



universität
wien

MASTER-THESIS

Titel der Master-Thesis

„Die ‚*UsedSoft*‘ Entscheidung des EuGH
und ihre Folgen für die Lizenzvertragspraxis“

Verfasserin

Mag. iur. Susanne Strießnig

angestrebter akademischer Grad

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2014

Universitätslehrgang:

Informations- und Medienrecht

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 992 942

Betreuer:

Dr. Johannes Öhlböck LL.M.

INHALTSVERZEICHNIS

1	EINLEITUNG.....	9
2	GRUNDBEGRIFFE	11
2.1	Computersoftware.....	11
2.2	Arten von Software	13
2.2.1	Anwendungssoftware	13
2.2.2	Individualsoftware und Standardsoftware.....	13
2.3	Server	13
2.4	Client-Server-Architektur	14
2.5	Download.....	14
3	GESETZLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR SOFTWARE.....	14
4	GESCHÄFTSMODELL „GEBRAUCHTSOFTWARE“	17
4.1	Begriff „Gebrauchtssoftware“	17
4.2	Mögliche Fallkonstellationen.....	19
5	DIE „UsedSoft“ ENTSCHEIDUNGEN	20
5.1	Sachverhalt.....	20
5.2	Der Gang des Verfahrens.....	21
5.3	Entscheidung des EuGH („UsedSoft“).....	21
5.4	Der Gang des Verfahrens.....	24
5.5	Entscheidung des BGH („UsedSoft II“).....	24
5.6	Kurzzusammenfassung	25
5.6.1	Der EuGH kommt zu nachstehenden Ergebnissen:	25
5.6.2	Der BGH kommt zu nachstehenden Ergebnissen:	26
5.7	Lehrmeinungen zu den UsedSoft Entscheidungen	27
5.7.1	Verkauf und Eigentumsübertragung	27
5.7.2	Ist das Anbieten von Software zum Download eine Verbreitungshandlung oder eine öffentliche Zurverfügungstellung?	28
5.7.3	Körperliche/unkörperliche Programmkopien und der Erschöpfungsgrundsatz ..	29
5.7.4	Der Pflegevertrag	31

5.7.5	Die Volumenlizenzen	32
5.7.6	Unternehmens- oder Konzernlizenz	36
5.7.7	Die Fallkonstellationen	36
6	SOFTWARE IN DER ÖSTERREICHISCHEN RECHTSORDNUNG	37
6.1	Software im Zivilrecht	37
6.2	Auswirkungen der UsedSoft Entscheidung	39
6.2.1	Bestandsvertrag	39
6.2.2	Application Service Provider und Software as a Service.....	41
6.2.3	Cloud Computing	41
6.2.4	Technische Sperren	41
6.3	Exkurs: Weiterveräußerungsverbote.....	43
7	RESUMÉ	44
8	LITERATUR- UND JUDIKATURVERZEICHNIS.....	47
8.1	Literaturverzeichnis	47
8.2	Judikaturverzeichnis	50
8.3	Online-Quellen.....	51
9	ABSTRACT	53
9.1	Abstract Deutsch.....	53
9.2	Abstract Englisch	53
10	LEBENS LAUF	55

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
B2B	business to business
bzw	beziehungsweise
CR	Computer und Recht (Verlag Otto Schmidt)
dh	das heißt
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Verlag Manz)
EDVuR	EDV & Recht (Medien & Recht Verlags GmbH, eingestellt Ende 1994)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f	folgend
ff	die folgenden
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Verlag Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht)
GRUR-Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil (Verlag Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht)
hM	herrschende(n) Meinung
Hrsg	Herausgeber

ITRB	IT-Rechts-Berater (Verlag Otto Schmidt)
JBl	Juristische Blätter (Verlag Springer)
iSd	im Sinne der
JZ	Juristenzeitung (Verlag Mohr Siebeck)
K&R	Kommunikation & Recht (Verlag Recht und Wirtschaft)
lit	litera (Buchstabe)
MMR	Multimedia und Recht (Verlag C.H.Beck)
MR	Medien und Recht (Verlag Medien und Recht)
MSchG	Markenschutzgesetz 1970
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Verlag C.H.Beck)
NWV	Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH
ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖJZ	Österreichische JURISTEN-ZEITUNG
PatG	Patentgesetz 1970
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
SaaS	Software as a Service
sog	sogenannte
u.a.	unter anderem
UrhG	Urheberrechtsgesetz
dUrhG	deutsches Urheberrechtsgesetz

UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vgl	Vergleiche
VO	Verordnung
vs	versus
WIPO	World Intellectual Property Organization
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Verlag Nomos)
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht (Verlag Manz)

1 EINLEITUNG

Der europäische Softwaremarkt wächst jährlich um 7%, der asiatische Markt sogar um bis zu 9%. Damit zählt die Softwareindustrie zu den weltweit bedeutendsten Wachstumsmärkten, und ein Ende dieser Entwicklung ist nicht absehbar. Entsprechend groß ist der Wettbewerb zwischen den Softwareanbietern, die aufgrund der Internationalität der Softwarebranche zum einen quer über den Globus Entwicklungsmannschaften beschäftigen und zum anderen den Softwarevertrieb weltweit steuern.¹

Der Softwaremarkt ist vor allem geprägt von Schnelllebigkeit und kurzen Produktlebenszyklen.² Die Konsumfreudigkeit der Anwender neu entwickelte Software zu erwerben ist ungebrochen groß. Für einen potentiellen Käufer ist die Aktualität und Kompatibilität der zu erwerbenden Software oft entscheidender als das Faktum, ob diese gebraucht oder ungebraucht ist. Vor diesem Hintergrund hat sich in den letzten Jahren das Geschäftsmodell „*gebrauchte Software*“ entwickelt.

Das Geschäftsmodell „*gebrauchte Software*“ zielt darauf ab, Software vom bisherigen Lizenznehmer zu kaufen und an einen Zweiterwerber weiter zu veräußern. Software wird dabei zunehmend online – also ohne Übergabe eines Datenträgers – übertragen.³ Da die Verbreitung von Software gemäß § 16 Abs. 1 UrhG urheberrechtlich geschützt und dem Urheber vorbehalten ist, erlischt der Erschöpfungsgrundsatz, wenn das Werkstück mit Zustimmung des Urhebers in Verkehr gebracht wurde (§ 16 Abs. 3 UrhG).⁴

In der im Jahr 2012 ergangenen Entscheidung in der Rechtssache UsedSoft⁵ thematisiert der EuGH erstmals, ob der Erschöpfungsgrundsatz auf Software auch dann anzuwenden ist, wenn sie nicht über einen Datenträger in Verkehr gebracht wird sondern online durch einen Download. Da Software hierfür digital übertragen und kopiert wird, wird dadurch auch das Recht des Urhebers auf Vervielfältigung des Werkes berührt.⁶

¹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 34ff.

² Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 211.

³ Schmitt, Der Fall „UsedSoft“ und seine vertrags- und urheberrechtlichen Implikationen, in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013) 247.

⁴ Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz – UrhG) BGBl 111/1936 idF I 150/2013.

⁵ EuGH, 03.07.2012, C-128/11.

⁶ Schmitt, Der Online-Vertrieb von Software nach dem EuGH-Urteil „UsedSoft“, MR 2012, 256.

In der vorliegenden Arbeit sollen zunächst zum besseren Verständnis der Themen „*Lizenzierung und Weiterverkauf*“ grundlegende Begriffe rund um das Thema Software wie die unterschiedlichen Softwaretypen (Standardsoftware versus Individualsoftware, körperlicher Datenträger versus Download, Einzellizenz versus Volumenlizenz versus Client-Server-Lizenz) sowie die technische und rechtliche (neben den zivil- und urheberrechtlichen Aspekten werden für die Auslegung die RL 2001/29⁷ und die RL 2009/24⁸ eine zentrale Rolle spielen) Einordnung dargelegt und in einem weiteren Schritt das Geschäftsmodell „*gebrauchte Software*“ erläutert und dargestellt werden.

Ausgehend vom EuGH Urteil UsedSoft, werden die Voraussetzungen für den Erschöpfungsgrundsatz und die Zulässigkeit der Vervielfältigung erörtert. Die Lehre hat mit einer großen Zahl an publizierten Artikeln und Meinungen auf das Urteil reagiert. Diese sollen in einen systematischen Zusammenhang gebracht, dargestellt und offen gebliebene Fragen aufgezeigt werden.⁹

Zwischenzeitig sind – vor allem in Deutschland – Entscheidungen¹⁰ ergangen, die auf die UsedSoft Entscheidung Bezug nehmen. Diese sollen herangezogen werden und der Erörterung dienen, ob und inwiefern sich die unternehmerische Praxis und die Ausgestaltung von Lizenzverträgen ändert bzw. anpasst. So gehen aktuelle Entwicklungen in die Richtung, Software nicht mehr zeitlich unbegrenzt im Wege von Kaufverträgen sondern im Rahmen eines Mietvertrages, „*Software as a Service*“ oder im Rahmen von „*Cloud Computing*“ anzubieten.¹¹ Kurz soll auch auf diese Entwicklung eingegangen werden.

Ob der gebotenen Kürze beschäftigt sich die Arbeit ausschließlich mit Software im B2B-Bereich, die Konsumentenseite sowie die Auswirkungen des Urteils auf andere Digitalgüter wie E-Book, MP3 oder Film werden hier ausdrücklich nicht mitbehandelt.

⁷ Richtlinie 2001/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte der Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10.

⁸ Richtlinie 2009/24/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 111, 16.

⁹ *Anderl* zu EuGH C-128/11, *ecolex* 2012/368 (905); *Hartmann*, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, GRUR Int 2012/11, 980; *Kulka*, EuGH zum Handel mit "gebrauchter Software": Geburtsstunde eines blühenden Geschäftszweigs?, ÖBl 2012/58, 244; *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11, 52; *Schmitt*, MR 2012, 256; *Zellhofer/Denk*, Gebrauchte Software: Behandlung von Angeboten über "gebrauchte Volumenlizenzen", ZVB 2009/64, 242.

¹⁰ BGH 17.07.2013, I ZR 129/08 (UsedSoft II); LG Hamburg 25.10.2013, 315 O 449/12.

¹¹ *Thiele Clemens*, Auswirkungen der jüngsten Judikatur des EuGH auf die Vertragsgestaltung bei Software, Vortrag 8. Österreichischer IT-Rechtstag 22.05.2014.

2 GRUNDBEGRIFFE

Viele der nachstehend angeführten Begriffe werden umgangssprachlich ganz automatisch verwendet. Immer wieder kommt es vor, dass die verwendeten Begriffe unrichtig gebraucht, abweichend verstanden oder nicht klar umrissen sind. Um das Thema „*gebrauchte Software*“ ganzheitlich zu verstehen, werden in diesem Abschnitt grundlegende Begriffe, die im Folgenden verwendet werden dargelegt und der zu untersuchende Rahmen inhaltlich abgegrenzt.

2.1 Computersoftware

Die große Zahl an zum Teil unterschiedlichen Definitionen des Begriffs Computersoftware zeigt, dass bis heute noch kein abschließender und einheitlicher Begriff vorliegt was begrifflich darunter zu verstehen ist. Die RL 2009/24 aber auch der österreichische Gesetzgeber haben auf eine Definition des Begriffs verzichtet „*um zu vermeiden, dass durch das Fortschreiten der Programmietechnik Schutzlücken entstehen.*“¹² Auch die Unterscheidung zwischen Computersoftware und Computerprogramm findet im alltäglichen Gebrauch oft nicht statt.

Folgt man den Mustervorschriften der World Intellectual Property Organization (WIPO)¹³ dann ist ein Computerprogramm „*eine Folge von Befehlen, [...] die fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine [...] eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.*“

Das Deutsche Institut für Normung¹⁴ definiert ein Computerprogramm als „*nach den Regeln der verwendeten Sprache festgelegte syntaktische Einheit aus Anweisungen und Vereinbarungen, [...] welche die zur Lösung einer Aufgabe notwendigen Elemente umfasst.*“

Der US Copyright Act¹⁵ definiert Computerprogramm als „*Satz von Anweisungen oder Befehlen, die dazu bestimmt sind, direkt oder indirekt in einem Computer verwendet zu werden, um ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen.*“

Nach Sonntag¹⁶ „*individualisiert*“ Software „*die Hardware und stellt die konkreten Funktionen zur Verfügung*“. Er versteht darunter „*hoch komplexe aber immaterielle technische Ge-*

¹² Wiebe in Kucsko (Hrsg), urheber.recht, § 40a Punkt 2.1. (01.12.2007).

¹³ WIPO Mustervorschriften 1977, GRUR-Int 1978, 286 (290).

¹⁴ DIN 44300 Teil 1 Nr. 1.13.

¹⁵ U.S.Code § 101: „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.“

bilde, einschließlich der zugehörigen Dokumentationen“. Softwarebestandteile sind demnach „das eigentliche Programm (Anweisungen zur Verarbeitung von Daten), dazugehörige[n] Daten [...] sowie [...] die notwendigen Dokumentationen.“

Staudegger definiert Computerprogramm „als eine endliche Anzahl elektromagnetischer Impulse in der geeigneten Reihenfolge, die mittels elektronischer Schaltungen im Computer den Ablauf bestimmter logischer und mathematischer Operationen zur Erzielung eines gewünschten Resultats bewirken“¹⁷ und weiter Software als „die immateriellen Komponenten einer IT-Anlage [...], die ihrerseits wiederum in Daten und diese prozessierenden Programme unterteilt werden.“¹⁸

Gemeinsam ist all den angeführten Definitionen, dass Computerprogramme eine Steuerungsfunktion wahrnehmen und aus einzelnen Befehlen bestehen, die diese Funktion in Gang setzen. Demgegenüber fehlt bloßen Daten diese Steuerungsfunktion. Letztere stellen nur Informationen zur Verfügung.¹⁹

Der Begriff Computersoftware hingegen ist der weiter gefasste Begriff und umfasst neben dem eigentlichen Computerprogramm auch Dokumentationen zu Entwicklungsfortschritten, Programmbeschreibungen und -entwürfen sowie Begleitmaterial (zB Problembeschreibungen und Benutzungsanweisungen).²⁰

Nach RL 2009/24 ist aber im Begriff Computerprogramm auch das Entwurfsmaterial mitumfasst, ebenso im österreichischen Urheberrechtsgesetz nach § 40a Abs 2 UrhG (Entwicklungsmaterial).²¹

Im Folgenden ist immer das Computerprogramm im engeren Sinne des Begriffs gemeint und so werden die Begriffe Computerprogramm, Programm, Software synonym eingesetzt und verwendet.

¹⁶ Sonntag, Informationstechnologie: Grundlagen, in Janel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht³ (2012), 11f.

¹⁷ Staudegger, Zur Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen (Korrespondenz), JBl 1998, 604.

¹⁸ Staudegger, Datenhandel – ein Auftakt zur Diskussion, ÖJZ 2014/21 (113).

¹⁹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, RZ 26f.

²⁰ WIPO Mustervorschriften 1977, GRUR-Int 1978, 286 (290); Andreewitch, Zur Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes für Softwarefehler, EDVuR 1990, 50

²¹ § 40a Abs 2 UrhG „In diesem Gesetz umfasst der Ausdruck „Computerprogramm“ alle Ausdrucksformen einschließlich des Maschinencodes sowie das Material zur Entwicklung des Computerprogramms.“

2.2 Arten von Software

Software tritt in vielen Erscheinungsformen auf und wird je nach Betrachtungsweise in unterschiedliche einander nicht konkurrierende bzw. ausschließende Softwaretypen eingeteilt.²² Im Folgenden werden diejenigen Erscheinungsformen angeführt, die für die späteren Ausführungen eine Rolle spielen.

2.2.1 Anwendungssoftware

Anwendungssoftware (im Unterschied zur Systemsoftware, die zum Betrieb eines Computers notwendig ist), ist der Überbegriff für Individual- und Standardsoftware und dient der „Lösung konkreter Aufgaben.“²³

2.2.2 Individualsoftware und Standardsoftware

Rein technisch betrachtet, besteht zwischen Individual- und Standardsoftware kein Unterschied, lediglich die Intention des Anwender – oder Adressatenkreises ist unterschiedlich.²⁴ Während Individualsoftware für die Bedürfnisse und nach den Vorstellungen eines bestimmten Anwenders speziell hergestellt wird, wird Standardsoftware für die Bedürfnisse einer Vielzahl von Anwendern, quasi als vorgefertigtes Massenprodukt, entwickelt.²⁵ Oder mit anderen Worten, Standardsoftware ist „ein Computerprogramm, das der Lösung von Problemstellungen dient, welche bei einer Vielzahl an Benutzern gleichermaßen auftreten.“²⁶

Im Zusammenhang mit gebrauchter Software wird regelmäßig von Standardsoftware auszugehen sein, weil nur diese einen entsprechenden Absatzmarkt findet. Daher ist auch in der vorliegenden Arbeit wenn von Software die Rede ist ausschließlich die Überlassung von Standardsoftware gemeint.

2.3 Server

Ein Server stellt entweder seine Hardware, seine Softwareressourcen oder beides im Rahmen eines Netzwerkes anderen Computern zur Verfügung.²⁷

²² Sonntag in Jähnel/Mader/Staudegger, IT-Recht³, 13.

²³ Andreewitch, Zur Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes für Softwarefehler, EDVuR 1990, 50.

²⁴ Sonntag in Jähnel/Mader/Staudegger, IT-Recht³, 13.

²⁵ Marly, Softwareüberlassungsverträge³, RZ 42 f.

²⁶ Lenhard, Vertragstypologie und Softwareüberlassungsverträge, 120.

²⁷ Reutter, Software-Lizenzgebührenmodelle: Ausgestaltung und Tücken, in IT-Verträge, 17 (27).

2.4 Client-Server-Architektur

Wenn die Computer eines Unternehmens im Rahmen eines gemeinsamen Computernetzwerkes miteinander kommunizieren, so passiert dies häufig im Rahmen einer Client/Server-Lösung. Bei dieser Lösung liegen die Unternehmensdaten auf zumindest einem zentralen Server, wohingegen die eigentlichen Anwendungsfunktionen, Berechnungen etc. direkt am Computer des jeweiligen Users („*client*“) durchgeführt werden.²⁸

2.5 Download

Unter Download wird die Übertragung von Daten von einem Computer zu einem anderen über ein bestehendes Rechnernetz verstanden.²⁹ „*Download*“ wird auch mit „*Herunterladen*“ übersetzt. In einem Unternehmen wird zumeist ein User über seinen eigenen Computer mittels eines lokalen Clients auf einen Server zugreifen und Daten downloaden. Die Übertragung der Daten erfolgt dabei über ein Netzwerk wie zB dem Internet. Charakteristisch für einen Download ist, dass die gesamte Downloaddatei vor der Wiedergabe auf der eigenen Festplatte gespeichert wird. Der Zugriff auf die Datei erfolgt sodann offline. Das hat sowohl Vor- als auch Nachteile, weil zB ein Aufruf der Datei immer und jederzeit möglich ist, allerdings kann das Speichern an sich – abhängig von der Dateigröße – durchaus mehrere Minuten in Anspruch nehmen und auch die notwendige Speicherkapazität muss vorhanden sein.³⁰

3 GESETZLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR SOFTWARE

Jede Softwareentwicklung ist mit erheblichen wirtschaftlichen Aufwendungen verbunden. Zum einen ist ein Team von gut ausgebildeten Spezialisten oft über einen längeren Zeitraum damit beschäftigt ein Computerprogramm zu entwickeln, zum anderen muss gewährleistet werden, dass das Computerprogramm innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens und des dafür vorgesehenen Budgets sowie zumeist noch unter Berücksichtigung sich mitunter laufend ändernder Kundenwünsche ausgeliefert wird. Demgegenüber stehen die vergleichsweise geringen Kosten für die Herstellung von unerlaubten Softwarekopien bzw. der einfachen Umge-

²⁸ Jaburek, Handbuch der EDV-Verträge³, Band 1, 6.

²⁹ <<http://www.wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/75953/download-v9.html>> (14.09.2014).

³⁰ <<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Download-download.html>> (14.09.2014).

hung eingebauter Schutzmechanismen.³¹ Die Notwendigkeit der Schaffung von umfangreichen rechtlichen Rahmenbedingungen war daher unumgänglich.

Auf europarechtlicher Ebene hatte die Richtlinie 91/250/EWG vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen³² die Harmonisierung von bis dahin unterschiedlichen oder gar nicht vorhandenen Regelungen in den Mitgliedstaaten zum Ziel. Die Richtlinie 91/250/EWG wurde schließlich durch die Richtlinie 2009/24/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009³³ (kurz RL 2009/24) ersetzt, blieb in den Kernbereichen im Wesentlichen aber unverändert.

In der RL 2009/24 sind Computerprogramme literarische Werke iSd Berner Übereinkunft,³⁴ wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung sind. Art 1 Abs 2 konkretisiert den Schutz für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen ausgenommen Ideen und Grundsätze, auf denen Computerprogramme basieren. Art 4 enthält Bestimmungen zur Vervielfältigung, Bearbeitung und öffentlichen Verbreitung. Nach Art 4 Abs 2 erschöpft sich das Verbreitungsrecht an einer Programmkopie mit dem Erstverkauf in der Gemeinschaft durch den Rechteinhaber oder mit seiner Zustimmung, ausgenommen davon ist die Weitervermietung.

Im österreichischen Recht finden sich u.a. im UWG, im PatG, im MSchG und im UrhG Softwareschutzbestimmungen. Im Zusammenhang mit dem Erwerb von Software sind insbesondere neben den europarechtlichen Geboten der RL 2009/24 die Bestimmungen des Urheberrechtes zu beachten.

Aus der Perspektive des österreichischen Urheberrechts und in Umsetzung der RL 2009/24, sind Computerprogramme nach § 2 Z1 UrhG Werke der Literatur, so sie ein Mindestmaß an Individualität aufweisen.³⁵ Schutzgegenstand ist die *„durch die Kombination vieler Programmschritte erreichte und damit individuell geprägte Problemlösung.“*³⁶

³¹ Blocher, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in Jähnel/Mader/Stauddegger (Hrsg), IT-Recht³ (2012), 226.

³² Amtsblatt Nr. L 122 vom 17.05.1991, 0042 – 004.6.

³³ Amtsblatt Nr. L 111 vom 05.05.2009, 16 ff.

³⁴ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst samt Anhang (Pariser Fassung), BGBl 1982/319 idF BGBl 1985/133 und BGBl 1986/612.

³⁵ G.Korn in Kucsko (Hrsg), urheber.recht § 2 Punkt 5 (Stand 01.12.2007).

³⁶ Ciresa in Ciresa (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht (16. Lfg 2013) § 2 UrhG, Rz 12.

Nach § 40a Abs 2 UrhG ist der Begriff Computerprogramm sehr weit gefasst, denn es sind alle Arten von Computerprogrammen mitumfasst also auch Erstellungs- und Anwenderdokumentationen. Computerprogramme im urheberrechtlichen Sinn umfassen demnach den source code (also das Quellprogramm), den object code (das Maschinenprogramm) und eben auch das Entwurfsmaterial, also die Vorstufen einer konkreten Programmierung.³⁷ Wesentliche Voraussetzung für den Schutz von Computerprogrammen ist nach § 40a Abs 1 die „*eigene geistige Schöpfung*.“ Die Programmierung soll eine individuelle Leistung entfalten, wobei die Untergrenze eine „*banale, triviale, routinemäßige*“ Tätigkeit ist, die nicht schützenswert sei.³⁸

Den Urheberrechtsschutz für sich in Anspruch nehmen kann nach § 10 UrhG der Urheber, also der, der das Computerprogramm geschaffen hat³⁹ automatisch mit dem Zeitpunkt der Werkschöpfung. Damit folgt das österreichische Urheberrechtsgesetz dem Schöpferprinzip.⁴⁰

Für Computerprogramme sind insbesondere das ausschließlich dem Urheber zustehenden Vervielfältigungsrecht nach § 15 UrhG und das Verbreitungsrecht nach § 16 Abs 1 UrhG sowie der Erschöpfungsgrundsatz nach § 16 Abs 3 UrhG relevant.

Die Vervielfältigung nach § 15 UrhG ist die Erstellung einer Kopie des Werkes und damit ist jede Vervielfältigung ohne Rücksicht auf die Art und die eingesetzten Mittel vom Vervielfältigungsrecht umfasst.⁴¹ Da § 15 UrhG weit auszulegen ist, sind dauerhafte aber auch flüchtige Kopien gemeint. Die Installation eines Computerprogrammes ist zB eine Vervielfältigung.⁴²

Die Verbreitung eines Werkstückes, also zB eines Computerprogramms nach § 16 Abs 1 UrhG steht ausschließlich und exklusiv dem Urheber zu. Grundsätzlich kann nur der Urheber das Werk der Öffentlichkeit zugänglich machen und dieses so Inverkehrbringen, dh maßgebend ist die Überlassung der tatsächlichen oder rechtlichen Verfügungsgewalt (Entgeltlichkeit ist nicht vorausgesetzt, also neben Kauf auch Tausch und Schenkung).⁴³ Dieses ausschließliche Verbreitungsrecht ist nach § 16 Abs 3 UrhG aber dann eingeschränkt, wenn das Werk-

³⁷ Wiebe in urheber.recht § 40a Punkt 2.1. (Stand 01.12.2007).

³⁸ Wiebe in urheber.recht § 40a Punkt 3.2. (Stand 01.12.2007).

³⁹ Hornsteiner in Kucsko (Hrsg), urheber.recht § 10 Punkt 3.1. (Stand 01.12.2007).

⁴⁰ Walter, Österreichisches Urheberrecht (2008) 173.

⁴¹ Walter, Werkverwertung in körperlicher Form (Teil I), MR 1990, 112f; Anderl in Kucsko (Hrsg), urheber.recht § 15 2.1.f. (Stand 01.12.2007).

⁴² Anderl in urheber.recht § 15 Punkt 2.2.f. (Stand 01.12.2007).

⁴³ Anderl in urheber.recht § 16 Punkt 2.1.ff. (Stand 01.12.2007).

stück mit Einwilligung des Urhebers durch Übertragung des Eigentums in der EU oder im EWR in Verkehr gebracht worden ist. Nach dem OGH liegt eine Eigentumsübertragung bei wirtschaftlicher Betrachtung vor, wenn eine zeitlich unbegrenzte Verfügungsmacht über das Werkstück eingeräumt wird.⁴⁴ Das hat zur Folge, dass das erworbene Werkstück weiterverkauft oder auch verliehen werden darf.⁴⁵ Das Vervielfältigungsrecht bleibt aber weiterhin exklusiv dem Urheber vorbehalten.⁴⁶

Das Verbreitungsrecht knüpft aber auch an einen körperlichen Werkbegriff an, wonach die elektronische zur Verfügungstellung einer Software zB via Download keine Verbreitung ist und demnach auch der Erschöpfungsgrundsatz nach § 16 Abs 3 UrhG nicht greift. Wird die Software hingegen mittels Datenträger, also in verkörperter Form, zur dauerhaften Benutzung und gegen Bezahlung eines einmaligen Entgelts übergeben, ist der Erschöpfungsgrundsatz anzuwenden. In diesem Zusammenhang stellt sich die berechtigte Frage, ob eine ungleiche Behandlung von körperlichen und unkörperlichen „*Vervielfältigungen*“ gerechtfertigt ist, insbesondere weil beide Computerprogramme den gleichen Zweck erfüllen und aus Vertriebsicht wirtschaftlich gleichgestellt sind. Dagegen wird allerdings eingewandt, dass dies nicht nur dem klaren Gesetzeswortlaut widerspricht sondern auch mit einem erhöhten Missbrauchspotential einhergeht, da sehr einfach unerlaubte Kopien erstellt und verbreitet werden können.⁴⁷

4 GESCHÄFTSMODELL „*GEBRAUCHTSOFTWARE*“

4.1 Begriff „*Gebrauchtssoftware*“

Unter dem Begriff „*gebrauchte Software*“, „*Gebrauchtssoftware*“ oder „*Second Hand-Software*“ wird der Handel mit und die Nutzung von Standardsoftware verstanden, die vom Ersterwerber – der die Software vom Softwarehersteller bezieht – meistens über einen Zwischenhändler an einen Zweiterwerber veräußert wird.⁴⁸ „*Gebraucht*“ ist hier im Sinne von

⁴⁴ OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s.

⁴⁵ OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s.

⁴⁶ *Anderl* in *urheber.recht* § 16 Punkt 4.1. (Stand 01.12.2007).

⁴⁷ *Anderl* in *urheber.recht* § 16 Punkt 4.5. (Stand 01.12.2007).

⁴⁸ *Rüffler*, *ÖBl* 2008/11, 52; *Staudegger* Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen, in *Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), *IT-Recht*³ (2012), 153f.

„nicht mehr unbenutzt“ gemeint, da die Programme sich nicht im eigentlichen Sinne abnutzen⁴⁹ sondern immer „neu“ bleiben ohne an Qualität zu verlieren.⁵⁰

Die unterschiedlichsten Gründe wie zB Insolvenz, Unternehmenszusammenschlüsse, sich ändernde Rahmenbedingungen aber auch der Abbau von Arbeitskräften führen dazu, dass einmal von Unternehmen gekaufte Software nicht mehr weiter benötigt wird und sich ein Markt für „*Second Hand-Software*“ entwickelt hat. Der Vorteil für den Käufer von Second Hand-Software liegt darin, dass die Software günstiger als vom Urheber angeboten gekauft werden kann.⁵¹

Einerseits bietet die Möglichkeit erworbene Software weiter zu verkaufen für den Unternehmer der auf eine neuere Version aufrüstet eine zusätzliche Einnahmequelle einer an sonst brachliegenden Software und andererseits ist der Kauf gebrauchter Software vor allem für kleinere Unternehmen interessant, die nicht auf jede neue Produktversion sofort reagieren wollen, weil sie mit den vorhandenen Versionen das Auslangen finden. So ist also neben der finanziellen Komponente oft auch die Tatsache für diese Unternehmen ausschlaggebend, dass die Fehlerhäufigkeit bei neuen Softwareversionen mitunter sehr hoch ist. An sich also eine Win-Win Situation, auf die dennoch viele Softwarehersteller mit großer Skepsis reagieren.

In der vertrieblichen Praxis läuft das Geschäftsmodell „*Gebrauchtsoftware*“ in unterschiedlichen Stufen zumeist wie folgt ab:

Stellt ein Unternehmen Standardsoftware her („*Hersteller*“) dann war es früher üblich, diese mittels Hardware und darauf installierter Software oder mittels Originaldatenträger im Rahmen eines Softwarepaketes Kunden zum Kauf anzubieten. Heute erfolgt der Vertrieb bereits zumeist über online Downloadmöglichkeiten. Damit der Kunde („*Ersterwerber*“) die Software erwerben und in der Folge nutzen kann, schließt er mit dem Hersteller zumeist einen Lizenzvertrag ab, der unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Benötigt der Ersterwerber die Software nicht mehr bzw. nicht mehr im vollen Umfang, dann hat er die Möglichkeit diese an einen Second Hand-Softwarehändler („*Zwischenhändler*“) weiter zu übertragen. Die Übertragung kann in der Übergabe der Masterkopie oder des Originaldatenträgers erfolgen oder aber – wenn der Erwerb mittels Download erfolgt ist – direkt vom Hersteller. Der Zwischen-

⁴⁹ Sosnitza, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software, K&R 2006/5, 206.

⁵⁰ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 200.

⁵¹ Sosnitza, K&R 2006/5, 206.

händler wiederum wird die gebrauchte Software an einen Käufer („Zweiterwerber“, besser „Folgeerwerber“) weiter veräußern.⁵²

4.2 Mögliche Fallkonstellationen

Marly⁵³ fasst denkbare Fallkonstellationen für den Weiterverkauf von gebrauchter Software wie folgt zusammen.

Der Ersterwerber kauft ein Computerprogramm auf einem körperlichen Datenträger um es ausschließlich auf seinem Computer zu nutzen und verkauft diesen exakt so weiter (Fall A).

Der Ersterwerber erwirbt ein einzelnes Computerprogramm mittels Download, speichert dieses auf einem selbst hergestellten Datenträger und verkauft diesen exakt so weiter (Fall B).

Der Ersterwerber kauft einen Computer mit vorinstallierter Software, speichert die Software auf einem Datenträger und verkauft diesen (Fall C).

Der Ersterwerber erwirbt ein Computerprogramm mittels Download für das er Mehrfachlizenzen besitzt, dh Berechtigungen zur zeitgleichen Nutzung durch mehrere Anwender und veräußert dieses exakt so weiter (Fall D).

Der Ersterwerber erwirbt ein Computerprogramm mittels Master-Kopie, also auf einem körperlichen Datenträger. Um das Computerprogramm zu nutzen, muss er die erforderlichen Programmvervielfältigungen selbst vornehmen und auch hier geht die Nutzungsberechtigung auf eine zeitgleiche Mehrfachnutzung. Er veräußert entweder alle Nutzungsberechtigungen gemeinsam oder nur einige, was zu einer „Aufspaltung der Nutzungsberechtigungen“ führt (Fall E).

Der Ersterwerber erwirbt ein Zertifikat der Nutzungsberechtigung. Dieses bezieht sich auf eine oder eine bestimmte Anzahl von Lizenzen und verkauft dieses Zertifikat an einen zweiten Erwerber weiter, der die Software bereits im Einsatz hat und fertigt weitere Programmkopien entsprechend der erworbenen Zertifikate an (Fall F).

⁵² Vgl. Wiebe/Appl, Urheberrechtliche Zulässigkeit von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (194 f.); Staudegger in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht³ (2012), 153f.

⁵³ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 203 ff.

Der Ersterwerber kauft ein Zertifikat der Nutzungsrechtsübertragung und verkauft dieses an den zweiten Erwerber, der sich das Programm von einem Server des Softwareherstellers herunterlädt (Fall G).

Der Ersterwerber erwirbt ein Client-Server-basiertes Computerprogramm damit eine bestimmte Nutzeranzahl zeitgleich darauf zugreifen kann. Er verkauft entweder das gesamte Paket weiter oder aber er spaltet eine bestimmte Nutzeranzahl ab und verkauft die Nutzungslizenzen an unterschiedliche Zweiterwerber und nutzt selbst die verbleibende Anzahl für sich. Das Computerprogramm wird daher auf mehreren Servern gleichzeitig eingesetzt (Fall H).

Unter rechtlichen Gesichtspunkten sind diese Transaktionen aber nur möglich, wenn der Ersterwerber berechtigt ist die Software über den Zwischenhändler an den Zweiterwerber weiter zu geben. Von Interesse ist, dass der Ersterwerber nicht mehr Rechte übertragen wird können als er selbst erworben hat. Daher wird die Darstellung der Rechtekette von zentralem Interesse sein.⁵⁴

5 DIE „UsedSoft“ ENTSCHEIDUNGEN

5.1 Sachverhalt

Die Oracle International Corp. (Oracle) entwickelt Computersoftware und vertreibt diese zu 85% per Download, den der Kunde über das Internet herunterlädt. Mit Abschluss eines Lizenzvertrages wird das Nutzungsrecht auf dauerhafte Speicherung der Software auf einem Server und Zugriff für maximal 25 Nutzer gewährt. Im Lizenzvertrag ist folgende Bestimmung enthalten: *"Mit der Zahlung für Services haben Sie ausschließlich für Ihre internen Geschäftszwecke ein unbefristetes, nicht ausschließliches, nicht abtretbares und gebührenfreies Nutzungsrecht für alles, was Oracle entwickelt und Ihnen auf der Grundlage dieses Vertrags überlässt."*⁵⁵ Darüber hinaus kann der Kunde – im Rahmen eines Software-Pflegevertrages – „updates“ (aktualisierte Softwareversionen) und „patches“ (Programme zur Fehlerbehebung) herunterladen.

Die UsedSoft GmbH (UsedSoft) bietet „bereits benutzte“ Lizenzen zum Kauf an. Im Angebot für Oracle Lizenzen weist UsedSoft darauf hin, dass es sich bei den Lizenzen um aktuelle

⁵⁴ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 203 ff.

⁵⁵ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 20 ff.

neuwertige Versionen handelt, da die Software-Pflegeverträge der früheren Lizenznehmer weiter fortwirken. Zudem wird die Rechtmäßigkeit des Verkaufs durch ein Notartestat bestätigt.⁵⁶

5.2 Der Gang des Verfahrens

Sowohl das LG München⁵⁷ als auch das OLG München⁵⁸ hatten der Klage von Oracle stattgegeben und UsedSoft verurteilt, Geschäftspraktiken zu unterlassen die Dritte zur Vervielfältigung von Oracle Software veranlasst. UsedSoft hat in der Folge Revision beim BGH erhoben, welcher wiederum das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH drei Fragen hinsichtlich der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei gebrauchter Software im Zusammenhang mit der Auslegung der RL 2009/24 vorgelegt hat. Im Wesentlichen sollten die Fragen beantwortet werden, ob eine Erschöpfung des Verbreitungsrechtes nach Art 4 Abs 2 RL 2009/24 auch bei nicht körperlicher Verbreitung durch Herunterladen eintritt (zweite Frage), ob der Erwerber der gebrauchten Lizenz auch ein rechtmäßiger Erwerber iSv Art 5 Abs 1 RL 2009/24 ist (erste Frage) und schließlich ob der Erwerber sodann zur Erstellung einer Programmkopie berechtigt war (dritte Frage).

5.3 Entscheidung des EuGH („UsedSoft“)

In seinem ersten Schritt in Beantwortung der zweiten Frage, prüft der EuGH ob ein „*Erstverkauf einer Programmkopie*“ nach Art 4 Abs 2 RL 2009/24 vorliegt, denn nur dann tritt die Erschöpfungswirkung ein. Dazu definiert er Verkauf als „*eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt*“⁵⁹ und legt den Begriff autonom und einheitlich für die gesamte Union aus.⁶⁰ Der Gerichtshof wählt dabei eine weite Begriffsauslegung mit dem Argument, dass es dann nicht in den Händen der Softwarelieferanten liegt allein durch die Bezeichnung als Lizenz- an Stelle Kaufvertrag den Erschöpfungsgrundsatz auszuschalten⁶¹ und damit unterschiedliche Rechtsfolgen herbeizuführen.⁶²

⁵⁶ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 24 f.

⁵⁷ LG München I, 15.03.2007, 7 O 7061/06.

⁵⁸ OLG München, 03.07.2008, 6 U 2759/07.

⁵⁹ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 42.

⁶⁰ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 39f.

⁶¹ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 49.

⁶² Schmitt, Der Fall "UsedSoft" und seine vertrags- und urheberrechtlichen Implikationen, in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013) 247 (251).

Damit entkräftet er auch den Einwand von Oracle im Rahmen des Lizenzvertrages lediglich Nutzungsrechte einzuräumen, keinesfalls aber Eigentum übertragen zu wollen.⁶³

Der Gerichtshof führt weiter aus, dass das Herunterladen einer Kopie des Computerprogramms auf den Server des Kunden und der Lizenzvertrag über die Nutzung desselben, ein „*unteilbares Ganzes*“⁶⁴ bilden und wenn wie hier ein unbefristetes Nutzungsrecht gegen Zahlung eines dem wirtschaftlichen Wert der Kopie entsprechenden Entgelts, eingeräumt wird Eigentum an der Programmkopie übertragen wird.

Oracle wendet weiter ein, dass die Downloadmöglichkeit auf ihrer Website eine „*öffentliche Zugänglichmachung*“ iSv Art 3 Abs 1 RL 2001/29 darstellt, die eine Erschöpfung des Rechts nach Verbreitung der Kopie nach Abs 3 dieser Bestimmung verhindert. Dem entgegnet der Gerichtshof, dass nach Art 1 Abs 2 lit a RL 2001/29 die Bestimmungen der RL 2009/24 *leges specialis* im Verhältnis zu den Bestimmungen der RL 2001/29 sind, also bei Computerprogrammen jedenfalls die Erschöpfung des Verbreitungsrechts erwirkt.⁶⁵

Oracle macht auch geltend, dass sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts iSv Art 4 Abs 2 RL 2009/24 nicht auf unkörperliche Kopien von aus dem Internet heruntergeladenen Computerprogrammen, also Downloads, erstreckt. Der EuGH führt dazu aus, dass die Bestimmung – Art 4 Abs 2 RL 2009/24 spricht nur von „*Programmkopien*“ – nicht zwischen körperlich oder unkörperlich unterscheidet, vielmehr sei es der Wille des Gesetzgebers beide gleichzustellen. Wenn in Art 4 Abs 2 RL 2001/29 im Zusammenhang mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechts von „*Gegenstand*“ gesprochen wird und damit nur materielle Güter beträfe, wäre an der genannte Auslegung von Art 4 Abs 2 RL 2009/24 dennoch festzuhalten, weil der Gesetzgeber eben einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat. Wirtschaftlich und funktional entspricht der Erwerb eines Computerprogramms mittels Datenträger (körperlich) dem via Download (unkörperlich). Eine Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf körperliche Datenträger, würde zu einer zu weitreichenden Kontrolle und einer erneuten Honorierung des Urheberrechtsinhabers führen, aber auch den Wiederverkauf von aus dem Internet heruntergeladenen Programmkopien beschränken. Dies würde schlussendlich „*über das zur Wahrung*

⁶³ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 43.

⁶⁴ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 44ff.

⁶⁵ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 50f.

*des spezifischen Gegenstands des fraglichen geistigen Eigentums Erforderliche hinausgehen.*⁶⁶

Bezüglich des Wartungsvertrags meinte Oracle, dass dieser die Erschöpfung nach Art 4 Abs 2 RL 2009/24 verhindere, da es sich bei der verkaufte Programmkopie um eine neue Programmkopie und nicht um die ursprünglich durch den Ersterwerber erworbene, handle. Tatsächlich erstreckt sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach Art 4 Abs 2 RL 2009/24 nicht auf Dienstleistungsverträge, wie den zumeist auf einen bestimmten Zeitraum abgeschlossenen Wartungsvertrag. Dazu führt der Gerichtshof aber aus, dass die infolge des Wartungsvertrags verbesserten und ergänzten Funktionen Teil der ursprünglich erworbenen Programmkopie sind, die Programmkopie also jeweils in der aktualisierten Form zum Weiterverkauf angeboten werden kann.⁶⁷

Der EuGH legt weiters fest, dass im Falle des Weiterverkaufs der Lizenz der Verkäufer seine eigene Programmkopie unbrauchbar zu machen hat, weil er ansonsten gegen das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Urhebers nach Art 4 Abs 1 lit a der RL 2009/24 verstößt. Und der Fall, dass der Verkäufer für eine seinen Bedarf übersteigende Nutzerzahl, die Lizenz aufspalten und das Recht zur Nutzung für eine von ihm bestimmte Nutzerzahl weiter verkaufen würde wollen, ist von der Erschöpfung des Verbreitungsrechtes nicht mitumfasst; auch nicht, wenn der Erwerber nur zusätzliche Nutzungsrechte zu bereits vorhandenen erwirbt, denn dann wird bloß der Kreis der Nutzer ausgeweitet.⁶⁸

Art 5 Abs 1 RL 2009/24 legt fest, dass der rechtmäßige Erwerber Handlungen, die für eine bestimmungsgemäße Benutzung wie zB die Vervielfältigung eines Computerprogramms notwendig sind, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfen. Das Herunterladen eines Computerprogramms im Zuge des Erwerbs ist aber genau eine solche für die spätere Nutzung notwendige Vervielfältigung. Demgegenüber ist der Urheberrechtsinhaber berechtigt, technische Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass der Verkäufer nach dem Verkauf die Programmkopie nicht weiter nutzt. Da vertragliche Bestimmungen, die den Weiterverkauf der Programmkopie an die Zustimmung des Urheberrechtsinhabers binden, aufgrund der Erschöpfungsregelung, unbeachtlich sind, ist der neue und jeder weitere Erwerber der

⁶⁶ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 53ff.

⁶⁷ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 64ff.

⁶⁸ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 69ff.

verbesserten und aktualisierten Programmkopie ein rechtmäßiger Erwerber iSv Art 5 Abs 1 RL 2009/24.⁶⁹

5.4 Der Gang des Verfahrens

Auf Grundlage der durch den EuGH beantworteten Fragen hat der BGH im Ergebnis das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Tatsachenaufklärung bzw. Sachverhaltsfeststellung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.⁷⁰

5.5 Entscheidung des BGH („UsedSoft II“)⁷¹

Das Verbreitungsrecht an einer über das Internet erlangten Programmkopie ist erschöpft, wenn der Rechteinhaber dem Herunterladen der Programmkopie und damit der erstmaligen Verbreitung derselben, gegen Zahlung eines Entgelts zugestimmt hat, gleichzeitig dem ersten Erwerber ein zeitlich nicht begrenztes Nutzungsrecht einräumt und derselbe seine Programmkopie zugleich unbrauchbar macht. Weiters hält der BGH fest, dass das Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung der erschöpften Programmkopie durch vertragliche Regelungen nicht ausgeschlossen werden kann (zwingender Kern des Art. 5 Abs 1 RL 2009/24). Die Tatsache, dass der Urheberrechtsinhaber die Lizenzgebühren ohne Berücksichtigung der Möglichkeit einer Weiterveräußerung bemessen hat ist unerheblich, soweit ihm nur die Möglichkeit gegeben ist, eine angemessene Vergütung zu erzielen. Aufgrund der Zustimmung des Urheberrechtsinhabers zum Download hatte dieser die Möglichkeit dafür auch ein dem wirtschaftlichen Wert der Kopie entsprechendes Entgelt zu verlangen.

Der BGH hält weiters fest, dass soweit sich das Verbreitungsrecht des Rechteinhabers auf nichtkörperliche Kopien von Computerprogrammen erschöpft insoweit auch das Markenrecht des Rechteinhabers erschöpft. Die Beweislast zB für die Einräumung unbefristeter und den Umfang der Nutzungsrechte, für den Abschluss eines Wartungsvertrages zwischen dem Ersterwerber und dem Rechteinhaber, für die Erteilung der für die bestimmungsgemäße Nutzung erforderlichen Informationen an den Nacherwerber trägt der Gebrauchtsoftwarehändler. Es ist nicht notwendig, dass der Nacherwerber dieselbe erschöpfte Kopie des Computerprogramms erhält, vielmehr reicht es aus, dass er von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers eine Kopie herunterlädt, die wiederum von der Erschöpfungswirkung umfasst ist.

⁶⁹ EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 74ff.

⁷⁰ BGH 17.07.2013, I ZR 129/08 (UsedSoft II) = jusIT 2014/33, 64 (Schmitt).

⁷¹ UsedSoft II, I ZR 129/08, 57ff.

Ist das Verbreitungsrecht erschöpft erwirbt der Nacherwerber nach § 69d Abs 1 dUrhG ein gesetzliches Vervielfältigungsrecht. Was eine bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogrammes ist, ergibt sich aus dem zwischen Urheberrechtsinhaber und Ersterwerber abgeschlossenen Lizenzvertrag. Haben der Ersterwerber und der Urheberrechtsinhaber einen Wartungsvertrag abgeschlossen, dann sind zwischenzeitig erfolgte Verbesserungen und Aktualisierungen des heruntergeladenen Computerprogrammes vom Erschöpfungsgrundsatz mitumfasst.

5.6 Kurzzusammenfassung

5.6.1 Der EuGH kommt zu nachstehenden Ergebnissen:⁷²

Eine via Download heruntergeladene Programmkopie und der Lizenzvertrag über die Nutzung dieser Kopie bilden ein untrennbares Ganzes.

Das Verbreitungsrecht des Rechteinhabers erschöpft sich, wenn das Nutzungsrecht auf eine dauerhafte, zeitlich unbegrenzte Nutzung gerichtet ist und dafür ein Entgelt, das dem wirtschaftlichen Wert der Kopie entspricht, gezahlt wird.

Das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers erlischt auch dann, wenn eine als Download verfügbare Programmkopie heruntergeladen wird, die Übergabe eines physischen Datenträgers ist nicht erforderlich.

Der erste Erwerber muss im Falle des Weiterverkaufs seine Programmkopie unbrauchbar machen.

Mit Abschluss einer Wartungsvereinbarung erstreckt sich die Erschöpfungswirkung auch auf sämtliche zwischenzeitig erfolgte Aktualisierungen und Verbesserungen der ursprünglichen Version der Programmkopie.

⁷² Vgl. *Appl/Schmidt*, Zweitverwertung gebrauchter Digitalgüter, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), *Abstraktion und Applikation* (2013), 591; *Winklbauer/Geyer*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz im Zeitalter der Digitalisierung – Auswirkungen der *UsedSoft*-Entscheidung des EuGH, ZIR 2014/2, 93 (94); *Thiele Clemens*, Vortrag 8. Österreichischer IT-Rechtstag 22.05.2014; *Schmitt*, Der Fall „UsedSoft“ und seine vertrags- und urheberrechtlichen Implikationen in Staudegger/Thiele (Hrsg), *Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013* (2013) 247 (265).

Jeder weitere Erwerber einer Nutzungslizenz, der sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen kann, ist ein rechtmäßiger Erwerber und darf für die Nutzung der Programmkopie erforderliche und notwendige Vervielfältigungen vornehmen.

Im Rahmen einer Client-Server-Lösung dürfen Lizenzpakete nur als Ganzes weiterverkauft werden, ein Aufspalten und Herauslösen einzelner Lizenzen ist nicht zulässig.

5.6.2 Der BGH kommt zu nachstehenden Ergebnissen:⁷³

Das Verbreitungsrecht ist erschöpft, wenn der Urheberrechtsinhaber seine Zustimmung zur Nutzung der Kopie gegen Zahlung eines dem wirtschaftlichen Wert entsprechenden Entgelts zeitlich unbegrenzt eingeräumt hat und der Ersterwerber seine Kopie unbrauchbar gemacht hat. Zwischenzeitig vorgenommene Verbesserungen und Aktualisierungen müssen von einem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt sein.

Die Erschöpfungswirkung erstreckt sich auch auf eine Kopie des Computerprogramms, die der Nacherwerber von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers auf seinen Computer herunterlädt. Es muss also nicht dieselbe Kopie übergeben werden.

Ist das Verbreitungsrecht der Kopie eines Computerprogrammes erschöpft, erwirbt der Nacherwerber durch § 69d Abs 1 dUrhG ein gesetzliches Vervielfältigungsrecht zur bestimmungsgemäßen Benutzung. Eine entgegenstehende vertragliche Vereinbarung ist unbeachtlich.

Der Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms ergibt sich aus dem zwischen Urheberrechtsinhaber und Ersterwerber geschlossenen Lizenzvertrag.

Die Darlegungs- und Beweislast, dass die Erschöpfungswirkung eingetreten ist, trifft denjenigen, der sich darauf beruft. Und denjenigen trifft auch die Beweislast dafür, dass dem Nacherwerber die Informationen zur bestimmungsgemäßen Nutzung erteilt worden sind.

⁷³ Vgl. Schmitt Thomas Rainer, BGH: Zur Zulässigkeit des Weiterverkaufs „gebrauchter“ Software, jusIT 2014/33, 64f; Thiele Clemens, Vortrag 8. Österreichischer IT-Rechtstag 22.05.2014.

5.7 Lehrmeinungen zu den UsedSoft Entscheidungen

5.7.1 Verkauf und Eigentumsübertragung

Die vom EuGH vorgenommene unionsweit verbindliche Definition „*Verkauf*“ hat in der Lehre zu Kritik geführt. Zum einen weil es der Gerichtshof nicht für notwendig erachtet hat klarzustellen woher er die Definition nimmt, zum anderen, weil er ein „*Auslegungsmonopol*“ für sich in Anspruch nimmt, das nur auf seiner Rechtsprechung basiert und nicht durch einen legislativen Akt legitimiert ist. Zudem greift der EuGH mit der Definition was ein „*Verkauf*“ sei (Kauf sei Übertragung der Eigentumsrechte an einem körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts) nicht nur in Kernbereiche des Zivilrechts ein, sondern entzieht den Begriff auch noch der nationalstaatlichen Auslegung.⁷⁴

Dadurch, dass der EuGH den Begriff Verkauf auslegt und somit Grundlagen für einen übergreifende Eigentumsübergang festlegt, erfolgt ein Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen.⁷⁵ Daher ist die Tatsache, dass die gewählte Auslegung nicht mit den Regelungen in den einzelnen EU Mitgliedstaaten übereinstimmt, viel weitreichender; so ist zB der online Download nach französischem Recht eine Dienstleistung und kein Kauf.⁷⁶ Die Erörterung der Eigentumsübertragung durch den EuGH ruft auch Konflikte mit dem deutschen Sachenrecht hervor, weil der Eigentumserwerb an Software in Deutschland bis dato nur in Verbindung mit einem Datenträger möglich war.⁷⁷

Schmitt⁷⁸ kritisiert, dass der EuGH eine Eigentumsübertragung an der Software anführt, Artikel 4 Abs 2 RL 2009/24 aber nur einen Verkauf fordert. Somit hätte die Annahme einer dauerhaften Lizenzierung ausgereicht. Dies umso mehr als die Eigentumsübertragung im Vertrag zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber explizit ausgeschlossen und nur Nutzungsrechte übertragen werden sollen.

Diskussionswürdig ist für Staudegger⁷⁹ daher auch die vom EuGH vorgenommene Umdeutung des erklärten Parteiwillens. Dadurch dass der EuGH auf Grund der unbefristeten Ein-

⁷⁴ Staudegger, Zulässigkeit und Grenzen des Handels mit "Gebrauchsoftware", jusIT 2012/57, 127 (129); Haberstumpf, Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht, CR 9/2012 561 (562).

⁷⁵ Schmitt, jusIT 2014/33, 65.

⁷⁶ Bisset, Der Erschöpfungsgrundsatz und Software - auch auf andere digitale Inhalte anwendbar?, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 597.

⁷⁷ Staudegger, jusIT 2012/57, 127 (130).

⁷⁸ Schmitt, in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013) 247 (254).

⁷⁹ Staudegger, jusIT 2012/57, 127 (130).

räumung eines Nutzungsrechtes von Kauf ausgeht, deutet er den ausdrücklich kundgemachten Willen des Rechteinhabers lediglich Nutzungsrechte einräumen zu wollen, um. Gerade aber im Urheberrecht ist dem erklärten Parteiwillen besondere Bedeutung beizumessen, da dieses im Besonderen auf bloße Nutzungsrechtseinräumungen- und -bewilligungen basiert. Aber auch im Zivilrecht ist die Vertragsautonomie einer der tragenden Grundsätze.

Nach *Staudegger*⁸⁰ werde beim Softwareerwerb zivilrechtlich das Nutzungsrecht und nicht die Programmkopie erworben, damit allenfalls „*Kauf eines Benutzungsrechtes*“ und daher ist der vom EuGH gewählte Weg, dass Softwarelizenzierung Eigentum an der Programmkopie verschaffe, abzulehnen. Es hätte daher der Erörterung der Eigentumsübertragung durch den EuGH nicht bedurft. Ebenso *Haberstumpf*,⁸¹ der ausführt, dass Gegenstand eines Kaufvertrages das sei, was die Parteien kaufen oder verkaufen wollen und im konkreten Fall will Oracle nur ein Nutzungsrecht einräumen.

*Ohly*⁸² misst den Ausführungen des EuGH „*keine grundlegende dogmatische Stellungnahme zur Rechtsnatur des Softwarekaufs zu*“ sondern sieht das Bemühen des EuGH „*die auf [körperliche] Sachen zugeschnittene Logik des Erschöpfungsgrundsatzes auf Datensätze anzuwenden.*“

5.7.2 Ist das Anbieten von Software zum Download eine Verbreitungshandlung oder eine öffentliche Zurverfügungstellung?

Software zum Download wird zumeist in Verbindung mit dem Abschluss eines Lizenzvertrages angeboten, der dem Ersterwerber die vertragskonforme Nutzung der Software erlaubt. Es handelt sich dabei um eine Verbreitungshandlung auf die der Erschöpfungsgrundsatz anzuwenden ist.⁸³

Wenn man aber wie *Stieper*⁸⁴ annimmt, dass ein Fall des Art 3 Abs 1 RL 2001/29 vorliegt bei dem die Kopie erst durch die Vervielfältigung des Ersterwerbers entstehe und das Herunterladen noch nicht zum Eigentumsübergang führt, ist auch die Erschöpfung ausgeschlossen. Denn

⁸⁰ *Staudegger*, jusIT 2012/57, 127 (129f); zustimmend Bisset, Abstraktion und Applikation (2013) 597 (600);

⁸¹ *Haberstumpf*, CR 9/2012 561 (566).

⁸² *Ohly*, Europarecht. Entscheidungen Anmerkung, JZ 2013/1, 37 (43).

⁸³ *Kulka*, ÖBl 2012/58, 245.

⁸⁴ *Stieper*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – EuGH 03.07.2012 Aktenzeichen C-128/11 – Used-Soft, ZUM 2012, 668.

eine bloße Zurverfügungstellung erschöpft sich mit der Konsumierbarkeit des Werkes und räumt kein Nutzungsrecht ein.

5.7.3 Körperliche/unkörperliche Programmkopien und der Erschöpfungsgrundsatz

Im Urteil wird dezidiert festgehalten, dass RL 2009/24 im Verhältnis zur RL 2001/29 „*lex specialis*“ ist.⁸⁵ Nach Art 1 Abs 2 RL 2009/24 sind „*alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen*“ geschützt. Damit sind auch unkörperliche Programmkopien geschützt und vom Erschöpfungsgrundsatz nach Art 4 Abs 2 RL 2009/24 mitumfasst.⁸⁶ Art 4 Abs 2 RL 2001/29 spricht im Zusammenhang mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechtes „*[...] auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke eines Werks nur, wenn der Erstverkauf dieses Gegenstands [...] erfolgt.*“

Nopp/Hötzendorfer lesen aus dem Wortlaut von Art 4 Abs 2 RL 2001/29 eine Einschränkung auf körperlich oder nichtkörperlich nicht heraus.⁸⁷

Hoeren/Försterling führen zur Erschöpfung als allgemeinen Grundsatz des Online-Softwarevertriebs aus, dass einmal mit Zustimmung des Urhebers verkaufte Softwareprodukte vom Erwerber ohne weitere Zustimmung des Urhebers verkauft werden können, was dazu führt, dass die Verkehrsfähigkeit des Computerprogramms und der damit zusammenhängenden Lizenzen erhalten bleibt. Der Offline- und Onlinesoftwarehandel sind damit gleichgestellt und eine Unterscheidung in verkörperte und unverkörperte Programmkopien obsolet.⁸⁸

Ohly führt in diesem Zusammenhang an „*Die Offline- und die Online-Übertragung sind technisch und wirtschaftlich gleichwertig: ‚Waren sind Waren‘.*“⁸⁹

Im Zusammenhang mit dem Erschöpfungsgrundsatz ist festzuhalten, dass die Benutzung eines Computerprogramms der Zustimmung des Urhebers bedarf. Jede Installation und Nutzung, auch das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher eines Computers, stellt bereits eine Vervielfältigung dar.⁹⁰ *Ulmer/Hoppen* weisen darauf hin, dass eigentlich die Kopie eines Computerprogrammes Bezugsgegenstand ist und nicht mehr das originäre Computerpro-

⁸⁵ EuGH 03.07.2012, C-128/11, Rz 51 und 56.

⁸⁶ EuGH 03.07.2012, C-128/11, Rz 59

⁸⁷ *Nopp/Hötzendorfer*, Zweitverwertung von C-128/11: Mögliche Folgen für Gebrauchtmärkte anderer digitaler Güter juristisch und ökonomisch betrachtet, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 605 (607).

⁸⁸ *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software, MMR 10/2012, 642 ff.

⁸⁹ *Ohly*, JZ 2013/1, 37 (44).

⁹⁰ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 215ff.

gramm. Sie führen weiter aus, dass es Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes sei, das Verbreitungsrecht auf das zum Schutz des Gegenstandes Erforderliche einzuschränken um abgeschottete Märkte zu vermeiden⁹¹ und dieser Zweck würde eben mit dauerhafter Lizenzierung erreicht.⁹² Daher kann jede geschützte Erscheinungsform von Software – auch unkörperliche Kopien – Gegenstand der Erschöpfung sein.

Der Zweiterwerber – und jeder nachfolgende – wird i.S.v. Art 5 Abs 1 RL 2009/24 und i.S.v. § 69d Abs 1 dUrhG als rechtmäßiger Erwerber angesehen, da die mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechts einhergehende Verkehrsfähigkeit der Software, die eine Vervielfältigung des Programmes zur Nutzung erfordert, erhalten bleibt. Der Neu-Download von der Seite des Urheberrechtsinhabers in der jeweils aktuellen Version durch den Zweiterwerber ist also zulässig (Bestimmungsgemäßer Gebrauch), wenn gleichzeitig mit dem Verkauf, der Ersterwerber seine eigene Kopie zumindest unbrauchbar macht. Außerdem wird angeführt, dass infolge der Gesamtbetrachtung von Download und Lizenzvereinbarung die dauerhafte Übertragung von Nutzungsrechten an einer Programmkopie gegen Einmalentgelt unter dem Begriff „*Verkauf*“ zu subsumieren ist.⁹³

Schmitt kritisiert die Vorgabe des BGH, dass der jeweilige Erwerber die Unbrauchbarmachung des Computerprogrammes beim Vorerwerber beweisen muss. Damit überbindet der BGH die „*widrigen Folgen*“, nämlich die Unterlassung des Unbrauchbarmachens auf jeden weiteren Erwerber und dies widerspricht der ratio des EuGH.⁹⁴

Die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms, womit wohl die Vervielfältigung gemeint ist, leitet sich – auch für jeden weiteren Erwerber – aus dem zwischen Ersterwerber und Urheberrechtsinhaber geschlossenen Vertrag her. Diese Informationspflicht ist eine vertragliche Nebenpflicht und dient jedem weiteren Erwerber dazu, über mögliche Schranken die Nutzung betreffend Bescheid zu wissen.⁹⁵

⁹¹ *Ulmer/Hoppen*, Die UsedSoft Entscheidung des EuGH: Europa gibt die Richtung vor, ITRB 10/2012, 232 (234).

⁹² *Staudegger*, jusIT 2012/57, 127 (130).

⁹³ *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software, MMR 10/2012, 642 ff.

⁹⁴ *Schmitt*, jusIT 2014/33, 65.

⁹⁵ *Schmitt*, jusIT 2014/33, 66.

Stieper führt aus, dass der Zweiterwerber an schuldvertraglichen Abreden zwischen Rechteinhaber und Ersterwerber nicht gebunden ist und leitet die bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogrammes kraft Gesetzes her.⁹⁶

Stellvertretend für die dargelegten Meinungen zum Erschöpfungsgrundsatz und der Online Übertragung von Software führen *Wiebe/Appl* drei unterschiedliche Ansichten an. Die erste Meinung macht die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes von der Übergabe eines körperlichen Werkstücks abhängig. Die zweite Meinung wendet den Erschöpfungsgrundsatz analog auf alle beim Erwerber erstellten Kopien an (konkret auf den übertragenen Datenbestand), denn das Verwertungsinteresse ist in beiden Fällen – also bei körperlicher und bei unkörperlicher Überlassung – gleich. Und schließlich führt die dritte Meinung aus, dass sich die Erschöpfungswirkung, aus Gründen der Rechtssicherheit und der Kontrollierbarkeit für den Urheberrechtsinhaber, nur auf die erste Programmkopie bezieht.⁹⁷

5.7.4 Der Pflegevertrag

Von der Erschöpfung sind auch sämtliche zwischenzeitig erfolgten Aktualisierungen und Verbesserungen der ursprünglichen Version erfasst.⁹⁸ Insbesondere der Erwerber wird darauf achten dass diese enthalten sind, da er nicht eine veraltete bzw. nicht die aktuellste Produktversion der gebrauchten Software erwerben wird wollen.

Staudegger sieht darin auch das Recht des nachfolgenden Erwerbers eine Programmkopie der Software direkt vom Server des Anbieters herunter zu laden, verankert.⁹⁹ In der Praxis wird der Pflegevertrag zumeist zeitgleich mit dem Lizenzvertrag abgeschlossen. *Schmitt* kritisiert die Unschärfe des EuGH, weil er offen lässt wann eine Programmadaptierung nicht mehr der Erschöpfung unterliegt. Er zieht die Grenze wenn zB zusätzliches Entgelt zu bezahlen ist oder wenn das Programm umfassend einem Relaunch unterzogen wird.¹⁰⁰ Fraglich ist auch, wie mit automatischen Beendigungsklauseln in Wartungsverträgen umzugehen ist, die an einen Wechsel des Anwenders anknüpfen. *Schneider/Spindler* sehen die Möglichkeit solche Klauseln für unzulässig zu erklären, mit der Folge dem Softwarehersteller wechselnde Vertragspartner aufdrängen zu können dabei aber die Vertragsautonomie in Frage zu stellen. Oder

⁹⁶ *Stieper*, ZUM 2012, 668.

⁹⁷ *Wiebe/Appl*, MR 2007, 186 (190f).

⁹⁸ *Schmitt*, in *Staudegger/Thiele* (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013) 247 (257f).

⁹⁹ *Staudegger*, jusIT 2012/57, 127 (131).

¹⁰⁰ *Schmitt*, in *Staudegger/Thiele* (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013) 247 (257f).

aber die Klausel ist zulässig, dann würde der Zweiterwerber aber nur die beim Ersterwerber vorhandene Kopie erhalten, was wiederum nicht der EuGH Entscheidung entspricht, weil „Ergänzungen und Änderungen mit der ursprünglich überlassenen Software eine Einheit bilden.“¹⁰¹

Nach Hören/Försterling gibt es „den“ Pflegevertrag nicht sondern nur eine Fülle von Einzelleistungen, die je nach Leistungsgegenstand ein unterschiedliches Gepräge aufweisen. Werden also Updates und Upgrades geliefert erstreckt sich die urheberrechtliche Erschöpfung auch auf diese aktualisierten Versionen.¹⁰²

Die Conclusio dass der Lizenzvertrag und die Programmkopie untrennbar miteinander verbunden sind führt dazu, dass der Lizenzvertrag auf den neuen Erwerber übergeht ohne dass dem Urheberrechtsinhaber ein Verhandlungsspielraum eingeräumt wird.¹⁰³ Fraglich ist ob auch der Pflegevertrag übergeht oder ob der Urheberrechtsinhaber zumindest diesen aktualisieren kann. Ganz grundsätzlich ändert sich durch den Wechsel des Programmkopieinhabers für den Urheberrechtsinhaber nichts, weil aber nicht nur die Rechte sondern auch Pflichten übergehen, wird im Sinne der Vertragsautonomie ein automatischer Übergang nicht anzunehmen sondern die Zustimmung des anderen Vertragspartner notwendig sein.¹⁰⁴ Aus wirtschaftlicher Sicht betrachtet könnte sich für den Urheberrechtsinhaber aus notwendigen Systemanpassungen, individuellen Erweiterungen etc. durchaus auch Potential für Dienstleistungsgeschäfte ergeben.

5.7.5 Die Volumenlizenzen

Volumenlizenzen zeichnen sich dadurch aus, dass die Software auf Einzelplatzrechnern eigenständig installiert und ausgeführt wird oder mittels Client-Server-Nutzung über ein Netzwerk.¹⁰⁵ Im Rahmen einer Volumenlizenz, werden Nutzungsrechte eingeräumt die dazu berechtigen, eine bestimmte Softwareversion auf mehreren Computern zu nutzen. Der zu Grun-

¹⁰¹ Schneider/Spindler, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht, CR 8/2012, 489 (494).

¹⁰² Hören/Försterling, MMR 10/2012,

¹⁰³ Bisset, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 597 (601).

¹⁰⁴ <http://www.computerundrecht.de/media/ITRB_2014_05_Schneider_UsedSoft.pdf> (14.09.2014).

¹⁰⁵ OLG Karlsruhe, 27.07.2011, 6 U 18/10.

de liegende Lizenzvertrag erlaubt dem Ersterwerber die vertraglich vereinbarte Vervielfältigung des Computerprogramms.¹⁰⁶

Anhand von zwei anschaulichen Beispielen (Fälle D und E) sollen im Folgenden Volumenlizenzen dargestellt werden. Im ersten Beispiel veräußert der Ersterwerber ein Computerprogramm, das er ursprünglich mittels Download erhalten hat, und für das er Mehrfachlizenzen besitzt, dh Berechtigungen zur zeitgleichen Nutzung durch mehrere Anwender. Im zweiten Beispiel veräußert der Ersterwerber ein Computerprogramm, das er ursprünglich mittels Master-Kopie, also auf einem Datenträger, erhalten hat. Um das Computerprogramm zu nutzen, musste er die erforderlichen Programmvervielfältigungen selbst vornehmen. Auch hier geht die Nutzungsberechtigung auf eine zeitgleiche Mehrfachnutzung.¹⁰⁷

In beiden Varianten veräußert der Ersterwerber entweder alle oder nur einige Nutzungsrechte weiter, im letzten Fall kommt es also zur Aufspaltung der Berechtigungen, weil einige noch beim Ersterwerber verbleiben.

Ein Computerprogramm, das auf einem Einzelplatz eingesetzt wird, ist als eigenständig zu beurteilendes Recht zu behandeln.¹⁰⁸ Das Nutzungsrecht wird also nicht aufgespalten. *Marly*¹⁰⁹ wendet den Erschöpfungsgrundsatz analog an und vermeidet „gesetzliche Wertungswidersprüche“, der EuGH spricht ja in diesem Zusammenhang vom Erfordernis des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Dahingegen vertritt *Rüffler*¹¹⁰ die Meinung, dass auf Grund eines Vergleiches mit der „Offline-Welt“ das Verbreitungsrecht an Werkexemplaren erschöpft ist und auch ein Teil der Lizenzen weiterveräußert werden kann, da zum einen das Argument der Aufspaltung eines einheitlichen Rechts eine bloße Behauptung ist und andererseits eine degressive Gebührenstruktur am Erschöpfungsgrundsatz nichts ändert, da diese aus den geringeren Transaktionskosten und der höheren Verhandlungsmacht des Erwerbers resultiert.

*Wiebe/Appl*¹¹¹ stellen für die Frage der Abspaltung darauf ab, ob es sich um eine einheitliche Lizenz oder um eine Vielzahl von einzelnen Nutzungsbewilligungen handelt. Für letztere

¹⁰⁶ *Zellhofer/Denk*, ZVB 2009/64 (243).

¹⁰⁷ *Marley*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 206f.

¹⁰⁸ LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 (813).

¹⁰⁹ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 218.

¹¹⁰ *Rüffler*, ÖBl 2008/11, 52 (60).

¹¹¹ *Wiebe/Appl*, MR 2007, 186 (194 f.).

könnte eine Übertragung ohne Zustimmung aufgrund eingetretener Erschöpfung zulässig sein, solange sich die Gesamtzahl der Berechtigungen nicht erhöht. Ausgenommen davon sind jedoch Unternehmenslizenzen ohne Nutzungsbegrenzung und Konzernlizenzen, da diese als einheitliche und nicht aufspaltbare Nutzungsbefugnis anzusehen sind. Aufgrund der größeren Abnahmemenge können Volumenlizenzen günstiger als Einzellizenzen verkauft werden. Im Falle einer Abspaltung einzelner Lizenzen könnten diese gewinnbringend weiter verkauft werden, was wiederum den Vergütungsinteressen des Urhebers widersprechen könnte. Allerdings hat der BGH in der OEM Entscheidung¹¹² bereits klargestellt, dass unterschiedliche Preise für unterschiedliche Marktsegmente nicht mit Hilfe des Urheberrechtes kontrolliert werden sollen. Das Interesse des Softwarekäufers wird naturgemäß auf möglichst kleine dafür aber mehrere Lizenzeinheiten gerichtet sein um die Softwarepakete möglichst flexibel und bedarfsorientiert einsetzen aber auch weiter verkaufen zu können.

Sosnitza stellt bei Mehrfachlizenzen auf die feste Nutzerzahl ab, wenn er die Meinung vertritt, dass die Erschöpfung an jeder einzelnen Softwarekopie eintritt, da im Grunde Mehrfachlizenzen kein einheitliches Recht darstellen, sondern im Umfang der vereinbarten Nutzer Vervielfältigungen und damit Installationen auf Rechnern vorgenommen werden. Die unzulässige Aufspaltung sei „eine Hilfskonstruktion der gegenwärtigen Preispolitik der Softwareunternehmen“. Anderes lässt Sosnitza für Unternehmenslizenzen zum Pauschalpreis und ohne Nutzerbegrenzung gelten, denn hier könnte ein Weitergabeverbot gerechtfertigt sein.¹¹³

Nach deutscher Judikatur und Literatur ist der Weiterverkauf einer Masterkopie und der verbundenen Volumenlizenzen als einheitliches Ganzes erlaubt. Hingegen wird die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes für die Fälle, dass der Zweiterwerber nur die Nutzungsrechte übertragen bekommt, weil er die Masterkopie bereits besitzt oder die Masterkopie nicht besitzt und eine Kopie derselben erhält von der deutschen Literatur diskutiert.¹¹⁴

Die Frage ob Paketlizenzen „aufgespaltet“ werden dürfen, wenn der Zweiterwerber bereits über eine Programmkopie verfügt und nur zusätzliche Nutzungsrechte erwirbt, ist zu verneinen, denn der EuGH verknüpft den Erschöpfungsgrundsatz mit dem Erwerb einer Programm-

¹¹² BGH 06.07.2000, I ZR 244/97.

¹¹³ Sosnitza, K&R 2006/5, 206.

¹¹⁴ Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642 (645).

kopie und vermeidet so, dass eine bloße Lizenz übertragen wird. Letzteres führt nämlich dazu, dass ein Nutzungsrecht ohne die Zustimmung des Berechtigten übertragen wird.¹¹⁵

Eine Volumenlizenz berechtigt den Käufer eine Software auf einer Vielzahl von Einzelplatzrechnern jeweils eigenständig zu installieren und ausführen zu lassen.¹¹⁶ Eine Client-Server-Lizenz berechtigt die Software auf einem Server zu speichern und einer bestimmten Anzahl an Nutzern (Clients) dadurch Zugriff zu gewähren, dass die Software in den Arbeitsspeicher der Arbeitsplatzrechner geladen wird. Nur dieser letzte Fall ist gemeint, wenn der EuGH ein Verbot der Lizenzaufspaltung anspricht, denn – so argumentieren Hören/Försterling¹¹⁷ – der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, dass der Erwerber „zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs seine eigene Kopie unbrauchbar machen muss.“ Bei einer Client Server-Lizenz Lösung ist das Unbrauchbarmachen ohne gleichzeitige Verletzung des Vervielfältigungsrechts nur mittels Löschen der Software möglich, weil in diesem Fall die Anzahl der Anwender schwer zu kontrollieren ist.

Das OLG Frankfurt¹¹⁸ hat die Aufspaltung von Volumenlizenzen für unzulässig erachtet, wenn die Anzahl der mit Willen des Rechtsinhabers in Verkehr gebrachten Programmkopien verändert wird, mit anderen Worten muss die Gesamtsumme der Lizenzen gleich bleiben. Anders gesagt ist also die Aufspaltung des Lizenzpakets und der Einzelweiterverkauf eigenständiger Nutzungsrechte für ebensolche Arbeitsplätze erlaubt sofern keine Änderung der Gesamtsumme an Lizenzen erfolgt. Jedoch missbraucht der Ersterwerber den Erschöpfungsgrundsatz insofern, wenn der Ersterwerber eine zahlenmäßig nicht begrenzte Unternehmenslizenz erwirbt, die Nutzerzahlen über die der eigenen Anwender hinaus erhöht und diese Lizenz an ein größeres Unternehmen weiter überträgt.¹¹⁹

Nach der in Österreich hM ist mangels Begründung eines vertraglichen Verbreitungsrechts nur ein zumeist limitiertes Vervielfältigungsrecht im Lizenzvertrag vereinbart und eine Wei-

¹¹⁵ Kulka, ÖBl 2012/58, 246.

¹¹⁶ Zum Begriff auch OLG Karlsruhe, 27.07.2011, 6 U 18/10, Rz 51.

¹¹⁷ Hören/Försterling, MMR 2012, 642 (645).

¹¹⁸ OLG Frankfurt, 18.12.2012, 11 U 68/11 GRUR 2013, 279 (282) m. Anm. Marly.

¹¹⁹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz218ff.

terveräußerung der Volumenlizenz nur mit Zustimmung des Urheberrechtseinhabers zulässig.¹²⁰

5.7.6 Unternehmens- oder Konzernlizenz

Bei einer Unternehmens- oder Konzernlizenz erfolgt die unternehmens- oder konzernweite Nutzung des Programmes unabhängig von der Useranzahl. *Grützmacher*¹²¹ vertritt die Meinung, dass solche Lizenzen nicht übertragbar seien, weil es zu einem eklatanten Missverhältnis der Programmnutzung zwischen dem Erst- und Zweiterwerber kommen könne. Man denke nur an den Fall, dass der Zweiterwerber das Programm mit wesentlich mehr Nutzern benutzt als es dem Ersterwerber gestattet war. *Hoeren*¹²² wendet dagegen ein, dass ein mögliches Anwachsen der Nutzerzahl auch beim Ersterwerber durch wirtschaftliches Wachstum möglich gewesen wäre und dies eben in die Risikosphäre des Rechteinhabers fällt.

Wie schon kurz angemerkt setzen *Wiebe/Appl*¹²³ bei Unternehmens- oder Konzernlizenzen die Zustimmung des Urheberrechtseinhabers für die Übertragbarkeit der „*einheitlichen und nicht aufspaltbaren Nutzungsbefugnis*“ sowohl für die Vervielfältigung als auch für die Verbreitung voraus.

Das OLG Karlsruhe¹²⁴ hat für den Fall des Erwerbs einer Client-Server-basierten Unternehmenssoftware (als Einheit) ein vertraglich vereinbartes Aufspaltungsverbot der Softwarelizenzen als zulässig erachtet.

5.7.7 Die Fallkonstellationen

Zurückkommend auf die in Punkt 4.2 angeführten Fallvarianten und unter Anwendung der gewonnen Erkenntnisse kann folgendes gesagt werden:

Die zeitlich unbegrenzte Übertragung von Software auf einem Datenträger gegen Entgelt ist unstreitig eine Veräußerung (Fall A).¹²⁵

¹²⁰ *Zellhofer/Denk*, ZVB 2009/64 (242); *Zellhofer/Kopf*, „Gebrauchte“ Software – eine Lizenz zum Erfolg?, *ecolex* 2008, 336.

¹²¹ *Grützmacher*, Zur Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte an Software bei Unternehmens- und Konzernlizenzen, ITRB 2004, 204 (205 ff.).

¹²² *Hoeren*, GRUR 8/2010, 665 (668).

¹²³ *Wiebe/Appl*, MR 2007, 186 (194 f.).

¹²⁴ OLG Karlsruhe, MMR 2001, 727.

¹²⁵ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 221.

Insbesondere für die Fälle B und C ist fraglich, ob der Erschöpfungsgrundsatz analog anzuwenden ist, wenn die Kopie selbst angefertigt bzw. die Kopie von vorinstallierter Software gezogen wurde.¹²⁶

Für die Fälle F und G¹²⁷ (in denen nur reine Nutzungsberechtigungen übergeben wurden) war eine sog Vernichtungserklärung des Ersterwerbers, als Nachweis für die Nutzungseinstellung, in einem beim OLG Frankfurt anhängigen Verfahren ausreichend.¹²⁸ Jedenfalls haben der Gebrauchtsoftwarehändler bzw. der Zweiterwerber die Beweislast dafür zu tragen, dass der Ersterwerber die Nutzung eingestellt hat.¹²⁹ Im Fall G ist noch anzuführen, dass das Herunterladen der verbesserten Programmkopie vom Server des Softwareherstellers für den Zweiterwerber nur möglich ist, weil ein Wartungsvertrag zwischen Hersteller und Ersterwerber besteht und daher ein Zusammenhang zwischen der verbesserten und aktualisierten Kopie beim Softwarehersteller und dem Nutzungsrecht des Ersterwerbers.¹³⁰

Im Fall H mit Client-Server-basierter Software ist eine Aufteilung der Nutzeranzahl nicht zulässig, allerdings ist die Frage was für den Fall der Volumenlizenzen auf Einzelplatzsoftware gilt offen.¹³¹

6 SOFTWARE IN DER ÖSTERREICHISCHEN RECHTSORDNUNG

6.1 Software im Zivilrecht

Das ABGB geht in § 285 ABGB von einem weiten Sachbegriff aus und erfasst alles als Sache, was von der Person unterschieden wird und ihrem Gebrauch dient.¹³² Legt man den Begriff auf Software um, dann ist das Computerprogramm in Form eines Codes festgeschrieben und gespeichert und nicht mehr lediglich als Gedanke im Kopf eines Entwicklers. Software ist auch vom Menschen beherrschbar und dient seinem Gebrauch, denn das Computerprogramm

¹²⁶ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 213.

¹²⁷ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 221.

¹²⁸ Vgl. OLG Frankfurt, 18.12.2012, GRUR 2013, 279 (282) m. Anm. Marly.

¹²⁹ *Stieper*, ZUM 2012, 668 (670); *Hartmann*, GRUR Int. 2012, 980 (985).

¹³⁰ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 211.

¹³¹ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 219.

¹³² *Helmich* in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON § 285 Rz 1 (Version 1.02, Stand 02.2014, rdb.at).

zu starten, einzelne Arbeitsschritte auszuführen aber auch Funktionen zu beenden beruht auf der Entscheidung eines Menschen. Software ist also eine Sache im rechtlichen Sinn.¹³³

Nicht ganz so eindeutig, vor allem aber umstritten, ist die Einordnung von Software unter körperliche oder unkörperliche Sachen. Aus technischer Sicht und physikalischen Überlegungen, ist Software eine unkörperliche Sache,¹³⁴ davon ist aber die Sache im Rechtssinn zu unterscheiden. Nach § 292 ABGB sind körperliche Sachen solche, die in die Sinne fallen; sie müssen also wahrgenommen werden können und räumlich abgrenzbar sein.¹³⁵

Ist Software Teil eines körperlichen Speichermediums so ist sie als körperliche Sache zu qualifizieren.¹³⁶ F. Bydlinski stellt bei der Qualifizierung von Energie auf die „Erfassbarkeit durch die Sinne“ ab und erschließt daraus die Körperlichkeit¹³⁷, auf Software umgelegt bedeutet dies, das es keines Datenträgers bedarf um „Computerprogrammen per se die rechtliche Qualifikation der Körperlichkeit zuzugestehen.“¹³⁸ Entscheidend ist die geistig – schöpferische Leistung die bei der Erstellung des Computerprogrammes entsteht, denn nur für dieses immaterielle Gut ist der Erwerber bereit den vereinbarten Preis zu bezahlen, denn der Datenträger ist nur Mittel zum Datentransport.¹³⁹

Für Wolf liegen in der unbeschränkten Reproduzierbarkeit von unkörperlicher Software ohne viel Material- und Energieaufwand die Unterschiede aber auch die rechtlichen Schwierigkeiten.¹⁴⁰ Schlussendlich handelt es sich aber um ein Scheinproblem¹⁴¹, weil aufgrund des weiten Sachbegriffs nach § 285 ABGB auch ein Kauf unkörperlicher Sachen möglich ist, wenn die Bestimmungen die eine Körperlichkeit verlangen entsprechend modifiziert werden.¹⁴²

¹³³ Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 74.

¹³⁴ Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 69.

¹³⁵ Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 78.

¹³⁶ P.Bydlinski, AcP 198 (1998).

¹³⁷ F.Bydlinski, FS Hämmerle 31 (34); Vgl Staudegger, JBl 1998, 604 (605); Helmich in ABGB-ON § 285 Rz 1 (Version 1.02, Stand 02.2014, rdb.at).

¹³⁸ Staudegger, JBl 1998, 604.

¹³⁹ Andreewitch, Zur Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes für Softwarefehler, EDVuR 1990, 50.

¹⁴⁰ Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 84.

¹⁴¹ Ertl/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 84.

¹⁴² Ertl, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDVuR 1994, 19 (20).

6.2 Auswirkungen der UsedSoft Entscheidung

6.2.1 Bestandsvertrag

Der Trend am schnelllebigen Softwaremarkt geht dahin, mietvertragsähnliche Konstrukte einerseits und bloß temporäre Zurverfügungstellung im Zusammenhang mit Cloud-Services und hier im Besonderen mit Software as a Service anzubieten. So ist Microsoft dazu übergegangen Nutzungsrechte an Software nicht mehr zeitlich unbeschränkt, sondern im Rahmen eines Abonnements für eine bestimmte Laufzeit gegen Zahlung eines monatlichen Entgelts anzubieten.¹⁴³ Aber auch Zwischenhändler wie zB susensoftware sind zwischenzeitig dazu übergegangen gebrauchte Software als „Komplettdienstleistung zur Miete“ zu bewerben.¹⁴⁴

Diese Umstellung auf Mietmodelle, bietet den Softwarehersteller nicht nur neue Einnahmequellen indem zusätzliche Dienstleistungen zB im Bereich Softwareentwicklung angeboten werden, sondern durch die bloß temporäre Zurverfügungstellung der Software via Cloud auch eine Umgehung der dauerhaften Übertragung und damit des Erschöpfungsgrundsatzes, weil bei Miete nach RL 2009/24 und UrhG eine Erschöpfung nicht eintritt.¹⁴⁵

Das ABGB regelt die Bestandverträge in § 1090 und versteht darunter die Überlassung des Gebrauchs einer unverbrauchbaren Sache auf Zeit gegen Entgelt. In § 1091 ABGB ist der Mietvertrag näher ausgeführt, der sich durch eine bloße Verwendung der Sache ohne Fruchtziehung von der Pacht unterscheidet. Als Abgrenzungskriterium zu Letzterer sind vor allem die Betriebspflicht und die Umsatzbeteiligung genannt.¹⁴⁶

Wendet man die eben genannten Bestimmungen auf Software an, dann ist festzuhalten, dass Software eine unverbrauchbare Sache nach § 301 ABGB ist und damit ganz grundsätzlich die Anwendung der bestandsvertraglichen Regelungen möglich sind. Als verbrauchbare Sache wird eine solche definiert, die ohne Zerstörung oder Verzehrung nicht genutzt werden kann. Dabei wird nur auf die Erhaltung der Substanz abgestellt und nicht auf die Werthaltigkeit.¹⁴⁷

Weil sich Software nicht verbrauchen lässt und auch nicht der Abnützung unterliegt, auch wenn sie laufend gebraucht wird, kann man daraus schließen, dass später auftauchende Män-

¹⁴³ <<http://www.microsoft.com/de-de/kmu/Kaufberatung/Seiten/online-services.aspx>> (07.09.2014).

¹⁴⁴ <<http://www.susensoftware.de/aktuell/presse/mitteilung/60/gebrauchte-sap-software-mieten-statt-kaufen/>> (14.09.2014).

¹⁴⁵ Anderl in urheber.recht § 16 4.1. (Stand 01.12.2007).

¹⁴⁶ Ertl/Wolff, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 211.

¹⁴⁷ Spielbüchler in Rummel, § 301, Rz 1; Helmich in ABGB-ON, § 301 Rz 1 – 4 (Stand Februar 2014, rdb.at).

gel schon vor der Übergabe vorhanden waren und so die Beweislast erleichtern. Software kann einzig auf Grund technischer Weiterentwicklungen unaktuell werden und damit ihren Wert einbüßen.¹⁴⁸

Ein weiteres Element für die Anwendung des Bestandvertrages ist die zeitlich begrenzte Überlassung zum Gebrauch und die damit einhergehenden Begründung eines Dauerschuldverhältnisses.¹⁴⁹ Insbesondere bei Geschäftsmodellen wie Software as a Service wird Software auf einem Server, der über das Internet erreichbar ist bereitgehalten.¹⁵⁰ Dadurch, dass die Software nun nicht mehr auf jedem Arbeitsplatzrechner installiert werden muss kommt es zur Auslagerung von IT-bezogenen Tätigkeiten.¹⁵¹ Mit anderen Worten wird durch das Online Bereithalten von Softwareprogrammen dem jeweiligen Anwender die Nutzung bestimmter vertraglich vereinbarter Services gegen Entgelt ermöglicht.

Schließlich ist noch auf die Entgeltlichkeit abzustellen. Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann eine monatlich wiederkehrende Vergütung auf der Zahl der angebundenen Nutzer, auf „*pay per use*“ dh abhängig von der Zugriffshäufigkeit und des Ausmaßes der Programmnutzung oder aber auch von bestimmten individuellen Zielvereinbarungen wie zB Verfügbarkeitszeiten versus Ausfallzeiten basieren.¹⁵² Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass die österreichische Rsp Lizenzverträge dem Kaufrecht unterstellt, wenn die Überlassung der Software gegen ein einmaliges Entgelt erfolgt.¹⁵³

Nun gibt es die Möglichkeit, dass weiterhin der Anwender die Vervielfältigungshandlungen wie zB die Programminstallation vornimmt oder aber diese durch den Dritten erledigen lässt. Für die Vervielfältigungshandlung und die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes ist unerheblich ob der Anwender oder ein vom Anwender beauftragter Dritter das Recht ausübt.¹⁵⁴

In Österreich liegt zum Bestandsrecht in Verbindung mit Software noch keine Judikatur vor,¹⁵⁵ weshalb sich ein Blick nach Deutschland empfiehlt. Dort hat der BGH in einem Urteil¹⁵⁶ be-

¹⁴⁸ Ertl/Wolff, Die Software im österreichischen Zivilrecht, 89.

¹⁴⁹ Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB, § 1090, Rz 1.

¹⁵⁰ Manhardt, Der „Software as a Service“- Vertrag. Vertragsrechtliche Formen neuer Formen der Softwareüberlassung, 17

¹⁵¹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1115.

¹⁵² Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1117.

¹⁵³ Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1090 Rz 13 (Stand Dez. 2012, rdb.at).

¹⁵⁴ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1149.

¹⁵⁵ Staudegger, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht (2012) 151.

¹⁵⁶ BGH 15.11.2006, XII ZR 120/04.

reits ausgesprochen, dass typische Leistung eines ASP-Vertrags („*Application Service Provider*“) die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit ist und daher ein Mietvertrag anzunehmen ist. Auch die Tatsache, dass der Anwender zu keinem Zeitpunkt die Software die er anwendet besitzt, hindert nicht die Anwendung der mietvertraglichen Aspekte, da nur eine Gebrauchsüberlassung geschuldet ist.

6.2.2 Application Service Provider und Software as a Service

Zur Begriffsbestimmung von ASP und SaaS ist zu sagen, dass beide der zeitlich befristeten Softwarenutzung dienen. Während ASP vorgegebene Service Levels anbietet, ist bei SaaS ein Teil der Services den individuellen Kundenanforderungen angepasst, dennoch aber für komplexe Systemlösungen geeignet. Aus rechtlicher Perspektive sind die Unterschiede aber nicht gravierend und daher gemeinsam zu betrachten.¹⁵⁷

6.2.3 Cloud Computing

Unter Cloud Computing ist eine dezentral organisierte Infrastruktur, also Hardware und Software Auslagerung in einem Rechenzentrum mit Zugriff auf Rechnerleistung, Speicherkapazität und Software zu verstehen.¹⁵⁸ Mit anderen Worten werden beim Cloud Computing die Hardware und Ressourcen eines Dritten genutzt, der die Nutzung der einzelnen Computerprogramme über ein Netzwerk ermöglicht. Dabei werden mehrere Servicemodelle unterschieden wovon eines SaaS ist.

Auf Entwicklungen wie sog geschlossene Marktplätze (hier findet der Handel mit gebrauchten Gütern innerhalb einer Plattform ohne dauerhafte Nutzung des Speicherplatzes statt) wird aufgrund der Tatsache, dass „*nur*“ der Handel mit gebrauchter Software Gegenstand dieser Arbeit ist nicht eingegangen.

6.2.4 Technische Sperren

Um sicher zu gehen, dass der Ersterwerber nach dem Verkauf der Software nicht noch Programmkopien erstellt hat und diese weiter nutzt, hat der Urheberrechtsinhaber die Möglichkeit sog technische Sperren bzw. Schutzmaßnahmen wie zB Produktschlüssel an der Software

¹⁵⁷ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1115ff.

¹⁵⁸ Stauddegger, in Jahnel/Mader/Stauddegger (Hrsg), IT-Recht (2012) 153.

anzubringen.¹⁵⁹ Er verhindert damit eine unberechtigte Programmnutzung. Diese technischen Sperren dürfen allerdings nicht dafür missbraucht werden, eine Veräußerung auszuschließen.

Um die Programmnutzung auf berechnete Anwender einzuschränken gibt es unterschiedliche programmtechnische Schutzmechanismen. Diese Schutzmaßnahmen sollten zumindest derart ausgestaltet sein, dass ihre Überwindung mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln nicht möglich ist, da eine unberechtigte Programmnutzung wie die Praxis zeigt nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Von den Urheberrechtsinhabern werden als einfachste Maßnahme der Kopierschutz eingesetzt, dann verschiedene Programmsperren, die das Programm erst durch sog. Dongle (das ist eine mitgelieferte Entsperrvorrichtung) oder aber durch Softwareaktivierung wie sie insbesondere Microsoft aktuell anwendet, aktivieren.¹⁶⁰

Im Einzelnen erfolgt die Aktivierung dadurch, dass jedem Programmexemplar vom Hersteller eine Produkt-ID zugewiesen wird. Gemeinsam mit der Hardware-ID, diese besteht aus bestimmten Hardwarekennungen) wird daraus die 50-stellige Installations-ID gebildet. Dieser Installationscode muss an den Hersteller übermittelt werden (telefonisch oder online) und wird zur Bestätigungs-ID weiterverarbeitet. Erfolgt die Aktivierung via Internet so wird als Bestätigung ein digitales Zertifikat zurückübermittelt. Erfolgt die Aktivierung telefonisch wird eine 42-stellige Zahl als Aktivierungsschlüssel durchgegeben. Sodann überprüft die Software bei jedem Start des Programmes ob die Hardware zur Software passt.¹⁶¹

Trotz der Aktivierungs- und Registrierungspflichten darf der Anwender, wenn das Verbreitungsrecht erschöpft ist die Software weiterverkaufen, denn Aktivierungsregelungen dürfen nicht zu einer Einschränkung der Erschöpfungswirkung führen.¹⁶²

Eine weitere Möglichkeit einer technischen Beschränkung ist die Verknüpfung der Software mit der Eröffnung eines Benutzerkontos und der gleichzeitigen Einschränkung, dass dieses Benutzerkonto nicht übertragen werden darf. Die Zulässigkeit einer solchen Bestimmung ist allerdings umstritten.¹⁶³

¹⁵⁹ UsedSoft, 03.07.2012, C-128/11, 79.

¹⁶⁰ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1773.

¹⁶¹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1774f.

¹⁶² Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1779ff.

¹⁶³ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 216; vgl. BGH 11.02.2010, I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 mit Anm. Marly LMK 2010, 309245.

Wenn technische Sperren notwendige Sicherungskopien der Software unmöglich machen, dann liegt eine mangelhafte Software vor, die zumindest Gewährleistungsansprüche entstehen lässt aber dennoch keine Umgehungsmechanismen rechtfertigt.¹⁶⁴

6.3 Exkurs: Weiterveräußerungsverbote

Für die Beurteilung von vertraglichen Weiterveräußerungsverböten, ist ganz allgemein die Unterscheidung in dingliche und schuldrechtliche Wirkung notwendig. Im österreichischen Recht ist die Übertragung von Nutzungsrechten und damit verbunden die Softwarenutzung im Falle eines vertraglichen Verbots ausgeschlossen. Im Gegensatz dazu wirkt ein Übertragungsverbot bei Weitergabe der Software selbst nur relativ und wäre daher ein Weiterverkauf gegenüber Dritten nach § 364c ABGB wirksam.¹⁶⁵

In Deutschland hat das OLG Hamburg¹⁶⁶ die folgende Klausel für unzulässig erklärt: „Außerdem sind Sie berechtigt, die Software [...] zu übertragen, [...] wenn a) Sie der erste Lizenznehmer der Software sind und b) der neue Nutzer den Bestimmungen dieses Vertrages zugestimmt hat.“ Begründet wurde dies damit, dass es sich bei der Erschöpfung um zwingendes Recht handelt, sodass vertragliche Vereinbarungen in Softwareüberlassungsverträgen, die die Weiterveräußerung ausschließen, zwar schuldrechtliche aber keine dingliche Wirkung entfalten und damit nicht zur Unwirksamkeit der Weiterveräußerung führen. Somit sind vertragliche Verwendungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Erschöpfungswirkung ausschließen, regelmäßig unwirksam.¹⁶⁷

Das OLG Hamburg¹⁶⁸ hat zudem festgestellt, dass die Klausel „Die Weitergabe der Software bedarf in jedem Fall der schriftlichen Zustimmung von S [...], S wird die Zustimmung erteilen [...] kann die Zustimmung verweigern, wenn die Nutzung der Software durch den neuen Nutzer ihren berechtigten Interessen widerspricht“ unzulässig ist, weil sie die Weiterveräußerung unter den Vorbehalt des freien Ermessens des Urheberrechtsinhabers stellt, aber auch potentielle Erwerber vom Weiterverkauf abhält. Aber auch eine Klausel wonach jede über die vertragliche Vereinbarung hinausgehende Nutzung der Software anzuzeigen ist und ein ergänzender Vertrag geschlossen werden muss ist unwirksam.

¹⁶⁴ Hoeren, Skriptum IT-Recht, (Stand Februar 2014), 80.

¹⁶⁵ Wiebe/Apl, MR 2007,186 (187).

¹⁶⁶ OLG Hamburg, Beschluss 30.04.2013, Az 5 W 35/13, 37.

¹⁶⁷ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1651ff.

¹⁶⁸ OLG Hamburg, Urteil 25.10.2013, 315 O 449/12, 16.

Oft wird vertraglich vereinbart, dass dem Urheberrechtsinhaber Name und Anschrift des neuen Anwenders mitzuteilen sind. Nach *Marly* handelt es sich bei diesem Weiterveräußerungsverbot um eine Informationspflicht, die mit einer Bedingung verknüpft ist. Informationspflichten dienen dem Urheberrechtsinhaber vor allem zur Kontrolle, ob urheberrechtliche oder wettbewerbsrechtliche Verstöße zu beanstanden sind.¹⁶⁹ *Marly* zieht die Grenze für die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen bei einem Kaufpreis von Software bis 100,- Euro.¹⁷⁰

Auch die nachfolgende Vereinbarung „*Der Käufer darf die Software nur unter der Voraussetzung Dritten überlassen, das sich der jeweilige Dritte schriftlich mit der Geltung der Bedingungen dieser Vereinbarung einverstanden erklärt.*“ ist zulässig. *Hoeren* sieht darin eine Verpflichtung etwaige vertragliche Beschränkungen an den Erwerber weiter zu geben.¹⁷¹ *Marly* stimmt dem grundsätzlich zu, unterscheidet aber wieder ob es sich bei der Software um billige Massenware sog „*Low-Cost-Produkte*“ oder aber eben um ein kostenintensives Produkt handelt.¹⁷²

Die Frage wie mit Nutzungsbedingungen des Urheberrechtsinhabers umzugehen ist, hat der EuGH nur teilweise beantwortet. Klargestellt ist, dass vertragliche Bestimmungen die eine Weitergabe der Software beschränken unwirksam sind. Wie aber mit sonstigen Lizenzbeschränkungen umzugehen ist bleibt offen. Das Interesse, einer vertraglichen Limitierung hinsichtlich des Weitergaberechts für Lizenzen an bestimmte Personengruppen wie Schüler oder Studenten, für die besonders günstige Konditionen angeboten werden, wird weiter bestehen.¹⁷³

7 RESUMÉ

Anders als in Deutschland, wo zahlreiche gerichtliche Auseinandersetzungen geführt und Entscheidungen getroffen wurden, wird der OGH nur vereinzelt mit den Themen Software und urheberrechtlichen Fragestellungen befasst. Es verwundert daher nicht, dass wenn sich die österreichischen Gerichte mit diesen Fragen beschäftigen, es mitunter vorkommt, dass sie sich an der deutschen Rechtsprechung orientieren.

¹⁶⁹ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1663.

¹⁷⁰ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1808.

¹⁷¹ *Hoeren*, Skriptum IT-Recht, (Stand Februar 2014), 117f.

¹⁷² *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶, Rz 1665.

¹⁷³ *Anderl*, ecolex 2012, 368.

Diese Tatsache wird durch ähnliche, bis zuweilen einander entsprechende, Rechtsvorschriften erleichtert. So ist das Anfertigen und das Bearbeiten eines Vervielfältigungsstücks zur bestimmungsgemäßen Benutzung durch den Zweiterwerber im deutschen Urheberrechtsgesetz in § 69d Abs 1 dUrhG geregelt. Im österreichischen Urheberrechtsgesetz ist diese Bestimmung in § 40d Abs 2 UrhG zu finden. Beide Bestimmungen entsprechen einander.

Der OGH¹⁷⁴ hat in ständiger Rechtsprechung und im Lichte einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung unter Heranziehung wirtschaftlicher Überlegungen die zeitlich unbegrenzte Überlassung von Standardsoftware gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts als „*Sachkauf*“ qualifiziert und damit Grundzüge der EuGH Entscheidung zu C-128/11 „*UsedSoft*“ bereits antizipiert.

Gebrauchte Software darf weiterverkauft werden. Dabei kommt es nicht drauf an, ob die Software auf einem Datenträger oder eben online via Internet übertragen wird. Das Verbreitungsrecht des Softwareherstellers, unabhängig davon ob er ein körperlich in Erscheinung tretendes Werkstück oder eine unkörperliche Ausführung der Software verkauft, ist erschöpft.

Die Softwarehersteller suchen vor allem seit dem UsedSoft Urteil nach kreativen Vertriebslösungen. Start-ups wie zB li-x bieten eine Handelsbörse für Lizenzen an, wo der Verkäufer die verfügbare Menge an gebrauchter Software sowie einen Mindestpreis und der potentielle Käufer die benötigte Anzahl und ein maximales Gebot angibt.¹⁷⁵

Zum einen sind neue Businessmodelle wie „*Cloud Computing*“ und „*Software as a Service*“ entwickelt und forciert, zum anderen „*alte*“ Modelle wie die Softwaremiete wieder hervorgeholt worden. Für die Softwarehersteller bieten diese „*Mietmodelle*“ neben der Tatsache, dass keine Erschöpfung eintritt einen entscheidenden wirtschaftlichen Vorteil, weil sie wiederkehrende Einnahmen und damit auf längere Sicht das Fortbestehen der Softwarehersteller sichern.

Für den Softwareanwender ist zumeist der finanzielle Aspekt von Mietsoftware verlockend und die Tatsache, dass diese während der gesamten Vertragslaufzeit in gebrauchsfähigem Zustand zur Verfügung zu stellen ist.

¹⁷⁴ RIS-Justiz RS0108702.

¹⁷⁵ <<http://www.li-x.com/de>> (14.09.2014).

Trotz rechtlicher und technischer Barrieren sind die Gestaltungsmöglichkeiten und der Spielraum hinsichtlich der vertraglichen Ausgestaltung enorm. Dem österreichischen Recht kommt dabei der sehr weite Sachbegriff des § 285 ABGB zu gute.

Da die vertragliche Einordnung der Businessmodelle aber nicht immer exakt möglich sein wird, wird es ganz besonders darauf ankommen, den wirtschaftlichen Zweck der Parteienvereinbarung zu betrachten und zu analysieren, welche Elemente eines Vertragstypus in welchem Ausmaß im konkreten Anwendungsfall zu finden sind.

8 LITERATUR- UND JUDIKATURVERZEICHNIS

8.1 Literaturverzeichnis

Anderl Axel, Zur Online-Erschöpfung bei Computerprogrammen. EuGH C-128/11, ecolex 2012/368 (905)

Andreewitch Markus, Zur Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes für Softwarefehler, EDVuR 1990, 50

Appl Clemens/Schmidt Marlene, Zweitverwertung gebrauchter Digitalgüter, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation, (Österreichische Computer Gesellschaft 2013), 591

Bisset Katharina, Der Erschöpfungsgrundsatz und Software - auch auf andere digitale Inhalte anwendbar?, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (Österreichische Computer Gesellschaft 2013), 597

Blocher Walter, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht³ (Verlag Österreich 2012), 199

Bydlinski Peter, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsfähig?, AcP 198, 287

Bydlinski Franz, in Wünsch (Hrsg), Festschrift für Hermann Hämmerle (Leykam Verlag 1972), 31

Ciresa Meinhard in Ciresa (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht (16. Lfg 2013)

Ertl Gunter/Wolf Eike, Die Software im österreichischen Zivilrecht (Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac 1991)

Ertl Gunter, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDVuR 1994, 19

Grützmacher Malte, „Gebrauchtsoftware“ und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software. Zugleich eine Anmerkung zu LG München, Urteil vom 19.01.2006, ZUM 2006, 251 – Handel mit „Gebrauchtsoftware“

Grützmacher Malte, Zur Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte an Software bei Unternehmens- und Konzernlizenzen, ITRB 2004, 204

Haberstumpf Helmut, Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht, CR 9/2012, 561

Hartmann Thomas, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, GRUR Int. 2012/Heft 11, 980

Hoeren Thomas/Försterling Matthias, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software. Hintergründe und Konsequenz der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 10/2012, 642

Jaburek Walter J., Handbuch der EDV-Verträge, Band 1 (Verlag Medien & Recht 2000)

Jahnel Dietmar/Mader Peter/Staudegger Elisabeth (Hrsg.), IT-Recht (Verlag Österreich 2012)

Kletečka Andreas/Schauer Martin (Hrsg.), ABGB-ON, (Version 1.02, Stand 02.2014, rdb.at)

Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund, Kommentar zum ABGB³ (Verlag Österreich 2010)

Kucsko Guido (Hrsg.), urheber.recht, (Stand 1.12.2007)

Kulka Andreas, EuGH zum Handel mit "gebrauchter Software": Geburtsstunde eines blühenden Geschäftszweigs?, ÖBl 2012/58, 244

Lenhard Frank, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen (Herbert Utz Verlag GmbH 2006)

Manhardt Sandra, Der „Software as a Service“- Vertrag. Vertragsrechtliche Formen neuer Formen der Softwareüberlassung (LexisNexis 2012)

Marly Jochen, Praxishandbuch Softwarerecht⁶ (C.H.Beck Verlag 2014)

Nopp Clemens/Hötzendorfer Walter, Zweitverwertung von C-128/11: Mögliche Folgen für Gebrauchtmärkte anderer digitaler Güter juristisch und ökonomisch betrachtet, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg.), Abstraktion und Applikation, (Österreichische Computer Gesellschaft 2013), 605

Ohly Ansgar, Europarecht. Entscheidungen Anmerkung, JZ 2013/1, 37

Reutter Mark A., Software-Lizenzgebührenmodelle: Ausgestaltung und Tücken, in IT-Verträge, 17

Rüffler Friedrich, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11, 52

Rummel Peter³, ABGB online – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch

Schmitt Thomas Rainer, BGH: Zur Zulässigkeit des Weiterverkaufs „gebrauchter“ Software, jusIT 2014/33, 64

Schmitt Thomas Rainer, Der Fall "UsedSoft" und seine vertrags- und urheberrechtlichen Implikationen, in Staudegger/Thiele (Hrsg.), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (Verlag NWV 2013) 247

Schmitt Thomas Rainer, Der Online-Vertrieb von Software nach dem EuGH-Urteil "UsedSoft", MR 2012, 256.

Schneider Jochen/Spindler Gerald, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht, CR 8/2012, 489

Senftleben Martin, Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld. Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag, NJW 2012, 2924

Sonntag Michael, Informationstechnologie: Grundlagen in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht³ (Verlag Österreich 2012), 1

Stieper Malte, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – EuGH 03.07.2012 Aktenzeichen C-128/11 – UsedSoft, ZUM 2012, 668

Stieper Malte, Zulässigkeit des Vertriebs gebrauchter Softwarelizenzen – UsedSoft II, GRUR 2014, 264

Sosnitza Olaf, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software, K&R, 5/2006, 206

Staudegger Elisabeth, Zur Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen, JBl 1998, 604

Staudegger Elisabeth, Zulässigkeit und Grenzen des Handels mit "Gebrauchtsoftware", jusIT 2012/57, 127

Staudegger Elisabeth, Datenhandel – ein Auftakt zur Diskussion, ÖJZ 2014/21 (107)

Schweighofer Erich/Kummer Franz/Hötzendorfer Walter (Hrsg), Abstraktion und Applikation, Tagungsband des 16. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2013 (Österreichische Computer Gesellschaft 2013)

Thiele Clemens, Auswirkungen der jüngsten Judikatur des EuGH auf die Vertragsgestaltung bei Software, Vortrag 8. Österreichischer IT-Rechtstag 22.05.2014

Ulmer Detlef/Hoppen Peter, Die UsedSoft Entscheidung des EuGH: Europa gibt die Richtung vor, ITRB 10/2012, 232 (234).

Walter Michael, Werkverwertung in körperlicher Form (Teil I), MR 1990, 112

Walter Michael, Österreichisches Urheberrecht, Handbuch, 1. Teil: Materielles Urheberrecht, Leistungsschutzrecht, Urhebervertragsrecht (Verlag Medien und Recht München 2008)

Wiebe Andreas/Apl Clemens, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von „gebrauchten“ Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186

Winklbauer Stephan/Geyer Jakob, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz im Zeitalter der Digitalisierung – Auswirkungen der UsedSoft-Entscheidung des EuGH, ZIR 2014/2, 93

Zellhofer Andreas/Denk Stephan, Gebrauchte Software: Behandlung von Angeboten über "gebrauchte Volumenlizenzen", ZVB 2009/64, 242

Zellhofer Andreas/Kopf Gertraude, „Gebrauchte“ Software – eine Lizenz zum Erfolg?, ecolex 2008, 336

8.2 Judikaturverzeichnis

OGH 23.05.2000, 4 Ob 30/00s

EuGH 03.07.2012, C-128/11 (UsedSoft)

BGH 17.07.2013, I ZR 129/08 (UsedSoft II)

BGH 11.02.2010, I ZR 178/08

BGH 15.11.2006, XII ZR 120/04

BGH 06.07.2000, I ZR 244/97

OLG Hamburg, Beschluss 30.04.2013, Az 5 W 35/13, 37

OLG Frankfurt, 18.12.2012, 11 U 68/11

OLG Karlsruhe, 27.07.2011, 6 U 18/10

OLG München, 03.07.2008, 6 U 2759/07

OLG Karlsruhe, MMR 2001, 727

LG Hamburg 25.10.2013, 315 O 449/12

LG München I, 15.03.2007, 7 O 7061/06

LG Hamburg 29.06.2006, 315 O 343/06

8.3 Online-Quellen

<[http://www.computerundrecht.de/media/ITRB 2014 05 Schneider UsedSoft.pdf](http://www.computerundrecht.de/media/ITRB_2014_05_Schneider_UsedSoft.pdf) >
(14.09.2014)

<<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Download-download.html>> (14.09.2014)

<<http://www.li-x.com/de>> (14.09.2014)

<<http://www.microsoft.com/de-de/kmu/Kaufberatung/Seiten/online-services.aspx>>
(07.09.2014)

<<http://www.susensoftware.de/aktuell/presse/mitteilung/60/gebrauchte-sap-software-mieten-statt-kaufen/>> (14.09.2014)

<<http://www.wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/75953/download-v9.html>> (14.09.2014)

9 ABSTRACT

9.1 Abstract Deutsch

Ausgehend vom EuGH Urteil UsedSoft vs. Oracle wird das Geschäftsmodell „gebrauchte Software“ beleuchtet. Bei diesem Geschäftsmodell wird eine bereits benutzte Standardsoftware – verglichen mit dem Neupreis – zu günstigeren Konditionen über einen Software-Gebrauchthändler an einen Dritten weiterverkauft. Der EuGH hat festgestellt, dass unabhängig davon ob die Übertragung der Software nun online oder mittels eines Datenträgers erfolgt, das ausschließliche dem Urheber zustehende Verbreitungsrecht in der EU und im EWR-Raum erschöpft ist.

Softwarehersteller versuchen nun mit neuen Vertriebsmodellen – Mietvarianten, Cloud Computing und Software as a Service – die Weiterveräußerung zu unterbinden. Unterschiedliche mögliche Fallkonstellationen werden aufgezeigt und die Auswirkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die vertriebliche Vertragspraxis dargestellt. Die Übertragung von Volumenlizenzen – ob als Ganzes oder aufgespalten – wird ebenso näher beleuchtet wie auch auf Nutzungsbeschränkungen in AGB eingegangen.

9.2 Abstract Englisch

Based on the UsedSoft versus Oracle judgment of the European Court of Justice we take a closer look on the business model of used software licence. In this business model a dealer of used software licences offers used standard software to third parties. The European Court of Justice has considered that whether a tangible or intangible copy of a computer program will be transferred the right of distribution of a copy of a computer program is exhausted in the European Union and the European Economic Area.

Software manufacturers are now attempting to prohibit the resale of software licenses. Therefore they introduce new distribution models such as rental varieties, cloud computing and software as a service. Different case constellations and the impact of exhaustion to the contractual practice will be described. The transfer of volume licenses, of the whole or part of them, and limitations on it's use in general terms and conditions are examined in more detail.

10 LEBENSLAUF

Persönliche Daten: geboren am 25.03.1969
in Klagenfurt
österreichische Staatsbürgerin

Beruflicher Werdegang:

Seit 10/2003	TOGETHER Internet Services GmbH Prokuristin, Leiterin Rechtsabteilung, HR und Qualitätsmanagement
08/2002 – 07/2003	DELTA Versicherungsmakler GmbH & Co KG Key Account
07/1998 – 07/2002	Allianz Elementar Versicherungs-Aktiengesellschaft Analyse Planung Controlling, Schadenreferentin
07/1997 – 03/1998	Gerichtsjahr am Landes- und Bezirksgericht Klagenfurt Rechtspraktikantin
11/1995 – 07/1996	Anwaltskanzlei Dr. Wolf-Dieter Arnold Rechtspraktikantin

Ausbildung:

Seit 10/2013	Masterlehrgang für Informations- und Medienrecht
10/1999 – 07/2001	Universitätslehrgang für Versicherungswirtschaft
10/1987 – 05/1997	Studium der Rechtswissenschaften Diplomarbeit aus Europarecht, Seminar aus Wirtschaftsrecht
09/1979 – 10/1987	Bundesgymnasium Klagenfurt Schwerpunkt auf Fremdsprachen (Englisch, Französisch, Latein)