

I. Einleitung

Die Worte „*ubi societas, ibi ius*“ werden jedem Juristen bereits zu Beginn seines Studiums vorgestellt. Dahinter steht die Idee, dass das Recht der notwendigen Ordnung der Gesellschaft dient. Allerdings ist bestehendes Recht grundsätzlich nur begrenzt durch Auslegung an gesellschaftliche Veränderungen anpassbar. Diese Gegensätzlichkeit stellt Juristen immer wieder vor Herausforderungen. Gerade durch die immer rasanteren technologischen Fortschritte in den letzten Jahren hat sich dieses Problem aber extrem verschärft. Mehr denn je ist es notwendig, sich an Grundsätzen zu orientieren, mit Vergleichbarkeiten und Konzepten zu arbeiten.

Ein Schlagwort, das in diesem Zusammenhang wichtig ist und zum Thema dieser Untersuchung hin leitet, lautet „Digitalisierung“. Ganz grundsätzlich steht dahinter der Wechsel von vertrauten, physisch unmittelbar greifbaren Zuständen hin zur Übertragung von Information in Form von Daten durch Herstellung gewisser physikalischer Zustände. Wo vorher eine Schallplatte gekauft und übergeben wurde – ein physisch unmittelbar greifbarer Zustand – so werden heute Daten, dh Informationen – etwa eine MP3-Musikdatei – übertragen, um am Zielort, dem PC des „Käufers“, den gewünschten Genuss der Musik zu ermöglichen. Sachverhalte wie der zweitgenannte sind heute omnipräsent; digitale Inhalte wie etwa Musikdateien gehen jeden an, jeder hat damit zu tun. Aber welcher Vertragstyp liegt diesen Erwerbsvorgängen zugrunde? Was darf zB mit der Musikdatei getan werden, was kann von einer solchen Leistung erwartet werden? Und was genau soll geschehen, wenn die Leistung nicht vertragskonform erbracht wurde? Wann gilt sie überhaupt als übergeben, wenn sie aus Daten besteht?

Manche¹ sagen, das Recht allein sei nicht länger imstande, solche durch die Digitalisierung aufgeworfenen Fragen zu beantworten und werde in seiner Bedeutung relativiert; dies auch durch eine Polyzentrität, dh eine Vielfalt der Rechtsquellen. Tatsächlich findet man im Bereich des IT-Rechts mit rein nationalen Normen kein Auslangen mehr. Einerseits ist natürlich das Unionsrecht eine weitere, wichtige Quelle. Andererseits aber finden sich

1 *Boehme-Neßler*, Relativierung des Rechts durch Digitalisierung, JRP 2009, 1 (1 ff).

auch zunehmend vertragliche, also individuelle Gestaltungsformen, die das Bedürfnis nach Klarheit und Anhaltspunkten neben dem Gesetz gewährleisten sollen. Hier greift jedoch die Judikatur korrigierend ein, die diese Klarheit entweder verstärkt oder schwächt. Da diese Eingriffe notwendigerweise aber nur punktuell sind, bleibt jedenfalls mit fast jedem Urteil auch Unsicherheit zurück. Im IT-Recht umso mehr, als die Materie viele Rechtsbereiche berührt wie insb Zivilrecht, Urheberrecht, Datenschutzrecht; all das und noch mehr muss häufig zugleich betrachtet werden und greift ineinander. Die Literatur ist daher aufgefordert, umfassende, tiefgreifende Konzepte und Antworten zu erarbeiten, aber auch darzustellen, welche Meinungen und Lösungsansätze es gibt, dh einen Überblick zu verschaffen. Die vorliegende Darstellung soll dazu einen Beitrag leisten und Fragen rund um die Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte beantworten.

Zunächst sollen die Grundlagen geklärt werden, dh allem voran die Frage: Was ist ein digitaler Inhalt überhaupt? Die zuvor erwähnte MP3-Musikdatei ist nur eines von vielen Beispielen. Einen Schwerpunkt bilden anschließend die Themen der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen und des Anwendungsbereichs und der Voraussetzungen der Gewährleistung. Was aufgrund des Vertrags- und des Urheberrechts überhaupt Leistungsinhalt ist, muss ermittelt werden, um feststellen zu können, wann und ob Mangelhaftigkeit vorliegt. Zudem „verstecken“ sich zu jedem Vertrag besondere Fragen, auch wenn das derzeitige Gewährleistungsrecht, welches maßgeblich auf der Verbrauchsgüterkauf-RL² basiert,³ grundsätzlich (Besonderheiten gelten im Bestandrecht) vertragstypenübergreifend wirkt. Besondere Bedeutung kommt außerdem dem Thema „Entgeltlichkeit“ zu, da digitale Inhalte oftmals gegen Hingabe von Daten oder dem Dulden von Werbung genossen werden und kein oder nicht nur Geld fließt. Es muss daher erörtert werden, ob dies Fälle entgeltlicher Überlassung sind und somit Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt. Auch bei der Frage, wann und wie weit das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen werden kann und wie die allgemein gehaltenen Ausführungen im Gesetz zu den Rechtsbehelfen ausgelegt werden können, um bei Verträgen über digitale Inhalte sinnvoll „mit Leben“ erfüllt zu werden, ist einiges zu sagen. Den Abschluss der Arbeit soll ein Ausblick auf relevante Entwicklungen des Unionsrechts bilden, wo insb ein neues Gewährleistungsrecht für die hier behandelten Verträge vor der Tür steht.

2 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12.

3 Umgesetzt wurde diese mit dem Bundesgesetz, mit dem das Gewährleistungsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Konsumentenschutzgesetz sowie das Versicherungsvertragsgesetz geändert werden (Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz – GewRÄG), BGBl I 48/2001.

II. Technische Grundlagen

A. Digital – was heißt das?

Wie schon erwähnt ist unser Leben geprägt von Daten, von Informationen. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Mensch nicht vom Computer. Um auf unsere Umwelt reagieren und leben zu können, müssen wir Informationen aufnehmen und verwerten. Was unsere Augen sehen und unsere Ohren hören sind logischerweise ebenso Informationen wie die elektrischen Ladungszustände, mit denen jeder PC arbeitet.

Die meisten Informationen, die wir täglich aufnehmen und wie sie in der Natur vorkommen, sind analog und für den PC nicht verwertbar.⁴ Sie zeichnen sich dadurch aus, dass es keine kleinste Einheit gibt. Der Übergang von einem Zustand zum anderen ist fließend und unendlich oft in immer kleinere Abschnitte unterteilbar. Plastisch ausgedrückt ist zB der Farbübergang in einem Bild fließend; es gibt kein Grün 4 und direkt daneben ein dunkleres Grün 5. Ebenso verhält es sich bei einem Ton, der immer höher wird: Der Anstieg ist fließend, der Weg von 140 auf 141 Hertz zB eine glatte Kurve.

Damit eine Verarbeitung durch den Computer möglich ist, müssen diese Konzepte extrem vereinfacht werden. Die unendlich vielen Zustände zwischen Grün 4 und 5, zwischen 140 und 141 Hertz werden heruntergebrochen und nur partiell erfasst. Je mehr davon erfasst wird, desto höher ist die Qualität der Information, desto besser sieht ein digitales Bild aus, desto schöner klingt eine Musikdatei.

Hierfür werden die relevanten Informationen abgetastet (mit unterschiedlichen Methoden, je nachdem, welche realen Vorgänge erfasst werden sollen). Die Digitalisierung, dh die Umwandlung der analogen Informationen in ein Format, das vom Computer verwendet werden kann, findet schließlich dadurch statt, dass die Informationen durch Zahlen dargestellt werden.⁵ Daraus leitet sich auch das Wort „Digital“ ab: Das lateinische Wort „digitus“, also

⁴ Kersken, IT-Handbuch für Fachinformatiker⁵ (2011) 52.

⁵ Kersken, IT-Handbuch⁵, 52.

Finger, gilt als dessen etymologischer Ursprung. Und die Finger gelten seit jeher als „Zählwerkzeug“.

Dabei gilt es zu beachten, dass vom Computer selbst als Zahlen nur die 1 und die 0 Verwendung finden. Dies wird als binäre Codierung bezeichnet.⁶ Wer also mit seiner Digitalkamera ein Foto aufnimmt, erzeugt letztlich eine Abfolge von Einsen und Nullen. Die kleinste, vom Computer verarbeitbare Information ist dementsprechend eine einzelne Binärziffer (also 0 oder 1), die logischerweise einen von zwei Zuständen darstellen kann. Aus deren englischer Bezeichnung („binary digit“) heraus hat sich der Ausdruck Bit entwickelt. Acht dieser Bits ergeben wiederum ein Byte, die wohl allgemein bekannte Maßeinheit für Speicherplatz – meist in Verbindung mit einem Präfix wie Giga-, der eine Vervielfachung indiziert.⁷

Technisch liegt der binären Speicherung die Unterscheidung zwischen zwei Zuständen zugrunde: Fließt Strom, oder fließt er nicht – 1 oder 0. Alles, was im Computer geschieht und die Informationen, dh die Bilder und Töne, erzeugt, die wir wahrnehmen können, beruht also im Grunde auf elektrischen Schaltungen, die in – mittlerweile⁸ – winzigen Bauteilen stattfinden. Diese werden Transistoren genannt und finden sich in heutigen Prozessoren millionenfach.⁹ Durch eine komplizierte Abfolge und Verbindung der einzelnen Schaltungen werden nach den Gesetzen der Logik all die Operationen ausgeführt und berechnet, die für den Benutzer auf dem Bildschirm visualisiert werden. Auch nur die Grundzüge dieser Logik darzustellen, würde den Umfang der Arbeit sprengen; die Komplexität ist – wie man sich angesichts des langen Wegs vom binären System zur vertrauten Bildschirmarbeit vorstellen kann – zu hoch.¹⁰

Die digitale Speicherung im Computer geschieht, je nachdem was gespeichert und verarbeitet werden soll, auf unterschiedliche Art und Weise. Während bei Bildern Auflösung und Farbtiefe entscheiden, ist bei Musik bspw Sampling-Rate und -tiefe entscheidend.¹¹ Dabei gilt stets, dass eine höhere Qualität mehr Information, dh mehr Bits, mehr Speicher erfordert. Hier sei

6 *Kersken*, IT-Handbuch⁵, 72 ff.

7 Für tiefergehende Ausführungen zu Bits und Bytes vgl bspw *Kersken*, IT-Handbuch⁵, 78 ff, der zudem darauf hinweist, dass die hier ebenfalls angesprochene Vervielfältigung nicht – wie man meinen könnte – um das 1000-fache, sondern um das 1024-fache geschieht.

8 Für einen sehr anschaulichen, mit Bildern hinterlegten, geschichtlichen Überblick vgl *Kersken*, IT-Handbuch⁵, 33 ff. Ua sei in dem Zusammenhang an den erstaunlichen Fortschritt erinnert, dem sei Dank PCs nicht mehr die Größe einer Kommode oder eines Schanks besitzen.

9 *Kersken*, IT-Handbuch⁵, 83.

10 Dementsprechend ist auch diesbezüglich auf einschlägige Fachliteratur zu verweisen: *Kersken*, IT-Handbuch, 83 ff.

11 Näheres bei *Kersken*, IT-Handbuch⁵, 53 ff.

wieder an die obigen Ausführungen erinnert: Gleich, wie hoch die Qualität der digitalen Speicherung ist, so besteht sie doch letztlich „nur“ aus einer Aneinanderreihung von Momentaufnahmen, dh von Abtastungen des Bildes, des Tons udgl, die bei höherer Qualität in entsprechend höherer Frequenz vorgenommen werden und folglich eine genauere Darstellung ermöglichen.

Leicht anders verhält es sich bei digital vorliegendem, reinem Text. Die Datenbreite, dh die Menge an verwendeten Bits, bestimmt hier, wie viele Zeichen verwendet werden können. Der ursprüngliche Zeichensatz wurde als ASCII bezeichnet und mittlerweile vom sogenannten Unicode-Standard abgelöst, der zB auch die Darstellung der chinesischen und japanischen Schriftarten ermöglicht.¹²

Zusammenfassend lässt sich also für die technischen Grundlagen das Folgende festhalten:

- „Digital“ heißt Darstellbarkeit der Information als Zahl und Vorhandensein einer kleinsten Informationseinheit.
- Digitalisierung heißt Umwandlung analoger Informationen in ein Format, das von Computern verarbeitet werden kann. Das dafür verwendete Verfahren hängt von der Art der Information ab.

B. Verhältnis der Begriffe „Digitale Inhalte“ und „Software“/„Computerprogramm“

1. Definitionsprobleme

Wer die einschlägige Literatur durchforstet wird feststellen, dass in älteren Ausführungen zum IT-Recht immer nur von Software und von Computerprogrammen die Rede war. Dies ist insofern nachvollziehbar, als der Handel damit schon viel länger in praxisrelevantem Umfang existiert als bspw der Handel mit digitaler Musik. Nach dem bisher Gesagten ist es natürlich eindeutig, dass auch das, was man landläufig und informationstechnisch unter Software bzw Computerprogrammen versteht, vor allem in digitaler Form vorliegt, da nur so eine Verwertung bzw Nutzung über den PC erfolgen kann. Ebenfalls eindeutig ist, dass mit dem Begriff Software bzw Computerprogramm nicht all das erfasst sein kann, was heute bereits digital existiert. Niemand würde nach dem gewöhnlichen Wortgebrauch eine Musikdatei als Software oder Computerprogramm kategorisieren.

Was aber ist Software, was sind Computerprogramme? Eine Legaldefinition lässt sich für keinen der beiden Begriffe finden. Eine Erwähnung als Werk – jedoch keine Definition – findet sich im Urheberrechtsgesetz, wo

12 *Kersken*, IT-Handbuch³, 55f.

spezielle Vorschriften die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen bestimmen (§§ 40a ff UrhG). Diese wiederum beruhen auf den Vorgaben der Computerprogramm-RL¹³. Um die Rechtsvorschriften flexibel zu halten und auf zukünftige technische Entwicklungen auch ohne Erlassung einer neuen RL reagieren zu können, wurde bewusst von einer Begriffsbestimmung abgesehen und stattdessen ein umfassender Schutz normiert, der „alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen“ erfassen soll (Art 1 Abs 2 Computerprogramm-RL). Ebenfalls vom Schutz erfasst sein soll auch „Entwurfsmaterial zur Entwicklung eines Computerprogramms, sofern die Art der vorbereitenden Arbeit die spätere Entstehung eines Computerprogramms zulässt“ (ErwGr 7 Computerprogramm-RL), nicht jedoch dazugehörige Bedienungsanleitungen oder Handbücher.¹⁴

Außerhalb gesetzlicher Normen finden sich auch Definitionsversuche.¹⁵ Die größte davon ist sicherlich, dass als Software all das zu kategorisieren sei, was keine Hardware ist, dh nicht in physisch greifbarer Form (als Computerbauteil bzw Peripheriegerät) vorkommt.¹⁶ Wie schon erwähnt¹⁷ finden aber auch Daten ihre physikalische Entsprechung in Ladungszuständen. Darüber hinaus lässt sich diese grobe Untergliederung aber auch nicht mit dem üblichen Sprachgebrauch¹⁸ und auch nicht mit dem Verständnis der Informatik vereinbaren.¹⁹

Der gebräuchlichste Anknüpfungspunkt ist vielmehr das Vorhandensein von Steuerungsbefehlen. Dies geht auf Mustervorschriften der WIPO für den Schutz von Computersoftware zurück.²⁰ Dort wird in § 1 (i) als *Computerprogramm* definiert: „eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, daß eine Maschine

13 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 2009/111, 16. Ersetzte RL 91/250/EWG.

14 *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁶ (2014) Rz 12 ff; *Wiebe* in Kucsko (Hrsg), urheber.recht – Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz § 40a Punkt 2.2. (2008); *Fina*, Der Schutz von Computerprogrammen (Software) im österreichischen Urheberrecht, in *Fallenböck/Galla/Stockinger* (Hrsg), Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft: Beiträge zu Internet, Telekommunikation und Software (2005) 195 (199); *Walter/von Lewinski*, Europäisches Urheberrecht (2001) 5.1.32.

15 Eine umfassendere Darstellung zu diversen Definitionen findet sich bei *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991) 11 ff.

16 Vgl auch *Sonntag*, Informationstechnologie: Grundlagen, in *Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), IT-Recht³ (2012) 1 (11): „Sie ‚individualisiert die Hardware‘ und stellt die konkrete Funktion zur Verfügung“.

17 Siehe zuvor unter A.

18 Man denke etwa an auf Geräten vorinstallierte Programme. Wer einen Laptop meint, will damit ggf auch das dazugehörige Betriebssystem umfassen.

19 Zur Unterscheidung zwischen Software und reinen Daten vgl auch *Marly*, Praxishandbuch⁶, Rz 26 ff.

20 Abgedruckt in GRUR 1979, 300 (306 f).

mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“. Computersoftware hingegen können nach § 1 (iv) auch bloß Programmbeschreibung oder Begleitmaterial sein (iVm dem Programm oder auch alleine); der Begriff wäre nach dieser Quelle also *weiter zu verstehen*. Diese Trennung zwischen Computerprogramm und -software wird in Judikatur und Literatur sowie im allgemeinen Sprachgebrauch nicht fortgeführt; vielmehr werden die Begriffe synonym gebraucht. Handbücher udgl unterliegen daher trotz ihrer inhaltlichen Zugehörigkeit zum Programm nicht den §§ 40a ff UrhG.²¹ Die WIPO-Vorschrift wird aber insofern rezipiert, als ein Computerprogramm (bzw eine Computersoftware) iS des § 40a UrhG eine Abfolge von Befehlen enthalten muss.²²

2. Urheberrechtliche Aspekte

Dennoch bleibt die Abgrenzbarkeit des Terminus „Computerprogramm“ schwierig. Je mehr die Digitalisierung voranschreitet, umso deutlicher wird dies. So ist nach wie vor strittig, ob Webseiten als Computerprogramme schutzfähig sind.²³ Gleiches gilt für die *Programmoberfläche*, dh Struktur und Organisation der Darstellung der Informationsein- und -ausgabe, die Personen, die des Programmierens nicht mächtig sind, das Arbeiten mit der Software ermöglicht.²⁴ In Abgrenzung dazu ist ein Schutz der künstlerischen Elemente der Bedienung als Computerprogramm, dh der *Benutzeroberfläche*, jedenfalls nicht möglich, was durch den EuGH klargestellt wurde.²⁵ Das gilt auch für die abstrakte Programmfunktion, die Programmiersprache an sich und verwendete Dateiformate.²⁶

21 *Fina* in Fallenböck/Galla/Stockinger, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 195 (199); *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 241; *Walter/von Lewinski*, Europäisches Urheberrecht, 5.1.32.; *Wiebe* in urheber.recht § 40a 2.2.

22 *Fina* in Fallenböck/Galla/Stockinger, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 193 mwN; *Marly*, Praxishandbuch⁶, Rz 11; *Walter/von Lewinski*, Europäisches Urheberrecht, 5.1.25. So im Übrigen auch im amerikanischen Urheberrecht gem § 101 Copy Right Act of 1976: „A ‚computer program‘ is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.“

23 Nach verbreiteter Ansicht soll es hier darauf ankommen, wie diese erstellt wurden, vgl *Walter*, Urheberrecht I, Rz 236, *Wiebe* in urheber.recht § 40a Punkt 2.1.

24 Dazu auch *Walter*, Urheberrecht I, Rz 240; *Walter/von Lewinski*, Europäisches Urheberrecht, 5.1.31.; *Fina* in Fallenböck/Galla/Stockinger, Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft, 195 f.

25 Möglich ist allerdings ein Schutz als bildliche Darstellung; vgl EuGH 22.12.2010, C-393/09 (BSA/Kulturministerium) Rz 42, 44, 51 = GRUR-Prax 2011, 61 (*Lindhorst*) = jusIT 2011/20, 44 (*Thiele/Staudegger*). Vgl zu dieser Entscheidung auch *Marko/Hofmarcher*, Anregung, Nachahmung oder Leistungsübernahme? Zum Schutz grafischer Benutzeroberflächen und Website-Layouts, MR 2011, 36.

26 EuGH 2.5.2012, C-406/10 (SAS Institute) Rz 39 = jusIT 2012/45, 97 (*Staudegger*) =