

An die  
**Teilnehmer des GNC-Events  
am 16. 3. 2010**

Wien, 16.3.2010

**Folien zum Vortrag „Softwarelizenzen: Ein Buch mit sieben Siegel“**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich darf mich zunächst sehr herzlich für Ihr Interesse an meinem Vortrag bedanken. Ich hoffe, dass die Diskussion im Plenum als auch die individuellen Gespräche im Anschluss für Sie ebenso spannend und gewinnbringend waren wie für mich.

Anbei finden Sie die Vortragsfolien sowie eine kurze Literaturliste zum Thema „Gebrauchtssoftware“. Bitte beachten Sie, dass der Vortrag auf gewissenhafter Recherche und rechtswissenschaftlichen Überlegungen beruht, aber keinesfalls eine individuelle Rechtsberatung ersetzen kann.

Ich stehe Ihnen sehr gerne für entsprechende Auskünfte und Stellungnahmen im Bereich des IKT-Rechts per E-Mail ([c.appl@technikrecht.at](mailto:c.appl@technikrecht.at) / [cappl@wu.ac.at](mailto:cappl@wu.ac.at)) gerne zur Verfügung.

Herzliche Grüße,

Clemens Appl eh



# Softwarelizenzen: Ein Buch mit sieben Siegeln

Mag. Clemens Appl  
WU Wien

Das Problem

# Was ist Software?

## Das Produkt „Software“

- Software ist das **Ergebnis geistiger Leistung**
- manifestiert in **maschinenlesbaren Code**
- zur **Verarbeitung von Daten (I/O)**
- durch **elektronische Datenverarbeitungsanlage**

### Computerprogramm?

Software = Computerprogramm + Begleitmaterial ?

## Charakteristika

- **Software** ist funktionsbedingt trägergebunden und kann nicht unkörperlich existieren.
- **Benützen von Software** bedeutet idR deren zwangsläufige, mehrfache Vervielfältigung.  
(zB: HDD <-> CACHE)
- Software ist die **Manifestation geistiger Arbeit**; Geistige Güter sind ubiquitär und werden erst durch künstliche „Verknappung“ beherrschbar – also zum Rechtsobjekt (iSd ABGB)
- **Ist „Software“ an sich ein Rechtsobjekt?**

## Software im Rechtsverkehr

- **„Kauf“ von Software**
  - OGH: „Die dauerhafte Überlassung einer auf Datenträgern verkörperten Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt ist als **Kauf** zu qualifizieren.“ (RIS-Justiz RS0108702)
  - **Kritik:** Keine Berücksichtigung der immateriellen Natur von Software
- **Bedeutung des Datenträgers**
  - Datenträger lediglich Transportmittel
  - Endzweck: Nutzbarkeit für Verbraucher
  - Auch durch Online-Übertragung erreicht (dBGH in NJW 1990, 320)

## Zum Wesen der Softwarelizenz

- **Ausgangspunkt:** Schutz der Verwertung von Software
- **Rechtsgrundlage:** Urheberrecht
- Software ist als Sprachwerk schutzfähig (§ 2 UrhG)
  - Bedingung: Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers, § 40a UrhG
  - einfache, routinemäßige Programmiererleistung, die jeder Programmierer auf dieselbe oder ähnliche Weise erbringen würde, ist schutzlos
- Urheberrecht kennt aber keine „Lizenz“
  - Werknutzungsrecht oder –bewilligung

## Vorbehaltene Verwertung

- Verwertungsrechte, insb ...
  - Vervielfältigung § 15 UrhG
  - Verbreitung (auf Datenträger) § 16 UrhG
  - Zurverfügungstellung § 18a UrhG
    - Bereitstellen zum interaktiven Abruf (Internet)
  
- Benutzung von Software als „Vervielfältigung“
  - Kopieren auf Datenträger
  - Laden des Programms in den Arbeitsspeicher
  - Programmlauf
  - (Mehrfach)Nutzung eines Programms im Netzwerk

## Abgrenzung

- **Lizenzvertrag** – Einräumung der Nutzungsbefugnis an immaterialgüterrechtlich geschütztem Gut = Dauerschuldverhältnis sui generis (Problem: Konkurs)
  
- Softwareüberlassung auf Zeit – **Bestandvertrag ?**
  - **ASP** – dBGH: Mietvertrag
  - **SaaS** – Miet- und/oder Dienstvertrag?
  - **Cloud Computing** – Miet- und/oder Dienstvertrag?
  
- Erstellung von Individualsoftware – **Werkvertrag**

## Die Lizenz zur Softwarenutzung

- **Lizenz** = Befugnis des Lizenznehmers, die Software des Lizenzgebers unter Einhaltung bestimmter vertraglicher Bedingungen **zu nutzen**. Der Lizenzgeber verzichtet auf die Geltendmachung seiner Unterlassungsansprüche.
- Die wirksame Rechtseinräumung setzt eine **lückenlose Kette** vom Rechteinhaber (Urheber / derivativ Berechtigter) bis zum Endnutzer voraus.
  - **!!! Kein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten !!!**

## Typische Vertragsmodelle

- Einzelplatz/Mehrplatz/Netzwerk-Lizenz
- Unternehmensweite Lizenzen
- Nutzerorientierte Modelle
  - Concurrent User
  - „Named User“
- Server-/ Prozessororientierte Modelle
  - Server-Lizenz
  - CPU-Lizenz (Prozessor, Prozessorkern)
- Sonstige Modelle
  - Umsatz, Buchungszeilen etc.

**Software**  
+  
**Nutzungsrecht**  
=  
**Basis rechtmäßiger Nutzung**

- *Shrink Wrap* – Lizenz (typisch bei SKU)
- *SaaS* – Fehlende Berechtigung
- Problematische Klauseln
  - Verbot der Vornahme von Verbesserungen
  - Gerätebindung
- Weiterveräußerungsverbote
  - OEM-Lizenz
  - Weiterveräußerungsverbot
- Gebrauchte Softwarehandel
- Bedeutung des „CoA-Pickerl“

## „Shrink Wrap“ – Lizenz (SKU-Bereich)

- **Das Problem:**  
*„mit dem Öffnen der Verpackung wird der innen liegende Vertrag automatisch anerkannt“*
  
- „Atypisches“ AGB-Problem
  - Kaufvertrag Händler-Endkunde
  - Lizenzvertrag Hersteller-Endkunde
- Einbeziehung der AGB?
- Besteht bei Erwerb eine Kenntnisnahmemöglichkeit?
- Stellt das Aufreißen eine Vertragsannahme?
- Verbraucher?

## SaaS (ASP) Urheberrechtliche Implikation

- **SaaS** = „Software als Dienstleistung basierend auf Internettechniken bereitzustellen, zu betreuen und zu betreiben.“ (Vgl auch ASP)
- SaaS / ASP kann bspw das Ergebnis von Outsourcing-Maßnahmen sein
  
- ASP / SaaS – Anbieter, die „Dritten“ ein Computerprogramm über das Internet zugänglich machen, verletzen das **Zurverfügungstellungsrecht** nach § 18a UrhG (OLG München, GRUR-RR 2009, 91)

## Freie Werknutzungen

- Freie Werknutzung gemäß § 40d UrhG
  - „Computerprogramme dürfen **vervielfältigt** und bearbeitet werden, soweit dies für ihre **bestimmungsgemäße Benutzung** durch den zur Benutzung Berechtigten notwendig ist“
    - insb besteht ein **unabdingbares Recht auf Sicherungskopie**, aber kein Recht auf „Privatkopie“
- Vereinbarungen über den Umfang der bestimmungsgemäßen Nutzung sind zulässig
  - Einzelplatzversion
  - Netzwerkversion für x User
  - Beschränkung auf bestimmte Anzahl von Prozessoren

## Verbesserungsverbot

### „Verbesserungen über eine Fehlerberichtigung hinaus darf der Anwender nicht vornehmen“

- Pauschale Änderungsverbote wegen § 40d unwirksam, da auch kleine Programmverbesserungen und Anpassungen an veränderte Bedürfnisse darunter fallen können
- Einerseits: *Piraterierisiko*
- Andererseits: *Verfügungsmöglichkeit aus Eigentum*
- Zulässig sind Klauseln, in denen sich der Hersteller Änderungen vorbehält, sofern der Einsatz Dritter bei Weigerung oder Insolvenz vorgesehen ist.

## Gerätebindung

„Die Software darf nur auf der im Systemschein bezeichneten Zentraleinheit genutzt werden“

- **Software-Kauf**
  - Die Klausel widerspricht dem Grundsatz der freien Verfügung über das Eigentum **ABER**:
  - Fehlende Lauffähigkeit auf anderen Rechnern als Imageschaden – aber Freizeichnung möglich (OLG Frankfurt, CR 1994, 398)
  - Gefährdung der Herstellerinteressen nur durch gleichzeitige Nutzung auf mehreren Rechnern
  - Zulässig ist daher Beschränkung auf gleichzeitige Nutzung auf einem System, nicht aber einem *bestimmten* System
- **Softwareüberlassung auf Zeit**
  - Bindung zulässig; Mitwirkungsrecht des Herstellers bei Hardwarewechsel besteht zu Recht und ist nicht unangemessen
  - Vergütungsinteresse bei *Hardware-Upgrade* vom Urheberrecht erfasst. (dBGH, NJW 2003, 2014)
  - Upgrade muss aber gestattet sein!

## Übertragung von Nutzungsrechten

- Das Urheberrecht selbst ist unter Lebenden **nicht übertragbar** (§ 23 UrhG)
- Freie **Übertragbarkeit von Werknutzungsrechten** (§ 40b UrhG), **ABER** Weitergabeverbot zulässig und mit dinglicher Wirkung.
- **Erschöpfungsgrundsatz**
  - Das **Verbreitungsrecht an einzelnen Werkstücken** erschöpft sich, wenn diese
    - mit Zustimmung des Urhebers
    - im Wege der Veräußerung
    - innerhalb der EU/EWR in Verkehr gelangt sind.
  - Folge: Weiterverkauf des Programms auf dem Datenträger kann **nicht** verhindert werden. (zB SKU)

## Weitergabeverbot

### „Lizenznehmer darf die Software nicht ohne vorherige Zustimmung der Lizenzgebers an Dritte weitergeben“

- Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes?
  - Veräußerung auf Datenträger (SKU, OEM bzw OPK) -> JA -> Weiterverkauf OK
  - Veräußerung via „DFÜ“ (Online-Vertrieb) -> (hM) NEIN -> Weiterverkauf verboten
- Grenzen:
  - AGB-Klauselprüfung!
  - Kartellrecht!
- allenfalls Informationspflichten angemessen, Zustimmungserfordernis zu weitgehend
- anders bei Vermietung:  
Verbot der Weitervermietung auch AGB-rechtlich zulässig.

## „Gebraucht-Software“ = Second-Hand-Software

- **Hintergrund**
  - „Gebrauchthändler“ versuchen Software von Unternehmen weiterzuveräußern, die die Programme aufgrund von Insolvenz, Fusionen oder Fehlkalkulationen nicht mehr benötigen.
  - Beim Kauf wird der Datenträger oder Rechnungen, Lizenzzertifikate und notarielle Bestätigungen übergeben.

### Varianten:

- Programm wird auf einem Datenträger erworben/und weiterveräußert
- Online-Vertrieb beim Ersterwerb
- Weiterveräußerung von Volumenlizenzen
  - durch komplette Vertragsübernahme
  - durch Aufspaltung in Einzel- bzw Teillizenzen

## Das Kernproblem

- **Der Erschöpfungsgrundsatz nach § 16 III UrhG**

Das Verbreitungsrecht an **einzelnen Werkstücken** erschöpft sich, wenn diese

- mit Zustimmung des Urhebers
- im Wege der Veräußerung
- innerhalb der EU/EWR in Verkehr gelangt sind.

## Folgen

- **SKU-Lizenz**

- Weiterverkauf einer SKU-Lizenz samt Datenträger kann nicht verhindert werden. (hA, s insb OEM-Urteil des dBGH)

- **Software-Download**

- Keine Erschöpfung, da kein Werkstück vorhanden?
- Erschöpfung hinsichtlich erster erstellter Kopie nach Download?
  - Beweisprobleme hinsichtlich 1. Kopie

- **Volumen-Lizenzen**

- Differenzierte Betrachtung nach Lizenztyp
- ??? 1 x 5 Nutzungsrechte oder 5 x 1 Nutzungsrecht ???
- Übertragung der gesamten Mehrfachlizenz samt Masterkopie?

## Second-Hand Software in der Rechtsprechung



- Keine Rsp in Österreich
- Rsp in Deutschland scheinbar uneinheitlich und zumindest kasuistisch
  - LG Hamburg (RK): UWG-Verfahren; Aufspaltung von Volumenlizenzen zulässig
  - LG München I / OLG München (2006, nRK): Aufspaltung von Oracle-Lizenz unzulässig
  - LG München (2007, RK): Aufspaltung von Microsoft-Volumenlizenz zulässig – „Erschöpfung des Nutzungsrechts“
  - Entscheidung des BGH offen!



## Argumente für eine Erschöpfung beim Online-Vertrieb



- **CONTRA**
  - **Der eindeutige Wortlaut des Erschöpfungsgrundsatzes**
  - Online-Übertragung = Vervielfältigung und keine Verbreitung
  - Erschöpfungsgrundsatz soll Verkehrsfähigkeit körperlicher Gegenstände sicherstellen
  - Erhöhte Missbrauchsgefahr
- **Pro**
  - Interessenlage vergleichbar, kein sachlicher Differenzierungsgrund
  - Kein Erhöhung der Missbrauchsgefahr gegenüber körperlicher Übertragung



## Conclusio

- Zulässigkeit der Aufspaltung von Volumenlizenz fragwürdig; im Fall von Standardsoftware tendenziell zu bejahen (= „5 x 1 und nicht 1 x 5“)

### ABER:

- Übertragung des Nutzungsrechts **OHNE** rechtmäßig hergestelltem Werkstück = wertlos!!
  - Eine Gebraucht-Lizenz „legalisiert“ unrechtmäßige Softwarenutzung NICHT.
  - Recht & Werkstück bilden eine Einheit.

### DAHER:

- Erhebliche Rechtsunsicherheit bei Gebrauchtsoftware.

## CoA Echtheitszertifikat



### Was „verbrieft“ das CoA?

- Product-Key
- Verbriefung der Lizenz?
- Übertragbar?

## CoA – Fall 1



- OLG Frankfurt, MMR 2009, 544
  - Räumt ein Softwarehersteller dem Ersterwerber eine Volumenlizenz ein, so ist der Ersterwerber ohne Zustimmung des Herstellers nicht berechtigt, überzählige Lizenzen an Zweiterwerber zu übertragen, indem er diese zum selbstständigen download ermächtigt oder ihn ein sogenanntes Echtheitszertifikat mit Produktkey überlässt.

## CoA – Fall 2



- OLG Frankfurt, GRUR-RR 2010, 5
  - Der Verkauf eines gebrauchten Computers, dessen Festplatte die vormals aufgespielte OEM-Software nicht mehr enthält und dem auch kein Datenträger mit dieser Software beigelegt ist, auf dessen Gehäuse aber noch das Echtheitszertifikat der Antragstellerin (Certificate of Authenticity, nachfolgend CoA) klebt, das vom Antragsgegner als Lizenz-Sticker bezeichnet wird, stellt keine Urheberrechtsverletzung dar und zielt auch nicht darauf ab, eine illegale Vervielfältigung der Software zu ermöglichen.

Danke für Ihre  
Aufmerksamkeit.



**INSTITUT FÜR ZIVIL- UND  
UNTERNEHMENSRECHT**  
ABTEILUNG FÜR INFORMATIONS- UND  
IMMATERIALGÜTERRECHT  
Althanstraße 39-45, 1090 Vienna, Austria

**Mag. CLEMENS APPL**

T +43-1-313 36-5172  
F +43-1-313 36-905172  
clemens.appl@wu.ac.at  
www.wu.ac.at | www.technikrecht.at

## Literaturhinweise zu „Gebrauchsoftware“

- *Zellhofer/Denk*, Gebrauchte Software: Behandlung von Angeboten über "gebrauchte Volumenlizenzen", ZVB 2009, 242.
- *Zellhofer/Kopf*, "Gebrauchte" Software - eine Lizenz zum Erfolg?, ecolex 2008, 336.
- *Burgstaller*, Erschöpfungsgrundsatz und Online-Softwarevertrieb, ecolex 2008, 58.
- *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBI 2008, 52.
- *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von "gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186.