

Die Relevanz urheberrechtlicher Bestimmungen für den Softwarevertrag

Elisabeth Staudegger

Karl-Franzens-Universität Graz
Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik
Universitätsstraße 15/B, 8010 Graz
elisabeth.staudegger@uni-graz.at

Schlagnworte: Software, Urheberrechtsschutz, Vertragsrecht, „bestimmungsgemäße Benutzung“

Abstract: Computerprogramme genießen weltweit Schutz durch Urheberrecht. Die Sonderbestimmungen des Computer-Urheberrechts wirken sich massiv auf die Vertragsgestaltung aus, da selbst die Benutzung durch den berechtigten Erwerber reglementiert und in den Kontext des Urheberrechts eingebunden ist. Dabei zeigen sich im Detail nationale Unterschiede in den traditionell eng verwandten Urheberrechtssystemen Deutschlands und Österreichs, die geeignet sind, zu divergierenden Ergebnissen an der Basis zu führen.

1. Urheberrechtsschutz für Software

Computerprogramme sind heute durch ein weltweites Regelwerk urheberrechtlich abgesichert. So statuieren Art 10 TRIPS und Art 4 WCT die Eigenschaft von Programmen als „literary works“ iSv Art 2 RBÜ ebenso wie die zeitlich frühere und in ihrer Bedeutung auf die genannten völkerrechtlichen Verträge unbestrittene RL 91/250/EWG. Bemerkenswert ist, dass die Einbeziehung von Computerprogrammen die Entwicklung des Urheberrechts – des europäischen gleichwie ihm folgend des österreichischen – nachhaltig beeinflusst hat, gilt die RL doch als richtungsweisend für die nachfolgenden einschlägigen Gesetzgebungstätigkeiten der Gemeinschaft.¹

Die Umsetzung der RL 91/250/EWG erfolgte in Österreich bereits vor dem Beitritt zur Gemeinschaft mit BGBl 1993/93, insb durch § 2 Z 1 iVm §§ 40 ff UrhG in Abschnitt VIa. Dabei bewirkte nicht zuletzt die Herabset-

¹ *Reinbothe*, Hat die Europäische Gemeinschaft dem Urheberrecht gutgetan? in FS-Schricker (2005) 483 (487).

zung der Anforderungen an den Werkbegriff, dass Software heute in der Rsp jedenfalls dann als grundsätzlich geschützt gilt, wenn das Programm „eine gewisse Komplexität aufweist“.²

2. Vertragstypologie

Ertl empfiehlt schon 1991, iZm Softwareverträgen die „schärfere Terminologie des allgemeinen Privatrechts“ zu nutzen.³ Die Überbetonung der immaterialgüterrechtlichen Seite von Softwareverträgen suggeriere, Ansprüche aus Gewährleistung und Schadenersatz stünden nur nach dem UrhG und daher mangels Regelung dort überhaupt nicht zu.⁴ Dieser Empfehlung ist die Rsp gefolgt und hält – zu Recht – zumindest für den „funktionalen Aspekt“ das Instrumentarium des ABGB für anwendbar.⁵

Von den gesetzlich geregelten Vertragstypen des ABGB bietet sich nun der Werkvertrag nach §§ 1165 ff ABGB für all jene Softwareverträge an, bei denen ein System nach den konkreten Anforderungen eines bestimmten Anwenders hergestellt werden soll.⁶ Im allgemeinen Sprachgebrauch ist dafür die Bezeichnung „Individualsoftware“ als Gegensatz zu sog „Standardsoftware“ üblich, doch sollten solche technisch motivierten Begrifflichkeiten nicht unbesehen in rechtliche Kontexte übernommen werden. Vielmehr kann zweifelsohne auch Standardsoftware in Auftrag gegeben und damit Gegenstand eines Werkvertrages werden, wenn zB Ziel des Vertrages ist, „Branchensoftware“ für den späteren Vertrieb durch den Auftraggeber zu entwickeln.

Weiters ist es durchaus sachgerecht, für die Einräumung von Nutzungsmöglichkeiten auf begrenzte Dauer – sei dies zB in Form der Übergabe eines Programmexemplars oder mittels Eröffnung des Zugangs zur online-Nutzung – die Bestimmungen des Bestandvertrages, §§ 1090 ff ABGB, und die dort niedergelegten, den Anforderungen eines Dauerschuldverhältnisses entsprechenden gesetzlichen Standardregelungen zu nutzen.

Und schließlich wird die Überlassung auf Dauer gegen Einmalentgelt den Charakteristika eines Kaufs nach §§ 1053 ff ABGB, des typischen Ziel-

2 Jüngst 4 Ob 45/05d – TerraCad – MR 2005, 379 (*Walter*).

3 *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991) 203.

4 *Ertl*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDV&R H 2, 19 (20).

5 SZ 70/202; zust *Aicher* in Rummel³ (2000) § 1053 Rz 52.

6 So auch OGH 9 Ob 81/04h.

schuldverhältnisses, gerecht. So wird in nunmehr stRsp die dauerhafte Überlassung einer auf Datenträgern verkörpertem Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt als Kauf qualifiziert.⁷

Als weiterer praxisrelevanter Vertrag ist der Vertriebsvertrag zu nennen, der im Gegensatz zu den vorgenannten nicht auf Nutzung der Software gerichtet ist, sondern den Erwerb – sei es einzelner Programmexemplare, sei es eines Stückes zur Vervielfältigung wie zB bei OEM-Software, zur Weitervergabe an Zwischenhändler oder Endnutzer – zum Inhalt hat. Mangels Zugehörigkeit zu einem der im ABGB typenhaft erfassten Verträge ist eine generalisierte Zuordnung nicht möglich, doch können die im Einzelfall vereinbarten Bestimmungen iA zwanglos auf die gesetzlich verankerten Typen rückgeführt werden. Je nach konkreter Ausgestaltung wird hier ein Rechtsverhältnis mit Zielschuldcharakter (wie zB im Falle des Ankaufs einer bestimmten Anzahl von Programmexemplaren) oder eines mit Dauerschuldcharakter (insb dann, wenn eine auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung zB durch Rahmenvertrag mit Konkretisierungen im einzelnen Anlassfall gewollt ist) vorliegen.

Es zeigt sich, dass die schuldrechtliche Einordnung von Softwareverträgen in die vertragstypologische Konzeption des ABGB durchaus möglich ist (wobei damit nicht gesagt sein soll, dass dabei keine Probleme auftreten; doch sollen diese an anderer Stelle behandelt werden). Hier interessiert die Schnittstelle zum Urheberrecht: Warum bzw in welcher Hinsicht entfalten urheberrechtliche Bestimmungen Wirkung, die sich im Vertragsrecht niederschlägt?

3. Nutzung als urheberrechtliche Verwertungshandlung?

Tatsächlich berührt das Urheberrecht nicht nur die schuldrechtliche sondern und vor allem auch die sachenrechtliche Seite des Rechtsgeschäfts. Obwohl Kauf und Werkvertrag unzweifelhaft geeignete Titel sind, Eigentum und damit das Vollrecht an der Sache einzuräumen, muss die Frage, ob der Auftraggeber/Käufer mit der erworbenen Software nach Gutdünken verfahren kann, ob er sie vervielfältigen und die Kopien weiterveräußern darf, die Exemplare vermieten oder unbeschränkten Zugang zur online-Nutzung gestatten kann, mit einem klaren „Nein!“ beantwortet werden. Denn es stellt sich bei Erörterung des Themas, welche Handlungen dem Erwerber

⁷ RIS/Justiz RS0108702.

in Bezug auf die Software gestattet sind, unübersehbar das Eigentumsrecht am Werkstück neben das Urheberrecht am geistigen Werk, welches sich in jeder körperlichen Festlegung manifestiert. Damit aber sind wesentliche Handlungen wie insb die Vervielfältigung und Verbreitung, aber – in Österreich zeitgleich mit dem Rechtsschutz für Computerprogramme gesetzlich eingeführt – auch die Vermietung oder als jüngstes Ausschließungsrecht die öffentliche Zurverfügungstellung dem Urheber bzw Rechteinhaber vorbehalten (§§ 15, 16, 16a und 18a UrhG). Der Kaufvertrag, ja selbst der Werkvertrag räumen nach ganz hM kein anderes als das Recht ein, die Sache vertragsgemäß zu benutzen.⁸ Weitergehende Verwertungshandlungen wie zB Vervielfältigung oder online-Stellen oder auch Vermietung in Erwerbsabsicht etc bedürfen daher der Zustimmung des Urhebers.

Über diese klassisch als Verwertungshandlungen erkannten Tätigkeiten hinaus wurden als absolutes urheberrechtliches Novum aber auch Handlungen, die bislang als allein den bloßen Werkgenuss ermöglichend der Disposition des Urhebers entzogen waren, hinsichtlich Computerprogrammen ausdrücklich dem Rechteinhaber vorbehalten. Dazu zählen namentlich das Anzeigen, Laden, Ablaufen, Übertragen und Speichern des Programms (vgl Art 4a RL 91/250/EWG). Gleichzeitig sollten dem berechtigten Erwerber (*lawful acquirer*) sämtliche notwendigen Handlungen zur vertragsgemäßen – id est „bestimmungsgemäßen“ – Benutzung sichergestellt werden (vgl Art 5 Abs 1 RL 91/250/EWG). Das Konzept wurde in Österreich mit § 40 d UrhG, übertitelt mit „Freie Werknutzungen“, umgesetzt.

So schlicht die Regelung auf den ersten Blick scheint, so kompliziert erweist sie sich bei näherer Befassung, setzt doch die RL ausdrücklich hinsichtlich der Nutzerrechte einen Vertragsvorbehalt, indem sie „spezifische vertragliche Bestimmungen“ nicht nur zulässt, sondern ihnen außerhalb eines als zwingenden Kern umschriebenen Bereichs auch Vorrang vor der gesetzlichen Regelung einräumt.⁹

⁸ Vgl schon *Adler/Höller* in *Klang*² V 390; ihm folgend *Krejci* in *Rummel*³ (2000) §§ 1165, 1166 Rz 134.

⁹ Art 5 Abs 1 RL 91/250/EWG lautet: „In Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen bedürfen die in Artikel 4 Buchstaben a) und b) genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig sind.“

4. Literaturmeinungen in Deutschland/Österreich

In Deutschland wird die einschlägige Norm (§ 69 d Abs 1 dUrhG) überwiegend als „gesetzliche Lizenz“ gewertet, die gegebenenfalls die fehlende Zustimmung des Rechteinhabers ersetzt und so dem berechtigten (nämlich ohne Verletzung des Urheberrechts in Besitz eines Werkstückes gelangten) Erwerber zumindest alle für Laden und Programmablauf sowie Fehlerbehebung notwendigen Rechte zwingend sichert.¹⁰ Ein Teil der Lehre sieht in der Bestimmung lediglich eine inhaltliche Klarstellung hinsichtlich jedenfalls enthaltener Mindestrechte und qualifiziert die Zustimmung nach wie vor als vertragliche.¹¹ Jedenfalls aber geht die hM in Deutschland vom Erfordernis der Zustimmung des Rechteinhabers – und sei diese auch gegebenenfalls gesetzlich substituiert – aus. In Folge dieses Verständnisses konzentriert sich die deutsche Diskussion darauf, die Zulässigkeit vertraglicher Einschränkungen nach den Grundsätzen der Zweckübertragungstheorie zu prüfen.

Demgegenüber hat sich in Österreich die Meinung verfestigt, § 40 d UrhG stehe als freie Werknutzung überhaupt jenseits der Exklusivrechte des Urhebers,¹² ja Zweck der Norm sei gerade, eine Zustimmung des Rechteinhabers überflüssig zu machen¹³ womit die bestimmungsgemäße Programmnutzung durch den Berechtigten als urheberrechtsfrei zu sehen sei.¹⁴ Konsequentermaßen, wenngleich heftig kritisiert,¹⁵ lehnt auch der österr VwGH die Inanspruchnahme der Gebührenbefreiung für Werknutzungsverträge bei Softwareverträgen, die lediglich die Nutzung aber keine weitergehende Verwertung ermöglichen sollen ua mit der Begründung ab, § 40 d UrhG stelle die bloße Benutzung als freie Werknutzung außerhalb des Urheberrechts, sodass eine Begünstigung für die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsmöglichkeiten nicht in Frage kommen könne.¹⁶

Unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit oder auch nur Haltbarkeit der einzelnen Auffassungen ist doch auffallend, wie zwei als traditionell eng verwandt gewertete Urheberrechtsordnungen in Umsetzung derselben

10 So insb *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, UrhG (2006), § 69 d Rn 26 mwN.

11 *Marly*, Softwareüberlassungsverträge⁴ (2004) Rn B 485; *Koch*, Computervertragsrecht⁶ (2002) Rn 1952.

12 *Blocher*, Die Rechtsstellung des Software-Anwenders nach österreichischem und deutschem Urheberrecht, EDVuR 1994, 5 (14).

13 *Jaburek*, Handbuch der EDV-Verträge, Band 1³ (2000) 79.

14 *Wiebe*, Softwarevertragsrecht in *Wiebe*, Internetrecht (2004) 243 (248).

15 Vgl insb *Thiele*, Rechtsgeschäftsgebühr bei Softwarelizenzverträgen, ÖStZ 2006/1126, 534.

16 VwGH 2006/16/0054, *ecolex* 2006/413 (*Petriz*); GeS 2006, 470 (*Kern*); MR 2006, 408 (*Haller*).

gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe zu derart abweichenden Ergebnissen kommen können. Das Problem lässt sich zusammenfassend in der Art formulieren, ob die bestimmungsgemäße Benutzung durch den berechtigten Erwerber *zustimmungsfrei*, weil gegebenenfalls durch eine gesetzliche Lizenz substituiert oder gänzlich *urheberrechtsfrei* sein soll. Damit aber wird der Blick auf die viel grundlegendere Schicht des Verständnisses vom Urheberrecht an sich gelenkt. Während nun in Deutschland Urheberrecht im Sinne der „Lehre vom geistigen Eigentum“ als geradezu präpositives umfassendes eigentumsgleiches naturrechtliches Vollrecht gewertet wird,¹⁷ dessen Einschränkung nur in Form von Ausnahmen im Rahmen der Sozialbindung zulässig ist,¹⁸ haben sich unlängst *Dittrich* und seinem Befund folgend für die verfassungsrechtliche Seite *Öhlinger* vehement gegen die Übernahme dieses Verständnisses in Österreich ausgesprochen und betont, gerade entgegengesetzt seien die urheberrechtlichen Ausschließungsrechte als punktuelle, vom Gesetzgeber genau definierte und erschöpfend geregelte Ausnahmen zu sehen.¹⁹ Dass die deutsche Lehre die in Österreich titelgebende Bezeichnung „freie Werknutzung“ als irreführend ablehnt und „Schranken“ bevorzugt,²⁰ festigt den oben dargestellten Unterschied.

Es geht hier – in aller Deutlichkeit – nicht darum, zu streiten, ob das Glas halb voll oder halb leer ist, sondern wie auch *Melichar* betont, um die Feststellung entscheidender Auslegungsgrundsätze.²¹ Wenn wie in Deutschland Ausgangspunkt ein möglichst umfassendes Ausschließungsrecht des Urhebers/Rechteinhabers ist, existiert kein urheberrechtsfreier Raum, in dem urheberrechtsfreie Werknutzung stattfinden könnte. Vielmehr muss die Bewertung von Vereinbarungen über die bestimmungsgemäße Benutzung von Computerprogrammen, weil § 69 d dUrhG als Schrankenregelung verstanden wird,²² den zu § 31 dUrhG entwickelten Grundsätzen und damit im Rahmen der sog. „Zweckübertragungstheorie“, erfolgen. Ist aber umgekehrt das Ausschließungsrecht des Urhebers die Ausnahme, wären nicht nur echte urheberrechtsfreie Handlungen wie die hier erörterte „freie

17 *Jänich*, Geistiges Eigentum – Eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum (2002) 129 f mwN.

18 *Melichar* in Schrickner³ (2006) Vor § 44 a Rn 1.

19 *Dittrich* in *Dittrich* (Hrsg), Beiträge zum Urheberrecht VIII (2005) 35; *Öhlinger* in *Dittrich* (Hrsg), Beiträge zum Urheberrecht VIII (2005) 141 (151f).

20 *Melichar* in Schrickner³ (2006) Vor § 44 a Rn 6a.

21 Vgl *Melichar* in Schrickner³ (2006) Vor § 44 a Rn 1, letzter Satz.

22 *Loewenheim* in Schrickner³ (2006) § 69 d Rn 1; *Melichar* in Schrickner³ (2006) Vor § 44 a Rn 5a, Rn 15 ff.

Werknutzung“ nach § 40 d Abs 2 UrhG möglich, sondern ist – da einschlägige Vereinbarungen, wenn sie außerhalb des Urheberrechts stehen, nun der Auslegungsregel des § 33 Abs 2 UrhG entzogen sein müssen – nutzerfreundliche Auslegung uU sogar geboten.

Dieser Unterschied in den Sichtweisen vermag die ungleiche Behandlung in den beiden Ländern zwar nicht zu rechtfertigen, aber doch zu erklären. Letztlich muss die Diskussion hier unter Hinweis auf das im Immaterialgüterrecht unzweifelhaft noch heute herrschende Territorialitätsprinzip als zulässige nationale Ausprägung offen bleiben, stehen doch nach ganz hM die Urheberrechtsordnungen der einzelnen Staaten als Bündel nationaler Rechte nebeneinander.²³ Sie mag aber anregen, gerade dieses Prinzip selbst zu hinterfragen.

5. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die Bestimmungen des Urheberrechts sind von tragender Bedeutung für die vertragliche Gestaltung von Softwarenutzungsverträgen, weil sie einerseits die Rechte hinsichtlich des in jedem Werkstück verkörperten geistigen Werkes regeln und andererseits gerade in Bezug auf Computerprogramme außerhalb der als zwingend eingeräumten Mindestnutzungshandlungen einen Vertragsvorbehalt statuieren. Danach unterliegen Nutzungsvereinbarungen in Softwareverträgen insb den nach § 40 d Abs 4 UrhG zwingenden Bestimmungen des Abs 2, die nach hM dem berechtigten Erwerber zumindest das Laden, Ablaufenlassen und die Fehlerbehebung sichern. Alle weiteren auch notwendigen Handlungen sind hingegen – soweit dem nicht aus anderen Gesetzesstellen wie zB § 879 ABGB, § 16 Abs 3 UrhG usf ius cogens entgegensteht – vertraglich abdingbar. Dabei ist für Österreich zu beachten, dass sich nach hL die „bestimmungsgemäße Benutzung“ im Gegensatz zum deutschen Verständnis als freie Werknutzung außerhalb des Urheberrechts befindet. In konsequenter Fortführung dieses Gedankens kann sie dann aber auch nicht dessen sondergesetzlichen Auslegungsgrundsätzen (§ 33 UrhG) unterliegen.

23 *Verschraegen* in Rummel³ (2004) § 34 IPRG Rz 5.