

EIGENTUM AN SOFTWARE AUS ZIVILRECHTLICHER UND VERFASSUNGSRECHTLICHER SICHT

Max W. Mosing, Mai 2001



EINFÜHRUNG

Es wird von der hL die Meinung vertreten, die sachenrechtlichen Bestimmungen im ABGB (§§ 309ff) wären "in Wahrheit" nur auf körperliche Sachen zugeschnitten¹, und daher sei an unkörperlichen Sachen kein Eigentum möglich. Diese Auffassung findet im Gesetzestext selbst keine Deckung;² es gibt sogar Bestimmungen (§§ 653, 1455 ABGB) welche die unterschiedliche Behandlung von körperlichen und unkörperlichen Sachen ausdrücklich vorsehen. ME kann daher durch Umkehrschluß abgeleitet werden, dass das ABGB prinzipiell eine Gleichbehandlung von körperlichen und unkörperlichen Sachen vorsieht.³

Es stellt sich auch die Frage, ob der Verneinung der Eigentumsmöglichkeit an unkörperlichen Sachen – in concreto an Software - nicht auch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte entgegenstehen. Grundrechte im subjektiven Sinne – im Speziellen das Recht auf Eigentum – könnten verletzt sein.

Der OGH hat bisher in einer E ausdrücklich zur Frage des Eigentums an Software Stellung genommen:

DIE "SOFTWAREENTSCHEIDUNG" DES OGH 14.10.1997⁴

Bis zu dieser E gab es in der Rsp des OGH keine nähere Erörterung der allgemeinen sachenrechtlichen oder schuldrechtlichen Qualifikation von Verträgen, die der Überlassung von Computersoftware dienen. Der OGH beruft sich in dieser E auf die "hM" (sic!), dass "[...] die Übertragung fertiger Standardsoftware auf Datenträgern gegen einmaliges Entgelt als Kauf einer körperlichen Sache [Hervorhebung durch den Autor] und daher als Zielschuldverhältnis zu qualifizieren [...]"⁵ sei. Das besondere daran ist, dass die "[...] Eigentumsübertragung aufgrund eines solchen Kaufvertrages [...] daher den Datenträger, der die Software verkörpert, zum Gegenstand [...]" hat. Ein Dauerschuldverhältnis komme darüber hinaus nicht zustande.

¹ *Klang in Klang*, ABGB II² § 353 (S 131); *Feil*, ABGB III 92; *Spielbüchler in Rummel*, ABGB P §292 Rz 2; *Jaburek in Kühne*, Software 73; *Koziol/Welser*, Grundriß¹¹ I 83; vgl OGH 14.10.1997 JBI 1998, 577 = RdW 1998,127 = SZ 70/202 = ecolex 1998,127 (*Wilhelm*); aA *Wolf*, EDVuR 2/1994, 133; ihr zust *Staudegger*, Rechtsfragen 100.

² *Staudegger*, Rechtsfragen 100.

³ Vgl *Ertl/Wolf*, Software 118.

⁴ OGH 14.10.1997 JBI 1998, 577 = RdW 1998,127 = SZ 70/202 = ecolex 1998,127 (*Wilhelm*).

⁵ OGH 14.10.1997 JBI 1998, 577 = RdW 1998,127 = SZ 70/202 = ecolex 1998,127 (*Wilhelm*).

Betrachtet man die Argumentationslinie des OGH näher, erinnert sie stark an die des BGH; der OGH geht nämlich überhaupt nicht auf den unterschiedlichen Sachbegriff der zwei Rechtssysteme ein: *Staudegger*⁶ kritisiert, – mE zu recht – dass der OGH den zitierten Meinungen nicht gerecht wird: das Faktum⁷ der physikalischen Unkörperlichkeit wird in der E verneint, und als Begründung auf *Ertl*, der wohl als Begründer der hL betrachtet werden kann, verwiesen. *Ertl* hat Software aber eindeutig als unkörperlich qualifiziert und niemals über die Verkörperung am Datenträger letzteren als Gegenstand des Softwarevertrages gesehen.⁸ Die Konstruktion, um Software als körperlich qualifizieren zu können, wirft einige Probleme – besonders im Zusammenhang mit Downloadsoftware – auf:⁹ das Download-Geschäft wäre im Unterschied zum Vertrag über die idente Software auf einem Datenträger kein Kauf, da es keinen (körperlichen) Kaufgegenstand gebe, an dem Eigentum begründet werden kann. ME kommt es dadurch zu einer sachlich nicht rechtfertigbaren Differenzierung – wie unten noch darzustellen sein wird, auch aus verfassungsrechtlicher Sicht.

Keinerlei (juristische – aber wohl faktische) Probleme gebe es in diesem Zusammenhang, folgte man der Theorie von *Holzinger*, wonach Software – als magnetischer Zustand – als körperliche Sache¹⁰ zu sehen ist, da auch bei der Übermittlung in (Telefon)Leitungen ”nur” elektromagnetische Wellen – also nach *Holzinger*¹¹ eine körperliche Sache – ”übergeben” wird. Es würde somit (eindeutig) gelten:

- Source- und Objektcodes sind körperliche und bewegliche Sachen (§§ 292, 293 ABGB);
- Source- und Objektcodes können von ”Hand zu Hand” (§ 426 ABGB) mittels eines Datenträgers übergeben werden;
- an ”körperlicher Software” ist Eigentum (§ 343 ABGB) begründbar;
- auch der gutgläubige Eigentumserwerb (§ 376 ABGB) ist möglich.

DIE DOGMATISCHE AUFARBEITUNG DES SOFTWAREKAUFES

Von L¹² und nun auch von der Rsp¹³ wird ein ”Software-Nutzungs-Vertrag” jedenfalls dann als Kaufvertrag qualifiziert, wenn der/die Datenträger mit der darauf befindlichen Software (samt Begleitmaterial) in das Eigentum des Anwenders, der eine einmalige, allenfalls ratenweise Gegenleistung erbringt, übergeht. Ein Dauerschuldverhältnis liegt darüber hinaus

⁶ *Staudegger*, JBl 1998, 605.

⁷ *Staudegger*, JBl 1998, 605.

⁸ *Ertl*, EDVuR 1/1994, 20; *ders*, Gutgläubiger Erwerb von Softwarepiraten: Zugleich ein Beitrag zum Gutgläubenserwerb an Forderungen, MR 6/1997, 314 (314ff); vgl auch 3.2.2.1.3.2 ff.

⁹ *Staudegger*, JBl 1998, 605.

¹⁰ Vgl *Klang in Klang*, ABGB II² §292 (S 9); aA *Spielbüchler in Rummel*, ABGB I² § 292 Rz 2.

¹¹ *Holzinger*, EDVuR 4/1988, 10f; *ders*, EDVuR 1/1994, 54.

¹² *Aicher in Rummel*, ABGB I² § 1053 Rz 52; *Jaburek*, ÖJZ 1985, 202; *Ertl/Wolf*, Software 203.

¹³ OGH 14.10.1997 JBl 1998, 577 = RdW 1998,127 = SZ 70/202 = ecolex 1998,127 (*Wilhelm*).

nicht vor, wenn zusätzlich kein "Wartungsvertrag" geschlossen wird.¹⁴ Nach dem OGH¹⁵ ist Gegenstand der Eigentumsübertragung beim Software-Nutzungs-Vertrag der Datenträger auf dem die Software "verkörpert" ist; somit geht der OGH nicht auf die Möglichkeit ein, dass Software auch ohne Datenträger übergeben werden kann, und welche Rechtsfolgen eine solche Übermittlung nach sich zieht. Mit der "Verkörperungs-Konstruktion"¹⁶ will der OGH mE die Problematik des Eigentums an unkörperlichen Sachen "umgehen". *Holzinger*¹⁷ hat schon Jahre vor der E diese Konstruktion kritisiert und mit dem "Bierflaschen-Kauf" verglichen: "[...] niemand würde auf die Idee kommen, dass das Bier in der Flasche verkörpert und daher Bestandteil dieser wäre." Dieser – wohl etwas drastische – Vergleich zeigt allerdings die "wackelige Konstruktion", der sich der OGH bedient. Warum der OGH die Verkörperung heranzieht, um den Vertrag zu bewerten, könnte erstens das "in den Spuren des BGH Wandeln"¹⁸ sein, oder aber die Ungewissheit der Folgen, die sich daraus ergeben, Eigentum an einer unkörperlichen Sache anzuerkennen: gem § 1053 ABGB muss der Kaufgegenstand eine "Sache" sein; dieser Sachbegriff soll aber nach *Aicher*¹⁹ enger als der des § 285 ABGB sein, da nur (eigentums-)rechtlich zuordenbare Sachen Kaufgegenstand sein könnten. Da ein Teil der L²⁰ und wohl auch der OGH²¹- entgegen dem Wortlaut des § 353 ABGB - das Eigentum an unkörperlichen Sachen verneint, wäre das Kaufrecht auf unkörperliche Sachen, und damit auf Software, nicht anzuwenden. ME wird Eigentum an unkörperlichen Sachen aber nur verneint, weil bei dieser Qualifikation sofort an Rechte gedacht wird²² (was nur bei Geltung des Urentwurfes des ABGB auch stimmen würde²³). Dass das „Eigentum an Rechten“ Widersprüche aufwirft, ist nicht zu bestreiten – deshalb ist auch bei den unkörperlichen Sachen zwischen Rechten und sonstigen unkörperlichen Sachen zu differenzieren – ein wohl auch verfassungsrechtlich sachlich gerechtfertigte Differenzierung.

¹⁴ *Ertl/Wolf*, Software 204; OGH 14.10.1997 JBl 1998, 577 = RdW 1998,127 = SZ 70/202 = *ecolex* 1998,127 (*Wilhelm*); in D: *Körner* in *Ulrich/Körner*, Softwarevertrag 192 Rz 181.

¹⁵ OGH 14.10.1997 JBl 1998, 577 = RdW 1998,127 = SZ 70/202 = *ecolex* 1998,127 (*Wilhelm*).

¹⁶ Vgl die "Repräsentations-Theorie" des BGH.

¹⁷ *Holzinger*, EDVuR 4/1987, 14.

¹⁸ Vgl *Staudegger*, JBl 1998, 607.

¹⁹ *Aicher* in *Rummel*, ABGB P § 1053 Rz 3.

²⁰ *Klang* in *Klang*, ABGB IP § 353 (S 131); *Feil*, ABGB III 92; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB P § 292 Rz 2; *Jaburek* in *Kühne*, Software 73; aA *Wolf*, EDVuR 2/1994, 133; *Koziol/Welser*, Grundriß¹¹ I 83, 256f.

²¹ OGH 14.10.1997 JBl 1998, 577 = RdW 1998,127 = SZ 70/202 = *ecolex* 1998,127 (*Wilhelm*).

²² Vgl besonders deutlich: *Koziol/Welser*, Grundriß¹¹ I 256f.

²³ Vgl *Ofner* (Hrsg), Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II (1889) XXXI Urentwurf Zweyter Teil 1.Hauptstück § 12.

EIGENTUM AN UNKÖRPERLICHEN SACHEN

Die Ansicht, welche die Möglichkeit bejaht, an "unkörperlichen Sachen" Eigentum erlangen zu können, folgt dem Gesetzeswortlaut.²⁴ Die Verfasser des ABGB wollten das Eigentum durchaus auch auf unkörperliche Sachen – mit der teleologischen Reduktion²⁵ "außer Rechte", da sonst die Zessions-Regelungen sinnlos würden - angewandt wissen. *Bydlinski*²⁶ geht - ohne es näher zu begründen - in diesem Zusammenhang aber davon aus, dass Gegenstand des Kaufes von unkörperlichen Sachen nur die faktische Nutzung und nicht die rechtliche Konsequenz (Verschaffung des Eigentums) sei; daher sei die Eigentumsverschaffungspflicht beim Kauf von unkörperlichen Sachen nicht gegeben. Dies ist aber mE nicht nur im Bereich von Information (Software) nicht schlüssig, da ja gerade die Verschaffung des Eigentums Sinn und Zweck²⁷ - und Abgrenzungskriterium - des Kaufes ist. Weiters würde diese Überlegung in letzter Konsequenz auch die Eigentumsübertragung von verbrauchbaren Sachen in Frage stellen, da auch hier der Käufer (meist) nur an der faktischen Nutzung Interesse hat.

Erklärbar wird die Situation durch die von einem Teil der L²⁸ und auch der Rsp²⁹ entwickelten Unterscheidung zwischen Eigentumsrecht ieS und iwS: Eigentum ieS könne nur an körperlichen Sachen begründet werden; somit seien nur auf sie die sachenrechtlichen Bestimmungen voll anzuwenden. Gegenstand des Eigentumsrechtes iwS sind "[...] hingegen alle Rechte (§ 285)."³⁰; hierbei soll es sich nur um die Artikulierung der Rechtszuständigkeit handeln; also nur das zum Ausdruckbringen von Tatsachen. Das Eigentumsrecht ieS stellt auf die Sachherrschaft ab und sei deswegen nur auf körperliche Sachen anzuwenden, da es eine solche bei unkörperlichen Sachen nicht gebe. Diese Formulierungen verdeutlichen die Meinung des Teils der L, daß unkörperlichen Sachen mit Rechten gleichzusetzen seien.

*Bydlinski*³¹ und - speziell für Software - *Aicher*³² und *Jaburek*³³ (obwohl er damals noch das Eigentum an Software verneinte) sind prinzipiell der Meinung, dass durchaus auch unkörperliche Sachen Gegenstand des Kaufvertrages sein können, soweit sie die Zuordnung zu einem anderen als den bisherigen Berechtigten (erkennbar) zulassen. Zu diesen unkörperlichen Sachen sei auch Information zu zählen. Allerdings beschäftigen sich die

²⁴ *Bydlinski* in *Klang*, ABGB IV/2 (1978)² § 1053 (S 107); *Jaburek*, ÖJZ 1985, 201; *Wolf*, EDVuR 2/1994, 133; *Aicher* in *Rummel*, ABGB P § 1053 Rz 6; zust aber sich dann der hM beugend *Staudegger*, Rechtsfragen 100.

²⁵ *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I² § 307 Rz 1.

²⁶ *Bydlinski* in *Klang*, ABGB IV/2² § 1053 (S 108).

²⁷ *Aicher* in *Rummel*, ABGB IP § 1053 Rz 3.

²⁸ *Klang* in *Klang* IP § 353 (S 131); *Blocher*, Schutz 37; *Koziol/Welser*, Grundriß¹¹ I 256f.

²⁹ OGH 3.7.1979 SZ 52/110.

³⁰ *Koziol/Welser*, Grundriß¹¹ I 257.

³¹ *Bydlinski* in *Klang* IV/2 § 1053 (S 107).

³² *Aicher* in *Rummel*, ABGB P § 1053 Rz 52.

³³ *Jaburek* in *Kühne*, Software 73.

Autoren nicht mit der rechtlichen Konsequenz, welche die Qualifikation solcher Verträge als Kaufverträge mit sich bringt. Sie qualifizierten zwar schon vor der Rsp³⁴ den Erwerb "vorgefertigter Standardsoftware" als Kauf, wenn der Verkäufer zur Übertragung der Software auf Dauer – und zur freien Verfügung – verpflichtet ist; im Zweifel sei aber eine Vollrechtsübertragung nicht anzunehmen.³⁵ Es wird aber nicht näher darauf eingegangen, ob diese Vollrechtsübertragung als Eigentum i.e.S. verstanden werden kann, und ob diese Unterscheidung bei Software überhaupt Sinn macht.

Nach *Ertl*³⁶ und auch *Wolf*³⁷ soll es keinen Grund für die unterschiedliche sachenrechtliche Behandlung von körperlichen und unkörperlichen Sachen (außer Rechte) geben, wenn man sorgfältig zwischen den durch die Immaterialgüterrechte und den durch das allgemeine Sachenrecht verschafften Schutzmöglichkeiten unterscheidet. Das Sachenrecht (insb das Eigentum) sei ohne wesentliche Einschränkung anwendbar. Dieser Meinung ist auch *Hodik*³⁸ und schlägt vor, kein eigenes, systematisch geschlossenes Teilsachenrecht aus den Immaterialgüterrechten – wie von der "Software-Praxis" versucht wurde - abzuleiten, weil dieses viel zu lückenhaft ist, um auf das allgemeine Sachenrecht verzichten zu können. Im UrhG ist nämlich nur das enthalten, was im Rahmen einer immaterialgüterrechtlichen Regelung eigenständig festzulegen ist. Das UrhG verwirklicht damit eine ergänzende Funktion – und keine „Statt-Funktion“ - im Hinblick auf die Immaterialgüter. Dadurch soll – mE zu recht – das ABGB und insbesondere das Eigentumsrecht weder außer Kraft gesetzt noch verdrängt werden. Ganz im Gegenteil, wie *Hodik* meint; beziehen sich doch §§ 22, 33 Abs 2, 42 Abs 1, 82 UrhG ausdrücklich oder indirekt auf das ABGB. Es bleiben nämlich auch unter Betrachtung der Spezialgesetze eine Reihe von Fragen, für die das Sachenrecht des ABGB mehr adäquate Lösungen bietet.³⁹ Diese Aussage ist natürlich auch bei der schadenersatzrechtlichen Beurteilung nicht aus den Augen zu verlieren: man denke nur an die Fälle von Verwendungssperren durch Änderung von Passwörtern oder überhaupt Löschen anderer Programme; in diesem Fall ist die Besitzstörungsklage gem §§ 454ff ZPO äußerst nützlich.⁴⁰ Das Besitzentziehungsverfahren ist auch erheblich schneller als der Schadenersatzprozess. Im Endbeschluss nach § 459 ZPO wird dem Verurteilten die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes aufgetragen: Passwörter sind wieder "rückzuändern" und sonstige Änderungen im System sind rückgängig zu machen. Allerdings ist

³⁴ OGH 14.10.1997 JBl 1998, 577 = RdW 1998, 127 = SZ 70/202 = ecollex 1998, 127 (*Wilhelm*).

³⁵ *Aicher* in *Rummel*, ABGB I² § 1053 Rz 52.

³⁶ *Ertl/Wolf*, Software 118.

³⁷ *Wolf*, EDVuR 2/1994, 133.

³⁸ *Hodik*, Immaterialgüterrecht und das Vollrecht daran im österreichischen Zivilrecht, UFITA 100/1985, 109 (122ff).

³⁹ *Hodik*, UFITA 100/1985, 122ff; zust *Wolf*, EDVuR 2/94, 134; *Staudegger*, Rechtsfragen 19f.

⁴⁰ *Ertl/Wolf*, Software 112.

Hodik der Meinung, dass die *rei vindicatio* sich für unkörperliche Sachen - wegen der Ubiquität und der mangelnden Sachbeherrschbarkeit – nicht eignet.⁴¹

BESCHRÄNKUNG DES EIGENTUMS AUF KÖRPERLICHE SACHEN IM LICHT DES ÖSTERREICHISCHEN VERFASSUNGSRECHTES

Folgt man der hA so kommt man zu dem Ergebnis, dass an unkörperlichen Sachen kein Eigentum ieS möglich ist. Die Beschränkung des Eigentums auf körperliche Sachen vorenthält dem Erschaffer und/oder Erwerber von unkörperlichen Sachen wichtige Schutzmöglichkeiten. Der Erwerber kann sich nur schwererer (trotz der Möglichkeit der Besitzstörungklage gem §§ 454ff ZPO; *actio negatoria* gem § 523 ABGB; *actio publiciana* gem § 372 ABGB)⁴² gegen störende Einwirkungen unberechtigter Dritter - aber auch gegen Störungen des Softwaregebers - zur Wehr setzen. Diese Ungleichbehandlung gilt es - im Lichte des Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG und Art 2 StGG)- näher zu beleuchten.

Nach der Judikatur des VfGH (und VwGH) enthält der Gleichheitssatz ein die gesamte Vollziehung (Verwaltung und Gerichtsbarkeit) bindendes Willkürverbot, sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁴³ Je intensiver ein Eingriff in Rechte ist, desto höhere Anforderungen sind an die Rechtfertigung zu stellen. Eigentum ist ein Grundstein der Gesellschaft – daher auch verfassungsrechtlich geschützt.⁴⁴ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung (liegt ein vertretbares öffentliches Interesse vor; ist es erforderlich, dh das gelindeste Mittel; und adäquat) verpflichtet die Behörden, auch die Folgen ihrer Entscheidung zu beachten.⁴⁵ Wie schon oben dargestellt ist es aus zivilrechtlicher Sicht nicht „folgelos“, ob man dem Erwerber von Software „Eigentum“ oder „Eigentum iwS“ – wie bei Rechten – zuerkennt. Hier wird – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – eine Differenzierung vorgenommen, die es – auch verfassungsrechtlich – zu rechtfertigen gilt.

Es fragt sich ob die Differenzierung aus entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen gerechtfertigt ist – da nach dem heutigen Verständnis jegliche Ungleichbehandlung – also auch von Softwareverkäufern mittels CD-ROM oder mittels Download – einer Rechtfertigung bedarf.⁴⁶ Wie oben bereits dargestellt ist es zivilrechtlich nicht verständlich warum bei Software das Eigentum nicht „voll zur Geltung“ kommen soll. Die Differenzierung hat durchaus wesentliche Folgen, die – noch dazu weil die Differenzierung *contra legem* und ein

⁴¹ *Hodik*, UFITA 95/1993, 93 (93ff).

⁴² *Ertl/Wolf*, Software 112ff.

⁴³ *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsgesetz: B-VG, FVG, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit - Kurzkomentar (1997)², 472ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht³ (1997) 316.

⁴⁴ Vgl Art 5 StGG und Art 1 des 1.ZP der EMRK.

⁴⁵ *Öhlinger*, Verfassungsrecht³, 316.

⁴⁶ Vgl *Öhlinger*, Verfassungsrecht³, 305.

reines Werturteil ist – wohl jedem Bemühen um sachgerechte Lösungen widerspricht. Für die Trennung und die daraus folgenden wesentlich unterschiedlichen Rechtsfolgen, fehlt es mE – wie schon oben dargestellt – an den wesentlich unterschiedlichen Ausgangspositionen. Sowohl der Unterschied Buchverkauf – Softwareverkauf, als auch in concreto CD-ROM-Verkauf und Downloadverkauf, stellen keine derartig wesentlich unterschiedlichen Sachverhalte dar, welche eine Differenzierung rechtfertigen würde. ME ist die Differenzierung daher aufgrund des Gleichheitssatzes äußerst fragwürdig. Bei gerichtlichen E fehlt es aber an der Justiziabilität mangels Zuständigkeit des VfGH (vgl Art 139ff B-VG iVm §§57ff VfGG).

Eine weitere verfassungsrechtliche Problematik könnte durch die "Nichtgewährung" des Eigentums an Software entstehen:⁴⁷ Art 5 StGG und Art 1 1.ZP-MRK und deren Eigentumsgarantie! Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn wird sehr weit verstanden und umfasst alle „vermögenswerten Privatrechte“.⁴⁸ Ein Eingriff in das Eigentum liegt stets dann vor, wenn ein privates Vermögensrecht entzogen oder beschränkt wird. Dabei handelt es sich um ein „Jedermannsrecht“ also ist nicht nur auf Staatsbürger beschränkt.

Die hA im Zivilrecht gewährt für Software als unkörperliche Sache nur Eigentum iwS. Damit gilt es zu untersuchen, ob nicht auch die "Nichtgewährung" des Eigentums einen Eingriff in das verfassungsgesetzlich geschützte Eigentumsrecht darstellt. Nach der neueren Rspr schützt ja die verfassungsgesetzliche Eigentumsgarantie die Privatautonomie schlechthin.⁴⁹

Ob ein Eingriff als Grundrechtsverletzung zu qualifizieren ist, ist nach dem Gesetzeswortlaut zu bestimmen: Art 1 1.ZP-MRK (Art 5 StGG wurde durch diese Bestimmung materiell derogiert)⁵⁰ unterscheidet zwischen Eigentumsentziehung (Abs 1 Satz 2) und Regelung der Benützung des Eigentums (Abs 2). Die Verneinung der Möglichkeit Eigentum (ieS) überhaupt begründen zu können, fällt wohl unter Abs 1 Satz 2, obwohl es sich nicht um den typischen Fall der Enteignung handelt, aber für den Betroffenen die gleiche Wirkung hat. Ob man jemandem Eigentum entzieht, oder man es erst gar nicht ermöglicht, dass es entstehen kann, macht im Ergebnis keinen Unterschied. Die sachlich nicht gerechtfertigte Nichtgewährung ist daher mE der Enteignung gleichzustellen. Der materielle Gesetzesvorbehalt des Art 1 1.ZP-MRK ist bei der "Nichtgewährung" bei Software nicht erfüllt, da

- ein öffentliches Interesse daran nicht erkennbar ist,

⁴⁷ Ertl/Wolf, Software 93.

⁴⁸ Mayer, B-VG², 480f; Öhlinger, Verfassungsrecht³ 345.

⁴⁹ Öhlinger, Verfassungsrecht³, 345.

⁵⁰ Öhlinger, Verfassungsrecht³ 345.

- § 353 ABGB ausdrücklich Eigentum an unkörperlichen Sachen zulässt und dem kein Gesetz iSd Art 1 1.ZP-MRK entgegensteht und
- keine besonderen Umstände vorliegen, die dies rechtfertigen würden.

Die Verneinung der Möglichkeit an Software - als unkörperliche Sache - Eigentum begründen zu können ist also tatsächlich verfassungsrechtlich sehr problematisch. *Welan* sprach schon 1972⁵¹ von der "Universalität des Eigentums", da alle Sachen - soweit es keine gesetzlichen Ausnahmen gibt- Gegenstand des Eigentumsrechtes sein können und dass diese "Universalität" dynamisch zu verstehen ist; es sei kein stationäres, sondern ein evolutionäres Rechtsinstitut. Daraus ist zu schließen, dass auch "neue Sachen" von dem "dynamischen Institut Eigentum" erfasst sein können und erfasst sein sollen. Das spricht dafür, dass Sachen, an denen ein berechtigtes Interesse besteht, Eigentum begründen zu können, durchaus "eigentumsfähig" sind, solange dem keine gesetzlichen Regelungen entgegensteht.

Man muss daher mE im Sinne der grundrechtkonformen Interpretation der Bestimmungen zum Ergebnis kommen, dass Eigentum an Software nur dann nicht möglich wäre, wenn dem sachlich gerechtfertigte Gründe entgegenstünden. Diese sind nach obiger Darstellung nicht ersichtlich. Allerdings ist zu prüfen, ob sich nicht aus anderen Bestimmungen – insbesondere im Zusammenhang mit der Abwicklung des Geschäftes – sachlich gerechtfertigte Gründe für die Differenzierung ergeben.

EIGENTUM AN DOWNLOADSOFTWARE DURCH "DEN AUTOMATENKAUF" BZW "DIE AUTOMATENSCHENKUNG"

Die Unkörperlichkeit und Ubiquität soll verhindern, dass an Software Eigentum (ieS) begründet werden kann. Im Folgenden soll nun untersucht werden, welche Schwierigkeiten die Unkörperlichkeit bei der Qualifikation eines Download-Software-Geschäftes – als abstraktestes Softwaregeschäft - als Kauf auftreten könnten: im öRecht gilt der Grundsatz "titulus ad modus acquirendi"⁵², um Eigentum erwerben zu können: §380 ABGB verlangt für den Eigentumserwerb nicht bloß die Übergabe (rechtliche Erwerbungsart), sondern auch einen "Titel"⁵³. Unter dem Titel ist regelmäßig das (obligatorische) Verpflichtungsgeschäft zu verstehen. Nach hA⁵⁴ ist das Übersenden von Preislisten, Katalogen und Mustern und das Ausstellen von Waren in einem Schaufenster⁵⁵ - dem könnte das Anbieten von Software auf

⁵¹ *Welan*, Bemerkungen zum Eigentumsrecht und zur Eigentumsrechtssprechung des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1972, 337 (337ff).

⁵² *Klang* in *Klang*, ABGB IP § 425 (S 306).

⁵³ *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB P § 380 Rz 1; *Klicka* in *Schwimann*, ABGB IP § 380.

⁵⁴ *Klang* in *Klang*, ABGB IV/1² § 861 (S 56); *Rummel* in *Rummel*, ABGB P § 861 Rz 7; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V (1997)² § 861 Rz 7; *Koziol/Welser*, Grundriß I¹¹, 110.

⁵⁵ AA *Klang* in *Klang*, ABGB IV/1² § 861 (S 56)

einer Homepage gleichzusetzen sein - nicht als Anbot zu verstehen (vgl die mögliche Zukunft dieser Ansicht⁵⁶). Es ist daher näher zu prüfen, wie das Gewähren einer entgeltlichen Downloadmöglichkeit rechtlich zu bewerten ist: der Softwaregeber gewährt – wenn keine Disclaimer (Angebotsbeschränkungen auf gewisse Staaten) verwendet werden – allen Internet-Anwendern, die bereit sind das entsprechende Entgelt zu entrichten, die Möglichkeit die Software herunterzuladen und auf unbestimmte Zeit in ihrem Gewahrsam zu haben. In diesem Fall ist die Homepage wohl weit mehr als ein "virtuelles Schaufenster", bei dem sich der Homepage-Betreiber noch nicht binden will.⁵⁷ Dieses entgeltliche Download-Geschäft ist am ehesten mit dem "Automatenkauf"⁵⁸ vergleichbar: der Softwareanbieter will durch die Download-Technik ohne Vertragsverhandlungen seine Software an jeden (Disclaimer beschränken nur den geographischen Raum) Internet-Benutzer verkaufen, der bereit ist den geforderten Betrag zu bezahlen. Es könnte sich hierbei um ein Angebot an einen unbestimmten Personenkreis iSd "Automatenkaufs" handeln. Obwohl *Rummel*⁵⁹ davon ausgeht, dass „[...] im Zweifel [...] eher Aufforderung zur Stellung von Offerten vorliegen“, ist mE⁶⁰ aus der Natur des Downloadgeschäftes davon auszugehen, dass der Vertrag mit Eingabe der Kreditkartennummer (oder andere Gewährung der Gegenleistung durch den Softwarenehmer) zustandekommt. Es liegt nämlich in der Natur des Downloadgeschäftes - und den meisten anderen „anonymen“ Geschäften im Internet - dass der Anbieter gar nicht mit dem „Kunden“ persönlich in Kontakt treten will, oder gar dessen Angebot erst annehmen will: das Ziel der Download-Technik ist, möglichst viele Interessenten zu erreichen und das Geschäft so komfortabel wie möglich (sowohl für den Softwaregeber als auch für den Softwarenehmer) abzuwickeln. Der Softwaregeber will nicht noch irgendwelche Handlungen - die den Vertrag erst Zustandekommen lassen - setzen müssen. Geht man davon aus, dass im Zweifel eine „invitatio ad offerendum“⁶¹ vorliegt, käme der Vertrag iSd §864 ABGB erst mit der Gewährung des Downloadvorganges zustande, so dass der Softwaregeber noch die Möglichkeit hat, wiederum ein „Gegenangebot“ zu stellen und somit auf die Vertragsgestaltung weiteren Einfluss nehmen. Da dadurch der Softwarenehmer leicht „übertumpelt“ werden könnte und es „für einen Laien schwer verständlich“⁶² ist, dass er es ist, der ein Anbot stellt, an das er gebunden ist⁶³ und nicht der Softwareanbieter, sollte aus Gründen des Übertumpelungsgefahr von der Konstruktion des „Automatenkaufes“ ausgegangen werden, bei dem iSd § 864 ABGB der Softwarenehmer mit seiner

⁵⁶ *Brisch*, CR 1999, 241.

⁵⁷ *Busse*, CR 1996, 390.

⁵⁸ *Rummel* in *Rummel*, ABGB I² § 861Rz 8; *Madl*, *ecolex* 1996, 79; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V² § 861 Rz 10; vgl *Koziol/Welser*, Grundriß11 I 109.

⁵⁹ *Rummel* in *Rummel*, ABGB I² § 861 Rz 8.

⁶⁰ Vgl auch *Brisch*, CR 1999, 241.

⁶¹ *Rummel* in *Rummel*, ABGB I² § 861 Rz 7f.

⁶² *Brisch*, CR 1999, 241.

⁶³ Vgl *Rummel* in *Rummel*, ABGB I² § 861 Rz 3; vgl *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V² § 861 Rz 13.

Gegenleistung – meist Eingabe seiner Kreditkartennummer – das Anbot des Softwaregebers annimmt. Es steht als möglicher Titel für die Download-Software-Überlassung auf unbestimmte Zeit der "Automatenkauf" zur Verfügung. Damit der Softwarenehmer Eigentümer der Softwarekopie, die durch das Herunterladen auf seinem Computer (Arbeitsspeicher und/oder Festplatte) entsteht, müssen aber weitere Voraussetzungen erfüllt sein, die es im Folgenden zu prüfen gilt.

IST BEI UNKÖRPERLICHEN SACHEN KEIN VERFÜGUNGSGESCHÄFT MÖGLICH?

Es ist ein kausales Verfügungsgeschäft für den Eigentumserwerb notwendig, dh, auch ohne "modus" ist kein Eigentumserwerb möglich. *Spielbüchler*⁶⁴ behauptet, dass bei unkörperliche Sachen - da kein geeigneter Gegenstand für die Übergabe - ein Verfügungsgeschäft nicht stattfinden könne; allenfalls liege die Übergabe im Abschluss eines Abtretungsvertrages. Die Praxis widerlegt diese Auffassung: Gegenstand der "Tonband-Telefon-Auskunft-Vertrages" ist die unkörperliche Sache Information, wobei die Übergabe in akustischer Form (vgl. Überschrift des § 428 ABGB) geschieht; Gegenstand des "Bücherkaufs" ist die unkörperliche Sache "Inhalt" (=Information), da das wahre Interesse des Käufers meist am Inhalt besteht und nicht mangelfrei gebundenes, bedrucktes Papier zu kaufen. Und auch bei der Überlassung von Standardsoftware ist Gegenstand des Geschäftes die unkörperliche Sache "Source Code" – eigentlich Maschinen Code - (=Information) und nicht der Träger auf dem sie "verkörpert" ist. Sobald der Mensch nämlich Information in eine Form bringt, so dass sie unabhängig von ihm existieren kann, kann der Gedanken - Information wird als Segment eines Gedankens verstanden⁶⁵ - unabhängig von der Mitwirkung des Schöpfers auf Dritte übertragen werden; Information wird zum außersubjektiven Gegenstand und nimmt Warencharakter an.⁶⁶ Sie tendiert damit dazu, sich vom menschlichen Kommunikationsprozess - der Ursprung jeglichen Informationsaustausches - loszulösen und zu verdinglichen.⁶⁷ Dass wegen der Unkörperlichkeit Download-Software nicht (immer) als "Päckchen" von Hand zu Hand übergeben wird, ändert nichts an der Sachherrschaft und der Übergabe: anders als bei den abstraktesten unkörperlichen Sachen⁶⁸, nämlich Rechten, die physikalisch nicht darstellbar sind, ist es bei Software sehr wohl feststellbar und (uU) auch für Dritte erkennbar, ob jemand die Software (auf seinem Computer) besitzt⁶⁹, und zweitens ist die Übergabe der "reinen"

⁶⁴ *Spielbüchler* in *Rummel I*², § 425 Rz 1.

⁶⁵ *Ebnet*, Informationsvertrag 19.

⁶⁶ *Busse*, CR 1996, 389; *Ebnet*, Informationsvertrag 17; *Köhler*, Die Herstellung und Überlassung von Software im bürgerlichen Recht, in *Lehmann (Hrsg)*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen: Urheberrecht, gewerblicher Rechtsschutz, Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Vertrags- und Lizenzrecht, Strafrecht, Insolvenzrecht, Verfahrensrecht (1988) 340 (349 Rz 17); *Schneider*, Handbuch², 450 Rz 325.

⁶⁷ *Ebnet*, Informationsvertrag 19f.

⁶⁸ Vgl *Ertl/Wolf*, Software 83.

⁶⁹ Vgl den Wortlaut § 311 ABGB und BGH 18.10.1989 CR 1990, 26.

Software sehr wohl faktisch möglich: durch Datentransfer per Leitung⁷⁰. Diese Übergabeform könnte als Übergabe von Hand zu Hand mittels Übersendung (§ 426 iVm § 429 ABGB) gewertet werden. Da aber der § 426 ABGB von "körperlicher Übergabe" spricht, überzeugt dies nicht vollends. Allerdings führt selbst die Verneinung der Anwendbarkeit des § 426 ABGB bei Download-Software nicht zum Ergebnis *Spielbüchlers*, da dann mE § 427 ABGB anzuwenden ist: durch die Übertragung erhält der Softwarenehmer das "Werkzeug", durch das ausschließlich er in den Stand gesetzt wird, den Besitz dieser Softwarekopie "zu ergreifen" und der Softwaregeber begibt sich durch Gewährenlassen des Downloadvorganges der Möglichkeit auf die übertragene Softwarekopie Einfluss nehmen zu können. Somit ist eine Vermögensverschiebung feststellbar: der Softwarenehmer ist durch die Kopie bereichert und der Softwaregeber verliert seinen Gestaltungseinfluss auf diese Kopie. Es wird daher – mE zu recht – von *Ertl*⁷¹ die Meinung vertreten, dass die Unkörperlichkeit der Software auf die Übertragungswirkung und die damit verbundene Offenkundigkeit kaum nachteiligen Einfluss hat.

Daher gilt auch für Software - als unkörperliche Sache - der Grundsatz der kausalen Tradition, dh, dass zum Erwerb von Eigentum sowohl ein gültiges Titelgeschäft, als auch ein Verfügungsgeschäft möglich und notwendig ist.⁷² Für das entgeltliche Download-Software-Geschäft bedeutet das nun, dass ein "Automatenkauf" zustandekommen kann, da die Unkörperlichkeit der Software weder dem Titel (Automatenkauf oder Kaufvertrag iVm § 864 ABGB) noch der Übergabe (Datentransfer per (Telefon)Leitung) entgegensteht.

Das überzeugt mE auch aus verfassungsrechtlicher Sicht. Eine Differenzierung zwischen der Sache „Software“ und anderen Sachen ist mE nicht sachlich zu rechtfertigen.

⁷⁰ OLG Stuttgart 8.11.1988 CR 1989, 693 *Bartsch*; BGH 18.10.1989 CR 1990, 26; aA *König*, NJW 1989, 2605.

⁷¹ *Ertl/Wolf*, Software 95.

⁷² *Ertl/Wolf*, Software 105; *Staudegger*, Rechtsfragen 19.