

Der Softwarelizenzvertrag – österreichische Sicht und internationale Aspekte

Elisabeth Staudegger

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

Schlagnworte: Softwarelizenzvertrag, Shrinkwrap-, Clickwrap-, Browsewrap-Agreement, EULA, „bestimmungsgemäße Benutzung“

Abstract: Lizenzverträge sind in der Softwarevertragspraxis üblich. Die Wirksamkeit standardisierter Massenzlizenzen wird jedoch in Österreich überwiegend bezweifelt. Der Beitrag will den Meinungsstand darstellen, dazu Stellung nehmen und alternative Ansätze anderer Rechtskreise aufzeigen.

1. Konventionelle Lizenzverträge und massmarket-licenses

Der ursprüngliche RL-Entwurf der Computer-RL hatte allein inter partes verhandelte und von den Parteien unterzeichnete Lizenzvereinbarungen vorgesehen.¹ Der Wirtschafts- und Sozialausschuss wies in seiner Stellungnahme jedoch eindringlich darauf hin, dass solche konventionellen Lizenzen unter Nutzung einschlägiger Technologien künftig immer seltener werden dürften.² Die Einschränkung wurde daraufhin aufgegeben. Sie kommt auch im geltenden RL-Text³ nicht mehr vor. Damit kann davon ausgegangen werden, dass nach den europäischen Vorgaben nicht nur konventionelle, sondern auch andere, insb. durch Einsatz einschlägiger Technologien unterstützte Lizenzierung möglich sein soll.⁴

1 KOM(88)816 endg, ABl 1989 C 91, 4.

2 Stellungnahme zu dem Vorschlag einer Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl 1989 C 329, 4 (7).

3 Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl 1991 L 122, 42–46.

4 Dazu im Detail *Staudegger*, Erfordernis und Zulässigkeit von End User License Agreements (EULAs), *jusIT* 2008/2, 52.

Tatsächlich entstand mit dem Auftreten eines Massenmarktes für Hardware der Bedarf nach „Massenlizenzen“ für Software. Die kreative Reaktion waren sog. „Shrinkwrap-licences“, die später in Nutzung der Internet- und Webtechnologie zu „Clickwrap-“ und „Browsewrap-Agreements“ ausgestaltet wurden. Ihnen allen ist gemein, dass sie einseitig formulierte standardisierte Nutzungsbedingungen des Rechteinhabers enthalten. Die Unterschiede liegen neben der eingesetzten Technologie aus juristischer Sicht vor allem darin, ob sie vor oder erst nach dem Erwerb der Software erkennbar sind. Eine besondere Ausprägung solcher Massenlizenzen stellen sog. Enduser-License-Agreements (EULAs) dar, die – wie die Bezeichnung deutlich macht – darauf gerichtet sind, die Nutzung der Software detaillierten Regelungen zu unterwerfen.

Softwarelizenzverträge im Allgemeinen wie Massenlizenzen (und hier vor allem EULAs) im Besonderen werfen Fragen auf verschiedensten Ebenen auf. Dazu zählen vertragsrechtliche Fragen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle, aber auch urheberrechtliche nach Erfordernis, Zulässigkeit und dem Schutz technischer Maßnahmen.

2. Meinungsstand

Ertl, der sich 1991⁵ und 1994⁶ mit dem Thema befasst, wertet Schutzhüllenverträge und denen funktional gleichgestellte ENTER-Agreements im Ergebnis als „Beipackzettel“ ohne Geltungsgrund. *Blocher* hält einen zusätzlichen Vertragsschluss mit dem Rechteinhaber ebenfalls für nicht erforderlich, verweist aber schon auf den Informationscharakter der Texte, machten sie doch ersichtlich, welche Rechte sich der Rechtsinhaber vorbehalten wolle.⁷ Von *Jakob* wird die Gültigkeit von Shrinkwrap- wie Clickwrap-Agreements gleichermaßen „generell bezweifelt“,⁸ während *Kronberger*⁹ die Nutzung mit Kenntnis der Vertragsbedingungen als konkludente Annahme wertet. Für *Wiebe* schließlich sind Shrinkwrap-Lizenzen unter

5 *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991) 242 f., 375.

6 *Ertl*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, EDVuR I/1994, 19 (22 f.).

7 *Blocher*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg.), Informatikrecht² (2003) 121 (149).

8 *Jakob*, Freiheit und Software, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hrsg.), Auf dem Weg zur ePerson (2001) 331 (337 f.).

9 *Kronberger*, Vertragsrechtliche Fragen (insbesondere Lizenzen bei online-Produkten) in *Fallenböck/Gralla/Stockinger* (Hrsg.), Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft (2005) 57 (82 f.).

Verweis auf *Ertl* (1991) mangels Erkennbarkeit beim Vertragsabschluss kritisch.¹⁰

Insgesamt lässt sich feststellen, dass vor allem EULAs nach wie vor unter anderem deshalb angezweifelt werden, weil ihnen jeglicher Rechtsgrund fehle, da der Erwerber der Software die Nutzungsberechtigung bereits aus dem Erwerbsvertrag erhalten habe. Eine ausführliche, über einige wenige (Ab-)Sätze hinausgehende Erörterung dieser Meinung hat allerdings in der Literatur nach *Ertl* nicht mehr stattgefunden. Sie soll hier begonnen werden.¹¹

3. Urheberrechtliches Handlungsmodell als zivilrechtliches Nullum?

Tatsache ist, dass EULAs in der Praxis standardmäßig verwendet werden. De facto ist die Nutzung eines Programms üblicherweise nur mehr möglich, wenn im Rahmen des Erwerbs, der Installation oder der Erstnutzung (hier insb. durch sog. „Programmaktivierung“) die Zustimmung zu den näher definierten Bedingungen erteilt wird. „Lizenzierung“ wird zunehmend als technische Problemlösung zur Produkteigenschaft – Stichwort: DRM.¹² Dass diese Systeme auch vom Gesetzgeber toleriert, ja gewollt sind, kann nicht bezweifelt werden, genießen sie doch ausdrücklich Schutz nach Art. 7 c RL 91/250/EWG.¹³ Dazu kommt der durch RL 2001/29/EG institutionalisierte Schutz sog. „Metadaten“, die expressis verbis auch conditions and terms of use umfassen sollen.¹⁴ Die Verbindung von Lizenzvereinbarungen und technischen Schutzmaßnahmen wird für zulässig erachtet.¹⁵

In Anbetracht dieser gesetzlichen Ausgangslage verwundert der oben dargestellte Meinungsstand zur Wirksamkeit von Nutzungsvereinbarungen: Sollte tatsächlich ein urheberrechtlich anerkanntes, ja sondergeschütztes Handlungsmodell zivilrechtlich als dem Grunde nach unzulässig oder obsolet zu werten sein?

10 *Wiebe* in *Kucsko* (Hrsg.), *Urheber.recht* (2008) § 40d 584 (593).

11 Ausführlich *Staudegger*, *jusIT* 2/2008, 52.

12 DRM bezeichnet Digital Rights Management.

13 Vgl. § 90b UrhG.

14 Vgl. § 90d UrhG.

15 *Stockinger*, *Technische Maßnahmen und Urheberrecht*, in *Fallenböck/Gralla/Stockinger* (Hrsg.), *Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft* (2005) 103 (116).

4. Eigene Meinung

Die h. M. stützt sich kurz zusammengefasst insb. darauf, dass Artt. 4, 5 RL 91/250/EWG dem berechtigten Erwerber zumindest die im Rahmen der bestimmungsgemäßen Benutzung erforderlichen Mindestnutzungshandlungen zwingend einräume, weil durch den Erwerbsvertrag die diesbezüglichen Ausschließungsrechte des Rechtsinhabers erschöpft seien.

Um den Erschöpfungsgrundsatz, der traditionell die Fungibilität von Werkstücken sichern will, indem die Möglichkeit deren Weiterverbreitung sichergestellt wird, fruchtbar zu machen, muss die einschlägige Norm, § 16 Abs. 3 UrhG, mehrfach modifiziert werden: Zum einen soll nicht nur der Erwerb durch Kauf, sondern auch mittels Lizenz erfasst sein. Zum Zweiten soll sich die Erschöpfungswirkung nicht allein auf Verbreitungs-, sondern auch auf weitere Nutzungshandlungen (wie insb. die technisch nötigen Vervielfältigungen) erstrecken; und schließlich soll in Anbetracht der funktionalen Äquivalenz dasselbe auch zumindest für die erste mittels Downloads angefertigte Kopie gelten, ohne dass dabei überhaupt ein Werkstück übertragen wird. Bei aller Einhelligkeit in den ersten beiden Fragen regt sich bei der dritten in der Literatur Widerstand mit dem Argument, dies käme doch einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts selbst sehr nahe, was aber zweifelsfrei weder vom europäischen noch vom nationalen Gesetzgeber intendiert sei.¹⁶

Dazu ist festzuhalten: Im Gegensatz zu herkömmlichen urheberrechtlich geschützten Werken, bei denen der Werkgenuss als in der privaten Sphäre ungreifbar urheberrechtsfrei gewertet wurde,¹⁷ hat der (europäische und ihm folgend nationale) Gesetzgeber die bloße Programmnutzung (Laden, Ablaufenlassen) mit Art. 4 a RL 91/250/EWG ausdrücklich dem Rechteinhaber vorbehalten. Obwohl Art. 5 Abs. 1 dem berechtigten Erwerber die bestimmungsgemäße Benutzung grundsätzlich zustimmungsfrei einräumt, steht die Norm doch ganz unbezweifelt unter Vertragsvorbehalt. Art 9 leg. cit., der die zwingenden Grenzen vertraglicher Vereinbarungen zieht, nennt ausdrücklich Art. 5 Abs. 2 (Sicherungskopie) und Abs. 3 (reverse engineering), glänzt aber zum hier relevanten Abs. 1 mit Schweigen. Dass die h. M. in Anbetracht des insoweit klaren RL-Textes dennoch einen „zwingenden Kern“ annehmen will, ist allein aus Erwägungsgrund 17 der RL zu argu-

16 *Wiebe/AppI*, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von „gebrauchten“ Softwarelizenzen in Österreich, MR 2007, 186 (192, 196).

17 Aufschlussreich EB zur UrhGNov 1980, abgedruckt bei *Dillenz*, Materialien zum Österreichischen Urheberrecht (1986) 333 (368).

mentieren. Hätte der Richtliniengeber einen solchen aber einräumen wollen, wäre die Klarstellung im normativen Teil der RL – sei es durch Aufnahme in Art. 9, sei es durch Weglassen des ersten Halbsatzes von Art. 5 Abs. 1 – nötig gewesen. Ergebnis dieser Analyse ist entgegen der ganz h. M., dass Vereinbarungen auch über Mindestnutzungshandlungen zulässig sind. Der Einwand, solche Vereinbarungen widersprüchen dem zwingenden Gehalt des Erschöpfungsgrundsatzes greift ebenso wenig. Neben den oben angeklungenen Bedenken an der dazu erforderlichen Ausweitung soll hier vor allem auch darauf hingewiesen sein, dass grundsätzlich allein das Verbot räumlicher Einschränkungen innerhalb des EWR als zwingend die vertragsrechtliche Dispositionsfreiheit beschneidende Bestimmung zu werten ist.¹⁸

5. Alternative Lösungsansätze

Ohne die Diskussion hier vertiefen zu können – das wird an anderer Stelle nachgeholt – soll doch abschließend auf andere Lösungsansätze verwiesen werden. So hat *Hilty*¹⁹ in einem grundlegenden Aufsatz zum Softwarevertrag, den er dezidiert als Blick in die Zukunft verstanden haben will, den Blick auf die Nutzungsberechtigung fokussiert und die bisherige Anlehnung am Datenträger vehement abgelehnt.

In Amerika wurde bereits 1999 mit dem UCITA²⁰ ein Modellgesetz präsentiert, das den Einsatz von *massmarket-licenses* beim Softwareerwerb nicht nur ausdrücklich anerkennt, sondern auch Sonderregelungen zu den mit ihnen verbundenen Problemen vorsieht. Wegen der heftigen Kritik und Diskussion sah sich das ALI²¹ veranlasst, 2004 eine eigene Arbeitsgruppe einzurichten, die sich mit eben diesen Fragen befasst und 2007 einen Entwurf von „Principles of the Law of Software Contracts“ zur Diskussion vorgelegt hat. Für die hier behandelten Fragen genügt es, dazu hervorzuheben, dass der Erwerb von Software strikt vom (nach wie vor als *sale of goods* gewerteten und ausdrücklich dem UCC unterstellten) Kauf des Datenträgers getrennt wird.²² Für die Softwaretransaktion aber sind in § 2.01 insb. „*stan-*

18 *Anderl in Kuscko* (Hrsg), Urheber.recht (2008) § 16, 233.

19 *Hilty*, der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft – Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, 3.

20 Uniform Computer Information Transaction Act; final 2002.

21 American Law Institute.

22 § 1.06 (b) (1) Principles of the Law of Software Contracts.

hard forms“ vorgesehen, zu denen wiederum besondere Empfehlungen abgegeben werden.

6. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten: EULAs werden in Österreich schon mit dem Argument mangelnden Rechtsgrundes abgelehnt. Die Analyse der europarechtlichen Vorgaben lässt jedoch gegen die derzeit ganz h. M. auch ein anderes Ergebnis zu, das dem Rechtsinhaber ermöglicht, sich die Zustimmung zu Nutzungshandlungen trotz Einwilligung in den Vertrieb des konfigurierten Datenträgers vorzubehalten.

Eine ähnliche Auftrennung von Datenträger und Programmnutzung sehen in den USA sowohl der als Modellgesetz von der NCCUSL²³ veröffentlichte UCITA als auch die derzeit vom ALI diskutierten „Principles of the Law of Software Contracts“ vor. In beiden Empfehlungen ist der Einsatz standardisierter Massenvereinbarungen anerkannt und besonders behandelt.

Vertragsrechtlich entfernt man sich mit der Abspaltung der Nutzungshandlungen vom Eigentum am Werkstück aus den bekannten Kategorien des ABGB und betritt mit dem „urheberrechtlichen Lizenzvertrag“ weitgehend juristisches Neuland. Völlig unbezweifelt ist, dass dabei die vertragsrechtlichen Grundsätze sowohl der Einbeziehungs- als auch der Inhaltskontrolle weiterhin ebenso aufrechtbleiben sollen wie die Regelungen des Verbraucherschutzes und des elektronischen Vertragsschlusses. Es wäre jedoch realitätsfremd, in Anbetracht der (weltweit ähnlich technisierten) Umfeldbedingungen an den konventionellen am Datenträger orientierten Ansätzen unverändert festhalten zu wollen. Vielmehr scheint eine Neujustierung unter sachgerechter Berücksichtigung der technischen und ökonomischen Entwicklung unumgänglich. Es ist an der Zeit, das „Problem“ als Herausforderung zu begreifen und aufzuarbeiten.

23 National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

7. Literatur

- Anderl in Kuscko* (Hrsg.):
Blocher: Urheberrecht (2008) § 16, 233.
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg.), *Informatikrecht*² (2003) 121.
- Ertl*: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge, *EDVuR I/1994*, 19.
- Ertl/Wolf*: Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991).
- Hilty*: Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft – Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, *MMR 2003*, 3.
- Jakob*: Freiheit und Software, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hrsg.), *Auf dem Weg zur ePerson* (2001) 331.
- Kronberger*: Vertragsrechtliche Fragen (insbesondere Lizenzen bei online-Produkten) in *Fallenböck/Gralla/Stockinger* (Hrsg.), *Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft* (2005) 57.
- Staudegger*: Erfordernis und Zulässigkeit von End User License Agreements (EULAs), *jusIT 2008/2*, 52.
- Wiebe in Kuscko* (Hrsg.):
Wiebe/Appl: Urheberrecht (2008) § 40d 584.
Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von „gebrauchten“ Softwarelizenzen in Österreich, *MR 2007*, 186.