsichtlich der Körperlichkeit ist bei der Diskussion gegeben, inwieweit ein Computerprogramm sachenrechtlich als körperlich im Sinne des § 292 ABGB qualifiziert werden kann. Meines Erachtens könnte man dem Computerprogramm an sich den Charakter eines physischen Werkstücks für

---

<sup>219</sup> BGH 18.10.1989, VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320.

<sup>220</sup> So zB OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07, ITRB 2008, 195 mit Anm *Rössel* = CR 2008, 551 mit Anm *Bräutigam* = ZUM 2009, 70 mit Anm *Herzog*; OLG München 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit Anm *Schmidl*; LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05, ZUM 2006, 251 = CR 2006, 159 mit Anm *Haines/Scholz* = ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens*; LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmaker* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*.

<sup>221</sup> Diese Probleme treten auch abseits des Urheberrechtes auf, vgl hierzu *Horwath*, Software - ein Produkt?, *ecolex* 2000, 784.

<sup>222</sup> So zB *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40d Punkt 6.3; *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 16 Rz 16; *Gamerith* in *Kucsko*, Urheberrecht, Vor § 1 UrhG Anm 8.2.1.1; *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.5; *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, *ecolex* 2008, 58 (61); *Koch*, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtsoftware, ITRB 2007, 140 (142); *Spindler*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105 (110); *ders*, Der Handel mit gebrauchter Software - Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (70 ff); *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f); *Schack*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639 (643 f); *Haberstrumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlage des Urheberrechtes, CR 2009, 345 (350 f); *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, § 69c Rz 33; OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07, ITRB 2008, 195 mit Anm *Rössel* = CR 2008, 551 mit Anm *Bräutigam* = ZUM 2009, 70 mit Anm *Herzog*; OLG München 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit Anm *Schmidl*; LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05, ZUM 2006, 251 = CR 2006, 159 mit Anm *Haines/Scholz* = ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens*; *AA Hoppen*, Was ist das Werkstück des Software-Objektcodes, CR, 2008, 681.

die Frage der Erschöpfung zuerkennen, wenn man einem Computerprogramm auch eine sachenrechtliche Körperlichkeit zugesteht. Diese sachenrechtliche Körperlichkeit wird jedoch – wie im Folgenden dargestellt – von der hM verneint.<sup>223</sup>

#### 6.4.1.1 Körperliche oder unkörperliche Sache?

Die Körperlichkeit ist eine der Eigenschaften von Rechtsobjekten.<sup>224</sup> Das Gesetz definiert in § 292 ABGB<sup>225</sup> die körperlichen Sachen als diejenigen, "welche in die Sinne fallen". Nach *Klicka* müssen sie dementsprechend mit menschlichen Sinnen wahrgenommen werden können.<sup>226</sup> Als Konsequenz muss es sich bei körperlichen Sachen um physische Objekte handeln.<sup>227</sup> Alle anderen sind *e contrario* den unkörperlichen Sachen zugewiesen. Als Beispiel hierfür führt der Gesetzestext das Recht zu jagen, zu fischen und alle anderen Rechte an. Der Urentwurf des ABGB<sup>228</sup> beschrieb sie als "diejenigen, welche nur durch menschliche Begriffe bestehen."<sup>229</sup> Dies bedeutet: Nur durch das Bewusstsein der Menschen kann eine unkörperliche Sache geschaffen werden.<sup>230</sup>

Der OGH hat bis zum heutigen Tag Computerprogramme, ohne Berücksichtigung des Trägermediums, weder der körperlichen noch der unkörperlichen Sachkategorie zugeordnet; jedoch hielt er im Jahr 1997 in einer Entscheidung fest, dass beim Kauf von Standardsoftware diese jedenfalls dann als eine körperliche Sache anzusehen ist, wenn Software und Datenträger gemeinsam ausgefolgt werden.<sup>231</sup>

In der Literatur werden beide Ansichten hinsichtlich der Körperlichkeit nach § 292 ABGB vertreten, überwiegend jedoch im verneinenden Sinn.<sup>232</sup> Im Folgenden wird nun vorwiegend ein Auszug der Mindermeinung gegeben und

---

<sup>223</sup> Siehe dazu Punkt 6.4.1.1.

<sup>224</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 292 Rz 1 f.

<sup>225</sup> "Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen; sonst heißen sie unkörperliche; zB das Recht zu jagen, zu fischen und alle andere Rechte."

<sup>226</sup> *Klicka* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB, § 292 ABGB Rz 1.

<sup>227</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 292 Rz 2.

<sup>228</sup> Urentwurf Zweyter Theil, 1. Hauptstück, § 12.

<sup>229</sup> *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des österreichischen ABGB I, XXXI.

<sup>230</sup> *Wolf in Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 78.

<sup>231</sup> OGH 14.10.1997, 5 Ob 504,505/96, ecolex 1998, 127 (127) mit Anm *Wilhelm*.

<sup>232</sup> So zB *Redeker*, Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, 2917.

näher beleuchtet. Dadurch soll aufgezeigt werden, dass trotz der starken Tendenz gegen die sachenrechtliche Qualifizierung als körperlich dennoch Argumente gegen die von der hM vertretene Auffassung ins Treffen geführt werden können.

Nach *Spielbüchler* ist zwar generell jede physisch wahrnehmbare Sache körperlich, weshalb auch Energie, Schallwellen, Strahlen und sogar die menschliche Leistung an sich in diese Kategorie fallen. Jedoch zeigt dieser Autor auf, dass die räumliche Abgrenzbarkeit eine essentielle Voraussetzung für die Einordnung ist, weil eben genau dieses Charakteristikum, es zum tauglichen Gegenstand des körperlichen Gewahrsams und dinglichen Rechts mache. Zur Abgrenzung müsse der zu prüfende Gegenstand daher zumindest in einem der drei Aggregatzustände vorliegen, da ansonsten keine räumliche Abgrenzbarkeit möglich sei.<sup>233</sup> Dies ist für *Hoppen* gegeben, da jede Softwarekopie "solitär und identifizierbar" ist.<sup>234</sup>

Nach *Holzinger* ist beispielsweise das Buch ein klassisches Modell für eine körperliche Sache. Hierbei seien zwar gewissermaßen in erster Linie Gestalt und Form ausschlaggebend, die Menge der Materie, die den Gegenstand bilde, sei *prima facie* aber irrelevant. Legt man dieser These ein Programm zugrunde, welches sich auf einem Datenträger befindet, so treten Gestalt und Form im Vergleich zu einem Buch beinahe ohne jegliche Materie auf. Bei genauer Untersuchung zeigt sich aber, dass es sich bei Software, zB im Fall der Speicherung in Halbleitern, um eine organisierte Anordnung von elektrischen Ladungsträgern handelt. Dieses Arrangement von Ladung ist durch technische Hilfsmittel genauso lesbar, also mit den Sinnen erfassbar, wie das Auge unmittelbar die Gliederung von Druckerschwärze in einem Buch wahrnimmt. Im Ergebnis wurde die Menge der Abermilliarden Moleküle, die den gedruckten Buchstaben erzeugen, welcher zur Fixierung des geistigen Inhalts notwendig ist, auf deutlich weniger Teile verkleinert. Im Hilfsmittel Datenträger ist Software zwar in unterschiedlicher technischer Form festgehalten, doch wird sie schlussendlich gleichartig dargestellt. Nicht nur der Datenträger an sich sei daher eine körperliche Sache, bereits das Computerprogramm selbst müsse schon

---

<sup>233</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 292 Rz 2.

<sup>234</sup> *Hoppen*, Was ist das Werkstück des Software-Objekts, CR, 2008, 681 (685).

unter § 292 ABGB subsumiert werden, da die geistige Schöpfung durch eine bestimmte Anordnung von Materieteilchen verwirklicht sei. Dieser Effekt werde durch Elektronen, Elementarmagnete oder sonstige Möglichkeiten erzielt.<sup>235</sup>

Nach *Handig* spricht jedoch genau das Faktum, dass lediglich Ladungsträger vorhanden sind, welche durch die menschlichen Sinne aber nicht wahrgenommen werden können, eindeutig für die Qualifikation als unkörperliche Sache.<sup>236</sup>

*Holzinger* führt überdies aus, dass die häufig anzutreffende Argumentation, Software sei im Falle der Speicherung auf einem Datenträger lediglich das Zubehör, unrichtig ist. Um ein Computerprogramm übergeben zu können, muss man sich eines Datenträgers bedienen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass es für den Menschen unmöglich ist, eine Handvoll Elektronen weiterzugeben. Der Übertragungsvorgang gleiche dem einer Flüssigkeit. Beim Vertrieb von Mineralwasser werde dieses an der Quelle in Flaschen abgefüllt. Diese werden im nächsten Schritt in Behältern zum Konsumenten transportiert. Sowohl rechtliche Laien als auch Experten würden niemals die Flüssigkeit als eigenständige Sache bezweifeln. Die Notwendigkeit basiere auf rein technischen Gründen, weil es schlichtweg unmöglich wäre, Wasser manuell ohne Flasche zu übergeben. Die physische Existenz des Wassers sei daher ebenso von einem Trägermaterial abhängig, welches die Handhabung ermöglicht, wie das Computerprogramm.<sup>237</sup>

Das Beispiel *Holzingers* lässt sich auch auf die trägerlose Übermittlung von Software erweitern, deren körperliche Qualifikation nicht beeinträchtigt werden kann. Wasser wird im Alltag mittels Leitungen in jeden Haushalt transportiert. Dabei ist es nahezu unmöglich zu bestimmen, wo sich das Wasser, welches letztendlich beim Konsumenten verwendet wird, in der Leitung befindet. Zweifelsohne wird man zugestehen müssen, dass Wasser zu jedem Zeitpunkt, wenn es vom Wasserwerk zum Verbraucher fließt, ebenso wie Flüssigkeit in einer Flasche körperlich ist. Kein anderes Szenario ist im Fall der Übermittlung über das Internet gegeben, weil auch hier die Bits, sei es nun in Form von Elektronen, Wellen oä, vom Verkäufer zum Konsumenten "fließen". Das Computerprogramm

---

<sup>235</sup> *Holzinger*, Rechtsgeschäftliche Übertragung von Software, EDVuR 1987, H 4, 10 (14 f).

<sup>236</sup> *Handig*, Urheberrechtliche Erschöpfung von Downloads im World Wide Web, RdW 2003, 2 (3).

<sup>237</sup> *Holzinger*, Rechtsgeschäftliche Übertragung von Software, EDVuR 1987, H 4, 10 (14 f).

ist zu jedem Zeitpunkt physisch vorhanden und – wenn auch mit technischen Hilfsmitteln – für die Sinne wahrnehmbar. Bei einer Internetübertragung ist das Kabel an sich der Datenträger, wie vergleichsweise bei Wasser die Rohrleitung. Auch wenn vor einigen Jahren das Wasser noch mühsam mittels Eimern händisch vom Brunnen an den Zielort gebracht werden musste, so hat sich durch die Modernisierung mit Hilfe von Leitungen nichts an der Qualifikation der Flüssigkeit selbst geändert. Ebenso hat dieser Fortschritt auch im Rahmen der IT stattgefunden.

Meiner Meinung nach ist der Schlussfolgerung anhand des Vergleiches von Software mit einer Flüssigkeit grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch muss bei diesem bildhaften Vergleich beachtet werden, dass sich nach derzeitigem technischem Stand der Dinge der Übermittlungsvorgang von Wasser und Programm geringfügig voneinander unterscheiden. Beim Transfer von Wasser fließt ein und dasselbe Wassermolekül von der Quelle zum Endverbraucher. Bei der Online-Übertragung muss jedoch zugestanden werden, dass zB die elektromagnetische Ladung einer Festplatte nie den Kunden erreicht, weil nur eine Kopie des Programms über den "Datenhighway" verschickt wird. Auch beim Empfänger werden die erhaltenen Elektronen in der Leitung nur als Kopie der Kopie als Ladung auf der Festplatte abgelegt. Dies ist jedoch für die Frage der Körperlichkeit meiner Meinung nicht von Bedeutung. Ganz im Gegenteil, gerade das Faktum, dass eine Kopie erzeugt werden kann, lässt doch eindeutig auf Körperlichkeit schließen. Im Speziellen deutet dies auf die von *Spielbüchler* geforderte Abgrenzung hin. Software muss nämlich stets begrenzt sein, um existieren zu können. Dies ist sowohl auf einem Datenträger als auch während der Datenübertragung in einem Kabel gewährleistet. Ebenso wird Energie an sich als körperliche Sache qualifiziert, da sie beherrschbar ist.<sup>238</sup> Ohne eine besondere räumliche Abgrenzung wäre es auch undenkbar Software zu vervielfältigen. Es ist meiner Meinung nach rational kaum nachvollziehbar, wie etwas technisch reproduziert werden sollte, was physisch gar nicht existiert. Um diese Vervielfältigung durchführen zu können, muss es "mit den Sinnen wahrnehmbar" sein.

---

<sup>238</sup> P. Bydlinski, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsfähig?, AcP 1998, 287 (304); Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 243 mwN.

*Andreewitch* versucht die Ausführung von *Holzinger* dadurch *ad absurdum* zu führen, dass, in diesem Fall jede sichtbar gemachte Information und Idee bereits an sich körperlich wäre. Aus diesem Grund könne Software ohne Datenträger nicht körperlich sein.<sup>239</sup> Dieser Gedanke geht meiner Ansicht nach zu weit, da Software, ähnlich eines Textes, in gewisser Weise niedergeschrieben werden muss. Anders als beim klassischen Buch, wird hier weder Papier noch Tinte verwendet, sondern das Werk in elektromagnetische Ladungsträger verpackt. Somit ist der feine Unterschied zwischen Computerprogramm und einfacher Idee dennoch gegeben.

*Wolf* versucht die Unkörperlichkeit der Software über physikalische Gesetze zu begründen. Seiner Ansicht nach kann grundsätzlich jede Softwarekomponente mittels elektromagnetischer Ladung mit einer Übertragungsrates, welcher der Lichtgeschwindigkeit gleichkommen soll, ohne erheblichen Aufwand an Energie an einen weit entfernten Ort übertragen werden. Am Zielort entstehe eine identische Kopie des Originals. Lege man diesem Gedankengang die allgemeine Relativitätstheorie zugrunde, so sei dadurch die Unkörperlichkeit begründet. Bei Versendung von Materie mit Lichtgeschwindigkeit müsse nämlich unendlich viel Energie aufgewendet werden, weil aber gerade bei der Übertragung von Software wenig bis gar keine Energie notwendig sei, könne es sich um keine körperliche Sache handeln.<sup>240</sup>

Dieses Argument stellt meiner Meinung nach zugleich seine eigene Entkräftung dar. Der Ladungszustand kann zwar sehr rasch transportiert werden, jedoch nicht mit Lichtgeschwindigkeit, und darüber hinaus nicht ohne Energie. Aus diesem Grund muss etwas Physisches vorhanden sein. Da Software eben nicht mit Lichtgeschwindigkeit und ohne Energieaufwand transportiert werden kann, ist die Darstellung von *Wolf* nicht überzeugend.

Darüber hinaus soll nach *Wolf* der prägnante Unterschied zwischen Software und einem körperlichen Gegenstand die Art der Reproduzierbarkeit sein. Das Computerprogramm sei ohne oder mit bloß geringem Zeit-, Material- und

---

<sup>239</sup> *Andreewitch*, Zur Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes für Softwarefehler, EDVuR 1990, 50 (51 ff).

<sup>240</sup> *Wolf* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 69 f.

Energieaufwand beliebig oft vervielfältigbar.<sup>241</sup> Meiner Meinung nach kann die Körperlichkeit aber nicht durch den technischen Aufwand begründet werden. *E contrario* müsste man dann nämlich im Sinne eines *argumentum ad absurdum* auch annehmen, dass mit Erfindung des Buchdrucks das klassische Buch an Körperlichkeit verloren hätte, weil durch diesen technologischen Fortschritt sich der Aufwand, im Vergleich zum ursprünglichen Abschreiben, nahezu auf Null vermindert hat.

Daher ist meiner Meinung nach den Literaturmeinungen, welche Software als körperliche Sache einordnen, der Vorzug zu geben. Will man Energie selbst als körperliche Sache qualifizieren,<sup>242</sup> so muss dieser Schritt auch für Software gemacht werden. Würde man diesen Schritt nicht gehen, so müsste man Software als unkörperlich qualifizieren und diese mit Rechten, wie zB Jagdrecht, Fischereirecht, Unternehmen und Geschäftsanteilen<sup>243</sup>, gleichstellen.

## 6.4.2 Eigentumsübertragung

Das Inverkehrbringen bezieht sich auf den zivilrechtlichen Eigentumsübergang des Werkstücks. Eine bloße Gebrauchsüberlassung reicht für eine Erschöpfung grundsätzlich nicht aus.<sup>244</sup> Das Verbreitungsrecht bleibt somit beim Vermieten und Verleihen einzelner Werkexemplare, als auch bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt sowie bei bloß kommissionsweiser Überlassung weiter aufrecht.<sup>245</sup>

Trotz expliziter Forderung eines Eigentumsübergangs tritt nach Ansicht der Rechtsprechung eine erschöpfende Wirkung auch dann ein, wenn die Handlung aus rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit einem Eigentumsübergang vergleichbar ist. Der OGH hat in der Entscheidung "Handwerkerpaket" ausgeführt, dass auch die Einräumung einer zeitlich dauerhaften Verfügungsmacht über ein Werkstück einem Sachkauf, also einem

---

<sup>241</sup> Wolf in Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 84.

<sup>242</sup> P. Bydlinski, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsfähig?, AcP 1998, 287 (304); Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 243 mwN.

<sup>243</sup> Klicka in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, § 292 Rz 5.

<sup>244</sup> Anderl in Kucsko, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.2.

<sup>245</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 571.

Eigentumsübergang gleichzuhalten ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Vertrag nicht als Kauf tituliert wird.<sup>246</sup>

### 6.4.3 Einwilligung zum Inverkehrbringen

§ 16 Abs 3 UrhG setzt für die Erschöpfung voraus, dass das Werkstück mit der Erlaubnis des urheberrechtlich Berechtigten übereignet worden ist. Dies geschieht entweder durch die Zustimmung des Rechteinhabers oder auch dadurch, dass dieser das Werkstück selbst vertreibt. Dies ergibt sich für Software im Weg richtlinienkonformer Interpretation des Art 4 Abs 2 Software-RL sowie des Art 4 Abs 2 Info-RL.<sup>247</sup> Um in den Genuss der Erschöpfungswirkung zu gelangen, muss daher stets eine Einwilligung für das Inverkehrbringen eines spezifischen Werkstücks vorliegen.<sup>248</sup>

Ist der Softwareproduzent selbst der Distributor, so stellt der Verbreitungsakt an sich die geforderte Einwilligung im Sinn des § 16 Abs 3 UrhG dar. Es handelt sich hierbei um eine konkludente Handlung gemäß § 863 Abs 1 ABGB, aus welcher sich vernünftigerweise auch nicht erkennen lässt, dass etwas gegen diesen Willen sprechen würde.<sup>249</sup> Nach *Walter* sind aber auch solche faktischen Zustimmungen beschränkbar. Dies kann einerseits durch einen Vermerk am Exemplar selbst durchgeführt werden oder aber vertraglich geschehen.<sup>250</sup>

Etwas schwieriger ist die notwendige Zustimmung zu beurteilen, wenn der Berechtigte ein Unternehmen mit dem Vertrieb beauftragt hat. Hier kann nur aus der zugrunde liegenden Parteienvereinbarung herausgelesen werden, für welche Verbreitungen der Rechteinhaber seine Einwilligung gegeben hat. Der Vertriebsvertrag ist somit die wesentliche Voraussetzung für eine Begründung

---

<sup>246</sup> OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s – "Handwerkerpaket" – ecolex 2000/291 mit Anm *Schanda* = MR 2000, 249 mit Anm *Walter* = RdW 2000/651 = ÖBl 2001, 141 = GRUR-Int 2000, 1028; zu einem ähnlichen Schluss kam auch das Landesgericht Hamburg, welches die gleiche Sachverhaltsvariante als Kaufvertrag bzw kaufvertragsähnlichen Vertrag qualifizierte: LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*.

<sup>247</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 570.

<sup>248</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.1; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 574.

<sup>249</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 101 f.

<sup>250</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 574.

der Zustimmung des Softwareproduzenten.<sup>251</sup>

Die Erschöpfung des Verbreitungsrechtes tritt nur für die Werkstücke ein, welche mit Zustimmung des Berechtigten verbreitet wurden. Nur diese können dann vom Erwerber weiter veräußert werden.<sup>252</sup> Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der gutgläubige Eigentumserwerb gemäß § 367 ABGB zwar den Tatbestand der Eigentumsübertragung erfüllt, aber mangels einer Zustimmung seitens des Berechtigten ist auch das Verbreitungsrecht nicht verbraucht. Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn die Erschöpfung bereits vor dem gutgläubigen Erwerb eingetreten ist.<sup>253</sup>

## 6.5 Einschränkung der Erschöpfung

Beim urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz handelt es sich um zwingendes Recht, welches somit jeglicher vertraglichen Begrenzung entgegensteht.<sup>254</sup> Es gibt jedoch einige Fälle, in welchen eine Erschöpfung nicht eintritt bzw das Verbreitungsrecht wieder auflebt, welche einerseits von der Rechtsprechung entwickelt wurden, oder andererseits sich bereits aus dem Gesetzestext selbst ablesen lassen.

Eine Einschränkung der Erschöpfung kann beispielsweise durch eingeschränkte Zustimmung des Berechtigten geschehen. Wie weit eine solche zulässig ist, muss stets für den Einzelfall geprüft werden.<sup>255</sup> Die Rechtsprechung ermöglicht eine vertragliche Einschränkung bei besonders rechtfertigenden Gründen. Unter speziellen Umständen soll es nämlich dem Urheber möglich sein, Verbreitungen vertraglich zu untersagen oder zu beschränken. Ein solcher spezieller Fall lag nach Ansicht des OLG Wien im Schulbereich für Schulversionen vor, weil hierfür besonders preiswerte Versionen erstellt werden.<sup>256</sup> Selbige vertragliche

---

<sup>251</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 574.

<sup>252</sup> *Anderl in Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.1.

<sup>253</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 571.

<sup>254</sup> OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s – "Handwerkerpaket" – ecolex 2000/291 mit Anm *Schanda* = MR 2000, 249 mit Anm *Walter* = RdW 2000/651 = ÖBl 2001, 141 = GRUR-Int 2000, 1028.

<sup>255</sup> Zur Komplexität dieser Fragestellung siehe *Walter*, Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 574 ff; *Walter*, Werkverwertung in körperlicher Form (Teil II) – Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes, MR 1990, 203 (203 ff).

<sup>256</sup> OLG Wien 20.12.1994, 22 BS 509/94 – "Schulversion von Microsoft Paketen" – EDVuR 1994, 164; siehe

Untersagung ist auch für Werkexemplare zu Werbezwecken möglich.<sup>257</sup> Sollte in diesem besonderen Fall das Werkstück dennoch ohne Zustimmung des Produzenten weitergeben werden, liegt ein Verstoß gegen das Verbreitungsrecht vor.<sup>258</sup> Der BGH hat eine solche Ausnahme für den Vertrieb von Software durch Hardwareinstallation verneint.<sup>259</sup> Eine räumliche Einschränkung durch den Berechtigten ergibt sich *e contrario* aus der europäischen territorialen Begrenzung des § 16 Abs 3 UrhG.<sup>260</sup> Aus diesem Grund ist ein vertragliches Verbreitungsverbot für ein in der EU bzw EWR in Verkehr gebrachtes Werkstück für den weiteren internationalen Bereich möglich.<sup>261</sup>

Auch eine Wiedererlangung des Verbreitungsrechtes durch den ursprünglich Berechtigten ist unter besonderen Umständen denkbar. Hat der Rechteinhaber sein Werkstück mit seiner Zustimmung veräußert, und findet danach eine Rückabwicklung statt, so wäre es sinnwidrig, hier eine Erschöpfung anzunehmen. Dieses Wiederaufleben des Verbreitungsrechtes wird auch für den Fall des Rückkaufes durch den Urheber denkbar sein.<sup>262</sup> Zu diesem Schluss gelangte auch der EuGH in einer markenrechtlichen Entscheidung, wonach bei bloßem Import durch eigene Filialen des Unternehmens oder verbundene Unternehmen zum Zwecke des Verbreitens im Inland keine Erschöpfung eintritt.<sup>263</sup>

Der wohl bedeutendste Fall, in welchem eine Erschöpfung nicht eintritt, ergibt sich aus §§ 16a iVm 16 Abs 3 UrhG. § 16a UrhG beruht auf den Vorgaben der Vermiet- und Verleih-RL.<sup>264</sup> Durch das Inverkehrbringen des Werkstückes hat der Erwerber zwar das uneingeschränkte Recht, das erworbene Gut weiterzugeben, eine Verbreitung im Weg der Vermietung des Werkstückes ist durch die Erschöpfung nicht möglich (§ 16a Abs 1 UrhG).<sup>265</sup> Eine Einschränkung ist auch für das Verleihen eines Werkstücks gemäß § 16a Abs 2 UrhG gegeben, demnach

---

dazu Punkt 8.3.1.1; beachte jedoch hierzu die deutsche Rechtsprechung des BGH "OEM", siehe dazu Punkt 8.3.1.2.

<sup>257</sup> *Walter*, Werkverwertung in körperlicher Form (Teil II) – Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes, MR 1990, 203 (204).

<sup>258</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.3.

<sup>259</sup> BGH 06.07.2000, I ZR 244/97 – "OEM-Version" – CR 2000, 651 ff mit Anm *Witte*.

<sup>260</sup> *Walter*, Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 578.

<sup>261</sup> Siehe dazu bereits Punkt 6.1.

<sup>262</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 571; vgl zum deutschen Recht OLG Karlsruhe 27.6.1979, 6 U 160/78 – "Remissionen" – GRUR 1979, 771.

<sup>263</sup> EuGH 30.11.2004, Rs C-16/03 – "Peak Holding" – Slg 2004, I-11313 = GRUR-Int 2005, 314.

<sup>264</sup> *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1182.

<sup>265</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.4.

ist das zwar das Verleihen dem Erwerber erlaubt, dem Urheber steht aber eine angemessene Vergütung zu. Diese kann jedoch nicht unmittelbar vom Urheber sondern nur von Verwertungsgesellschaften eingehoben werden.<sup>266</sup> Dem Urheber stehen somit Ausschließlichkeitsrechte in Bezug auf die Vermietung bzw Entgeltansprüche für einen Verleih des Werkstückes zu.<sup>267</sup> Ferner finden sich zu § 16a Abs 1 u 2 UrhG in § 16a Abs 5 UrhG Ausnahmen für das Vermieten und Verleihen zum Zweck für Rundfunksendungen,<sup>268</sup> öffentliche Vorträge, Aufführung und Vorführung<sup>269</sup>.

Besonders hervorzuheben ist, dass beide Begriffe der Vermiet- und Verleih-RL entnommen wurden und somit nicht nach auf Grundlage das österreichischen Zivilrechts auszulegen sind.<sup>270</sup> Die beiden Legaldefinitionen finden sich in § 16a Abs 3 UrhG wieder:

- Unter dem Begriff "Vermieten" ist "die zeitlich begrenzte, Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung zu verstehen";
- unter "Verleihen" "die zeitlich begrenzte, nicht Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung (Bibliothek, Bild- oder Schallträgersammlung, Artothek und dergleichen".

Die Abgrenzung zwischen dem Vermieten und dem Verleihen erfolgt somit nach dem Kriterium der Erwerbsmäßigkeit.<sup>271</sup>

Für die Erschöpfungswirkung bedeutet dies zusammengefasst Folgendes: Selbst bei Inverkehrbringen eines Werkstücks mittels Eigentumsübertragung behält der Urheber die Möglichkeit, eine Vermietung im Sinne des § 16a Abs 3 UrhG zu untersagen. Er hat somit auch die Möglichkeit die Vermietung auf einzelne Staaten zu beschränken.<sup>272</sup>

---

<sup>266</sup> *Handig* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16a Punkt 3.2; *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1183.

<sup>267</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 4.1.

<sup>268</sup> Vgl § 17 UrhG.

<sup>269</sup> Vgl § 18 UrhG.

<sup>270</sup> *Handig* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16a Punkt 2.1.

<sup>271</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 608.

<sup>272</sup> *Handig* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16a Punkt 2.5.

## 7 Werknutzungsbewilligung & Werknutzungsrecht

### 7.1 Allgemeines

Um nicht in die absoluten urheberrechtlichen Verwertungsrechte einzugreifen, muss durch den Rechteinhaber eine Berechtigung vergeben werden. Ohne eine solche Rechteinräumung ist es einem Dritten nicht gestattet, ein fremdes Werk zu verwerten. Ein besonderer Übertragungsakt, wie er für den Eigentumserwerb an körperlichen Sachen gemäß § 380 ABGB verlangt wird, ist nicht notwendig. Dementsprechend fallen Titel und Modus zusammen.<sup>273</sup> Es kann aber auch etwas anderes vereinbart werden, wie zB, dass erst mit Übergabe eines Werkstückes auch die Berechtigung entsteht.<sup>274</sup> Der Urheber kann lediglich Berechtigungen an Verwertungsrechten (§§ 14 bis 18a UrhG) seines Werks vergeben,<sup>275</sup> durch welche ihm eine wirtschaftliche Nutzung ermöglicht werden soll.<sup>276</sup>

Zu beachten ist, dass das Urheberrecht nur über eine Rechteeinräumung genutzt werden kann, eine Übertragung des Urheberrechts als Ganzes ist unter Lebenden nicht möglich (§ 23 Abs 3 UrhG).<sup>277</sup> Neben den Verwertungsrechten umfasst das Urheberrecht nämlich auch den Schutz der geistigen Interessen des Urhebers (Urheberpersönlichkeitsrechte), Vergütungsansprüchen und Zugangsrecht, welche dabei als untrennbare Einheit angesehen werden (monistische Auffassung).<sup>278</sup> Dabei ist zu beachten, dass die Urheberpersönlichkeitsrechte (§§ 19 bis 21 UrhG) nicht übertragbar sind, um den Schutz des Urhebers zu ermöglichen.<sup>279</sup> Das UrhG ermöglicht es zwar die Urheberpersönlichkeitsrechte – abgesehen vom unverzichtbaren Recht der Inanspruchnahme der Urheberschaft

---

<sup>273</sup> So bereits OGH 10.10.1078, 4 Ob 340/78 – "Festliches Innsbruck" – ÖBl 1978, 161.

<sup>274</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 85.

<sup>275</sup> Eine Ausnahme besteht für die dem Filmhersteller zustehenden Verwertungsrechte gemäß § 40 UrhG. Diese sind nämlich vererblich und veräußerlich. Vgl dazu *Wallentin* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40.

<sup>276</sup> *Ciresa*, Urheberwissen für die Praxis, 188.

<sup>277</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 515.

<sup>278</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 514 ff; *Grubinger* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 19 Punkt 2. ff; *Salomonowitz* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 23 Punkt 1; *Thiele*, Übertragung von Urheberrechten auf den Arbeitgeber, RdW 2002, 537 (537).

<sup>279</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 889.

(§ 19 Abs 2 UrhG) – innerhalb bestimmter Grenzen vertraglich abzubedingen;<sup>280</sup> eine vertragliche Zusicherung des Urhebers, wonach er seine Persönlichkeitsrechte gerichtlich nicht geltend machen wird (*pactum de non petendo*), ist jedoch nicht zulässig.<sup>281</sup> Abgesehen davon besteht jedoch die Möglichkeit der treuhändigen Wahrnehmung von Urheberpersönlichkeitsrechten durch Verwertungsgesellschaften, sofern dies zur wirksamen Ausübung der übertragenen Verwertungsrechte erforderlich ist.<sup>282</sup> Eine solche treuhändige Wahrnehmung ist auch bei Dritten anerkannt, wenn diesen das unbeschränkte Werknutzungsrecht eingeräumt wurde.<sup>283</sup> Für die Softwareindustrie bedeutet dies, dass dem Softwareproduzenten als Urheber das absolute Recht zukommt, natürlichen und juristischen Personen<sup>284</sup> Nutzungsrechte für die Verwertung seines Produktes einzuräumen (§ 24 Abs 1 UrhG). Eine Übertragung des Urheberrechts als Ganzes ist nicht möglich.

Um die wirtschaftliche Verwertung des Werks ermöglichen zu können, stellt es der österreichische Gesetzgeber dem Urheber zur Wahl, dies durch die Einräumung eines Werknutzungsrechts oder die Erteilung einer Werknutzungsbewilligung zu bewerkstelligen. Aus dogmatischer Sicht handelt es sich bei Werknutzungsrechten weder um eine Teilübertragung von Verwertungsrechten, noch um die Veräußerung von Befugnissen, sondern um eine konstitutive Rechtsbegründung unter Belastung des Urheberrechts. Daraus ergibt sich, dass der zur Verwertung Berechtigte ein Rechtsnehmer und kein Rechtsnachfolger ist.<sup>285</sup> Das hat zur Folge, dass durch das Erlöschen des Vertragsrechtes die Belastung des Urheberrechtes entfällt und der Urheber wieder darüber verfügen kann.<sup>286</sup> Dies wird in der Literatur als die "Elastizität des Urheberrechtes" bezeichnet.<sup>287</sup> Bei der Werknutzungsbewilligung handelt es sich jedoch nur um ein relatives Recht, wodurch das Werk auf die vereinbarte Art und

---

<sup>280</sup> Grubinger in Kucsko, Urheberrecht, § 19 Punkt 2.5.

<sup>281</sup> Klemm, Open Source Lizenzierung für Datenbanken – Die Open Database License (ODbL), jusIT 2010/57 (130) mit Verweis auf OGH 18.03.1976, 7 Ob 256/75.

<sup>282</sup> OGH 01.07.1986, 4 Ob 353/86 – "Weihnachtslieder" – ÖBl 1986, 162.

<sup>283</sup> OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h – "Hundertwasserhaus II" – ÖBl 2003/37 mit Anm Gammerith.

<sup>284</sup> Ciresa, Österreichisches Urheberrecht, zu Vorbemerkung § 24 UrhG Rz 4.

<sup>285</sup> OGH 10.10.1078, 4 Ob 340/78 – "Festliches Innsbruck" – ÖBl 1978, 161; Schönherr, ÖBl 1981, 165 (166); Ciresa, Urheberwissen für die Praxis, 187; Ciresa in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht, § 24 UrhG Rz 1; so aber auch schon EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in Dillenz, ÖSGRUM 3, 85.

<sup>286</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in Dillenz, ÖSGRUM 3, 86.

<sup>287</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1751; Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht, § 26 UrhG Rz 12; Büchele in Kucsko, Urheberrecht, § 24 Punkt 9.

Weise verwendet werden kann.<sup>288</sup>

Die Wahl der Berechtigung kann eine entscheidende Bedeutung für den Vertrieb von gebrauchter Software haben. Werknutzungsrechte sind nämlich gemäß § 27 Abs 2 UrhG in der Regel nur mit Zustimmung des Urhebers übertragbar. Ob der Gesetzgeber auch bei Werknutzungsbewilligungen dieselben Regeln angewendet wissen will, geht aus dem Gesetz nicht explizit hervor.

Beim Werknutzungsrecht handelt es sich um ein absolutes, also ein dingliches Recht, welches es dem Rechteinhaber ermöglicht, in seinem eigenen Namen gegen jedermann, der in dieses Recht eingreift, vorzugehen. Dies ergibt sich aus § 24 Abs 1 UrhG, aber auch aus den EB zum Urheberrechtsgesetz 1936.<sup>289</sup> Folglich handelt es sich bei dieser absoluten Rechtsposition um eine dem Eigentum vergleichbare starke Stellung. Das Werknutzungsrecht schafft somit eine Belastung des Urheberrechts und nicht eine Übertragung urheberrechtlicher Befugnisse.<sup>290</sup> So vergleicht *Ciresa* das Verhältnis von Urheberrecht zu Werknutzungsrecht mit dem des Eigentums zur Servitut.<sup>291</sup> Der Rechteinhaber hat gemäß § 26 Abs 1 UrhG die Möglichkeit, das Werknutzungsrecht an seinem Werk zeitlich, inhaltlich und räumlich zu beschränken, aber auch unbeschränkt einzuräumen. Hat der Urheber einem Dritten ein Werknutzungsrecht eingeräumt, so darf er auch selbst in dem festgelegten rechtlichen Rahmen sein Werk nicht mehr verwerten.<sup>292</sup>

Bei der Werknutzungsbewilligung handelt es sich lediglich um einen obligatorischen Anspruch, sprich ein relatives Recht, welches dem Berechtigten eine vereinbarte Nutzung in der festgelegten Art und Weise ermöglicht.<sup>293</sup> Folglich kann der Begünstigte nur mit Hilfe des Verwertungsrechtsinhabers gegen einen Rechtsverletzer vorgehen.<sup>294</sup> Wie das Werknutzungsrecht, kann auch die Werknutzungsbewilligung durch Vertrag zeitlich, räumlich und sachlich

---

<sup>288</sup> OGH 09.04.2002, 4 Ob 77/02f – "Geleitwort" – ÖBl 2003/68 mit Anm Dittrich = MR 2002, 387.

<sup>289</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 85.

<sup>290</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 85.

<sup>291</sup> *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, zu Vorbemerkung § 24 UrhG Rz 3.

<sup>292</sup> OGH 15.06.1962, 9 Os 94/62 – "Zeitschriftenverschleiß" – ÖBl 1963, 13; OGH 04.07.2000, 4 Ob 171/00a – "Glückwunschkartenmotive"; so auch schon EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 85.

<sup>293</sup> OGH 09.04.2002, 4 Ob 77/02f – "Geleitwort" – ÖBl 2003/68, 250 mit Anm Dittrich = MR 2002, 387; so aber auch schon EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 85.

<sup>294</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1766.

eingeschränkt oder auch allumfassend erteilt werden.<sup>295</sup>

## 7.2 Lizenzen

In der Praxis werden anstelle der *termini technici* Werknutzungsbewilligung und Werknutzungsrecht häufig Begriffe wie etwa Copyright, Lizenz, Genehmigung etc verwendet.<sup>296</sup> Diese Substitute sind dem materiellen Urheberrecht fremd. Werden diese Umschreibungen in Verträgen verwendet, so lässt sich nur schwer erkennen, welche Berechtigung bei der Vertragsverhandlung von den Parteien gewollt war. Für die Auslegung ist der gesamte Inhalt der vertraglichen Vereinbarung maßgeblich, nicht nur ihr Wortlaut.<sup>297</sup>

Die Vertragsauslegung ist im Rahmen des § 914 f ABGB auf dem jeweiligen Einzelfall basierend durchzuführen.<sup>298</sup> Nach hA ist im Urheberrecht davon auszugehen, dass der Schöpfer im Zweifel das weniger umfassende Recht eingeräumt hat.<sup>299</sup> Man spricht daher auch von der "Trägheit des Urheberrechts".<sup>300</sup> Dadurch wird zwar keine generelle Maxime im Sinne von *in dubio pro auctore* geschaffen, dessen ungeachtet ist bei der Auslegung dennoch die Tendenz vorherrschend, dass das "Urheberrecht" beim Berechtigten verbleibt.<sup>301</sup> Die dabei angewandte teleologische Interpretation ist selbstverständliche keine Besonderheit des Urhebervertragsrechts, dennoch kommt dem Vertragszweck des Urheberrechts entscheidende Bedeutung zu.<sup>302</sup> So kann unter Umständen die Auslegung trotz der "Trägheitsregel" aufgrund des Vertragszwecks zu Gunsten des Nutzers sein.<sup>303</sup> Es wird daher vermutet, dass eher die schuldrechtliche Werknutzungsbewilligung als das dingliche

---

<sup>295</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 85.

<sup>296</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1768

<sup>297</sup> OLG Wien 20.11.1991, 31 Ra 107/91 – "Sperrcode" – EDVuR 1992, 140.

<sup>298</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1786; *Ciresa* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, § 24 UrhG Rz 6.

<sup>299</sup> So die ständige Rechtsprechung: zuletzt OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – "Autobahnstation" = MR 2010, 30 mit Anm *Walter*; OGH 26.08.2008, 4 Ob 111/08i – "Gebäudedarstellung"; OGH 25.05.2004, 4 Ob 115/04x – "Schöne Oberösterreicherinnen"; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1788.

<sup>300</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1788.

<sup>301</sup> *Schricker* in *Schricker*, Urheberrecht, § 31 Rz 10; *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 24 Punkt 6.5.

<sup>302</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1788.

<sup>303</sup> OGH 28.09.2004, 4 Ob 184/04v – "Leistungsbeschreibung"; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1788.

Werknutzungsrecht vereinbart wurde.<sup>304</sup> Dies wird aber dahingehend abgeschwächt, dass eine solche Vereinbarung unterstellt wird, wonach die Rechte zumindest in dem Umfang erteilt wurden, der notwendig ist, um das in Aussicht genommene Ziel auch erreichen zu können.<sup>305</sup>

Dementsprechend wird im Fall einer gewährten "Lizenz" im Zweifel wohl davon auszugehen sein, dass eine Werknutzungsbewilligung (und kein Werknutzungsrecht) erteilt wurde, sofern nicht andere Umstände dagegen sprechen.<sup>306</sup>

### 7.3 Zustimmungserfordernis für Übertragung

Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Vertriebes von gebrauchter Software stellt sich die Frage, ob eingeräumte Berechtigungen zur Verwendung des Computerprogramms im Rahmen eines Verkaufs der Software auch Dritten übertragen werden können. Wichtig für diese Untersuchung ist die Unterscheidung von Werknutzungsrechten und Werknutzungsbewilligungen, weil das Urheberrecht nur eine Übertragung für Werknutzungsrechte regelt. Aus diesem Grund wird in einem ersten Schritt die Übertragung von Werknutzungsrechten kurz besprochen. In einem Weiteren wird dann geprüft, wie die fehlende gesetzliche Regelung für die Übertragung von Werknutzungsbewilligungen gedeutet werden kann und inwieweit Bestimmungen betreffend Werknutzungsrechte *per analogiam* angewendet werden können.

Die Übertragung von Werknutzungsrechten ist prinzipiell<sup>307</sup> nach § 27 UrhG nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Urheber seine Zustimmung erteilt. Hierbei kommen besonders die persönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts sowie das Vertrauensverhältnis, welches den

---

<sup>304</sup> OGH 25.06.1996, 4 Ob 2093/96i – "AIDS-Kampagne I" – ÖBl 1997, 199 = mit Anm *Walter*, MR 1996, 192; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1768.

<sup>305</sup> OGH 22.06.1999, 4 Ob 159/99g – "Zimmermann Fitness" – ÖBl 2000, 130 mit Anm *Kucsko* = MR 1999, 282; OGH 24.06.2003, 4 Ob 70/03b – "Prospekte und Anzeigen" – MR 2003, 315; OGH 08.02.2005, 4 Ob 6/05v – "Planungsauftrag" – MR 2005, 250 mit Anm *Walter*.

<sup>306</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1768.

<sup>307</sup> Ausnahmen hierzu vgl § 28 UrhG.

Urheberrechtsverträgen zugrunde liegt, zum Ausdruck.<sup>308</sup> Es handelt sich dabei um dispositives Recht.<sup>309</sup> Gemäß § 27 Abs 2 Satz 1 UrhG kann nämlich vereinbart werden, dass die Übertragung eines Werknutzungsrechts nicht der Zustimmung des Urhebers bedarf. Die Einwilligung kann bereits im Vorhinein, zB im Rahmen des Werknutzungsvertrages, gegeben werden, aber auch erst später.<sup>310</sup> Gemäß hJ handelt es sich aus dogmatischer Sicht bei der Übertragung um eine Vertragsübernahme durch den Erwerber.<sup>311</sup> Auch die Phrase "in der Regel" deutet nach Ansicht des OGH nicht darauf hin, dass eine Übertragung auch ohne Einwilligung möglich wäre, sondern nur darauf, dass im Fall einer abweichenden Regelung keine Zustimmung erforderlich ist.<sup>312</sup> Das Gesetz selbst sieht bei Werknutzungsrechten von der Notwendigkeit einer Einwilligung gemäß § 28 Abs 1 UrhG bloß dann ab, wenn das Recht zusammen mit dem Unternehmen oder einem Teil davon veräußert wird. Ob diese Regelung auch auf Werknutzungsbevolligungen anzuwenden ist, ist ebenso unklar, wie die Anwendung des § 27 UrhG.

Für Werknutzungsrechte an Computerprogrammen ist besonders auf die in § 40c UrhG enthaltene *lex specialis* hinzuweisen. Diese normiert, dass Werknutzungsrechte an Computerprogrammen dann frei übertragbar sind, wenn nichts anderes vereinbart ist. Auch diese Norm ist dispositiv.<sup>313</sup> Ob diese Bestimmung auch für Werknutzungsbevolligungen anwendbar ist, kann dem Gesetz nicht entnommen werden.

Das dUrhG geht für das Sachproblem der Rechteübertragung einen Schritt weiter, weil es auch die Übertragung von Werknutzungsbevolligungen<sup>314</sup> bei Zustimmung gestattet.<sup>315</sup> Dies ist meines Erachtens bereits aus §§ 31 Abs 1 iVm 34 Abs 1 dUrhG abzulesen, da sich in § 31 Abs 1 dUrhG der Begriff Nutzungsrecht sowohl auf das einfache als auch auf das ausschließliche Nutzungsrecht bezieht. Das deutsche Recht verbietet es jedoch, Zustimmungen

---

<sup>308</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1757.

<sup>309</sup> Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht, § 27 Rz 5.

<sup>310</sup> Büchele in Kucsko, Urheberrecht, §§ 27, 28 Punkt 1.2 aE.

<sup>311</sup> OGH 08.09.2009, 4 Ob 135/09w.

<sup>312</sup> OGH 09.05.1967, 4 Ob 308, 311/67 – "Jetzt trink ma noch a Flascherl Wein" – ÖBl 1967, 91 = SZ 40/69; OGH 28.09.2004, 4 Ob 184/04v – "Leistungsbeschreibung".

<sup>313</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1359.

<sup>314</sup> Das dUrhG spricht von einfachen Nutzungsrechten (§ 31 Abs 1 dUrhG), strittig ist seine Rechtsnatur. Vgl hierzu zB Schrickler in Schrickler, Urheberrecht, § 31 Rz 6.

<sup>315</sup> So zB Schrickler in Schrickler, Urheberrecht, § 34 Rz 5.

wider Treu und Glauben zu versagen. Der deutsche Gesetzgeber begründet diese Regelung damit, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, "dass das Nutzungsrecht ohne Wissen des Urhebers in die Hand von Personen gelangt, die sein Vertrauen nicht besitzen und von denen er befürchten muss, dass sie von dem Nutzungsrecht seinen Absichten zuwiderlaufenden Gebrauch machen werden. Der Urheber soll den Vorbehalt seiner Zustimmung jedoch nicht dazu missbrauchen dürfen, eine seine Interessen in keiner Weise beeinträchtigende Übertragung des Nutzungsrechts willkürlich zu verhindern."<sup>316</sup> Dies zeigt, dass die vom deutschen Gesetzgeber gewünschte notwendige Zustimmung einerseits auf die persönlichkeitsrechtliche Wurzel, andererseits auch auf verwertungsrechtliche Gesichtspunkte zurückzuführen ist.<sup>317</sup> Eine ähnliche Regelung ist in Österreich für die Übertragung von Werknutzungsrechten in § 27 Abs 2 S 2 UrhG gegeben, wonach die Einwilligung "nur aus einem wichtigem Grund" verweigert werden darf.<sup>318</sup>

Da für den Handel mit Second-Hand-Software vor allem Werknutzungsbevolligungen von Bedeutung sind, und der Gesetzgeber hierfür keine Regelung vorgesehen hat, stellt sich nun die Frage, wie sich diese Lücke im Gesetz deuten lässt. Es stehen drei Lösungswege zur Verfügung: Einerseits kann man annehmen, dass diese Lücke vom Gesetzgeber gewollt ist und somit aus dem Umkehrschluss ableiten, dass durch die fehlende Bestimmung für Werknutzungsbevolligungen die Übertragung unmöglich ist. Andererseits könnte man auch an eine Zwischenlösung denken, wonach alle Regelungen für Werknutzungsrechte auch auf Werknutzungsbevolligungen anwendbar sind. Die letzte Option wäre die Annahme der Übertragbarkeit aufgrund der allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsinstitute.

Die historische Interpretation liefert für die Problemlösung nur sehr begrenzte Hinweise. Wie das UrhG selbst, schweigt auch der Gesetzgeber zu dieser Frage in seinen EB zum UrhG. Es findet sich lediglich die Aussage, dass sowohl für die Werknutzungsbevolligung als auch für das Werknutzungsrecht die Befugnis zur Werkbenutzung unbeschränkt, aber auch zeitlich, räumlich oder inhaltlich

---

<sup>316</sup> Auszug der amtlichen Begründung zu § 34 dUrhG in *Schricker*, Urheberrecht, § 34 Rz 1.

<sup>317</sup> *Schricker* in *Schricker*, Urheberrecht, § 34 Rz 2.

<sup>318</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1761.

beschränkt erworben werden kann. "Der Unterschied zwischen beiden Formen liegt darin, dass die Werknutzungsbewilligung nur ein relatives Recht begründet, während das Werknutzungsrecht ein absolutes Recht ist". In weiterer Folge wird zu Letzterem ausführlich festgehalten, dass dieses nur mittels schuldrechtlichen Vertrages begründet werden kann, welcher das absolute Recht abstecken soll. Um dieses innige Verhältnis zwischen Vertrag und Werknutzungsrecht zu schützen, wurden die §§ 26 bis 29 UrhG beschlossen.<sup>319</sup>

Nach Ansicht des VwGH<sup>320</sup> deutet die Regelungslücke darauf hin, dass Werknutzungsbewilligungen nicht weiter übertragbar sind. Der Gerichtshof bezog sich dabei auf eine Meinung in der deutschen Literatur<sup>321</sup> und sprach sich somit für die restriktivste Auslegungsvariante aus. Der OGH hat sich zu dieser Rechtsfrage bis dato noch nicht geäußert.

Die hM in der Literatur verneint die im Erkenntnis des VwGH zum Ausdruck gebrachte Annahme und geht davon aus, dass der Nutzungsberechtigte die Werknutzungsbewilligung nur mit Zustimmung des Urhebers auf einen Dritten übertragen kann.<sup>322</sup> Ein Transfer ohne eine solche Einwilligung würde durch jegliche Nutzung in die Verwertungsrechte des Urhebers eingreifen.<sup>323</sup>

Da die Werknutzungsbewilligung grundsätzlich einen obligatorischen Anspruch gegen den Urheber begründet, handelt es sich dabei, im Gegensatz zum absoluten Werknutzungsrecht, um ein bloß relatives Recht, das nur zwischen den Vertragsparteien wirkt.<sup>324</sup> Auf dieses könnten die Bestimmungen über die Zession nach den zivilrechtlichen Regelungen (§ 1392 ff ABGB) angewendet werden.<sup>325</sup> Gemäß § 1393 ABGB sind nämlich alle veräußerlichen Rechte zedierbar.<sup>326</sup> Zu beachten ist jedoch, dass nur einzelne, bestimmte Forderungen zediert werden können, der Vertrag als Ganzes kann nicht durch eine einfache Zession

---

<sup>319</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 84 ff und 90 ff.

<sup>320</sup> VwGH 19.04.1995, 94/16/0193.

<sup>321</sup> *Hertin* in *Nordemann/Vinck/Hertin*, Urheberrecht, § 31 Rz 1a u § 34 Rz 1.

<sup>322</sup> *Büchele* in *Kucsko*, Urheberrecht, §§ 27, 28 Punkt 1.5; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40c Punkt 6.; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1767; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, § 27 Rz 2; *Dittrich*, ÖBI 2003, 251; *Schönherr*, ÖBI 1981, 166.

<sup>323</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1767; vgl OGH 19.10.2004, 4 Ob 186/04p – "Ausschreibungsdatenbank".

<sup>324</sup> OGH 09.04.2002, 4 Ob 77/02f – "Geleitwort" – ÖBI 2003/68, 250 mit Anm *Dittrich* = MR 2002, 387.

<sup>325</sup> *Büchele* in *Kucsko*, Urheberrecht, §§ 27, 28 Punkt 1.5.

<sup>326</sup> *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB, § 1393 Rz 1.

übertragen werden. Hierfür wäre eine Vertragsübernahme und dafür wiederum – außer im Fall einer einfachen Zession – eine Zustimmung notwendig.<sup>327</sup> Trotz Beschränkung der Weitergabe auf veräußerliche Rechte legt die Rechtsprechung die Bestimmung weit aus, wonach obligatorische Rechte im Generellen abgetreten werden können.<sup>328</sup> Auch nach der deutschen Literatur scheint es möglich, dass bei der Übertragung eines Nutzungsrechtes das Recht an sich, nicht jedoch das zugrunde liegende vertragliche Verhältnis transferiert werden kann.<sup>329</sup>

Die Zulässigkeit einer Zession bestätigt sich meines Erachtens auch dadurch, dass das Gesetz in § 1393 S 1 ABGB als unveräußerliche Rechte lediglich jene bezeichnet, welche "der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen". Dabei handelt es sich beispielsweise um Ansprüche auf Arbeitsleistung oder Naturalurlaubsanspruch.<sup>330</sup> Gerade bei Standardsoftware ist meiner Meinung nach eine solche enge persönliche Bindung zwischen Recht und Berechtigtem trotz der Bedeutung des Persönlichkeitsrechts im Urheberrecht zu verneinen. Des Weiteren stellen Werknutzungsbewilligungen auch keine unpfändbaren Rechte im Sinne des § 290 ff EO dar, welche, im Hinblick auf einen notwendigen Schuldnerschutz, nicht abtretbar wären (§ 293 EO),<sup>331</sup> was meiner Ansicht nach ebenso die Möglichkeit einer Zession bekräftigt.

Darüber hinaus hat der OGH festgestellt, dass eine Abtretbarkeit dann unzulässig ist, wenn das Recht nicht ohne Änderung des Inhalts auf einen Dritten übertragen werden kann. Ebenso verhindere eine Schlechterstellung des Schuldners die Abtretbarkeit.<sup>332</sup> Eine inhaltliche Veränderung des erteilten Rechts findet nicht statt, weil der Erwerber der gebrauchten Software das Produkt in dem Umfang verwendet, in dem auch dem Ersterwerber die Verwendung gestattet war. Eine mögliche Schlechterstellung des Softwareproduzenten sei lediglich in der Hinsicht denkbar, dass ihm dadurch eine weitere Absatzmöglichkeit genommen wird. Ein solcher Nachteil kann jedoch meiner

---

<sup>327</sup> Ertl in Rummel, Kommentar zum ABGB, § 1393 Rz 1.

<sup>328</sup> Ertl in Rummel, Kommentar zum ABGB, § 1393 Rz 1 f; OGH 23.9.2003, 4 Ob 119/03.

<sup>329</sup> Schrickler in Schrickler, Urheberrecht, § 34 Rz 23.

<sup>330</sup> Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, § 1393 Rz 3.

<sup>331</sup> Oberhammer in Angst, Exekutionsordnung, § 290 Rz 1 ff.

<sup>332</sup> OGH 09.09.1997, 4 Ob 199/97m; Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, § 1393 Rz 3.

Meinung nach nicht als Rechtfertigung für die Versagung einer Zession herangezogen werden.

Es stellt sich in weiterer Folge die Frage, ob die Regeln des allgemeinen Zivilrechts unbeschadet auf Werknutzungsbewilligung angewendet werden können, weil im Bereich des UrhG stets auch das Persönlichkeitsrecht des Urhebers zu beachten ist. *Wiebe/AppI* vergleichen hierfür die urheberrechtliche Konstellation mit der eines Wohnungsmieters, welcher das Recht auf Wohnen<sup>333</sup> an einen Dritten abtritt.<sup>334</sup> Die Rechtsprechung neigt bei dieser Sachverhaltskonstellation dazu, für eine gültige Abtretung die Zustimmung des Vermieters zu fordern. Von einer gesicherten Rechtsprechung kann jedoch hierbei nicht gesprochen werden, weil die Ansicht der Judikatur selbst dann gespalten ist, wenn bei Bestandsrechten das Einverständnis beider Parteien vorliegt. Dies sei deswegen problematisch, weil das Mietrecht aus Rechten und Pflichten besteht und nicht nur ein Teil hiervon, im Konkreten das Recht auf Wohnen, übertragen werden kann.<sup>335</sup> *Wiebe/AppI* übernehmen diesen Denkansatz auch für das Urheberrecht und schließen daraus, dass auch aufgrund der ähnlichen Konstruktion im Urheberrecht zumindest die Zustimmung der Parteien vorliegen muss, um eine gültige Übertragung von Werknutzungsbewilligungen vornehmen zu können.<sup>336</sup>

Demzufolge befürwortet *Wiebe* die Übertragung von Werknutzungsbewilligungen nur unter der Voraussetzung, dass eine Übertragbarkeit zuvor vereinbart worden ist. Dies sei unabhängig davon, ob mittels Zessionsregeln oder Vertragsübernahme vorgegangen werde. Seiner Ansicht nach sei die Interessenlage der beiden Werknutzungen nicht vergleichbar und auch die Bestimmung des § 40c UrhG nicht auf die Werknutzungsbewilligungen erweiterbar. Das stärkere Privileg verlange eine größere Disponierbarkeit zum Zwecke ihrer Verkehrsfähigkeit.<sup>337</sup>

---

<sup>333</sup> Zu beachten ist hier, dass es sich hierbei wohl nicht um das Wohnrecht im Sinne des § 521 ABGB handelt, sondern um das Recht, die Wohnung aufgrund eines Mietvertrages verwenden zu dürfen.

<sup>334</sup> *Wiebe/AppI*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (187).

<sup>335</sup> Dafür OGH 14.09.1967, 1 Ob 74/67, MietSlg 19129 = RS0047291; dagegen zB OGH 21.02.1973, 1 Ob 13/73, JBl 1974, 90 mit Anm *Bydlinski* = SZ 46/24 = RS0020499.

<sup>336</sup> *Wiebe/AppI*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (187) mwN.

<sup>337</sup> *Wiebe* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 40c Punkt 6.

Da es sich nach hA in Österreich bei Bewilligungen um obligatorische Schuldverhältnisse handelt, erachtet *Ciresa* die Anwendung der Vertragsübernahme<sup>338</sup> als sinnvoll und empfindet es nicht als überraschend, dass der Gesetzgeber im Urheberrecht zu dieser Übertragungskonstruktion schweigt. Beim Softwareüberlassungsvertrag handle es sich um einen zweiseitigen Kontrakt zwischen Softwarehersteller und Nutzer. Da im Rahmen eines Verkaufs alle Rechte und Pflichten auf den Erwerber übertragen werden sollen, sei nur eine Übernahme des ganzen Vertrages denkbar. Seiner Ansicht nach handelt es sich um ein klassisches zivilrechtliches Problem, das daher thematisch nicht Teil des UrhG ist.<sup>339</sup>

Um allerdings nun den Vertrag als Ganzes an einen Dritten weitergeben zu können, müssten die Bestimmungen über die Vertragsübernahme eingehalten werden. Das Rechtsinstitut der Vertragsübernahme ist im Gesetz nicht ausdrücklich normiert, kann aber aus den §§ 1404 ff ABGB abgeleitet werden.<sup>340</sup> Es bewirkt nicht nur, wie bei der Zession, die Übertragung eines einzelnen Rechtes, sondern ermöglicht dem Vertragsübernehmer an die Stelle der ursprünglichen Partei zu treten. Im Gegenzug wird die ursprüngliche Vertragspartei aus dem Schuldverhältnis entlassen. Dabei kommt es zu keiner Änderung der Identität bzw des Inhaltes des Vertrages, weil es nicht nur eine Kombination von Forderungsabtretung und Schuldübernahme ist, sondern ganz generell alle darüber hinausgehenden rechtlichen Rahmenbeziehungen, insbesondere Gestaltungsrechte, übertragen werden. Für die Wirksamkeit einer Vertragsübernahme ist jedoch die Zustimmung aller Vertragsparteien, also der verbleibenden, der ausscheidenden und der an deren Stelle eintretenden, unumgänglich.<sup>341</sup> Fehlt diese, so ist der Rechteübergang nur mittels der bereits erörterten Zession gemäß §§ 1392 ff ABGB möglich.<sup>342</sup>

Meiner Ansicht nach könnte – entgegen der hM – aus der Regelung des Werknutzungsrechts als umfassenderes Rechtsinstitut herausgelesen werden,

---

<sup>338</sup> Der OGH hat sich bis dato in seiner ständigen Rechtsprechung nur für Vertragsübernahmen bei Werknutzungsrechten ausgesprochen, einen Sachverhalt mit Werknutzungsbevolligungen hatte er noch nicht zu beurteilen: OGH 08.09.2009, 4 Ob 135/09w.

<sup>339</sup> *Ciresa*, Urheberwissen für der Praxis, 192.

<sup>340</sup> *Ertl* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 1406 Rz 2.

<sup>341</sup> Statt vieler OGH 24.04.1979, 2 Ob 509/79, RS0032607.

<sup>342</sup> *Ertl* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 1406 Rz 2; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, § 27 Rz 2.

dass für die Werknutzungsbewilligung keine Zustimmung erforderlich ist. Wenn nämlich für die Übertragung eines dinglichen Rechts die Zustimmung des Urhebers notwendig ist, so erscheint es durchaus vertretbar, dass das schwächere obligatorische Recht auch ohne Einwilligung übertragen werden kann. Dies vor allem auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die missbräuchliche Verwendung eines Werknutzungsrechts wohl größeren Schaden verursachen kann, als der Missbrauch einer Werknutzungsbewilligung. Diese Übertragung kann unter Zuhilfenahme von zessionsrechtlichen Regelungen erfolgen. Ich teile grundsätzlich die Ansicht von *Ciresa*, welcher die Gesetzeslücke dahingehend interpretiert, dass fehlende urheberrechtliche Bestimmungen darauf schließen lassen, dass allgemeines Zivilrecht anwendbar ist. Da es sich bei einer Werknutzungsbewilligung um ein obligatorisches Recht handelt, welches den Urheber verpflichtet, den Berechtigten sein Werk nutzen zu lassen, ohne ihn dabei zu beeinträchtigen, bestätigt die Lücke die Anwendungsmöglichkeit der zessionsrechtlichen Bestimmungen gemäß §§ 1392 ff ABGB. Außerdem stehen einer solchen Interpretation weder Regelungen des UrhG, noch des ABGB oder der EO entgegen.

Die Problematik der Übertragung von Werknutzungsbewilligungen ist keine, welche erst kürzlich virulent geworden ist. Dies hatte bereits der Gesetzgeber bei der Schaffung des UrhG 1936 vor Augen, als er Werknutzungsrecht und Werknutzungsbewilligung kodifizierte und dabei nur für ersteres spezielle Regelungen für einen Transfer normierte. Es ist nun fraglich, ob der Gesetzgeber wollte, dass für Bewilligungen ohnehin dieselben Bestimmungen gelten sollen, wie für Werknutzungsrechte. Dies ist meiner Meinung nach nicht der Fall, weil aus den EB eindeutig hervorgeht, dass die besonderen Bestimmungen für die Übertragung der Werknutzungsrechte dem Zweck dienen, dass der Urheber sich die Person, welche mit einem absoluten Recht an seinem Urheberrecht ausgestattet ist, kennt und auswählen kann. Um die Vertragsübernahme des Werknutzungsrechts ermöglichen zu können, hat der Gesetzgeber die Vertragsübernahme im UrhG kodifiziert. Aus diesem Grund würde eine analoge Anwendung des UrhG gegen den Willen des (historischen) Gesetzgebers verstoßen.

Das Fehlen entsprechender Erläuterungen bezüglich der Werknutzungsbewilligung deutet darauf hin, dass das relative Recht nicht durch das UrhG geregelt werden soll, sondern durch die fundamentalen Regeln des ABGB. Hierfür würde meiner Meinung nach auch sprechen, dass auch in den EB zu § 26 UrhG kein Wort über die Werknutzungsbewilligung zu finden ist und das UrhG lediglich ein Spezialgesetz zum ABGB darstellt. Da in den EB die besondere Bedeutung des Werknutzungsrechts wiederholt aufgezeigt und eingemahnt wird, diese nicht mit der Werknutzungsbewilligung zu verwechseln, geht meiner Ansicht nach in den Augen des Gesetzgebers keine Gefahr von der Werknutzungsbewilligung aus, weswegen die Anwendung der Zessionsregeln zulässig ist.

Es ist meines Erachtens nicht anzunehmen, dass es sich beim Fehlen einer Regelung über die Übertragung von Werknutzungsbewilligungen um eine gewollte Lücke handelt. Wenn der Gesetzgeber schon das starke Werknutzungsrecht übertragbar gestaltet hat, so wäre es nicht nachvollziehbar anzunehmen, dass das – aus Sicht des Gesetzgebers – schwächere Recht nicht übertragen werden können sollte.

Sofern nicht schon im Generellen für Werknutzungsbewilligungen eine solche extensive Regelung Anwendung möglich ist, sollte das zumindest im Bereich der Software tunlich sein, weil auch § 40c UrhG die Zweifelsregel für Übertragungen umkehrt. Dadurch spricht meiner Meinung nach im Spezialfall der gebrauchten Software wenig gegen die Zulässigkeit des Transfers ohne Einwilligung. So finden zB auch im Bereich der Standardsoftware nach hJ kaufvertragliche Bestimmungen Anwendung. Durch eine solche einfache Übertragung wäre auch dem Grundgedanken der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit Rechnung getragen. Auch die im Urheberrecht verankerte persönlichkeitsrechtliche Wurzel ändert meiner Ansicht nach im Bereich gebrauchter Software nichts daran, weil vor allem für den Fall der Standardsoftware ohnehin jeder Käufer in einem Fachgeschäft oder von einer Webseite eines Softwareproduzenten das gewünschte Produkt beziehen kann, ohne dass der Urheber besondere Voraussetzungen – abgesehen vom Bezahlen des Kaufpreises – verlangt. Die persönlichkeitsrechtlichen Interessen fallen deshalb nicht ins Gewicht. Das Rechtsinstitut der Vertragsübernahme sollte nur im Ausnahmefall herangezogen

werden, da in der Regel ohnehin fraglich ist, wie eine vertragliche Beziehung zwischen Softwareurheber und Endbenutzer zustande kommt.<sup>343</sup>

Eine Vertragsübernahme ist meines Erachtens nur dann geboten, wenn man die Rechtsgrundlage durch Analogieschluss aus dem UrhG herleitet. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die EB den zugrunde liegenden Vertrag besonders hervorheben. Bejaht man die Analogie, dann wären wohl auch die Bestimmungen des § 27 UrhG auf Werknutzungsbewilligungen anwendbar, was aber meiner Meinung nach für den Fall der gebrauchten Software über das Ziel schießen würde. Das Urheberrecht fordert für die Veräußerung von Werknutzungsrechten nur aus dem Grund eine Zustimmung, weil gemäß § 27 Abs 3 UrhG der Erwerber der Berechtigung alle Verbindlichkeiten zu erfüllen hat, die zuvor zwischen Urheber und Veräußerer bestanden haben. Sind seitens des Berechtigten, wie dies bei Standardsoftware der Fall ist, keine Verbindlichkeiten vorhanden bzw sind diese bereits erfüllt, ist auch die Zustimmung des Urhebers vernachlässigbar, weil dieser ohnehin keine Ansprüche gegen den neuen Berechtigten hat. Die Zustimmungsklausel des Abs 2 soll lediglich davor schützen, dass der Urheber einen weniger liquiden oder in Bezug auf Nebenabreden weniger vertragstreuen Schuldner erhält.<sup>344</sup> Es ist unklar, welche Vertragspartner eine Gefahr für Softwareproduzenten darstellen könnten. Das mögliche Argument, dass für Software eine Zustimmung notwendig ist, um die Herstellung von Raubkopien und sonstige Vergehen zu beschränken, ist schon deswegen kein geeignetes, weil heutzutage die gewünschte Software überall erworben werden kann, ohne dabei eine "Persönlichkeitskontrolle" passieren zu müssen.

Denkbar wäre meiner Meinung nach auch, dass die von der hM geforderte Einwilligung konkludent abgegeben wird. Dies könnte man aus dem Erschöpfungsgrundsatz herauslesen: Wird Software verkauft, könnte man nämlich aus diesem Umstand folgern, dass der Verkäufer wohl mit einem Weiterverkauf einverstanden ist. Bei der zur Übertragung geforderten Zustimmung gemäß § 27 Abs 2 UrhG handelt sich es um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Wird dieser Auffassung gefolgt, so muss auch hier eine

---

<sup>343</sup> Siehe hierzu bereits Kapitel 5.

<sup>344</sup> *Bücheler* in *Kucsko*, Urheber.recht, §§ 27, 28 Punkt 1.2.

Willenserklärung zugrunde liegen. Eine solche ist dann konkludent, wenn sie der Bestimmung des § 861 Abs 1 ABGB entspricht, wonach "kein[...] vernünftige[r] Grund[,] daran zu zweifeln" besteht.<sup>345</sup> Das bloße Überlassen eines Computerprogramms durch den Berechtigten lässt meiner Ansicht nach keine schlüssige Einwilligung erkennen, dass neben der Benutzung auch eine Übertragung gestattet wäre. Darüber hinaus wird eine solche in aller Regel ohnehin in AGB ausgeschlossen,<sup>346</sup> was eindeutig gegen den Willen des Verkäufers spricht.<sup>347</sup>

Eines ist nach hM trotz allem klar: Sofern vom Softwarehersteller eine übertragbare Werknutzungsbewilligung eingeräumt wurde bzw nachträglich eine Zustimmung erteilt wird, ist auch der Verkauf der gebrauchten Software rechtmäßig. Eine Prüfung weiterer gesetzlicher Regelungen ist in diesem Fall entbehrlich, weil ein Konsens zwischen den Vertragsparteien vorliegt und nach hM diese Vorgehensweise als rechtlich möglich erachtet wird.<sup>348</sup>

Der Vertrieb von gebrauchter Software mit Einverständnis des Softwareherstellers ist somit zulässig.

## 7.4 Verweigerung der Zustimmung

Geht man von der hM<sup>349</sup> aus, wonach die Übertragung einer Werknutzungsbewilligung die Zustimmung des Rechteinhabers voraussetzt, ist nun offen, ob und in weiterer Folge wie Softwarenutzer sich gegen eine Zustimmungsverweigerung wehren können. Für den Fall der Standardsoftware könnte durch Versagung der Einwilligung der Handel mit gebrauchter Software erschwert werden und folglich die Stellung des Urhebers als "Quasi-Monopolist" gefördert werden. Dabei ist jedoch zu beachten, sollte die Übertragungsmöglichkeit der Berechtigung zur Verwendung der Software

---

<sup>345</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 101 f.

<sup>346</sup> Näheres hierzu siehe Kapitel 7.5 f.

<sup>347</sup> So auch *Bräutigam/Wiesemann*, Der BGH und der Erschöpfungsgrundsatz bei Software, CR 2010, 215 (220).

<sup>348</sup> So auch *Hilber*, Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcing-Transaktion, CR 2008, 749 (750).

<sup>349</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1767; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40c Punkt 6; *Ciresa*, Urheberwissen für die Praxis, 192.

verneint werden, so kann ein Verwendung dennoch durch die freie Werknutzung nach § 40d Abs 2 UrhG möglich sein.<sup>350</sup>

Eine diesbezügliche Regelung für die Übertragungsmöglichkeit findet sich nur für Werknutzungsrechte in der Bestimmung des § 27 Abs 2 S 2 UrhG, wonach seitens des Urhebers die Zustimmung für die Übertragung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf. Besonders zu betonen ist, dass trotz dieser Bestimmung bei rechtswidriger Verweigerung eine Einwilligung nicht von Gesetzes wegen gegeben ist. Eine Verweigerung ist zwar unzulässig, bedeutet aber nicht postwendend, dass dadurch *ipso iure* eine Einwilligung als erteilt anzunehmen ist. Eine solche kann dann bloß im Rechtsweg erzwungen werden.<sup>351</sup>

Das UrhG stärkt andererseits die Position des Anfragenden: Sollte nämlich der Urheber die Zustimmung zur Übertragung eines Werknutzungsrechtes in dem Sinne verweigern wollen, dass er auf die Anfrage des Rechteinhabers gar nicht reagiert, so gilt die Zustimmung als erteilt, wenn ein Zeitraum von 2 Monaten verstrichen ist (§ 27 Abs 2 S 3 UrhG), sofern der Urheber auf die Rechtsfolgen aufmerksam gemacht wurde.<sup>352</sup>

Im deutschen Recht findet sich in § 34 Abs 1 S 2 dUrhG eine ähnliche Regelung, welche – anders als die österreichische Rechtslage – auch die Werknutzungsbewilligungen umfasst. Diese stellt darauf ab, dass nur "wider Treu und Glauben" eine Zusage für die Veräußerung von Nutzungsrechten verweigert werden darf. Hierfür ist eine Abwägung der Interessen des Urhebers und des Nutzungsrechtsberechtigten vorzunehmen. Treuwidrig sind einerseits willkürliche Verweigerungen, welche sich auf keinen sachlichen Grund stützen, andererseits aber auch solche, denen ein schwerwiegendes Interesse des Nutzungsrechtsinhabers entgegensteht. Es müssen aber auch die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen berücksichtigt werden, welche, je nach Werk, unterschiedliche Auswirkungen haben. Seitens des Verkäufers sind

---

<sup>350</sup> Siehe dazu unten Kapitel 11.

<sup>351</sup> *Büchele* in *Kucsko*, Urheberrecht, §§ 27, 28 Punkt 1.3; *Ciresa*, Urheberwissen für die Praxis, 193; so auch das für das deutsche Recht *Schricker* in *Schricker*, Urheberrecht, § 34 Rz 17.

<sup>352</sup> *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, § 27 UrhG Rz 8; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1761.

vor allem die betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen, wie zB Geschäftspolitik oder auch wirtschaftliche Zwänge. Allgemein können auch Verkehrssitte und Branchenübung einen wichtigen Anhaltspunkt bieten.<sup>353</sup> Darüber hinaus können aber auch Bedenken in der Person des Erwerbers selbst liegen, wie zB gegen dessen weltanschauliche Tendenz, seine Reputation im Geschäftsleben, seine Erfahrungen, den Geschäftszuschnitt, Ruf und Ansehen etc.<sup>354</sup>

Ebenso wie beim Problem der Zulässigkeit der Übertragung von Werknutzungsbewilligungen ist auch hier ein "Zustimmungszwang" im österreichischen Recht nicht gesetzlich geregelt. Meiner Meinung nach müssen Befürworter einer Übertragung mit Zustimmungspflicht, welche diese *per analogiam* aus dem UrhG ableiten, auch diese Regelungen analog übernehmen. Darauf weist nicht zuletzt auch das dUrhG hin, welches auch bei Werknutzungsbewilligungen eine Übertragungszustimmung voraussetzt, diese aber nicht wider Treu und Glauben verweigert werden darf.

## **7.5 Zulässigkeit eines vertraglichen Weitergabeverbots**

Das oben dargelegte Problem der Zustimmung ist vernachlässigbar, wenn bereits vertraglich jegliche Weitergabe untersagt und diese Vereinbarung als gültig erachtet wird. Neben der Problematik, ob die Weitergabe des gesamten Programms oder lediglich des Nutzungsrechts daran versagt wird, bezieht sich eine andere grundlegende Frage darauf, inwieweit eine solche vertragliche Vereinbarung überhaupt zulässig ist.

Vorweg ist hierzu festzuhalten, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit es den Vertragsparteien ermöglicht, sich mit Hilfe von Verträgen berechtigen und verpflichten zu können. Diese Freiheit stellt einen Ausfluss der Privatautonomie dar. Jedoch ist diese persönliche Selbstbestimmung nicht unbeschränkt. Durch die gesetzlichen Regelungen wird versucht, die öffentliche Ordnung als Ganzes zu

---

<sup>353</sup> Schrickler in Schrickler, Urheberrecht, § 34 Rz 16.

<sup>354</sup> Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 34 Rz 18.

schützen. Darüber hinaus sollen aber auch Interessen von sozial schwächeren Vertragsparteien Beachtung finden. Folglich muss der Gesetzgeber regelnd eingreifen, um dem stärkeren und finanzkräftigeren Vertragspartner durch die Privatautonomie nicht Tür und Tor für Machtmissbrauch zu öffnen.<sup>355</sup>

Eine zwischen Parteien vereinbarte Klausel ist dann nicht anwendbar, wenn sie zu einem besonderen Missverhältnis zwischen den zugrunde liegenden Parteiinteressen führt. Diese Diskrepanz versucht der Gesetzgeber durch verschiedenste Regelungen zu unterbinden, wie zB im Fall von Gesetz- oder Sittenwidrigkeit durch § 879 ABGB oder wegen Verkürzung über die Hälfte gemäß § 934 ABGB. Da es speziell im Marktbereich zwischen Konsumenten und Unternehmern zu einem Ungleichgewicht kommt, hat hier der Gesetzgeber mit dem KSchG starke Kontrollmechanismen geschaffen. Dies ist deshalb notwendig, weil der Verbraucher aufgrund von wirtschaftlicher Unterlegenheit, aber auch wegen mangelnder Rechtskenntnisse übervorteilt werden kann.<sup>356</sup>

In erster Linie ist zu überlegen, ob eine solche Vereinbarung eines Weitergabeverbots gegen die Sittenwidrigkeitsklausel des § 879 ABGB verstößt. Des Weiteren darf für den Fall der Verbraucherverträge<sup>357</sup> auch keine verbotene Klausel des § 6 KSchG enthalten sein. Darüber hinaus hat § 6 KSchG aber auch für andere Verträge besondere Bedeutung. Obwohl das KSchG im B2B-Bereich nicht direkt anwendbar ist, stellt es einen anwendbaren Wertungsmaßstab dar, weil der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, welche Klauseln er als unangebracht verstanden wissen will. Ist nun ein Sachverhalt gegeben, bei welchem unterschiedlich starke Vertragsparteien einander gegenüberstehen, so ist es offensichtlich, dass die Schwelle der Sittenwidrigkeit der einer B2C-Konstellation nahe kommt.<sup>358</sup>

Die ständige Rechtsprechung fordert für Sittenwidrigkeit eine grobe Verletzung von rechtlich geschütztem Interesse oder das Vorliegen eines groben

---

<sup>355</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 13 ff.

<sup>356</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II, 402.

<sup>357</sup> Das sind jene, bei welchen der Vertrag zwischen Unternehmer und Konsument im Sinn des § 1 KSchG geschlossen wurde.

<sup>358</sup> OGH 09.06.1999, 7 Ob 105/99p; *Lange* in *Kosesnik-Wehrle*, Konsumentenschutzgesetz, § 6 Rz 2; *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 879 Rz 242 f mwN.

Missverhältnisses zwischen den Interessen der Parteien.<sup>359</sup> Ein vertraglich vereinbartes Weitergabeverbot an sich stellt selbstverständlich noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar. Dies leitet sich bereits daraus ab, dass der Gesetzgeber in § 364c ABGB ein Veräußerungsverbot für Sachen und dingliche Rechte ermöglicht, er aber auch im Besonderen für Forderungen in § 1396a ABGB die Möglichkeit eines solchen Verbots normiert. Ob dies auch bei der Vereinbarung mittels AGB gegeben ist, ist noch gesondert zu prüfen.<sup>360</sup> Selbst für den Anwendungsbereich der Verbraucherverträge ist, in den vom Gesetzgeber als unzulässig erklärten Klauseln des § 6 Abs 1 KSchG, keine Bestimmung ersichtlich, die der eines Weitergabeverbots gleichen würde. Daher kann meiner Meinung nach wohl pauschal gesagt werden, dass Weitergabeverbote, sofern diese einzeln ausgehandelt wurden, nicht gegen die guten Sitten im Sinne des § 879 ABGB verstoßen und folglich für die Disposition über Werknutzungsrechte und Werknutzungsbewilligungen zulässig sind.

Damit ist jedoch noch nicht die Frage bejaht, ob ein solches nicht dennoch gesetzwidrig ist. Hier ist im Speziellen der Einfluss des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes zu beachten,<sup>361</sup> weil dieser als zwingendes Recht nicht abbedungen werden kann. Diese Kernaussage hat der Gesetzgeber in den EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 als Beispiel angeführt: Ein Künstler möchte sein Gemälde veräußern, dabei aber gleichzeitig verhindern, dass der neue Eigentümer es veröffentlicht. Grundsätzlich erlischt mit dem erstmaligen Inverkehrbringen auch das Verbreitungsrecht des Urhebers (§ 16 Abs 3 UrhG), welches auch das Recht zur Veröffentlichung beinhaltet (§ 16 Abs 2 UrhG). In einem solchen Fall könne dem Wunsch des Urhebers nur mittels schuldrechtlicher Verpflichtung des Erwerbers nachgekommen werden.<sup>362</sup> Auch in der Literatur wird vertreten, dass Bestimmungen in Softwareüberlassungsverträgen, welche die Erschöpfungswirkung außer Kraft setzen bzw beschränken, nur schuldrechtliche Wirkung haben und somit nicht zur Unwirksamkeit der Weiterveräußerung an sich führen können.<sup>363</sup> Aus diesem Grund ist es für die Beurteilung des Weitergabeverbots unerlässlich, die Reichweite des

---

<sup>359</sup> OGH 22.05.2003, 8 ObA 161/02p.

<sup>360</sup> Siehe hierfür Kapitel 7.6.

<sup>361</sup> Siehe hierzu Punkt 6.

<sup>362</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 70.

<sup>363</sup> *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rz 920 ff.

Erschöpfungsgrundsatzes auszuloten.<sup>364</sup>

Nach *Walter* ist eine solche Vertragsklausel möglich, sofern diese nicht Teil des zwingenden Kerns im Sinne des § 40d Abs 2 iVm Abs 4 UrhG<sup>365</sup> ist. Dies widerspreche nicht dem Erschöpfungsgrundsatz, weil dieser sich auf die (physische) Weitergabe beziehe. Ferner ist auch bei Werknutzungsrechten gemäß § 27 Abs 2 UrhG bei Weitergaben eine Zustimmung des Urhebers notwendig. Wendet man diese Bestimmung auch analog für Werknutzungsbewilligungen an, unbeschadet dessen, dass § 40c UrhG die Bestimmung des § 27 Abs 2 UrhG umkehrt, käme man zu dem Schluss, dass eine Untersagung der Weitergabe möglich ist, wenn diese nicht gegen gewichtige Interessen des Erwerbers verstößt. Eine solche vertragliche Vereinbarung muss selbstverständlich auch kartellrechtlichen Beschränkungen<sup>366</sup> und der Inhaltskontrolle im Hinblick auf die AGB<sup>367</sup> entsprechen. Im Endeffekt wird daher die Zulässigkeit von einer individuellen Interessenabwägung der Vertragsparteien abhängig sein.<sup>368</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein Weitergabeverbot an sich noch zu keiner absoluten Nichtigkeit der Abrede führt.

## 7.6 Zulässigkeit eines Weitergabeverbots in AGB

Ein vom Gesetz vermuteter Interessengegensatz besteht auch im Fall der vertraglichen Vereinbarung bei Zugrundelegung von AGB.<sup>369</sup> Dem sind auch einseitig vorformulierte, individuelle Vertragstexte gleichzuhalten, wenn der Vertragspartner in eine Situation gelangt, die der Anwendung von AGB gleicht.<sup>370</sup> Das Ungleichgewicht ist meist dadurch gegeben, dass die Vertragspartei, welche sich der AGB bedient, aufgrund der vorformulierten Bestimmungen die

---

<sup>364</sup> Näheres hierzu unter Kapitel 8 ff.

<sup>365</sup> Siehe dazu Kapitel 11.2.

<sup>366</sup> Näheres hierzu zB in *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (188 ff); *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (61).

<sup>367</sup> Näheres dazu Kapitel 7.6.

<sup>368</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1359.

<sup>369</sup> *Lange* in *Kosesnik-Wehrle*, Konsumentenschutzgesetz, § 6 Rz 1.

<sup>370</sup> *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 879 Rz 236.

Möglichkeit hat, diese in mehreren gleichartigen Verträgen anwenden zu können. Infolgedessen können die Kosten für die Vertragsgestaltung auf zahlreiche Kontrakte aufgeteilt und als Konsequenz rascher amortisiert werden. Diesen Vorteil hat der Kontrahent, sofern er dem Vertrag nicht ebenso seine AGB zugrunde legt bzw legen kann, in der Regel nicht. Er müsste für den speziellen Vertrag unverhältnismäßig mehr Kosten aufwenden, um eine "Waffengleichheit" zu erreichen, was in den meisten Fällen, wegen des im Verhältnis geringen Wertes des Vertragsgegenstandes nicht zweckmäßig wäre.<sup>371</sup>

Ein weiterer Nachteil ist die fehlende Vertragsgestaltungsmöglichkeit in Anbetracht der "verdünnten Willensfreiheit" des Vertragspartners.<sup>372</sup> Der Verwender der AGB hat zumeist eine sehr gute Verhandlungsposition, da er nur unter Zugrundelegung dieser vorgefertigten Vertragsklauseln kontrahiert.<sup>373</sup> Dieses Übergewicht ist wohl auch in der Softwarebranche spürbar, weil die Anbieter von Standardsoftware über ähnliche Vertragsbestimmungen verfügen bzw ohnehin eine monopolartige Stellung innehaben. Einer solchen Übermacht ist weder der Privatkunde noch der Klein- und Mittelbetrieb gewachsen.

Aufgrund der Kostenasymmetrie und der fehlenden Vertragsgestaltungsmöglichkeit hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, für die Gültigkeitskontrolle verschärfte Bestimmungen zu normieren. Diese finden sich in § 879 Abs 3 und werden für Verbraucher durch das KSchG noch erweitert.<sup>374</sup> Die Liste der verbotenen Klauseln des § 6 Abs 1 und 2 KSchG ist auch außerhalb von Verbraucherverträgen für die Beurteilung von AGB relevant, weil dadurch die Wertungsvorgabe des Gesetzgebers verdeutlicht wird, welche Klauseln er beim Gegenüberstehen ungleich starker Parteien explizit als sittenwidrig erachtet.<sup>375</sup>

Die Zulässigkeit von Weitergabeverboten an sich wurde bereits im vorangehenden Kapitel dargelegt. Nun ist ergänzend zu prüfen, ob das Weitergabeverbot in AGB von Softwareverträgen im konkreten Fall sowohl der

---

<sup>371</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 130 f mwN.

<sup>372</sup> *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB, § 879 Rz 22.

<sup>373</sup> *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 879 Rz 233 f.

<sup>374</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 130 f.

<sup>375</sup> OGH 23.05.2006, 4 Ob 10/06h, ecolex 2006/320.

Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB als auch den speziellen Regelungen des KSchG entspricht.

Der Prüfung des § 879 Abs 3 ABGB unterliegen nur Nebenleistungen, sprich alle Leistungen, die nicht der beiderseitigen Hauptleistungspflicht entsprechen. Die Hauptleistung besteht aus Entgelt und Leistung, womit aber auch nur ihre "individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen" gemeint ist. Diese ist eng abzugrenzen und schafft somit einen weiten Anwendungsbereich des Abs 3. Das Weitergabeverbot ist meiner Meinung nach unproblematisch als Nebenleistung zu qualifizieren,<sup>376</sup> da dieses lediglich bestimmt, wie mit der erworbenen Software an sich oder den Rechten hieran verfahren werden muss. Darüber hinaus bietet auch die enge Abgrenzung der Hauptleistung ein Indiz dafür, dass es sich bei der Weitergabe lediglich um eine Nebenvereinbarung handelt.

Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung vorliegt, handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung. Den ersten Anhaltspunkt gibt das dispositive Recht. Dabei ist aber zu beachten, dass nicht jede Abweichung von dieser Referenz automatisch einen Verstoß bedeutet. Es sind nur die gewichtigen Diskrepanzen näher zu untersuchen. Für Softwareüberlassungsverträge hat der Gesetzgeber positive Schutzbestimmungen weder im KSchG noch sonstige dispositive Regelungen in Bezug auf ein Veräußerungsverbot geschaffen. In diesem Fall sind nach *Krejci* dieselben Regelungen wie für die Bestimmung des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB heranzuziehen:<sup>377</sup> "Gröbliche Benachteiligung hängt in zusammenfassender, beweglicher Beurteilung einerseits vom Ausmaß einseitiger Verschiebung des gesetzlich vorgesehenen Interessenausgleiches und andererseits vom Ausmaß der 'verdünnten Willensfreiheit' des Benachteiligten ab."<sup>378</sup> Liegt ein auffallendes Missverhältnis zwischen den Rechtspositionen vor, ist dies zweifellos eine gröbliche Benachteiligung.

Nach Ansicht von *Wiebe/AppI* stellt ein pauschales vertragliches Weitergabeverbot weder bei Werknutzungsrechten noch bei

---

<sup>376</sup> So auch *Wiebe/AppI*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (188).

<sup>377</sup> *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 879 Rz 240 f.

<sup>378</sup> *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 879 Rz 242 mwN.

Werknutzungsbewilligungen eine Notwendigkeit zur Besorgnis "im Sinne des § 879 ABGB" dar. Dies wäre auch in Deutschland in diesem Sinn zu beantworten, obwohl die deutsche Rechtsordnung eine explizite Treu-und-Glauben-Klausel für Werknutzungsbewilligungen enthält. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Pflicht zur Zustimmung eher die Ausnahme bilden wird und diese auch nur dann erteilt werden muss, wenn die Interessen des Urhebers gar nicht berührt werden oder aber eine Versagung der Einwilligung einen schwerwiegenden Eingriff in die wirtschaftlichen Interessen des Erwerbers darstellen würde.<sup>379</sup> Des Weiteren sei der Werknutzungsberechtigte ohnehin durch den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz sowie die begleitende Bestimmung des § 40d Abs 2 UrhG ausreichend geschützt. Der einzige Grund für die Annahme einer Nichtigkeit könne demnach aus einem Verstoß gegen den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz resultieren.<sup>380</sup>

Ein solches Weitergabeverbot in AGB widerspricht nach einem Teil der Lehre und Judikatur aber dem Grundgedanken der Erschöpfung, weil eine solche Klausel den Erwerber in einem unzumutbaren Rahmen einschränken würde. Somit sei ein diesbezügliches schuldrechtliches Verbot nichtig.<sup>381</sup>

Meiner Meinung nach ist die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit des Weitergabeverbots in AGB davon abhängig, welcher Ansicht in Bezug auf die Veräußerung von Werknutzungsbewilligungen gefolgt wird. Folgt man – wie hier vertreten – der Ansicht, dass es sich bei Werknutzungsbewilligungen um abtretbare Rechte handelt, für welche keine Zustimmung notwendig ist, so ist eine individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung zulässig; für den Fall der Vereinbarung in AGB wird sie jedoch in aller Regel gröblich benachteiligend und folglich nichtig sein. Die Verwirklichung des Tatbestandes ist nach Ansicht der hJ nämlich umso eher anzunehmen, je geringer der Einfluss der durch die

---

<sup>379</sup> So zB *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG, § 34 UrhG Rz 18.

<sup>380</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (188).

<sup>381</sup> *Schuhmacher*, Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, 641; *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573 (577 f); *Huppertz*, Handel mit Second Hand Software, CR 2006, 145 (150); *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (60 f); *Hilber*, Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcingtransaktion, CR 2008, 749 (751); *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rz 949; OLG Nürnberg, 20.06.1989, 3 U 1342/88, NJW 1989, 2634; OLG Frankfurt 25.06.1996, 11 U 4/96, NJW-RR 1997, 494; LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*.

Abweichung vom dispositiven Recht benachteiligten Partei bei der Vertragsgestaltung war.<sup>382</sup> Des Weiteren kann bereits das bloße Missverhältnis zwischen den beiden Rechtspositionen zur Nichtigkeit gemäß § 879 Abs 3 ABGB führen,<sup>383</sup> auch wenn kein dispositives Recht vorliegt. So lässt doch die Übertragbarkeit ohne Zustimmung darauf schließen, dass durch das Veräußerungsverbot ein gewichtiger Nachteil gegeben ist. Gerade im Bereich von Standardsoftware, wo Unternehmen mit monopolartiger Stellung den Markt beherrschen, hat der Vertragspartner jede Vertragsklausel zu akzeptieren, um zu einem Abschluss zu gelangen. Ansonsten bestünde nur die Möglichkeit sich Individualsoftware<sup>384</sup> anzuschaffen. Der Vertragspartner wird somit in eine Zwangslage gedrängt, die der des Wuchers gleicht. Darüber hinaus ist es nicht einsichtig, warum der Hersteller von Standardsoftware bei einem Softwarekauf die Verfügungsmacht in diesem Ausmaß einschränken können sollte. Dies alles unter Berücksichtigung des *telos* des Erschöpfungsgrundsatzes, welcher dadurch eindeutig zu umgehen versucht wird. Die EB nennen zwar die Möglichkeit, dass eine schuldrechtliche Vereinbarung geschlossen werden kann, um den Erschöpfungsgrundsatz in einem gewissen Maß einzuschränken. Für das vorliegende Problem der Gebrauchtssoftware muss jedoch zugestanden werden, dass das Persönlichkeitsinteresse an Standardsoftware mit dem an der Nichtveröffentlichung eines Gemäldes nicht vergleichbar ist. Darauf deutet auch § 40c UrhG hin. Aus all diesen Gründen ist meiner Ansicht nach ein in AGB enthaltenes Abtretungsverbot für Werknutzungsbewilligungen auf der Grundlage des § 879 Abs 3 ABGB nichtig.

Vertritt man jedoch die Ansicht, dass eine Weitergabe einer Werknutzungsbewilligung im Zweifel nur mit Einwilligung des Urhebers (§ 27 Abs 2 UrhG analog) möglich ist,<sup>385</sup> so wird die explizite Vereinbarung in den AGB zulässig sein, weil diese die Zweifelsregelung nun explizit als zwingend vorsieht. Eine Nichtigkeit gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist daher nicht gegeben, weil keine gröbliche Benachteiligung durch Abweichung vom dispositiven Recht vorliegt.

---

<sup>382</sup> Vgl zB OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f, SZ 2002/153 = RdW 2003, 66 mit Anm Iro; OGH 27.02.2007, 1 Ob 1/07i, RdW 2007/406, 405.

<sup>383</sup> Vgl zB OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f, SZ 2002/153 = RdW 2003, 66 mit Anm Iro; OGH 05.08.2003, 7 Ob 179/03d.

<sup>384</sup> Siehe hierzu bereits Kapitel 2.3.1.2.

<sup>385</sup> Vgl dazu bereits 7.3.

## 7.7 Wirkung des Weitergabeverbots

Ist das Weitergabeverbot vertraglich vereinbart worden, und geht man von dessen Gültigkeit aus, stellt sich die Frage, ob dieses eine dingliche Wirkung entfalten kann oder lediglich *inter partes* wirkt. Im ersteren Fall könnte der Urheber seinen Anspruch gegen jedermann, welcher in sein Recht eingreift, durchsetzen. Bei der letzteren Annahme kann nur die direkte Vertragspartei zu Schadenersatz verpflichtet werden.<sup>386</sup>

Hierfür muss jedoch unterschieden werden, worauf sich das Weitergabeverbot bezieht. Einerseits kann es sich hierbei um die Werknutzungsbewilligung handeln, andererseits könnte damit auch Software als Sache angesprochen sein.

### 7.7.1 Weitergabeverbot für Werknutzungsbewilligungen

Die deutsche Judikatur beschäftigte sich bereits im Jahr 1986 mit dem Charakter von Werknutzungsrechten. Im konkreten Fall drehte sich die Rechtsfrage um die Möglichkeit einer vertraglichen Unterbindung der Weitergabe von Sublizenzen. Der BGH führte aus, dass sich bereits aus § 32 dUrhG ergäbe, dass Nutzungsrechte mit dinglicher Wirkung beschränkbar sind. Er folgerte, dass das Zustimmungsrecht des § 34 Abs 1 dUrhG eine inhaltliche Beschränkung im Sinne des § 32 dUrhG darstellt. Aus diesem Grund war dem Lizenzinhaber eine Weitergabe nicht möglich, weil dieser das Recht gar nicht innehatte, um es erfolgreich übertragen zu können. Als Konsequenz entfaltet die vertragliche Begrenzung eine absolute Wirkung gegenüber jedermann.<sup>387</sup>

Diese Argumentation lässt sich meiner Meinung nach auch auf das österreichische Recht umlegen. In § 27 Abs 2 UrhG findet sich gleichfalls ein Zustimmungserfordernis für die Übertragung von Werknutzungsrechten. Ist diese nicht gegeben, kann der Werknutzungsberechtigte sein Recht nicht übertragen.

---

<sup>386</sup> Hilber, Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcing-Transaktion, CR 2008, 749 (751).

<sup>387</sup> BGH 10.07.1986, I ZR 102/84 – "Videolizenzvertrag" – GRUR 1987, 37.

Übt der vermeintlich Berechtigte sein nicht vorhandenes Recht aus, begeht er damit eine Urheberrechtsverletzung. Daraus ergibt sich eine gegenüber jedermann wirkende Verfügungsbeschränkung.

Zum selben Schluss gelangt man, wenn man die Übertragung von Werknutzungsbewilligungen nur mit Zustimmung des Urhebers als zulässig erachtet. Folgt man der Ansicht, dass eine Werknutzungsbewilligung auch ohne Zustimmung zediert werden kann, so muss eine weitere Prüfung bezüglich der Übertragbarkeit von Forderungen vorgenommen werden.

Hier ist auch zu beachten, dass nach der Entscheidung des OGH in einem verstärkten Senat für Übertragungsverbote hinsichtlich Forderungen prinzipiell absolute Wirkung angenommen wird.<sup>388</sup> Die Werknutzungsbewilligung stellt dogmatisch eine Forderung gegen den Urheber auf zeitlich, inhaltlich und örtliche vereinbarte Gewährung der Nutzung dar.<sup>389</sup> Es fragt sich nun, ob diese Art der Forderung ebenso von der Entscheidung des OGH erfasst wird, weil dort über Geldforderungen abgesprochen wurde. Die neu eingeführte Bestimmung des § 1396a ABGB sieht diese relative Wirkung von Abtretungsverboten nur bei Geldforderungen zwischen Unternehmern vor. Aus diesem Grund lässt sich nach Ansicht von *Wiebe/Appi* durch einen Umkehrschluss folgern, dass ein Weiterübertragungsverbot für Werknutzungsbewilligungen mit absoluter Wirkung ausgestattet sei.<sup>390</sup>

Gegen diese Ansicht sprechen allerdings die EB zum UrhG, welche einen absoluten Schutz verwehren, da dieser den Erschöpfungsgrundsatz untergraben würde.<sup>391</sup> Aus diesem Grund kann es sich nur um eine schuldrechtliche Beschränkung handeln, wenn die Vereinbarung gegen § 16 Abs 3 UrhG verstößt.

Abschließend sei nochmals darauf hinzuweisen, dass auch bei fehlender Berechtigung zur Verwendung der Software aufgrund vertraglicher Vereinbarung dennoch eine zulässige Verwendung durch die freie Werknutzung nach § 40d

---

<sup>388</sup> OGH 16.01.1984, 5 Ob 609/81, JBl 1984, 311.

<sup>389</sup> *Ciresa* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, zu Vorbemerkung § 24 Rz 2.

<sup>390</sup> *Wiebe/Appi*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (187).

<sup>391</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 70.

Abs 2 UrhG möglich sein kann.<sup>392</sup>

### **7.7.2 Weitergabeverbot für Software als Sache**

Geht man davon aus, dass das Weitergabeverbot sich nicht nur auf die Nutzungsrechte, sondern vielmehr aufgrund ihres Sachcharakters auf die gesamte Software erstreckt, so muss die gesamte rechtliche Beurteilung neu aufgerollt werden, weil es sich dann auf eine Sache und nicht nur eine schuldrechtliche Forderung bezieht.<sup>393</sup> Für den neuen Sachverhalt muss das Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 364c ABGB berücksichtigt werden. Für den Fall der gebrauchten Software ist ausschließlich die Vereinbarung eines Veräußerungsverbots denkbar. Dieses wird vertragsmäßig vereinbart und ist hinsichtlich Sachen und dinglicher Rechte nur gegenüber der kontrahierenden Partei wirksam. Es handelt sich hierbei um ein grundsätzlich obligatorisches Recht, dass zur Unterlassung einer Verfügung verpflichtet.<sup>394</sup> In der Regel wird durch Veräußerungsverbote eine bestimmte Person begünstigt. Nach Ansicht des OGH soll auch ein schlichtes abstraktes Verbot möglich sein, da es an anderwärtigen gesetzlichen Regelungen mangle.<sup>395</sup> Gegenüber Dritten hätte es nur dann absolute Wirkung, wenn es sich bei den Vertragsparteien um Ehegatten oder Eltern und ihre Kindern handeln würde und zusätzlich in öffentlichen Büchern festgehalten wird. Diese absolute Bestimmung ist für Grundstücke gedacht und wird für den Themenkreis der Second-Hand-Software keine Bedeutung haben, da es primär zur Sicherung von familienrechtlichen Ansprüchen und erbrechtlichen Erwartungen dient.<sup>396</sup>

Wird ein Computerprogramm entgegen der vertraglichen Beschränkung gemäß § 364c ABGB dennoch veräußert, so ist diese Übertragung wirksam.<sup>397</sup> Wegen seines relativen Charakters kann seine Verletzung nur mittels Schadenersatzklage gegen die Vertragspartei sanktioniert werden. Lediglich

---

<sup>392</sup> Siehe dazu unten Kapitel 11.

<sup>393</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (187).

<sup>394</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 364c Rz 1.

<sup>395</sup> So offenbar OGH 26.08.1959, 3 Ob 346/59, SZ 32/98.

<sup>396</sup> *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 364c Rz 1 ff.

<sup>397</sup> *Wolf* in *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 103.

durch Zustimmung des Begünstigten, *in concreto* des Softwareherstellers, kann ein solches Verbot aufgehoben werden.<sup>398</sup>

## 7.8 Zusammenfassung

Nach der Thematisierung der Werknutzungsbewilligung lässt sich für gebrauchte Software festhalten, dass seitens Rechtsprechung und Gesetzgebung kein eindeutiger Lösungsweg vorgegeben ist. Angefangen von der Frage, ob eine Übertragung rechtlich möglich ist, bis hin zur Ungewissheit, inwieweit diese vertraglich beschränkt werden kann, ist meiner Meinung nach zum augenblicklichen Zeitpunkt alles argumentierbar. Dabei darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass trotz Verneinung der Übertragungsmöglichkeit der Berechtigung zur Verwendung der Software ein Verwendung dennoch durch die freie Werknutzung nach § 40d Abs 2 UrhG möglich sein kann.<sup>399</sup>

---

<sup>398</sup> *Spielbüchler in Rummel*, Kommentar zum ABGB, § 364c Rz 1 und 5 ff.

<sup>399</sup> Siehe dazu unten Kapitel 11.

## **8 Softwarepaket auf einem Originaldatenträger**

### **8.1 Allgemeines**

Der Erwerb von Software durch Datenträgerübergabe, sei es auf der mittlerweile nostalgischen Diskette, der CD-ROM oder der DVD, wird in der heutigen Zeit vermehrt durch den Vertrieb via Internet verdrängt. Dies stellt sowohl eine Folge des rasanten Anstieges der Bandbreite und damit der Möglichkeit, rasch große Datenmengen zu übermitteln, als auch der zunehmenden Tendenz dar, einen Internetanschluss für seinen Heimcomputer zu besitzen. Aufgrund der unmittelbaren Nähe zum traditionellen Warenverkehr, zB beim Gebrauchtwagenkauf, bietet diese Vertriebsvariante einen guten Einstieg in die Spezialfrage des Vertriebes von gebrauchter Software.

### **8.2 Technische Realisierung**

Der Softwareerzeuger überträgt das gewünscht Produkt auf ein preisgünstiges, meist nicht überspielbares Speichermedium, wie beispielsweise die CD-ROM. Aus diesem Grund wird die Bezeichnung Originaldatenträger verwendet, da der Datenträger vom Softwarehersteller selbst oder von einem von ihm berechtigten Unternehmen angefertigt wird. Im Fall der Standardsoftware wird bereits im Vorhinein eine große Stückzahl erzeugt und verpackt. Danach werden diese an verschiedenste Großabnehmer geliefert. Heute kann Software an vielen Orten erworben werden, sodass diese zB nicht nur in Computer- und Elektronikfachgeschäften, sondern auch in Supermärkten erhältlich ist. Ist die Software beim Wiederverkäufer eingelangt, ist sie für die Endbenutzer erwerblich, und diese erhalten nach Bezahlung des Kaufpreises das Computerprogramm. Es ist freilich denkbar, dass der Hersteller das Produkt selbst direkt an den Ersterwerber vertreibt.

Auf dem jeweiligen Rechner wird sodann das erworbene Programm installiert und – zumeist in einfachen Schritten – für die individuellen Bedürfnisse durch den Käufer selbst konfiguriert. Der Datenträger wird danach archiviert und findet, außer im Falle eines etwaigen Systemausfalles und notwendiger Neuinstallation, kein Erfordernis mehr für den Betrieb im Alltag.

Sobald der Ersterwerber das Interesse an der Verwendung verliert, verkauft er den Originaldatenträger an einen Gebrauchtsoftwarehändler bzw Zweiterwerber weiter.

### **8.3 Rechtliche Probleme**

Die Übertragung des Eigentums am Datenträger durch den Hersteller auf den Ersterwerber ist rechtlich unproblematisch, weil dies aus zivilrechtlicher Sicht möglich ist. Der Ersterwerber erwirbt mit Übernahme des Datenträgers Eigentum an diesem. Das bedeutet jedoch nicht, dass er auch uneingeschränktes Eigentum an der Software selbst erwirbt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass dem Erwerber mittels Werknutzungsbewilligung durch den Urheber oder durch die freie Werknutzung des § 40d UrhG die Verwendung des Werkstücks erlaubt ist. Das Medium selbst kann problemlos an einen Zweiterwerber übertragen werden. Offen ist, inwieweit eine solche Übertragung ohne Eingriff in die Urheberrechte des Softwareerzeugers erfolgen kann bzw inwieweit auch die Berechtigung zur Nutzung übertragbar ist. Ob eine solche Übertragung vom Urheber vertraglich untersagt werden kann, ist ebenso strittig.<sup>400</sup>

#### **8.3.1 Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes**

Durch den erstmaligen Eigentumsübergang des Datenträgers tritt auch die Erschöpfung der Software ein. Damit kann das Verbreitungsrecht gemäß § 16 UrhG in dieser Vertriebsvariante nicht beeinträchtigt werden, weil nach hM eine Erschöpfung bei einem körperlichen Medium auf jeden Fall mit dem ersten

---

<sup>400</sup> Für die Überprüfung der Zulässigkeit eines Weitergabeverbots siehe bereits Kapitel 7.5 f.

Inverkehrbringen eintritt.<sup>401</sup> Ein mögliches Argument, dass § 16 Abs 3 UrhG *in casu* nicht anwendbar sei, weil Software nicht mittels kaufvertraglicher Bestimmungen erworben werden kann, wird hier meines Erachtens zu vernachlässigen sein. In der Variante "Originaldatenträger" wird nämlich vorwiegend die Überlassung von Standardsoftware auf unbestimmte Zeit gegeben sein und somit ein Kaufvertrag vorliegen. Durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung wurde nämlich für den Fall einer Überlassung auf einem Datenträger für unbestimmte Zeit das Vorliegen eines Kaufes bejaht.<sup>402</sup>

Grundsätzlich wären auch die Vermietung, der Verleih und das Leasing von Computerprogrammen auf Datenträgern möglich. Dies wird jedoch meiner Ansicht nach in der Praxis einen verschwindend geringen Anteil ausmachen. Ist die Übertragung nicht auf unbestimmte Zeit erfolgt, was wirtschaftlich einem Eigentumsübergang gleichkommt,<sup>403</sup> kann eine Erschöpfung nicht eintreten.<sup>404</sup> Dies führt dazu, dass in diesem Fall eine gebrauchte Software nicht weiter verkauft werden kann.

Darüber hinaus stellt für die Anwendung des § 16 Abs 3 UrhG der Datenträger, auf welchem sich das Computerprogramm befindet, zweifelsohne ein Werkstück dar, womit in dieser Sachverhaltskonstellation wohl unstrittig eine Erschöpfung möglich ist.<sup>405</sup>

---

<sup>401</sup> *Bröckers*, Software-Gebrauchthandel: Der Teufel steckt im Detail – Technische Besonderheiten und gesetzlicher Änderungsbedarf, MMR 2011, 18 (18); *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (190); *Wiebe*, The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services, GRUR-Int 2009, 114 (114 ff); *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, *ecolex* 2008, 58 (58); *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBI 2008/11 (53); *Handig*, Urheberrechtliche Erschöpfung von Downloads im World Wide Web, RdW 2003, 2 (2); *Knies*, Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR-Int 2002, 314 (314); *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (199); *Schack*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639 (644); *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521; *Grützmaker*, Gebrauchte Software und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 (303); *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, 665 (668); *ders*, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegung zum Zwischenstand der Diskussion, MMR 2000, 515 (517); *ders* in *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 14 f; *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, § 69c Rz 25; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 24; *Huppertz*, Handel mit Second Hand Software, CR 2006, 145 (146); OLG Frankfurt 23.06.2009, 11 U 71/08 - "CoA-Echtheitszertifikat" – GRUR-RR 2010, 5; BGH 06.07.2000, I ZR 244/97 – "OEM-Version" – CR 2000, 651 ff mit Anm *Witte*.

<sup>402</sup> OGH 14.10.1997, 5 Ob 504, 505/96; vgl hierzu bereits Kapitel 5.2.

<sup>403</sup> OGH 14.10.1997, 5 Ob 504, 505/96; vgl hierzu bereits Kapitel 6.4.2.

<sup>404</sup> Siehe dazu bereits 6.5.

<sup>405</sup> *Wiebe/Appl*; Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (190); *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.5; *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software; OLG München

Ferner ist für den Eintritt der Erschöpfung die Zustimmung des Rechteinhabers eine notwendige Voraussetzung. Da diese bei der Übertragung des Produktes an den Zwischenhändler oder Ersterwerber in der Regel vorlag, wurde das Werkstück auch mit der erforderlichen Einwilligung des Rechteinhabers übertragen. Unter Umständen kann diese Zustimmung eine Einschränkung enthalten. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass eine diesbezügliche vertragliche Einschränkung primär zwischen Softwarehersteller und dem ersten Erwerber denkbar ist. Ob auch weitere Übertragungen, zB zwischen Zwischenhändler und Endkunde, durch den Softwarehersteller vertraglich beschränkt werden können, ist von der Zulässigkeit von "Schutzhüllenverträgen" abhängig, welche von der hM verneint wird.<sup>406</sup> Selbst wenn eine solche Einschränkung vertraglich vereinbart wird, ist diese wohl nur in Ausnahmefällen zulässig,<sup>407</sup> wie sich anhand der beiden folgenden Entscheidungen zeigt:

#### 8.3.1.1 Entscheidung "Schulversion"

Ein Wiener Unternehmen brachte Computerprogramm der Microsoft Corporation, welche durch eine bunte Originalverpackung mit einem Aufkleber mit der Aufschrift "nur für Ausbildungszwecke" gekennzeichnet waren, als Vollversion in Verkehr, nachdem die Originalverpackung samt Aufkleber entfernt wurde. Das Unternehmen wurde jedoch durch Microsoft vertragliche verpflichtet, die "Schulversionen" nur an Schüler und Studenten gegen Vorlage des Ausweises und zu Ausbildungszwecken zu verkaufen. Nach Ansicht des OLG Wien stellt § 16 Abs 3 UrhG auf die Zustimmung des Rechteinhabers ab, diese kann aber nach Auffassung des Gerichts auch nur hinsichtlich einzelner Abspaltungen erteilt werden, soweit diese Abspaltungen selbständige wirtschaftliche Bedeutung haben und darüber hinaus für Dritte auch eindeutig erkennbar ist. Im vorliegenden Fall war nach Ansicht des OLG Wien im Schulbereich für Schulversionen eine solche Beschränkung zulässig.<sup>408</sup>

---

03.08.2006, 1818/06, CR 2006, 655 mit Anm *Schmidl; Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz § 69c Rz 22 f.

<sup>406</sup> Siehe hierzu bereits 5.3.

<sup>407</sup> Siehe hierzu bereits 6.5.

<sup>408</sup> OLG Wien 20.12.1994, 22 BS 509/94 – "Schulversion von Microsoft Paketen" – EDVuR 1994, 164.

### 8.3.1.2 Entscheidung "OEM"

Im Jahr 2000 hatte der BGH in der "OEM"-Entscheidung<sup>409</sup> die Rechtsfrage behandelt, wann das Inverkehrbringen eines Originaldatenträgers mit Einwilligung vorliegt. Da es sich hierbei für den Vertrieb von gebrauchter Software in Deutschland um die erste höchstgerichtliche Entscheidung zum Erschöpfungsgrundsatz des § 69c Abs 3 S 2 dUrhG handelte, soll diese kurz dargestellt werden.

Die klagende Partei Microsoft bot in diesem Fall ihr Softwareprodukt in zwei unterschiedliche Varianten auf dem Markt an: Auf der einen Seite als sogenannte Fachhandelsversion für den Endverbraucher sowie andererseits in einer etwas einfacheren Version zur Verwendung in Verbindung mit dem Ankauf eines neuen Computersystems. Letztere Version konnten Zwischenhändler von Microsoft zu einem günstigeren Preis erwerben, musste jedoch vertraglich zusichern, dass das Betriebssystem nur an solche Kunden ausgefolgt werde, welche das Programm in Kombination mit Hardware erwerben. Diese Bedingung war zusätzlich auch auf den einzelnen Datenträger aufgedruckt. Wegen der besonderen Art des Vertriebes werden jene Produkte von Microsoft als OEM<sup>410</sup>-Versionen bezeichnet. Die beklagte Partei stellte Hardware her und vertrieb neben dieser auch Software. Klagegrund war die isolierte Veräußerung einer OEM-Software an Endverbraucher, wobei lediglich der OEM-Originaldatenträger ohne die vertraglich zugesicherte Hardware verkauft wurde.

Die erste Instanz sowie das Berufungsgericht erkannten eine Verletzung des Verbreitungsrechtes, welches im vorliegenden Fall aufgrund der dinglichen vertraglichen Beschränkung nicht erschöpft worden war. Die Beschränkung bezog sich auf all jene Vorgänge, bei welchen das Softwarepaket nicht gemeinsam mit der Hardware an Endverbraucher veräußert wurde. Dies wurde primär damit begründet, dass es sich bei den beiden Vertriebsformen um ausreichend selbständige und wirtschaftlich ausreichend abgegrenzte Nutzungsarten handle, welche eine gesonderte Vertriebsschiene rechtfertigen.

---

<sup>409</sup> BGH 06.07.2000, I ZR 244/97 – "OEM-Version" – CR 2000, 651 ff mit Anm *Witte*.

<sup>410</sup> Kurz für "Original Equipment Manufacturer".

Der BGH teilte diese Ansicht nicht. Das deutsche Höchstgericht begründete seine Entscheidung damit, dass das Werkstück bereits mit der ersten bestimmungsgemäßen Veräußerung an den Zwischenhändler in Verkehr gebracht worden war. Da dabei die Zustimmung des Urhebers vorlag, trat folglich auch die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ein. Der ursprünglichen Rechteinhaberin Microsoft war somit eine weitere Kontrolle der Verbreitung entzogen. Die dingliche Beschränkung des Verbreitungsrechtes ermögliche es der Klägerin nicht, die ursprüngliche Begrenzung in der Hinsicht zu überprüfen, ob diese mit den weiteren Verbreitungsakten im Einklang stehen. Könnte der Urheber eine solche Verbreitung kontrollieren, würde dies den freien Warenverkehr in nicht gerechtfertigter Weise beschränken. Aufgrund dieser Beschränkung war es Microsoft nicht möglich, weitere Vertriebschritte von den Bedingungen der OEM-Version abhängig zu machen. Der Argumentation des gespaltenen Vertriebes der Vorinstanzen folgte der BGH nicht, weil seiner Ansicht nach das Interesse, die gleiche Ware zwei verschiedenen Käufergruppen zu unterschiedlichen Preisen anzubieten, und dies mit Hilfe des Urheberrechts durchzusetzen, nicht als schützenswert zu erachten ist.

Diese Entscheidung beendete die bis dahin divergierenden Spruchpraxen zur Gebrauchtssoftware für Originaldatenträger in Deutschland. Eine endgültige Entscheidung für alle Rechtsfragen des Sachproblems liegt trotz dieses Judikats nicht vor. So legte erst am 03.02.2011 der BGH dem EuGH Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit von Gebrauchtssoftware im Bereich der Online-Übertragung zur Vorabentscheidung vor.<sup>411</sup>

Anders als das OLG Wien in seiner Entscheidung "Schulversion"<sup>412</sup> hielt der BGH eine Beschränkung der Zustimmung im konkreten Fall als unzulässig.

---

<sup>411</sup> BGH 03.02.2011, I ZR 129/08 – "UsedSoft" – MMR 2011, 305 mit Anm *Heydn* = GRUR-Prax 2011, 172 mit Anm *Cichon* = RdW 2011/121 = MR-Int 2011, 25 mit Anm *Stögmüller* = MR 2011, 35; siehe dazu 9.3.2.

<sup>412</sup> OLG Wien 20.12.1994, 22 BS 509/94 – "Schulversion von Microsoft Paketen" – EDVuR 1994, 164.

### 8.3.2 Berechtigung zur Vervielfältigung

Ein letztes Hindernis für die Zulässigkeit der Vertriebesvariante "Originaldatenträger" kann die fehlende Möglichkeit zur Berechtigung des Erwerbers zur Vervielfältigung sein. Es ist nun fraglich, wie das für die Verwendung der Software notwendige Vervielfältigungsrecht dem jeweiligen Endbenutzer übertragen wird. Das Problem ist nicht nur im Verhältnis Ersterwerber-Gebrauchtsoftwarehändler-Zweiterwerber gegeben, sondern besteht bereits im Verhältnis Urheber-Zwischenhändler-Ersterwerber.

Geht man davon aus, dass der Urheber dem jeweiligen Ersterwerber eine Werknutzungsbewilligung zur Vervielfältigung erteilt, ist dies für den Sachverhalt eines Direktvertriebes zwischen Softwarehersteller und Endnutzer unproblematisch. Hier kann direkt eine solche Berechtigung vergeben werden. Will man der Meinung folgen, dass die Werknutzungsbewilligung nur mit Zustimmung des Verwertungsberechtigten übertragen werden kann,<sup>413</sup> so muss für die Übertragung von einem Ersterwerber auf einen Zweiterwerber auch erteilt worden sein.

Sollte man am Ende einer solchen Prüfung zu dem Ergebnis kommen, dass im konkreten Fall kein Nutzungsrecht übertragen wurde, bietet allein die freie Werknutzung des § 40d Abs 2 UrhG die Möglichkeit, die Software zu verwenden, ohne in fremde Rechte einzugreifen. Somit stellt sich hier lediglich die Frage, ob der Erwerber eines physischen Datenträgers als "berechtigter Nutzer" im Sinn des § 40d Abs 2 UrhG anzusehen ist.<sup>414</sup> Dieser Umstand wird wohl bei Standardsoftware gegeben sein, wenn ein Computerprogramm erworben wird, an welchem das Verbreitungsrecht erschöpft ist.<sup>415</sup> Dies nicht zuletzt wegen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts am Originaldatenträger, welche ohne Anwendung des § 40d Abs 2 UrhG für Computerprogramme obsolet wäre.<sup>416</sup>

---

<sup>413</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (187).

<sup>414</sup> Siehe hierzu für die freie Werknutzung § 40d UrhG im Detail Punkt 11.2.

<sup>415</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1348.

<sup>416</sup> Näheres hierzu Kapitel 11.

Dasselbe Rechtsproblem stellt sich erneut bei der Frage des Vertriebs der gebrauchten Software, sprich beim Verkauf an einen Zweiterwerber. Auch hier wird man davon ausgehen müssen, dass sich die Verwendung lediglich auf § 40d Abs 2 UrhG stützen wird. Die einzig denkbare Möglichkeit, dass mit einer Werknutzungsbewilligung des Verwertungsinhabers argumentiert werden kann, ist dann gegeben, wenn man es als rechtmäßig erachtet, dass diese ohne Zustimmung zediert werden kann. Verlangt man aber gemäß der hM eine Zustimmung, so wird diese in aller Regel durch den Rechteinhaber wohl nicht erteilt worden sein. Für eine solche Tendenz zur Verweigerung sprechen auch die Weitergabeverbote, unabhängig von ihrer Gültigkeit.<sup>417</sup>

### **8.3.3 Zusammenfassung**

Für die zusammenfassende Beurteilung der Vertriebsvariante "Originaldatenträger" ist festzuhalten, dass diese im Fall der gebrauchten Software zulässig sein wird. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass das Verbreitungsrecht bereits mit der ersten Verbreitung erschöpft wird. Aufgrund dieser Rechtsfolge kann jeder Erwerber eines solchen Datenträgers unbeschränkt über die Verbreitung verfügen. Da dieser Vorgang zulässig ist, wird jeder Erwerber automatisch zu einem rechtmäßigen Benutzer nach § 40d Abs 2 UrhG. Folglich ist es dem Erwerber der gebrauchten Software möglich, auch das Computerprogramm zu verwenden, auch wenn eine Übertragung des Werknutzungsrechts bzw der Werknutzungsbewilligung im zu prüfenden Fall nicht erfolgte. Als berechtigter Benutzer kann der Erwerber die Software benutzen ohne das Vervielfältigungsrecht des Urhebers zu verletzen, weil dieser aufgrund des rechtmäßigen Erwerbes im Rahmen des § 40d Abs 2 UrhG agieren kann.<sup>418</sup>

---

<sup>417</sup> Siehe hierzu bereits Kapitel 7.5 ff.

<sup>418</sup> Siehe zu § 40d Abs 2 UrhG im Detail Punkt 11.2.

## **9 Internetübertragung**

### **9.1 Allgemeines**

Der Kauf von Software wird heute immer häufiger über das weltweite Netz abgewickelt. Der fundamentale Unterschied zur Originaldatenträger-Variante liegt darin, dass die Software beim Vertrieb über das Internet ohne physischen Datenträger erworben wird. Der Wunsch des Kunden, schnell und unkompliziert an Software zu gelangen, lässt das Begehren, für Geld auch handfeste Ware zu erhalten, zurücktreten.

Die Online-Übermittlung bietet gegenüber der konventionellen Variante zahlreiche Vorteile, wie beispielsweise der wirtschaftlichere Vertrieb, weil Datenträger, Verpackung und Lieferant eingespart werden können. Ferner besteht keine Bindung an Öffnungszeiten, womit zu jeder Tages- und Nachtzeit Software erworben werden kann. Darüber hinaus ist es nicht nur für den Hersteller rentabler, sondern auch für den Kunden praktikabler, weil sich dieser, ohne das Haus verlassen zu müssen, rasch das gewünschte Produkt auf seinen Computer herunterladen kann. Des Weiteren ist auch die Bezahlung bequem mittels Kreditkarte, PayPal<sup>419</sup> etc durchführbar. All diese Beweggründe lassen diese Vertriebsvariante an Bedeutung gewinnen.

### **9.2 Technische Realisierung**

Der Erwerb findet durch einen Download von der Webseite des Softwareherstellers statt. Der Hersteller verfügt über eine Softwareversion auf seinem Server. Von diesem wird eine Kopie mittels Netzübertragung an den Kunden übertragen. Dieser übernimmt die Daten und speichert sie auf seiner Festplatte ab.

---

<sup>419</sup> <http://www.paypal.at/>.

Grundsätzlich gleicht der technische Ablauf dem des Kaufes eines Originaldatenträgers. Zu Beginn befindet sich bei der Transfervariante "Originaldatenträger" Software am Rechner des Herstellers, diese wird dann zB auf eine CD kopiert, welche der Kunde erhält. Mit deren Hilfe wird das eigentliche Produkt auf den Computer installiert. Bedient man sich anstelle des Datenträgermediums einer Internetverbindung, so gelangt man zum selben Resultat, jedoch mit geringerem wirtschaftlichen Aufwand. Es lässt sich somit erkennen, dass das Ergebnis der Transaktion gleich ist; es divergieren lediglich die Übertragungsvorgänge. Die zu lösende Kernfrage ist, ob die aktuelle österreichische Rechtslage aufgrund dieses geringfügigen Unterschiedes auch zu einer rechtlichen Beurteilung gelangt, welche das gleiche Ergebnis wie die Variante "Originaldatenträger" hat.

### **9.3 Probleme der Weitergabe**

Die große Rechtsunsicherheit für die Weitergabe von online erworbener Software resultiert aus der unterschiedlichen Auslegung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im Zusammenhang mit dem Zurverfügungstellungsrecht nach § 18a UrhG. Wird dessen Anwendung bejaht, so folgt in diesem Zusammenhang die weiterführende Frage, ob bzw wie das Vervielfältigungsrecht auf den Zweiterwerber übertragen werden kann.

Hierfür werden dieselben Lösungsmöglichkeiten für die Problematik der Rechteübertragung wie für die Vertriebsvariante "Originaldatenträger" heranzuziehen sein. Fordert man für die Zulässigkeit der Übertragung einer Werknutzungsbewilligung die Zustimmung des Berechtigten, und wird diese nicht erteilt, oder liegt zwischen dem Softwarehersteller und Erwerber keine vertragliche Vereinbarung vor, so ist eine rechtmäßige Vervielfältigung nur unter den Voraussetzungen der freien Werknutzung des § 40d Abs 2 UrhG denkbar.<sup>420</sup>

Ein zusätzliches Problem ergibt sich in dieser Fallvariante durch die interaktive Wiedergabe. Diese ist bei einem Downloadvorgang von einem Server zu

---

<sup>420</sup> Genaueres siehe dazu bereits Kapitel 8.3.2.

beachten, weil diese Handlung wohl nicht unter den § 16 UrhG zu subsumieren ist, sondern unter § 18a UrhG. Letzterer enthält aber keine vergleichbare Erschöpfungsbestimmung, wie diese durch § 16 Abs 3 UrhG gegeben ist. Aus Sicht des Softwareerwerbers ist dadurch offen, ob in diesem konkreten Fall das Inverkehrbringen auf diese Weise eine analoge Erschöpfungswirkung auslösen kann, also ob der neue Inhaber der Software berechtigt ist, das Computerprogramm auch nach einem Erwerb mittels Download weiter zu veräußern.

Darüber hinaus ist im Rahmen des Zurverfügungstellungsrechts zu hinterfragen, ob dem Ersterwerber die Möglichkeit offen steht, die Software – eine eingetretene Erschöpfung unterstellt – im Weg interaktiver Wiedergabe weiterzugeben. Dahinter verbirgt sich folgendes Problem: Durch § 16 Abs 3 UrhG verliert der Urheber das Recht die weitere Verbreitung zu bestimmen. Problematisch hierbei ist, dass bei der interaktiven Wiedergabe das Verwertungsrecht des § 18a UrhG und nicht § 16 UrhG betroffen ist. Demnach muss geprüft werden, ob auch ein solcher Vertrieb zulässig sein kann.

### **9.3.1 Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes**

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz stellt das wohl am heftigsten umstrittene Problem im Zusammenhang mit dem Online-Vertrieb dar. Dieser wurde in unzähligen Fachaufsätzen, Büchern und – zumindest in der Bundesrepublik Deutschland – auch in Gerichtsentscheidungen diskutiert. Nach hA ist der Sachkauf bereits mit einer Einräumung von zeitlich unbegrenzter Verfügungsmacht gegeben, und daher auch ohne Übergabe eines Speichermediums realisiert.<sup>421</sup> Das Kernproblem ist die immaterielle Übermittlung der Software im Weg des Zurverfügungstellens.

Bei dieser Vielzahl an Lehrmeinungen und Gerichtsentscheidungen lassen sich drei verschiedene Lager mit ihren jeweils divergierenden Ansichten

---

<sup>421</sup> Vgl dazu Punkt 5.2.

unterscheiden.<sup>422</sup> Diese Gliederung ist unter der Prämisse zu verstehen, dass der Rechteinhaber dem ersten Inverkehrbringen mittels Datenfernübertragung zugestimmt hat.

1. Keine Erschöpfung bei Zurverfügungstellung.<sup>423</sup>
2. Erschöpfung (analog) tritt auch an jeder erstellten Softwarekopie bei Zurverfügungstellung ein.<sup>424</sup>
3. Nur an der ersten erstellten Softwarekopie bei Zurverfügungstellung tritt Erschöpfung (analog) ein; eine weitere Zurverfügungstellung ist jedoch unzulässig.<sup>425</sup>

In der österreichischen Judikatur findet sich bei Abschluss dieser Arbeit keine diese Rechtsfrage betreffende Entscheidung. In Deutschland liegen mittlerweile

---

<sup>422</sup> Diese meines Erachtens richtige Gliederung bereits *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (190 f).

<sup>423</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40d Punkt 6.3; *ders*, The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services, GRUR-Int 2009, 114 (114 ff); *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 16 Rz 16; *Gamerith* in *Kucsko*, Urheberrecht, Vor § 1 UrhG Anm 8.2.1.1; *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.5; *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, *ecolex* 2008, 58 (61); *Koch*, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtssoftware, ITRB 2007, 140 (142); *Spindler*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105 (110); *ders*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (70 ff); *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f); *Schack*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639 (643 f); *Haberstrumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlage des Urheberrechts, CR 2009, 345 (350 f); *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, § 69c Rz 25 u Rz 33; OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07, ITRB 2008, 195 mit Anm *Rössel* = CR 2008, 551 mit Anm *Bräutigam* = ZUM 2009, 70 mit Anm *Herzog*; OLG München 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit Anm *Schmidl*; LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05, ZUM 2006, 251 = CR 2006, 159 mit Anm *Haines/Scholz* = ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens*.

<sup>424</sup> *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522 (525 f); *Knies*, Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR-Int 2002, 314 (315 ff); *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (200ff); *Handig*, Urheberrechtliche Erschöpfung von Downloads im World Wide Web, RdW 2003, 2 (4); *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (209); *ders*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (522 ff); *Ulmer*, Online-Bezug von Software - Tritt dennoch Erschöpfung ein?, ITRB 2007, 68 (69); *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 (304 f); *ders*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (551 f); *ders* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 31 und 36; *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (58 f); *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1126); *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, 655 (666 ff); *ders*, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegung zum Zwischenstand der Diskussion, MMR 2000, 515 (517); *ders*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573 (573 ff); *ders* in *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 12 u 16; LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; bestätigt durch OLG Hamburg 07.02.2007, 5 U 140/06, MMR 2007, 317; AA BGH 03.02.2011, I ZR 129/08 – "UsedSoft" – MMR 2011, 305 mit Anm *Heydn* = GRUR-Prax 2011, 172 mit Anm *Cichon* = RdW 2011/121 = MR-Int 2011, 25 mit Anm *Stögmüller* = MR 2011, 35.

<sup>425</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 594 f (305f); *ders*, Urheberrechtsgesetz 2006, 23 f; *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.37; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 24.

zahlreiche Entscheidungen vor, welche aber äußerst konträre Aussagen enthalten. So wird seitens der "Münchner Linie" die restriktive Auslegung vertreten.<sup>426</sup> Dieser Auffassung widerspricht die "Hamburger Linie", welche eine extensive Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes befürwortet.<sup>427</sup>

In der Folge werden nun die drei verschiedenen Lager mit ihren Argumenten vorgestellt.<sup>428</sup> Dabei werden jene, welche sich auf das nationale Recht beziehen, von denen, die auf den Vorgaben der EU beruhen, gesondert dargestellt.

### 9.3.1.1 Restriktive Auslegung

Nach Ansicht des "restriktiven Lagers"<sup>429</sup> könne eine Erschöpfung nur für das physische Werkstück eintreten, welches übergeben wurde. Eine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes nach § 16 Abs 3 UrhG auf das Zurverfügungstellungsrecht gemäß § 18a UrhG wäre aber *contra legem*. Darüber hinaus kann auch eine Erschöpfung nach § 16 Abs 3 UrhG nicht eintreten, weil kein physisches Werkstück in Verkehr gebracht wird.

#### 9.3.1.1.1 Nationale Regelungen

Nach der restriktiven Auffassung findet sich das Argument gegen die Annahme einer Online-Erschöpfung bereits in der Umschreibung der Erschöpfung gemäß § 16 Abs 3 UrhG. Diese sei nämlich im Fall einer Datenfernübertragung nämlich nicht anzuwenden, weil die Erschöpfungswirkung nur bei "körperliche[n] Festlegungen des Werkes, also auf Werkstücken"<sup>430</sup>, eintreten könne. Wird das Computerprogramm nicht auf einem Datenträger festgehalten, so liege auch kein Werkstück vor. Das Merkmal eines Online-Vertriebes ist es aber, dass ein solcher

---

<sup>426</sup> OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07, ITRB 2008, 195 mit Anm *Rössel* = CR 2008, 551 mit Anm *Bräutigam* = ZUM 2009, 70 mit Anm *Herzog*; OLG München 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 = 2006, 748 mit Anm *Schmidl*; LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05, CR 2006, 159 mit Anm *Haines/Scholz* = ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens*.

<sup>427</sup> LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; bestätigt durch OLG Hamburg 07.02.2007, 5 U 140/06, MMR 2007, 317.

<sup>428</sup> Hierbei ist zu beachten, dass innerhalb der drei groben Kategorien unterschiedlich ausgeprägte Meinungen herrschen. Es wurde jedoch versucht dem Leser die drei grundlegenden Lösungsvarianten aufzuzeigen.

<sup>429</sup> Siehe Fn 423.

<sup>430</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 69.

gerade ohne physisches Werkstück stattfindet.<sup>431</sup>

Nach *Burgstaller* ist weiters die Rechtfertigung durch die Eigentumstheorie für die Beurteilung ausschlaggebend. Software sei nämlich als unkörperliche Sache nicht Gegenstand eines dinglichen Vollrechtes; infolgedessen erfordere die Verbreitung auch keine Anwendung des § 16 Abs 3 UrhG, weil keine Kollision zwischen Eigentum und Immaterialgut vorliege. Dies sei wegen der Bestimmung des § 354 ABGB geboten, welche ausschließlich auf körperliche Sachen Anwendung finde. Ferner könne dies aber auch beispielsweise mit dem Sinn und Zweck der *rei vindicatio* gemäß § 366 ABGB begründet werden. In dieser spezifischen Klage werde auf Herausgabe einer körperlichen Sache und nicht auf bloße Duldung geklagt. Daher sei eine unterschiedliche Behandlung für körperliche und unkörperliche Sachen im Lichte der Eigentumstheorie gerechtfertigt und im vorliegenden Fall sogar geboten.<sup>432</sup>

Nach Ansicht des OLG München spreche auch die Belohnungstheorie gegen eine zulässige Erschöpfung. Es sei nämlich selbst bei dauerhafter Überlassung der Software das Vergütungsinteresse des Rechteinhabers noch nicht ausreichend berücksichtigt, um eine Erschöpfung zu rechtfertigen.<sup>433</sup>

Obwohl heute die Vertriebswege mit Internetverbindung und der Vertrieb in der Form von Originaldatenträgern auf den gleichen Endzweck abzielen, sei nach *Anderl* nur auf den ersten Blick eine Schließung der Regelungslücke durch Analogie geboten. Selbst der OGH<sup>434</sup> habe dazu tendiert, die Datenfernübertragung unter die Verbreitung des § 16 UrhG zu subsumieren. Bei genauerer Betrachtung liegt allerdings keine zu behebende Planwidrigkeit vor. Eine diesbezügliche Ausweitung, mit welchen Argumenten diese auch begründet werde, würde eindeutig dem Gesetzestext widersprechen. Selbstverständlich sei auch das Interesse der Verkehrsfähigkeit im Wege einer Datenfernübertragung

---

<sup>431</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 4.5.

<sup>432</sup> *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, *ecolex* 2008, 58 (61); AA *Spindler*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105 (110) jedoch im Ergebnis auch der restriktiven Meinung folgend.

<sup>433</sup> OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07, ITRB 2008, 195 mit Anm *Rössel* = CR 2008, 551 mit Anm *Bräutigam* = ZUM 2009, 70 mit Anm *Herzog*.

<sup>434</sup> OGH 04.10.1994, 4 Ob 1091/94 – "APA Bildfunknetz" – MR 1995, 143 mit Anm *Walter*; *Walter*, Zur urheberrechtlichen Einordnung der digitalen Werkvermittlung, MR 1995, 125; AA *Dittrich*, Unkörperliche Verbreitung? Eine Kritik der APA-Entscheidung, *ecolex* 1997, 367.

schützenswert, hier sei es dem Rechteinhaber aber beinahe unmöglich, seine Kontrollmöglichkeiten bei Missbräuchen auszuüben.<sup>435</sup> Aus teleologischen Gründen sei daher eine Erweiterung auf den Online-Vertrieb zu verneinen. Unkörperliche Dateien seien rasch und ohne qualitative Einbußen vervielfältigbar und beinhalten dementsprechend ein hohes Missbrauchspotential.<sup>436</sup>

Nach *Anderl* sei das Internet selbst das Paradebeispiel dafür, wie zügig sich im weltweiten Netz Dateien, wie zB Musik-MP3, ausbreiten können. Dies komme einem Schneeballsystem gleich, welches nicht zu stoppen sei. Aufgrund der gesteigerten Gefährdung des Urhebers wollte der Gesetzgeber durch diese gewollte Lücke das Interesse des Rechteinhabers vorrangig schützen. In einem Prozess, wo der Rechteinhaber als Kläger auftritt, müsste dieser vorbringen und beweisen, dass es sich bei der streitgegenständlichen Download-Kopie um keine rechtmäßige handle.<sup>437</sup> Dies würde schlechthin eine nicht erbringbare *probatio diabolica* darstellen.

Seitens *Heydn/Schmidl* wird hierzu für das deutsche Recht vorgebracht, dass aus dem deutschen höchstgerichtlichen OEM-Judikat<sup>438</sup> herauszulesen sei, dass der BGH eine Erschöpfung nur im Falle einer körperlichen Übergabe billige. Anzeichen dafür seien die Wörter "Werkexemplare" und "Werkstücke" in seiner Begründung. Das deutsche Höchstgericht habe somit seine Absicht, lediglich die Verkehrsfähigkeit von physischen Werkstücken aufrecht zu erhalten, ausgedrückt. Eine solche Notwendigkeit bestehe auch nur bei körperlichen Gegenständen, weil für die digitalen Transfers ein solcher Schutz nicht geboten sei.<sup>439</sup>

Unabhängig davon liege bei einem Datentransfer via Internet auch gar keine Verbreitungshandlung im Sinne des § 16 UrhG vor. In dieser Konstellation sei ausschließlich das Zurverfügungstellungsrecht gemäß § 18a UrhG

---

<sup>435</sup> So auch *Kommission*, Grünbuch – Urheberrecht und verwandte Schutzrecht in der Informationsgesellschaft, KOM(95) 382 endg, 3, welche sich lediglich auf Dienstleistungen bezieht.

<sup>436</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 4.5; so auch *Wiebe* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 40c Punkt 5 (580).

<sup>437</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 4.5.

<sup>438</sup> Siehe hierzu 8.3.1.1.

<sup>439</sup> *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (75).

anzuwenden.<sup>440</sup> Da der Erschöpfungsgrundsatz in § 16 Abs 3 UrhG normiert ist, sei dieser auch ausschließlich auf Verbreitungen anzuwenden und daher nicht im Rahmen eines Analogieschlusses für die Zurverfügungstellung zu übernehmen. Durch die systematische Einordnung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes in § 16 UrhG zeige sich, dass der Gesetzgeber nur für die körperliche Übergabe einen besonderen Verkehrsschutz vorgesehen hat. Hätte der Gesetzgeber eine Regelung mit gleicher Wirkung gewollt, so hätte er eine dem Erschöpfungsprinzip ähnliche Regelung in § 18a UrhG normiert. Diese Möglichkeit habe aber nicht nur der nationale Gesetzgeber nicht aufgegriffen, sondern auch nicht der europäische Gesetzgeber, welcher weder in der Info-RL noch in der Datenbank-RL oder der Software-RL eine dementsprechende Regelung eingefügt hat. Als unmittelbare Konsequenz sei daher keine planwidrige Lücke feststellbar. Aufgrund der gesetzlichen Ausdrücklichkeit müsse gefolgert werden, dass für eine Veräußerung einer solchen Kopie die Zustimmung des Urhebers notwendig sei.<sup>441</sup>

*Wiebe/Appl* führen dazu mit ähnlichen Erwägungen wie *Anderl* aus, dass der Gesetzgeber für den Online-Vertrieb das Zurverfügungstellungsrecht als eigenes, selbständiges Verwertungsrecht normiert habe. Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes sei insbesondere die Anknüpfung an die Verbreitung des Werkstücks und die gerade mit dem körperlichen Übertragungsvorgang verbundenen Verkehrsschutzgesichtspunkte. Das Interesse an der Verkehrsfähigkeit sei zwar grundsätzlich auch beim Internetvertrieb von Bedeutung, aufgrund der Online-Übertragung seien aber die Kontrollmöglichkeiten des Urhebers sehr viel geringer als durch das Inverkehrbringen von physischen Werkstücken. Aufgrund dieser gesteigerten Gefährdung des Rechteinhabers dürfe der Erschöpfungsgrundsatz nicht auch bei § 18a UrhG Anwendung finden.<sup>442</sup>

---

<sup>440</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 4.5; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 40c Punkt 5; *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f).

<sup>441</sup> *Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 16 Punkt 4.5; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 40c Punkt 5; *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f).

<sup>442</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191).

### 9.3.1.1.2 Gemeinschaftsrechtliche Regelungen

Dieses Argumentationsmuster wird nach Ansicht der restriktiven Lehrmeinungen auch durch die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bekräftigt, insbesondere durch die Info- und die Datenbank-RL. Die Info-RL, im Speziellen Art 3 und ErwG 28 sowie 29, verdeutliche, dass die Erschöpfung für die digitale Übertragung im Internet keine Gültigkeit habe. Es handle sich bei der Bereitstellung zum Download nämlich um eine Dienstleistung, für welche keine Erschöpfung eintreten kann, weil die Erschöpfungswirkung eine Verbreitungshandlung im Sinn einer körperlichen Veräußerung voraussetzen würde.<sup>443</sup> Diese Bestimmungen lauten wörtlich:

*ErwG 28 Info-RL "Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der Gemeinschaft zu kontrollieren. [...]"*

*ErwG 29 Info-RL "Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d. h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht*

---

<sup>443</sup> *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 16 Rz 16; *Wiebe/Appf*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40c Punkt 5; *Spindler*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105 (110); *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f); *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, ecolex 2008, 58 (59).

*oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht."*

Ferner wird behauptet, dass dem Europäischen Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Erlasses der Info-RL das Problem der Online-Übertragung bereits bekannt gewesen sei und er dennoch die Bestimmung der Erschöpfung nicht auf das Zurverfügungstellungsrecht in Art 3 Info-RL ausgedehnt habe. Infolgedessen sei ein allgemeiner Erschöpfungsgrundsatz, welcher über das Verbreitungsrecht hinausreiche, *de lege lata* nicht gegeben.<sup>444</sup>

Darüber hinaus sei auch aus ErwG 33 der Datenbank-RL ablesbar, dass bei einem wie auch immer gearteten Online-Vertrieb keine Erschöpfung stattfindet, weil eine Begrenzung im Rahmen dieses ErwG nicht zwingend für Datenbanken mit permanenter Online-Verbindung an sich gemacht wurde. Aus diesem Grund sei diese Erwägung auf alle Vertriebsvarianten im Online-Bereich zu berücksichtigen.<sup>445</sup>

ErwG 33 Datenbank-RL lautet wörtliche wie folgt: "Die Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts stellt sich nicht im Fall von Online-Datenbanken, die in den Dienstleistungsbereich fallen. Dies gilt auch in bezug auf ein physisches Vervielfältigungsstück einer solchen Datenbank, das vom Nutzer der betreffenden Dienstleistung mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt wurde. Anders als im Fall der CD-ROM bzw. CD-I, bei denen das geistige Eigentum an ein physisches Trägermedium, d. h. an eine Ware gebunden ist, stellt jede Online-Leistung nämlich eine Handlung dar, die, sofern das Urheberrecht dies vorsieht, genehmigungspflichtig ist."

Zusätzlich wird von Seiten der restriktiven Lehrmeinungen als Verdeutlichung der für sich selbst sprechende Wortlaut des ErwG 43 der Datenbank-RL hervorgehoben. Dieser lautet wörtlich:

---

<sup>444</sup> *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40c Punkt 5; *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f); *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, *ecolex* 2008, 58 (58 f).

<sup>445</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, *ecolex* 2008, 58 (58).

ErwG 43 Datenbank-RL "Im Fall einer Online-Übermittlung erschöpft sich das Recht, die Weiterverwendung zu untersagen, weder hinsichtlich der Datenbank noch hinsichtlich eines vom Empfänger der Übermittlung mit Zustimmung des Rechtsinhabers angefertigten physischen Vervielfältigungsstücks dieser Datenbank oder eines Teils davon."

Es sei somit explizit festgelegt, dass eine erschöpfende Wirkung auch nicht bei nachträglichen physischen Vervielfältigungsstücken einer solchen Datenbank eintreten könne, selbst wenn die Zustimmung zur Festlegung durch den Urheber gegeben sei.<sup>446</sup> Dies werde durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache "British Horseracing Board Ltd vs William Hill"<sup>447</sup> unmissverständlich klargelegt. Diese gewollte Regelung sei darauf zurückzuführen, dass das geistige Eigentum bei Online-Übermittlung nicht an ein greifbares Medium gebunden sei. Aus diesem Grund sei, wie auch dementsprechend Art 5 lit c S 2 Datenbank-RL darlege, nur bei der körperlichen Weitergabe einer Datenbank an sich das Erschöpfungsprinzip anzuwenden. Im Umkehrschluss müsse daher festgestellt werden, dass für die Frage der Erschöpfung bei einem Online-Vertrieb eine Analogie aufgrund eines "lückenlosen" Gesetzestextes scheitere.<sup>448</sup>

### 9.3.1.2 Extensive Auslegung

Nach Auffassung des "extensiven Lagers"<sup>449</sup> lösen der Verkauf von Originaldatenträger und der Online-Vertrieb die gleiche Rechtsfolge aus.<sup>450</sup> Obwohl § 16 Abs 3 UrhG für körperliche Werkstücke konzipiert wurde, hindere dies nicht daran, diese Bestimmung auch für Computerprogramme an sich heranzuziehen.<sup>451</sup> Anders als beim "vermittelnden Lager"<sup>452</sup> betreffe die Erschöpfungswirkung nicht nur die erste erstellte Kopie bei Zurverfügungstellung

---

<sup>446</sup> Wohl unter der Prämisse, dass eine Zustimmung für den Vertrieb nicht gegeben ist.

<sup>447</sup> EuGH 09.11.2004, Rs C-203/02, Slg 2004, I-10415, Rz 59 – "British Horseracing Board".

<sup>448</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40c Punkt 5; *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f); *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, *ecolex* 2008, 58 (58); *Koch*, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtsoftware, ITRB 2007, 140 (142); *Loewenheim* in *Schricker*, UrhG, § 69c UrhG Rz 33.

<sup>449</sup> Siehe Fn 424.

<sup>450</sup> *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 31; *Ulmer*, Online-Bezug von Software - Tritt dennoch Erschöpfung ein?, ITRB 2007, 68 (69).

<sup>451</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (55).

<sup>452</sup> Siehe Kapitel 9.3.1.3.

(§ 18a UrhG), sondern den konkret übertragenen Datenbestand.<sup>453</sup> Zur gültigen Weitergabe an einen Zweiterwerber wird von einem Teil der Lehre die Löschung aller Computerprogramme von den Rechnern des Ersterwerbers gefordert.<sup>454</sup>

### 9.3.1.2.1 Nationale Regelungen

Nach *Sosnitza* würde die hypothetische Annahme, dass die Online-Übertragung keine Erschöpfung auslöse, dazu führen, dass der Rechteinhaber die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf sein Produkt bestimmen könnte. Verkauft der Softwareproduzent sein Produkt auf einem Datenträger, so hat der Kunde die Möglichkeit, die Ausgaben zu einem späteren Zeitpunkt, zumindest teilweise, durch einen Verkauf zu amortisieren. Bezieht er das Computerprogramm mittels Datenfernübertragung, so wäre ihm eine spätere, partielle Refinanzierung des Kaufpreises versagt. Da es sich beim Erschöpfungsgrundsatz um eine zwingende Regelung handelt, sei deshalb zweifelhaft, ob dem Rechteinhaber die Chance gegeben werden soll, auf einfache Weise diese zwingende Bestimmung zu umgehen. Berücksichtigt man diese Interessenlagen der Parteien, so kann man nur zu dem Schluss kommen, dass eine Analogie dem Willen des Gesetzgebers entspreche.<sup>455</sup>

Das LG Hamburg und *Berger* bekräftigen die Unbilligkeit dieser Ungleichbehandlung durch das Beispiel der Zwangsversteigerung. Verneine man eine Erschöpfung analog, wäre das investierte Kapitel im Rahmen einer Zwangsversteigerung nicht verwertbar. Hätte das Unternehmen Software auf Datenträger angeschafft, so würde den Gläubiger mehr Vermögensmasse zur Verfügung stehen. Ein Argument für eine Ungleichbehandlung ist nicht auszumachen.<sup>456</sup>

Auch das vom "restriktiven Lager" vorgebrachte Argument des Missbrauchs sei hier nicht zielführend, da ein solcher ebenso bei der Übergabe eines Datenträgers

---

<sup>453</sup> *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522 (525 f); *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 36.

<sup>454</sup> *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 36; AA *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (202).

<sup>455</sup> *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (207).

<sup>456</sup> LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (200).

geschehen kann. Der Käufer benötigt das physische Medium lediglich für die Installation, danach kann er die CD-ROM ebenso weiterverkaufen, ohne dabei die Kopie auf der Festplatte zu entfernen. Genauso könnte er zuvor Kopien erstellen und diese veräußern. Somit sei auch die Gefahr einer unberechtigten Weiterverwendung gleich hoch bzw nur geringfügig höher, wie nach einer Datenfernübertragung.<sup>457</sup> Die geringe Bedeutung dieses Arguments für den Vergleich wird auch seitens der Softwareproduzenten zugestanden. So wurde das Problem der Raubkopien damit umschrieben: "Das Herstellen einer Raubkopie [...] benötigt ein paar Mausklicks und einen CD-Rohling im Wert von ein paar Cents."<sup>458</sup>

*Grützmaker* bringt hierzu vor, dass ein Kontrollinteresse des Softwareherstellers durch Informationspflichten und sonstigen technischen Maßnahmen befriedigt werden könnte.<sup>459</sup> Darüber hinaus wird die Aussage von ihm *ad absurdum* geführt, wonach Erwerber, welche ihre Software weiterverkaufen wollen, diese einfach auf einem Datenträger erwerben sollen.<sup>460</sup> Danach stehe es nämlich auch jedem Hersteller frei, den Vertrieb auf Datenträger zu beschränken, sollte ihm die Missbrauchsgefahr zu groß sein.<sup>461</sup>

*Rüffler* führt hierzu aus, dass sich bereits aus der Entscheidungspraxis des OGH<sup>462</sup> vermuten lässt, dass wahrscheinlich auch das Höchstgericht den wirtschaftlichen Aspekt der Transaktion in den Vordergrund stellen wird und somit die Erschöpfung gemäß § 16 Abs 3 UrhG auch auf unkörperliche Werkstücke anwenden wird.<sup>463</sup>

---

<sup>457</sup> *Sosnitzer*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (209); *ders*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (524 f); *Schrader/Rautenstrauch*, Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online-Erwerb durch unkörperliche Übertragung urheberrechtlicher geschützter Werke, KR 2007, 251 (253); *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (194).

<sup>458</sup> *Schneider*, Vertriebsleiter für Kleinbetriebe bei Microsoft Österreich, in *Kucsko*, Geistiges Eigentum, 1047.

<sup>459</sup> *Grützmaker*, Gebrauchte Software und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (551).

<sup>460</sup> Dafür zB *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (73).

<sup>461</sup> *Grützmaker*, Gebrauchte Software und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 (305).

<sup>462</sup> OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s – "Handwerkerpaket" – *ecolex* 2000/291 mit Anm *Schanda* = MR 2000, 249 mit Anm *Walter* = RdW 2000/651 = ÖBl 2001, 141 = GRUR-Int 2000, 1028.

<sup>463</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (59); AA *Anderl* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 16 Punkt 4.5, vgl hierzu bereits Kapitel 9.3.1.1.1.

Des Weiteren sei nach *Eilmansberger* auch das Argument seitens des "restriktiven Lagers", wonach bei Bejahung der Erschöpfung der Softwareproduzent den Erwerber der gebrauchten Software als potentiellen Kunden verliere,<sup>464</sup> nicht haltbar. Erstens kann nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass der Zweiterwerber stattdessen eine Neuversion beziehen würde. Zweitens wäre er immer noch in der Lage gebrauchte Software auf einem Datenträger zu erstehen. Dieses Problem ist generell bei Märkten mit langlebigen Produkten, wie das zB auch bei Kfz der Fall ist, gegeben.<sup>465</sup>

*Knies* bejaht die Zulässigkeit, da von seiner Warte aus sowohl die Belohnungstheorie als auch die Verkehrssicherungstheorie dafür sprechen. Das Interesse des Käufers, seine Software verkehrsfähig zu erhalten, sei identisch, unabhängig davon, ob nun das Produkt auf einem Speichermedium oder online übertragen wurde. Das Interesse des Erwerbers, aber auch der Allgemeinheit, an einer freien Zirkulation des Produkts spreche für diese Analogie.<sup>466</sup>

Allerdings müsse auch eine Antwort auf die Frage gefunden werden, wie der Ersterwerber das "erschöpfte" Programm auf den Zweiterwerber übertragen kann, ohne dabei in die Rechte des Urhebers einzugreifen.

Nach *Sosnitza* ist das Problem, wonach ein weiterer Internetvertrieb in das Zurverfügungstellungsrecht eingreifen würde, nicht gegeben. Sowohl Ersterwerber als auch Zweiterwerber würden in dieses Recht nicht eingreifen, weil sie die Software ohnehin nicht im Internet anbieten wollen.<sup>467</sup> Demnach müsse daraus gefolgert werden, dass auch eine Übertragung via Internet an den Zweiterwerber möglich sein müsse, da es sich dann um eine Verbreitung (analog) handelt.

*Ulmer* geht einen Schritt weiter und stellt fest, dass die Zurverfügungstellung nicht tangiert wird, da eine dauerhafte Softwareüberlassung keine öffentliche

---

<sup>464</sup> So zB OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07, ITRB 2008, 195 mit Anm *Rössel* = CR 2008, 551 mit Anm *Bräutigam* = ZUM 2009, 70 mit Anm *Herzog*.

<sup>465</sup> *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1125).

<sup>466</sup> *Knies*, Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR-Int 2002, 314 (316).

<sup>467</sup> *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (208).

Wiedergabe ist. Eine Handlung gemäß § 18a UrhG stelle nämlich für eine Veräußerung keine geeignete Erfüllungshandlung dar. Folglich kann es sich bei einem Online-Vertrieb nur um eine Verbreitungshandlung im Sinne des § 16 UrhG handeln.<sup>468</sup>

### 9.3.1.2.2 Gemeinschaftsrechtliche Regelungen

Die Autoren *Rüffler* und *Eilmansberger* führen ins Treffen, dass die Erschöpfung schon aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Primärrechts bei unkörperlichen Werkstücken zulässig sein müsse. Eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, oder aber auch subsidiär der Dienstleistungsfreiheit im Lichte des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums (Art 36 AEUV) bedürfe einer besonderen Rechtfertigung. Eine solche wäre nur dann gegeben, wenn es zur Wahrung des spezifischen Gegenstands eines Schutzrechtes notwendig wäre. Für das konkrete Sachproblem soll durch das UrhG ein Ausgleich zwischen dem Verwertungsinteresse des Urhebers und einem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr hergestellt werden.<sup>469</sup> Daher ist zu prüfen, ob ein wirtschaftlicher Nachteil für den Rechteinhaber entsteht, wenn auch Erschöpfung an unkörperlichen Sachen eintritt.

Ein solcher liege hier aber nicht vor, weil der Rechteinhaber beim erstmaligen Inverkehrbringen stets eine angemessene Vergütung verlangen kann. Wird die entgeltliche Überlassung des Nutzungsrechts durch den Verkauf eines Datenträgers durchgeführt, beziehe sich die Erschöpfung naturgemäß auf dieses Medium. Daraus ließe sich aber nicht folgern, dass eine solche Wirkung nur wegen der Körperlichkeit eintrete. Der zugrunde liegende Zweck der Norm sei die wirtschaftliche Entschädigung des Urhebers.<sup>470</sup> Das Verbreitungsrecht hat damit seinen Zweck erfüllt. Es soll nicht dazu missbraucht werden, um Vertriebswege zu kontrollieren.<sup>471</sup> Daher wäre aus wirtschaftlicher Sicht eine divergierende Lösung nicht sachgerecht.<sup>472</sup> Darüber hinaus würde eine Ungleichbehandlung

---

<sup>468</sup> *Ulmer*, Online-Bezug von Software - Tritt dennoch Erschöpfung ein?, ITRB 2007, 68 (69).

<sup>469</sup> Das Urheberpersönlichkeitsrecht kann hier vernachlässigt werden.

<sup>470</sup> *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1124).

<sup>471</sup> Vgl hierzu zB EuGH 20.10.1993, Rs C-92/92 u C-326/92, Slg 1993, I-5145, Rz 19 ff – "Phil Collins".

<sup>472</sup> So *Sosnitzka*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (522 f); *ders*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit

auch den EU-Binnenmarkt spalten und somit den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zuwiderlaufen.<sup>473</sup> Deswegen würde auch die zeitlich unbeschränkte Überlassung eines Nutzungsrechts die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach sich ziehen.<sup>474</sup>

Will man eine Lösung des Sachproblems nicht bereits auf primärrechtlicher Ebene anerkennen, so könne dies auch auf Basis des Sekundärrechts geschehen. Dafür spreche, dass nach Art 4 Abs 2 Software-RL mit dem Erstverkauf einer Programmkopie durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung sich das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie erschöpft. Aus dem Wortlaut ließe sich nicht zwingend ablesen, dass es sich bei dieser Kopie um einen körperlichen Gegenstand handeln muss. Sowohl der Terminus "Programmkopie" als auch "Erstverkauf" bieten keine eindeutigen Indizien für ein rein körperliches Werkstück. Die Programmkopie kann durch einen Datenträger, aber auch per Download übertragen worden sein. Genaueres sei aus der RL nicht ersichtlich.<sup>475</sup> Darüber hinaus werde auch aus wirtschaftlicher Sicht beim Kauf eines Computerprogramms auf einem Datenträger die dauerhafte Verfügungserlaubnis über das Produkt erworben.<sup>476</sup> Somit kann auch bei anderen Übertragungsarten gemäß Art 4 Abs 2 Software-RL die Erschöpfung eintreten, ohne dabei auf das Hilfsmittel einer Analogie zurückgreifen zu müssen.<sup>477</sup> Hierzu wird jedoch anzumerken sein, dass dem Argument der Wortinterpretation auf Europäischer Ebene in der Regel nur geringe Bedeutung beigemessen wird, weil die Richtlinie in mehreren Sprachfassungen vorliegt. Aus diesem Grund wird dieses Argument für sich alleine keinen Ausschlag geben.<sup>478</sup> Unter Berücksichtigung des Art 36 AEUV und Art 4 Abs 2 Software-RL bietet es jedoch ein starkes Argument für eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes.<sup>479</sup>

---

"gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (209).

<sup>473</sup> So *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 (305); *ders* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 31.

<sup>474</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (55);

*Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1124 f).

<sup>475</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (55); *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (522).

<sup>476</sup> *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1124).

<sup>477</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (55).

<sup>478</sup> *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1124).

<sup>479</sup> *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (522 ff).

Die von *Gamerith*<sup>480</sup> getätigte Aussage, dass der EuGH den Erschöpfungsgrundsatz bei unkörperlichen Verwertungsarten nicht anwende, ist nach Ansicht von *Rüffler* zu ungenau. Der EuGH habe bisher nur klassische unkörperliche Verwertungsarten zu beurteilen gehabt, bei welchen er seine Argumentation nicht auf die Verkörperung stützte, sondern damit begründete, dass bei diesen Verwertungsarten eine Vergütung bei jeder Nutzungshandlung fällig ist und somit die Interessen des Rechteinhabers nicht bei erstmaligen Inverkehrbringen abgegolten sind. Dieser Umstand liege bei einem Online-Erwerb von Software eben nicht vor. Deswegen sei gerade wegen der fehlenden Notwendigkeit der Unkörperlichkeit eine Erschöpfung immer dann geboten, wenn ein Werk dauerhaft gegen Entgelt überlassen wird. Eine Differenzierung sei schon auf Grundlage des Primärrechtes nicht erforderlich. Demzufolge könne auch das gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht eine solche Unterscheidung nicht beinhalten, da es anders gegen höherrangiges Recht verstoßen würde.<sup>481</sup>

Der Aussage des restriktiven Lagers, wonach die Info-RL eine Erschöpfung verhindere, wird ebenso widersprochen. Der eigene Standpunkt wird nämlich dahingehend verteidigt, dass für die Beurteilung der gebrauchten Software in der Vertriebsvariante "Online-Vertrieb" die Info-RL ohnehin nicht anwendbar sei, weil diese gemäß Art 1 Abs 2 lit a Info-RL den gewährten Schutz der Software-RL nicht berühre. Folglich könne auch die Info-RL die Erschöpfungsregelungen der Software-RL nicht beschränken.<sup>482</sup>

Ein solches Anzeichen liefere auch die Enumeration des Art 3 Abs 2 Info-RL, welche bei genauer Betrachtung Zweifel in der Hinsicht aufwerfe, ob diese Bestimmungen auch auf Computerprogramme anwendbar seien. Dieser Zweifel ergebe sich auch aus der Info-RL selbst, und zwar aus ihrem Wortlaut und ihrer Systematik. Die Erwägungen für die Leistungen, welche im Rahmen einer Online-Verbindung bzw eines Online-Dienstes bezogen werden können, unterscheiden

---

<sup>480</sup> *Gamerith* in *Kucsko*, Urheber.recht, Vor § 1 UrhG Anm 8.2.1.1.

<sup>481</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (55), welcher sich auf Entscheidungen des EuGH stützt, und zwar vom 18.03.1980, Rs 62/79, Slg 1980, 881 – "Coditel I"; 06.10.1982, Rs 262/81, Slg 1971, 3381 – "Coditel II"; 13.07.1989, Rs 395/87, Slg 1989, 2521 – "Tournier".

<sup>482</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (56); *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1125); *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573 (574); *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (71).

sich von einem Softwarekauf. Bei Letzterem handelt es sich um eine dauerhafte und unabhängige Übertragung, also um einen Warenaustausch. Vergleicht man dies mit einer Dienstleistung durch ständige Online-Verbindung, wie zB "Cloud Computing",<sup>483</sup> on demand TV etc, so zeigt sich, dass der von der Info-RL geforderte Dienstleistungscharakter beim Softwareerwerb fehlt. Die Info-RL selbst diene dazu, um Dienstleistungen mit begrenzter zeitlicher Bereitstellung zu schützen.<sup>484</sup>

*Hoeren* führt dazu an, dass die Verneinung der Erschöpfung des Online-Vertriebes von einer unzureichenden Übersetzung des ErWG 29 S 1 Info-RL herrühre: "Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen." Die englische Fassung der RL spricht nämlich von "*services and online services in particular*", was wohl eher der Übersetzung "*Dienstleistungen und insbesondere Dienstleistungen online*" entspricht. Diese Übersetzung entspreche auch der französischen, italienischen und spanischen Fassung besser, als die Fassung der deutschen RL. Die Überlassung der Software ist jedoch nicht mit einer Dienstleistung vergleichbar, sondern mit einem Warengeschäft und somit sei auch der Erschöpfungsgrundsatz anwendbar.<sup>485</sup>

Eine Ablehnung der Info-RL sei auch deswegen geboten, weil Dienstleistungen, welche von der RL umfasst werden, in der Regel nicht mit der erstmaligen Inanspruchnahme abgegolten sind. Das Grünbuch führt hierzu als Beispiel für Dienstleistungen unter anderem an: Teleheimarbeit, Telebanking, Medien (elektronische Zeitungen), Teleunterricht, Video on demand etc.<sup>486</sup> Solche Dienste werden über eine wiederholte Erbringung finanziert. Bei einem Online-Erwerb von Software hat der Rechteinhaber seine finanziellen Interessen mit dem erstmaligen Inverkehrbringen des Werkes bereits befriedigt.<sup>487</sup>

---

<sup>483</sup> *Nägele/Jacobs*, Rechtsfragen des Cloud Computing, ZUM 2010, 281 (281 ff).

<sup>484</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.39 f; *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1125); *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (523)

<sup>485</sup> *Hoeren*, Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich – Fallgruppen und Beweislast, MMR 2010, 447 (447 f).

<sup>486</sup> *Kommission*, Grünbuch – Urheberrecht und verwandte Schutzrecht in der Informationsgesellschaft, KOM(95) 382 endg, 20.

<sup>487</sup> *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 207f; *ders*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (525).

Nach *Sosnitza* ist der von der Gegenseite oftmals angeführte ErwG 29 sowie Art 3 Abs 3 Info-RL ein Indiz für die Vermutung, dass dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Erlasses das Problem der unkörperlichen Programmverschaffung nicht bewusst war.<sup>488</sup> Des Weiteren sei aus Art 3 Abs 3 Info-RL lediglich ersichtlich, dass durch Zugänglichmachung des Werkes, insbesondere durch das Angebot zum Download, noch keine Erschöpfung der öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung eintrete.<sup>489</sup> Eine Lösung für das Sachproblem der Transfervariante "Online-Vertrieb" kann somit in der Info-RL nicht gefunden werden, weil diese hierfür nicht geschaffen wurde.

Darüber hinaus sei der umstrittene ErwG 29 Info-RL auf ErwG 33 Datenbank-RL zurückzuführen. Dies zeige sich am nahezu identen Wortlaut der beiden ErwG.<sup>490</sup> Demzufolge soll für die Online-Datenbank aufgrund ihrer Eigenschaft ein spezifischer Schutz geschaffen werden. Dies sei deswegen notwendig, weil solche Datenbanken via Internet ständig verfügbar und infolgedessen wegen der dauerhaften Verbindung als Dienst im Sinne einer Dienstleistung einzuordnen sind.<sup>491</sup> Ferner gelange auch der Inhalt in der Regel nie zur Gänze in die Verfügungsmacht des Kunden.<sup>492</sup> Der Gesetzgeber hatte somit sowohl für ErwG 29 Info-RL als auch ErwG 33 Datenbank-RL andere Zielsetzungen vor Augen als die Regelung eines klassischen Computerprogrammkaufes. Der Gesetzgeber habe im Rahmen der Harmonisierungen lediglich versucht, zu verdeutlichen, dass der Erschöpfungsgrundsatz nur auf die Verbreitung von Waren, aber nicht auf Dienstleistungen anzuwenden ist. So sollte lediglich eine Erschöpfung zB für Online-Dienste wie juristische Datenbankabfragen oder das Ansehen von Filmen *on demand* ausgeschlossen werden.<sup>493</sup> Auf die Regelungen einer permanenten Überlassung von Software zielt dieser ErwG meiner Meinung nach nicht ab. Dieser ergibt sich bereits aus dem Begriffsverständnis von

---

<sup>488</sup> So auch *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522 (525).

<sup>489</sup> *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (207 f).

<sup>490</sup> *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1125); *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (208); *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (56).

<sup>491</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (191); ebenso *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.38 ff.

<sup>492</sup> *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1125).

<sup>493</sup> *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 524; ebenso *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.38 ff.

"Online-Dienst" und "Dienstleistungen" in der deutschen, aber auch in anderssprachigen Fassungen, weil diese keine dauerhafte Zustandsänderung umschreiben.

Es sei aber auch aus dem ErwG 16 Info-RL ersichtlich, dass die Info-RL selbst lediglich die E-Commerce-RL ergänzen sollte. Ferner weise diese enge Verzahnung der beiden RL daraufhin, dass für beide der gleiche Begriff zugrunde gelegt wurde. Die E-Commerce-RL definiert in Art 1 einen "Dienst" als "eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, das heißt jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung". Somit sei ein solcher Dienst auf Abruf ("on demand") auch im ErwG 29 Info-RL gemeint. Für den Fall der gebrauchten Software treffe diese Definition aber nicht zu, weil diese durch einmaligen Download bezogen werde und nicht als Dienstleistung durch wiederkehrenden, individuellen Abruf zur Verfügung stehe. Demnach sei die Anwendung des Art 3 Info-RL und ErwG 29 auf das Problem der Gebrauchtssoftware nicht zielführend, weil diese lediglich auf eine Übertragung eins-zu-viele und nicht eins-zu-eins abstellen.<sup>494</sup> Das erkläre sich auch aus dem Wortlaut des ErwG, welcher den Erschöpfungsgrundsatz auch dann versagt, wenn der Rechteinhaber dem abrufenden Kunden die Möglichkeit gestattet, eine physische Kopie zu erzeugen, weil dies nicht den Charakter der Dienstleistung auf Abruf verändert. Im Fall der gebrauchten Software liege in aller Regel somit kein Fall der bloßen Wiedergabe oder Zugänglichmachung vor, sondern eine technisch anders durchgeführte Verbreitungshandlung.<sup>495</sup>

Zusammenfassend sei daher nachgewiesen worden, dass keine Regelung für das Sachproblem bestehe, welche eine Erschöpfung untersage. Demzufolge sei wegen der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit eine Anwendung des § 16 Abs 3 UrhG geboten.

---

<sup>494</sup> *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (551); *ders*, "Gebrauchtssoftware" und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 (304).

<sup>495</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (56 f); *Eilmansberger*, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123 (1125).

### 9.3.1.3 Vermittelnde Auslegung

Nach dem "vermittelnden Lager"<sup>496</sup> soll eine Erschöpfung nicht nur beim Verkauf von Datenträgern eintreten, sondern auch bei Software, welche durch einen Download erworben wurde. Allerdings mit der Einschränkung, dass eine Erschöpfung nur für die erste dauerhafte Kopie eintrete und eine weitere Zurverfügungstellung (§ 18a UrhG) nicht möglich ist. In aller Regel wird es sich dabei um die Abspeicherung der Software auf der Festplatte handeln, womit dadurch zumindest ermöglicht wird, den PC samt Festplatte und darauf befindlicher Software zu veräußern.

#### 9.3.1.3.1 Nationale Regelungen

Das Vorgehen sei gerechtfertigt, weil der Endzweck der Transaktion, nämlich dem Erwerber die Nutzungsmöglichkeit bereitzustellen, im Vordergrund stehe. Der Übertragungsweg an sich sei bloß sekundär. Zu diesem Schluss, dass für den Fall der Datenfernübertragung keine andere Regelung gelten soll, gelange man bereits wegen Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes. Der bloße Umstand, dass es sich bei der Datenfernübertragung um eine interaktive Wiedergabe im Sinne des § 18a UrhG handle, sei für eine unterschiedliche Behandlung nicht ausreichend. Zu beachten ist lediglich, dass nur die erste dauerhaft erzeugte Kopie<sup>497</sup> weiterverbreitet werden darf. Das bedeutet, dass nach einem Download nur der Computer als Ganzes<sup>498</sup> bzw die Festplatte selbst veräußert werden kann.<sup>499</sup>

Eine Vervielfältigung der erschöpften Kopie auf ein anderes Medium, zB von der Festplatte auf eine DVD, sei nicht rechtskonform, weil dadurch in die Verwertungsrechte des Urhebers eingegriffen werden würde. Eine selbst angefertigte Kopie sei nämlich nicht erschöpft.<sup>500</sup>

---

<sup>496</sup> Siehe Fn 425.

<sup>497</sup> Damit soll meiner Meinung nach eine Abgrenzung zu vorübergehenden Speicherungen, wie zB Arbeitsspeicher, getroffen werden.

<sup>498</sup> Einzig legitime Ausnahme für *Schack*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639 (644).

<sup>499</sup> *Lewinski* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 9.5.23; *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 11.4.53; *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.37 ff; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 594; *ders*, Urheberrechtsgesetz 2006, 23 f.

<sup>500</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.37.

Nach Ansicht der Autoren des "vermittelnden Lagers" ist es nicht einsichtig, warum dem Erwerber ausgehend von der gewählten Vertriebsvariante die Möglichkeit genommen werden soll, seine Software nicht weiter vertreiben zu können.<sup>501</sup> Der Rechtfertigungsgrund der Verkehrs- und Belohnungstheorie sei in beiden Vertriebsvarianten gleichwertig. Ebenso wie bei einem physischen Verkauf habe der Berechtigte auch bei einer Datenfernübertragung die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung zu verlangen und somit seine Interessen abgegolten zu bekommen.<sup>502</sup>

### 9.3.1.3.2 Gemeinschaftsrechtliche Regelungen

Hat ein Rechteinhaber seine Software als Download zur Verfügung gestellt und veräußert, so darf nach Ansicht des "vermittelnden Lagers" der rechtmäßige Erwerber im Sinne des Art 5 Abs 1 Software-RL diese nicht nur verwenden, sondern auch weiterveräußern. Es sei dennoch zu beachten, dass ein Vertrieb der gebrauchten Software, sofern man die Datenfernübertragung unter die Zurverfügungstellung subsumiere, über das Internet nicht möglich sei. Es werde nämlich dabei nur das Verbreitungsrecht erschöpft. Aus diesem Grund sei keine Legitimation vorhanden, um im Wege der Veräußerung die Software online übertragen zu dürfen, da eine solche in das Zurverfügungstellungsrecht des Urhebers eingreifen würde.<sup>503</sup>

Nach *Walter* ist dies aus den Europarechtlichen Regelungen des ErwG 29 Info-RL und Art 3 Abs 3 Info-RL ablesbar. Aus dessen Wortlaut lässt sich folgern, dass sogar im Fall eines erschöpften Verbreitungsrechts das Programm nicht interaktiv weitergegeben werden könne, weil das Zurverfügungstellungsrecht selbst nicht erschöpft ist. Darauf deuten für *Walter* auch die ErwG 33 und der ErwG 43 Datenbank-RL hin. Nach ErwG 33 fallen Online-Datenbanken in den Dienstleistungsbereich, woraus sich folgern ließe, dass somit für jeglichen Online-Transfer eine Einwilligung des Urhebers notwendig wäre. Diese Regelung

---

<sup>501</sup> So bereits *Wachter*, Multimedia und Recht, GRUR-Int 1995, 860 (866).

<sup>502</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.4.37 ff; *ders*, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 3 (16); *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 11.4.53; *Kries*, Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR-Int 2002, 314 (316); *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 24.

<sup>503</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht - Handbuch - I. Teil, Rz 595.

sei daher ganz allgemein aus den ErwG 33 und 53 Datenbank-RL sowie ErwG 29 Info-RL abzulesen, welche klarstellen, dass eine Erschöpfung unter keinem Umstand für die öffentliche Wiedergabe eintritt.<sup>504</sup>

### 9.3.2 Vorlage zur Vorabentscheidung: "UsedSoft"

Der BGH hatte nun erstmals die Möglichkeit eine richtungsweisende Entscheidung für den Online-Vertrieb von Gebrauchtssoftware vorzugeben.<sup>505</sup> Im vorliegenden Sachverhalt galt es zu beurteilen, ob der Ersterwerber einer Softwarelizenz von einem Softwarehersteller (Oracle) diese an einen Gebrauchtssoftwarehändler (UsedSoft) veräußern kann, welcher danach die Berechtigung an einen Dritten weiter veräußert. Der Dritte wurde dann vom Gebrauchtssoftwarehändler veranlasst, die die Software vom jeweiligen Softwarehersteller herunterzuladen.

Vorwegzunehmen ist, dass auch der BGH keine abschließende Entscheidung traf, sondern das Verfahren mit Beschluss unterbrach, um den EuGH um Auslegung der Art 4 Abs 2 und Art 5 Abs 1 der Software-RL anhand drei Fragen ersuchte.

Seitens BGH war offenkundig, dass der Downloadvorgang der Software vom Softwarehersteller (Rechteinhaber) eine urheberrechtliche geschützte Vervielfältigung darstellt. Eine zulässige Übertragung der vertraglichen Nutzungsrechte wurde verneint, weil diese Möglichkeit im Vertrag ausgeschlossen wurde. Folglich kann eine zulässige Vervielfältigung für eine "bestimmungsgemäße Benutzung" der Software nur durch einen "rechtmäßigen Erwerber" erfolgen. Der BGH zeigte dabei die bestehenden konträren Ansichten hinsichtlich des "rechtmäßigen Erwerbers" auf.<sup>506</sup> Der BGH tendiert dabei zu jener Meinung, nach welcher derjenige als "rechtmäßiger Erwerber" handelt, der sich auf eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts der Software berufen kann. Zur Klarstellung dieses das Europäische Recht tangierenden Meinungsstreits wurde

---

<sup>504</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 595.

<sup>505</sup> BGH 03.02.2011, I ZR 129/08 – "UsedSoft" – MMR 2011, 305 mit Anm *Heydn* = GRUR-Prax 2011, 172 mit Anm *Cichon* = RdW 2011/121 = MR-Int 2011, 25 mit Anm *Stögmüller* = MR 2011, 35; vgl dazu ausführlich *Leistner*, Gebrauchtssoftware auf dem Weg nach Luxemburg – Der Vorlagebeschluss des BGH in Sachen Oracle v. UsedSoft, CR 2011, 209.

<sup>506</sup> Vgl dazu auch 11.2.4.2.

die Frage dem EuGH vorgelegt.

Sollte diese erste Frage vom EuGH bejaht werden, so soll dieser in der zweiten Frage klären, ob auch die Erschöpfung einer Softwarekopie eintreten kann, welche mit Zustimmung des Rechteinhabers nach einem Download auf einem Datenträger fixiert wird. In der Literatur ist – wie bereits aufgezeigt – umstritten, ob für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ein körperliches Vervielfältigungsstück des Computerprogramms in Verkehr gebracht werden muss, oder ob Erschöpfung auch analog bei Online-Vertrieb eintreten kann.<sup>507</sup> Im Zusammenhang mit dieser Thematik zeigt der BGH keine Tendenz auf.

Sollte der EuGH zu der Auffassung gelangen, dass die nachträgliche Anfertigung eines Datenträgers für eine Erschöpfung der Software ausreichend ist, so soll er abschließend auch beurteilen, ob ein Käufer einer "gebrauchten Softwarelizenz" auch die relevante Software als "rechtmäßiger Erwerber" von der Webseite des Softwareherstellers downloaden darf, sofern der Vorbesitzer seine Programmkopie gelöscht hat bzw nicht mehr verwendet. Hier wird von einem Teil der bereits aufgezeigten Lehre argumentiert, dass ein solches Vorgehen aus Praktikabilitätsgründen befürwortet werden muss. Eine Weitergabe des Datenträgers sei nur schwer durchführbar, weil die Software auf der Festplatte gespeichert ist.<sup>508</sup> Nach gegenteiliger, oben dargelegter Ansicht, zu welcher auch der BGH tendiert, darf die Erschöpfungswirkung nicht auf diese Fälle ausgedehnt werden. Dies würde lediglich dazu führen, dass Nutzungsrechte auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers und ohne physische Übertragung eines Mediums übergehen könnten.

Nur bei Bejahung aller drei Fragen durch den EuGH, ist das gegenständliche Vertriebsmodell zulässig, bei welchem dem Gebrauchtssoftwarekäufer auch der Download vom Softwarehersteller möglich ist.

---

<sup>507</sup> Vgl dazu auch 9.3.1.

<sup>508</sup> Vgl dazu 9.3.1.2.

### 9.3.3 Exkurs: Online Übertragung per E-Mail

Ob auch eine Zurverfügungstellung nach § 18a UrhG bei E-Mail Übertragung vorliegt ist nach hM wohl anders zu beantworten, als dies beim Downloadvorgang von einer Webseite der Fall ist. Hier ist nämlich die notwendige Öffentlichkeit für die Erfüllung der Voraussetzung der Zurverfügungstellung nach § 18a UrhG wohl nicht erfüllt, sofern die E-Mail (mit der Software als Attachment) lediglich von einer Partei an die andere gesendet wird.<sup>509</sup> Nach einem Teil soll dann das Recht der öffentlichen Wiedergabe anwendbar sein, nach anderer, und meiner Meinung nach richtigen Auffassung, ist jedoch das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht anwendbar, obwohl keine physischen Werkstücke vorliegen.<sup>510</sup>

### 9.3.4 Zusammenfassung

Nach Ansicht des "restriktiven Lagers" kann eine Erschöpfung nur bei Übergabe eines physischen Werkstücks eintreten, eine Erschöpfung im Rahmen eines Downloads ist daher schon begrifflich nicht möglich. Darüber hinaus beschränke sich § 16 Abs 3 UrhG, gemäß dem strengen Wortlaut und der Systematik des Gesetzes, ausschließlich auf das in § 16 UrhG verankerte Verbreitungsrecht. Eine Online-Übertragung könne darunter nicht subsumiert werden, weil es sich dabei um keine körperliche Übergabe handle. Somit sei bei einer Datenfernübertragung ausschließlich das Zurverfügungstellungsrecht des § 18a UrhG heranzuziehen, welches aber gerade keine Erschöpfung normiert. Darüber hinaus sei auch aus der Info-RL und Datenbank-RL deutlich ablesbar, dass eine solche Erschöpfung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht gewollt ist.

Nach Ansicht des "vermittelnden Lagers" ist vor allem wegen § 18a UrhG eine Erschöpfung problematisch. Dennoch empfindet dieser Teil der Lehre das Ergebnis als unbillig. Um dies zu korrigieren, soll dennoch für die erste

---

<sup>509</sup> *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 18a Rz 10; *Gaderer* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 18a UrhG Punkt 4.1; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40c Punkt 5; *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 11.3.31; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 737 (nach diesen gilt dies sogar bei Massen-E-Mails); *ders*, Urheberrechtsgesetz 2006, 44.

<sup>510</sup> Vgl für Meinungsstreit *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 11.3.31 mwN; für letztere Ansicht *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 737; *ders*, Urheberrechtsgesetz 2006, 44.

dauerhafte Kopie eine Verbreitungshandlung möglich sein. Ohne diese müsste vor einem Verkauf eines Rechners samt seiner Programme die gesamte Software deinstalliert werden.

Das "extensive Lager" befürwortet eine Erschöpfung des erworbenen Datenbestandes. Eine unterschiedliche Behandlung sei schon auf der Grundlage des EG-Primärrechts nicht gegeben. Darüber hinaus sei die Auslegung lediglich aufgrund der Software-RL vorzunehmen, weil die Info-RL für diesen Fall nicht anwendbar sei. Aus der Software-RL ließe sich nicht ablesen, warum eine Erschöpfung nur für den Datenträger stattfinden sollte.

Meiner Meinung nach ist dem "vermittelnden Lager" für die Problematik des Online-Vertriebs zu folgen. Selbst wenn man eine Erschöpfung (analog) für Software bejaht, welche durch eine Download mit Zustimmung des Rechtsinhabers erworben wurde, so wird man jedoch nicht bestreiten können, dass eine weitere Zurverfügungstellung nach § 18a UrhG unzulässig ist, weil sich nur das Verbreitungsrecht (§ 16 UrhG) erschöpft und folglich nicht auch das Zurverfügungstellungsrecht (§ 18a UrhG). Um aber dennoch im Weg des Online-Vertriebes erhaltene Software weiterverkaufen zu können, sind meiner Meinung nach zwei Möglichkeiten denkbar:

Da meines Erachtens die Erschöpfung (analog) für die mittels Download erworbene Kopie eintritt, kann diese mit einer solchen Handlung weitergegeben werden, welche § 18a UrhG nicht berührt, aber als Verbreitung im Sinne des § 16 UrhG qualifiziert werden kann. Dies ist bei einer Übertragung durch eine Verbindung zulässig, an welcher lediglich der Erst- und Zweiterwerber teilhat – wie beispielsweise bei einer E-Mailverbindung<sup>511</sup>–, da dies einen Vorgang darstellt, bei welchem es sich nach hM<sup>512</sup> um keine Zurverfügungstellung im Sinne des § 18a UrhG handelt. Aus diesem Grund wird diese Übertragung als eine Verbreitungshandlung im Sinne des § 16 UrhG analog zu qualifizieren sein. Da die Verbreitung erschöpft ist, muss meines Erachtens dann die Übertragung der Software an den Zweiterwerber zulässig sein. Dies selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass die Software gelöscht wird. Eine solche Löschung ist

---

<sup>511</sup> So wohl auch *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 737.

<sup>512</sup> Siehe Fn 509.

notwendig, weil der übertragenden Partei mit dem Übergang der Software auch die Rechte zur weiteren Ausübung nach § 40d Abs 2 UrhG verloren gehen.<sup>513</sup>

Die zweite Möglichkeit ist meiner Meinung nach dadurch gegeben, dass die Software im Rahmen des § 40d Abs 2 UrhG auf einen Datenträger gesichert wird und danach alle Kopien vom Rechner entfernt werden. Es handelt sich zwar um eine physische Kopie, welche zwar nicht durch den Rechteinhaber in Verkehr gebracht, aber zulässig erstellt wurde. So bejaht *Walter*<sup>514</sup> im Fall des Unterganges der erschöpften Kopie die zulässige Weitergabe der Sicherungskopie. Diese Weitergabe ist meines Erachtens auch durch bewusst herbeigeführte Löschung zulässig.

---

<sup>513</sup> Siehe dazu Punkt 11.2.

<sup>514</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1367.

## 10 Volumenlizenzen und Masterkopie

### 10.1 Allgemeines

Bei der Vertriebsvariante "Volumenlizenzen und Masterkopie" handelt es sich um eine Vereinfachung des Vertriebssystems. Soll beispielsweise auf 100 Rechnern eine Software installiert werden, so müssten dafür 100 Datenträger erworben werden. Um dies jedoch zu erleichtern, wird lediglich ein Datenträger, die sogenannte Masterkopie, samt der gewünschten Anzahl an Lizenzen übergeben. Mit Hilfe der Masterkopie darf nun pro Lizenz ein Programm installiert werden. Der Preis der Volumenlizenzen ist abhängig von der Anzahl der Berechtigungen zur Vervielfältigung.<sup>515</sup> Der Begriff Volumenlizenz an sich stammt aus dem Softwarehaus Microsoft,<sup>516</sup> wird aber in der Literatur als Übergriff für diese Art der Vertriebsvariante verwendet.

Dieses Vorgehen baut auf dem Gedanken der Ökonomie und Effizienz auf, weil dadurch die Anzahl an zu produzierenden Datenträgern beschränkt werden kann. Auf der Seite des Erwerbers müssen wiederum keine großen Mengen an Datenträgern eingelagert werden. Des Weiteren vereinfacht sich auch der Transport, weil lediglich eine Programmversion in Form der Masterkopie zu versenden ist. Im Endeffekt handelt es sich um ein rein wirtschaftliches Argument, das zum Kauf von Volumenlizenzen führt.

### 10.2 Technische Realisierung

Die technische Realisierung ist grundsätzlich identisch mit der Vertriebsvariante "Originaldatenträger". Diese wird dahingehend ergänzt, dass eine Berechtigung zur Vervielfältigung für die gewünschte Anzahl an Softwarekopien eingeräumt

---

<sup>515</sup> Zellhofer/Kopf, "Gebrauchte" Software – eine Lizenz zum Erfolg?, *ecolex* 2008, 336 (336).

<sup>516</sup> Hoppen, Die technische Seite der Softwarelizenzierung, *CR* 2007, 129 (131 u 134).

wird. Es wird lediglich die Masterkopie übergeben, welche als Vervielfältigungsvorlage dient. Aus rein technischer Perspektive ist das Ergebnis dieser Transfervariante identisch mit einer Übertragung der gleichen Anzahl an Datenträger.

### **10.3 Probleme der Weitergabe**

Neben der Problematik der Übertragung von Werknutzungsbewilligungen<sup>517</sup> steht auch hier die Erschöpfungswirkung im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen.

Neben den sonstigen Voraussetzungen für eine Anwendung des § 16 Abs 3 UrhG hängt der Eintritt der Erschöpfungswirkung im Zusammenhang mit Volumenlizenzen von der Frage ab, ob die Übergabe der Masterkopie mit der Übergabe der gewünschten Anzahl an Werkstücken gleichzusetzen ist. Im Fall einer Bejahung ist noch zu prüfen, ob die erworbene Anzahl an Berechtigungen zur Vervielfältigung aufgespalten und separat übertragen werden darf. Ein zusätzliches Problem tritt noch hinzu, weil ungewiss ist, ob im Fall einer gerechtfertigten Abspaltung auch die Masterkopie selbst dupliziert und mitveräußert werden darf.

Der Dreh- und Angelpunkt des Sonderproblems "Volumenlizenz" ist, ähnlich der Fragestellung im Zusammenhang mit der Transfervariante "Internetübertragung", inwieweit ein ökonomischer Gesichtspunkt zu einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung führen kann. Ob aus rechtlicher Sicht bei einem technisch identen Resultat eine Unterscheidung geboten ist, ist auch in dieser Variante nicht einfach zu beantworten.

---

<sup>517</sup> Siehe hierzu bereits Kapitel 8.3.2.

### 10.3.1 Arten von Volumenlizenzverträgen

Die Problemstellung verschärft sich durch unterschiedliche volumenlizenzrechtliche Ausgestaltungen. Die marktführenden Softwarehäuser bieten eine Vielzahl möglicher Vertragsvarianten an. Dies stellt eine weitere Erschwernis für die Beurteilung des Handels mit Gebrauchtssoftware dar, weil keine einheitliche Ausgangslage gegeben ist.

#### 10.3.1.1 Endliche Anzahl an Benutzerlizenzen

Der Standardfall umfasst ein Paket, welches eine Masterkopie enthält, sowie die Berechtigung, die darauf enthaltene Software auf eine endliche Anzahl an Computern zu installieren und zu betreiben. Die Nutzungsbewilligung wird damit für eine bestimmte Zahl an Arbeitsplätzen erteilt. Es gibt aber auch einzelne Verträge, in denen die Berechtigungen pro Prozessor oder für einzelne natürliche Personen vergeben werden.<sup>518</sup>

#### 10.3.1.2 Spezialfall Client/Server-Architektur

Die Problemstellung von Volumenlizenzen verkompliziert sich bei Client/Server-Architekturen<sup>519</sup>. Vor allem beim Sonderproblem der Abspaltung ist hierdurch eine zusätzliche Schwierigkeit gegeben. Bei dieser Variante wird nämlich auf einem Server zentral ein Hauptprogramm installiert. Auf dieses können dann einzelne Client-Computer zugreifen, welche hierfür eine Berechtigung benötigen.

Man unterscheidet hier zwei Hauptarten an Lizenzmodellen: Einerseits besteht die Möglichkeit, die Zugriffsberechtigung auf den Server einzeln zu erwerben. Andererseits kann die Lizenz auch pro Prozessor des Servers erworben werden. Die unterschiedliche Ausgestaltung soll anhand von Microsoft<sup>520</sup> und Oracle<sup>521</sup>,

---

<sup>518</sup> Huppertz, Handel mit Second Hand Software, CR 2006, 145 (148); Wiebe/Appl, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (195).

<sup>519</sup> Siehe dazu Kapitel 2.3.1.3.

<sup>520</sup> <http://www.microsoft.com/germany/licensing/about-licensing/product-licensing.aspx> (Stand 01.07.2010).

zweier führender Softwarehäuser im Bereich Servermarkt, veranschaulicht werden:

#### **10.3.1.2.1 Zugriff-Modell**

Die Verwendung eines Microsoft Client/Server-Systems bedarf des Erwerbs von drei gesonderten Berechtigungen. Für Server und Client an sich muss jeweils eine separate Client- und Serverlizenz erworben werden. Die Lizenz ist nicht an eine natürliche Person gebunden, sondern an ein spezifisches Gerät. Ergänzend hierzu muss für jeden auf den Server zugreifenden Rechner eine eigene Lizenz für den Zugriff als solchem erworben werden. Microsoft bezeichnet diese Variante als *Client-Access-License*, welche in der Praxis oft zu erwerben übersehen wird.<sup>522</sup>

Anders als Microsoft, wo grundsätzlich nach dem Erwerb aller drei Lizenzen eine beliebige Person vom Client-Computer auf den Server zugreifen darf, hat Oracle eine andere Lizenz-Philosophie. Will der Kunde mittels Zugriff-Modells agieren, so muss er den Benutzer individuell benennen und für diesen eine Zugriffsberechtigung erwerben. Das bedeutet, dass auch dann, wenn mehrere physische Personen über ein und denselben Computer zugreifen, für jedes Individuum eine Lizenz erworben werden muss. Diese wird selbst dann benötigt, wenn die Personen über den gleichen Benutzerzugang eines Rechners auf den Server zugreifen. Dieses Lizenz-Modell wird Named-User-Plus genannt. Das Serverprogramm selbst kann beliebig oft installiert werden, da dieser nicht gesondert lizenziert werden muss. Die Lizenzvereinbarung beinhaltet sozusagen auch das Recht, den Server zu betreiben. Dies wird jedoch durch gewisse Minimalanforderungen begrenzt. So ist zB für die Basissoftware ein Minimum von fünf Named-User-Plus-Lizenzen Voraussetzung. Nur bei einzelnen Oracle-Produkten kann eine Lizenz für den Rechner anstatt für den Anwender erworben werden.<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> <http://www.oracle.com/corporate/license/agreements.html> (Letzter Aufruf 01.07.2010).

<sup>522</sup> Hoppen, Die technische Seite der Softwarelizenzierung, CR 2007, 129 (132).

<sup>523</sup> Hoppen, Die technische Seite der Softwarelizenzierung, CR 2007, 129 (130).

#### **10.3.1.2.2 Prozessor-Modell**

Beim Prozessor-Modell wird die Ausübungsberechtigung für die Serversoftware samt Clients an die Anzahl der Prozessoren geknüpft. So bietet Microsoft mit seinem Pro-Prozessor-Modell dem Kunden die Möglichkeit, die zahlreichen benötigten Lizenzen durch diese Variante zu ersetzen. Vor allem für den Fall, dass sehr viele Nutzer auf den Server zugreifen, stellt diese Variante die wirtschaftlich sinnvollere dar. Die Anzahl der zugreifenden Geräte und Nutzer ist damit irrelevant. Die Erwerbung einer Lizenz auf Basis der Prozessoren ist bei Oracle nur bei einigen wenigen Softwarekomponenten möglich.<sup>524</sup>

#### **10.3.1.3 Standortlizenz**

In seltenen Fällen wird der Vertrag nicht für eine bestimmte Anzahl an Benutzern, Prozessoren etc. abgeschlossen, sondern umfasst ein geografisch beschränktes Areal. Zu dieser Variante wird dann gegriffen, wenn die Ermittlung einer Anzahl nicht möglich ist oder diese sich rapide ändert. Hierbei wird die Lizenz, zB für ein bestimmtes Betriebsgelände, erteilt. In diesem Bereich darf eine unbeschränkte Anzahl an Computerprogrammen des Herstellers verwendet werden.<sup>525</sup>

### **10.3.2 Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes**

Es handelt sich hier um ein Problem, welches zwischen der Problemstellung der Vertriebsvariante "Originaldatenträger" und derjenigen des "Online-Erwerbs" angesiedelt ist. Es ist in dieser Fallkonstellation nämlich ein physisches Werkstück vorhanden, welches als Substitut für die gewünschte Anzahl von Lizenzen dient. Wird die Masterkopie in Verbindung mit den zeitlichen unbegrenzten Nutzungsrechten gegen einmaliges Entgelt übertragen, so wird ein Sachkauf vorliegen.<sup>526</sup> Dafür spricht auch, dass das LG Hamburg die gleiche

---

<sup>524</sup> *Hoppen*, Die technische Seite der Softwarelizenzierung, CR 2007, 129 (130 u 132).

<sup>525</sup> *Kommission*, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, COM(88) 172 endg, 191.

<sup>526</sup> Vgl dazu bereits Punkt 5.2.

Sachverhaltskonstellation als Kaufvertrag bzw kaufvertragsähnlichen Vertrag eingestuft hat.<sup>527</sup> Nach *Lewinski/Walter* kann die Rechteeinräumung für Volumenlizenzen mitunter auch auf bestimmte Zeit gewährt werden. Nach *Zellhofer/Kopf* liegt aufgrund der Einräumung der Werknutzungsbewilligungen lediglich ein Bestandvertrag vor. Wird der Volumenlizenzvertrag als Bestandvertrag qualifiziert, so tritt keine Erschöpfung nach § 16a Abs 1 UrhG ein.<sup>528</sup>

Für die Zulässigkeit des Vertriebes einer Masterkopie – sofern ein Kaufvertrag argumentiert werden kann – liegen zwei konträre und eine vermittelnde Ansicht<sup>529</sup> vor.<sup>530</sup> Aufgrund der Vielzahl an unterschiedlichen Lizenzverträgen kann eine individuelle Beurteilung nur auf Basis eines bestimmten Vertrages bzw der Lizenzvariante stattfinden. Im Folgenden können daher nur die Kernargumente der jeweiligen Meinungen aufgezeigt werden.

#### 10.3.2.1 Restriktive Auslegung

Die erste Auffassung stellt die restriktive Lösung dar und hält sich strikt an den Wortlaut des Gesetzes sowie dessen EB<sup>531</sup> aus dem Jahr 1936, wonach eine Erschöpfung nur am physischen Werkstück eintreten kann. Folglich ermöglicht es der Erschöpfungsgrundsatz nicht, die Gesamtanzahl der erworbenen Lizenzen durch Veräußerung des Masterdatenträgers weiter zu verkaufen. Lediglich der Datenträger selbst kann rechtmäßig weitergegeben werden, weil ausschließlich dieses Werkstück mit Zustimmung des Urhebers in Verkehr gebracht wurde. Hierfür sind die gleichen Argumente heranzuziehen, wie sie für das "restriktive Lager" für die Transfervariante "Internetübertragung" aufgezeigt wurden.<sup>532</sup>

---

<sup>527</sup> LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*.

<sup>528</sup> *Zellhofer/Kopf*, "Gebrauchte" Software – eine Lizenz zum Erfolg?, *ecolex* 2008, 336 (337); *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, *European Copyright Law*, 11.4.55.

<sup>529</sup> Selbstverständlich gibt es bereits innerhalb der Grobgliederung der Meinungen verschiedene Einschläge.

<sup>530</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (192 f).

<sup>531</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 69.

<sup>532</sup> Siehe dazu Kapitel 9.3.1.1.

Es stellt sich nun die Frage, was die Autoren mit der Aussage "es erschöpft sich nur die Masterkopie" ausdrücken wollen. Meiner Meinung nach soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass zwar der erschöpfte Masterdatenträger durch den "berechtigten Erwerber" dafür benützt werden kann, um ein einziges Computerprogramm zu installieren und zu verwenden, es dem Erwerber aber nicht möglich ist, mehrere Installationen durchzuführen und somit parallel mehrere Computerprogramme zu betreiben.

Andere vertreten die gegenteilige Ansicht, dass die wirtschaftliche Übergabe in Form einer Masterkopie die Erschöpfung nicht beschränken kann. Deswegen soll es möglich sein, dass der Erwerber einer Masterkopie für die Anzahl seiner Lizenzen von der Masterkopie Vervielfältigungen anfertigt und diese veräußert. Es könne keinen Unterschied darstellen, ob zB ein Datenträger mit 50 Lizenzen, oder aber 50 Datenträger mit jeweils einer Lizenz veräußert worden sind.<sup>533</sup>

*Spindler* wendet dagegen ein, dass die Zulässigkeit einer solchen Erschöpfung dazu führen würde, dass der Eigentümer eines Buches dieses mittels freier Werknutzung rechtmäßig duplizieren könnte und es danach in Verkehr bringen dürfte. Ein solches Vorgehen wolle der Erschöpfungsgrundsatz vermeiden, weil dieser nur auf jene Werkstücke anzuwenden sei, die mit Zustimmung in Verkehr gebracht und nicht auf Basis der freien Werknutzung hergestellt wurden. Hierbei würde das Erschöpfungsprinzip ausgehebelt werden. Das sei seiner Meinung nach sogar dann gegeben, wenn eine der freien Werknutzung vergleichbare Vervielfältigungsberechtigung für interne Zwecke vertraglich eingeräumt wurde. Das Argument der wirtschaftlichen Äquivalenz versucht *Spindler* dadurch zu entkräften, dass der Erwerber selbst die Entscheidung treffe, ob er einzelne Datenträger oder eine Masterkopie erwerben möchte.<sup>534</sup>

Nach *Wiebe/Appl* ändere auch die Tatsache, dass durch die Masterkopie das Interesse des Rechteinhabers weniger gefährdet sei als bei der Transfervariante "Internetübertragung", nichts an der rechtlichen Beurteilung. Die Übertragung der Anzahl der Berechtigungen zur Ausübung sei nicht mit Hilfe der Erschöpfung

---

<sup>533</sup> So zB *Sosnitzer*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (208).

<sup>534</sup> *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (72 f).

argumentierbar, weil dies dazu führen würde, dass Werknutzungsbewilligungen ohne Zustimmung des Urhebers abgetreten werden könnten. Das würde wiederum § 16 Abs 3 UrhG auch auf die Vervielfältigung ausdehnen. Bereits die vermittelnde Argumentationsvariante, wonach die Erschöpfung pro Kopie und Lizenz eintrete, gehe zu weit, weil hier ein fließender Übergang zur Erschöpfung der Lizenz kaum verhindert werden könne.<sup>535</sup>

### 10.3.2.2 Extensive Auslegung

Nach gegenteiliger Ansicht tritt die Erschöpfung nicht nur in Bezug auf den Datenträger an sich ein, sondern auch für die erworbene Anzahl an Berechtigungen. Die Anzahl der Berechtigungen legt dabei der Softwarevertrag fest.<sup>536</sup> Dies ließe sich unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Äquivalenz vertreten.<sup>537</sup> Da diese Vertriebsvariante aus rein wirtschaftlichen Gründen gewählt wird, muss es auch rechtlich möglich sein, das Gesamtpaket an sich weiter zu verkaufen. Dies unter der Prämisse, dass die Berechtigungen zur Ausführung an den Datenträger gebunden sind.<sup>538</sup>

Der von der restriktiven Meinung häufig vorgebrachte Nachteil bezüglich der degressiven Preisstaffelung<sup>539</sup> ist in dieser Konstellation nicht gegeben. Demzufolge erleidet der Softwarehersteller durch die Gesamtweitergabe auch keinen wirtschaftlichen Nachteil, welcher bei einer Aufspaltung eintreten könnte.<sup>540</sup>

Der engen Auslegung, wonach mittels Masterkopie nur ein Computerprogramm betrieben werden darf und nicht die anfänglich erworbene Anzahl, versucht

---

<sup>535</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (192 f); *Wiebe*, The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services, GRUR-Int 2009, 114 (117 f).

<sup>536</sup> *Bröckers*, Software-Gebrauchthandel: Der Teufel steckt im Detail – Technische Besonderheiten und gesetzlicher Änderungsbedarf, MMR 2011, 18 (18); *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, 665 (668).

<sup>537</sup> *Hoeren* in *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 16; *ders*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573 (573); *Dreier* in *Dreier/Schulze* § 69c Rz 24.

<sup>538</sup> *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (549 ff); so auch bei Vorliegen einer Lücke aufgrund der funktionalen Äquivalenz *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (192).

<sup>539</sup> Näheres dazu Kapitel 10.3.3.1.

<sup>540</sup> *Haberstrumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlage des Urheberrechts, CR 2009, 345 (353).

*Grützmacher* durch Anwendung der freien Werknutzung gemäß § 40d Abs 2 UrhG entgegenzuwirken. Seiner Ansicht nach verstößt zwar grundsätzlich jede Installation gegen das Vervielfältigungsrecht, da es nicht durch die Erschöpfung gedeckt ist, jedoch muss beachtet werden, dass es sich beim neuen Erwerber hinsichtlich der mitgelieferten Masterkopie um einen "bestimmungsgemäßen Benutzer" im Sinne des § 40d Abs 2 UrhG<sup>541</sup> handelt. Damit liegen die Voraussetzungen einer freien Werknutzung vor. Zur Auslegung der bestimmungsgemäßen Benutzung sei die Vereinbarung des Verwertungsrechtberechtigten und des Ersterwerbers heranzuziehen. Aus dieser ließe sich dann folgern, dass die Installation und Ausführung für die im Paket enthaltenen Lizenzen für eine bestimmte Anzahl rechtmäßig geschehe. Dem Softwarehersteller wurde beim Inverkehrbringen die Möglichkeit gegeben, sein Interesse für die Vereinbarung abzugelten. Danach sei eine Einschränkung des Warenverkehrs wegen § 16 Abs 3 UrhG nicht mehr möglich.<sup>542</sup>

Diese in der Literatur vertretene Auffassung wurde mit der gebrauchthändlerfreundlichen Entscheidung des LG Hamburg bekräftigt: Für das Verwertungsinteresse soll das Problem der Körperlichkeit keine Schlüsselfrage darstellen, weil der Softwarehersteller selbst die Übergabe vereinfacht. Aus dem Umstand, dass er für eine beliebige Lizenzanzahl nur einen Datenträger übergeben muss, könne er nicht den zusätzlichen Nutzen des Ausschlusses der Gebrauchtssoftware ziehen. Praktisch kommt die Auslieferung einer Masterkopie der Übergabe von einer Anzahl an Datenträgern in Höhe der gewollten Lizenzen gleich. Das bedeutet, dass der Weiterverkauf der Masterkopie mit allen Lizenzen auf jeden Fall rechtmäßig sein müsse.<sup>543</sup>

### 10.3.2.3 Vermittelnde Auslegung

Nach *Lewinski/Walter* ist für die Beantwortung der Frage darauf abzustellen, ob

---

<sup>541</sup> Näheres siehe Kapitel 11.

<sup>542</sup> *Grützmacher*, *Gebrauchtssoftware und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software*, ZUM 2006, 302 (303); *ders* in *Wandtke/Bullinger*, *Urheberrecht*, § 69d Rz 26; *ders*, *Handel mit Second-Hand-Software*, CR 2006, 145 (148).

<sup>543</sup> LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; bestätigt durch OLG Hamburg 07.02.2007, 5 U 140/06, MMR 2007, 317.

im konkreten Fall ein Vertrag zwischen Softwarehersteller und Ersterwerber besteht. Ist dies der Fall und beinhaltet der Vertrag einen gültigen Ausschluss der Übertragungsmöglichkeit, so können die Lizenzen nicht verwendet werden, weil eine Erschöpfung aufgrund der vertraglichen Bestimmung nicht eintritt. Somit fehlt dem Zweiterwerber die vertragliche Berechtigung und er ist aufgrund vorliegender vertraglicher Bestimmungen<sup>544</sup> auch kein "berechtigter Benutzer" nach § 40d Abs 2 UrhG. Sollte eine Erschöpfung eintreten und keine vertraglicher Bestimmungen vorliegen, so ist der Zweiterwerber als "berechtigter Benutzer" nach § 40d Abs 2 UrhG anzusehen.<sup>545</sup>

### 10.3.3 Spezialfrage Abspaltung

Neben dem Verkauf der Masterkopie samt Berechtigungen befürwortet ein Teil des "extensiven Lagers" auch die Abspaltung von Lizenzen aus dem Volumenlizenzpaket.<sup>546</sup> Dabei sei jedoch die Zulässigkeit der Abspaltung vom zugrunde liegenden Vertrag abhängig zu machen.<sup>547</sup>

In Softwareverträgen mit Volumenlizenzen findet sich häufig die Bestimmung, dass diese Lizenzen nur als Bündel und mit der Einwilligung des Herstellers weitergegeben werden dürfen. Die Kernfrage ist, inwieweit einzelne Lizenzen aus einem solchen Paket, unter Berücksichtigung des Erschöpfungsgrundsatzes, abgespalten werden können. Dazu ist zuallererst zu hinterfragen, ob auf Grundlage der vertraglichen Vereinbarung eine Vielzahl an Nutzungsbewilligungen übertragen wurde, oder ob die Anzahl als eine unteilbare Gesamtlizenz zu werten ist.<sup>548</sup>

---

<sup>544</sup> Vgl hierzu 11.2.

<sup>545</sup> *Lewinski/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 11.4.57 f.

<sup>546</sup> *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 37; *ders*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (552 f); *Schuppert/Greissinger*, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81 (85); *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (60); *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (525); LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmaker* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; AA *Schuppert/Greissinger*, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81; OLG München I 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit Anm *Schmidl*; *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (77 f); *Zellhofer/Kopf*, "Gebrauchte" Software – eine Lizenz zum Erfolg?, 336 (336 ff); LG München I 15.03.2007, 7 O 7061/06, CR 2007, 356 mit Anm *Dieselhorst* = ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens* = ZUM 2007, 409; LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05, mit Anm *Haines/Scholz*, CR 2006, 159; OLG Frankfurt 12.05.2009, 11 W 15/09, CR 2009, 423 mit Anm *Wolff-Rojczyk*.

<sup>547</sup> Siehe dazu Kapitel 10.3.1.

<sup>548</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich,

### 10.3.3.1 Endliche Anzahl an Lizenzen

In dieser Fallvariante ist nach Ansicht des "extensiven Lagers" in der Regel von einem Bündel an Nutzungsbewilligungen auszugehen. Dies nicht zuletzt wegen des engen Zusammenhanges mit dem Erschöpfungsgrundsatz. Würde etwa für jeden einzelnen Arbeitsplatz ein Datenträger zur Installation übergeben werden, wäre nach hM aufgrund des § 16 Abs 3 UrhG eine Übertragung ohne Zustimmung des Urhebers zulässig. Aus wirtschaftlicher Sicht liegt deswegen ein Kaufvertrag über eine bestimmte Anzahl an Computerprogrammen vor. Nur aus praktischen Erwägungsgründen wird dem Käufer lediglich ein Datenträger übermittelt. Die Rechtsfolge für die Übertragung in einer strengen Offline-Variante, wonach eine bestimmte Anzahl mit Datenträgern übergeben wird, kann sich für die aus dem technischen Fortschritt ergebende Version nicht unterscheiden. Darüber hinaus wird auch vereinbart, dass der Erwerber selbst die Vervielfältigung im vereinbarten Umfang durchführen darf. Es kann somit das Verwertungsinteresse des Urhebers nicht beeinträchtigt werden, weil dasselbe Ergebnis unabhängig davon eintritt, in welcher Form die Software übertragen wurde.<sup>549</sup>

Das LG Hamburg bekräftigt dies mit dem Argument des schützenswerten Verkehrsinteresses. Dies sei auf den *telos* des Erschöpfungsgrundsatzes zurückzuführen, der Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes sei, "dass das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muss"<sup>550</sup>. Folglich seien alle Softwarekopien erschöpft und können somit separat weitergegeben werden.<sup>551</sup>

---

MR 2007, 186 (194 f).

<sup>549</sup> *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (208 f); *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (60); *Grützmacher*, Gebrauchte Software und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 (305); *ders* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 37; *ders*, Gebrauchte Software und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (552 f) der jedoch das Problem der Abspaltung darin sieht, inwieweit die Werknutzungsbewilligung ohne Zustimmung übertragen werden darf; LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*.

<sup>550</sup> BGH XX I ZR 256/97 – "Parfumflakon" – GRUR 2001, 51.

<sup>551</sup> LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; bestätigt durch OLG Hamburg 07.02.2007, 5 U 140/06, MMR 2007, 317.

Eine Aufspaltung sei nach Ansicht des "restriktiven Lager" denkunmöglich, da es sich nicht um ein Bündel an Rechten handelt, sondern um ein einheitlich gewährtes Recht. Außerdem wird vorgebracht, dass, sollte man dennoch die "Aufteilung" für möglich halten, hierfür zusätzliche Nutzungsrechte angenommen werden müssten. Diese seien definitiv nicht mit Zustimmung des Urhebers in Verkehr gebracht worden. Aus dem Erschöpfungssatz könne somit die Rechtmäßigkeit der Abspaltung nicht abgeleitet werden.<sup>552</sup>

Nach Ansicht der Befürworter der Abspaltung würde eine Abspaltung auch nicht zu einer unüberschaubaren Konstellation von Rechtsverhältnissen führen, die die urheberrechtlichen Interessen des Verwertungsrechtberechtigten berühren könnte. Eine solche mögliche Unübersichtlichkeit sei nur auf den ersten Anschein gegeben. Werden nämlich Volumenlizenzen erteilt, so werden vom Verwertungsrechtberechtigten mit diesen in der Regel Seriennummern zur Identifikation vergeben. Da der Gebrauchtssoftwareerwerber in der Regel dem Verkäufer einen Beweis abverlangt, teilt dieser in einem Bestätigungsschreiben diese Seriennummer mit.<sup>553</sup> Im Bereich des Immaterialgüterrechtes ist der Nachweis von Vertragsketten keine Neuheit, weswegen das Argument des "restriktiven Lagers" nicht durchdringen könne. Darüber hinaus könne das Problem auch dadurch gelöst werden, dass der Softwareerwerber in den AGB zu einer Informationspflicht bei Abspaltungstransfers verpflichtet wird.<sup>554</sup>

Von den Abspaltungsgegnern wird dagegen vorgebracht, dass die Aufspaltung bereits aus dem zugrunde liegenden Sinn des Erschöpfungsgrundsatzes nicht stattfinden könne. Dieser zielt nämlich insbesondere darauf ab, die Verkehrsfähigkeit von Werkstücken aufrechtzuerhalten. Würde man die Zulässigkeit der Aufspaltung mittels Erschöpfung gestatten, so würde dies dazu führen, dass keine physischen Werke verbreitet werden und somit in Folge bloß die Verkehrsfähigkeit von Rechten aufrechterhalten werde. Dies sei *de lege lata*

---

<sup>552</sup> LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05 mit Anm *Haines/Scholz*, CR 2006, 159; *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (77 ff).

<sup>553</sup> AA OLG Frankfurt 12.05.2009, 11 W 15/09, CR 2009, 423 mit Anm *Wolf-Rojczyk*.

<sup>554</sup> *Schuppert/Greissinger*, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81 (85); *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (554); *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (525).

schlichtweg unmöglich.<sup>555</sup>

Gegen die Abspaltung wird weiters angeführt, dass damit das Interesse des Urhebers beeinträchtigt werde, weil dieser bei Vertragsverhandlungen den Preis für die Lizenzen abhängig von der Anzahl der begehrten Nutzungsbewilligungen festsetzt. Die degressive Rabattstaffelung werde seitens der Softwarekonzerne als Hauptargument gegen die Zulässigkeit einer Aufspaltung angeführt<sup>556</sup> und vom OLG München und dem LG München I bestätigt.<sup>557</sup> Die Anzahl der Lizenzen ist direkt proportional zum gewährten Rabatt. Dies soll durch ein Beispiel verdeutlicht werden: Entschließt sich ein Unternehmen beispielsweise, statt 900 Lizenzen 1000 Lizenzen zu kaufen, steigt der Preis weniger an, als beim Entschluss, statt 10 doch 100 Lizenzen zu erwerben. Als Umkehrschluss lässt sich daraus folgern: Kauft ein Unternehmen 1000 Lizenzen, so wird der Preis mit Sicherheit nicht die gleiche Höhe erreichen, als wenn zwei von einander verschiedene Betriebe jeweils 500 Lizenzen erwerben, weil die Softwarevertriebspartner in ihrer Preiskalkulation die begehrte Menge berücksichtigen. Bei einer weiteren Erhöhung der Anzahl der Lizenzen auf 1000 wird ein absolut beträchtlicher Preisunterschied deutlich. In Großbetrieben würden sich Softwareprodukte ohne die Preisnachlässe kaum amortisieren. Durch die Bejahung des Bündels an Nutzungsbewilligungen würde man auf diesem Wege den Zwischenhändler begünstigen und dem Hersteller seinen Gewinn entziehen.<sup>558</sup> Diese Argumentation wird dadurch unterstrichen, dass die Annahme einer Zulässigkeit die Unternehmer dahingehend ermuntern würde, stets überschüssige Lizenzen im Rahmen eines Pakets zu erwerben, um diese dann selbständig am Markt anzubieten. Somit würden die Lizenzinhaber als Konkurrenten zu den Softwareherstellern auftreten.<sup>559</sup>

Dieser Begründung wird von den Befürwortern der Abspaltung, darunter das LG Hamburg, entgegengehalten, dass zwar Rabatte branchenüblich seien, sich aus diesen aber nicht die Unzulässigkeit einer Weiterveräußerung schließen lasse.

---

<sup>555</sup> *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (73 f).

<sup>556</sup> *Grützmacher*, Gebrauchte Software und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (554).

<sup>557</sup> OLG München I 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit Anm *Schmidl*; LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05, CR 2006, 159 mit Anm *Haines/Scholz* = ITRB 2006, 75; ebenso LG München I 15.03.2007, 7 O 23237/05, ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens*.

<sup>558</sup> *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (79 f).

<sup>559</sup> *Haberstrumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlage des Urheberrechts, CR 2009, 345 (352).

Aus dem UrhG sei ein solcher Schutz nicht abzulesen.<sup>560</sup> Die Gewährung eines Rabattes könne keine Auswirkung auf die Erschöpfung haben.<sup>561</sup> Bereits der deutsche BGH habe in seiner OEM-Entscheidung ausführlich kundgetan, dass die unterschiedliche Preisgestaltung der Vollversionen in Bezug auf OEM-Versionen kein berechtigtes urheberrechtliches Schutzinteresse darstellt.<sup>562</sup>

Auch meiner Meinung nach hat das Argument der Preisstaffelung keine Bedeutung für die Klärung des Sachproblems: Obwohl das finanzielle Interesse des Urhebers beeinträchtigt wird, da dieser die Möglichkeit eines Vertriebes seiner Software auf dem Sekundärmarkt nicht in den Preis einkalkuliert, kann aus diesem Umstand die Erschöpfung nicht versagt werden. Auch bei anderen Verkäufen auf dem Markt wird dem Zwischenhändler großzügiger Mengenrabatt gewährt. Ohne diesen könnten Wiederverkäufer kaum ihre Existenz behaupten. Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Produzent, der an einen klassischen Wiederverkäufer veräußert, sich des Wiederverkaufes bewusst ist. Softwarehersteller wollen gerade eine solche Weitergabe verhindern. Dieser Wunsch ist durch die zahlreichen vertraglichen Ausschlüsse einer Weitergabe offenkundig. Das Streben, einen Gebrauchtssoftwaremarkt zu unterbinden, stellt allein keine ausreichende Notwendigkeit dar, um eine Erschöpfung zu verwehren. Diesen Umstand zeigte meiner Ansicht nach der BGH in seiner OEM-Entscheidung auf.

Darüber hinaus wird die Abspaltung mit der Begründung abgelehnt, dass solche Programme, welche auch über eine Updatefunktion verfügen,<sup>563</sup> einen spezifischen Charakter einer Online-Dienstleistung aufweisen würden. Damit wäre die Anwendung der Info-RL begründet. Diese verneine explizit eine Erschöpfung für Online-Dienstleistungen.<sup>564</sup> Dem wird jedoch entgegengehalten, dass hier zwar Wartungs- und Updateleistungen in Form von

---

<sup>560</sup> *Sosnitzka*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (209); LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmaker* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*.

<sup>561</sup> *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11 (60).

<sup>562</sup> BGH 06.07.2000, I ZR 244/97 – "OEM-Version" – CR 2000, 651 ff mit Anm *Witte*, BGH wörtlich: "Ihr Interesse, gegenüber zwei verschiedenen Käufergruppen unterschiedliche Preise für dieselbe Ware zu fordern und dies mit Hilfe des Urheberrechts durchzusetzen, erscheint nicht ohne weiteres schützenswert".

<sup>563</sup> Das ist zB bei dem Betriebssystem von Microsoft Windows der Fall, da hierfür regelmäßig Updates erhältlich sind, um virulente Sicherheitslücken zu schließen.

<sup>564</sup> *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, KR 2006, 74 (76 f); *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (71).

Dauerschuldverhältnissen vorliegen, hierbei aber zu berücksichtigen sei, dass es sich lediglich um eine vertragliche Nebenleistungspflicht handle. Die dauerhafte Überlassung der Software stelle zweifelsohne den Hauptpunkt dar.<sup>565</sup>

### 10.3.3.2 Client/Server-Architektur

Für Client/Server-Anwendungen nimmt die Schwierigkeit, die Zulässigkeit der Abspaltung zu bejahen, zu. Nach Ansicht der Münchener Rechtsprechung liege ein Nutzungsrecht vor, wenn der Softwarehersteller lediglich die Installation der Server-Software und eine gewisse Anzahl an Clientzugriffen genehmigt habe.<sup>566</sup> Die Anzahl der erlaubten Clients soll einerseits der Beschränkung des Nutzungsrechts, aber auch der Entgeltbemessung dienen.<sup>567</sup> Folglich könne diese Lizenz nicht aufgespalten werden, da sie einheitlich sei.<sup>568</sup> Nach *Paul/Preuß* sei dies zutreffend, da bei einer Abspaltung von Nutzungsrechten der Erwerber auch die Serversoftware vervielfältigen müsste. Hierfür könne der Verkäufer aber keine Berechtigung erteilen, weil er über eine solche gar nicht verfüge.<sup>569</sup>

Diese Aussage könne nach *Huppertz* nicht pauschal getroffen werden, sondern müsse von der jeweiligen Ausgestaltung des Softwareüberlassungsvertrages abhängig gemacht werden. Im oben angeführten Beispiel können abgespaltene Rechte für den Erwerber nur dann von Bedeutung sein, wenn er das Serverprogramm bereits innehat. *Huppertz* räumt ein, dass es durch das Duplizieren des Serverprogramms zu einem Eingriff in das Verwertungsrecht kommen würde. Dennoch könne ein anderes Unternehmen lediglich zusätzliche Zugriffsrechte für sein bereits bestehendes Serverprogramm erwerben. In diesem Fall wäre die Software bereits installiert. Bei der Abwägung von Verkehrsinteresse und wirtschaftlichem Interesse des Rechteinhabers sei dann zu Gunsten des Ersteren zu entscheiden. Eine absolut untrennbare Kopplung würde

---

<sup>565</sup> *Sosnitza*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (524).

<sup>566</sup> LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05 mit Anm *Haines/Scholz*, CR 2006, 159 = ITRB 2006, 75 = MMR 2006, 175; an die Ausführung anschließend OLG München I 03.08.2006, 6 U 1818/06, MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit Anm *Schmidl* = MMR 2006, 748 mit Anm *Stögmüller*.

<sup>567</sup> *Haberstrumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlage des Urheberrechts, CR 2009, 345 (352f).

<sup>568</sup> *Schmidl*, Offene Fragen beim Handel mit Nutzungsrechten, MMR 2006, XII (XII).

<sup>569</sup> *Paul/Preuß*, Softwarelizenzen und Erschöpfung, KR 2008, 526 (528).

auch der OEM-Entscheidung zuwiderlaufen.<sup>570</sup>

### 10.3.3.3 Standortlizenz

Gewährt der Softwarehersteller die unbeschränkte Verwendung einer Software für ein einzelnes Unternehmen, so wird eine Abspaltung nicht möglich sein, da in diesem Fall keine einzelnen Lizenzen vorliegen. Es handelt sich vielmehr um eine nicht aufspaltbare Berechtigung.<sup>571</sup> Dennoch soll nach einem Teil der Lehre die Lizenz als Ganzes übertragen werden können. Dabei müsse aber beachtet werden, dass ein Transfer nur von einem größeren auf ein kleineres oder gleich großes Unternehmen, gemessen an den Nutzerzahlen, durchgeführt werden könne.<sup>572</sup>

## 10.3.4 Zusammenfassung

Nach restriktiver Auslegung erschöpft sich nur der Masterdatenträger selbst, wonach es meines Erachtens dem "berechtigten Erwerber" dann möglich ist, zumindest eine Installation sowie Ausführung des einen Programms durchzuführen.

Nach der meines Erachtens wohl zutreffenden vermittelnden Ansicht hängt die Anzahl der parallel ausführbaren Programme vom Umfang der "bestimmungsgemäßen Benutzung" nach § 40d Abs 2 UrhG ab. Aus diesem Grund ist vorab zu klären, ob eine freie Werknutzung möglich ist. Hierfür ist die vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Nutzung der Masterkopie auf ihre Gültigkeit zu prüfen. Untersagt eine solche gültige Vereinbarung die Weitergabe, ist diese aufgrund fehlender Erschöpfung nicht möglich. Folglich ist auch eine Nutzung der Volumenlizenzen mittels freier Werknutzung nach § 40d Abs 2 UrhG

---

<sup>570</sup> Huppertz, Handel mit Second Hand Software, CR 2006, 145 (148 f).

<sup>571</sup> Schuppert/Greissinger, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81 (84 f); Wiebe/Appl, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (195).

<sup>572</sup> Grützmaker, Zur Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte an Software bei Unternehmens- und Konzernlizenzen, ITRB 2004, 204 (207); Huppertz, Handel mit Second-Hand-Software, CR 2006, 145 (149); diesem zustimmend Sosnitza, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software, KR 2006, 206 (209 Fn 26).

nicht zulässig.

Nach der extensiven Auslegung kann der Erwerber aufgrund des Umfangs der Volumenlizenz diese bestimmte Anzahl verwenden, weil sich jede einzelne Lizenz erschöpft habe. Aus diesem Grund befürwortet ein Teil dieses Lagers sogar die Aufspaltung der Volumenlizenz und den separaten Vertrieb.

Sollte man der extensiven Auslegung folgen, so sind meines Erachtens nur jene Lizenzmodelle, welche auf konkrete Arbeitsplätze, Endgeräte oder Prozessoren abstellen, als abspaltbar einzuordnen. Dagegen erscheinen Berechtigungen, die sich auf ein geografisches Areal beziehen bzw an einer Höchstzahl von Benutzern anknüpfen, nicht als teilbar, da es sich hierbei um ein einheitliches Recht handelt.<sup>573</sup> Wird eine Lizenz für einen Standort gewährt, so ist eine Abspaltung nicht durchführbar, weil dessen Gewährung von vielen Variablen, wie zB der Fläche, der Anzahl der Gebäude und deren Stockwerke sowie der tätigen Mitarbeiter, abhängt. Ebenso ist auch eine Lizenz, welche eine Höchstzahl an Vervielfältigungen gewährt, nicht teilbar, weil in der Regel nicht davon auszugehen sein wird, dass stets alle Berechtigungen ausgeschöpft werden. Bei einer variierenden Anzahl, wie zB einer Benutzerobergrenze, ist somit meiner Meinung nach eine Abspaltung nicht möglich. Man könnte zwar annehmen, dass die Obergrenze an Lizenzen vergeben wurde, doch würde dies nicht der vertraglichen Vereinbarung einer Maximalschranke entsprechen. In einem solchen Fall wird der Softwarehersteller nämlich davon ausgehen, dass die maximale Anzahl nur in Ausnahmefällen und temporär verwendet wird. Eine faire Abspaltung für beide Parteien ist hier nicht denkbar.

---

<sup>573</sup> So auch *Wiebe/AppI*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (195 f).

# 11 Freie Werknutzungen

## 11.1 Allgemeines

Der Handel mit Gebrauchsoftware setzt neben der Verbreitung auch die legitime Vervielfältigung des Computerprogramms voraus. Um Software nutzen zu können, stellt die Vervielfältigung eine essentielle Voraussetzung dar. Das Computerprogramm muss nämlich von der Festplatte in verschiedene Zwischenspeicher, wie zB den Arbeitsspeicher, geladen werden können. Die Berechtigung hierzu wird vom Erschöpfungsgrundsatz nicht beeinflusst, weil sich dieser nur auf die Verbreitung auswirkt.<sup>574</sup> Eine solche Befugnis ist aber für den Zweiterwerber Voraussetzung, um die Software benutzen zu dürfen.

Vertritt man die Ansicht, dass eine Werknutzungsbewilligung nur mit Zustimmung des Rechteinhabers übertragen werden kann, muss man für die Zulässigkeit der Vervielfältigung das Gesetz nach Lösungen durchsuchen. Ohne explizite Erlaubnis des Rechteinhabers ist der Vertrieb von gebrauchter Software nur denkbar, wenn der Gesetzgeber eine freie Werknutzung normiert hat. Bejahendenfalls muss dann noch geprüft werden, in welchem Ausmaß die konkrete Berechtigung zur Verwendung vorliegt.

Das UrhG bietet eine Vielzahl an freien Werknutzungen. Für Computerprogramme dürften die Regelungen über die freien Werknutzungen im Interesse der Rechtspflege und Verwaltung (§ 41 UrhG), für die Berichterstattung über Tagesereignisse (§ 42a UrhG), für die Schulbuchfreiheit (§ 45 UrhG)<sup>575</sup> und für die Zitatfreiheit (§ 46 UrhG) anwendbar sein, weil diese mit der Software-RL vereinbar sind.<sup>576</sup> Die Anwendung der allgemeinen Regelung der Vervielfältigung zum eigenen und zum privaten Gebrauch wird aber gemäß § 42 UrhG ausgeschlossen. Für Software wurde die Sonderbestimmung des

---

<sup>574</sup> OGH 31.05.1988, 4 Ob 23/88 – "Gloria"; BGH 21.4.2005, I ZR 1/02, GRUR 2005, 940.

<sup>575</sup> AA Blocher, Der Schutz von Software nach der Urheberrechtsgesetz-Novelle 1993, EDVuR, 1993 3 (3).

<sup>576</sup> EB zur UrhGNov 1993, abgedruckt in *Dittrich*, Urheberrechtsgesetz, 28; *Ciresa* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, § 40d Rz 3 ff.

§ 40d UrhG geschaffen, welche der Europäische Gesetzgeber in der Software-RL vorgegeben hat.<sup>577</sup> Die Vorgaben der RL wurden mit UrhGNov 1993 in das österreichische Recht umgesetzt.<sup>578</sup>

### **11.1.1 Grundgedanke der freien Werknutzungen**

In den EB zum Urheberrechtsgesetz 1936 zeigt der Gesetzgeber die Beweggründe auf, warum jeder Urheber bestimmte Eingriffe in seine absolut geschützten Rechte zu dulden hat. Grundsätzlich heben die EB zwar hervor, dass das Recht des Urhebers prinzipiell geschützt werden muss; sie geben jedoch auch zu bedenken, dass ein zu großzügiger Schutz die kulturelle Entwicklung verhindern kann. Darüber hinaus dürfe in der Beurteilung der Reichweite des Schutzzumfanges nicht nur auf die Interessen des Urhebers, sondern auch auf diejenigen der Allgemeinheit Rücksicht genommen werden. Die Interessengegensätze sind auf dem Gebiet des Urheberrechts viel komplexer als dies auf den ersten Anschein ersichtlich ist. Demzufolge lässt sich ein gerechter Interessenausgleich nicht in einer einfachen Formel darlegen.

Die EB nehmen vorweg, dass die Beschränkung eines absoluten Rechtes zugunsten der wirtschaftlichen und kulturellen Interessen der Gesellschaft für den Gesetzgeber selbstverständlich ist. Das Urheberrecht soll es einzelnen wirtschaftlichen Kreisen ermöglichen, geschützte Werke dem Volk zu vermitteln. Das Interesse an einer Beschränkung kann nicht mit dem der Allgemeinheit gleichgestellt werden. Wegen des Interessengeflechts war eine einzige Bestimmung nicht denkbar; deshalb wurde auf ein Regel/Ausnahme-Prinzip zurückgegriffen und wurden als Folge die Verwertungsrechte kasuistisch begrenzt. Dies wurde dadurch umgesetzt, dass das "Gesetz einzelne Arten der dem Urheber vorbehaltenen Verwertungen eines Werkes in bestimmten Fällen freigibt". Daher handelt es sich bei freien Werknutzungen gleichsam um ein Gegenstück zur Werknutzungsbewilligung bzw zum Werknutzungsrecht.<sup>579</sup>

---

<sup>577</sup> *Ciresa* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, § 40d Rz 1.

<sup>578</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.12.2.

<sup>579</sup> EB zum Urheberrechtsgesetz 1938, abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 109.

Freie Werknutzungsrechte sind nach der Rechtsprechung im Zweifel eher eng auszulegen.<sup>580</sup> Dabei ist insbesondere der jeweilige Zweck der gesetzlichen Regelung zu berücksichtigen sowie die dabei im Spiel befindlichen Interessen gegen einander abzuwägen.<sup>581</sup> Dennoch ist aber eine elastische Auslegung innerhalb der engeren Grenzen der *ratio legis* nicht ausgeschlossen.<sup>582</sup> Diesbezüglich hielt der OGH sogar fest, dass freie Werknutzungsregelungen "im Rahmen ihrer engeren *ratio legis* der ausdehnenden Auslegung auch der Analogie fähig sind."<sup>583</sup>

## 11.2 Freie Werknutzungen § 40d UrhG

Die Sonderregelung für Computerprogramme lautet wörtlich wie folgt:

*"§ 40d (1) § 42 gilt für Computerprogramme nicht.*

*(2) Computerprogramme dürfen vervielfältigt und bearbeitet werden, soweit dies für ihre bestimmungsgemäße Benutzung durch den zur Benutzung Berechtigten notwendig ist; hiezu gehört auch die Anpassung an dessen Bedürfnisse.*

*(3) Die zur Benutzung eines Computerprogramms berechtigte Person darf*

*1. Vervielfältigungsstücke für Sicherungszwecke (Sicherungskopien) herstellen, soweit dies für die Benutzung des Computerprogramms notwendig ist;*

*2. das Funktionieren des Programms beobachten, untersuchen oder testen, um die einem Programmelement zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln, wenn sie dies durch Handlungen zum Laden,*

---

<sup>580</sup> Statt vieler: OGH 29.01.1974, 4 Ob 344/73 – "Kurheim" – JBl 1974, 577 = ÖBl 1974, 73 = GRUR Int 1974, 383 mit Anm Walter; OGH 03.10.2000, 4 Ob 224/00w – "Schüssels Dornenkronen I" – MR 2000, 273 mit Anm Walter = ÖBl 2001, 181.

<sup>581</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 952.

<sup>582</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 952; AA Dillenz/Gutman, Praxiskommentar zum Urheberrecht, Vor § 41 ff Rz 2.

<sup>583</sup> OGH 19.11.2002, 4 Ob 230/02f – "meischi.at" – MR 2003, 38 mit Anm Walter = ÖBl 2003/77 mit Anm Burgstaller.

*Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Programms tut, zu denen sie berechtigt ist.*

*(4) Auf die Rechte nach Abs. 2 und 3 kann wirksam nicht verzichtet werden; dies schließt Vereinbarungen über den Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung im Sinn des Abs. 2 nicht aus.*"<sup>584</sup>

Die Auslegung der Bestimmung ist in der Literatur umstritten. So ist man schon in Bezug auf die Rechtsnatur der Norm uneinig. Hierzu wird in Österreich vertreten, dass es sich um eine "Schranke"<sup>585</sup> oder um eine Mischform aus freier Werknutzung und Vertragsauslegungsregelung<sup>586</sup> handelt.

Nach der ersten Ansicht hat der Gesetzgeber durch die Einordnung der Bestimmung im Bereich der freien Werknutzungen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er diese Regelung nicht als Konkretisierung im Rahmen einer Vertragsauslegung herangezogen wissen will. Vielmehr soll dadurch der Schutz, welcher dem Urheber durch die Einräumung der exklusiven Verwertungsrechte eingeräumt wird, dem Grunde nach beschränkt werden. Das bedeutet, dass ein Nutzungsrecht durch den Softwarehersteller selbst nicht eingeräumt werden muss. Es ist allein die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes Voraussetzung für die legitime Nutzung.<sup>587</sup>

Nach letzter und meiner Meinung nach auch richtiger Ansicht handelt es sich um eine Mischform aus freier Werknutzung und einer Vertragsauslegungsvorschrift. Aufgrund der Europäischen Vorgabe ist eine freie Werknutzung nur dann möglich, wenn Nutzungsverträge fehlen; ansonsten kann die Bestimmung lediglich als ergänzende Vertragsauslegungsvorschrift zur Anwendung kommen.<sup>588</sup> Dies leitet sich aus Art 5 Abs 1 Software-RL ab, nach welcher "in

---

<sup>584</sup> § 40d UrhG BGBl 1936/111 idF BGBl I 2010/2.

<sup>585</sup> Blocher, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (11); Wiebe/Appl, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (193); Wiebe in Kucsko, Urheberrecht, § 40d Punkt 1.

<sup>586</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1349 mit Verweis auf die deutsche Literatur Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 2.

<sup>587</sup> Blocher, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (13 f); Wiebe/Appl, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (193); Wiebe in Kucsko, Urheberrecht, § 40d Punkt 2.

<sup>588</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1349; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 2.

Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen" der bestimmungsgemäße Gebrauch zulässig sein soll. Sollte dieser Gebrauch vertraglich vereinbart werden, ist jedoch zu beachten, dass dieser weder gänzlich ausgeschlossen noch unbillig eingeschränkt werden kann.<sup>589</sup> Die Notwendigkeit der Schriftform wird von der RL für die vertragliche Vereinbarung nicht gefordert.<sup>590</sup> Der durch den Gesetzgeber geschaffene "abredefeste Kern" ist somit von zwingender vertragsrechtlicher Natur.<sup>591</sup>

Für die Frage der rechtmäßigen Verwendung von gebrauchter Software steht vor allem § 40d Abs 2 UrhG im Mittelpunkt. Dieser Tatbestand beinhaltet zwei markante Merkmale: Die freie Werknutzung setzt einerseits voraus, dass ihre Ausübung lediglich im Bereich der bestimmungsgemäßen Benutzung stattfindet. Andererseits darf diese nur von einem zur Benutzung Berechtigten durchgeführt werden. Bevor auf diese beiden Prüfpunkte näher eingegangen wird, ist kurz auf die gemeinschaftsrechtliche Grundlage einzugehen, welche das Fundament für die innerstaatliche Auslegung bildet.

### **11.2.1 Vorgabe der EU für § 40d Abs 2 UrhG**

Die für das österreichische Recht maßgebende Bestimmung des § 40d Abs 2 UrhG fußt auf Art 5 Software-RL, welcher wörtlich normiert:

"In Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen bedürfen die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig sind."

Auf den ersten Blick ist erkennbar, dass die nationale Norm des § 40d Abs 2 UrhG vom Richtlinien text abweicht. Diese Diskrepanz ist aber nach den EB lediglich auf die Rechtstechnik des österreichischen UrhG und der

---

<sup>589</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1345 f.

<sup>590</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.25.

<sup>591</sup> *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 2; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1346.

österreichischen Rechtssprache zurückzuführen. Die nationale Bestimmung deckt sich daher mit der europäischen Gesetzgebung.<sup>592</sup>

### **11.2.2 Besonderheit des § 40d UrhG**

Nach Ansicht des historischen Gesetzgebers ist es Aufgabe der freien Werknutzung, die Verwendung eines Werkes für einen größeren Personenkreis zum Schutz der kulturellen Entwicklung zu ermöglichen. Anders bei der Bestimmung des § 40d UrhG: Diese soll nicht einer breiten Öffentlichkeit die Nutzung ermöglichen, sondern nur demjenigen, der das Computerprogramm rechtmäßig erlangt hat. Dadurch soll einerseits auf die Eigenheit von Software eingegangen, aber auch der Belohnungs- und Verkehrssicherungstheorie entsprochen werden.<sup>593</sup>

### **11.2.3 Schutzzweck**

Der *telos* dieser Norm lässt sich bereits aus dem Grünbuch ablesen. Demnach soll die Erlaubnis, Software zu benutzen, auch alle Maßnahmen umfassen, die für einen Gebrauch notwendig sind.<sup>594</sup> Die Notwendigkeit der Bestimmung resultiert aus dem Vervielfältigungsrecht des Rechteinhabers. Art 5 Software-RL soll damit unterbinden, dass der Programmiererwerber zwar ein Produkt erwirbt, dieses aber nicht verwenden kann, weil ihm dafür keine Rechte eingeräumt wurden. Der grundsätzliche Unterschied zwischen Software und anderen Werkarten liege darin, dass bei ersterer der Urheber ein unmittelbarer Anspruch gegen den Benützer hat, welcher das Computerprogramm unrechtmäßig verwendet. Bei den klassischen Werkkategorien ist ein Recht zur Verwendung nicht notwendig, wie zB die Berechtigung, ein Buch zu lesen.<sup>595</sup>

---

<sup>592</sup> EB zur UrhGNov 1993, abgedruckt in *Dittrich*, Urheberrechtsgesetz, 29.

<sup>593</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.8.

<sup>594</sup> *Kommission*, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, COM(88) 172 endg, 191.

<sup>595</sup> Vgl hierzu *Blocher*, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (9 f).

Durch Art 5 Software-RL soll dem Erwerber zumindest die Möglichkeit gegeben sein, jene technischen Vervielfältigungsvorgänge vorzunehmen, die für einen ordnungsgemäßen Betrieb vorausgesetzt werden, ohne hierbei in absolute Rechte einzugreifen. Die Bestimmung soll somit einen zu weit ausufernden Softwareschutz entgegentreten und dabei dem einzelnen Erwerber einen gewissen Ausübungsfreiraum schaffen.<sup>596</sup>

## **11.2.4 Wesentliche Tatbestandsmerkmale**

### **11.2.4.1 Bestimmungsgemäße Benutzung**

Die bestimmungsgemäße Benutzung steckt die Reichweite der freien Werknutzung ab, das bedeutet, sie legt fest, welche Vorgänge ein berechtigter Benutzer durchführen kann, ohne in absolute Rechte einzugreifen. Der Verwendungsumfang kann subjektiv durch Parteienvereinbarung festgelegt, aber auch durch einen objektiven Gebrauch festgestellt werden. Strittig ist dabei die Priorität der Nutzungsräume.

#### **11.2.4.1.1 Subjektive Reichweite**

Das subjektive Ausmaß beschränkt die Benutzung primär auf den Vertragszweck an sich und kann sich somit aus spezifischen Vertragsbestimmungen ergeben. Somit sind all jene Bedingungen maßgeblich, unter welchen die Software in Verkehr gebracht wurde.<sup>597</sup> Beispielsweise kann zwischen den Parteien vereinbart worden sein, dass die Software für einen Netzwerkbetrieb nicht verwendet werden darf.<sup>598</sup> Technische Merkmale der Software sind hierfür nicht zu berücksichtigen und betreffen lediglich die objektive Reichweite.<sup>599</sup>

---

<sup>596</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.5.9; Blocher, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (10 f).

<sup>597</sup> Wiebe in Kucsko, Urheber.recht, § 40d Punkt 3.2; Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1350.

<sup>598</sup> Siehe dazu Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 8.

<sup>599</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.5.31; Blocher in Jähnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 148.

Nach einem Teil der Lehre kann für die subjektive Reichweite auch eine einseitige Erklärung des Software Herstellers, der Schutzhüllenvertrag, von Bedeutung sein. Auch wenn dieser nach hM<sup>600</sup> keine vertragliche Wirksamkeit gegenüber dem Zweiterwerber entfaltet, kann er diesem dennoch über die dem Erstwerber gewährten Rechte Auskunft geben.<sup>601</sup> Um eine solche Wirksamkeit zu erlangen, müssen diese Beschränkungen jedoch klar und deutlich kundgemacht werden. Dazu bedarf es in aller Regel bereits eines Aufdrucks auf der Produktverpackung. Eine *shrink wrap license* oder ein *enter agreement* könnte der Ersterwerber erst nach Vertragsabschluss erkennen und hat dementsprechend weder Bedeutung für die ursprünglichen Parteien noch für die Ermittlung der "bestimmungsgemäßen Benutzung".<sup>602</sup>

Nach *Walter* sind darüber hinaus auch die berechtigten Interessen des Nutzers zu berücksichtigen. Dies ergibt sich ergibt seiner Meinung nach bereits aus dem Zweck und der Rechtsnatur des § 40d UrhG.<sup>603</sup>

#### **11.2.4.1.2 Objektive Reichweite**

Nach objektiver Beurteilung sind all jene Maßnahmen durchführbar, welche aus der Sicht eines neutralen Beobachters bei einer bestimmungsgemäßen Verwendung für einen fehlerfreien Ablauf benötigt werden. Die Verwendungserlaubnis ist auf Basis der technischen Merkmale und der Verkehrsauffassung zu ermitteln.<sup>604</sup> Dabei sind insbesondere die objektiv bestimmbaren Eigenschaften der Software und ihre Funktionalität zu berücksichtigen.<sup>605</sup>

Fragwürdig ist, ob nur notwendige Handlungen<sup>606</sup> ausgeführt werden dürfen, oder aber auch zweckmäßige und nützliche.<sup>607</sup> Die Berechtigung wird im Zweifel

---

<sup>600</sup> So zB *Holzinger*, Rechtsgeschäftliche Übertragung von Software - Versuch einer systematischen Einordnung, EDVuR 1987, H 4, 10 (15); *Köhler/Fritzsche* in *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 536 f; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rz 385 ff.

<sup>601</sup> *Blocher* in *Jahnel/Schramm/Staudegger*, Informatikrecht, 148; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht - Handbuch - I. Teil, Rz 1352.

<sup>602</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht - Handbuch - I. Teil, Rz 1352.

<sup>603</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht - Handbuch - I. Teil, Rz 1353.

<sup>604</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.31; *Blocher* in *Jahnel/Schramm/Staudegger*, Informatikrecht, 148.

<sup>605</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht - Handbuch - I. Teil, Rz 1351.

<sup>606</sup> *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 11; *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, § 69d

zumindest alle Gebrauchshandlungen umfassen, von denen der Urheber ausgehen musste, dass der Ersterwerber diese für eine sinnvolle bestimmungsgemäße Verwendung benötigt.<sup>608</sup> Als Faustregel gilt daher, dass der bestimmungsgemäße Gebrauch sämtliche Vorgänge umfasst, welche vernünftige und faire Vertragsparteien vereinbart hätten.<sup>609</sup>

Im Rahmen der objektiven Reichweite ist darüber hinaus besonders interessant, inwieweit der Inhaber einer Software aufgrund der "bestimmungsgemäßen Benutzung" berechtigt ist, das Produkt zu übertragen. Ist eine solche Handlung nicht subjektiv vereinbart worden, kann sich diese nur objektiv ermitteln lassen. Nach *Grützmacher* beinhaltet § 40d Abs 2 UrhG auch die Möglichkeit, bei der Auslieferung eines Masterdatenträgers einzelne Datenträger zu erzeugen und zu verkaufen. Ebenso müsse dies bei online bezogener Software möglich sein, da sonst der Erschöpfungsgrundsatz, mangels möglicher Nutzung des erworbenen Produkts, ins Leere gehen würde.<sup>610</sup>

Auch *Hoeren* legt die freie Werknutzung extensiv aus: Sie ermögliche es dem Zweiterwerber, die Software vom Server des Urhebers herunterzuladen. Dies selbstverständlich unter der Prämisse, dass sie zur Verfügung gestellt wird. Wurde nämlich die Software via Internet vertrieben, so sei die Speicherung am Server auch dazu notwendig, um eine Verwendung zu ermöglichen. Folglich stelle auch der Downloadvorgang in diesem konkreten Fall eine "bestimmungsgemäße Benutzung" dar.<sup>611</sup>

Nach Ansicht des LG Hamburg könne ein Weitergabeverbot nicht dinglich festgelegt werden, weil dieses dem zwingenden Erschöpfungsgrundsatz widersprechen würde. Solche Untersagungen der Weitergabe können daher dem rechtmäßigen Erwerb und einer berechtigten Benutzung nicht entgegenstehen. Aus diesem Grund habe der Ersterwerber, als berechtigter Benutzer, die

---

Rz 11.

<sup>607</sup> Trotz Ausnahmecharakter der Norm für eine Einzelfallentscheidung: *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69d Rz 7 u 23.

<sup>608</sup> *Hilty*, Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft, MMR 2003, 3 (12).

<sup>609</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1353.

<sup>610</sup> *Grützmacher*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (552); *ders* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 36; wenn das Verbreitungsrecht als erschöpft angesehen wird dafür auch *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 6.

<sup>611</sup> *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573 (575).

Möglichkeit, die hergestellte Kopie auf Grundlage des § 40d Abs 2 UrhG im Sinne einer "bestimmungsgemäßen Benutzung" auch zu übertragen.<sup>612</sup>

Dieser weite Ansatz wird von einem Teil der Lehre abgelehnt, weil § 40d Abs 2 UrhG nur jene Handlungen umfasse, die sich auf die Nutzung des Programms beziehen. Der Vertriebsvorgang würde den Schutzzweck überschreiten, weil die Übertragung der Software keine Funktion für den Ablauf derselben darstellt.<sup>613</sup>

### **11.2.4.1.3 Vorrang**

Nach Klärung der Reichweite der subjektiven und objektiven Auslegungsvarianten ist nun noch offen, in welchem Verhältnis diese zueinander stehen.

Nach *Blocher/Walter* handelt es sich um eine alternative Auslegungsvariante, wobei die subjektive den Vorrang genießt.<sup>614</sup> Es soll nur bei fehlender spezifischer vertraglicher Bestimmung der objektive Sinn herangezogen werden. *Blocher/Walter* kehren für diese Argumentation die Zweckübertragungsregelung<sup>615</sup> der deutschen Bestimmung aus § 31 Abs 5 dUrhG um, nach welcher der Umfang der erworbenen Nutzungsarten vom zu erreichenden Vertragszweck abhängt.<sup>616</sup> Dies sei dadurch gerechtfertigt, dass Art 5 Software-RL den Erwerber und nicht den Urheber schützen will. Anders sei es im Fall der Erteilung eines Werknutzungsrechts oder einer Werknutzungsbewilligung, wo der Urheber vor zu weit reichenden Berechtigungen geschützt werden soll. Den Rechteinhaber trifft somit eine Spezifizierungslast. Verabsäumt er dies, so hat der Erwerber die Möglichkeit, all jene Handlungen durchzuführen, welche gemäß Art 4 Abs 1 lit a und b Software-RL möglich sind. Dies werde jedoch auf jene beschränkt, welche für den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Software notwendig sind.<sup>617</sup>

---

<sup>612</sup> LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*.

<sup>613</sup> *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (75).

<sup>614</sup> Ebenso *Hoeren* in *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 6.

<sup>615</sup> Dessen Geltung an sich ist für das österreichische Urheberrecht umstritten, so *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40d Punkt 2; AA *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1791.

<sup>616</sup> *Schricker* in *Schricker*, Urheberrecht, § 31 Rz 31 ff.

<sup>617</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.23 ff; *Lehmann* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 76 Rz 27; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40d Punkt 3.2.

*Walter* gibt meiner Ansicht nach die geeignetste Lösungsvariante vor. Nach diesem ist eine Überlappung zwischen der subjektiven und objektiven Reichweite der Nutzung angebracht. Im Rahmen einer Vertragsauslegung sei stets vor Augen zu halten, dass ein Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien so geschaffen werden soll, dass ein reibungsloser Ablauf möglich ist. Dabei müssen auch objektive Gesichtspunkte einfließen, damit dem Erwerber auch tatsächlich eine bestimmungsgemäße Benutzung ermöglicht wird.<sup>618</sup>

#### 11.2.4.2 Berechtigter Benutzer

Aus diesem Tatbestandsmerkmal leuchtet die besondere Eigenschaft des § 40d Abs 2 UrhG hervor, weil die Norm eine Einschränkung des Urheberrechts zu Gunsten einer qualifizierten Person vornimmt.<sup>619</sup>

Für die Auslegung des Terminus erweist sich die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe als nützlich. Diese spricht von einem rechtmäßigen Erwerber. Unter Zugrundelegung der Entstehungsgeschichte der RL, wonach die Norm "jeden Anwender" begünstigte, kann man aus der Konkretisierung des Ausdrucks herauslesen, dass nicht jeder Anwender schlechthin in den Genuss der freien Werknutzung kommen soll. Vor allem Raubkopierer sollen von dieser Bestimmung nicht profitieren.<sup>620</sup> Das Wort "rechtmäßig" grenzt sowohl die Herstellung einer Raubkopie als auch deren Verwendung aus. Es ist daher ausschlaggebend, dass der Erwerber die Software ohne Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften erlangt hat. Dies kann durch Kauf, aber auch im Rahmen eines Mietvertrages geschehen.<sup>621</sup> Der Erwerb an sich kann auf verschiedenste Art erfolgen, wofür die englische Formulierung der Software-RL spricht. Sie geht nämlich von einem "*lawful acquirer*" aus. Dieser Terminus beinhaltet einen besonders weit gefassten Begriffshof. Deswegen sei es nach *Blocher/Walter* für die Rechtmäßigkeit auch unerheblich, ob die Transferierung

---

<sup>618</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1350.

<sup>619</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.8.

<sup>620</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.10.

<sup>621</sup> *Blocher*, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (11 ff); *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1356; *Wiebe* in *Kucsko*, Urheberrecht, § 40d Punkt 3.1.

des Computerprogramms mit Datenträgermedium oder über das Netz erfolgt.<sup>622</sup>

Aufgrund des Begriffes "berechtigter Benutzer" könnte man annehmen, dass es sich hierbei ausschließlich um eine gewährte Berechtigung durch den Urheber handelt.<sup>623</sup> Dem ist jedoch nicht so. Einer solchen Auslegung widerspricht bereits die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, welche den Ausdruck "Erwerber" verwendet. Diesem ist die bestimmungsgemäße Benutzung erlaubt, was wiederum bedeutet, dass eine explizite Berechtigung des Urhebers nicht notwendig ist. Der Zweck der Bestimmung liegt eben darin, solche fehlenden Vertragsbestandteile zu substituieren, um eine Nutzung zu ermöglichen.<sup>624</sup>

Für den Vertrieb von Software handelt es sich bei der Regelung des § 40d Abs 2 UrhG nach Meinung der Lehre um eine notwendige Ergänzung des Erschöpfungsgrundsatzes.<sup>625</sup> Dies sei darauf zurückzuführen, dass der Ersterwerber zwar durch die Erschöpfung ohne Verletzung von absoluten Rechten die Software verbreiten könne, es dem Zweiterwerber aber nicht möglich wäre, das Produkt rechtmäßig zu benutzen. Aufgrund der rechtmäßigen Verbreitung gemäß § 16 Abs 3 UrhG ist der Zweiterwerber als Berechtigter im Sinne des § 40d Abs 2 UrhG anzusehen.<sup>626</sup>

Für die Beurteilung der Legitimität der Veräußerung von gebrauchter Software ist die Transaktion zwischen Softwareproduzent und Ersterwerber maßgeblich. Ist in diesem Stadium das Verbreitungsrecht erschöpft worden, so ist auch die Vervielfältigung des Zweiterwerbers auf Basis der freien Werknutzung gedeckt.<sup>627</sup>

---

<sup>622</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.14; *AA Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (75): Nach Ansicht von *Spindler* ist die freie Werknutzung nur dann möglich, wenn der Verwender das physische Werkstück innehat.

<sup>623</sup> *Haberstrumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlage des Urheberrechts, CR 2009, 345 (346); *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 6.

<sup>624</sup> BGH 03.02.2011, I ZR 129/08 – "UsedSoft" – MMR 2011, 305 mit Anm *Heydn* = GRUR-Prax 2011, 172 mit Anm *Cichon* = RdW 2011/121 = MR-Int 2011, 25 mit Anm *Stögmüller* = MR 2011, 35; LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmaker* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; *Blocher* in *Jahnel/Schramm/Staudegger*, Informatikrecht, 148; *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (193); *Hilber*, Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcing-Transaktion, CR 2008, 749 (751); *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69d Rz 25 ff.

<sup>625</sup> *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.8; *Blocher*, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (10 f); *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 26.

<sup>626</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (194).

<sup>627</sup> *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbes von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (194).

Es ist damit nicht notwendig, eine geschlossene Vertragskette der Nutzungsrechtsübertragung vom Softwarehersteller bis zum aktuellen Softwarenutzer nachzuweisen.<sup>628</sup>

*Blocher* bekräftigt diese Ansicht mittels eines *argumentum ad absurdum*. Es könne nämlich nicht die *ratio legis* sein, dass ein rechtmäßiger Erwerber die Möglichkeit besitzt, seine Software aufgrund der eingetretenen Erschöpfung zu veräußern, dem Käufer jedoch die Verwendung untersagt wäre, weil keine Berechtigung für eine Vervielfältigung übertragen werden könne. Folglich muss die "Position des zur Benutzung eines Vervielfältigungsstücks Berechtigten" auch dadurch transferiert werden können, dass diesem wiederum die Innehabung eines Vervielfältigungsstückes verschafft wird. Die Übermittlung kann auch dadurch erfolgen, dass der Zweiterwerber eine Kopie aus seinem eigenen Bestand nutzt. Die Berechtigung für die Verwendung dieser Reproduktion ergibt sich dann wieder aus der freien Werknutzung.<sup>629</sup>

Nach *Haberstrumpf* wirft die Bestimmung des § 40d Abs 2 UrhG das Problem der "explosionsartigen Vermehrung der Vervielfältigungsrechte" auf. Nach oben angeführter Argumentation käme es zu dem unbilligen Ergebnis, dass etwaige Werknutzungsbewilligungen<sup>630</sup> beim Verkäufer verbleiben würden und dieser nach wie vor die Möglichkeit hätte, aufgrund seiner noch bestehenden Berechtigung die Software auszuführen. Der Rechtsinhaber (Softwarehersteller) könnte somit auch nach Verkauf der Software nicht gegen den Ersterwerber vorgehen, weil dieser weiter über eine gültige Werknutzungsbewilligung verfügt. Folglich kann wohl nach Ansicht von *Haberstrumpf* § 40d Abs 2 UrhG lediglich die Nutzungsbestimmungen konkretisieren. Eine "berechtigter Benutzer" kann somit nur derjenige sein der auch über ein Nutzungsrecht verfügt.<sup>631</sup>

Die Pflicht zur Löschung wird von *Berger* eingeschränkt. Nach diesem ist es, um einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht zu vermeiden, neben einer

---

<sup>628</sup> *Wiebe* in *Kucsko*, Urheber.recht, § 40d Punkt 2; *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69d Rz 27.

<sup>629</sup> *Blocher*, Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (12); *Blocher/Walter* in *Walter/Lewinski*, European Copyright Law, 5.5.16.

<sup>630</sup> Sofern sie nicht übertragbar sind, siehe hierzu Kapitel 5.

<sup>631</sup> *Haberstrumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlage des Urheberrechts, CR 2009, 345 (346).

Deinstallation auch ausreichend, dass die Software bloß nicht mehr verwendet wird. Auch in diesem Fall werde keine Vervielfältigung des Werkstücks durchgeführt.<sup>632</sup>

Offen bleibt das Problem, dass ein Veräußerer seine Kopie nicht entfernt und weiter verwendet. Nach Ansicht von *Berger* entstehe in diesem Fall nicht beim Erwerber, sondern beim Verkäufer eine "Raubkopie". Aufgrund der technischen Besonderheit von Software dürfe nicht mit den normalen Denkansätzen von traditionellen physischen Werkstücken argumentiert werden. Die Erschöpfung müsse vielmehr am berechtigten Benutzer ausgerichtet werden. Verkauft dieser das Computerprogramm, geht auch seine freie Werknutzung auf den neuen Erwerber über.<sup>633</sup> Dies wird vom LG Düsseldorf auch damit argumentiert, dass sich der Anspruch direkt aus § 16 Abs 3 UrhG ableite, weil sich der Datenbestand an sich erschöpfe.<sup>634</sup>

Meines Erachtens wäre eine Löschungspflicht aus der Idee der Erschöpfung und der Problematik von Computerprogrammen abzuleiten. Im Endeffekt muss versucht werden, eine Gleichstellung zwischen der Originaldatenträger-Variante und einem Online-Vertrieb herzustellen, welche durch Gebot der Deinstallation eintritt. Aus diesem Grund wird man auch eine konkludente Vereinbarung unterstellen können, dass bei Verkauf durch den Ersterwerber eine erteilte Werknutzungsbewilligung aufgehoben wird, weil der Zweiterwerber ohnedies mittels freier Werknutzung agieren kann. Diese Aufhebung erfolgt selbstverständlich nur dann, wenn die Zulässigkeit einer Übertragung der Berechtigung verneint wird.

### **11.2.5 Dispositivität**

In weiterer Folge stellt sich nun die Frage, inwieweit die freie Werknutzung vertraglich abbedungen werden kann. Aus § 40d Abs 4 UrhG zeigt sich, dass nur bei fehlender Regelung die Bestimmung des Abs 2 zur Anwendung kommen soll.

---

<sup>632</sup> *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (201 f).

<sup>633</sup> *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (201 f)

<sup>634</sup> LG Düsseldorf 26.11.2008, 12 O 431/08, CR 2009, 211 mit Anm *Witte* = MMR 2009, 216; so auch *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69c Rz 36.

Darüber hinaus lässt sich aus Art 8 Software-RL herauslesen, dass Art 5 Abs 1 keinen zwingenden Charakter aufweist. Die freie Werknutzung ist somit prinzipiell dispositiv.<sup>635</sup> Eine diesbezügliche vertragliche Vereinbarung kann konkludent oder ausdrücklich im Sinne des § 863 ABGB geschlossen werden;<sup>636</sup> in einem Prozess muss der Softwareverkäufer diese beweisen.<sup>637</sup> Eine besondere Schriftform wird für eine vertragliche Vereinbarung nicht gefordert.<sup>638</sup>

In Art 4 Abs 1 lit a und b der RL wird jedoch die Möglichkeit der Privatautonomie begrenzt. Nach dieser Vorgabe müssen vom Zustimmungsrecht jene Abläufe ausgenommen werden, welche für die bestimmungsgemäße Verwendung des Programms durch den rechtmäßigen Erwerber technisch erforderlich sind. Der europäische Gesetzgeber erwähnt hierbei explizit das Laden, das Ablaufen und das Beheben von Fehlern des Computerprogramms. Dies jedoch unter der Voraussetzung, dass die Vorgänge auch technisch für die Benutzung notwendig sind. Nur jede darüber hinausgehende bestimmungsgemäße Benutzung könne vertraglich beschränkt werden.<sup>639</sup> Dabei handelt es sich um einen "zwingenden Kern".<sup>640</sup>

Zu diesen wird auch eine Programminstallation zu zählen sein, weil ohne sie eine Benutzung undenkbar wäre.<sup>641</sup> Darüber hinaus muss es einem Benutzer auch möglich sein, die Software von einer veralteten Hardware auf eine neue zu übertragen.<sup>642</sup> Dies für den Fall einer Einzelplatzversion allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Programm gleichzeitig nur einmal genutzt wird.<sup>643</sup> Darüber hinaus ist es nicht gestattet, eine solche Softwareversion auf PC und Laptop gleichzeitig zu verwenden. Dies gilt auch dann, wenn es sich beim

---

<sup>635</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.5.21 (gemeint wohl Art 8 Software-RL); Wiebe in Kucsko, Urheberrecht, § 40d Punkt 3.3

<sup>636</sup> Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 7.

<sup>637</sup> Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 29.

<sup>638</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.5.25.

<sup>639</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.5.23 ff.

<sup>640</sup> BGH 24.02.2000, I ZR 141/97, GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = ZUM-RD 2000, 419; Lehmann in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 76 Rz 25; Loewenheim in Schricker, Urheberrecht, § 69d Rz 12; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 12; Koch, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtssoftware, ITRB 2007, 140 (144); Pohl, IT-Outsourcing: Lizenzierung von Fremdsoftware, 42.

<sup>641</sup> Hoeren/Schuhmacher, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137 (139); Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1355; Wiebe in Kucsko, Urheberrecht, § 40d Punkt 3.3.

<sup>642</sup> Hoeren/Schuhmacher, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137 (139); zust. Schneider, Rechnerspezifische Erschöpfung bei Software im Bundle ohne Datenträgerübergabe, CR 2009, 553 (556).

<sup>643</sup> Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz § 69d Rz 8.

Benutzer um dieselbe Person handelt.<sup>644</sup>

Eine vertragliche Beschränkungsmöglichkeit wird jedenfalls hinsichtlich der Nutzeranzahl möglich sein, wie auch eine Differenzierung zwischen Netzwerkversion und Einzelplatzversion. Ebenso muss eine Verwendungsbeschränkung auf ein bestimmtes Unternehmen sowie die Begrenzung der Auslastung einer Software mittels CPU-Klausel möglich sein.<sup>645</sup>

### **11.3 Zusammenfassung**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auf die freie Werknutzung zwar grundsätzlich nicht verzichtet werden kann, diese jedoch – bis auf einen zwingenden Kern – vertraglich beschränkbar ist. Dem Rechteinhaber trifft eine Spezifizierungslast für alle jene Nutzungen, die über die technisch notwendige Verwendung hinausgehen. Strittig bleibt, inwieweit bei datenträgerlosem Vertrieb von Software auch die Möglichkeit der freien Werknutzung übergehen kann und welche Handlungen die "bestimmungsgemäße Benutzung" umfasst.

---

<sup>644</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1354; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 8; *Grützmaker* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 69d Rz 9; AA *Hoeren/Schumacher*, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137 (139).

<sup>645</sup> *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1354; *Lehmann* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 76 Rz 28; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 69d Rz 7 u 12; *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, § 69d Rz 13 f.

## 12 Erschöpfung der Sicherungskopie

### 12.1 Allgemeines

Eine interessante Frage in Bezug auf das Inverkehrbringen stellt sich auch bei Sicherungskopien. Darunter "ist eine Kopie des Computerprogrammes zu verstehen, die für den Fall bereitgehalten wird, dass die Arbeitskopie des Programms beschädigt wird, versehentlich gelöscht oder sonst zerstört wird, verloren geht oder aus einem anderen Grund nicht mehr einsatzfähig ist."<sup>646</sup> Dies dient dazu, um nach etwaigen Zwischenfällen, zB nach einem Systemausfall, auf die Sicherungskopien zurückgreifen und somit den Softwareschaden beheben zu können. Eine freie Werknutzung zur Sicherung ist im Gesetz in § 40d Abs 3 Z 1 UrhG ausdrücklich vorgesehen.<sup>647</sup>

Für den Vertrieb von gebrauchter Software ist umstritten, inwieweit Sicherungskopien, welche gemäß § 40d Abs 3 Z 1 UrhG erstellt wurden, der Erschöpfung unterliegen. Das zugrunde liegende Problem ist, dass das Werkstück nicht durch den Rechteinhaber selbst erstmalig verbreitet wurde.

Auch diese Sachverhaltskonstellation liefert weitere Anhaltspunkte für eine sinnvolle Interpretation bzw für die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf gebrauchte Software. Das Problem der Übertragung einer Sicherungskopie ist bei allen Übertragungsvarianten von Software gegeben. Da sich zu diesem Themengebiet die Argumente bezüglich der Zulässigkeit einer Erschöpfung für Computerprogramme wiederholen, werden in diesem Kapitel nur spezifische Fragen aufgezeigt und diskutiert.

---

<sup>646</sup> Loewenheim in Schrickler, Urheberrecht, § 69d Rz 15.

<sup>647</sup> Söbbing, Backuplizenz vs Sicherheitskopie, ITRB 2007, 50 (50 ff).

## 12.2 Restriktive Meinung

Eine Erschöpfung wurde etwa vom OLG Düsseldorf verneint. Nach diesem darf bei vorinstallierter Software keine Sicherungskopie weiterverkauft werden und zwar selbst dann nicht, wenn diese mit Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt wurde. Somit dürfen auch generell gesehen rechtmäßig hergestellte Kopien im Sinne des § 40d Abs 3 Z 1 UrhG nicht ohne Zustimmung veräußert werden, weil hierfür das Verbreitungsrecht nicht erloschen ist.<sup>648</sup>

Darüber hinaus wird gegen die Zulässigkeit eingewendet, dass § 40d Abs 3 Z 1 UrhG lediglich dazu dient, Sicherungskopien für den internen Gebrauch zu schaffen. Das Duplikat soll nicht ein weiteres Inverkehrbringen der Software ermöglichen.<sup>649</sup> Diese Kopien sind im Fall einer Veräußerung des "erschöpften" Werkstücks zu beseitigen.<sup>650</sup> Würde man die Möglichkeit der Veräußerung bejahen, so würde dies zu einer Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes führen, weil damit dem Ersterwerber ein zusätzliches Vervielfältigungsrecht zustehen würde.<sup>651</sup>

## 12.3 Vermittelnde Meinung

Nach vermittelnder Meinung könne eine Weitergabe nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es muss vielmehr differenziert werden: Bei der Transfervariante "Originaldatenträger" ist es beispielsweise denkbar, dass Software auf einem Datenträger erworben und anschließend auf eine Festplatte kopiert wird. Bei dieser Installation handelt es sich streng genommen um eine Sicherungskopie, deren Verbreitungsrecht, nach wörtlicher Auslegung des § 16 Abs 3 UrhG, nicht erschöpft wäre,<sup>652</sup> weil das Duplikat weder vom Rechteinhaber

---

<sup>648</sup> OLG Düsseldorf 29.06.2009, 20 U 247/08, CR 2009, 566; *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (199); AA LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm *Grützmacher* = MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*; *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, § 69c Rz 33; *Heerma* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 17 Rz 16.

<sup>649</sup> *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (73 f); *Paul/Preuß*, Softwarelizenzen und Erschöpfung, KR 2007, 526 (528).

<sup>650</sup> *Koch*, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchter Software, ITRB 2007, 140 (141).

<sup>651</sup> *Spindler*, Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69 (75).

<sup>652</sup> Folglich ist eine Verbreitung nicht zulässig, dafür: *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale

angefertigt noch von diesem oder mit seiner Zustimmung in Verkehr gebracht wurde.<sup>653</sup>

Will der Ersterwerber in dieser Sachverhaltskonstellation nun Software samt Datenträger und PC verkaufen, müsste dieser nach der restriktiven Meinung zuvor das Programm von der Festplatte entfernen, weil nur der erworbene Datenträger einer Erschöpfung unterliegt. Einerseits sei er nicht berechtigt, die Software weiter auszuführen, weshalb schon die Innehabung selbst fragwürdig wäre, andererseits könne er das Medium auch nicht zusammen mit dem Originaldatenträger übergeben, da keine Erschöpfung der "Sicherheitskopie" stattgefunden habe. Die Software dürfe daher erst nachträglich vom Zweiterwerber selbst wieder installiert werden.<sup>654</sup>

Im Fall der Herstellung eines Sicherungsdatrträgers durch den Ersterwerber soll diesem die Möglichkeit gegeben sein, bei Übergabe des "erschöpften" Werkstücks die Sicherungskopie beizulegen. Eine fehlende Erschöpfung des Duplikats wird nicht bestritten. Eine solche Beigabe werde jedoch aus praktikablen Gründen zulässig und sogar vorteilhaft sein. Der Verkäufer hat die Kopie als "berechtigter Benutzer" im Sinne des § 40d Abs 2 UrhG angefertigt. Mit Übergabe des Datenträgers hat der Erwerber das gleiche Recht zur Sicherung, da gewissermaßen die Position des "berechtigten Benutzers" transferiert wird. Demzufolge spricht nichts dagegen, bei Übergabe des erschöpften Mediums auch gleichzeitig die Sicherungskopie beizulegen. Aus rechtlicher Perspektive werden die Verwertungsrechte durch die freie Werknutzung nicht tangiert. Somit werde auch das Interesse des Verwertungsrechtberechtigten dadurch nicht berührt. Dies hätte sogar den Vorteil, dass der Verkäufer nicht in Versuchung gelangen könnte, eine zurückbehaltene Kopie unzulässigerweise zu verwenden.<sup>655</sup>

Das "vermittelnde Lager" verneint dies aber dann, wenn zwar das Verbreitungsrecht an der ersten Kopie erschöpft ist, aber die Sicherung anstelle des "erschöpften" Werkstücks übertragen werden soll. Dann würde nämlich in die Verwertungsrechte des Urhebers eingegriffen werden, weil die Sicherungskopie

---

Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (199).

<sup>653</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.4.43.

<sup>654</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.4.43.

<sup>655</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.4.46.

selbst nicht erschöpft wird. Es sei nur die Variante zulässig, dass das "erschöpfte" Werkstück mit der dazugehörigen Sicherung übertragen werde.<sup>656</sup>

Davon sei wegen zweckmäßiger Auslegung aber abzuweichen, wenn der Ersterwerber eine zulässige Kopie gemacht hat und das erschöpfte Werkstück danach untergeht. Die Sicherungskopie stelle dann nämlich ein Substitut dar und dürfe im Fall einer Beschädigung des Originals an dessen Stelle verkauft werden, da in diesem speziellen Fall in das Partizipationsinteresse des Verwertungsrechtberechtigten nicht stärker eingegriffen werde, als wenn das Werkstück selbst weitergegeben werden würde.<sup>657</sup>

Nach Entscheidung des OLG Frankfurt kann eine Recovery-CD von einem Softwarehersteller durch jene Person angefordert werden, welche einen PC rechtmäßig erwirbt, von dem auch vor dem Kauf die vorinstallierte OEM-Software gelöscht wurde. Die Software war nämlich durch Installation auf den Datenträger sowie der Veräußerung erschöpft. Somit ist es nicht nur dem Ersterwerber des PCs möglich, die Recovery-CD zu verwenden, sondern auch der Zweiterwerber ist hierzu berechtigt. Nach Ansicht des Gerichts ist nämlich kein Unterschied gegeben, wenn der Ersterwerber vor Veräußerung die Recovery-CD vom Softwarehersteller bestellt und dann den PC samt installierter Software verkauft, oder aber erst der Zweiterwerber nachträglich die CD anfordert und dann die Software installiert. Als Nachweis für die installierte Software diene im Sachverhalt das aufgebrachten Echtheitszertifikats am Gehäuse des PCs, weil auch hiermit der Ersterwerber eine neue Recovery-CD anfordern hätte können.<sup>658</sup>

Meiner Meinung nach ist dieser Ansicht zu folgen, weil diese die zielführendsten Argumente in Bezug auf die Rechtslage aufzeigt, wobei ich zur extensiven Auslegung tendiere. Aus diesem Grund ist für mich die Weitergabe der Sicherheitskopie eines "erschöpften" Computerprogramms immer dann zulässig, wenn letztere zerstört wird.

---

<sup>656</sup> Blocher/Walter in Walter/Lewinski, European Copyright Law, 5.5.42; Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1367.

<sup>657</sup> Walter, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil, Rz 1367; Grützmacher, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549 (552 Fn 28); ders in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69d Rz 36 aE; AA Berger, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 (199).

<sup>658</sup> OLG Frankfurt 23.06.2009, 11 U 71/08 – "CoA-Echtheitszertifikat" – GRUR-RR 2010, 5; dabei ist zu bemerken, dass sich das OLG gegen einen Vertrieb von Echtheitszertifikaten ausspricht.

## 12.4 Extensive Meinung

Anderes wird seitens der extensiven Meinung argumentiert. Nach dieser soll auch für den Fall der Datenfernübertragung und der Masterkopie dem Ersterwerber die Möglichkeit gegeben sein, sich von jenem Produkt eine Sicherungskopie auf einem anderen Datenträger anfertigen zu können und dieses weitergeben zu dürfen. Die Übermittlung finde nämlich lediglich aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen im Wege dieser Vertriebsarten statt. Bei Berücksichtigung der Interessenlage sei es daher nicht einsichtig, warum dem Käufer die Möglichkeit des Weiterverkaufes genommen werden soll.<sup>659</sup> Die Beweggründe für eine solche Erlaubnis sind mit den Argumenten des "extensiven Lagers", welche auch eine Erschöpfung bei Online-Vertrieb sowie für die Anzahl der Lizenzen bei der Variante "Masterdatenträger" befürworten, identisch.<sup>660</sup>

Von den Gegnern des "restriktiven Lagers" wird darüber hinaus ins Treffen geführt, dass eine Pflicht zur Zerstörung einer Sicherungskopie zu verneinen ist. Auch ohne eine solche Beseitigung werden keine Interessen des Urhebers beeinträchtigt. Aus dem widersinnigen Ergebnis der engen Auslegung sei darüber hinaus zu folgern, dass die Erschöpfung aufgrund der Eigenart von Computerprogrammen nicht nur für das konkrete physische Werkstück, sondern auch für den Datenbestand selbst eintrete. Eine strikte Wortinterpretation sei wegen der Besonderheit der Software nicht möglich. Zielführenderweise kann nur mittels teleologischer Interpretation bzw im Wege einer Analogie vorgegangen werden.<sup>661</sup>

---

<sup>659</sup> Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69c Rz 24; Sosnitza; Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, ZUM 2009, 521 (521 f).

<sup>660</sup> Siehe dazu bereits Punkt 9.3.1.2 sowie Punkt 10.3.2.2.

<sup>661</sup> LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 mit Anm Grützmacher = MMR 2006, 827 mit Anm Heydn/Schmidl = ITRB 2007, 4 mit Anm Rössel; Hilber, Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcingtransaktion, CR 2008, 749 (751 ff).

## 13 Schlussfolgerung

Auf die Frage der Zulässigkeit des Vertriebes von gebrauchter Software muss derzeit die unbefriedigende Antwort gegeben werden, dass eine eindeutige Lösung nicht vorliegt. Tendiert man auf der einen Seite dazu, dass man sich am reinen Wortlaut des Gesetzes orientiert, so muss die Rechtskonformität für den Großteil der Vertriebsvarianten wohl verneint werden. Befürwortet man andererseits wegen der wirtschaftlich identischen Vorgänge eine Gleichbehandlung für die Übertragungsarten und sieht in den fehlenden gesetzlichen Bestimmungen eine Planwidrigkeit, steht dem Handel mit gebrauchter Software nichts im Wege. Beide konträren Ansichten sind im Kern berechtigt, weil die aktuelle Rechtslage beide Argumentationslinien zulässt. Meiner Meinung nach ist aufgrund des gleichen wirtschaftlichen Zweckes eine einheitliche Rechtsfolge unabhängig vom gewählten Trägermedium geboten. Aufgrund der Rechtslage tendiere ich jedoch zu den vermittelnden Ansichten, weil diese den wirtschaftlichen Interessen und der gesetzlichen Vorgabe meiner Meinung nach am besten entsprechen.

Eine Klärung der zahlreichen aufgezeigten Rechtsfragen und somit eine Beantwortung der Hauptfrage können nur die Gerichte bzw der Gesetzgeber selbst liefern. Eine solche für die EU bedeutende Antwort kann – zumindest für einen Teil der vorliegen Thematiken – aufgrund der Vorlage des BGH nun durch den EuGH gegeben werden.



# Literaturübersicht

<i>Andreewitch</i>	Zur Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes für Softwarefehler EDVuR 1990, 50
<i>Andreewitch/Pollirer/Bartsch</i>	Worauf sollte der Anwender beim Abschluß von EDV-Verträgen besonders achten? EDVuR 1992, 152
<i>Angst</i>	Exekutionsordnung (2009)
<i>Berger</i>	Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie GRUR 2002, 198
<i>Blocher</i>	Der Schutz von Software nach der Urheberrechtsgesetz-Novelle 1993 - Überblick EDVuR 1993, 3
<i>Blocher</i>	Die Rechtstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht EDVuR 1994, 5
<i>Bräutigam/Wiesemann</i>	Der BGH und der Erschöpfungsgrundsatz bei Software CR 2010, 215
<i>Bröckers</i>	Software-Gebrauchthandel: Der Teufel steckt im Detail – Technische Besonderheiten und gesetzlicher Änderungsbedarf MMR 2011, 18
<i>Bucher</i>	US-Supreme Court - Internationale Erschöpfung des Urheberrechts ecolex 1998, 719
<i>Burgstaller</i>	Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb ecolex 2008, 58

<i>Ciresa</i>	Österreichisches Urheberrecht (2006)
<i>Ciresa</i>	Urheberwissen für die Praxis (2009)
<i>Dillenz</i>	Materialien zum österreichischen Urheberrecht ÖSGRUM 3 (1986)
<i>Dillenz/Gutman</i>	Praxiskommentar zum Urheberrecht 2. Auflage (2004)
<i>Dittrich</i>	Urheberrechtsgesetz (1993)
<i>Dittrich</i>	Österreichisches und internationales Urheberrecht 5. Auflage (2007)
<i>Dittrich</i>	On-demand-Dienste: Drahtfunksendung oder öffentliche Wiedergabe? RfR 1996, 7
<i>Dittrich</i>	Unkörperliche Verbreitung? Eine Kritik der APA- Entscheidung ecolex 1997, 367
<i>Dreier/Schulze</i>	Urheberrechtsgesetz 3. Auflage (2008)
<i>Eckert</i>	Der Computer, ein Rechtsobjekt sui generis ÖJZ 1977, 39
<i>Eilmansberger</i>	Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software GRUR 2009, 1123
<i>Ertl</i>	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge EDVuR 1994, 19
<i>Ertl</i>	Gutgläubiger Erwerb von Softwarepiraten MR 1997, 314
<i>Ertl/Wolf</i>	Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991)
<i>Fallenböck/Galla/Stockinger</i>	Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft (2005)

<i>Ganea</i>	Ökonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschöpfung GRUR-Int 2005, 102
<i>Gaster</i>	Funktion des Binnenmarkts und Paralleleinführen aus Drittländern: Ein Plädoyer gegen die internationale (globale) Erschöpfung von Immaterialgüterrechten wbl 1997, 47
<i>Gaster</i>	Zur Entwicklung des Urheberrechts auf Ebene der EU ipCompetence 2010 H 4, 4
<i>Grützmacher</i>	Gebrauchtsoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen CR 2007, 549
<i>Grützmacher</i>	Zur Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte an Software bei Unternehmens- und Konzernlizenzen ITRB 2004, 204
<i>Grützmacher</i>	"Gebrauchtsoftware" und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software ZUM 2006, 302
<i>Haberstrumpf</i>	Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts CR 2009, 345
<i>Handig</i>	Urheberrechtliche Erschöpfung von Downloads im World Wide Web RdW 2003, 2
<i>Handig</i>	Guter Glaube – schlechte Chancen wbl 2010, 209
<i>Handig</i>	Zu viele "Freunde"? - Öffentlichkeitsbegriff & soziale Netzwerke ecolex 2010, 824

<i>Hansen/Neumann</i>	Wirtschaftsinformatik I 10. Auflage (2009)
<i>Hansen/Neumann</i>	Wirtschaftsinformatik II 9. Auflage (2005)
<i>Heckmann/Rau</i>	"Gebrauchtsoftware" im unternehmerischen Geschäftsverkehr" ITRB 2009, 208
<i>Heydn</i>	USA: No Copyright Infringement By Sale of "Used Software" via eBay CRi 2009, 23
<i>Heydn</i>	BGH entscheidet am 3.2.2011 über Gebrauchtsoftware MMR-Aktuell 2010, 309066
<i>Heydn</i>	Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht CR 2010, 765
<i>Heydn/Schmidl</i>	Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz KR 2006, 74
<i>Hilber</i>	Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcingtransaktion CR 2008, 749
<i>Hilty</i>	Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft – Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software MMR 2003, 3
<i>Hoeren</i>	Softwareüberlassung als Sachkauf (1989)
<i>Hoeren</i>	Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegung zum Zwischenstand der Diskussion MMR 2000, 515

<i>Hoeren</i>	Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen CR 2006, 573
<i>Hoeren</i>	Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich – Fallgruppen und Beweislast MMR 2010, 447
<i>Hoeren</i>	Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme GRUR 2010, 665
<i>Hoeren/Schuhmacher</i>	Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag CR 2000, 137
<i>Holzinger</i>	Rechtsgeschäftliche Übertragung von Software - Versuch einer systematischen Einordnung EDVuR 1987, 10
<i>Hoppen</i>	Die technische Seite der Softwarelizenzierung CR 2007, 129
<i>Hoppen</i>	Was ist das Werkstück des Software-Objektcodes CR 2008, 681
<i>Horwath</i>	Software - ein Produkt? ecolex 2000, 784
<i>Huppertz</i>	Handel mit Second Hand-Software CR 2006, 145
<i>Jahnel/Schramm/Staudegger</i>	Informatikrecht 2. Auflage (2002)
<i>Klemm</i>	Open Source Lizenzierung für Datenbanken – Die Open Database License (ODbL) jusIT 2010/57
<i>Knies</i>	Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft GRUR-Int 2002, 314
<i>Koch</i>	Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtsoftware ITRB 2007, 140

<i>Kohler</i>	Autorrechtliche Studien AcP 85 (1896), 435
<i>Kommission</i>	Grünbuch – Urheberrecht und verwandte Schutzrecht in der Informationsgesellschaft KOM(95) 382 endg
<i>Kommission</i>	Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology COM(88) 172 endg
<i>Kosesnik-Wehrle</i>	Konsumentenschutzgesetz 3. Auflage (2010)
<i>Koziol/Bydlinski/Bollenberger</i>	Kurzkommentar zum ABGB (2005)
<i>Koziol/Welser</i>	Bürgerliches Recht I 13. Auflage (2006)
<i>Koziol/Welser</i>	Bürgerliches Recht II 13. Auflage (2007)
<i>Kucsko</i>	Geistiges Eigentum (2003)
<i>Kucsko</i>	Urheber.recht (2008)
<i>Lehmann</i>	Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen 2. Auflage (1993)
<i>Leistner</i>	Gebrauchtsoftware auf dem Weg nach Luxemburg CR 2011, 209
<i>Loewenheim</i>	Handbuch des Urheberrechts (2003)
<i>Mäger</i>	Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software CR 1996, 522
<i>Marly</i>	Softwareüberlassungsverträge 3. Auflage (2000)

<i>Marly/Nestler</i>	BGH: Zur Zulässigkeit des Handelns mit "gebrauchten" Softwarelizenzen – UsedSoft LMK 2011, 316761
<i>Möhring/Nicolini</i>	Urheberrechtsgesetz 2. Auflage (2000)
<i>Nägele/Jacobs</i>	Rechtsfragen des Cloud Computing ZUM 2010, 281
<i>Niquette</i>	1953 "Software" was merely a prank <a href="http://www.niquette.com/books/softword/part0.htm">www.niquette.com/books/softword/part0.htm</a> (Letzter Aufruf 02.07.2011)
<i>Nordemann/Vinck/Hertin</i>	Urheberrecht 6. Auflage (1986)
<i>Ofner</i>	Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des österreichischen ABGB I (1889)
<i>P. Bydlinski</i>	Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsfähig? AcP 1998, 287
<i>Paul/Preuß</i>	Softwarelizenzen und Erschöpfung KR 2007, 526
<i>Plöckinger</i>	Zur Frage der Erschöpfung im Urheberrecht MR 1999, 153
<i>Plöckinger</i>	Gemeinschaftsweite vs internationale Erschöpfung des Verbreitungsrechts MR 2000, 24
<i>Pohl</i>	IT-Outsourcing: Lizenzierung von Fremdsoftware (2009)
<i>Redeker</i>	Software – ein besonderes Gut NJOZ 2008, 2917
<i>Rüffler</i>	Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig? ÖBI 2008, 52
<i>Rummel</i>	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch

<i>Schack</i>	Rechtsprobleme der Online-Übermittlung GRUR 2007, 639
<i>Schmidl</i>	Offene Fragen beim Handel mit Nutzungsrechten MMR 2006, XII
<i>Schneider</i>	Rechnerspezifische Erschöpfung bei Software im Bundle ohne Datenträgerübergabe CR 2009, 553
<i>Schneider</i>	Handbuch des EDV-Rechts 4. Auflage (2009)
<i>Schrader/Rautenstrauch</i>	Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online- Erwerb durch unkörperliche Übertragung urheberrechtliche geschützter Werke KR 2007, 251
<i>Schricker</i>	Urheberrecht 3. Auflage (2006)
<i>Schuhmacher</i>	Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen CR 2000, 641
<i>Schuppert/Greissinger</i>	Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen CR 2005, 81
<i>Schwimmann</i>	Praxiskommentar zum ABGB
<i>Söbbing</i>	Backuplizenz vs Sicherheitslizenz ITRB 2007, 50
<i>Sosnitza</i>	Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit "gebrauchter" Software KR 2006, 206
<i>Sosnitza</i>	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software ZUM 2009, 521
<i>Spindler</i>	Der Handel mit gebrauchter Software – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis? CR 2008, 69

<i>Spindler</i>	Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft GRUR 2002, 105
<i>Staudegger</i>	Zur Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen JBl 1998, 604
<i>Staudegger</i>	Erfordernis bzw Zulässigkeit von End User License Agreements (EULAs) jusIT 2008, 15
<i>Staudegger</i>	OGH: Zu den Vertragsparteien eines Microsoft-EULAs jusIT 2011, 89
<i>Tanenbaum/Van Stehen</i>	Distributed Systems (2007)
<i>The New York Times</i>	John Tukey, 85; Statistician; Coined the Wort "Software" <a href="http://www.nytimes.com/2000/07/28/js/john-tukey-85-statistician-coined-the-word-software.html">www.nytimes.com/2000/07/28/js/john-tukey-85-statistician-coined-the-word-software.html</a> (Letzter Aufruf 02.07.2011).
<i>Thiele</i>	Übertragung von Urheberrechten auf den Arbeitgeber RdW 2002, 537.
<i>Ulmer</i>	Online-Bezug von Software - Tritt dennoch Erschöpfung ein? ITRB 2007, 68
<i>Wachter</i>	Multimedia und Recht GRUR-Int 1995, 860
<i>Walter/Lewinski</i>	European Copyright Law (2010)
<i>Walter</i>	Österreichisches Urheberrecht – Handbuch – I. Teil (2008)
<i>Walter</i>	Urheberrechtsgesetz 2006 (2007)

<i>Walter</i>	Werkverwertung in körperlicher Form (Teil II) – Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes MR 1990, 203
<i>Walter</i>	Zur urheberrechtlichen Einordnung der digitalen Werkvermittlung Anmerkung zur OGH-Entscheidung "APA Bildfunknetz" MR 1995, 125
<i>Wandtke/Bullinger</i>	Urheberrecht 3. Auflage (2008)
<i>Wiebe</i>	The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services GRUR-Int 2009, 114
<i>Wiebe/Appl</i>	Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich MR 2007, 186
<i>Wiebe/Prändl</i>	Open Source Software – Rechtliche Rahmenbedingungen nach österr Recht ÖJZ 2004, 628
<i>Wilhelm</i>	"EDV-Programm Nutzungsvertrag" ist Kauf ecolex 1998, 127
<i>Zellhofer/Kopf</i>	Gebrauchte Software - Eine Lizenz zum Erfolg? ecolex 2008, 336

# Rechtsprechungsübersicht

OGH 26.08.1959, 3 Ob 346/59

SZ 32/98

OGH 26.04.1960, 4 Ob 317/60 - "Schallplatte der Woche"

ÖBl 1960, 118 = SZ 33/45

OGH 15.06.1962, 9 Os 94/62 - "Zeitschriftenverschleiß"

ÖBl 1963, 13

OGH 09.05.1967, 4 Ob 308, 311/67 - "Jetzt trink ma noch a Flascherl Wein"

ÖBl 1967, 91 = SZ 40/69

OGH 14.09.1967, 1 Ob 74/67

MietSlg 19129 = RS0047291

OGH 22.06.1971, 4 Ob 315/71 - "Gschnasfest"

ÖBl 1971, 160

OGH 21.02.1973, 1 Ob 13/73,

JBl 1974, 90 mit Anm *Bydlinski* = SZ 46/24 = RS0020499

OGH 29.01.1974, 4 Ob 344/73 - "Kurheim"

JBl 1974, 577 = ÖBl 1974, 73 = GRUR Int 1974, 383 mit Anm *Walter*

OGH 09.09.1975, 4 Ob 331/75 - "Fotografin und Maler"

ÖBl 1976, 49

OGH 18.03.1976, 7 Ob 256/75

OGH 10.10.1978, 4 Ob 340/78 - "Festliches Innsbruck"

ÖBl 1978, 161

OGH 24.04.1979, 2 Ob 509/79

RS0032607

OGH 20.06.1981, 4 Ob 347/81 - "Hiob"

ÖBl 1982, 52

OGH 16.01.1984, 5 Ob 609/81

JBl 1984, 311

OGH 01.07.1986, 4 Ob 353/86 - "Weihnachtslieder"

ÖBl 1986, 162 = MR 1986, 14 mit Anm *Walter*

OGH 27.01.1987, 4 Ob 393/86 - "Sex-Shop"

ÖBl 1987, 82 = MR 1987, 54 mit Anm *Walter*  
OGH 31.05.1988, 4 Ob 23/88 – "Gloria"  
OGH 26.01.1993, 4 Ob 94/92 – "Null-Nummer II"  
    ecolex 1993, 396 = MR 1993, 65 mit Anm *Walter* = ÖBl 1993, 136 =  
    wbl 1993, 233  
OGH 08.06.1993, 4 Ob 52/93 – "Kostümentwürfe"  
    ÖBl 1993, 184  
OGH 04.10.1994, 4 Ob 1091/94 – "APA Bildfunknetz"  
    MR 1995, 143 mit Anm *Walter*  
OGH 25.06.1996, 4 Ob 2093/96i – "AIDS-Kampagne I"  
    ÖBl 1997, 199 = mit zust Anm *Walter*, MR 1996, 192  
OGH 09.09.1997, 4 Ob 199/97m  
OGH 14.10.1997, 5 Ob 504, 505/96  
OGH 09.12.1997, 4 Ob 361/97k  
OGH 17.03.1998, 4 Ob 80/98p – "Figur auf einem Bein"  
    MR 1998, 200 mit Anm *Walter*  
OGH 21.04.1998, 4 Ob 101/98a – "AIDS-Kampagne II"  
    MR 1998, 344 mit Anm *Walter* = ÖBl 1999, 54  
OGH 27.01.1998, 4 Ob 347/97a – "Hochzeitsmusik"  
    ecolex 1998, 565 mit Anm *Schwarz* = EvBl 1998/105 =  
    MR 1974, 154 mit Anm *Walter* = ÖBl 1998, 313 = RdW 1998, 337  
OGH 26.1.1999, 4 Ob 345/98h – "Radio Melody III"  
    ÖBl 2000, 86 = MR 1999, 94 mit Anm *Walter* =  
    MMR 1999, 352 mit Anm *Haller* = RdW 1999, 409 = GRUR-Int 2002, 452  
OGH 09.06.1999, 7 Ob 105/99p  
OGH 22.06.1999, 4 Ob 159/99g – "Zimmermann Fitness"  
    ÖBl 2000, 130 mit Anm *Kucsko* = MR 1999, 282  
OGH 13.09.1999, 4 Ob 151/99f – "Roll up"  
    MR 1999, 343 mit Anm *Walter*  
OGH 09.11.1999, 4 Ob 282/99w – "Ranking"  
OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s – "Handwerkerpaket"  
    ecolex 2000/291 mit Anm *Schanda* = MR 2000, 249 mit Anm *Walter* =  
    RdW 2000/651 = ÖBl 2001, 141 = GRUR-Int 2000, 1028  
OGH 04.07.2000, 4 Ob 171/00a – "Glückwunschkartenmotive"

OGH 19.12.2000, 4 Ob 256/00a – "steuerprofi.at"  
OGH 18.09.2001, 14 Os 91, 92/01 – "Softwaregebrauch"  
    ecolex 2002/84, 193 = MR 2002, 32 mit Anm *Walter*  
OGH 09.04.2002, 4 Ob 77/02f – "Geleitwort"  
    ÖBl 2003/68 mit Anm *Dittrich* = MR 2002, 387  
OGH 26.06.2002, 7 Ob 94/02b  
OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h – "Hundertwasserhaus II"  
    ÖBl 2003/37 mit Anm *Gammerith*  
OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f  
    SZ 2002/153 = RdW 2003, 66 mit Anm *Iro*  
OGH 22.05.2003, 8 ObA 161/02p  
OGH 24.06.2003, 4 Ob 70/03b – "Prospekte und Anzeigen"  
    MR 2003, 315  
OGH 05.08.2003, 7 Ob 179/03d  
OGH 10.02. 2004, 4 Ob 249/03a – "Radiogerät"  
    ecolex 2005/63 = GRUR Int 2005, 730 = EvBl 2004/149 =  
    MR 2004, 262 mit Anm *Walter* = ÖBl 2004/58 mit Anm *Gamerith* =  
    RdW 2004, 539  
OGH 25.05.2004 , 4 Ob 115/04x – "Schöne Oberösterreicherinnen".  
OGH 28.09.2004, 4 Ob 184/04v – "Leistungsbeschreibung"  
OGH 19.10.2004, 4 Ob 186/04p – "Ausschreibungsdatenbank"  
OGH 08.02.2005, 4 Ob 6/05v – "Planungsauftrag"  
    MR 2005, 250 mit Anm *Walter*  
OGH 24.5.2005, 4 Ob 31/05a – "Kitzbühler Gams"  
    MR 2005, 252 mit Anm *Walter* =  
    ecolex 2005/447, 926 mit Anm *Schachter*  
OGH 21.06.2005, 5 Ob 45/05m  
OGH 12.07.2005, 4 Ob 45/05d – "TerraCad"  
OGH 03.08.2005, 9 Ob 81/04h – "Individualsoftware"  
OGH 23.05.2006, 4 Ob 10/06h  
    ecolex 2006/320  
OGH 27.02.2007, 1 Ob 1/07i  
    RdW 2007/406, 405  
OGH 20.05.2008, 4 Ob 83/08x – "Möbel im Hotel"

MR 2008, 197 mit Anm *Walter*  
OGH 26.08.2008, 4 Ob 111/08i – "Gebäudedarstellung"  
OGH 23.09.2008, 4 Ob 131/08f – "Schulfilm I"  
    ecolex 2009/122 mit Anm *Schumacher* = MR 2008, 299 =  
    ÖBl 2009/27 mit Anm *Büchele*  
OGH 08.09.2009, 4 Ob 135/09w  
OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – "Autobahnstation"  
    MR 2010, 30 mit Anm *Walter*  
OGH 22.12.2009, 11 Os 184/09g  
OGH 23.02.2010, 4 Ob 208/09f – "Mozart Symphonie No 41"  
    jusIT 2010, 96 mit Anm *Handig* = wbl 2010/124 =  
    MR 2010, 206 mit Anm *Walter* = ecolex 2010, 584 mit Anm *Horak* =  
    RdW 2010, 346 = GRUR Int 2011, 77 = MR 2011, 22 mit Anm *Reis*  
OGH 11.03.2010, 4 Ob 195/09v – "Hundertwasserhaus V"  
OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g – "Microsoft Österreich"  
    jusIT 2010, 89 mit Anm *Staudegger*

OLG Wien, 19.12.1985, 26 Bs 558/85 – "Raubkopien II"  
    MR 1986, H 2, 23 mit zust Anm *Walter*  
OLG Wien 12.01.1989, 5 R 154/88 – "Haus am Michaelerplatz"  
    MR 1989, 58  
OLG Wien 28.08.1989, 21 Bs 358/89 – "Black Album"  
    MR 1990, 97  
OLG Wien 20.11.1991, 31 Ra 107/91 – "Sperrcode"  
    EDVuR 1992, 140  
OLG Wien 20.12.1994, 22 BS 509/94 – "Schulversion von Microsoft Paketen"  
    EDVuR 1994, 164

VwGH 27.11.1980, 240/79  
    ÖBl 1981, 165 mit Anm *Schönherr*  
VwGH 19.04.1995, 94/16/0193  
VwGH 07.09.2006, 2006/16/0054

BGH 12.2.1952, I ZR 1 115/51  
GRUR 1952, 530 = NJW 1952, 662

BGH 21.11.1958, I ZR 98/57  
GRUR 1959, 200

BGH 10.07.1986, I ZR 102/84 – "Videolizenzvertrag"  
GRUR 1987, 37

BGH 04.11.1987, VIII ZR 314/86  
NJW 1988, 406

BGH 18.10.1989, VIII ZR 325/88  
NJW 1990, 320

BGH 23.02.1995, I ZR 68/93 – "Mauer-Bilder"  
GRUR 1995, 673

BGH 24.02.2000, I ZR 141/97  
GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = ZUM-RD 2000, 419

BGH 06.07.2000, I ZR 244/97 – "OEM-Version"  
CR 2000, 651 ff mit Anm *Witte*

BGH 21.04.2005, I ZR 1/02  
GRUR 2005, 940

BGH 26.03.2009, I ZR 153/06 – "Reifen Progressiv"  
BGHZ 180, 344

BGH 03.02.2011, I ZR 129/08 – "UsedSoft"  
MMR 2011, 305 mit Anm *Heydn* =  
GRUR-Prax 2011, 172 mit Anm *Cichon* = RdW 2011/121 =  
MR-Int 2011, 25 mit Anm *Stögmüller* = MR 2011, 35

OLG Düsseldorf 29.06.2009, 20 U 247/08  
CR 2009, 566

OLG Frankfurt 25.06.1996, 11 U 4/96  
NJW-RR 1997, 494

OLG Frankfurt 12.05.2009, 11 W 15/09  
CR 2009, 423 mit Anm *Wolf-Rojczyk*

OLG Frankfurt 23.06.2009, 11 U 71/08 – "CoA Echtheitszertifikat"  
GRUR-RR 2010, 5

OLG Hamburg 07.02.2007, 5 U 140/06

MMR 2007, 317  
OLG München I 03.08.2006, 6 U 1818/06  
MR-Int 2006, 201 = CR 2006, 655 mit zust Anm *Lehmann* =  
MMR 2006, 748 mit Anm *Stögmüller*  
OLG München 03.07.2008, 6 U 2759/07  
ITRB 2008, 195 mit Anm *Rössel* = CR 2008, 551 mit Anm *Bräutigam* =  
ZUM 2009, 70 mit Anm *Herzog*  
OLG Nürnberg, 20.06.1989, 3 U 1342/88  
NJW 1989, 2634  
LG Düsseldorf 26.11.2008, 12 O 431/08  
CR 2009, 211 mit zust Anm *Witte* = MMR 2009  
LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06  
CR 2006, 812 mit Anm *Grützmaker* =  
MMR 2006, 827 mit Anm *Heydn/Schmidl* = ITRB 2007, 4 mit Anm *Rössel*  
LG München I 19.01.2006, 7 O 23237/05  
ZUM 2006, 251 = CR 2006, 159 mit Anm *Haines/Scholz* =  
ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens*  
LG München I 15.03.2007, 7 O 23237/05  
ITRB 2007, 101 mit Anm *Martens*  
  
EuGH 18.03.1980, Rs 62/79 – "Coditel I"  
Slg 1980, 881  
EuGH 06.10.1982, Rs 262/81 – "Coditel II"  
Slg 1971, 3381  
EuGH 13.07.1989, Rs 395/87 – "Tournier"  
Slg 1989, 2521  
EuGH 09.11.2004, Rs C-203/02 – "British Horseracing Board"  
Slg 2004, I-10415  
EuGH 30.11.2004, Rs C-16/03 – "Peak Holding"  
Slg 2004, I-11313 = GRUR-Int 2005, 314  
EuGH 07.12.2006, Rs C-306/05 – "SGAE"  
Slg 2006, I-11519 = ÖBI 2007/20 mit Anm *Dittrich* = MR 2006, 381

## Zusammenfassung

Das neue Geschäftsmodell des Handels mit gebrauchter Software ist auf den ersten Blick unproblematisch: Dritte erwerben das Computerprogramm von Gebrauchtssoftwarehändlern oder unmittelbar von Inhabern, welche keinen Bedarf mehr für ihre Software haben. Ein Gebrauchthandel *per se* stellt in der heutigen Zeit wohl keine Besonderheit mehr dar, welche auf ein unrechtmäßiges Verhalten schließen ließe. Warum sollte auch daher der Handel mit gebrauchter Software nicht zulässig sein?

Erst bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass diese Frage komplizierter ist, als sie auf den ersten Blick scheint. Die zahlreiche Literatur und Judikatur zu diesem Thema ist gespalten. Grundlage des Problems ist die Besonderheit der Software *per se*. Aufgrund ihrer Neuheit und auch laufenden Weiterentwicklung ist eine abschließende Regelung durch den Gesetzeswortlaut nur schwer vereinbar. Darüber hinaus muss für die Lösung des Problems der Gebrauchtssoftware beachtet werden, dass neben den klassisch zivilrechtlichen Fragestellungen auch die Besonderheiten des Urheberrechts (zB Schutz geistiger Interessen des Urhebers) nicht vernachlässigt werden dürfen.

In einem ersten Schritt ist für die Frage der Zulässigkeit des Gebrauchtssoftwarehandels der Vertrag hinsichtlich der Nutzung der Software zwischen Softwarehersteller und (Erst-)Kunden zu prüfen. Als Vorfrage ist dabei unter Umständen zu klären, ob ein solcher Vertrag (zB *shrink wrap license*) zwischen Softwarehersteller und Softwareerwerber überhaupt gegeben ist. Dies kann dann fraglich sein, wenn die Software von einem Dritten veräußert wird und der Softwarehersteller gar nicht Vertragspartei des "Softwarekaufs" ist. Ist zwischen den Parteien ein Vertrag gegeben, so ist in einem weiteren Schritt zu überlegen, ob dieser auch den gesetzlichen Vorgaben, wie insbesondere dem Erschöpfungsgrundsatz, entspricht. Kommt man nach dieser Prüfung zu dem Ergebnis, dass ein rechtmäßiger Vertrag besteht, so ist weiter zu prüfen, ob die Berechtigung aus diesem Vertrag samt der Software übertragen werden kann. Ist eine Übertragung der vertraglichen Berechtigung nicht möglich bzw ist die

vertragliche Vereinbarung überhaupt unzulässig, so kann trotz fehlender vertraglicher Regelung die Nutzung der Übertragenen Software dennoch aufgrund freier Werknutzungsbestimmungen möglich sein; selbstverständlich nur unter der Prämisse, dass die Software *per se* aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes übertragbar ist.

Aufgrund fehlender Höchstgerichtlicher Rechtsprechung besteht derzeit für die Frage der Zulässigkeit von Gebrauchtssoftware ein breites Argumentationsspektrum. Eine abschließende Klärung der zahlreichen aufgezeigten Rechtsfragen und somit eine Beantwortung der Hauptfrage, ob der Vertrieb von Gebrauchtssoftware zulässig ist, können nur die Gerichte bzw der Gesetzgeber selbst liefern.

## Abstract

At first sight, the new business model of the sale of used software seems to be permissible: A third party buys a computer program from a dealer of used software or directly from another owner who does not need his software any more. Nowadays, a second hand sale *per se* should not particularly evoke the impression of an illegal act. Therefore, why should the sale of used software not be permitted?

However, a closer look reveals that the first impression is deceptive. Literature and court decisions are inconsistent on this issue. The root of the problem lies within the characteristics of software itself. Due to its novelty and continuous development, it is hardly possible to cover all feasible legal problems by the applicable statutory provisions. Further, in order to find a solution to the problem, the characteristics of copyright law (e.g. the moral rights of an author) must also be taken into account.

When assessing the permissibility of the sale and purchase of used software, the contract regarding the use of software concluded between the software producer and the (first) customer must be examined. As a preliminary question, it has to be assessed whether such a contract (e.g. shrink wrap license) between the software producer and the customer is valid. This might be questionable for example when the software is sold by a third party, and the software producer is not party to the software purchase. If the contract is held valid, it must further be examined if the contractual provisions are consistent with the applicable mandatory provisions (e.g. principle of exhaustion). If the outcome of such an examination is that the contract is fully effective and legally binding, it must be further examined whether it is permissible to assign the rights granted in the contract to a third person. If such assignment is not possible or the contract *per se* is invalid, a lawful acquirer of the software might be able to use the software according to the provisions of free uses of works (*freie Werknutzungen*), if the software itself can be transferred pursuant to the principle of exhaustion.

The lack of decisions on this issue leaves room for vivid discussions with respect to the permissibility of the sale and purchase of used software. A final clarification regarding the abovementioned issues and, thus, an answer to the main question at hand whether the sale of used software is permitted or not, can only be given by courts and the legislative authorities respectively.

# Curriculum Vitae

Name:		<b>Helmut Liebel</b>
Geboren:	04.11.1985	Wiener Neustadt
Nationalität:		Österreich
Ausbildung:	1992 – 1996 1996 – 2000 2000 – 2005 6/2006 – 6/2009 5/2008 – 12/2008 Seit 7/2009	Volksschule Winzendorf BRG Gröhrmühlgasse 2700 Wiener Neustadt HTBLuVA Schwerpunkt EDVO 2700 Wiener Neustadt Abschluss mit ausgezeichnetem Erfolg Universität Wien Diplomstudium der Rechtswissenschaften Abschluss als Achtbester im Jahr 2008/2009 Santa Clara University – School of Law Santa Clara, Kalifornien Dr.-Studium der Rechtswissenschaften
Präsenzdienst:	10/2005 – 5/2006	Theresianische Militärakademie 2700 Wiener Neustadt
Berufserfahrung:	7/2002 7/2003 7/2004 7/2008 7/2009 8/2009 9/2009 – 1/2010	INET System Informations GmbH 2700 Wiener Neustadt <i>Programmierer</i> BauMit Wopfinger Baustoffindustrie GmbH 2754 Waldegg <i>Programmierer</i> Semperit Technische Produkte GmbH 2632 Wimpassing <i>Datenadaptierung</i> CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH 1010 Wien <i>Sommerpraktikum</i> Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH 1010 Wien <i>Sommerpraktikum</i> Kosch & Partner Rechtsanwälte 2700 Wiener Neustadt <i>Sommerpraktikum</i> Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH 1100 Wien

*Dauerpraktikum*

*10/2009 – 6/2010  
Seit 8/2010*

Gerichtspraxis im Sprengel OLG Wien  
Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH  
1100 Wien  
*Rechtsanwaltsanwärter*

Besondere  
Fähigkeiten und  
Kenntnisse:

IP/IT-Recht  
Lauterkeitsrecht u Kartellrecht  
Programmier-, Skript- und Markupsprachen  
Datenbanken  
Betriebswirtschaft  
Rechnungswesen  
Projektmanagement  
Netzwerke u Betriebssysteme  
Microsoft Office und Open Office