

letztendlich zu einer Verringerung des mit der Prüfung der Unterlagen verbundenen Zeit- und Kostenaufwandes gekommen wäre. Letztendlich würde eine solche Antragslegitimation wohl auch zu einer Entschärfung vieler Ausschreibungsbedingungen führen. So liegt es weiterhin am einzelnen Bieter, die Ausschreibungsbedingungen selbst fristgerecht zu bekämpfen, widrigenfalls diese im

Vergabeverfahren bestandfest werden, oder aber nach Abschluss des Leistungsvertrages die Sittenwidrigkeit einzelner Bestimmungen geltend zu machen.³⁷

37 Siehe auch *Georg Graf*, Übernahme unkalkulierbarer Risiken durch Ausschreibungsbedingungen, RdW 2010/13, 3.

Vergabeverfahren und Urheberrecht – Alles läuft nach Masterplan?

In einem jüngst ergangenen Urteil wirft das zivile Höchstgericht¹ interessante Fragestellungen in der Schnittfläche zwischen Vergabe- und Urheberrecht auf. Der folgende Beitrag erörtert die Konsequenzen der Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials, insbesondere von Plänen und Begleittexten aus urheber- (3.) und vergaberechtlicher (4.) Perspektive. Ein kurzer Praxistipp rundet das Ergebnis ab.

Von Philipp Götzl/Clemens Thiele

1. Ausgangsfall – *Masterplan II*²

Der Kläger war Zivilingenieur für Bauwesen. Die Beklagte war die mit der Errichtung und dem Betrieb der österreichischen Autobahnen und Schnellstraßen betraute Aktiengesellschaft (ASFINAG). Der Kläger entwarf aus eigenem Antrieb im Jahr 1996 Pläne für den Bau einer Autobahnstation am Nordufer des Wörthersees, die mehrere mögliche Zufahrten und die Lage von Gebäuden und Parkplätzen enthielten. Diese Pläne stellte er unter anderem der örtlich zuständigen Gemeinde T. zur Verfügung. Diese hatte Interesse an der Ansiedlung der Autobahnstation, übertrug dem Kläger das diesbezügliche „Projektmanagement“ und beauftragte ihn, sie bei der Standortsuche gegenüber öffentlichen Stellen zu vertreten. Für die Pläne (im Weiteren kurz: *Masterplan II*), die den für die Standortauswahl zuständigen Stellen übermittelt werden sollten, zahlte die Gemeinde dem Kläger insgesamt 120.000 Schilling. Dem Kläger war die beabsichtigte Verwendung der Pläne bekannt. Die Beklagte beauftragte zunächst im Jahr 1998 das Forschungszentrum Seibersdorf mit der Erstellung eines Gutachtens zu den Standortalternativen. Grundlage die-

ses Gutachtens war unter anderem der „*Masterplan II*“, von dem ein Auszug ohne den im Original angebrachten „Urheberrechtsvermerk“ im Gutachten abgedruckt wurde. Nach Vorliegen des Standortgutachtens holte die Beklagte ein bodenmechanisches Gutachten ein, dem ebenfalls unter anderem der „*Masterplan II*“ des Klägers zugrunde lag.

Im Dezember 2001 schrieb die Beklagte die Errichtung einer Autobahnstation aus. Gegenstand war der Abschluss eines Bestandvertrags mit Errichtungs- und Betriebspflicht des Bestandnehmers. Zu den Ausschreibungsunterlagen gehörte insbesondere das Standortgutachten mit dem darin enthaltenen „*Masterplan II*“. An der Ausschreibung beteiligte sich auch der Kläger, und zwar zunächst im eigenen Namen, dann als Vertreter einer Bietergemeinschaft. Den Zuschlag erhielt aber ein großes Bauunternehmen, das in weiterer Folge die Autobahnstation tatsächlich errichtete.

Der Kläger begehrte EUR 143.972,99 samt Zinsen, welcher Betrag sich auf der Grundlage eines Baukostenaufwands von ATS 150 Mio. (umgerechnet EUR 10.900.925,—) nach der Gebührenordnung für Ziviltechniker errechnete, als Vergütung nach § 86 UrhG und Schadenersatz nach § 87 UrhG. Die Beklagte wendete ein, nicht Bauherrin der Raststation gewesen und daher nicht passiv legitimiert zu sein. Die Pläne des Klägers wä-

1 OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p, MR 2010, 30 (*Walter*) und in diesem Heft, Seite 72.

2 OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – *Masterplan II*, MR 2010, 30 (*Walter*) und in diesem Heft, Seite 72.

ren keine eigentümlichen geistigen Schöpfungen iS des § 1 UrhG. Zudem wäre der Kläger bereits von der Gemeinde entschädigt worden; der nunmehr geforderte Betrag damit überhöht. Schließlich wäre Verwendung der Pläne durch die Beklagte jedenfalls zulässig gewesen. Das Erstgericht wies die Klage mangels Werkqualität der klägerischen Pläne ab. Das Berufungsgericht bestätigte und führte aus, dass Bauherrin und damit auch „Ausführer“ iS des § 15 Abs 4 UrhG nicht die Beklagte war, sondern allein jenes Bauunternehmen, das die Autobahnstation letztlich errichtet hatte. Nur dieses haftete daher (allenfalls) nach § 86 UrhG, nicht auch Anstifter oder Gehilfen wie die Beklagte. Die ordentliche Revision wurde zugelassen und angenommen.

Das zivile Höchstgericht hatte letztlich zur in öffentlichen Ausschreibungen durchaus häufig vorkommenden Frage Stellung zu nehmen, ob durch den Abdruck eines Plans für ein Bauvorhaben in einem Standortgutachten eines Dritten und durch Verwendung des Plans bei der Ausschreibung in gesetzlich angeordnete Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers eingegriffen würde.

2. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH wies die Klage ebenfalls zur Gänze ab. Die (bloße) Beurteilung (Bewertung) eines Bauvorhabens, das in einem von einem Dritten gezeichneten Plan dargestellt war, ließe sich in das geschlossene System der Verwertungsrechte nach §§ 14 ff UrhG nicht einordnen; sie wäre als solche weder Vervielfältigung noch Verbreitung oder eine unkörperliche Verwertung durch die in den §§ 17 bis 18a UrhG taxativ genannten Handlungen. Durch die (bloße) Einbeziehung des vom Kläger dargestellten Projekts in die Standortstudie hatte die Beklagte daher nicht in gesetzlich angeordnete Ausschließlichkeitsrechte des Klägers eingegriffen.

Der Abdruck einer Plankopie im Standortgutachten hingegen war zwar eine der Beklagten zuzurechnende Vervielfältigung iS von § 15 Abs 1 UrhG. Diese Vorgangsweise war aber durch eine konkludent erteilte Werknutzungsbevollmächtigung gedeckt. Die Beklagte konnte nämlich aus dem Verhalten des Klägers, insbesondere aus dessen Eingliederung in die Delegation der Gemeinde, aus dem Zweck der Vorsprache (Präsentation eines Standorts im Interesse der Gemeinde) und aus der Übergabe der Pläne

ableiten, dass die Verwendung (auch) des „Masterplans II“ bei der Standortauswahl und – darauf aufbauend – bei einer allfälligen Ausschreibung zulässig sein sollte. Einen anderen Zweck konnte die Übergabe der Pläne aus Sicht eines redlichen Empfängers nicht haben. Diese schlüssige Zustimmung des Klägers schloss es auch aus, den Anspruch wegen der Verwendung des „Masterplans II“ bei der Bewertung der Standortalternativen auf § 1041 ABGB zu stützen, zumal die Vermögensverschiebung durch eine Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten gedeckt war, und immaterialgüterrechtliche Ansprüche auf das „angemessene Entgelt“ nur gegen den Inhaber eines Unternehmens bestünden, nicht auch gegen dessen Bedienstete oder Beauftragte.

Obiter dicta hielten die Höchstrichter fest, dass eine Bereicherung allenfalls bei jenem Bauunternehmen eingetreten sein könnte, das die Autobahnstation auf eigene Rechnung errichtet und sich dabei möglicherweise durch die Nutzung des „Masterplans II“ eigene Aufwendungen erspart hätte. Die Beklagte hätte dazu allenfalls einen Beitrag geleistet, indem sie diesen Plan (mittelbar) in die Ausschreibungsunterlagen aufnahm und damit (auch) dem Bauunternehmen zur Verfügung stellte. Eine Vermögensverschiebung zu ihren Gunsten wäre durch die angebliche Nutzung dieses Plans bei der Errichtung der Autobahnstation aber jedenfalls nicht eingetreten. Sie haftete daher weder nach § 86 Abs 1 UrhG noch nach § 1041 ABGB.

3. Urheberrechtliche Anmerkungen

Werke der Baukunst einschließlich deren zugrunde liegenden Planungsleistungen unterliegen idR dem Urheberrecht, wenn sie Werke iS der §§ 1, 3 Abs 1 UrhG darstellen.³ Darüber hinaus liegt aufgrund des Zusammenwirkens von mehreren Personen – Architekten, Ingenieure und andere Teammitarbeiter – häufig Miturheberschaft iS des § 11 UrhG vor mit der Rechtsfolge einer lediglich gemeinsamen Verwertung.⁴ Für urheberrechtlichen „Zündstoff“ ist also ohnehin gesorgt.⁵

Dazu kommen noch tiefgreifende Auswirkungen auf die öffentlichen Ausschreibungen. Die folgenden Erörterungen beschränken sich darauf, erste urheberrechtliche Schlaglichter auf die Verwendung von Werken iZm Ausschreibungsunterlagen iwS und die Rechtsfolgen zu werfen.

3 Instrukтив Tominger in Kucsko (Hg), urheber.recht (2008), 136 f mwN.

4 Dazu näher Hornsteiner in Kucsko (Hg), urheber.recht, 199 ff.

5 Vgl. die z.T. heftigen Auseinandersetzungen um das „Hundertwasserhaus“ zwischen den Erben Kalinas und Friedensreich Hundert-

wasser: OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h – Hundertwasserhaus II, bbl 2003/54, 80 = RdW 2003/100f, 121 = MR 2003, 41 = ÖBl-LS 2003/34, 77 = ÖBl-LS 2003/35, 77 = ÖBl 2003, 142 (Gamerith) = RdW 2003/267, 321.

3.1. Werke der Baukunst und Planungsleistungen

Nach hM⁶ können nicht nur Bauwerke, sondern auch deren Modelle, Pläne, Zeichnungen und Entwürfe als Werke der bildenden Künste nach § 3 Abs 1 UrhG geschützt sein, wenn es sich dabei um eigentümliche geistige Schöpfungen im Sinn des § 1 Abs 1 UrhG handelt. Voraussetzung ist, dass die individuellen Züge, die das Bauwerk als persönliche geistige Schöpfung qualifizieren, bereits im Entwurf ihren Niederschlag gefunden haben.⁷ Mit den Voraussetzungen für die Schutzfähigkeit von Bauwerken als Werken der bildenden Kunst hat sich das zivile Höchstgericht schon sehr früh auseinandergesetzt. In der E *Bogenbrücke mit aufgehängter Fabrbahn*⁸ hielt der OGH fest, dass Werke der Baukunst nur dann Urheberrechtsschutz genießen, wenn sie Werke der bildenden Künste seien. Dies trifft ohne Weiteres für Werke der Baukunst zu, die ausschließlich oder vorwiegend künstlerischen Zwecken dienen. Es ist aber auch für Bauwerke, die rein praktische Zwecke verfolgen, nicht auszuschließen, da auch ein Bauwerk, das rein praktische Zwecke verfolgt, wie zB eine Fabrik, nach seiner Gliederung, der Massenverteilung, überhaupt nach der Art, wie die wirtschaftlichen oder betriebsmäßigen Aufgaben baulich gelöst sind, ein hervorragendes Kunstwerk sein kann. Wenn also die Brücke ohne Zweifel in erster Linie dem rein praktischen Zwecke des Verkehrs zu dienen hat, kann sie außerdem ein Werk der bildenden Kunst sein. In der kurz zuvor ergangenen Entscheidung *Fabrikshallendach*⁹ haben die Höchststrichter noch betont, dass das fragliche Hallendach, das ohne Genehmigung verlängert worden ist, kein Werk der Kunst, daher auch nicht Werk der Baukunst gewesen sei, denn es sollte nicht durch die Eigenart seiner äußeren Form wirken, sondern durch seine innere Zweckmäßigkeit. Es sollte nicht das Schönheitsgefühl befriedigen, sondern die Bau-

kosten verringern. Mangels Urheberrechtsverletzung wurde der Zahlungsanspruch auf die Herausgabe der patentrechtlichen Bereicherung reduziert.

Nach nunmehr gefestigter Rsp¹⁰ bewegt sich die Baukunst an der Grenze von Technik und Kunst. Bei Werken der Baukunst ist daher ebenso wie bei allen anderen Werken, die eine technische Vorgabe bzw. einen Zweck erfüllen, der Gestaltungsspielraum eingeengt, sodass das kreative Ausnutzen dieser Variationsbreite über das Vorliegen eines Werks der bildenden Kunst entscheidet. Von Baukunst kann erst dann die Rede sein, wenn die gestellte Aufgabe auf technisch verschiedene Weise zu lösen und die gewählte Ausführung nicht bloß als zweckmäßige, sondern zugleich als künstlerische Gestaltung zu werten ist. Urheberrechtlicher Schutz kann daher nie der zweckbezogenen technischen Konstruktion an sich zukommen, sondern nur dem mit ihrer Hilfe geschaffenen Bauwerk als der Verwirklichung einer künstlerischen Raumvorstellung. Es muss sich daher um eine individuelle, eigentümliche geistige Leistung handeln, die sich vom Allrätlichen, Landläufigen, üblicherweise Hervorgebrachten abhebt.

Nach hA¹¹ sind demzufolge technische Lösungen für sich allein nicht schutztauglich, mag es für die technische Idee auch verschiedene Lösungsmöglichkeiten geben.¹² Bei Beurteilung des urheberrechtlichen Schutzes eines Bauwerks sind die für seine Gestaltung entscheidenden Parameter Funktion (Gebrauchszweck), Umfeld, technische Lösungsmöglichkeiten und individuelle (künstlerische) Gestaltung des Planenden abzuwägen: Je mehr ein Bauwerk durch Funktion, technische Konstruktion und Umfeld vorgegeben ist, desto deutlicher muss es sich von durchschnittlichen Lösungen gestalterisch abheben, um urheberrechtlich geschützt zu sein. Es bedarf eines „eigenschöpferischen Gepräges“, eines ästhetischen Gehalts und eines künstlerisch-geistigen Formgedankens.¹³

6 OGH 4.9.2007, 4 Ob 62/07g – *Flughafen Wien*, Zak 2007/683, 397 = MR 2007, 321 (*Höbne*) = ZVB 2007/82, 332 = bbl 2008/34, 44 = RdW 2008/205, 260 = ÖBl-LS 2008/28/29/30, 25 = SZ 2007/138; 12.4.2000, 4 Ob 26/00b – *Einreichplanung*, ÖBl-LS 2000/85, 163 = bbl 2000/139, 193 = MR 2000, 313 (*Walter*); 3.5.2000, 4 Ob 127/00f – *Baupläne*, ÖBl-LS 2000/102, 213 = MR 2000, 316 (*Walter*); *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch I (2008) Rz 193; *Ciresa*, Kommentar § 3 UrhG Rz 14; *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² (2004) § 3 Rz 7.

7 Deutlich *Höbne*, Architektur und Urheberrecht (2007), 65 f; ebenso *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 3 Rz 9.

8 OGH 19.8.1928, 3 Ob 572/28, SZ 10/287 = JBl 1929, 41 (*Groß*) = JBHR 1929/714.

9 OGH 13.4.1927, 1 Ob 1097/26, SZ 9/103 = JBHR 1928/1048 (*Groß*), JBl 1929, 41.

10 OGH 12.4.2000, 4 Ob 26/00b – *Einreichplanung*, ÖBl-LS 2000/85, 163 = bbl 2000/139, 193 = MR 2000, 313 (*Walter*).

11 OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h – *Hundertwasserbaus II*, bbl 2003/54, 80 = RdW 2003/100f, 121 = MR 2003, 41 = ÖBl-LS

2003/34, 77 = ÖBl-LS 2003/35, 77 = ÖBl 2003, 142 (*Gamerith*) = RdW 2003/267, 321.; 20.6.2006, 4 Ob 41/06t – *Hundertwasserhaus IV*, MR 2006, 204 = bbl 2006/188, 237 = ÖBl-LS 2006/152/153, 216 = ÖBl-LS 2006/154, 217 = ÖBl 2006/67, 280 = ecoclex 2007/21, 47 (*Schumacher*); EB UrhG 1936 abgedruckt bei *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986) 52; *Walter*, UrhR-Handbuch I Rz 193; *Grünzweig*, Urheberrechtlicher Schutz von Bauwerken, ecoclex 2004, 190.

12 Vgl. OGH 20.6.2006, 4 Ob 98/06z – *Bauernhaus/Kastnergut*, MR 2006, 319 = bbl 2006/189, 239 = ÖBl-LS 2006/177, 267 = RdW 2007/32, 28 = MR 2006, 319; 4.9.2007, 4 Ob 62/07g – *Flughafen Wien*, Zak 2007/683, 397 = MR 2007, 321 (*Höbne*) = ZVB 2007/82, 332 = bbl 2008/34, 44 = RdW 2008/205, 260 = ÖBl-LS 2008/28/29/30, 25 = SZ 2007/138.

13 So OGH 4.9.2007, 4 Ob 62/07g – *Flughafen Wien*, Zak 2007/683, 397 = MR 2007, 321 (*Höbne*) = ZVB 2007/82, 332 = bbl 2008/34, 44 = RdW 2008/205, 260 = ÖBl-LS 2008/28/29/30, 25 = SZ 2007/138 unter Berufung auf *Höbne*, Architektur, 48.

Unter Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall erscheint die von den Höchststrichtern vorgenommene Billigung der vom Erstgericht mit beachtlichen Gründen verneinten Frage, ob der „Masterplan II“ tatsächlich ein Werk im urheberrechtlichen Sinn ist oder bloß Ausdruck einer technischen Lösung, als inkonsequent und letztlich unzutreffend. Sie ist es auch tatsächlich, wären doch in diesem Fall, d.h. mangels Werkqualität, die Ausführungen zum geschlossenen System der Verwertungsrechte des Urheberrechts überflüssig gewesen.¹⁴

Die vom Kläger (und seinem Bruder) entwickelten Pläne für eine Autobahnstation am Nordufer des Wörthersees, die mehrere mögliche Zufahrten und die Lage von Gebäuden und Parkplätzen enthalten hat, erfüllt uE zwanglos die Voraussetzungen für den Werkschutz nach § 1 UrhG, kann doch nicht nur die Gestaltung der einzelnen Baukörper, sondern auch ihre Zuordnung zueinander eine schöpferische Leistung des Architekten sein. Auch die Verwendung allgemein bekannter, gemeinfreier Gestaltungselemente kann urheberrechtlich geschützt sein, wenn dadurch eine besondere eigenschöpferische Wirkung und Gestaltung erzielt wird.¹⁵

3.2. Freie Werke und amtlicher Gebrauch

Um den Interessen zwischen den Rechten der Urheber und denen der Allgemeinheit Rechnung zu tragen hat der Gesetzgeber bestimmte Arten von Werken überhaupt aus dem Urheberrechtsschutz ausgenommen. Dazu zählen die sogenannten „freien Werke“ nach § 7 UrhG.¹⁶ § 7 Abs 1 UrhG lautet: „Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse, Bekanntmachungen und Entscheidungen sowie ausschließlich oder vorliegend zum amtlichen Gebrauch hergestellte amtliche Werke der in § 1 Z 1 oder 3 bezeichneten Art¹⁷ genießen keinen urheberrechtlichen Schutz“. Dies bedeutet, dass insbesondere Sprachwerken, die ausschließlich oder vorwiegend zum amtlichen Gebrauch hergestellt worden sind, kein Urheberrechtsschutz zukommt. Im konkreten Fall haben daher z.B. Baubescheide oder amtliche Masterpläne keinerlei Urheberrechtsschutz. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die durch Bearbeitung derartiger freier Werke geschaffenen Materialien ebenfalls urheberrechtsfrei sind. Spiegelbildlich verlieren

nach hM¹⁸ urheberrechtlich geschützte Werke wie z.B. Pläne nicht dadurch ihre Werkqualität, wenn sie Teil einer amtlichen Bekanntmachung werden.

Erstattet aber ein Architekt für ein konkretes Bauverfahren Einreichpläne oder Baubeschreibungen, so sind ihre Übernahme in Bescheide oder behördliche Bearbeitungen, Ergänzungen, Streichungen oder sonstige Änderungen in weiterer Folge zulässig. In diesem Zusammenhang ist die Bestimmung des § 41 UrhG zu beachten, die eine freie Werknutzung im Interesse der Rechtspflege und der Verwaltung vorsieht. Die Vorschrift lautet: „Der Benutzung eines Werkes zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren steht das Urheberrecht nicht entgegen“.

Dies bedeutet zweierlei: Zum Einen hat der Urheber keinerlei Recht, die Verwendung seiner Werke zum amtlichen Gebrauch zu untersagen; zum Anderen erhält er für die zweifellos an sich urheberrechtsrelevante Verwertung seiner Werke beim amtlichen Gebrauch keinerlei Vergütung. Es handelt sich um eine sog. gesetzliche Lizenz ohne Vergütungsanspruch, m.a.W. um einen Fall von „kostenlosen Gemeingebrauch“.¹⁹

Demgegenüber stellen aber öffentliche Ausschreibungen typischerweise ex definitione privatrechtliche Beschaffungsvorgänge dar, denen kein konkretes Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren zugrunde liegt. Die Verwendung im Vergabeverfahren nach dem BVergG fällt nicht in den Bereich des hoheitlichen Handelns der zuständigen Behörde bzw. Gebietskörperschaft, sondern stellt einen privaten Beschaffungsvorgang unter besonderen Regelungen dar.

Es sei die Rsp²⁰ festgehalten, dass die Durchführung der materiellen Ergänzung z.B. des Bundesheeres, soweit nicht das Militär-Leistungsgesetz zur Anwendung kommt, Angelegenheit der Privatwirtschaftsverwaltung²¹ ist. Dazu gehört auch die Beschaffung eines Ausbildungsmittels wie einer „Tonbildschau“ mit zugehöriger Musikkassette einschließlich der erforderlichen Werknutzungsbewilligungen. Dieser Beschaffungsvorgang ist dem privatrechtlichen Erwerb zuzurechnen und besteht daher ein Unterlassungsrecht und letztlich auch ein Vergütungsan-

14 Siehe dazu gleich unten.

15 Zur Abgrenzung OGH 4.9.2007, 4 Ob 62/07g – Flughafen Wien, Zak 2007/683, 397 = MR 2007, 321 (Höhne) = ZVB 2007/82, 332 = bbl 2008/34, 44 = RdW 2008/205, 260 = ÖBl-LS 2008/28/29/30, 25 = SZ 2007/138: Schutz mangels „ästhetischen Gehalts“ verneint; vgl. auch OGH 28.3.1995, 4 Ob 1015/95 – Hanggarage, nv.

16 Ciresa, Kommentar § 7 Rz 5 spricht zutreffend von „per se gemeinfreien Werken“, d.h. ein Urheberrechtsschutz wird *ab origine* verneint.

17 Erfasst sind Bauwerke und Planungsleistungen, auf die sich die folgenden Überlegungen beschränken.

18 Walter, Entscheidungsanmerkung MR 1995, 185, 186; Dillenz/Gutman, UrhG & VerwGesG² § 7 Rz 5; offen lassend OGH 18.10.1994, 4 Ob 1105/94 – Bundeshymne, MR 1995, 185; aA Ciresa, Kommentar, § 7 Rz 13.

19 Thiele in Kucsko (Hg), urheber.recht, 647.

20 OGH 20.11.1991, 1 Ob 28/91 – Bundesheer-Ausbildungsfilme II, JBl 1992, 532 = MR 1992, 156 (Walter) = ÖBl 1993, 139.

21 Daran ändert auch der Umstand nichts, dass ein solcher Beschaffungsvorgang allenfalls nicht dem BVergG unterliegt (vgl § 10 Z 1, 2 u 5 BVergG).

spruch des Urhebers. Die Zuweisung von Ausbildungsmitteln an Ausbildungseinrichtungen des Bundesheeres durch eine Dienststelle des Verteidigungsministeriums erfolgt nicht nur in Vorbereitung einer hoheitlichen Tätigkeit, nämlich der Ausbildung von Soldaten, sondern auch durch Erlass oder Weisung, somit selbst in einem Bereich, der mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet ist. Lediglich in diesem Bereich der hoheitlichen Weitergabe durch Weisung oder Erlass wäre ein amtlicher Gebrauch zu sehen.

Auch aus dem typischen Ablauf eines Beschaffungsvorgangs bzw. einer öffentlichen Ausschreibung auf Grundlage des BVerGG ergibt sich, dass es sich nicht um einen hoheitlich angeordneten „Beschaffungsvorgang“ handeln dürfte. Ausgehend davon ist eben festzuhalten, dass es sich um eine reine privatwirtschaftliche Tätigkeit handelt, welche jedenfalls vergütungspflichtig ist. Dieses Ergebnis steht in Übereinstimmung mit der Rsp,²² wonach z.B. das Gutachten eines nicht amtlichen (d.h. außerhalb eines konkreten Verwaltungsverfahrens erstatteten) Sachverständigen im späteren Verwaltungsverfahren nicht ein freies Werk im Sinne des § 7 UrhG darstellt.

Im gegenständlich Fall ist ein „Auszug“ des klägerische Plans – ohne den vom Kläger darauf angebrachten „Urheberrechtsvermerk“ – im Standortgutachten des Forschungszentrums Scibersdorf abgedruckt. Ebenso im folgenden bodenmechanischen Gutachten, das ebenfalls von der Beklagten in Auftrag gegeben wurde. Unter Hinweis auf das „geschlossene System der Verwertungsrechte im Urheberrecht“²³ führt der OGH aus: „Durch die (bloße) Beurteilung (Bewertung) eines Bauvorhabens, das in einem von einem Dritten gezeichneten Plan dargestellt ist, wird nicht in gesetzlich angeordnete Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers eingegriffen. Dem Urheber auch ein solches Verhalten vorzubehalten würde letztlich bedeuten, dass jede Kunstkritik, die ja auch das Werk in untechnischer Weise ‚verwertet‘, ebenfalls unzulässig wäre.“

Dem ist entschieden zu widersprechen. Die teilweise Aufnahme eines Werkes in ein anderes stellt sehr wohl eine die Verwertungs- und Persönlichkeitsrechte des Urhebers betreffende Verwendung dar. Das Urheberrecht an einem Sammelwerk wird durch den Nachdruck einzelner Beiträge verletzt, wenn dadurch die – eine eigentümliche geistige Schöpfung bildende – Auswahl oder Anordnung übernommen wird.²⁴ So gilt bereits die bloße Veröffentlichung eines anwaltlichen Vertragsentwurfs auf Englisch in einer Zeitschrift als unzulässige Vervielfältigung und Verbreitung.¹³ Gleichwohl kann der (auszugsweise) Abdruck dennoch durch die kritische Auseinandersetzung iS des Zitatrechts nach § 54 Abs 1 Z 3a UrhG iVm Art 10 MRK gerechtfertigt sein, sodass die Kunstkritik in jedem Fall zulässig bleibt,²⁶ da auch die weitere Voraussetzung erfüllt ist, wonach das zitierende Werk ein urheberrechtlich schutztaugliches Werk sein muss.²⁷

3.3. Rechtsfolgen

Die Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten vorausgesetzt, eröffnen die Bestimmungen der §§ 81 ff UrhG eine breite Palette von Rechtsansprüchen gegen den oder die Verletzer. Primär bestehen (verschuldensabhängige) Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.²⁸ Die Pflicht zur Zahlung des Entgelts wie auch die Pflicht zur Rechnungslegung trifft den Inhaber des Unternehmens. Inhaber des Unternehmens ist die natürliche oder juristische Person, die das Unternehmen kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen betreibt.²⁹ Diese Rechtsansicht ist jedoch durch das nunmehr vorliegenden Urteil für den Rechnungslegungsanspruch einer Überprüfung unterzogen worden. Ansprüche im Urheberrecht nach § 86 Abs 1 und § 1041 ABGB bestehen nur gegen den Inhaber eines Unternehmens, nicht auch gegen dessen Bedienstete oder Beauftragte; denn nur Ersterer ist im Regelfall durch die Nutzung bereichert.³⁰

22 OGH 25.5.1988, 14 Os 70/88, 71/88 – Hainburg-Gutachten II, MR 1988, 121 (Walter).

23 Walter, UrhR Handbuch I Rz 519; Anderl in Kuesko (Hg), urheberrecht, 217 mwN.

24 OGH 3.10.2000, 4 Ob 224/00w – Schüssels Dornenkrone I, MR 2000, 373 (Walter) = RdW 2001/85, 85 = EvBl 2001/30, 147 = ÖJZ-LSK 2001/32/33 = JUS Z/3100 = ÖBl 2001, 181 = ARD 5241/31/2001 = SZ 73/149.

25 OGH 17.12.1996, 4 Ob 2363/96w – Head-Kaufvertrag, wbl 1997, 175 = MR 1997, 93 (Walter) = SZ 69/283 = ÖBl 1997, 256 = MR 1997, 90.

26 OGH 12.6.2001, 4 Ob 127/01g – Medienprofessor, MR 2001, 304 (Walter und Swoboda) = SZ 74/108; OGH 20.5.2003, 4 Ob

100/03i – Schüssels Dornenkrone II, RdW 2003/558, 637 = MR 2003, 387 (Walter) = ÖBl-LS 2003/139, 229.

27 OGH 31.1.1995, 4 Ob 1/95 – Friedrich Heer II, EvBl 1995/102 = ecolex 1995, 498 = MR 1995, 179 = SZ 68/26 = ÖBl 1996, 99 = ARD 4686/20/95.

28 Vgl. OGH 29.11.1989, 1 Ob 663/89 – Klärwerk Schwaz, ecolex 1990, 114 = JBl 1990, 520.

29 Vgl. OGH 20.6.2006, 4 Ob 67/06s – Perlinger, RZ 2006, 280 = JUS Z/4218 = RdW 2007/101, 89 = ecolex 2007/59, 121 (Schumacher) = ÖBl 2007/38, 164 = HS 37.317; 24.3.2009, 17 Ob 40/08v – TRAMONTANA, RdW 2009/583, 584.

30 OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen, MR 2002, 156 (Walter); offen gelassen in 12.5.2009, 4 Ob 34/09t – Alfons Walde, EvBl 2009/135.

3.4. Urheberrechtliches Ergebnis

Im Ergebnis, wenngleich nicht in seiner Begründung, ist dem vorliegenden Urteil des Höchstgerichts zu folgen. Für die urheberrechtlichen Aspekte in Vergabeverfahren lassen sich daraus folgende Erkenntnisse gewinnen:

- Aus den §§ 26, 33 ff UrhG lässt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, dass das Ausmaß der Befugnisse, die der Werknutzungsberechtigte durch den Werknutzungsvertrag erwirbt, im Zweifel nicht weiter auszulegen ist, als es für den praktischen Zweck der ins Auge gefassten Werknutzung erforderlich erscheint. Entscheidend ist daher die Frage nach dem Zweck des Vertrages, die ein wesentlicher Bestandteil jeder Vertragsauslegung ist und ebenso im Urheberrecht und hier gerade bei der Ermittlung der dem Verwerter übertragenen Rechte eine dominierende Bedeutung besitzt.
- Wird ein Werk im Auftrag eines anderen geschaffen, so wird diesem damit jedenfalls schlüssig das Recht eingeräumt, das Werk zu dem Zweck zu verwenden, zu dem es in Auftrag gegeben wurde.
- Die Bereicherung, die dem in seinem ausschließlichen Rechte Verletzten herauszugeben ist, besteht in dem angemessenen Entgelt, das der Benutzer des Werkes für die Gestattung der Werknutzung hätte bezahlen müssen. Der Anspruch nach § 86 Abs 1 UrhG stellt dogmatisch nur eine besondere Form eines Verwendungsanspruchs im Sinne des § 1041 ABGB dar. Als Bereicherungsanspruch steht der Verwendungsanspruch nur zu, wenn und soweit ein Nichtberechtigter Vorteile aus der Sache gezogen hat. Die Höhe der Vergütung entspricht dem Wert der Nutzung des Patentes, also in der Regel einer angemessenen Lizenzgebühr.
- Haben mehrere Personen in das fremde Rechtsgut eingegriffen oder daraus Nutzen gezogen, haften sie dem Verkürzten solidarisch. Der Anspruch nach § 86 Abs 1 UrhG besteht wegen seines bereicherungsrechtlichen Charakters nur gegen jene Person, die aus dem Eingriff in Rechte des Urhebers einen Nutzen zieht, nicht jedoch gegen Anstifter und Gehilfen.

4. Vergaberechtliche Anmerkungen

Die vorliegende Entscheidung wirft auch die Frage auf, welche vergaberechtlichen Konsequenzen die urheberrechtswidrige Verwendung eines Plans (oder eines sonstigen urheberrechtlich geschützten Werkes) in Ausschreibungsunterlagen oder einem Angebot eines Bieters haben kann.

Interessanterweise war diese Frage – soweit ersichtlich³¹ – bisher noch nicht Thema einer eingehenden wissenschaftlichen Auseinandersetzung, weshalb an dieser Stelle die vergaberechtliche Diskussion eröffnet sein soll.

4.1. Vorarbeitenproblematik

Die Verwendung von Planunterlagen eines (späteren) Bieters in den Ausschreibungsunterlagen lässt vorerst einmal an die sog. *Vorarbeitenproblematik*³² denken. Grundsätzlich ist es im Rahmen der Bietergleichbehandlung und insbesondere zur Wahrung des Wettbewerbsgrundsatzes³³ vergaberechtlich unzulässig, dass ein Bieter – aus welchen Gründen immer – einen Wettbewerbsvorteil dadurch erlangt, dass er früher oder detaillierter an maßgebliche Informationen der Ausschreibung gelangt oder die Ausschreibungsbedingungen de facto inhaltlich beeinflussen kann. Dies ist bei Bieter der Fall, die Arbeiten leisten, die Grundlage der Ausschreibung (zB Analysen, Gutachten, idR auch Beratungen oder Machbarkeitsstudien) werden. Angebote solcher Bieter sind gemäß § 129 Abs 1 Z 1 iVm § 20 Abs 5 BVergG vom Vergabeverfahren auszuschneiden. Dieser zwingende Ausschluss eines Unternehmers bzw das dann zwingende Ausscheiden seines Angebots setzt kumulativ voraus, dass der betreffende Unternehmer an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen (unmittelbar oder mittelbar) mitgewirkt hat (1.), weiters muss ein fairer und lauterer Wettbewerb im Fall seiner Teilnahme ausgeschlossen sein (2.). Schließlich gilt die Ausnahme, dass (3.) eine Teilnahme des „vorarbeitenden“ Unternehmers zulässig wird, wenn auf dessen Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann.³⁴

31 Zuletzt wurde etwa von *Hartlieb*, RPA 2007, 332 [Entscheidungsanmerkung zu OGH S.9.2007, 4 Ob 62/07g] auf eine vergleichbare urheberrechtliche Frage eingegangen, ohne die vergaberechtlichen Indikationen zu besprechen.

32 Vgl. § 20 Abs 5 BVergG.

33 Schutzobjekt des § 20 Abs 5 BVergG ist der lauterer Wettbewerb und die Bietergleichbehandlung nach § 19 Abs 1 BVergG (vgl.

Öhler/Schramm/Zellhofer in Schramm/Aicher/Prubmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006² [2009] Rz 95 f, 104 f zu § 20).

34 *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Prubmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 14 zu § 129; *Öhler/Schramm/Zellhofer* aaO Rz 98 ff zu § 20; vgl weiters *Fink/Schiefer in Haid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht² 389 ff.

Nach dem Sachverhalt der besprochenen Entscheidung ist auf eine zumindest mittelbare Beteiligung des Klägers an den Ausschreibungsunterlagen zu schließen – ist doch sein Plan im Standortgutachten Teil der Ausschreibungsunterlagen gewesen. Pläne zählen unzweifelhaft zu solchen maßgeblichen Unterlagen im Vergabeverfahren³⁵, damit ist die Voraussetzung 1 erfüllt. Ob dadurch der Wettbewerb tatsächlich ausgeschlossen (Voraussetzung 2) wurde oder auf die Beteiligung des Klägers nicht verzichtet werden konnte (Voraussetzung 3), ist nach den Feststellungen nicht klar zu sagen, diese Umstände hätten aber durchaus geprüft werden können, macht der Kläger doch auch Schadenersatz nach § 87 UrhG, sohin entgangenen Gewinn geltend. Ein solcher setzt aber voraus, dass der Kläger ein (hier notwendiges) Vergabeverfahren auch gewonnen hätte (vgl § 338 Abs 2 BVergG), was bereits denkunmöglich ist, wenn er infolge unzulässiger Vorarbeiten vom Vergabeverfahren auszuschließen (§ 20 Abs 5 BVergG) gewesen wäre.

Ein infolge unzulässiger Vorarbeiten bedingter unzulässiger Wettbewerbsvorteil könnte nur dadurch ausgeglichen werden, dass – vereinfacht gesagt – alle anderen Bieter die gleichen Informationen erhalten³⁶, was idR nur dadurch möglich ist, dass ein zB als Vorarbeit erstellter Plan mit der Ausschreibung allen anderen Bietern ebenfalls zur Verfügung gestellt wird. Dafür müsste der betreffende Bieter aber seine Zustimmung zur Verwendung erklären. Es ergibt sich in einem solchen Fall daher die vergaberechtliche Notwendigkeit einen „vorgearbeiteten“ Plan in der Ausschreibung allen anderen Bietern (auch) zur Verfügung zu stellen, da sonst jedenfalls das Ausscheiden aus dem Verfahren droht, welches zur Folge hätte, dass (vergaberechtlich) gar kein Schaden entstehen kann.

4.2. Urheberrechtswidriger Plan in den Ausschreibungsunterlagen

Stellt sich heraus, dass ein Teil der Ausschreibung Urheberrecht verletzt, ist zu fragen, wie der Auftraggeber darauf reagieren kann oder soll. Nach der Zuschlagserteilung ist der Leistungsvertrag abgeschlossen, hier hat der Auftraggeber keine vergaberechtlichen Handlungsmöglichkeiten mehr.

Vor Zuschlagserteilung könnte eine Grund für einen Widerruf der Ausschreibung gegeben sein. Gerade eine infolge der Verletzung von Urheberrecht bedingte Kostenüberschreitung zB infolge zu leistenden Schadenersatzes kann hier einen solchen Widerrufsgrund darstellen, der bei Überschreitungen von 20–24%³⁷ der geschätzten Nettoauftragssumme fakultativ, bei einer erheblichen Überschreitung des Kostenrahmens (zB 70%)³⁸ auch allenfalls zwingend sein kann.

4.3. Verwendung urheberrechtswidriger Pläne im Angebot

Verwendet ein Bieter urheberrechtswidrige Pläne (oder sonstige Unterlagen) in seinem Angebot, könnte dies einen Ausschließungsgrund darstellen.

§ 68 Abs 1 Z 1 BVergG zählt in diesem Zusammenhang bestimmte Straftatbestände (zB Untreue, Betrug, Bestechung) auf, deren rechtskräftige Verurteilungen gegen einen Bieter oder seine(n) Geschäftsführer ergangen sein muss, um einen solchen Ausschlussgrund darzustellen. Mangels Erfüllung eines der aufgezählten Tatbestände und rechtskräftiger Verurteilung auf dieser Grundlage kann dieser Ausschlussgrund nicht erfüllt sein. Die urheberrechtliche Verletzung alleine reicht für die Erfüllung dieser Tatbestände (noch) nicht aus.

Allenfalls könnte eine urheberrechtswidrige Verwendung von Unterlagen im Angebot des Bieters aber (bei einem weiten Verständnis) eine sonstige schwere Verfehlung nach § 68 Abs 1 Z 5 BVergG darstellen, die zu seinem Ausschluss berechtigt. Da die schwere Verfehlung ihrem Gewicht nach gravierend sein muss, um Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit eines Bieters zulassen zu können, muss es sich um die Verletzung zwingend einzuhaltender Normen handeln, wobei insbesondere auch Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen eine schwere Verfehlung darstellen können³⁹. Es sprechen daher gute Gründe dafür, auch eine relevante Urheberrechtsverletzung als solche schwere Verfehlung gelten zu lassen, soweit sie einen Konnex zur beruflichen Tätigkeit hat. Letzterer wird idR dadurch gegeben sein, dass die Urheberrechtsverletzung zB durch die Verwendung eines geschützten Werkes im gegenständlichen oder einem früheren Angebot des Bieters erfolgt, welches unzweifelhaft in Ausübung der beruflichen Tätigkeit und damit im erforderlichen Konnex erstellt

35 *Öhler/Schramm/Zellhofer* aaO Rz 99 zu § 20 unter Verweis auf BVA 12.5.2005 (richtig: 12.5.2003), N-19/03-31, VKS Sbg 18.9.2007, 20001-SVKS/56/24-2007 ua in Fn 119 ff. Nicht unter den Vorarbeitentatbestand fallen demnach andererseits Studien betreffend allgemeine Projektentwicklung und allgemeine Machbarkeitsstudien.

36 „Informationsgleichstand“, vgl *Öhler/Schramm/Zellhofer* aaO Rz 115 zu § 20 u bereits *Casati/Fuchs/Geyer/Götzl/Holoubek/Rapber-*

ger/Rauch/Robrhofer, Leitfaden für die Vorgangsweise bei der Auftragsvergabe in der Wasser-, Abwasser- und Abfallwirtschaft, ÖWAV Arbeitsbeihilf 33 (2004), 44 f.

37 Vgl *Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 34 zu §§ 138, 139.

38 Vgl *Stickler/Zellhofer* aaO Rz 18 zu §§ 138, 139.

39 *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 45, 47 zu § 68.

wird. Relevant sind damit aber allenfalls auch dem Auftraggeber bekannt gewordene (frühere) Urheberrechtsverletzungen des Bieters. Schwere Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Zuverlässigkeit führen idR dazu, dass sich ein Bieter im Vergleich zu seinen Mitbieter oder Konkurrenten Kosten erspart und somit verpönte Wettbewerbsvorteile genießt. Der Bieter soll nun durch den Zuschlag nicht für sein unrechtmäßiges Verhalten belohnt werden. Den Nachweis für die Verletzung muss in diesem Fall der Auftraggeber führen, wobei ein verbindlicher Ausspruch oder zumindest eine objektive Feststellung einer behördlichen Einrichtung über das Vorliegen der Verfehlung gefordert wird.⁴⁰ Gegenständlich bedeutet dies das Vorliegen eines (rechtskräftigen) Urteils betreffend eine relevante Urheberrechtsverletzung. Andererseits ist denkbar, dass eine Urheberrechtsverletzung so offensichtlich ist, dass es eines rechtskräftigen Urteils nicht mehr bedarf. In Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist dabei aber darauf zu achten, dass zwischen der Verfehlung und der darauf folgenden Reaktion (dem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren) eine angemessene Relation besteht, was eine Einzelfallprüfung indiziert.⁴¹

4.4. Vergaberechtliches Ergebnis

Aus dem vorliegenden Urteil des Höchstgerichts lassen sich folgende vergaberechtlichen Indikationen an der Schnittstelle zum Urheberrecht gewinnen:

- Bei einem an der Ausschreibung beteiligten Bieter, der zumindest mittelbar an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt war, ist zu prüfen, ob al-

lenfalls der Vorarbeitatbestand des § 20 Abs 5 BVergG erfüllt ist. Bejahendenfalls ist bei der Werkverwendung im Rahmen eines öffentlichen Beschaffungsvorganges fraglich, ob beim betreffenden Bieter (vgl § 87 UrhG, § 338 Abs 2 BVergG) ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinns entstehen kann.

- Bei der urheberrechtswidrigen Verwendung von Plänen in Ausschreibungsunterlagen könnte ein Grund für einen Widerruf der Ausschreibung dann gegeben sein, wenn gerade durch die infolge der Verletzung von Urheberrecht bedingte Kostenüberschreitung (zB durch dann zu leistenden Schadenersatz) die budgetäre Deckung nicht mehr gegeben ist oder zumindest eine relevante Überschreitung des geschätzten Auftragswertes vorliegt, womit (finanzielle oder wirtschaftliche) sachliche Gründe für einen Widerruf angenommen werden könnten.
- Die urheberrechtswidrige Verwendung von Plänen im Angebot oder auch eine frühere bekannte Urheberrechtsverletzung kann wohl eine schwere Verfehlung iS des § 68 Abs 1 Z 5 BVergG darstellen, die zum Ausschluss des betreffenden Bieters führt. Dies setzt voraus, dass die Urheberrechtsverletzung einen Konnex zur beruflichen Tätigkeit hat. Letzterer wird idR dadurch gegeben sein, dass die Urheberrechtsverletzung zB durch die Verwendung eines geschützten Werkes im gegenständlichen oder einem früheren Angebot nachgewiesen wird.

40 Mayr aaO Rz 56 f zu § 68.

41 Mayr aaO Rz 52 f zu § 68.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Praxistipp

Urheberrechtliche Kurzzusammenfassung: Ein Urheberrechtseingriff durch das ausführende Bauunternehmen, wofür das ausschreibende Unternehmen allenfalls als Gehilfe eintreten müsste, wäre nur anzunehmen, wenn (a) der Plan ein Werk im Sinn des Urheberrechts war und (b) die (konkludente) Zustimmung des Urhebers zur Verwendung des Plans bei der Ausschreibung nicht auch die (angebliche) Verwertung bei der Errichtung des zu errichtenden Bauwerks selbst deckte. Der bereicherungsrechtliche Anspruch nach § 86 Abs 1 UrhG besteht nur gegen jene Person, die aus dem Eingriff in Rechte des Urhebers einen Nutzen zieht, nicht jedoch gegen Anstifter und Gehilfen.

Vergaberechtliche Zusammenfassung: Urheberrechtsverletzungen durch in Ausschreibungsunterlagen verwendete Pläne später nicht zum Zug gekommener Bieter indizieren eine Vorarbeitenproblematik iS des § 20 Abs 5 BVergG, die tunlichst vom Auftraggeber geprüft werden sollte. Die Verwendung urheberrechtswidriger Pläne in Ausschreibungsunterlagen könnte überdies einen Grund für einen (zwingenden oder fakultativen) Widerruf der Ausschreibung darstellen. Schließlich kann die Verwendung urheberrechtswidriger Pläne im aktuellen oder einem früheren Angebot eine schwere Verfehlung des Bieters iS des § 68 Abs 1 Z 5 BVergG darstellen, die zu seinem Ausschluss führen kann.