

## Zur Diskussion / A discuter

### Handel mit Secondhand-Volumenlizenzen –auch ohne Zustimmung des Urhebers zulässig?

**CLARA-ANN GORDON\***

*Der Erschöpfungsgrundsatz für Computerprogramme kommt nur zur Anwendung, wenn eine Veräusserung im Sinne einer definitiven Weggabe der entsprechenden Software vorliegt. Dies ist bei Volumenlizenzverträgen nicht branchenüblich. Hier werden in aller Regel echte Lizenzen eingeräumt mit der leihweisen Überlassung einer (physischen oder digitalen) Masterkopie der gewünschten Software als Vervielfältigungsvorlage. Käufer von Secondhand-Volumenlizenzen gehen ohne Nachweis der Zustimmung des Urhebers oder bei einer Weiterveräusserung entgegen den Volumenlizenzvertragsbestimmungen das Risiko einer Urheberrechtsverletzung ein. Dagegen stehen dem Urheber zivil- und strafrechtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung.*

*Pour les logiciels, le principe de l'épuisement s'applique uniquement en présence d'une aliénation définitive du logiciel concerné, ce qui n'est pas usuel en pratique pour les licences de volume. En ce cas, ce sont de véritables licences qui sont en principe accordées avec la remise, à titre de prêt, d'une copie master (physique ou digitale) qui sera utilisée pour la reproduction du logiciel souhaité. Ceux qui acquièrent en seconde main de telles licences risquent de porter atteinte au droit d'auteur si le consentement de l'auteur n'est pas établi ou si la revente a eu lieu en violation des dispositions applicables au contrat de licence. Pour y remédier, l'auteur dispose de moyens de droit civil et de droit pénal.*

- I. Einleitung**
    - 1. Ausgangslage
    - 2. Was ist Secondhand-Software?
    - 3. Unterscheidung zwischen Einfach- und Volumenlizenzen
  - II. Urheberrechte an Software**
    - 1. Generell
    - 2. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht
  - III. Erschöpfung von Urheberrechten bei Computerprogrammen**
    - 1. Erschöpfung auch bei Volumenlizenzen?
    - 2. Allgemeiner Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht
    - 3. Sonderregelung für Computerprogramme
    - 4. Fazit: keine Erschöpfung bei Volumenlizenzen
  - IV. Vertragliches Weiterveräusserungsverbot von Volumenlizenzen**
    - 1. Einleitung
    - 2. Vertragliches Weiterveräusserungsverbot
    - 3. Fazit: Zustimmung für Weiterveräusserung notwendig
  - V. Kurzübersicht über die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich**
    - 1. Einleitung
    - 2. Gerichtsentscheide in Deutschland
    - 3. Gerichtsentscheide in Österreich
- Zusammenfassung/Résumé**

## I. Einleitung

### 1. Ausgangslage

«1000 Lizenzen für die Ausstattung ebenso vieler Arbeitsplätze mit dem Betriebssystem Windows XP und der Bürosoftware Office 2003 für nur CHF 580000. Das ist 40% weniger als man bei Microsoft

bezahlen würde.<sup>1</sup> » Mit Slogans dieser Art werden für Geschäftsideen geworben, die als Handel mit Secondhand-Software bzw. gebrauchten Softwarelizenzen bezeichnet werden.

Die «Gebrauchthändler» erwerben Lizenzen von Standardsoftware wie Windows oder Office, die wegen Insolvenz, Arbeitsplatzabbau, Umstrukturierungen oder Systemumstellungen nicht mehr benötigt werden<sup>2</sup> und verkaufen diese dann gewinnbringend an Kunden weiter. Um den Kunden zu versichern, dass der Erwerb rechtmässig ist, werden oft notarielle Bestätigungen ausgehändigt (welche dem Kunden jedoch nichts nützen, wenn die Weitergabe der Software die Rechte des Urhebers verletzt).

Die «Gebrauchthändler» stellen sich unter Berufung auf den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz auf den Standpunkt, dass der Weiterverkauf von Softwarelizenzen rechtlich ohne weiteres zulässig ist. Sie übersehen jedoch, wie nachfolgend noch auszuführen sein wird, dass dessen Anwendung bei der Zweitverwertung von Volumenlizenzen in der Regel nicht zur Anwendung kommt. Die Softwarehersteller teilen die Ansichten der «Gebrauchthändler» nicht. Auch das IGE hatte sich im Januar 2008 dahingehend geäußert, dass «man [...] nicht sagen kann, dass der Handel mit Softwarelizenzen unproblematisch ist; im Gegenteil»<sup>3</sup>.

In letzter Zeit sind in den Medien immer wieder Berichte über die Frage der Zulässigkeit des Weiterverkaufs von Secondhand-Software bzw. «gebrauchten Softwarenutzungsrechten» aus Volumenlizenzen aufgetaucht. Leider enthalten diese Berichte oft Halbwahrheiten, und es wird immer wieder auf die Rechtslage in Deutschland verwiesen, die nicht identisch mit der schweizerischen ist. Da auch höchstrichterliche Entscheide zu diesem Thema in der Schweiz bis anhin fehlen, möchte dieser Diskussionsbeitrag die Frage der Zulässigkeit der Weiterveräußerung von Software aus Volumenlizenzen kurz durchleuchten.

## 2. Was ist Secondhand-Software?

Der Begriff «Secondhand-Software» oder «Gebrauchtsoftware» ist missverständlich, da nicht die Software gebraucht ist, sondern die Lizenz. Software nutzt sich physisch nicht ab. Entscheidend ist, dass die Secondhand-Software eine Zweitlizenz ist, d.h. die Originallizenz oder Teile davon werden einem Zweitkunden übertragen. In der Praxis ist insbesondere die Zweitverwertung bzw. der Secondhand-Handel von Software aus sogenannten Volumenlizenzverträgen von Bedeutung.

## 3. Unterscheidung zwischen Einfach- und Volumenlizenzen

Es können an Software Einfach- oder Mehrfachlizenzen (sogenannte Volumenlizenzen) eingeräumt werden.

Bei Einfachlizenzen erhält der Anwender (meistens eine Privatperson) ein vollständiges Software-Paket und damit das Recht, eine Programmkopie auf einem Computer zu installieren und zu nutzen. Es handelt sich dabei meistens um «Stangensoftware», die man in Form einer CD-ROM erwirbt.

Demgegenüber wird dem Anwender bei Volumenlizenzen das Recht eingeräumt, die Software gleichzeitig auf mehreren Computern zu installieren und zu nutzen. Auch bei solchen Lizenzen gibt es diverse Gestaltungsvarianten. In der Praxis erfolgt die Lizenzierung an Unternehmen so, dass der Lizenznehmer in der Regel nur, falls überhaupt, eine CD-ROM als Vervielfältigungsvorlage in Verbindung mit einer Werknutzungsbewilligung erhält. Durch den Volumenlizenzvertrag wird also ein vertragliches (limitiertes) Vervielfältigungsrecht an der massgeblichen Software begründet. Die mitgelieferten Datenträger sind daher bloss Vervielfältigungsvorlagen, die meistens nicht (oder nicht ohne Zustimmung des Softwareherstellers) weiter verbreitet werden dürfen.

Es gilt in diesem Zusammenhang zu betonen, dass neben dem konventionellen Vertrieb «über den Ladentisch» Software heute zunehmend via Internet online oder eben unkörperlich verbreitet wird. Statt dass sich der Käufer im Fachgeschäft eine CD-ROM mit der entsprechenden Programmkopie kauft und diese zuhause auf seinem Computer installiert, kann er beispielsweise eine im Netz

<sup>1</sup> A. BARANDUN, Das Geschäft mit Software aus zweiter Hand ist heikel, Tagesanzeiger 14. Januar 2008; D. BACHEM, Vorsicht bei gebrauchter Software. Software-Hersteller und Anwender stehen vor ungeklärter Rechtslage, www.handwerksblatt.de, 25. Januar 2007.

<sup>2</sup> A. LIST, Gericht erlaubt Handel mit Secondhand-Software. «Verbreitungsrecht hat sich nach Inverkehrbringung erschöpft», www.pressext.ch, 19. Oktober 2006; D. ROSENTHAL, Gebraucht-Software. Günstig, aber auch legal?, www.infoweek.ch, 30. April 2007.

<sup>3</sup> BARANDUN (Fn. 1).

angebotene Programmkopie gegen Bezahlung (z.B. durch Eingabe der Kreditkartennummer) direkt auf seinen Computer heruntergeladen, um diese umgehend auf der Festplatte seines PCs zu installieren<sup>4</sup>.

Die Onlinenutzung spielt gleichermassen eine Rolle bei Volumenlizenzen, indem z.B. der Nutzer direkt über ein Netzwerk auf die auf einem Mainframe gespeicherte Software zugreift (Server-Client-System) und diese so benutzt<sup>5</sup>.

Wie hinten aufgezeigt wird (siehe Ziffer III.3.c), spielt es für die Erschöpfungsfrage keine Rolle, ob eine körperliche oder unkörperliche Veräusserung stattgefunden hat<sup>6</sup>. Entscheidend für die Erschöpfungsfrage ist einzig, ob eine Veräusserung im Sinne einer definitiven Weggabe erfolgt ist<sup>7</sup>.

## II. Urheberrechte an Software

### 1. Generell

Software bzw. Computerprogramme sind urheberrechtlich geschützt<sup>8</sup>. Auf den urheberrechtlichen Softwareschutz finden nicht nur die expliziten Sonderbestimmungen im URG und in der URV über die Rechte an Computerprogrammen, sondern auch alle allgemeinen Bestimmungen über Werke der Literatur Anwendung, soweit sie nicht derogiert werden<sup>9</sup>. Entsprechend stehen dem Urheber eines Computerprogramms vermögensrechtliche (sogenannte Verwertungsrechte) und persönlichkeitsrechtliche Befugnisse zu.

Die Verwertungsrechte<sup>10</sup> fallen in selbständig verwertbare ausschliessliche Rechte<sup>11</sup>. Es können insbesondere die folgenden Nutzungsbefugnisse unterschieden werden: Vervielfältigungs-, Verbreitungs-, Vorführungs-, Bearbeitungs- und Vermietungsrecht<sup>12</sup>. Im Nachfolgenden werden wir uns kurz mit dem Vervielfältigungs- und dem Verbreitungsrecht befassen.

### 2. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht

Art. 10 Abs. 2 lit. a URG räumt dem Urheber die Befugnis ein, Werkexemplare wie Druckerzeugnisse, Ton- und Tonbild- oder Datenträger herzustellen. Wird das Vervielfältigungsrecht verletzt, so spricht man auch von der Herstellung von Raubkopien. Das Vervielfältigungsrecht ist das am häufigsten verletzte Urheberrecht<sup>13</sup>.

Art. 10 Abs. 2 lit. b URG räumt dem Urheber die Befugnis ein, «Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten.» Das Verbreitungsrecht ist ein Recht der körperlichen<sup>14</sup> Werkverwertung. Die Verbreitungshandlung bezieht sich deshalb nur auf körperliche Werkexemplare. Dabei ist es unwesentlich, ob es sich bei dem Exemplar um das Original oder um ein Vervielfältigungsstück handelt oder ob das Werkexemplar rechtmässig oder widerrechtlich hergestellt worden ist<sup>15</sup>.

Die Verbreitungshandlung darf nicht mit dem erstmaligen Inverkehrbringen des Werkstücks bzw. Computerprogramms gleichgesetzt werden. Solange die Verbreitung dem Urheber vorbehalten bleibt (d.h. wenn der Urheber keine Zustimmung zur Verbreitung erteilt hat), wird auch durch jede weitere Übereignung oder Gebrauchsüberlassung das Verbreitungsrecht des Urhebers verletzt<sup>16</sup>.

<sup>4</sup> E. NEFF/M. ARN, SIWR II/2, Basel 1998, 230.

<sup>5</sup> L. MORSCHE, Software-Lizenzverträge in: F. Jörg/O. Arter (Hg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, Bern 2006, 53 f.

<sup>6</sup> Siehe auch NEFF/ARN (Fn. 4), 232 f.

<sup>7</sup> D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Bern 2000, URG 12 N 9.

<sup>8</sup> Art. 2 Abs. 3 URG; T. SEMADENI, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Bern 2004, 3.

<sup>9</sup> G. RAUBER, Computersoftware, in M. Streuli-Youssef (Hg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 124.

<sup>10</sup> Da für diesen Diskussionsbeitrag die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse keine Rolle spielen, gehen wir im Folgenden nur (summarisch) auf die Verwertungsrechte ein.

<sup>11</sup> A. TROLLER, Immaterialgüterrecht II, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1985, 780; SEMADENI (Fn. 8), 4.

<sup>12</sup> SEMADENI (Fn. 8), 5 [Fn. 12].

<sup>13</sup> NEFF/ARN (Fn. 4), 224 und 227.

<sup>14</sup> Als eine unkörperliche Verwertungsform kann zum Beispiel die Sendung eines Werks verstanden werden.

<sup>15</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 7), URG 10 N 15; NEFF/ARN (Fn. 4), 229.

<sup>16</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 7), URG 12 N 9; SEMADENI (Fn. 8), 13.

### III. Erschöpfung von Urheberrechten bei Computerprogrammen

#### 1. Erschöpfung auch bei Volumenlizenzen?

Die «Gebrauchthändler» vertreten die Auffassung, dass der Weiterverkauf von Software (einschliesslich von Software aus Volumenlizenzen) durch den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz gedeckt sei. Der Erschöpfungsgrundsatz schränkt, wie nachfolgend aufgezeigt werden soll, das Veräusserungsrecht des Urhebers zwingend ein: Sobald ein Werkexemplar mit Zustimmung des Urhebers auf den (Schweizer) Markt gebracht bzw. verkauft wurde, ist das Veräusserungsrecht des Urhebers hinsichtlich dieses Werkexemplars erschöpft. Es kann in der Folge ohne Einschränkung und Zustimmung des Urhebers weiterverkauft werden. Wir werden daher nachfolgend untersuchen, ob die Voraussetzungen des Erschöpfungsgrundsatzes auch bei Volumenlizenzen erfüllt sind.

#### 2. Allgemeiner Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht

Art. 12 Abs. 1 URG besagt Folgendes: «Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Werkexemplar veräussert oder der Veräusserung zugestimmt, so darf dieses weiterveräussert oder sonst wie verbreitet werden.»

Gemäss diesem allgemeinen Erschöpfungsgrundsatz erschöpft sich nur das Verbreitungsrecht. Die übrigen Nutzungsrechte und insbesondere das Vervielfältigungsrecht werden nicht erschöpft. Der Urheberrechtsschutz würde gänzlich leerlaufen, wenn von einem rechtmässig hergestellten Werkexemplar beliebig viele Kopien hergestellt werden dürften<sup>17</sup>.

Am Rande sei bemerkt, dass der Erwerber eines Werkexemplars lediglich Sacheigentum erwirbt; alle Urheberrechte verbleiben grundsätzlich dem Urheber<sup>18</sup>.

#### 3. Sonderregelung für Computerprogramme

##### a) Erschöpfung nur des Veräusserungsrechts

Für Computerprogramme gilt eine eigene Erschöpfungsgrundregel, die in Art. 12 Abs. 2 URG festgehalten ist: «Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Computerprogramm veräussert oder der Veräusserung zugestimmt, so darf dieses gebraucht oder weiterveräussert werden.»

Ein Recht, das Werkexemplar «sonst wie [zu] verbreiten», wie es der allgemeine Erschöpfungsgrundsatz statuiert, kommt dem Erwerber eines Computerprogramms nicht zu. Erschöpft wird nach Art. 12 Abs. 2 URG also nur das Veräusserungsrecht<sup>19</sup>.

##### b) Veräusserung als wichtigste Voraussetzungen für die Erschöpfung

Die Erschöpfung tritt gemäss Art. 12 Abs. 2 URG nur dann ein, wenn ein Werkexemplar eines Computerprogramms vom Urheber oder mit dessen Zustimmung veräussert wird<sup>20</sup>. Neben der Zustimmung des Urhebers ist massgebliches Kriterium für das Vorliegen einer tatbestandsmässigen Veräusserung die definitive Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit über das entsprechende Exemplar des Computerprogramms<sup>21</sup>.

Von einer Veräusserung ist regelmässig dann auszugehen, wenn den Nutzer nach Vertragsende keine Pflicht zur Rückgabe oder zur Vernichtung der Software trifft oder wenn Software auf unbestimmte Dauer gegen Bezahlung einer einmaligen Lizenzgebühr zur freien Verfügung überlassen wird. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ist mindestens als kaufrechtsähnlich zu qualifizieren<sup>22</sup>. Es entspricht der herrschenden Auffassung, dass bei all den Fällen, in denen eine blosse

<sup>17</sup> SEMANDENI (Fn. 8), 92.

<sup>18</sup> NEFF/ARN (Fn. 4), 245.

<sup>19</sup> RAUBER (Fn. 9), 153; siehe auch [Fussnote 107] mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>20</sup> NEFF/ARN (Fn. 4), 250; MORSCHE (Fn. 5), 39.

<sup>21</sup> SEMADENI (Fn. 8), 49; NEFF/ARN (Fn. 4), 246.

<sup>22</sup> Siehe für weitere Beispiele auch G. FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge. System-, Software-Lizenz- und Software-Pflegevertrag, Bern 2004, 243 ff.; SEMADENI (Fn. 8), 49.

Überlassung zum Gebrauch auf Zeit vorliegt, nicht von einer Veräusserung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 URG auszugehen ist, so dass keine Erschöpfungswirkung eintritt<sup>23</sup>.

In der Praxis ist beim Erwerb von standardisierter Massensoftware im Zusammenhang mit shrink wrap licenses (Schutzhüllenverträge) in der Regel von einer Veräusserung auszugehen. Bei echten Lizenzen, bei denen die notwendigen Programmexemplare und die dazugehörige Dokumentation nur leihweise abgegeben werden, wie beispielsweise bei standardisierten branchenspezifischen Softwarelösungen, die nicht im Detailhandel erhältlich sind, findet keine Veräusserung statt<sup>24</sup>. Dasselbe gilt für Volumenlizenzen. Hier ist es branchenüblich, dass echte Lizenzen abgeschlossen und ein (körperliches oder unkörperliches) Werkexemplar eines Computerprogramms als Kopiervorlage leihweise überlassen wird, welches nach Vertragsbeendigung retourniert bzw. gelöscht werden muss<sup>25</sup>.

#### *c) Erschöpfungsgrundsatz gilt auch bei unkörperlicher Veräusserung*

Da die Software oft nicht mit einem Datenträger übergeben wird, sondern auch elektronisch, stellt sich die Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz von Art. 12 Abs. 2 URG auch Anwendung auf den Onlinebereich bzw. die unkörperliche Veräusserung finden soll. Die Lehrmeinungen driften zu diesem Thema auseinander. Verschiedene Autoren sprechen sich jedoch dafür aus, dass der elektronische Onlinevertrieb als Veräusserungshandlung verstanden wird, der erschöpfungstechnisch dem Verkauf von physischen Werkexemplaren gleichgestellt werden sollte<sup>26</sup>. In diesem Diskussionsbeitrag wird diese Auffassung geteilt.

#### **4. Fazit: keine Erschöpfung bei Volumenlizenzen**

Wie oben dargelegt greift der Erschöpfungsgrundsatz von Art. 12 Abs. 2 URG nur dann, wenn eine (körperliche oder unkörperliche) Veräusserung eines Werkexemplars mit der Software vorliegt.

Da bei Volumenlizenzen in aller Regel keine Veräusserung des Werkexemplars stattfindet, sondern eine echte Lizenz an der Software eingeräumt wird mit der leihweisen Überlassung einer CD-ROM (oder digitalen Kopie der entsprechenden Software) als Kopiervorlage, sind die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 2 URG nicht erfüllt und es erfolgt keine Erschöpfung.

### **IV. Vertragliches Weiterveräusserungsverbot von Volumenlizenzen**

#### **1. Einleitung**

Dem Weiterverkauf von Software können neben urheberrechtlichen ausserdem noch vertragliche Weiterveräusserungsverbote entgegenstehen. Diese sind insbesondere in Volumenlizenzverträgen häufig vorgesehen und von grosser Bedeutung, da hier in der Regel der Erschöpfungsgrundsatz nicht greift.

Bevor jedoch beurteilt werden kann, ob solche Verbote rechtlich zulässig sind, muss immer vorfrageweise geklärt werden, ob die Software kauf- oder mietähnlich überlassen wurde<sup>27</sup>. Entscheidend ist daher die Frage, ob im Einzelfall die tatbestandsmässige Veräusserung stattgefunden hat oder nicht. Tritt die Erschöpfungswirkung ein, ist ein Weiterverkauf der Software grundsätzlich erlaubt<sup>28</sup>. Ist die Erschöpfungswirkung nicht eingetreten, dann kann die Software nicht ohne Zustimmung des Urhebers bzw. des Softwareherstellers weiterveräussert werden.

In diesem Diskussionsbeitrag wird wie erwähnt davon ausgegangen, dass in der Regel keine Erschöpfung bei Volumenlizenzen erfolgt. Selbst wenn man also, entgegen den Ausführungen unter Ziffer III, davon ausgehen sollte, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf die Einräumung von Volumenlizenzen Anwendung finden sollte, kann, wie nachfolgend aufgezeigt wird, die Weiterveräusserung von Software aus Volumenlizenzen ebenfalls vertraglich wirksam ausgeschlossen werden.

<sup>23</sup> RAUBER (Fn. 9), 158 siehe auch [Fn. 120] mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>24</sup> NEFF/ARN (Fn. 4), 246 f.

<sup>25</sup> MORSCHER (Fn. 5), 54.

<sup>26</sup> NEFF/ARN (Fn. 4), 247 f.; SEMADENI (Fn. 8), 147 und insbesondere [Fn. 508] mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>27</sup> J. SCHNEIDER, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl., Köln 2003, 451 ff.; B. HEUSLER/R. MATHYS, IT-Vertragsrecht.

Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, Zürich 2004, 159 f.

<sup>28</sup> MORSCHER (Fn. 5), 52



## 2. Vertragliches Weiterveräußerungsverbot

### a) Vertragliche Einschränkung des zwingenden Erschöpfungsgrundsatzes?

Tritt die Erschöpfung ein, können deren Folgen kurz wie folgt zusammengefasst werden: Der Urheberrechtsinhaber verliert mit der Veräußerung das Recht, über das Schicksal des betreffenden Exemplars des Computerprogramms zu bestimmen<sup>29</sup>. Dem Erwerber eines Computerprogramms räumt die Erschöpfungsregelung in Art. 12 Abs. 2 URG hingegen zwei gesetzliche Rechte ein: nämlich ein gesetzliches Gebrauchs-<sup>30</sup> oder Weiterveräußerungsrecht. Wie verhalten sich nun aber vertragliche Weiterveräußerungsverbote zum zwingenden Erschöpfungsgrundsatz?

Ob das gesetzlich vorgesehene Recht zur Weiterveräußerung vertraglich beschränkt oder wegbedungen werden kann, ist umstritten<sup>31</sup>. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass Art. 12 Abs. 2 URG die Vereinbarung von vertraglichen Weiterveräußerungsverböten nicht verbiete. Die schuldrechtliche Wirksamkeit solcher Klauseln ist anerkannt<sup>32</sup>. Dem Erwerber eines Computerprogramms kann jedoch aufgrund des gesetzlichen Gebrauchsrechts die Benutzung des Computerprogramms nicht durch urheberrechtliche Klage verboten werden. Er kann sich aber im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich verpflichten, die Software nicht weiterzugeben oder nur mit gewissen Einschränkungen zu gebrauchen. Gemäss der in diesem Diskussionsbeitrag vertretenen Auffassung stellt sich diese Problematik aber nur bei Einzellizenzen und nicht bei Volumenlizenzzen.

### b) Weiterveräußerungsverbote bei Volumenlizenzzen branchenüblich

Greift der Erschöpfungsgrundsatz nicht – und dies ist in der Regel bei Volumenlizenzzen der Fall – dann kommt auch das gesetzliche Weiterveräußerungsrecht (als Folge des Erschöpfungsgrundsatzes) nicht zur Anwendung. Die Nutzungsbefugnis kann in solchen Fällen nicht ohne anders lautende Vertragsbestimmung an Dritte übertragen werden<sup>33</sup>.

Entsprechend können solche Weiterveräußerungsverbote oder -einschränkungen in einem Vertrag wirksam vereinbart werden<sup>34</sup>. Beispiele hierfür sind: «Der Kunde darf die Software Dritten nicht überlassen», «Die Übertragung der Lizenzzen bedarf der Zustimmung von XY», «Der Kunde erhält das nicht übertragbare und nicht ausschliessliche Recht zur Nutzung der Software», etc.<sup>35</sup>.

Falls solche Beschränkungen im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen, müssen insbesondere die Ungewöhnlichkeitsregel und die Branchenüblichkeit beachtet werden<sup>36</sup>. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Lizenznehmer von Volumenlizenzzen mit solchen Nutzungsbeschränkungen rechnen muss, da diese in der Branche üblich sind<sup>37</sup>.

## 3. Fazit: Zustimmung für Weiterveräußerung notwendig

Käufer von Secondhand-Volumenlizenzzen gehen ohne Nachweis der Zustimmung des Urhebers oder bei einer Weiterveräußerung entgegen den Volumenlizenzzenvertragsbestimmungen das Risiko einer Urheberrechtsverletzung ein. Dagegen stehen dem Urheber zivil- und strafrechtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung.

<sup>29</sup> W. STRAUB, Informatikrecht. Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Bern 2003, 20.

<sup>30</sup> NEFF/ARN (Fn. 4), 250 f.: Das Gebrauchsrecht knüpft grundsätzlich daran an, dass Eigentum an einem Programmexemplar erworben wird. Üblicherweise ist ein Gebrauchsrecht jedoch nur dem gewerblichen Rechtsschutz bekannt. Im Urheberrecht dagegen gilt der Werkgenuss als grundsätzlich frei. Entsprechend hat das in Art. 12 Abs. 2 URG enthaltene Gebrauchsrecht kontroverse Auffassungen provoziert.

<sup>31</sup> HEUSLER/MATHYS (Fn. 27), 159 f.; NEFF/ARN (Fn. 4), 247; BARRELET/EGLOFF (Fn. 7), URG 12 N 10; STRAUB (Fn. 29), 21.

<sup>32</sup> RAUBER (Fn. 9), 162; FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 22), 267 f.; STRAUB (Fn. 29), 21.

<sup>33</sup> HEUSLER/MATHYS (Fn. 27), 160.

<sup>34</sup> RAUBER (Fn. 9), 240 ff.

<sup>35</sup> J. MARLY, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., München 2004, 446 ff. mit weiteren Beispielen.

<sup>36</sup> MARLY (Fn. 35), 453.

<sup>37</sup> MORSCHER (Fn. 5), 56 f.

## V. Kurzüberblick über die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich

### 1. Einleitung

«Gebrauchthändler» von Volumenlizenzen beziehen sich zur Rechtfertigung ihres Geschäftsmodells oft auf Entscheidungen deutscher und österreichischer Gerichte, die an dieser Stelle kurz beleuchtet werden sollen.

### 2. Gerichtsentscheide in Deutschland

Anders als in der Schweiz sind in Deutschland schon sechs Gerichtsentscheide ergangen, die sich im engeren und weiteren Sinn mit der Frage der Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software beschäftigen<sup>38</sup>. Leider befasst sich von diesen sechs Gerichtsentscheiden lediglich einer wirklich mit der Frage der Zulässigkeit der Übertragbarkeit von Volumenlizenzen. Hier ein kurzer Überblick:

Der erste Gerichtsentscheid aus dem Jahre 2000, der sogenannte OEM-Entscheid des BGH, wird in der deutschen Lehre zwar oft zitiert, enthält aber keine Aussage zur Zulässigkeit der Übertragung von Volumenlizenzen, sondern betrifft einen ganz anderen Sachverhalt.

Die Entscheidungen des Landgerichts München vom 19. Januar 2006 sowie vom 15. März 2007 und des Oberlandesgerichts München vom 3. August 2006 erklären den Handel mit gebrauchten Softwarelizenzen als unzulässig. Sie halten im Wesentlichen fest, dass das Vervielfältigungsrecht des Softwareherstellers, um das es bei den genannten Fällen ging, bei einer unkörperlichen Übertragung von Softwarelizenzen (d.h. die Übertragung der Softwarelizenz ohne die dazugehörige Software auf einem Datenträger) nicht erschöpfen kann. Auch diese Entscheide befassen sich nicht explizit mit Volumenlizenzen.

Schliesslich befasst sich einzig der Entscheid des Landgerichts Hamburg vom 29. Juni 2006 im Rahmen eines Massnahmeverfahrens (einstweiliges Verfügungsverfahren) mit Volumenlizenzen. Es ging hier aber in erster Linie um ein UWG-Verfahren wegen irreführender Werbung und nur am Rande um die Frage der urheberrechtlichen Erschöpfung. Die Ausführungen des Landgerichts dazu sind jedoch nicht rechtskräftig geworden, da das Oberlandesgericht von Hamburg in der Berufungsinstanz diejenigen Teile der Begründung des Landgerichts, welche sich auf die Zulässigkeit des Handels mit Volumenlizenzen beziehen, ausdrücklich nicht bestätigte.

Es kann also gefolgert werden, dass es in Deutschland noch keine höchstrichterlichen Entscheide zur Frage der Zulässigkeit der Weiterveräußerung von Volumenlizenzen gibt, und dass die diesbezügliche Rechtslage trotz (oder gerade wegen) diesen sechs Entscheiden (noch) nicht klar ist.

### 3. Gerichtsentscheide in Österreich

In einem OGH-Entscheid aus dem Jahre 1998<sup>39</sup> wurde die Überlassung von Software als Kauf einer beweglichen Sache beurteilt, wenn vertraglich die dauerhafte Überlassung einer auf Datenträgern verkörperten Standardsoftware gegen Zahlung eines Entgelts eingeräumt wird. Dieser Entscheid betraf aber ein Software-Paket und keinen Volumenlizenzvertrag. Zudem war die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht Verfahrensgegenstand.

Ein zweiter OGH-Entscheid<sup>40</sup> aus dem Jahre 2000, der sich mit der Zulässigkeit des Weiterverkaufs eines Computerprogramms befasste, betraf ebenfalls ein Software-Paket.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in Österreich (wie in der Schweiz) ebenfalls noch keine Gerichtsentscheide ergangen sind, die sich konkret mit der Frage der Zulässigkeit des Weiterverkaufs von Volumenlizenzen befasst hätten oder die analog auf die vorliegende Problematik angewendet werden könnten.

<sup>38</sup> BGH vom 6. Juli 2000 (Az. I ZR 244/97); Entscheid des Landgerichts Hamburg vom 29. Juni 2006 (Az. 315 O 343/06); Entscheid des Landgerichts München vom 19. Januar 2006 (Az. 7 O 23237/05); Entscheid des Oberlandesgerichts München vom 3. August 2006 (Az. 6 U 1818/06); Entscheid des Oberlandesgerichts Hamburg vom 7. Februar 2007 (Az. 5 U 140/06) und Entscheid des Landgerichts München vom 15. März 2007 (Az. 7 O 7061/06).

<sup>39</sup> OGH vom 14. Oktober 1997 (5 Ob 504, 505/96).

<sup>40</sup> OGH vom 23. Mai 2000 (4 Ob 30/00s).

## Zusammenfassung

*Bei Volumenlizenzen wird dem Anwender das Recht eingeräumt, die Software gleichzeitig auf mehreren Computern zu nutzen, und zu diesem Zweck wird eine (körperliche oder unkörperliche) Masterkopie der gewünschten Software als Vervielfältigungsvorlage leihweise übergeben.*

*Mit dem Verkauf eines Werkexemplars einer Software wird das Veräußerungsrecht erschöpft. Voraussetzung für die Erschöpfung dieses Rechts ist es, dass der Erwerber die Sachherrschaft über das Programmexemplar erwirbt (sei es physisch oder online erworben). Gerade bei Volumenlizenzen ist dies nicht der Fall, da hier in aller Regel echte Lizenzen eingeräumt werden mit der leihweisen Überlassung einer Kopiervorlage. Da die Erschöpfungswirkung nicht eintritt, wird dem Ersterwerber kein gesetzliches Weiterveräußerungsrecht eingeräumt. Er kann daher nur mit Zustimmung des Urhebers bzw. im Einklang mit den Volumenlizenzvertragsbestimmungen die Software an Dritte weiterveräußern.*

*In der Schweiz gibt es zur Frage der Zulässigkeit der Weiterveräußerung von Volumenlizenzen noch keinen höchstrichterlichen Entscheid. Dasselbe gilt für Österreich. In Deutschland gibt es keinen höchstrichterlichen Entscheid. Es gibt zwar insgesamt sechs Entscheide von unteren Gerichtsstanzen, die sich im engeren oder weiteren Sinne zur besagten Frage äussern. Da diese jedoch kontrovers sind, kann in Deutschland nicht von einer klaren Rechtslage in diesem Kontext gesprochen werden.*

## Résumé

*Dans les licences de volume, l'utilisateur a le droit d'utiliser le logiciel simultanément sur plusieurs ordinateurs et à cet effet, une copie master (physique ou immatérielle) du logiciel désiré est remise à titre de prêt comme base de reproduction.*

*En vendant un exemplaire d'un logiciel, le droit de mise en circulation est épuisé. Pour que l'on puisse admettre l'épuisement du droit, il faut que l'acquéreur obtienne la maîtrise de l'exemplaire du programme (que ce soit physiquement ou en ligne). Tel n'est justement pas le cas pour les contrats de licences de volume dans la mesure où de véritables licences sont accordées avec la remise en parallèle, à titre de prêt, d'une copie qui servira de base pour la reproduction. Etant donné que l'épuisement ne produit pas ces effets, un droit de revente n'est pas accordé au premier acquéreur. Par conséquent, il n'a le droit de revendre le logiciel à des tiers qu'avec l'accord de l'auteur ou en respectant les dispositions applicables au contrat.*

*En Suisse, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à se prononcer sur la question de l'admissibilité de la revente de licences de volume. Tel est également le cas en Autriche. En Allemagne, aucune décision n'a été rendue par la plus haute juridiction à ce sujet. Il existe néanmoins six décisions rendues par des instances inférieures qui ont dû s'exprimer de près ou de loin sur la question. Or, ces décisions étant controversées, on ne peut pas prétendre que la question ait trouvé en Allemagne une réponse claire.*

\* Rechtsanwältin, LL.M., Zürich.