

ÖBL

[Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht]

Beiträge	52	Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig? Friedrich Rüffler
	62	Zum nachträglichen Verlust der Markeneigenschaft Peter Israiloff
	65	Sind unerbetene Werbeanrufe und E-Mails noch unlauter? Christian Handig
Übersicht	112	Interessante Entscheidungen der Beschwerdekammern Christoph Bartos
Leitsätze	70	Nr 39 – 71
Rechtsprechung	75	VÖB Systemvergleich zwischen Tragkonstruktionen
	83	Ski Amadé Zum markenrechtlichen Anspruch auf Löschung einer Domain
	87	Goldhase II Auslegung des Begriffs der Bösgläubigkeit im Markenrecht; Vorabentscheidungsantrag des OGH
	99	Céline Verletzung einer eingetragenen Wortmarke durch identische Firma?
	103	Fincas Tarragona Gemeinschaftsrechtliche Auslegung des Begriffs der „notorisch bekannten“ Marke

März 2008

02

MANZ 

Herausgeber
Österreichische Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung
Lothar Wiltschek
Helmut Gamerith
Walter Holzer

ISSN 0029-8921

Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?

ÖBI 2008/11

§ 16 Abs 3 UrhG;
§ 879 Abs 3 ABGB

OGH 23. 5. 2000,
4 Ob 30/00 s,
ÖBI 2001, 141 –
Handwerkerpaket
WIN 2.3;
LG Hamburg
29. 6. 2006,
315 O 343/06,
CR 2006, 812;
LG München I
19. 1. 2006,
7 O 23237/05,
ZUM 2006, 251;
OLG München
3. 8. 2006,
6 U 1818/06,
CR 2006, 655

Software-
überlassung;
Erschöpfungs-
grundsatz;
Online-Vertrieb;
Gebrauchte
Software

Wird Software in verkörperter Form – also auf Diskette, CD oder DVD – verkauft, ist unstrittig das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft. Gilt anderes, wenn die Software online übertragen worden ist? Ist es möglich, aus einer Mehrfach-/Volumenlizenz einzelne „Lizenzen“ abzuspalten, also weiterzuveräußern? Die Beantwortung dieser Fragen ist entscheidend dafür, ob das neuartige Geschäftsmodell des Handels mit sog „gebrauchter Software“ zulässig ist.

Von Friedrich Ruffler

Inhaltsübersicht:

- A. Das Geschäftsmodell und Fragestellungen
- B. Rechtliche Ausgangspunkte
- C. Erschöpfung bei online erworbener Software
 1. Überblick über den Meinungsstand
 2. Stellungnahme
 - a) Relevante Rechtsgrundlagen
 - b) Europarecht
 - c) Nationales (österreich) Recht
 - d) „Abspaltung“ bei Volumen-/Mehrfachlizenzen
 - e) Weiterveräußerungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
- D. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Das Geschäftsmodell und Fragestellungen^{*)}

In Deutschland beginnt sich ein neuer Geschäftszweig zu etablieren, der Handel mit sog „gebrauchter Software“. Das hat auch schon zu ersten, durchaus ausführlichen, wissenschaftlichen Stellungnahmen in Österreich geführt.¹⁾ Dieses Geschäftsmodell lässt sich wie folgt skizzieren: Unternehmen erwerben von einem Softwareanbieter Standardsoftware entweder in Form einer Einzellizenz oder, wenn sie die Software für mehrere Nutzer benötigen, in Form einer Mehrfachlizenz, die sie zur Nutzung der Software auf einer bestimmten Anzahl von Rechnern berechtigt. Während früher die Software in körperlicher Form, also in Form von Disketten, CDs oder DVDs übergeben worden ist, wird sie heute überwiegend online übertragen, also vom Erwerber aus dem Netz „heruntergeladen“ oder aber es wird bei Erwerb von Mehrfachlizenzen bloß eine Masterkopie übergeben, mit deren Hilfe der Erwerber die Software auf den Rechnern (mehrerer) berechtigter Nutzer installieren kann. Aus den verschiedensten Gründen – wie Arbeitsplatzabbau, Verkauf von Unternehmensteilen oder Konkurs – stellt sich in der Folge für die Ersterwerber der Software heraus, dass sie die Softwarelizenzen entweder überhaupt nicht mehr oder jedenfalls eine bestimmte Anzahl an Softwarelizenzen nicht mehr benötigen. Deshalb werden sie an einen Zwischenhändler veräußert, der sie wiederum an solche Personen, in der Regel Unternehmen, veräußert, die zusätzliche Soft-

warelizenzen benötigen. Da – wie bemerkt – Software üblicherweise nicht mehr in verkörperter Form an die Ersterwerber geliefert worden ist, werden an diese Zweiterwerber aber in aller Regel keine körperlichen Datenträger übergeben. Wenn die Zweiterwerber selbst schon Lizenzpartner der Softwarehersteller sind, nutzen sie vielmehr eine schon vorhandene Masterkopie, um die Software auf zusätzlichen Rechnern zu installieren, eben in dem Umfang, in dem sie zusätzliche Lizenzen erworben haben, oder aber sie laden sich die Software aus dem Netz herunter. Der Ersterwerber der Software versichert, dass er die Software entweder vollständig oder aber auf so vielen Rechnern gelöscht hat, wie er Lizenzen an den Zweiterwerber weiterveräußert hat.²⁾ Das Vorliegen einer solchen schriftlichen Versicherung wird, jedenfalls bei bestimmten Anbietern, von einem Notar beurkundet. Außerdem beurkundet der Notar unter Angabe der Lieferscheinnummer und der Bestellnummer der Software das Vorliegen einer Bestätigung des Verkäufers, dass er die Softwarelizenzen rechtmäßig erworben habe.³⁾

Die Bezeichnung „gebrauchte“ Software ist an sich irreführend, weil sich Software als solche nicht abnutzt. Dennoch hat sich dieser Begriff eingebürgert, sodass er im Folgenden verwendet wird.⁴⁾ Der erste Erwerber der Software, der diese vom Softwarehersteller bezogen hat, wird im Folgenden Ersterwerber genannt, das Unternehmen, das von diesem die Software zur Weiterveräußerung erwirbt und damit das skizzierte Geschäftsmodell praktiziert, als Zwischenhändler. Derjenige, der schließlich die Softwarelizenzen erwirbt, wird als Zweiterwerber bezeichnet.

Gegenstand dieser Untersuchung soll sein, ob der skizzierte Handel mit gebrauchter Software urheber-

*) Der Aufsatz beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.

1) Vgl insb *Wiebe/Appl*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von „gebrauchten“ Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186. Für weitere Nw zur Literatur in Österreich FN 32, 33 und 34.

2) Vgl für Beschreibungen des Geschäftsmodells die U LG Hamburg 29. 6. 2006, 315 O 343/06 = CR 2006, 812 (mit Anm *Grützmacher*); LG München I 19. 1. 2006, 7 O 23237/05 = ZUM 2006, 251; ferner *Sosnitza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software, K&R 2006, 206; *Heydn/Schmidl*, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, K&R 2006, 74; für Österreich *Wiebe/Appl*, MR 2007, 186.

3) Dazu LG München I 19. 1. 2006, 7 O 23237/05 = ZUM 2006, 251 (252).

4) Dazu *Sosnitza*, K&R 2006, 206.

rechtlich zulässig ist, insb wenn die Software – wie heute üblich – online übertragen wird. Sollte das bejaht werden können, ist auch zu prüfen, ob die Weiterveräußerung in AGB untersagt werden kann.

B. Rechtliche Ausgangspunkte

Nach den Vorgaben der sog **Software-RL**⁵⁾ sind Computerprogramme als literarische Werke im Sinn der Berner Übereinkunft zu schützen, sofern sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind (Art 1 Abs 1 und 3 Software-RL). Verpflichtet durch das EWR-Abk⁶⁾ hat Österreich diese Vorgabe mit der UrhG-Nov 1993⁷⁾ umgesetzt, indem in § 2 Z 1 UrhG Computerprogramme ausdrücklich als geschützte Sprachwerke genannt werden und im Übrigen in §§ 40 a ff UrhG Sondervorschriften für den Schutz von Computerprogrammen aufgenommen worden sind. Dass es um Computerprogramme geht, die die erforderliche Werkhöhe (Art 1 Abs 3 Software-RL; § 40 a Abs 1 UrhG: „eigene geistige Schöpfung“) haben,⁸⁾ steht wohl in aller Regel außer Zweifel und wird daher im Folgenden vorausgesetzt.

Art 4 Software-RL legt die dem Urheber zustehenden Ausschließlichkeitsrechte fest. Dazu zählt gem lit c auch das Verbreitungsrecht. Dieses wird aber von der RL in eben dieser Bestimmung eingeschränkt. Denn mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf Verbreitung dieser Kopie. Anders als in Deutschland hat der österr Gesetzgeber diesen **Erschöpfungsgrundsatz** nicht auch speziell in den den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen betreffenden Vorschriften umgesetzt.⁹⁾ Vielmehr hat er die Vorschrift entsprechend angepasst, die das Verbreitungsrecht und seine Erschöpfung allgemein für alle Werkkategorien regelt (§ 16 Abs 3 UrhG). Diese Bestimmung hat zwar auch schon in ihrer ursprünglichen Fassung von 1936 die Erschöpfung des Verbreitungsrechts für Werkstücke vorgesehen, die mit Einwilligung des Berechtigten durch Übertragung des Eigentums in Verkehr gebracht worden sind. Allerdings galt das nicht, wenn die Einwilligung nur für ein bestimmtes Gebiet erteilt worden ist, für das Verbreitungsrecht außerhalb dieses Gebiets.¹⁰⁾ Diese Möglichkeit der Begründung räumlich begrenzter Verbreitungsrechte und damit der räumlichen Begrenzung des Erschöpfungsgrundsatzes wurde für das Gebiet der damaligen EWG- und EFTA-Staaten schon durch die UrhGNov 1988¹¹⁾ beseitigt, allerdings nur für Schallträger.¹²⁾ Die besagte Nov 1993¹³⁾ hat dann diese Begrenzung auf Schallträger aufgehoben und den EG-weiten Erschöpfungsgrundsatz für alle Werkstücke in § 16 Abs 3 UrhG festgeschrieben.¹⁴⁾ Die UrhGNov 2003 hat schließlich § 16 Abs 3 sprachlich neu gefasst und an Art 4 Abs 2 Info-RL¹⁵⁾ angepasst.¹⁶⁾ Für den Grundsatz der europaweiten Erschöpfung ergab sich dadurch jedoch keine inhaltliche Änderung.^{17), 18)}

Es ist unstrittig, dass auch das Verbreitungsrecht von Computerprogrammen dann erschöpft ist, wenn Werkstücke, in denen die Computerprogramme verkörpert sind (wie Disketten, CD, DVD), mit Einwilligung des

Berechtigten durch Übertragung des Eigentums in Verkehr gebracht worden sind. Der OGH hat den Erwerb der Software diesfalls als Sachkauf beurteilt. Dem Umstand, dass die Softwareüberlassungsverträge regelmäßig die Termini „Kauf“ und „Eigentumsverschaffung“ vermeiden und stattdessen von „Nutzungsüberlassung“, „Lizenzrechten“ oder Ähnlichem sprechen, hat das Höchstgericht keine Bedeutung beigemessen. Wenn der einschlägige Vertrag die zeitlich unbegrenzte Verfügungsmacht über die Software einräumt, dann sei auch das Tatbestandsmerkmal der Eigentumsverschaffung iSd § 16 Abs 3 UrhG erfüllt.¹⁹⁾ Das trifft zweifelsohne zu, weil für die Anwendung von Rechtsvorschriften nicht die Terminologie, sondern der wahre rechtliche und wirtschaftliche Gehalt eines Vertrags ausschlaggebend sein muss.²⁰⁾

Es ist demnach auch für Österreich als unstrittig davon auszugehen, dass sich das Verbreitungsrecht eines Urhebers von Software (bzw des Werknutzungsberechtigten) erschöpft, wenn er die Software an den Ersterwerber in verkörperter Form übergibt und diesem gegen Bezahlung eines einmaligen Entgelts die zeitlich unbegrenzte Benutzung der Software gestattet, wie immer

5) RL 91/250/EWG des Rates v 14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABI 1991 L 122/42.

6) Vgl dazu ErläutRV zur UrhGNov 1993, 596 BlgNR 18. GP 4f.

7) BGBl 1993/93.

8) Zu dieser – im Übrigen geringen – Werkhöhe s etwa *Wiebe in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 40 a Anm 3.2.

9) Für Deutschland vgl § 69 c Nr 3 S 2 dUrhG: „Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts; [...].“

10) Vgl den Text von § 16 Abs 3 UrhG 1936 (BGBl 1936/111), abgedruckt bei *Dillenz* (Hrsg), Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986) 4: „Dem Verbreitungsrecht unterliegen Werkstücke nicht, die mit Einwilligung des Berechtigten durch Übertragung des Eigentums in Verkehr gebracht worden sind; ist aber die Einwilligung nur für ein bestimmtes Gebiet erteilt worden, so bleibt das Recht, die dort in Verkehr gebrachten Werkstücke außerhalb dieses Gebiets zu verbreiten, unberührt.“

11) BGBl 1988/601.

12) Vgl dazu die ErläutRV zur Nov 1988, 633 BlgNR 17. GP 25 (Allgemeiner Teil) und 45f (Besonderer Teil), Letzterer abgedruckt bei *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁵ (2007) 129ff; ferner *Walter*, Urheberrechtsgesetz – UrhGNov 2003 (2003) § 16 Anm 2.

13) FN 7.

14) Vgl dazu die ErläutRV zur Nov 1993, 596 BlgNR 17. GP 5 (Allgemeiner Teil) und 6 (Besonderer Teil), Letzterer abgedruckt bei *Dittrich*, Urheberrecht⁵, 131; ferner wiederum *Walter*, UrhGNov 2003 (FN 12) § 16 Anm 2.

15) RL 2001/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABI 2001 L 167/10.

16) ErläutRV zu § 16 Abs 3 in der Fassung der Nov 2003, 40 BlgNR 22. GP 29, abgedruckt bei *Dittrich*, Urheberrecht⁵, 131.

17) *Walter*, UrhGNov 2003 (FN 12) § 16 Anm 2.

18) § 16 Abs 3 wurde auch durch die UrhGNov 2000 (BGBl I 2000/110) geändert, allerdings in einer hier nicht relevanten Weise, indem der Verweis „vorbehaltlich der § 16 a und 16 b“ durch „vorbehaltlich des § 16 a“ ersetzt wurde.

19) OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 30/00s = MR 2000, 249 mit Anm *Walter* = *ecolex* 2000, 732 mit Anm *Schanda* = GRURInt 2000, 1028 = ÖBl 2001, 141 – Handwerkerpaket WIN 2.3.

20) Vgl dazu auch *Blocher/Walter*, Anpassungserfordernisse österr Rechts im Hinblick auf die RL des Rates v 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG), in *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 2: Geistiges Eigentum (1996) 423 ff, 564 f; *Blocher in Jahnel/Schramm/Staudegger*, Informatikrecht² (2003) 147.

auch der zugrunde liegende Vertrag bezeichnet sein mag.²¹⁾

Es ist daher nur zu untersuchen, ob anderes dann gilt, wenn die Software nicht in verkörperter Form, sondern online übertragen wird. Dabei ist zweckmäßigerweise zunächst der Grundfall zu untersuchen, dass eine online erworbene Software übertragen werden soll, die zu einer Nutzung durch einen Verwender berechtigt. Sollte sich herausstellen, dass auch in einem solchen Fall Erschöpfung eintritt, ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob aus einer Mehrfachlizenz einzelne Nutzungsrechte abgespalten werden können, also hinsichtlich aller erworbenen Lizenzen eine Erschöpfung mit der Folge eintritt, dass auch einzelne von ihnen weiterveräußert werden können.

C. Erschöpfung bei online erworbener Software

1. Überblick über den Meinungsstand

Die Frage, ob das Verbreitungsrecht auch bei online übermittelter Software erschöpft wird, ist in Deutschland außerordentlich strittig und gerade in jüngster Zeit Gegenstand zahlreicher literarischer Stellungnahmen.²²⁾ Einig ist man sich im Wesentlichen nur, dass der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung (§ 69c Nr 3 S 2 dUrhG²³⁾) von der Übertragung eines körperlichen Werkstücks, also etwa einer Diskette, ausgeht. Eine prima facie naheliegende analoge Anwendung dieser Bestimmung (oder ihre extensive Interpretation) wird von einem Teil des Schrifttums abgelehnt. Dabei stützt man sich auf den Wortlaut der Bestimmung und darauf, dass die Online-Übermittlung unter das Wiedergaberecht gem § 69c Nr 4 UrhG falle, wofür keine Erschöpfung vorgesehen sei.²⁴⁾ Ferner stehe ErwGr 29 der Info-RL der Analogie entgegen.²⁵⁾ Schließlich diene der Erschöpfungsgrundsatz auch dazu, im Hinblick auf die Eigentumsordnung des BGB die Verkehrsfähigkeit von Werkstücken aufrechtzuerhalten, welche Zwecksetzung ebenfalls körperliche Werkstücke voraussetze.²⁶⁾ Demgegenüber wächst insb in jüngerer Zeit die Anzahl der Stimmen, die eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf das Inverkehrbringen von Software mittels unkörperlicher Übermittlung befürworten. Dabei wird teilweise eine Erschöpfung nur angenommen, wenn die online übermittelte Software vom Ersterwerber auf einem körperlichen Datenträger gebannt wurde, somit also ein solcher Datenträger ohne Zustimmung des Softwareherstellers veräußert werden dürfe.²⁷⁾ Von den Befürwortern einer Analogie wird allerdings überwiegend eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch für den Fall angenommen, dass auch der Zweiterwerber (bzw der Zwischenhändler) keinen körperlichen Gegenstand erhält. Begründet wird diese Meinung damit, dass zwischen der Online- und der Offline-Übermittlung wertungsmäßig kein Unterschied bestehe, weshalb die grundlegende Analogievoraussetzung der Gleichheit der zu beurteilenden Tatbestände vorliege. Auch sei die Nichterfassung der Online-Übermittlung keine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Das gelte auch für die die Auslegung des nationalen Rechts determinierende Info-RL. ErwGr 29 dieser RL meine

nicht die Übertragung von Software zur zeitlich unbegrenzten Benutzung, sondern nur die Inanspruchnahme zeitlich begrenzter, online erbrachter Dienstleistungen.²⁸⁾

In Deutschland liegen auch schon instanzgerichtliche Entscheidungen vor. Jedoch kommen auch sie zu unterschiedlichen Ergebnissen. Während das LG München I²⁹⁾ und, diese Entscheidung bestätigend, das OLG München³⁰⁾ die Erschöpfung ablehnen, befürwortet das LG Hamburg³¹⁾ die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übertragung von Software. Für die Münchener Gerichte waren der Wortlaut von § 69c Nr 3 S 2 dUrhG und der Aspekt maßgeblich, dass der Erschöpfungsgrundsatz die Verkehrsfähigkeit körperlicher Gegenstände sicherstellen wolle. Für das LG Hamburg war die gleiche Interessenlage der Beteiligten bei Online- und Offline-Vertrieb entscheidend und dass, auch unter Beachtung der Info-RL, eine planwidrige Lücke des Gesetzgebers vorliegt.

Die österr Diskussion ist ein Spiegelbild der deutschen. Ein Teil der Literatur bejaht die Analogie mit dem Argument der Gleichheit der Interessenlage.³²⁾ Teil-

21) Vgl *Wiebe/Appl*, MR 2007, 190; *Anderl in Kucsko*, urheber.recht (FN 8) § 16 Anm 4.5; *Blocher in Jahnel/Schramm/Stauddegger* (FN 20) 146; *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwerGesG² (2004) § 16 RN 9; für Deutschland vgl *Sosnitza*, K&R 2006, 207; *Lehmann*, Urteilsanmerkung, CR 2006, 655.

22) Für einen Überblick über den Meinungsstand vgl insb *Sosnitza*, K&R 2006, 207; *Wiebe/Appl*, MR 2007, 190.

23) § 69c Nr 3 S 2 dUrhG lautet: „Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts; [...]“

24) Vgl etwa *Loewenheim in Schrickler*, Urheberrecht⁹ (2006) § 69c Rn 33; *Bergmann*, Zur Reichweite des Erschöpfungsprinzips bei der Online-Übermittlung urheberrechtlich geschützter Werke, in FS Erdmann (2002) 17 ff, 19 ff.

25) *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 76.

26) *Bergmann* in FS Erdmann 24 ff.

27) So offenbar *Dreier in Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz² (2006) § 19a RN 11, § 69c RN 24; ferner *Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht (2004) § 69c RN 23.

28) *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198; *Grützmacher*, „Gebrauchtssoftware“ und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302; *ders*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549; *ders in Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht² (2006) § 69c RN 31 ff; *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573; *ders*, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen (abrufbar unter www.usedsoft.com/unternehmen/rechtslage.html [Abfrage v 11. 1. 2008]); *ders*, Ergänzungsgutachten zur Auswirkung der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen (ebenfalls abrufbar unter www.usedsoft.com/unternehmen/rechtslage.html [Abfrage v 11. 1. 2008]); *Sosnitza*, K&R 2006, 206.

29) LG München I 19. 1. 2006, 7 O 23237/05, ZUM 2006, 251.

30) OLG München 3. 8. 2006, 6 U 1818/06, CR 2006, 655 (mit Anm *Lehmann*).

31) 29. 6. 2006, 315 O 343/06, CR 2006, 812 (mit Anm *Grützmacher*).

32) Vgl *Handig*, Urheberrechtliche Erschöpfung von Downloads im World Wide Web, RdW 2003, 2; *Blocher in Jahnel/Schramm/Stauddegger* (FN 20) 146 f; *ders in Walter* (Hrsg), Europäisches Urheberrecht (2001) Art 4 Software-RL RN 28 ff; *ders*, Urheberrecht im Internet, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Internet und Recht (2002) 223, 241, der mE entgegen der Deutung von *Wiebe/Appl*, MR 2007, 191, die Erschöpfung nicht zwingend davon abhängig macht, dass der Ersterwerber einen körperlichen Gegenstand an den Zweiterwerber überträgt; mit dieser Einschränkung aber offenbar *Walter*, Öffentliche Wiedergabe und Online-Übertra-

weise wird sie jedoch abgelehnt. Das wird einerseits mit ErwGr 29 Info-RL³³⁾ sowie auch damit begründet, dass beim Online-Vertrieb die Missbrauchsgefahr höher sei.³⁴⁾ Österr Gerichtentscheidungen sind, soweit ersichtlich, noch keine ergangen.

2. Stellungnahme

a) Relevante Rechtsgrundlagen

Für eine Lösung des Problems muss man sich zunächst der zu beachtenden Determinanten gewahr werden. Auch der Wortlaut der in Österreich maßgeblichen Bestimmung (§ 16 Abs 3 UrhG) stellt deutlich auf körperliche Werkstücke ab. Das hindert freilich eine analoge Anwendung nicht, wenn die Analogievoraussetzungen gegeben sind, nämlich dass nach Maßgabe des Normzwecks keine relevanten Unterschiede zwischen dem vom Wortlaut erfassten und dem zu beurteilenden Sachverhalt bestehen, also eine sog Lücke vorliegt, und dass es sich um eine planwidrige Lücke handelt, also der Gesetzgeber die Sachverhalte nicht unterschiedlich behandeln wollte. Freilich muss man auch beachten, dass die Frage der Erschöpfung richtlinienrechtlich und primärrechtlich determiniert ist. Die Vorgaben der Software-RL und der Info-RL sind bei der Auslegung des § 16 Abs 3 so weit zu beachten, als es nach nationalen Auslegungsmethoden möglich ist.³⁵⁾ Demnach ist also primär zu ermitteln, was diese beiden RL sagen. Für das daraus gewonnene Auslegungsergebnis ist zu fragen, ob es sich mit den Mitteln der richtlinienkonformen Auslegung in Österreich interpretativ umsetzen lässt. Im Hinblick darauf, dass gebrauchte Software von Unternehmen mit Sitz im EG-Ausland angeboten wird und damit eine grenzüberschreitende Tätigkeit vorliegt, sind auch primärrechtliche Grenzen auszuloten, die im Übrigen wegen der Überordnung des Primärrechts über das Sekundärrecht auch einem verneinenden sekundärrechtlichen Auslegungsergebnis derogieren würden. Primärrecht fließt darüber hinaus auch deshalb in die hier vorzunehmende Auslegung ein, weil der Erschöpfungsgrundsatz der Software-RL den primärrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz festschreiben sollte.

b) Europarecht

Art 4 lit c Software-RL, der den Erschöpfungsgrundsatz bei der Verbreitung von Computerprogrammen regelt, setzt nach seinem Wortlaut nicht zwingend voraus, dass ein körperliches Werkstück übertragen wird. Vielmehr ist dort nur vom Erstverkauf einer Programmkopie die Rede.³⁶⁾ Ein Kaufvertrag kann auch ohne Verpflichtung zur Übergabe eines Werkstücks vorliegen, wie *Blocher* zutreffend bemerkt hat.³⁷⁾ Demnach kann Art 4 lit c Software-RL nach seinem Wortlaut durchaus das Verständnis beigelegt werden, dass es für die Erschöpfung auf die Verkörperung der Software nicht ankommt, sondern dass es lediglich um die Übertragung eines zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechts an der Software gegen Bezahlung eines Entgelts, also um den Kauf des Computerprogramms als solches geht. Andere Sprachfassungen der RL stützen dieses Ergebnis.³⁸⁾ Auch nach österr Recht können Gegenstand eines Kaufvertrags unkörperliche Sachen sein, weshalb der OGH den Erwerb von

Standardsoftware ungeachtet ihrer Verkörperung in einem Trägermedium als Kauf qualifiziert hat.³⁹⁾

Eine Analogie müsste demnach nach der RL gar nicht gezogen werden, sondern eine Auslegung, die auch bei unkörperlicher Verbreitung Erschöpfung eintreten lässt, bliebe innerhalb des möglichen Wortsinns der Norm. Ob freilich Art 4 lit c S 2 Software-RL tatsächlich das Verständnis beizulegen ist, dass es für eine Erschöpfung nicht auf die Übertragung einer körperlichen Sache ankommt, ist erst zu klären. Auch nach Europarecht ist der Wortlaut nur ein, wenn auch nicht unwichtiges, Interpretationselement. Entscheidend ist aber der Zweck der Vorschrift.⁴⁰⁾ Art 4 lit c S 2 Software-RL sollte den zuvor vom EuGH in seiner Rsp zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Erschöpfungsgrundsatz festschreiben.⁴¹⁾ Eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums (Art 30 EGV) ist demnach nur dann gerechtfertigt, wenn es zur Wahrung des **spezifischen Gegenstands eines Schutzrechts** erforderlich ist. Der spezifische Gegenstand des Urheberrechts liegt neben dem Schutz hier nicht maßgeblicher Urheberpersönlichkeitsrechte darin, dass der Urheber das Inverkehrbringen kommerziell nutzen kann, also eine Vergütung für seine schöpferische Leistung erhalten soll. Urheberrecht, wie auch andere gewerbliche Schutzrechte, soll aber nicht ein Mittel zur Kontrolle der Vertriebswege sein.⁴²⁾ Demnach erschöpft sich das Urheberrecht mit dem erstmaligen Inverkehrbringen des urheberrechtlich geschützten Gegenstands durch den Urheber selbst oder mit seiner Zustimmung, weil damit die Vergütung für die schöpferische Leistung lukriert werden konnte. →

gung, in FS Dittrich (2000) 363 ff, 378 ff; *ders* in *ders* (Hrsg), Europäisches Urheberrecht, Stand der Harmonisierung RN 70 ff.

33) So va *Wiebe/Apl*, MR 2007, 191; auch *Dillenz/Gutmann*, UhrG & VerwGesG² § 16 RN 16.

34) *Anderl* in *Kucsko*, urheber.recht (FN 8) § 16 Anm 4.5.

35) Siehe dazu *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121 ff, mit Nw zur Rsp des EuGH.

36) Art 4 lit c S 2 lautet: „Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie; [...]“.

37) *Blocher* in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (FN 20) 146 f; *ders* in *Walter* (Hrsg), Europäisches Urheberrecht (FN 32) Art 4 Software-RL RN 28.

38) Die relevante Passage in der englischen Version lautet: „The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, [...]“ Die französische Version lautet: „La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, [...]“.

39) OGH 14. 10. 1997, 5 Ob 504, 505/96 = JBl 1998, 577 (mit Anm *Staudegger*).

40) Zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts und dazu, dass auch hier der Wortlaut selbstverständlicher Ausgangspunkt ist, der teleologischen Auslegung wie nach nationalem Recht aber die überragende Bedeutung zukommt, vgl etwa nur *Borchardt* in *Lenz/Borchardt*, EU- und EG- Vertrag⁴ (2006) Art 220 RN 15 ff; *Wegener* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ (2007) Art 220 RN 12 f, je mN zur Rsp des EuGH.

41) *Blocher/Walter* in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht (FN 20) 560.

42) Vgl nur EuGH 20. 1. 1981, verb Rs 55 und 57/80, Slg 1981, 147 – *membran/GEMA* RN 12 ff; 20. 10. 1993, Rs C-92/92 und C-326/92, Slg 1993, I-5145 – *Phil Collins* RN 19 ff; 4. 11. 1997, Rs C-337/95, Slg 1997, I-6013 – *Dior* RN 55 ff; *Loewenheim* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts (2003) § 55 RN 6 ff; *Plöckinger*, Zur Frage der Erschöpfung im Urheberrecht, MR 1999, 153; *Gamerith* in *Kucsko*, urheber.recht (FN 8) Vor § 1 UrhG Anm 8.2.1.

Dieser Zweck des Art 4 lit c Software-RL – der Urheber soll für seine Tätigkeit eine Belohnung erhalten, nicht aber soll er den weiteren Vertrieb kontrollieren können – fordert aber eine entsprechende Anwendung der Erschöpfung, wenn der Urheber das Werk, hier die Software, in unkörperlicher Form, aber dauerhaft und gegen Bezahlung eines Entgelts überlassen hat. Denn er hat die Vergütung für eine dauerhafte Überlassung erhalten. Könnte er die Weiterverbreitung auch noch untersagen, könnte er die Vertriebswege kontrollieren. Ein Unterschied, ob die Software in einem Trägermedium verkörpert ist oder nicht, besteht demnach nach Maßgabe des Normzwecks nicht. Zudem wäre es nicht zu rechtfertigen, könnte der Urheber durch die Entscheidung, ob er die Software körperlich übergibt oder ceteris paribus unkörperlich liefert, über die Anwendung des fundamentalen Erschöpfungsgrundsatzes entscheiden.⁴³⁾

Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, dass der EuGH bislang den Erschöpfungsgrundsatz nur für die körperliche Verwertung und nicht für unkörperliche Verwertungsarten anerkannt hat.⁴⁴⁾ Das ist nämlich ungenau formuliert. Der EuGH hat bislang die Erschöpfung für das Verbreitungsrecht judiziert, für die typischerweise unkörperlichen Verwertungsformen der Vorführungs-, Aufführungs- und Senderechte aber verneint. Maßgebend dafür war aber nicht die Verkörperung, sondern dass bei den zweitgenannten Rechten eine Vergütung für jede Nutzungshandlung erhoben wird. Die ökonomischen Interessen des Urhebers sind somit nicht mit dem erstmaligen Inverkehrbringen abgegolten, sondern er hat ein berechtigtes Interesse daran, dass die ihm zustehende Vergütung anhand der Anzahl der Sendungen oder Aufführungen berechnet wird.⁴⁵⁾ Der für den europarechtlichen Erschöpfungsgrundsatz tragende Grund ist somit in diesen Fällen nicht gegeben. Umgekehrt folgt daraus aber, dass der Erschöpfungsgrundsatz gelten muss, wenn das urheberrechtlich geschützte Werk dauerhaft gegen Entgelt überlassen wird, gleichgültig ob es in unkörperlicher oder körperlicher Form übertragen wird.

Aus europarechtlicher Sicht könnte nur dann eine andere Interpretation geboten sein, wenn sich entweder schlagende Gründe für eine sachliche Differenzierung finden ließen oder aber der europäische Gesetzgeber selbst eine Unterscheidung getroffen hat. Letztgenannte Variante würde freilich dann die Frage aufwerfen, ob dieser Sekundärrechtsakt nicht wegen Verstoßes gegen den (höherrangigen) primärrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz unwirksam wäre, jedenfalls soweit es sich um die grenzüberschreitende Online-Verbringung von Software handelt.

Letzteres, also eine Differenzierung des Sekundärrechtsgesetzgebers, soll nach einer verbreiteten Ansicht durch die Info-RL geschehen sein.⁴⁶⁾ Diese RL regelt in Art 3 das Recht der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung von ua online zur Verfügung gestellten Diensten und sieht für diese Rechte gem Abs 3 keine Erschöpfung vor. Eine solche ist vielmehr erst für das in Art 4 geregelte Verbreitungsrecht vorgesehen, welches sich gem Abs 2 mit der Übertragung des Eigentums des Originals oder eines Vervielfältigungsstücks in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpfen soll. ErwGr 29

der RL, auf den sich viele in der Literatur im hier zu untersuchenden Kontext stützen, hält dazu erklärend fest:

„(29) Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, dh einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.“

Wörtlich fast ident schließt ErwGr 33 der Datenbank-RL⁴⁷⁾ eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts für Online-Datenbanken aus, und zwar auch dann, wenn sich der Nutzer mit Zustimmung des Berechtigten ein physisches Vervielfältigungsstück dieser Datenbank hergestellt hat (ebenso ErwGr 43). ErwGr 33 dürfte demnach wegen der Ähnlichkeit in der Formulierung als Vorbild für ErwGr 29 der Info-RL gedient haben.⁴⁸⁾

Richtiger Ansicht nach folgt aber aus diesem ErwGr (diesen Erwägungsgründen) nicht, dass die zeitlich unbegrenzte Überlassung von Software im Weg unkörperlicher Übertragung nicht der Erschöpfung unterliegt.⁴⁹⁾ Zum Ersten lässt die Info-RL ausdrücklich, von hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen, die Bestimmungen der Software-RL unberührt (Art 1 Abs 2 Info-RL), sodass sie auch Art 4 lit c Software-RL in der oben entwickelten Interpretation nicht derogieren könnte. Davon abgesehen hat der europäische Gesetzgeber mit ErwGr 29, wie auch die Herkunft aus der Datenbank-RL zeigt, andere Fälle vor Augen gehabt als die Online-Übermittlung von Software zur zeitlich unbegrenzten Benutzung gegen Bezahlung eines einmaligen Entgelts. Denn der Verweis auf Dienstleistungen im Besonderen und im Allgemeinen sowie auf Online-Dienste und der Bezug zum Recht der Wiedergabe und Zugänglichmachung zeigen, dass man den Erschöpfungsgrundsatz nur für Dienstleistungen auf Abruf ausschließen wollte, für Online-Dienste also, wo der Nutzer grundsätzlich für jede Inanspruchnahme zu zahlen hat, er sich etwa ein Musikstück oder einen Film aus dem Netz zum An-

43) Sosnitza, K&R 2006, 209.

44) *Gamerith in Kucsko*, urheberrecht (FN 8) Vor § 1 UrhG Anm 8.2.1.1.

45) Vgl EuGH 18. 3. 1980, Rs 62/79, Slg 1980, 881 – *Coditel I* RN 11 ff; 6. 10. 1982, Rs 262/81 – *Coditel II* RN 9 ff; 13. 7. 1989, Rs 395/87, Slg 1989, 2521 – *Tournier* RN 11 ff; *Loewenheim in Loewenheim*, Handbuch (FN 42) § 55 RN 9; *Plöckinger*, MR 1999, 154.

46) So va *Wiebe/Appel*, MR 2007, 191; *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 76; vgl auch *Kothoff in Dreyer/Kothoff/Meckel* (FN 27) § 69 c RN 23.

47) RL 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl 1996 L 77/20.

48) Sosnitza, K&R 2006, 208.

49) Vgl va *Blocher in Walter*, Europäisches Urheberrecht (FN 32) Art 4 Software-RL RN 29 ff; Sosnitza, K&R 2006, 207; *Hoeren*, CR 2006, 573; *ders*, Gutachten (FN 28) 9 ff; *Knies*, Erschöpfung Online? – Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der RL zur Informationsgesellschaft, GRURInt 2002, 314 (316).

hören oder Ansehen gegen Bezahlung einer Gebühr heruntergeladen kann oder gegen Bezahlung einer Gebühr eine Suchabfrage in einer juristischen Datenbank durchführen kann. Das ergibt sich schon aus dem allgemeinen Begriffsverständnis von „Dienstleistungen“ und „Online-Diensten“, aber auch und entscheidend aus dem positivierten Begriffsverständnis des Gemeinschaftsgesetzgebers selbst. Die Info-RL ergänzt nämlich, wie ihr ErwGr 16 zeigt, die **e-commerce-RL**⁵⁰⁾ in urheberrechtlicher Hinsicht. Nach der e-commerce-RL sind „Dienste der Informationsgesellschaft“ Dienste iSv Art 1 Nummer 2 RL 98/34/EG⁵¹⁾ idF RL 98/48/EG.⁵²⁾ Diese RL definiert wie folgt:

„,Dienst': eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, dh jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck

– ‚im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung‘ eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird;

– ‚elektronisch erbrachte Dienstleistung‘ eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird;

– ‚auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung‘ eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.“

Wegen der engen Verzahnung von e-commerce-RL und Info-RL ist davon auszugehen, dass beiden derselbe Dienst- bzw Dienstleistungsbegriff zugrunde liegt. Wie die zitierte (verwiesene) Definition der e-commerce-RL aber zeigt, sind damit nur Dienste auf Abruf gemeint. Demnach liegt auch dem ErwGr 29 der Info-RL dieses Begriffsverständnis zugrunde. Die Info-RL würde eine Erschöpfung hinsichtlich online übermittelter Computerprogramme demnach auch nur dann ausschließen, wenn dieses Programm jeweils auf Abruf („on demand“) zur Verfügung gestellt wird, nicht aber bei der einmaligen Online-Übermittlung von Software zur zeitlich unbegrenzten Benutzung. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch teleologische Erwägungen gestützt. Bei Dienstleistungen im eben umschriebenen Sinn sind in der Tat die ökonomischen Interessen des Urhebers nicht mit einer erstmaligen Inanspruchnahme abgegolten, sondern diese Dienstleistungen sind auf eine wiederholte entgeltliche Erbringung angelegt. Insofern trüge die oben entwickelte gedankliche Grundlage des Erschöpfungsgrundsatzes eben nicht, sodass sich eine Erschöpfung nicht rechtfertigen ließe. Das gilt auch dann, wenn sich, wie die zitierten Erwägungsgründe richtig sagen, der Nutzer mit Zustimmung des Urhebers ein physisches Vervielfältigungsstück anfertigen durfte. Denn das ändert nichts am Charakter einer Dienstleistung auf Abruf und daran, dass das Entgelt nicht die dauerhafte Überlassung, sondern eben nur den einmaligen Abruf abgelten soll.⁵³⁾ Anders ist es aber, wenn die Online-Übermittlung lediglich ein anderes rechtstechnisches Mittel ist, um dem Erwerber die dauerhafte Nut-

zung des Werks gegen Bezahlung eines einmaligen Entgelts zu ermöglichen. Insofern handelt es sich nicht um das Recht der Zugänglichmachung oder Wiedergabe, sondern um eine Verbreitung, die bloß technisch anders abgewickelt wird als es traditionell der Fall war.⁵⁴⁾

Letztlich ist, auch zunächst noch auf sekundärrechtlicher Ebene, zu prüfen, ob sonst sachlich gerechtfertigte Gründe für eine Differenzierung zwischen körperlicher und unkörperlicher Übertragung auszumachen sind. Als einziges valables, zumeist aber nur auf nationalrechtlicher Ebene vorgebrachtes Argument verbleibt ein angeblich erhöhtes **Missbrauchspotenzial**.⁵⁵⁾ Dieses besteht jedoch bei genauerem Hinsehen nicht.⁵⁶⁾ Bei Software, die in verkörperter Form vertrieben wird, ist das körperliche Werkstück zumeist nicht zur Nutzung, sondern nur zur Installation der Software erforderlich. Auch hier könnte der Erwerber das Installationsmedium weiterveräußern (was ihm nach § 16 Abs 3 UrhG unstrittig erlaubt ist) und selbst unberechtigterweise seine Kopie weiterverwenden. Das Risiko der unberechtigten Weiterverwendung veräußerter Software besteht also im selben Ausmaß wie im Fall, dass die Software online bezogen worden ist.⁵⁷⁾ Auch können von der verkörperten Version (unzulässigerweise) beliebige Kopien erstellt werden bzw körperliche Kopien mit einem CD- oder DVD-Brenner angefertigt werden.⁵⁸⁾ Dass dies offenbar unproblematisch möglich ist, wird von der Softwareindustrie selbst zugestanden.⁵⁹⁾ Schließlich wäre es am Softwareproduzenten, (angeblich) erhöhte Risiken einfach dadurch auszuschalten, dass er den körperlichen Vertrieb wählt. Dafür müsste dann aber unstrittig der Erschöpfungsgrundsatz in Kauf genommen werden. Es kann dagegen nicht Aufgabe des UrhG sein, freiwillig eingegangene Risiken durch ein Unmöglichmachen der Weiterveräußerung zu eliminieren.⁶⁰⁾ →

50) RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („RL über den elektronischen Geschäftsverkehr“ – „e-commerce RL“), ABI 2000 L 178/1.

51) RL 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 22. 6. 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABI 1998 L 204/37.

52) RL 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 20. 7. 1998 zur Änderung der RL 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABI 1998 L 217/18.

53) Für Online-Datenbanken, die auf ständige Aktualisierung angelegt sind, auch *Blocher* in *Walter*, Europäisches Urheberrecht (FN 32) Art 4 Software-RL RN 29.

54) *Zutr Walter* in FS *Dittrich* 379.

55) Vgl für Österreich va *Anderl* in *Kucsko* (FN 8) § 16 Anm 4.5; auch *Wiebe/Appl*, MR 2007, 191; anders freilich *dies*, aaO 194 (s FN 58).

56) Vgl *Schrader/Rautenstrauch*, Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online-Erwerb durch unkörperliche Übertragung urheberrechtlich geschützter Werke, K&R 2007, 251 (253); *Hoeren*, Gutachten (FN 28) 14 f; *Sosnitza*, K&R 2006, 209.

57) *Schrader/Rautenstrauch*, K&R 2007, 253.

58) *Hoeren*, Gutachten (FN 28) 14; vgl auch *Wiebe/Appl*, MR 2007, 194, wonach die Kontrollmöglichkeiten des Urhebers bei Übergabe der Daten auf einer Diskette nicht wesentlich größer seien als bei Bereitstellen zum Download oder Übergabe einer Masterkopie. Anders freilich offenbar *dies*, aaO 191 (s FN 55).

59) Vgl das „Statement“ von G. *Schneider*, Vertriebsleiter für Kleinbetriebe bei Microsoft Österreich, Wozu Urheberrechtsschutz für Software? in *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2003) 1047: „Das Herstellen einer Raubkopie hingegen benötigt ein paar Mausclicks und einen CD-Rohling im Wert von ein paar Cents.“

60) Überzeugend *Hoeren*, Gutachten (FN 28) 14 f. Zudem ist zu beachten, dass, wie unter 1. ausgeführt, der Ersterwerber und nummehrige Veräußerer der Software schriftlich und damit dokumentiert und beweisbar erklärt, den veräußerten Datenbestand gelöscht zu haben

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich auch, dass in grenzüberschreitenden Sachverhalten, also bei Sitz des Zwischenhändlers im EG-Ausland, sogar Primärrecht direkt die Zulässigkeit des Geschäftsmodells ergibt. Wenn gebrauchte Software grenzüberschreitend veräußert wird, handelt es sich entweder um einen Fall der Warenverkehrs- oder der Dienstleistungsfreiheit (Art 28, 49 EGV). Auf die Warenverkehrsfreiheit könnte man trotz der Unkörperlichkeit der Leistung abstellen, weil kein Unterschied zur Veräußerung von Software in verkörperter Form besteht. Wenn man diesen Auslegungsschritt nicht gehen will, so liegt in der Vermittlungstätigkeit des Zwischenhändlers aber jedenfalls eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung. Durch ein Verbot dieser Tätigkeit würde in seine Dienstleistungsfreiheit eingegriffen (sie sogar unmöglichgemacht), was nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes bzw eines sonstigen zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses möglich wäre. Dass ein Rechtfertigungsgrund nicht im Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gesehen werden kann, wurde begründet. Davon abgesehen sind keine sonstigen Rechtfertigungsgründe oder Gründe des Allgemeininteresses ersichtlich, die die Vereitelung der Dienstleistungserbringung (oder des grenzüberschreitenden Warenverkehrs) rechtfertigen könnten. Insb ist kein erhöhtes Missbrauchspotenzial gegeben, abgesehen davon, dass sehr fraglich wäre, ob ein solches ein gänzlich Verbot rechtfertigen könnte und nicht verhältnismäßigere Mittel zur Verfügung stünden.⁶¹⁾

c) Nationales (österreich) Recht

Die voranstehenden Ausführungen haben ergeben, dass nach der Software-RL Erschöpfung auch dann eintritt, wenn die Software online übermittelt wird. Für dieses Auslegungsergebnis muss gefragt werden, ob nationales Recht ebenso interpretiert werden kann. Bekanntlich ist ja nationales Recht so weit wie möglich richtlinienkonform zu interpretieren.⁶²⁾ Die Frage nach den äußersten Grenzen richtlinienkonformer Auslegung⁶³⁾ stellt sich freilich erst gar nicht, wenn auch die autonome Auslegung nationalen Rechts dasselbe Ergebnis wie die Interpretation der RL ergibt. In einem solchen Fall erübrigt sich auch ein Rückgriff auf die identifizierte Primärrechtswidrigkeit, aus welcher freilich jedenfalls folgen würde, dass eine entgegenstehende nationale Vorschrift nicht angewendet werden darf.

Der Wortlaut des § 16 Abs 3 UrhG stellt zwar auf Werkstücke und damit körperliche Gegenstände ab; das hindert freilich nicht, den Erschöpfungsgrundsatz auch auf die Online-Übermittlung anzuwenden, wenn kein sachlicher Grund für eine differenzierte Behandlung ersichtlich ist und damit nach Maßgabe des Normzwecks eine vom Gesetzgeber ungewollte Lücke vorliegt, die mit den Mitteln der Analogie zu schließen ist.⁶⁴⁾

Der **Erschöpfungsgrundsatz** wurde in Österreich mit dem UrhG 1936 eingeführt.⁶⁵⁾ Ausweislich der Materialien⁶⁶⁾ dazu sollte das Verbreitungsrecht „*eben keine dem Urheber ausschließlich zustehende Gewerbeberechtigung zum Handel und zu anderen Arten der Verbreitung von Werkstücken [sein], sondern eine urheberrechtliche Befugnis, die erlischt, sobald sie ihre Aufgabe erfüllt hat*“.⁶⁷⁾ Damit sind die Begründungen angedeutet, die auch

heute als maßgeblich für den Erschöpfungsgrundsatz angesehen werden: Einerseits ist den Interessen des Urhebers Genüge getan, wenn er bei der ersten Verbreitungshandlung die Möglichkeit gehabt hat, seine Zustimmung von der Zahlung eines Entgelts abhängig zu machen. Zum anderen soll das Interesse der Allgemeinheit am freien Warenverkehr berücksichtigt werden. Könnte der Rechtsinhaber noch in den weiteren Vertrieb eingreifen, wenn er das Werkstück verkauft oder seine Zustimmung erteilt hat, so wäre dadurch der freie Warenverkehr in unerträglicher Weise behindert.⁶⁸⁾

Eben diese Normzwecke sind auch bei der Weiterveräußerung von Software erfüllt, wenn sie nicht in einem Werkstück verkörpert ist. Der Urheber hatte die Möglichkeit, bei der ersten Übertragung das Entgelt zu lukrieren. Das Interesse der Allgemeinheit an der freien Weiterveräußerbarkeit besteht im selben Ausmaß, ob die Software verkörpert ist oder bloß online übermittelt wurde. Würde man hier den Erschöpfungsgrundsatz nicht anwenden, so erhielte der Urheber, um mit den zitierten Materialien zum UrhG 1936 zu sprechen, eine umfassende Gewerbeberechtigung zum Handel mit Software.⁶⁹⁾ Deswegen ist es unrichtig, dass in der deutschen Literatur vereinzelt gegen die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übermittlung von Software angeführt wird, der Erschöpfungsgrundsatz wolle im Hinblick auf die Eigentumsordnung des BGB die Verkehrsfähigkeit von körperlichen Gegenständen aufrechterhalten.⁷⁰⁾ Das ist unzweifelhaft richtig, weil zu der Zeit, als der Erschöpfungsgrundsatz Gesetz wurde, eine dauerhafte Übertragung urheberrechtlich geschützter Werke in unkörperlicher Form nicht möglich, ja wohl auch außerhalb jeglicher Vorstellungskraft war.⁷¹⁾ Aber ein Argument gegen die Erstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes infolge neuerer technischer Entwicklungen ist es gewiss nicht. Im Gegenteil: Die

und ein Notar dies beurkundet. Es ist zu erwarten, dass eine solche Erklärung, deren Vorliegen zudem von einer öffentlichen Urkundsperson beurkundet wird, geeignet ist, Veräußerer von der (unrechtmäßigen) Weiterverwendung von Programmkopien abzuhalten, wahrscheinlich sogar in einem höheren Ausmaß als bei der Weiterveräußerung verkörperter Programme, wo keine solchen Bestätigungen abgegeben werden und sich Veräußerer wohl oftmals vor der Weitergabe unrechtmäßig Programmkopien anfertigen bzw schon erstellte Programme nicht löschen (so insb wenn das Werkstück nur zur Installation der Software benötigt wurde).

61) Vgl zum Vorstehenden andeutungsweise auch *Hoeren*, Gutachten (FN 28) 16; *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht (FN 28) § 69 c RN 31.

62) Vgl *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121, mit zahlreichen Nw zur Rsp des EuGH und OGH.

63) Dazu, mit unterschiedlichen Ergebnissen, *B. Jud*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 521 (524 ff), einerseits, *Rüffler*, ÖJZ 1997, 126, andererseits.

64) Zu den Analogievoraussetzungen statt vieler *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB I³ (2000) § 7 RN 1 ff; *Rüffler*, Analogie: Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung, JRP 2002, 60; zum Erfordernis der Planwidrigkeit der Lücke sogleich im Text.

65) Zum Text in der ursprünglichen Fassung oben FN 10.

66) EB zum UrhG 1936, abgedruckt bei *Dillenz*, Materialien (FN 10) 39 ff.

67) EB zu § 16, abgedruckt bei *Dillenz* (FN 10) 70.

68) Vgl zum Vorstehenden *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht³ (FN 24) § 17 RN 36; *Loewenheim* in *Loewenheim*, Handbuch (FN 42) § 20 RN 23; BGH 6. 7. 2000, I ZR 244/97, BGHZ 145 – 7-OEM-Version.

69) Vgl oben bei und in FN 67.

70) Oben FN 26.

71) Zur Entwicklung in Deutschland, die schon mit einer Entscheidung des Reichsgerichts 1906 begann, *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht³ (FN 24) § 17 RN 35 mN.

Art der technischen Übermittlung spielt im Hinblick auf die angeführten Normzwecke keine Rolle.⁷²⁾

Gegen eine gebotene Analogie könnten nur sonstige sachliche Differenzierungsgründe sprechen oder aber, dass der Gesetzgeber selbst, wenn auch unsachlich, differenzieren wollte. Gegen den Willen des Gesetzgebers gibt es keine Analogie, die Lücke muss vielmehr planwidrig, also ungewollt sein.⁷³⁾ Dass es keine sachlichen Differenzierungsgründe gibt, insb das Argument größerer Missbrauchsgefahr nicht überzeugt, wurde schon im Kontext des Europarechts behandelt.⁷⁴⁾ Auch für eine bewusste Beschränkung des Gesetzgebers gibt es keinen Anhaltspunkt. Die Beschränkung auf die körperliche Übertragung in der ursprünglichen Formulierung des Erschöpfungsgrundsatzes resultiert vielmehr daraus, dass zum Zeitpunkt der Gesetzesverordung eine dauerhafte Übertragung urheberrechtlich geschützter Werke ohne Verkörperung in einem Trägermedium schlicht unmöglich, wohl auch undenkbar war. Zu dem Zeitpunkt der erstmaligen Positivierung des Erschöpfungsgrundsatzes konnte der Gesetzgeber somit gar keine bewusste Differenzierung vorgenommen haben.⁷⁵⁾ Dasselbe gilt für die UrhGNov 1988, mit der der Erschöpfungsgrundsatz erstmals novelliert wurde.⁷⁶⁾ Abgesehen davon ist den Materialien zu dieser Nov kein diesbezüglicher Hinweis zu entnehmen.⁷⁷⁾ Dasselbe gilt für die Nov 1993⁷⁸⁾,⁷⁹⁾ Die außerordentlich knappen ErläutRV zur UrhGNov 2003, in denen wohl erstmals entsprechende Erwägungen des Gesetzgebers auftauchen hätten können, lassen ebenfalls keine bewusste Differenzierung des Gesetzgebers erkennen. Der Gesetzgeber wollte die Regelung der Erschöpfung Art 4 Info-RL anpassen.⁸⁰⁾ Dass dieser RL aber keine Regelung des hier zu lösenden Sachproblems zu entnehmen ist, wurde schon gesagt.⁸¹⁾

Somit ist auch bei rein nationalrechtlicher Betrachtung eine Analogie geboten, sodass auch gar keine Diskrepanz mit dem richtlinienrechtlich vorgeschriebenen besteht. ME ist, bei aller Vorsicht mit solchen Prognosen, die Wahrscheinlichkeit auch groß, dass der OGH diesen Argumenten folgt. Denn in der schon behandelten Entscheidung zur Erschöpfung bei der Überlassung von Software zur zeitlich unbegrenzten Verfügung hat das Höchstgericht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Transaktion entscheidendes Gewicht beigelegt. Der Erschöpfungsgrundsatz gelte ungeachtet der Bezeichnung des Vertrags dann, wenn die Software gegen Bezahlung eines Entgelts dauerhaft überlassen wird.⁸²⁾ Gewiss war im entschiedenen Sachverhalt die Software in verkörperter Form übergeben worden. Für die Begründung spielte das aber keine entscheidende Rolle, sondern das wirtschaftliche Ergebnis: dass nämlich der Erwerber die dauerhafte Verfügungsmöglichkeit erhalten hatte und der Urheber dafür sein Entgelt lukrieren konnte. Somit müsste mE der OGH auch den Schritt gehen, der Online-Übermittlung die Erschöpfungswirkung zuzuerkennen. Und noch ein Topos des OGH spricht dafür: Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Kennzeichen unter Beteiligung von Domain-Namen seien die im allgemeinen Kennzeichenrecht entwickelten Grundsätze anzuwenden, um eine unerträgliche Diskrepanz zwischen dem „virtuellen“ und dem „nichtvirtuellen“ Geschäftsverkehr zu vermeiden.⁸³⁾ Etwas allgemeiner ausgedrückt

sollen also die Regeln, welche für die „Offline-Welt“ gelten, auch auf die „Online-Welt“ angewendet werden, wenn gemessen am Maßstab der zugrunde liegenden Konfliktlagen und rechtlichen Wertungen keine relevanten Unterschiede bestehen. Dass das hier der Fall ist, wurde gezeigt.

Es bleibt noch zu klären, wie die Übertragung der Software auf den Zweiterwerber ohne Verletzung von Urheberrechten des Softwareherstellers zu bewerkstelligen ist. Dazu erscheint eine Übertragung eines körperlichen Werkstücks, wie sie vereinzelt in der Literatur gefordert worden ist,⁸⁴⁾ nicht erforderlich zu sein. Denn auch dadurch wird nicht zuverlässig ausgeschlossen, dass sich der Veräußerer (= der Ersterwerber) unberechtigt eine Kopie anfertigt und diese weiternutzt. Zudem verfügt er jedenfalls über eine Kopie, wenn das Werkstück nur zur Installation der Software benötigt wurde. Die Übertragung in einem solchen Fall sowie die Online-Übertragung der Software führen aber scheinbar zu einer Verdopplung des Datenbestands, indem der Ersterwerber und nunmehr auch der Zweiterwerber über eine Programmkopie verfügen. Für traditionelle dauerhafte Übertragungen, also Verbreitungshandlungen, stellte sich dieses Problem bislang nicht, weil mit der Übergabe des Werkstücks, bspw eines Buchs, dem bisherigen Eigentümer ein Vervielfältigungsstück nicht mehr zur Verfügung steht. Aus der oben begründeten Lösung, dass die Online-Übertragung aber unter den Erschöpfungsgrundsatz zu fallen hat und dem Gedanken, dass die rechtlichen Beurteilungsgrundsätze zwischen Online- und Offline-Welt möglichst ähnlich gestaltet sein sollen, ergibt sich, dass sich die Lösung an den Denkmustern der körperlichen Übergabe zu orientieren hat. Daraus folgt: Mit der Übertragung der Software wird wie bei der Übertragung eines körperlichen Werkstücks der Zweiterwerber infolge der Erschöpfung des Rechts zum berechtigten Benutzer. Der Ersterwerber darf eine Kopie nicht mehr verwenden, seine Kopie würde zur Raubkopie.⁸⁵⁾ Die Handlungen des Zweiterwerbers, die ihm die Verwendung der infolge Erschöpfung rechtmäßig und wirksam erworbenen Software ermöglichen – also Installation der Software auf zusätz-

72) Vgl Hoeren, Gutachten (FN 28) 16.

73) Wiederum statt vieler mit zahlreichen Nw Bydlinski in Rummel, ABGB I³ § 7 RN 1 ff; Rüdiger, JRP 2002, 69.

74) Vgl dazu oben nach FN 55.

75) Den Materialien, abgedruckt bei Dillenz (FN 10) 70, ist demgemäß diesbezüglich natürlich auch nichts zu entnehmen.

76) Zur Entwicklung des § 16 Abs 3 UrhG schon oben C.1.

77) ErläutRV zur Nov 1988, 633 BlgNR 17. GP 25 (Allgemeiner Teil) und 45 f (Besonderer Teil), Letzterer abgedruckt bei Dittrich, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁵ (FN 12) 129 ff; ferner Walter, UrhGNov 2003 (FN 12) § 16 Anm 2.

78) ErläutRV zur Nov 1993, 596 BlgNR 18. GP 5 (Allgemeiner Teil) und 6 (Besonderer Teil), Letzterer abgedruckt bei Dittrich, Urheberrecht⁵ (FN 12) 131; ferner wiederum Walter, UrhGNov 2003 (FN 12) § 16 Anm 2.

79) Zur hier nicht relevanten UrhGNov 2000 oben FN 18.

80) ErläutRV zu § 16 Abs 3 idF der Nov 2003, 40 BlgNR 22. GP 29, abgedruckt bei Dittrich, Urheberrecht⁵ (FN 12) 131.

81) Dazu oben C.2.b nach FN 46.

82) OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 30/00 s = MR 2000, 249 (mit Anm Walter) = ecocex 2000, 732 (mit Anm Schanda) = GRURInt 2000, 1028 = ÖBI 2001, 141 – Handwerkerpaket WIN 2.3. Zu dieser E schon näher oben bei FN 19.

83) OGH 3. 4. 2001, 4 Ob 73/01 s = EvBI 2001/176.

84) Siehe FN 27 und 32.

85) Berger, GRUR 2002, 201.

lichen Rechnern von einer schon vorhandenen Masterkopie oder Herunterladen der Software aus dem Netz –, sind von § 40 d Abs 2 UrhG gedeckt.⁸⁶⁾ Diese Lösung wird auch von den Gegnern der Erschöpfungswirkung als richtig zugestanden, sofern die gegenteilige, hier vertretene und begründete analoge Anwendung des § 16 Abs 3 UrhG zutreffen sollte.⁸⁷⁾

d) „Abspaltung“ bei Volumen-/Mehrfachlizenzen

Es bleibt noch die Frage zu klären, ob sich die Beurteilungsgrundsätze ändern, wenn der Ersterwerber über mehrere Lizenzen verfügt und nur einzelne davon auf den Zweiterwerber überträgt. Das wird verschiedentlich damit verneint, dass hier ein einheitliches Recht unzulässig aufgespalten werde⁸⁸⁾ oder dass dabei angesichts der degressiven Gebührenstruktur die Vergütungsinteressen des Ersterwerbers nicht ausreichend berücksichtigt würden.⁸⁹⁾

Das erstgenannte Argument ist indes eine bloße Behauptung. Denn wieder muss zur Beurteilung der Vergleich mit der „Offline-Welt“ hergestellt werden. Hätte der Softwarehersteller 50 Disketten verkauft, wäre unstrittig hinsichtlich aller dieser Werkexemplare das Verbreitungsrecht erschöpft und könnte ein Teil davon weiterveräußert werden. Das zweite Argument zielt indes auf die teleologischen Grundlagen des Erschöpfungsgrundsatzes. Denn er rechtfertigt sich ja daraus, dass die Vergütungsinteressen des Urhebers durch das erstmalige Inverkehrbringen befriedigt sind.⁹⁰⁾ Indes zeigt auch hier der Vergleich mit der Analogiebasis – die Veräußerung mehrerer verkörperter Softwareversionen –, dass es nicht überzeugen kann. Wenn hier Rabatte gewährt werden, ändert das nichts am Erschöpfungsgrundsatz. Eine degressive Gebührenstruktur folgt aus geringeren Transaktionskosten und der höheren Verhandlungsmacht des Erwerbers. Sie resultiert aber nicht aus der Art der Übermittlung der Software.⁹¹⁾

e) Weiterveräußerungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Bei der Erschöpfung des Verbreitungsrechts gem § 16 Abs 3 UrhG handelt es sich um zwingendes Recht. Entgegenstehende Vereinbarungen haben allenfalls schuldrechtliche Wirkungen zwischen dem Softwarehersteller und dem Ersterwerber, nicht aber dingliche Wirkungen gegenüber dem Dritten, also insb dem Zweiterwerber (oder dem Zwischenhändler).⁹²⁾ Zu prüfen bleibt somit nur, ob diese schuldrechtliche Bindung wirksam ist oder ihr aber – so wie sie regelmäßig in AGB vereinbart ist – ebenfalls rechtliche Schranken entgegenstehen. Dabei wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Vereinbarung zwischen Unternehmern abgeschlossen ist.

Sofern in Deutschland die Erschöpfungswirkung auch bei der Online-Übermittlung von Software akzeptiert wird, wird auch angenommen, dass entgegenstehende Vereinbarungen in AGB gegen § 307 Abs 1 BGB verstoßen.⁹³⁾ Nach dieser Norm sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. § 307 Abs 1 BGB ist das Pendant zu § 879 Abs 3 ABGB, von dem er sich aber doch etwas unterscheidet. Neben dem hier nicht maßgeblichen Unterschied, dass § 307 Abs 1 BGB jedenfalls nach seinem Wortlaut auch die vertraglichen Hauptleistungspflich-

ten betrifft, könnte gröbliche Benachteiligung auf einen strengeren Maßstab als die (bloße) Unangemessenheit nach § 307 Abs 1 BGB hinweisen.⁹⁴⁾ Freilich wird auch in Österreich gesagt, dass bei Abweichungen vom dispositiven Recht Gröblichkeit eher iS von Unangemessenheit zu verstehen ist.⁹⁵⁾ Dass der benachteiligte Vertragspartner ein Unternehmer ist, ändert nichts an der Anwendbarkeit des § 879 Abs 3 ABGB.⁹⁶⁾

Ob eine Bestimmung nach § 879 Abs 3 ABGB **gröblich benachteiligend** ist, ist auf der Grundlage einer umfassenden Interessenbewertung zu bestimmen. Dabei ist primär zu ermitteln, welche Lösung das dispositiven Gesetzesrecht vorsieht, weil es typischerweise einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den beiden Vertragsparteien normiert. Eine Abweichung davon kann schon eine gröbliche Benachteiligung darstellen, wenn sich dafür keine sachliche Rechtfertigung finden lässt, jedenfalls aber dann, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht.⁹⁷⁾

Danach wird man eine gröbliche Benachteiligung anzunehmen haben.⁹⁸⁾ Wie dargelegt wurde, stellt die Übertragung von Software zur zeitlich unbegrenzten Nutzung gegen Bezahlung eines Entgelts einen Sachkauf dar, und zwar auch dann, wenn die Software nicht verkörpert übergeben wird.⁹⁹⁾ Somit wird dem Erwerber das Eigentum übertragen, der somit mit der erworbenen Software auch verfahren darf, wie er will, sie demgemäß insb auch weiter übertragen kann (§ 354 ABGB). Die zu prüfende AGB-Regelung nimmt diese Weiterveräußerungsbefugnis, ohne dass es dafür eine sachliche Rechtfertigung auf der Seite des Softwareherstellers gibt. Denn

86) Vgl, teilweise ausführlicher, zur deutschen Parallelnorm (§ 69 d Abs 1 dUrhG) Sosnitzer, MR 2006, 209; Hoeren, CR 2006, 574; ders, Gutachten (FN 28) 17 ff; ders, Ergänzungsgutachten (FN 28) 4 ff; Grütz-macher, CR 2007, 552; ders in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht² (FN 28) § 69 d RN 4, 24 ff; vgl auch Blocher in Walter, Europäisches Urheberrecht (FN 32) Art 5 Software-RL RN 8, 14 und 16; Berger, GRUR 2002, 201; ebenso LG Hamburg 29. 6. 2006, 315 O 343/06 = CR 2006, 812 (mit Anm Grütz-macher).

87) Vgl Wiebe/Appel, MR 2007, 193.

88) Heydn/Schmidl, K&R 2006, 77.

89) LG München I 19. 1. 2006, 7 O 23237/05 = ZUM 2006, 251.

90) Dazu oben C.2.b zum europarechtlichen Erschöpfungsgrundsatz und C.2.c zum nationalen.

91) Wie hier wiederum Sosnitzer, K&R 2006, 208.

92) Vgl OGH 13. 9. 1999, 4 Ob 151/99f = ÖBI 2000, 133; OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 30/00s = MR 2000, 249 (mit Anm Walter) = ecolex 2000, 732 (mit Anm Schanda) = GRURInt 2000, 1028; präzise Grütz-macher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht² (FN 28) § 69 c RN 38; ferner Anderl in Kucsko, urheberrecht (FN 8) § 16 Anm 4.3; Blocher in Jähnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht² (FN 20) 146; Loewenheim in Loewenheim, Handbuch (FN 42) § 20 RN 33.

93) Vgl Hoeren, Ergänzungsgutachten (FN 28) 11; Sosnitzer, K&R 2006, 210 mwN; ferner Grütz-macher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht² (FN 28) § 69 c RN 38.

94) Vgl dazu jüngst Dullinger/Rummel, Zur Zulässigkeit von Entgeltvereinbarungen für die Ausfolgung oder Übertragung von Depotwerten, wbl 2007, 301 (303f).

95) Krejci in Rummel, ABGB I³ (2000) § 879 RN 242.

96) Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2007) RN 22; OGH 12. 8. 2004, 1 Ob 144/04i = JBI 2006, 103 (mit Anm Leitner).

97) Vgl aus der Rsp etwa OGH 13. 4. 1983, 1 Ob 581/83 = JBI 1983, 534; 5. 8. 2003, 7 Ob 179/03d = JBI 2004, 245; Dullinger/Rummel, wbl 2007, 304; Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2007) RN 23; Krejci in Rummel, ABGB I³ § 879 RN 240 ff; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB IV³ (2006) § 879 RN 30.

98) AA auf der Basis anderer Prämissen Wiebe/Appel, MR 2007, 188.

99) OGH 14. 10. 1997, 5 Ob 504, 505/96 = JBI 1998, 577 (mit Anm Staudegger). Dazu schon oben bei C.2.b bei FN 39.

er hat sein Entgelt bekommen. Zudem ist Software ein schnelllebiges Produkt, sodass der Softwarehersteller alsbald an einer neuen Softwareversion wiederum ein Entgelt lukrieren kann. Auf der anderen Seite kann die Weiterveräußerungsmöglichkeit für einen Unternehmer, der eine Vielzahl an Softwarelizenzen erworben hat und sie nunmehr infolge wirtschaftlicher Entwicklungen (teilweise) nicht mehr benötigt, sehr wichtig sein.¹⁰⁰⁾ Dass eine gröbliche Benachteiligung vorliegt, wird wiederum am besten deutlich, wenn man mit der „nichtvirtuellen“ Welt und (generellen) Analogiebasis der Überlegungen dieser Untersuchung vergleicht: Eine Regelung in AGB, die bei Veräußerung körperlicher Gegenstände dem Erwerber die Weiterveräußerung untersagen würde, würde ceteris paribus wohl ohne Zögern als gröblich benachteiligend angesehen werden.

Abschließend sei noch auf die kartellrechtlichen Facetten des Untersuchungsgegenstands hingewiesen, nämlich einen möglichen **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** (§ 5 KartG; Art 82 EGV) durch die Verwendung einschlägiger Geschäftsbedingungen oder durch den Versuch, die Veräußerung gebrauchter Software zu verhindern. Softwarehersteller verfügen häufig über eine marktbeherrschende Stellung. Die Vereinbarung von Weiterveräußerungsverboten würde wohl gegenüber den gebundenen Unternehmern einen Ausbeutungsmisbrauch darstellen.¹⁰¹⁾ Zu prüfen wäre auch, ob nicht gegenüber den Zwischenhändlern Behinderungsmisbrauchstatbestände gesetzt werden. Die Beantwortung dieser Fragen bedürfte einer gesonderten Untersuchung.¹⁰²⁾

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Aus Art 4 lit c S 2 Software-RL folgt, dass dann, wenn Software gegen Entgelt zur zeitlich unbegrenzten Nutzung überlassen wird, das Verbreitungsrecht erschöpft ist. Ob die Software in einem Trägermedium verkörpert ist oder nicht, ist gleichgültig. Gleiches folgt aus Art 28 oder aus Art 49 EGV, falls ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Aus der Info-RL, namentlich dessen ErwGr 29, ergibt sich nichts Gegenteiliges, weil

der Ausschluss der Erschöpfungswirkung dort nur für Dienste auf Abruf gilt.

2. Dasselbe Ergebnis folgt aus einer autonomen Auslegung nationalen Rechts, nämlich aus § 16 Abs 3 UrhG. Die Bestimmung, die wörtlich auf die Übertragung körperlicher Werkstücke abstellt, ist analog auf die Online-Übertragung von Software anzuwenden, wenn die Software gegen Bezahlung eines Entgelts zur zeitlich unbegrenzten Nutzung überlassen wird. Denn der Normzweck (auch) des nationalen Erschöpfungsgrundsatzes erfasst ebenso die Online-Übermittlung. Die Lücke ist auch planwidrig. Der historische Gesetzgeber konnte noch gar nicht erahnen, dass urheberrechtlich geschützte Werke auch unkörperlich verbreitet werden können. Späteren Novellen sind keine diesbezüglichen Überlegungen des Gesetzgebers zu entnehmen. Auch sonst gibt es keine sachlichen Differenzierungsgründe, insb besteht kein erhöhtes Missbrauchspotenzial.

3. Der Erschöpfungsgrundsatz gilt auch, wenn aus einer Mehrfachlizenz einzelne Nutzungsrechte weiterveräußert werden. Allfällige Rabatte, die der Ersterwerber lukrieren konnte, ändern daran nichts.

4. Mit der Veräußerung gebrauchter Software wird der Ersterwerber zum unberechtigten Nutzer und der Zweiterwerber zum Berechtigten. Vervielfältigungshandlungen, die er setzen muss, um die Software auf seinen Rechnern zu installieren, sind von § 40 d Abs 2 UrhG gedeckt.

5. Die Erschöpfungswirkungen des § 16 Abs 3 UrhG können durch vertragliche Vereinbarungen nicht abbedungen werden. Die schuldrechtliche Bindung des Ersterwerbers von Software in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern verstößt als gröblich benachteiligende Nebenbestimmung gegen § 879 Abs 3 ABGB.

100) Hoeren, Ergänzungsgutachten (FN 28) 11.

101) Zu unangemessenen Geschäftsbedingungen als Ausbeutungstatbestand vgl OGH 15. 10. 2002, 4 Ob 187/02g = wbl 2003/54, 92 – Aufrechnungsverbot; 25. 6. 2003, 3 Ob 141/03m = ÖBA 2004, 143.

102) Vgl auch dazu Wiebe/Appf, MR 2007, 188, wiederum aber auf der Basis anderer Prämissen.

→ In Kürze

Der Erschöpfungsgrundsatz gilt auch dann, wenn Software nicht in verkörperter Form, sondern online übertragen wird. Entscheidend ist nur, dass ein Softwarekauf, also eine dauerhafte Überlassung gegen Bezahlung eines Entgelts, vorliegt. Das folgt aus der Software-RL sowie aus primärrechtlichen Vorgaben, ferner auch aus der autonomen Auslegung nationalen Rechts. Es ist auch möglich, aus einer Volumen-/Mehrfachlizenz einzelne Nutzungsrechte abzuspalten, denn die Erstveräußerung hat zu einer Erschöpfung hinsichtlich aller (einzelnen) Lizenzrechte geführt. Die Erschöpfungswirkungen des § 16 Abs 3 UrhG sind zwingend. Die schuldrechtliche Bindung des Ersterwerbers, er dürfe Software nicht weiterveräußern, verstößt, wenn sie in AGB enthalten ist, gegen § 879 Abs 3 ABGB.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler, LL.M., ist Professor für Unternehmensrecht am Institut für Rechtswissenschaft der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt.

Kontakt: Institut für Rechtswissenschaft, Alpen-Adria-Universität Klagenfurt, Universitätsstraße 65–67, 9020 Klagenfurt
Tel: (0463) 2700–3312
Fax: (0463) 2700–3399

E-Mail: friedrich.rueffler@uni-klu.ac.at

Internet: www.uni-klu.ac.at/rewi/

Vom selben Autor erschienen:

Rüffler, Der Einfluss der Europarechts auf das österreichische UWG, in *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Band 6/2 (1998). →





Literatur:

Sosnitza, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software, K&R 2006, 206;
Wiebe/Appl, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von „gebrauchten“ Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186.

→ **Literatur-Tipp**



Kucsko, urheber.recht (2008)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100
 Fax: (01) 531 61-455
 E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at