

# SOFTWARE ALS KÖRPERLICHE UND UNKÖRPERLICHE SACHE

Christian Ennsgraber

Christian Ennsgraber, Universitätsassistent, Universität Salzburg, FB Privatrecht  
Churfürststraße 1, 5020 Salzburg, AT  
christian.ennsgraber@sbg.ac.at

**Schlagworte:** *Software, Programm, Artefakt, Beherrschbarkeit, Widersprüchlichkeit*

**Abstract:** *Es wird dafür argumentiert, Software in verschiedenen Rechtskontexten im österreichischen Recht je verschieden als körperlich und unkörperlich zu beurteilen. Zunächst wird zwischen Software als Artefakt unterschieden, wobei das Artefakt die Summe aus Datenstruktur und Algorithmus ist. Danach wird auf die Probleme sowie Vagheit der zwei gängigen Definitionen von Körperlichkeit (Beherrschbarkeit, «in die Sinne fallen») eingegangen. Hier wird vorgeschlagen, körperlich als «konkret» zu definieren, was anhand des FAGG, UGB und PHG überprüft wird.*

## 1. Einleitung

Die Frage, ob Software körperlich oder unkörperlich ist, ist in Österreich bislang kontrovers.<sup>1</sup> Es wird vertreten, dass Software in allen Kontexten gleich beurteilt werden soll, als körperlich oder unkörperlich.<sup>2</sup> In Anbetracht der Vielfalt der Verwendungen des Ausdrucks «körperlich» ist fraglich, ob dies wünschenswert bzw. möglich ist. Beginnend werden die beiden gängigen Definitionsvorschläge zu § 292 ABGB kritisiert, das sind «Beherrschbarkeit» und das «in-die-Sinne-fallen». Danach wird beispielhaft das Rücktrittsrecht nach FAGG, die Anwendung der Regelungen für Kauf auf Werkverträge in § 373 ff UGB, die Produkthaftung dargelegt und darauf hingewiesen, dass dort unterschiedliche Erwägungen herangezogen werden. Besonders deutlich zeigt sich dies anhand der Frage, ob ein Download von Software gleich zu behandeln ist wie die Übergabe eines Datenträgers. Außerdem scheint unsere Rechtsordnung dort besonders zersplittert, wo europarechtliche Richtlinien integriert werden.

Für die gegenwärtige Diskussion zum Internet der Dinge sind wohl alle drei Bereiche von Bedeutung. So wird derzeit intensiv diskutiert, ob bei selbstfahrenden Fahrzeugen auch Produkthaftung zum Tragen kommt. Die Haftung nach PHG setzt vor allem kein Verschulden voraus; die Frage, ob Software körperlich ist, hat also wirtschaftliche Bedeutung, man denke nur an Kosten für Unfälle durch Softwarefehler selbstfahrender Autos. Wenn die Rügeobliegenheit für individuell angefertigte Software bei Download nicht gelten würde, hätten Unternehmen einen Anreiz, sich die Software für den neuen Fabrikarbeiter doch extra herunterzuladen. Doch zunächst soll geklärt werden, was «Software» heißt, denn der Ausdruck ist ebenso mehrdeutig.

### 1.1. Software ist Menge aus Algorithmus und Datenstruktur

Software wird als computationales Artefakt verstanden.<sup>3</sup> Es handelt sich bei Artefakten um mit einer gewissen Absicht (Plan) hergestellte Objekte; der Hersteller will also, dass sie eine gewisse Funktion erfüllen. Bei Software handelt es sich daher um die Menge<sup>4</sup> aus Algorithmus (Information) und physikalischer Datenstruktur,

<sup>1</sup> Eine Übersicht findet sich bei STAUDEGGER, Datenhandel – ein Auftakt zur Diskussion, ÖJZ 2014/21.

<sup>2</sup> HELMICH, in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON<sup>1.04</sup> (2018) § 292 Rz 7.

<sup>3</sup> Vgl. TURNER/ANGIU, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2017), The Philosophy of Computer Science.

<sup>4</sup> Im Sinne der Mengentheorie, [https://de.wikipedia.org/wiki/Menge\\_\(Mathematik\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Menge_(Mathematik)).

wobei der Programmierer die Datenstruktur hergestellt hat. Es handelt sich bei der Funktion um keine Disposition; Dispositionen werden durch die physikalische Beschaffenheit bestimmt (Wasser kocht). Dagegen ist eine Funktion durch etwas Externes bestimmt; eine Person ist bspw. in der Funktion eines Mitarbeiters eines Unternehmens wegen eines Vertrages. Man spricht auch von (sozialer) Rolle, diese ist auf ein Ziel gerichtet.<sup>5</sup> Der **Algorithmus** ist eine **Sammlung von Anweisungen** für eine Problemlösung durch den Computer.<sup>6</sup> Diese Anweisungen entstehen beim Programmieren und können als geistiges Objekt (Idee), ein Teil der neuronalen Netzwerke der Personen oder ein soziales Faktum aufgefasst werden. In der Informatik spricht man von Daten, wobei ein Algorithmus eine Untergruppe von Daten ist.

Die **Datenstruktur** ist eine physikalische Beschaffenheit des Datenträger, typischerweise sind das Rillen auf einer Festplatte. Das Ablaufen des Codes ist ein **physikalischer Prozess**, bei dem die Datenstruktur auf Umgebungsfaktoren (Eingaben) reagiert und dann auf andere Komponenten einwirkt. In RL 2011/83/EU wird davon gesprochen, dass auf Programme<sup>7</sup> entweder von einem körperlichen Datenträger oder «in sonstiger Weise» zugegriffen wird. Das «in sonstiger Weise» scheint zu implizieren, dass dabei kein Datenträger vorhanden ist. Das ist m.E. nicht korrekt, das Programm ist auf einem anderen Datenträger physikalisch als Datenstruktur vorhanden; die Visualisierung am Bildschirm ist Produkt anderer Soft- und Hardware, das die Benutzeroberfläche zur Verfügung stellt.

## 2. Körperliche Sache

Nach § 292 ABGB sind körperliche Sachen «diejenigen, welche in die Sinne fallen». Sache i.S.d. § 285 ABGB ist dabei viel allgemeiner als etwa der deutsche Ausdruck und umfasst auch «geistige Konzepte» oder Ereignisse.<sup>8</sup> «Sache» ist in § 285 ABGB definiert als «alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient». KLING meint zu «zum Gebrauche des Menschen»: «*Was sich mangels einer festen Umgrenzung und wegen des steten Wechsels seiner Bestandteile der Beherrschung durch den Menschen entziehe, wie etwa die freie Luft, das offene Meer [...] sei keine Sache*»<sup>9</sup> Software ist daher unproblematisch eine Sache, da sie ja gerade für den Gebrauch geschaffen wurde.

### 2.1. Körperliche Sachen sind beherrschbar

Unter «in die Sinne fallen» wird nach h.A. Beherrschbarkeit verstanden.<sup>10</sup> Allerdings scheint damit nicht viel gewonnen, so meint die eine Seite (beginnend mit *Ehrenzweig*), Elektrizität könne beherrscht werden<sup>11</sup>, während andere wiederum meinen, sie sei nicht beherrschbar<sup>12</sup>, laut ECCHER/RISS wegen der Zeitgleichheit von Erzeugung und Verbrauch; laut HOLZNER mangels dauerhafter Speicherbarkeit.<sup>13</sup> Nach SPIELBÜCHLER wiederum sind Dinge körperlich, wenn die Sache in einem der klassischen Aggregatzustände (fest/flüssig/gasförmig) wahrgenommen werden kann. Er sieht deshalb nur den Energieträger, nicht aber die Elektrizität selbst als körperlich an.<sup>14</sup> M.E. ist an SPIELBÜCHLERS Ansicht problematisch, dass er sich auf eine bestimmte physikalische Eigenschaft einschränkt, nicht aber erklärt, warum die andere physikalische Eigenschaft (z.B. Leitfähigkeit)

---

<sup>5</sup> DUNCAN, Ontological distinctions between hardware and software, *Applied Ontology* 2017, 1–28 (23).

<sup>6</sup> MOOR, Three Myths of Computer Science, *The British Journal for the Philosophy of Science* 1978, 213–222 (213, 215).

<sup>7</sup> Programme sind eine Untergruppe von Daten laut dieser RL (und auch meinem Verständnis).

<sup>8</sup> STABENTHEINER, in: Fenyves/Vonkilch/Kerschner (Hrsg), ABGB: §§ 285–352<sup>3</sup> (2011) § 285 Rz 1.

<sup>9</sup> Zitiert nach STABENTHEINER, in: Fenyves/Vonkilch/Kerschner (Hrsg), ABGB: §§ 285–352<sup>3</sup> (2011) § 285.

<sup>10</sup> Damit wird wohl synonym der Ausdruck «abgegrenzt» verwendet.

<sup>11</sup> EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Bd. 1, H. 2, Das Sachenrecht (1957) 2, 2. Aufl.; BYDLINSKI P., *Energielieferung und Kaufrecht*, in: Wünsch/Hämmerle (Hrsg), *Festschrift für Hermann Hämmerle* (Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien 1972) 31 (34); BYDLINSKI P., *Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter*, *AcP* 198, 288, 304.

<sup>12</sup> ECCHER/RISS, in: Koziol/Bydlinki P./Bollenberger (Hrsg), *ABGB Kurzkommentar*<sup>5</sup> § 292 Rz 1; HOLZNER, in: Rummel/Lukas (Hrsg), *ABGB*<sup>4</sup> (2016) § 285 Rz 6.

<sup>13</sup> HOLZNER, in: Rummel/Lukas (Hrsg), *ABGB*<sup>4</sup> (2016) § 285 Rz 6.

<sup>14</sup> SPIELBÜCHLER, in: Rummel/Lukas (Hrsg), *ABGB*<sup>3</sup> (2000), § 292 Rz 1.

oder Aggregatzustände (z.B. Plasma) nicht von Bedeutung sein sollen. Auch für Software ließe sich – je nach verschiedenen Begriffen der Beherrschbarkeit – verschieden beurteilen, ob sie körperlich oder unkörperlich ist.

An der Definition mittels Beherrschbarkeit gibt es m.E. erstens zu kritisieren, dass «zum Gebrauch des Menschen» i.S.d., § 285 ABGB nach h.A., als beherrschbar<sup>15</sup> ausgelegt wird. Wie kann aber zwischen Sachen mittels Beherrschbarkeit unterschieden werden, wenn schon Sachen von nicht-Sachen dadurch abgegrenzt werden?

Zweitens können auch Rechte (unkörperlich laut § 292 ABGB!) beherrscht werden: Nach § 313 ABGB kann ein Recht bspw. gebraucht (und damit besessen) werden, indem man etwas von einem anderen fordert und dieser dieses auch leistet. Man könnte dem nun entgegen, dass nach h.A. nur solche Rechte besessen werden können, die das Recht am Gebrauch an einer körperlichen Sache vermitteln und damit der Rechtsbesitz die Existenz einer körperlichen Sache voraussetzt. Dadurch droht aber in Ermangelung einer klaren Definition von Beherrschbarkeit eine Zirkeldefinition: Rechtsbesitz wäre demnach derjenige, der an einer körperlichen Sache besteht. Eine körperliche Sache ist eine solche, die anders als durch Rechtsbesitz beherrscht werden kann.

Drittens ist schon die Motivation der Definition mittels Beherrschbarkeit aus § 307 keine standfeste. So sind dingliche Rechte in § 307 ABGB im Wortlaut als solche definiert, die «einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen». Nach h.A. ist damit zwar gemeint, dass eine Herrschaft über eine körperliche Sache notwendige Bedingung ist, um von einem «dinglichen Recht» zu sprechen. M.E. ist aber SCHLICHER zu folgen, der gegen eine solche Auslegung überzeugend argumentiert, dass dingliche Rechte sich nicht in ihrem Gegenstandsobjekt von Schuldrechten unterscheiden. Er geht von der Beobachtung der «Quasidinglichkeit» des Mietrechts aus und zeigt, dass anhand von vier Kriterien<sup>16</sup> beurteilt wird, ob ein Recht gegen Dritte wirkt. Dingliche Rechte nur an körperlichen Sachen gelten zu lassen hält er für überholt.<sup>17</sup>

## 2.2. Körperliche Sachen fallen in die Sinne

Die Alternative ist, die Legaldefinition («in die Sinne fallen») von § 292 ABGB direkt heranzuziehen. HOLZINGER meint, da es sich um eine Legaldefinition handle, sei diese prioritär heranzuziehen.<sup>18</sup> Doch auch «in die Sinne fallen» ist problematisch. Einerseits ist nicht eindeutig, welche Sinne gemeint sind. KISSLINGER versteht darunter die klassischen fünf Sinne (Sehen, Hören, Riechen, Schmecken und Tasten)<sup>19</sup>, wohingegen SPIELBÜCHLER den Tastsinn als nicht so relevant ansieht<sup>20</sup>. Im Übrigen nennt die moderne Physiologie noch mehrere neue Sinne (**Temperatur-**, **Schmerz-**, **Gleichgewichts-**, **Tiefensensibilitätssinn**). Mittels Computertechnologie ist es sogar möglich, Farben als Klänge wahrzunehmen<sup>21</sup>. Es ist daher nicht undenkbar, dass auch neue Sinne hinzukommen und wir in Zukunft bspw. Infrarotstrahlen wahrnehmen können.

Andererseits ist für manche «in die Sinne fallen» zu weit. So lehnt SPIELBÜCHLER dies ab, weil auch Handlungen in die Sinne fallen würden.<sup>22</sup> HELMICH meint gar, dass mithilfe von Messgeräten alle Sachen in irgendeiner

<sup>15</sup> STABENTHEINER, in: Fenyves/Vonkilch/Kerschner (Hrsg), ABGB: §§ 285–352<sup>3</sup> (2011) § 285 Rz 10; HOLZNER, in: Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2016) § 285 Rz 5; ECCHER/RISS, in: Koziol/Bydlinki P./Bollenberger (Hrsg), ABGB Kurzkomentar<sup>5</sup> § 292 Rz 3.

<sup>16</sup> Der zugeordneten menschlichen Interessen, der verliehenen Rechtsmacht, der Stärke des Titels bzw. des Besitzes und der manifesten Offenkundigkeit der Rechtslage.

<sup>17</sup> SCHLICHER, Ein Abschied, der schon längst fällig war – Nekrolog auf den Dualismus von dinglichen und obligatorischen Rechten in Österreich, in: Fenyves et al. (Hrsg), FS Fenyves (2013) 311.

<sup>18</sup> HOLZINGER, Produkthaftung und Software, EDVuR 1988 H 4, 10.

<sup>19</sup> KISSLINGER, in: Fenyves/Vonkilch/Kerschner (Hrsg), ABGB: §§ 285–352<sup>3</sup> (2011), § 292 Rz 1.

<sup>20</sup> SPIELBÜCHLER, § 292 Rz 2.

<sup>21</sup> JOHNSTON, Neue Sinne: Menschen als Cyborgs, <https://www.brandwatch.com/de/blog/neue-sinne-menschen-als-cyborgs/> (Website zuletzt besucht am 22. Januar 2019).

<sup>22</sup> SPIELBÜCHLER, § 292 Rz 2.

Form mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbar seien und es gar keine unkörperlichen Sachen mehr gäbe.<sup>23</sup> M.E. können entgegen HELMICH Rechte jedoch trotz Messgeräten nicht in die Sinne fallen. Das größte Problem stellen aber Handlungen dar, die nach der Intuition der meisten Autoren unkörperlich sind, doch auf eine bestimmte Art in die Sinne fallen. Jedoch beinhaltet eine Handlung auch eine Absicht, womit eine Handlung nur teilweise in die Sinne fällt (und zwar einerseits nur die aktuellen Teile, andererseits nur das beobachtbare Geschehen). Für das Internet der Dinge ist auch die Frage von Relevanz, wie denn der Algorithmus und die Datenstruktur gemeinsam beurteilt werden. GANTNER zieht dafür die Beurteilung als selbständiger oder unselfständiger Teil heran und sieht den Computer als ganzen bspw. als körperlich. M.E. ist dies jedoch wenig überzeugend, da § 294 ABGB auf körperliche Sachen zugeschnitten wirkt, vor allem aber, weil seiner Ansicht nach die körperlichen Teile bei Programmende wieder unkörperlich werden. Für Produkthaftung würde dies heißen, je nachdem, ob die DVD im Laufwerk ist oder nicht, kann für die Daten gehaftet werden, in meinen Augen ein nicht nachvollziehbares Resultat.

HOLZINGER dagegen meint, dass Software in die Sinne fallen würde, weil auch jene Sachen, deren Lage auch nur mit Geräten feststellbar ist, als körperlich anzusehen sind.<sup>24</sup> HOLZINGER bezieht sich wohl nur auf die Datenstruktur, die Frage ist aber, ob die Menge aus Funktion und Datenstruktur in die Sinne fallen kann; ob also dafür *beide Teile* in die Sinne fallen müssen. Wenn wir von Software reden, meinen wir typischerweise eben nicht nur die Datenstruktur.

### 2.3. Körperliche Sachen entsprechen konkreten Begriffen

Wegen der angesprochenen Probleme wird vorgeschlagen, unkörperliche Sachen als diejenigen zu begreifen, die mit konkreten Begriffen bezeichnet werden. Die Abgrenzung abstrakt-konkret ist dabei bewusst unscharf, weil es für diese Unschärfe ein neuronales Korrelat gibt: So verwenden Menschen zwar physikalische Objekte und Handlungen, um abstrakte Begriffe (wie Mathematische Begriffe) zu verstehen und es werden auch mit Sinnen und Bewegungen assoziierte Neuronen aktiviert.<sup>25</sup> Doch abstraktes Denken korreliert dennoch mit der Aktivität bestimmter **Hirnregionen**, so gibt es bildgebende Verfahren, die größere Aktivierung bestimmter Hirnregionen für abstrakte als für konkrete Wörter zeigen. VIGLIOCO et al. meinen, dass konkrete Begriffe mehr mit bewegungsorientierten Neuronen assoziiert sind, wohingegen abstrakte Begriffe durch Affektionen, also Emotionen, erklärt werden können.<sup>26</sup> METEYARD et al. fassen den derzeitigen Meinungsstand zusammen: *«We conclude that strongly embodied and completely disembodied theories are not supported, and that the remaining theories agree that semantic representation involves some form of convergence zones (Damasio, 1989) and the activation of modal content.»*<sup>27</sup>

M.E. sind körperliche Sachen solche, die eher mit konkreten Begriffen assoziiert sind; unkörperliche Sachen dagegen mit abstrakten. Der Algorithmus alleine ist eine abstrakte und damit unkörperliche Sache, da Informatiker diesen in einer mathematischen Sprache beschreiben. Die Datenstruktur ist eine körperliche, da mit konkreten Begriffen beschreibbar (raumzeitliche Lokalisierung etc.). Software (als Summe von Algorithmus und Datenstruktur) liegt wohl in der «convergent zone» zwischen abstrakt und konkret, was Informatiker mit «dualer Natur» bezeichnen<sup>28</sup>. Auch die divergierenden Intuitionen, wie Downloads zu behandeln sind, zeigen dies. Letztlich ist aber wohl mit reiner Begriffsjuristerei – ohne auf konkrete Kontexte des Ausdrucks Rücksicht zu nehmen – keine Antwort zu geben. Laut EHRENZWEIG bildet der Jurist nämlich *«seine Begriffe nach praktischen Gesichtspunkten, unbekümmert um naturwissenschaftliche Hypothesen. Im Verkehrsleben*

---

<sup>23</sup> HELMICH, in: Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.04</sup> (2018)§ 292 Rz 1.

<sup>24</sup> HOLZINGER, EDVuR 1988 H 4, 10.

<sup>25</sup> LAKOFF, *Philosophy In The Flesh: The Embodied Mind and Its Challenge to Western Thought* (1999).

<sup>26</sup> VIGLIOCO et al., *The Neural Representation of Abstract Words: The Role of Emotion, Cerebral Cortex* 2014, 1767–1777.

<sup>27</sup> METEYARD et al., *Coming of age: a review of embodiment and the neuroscience of semantics, Cortex; a Journal Devoted to the Study of the Nervous System and Behavior* 2012, 788–804.

<sup>28</sup> TURNER/AANGIUS, *The Philosophy of Computer Science*.

wird der elektrische Strom nicht anders behandelt – erzeugt, geliefert, verbraucht, gestohlen – als irgendeine körperliche Sache.»<sup>29</sup>

Der präsentierte Vorschlag, unkörperliche Sachen als «abstrakte» Begriffe zu definieren, würde bei verschiedenen Verträgen wohl zu verschiedenen Ergebnissen führen, wie gleich unter 3. ausgeführt wird. Doch auch für verschiedene Softwarearten könnte es zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Insbesondere wenn Software größere Interaktion erfordert, würde sie wohl als konkreter erlebt werden. Ich werde in der Folge drei Beispiele auszugsweise herausgreifen, um zu zeigen, welche unterschiedlichen Erwägungen angestellt werden. Dadurch wird sich ergeben, warum die Beurteilung von Software immer kontextabhängig erfolgt.

### 3. Konkrete Rechtsfragen

#### 3.1. Rücktrittsrecht nach § 18 FAGG

Das Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG erlaubt es Verbrauchern von Fernabsatzverträgen binnen 14 Tagen ab Vertragsabschluss zurückzutreten. Dies gilt nach § 18 Abs. 1 Z 11 FAGG auch für Downloads, außer der Verbraucher stimmt einer vorzeitigen Lieferung zu, nachdem ihn der Lieferant über sein Rücktrittsrecht aufgeklärt hat. Wurde die Software nicht gedownloadet, gilt § 18 Abs. 1 Z 8 FAGG, wonach der Verbraucher ab Entsiegelung kein Rücktrittsrecht mehr hat. SCHWARZENEGGER schreibt zu Z 11: «Hier ist zwar eine Rückführung möglich, der Verbraucher könnte aber zuvor die gelieferten Daten kopiert haben; diese Missbrauchsgefahr rechtfertigt die Unauflöslichkeit des Vertrags.»<sup>30</sup>

Demnach soll wohl in beiden Fällen verhindert werden, dass in beiden Fällen soll verhindert werden, dass der Verbraucher den wirtschaftlichen Nutzen «abschöpft», vom Vertrag zurücktritt und den Nutzen behält. Allerdings ist mir unklar, wie der Verbraucher «Daten» «rückführen» soll wie bei einer Rücksendung. M.E. unterscheiden sich Download und Kauf dadurch, dass der Käufer auf seiner Festplatte keine Datenstruktur mit der Funktion des Programmes angelegt haben kann, wenn er die Ware versiegelt zurücksendet. Bei einem Download hat der Verbraucher eine solche Struktur angelegt, eine Rückführung der Datenstruktur in den Zustand vor der Installation durch den Verbraucher selbst kann in der Praxis der Veräußerer wohl kaum überprüfen; eine Rückführung der Datenstruktur durch den Lieferanten ist datenschutzrechtlich grds. bedenklich. Diese Positivierung des Unterschiedes zwischen Download und Datenträgererwerb findet sich m.W. in keinem anderen Gesetz. In der Vorgängerbestimmung<sup>31</sup> war dies nicht der Fall, der Richtliniengesetzgeber fand es offenbar besonders wichtig, diese Unterscheidung herauszustreichen.

#### 3.2. § 381 Abs. 2 UGB

Nach § 381 Abs. 2 UGB sind die Regeln über den Kauf auch auf Werkverträge über körperliche bewegliche Sachen anwendbar. Nach h.A. ist es für das Vorliegen eines Kaufvertrages nicht erforderlich, dass eine körperliche Sache gegeben ist. Individualsoftware unterliegt jedoch einem Werkvertrag. Hier ist es nun für Software, dessen Struktur auf einem Datenträger materialisiert ist, unstrittig, dass dies ein Werkvertrag über eine körperliche Sache ist. ZÖCHLING-JUD meint in diesem Zusammenhang, dass gedownloadete Software zwar keine körperliche Sache sei, da diese nicht auf einen Datenträger «verkörpert» ist. Es erscheine aber «wertungswidersprüchlich», die Anwendbarkeit von Kaufregelungen davon abhängig zu machen, ob die Software eben auf einem Datenträger verkörpert sei.<sup>32</sup> Ähnlich sehen dies auch KRAMER/MARTINI.<sup>33</sup> M.E. ist ein Download genauso körperlich, wenn man das Kriterium der Beherrschbarkeit heranzieht. Denn auch eine DVD muss in ein Laufwerk gegeben werden, um dort ausgelesen zu werden, genauso wie beim

<sup>29</sup> EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, H. 2, Das Sachenrecht<sup>2</sup> (1957) 2.

<sup>30</sup> SCHWARZENEGGER, in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2015) § 18 FAGG Z 3.

<sup>31</sup> § 25f KSchG aF.

<sup>32</sup> ZÖCHLING-JUD, in: Torggler (Hrsg.), UGB<sup>2</sup> (2016), § 381 Rz 5.

<sup>33</sup> KRAMER/MARTINI, in: Straube/Ratka/Rauter (Hrsg.), UGB I<sup>4</sup> (2016), Vorbem § 373 Rz 6.

Download von einem Datenträger eine Datenstruktur ausgelesen wird. Der Unterschied besteht darin, dass im Fall des Downloads der erste Schritt weit entfernt erfolgen kann, beim Kauf des Datenträgers sich dieser bspw. im DVD-Laufwerk des Käufers befindet. Doch die Entfernung und mangelnde Sichtbarkeit durch den Käufer macht die Festplatte nicht prinzipiell unsichtbar. M.a.W.: Beim Download gibt es 2 Datenstrukturen, die mittels anderer Software (Installationsprogramme) und damit zahlreichen anderen Datenstrukturen miteinander agieren. Beim Kauf einer DVD, die eine bestimmte Datenstruktur hat, gibt es 3 Datenstrukturen, die ebenfalls mit anderen Datenstrukturen interagieren. Es gibt also eine Datenstruktur mehr (von sehr vielen). Würde man nun das Kriterium des in-die-Sinne-Fallens heranziehen, so würde wohl die Entfernung keine Rolle spielen. So meint HOLZINGER gar, dass Software in die Sinne fallen würde, weil auch jene Sachen, deren Lage auch nur mit Geräten feststellbar sei, als körperlich anzusehen sind.<sup>34</sup> Doch auch die Beherrschbarkeit müsste eigentlich beide Fälle gleich behandeln.

Wenn wir dagegen den hier angeführten Vorschlag der Abstraktheit heranziehen, so würden die Intuition der meisten Autoren eingefangen werden: Eine weit entfernte Datenstruktur ist gefühlt abstrakter, und damit unkörperlicher als eine nähere. Dies gilt wahrscheinlich ebenso nicht für die Produkthaftung, wo die Frage der Herkunft kaum noch eine Rolle spielt, vielmehr die Gefahr der installierten Software von Bedeutung ist.

Unter manchen Umständen findet sich auch ein wirtschaftlicher Unterschied zwischen dem Download und der Übergabe eines Datenträgers. Denn mit einem Datenträger können leichter Kopien der Struktur angefertigt werden. Der Käufer kann die Software leichter weitergeben, wenn er eine DVD in Händen hält. UU kann dies nämlich mit einem Kopierschutz beim Download in der Praxis leichter verhindert werden. Diese Betrachtung spielt bei Kaufverträgen natürlich eine größere Rolle als bspw. in der Produkthaftung.

Bejaht man die grds. Anwendbarkeit der §§ 373 UGB ff auch für Downloads, gilt es zu beachten, dass m.E. § 373 UGB bei Download dem Übergeber keine sinnvolle Rechtsmacht in die Hand gibt: Denn der Anbieter müsste bei Annahmeverzug seine eigene Datenstruktur hinterlegen. Bei Kauf eines Datenträgers macht eine Hinterlegung sehr wohl Sinn. Die Frist zur Rüge nach § 377 UGB muss beim Download ab dem Zeitpunkt beginnen, ab dem der Übernehmer wissen kann, dass er die Software downloaden kann. Bei Übersendung eines eigenständigen Datenträgers dagegen muss die Sendezeit einberechnet werden.

### 3.3. PHG

Bei der Produkthaftung wird für Fehler von Produkten an Rechtsgütern von Dritten gehaftet, wobei unternehmerische Kunden nicht geschützt sind. Der Richtlinienentwurf erwähnt die Voraussetzung «körperlich» nicht und spricht lediglich von beweglichen Sachen, die Produkte sind. Lediglich der österreichische Gesetzgeber hat die Produkte im § 4 PHG als (bewegliche) «körperliche» Sachen definiert. Bei der Auslegung von «bewegliche Sache» lassen FITZ/GRAU offen, ob dem Art 2 RL ein autonomes Begriffsverständnis zugrunde liegt oder ob hinsichtlich der näheren Definition auf die nationalen Rechtsordnungen verwiesen werde. Nach ihnen erfolgt eine «nähere Orientierung» anhand des Begriffsverständnisses des ABGB.<sup>35</sup> RABL, KOZIOL/APATHY/KOCH dagegen plädieren für eine autonome Auslegung, wobei RABL die Möglichkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV anspricht.<sup>36</sup> FITZ/GRAU argumentieren mit den Aussagen des EuGH in *Veefald/Århus Amtskommune*<sup>37</sup>, wonach bei der Auslegung ein Verweis auf das Begriffsverständnis der Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten angenommen wird, dieser Begriffsinhalt sich jedoch im Rahmen der «Ziele» der RL halten muss.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> HOLZINGER, EDVr 1988 H 4, 10.

<sup>35</sup> FITZ/GRAU/REINDL, *Produkthaftung*<sup>2</sup> (2004) § 4 Rz 8f.

<sup>36</sup> RABL, *Produkthaftungsgesetz* (2017), § 4 Rz 12; KOZIOL/APATHY/KOCH, *Österreichisches Haftpflichtrecht, 3. Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung*<sup>3</sup> (2014) B Rz 112; POSCH/TERLITZA, in: Schwimann/Kodek (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar*<sup>4</sup> (2016) § 4 PHG Rz 3.

<sup>37</sup> EuGH C-203/99 vom 10. Mai 2001.

<sup>38</sup> FITZ/GRAU/REINDL, *Produkthaftung*<sup>2</sup> (2004) § 4 Rz 8.

Wie kann nun eine solche autonome Auslegung aussehen? Die meisten Autoren lassen sich von systematischen Erwägungen leiten. Gemäss KOZIOL et al. bspw. besteht der Grund für dieses Hinzufügen von «beweglich» nämlich gerade darin, dass ein Produkt schon «begriffsnotwendig» Ergebnis eines Herstellungsprozesses i. w. S. sein muss. Ein solcher Herstellungsprozess bestünde in der Be- und Verarbeitung eines oder mehrerer «Rohmaterialien oder Komponenten».<sup>39</sup> FITZ/GRAU bspw. sehen den Warencharakter gegenüber Verbrauchern als wesentlichen Grund dafür an, Software als Produkt i. S. d. PHG aufzufassen, und damit als körperliche Sache.<sup>40</sup>

Neben diesen systematischen Erwägungen spielen aber laut EuGH auch die in den Erwägungen angeführten **Ziele** der RL eine Rolle. In den Erwägungen wird erläutert, dass die Gesundheit und das Eigentum von Verbrauchern durch die Produkthaftungsrichtlinie geschützt werden sollen. Andererseits wird auf die Gefahr einer «modernen technischen Produktion»<sup>41</sup> verwiesen, deren Risiko aufgeteilt werden soll. Angesprochen ist damit der Gedanke der Gefährdungshaftung: Weil sich durch den technischen Fortschritt massenhaft Produkte produzieren lassen und der Produzent damit großen Profit schlagen kann, soll er auch einen größeren Teil des inhärenten Risikos von Produktionsprozessen tragen. Das Risiko soll sich also vom Produzenten zum Verbraucher hin verlagern. Für Richtlinienumsetzungen ist daher wohl anzunehmen, dass die jeweilige Bedeutung von «körperlich» i. S. d. jeweiligen Richtlinie auszulegen ist. Gerade bei Software, die in Massenproduktion angefertigt wurde, dürfte diese Erwägung von Relevanz sein. In diesem Sinne plädiert bspw. EUSTACCHIO dafür, dass bei Individualanfertigungen keine Produkthaftung zum Tragen kommt.<sup>42</sup> Dies im Unterschied zu UGB, wo mit § 281 UGB extra Werkverträge inkludiert werden.

Ähnlich wie bei § 381 UGB wird diskutiert, ob es einen Unterschied macht, ob Software auf einem Datenträger überspielt oder lediglich herunter geladen wurde. KOZIOL/APATHY/KOCH halten fest, dass es aus Sicht der **Verbraucher** keinen Unterschied mache, ob sie gespeichert oder ohne CD «ausgeliefert» werde.<sup>43</sup> Auch FITZ/GRAU meinen, dass der Gesetzeswortlaut beide Auslegungen zulasse, aber eben wegen des Warencharakters gegenüber Software als körperlich zu gelten hat.<sup>44</sup> RABL hält fest, dass ein Computerprogramm, das elektronische Impulse steuert, nicht mit fehlerhaftem «Ratschlag» vergleichbar ist. Grundsätzlich meint er jedoch, dass eine Haftung für fehlerhafte Software zu verneinen sei, weil es an der «unbedingten Voraussetzung einer körperlichen Sache» fehle, die Wareneigenschaft sei *de lege lata* kein Beurteilungskriterium, lediglich *de lege ferenda*.<sup>45</sup>

EUSTACCHIO plädiert dafür, für Softwareschäden haften zu lassen, wenn die in einem Datenträger gespeicherte Information direkt zur Zerstörung oder Beschädigung einer anderen Sache führt, und zwar ohne dass der Schaden durch Befolgung einer Anweisung entsteht. Dies wäre dann der Fall, wenn aufgrund eines Programmierungsfehlers ein mit Computerviren verseuchtes und auf einer Diskette gespeichertes Programm einen Schaden an einer Hardware verursacht bzw. Daten zerstört.<sup>46</sup> Diese Unterscheidung kommt natürlich nur in schadenersatzrechtlichen Kontexten in Betracht. Wegen dieser Erwägungen ist m.E. daher die Eingangshypothese zumindest teilweise bestätigt, wonach eine Subsumtion von Software unter «körperlich» nicht einheitlich erfolgen kann. Vielmehr ist auf die verschiedenen Ausprägungen der Software (verschiedene Funktionen), auf den Vertragstyp bzw. die Art des Anspruchs und die Konkretetheit des Erlebens Bedacht zu nehmen.

<sup>39</sup> KOZIOL/APATHY/KOCH, Österreichisches Haftpflichtrecht, 3. Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung<sup>3</sup> (2014) 446.

<sup>40</sup> FITZ/GRAU/REINDL, Produkthaftung<sup>2</sup> (2004) § 4 Z 33.

<sup>41</sup> Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

<sup>42</sup> EUSTACCHIO, Produkthaftung (2002), 34.

<sup>43</sup> KOZIOL/APATHY/KOCH, Österreichisches Haftpflichtrecht, 3. Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung<sup>3</sup> (2014) B 136.

<sup>44</sup> FITZ/GRAU/REINDL, Produkthaftung<sup>2</sup> (2004) § 4 Rz 8.

<sup>45</sup> RABL, Produkthaftungsgesetz (2017) § 4 Rz 57.

<sup>46</sup> EUSTACCHIO, Produkthaftung (2002), 34 f.

#### 4. Literatur

- BYDLINSKY, PETER, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter, AcP 198, 288.
- DUNCAN, WILLIAM, Ontological distinctions between hardware and software, Applied Ontology 2017, 1–28.
- EHRENZWEIG, ALBERT ARMIN, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, H. 2, Das Sachenrecht<sup>2</sup>, Manz 1957.
- EUSTACCHIO, ANDREAS, Produkthaftung, NWV – Neuer WissVerl 2002.
- FENYVES, ATTILA/VONKILCH, ANDREAS/KERSCHNER, FERDINAND, (Hrsg), ABGB: §§ 285–352<sup>3</sup>, Verlag Österreich 2011.
- (Hrsg), ABGB: §§ 285 bis 352<sup>3</sup>, Verlag Österreich 2011.
- FENYVES, ATTILA/PERNER, STEFAN/RUBIN, DANIEL/SPITZER, MARTIN (Hrsg), FS Fenyves, Wien 2013.
- FITZ, HANNS/GRAU, ALEXANDER/REINDL, PETER, Produkthaftung<sup>2</sup>, Manz 2004.
- HOLZINGER, ERNST, Produkthaftpflicht und Software, EDVuR 1988 H 4, 10.
- JOHNSTON, LEILA, Neue Sinne: Menschen als Cyborgs, <https://www.brandwatch.com/de/blog/neue-sinnesmenschen-als-cyborgs/>.
- KLETEČKA, ANDREAS/SCHAUER, MARTIN, (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.04</sup> (2018).
- KOZIOL, HELMUTH/APATHY, PETER/KOCH, ANDREAS, Österreichisches Haftpflichtrecht, 3. Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung<sup>3</sup>, Sramek Manz 2014.
- KOZIOL, HELMUTH/BYDLINSKI, PETER/BOLLENBERGER, RAIMUND (Hrsg), ABGB Kurzkomentar<sup>5</sup>, Verlag Österreich.
- LAKOFF, GEORGE, Philosophy In The Flesh: The Embodied Mind and Its Challenge to Western Thought, Basic Books, New York, NY 1999.
- METEYARD, LOTTE/CUADRADO, SARA RODRIQUEZ/BAHRAMI, BAHADOR/VIGLIOCCO, GABRIELLA, Coming of age: a review of embodiment and the neuroscience of semantics, Cortex; a Journal Devoted to the Study of the Nervous System and Behavior 2012, 788–804.
- MOOR, JAMES, Three Myths of Computer Science, The British Journal for the Philosophy of Science 1978, 213–222.
- RABL, CHRISTIAN, Produkthaftungsgesetz, LexisNexis 2017.
- RUMMEL, PETER/LUKAS, MEINHARD (Hrsg), ABGB<sup>3</sup>, Manz 2000.
- (Hrsg), ABGB<sup>4</sup>, Manz 2016.
- SCHWIMANN, MICHAEL/KODEK, GEORG (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2015).
- (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016).
- STAUDEGGER, ELISABETH, Datenhandel – ein Auftakt zur Diskussion, ÖJZ 2014/21.
- STRAUBE, MANFRED/RATKA, THOMAS/RAUTER, ROMAN ALEXANDER (Hrsg), UGB I<sup>4</sup> (2016).
- TORGGLER, ULRICH (Hrsg), UGB<sup>2</sup> (2016).
- VIGLIOCCO, GABRIELLA/KOUSTA, STRAVROULA-THALEIA/DELLA ROSA, PASQUALE ANTHONY/VINSON, DAVID/TETTAMANTI, MARCO/DEVLIN, JOSEPH/CAPPA, STEFANO F., The Neural Representation of Abstract Words: The Role of Emotion, Cerebral Cortex 2014, 1767–1777.
- WÜNSCH, HORST/HÄMMERLE, HERMANN (Hrsg), Festschrift für Hermann Hämmerle, Leykam 1972.
- ZALTA, PETER (Hrsg), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2017.
- EuGH C-203/99 vom 10. Mai 2001.