

1. Kapitel

Einleitende Bemerkungen

I. Problemaufriss

Die Schnelllebigkeit der neuen digitalen Welt wird uns tagtäglich vor Augen geführt: Ständig blinken Icons und weisen eindringlich darauf hin, dass neue Updates, Upgrades oder Patches zur Verfügung stehen. Waren Computer vor wenigen Jahrzehnten noch klobige Geräte und mobiles Internet eine kostspielige Angelegenheit, so sind heutzutage bereits einfache Alltagsgegenstände smart und miteinander im Internet der Dinge vernetzt – und bedürfen einer laufenden Aktualisierung, um weiterhin funktionsfähig zu bleiben.¹ Denn während Hardware oft jahrelang funktionstüchtig bleibt, veraltet die darin enthaltene Software aufgrund des rasanten Technologiefortschritts immer schneller.² Neben Smart-Home-Systemen und Wearables, wie Smart-Watch und Activity Tracker, sind mittlerweile sogar Alltagsgegenstände wie Kaffeemaschinen, Kühlschränke oder Zahnbürsten mit Steuerungssoftware ausgestattet, um unser tägliches Leben zu vereinfachen.³ Viele smarte Gegenstände sind notwendigerweise auf die darin enthaltene Software angewiesen und funktionieren ohne diese nur eingeschränkt oder gar nicht.⁴ Soft-

- 1 Vgl zur veränderten Realität der Softwareentwicklung nur *Riehm*, Updates, Patches & Co – Schutz nachwirkender Qualitätserwartungen, in *Schmidt-Kessel/Kramme* (Hrsg), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt (2017) 201 (202f); vgl auch *Schrader/Engstler*, Anspruch auf Bereitstellung von Software-Updates? MMR 2018, 356; *Wiesemann/Mattheis/Wende*, Software-Updates bei vernetzten Geräten, MMR 2020, 139; *Wiebe*, Produktsicherheitsrechtliche Pflicht zur Bereitstellung sicherheitsrelevanter Software-Updates, NJW 2019, 625; *Raue*, Haftung für unsichere Software, NJW 2017, 1841; *Spindler*, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, Studie im Auftrag des BSI (2007) Rz 76ff; vgl auch *Wendehorst*, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen im Internet der Dinge, Gutachten im Auftrag SVR des dt BMJV (2016) 4ff; *dies*, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge, in *Micklitz/Joost/Reisch/Zander-Hayat* (Hrsg), Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt (2017) 333 ff.
- 2 Vgl nur *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 201 ff; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356.
- 3 Vgl dazu die Pressemitteilung des Marktforschungsinstituts Gartner vom 7. 2. 2017, das Schätzungen zufolge von 20,4 Milliarden vernetzten Geräten weltweit ausging, abrufbar unter <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2017-02-07-gartner-says-8-billion-connected-things-will-be-in-use-in-2017-up-31-percent-from-2016> (zuletzt abgerufen am 2. 1. 2022); im Jahr 2020 wurden weltweit etwa 400 Millionen „Wearables“ verkauft, vgl nur die Pressemitteilung der International Data Corporation vom 25. 9. 2020, abrufbar unter <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS46885820&text=FRAMINGHAM%2C%20Mass.%2C%20September%2025,million%20units%shipped%20in%202019> (zuletzt abgerufen am 2. 1. 2022).
- 4 Vgl nur *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 202f; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356; *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139f.

wareaktualisierungen ermöglichen es dem Hersteller, Software in kurzer Zeit über das Internet (meist automatisiert und ohne Benutzereingriff) zu überarbeiten, kleine Fehler zu beheben und sie an die kontinuierliche Weiterentwicklung der digitalen Umgebung und des Marktes anzupassen.⁵ Tatsächlich kann Software ohne entsprechende Aktualisierung, insb wenn sie mit anderen smarten Gegenständen integriert, rasch wertlos oder sogar gefährlich werden.⁶ Zwar liegt es oftmals im Interesse des Unternehmers Softwareupdates bereitzustellen, etwa, um im internationalen Wettbewerb zu bestehen und den Kundeninteressen gerecht zu werden, dennoch sind Fallkonstellationen denkbar, in denen der Hersteller bereits nach kurzer Zeit den Updatesupport für ein Produkt einstellt. So können kostspielige Produkte aufgrund von veralteter Software, weit unter ihrer eigentlichen Nutzungsdauer, wertlos werden.⁷ Die gegenständliche Arbeit knüpft an diese Problemstellung an und widmet sich zivilrechtlichen Fragen zur Softwareaktualisierung. Dabei sollen drei Themenkreise unterschieden werden: I.) Der Anspruch auf Aktualisierung; II.) Schadenersatzrechtliche Implikationen: Haftung des Herstellers – Haftung des Nutzers und III.) Aspekte unerwünschter Aktualisierung. Besonderes Augenmerk soll dabei auf das jüngst in Kraft getretene Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen (Verbrauchergewährleistungsgesetz – VGG) erlassen wird sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden (Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz – GRUG)⁸ gelegt werden. Der Ursprung und Zweck dieses Bundesgesetzes liegt in der notwendigen Umsetzung zweier EU-Richtlinien: Der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtli-

5 Vgl nur *Bischof* in *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg), Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ (2019) § 41 Besondere und ergänzende Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand – BVB und EVB-IT Rz 178 ff.

6 Vgl nur *Spindler*, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären Rz 85, 224 ff; *Raue*, NJW 2017, 1841 ff; *Wiebe*, NJW 2019, 625; *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 f; *Peschel/Rockstroh*, Sicherheitslücken als Mangel, NJW 2020, 3345 f; vgl dazu auch die Ausführungen der Europäischen Kommission, SWD (2018) 157 final, 52.

7 Vgl nur <https://meedia.de/2018/06/06/kein-watchos-5-update-die-18-000-euro-teure-goldene-apple-watch-ist-praktisch-wertlos/> (zuletzt abgerufen am 2. 1. 2022).

8 BGBl I 2021/175; vgl zum GRUG allgemein *Barth/Natalcen*, Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz, GesRZ 2021, 198; *Leupold*, Consumer Law goes 2022, VbR 2021, 185; *dies*, Gewährleistung 2.0: (k)eine nachhaltige Reform? RdW 2021, 391; *Schopper*, Neues Verbrauchergewährleistungsgesetz beschlossen, VbR 2021, 117; *Schmitt*, Das neue Gewährleistungsrecht ab 2022: Digitale Leistungen und mehr, JusIT 2021, 179 ff; *Stabenheimer*, Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht, ÖJZ 2021, 965 ff; *ders*, Ein Überblick über das Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz, VbR 2021, 188 f; s auch *Rabl*, Kurzestüberblick zum Ministerialentwurf des Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsg, ecolex 2021, 403; insb zur Umsetzung der DRL s nur *Flume*, Digitale Leistungen, ÖJZ 2022, 137 (140 ff); zur Umsetzung in Deutschland s nur *Riehm/Abold*, Rechtsbehelfe von Verbrauchern bei Verträgen über digitale Produkte CR 2021, 530 ff; *Lunk/Meurer*, Digital und analog – Dringender Handlungsbedarf für Unternehmer durch neue BGB-Vorschriften, BB 2021, 387 ff; *Schrader*, Die neue Haftung für „smarte“ Produkte, JA 2022, 1 ff; *Riehm*, Die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie in Deutschland, VbR 2022, 8 ff.

che Aspekte des Warenkaufs⁹ und die Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen¹⁰, die bis zum 1. 7. 2021 ins österreichische Recht umzusetzen waren und ab Anfang 2022 anzuwenden sind. Erklärtes Ziel beider RL ist es, das bestehende System der Gewährleistung an das digitale Zeitalter anzupassen und ein Mehr an Verbraucherschutz zu erreichen.¹¹

-
- 9 RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der VO (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG.
- 10 RL (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.
- 11 Vgl aus der umfangreichen Lit etwa *Schulze/Staudenmayer*, EU Digital Law: Article-by-Article Commentary (2020); *Kodek/Leupold*, Gewährleistung Neu (2019); *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019); *Artz/Gsell* (Hrsg), Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt (2018); *Ehle/Kreß*, Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienste gegenüber Verbrauchern, CR 2019, 723; *C. Koller*, Praxishandbuch Gewährleistungsrecht² (2022); *Kühner/Piltz*, Die Updatepflicht für Unternehmen in Umsetzung der Digitalen Inhalte Richtlinie, CR 2021, 1 ff; *Kumkar*, Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter, ZfPW 2020, 306; *Kipker*, Stärkung des digitalen Verbraucherschutzes durch zwei neue EU-Richtlinien, MMR 2020, 71; *Lommatzsch/Albrecht/Prüfer*, Zwei neue EU-Richtlinien zum Vertragsrecht – „Revolution“ im Verbraucherrecht? GWZ 2020, 331; *Spindler/Sein*, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte, MMR 2019, 415; *dies*, Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte Gewährleistung, Haftung und Änderungen, MMR 2019, 488; *Tonner*, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, VuR 2019, 363; *Stabentheiner*, Grundzüge des neuen Verbrauchergewährleistungsrechts, ÖJZ 2022, 99 ff; *ders*, Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ 2021, 965 ff; *Staudenmayer*, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, ZeuP 2019, 663; *ders*, Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497; *ders*, Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf, NJW 2019, 2889; *ders*, Die Anpassung des Privatrechts an die digitale Wirtschaft, IWRZ 2020, 147; *Bach*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705; *Gsell*, Der europäische Richtlinienvorschlag zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte, ZUM 2018, 75; *Schulze*, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, ZeuP 2019, 695; vgl auch bereits zu den Vorentwürfen *Spindler*, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147; *ders*, Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 219; *Maitz-Straßnig*, Die neue Gewährleistung nach der Warenkauf-Richtlinie, RdW 2020, 79; *Metzger*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform? JZ 2019, 577; *Faber*, Richtlinienvorschlag über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, JusIT 2016, 175; *ders*, Rechtsbehelfe beim Warenkauf nach dem VGG, ÖJZ 2022, 123 ff; *Wendland*, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel, EuZW 2016, 126; *Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? (2016) 1 ff.

II. Schwerpunkte der Arbeit

Teil I) Die Arbeit widmet sich zunächst der Frage, ob und unter welchen Umständen dem Verbraucher, abseits einer etwaigen vertraglichen Vereinbarung, ein Anspruch auf Aktualisierung zusteht. Wesentlicher Schwerpunkt der Arbeit liegt dabei im Gewährleistungsrecht, das den Übergeber verschuldensunabhängig für eine mangelhafte Sache einstehen lässt. Dabei zeigt sich, dass ein Anspruch auf Gewährleistung nach §§ 920ff ABGB allerdings oftmals am maßgeblichen Zeitpunkt der Übergabe scheitern wird. Durch die Einführung der neuen Gewährleistungsbestimmungen wird der Mangelbegriff hingegen im Hinblick auf zukünftige Änderungen geöffnet.¹² Dies führt im Endeffekt dazu, dass der Händler uU auch Jahre nach Ablauf der Gewährleistungsfrist für die Vertragsmäßigkeit der Leistung einzustehen hat.¹³ Dabei enthalten beide RL nahezu gleichlautend eine „Update-Klausel“, die nunmehr in § 7 VGG verankert wurde.¹⁴ Wesentlicher Schwerpunkt dieser Arbeit soll auf den beiden RL und anschließend auf deren Umsetzung ins nationale Recht liegen.

Teil II) Problematisch ist, dass Gewährleistungsansprüche nur gegenüber dem direkten Vertragspartner bestehen. Deutlich wird dies, wenn Hersteller und Händler nicht in einer Person verkörpert sind, sondern auseinanderfallen: einerseits, weil idR nur der Händler direkter Vertragspartner des Verbrauchers ist und andererseits, weil idR nur der Hersteller über den Quellcode verfügt und es daher nur diesem möglich ist, ein etwaiges Update zu programmieren. Es scheint allerdings plausibel, den Hersteller mittelbar zur Programmierung zu bewegen, etwa durch eine drohende Haftung, die durch schadhafte Software ausgelöst wird.¹⁵ Aufgrund der fehlenden Vertragsbeziehung zwischen Hersteller und Endnutzer und den erschwerten Voraussetzungen einer deliktischen Haftung, soll der Fokus auf die Produkt- und Produzentenhaftung gesetzt und schließlich besonderes Augenmerk auf die Produktbeobachtungspflicht gelegt werden, die den Hersteller dazu ver-

12 Siehe dazu unten 2. Kapitel II.

13 Vgl. nur Wendehorst, Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen, in: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019) 111 ff; *Zöchling-Jud*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenkauf, GPR 2019, 115 (123); *dies*, Beweislast, Gewährleistungs- und Verjährungsfristen im neuen Gewährleistungsrecht, *ÖJZ* 2022, 113 ff; vgl. auch *dies* in *Forgó/Zöchling-Jud*, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand – Überlegungen im digitalen Zeitalter, 20. *ÖJT* Band II/1 (2018) 200 ff; *Kodek/Leupold*, Gewährleistung Neu (2019) 41 ff; *Riehm/Abold*, Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte, *ZUM* 2018, 82 (87); *Staudenmayer*, Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf, *NJW* 2019, 2889 (2890 ff); *ders.*, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, *ZEuP* 2019, 663 (684); *Kumkar*, Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter, *ZfPW* 2020, 306 (315); *Schulze*, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, *ZEuP* 2019, 695 (713 ff); vgl. dazu auch *Schrader/Engstler*, *MMR* 2018, 356 ff; *Weissensteiner*, Der Mangelbegriff der WarenkaufRL, Wird jetzt alles neu? *ZfRV* 2019, 199 (206).

14 Siehe dazu unten 2. Kapitel III. D.

15 Siehe dazu unten 3. Kapitel I.

pflichtet, seine Waren auch nach Inverkehrbringen zu beobachten und ggf zu „reagieren“. An die Gefährlichkeit des Produktes knüpft auch die Frage an, ob der Hersteller berechtigt oder sogar verpflichtet ist, den Nutzer zur Installation eines sicherheitsrelevanten Updates zu verpflichten.¹⁶ Letztlich stellt sich die Frage, ob der Nutzer bei Nichtinstallation gegenüber Dritten ggf schadenersatzpflichtig werden kann.¹⁷

Teil III) Schließlich stellt sich die Frage, wie bei – aus Sicht des Nutzers – unerwünschten Aktualisierungen vorzugehen ist. So ist es denkbar, dass der Hersteller eine Aktualisierung einspielen möchte, die das Bedienungsfeld, etwaige Funktionen, die Nutzeroberfläche oder die Interoperabilität mit der Hardware verändert, und, wenn auch grds positiv, für den einzelnen Nutzer eine unerwünschte Änderung bringt.¹⁸ Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn eine Aktualisierung, mangels technischer Ausreifung, fehlerbehaftet ist und zu einem neuen Fehler an der ursprünglich mangelfreien Software führt.¹⁹

III. Allgemeine Ausführungen zum Untersuchungsgegenstand

Um die in den folgenden Kapiteln aufgeworfenen Fragen einer Lösung zuzuführen, bedarf es zunächst einer näheren Erläuterung der zentralen Begriffe.

A. Der Begriff der Softwareaktualisierung

Im normalen Sprachgebrauch wird der Begriff der Softwareaktualisierung mit dem des Updates oftmals synonym verwendet, wenn auch der Begriff der Aktualisierung eigentlich einen Überbegriff darstellt.²⁰ Aktualisierungen stellen sich sowohl als Veränderung oder Verbesserung bestehender Inhalte, als auch als Lieferung neuer Inhalte dar. So sind Aktualisierungen einerseits dazu geeignet, bestehende Softwarefehler zu beheben, erkannte Sicherheitslücken zu schließen oder Software an eine veränderte Softwareumgebung anzupassen (sg notwendige Aktualisierung). Andererseits sind Updates Mittel der Wahl, um Software weiterzuentwickeln bzw zu verbessern, dh Nutzeroberflächen anzupassen, die Leistung zu steigern oder neue Funktionen hinzuzufügen. Um bestimmte Konstruktionen ihrem Inhalt nach zu unterscheiden, greift die Lehre auf die Definitionen der EVB-IT Pflege²¹ zurück, in welcher die Begriffe wie folgt definiert und unterschieden sind:

16 Siehe nur unten 3. Kapitel II.

17 Unten 3. Kapitel III.

18 Siehe unten 4. Kapitel II.

19 Siehe dazu unten 4. Kapitel III.

20 Vgl etwa die Begriffserklärung im Duden, der zur Bedeutung des Wortes Softwareupdate ausführt, dass darunter die „aktualisierte Version einer Software“ oder „das Aktualisieren einer Software“ zu verstehen ist, abrufbar unter https://duden.de/rechtschreibung/Software_Update (zuletzt abgerufen am 2. 1. 2022).

21 rgänzende Vertragsbedingungen für die Pflege von Standardsoftware, EVB-IT Pflege S AGB, Version 2.0 vom 16. 7. 2015, abrufbar unter <https://www.cio.bund.de/SharedDocs/>

Update: Bündelung mehrerer Mängelbehebungen und/oder Störungsbeseitigungen sowie geringfügige funktionale Verbesserungen und/oder Anpassungen der Standardsoftware in einer einzigen Lieferung (zB Änderung der Versionsnummer von Version 4.1.3 zu 4.1.4).*

Upgrade: Bündelung mehrerer Mängelbehebungen und/oder Störungsbeseitigungen und mehr als geringfügige funktionale Verbesserungen und/oder Anpassungen der Standardsoftware in einer einzigen Lieferung (zB Änderung der Versionsnummer von Version 4.1.3. zu 4.2.0).*

Patch: Temporäre Behebung eines Mangels und/oder einer Störung in der Standardsoftware* ohne Eingriff in den Quellcode*.*

Release/Version: Neue Entwicklungsstufe einer Standardsoftware, die sich gegenüber dem vorherigen Release* bzw der Version* im Funktions- und/oder Datenspektrum erheblich unterscheidet (zB Änderung der Versionsnummer von Version 4.5.7 zu 5.0.0).*

In der Praxis lassen sich Update, Upgrade, Patch und Version allerdings kaum noch unterscheiden, da durch die Installation sowohl Sicherheitslücken beseitigt, Funktionsstörungen behoben als auch neue Funktionen hinzugefügt werden. Die Tatsache, dass Softwarehersteller diese Begriffe teils synonym, teils mit unterschiedlicher Bedeutung verwenden, erschwert in der Praxis die Abgrenzung.²² Aufgrund dessen verwendet auch gegenständliche Arbeit die Begriffe zum Teil synonym und differenziert nur dann zwischen den unterschiedlichen Erscheinungsformen, wo dies zwingend geboten erscheint.

B. Notwendigkeit der Aktualisierung

Wesentliches Merkmal von Software ist, dass sie, anders als Hardware, grundsätzlich keinem Verschleißprozess und keiner Abnutzung unterliegt.²³ Da sich allerdings die Gegebenheiten der Softwareumgebung (stetig) verändern, ist auch Software einem (mittelbaren) Alterungsprozess unterworfen. Aufgrund des technologischen Fortschritts und raschen Wandels der digitalen Umgebung ändert sich die Anwendungsumgebung des Nutzers immer häufiger und schneller, und es entstehen neue Bedingungen für den Betrieb der Software, die bei Programmierung noch nicht (vollständig) bekannt waren.²⁴ Ohne eine Anpassung an die neuen Gegeben-

Publikationen/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT_Vertragstypen/EVB-IT_Pflege_S_20150716/evb_it_pflege_s_agb_pdf_download.pdf?_blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 2. 1. 2022); vgl auch *Bischof* in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 41 Besondere und ergänzende Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand – BVB und EVB-IT Rz 178 ff.

22 Führt „*eher noch zu weiterer Verwirrung*“, so *Bischof* in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 41 Besondere und ergänzende Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand – BVB und EVB-IT Rz 179.

23 Vgl nur *Bommer/Spindler/Barr*, Softwarewartung – Grundlagen, Management und Wartungstechniken (2008) 18 f; *Servais*, Der Softwarepflegevertrag (2014) 30, 50 ff; vgl auch *Marly*, Der Handel mit so genannter „Gebrauchsoftware“, EuZW 2012, 654.

24 Vgl nur *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle der digitalen Welt 202f.

heiten kann es dazu kommen, dass die Software nur eine verringerte Lauffähigkeit hat oder gänzlich funktionsunfähig wird. Softwareupdates sind daher ein notwendiges Mittel, um die Software funktionsfähig zu halten und so die weitere Nutzung zu gewährleisten. Dabei, so halten Softwareanbieter in ihren AGB oftmals fest, kann Software aufgrund ihrer Komplexität gar nicht fehlerfrei programmiert werden und bleiben Fehler trotz intensiver Testungen bei Inverkehrbringen zumeist unerkannt oder können Sicherheitslücken zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht erkannt werden.²⁵ Das Einspielen von Aktualisierungen ermöglicht es, Programmierfehler rasch zu beheben und neu erkannte Sicherheitslücken im Softwaresystem zu schließen.

Entsprechend groß ist das Interesse des Nutzers an der Bereitstellung von Softwareaktualisierungen. Oftmals wird eine entsprechende Bereitstellung aber nicht vertraglich vereinbart, sondern verspricht der Anbieter bloß ein *updatefähiges* Produkt und behält sich die Lieferung von Aktualisierungen nach eigenem Ermessen vor.²⁶ Dabei ist der Nutzer allerdings auf den Hersteller angewiesen, da idR nur dieser in der Lage ist, entsprechende Updates zu programmieren.²⁷ Andererseits sind Aktualisierungen auch für den Hersteller von überragender Bedeutung: Schon aus Reputationsgründen hat der Hersteller idR ein legitimes Interesse daran, notwendige Aktualisierungen bereitzustellen, um Fehler zu beheben und Sicherheitslücken zu schließen. Andererseits ermöglichen es Aktualisierungen, bestehende Softwareprodukte im Rahmen des technologischen Fortschritts kontinuierlich anzupassen, Funktionen zu verbessern und sind daher ein effektives Mittel, um auf dem schnelllebrigen Markt zu bestehen.

C. Rechtsbeziehungen der Parteien

Zentrales Element der gegenständlichen Arbeit ist Software, iS einer Anordnung von Befehlen. Eine einheitliche juristische Definition des Begriffes Software existiert allerdings nicht, da die schnelllebigende Entwicklung des IT-Bereichs eine klare und abschließende Definition des Begriffes erschwerte.²⁸ Gerade die ältere Literatur

25 Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme (1992) 37 ff; Spindler, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären Rz 168; Raue, NJW 2017, 1841 ff mwN; Wiesemann/Mattheis/Wende, MMR 2020, 139; Peschel/Rockstroh, NJW 2020, 3345 f; Sonntag, Informationstechnologie: Grundlagen, in Jahnell/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) 23 ff.

26 Siehe nur Schrader/Engstler, MMR 2008, 356; vgl aber in Abgrenzung zum Softwarepflegevertrag, Conrad/Schneider in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 14 Softwarepflege und Support Rz 57 ff.

27 Streitig ist allerdings die Frage, ob der Softwareersteller den (notwendigen) Quellcode ggf zur Verfügung stellen muss, vgl nur Redeker, IT-Recht⁷ (2020) B. Der Erwerb von Software und Hardware Rz 329 mwN; ganz allgemein zum Begriff des Quellcode Schmidt in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 1 Erstellung und Pflege von Software Rz 148.

28 So gibt es zahlreiche, durchaus unterschiedliche Definitionen des Softwarebegriffes, s nur Ertl/Wolf, Software im österreichischen Zivilrecht (1991) 18 f; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht⁷ (2018) Rz 1 f, 5; so wurde Software zumeist aufgrund der einfachen Verständlichkeit als Gegensatz zum Hardwarebegriff bestimmt und Software als all jenes, das

zum IT-Recht bezieht sich im Wesentlichen auf die Begriffe Software und Computerprogramm und verwendet diese oftmals auch synonym.²⁹ Der guten Ordnung halber sei aber darauf hingewiesen, dass dem Begriff der Software jedenfalls ein weiteres Begriffsverständnis zugrunde liegt als jenem des Computerprogramms, ist doch von dem Oberbegriff „Software“ neben dem eigentlichen Programm, welches die Handlungsanweisung übergibt, auch die Entwicklerdokumentation und die Programmbeschreibung für Endanwender umfasst.³⁰ Da der gewöhnliche Sprachgebrauch idR nicht zwischen den Begriffen differenziert, wird auch in gegenständlicher Arbeit aus Gründen der Lesbarkeit der Begriff der Software durchgehend verwendet und meint dabei auch das eigentliche Computerprogramm.³¹

Der Erwerb von Software(produkten) lässt zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten zu: So kann Software „isoliert“ erworben (zB Apps), und erst nachträglich installiert werden; gemeinsam mit Hardware erworben werden oder aber, diese Fälle sind heutzutage besonders häufig, fix verbaut in einem bestehenden System.³² Im letztgenannten Fall spricht man von *sg embedded Systems*, bei denen die Steuerungsoftware in der Hardware integriert (dh „eingebettet“) ist.³³ Dabei muss der Nutzer keine Installation der Software vornehmen, sondern ist die Hardware bei ihrem Einsatz bereits mit Software ausgestattet.³⁴ Die Hardware bildet dabei stets die technische und elektronische Ausrüstung, dh die physischen Komponenten des Systems, während die darin enthaltene Software gewissermaßen das Herzstück des smarten Systems bildet, das im Zusammenspiel mit der Hardware das gewünschte

nicht unter den Begriff der Hardware fällt, definiert, vgl nur *Heydn*, Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht, CR 2010, 765; vgl auch die Definition des OGH aus dem Jahr 1977 wonach Software „eine notwendige Ergänzung des Computers (Hardware)“ darstelle „ohne das der Computer nicht in Betrieb genommen werden kann“, RIS-Justiz RS0018397.

- 29 Siehe dazu etwa von dem *Bussche/Schelinski* in *Leupold/Glossner* (Hrsg), Münchner Anwaltshandbuch IT-Recht³ (2013) Teil 1. IT-Vertragsgestaltung Rz 1f; *Staudegger*, Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen, in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 191 (198).
- 30 Siehe dazu etwa von dem *Bussche/Schelinski* in *Leupold/Glossner*, Münchner Anwaltshandbuch IT-Recht³, Teil 1. IT-Vertragsgestaltung Rz 10f; *Servais*, Der Softwarepflegevertrag 24; *Balzert*, Lehrbuch der Softwaretechnik: Basiskonzepte und Requirements Engineering (2009) 3.
- 31 So bereits *Servais*, Der Softwarepflegevertrag 25; Von dem *Bussche/Schelinski* in *Leupold/Glossner* Münchner Anwaltshandbuch IT-Recht³, 1. Teil IT-Vertragsgestaltung Rz 5; vgl auch *Staudegger* in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 197ff.
- 32 Vgl dazu ausführlich *Redeker*, IT-Recht⁷ B. Der Erwerb von Soft- und Hardware Rz 287ff; *Sonntag*, in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 1 (14ff).
- 33 Vgl allgemein zu Embedded Systems etwa *Kast* in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 15 Beschaffung von Hardware, embedded Software und autonome Systeme Rz 179ff; *Sonntag* in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 12; *Obst/Orthwein*, Embedded Systems – Updatepflichten für Hersteller hardwarenaher Software, CR 2009, 1 (2f).
- 34 Die Software als Teil des Systems wird rechtlich oftmals „gar nicht wahrgenommen“, vgl nur *Kast* in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 15 Beschaffung von Hardware, embedded Software und autonome Systeme Rz 180 mwN; *Sonntag* in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 12.

Ergebnis bewirkt.³⁵ Schließlich ist denkbar, dass die digitale Leistung zusätzlich auf einem anderen Gerät des Verbrauchers installiert werden muss, etwa als (Steuerrungs-)App auf dem Smartphone.³⁶

1. Vertragstypen

Entsprechend der Vielzahl an Erscheinungsformen sind zahlreiche Vertragsgestaltungen hinsichtlich der Überlassung von Software denkbar. Dabei hat sich in Rsp und Lehre allerdings eine Art Basistypologie entwickelt, die hinsichtlich der Vertragstypen nach der Dauer der Überlassung und der Art der Software differenziert.³⁷ Demnach qualifiziert die hM die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts als Kaufvertrag,³⁸ und die Überlassung von Standardsoftware gegen Entgelt auf Zeit als Bestandvertrag.³⁹ Handelt es sich um die Herstellung oder Anpassung von Individualsoftware, sollen die Bestimmungen des Werkvertragsrechts Anwendung finden.⁴⁰ Während das geltende

35 Vgl dazu nur *Stadler in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 15 Beschaffung von Hardware, embedded Software und autonome Systeme Rz 1 ff; *Sonntag in Jahnelt/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 1/33 ff.

36 Vgl ausführlich zu den typischen Komponenten eines IoT Produktes *Wendehorst*, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen im Internet der Dinge 4 ff; *dies*, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb, Sind die Richtlinienentwürfe vom 9. Dezember 2015 fit für den digitalen Binnenmarkt, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt (2016) 45 (60 f); *dies* in *Micklitz/Joost/Reisch/Zander-Hayat*, Verbraucherrecht 2.0, 333 ff.

37 Vgl auch *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² (2012) 89 f; *Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle der digitalen Welt 205; *Conrad/Schneider in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 10 Vertragliche Grundlagen Rz 10 ff; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 48; *Westermann in Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV⁸ Vor § 433 Rz 18 ff (2019); *Schwartz in Klang*³ § 1053 Rz 71; *Staudegger in Jahnelt/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 197 f.

38 Vgl dazu insb die „Software“-Entscheidung des OGH 22. 1. 2015, 1 Ob 229/14d Zak 2015, 135 = RdW 2015, 360 = EvBl 2015/96 (*Staudegger*) = *ecolex* 2015, 550 (*Tichy*); vgl dazu auch RIS-Justiz RS0108702; *Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek*, ABGB V⁴ § 1053 Rz 27; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 48; *Mosing in Knauder/Marzi/Tremmel* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsverträge (4. Lfg 2015) 1. Softwareüberlassungsvertrag – „Standardsoftware-Kaufvertrag“ 2; *Conrad/Schneider in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 10 Vertragliche Grundlagen Rz 21; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 89; *Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle der digitalen Welt 206 f; *Staudegger in Jahnelt/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 4/11 ff mwN.

39 Überlassung der Software auf bestimmte oder unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit und Rückgabepflichtung, vgl nur OGH 22. 1. 2015, 1 Ob 229/14d *ecolex* 2015, 550 (*Tichy*) = MR 2015, 263 (*Blaha*) = *jusIT* 2015/53 (*Andréewitch/Amlacher*) = *jusIT* 2015, 147 (*Staudegger*); vgl auch *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 48; *Verschraegen in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 1053 Rz 39; *Staudegger in Jahnelt/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 4/28.

40 Da Individualsoftware im Verbraucherbereich tendenziell selten ist, soll sich gegenständliche Arbeit auf die kauf- und mietvertragliche Softwareüberlassung beschränken; vgl allgemein zur Herstellung von Individualsoftware als Werkvertrag, *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 48; *Schurr in Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵ § 1053 Rz 7; *Sonntag in Jahnelt/Mader/Staudegger*, IT-Recht⁴ 15 ff; *Busche in MüKoBGB*⁸ § 633 Rz 36; *Westermann in MüKoBGB*⁸ Vor § 433 Rz 18 mwN.

ationale Recht zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnis differenziert, verfolgen die neuen RL ein anderes Konzept und unterscheiden vertragsformübergreifend zwischen „*einmaliger Bereitstellung*“ und „*fortlaufender Bereitstellung über einen Zeitraum*“.⁴¹

2. Vertrieb von Software

a) Vertriebsmodelle

Im Rahmen der Überlassung von Standardsoftware greifen Softwarehersteller auf unterschiedliche Vertriebsmodelle zurück, um ihre Produkte in Verkehr zu bringen.⁴² Dabei ist einerseits eine Überlassung im Direktvertrieb denkbar, wo der Softwarehersteller direkter Vertragspartner des Endnutzers wird. Zumeist erfolgt die Überlassung von Software aber über Dritte, etwa im Rahmen des gestuften Vertriebs über die Händlerkette (sg Reseller).⁴³ Softwarehersteller entwickeln das Softwareprodukt und beliefern die Vertragshändler, die die Software anschließend an die Endnutzer vertreiben.⁴⁴ Zumeist wird Software auf einem physischen Datenträger in Verkehr gebracht oder befindet sich bereits vorinstalliert auf Hardware (insb Smartphones etc), welche dann über die Händlerkette an den Endkunden veräußert wird. Problematisch wird es allerdings dort, wo hybride Produkte verkauft werden, die Software aber separat heruntergeladen werden muss und vom Hersteller zum Download angeboten wird, aber der Erwerb über Zwischenhändler erfolgt.⁴⁵ Auch hier entsteht keine direkte vertragliche Beziehung zwischen Hersteller und Endkunden, sondern entstehen die Verträge idR zwischen den Gliedern der Händlerkette.⁴⁶ Es kommt dabei zweifellos zu einer besonderen Aufspaltungsproblematik,

41 Es bleibt allerdings abzuwarten, ob die Umsetzung des neuen Konzepts einen Einfluss auf das bestehende System haben wird, vgl nur *Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 113, die dies für eher unwahrscheinlich hält; vgl aber *Flume*, ÖJZ 2022, 137 ff.

42 *Wiesemann in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 1 ff; *Redeker*, IT-Recht⁷ C. Spezielle Fragen Rz 865 ff; *Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 207; zum Problem der aufgespaltenen Vertragsverhältnisse im Internet der Dinge und zur Frage, wem gegenüber der Verbraucher Ansprüche bzgl digitaler Elemente geltend machen kann vgl nur den Vorschlag von *Wendehorst*, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen im Internet der Dinge 4 ff; *dies in Wendehorst/Zöchling-Jud*, Digitaler Binnenmarkt 60 f; *dies in Micklitz/Joost/Reisch/Zander-Hayat*, Verbraucherrecht 2.0, 333 ff.

43 Vgl ausführlich zu den Vertriebsformen von Software, etwa *Wiesemann in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 2.

44 Zu den Rechten und Pflichten des Resellers im Softwarevertrieb, s nur *Wiesemann in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 34 ff.

45 Vgl zum Vertrieb von sg Aktivierungsschlüsseln nur *Wiesemann in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 147.

46 Vgl nur *Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 207; *Redeker*, IT-Recht⁷ C. Spezielle Fragen Rz 866; *Wiesemann in Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 147.

da der Nutzer idR auf den Hersteller angewiesen ist, der die digitale Leistung bereitstellt, er mit diesem aber in keinem direkten Vertragsverhältnis steht.⁴⁷

b) End User License Agreements (EULA)

Wird der Verkauf von Software über Händler abgewickelt, versuchen Softwarehersteller oftmals durch die Vereinbarung sog. End User License Agreements (kurz „EULA“) dem Endnutzer im eigenen Namen Nutzungsrechte an der Software einzuräumen.⁴⁸ Neben der Gültigkeit der darin vereinbarten, für den Endnutzer oft nachteiligen Nutzungsbeschränkungen und Haftungsausschlüssen, ist es fraglich, ob es dabei überhaupt zu einem Vertragsabschluss kommt, denn typischerweise sind EULAs als *Clickwrap*- (durch Drücken der Entertaste oder Klick auf einen Zustimmungsknopf) oder *Shrinkwrap*- (durch Aufreißen der Schutzfolie) Agreements ausgestaltet.⁴⁹ Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass eine als AGB ausgestaltete EULA nur dann Vertragsinhalt wird, wenn der Nutzer vorab darauf hingewiesen wird und die Möglichkeit hat, die Vereinbarung vor Vertragsabschluss einzusehen.⁵⁰ Doch auch sofern man ein Zustandekommen einer solchen Vereinbarung bejaht, ist das Bestehen dieses Vertragsverhältnisses mit dem Hersteller für den Endnutzer idR unbedeutend: Da dieser ohnehin einen Vertrag mit dem Händler

47 Vgl. ausführlich zu diesem Problem samt Lösungsvorschlägen, Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud, Digitaler Binnenmarkt 51f; dies in Stabenheimer/Wendehorst/Zöchling-Jud 118; vgl. auch Fischer-Czermak, Wandel der Vertragsstrukturen als Kodifikationsproblem, in 20. ÖJT Band II/2 Referate und Diskussionsbeiträge 2 (10); Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 207; Klein/Datte, Vertragsstrukturen beim Erwerb kostenloser Apps, CR 2016, 587 ff.

48 Vgl. nur Hoeren, IT-Vertragsrecht² 297f, der die Vermarktung solcher Vertragsmodelle als *bizar* beschreibt; Wiesemann in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 119ff; Redeker, IT-Recht⁷ B. Der Erwerb von Software Rz 599f; Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 209.

49 Vgl. dazu etwa von dem Bussche/Schelinski, Münchner Anwaltshandbuch IT-Recht³ (2013) Teil 1. IT-Vertragsgestaltung Rz 149ff; Wiesemann in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 119ff; Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 209; gegen das Zustandekommen eines relevanten Vertragsschlusses bei Schutzhüllenverträgen Redeker, IT-Recht⁷ B. Der Erwerb von Software Rz 599f; Söder, Schutzhüllenvertrag und Shrink-Wrapper-Lizenz (2006) 37ff; Tangl, Leitfaden für die Einbeziehung elektronischer AGB, *ecolex* 2001, 896; Hoeren, IT-Verträge, in Graf von Westphalen (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (März 2020) Rz 207ff; Czychowski/Siesmayer, 20.4 Urheberrecht, in Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch Rz 121 (35. EL Juni 2020); H. Schmitt, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633ff.

50 Dennoch soll es für die Einbeziehung der AGB ausreichen, wenn ein deutlicher Hinweis vor Abschluss gegeben wird, vgl. dazu nur RIS-Justiz RS0014506; insb. OGH 22. 10. 1999, 1 Ob 145/99a sowie OGH 24. 10. 2000, 1 Ob 1/00d, mwN, wo es heißt „Maßgeblich ist vielmehr nur, dass der Vertragspartner die Möglichkeit hatte, von deren Inhalt Kenntnis zu erlangen“; vgl. auch H. Schmitt, NJW 2011, 1633ff; Fischl in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 17 Besonderheiten in Verbraucherverträgen bei Überlassung von Software Rz 106; Hoeren in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Rz 207ff; Tangl, *ecolex* 2001, 896ff; Bollenberger/Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), Kommentar zum ABGB⁶ § 864a ABGB (2020) Rz 3.

abgeschlossen hat, der ihn zur Nutzung der Software berechtigt, ist ein solcher „zweiter“ Vertrag mit dem Hersteller gar nicht notwendig, sondern dient va der Vereinbarung etwaiger für den Nutzer nachteiliger Nutzungseinschränkungen und dem Haftungsausschluss.⁵¹ Schließlich wird durch eine entsprechende Vereinbarung idR keine direkte Vertragsbeziehung zum Endnutzer aufgebaut, die geeignet wäre ihm etwaige Gewährleistungsansprüche oder Ansprüche auf Updates zu sichern.⁵²

51 *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 298; *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 209; *Redeker*, IT-Recht⁷ B. Der Erwerb von Software Rz 599; *Wiesemann* in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 24 Vertrieb von Software Rz 118.

52 *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 209; *Hoeren* in *Graf von Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Rz 209.

2. Kapitel Der Anspruch auf Aktualisierung

I. Vorbemerkungen

Zweifellos sind Softwareaktualisierungen notwendiges Mittel, um die Funktionsfähigkeit von Softwareprodukten (langfristig) zu gewährleisten. Während allerdings im B2B-Bereich, oder auch im Hinblick auf klassische Computersoftware, oftmals Vereinbarungen zur Wartung und Pflege der Software abgeschlossen werden, ist dies gerade im Fall von IoT-Systemen und im Konsumgüterbereich bloß äußerst selten der Fall.⁵³ Im Hinblick auf die überragende Bedeutung von Software-(produkten) im digitalen Zeitalter stellt sich daher die Frage, ob dem Nutzer auch abseits einer entsprechenden Vereinbarung ein Anspruch auf Aktualisierung zusteht.⁵⁴

Ein Anspruch auf Update ist einer weitgehenden Funktions- und Leistungserhaltung war dem österreichischen Zivilrecht bis dato fremd.⁵⁵ Besonders deutlich wird dies im Kaufrecht, wo § 924 ABGB den Zeitpunkt der Übergabe als maßgebliches Moment für das Vorliegen eines Mangels festsetzt. Denkbar war ein gewährleistungsrechtlicher Anspruch lediglich in jenen Fällen, in denen bestimmte technische Entwicklungen vorhersehbar waren und als Eigenschaft berücksichtigt werden hätten sollen und der Mangel damit bereits im Zeitpunkt der Übergabe angelegt war. Die neuen RL haben diese Problematik aufgegriffen und ergänzen die gewährleistungsrechtliche Haftung des Verkäufers nunmehr um eine „Update-Verpflichtung“, die sich nahezu gleichlautend in DLR und WKRL findet.⁵⁶ Da sich das Umfeld von Waren mit digitalen Elementen fortlaufend ändert und weiterentwickelt, sollen die Waren in vertragsgemäßem Zustand erhalten werden, damit sie den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit weiterhin genügen und genauso funktionieren wie im Zeitpunkt der

53 Vgl. Heydn, Internet of Things: Probleme und Vertragsgestaltung, MMR 2020, 503 (507); Orthwein/Obst, CR 2009, 1 (3); Schrader/Engstler, MMR 2018, 356 (357); differenzierend nach Art der Sache und Höhe des Preises, Wendehorst in Micklitz/Joost/Reisch/Zander-Hayat, Verbraucherrecht 2.0, 361 f.

54 Vgl. dazu bereits Schrader/Engstler, MMR 2018, 356; Wiesemann/Mattheis/Wende, MMR 2020, 139; Wiebe, NJW 2019, 625; Schippel, Die Pflicht zur Bereitstellung von Software, Updates und Upgrades nach der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, K & R 2020, 117; Wendehorst, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen im Internet der Dinge 26f.

55 Siehe dazu sogleich unter 2. Kapitel II.

56 Vgl. zu den Bemühungen während der österreichischen Ratspräsidentschaft ausführlich Stabentheiner, Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung, in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud 1 (26).

Lieferung.⁵⁷ Dabei wurde ua ins Treffen geführt, dass im Unterschied zu gewöhnlichen Waren, Waren mit digitalen Elementen nie vollständig außerhalb der Sphäre des Verkäufers seien, und der Verkäufer oder ein Dritter, der nach Kaufvertrag die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitstellt, die Waren auch aus der Entfernung aktualisieren könne.⁵⁸ Zweifelsohne zählt die Aufnahme einer Update-Verpflichtung zu den innovativsten Elementen der neuen RL.⁵⁹ Damit wurde schließlich vom bestehenden dogmatischen Verständnis der Gewährleistung abgegangen und ein neuer, an die Digitalisierung angepasster Mangelbegriff geschaffen.⁶⁰

II. Ausgangslage

An dieser Stelle soll die „alte“ Rechtslage nach ABGB Beachtung finden, die weiterhin im C2C-Bereich, im B2B-Bereich jedenfalls weiterhin anwendbar bleibt.⁶¹ Die Darstellung verdeutlicht, dass eine Änderung des Gewährleistungsrechts und eine Anpassung des Mangelbegriffs im Hinblick auf Zukünftiges notwendig war, um dem „digitalen Zeitalter“ gerecht zu werden.

A. ABGB-Gewährleistungsrecht

§ 922 Abs 1 S 1 ABGB normiert ganz grundlegend, dass *„wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht“*. Damit bezieht sich das österreichische Gewährleistungsrecht auf Sachen iSd § 285 ABGB, ohne zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen zu differenzieren.⁶² Nach hL wird Software per se als „Sache“ und damit als Gegenstand des Gewährleistungsrechts qualifiziert.⁶³ Damit dem Nutzer ein Anspruch auf Gewährleistung

57 Vgl dazu ErwGr 31 WKRL, wo es heißt, dass Aktualisierungen *„ein notwendiges Instrument“* sind, *„das sicherstellt, dass die Waren genauso funktionieren wie zum Zeitpunkt der Lieferung.“*

58 Vgl den Wortlaut des ErwGr 31 WKRL, *„(...) da der Verkäufer oder ein Dritter, der nach Kaufvertrag den digitalen Inhalt oder die digitale Dienstleistung bereitstellt, die Waren aus der Entfernung aktualisieren kann, in der Regel über das Internet.“*

59 Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud 122; Kipker, MMR 2020, 71 (73); Lommatzsch/Albrecht/Prüfer, GWR 2020, 331 (333); Staudenmayer, NJW 2019, 2497; ders, ZEuP 2019, 663 (683); Schulze, ZEuP 2019, 695 (711).

60 Dies führt letztlich zu einem Wandel klassischer Zielschuldverhältnisse in latente Dauerschuldverhältnisse, so Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud 111; ähnlich auch Staudenmayer, NJW 2019, 2497; Gsell, ZUM 2018, 75 (80); vgl dazu auch Flume, ÖJZ 2022, 137 ff, der von einem ersten Ansatz eines Gewährleistungsrechts der Dauerschuldverhältnisse spricht.

61 Vgl dazu 2. Kapitel I.A.1.; darüber hinaus bleibt die Regelung des ABGB weiterhin für jene Verbraucherverträge (relativ zwingend) anwendbar, die nicht in den Anwendungsbereich des VGG fallen; vgl § 9 KSchG; s dazu Zöchling-Jud, ÖJZ 2012, 113 (114).

62 Vgl nur Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 923 Rz 15 ff mwN; Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 922 Rn 3.

63 Siehe nur Ertl/Wolf, Software im österreichischen Zivilrecht 309; Holzinger, Beurteilung von Softwarequalität im Hinblick auf Vertragserfüllung und Gewährleistung, EDVuR 1994, 38 ff; I. Welser/Vcelouch, Haftung für die mangelnde „Jahr 2000-Tauglichkeit“ von Hard- und Software, ecolex 1998, 829 f; Redeker, IT-Recht⁷ B. Der Erwerb von Soft- und

zusteht, muss die ihm übergebene Sache mangelhaft sein – wobei der Begriff der Mangelhaftigkeit mit besonderem Blick auf den konkreten Vertrag zu beurteilen ist.⁶⁴ Bleibt die Leistung hinter dem Geschuldeten zurück, so ist sie mangelhaft.⁶⁵

1. Kaufvertragsrecht

a) Wesensmerkmale des Kaufvertrags

§ 1053 ABGB normiert, dass durch den Kaufvertrag eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem anderen überlassen wird. Essentialia negotii des Kaufvertrags sind daher die Einigung der Parteien über Ware und Preis.⁶⁶ Kaufgegenstand muss eine rechtlich zuordnungsfähige Sache sein und damit eine, die dem Eigentumserwerb zugänglich ist. Die Beurteilung der hL von Software als unkörperliche Sache schadet bei der vertragstypologischen Einordnung nicht, da Software rechtlich jedenfalls zuordnungsfähig ist.⁶⁷ Entsprechend entschied der OGH bereits früh, dass die dauerhafte Überlassung einer (auf Datenträgern verkörperten) Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt als Kauf zu qualifizieren ist.⁶⁸

b) Mangelbegriff des ABGB

Der Begriff des Softwarefehlers darf aber nicht mit dem juristischen Terminus des Mangels gleichgesetzt werden.⁶⁹ Wiederholt wurde festgehalten, dass ein wesentli-

Hardware Rz 567; *F. Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung, ITRB 2008, 131; *Hoeren*, IT Vertragsrecht² 100 ff mwN; *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle der digitalen Welt 210 f; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 f.

64 Vgl nur *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte (2017) 71; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 100 f.

65 Anstatt vieler *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 315; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 11; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 33 ff; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 923 Rz 1 ff; *Bydlinski* in *KBB*⁶ § 922 ABGB Rz 1 ff; *Redeker*, IT-Recht⁷ B. Der Erwerb von Soft- und Hardware Rz 333 ff, 567 ff.

66 Vgl dazu allgemein *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1054 Rz 2 ff; *Apathy/Perner* in *KBB*⁶ § 1053 Rz 1; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1053 Rz 1 ff; vgl auch *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 168 ff.

67 RIS-Justiz RS0020091, insb OGH 14. 10. 1997, 5 Ob 504/96 SZ 70/202 = JBL 1998, 577 (*Staudegger*); *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 6; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1053 Rz 2; *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 292 Rz 17.

68 RIS-Justiz RS0108702; vgl auch *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 48; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1053 Rz 39; *Staudegger* in *Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), IT-Recht³ (2012) 135 (141 ff); im Hinblick auf digitale Inhalte s nur *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 72 ff; vgl zur deutschen Rechtslage etwa *Ammann*, 32.2 Überlassung von Standardsoftware, in *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch Rz 46 ff mwN (35. EL, Juni 2020); *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 78; *Wurmnest* in *MüKoBGB*⁸ § 307 BGB 86 ff; *Metzger*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB Vertragstypus oder punktuelle Reform? JZ 2019, 577 (580).

69 Vgl dazu *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme 51 ff; *Servais*, Der Softwarepflegevertrag 28 f; *Wiebe*, NJW 2019, 625; *Hoeren*, IT-Verträge, in *Graf von Westphalen* (Hrsg), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Rz 39; *ders*, IT-Vertragsrecht² 101 ff; *Redeker*, IT-Recht⁷ B Der Erwerb von Soft- und Hardware Rz 334 f.

ches Merkmal von Software ihre unvermeidbare Fehlerhaftigkeit sei und dass Software aufgrund der Komplexität des Vorganges nicht gänzlich fehlerfrei entwickelt werden könne.⁷⁰ Eine fehlerfreie Software sei daher auch gar nicht zu erwarten.⁷¹ Da Softwarehersteller in der Praxis entsprechende Klauseln oftmals in ihre AGB aufnehmen, ist eine Inanspruchnahme wegen Softwarefehlern bis heute selten.⁷² Dabei bedeutet die unvermeidbare Fehlerhaftigkeit von Software keinesfalls, dass der Anwender die Softwarefehler auch tatsächlich wahrnehmen kann bzw wird, da sie uU gar nie in Funktion gesetzt werden.⁷³ Hinsichtlich des Fehlerbegriffes von Software gilt also, dass eine technisch fehlerfreie Software, sofern sie den vereinbarten Anforderungen nicht entspricht, einen Mangel begründen kann und eine technisch fehlerhafte, wenngleich den vereinbarten Gebrauch nicht beeinträchtigende, Software mangelfrei iSd Gewährleistungsrechts sein kann. Ein Sachmangel liegt nach ABGB-Gewährleistungsrecht dann vor, wenn die Software nicht die Funktionen aufweist, die ursprünglich vereinbart wurden (wenn auch vorvertraglich, etwa durch Werbung oä⁷⁴), oder gewöhnlich vorausgesetzt werden.⁷⁵ Damit stellt sich im Hinblick auf die Beurteilung der Mangelhaftigkeit primär die Frage nach dem eigentlichen Leistungsinhalt. Schließlich ist hinsichtlich der Frage, was vom Käufer gewöhnlich vorausgesetzt bzw erwartet werden kann, wenn dieser eine Software bzw ein Softwareprodukt kauft, darauf abzustellen, was der Erwerber nach der Verkehrsauffassung erwarten darf.⁷⁶ Zwar werden Softwareprodukte in aller Regel mit

70 Siehe nur Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), Sicherheitsbericht 2015, 10; vgl dazu auch krit *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102; *Servais*, Der Softwarepflegevertrag 28; *Taege*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme 51 ff; *Raue*, NJW 2017, 1841; *Metzger*, JZ 2019, 577 (580) mwN; *Kast* in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht³ § 12 Überlassung von Software auf Dauer Rz 216; *Rockstroh/Peschel*, NJW 2020, 3345 (3346f).

71 Vgl dazu etwa die Entscheidung des OLG Köln Urt v 30. 10. 2019, 6 U 100/19, Rz 60 ff GRUR-RR 2020, 32 (36) = MMR 2020, 248 (*Riehm/Meier*) = BeckRS 2019, 27024, wonach es allgemein bekannt sei, dass jedes Betriebssystem Sicherheitslücken aufweist, die teilweise nicht bekannt sind; krit *Riehm/Meier*, Keine Aufklärungspflicht trotz bestehender Sicherheitslücken und eingestelltem Softwaresupport, MMR 2020, 250; *Rockstroh/Peschel*, NJW 2020, 3345 ff.

72 Vgl nur *Metzger*, JZ 2019, 577 (580); *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁷ (2018) Rz 1440 ff; *Raue*, NJW 2017, 1841; *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139; zur Wirkungslosigkeit entsprechender Klauseln s nur *Redeker*, IT-Recht⁷ 8. Der Erwerb von Soft- und Hardware Rz 477; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102.

73 Vgl auch *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 76; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102; *ders* in *Graf von Westphalen* (Hrsg), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Rz 39; *Staudegger*, Rechtsfragen bei Individualsoftware (1995) 103; vgl auch jüngst OLG Köln, GRUR-RR 2020, 32 (36).

74 § 922 Abs 2 ABGB; s nur *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 20 ff; *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 922 Rz 20 f.

75 Vgl dazu nur *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102; *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 76; *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 210; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 f.

76 Statt vieler *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 16; *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 923 Rz 1 ff; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 42 f mwN; vgl auch *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 74 ff; *Rockstroh/Peschel*, NJW 2020, 3345 f.

Aktualisierungen – und zwar sowohl Updates als auch Upgrades – beworben, da Hersteller diese jedoch zumeist in ihr freies Ermessen stellen, darf der Nutzer bloß ein *updatefähiges* Produkt erwarten.⁷⁷ Sofern im Interesse des Herstellers gelegen, stellt dieser dann eine Aktualisierung bereit, die vom Nutzer heruntergeladen werden kann. Einen Anspruch auf Aktualisierung kann der Nutzer daraus jedoch nicht ableiten. Damit kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass in der bloßen Tatsache, dass der Verkäufer keine Aktualisierung bereitstellt, noch kein Mangel liegt. Damit konzentriert sich die Frage nach dem gewährleistungsrechtlichen Anspruch auf Sachmängel an Software, die durch ein Update behoben werden können.⁷⁸

c) Maßgeblicher Zeitpunkt

Der Übergeber hat aber nicht für jeden Mangel einzustehen, sondern leistet nach § 924 S 1 ABGB nur dann Gewähr, wenn der Mangel bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden, dh zumindest latent angelegt war.⁷⁹ Sofern Mängel erst nachträglich entstehen, etwa infolge einer späteren technischen Entwicklung, muss der Übergeber grds nicht dafür einstehen, wenn die Software bei Übergabe funktions-tüchtig war.⁸⁰ Damit ist der Gewährleistung ein Anspruch auf Weiterentwicklung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit grds fremd. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen auf nach Gefahrenübergang eintretende Umstände Rücksicht zu nehmen ist. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass auch in diesen Fällen letztlich auf Eigenschaften abgestellt wird, die die Sache bereits bei Übergabe hätte aufweisen müssen und der Mangel damit bereits angelegt war. So wird etwa grds jedem Produkt eine bestimmte Lebensdauer iS einer verkehrsüblichen Einsatzdauer zugesprochen. Wird die Sache vor Ablauf dieser Zeit unbrauchbar, liegt der Schluss nahe, dass dies auf einen Mangel zurückzuführen ist, der bereits bei Übergabe angelegt war.⁸¹ Mangels anderer Vereinbarung soll es bei der Beurteilung der Lebensdauer grds auf die vorausgesetzte durchschnittliche Einsatzdauer eines Produktes

77 Vgl nur *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356; *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 213; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 104.

78 Da Rechtsmängel idR nicht durch Update behoben werden können, daher werden diese in gegenständlicher Arbeit nicht berücksichtigt, vgl dazu aber *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 100 f mwN.

79 Vgl dazu etwa *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 924 Rz 1; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 924 Rz 1; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 924 Rz 1; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102.

80 *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609 (2612); *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 ff; *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 210; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102; *Rockstroh/Peschl*, NJW 2020, 3345 f; vgl besonders im Hinblick auf spätere Änderungen der Rechtslage, die eine Umstellung der Software erfordern, etwa *Raue*, Reichweite der vertraglichen Pflicht zur Aktualisierung von IT-Lösungen aufgrund von Gesetzesänderungen, CR 2018, 277 (278); *Kremer*, Anpassungspflichten für Software bei Änderungen der Rechtslage, ITRB 2013, 116 (117); *Orthwein/Bernhard*, Mangelhaftigkeit von Software aufgrund Gesetzesänderung? CR 2009, 354 (355 f).

81 Vgl dazu nur *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 54; *Wenusch*, Gewährleistung bei der Zusage einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer, ZRB 2018, 13 ff; *I. Welser/Vcelouch*, *ecolex* 1998, 829.

ankommen und damit auf die typische Nutzungserwartung des durchschnittlichen Käufers.⁸² Hier ist aber Vorsicht geboten, kommt es doch auch auf die Qualität des Produktes an (und damit idR auch auf den Preis) der bei der berechtigten Erwartung eine Rolle spielt.⁸³ Ein Mangel liegt demnach dann vor, wenn der Übernehmer mit einer bestimmten Einsatzdauer bzw bestimmten Eigenschaften rechnen darf, dh die Software bei Übergabe zwar tauglich war, aber in Folge unbrauchbar wird, obwohl eine bestimmte technische Entwicklung absehbar war.⁸⁴ Damit wurde in der fehlenden „Jahr 2000-Tauglichkeit“⁸⁵ oder der mangelnden „Euro-Umstellung“ ein Mangel gesehen, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewöhnlich vorausgesetzt wurde, dass der Computer den Umstieg schaffen würde bzw entsprechende Daten verarbeiten konnte.⁸⁶ In diesen Fällen ist der Mangel allerdings in seiner Beschaffenheit bereits bei Gefahrenübergang angelegt – handelt es sich doch um Eigenschaften, die die Sache bereits ursprünglich aufweisen hätte sollen, auch wenn diese erst zu einem späteren Zeitpunkt hervortreten.

Da Software aufgrund der technischen Weiterentwicklung einem ständigen Wandel unterworfen ist, stellt sich allerdings die Frage, inwieweit eine berechnete Erwartung überhaupt bestehen kann. Oftmals ist Software gerade dazu ausgelegt, die Funktionalität ständig zu verändern und zu erweitern. Deutlich wird dies am Beispiel einer Antivirussoftware, bei der der Nutzer nicht erwarten kann, dass eine von ihm im Jahr 2020 erworbene Software auch für die nächsten Jahre vollständigen Schutz bietet, da bekannt ist, dass ständig neue Viren entwickelt werden. In dem

82 Entsprechend muss Software schon bei Übergabe jene Eigenschaften aufweisen, die einen Einsatz während dieser Lebensdauer gewährleisten, vgl *I. Welser/Vcelouch*, *ecolex* 1998, 829; *Hohmann*, Haftung der Softwarehersteller für das „Jahr 2000“-Problem, *NJW* 1999, 521 ff; *Wohlgemuth*, Das Jahr 2000-Problem – Vertragliche und vertragsähnliche Haftung, *MMR* 1999, 59 (61).

83 Vgl allgemein zur erwarteten Funktionsfähigkeit nur *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*⁴ § 923 Rz 54, 57 ff mwN zur Rsp.

84 Vgl auch *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 213; vgl auch *Redeker*, IT-Recht⁷ B Der Erwerb von Soft- und Hardware Rz 345; vgl auch *Raue*, CR 2018, 277 (278); *Kremer*, ITRB 2013, 116 (118); *Orthwein/Bernhard*, CR 2009, 354 (355); *I. Welser/Vcelouch*, *ecolex* 1998, 829; *Hohmann*, *NJW* 1999, 521 auf den vernünftigerweise zu erwartendem Stand der Technik abstellend *Eidenberger*, Software ohne Gewähr, wann ist die Qualität von Computer-Software mangelhaft? Sachverständige 2014, 14 f; *Ertl/Wolf*, Software im österreichischen Zivilrecht 310; vgl aber krit *Rockstroh/Peschel*, *NJW* 2020, 3345 (3347), da die „Front des technischen Fortschritts“ bei Standard-IT-Produkten nicht üblich und erwartbar sei.

85 In den 1970er Jahren wurden zahlreiche Computerprogramme so programmiert, dass zur Verarbeitung von Jahreszahlen nur (die letzten) zwei Ziffern verwendet wurden. Dabei wurde nicht berücksichtigt, dass die Programme die Jahreszahl (20)00 und die folgenden nicht korrekt verarbeiten können. Im Vorfeld des Jahreswechsels 1999/2000 wurde befürchtet, dass es so zu gravierenden Problem bis hin zu Totalausfällen kommen würde, vgl dazu nur *Hohmann*, *NJW* 1999, 521; *Spindler*, Das Jahr 2000-Problem in der Produkthaftung: Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, *NJW* 1999, 3737.

86 Entsprechendes gilt auch für absehbare Gesetzesänderungen, vgl *Redeker*, IT-Recht⁷, B. Der Erwerb von Soft- und Hardware Rz 334 mwN zur Rsp; zumindest hinsichtlich bereits verabschiedeten, aber erst später in Kraft tretenden Rechtsänderungen *Raue*, CR 2018, 277 (278); vgl auch *Kremer*, ITRB 2013, 116 (118); *Orthwein/Bernhard*, CR 2009, 354 (355).

Fall ist den Vertragsparteien idR klar, dass das Programm durch neue, idR kostenpflichtige, Aktualisierungen angepasst werden muss.

Bedeutung kommt dabei auch der veränderten Nutzererwartung zu: So ging der durchschnittliche Softwarenutzer vor 20 Jahren noch von einem „fertigen Endprodukt“ aus und wurden Updates, sofern überhaupt notwendig, nur äußerst selten eingespielt.⁸⁷ Diese Realität hat sich aufgrund der schnelllebigen Weiterentwicklung verändert – kaum ein Softwareprodukt wird nicht laufend aktualisiert. Wenn nichts anderes vereinbart wurde, wird idR nur die Lauffähigkeit zu bestehenden Systemvoraussetzungen geschuldet sein.⁸⁸ Auch die Anwendungsumgebung des Nutzers ändert sich stetig, und für den Softwarehersteller oft unvorhersehbar: Sobald der Nutzer ein Betriebssystem aktualisiert, werden Updates notwendig, um die Funktionsfähigkeit und Kompatibilität zu gewährleisten. Durch die stetige Vernetzung ist der Nutzer auf die Zurverfügungstellung von Updates angewiesen, da eine Interaktion ohne ständige Weiterentwicklung des Softwareangebots idR nicht möglich wäre. Damit erwarten Nutzer in aller Regel kein „fertiges“ Produkt mehr, sondern erwerben Software im Vertrauen, dass ohnehin Updates zur Verfügung gestellt werden, die das Produkt aktiv funktionsfähig halten.⁸⁹ Entsprechend entschied auch das *OLG Koblenz*⁹⁰, im Hinblick auf den Verkauf einer smarten Digitalkamera, die dem Herstellerprospekt zufolge durch kostenlose Updates „*stets auf dem neuesten Stand der Technik*“ gehalten werden sollte. Das OLG Koblenz verwies auf die Tatsache, dass die Sache bei Gefahrenübergang mangelfrei gewesen sei, da sie zu diesem Zeitpunkt die vereinbarte Beschaffenheit aufgewiesen hätte. Sofern die Sache also zu einem späteren Zeitpunkt als bei Gefahrenübergang eine besondere Eigenschaft aufweisen soll, die etwa erst noch (durch das Verhalten eines Dritten) geschaffen werden muss, ist ein Anspruch auf Gewährleistung zu versagen.⁹¹

d) Nacherfüllung durch Update

Sofern man nach obigen Ausführungen einen Anspruch auf Gewährleistung aufgrund eines Softwarefehlers bejaht, etwa weil das Softwareprodukt bereits im Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, stellt sich die Frage, ob der Nutzer einen Anspruch auf Gewährleistung in Form eines Updates durchsetzen kann.⁹² Entspre-

87 Zur veränderten Nutzererwartung des Softwarenutzers s bereits *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 202; vgl auch *Riehm/Meier*, Rechtliche Durchsetzung von Anforderungen an die IT-Sicherheit, MMR 2020, 571 (574); *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (307 ff).

88 *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 212; *Rockstroh/Peschel*, NJW 2020, 3345 (3347); vgl dazu auch *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 49; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 16.

89 Vgl *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 204; *Rockstroh/Peschel*, NJW 2020, 3345 (3347); *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (357 f); vgl auch die Entscheidung des OLG Koblenz 30. 4. 2009, 6 U 268/08 BeckRS 2009, 14285.

90 OLG Koblenz 30. 4. 2009, 6 U 268/08 BeckRS 2009, 14285.

91 OLG Koblenz 30. 4. 2009, 6 U 268/08 BeckRS 2009, 14285, Gr II. 1.

92 Vgl dazu bereits *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 213; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (357); *Solmecke/Vondrlík*, Rechtliche Probleme bei Produkten mit serverbasierten Zusatzdiensten, MMR 2013, 755 (757).

chend dem gewährleistungsrechtlichen System der zweiten Chance, kann der Unternehmer nach § 932 ABGB zunächst die kostenfreie Verbesserung oder den Austausch der mangelhaften Sache verlangen.⁹³ Das Wahlrecht des Verbrauchers ist aber oftmals eingeschränkt und ein Austausch idR auch nicht zielführend, da der Softwaremangel idR der ganzen Serie anhaftet und die nachgelieferte Ware mit der gleichen (fehlerhaften) Software ausgestattet wäre, wie die zuvor erworbene.⁹⁴ Es kommt aber bei der Bestimmung der Gattung und der Frage, wie weit diese Gattung zu ziehen ist, letztlich auf die jeweilige Vereinbarung der Parteien an.⁹⁵

Im Hinblick auf gegenständliche Frage nach dem Anspruch auf Aktualisierung kommt damit nur die Verbesserung iS der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands in Betracht: Ein Update oder Sicherheitspatch stellt zweifellos ein taugliches Mittel dar, um bestehende Softwaremängel zu beheben. Problematisch ist aber, dass der Verkäufer – sofern es sich dabei nicht um den Hersteller handelt – nicht in der Lage ist, ein Update zu entwickeln und dabei jedenfalls auf die Mitwirkung des Softwareherstellers angewiesen ist. Dabei bedeutet die subjektive Unfähigkeit des Verkäufers, ein Softwareupdate zu programmieren grds noch keine Unmöglichkeit, sofern es dem Übergeber zumutbar ist, in einem solchen Fall einen Dritten mit der Verbesserung zu beauftragen.⁹⁶ Sofern der Softwarehersteller aber kein Update zur Verfügung stellt und die Mitwirkung verweigert, wird der Verkäufer die Verbesserung zurecht verweigern: Mangels Quellcode ist die Programmierung eines Updates faktisch nicht möglich.⁹⁷ Aber auch in dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Hersteller dem Verkäufer bloß einen Quellcode zur Verfügung stellen sollte, wird die Programmierung eines entsprechenden Updates mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden sein.⁹⁸ In einem solchen Fall kann der Übergeber die

93 Vgl dazu bloß ErlRV 422 BlgNR 21. GP 18, 16; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 27; Welser/B. Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 15.

94 Siehe dazu nur Schrader/Engstler, MMR 2018, 356 (357); für eine „kombinierte Nacherfüllung“ durch Update als Kombination aus Mängelbeseitigung und Nachlieferung F. Koch, ITRB 2008, 131 (132).

95 Vgl nur Aichberger-Beig in Klang³ § 905a Rz 8 mwN; etwa wenn es dem Unternehmer erkennbar nicht auf einen bestimmten Hersteller, sondern lediglich auf eine bestimmte Funktionalität ankommt, vgl dazu OGH 13. 12. 2011, 5 Ob 127/11d RdW 2012/272; überlegenswert ist auch der von Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 9, befürwortete Ansatz, wonach ein Austausch auch dann in Frage kommen soll, wenn eine Ersatzlage iS eines gleichartigen, wirtschaftlich gleichwertigen Zustandes geschaffen werden kann und zwar unabhängig davon, ob eine Gattungs- oder eine Stückschuld vorliegt; offenlassend Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 932 Rz 16; aA Bydlinski in KBB⁶ § 932 ABGB Rz 3, der aber einräumt, dass ein (einseitiger) Anspruch des Unternehmers auf Austausch gegen ein gleichwertiges Stück erwägenswert wäre; ob ein Austauschanspruch beim Speziaukauf möglich ist, lies der OGH ausdrücklich offen, vgl OGH 13. 12. 2011, 5 Ob 127/11d.

96 Siehe nur Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 932 Rz 33; vgl dazu auch die Rsp des OGH, 19. 1. 1999, 1 Ob 191/98i SZ 72/3 = JBl 1999, 463.

97 Schrader/Engstler, MMR 2018, 357, die den Anspruch auf Nachbesserung mit dem Argument ablehnen, dass diese dem Verkäufer „in der Regel nicht möglich“ sein würde; vgl aber auch F. Koch, ITRB 2008, 131.

98 Die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit richtet sich nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Unternehmer

Verbesserung verweigern und den Übernehmer so auf die zweite Ebene verweisen. Ein Anspruch auf Update aus der Gewährleistung wird daher idR scheitern.

Schließlich steht der Nutzer in der Praxis aber oftmals noch vor einem ganz anderen Problem: Denn auch sofern Ansprüche bestehen, verjähren diese zwei Jahren nach Übergabe und damit idR lange vor Ablauf der durchschnittlichen Nutzungszeit eines Softwareproduktes.⁹⁹ Dabei beginnt der Lauf der Gewährleistungsfrist mit vollständiger Ablieferung der Sache, ^{wo}bei es auf jenen Zeitpunkt ankommen soll, zu dem der Übernehmer die Möglichkeit hat, die gesamte Leistung entsprechend überprüfen zu können.¹⁰⁰ Das wird bei smart goods oftmals erst dann der Fall sein, wenn der Nutzer die Möglichkeit hatte, die digitale Leistung herunterzuladen oder zu aktivieren.

e) Zwischenfazit

Dem ABGB-Gewährleistungsrecht ist ein Anspruch auf Aktualisierung iS einer Fortentwicklung oder einer Anpassung an neue Gegebenheiten fremd. Maßgeblich für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit nach § 924 ABGB stets der Zeitpunkt der Übergabe, zu dem Mängel zumindest latent angelegt sein müssen, um gewährleistungsrechtlich relevant zu sein. Auch wenn mit einer (durch Updates) gewährleisteten künftigen Funktionsfähigkeit geworben wurde, scheitert ein Anspruch auf Gewährleistung, wenn die Sache bei Übergabe mangelfrei war und dem vereinbarten oder vorausgesetzten Soll entsprochen hat. Denkbar ist ein Anspruch nur in jenen Fällen, in denen eine (technische) Entwicklung vorhersehbar war und die künftige Funktionsfähigkeit der Software in diesem Hinblick Teil der Soll-Beschaffenheit wurde. Dabei liegt der Mangel aber in der Tatsache, dass die Software eine Eigenschaft bereits ursprünglich aufweisen hätte müssen und war der Mangel damit bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs latent angelegt, tritt aber erst künftig hervor. Sofern allerdings nichts anderes vereinbart wurde bzw keine Änderung objektiv vorhersehbar war, ist idR nur die Lauffähigkeit zu bestehenden Systemvoraussetzungen geschuldet.

Softwareaktualisierungen dienen aber nicht nur der Anpassung an neue Gegebenheiten, sondern sind auch geeignetes Mittel, um Fehler zu beheben und Sicherheitslücken zu schließen. Bejaht man unter diesen Voraussetzungen einen Anspruch auf Gewährleistung, etwa im Hinblick auf einen bestehenden Programmierfehler oder eine offenkundige Sicherheitslücke, ist ein Anspruch auf Update im Zuge der Verbesserung durchaus denkbar. Da der Mangel idR die ganze Gattung betrifft, wird ein Austausch scheitern und ist ein Update Mittel der Wahl, um Softwarefehler

verbundenen Unannehmlichkeiten; vgl etwa *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 46; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 932 Rz 20ff; *P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 932 Rz 18ff; dabei sind nicht nur die reinen Behebungskosten, sondern alle dem Übergeber entstehenden Kosten zu berücksichtigen, vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 29; *P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 932 Rz 4.

99 *Raue*, NJW 2017, 1841 (1843); vgl auch *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 111 ff.

100 Vgl allgemein zum Lauf der Gewährleistungsfrist *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933 Rz 8; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 933 Rz 72; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Rz 10; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 112.

rasch und kostengünstig zu beheben. Da der Verkäufer im Hinblick auf Updates allerdings auf das Mitwirken des Herstellers angewiesen ist, wird ein Anspruch auf Verbesserung scheitern.

2. Mietvertragsrecht

a) Wesensmerkmale des Bestandvertrags

Der Bestandvertrag nach § 1090 ABGB zeichnet sich durch die entgeltliche Überlassung des Gebrauchs einer unvertretbaren Sache auf gewisse Zeit aus.¹⁰¹ Bereits im Jahr 2015 entschied der OGH, dass bei einer Softwareüberlassung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit und Rückgabeverpflichtung bestandrechtliche Regelungen zur Anwendung kommen sollen.¹⁰² Begründet wurde dies damit, dass die Software in dem Fall nicht zur freien Verfügung stehe, sondern auf unbestimmte Zeit ein Nutzungs- und Bearbeitungsrecht eingeräumt werde.¹⁰³ Nicht vergessen werden darf allerdings, dass die bestandvertraglichen Normen gar nicht auf Software oder andere digitale Elemente zugeschnitten sind und keine Rücksicht auf deren spezielle Eigenschaften nehmen.¹⁰⁴ Oftmals werden (notwendige) Aktualisierungen bereits im Rahmen der Soll-Beschaffenheit berücksichtigt werden. Sofern sich aus den Umständen nichts anderes ergibt, wird allerdings nur die Lauffähigkeit zu bestehenden Systemvoraussetzungen geschuldet sein.

b) Gewährleistungsrechtliche Besonderheiten

Das Bestandvertragsrecht regelt die Behelfe des Bestandnehmers in den Sondergewährleistungsnormen des §§ 1096 und 1117 ABGB. Dabei entspricht § 1117 ABGB funktionell im Wesentlichen der gewährleistungsrechtlichen Wandlung nach § 932 Abs 4 ABGB¹⁰⁵ und ist daher für die Begründung eines Anspruchs auf Aktualisie-

101 Die Differenzierung ob Miete oder Pacht, die je nachdem vorgenommen wird, ob dem Bestandnehmer bloß Gebrauch (dann Miete) oder auch Fruchtziehung (dann Pacht) gestattet wird, ist im gegenständlichen Fall von untergeordneter Bedeutung, vgl dazu bereits *Ertl/Wolf*, Software im österreichischen Zivilrecht 211; *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 137 mwN.

102 OGH 22. 1. 2015, 1 Ob 229/14d ecolex 2015/218, 550 (*Tichy*) = EvBl 2015/96, 692 (*Staudegger*) = jusIT 2015/57, 147 (*Staudegger*) = MR 2015, 263 (*Blaha*); vgl dazu auch *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 48; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1053 Rz 39; *Staudegger* in *Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), IT-Recht³ (2012) 135 (141 ff).

103 Ähnlich sprachen sich auch die deutsche Lehre und Rsp in diesem Fall für eine grundsätzliche Anwendung der bestandrechtlichen Normen aus, vgl dazu nur *Ammann*, 32.2 Überlassung von Standardsoftware, in *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch Rz 130 ff (35. EL Juni 2020); „Softwarevermietung“ so *Hoeren*, IT-Vertragsrecht (2012) 251 ff.

104 Vgl idZ die deutsche Lehre, die entsprechend eine Anpassung iZm Softwareüberlassungsverträgen forderte, etwa *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht⁷ Rz 1107 mwN; vgl auch *Andréewitch/Amlacher*, Erhaltungspflichten des Lizenzgebers bei mietrechtlicher Softwareüberlassung – eine Erörterung aus Anlass der Entscheidung OGH 22. 1. 2015, 1 Ob 229/14d jusIT 2015, 133 (135).

105 § 1117 ABGB wird aber auch als Gefahrtragungsregel verstanden, da, dem Charakter eines Dauerschuldverhältnisses entsprechend, auch jene Umstände und Mängel rele-

rung ungeeignet. Denn § 1117 ABGB gibt dem Bestandnehmer die Möglichkeit, den Vertrag auch vor Ende der bedungenen Laufzeit zu beenden, wenn die Bestandssache zum bedungenen Gebrauch untauglich wird oder ein beträchtlicher Teil davon durch Zufall auf längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird.¹⁰⁶

Interessanter für gegenständlich zu bearbeitende Frage nach dem Anspruch auf Update ist die Sondergewährleistungsnorm des § 1096 ABGB, die den Bestandgeber dazu verpflichtet „das Bestandsstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören“. Damit normiert § 1096 ABGB, äquivalent zum Verbesserungsanspruch nach § 932 Abs 2 ABGB,¹⁰⁷ die Verpflichtung des Bestandgebers zur Erhaltung des bedungenen Gebrauchs¹⁰⁸ der Bestandsache. Dem Bestandnehmer kommt dabei sowohl ein Erfüllungsanspruch nach § 1096 Abs 1 S 1 ABGB als auch ein Zinsminderungsanspruch nach § 1096 Abs 1 S 2 ABGB (der wohl ein Äquivalent zur Preisminderung darstellt) zu.¹⁰⁹ Dabei durchbricht § 1096 ABGB das gewährleistungsrechtliche Prinzip der zweiten Chance: Die Zinsminderung soll jene Äquivalenzstörung ausgleichen, die durch die „Unnachholbarkeit“ des mangelfreien Gebrauchs verursacht wurde.¹¹⁰ Dem Charakter eines Dauerschuldverhältnisses entspricht es, dass die Erhaltungspflicht während der gesamten Dauer des Bestandsverhältnisses besteht.¹¹¹ Es handelt sich hierbei um eine positive Leistungspflicht, dh der Bestandgeber hat aktiv dafür Sorge zu tragen, dass dem Bestandnehmer der bestimmungsmäßige Gebrauch der Bestandsache ermöglicht wird.¹¹² Grundsätzlich sind Updates ein taugliches Mittel, um den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Softwareproduktes zu erhalten. Sofern aber nicht bloß Feh-

vant sind, die nach Übergabe auftreten, vgl Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1117 Rz 2 (Stand 1. 10. 2016); Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1117 Rz 2; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1117 Rz 5 mit jeweils weiteren Nachweisen.

106 Dabei kann grds auf die Kündigungsmöglichkeit im Voraus verzichtet werden, sofern es sich nicht um ein Verbrauchergeschäft handelt, vgl nur Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1117 Rz 7; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1117 Rz 9; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1117 Rz 8.

107 Vgl nur Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 7; Fischer-Czermak, Das Konsumentenschutzgesetz und der Liegenschaftsverkehr, NZ 1991, 115 (120); Faber, Auswirkungen des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes auf Bestandverhältnisse, im-molex 2001, 246 (249).

108 Sofern eine Vereinbarung fehlt, soll nach stRsp eine mittlere Brauchbarkeit geschuldet sein, RIS-Justiz RS0021054; RS0020926; vgl dazu Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 15; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1096 Rz 5.

109 RIS-Justiz RS0021326; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1096 Rz 100; Riss in ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 24; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 25 jeweils mwN.

110 Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 25 (Stand 1. 10. 2016); Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1096 Rz 100.

111 RIS-Justiz RS0021199; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 23; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 1f; die Erhaltungspflicht des § 1096 ABGB kann im Wesentlichen aber vertraglich ausgeschlossen werden, vgl dazu Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1096 Rz 81 mwN.

112 Wesentlich sind dabei grundsätzlich jene Standards, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehen, vgl Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1096 Rz 5; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 14; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 2.

ler behoben, oder Sicherheitslücken geschlossen werden sollen, werden Updates oftmals nicht unter die Erhaltungspflicht des § 1096 ABGB fallen.

Da der Erhaltungsbegriff des § 1096 ABGB statisch zu verstehen ist, besteht grundsätzlich keine Pflicht zur laufenden Anpassung oder Modernisierung der Bestandssache.¹¹³ Zweifellos kann auch an dieser Stelle festgehalten werden, dass Upgrades jedenfalls nicht von der Erhaltungspflicht des § 1096 Abs 1 S 1 ABGB erfasst sind, da diese dazu dienen neue Funktionen hinzuzufügen und somit jedenfalls eine Erweiterung ggü dem ursprünglich Vereinbarten bedeuten würden.¹¹⁴ Richtigerweise sind die bestandvertraglichen Normen nämlich nicht auf Software oder andere digitale Elemente zugeschnitten, die sich fortlaufend weiterentwickeln und komplexer Anpassungen bedürfen.¹¹⁵ So hielt der OGH¹¹⁶ fest, dass eine Aktualisierungs- und Adaptierungspflicht aus den Regeln des Bestandvertrags nicht abzuleiten sei und diese nur bei entsprechender Vereinbarung bestünde.¹¹⁷

Dem ist im Hinblick auf die statische Beurteilung des Erhaltungsbegriffes zwar grds zuzustimmen – dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass unter bestimmten Umständen die Weiterentwicklung bestimmter Standards durchaus relevant werden kann. Die bisherige Jud¹¹⁸ und hL¹¹⁹ bejahten nämlich eine Verpflichtung zur Anpassung bzw Modernisierung iS einer Verbesserung der vereinbarten Beschaffenheit durch zumutbare Maßnahmen, wenn bestimmte gesetzliche oder vertragliche Mindeststandards unterschritten wurden.¹²⁰ Diese Grundsätze sind wohl

113 Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 10; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 34; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1096 Rz 36 ff; Riss, Gibt es eine Modernisierungspflicht des Vermieters? RdW 2004, 584.

114 Andréewitch/Amlacher, jusIT 2015/53, 133 (136); Schmitt, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 154; in diesem Sinn auch Riehm in Schmidt-Kessel/Kramme, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 210.

115 Vgl idZ die deutsche Lehre, die entsprechend eine Anpassung iZm Softwareüberlassungsverträgen forderte, etwa Marly, Softwarerecht⁵ Rz 1107 mwN; vgl auch Andréewitch/Amlacher, jusIT 2015, 133 (135).

116 OGH 22. 1. 2015, 1 Ob 229/14d.

117 Vgl Brenn/Staudegger, Überlassene Software muss brauchbar sein, ÖJZ 2015, 692 (694f); Andréewitch/Amlacher jusIT 2015, 133 (136); Schmitt, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 154.

118 „Der Vermieter ist im Allgemeinen nicht zur laufenden Anpassung bzw Modernisierung des Bestandobjekts verpflichtet, sofern nicht gesetzliche oder vertragliche Mindeststandards unterschritten werden“, so OGH 11. 8. 2008, 1 Ob 39/08d Punkt 2 immolex 2009/4, 19 (Edelhauser) = wobl 2010/36, 80 (Vonkilch).

119 Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters: Ein Beitrag zur Lehre von den Leistungsstörungen im Dauerschuldverhältnis (2005) 137 ff; ders, Die Erhaltungspflicht des Vermieters, WBFÖ 2007, 8 (11); ders, RdW 2004, 584f; ders in ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 10; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1096 Rz 36; Iro/Rassi in KBB⁶ § 1096 Rz 3; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 35; Prader, Blei im Trinkwasser und Mietzinsminderung, immolex 2005, 336f; vgl dazu auch die deutsche Lehre etwa H. Schmidt in Beck-OGK § 535 BGB Rz 314 (Stand 1. 1. 2021); Häublein in MüKoBGB⁸ § 535 BGB Rz 119.

120 Beispielfhaft sei etwa im Hinblick auf gesetzliche Mindeststandards auf die Herabsetzung der Grenzwerte für Blei im Trinkwasser verwiesen, deren Unterschreitung zu einer Modernisierungspflicht des Bestandgebers führte, so OGH 31. 8. 2005, 7 Ob 155/05b; vgl auch Prader, immolex 2005, 336f.

auch auf Software übertragbar und so können Erhaltungspflichten in einer Aktualisierung oder Adaptierung auch ohne vertragliche Vereinbarung bestehen. Dies ist etwa denkbar, wenn eingeführte vertragliche oder gesetzliche Mindeststandards unterschritten werden, die sich zB aus einer zugesicherten Funktionalität oder Kompatibilität während der gesamten Vertragslaufzeit ergeben.¹²¹

Eine entsprechende Funktionalität oder Kompatibilität muss aber vereinbart worden sein, widrigenfalls ist auch ein veraltetes Softwareprogramm öa nicht als mangelhaft anzusehen, da sich die Beurteilung der Brauchbarkeit auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezieht.¹²² Dies rührt aus der Tatsache, dass auch der Bestandzins zu diesem Zeitpunkt vereinbart wurde und eine nachträgliche Modernisierungsverpflichtung die Äquivalenz der Leistungen stören würde.¹²³ Argumentiert wurde aber, dass bei Bestehen einer Wertsicherungsvereinbarung, die über der bloßen Inflationsabgeltung liegt, eine Modernisierungs- bzw Aktualisierungsverpflichtung angenommen werden kann, da Bestandzins und Leistung in dem Fall nach dem Willen der Parteien entsprechend dem „aktuellen Lebensstandard“ angepasst werden sollten.¹²⁴ Ebenso können jene Umstände Berücksichtigung finden, deren Eintritt bereits im Vertragsabschlusszeitpunkt bekannt war und die erwartungsgemäß berücksichtigt hätten werden sollen.¹²⁵ Riss¹²⁶ argumentierte darüber hinaus für eine Verpflichtung zur Anpassung bei Weiterentwicklung der Verkehrsauffassung zumindest im Hinblick auf Gesundheitsstandards.¹²⁷ Entsprechendes kann mE auch auf Softwareüberlassungsverträge umgelegt werden: Zwar werden Gesundheitsgefährdungen im Hinblick auf smart goods und Softwareprodukte wohl die Ausnahme bilden, denkbar sind sie aber allemal. Ebenso können auch Sicherheitslücken zu gravierenden Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern füh-

121 *Andréewitch/Amlacher*, *jusIT* 2015, 133 (136); *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 154ff; *Witzel*, Software-Aktualisierungen in Folge aufsichtsrechtlicher und gesetzlicher Neuerungen und Anpassungen, *CR* 2020, 565 (567).

122 Entsprechend ist auch bei der Vertragsauslegung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen und fließen zukünftige Änderungen grds nicht in die Erhaltungspflicht ein, so *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 10 (Stand 1. 10. 2016); diesem folgend OGH, 11. 8. 2008, 1 Ob 39/08d wobl 2010/36 (*Vonkilch*); vgl auch *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1096 Rz 5; *ders*, Zwingende Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB bei einer Gesundheitsgefährdung des Mieters? wobl 2019, 77 (78); *ders*, Erhaltung nach § 1096 ABGB und Modernisierungspflichten des Bestandgebers, *immolex* 2021, 42.

123 *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 155; vgl auch *Vonkilch*, Brauchbarkeit eines Bestandobjektes für Zwecke eines Geschäftslokals, wobl 2004, 342.

124 So urspr *Riss*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters, 153ff; *ders*, *WBFÖ* 2007, 8 (11); *ders*, *RdW* 2004, 584; aA aber nun *Riss* in ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 10 unter Anschluss an *Pesek*, Keine Modernisierungspflicht des Vermieters aufgrund einer Wertsicherungsvereinbarung, *immolex* 2016, 278 (279f) sowie *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1096 Rz 38; bejahend auch *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 155; *Andréewitch/Amlacher*, *jusIT* 2015/53, 133 (136).

125 Vgl auch *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 155; *Andréewitch/Amlacher*, *jusIT* 2015, 133 (136f).

126 So *Riss*, *RdW* 2004, 584ff; *ders* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 10.

127 Vgl auch *Pesek*, wobl 2019, 77 (78f); *ders*, *immolex* 2021, 42; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 15.

ren.¹²⁸ Der Bestandgeber kann daher dort, wo eine besondere Sicherheitsgefahr besteht, zB bei bekannten Sicherheitslücken oder einer drohenden Gefahr im Hinblick auf (veraltete) IoT-Produkte,¹²⁹ oder wo die Herstellung von Sicherheit den Hauptzweck des Vertrags bildet,¹³⁰ verpflichtet sein, den Bestandnehmer im Rahmen der Erhaltungspflicht mit notwendigen (Sicherheits-)Updates zu versorgen. Letztlich ist eine solche Verpflichtung aber zurückhaltend anzunehmen, da sich der Beurteilungszeitpunkt der Brauchbarkeit der Bestandsache stets auf den Vertragsabschlusszeitpunkt bezieht.¹³¹ Die Tatsache, dass Softwareprodukte und andere digitale Elemente aufgrund der Schnelllebigkeit der Digitalisierung rasch veralten, ist in dem Fall hinzunehmen.¹³² Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass der Nutzer idR mit einem Update-fähigen Produkt rechnet und entsprechende Aktualisierungen oftmals im Rahmen des Soll berücksichtigt werden.

Letztlich wird die Verpflichtung des Bestandgebers durch die Tatsache abgeschwächt, dass es sich bei den bestandrechtlichen Erhaltungspflichten um dispositives Recht handelt, das grds vertraglich ausgeschlossen werden kann.¹³³ Sofern die Erhaltungspflicht abbedungen wurde, besteht kein Anspruch auf Verbesserung der Bestandsache.¹³⁴ Im Hinblick auf Verbraucherverträge greift allerdings § 9 Abs 1 KSchG, der normiert, dass die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können.¹³⁵

c) Zwischenfazit

Im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse normiert § 1096 Abs 1 ABGB eine Verpflichtung des Bestandgebers zur Erhaltung des bedungenen Gebrauchs der Be-

128 Vgl dazu nur *Raue*, NJW 2017, 1841 f.

129 So bereits *Andréewitch/Amlacher*, jusIT 2015, 133 (136f); *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, Teil A (2016) 34; *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 155.

130 Etwa bei einer Antivirussoftware, vgl *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 155.

131 Zum Problem der Doppelvergütung bei gleichzeitigem Bestehen eines Pflegevertrages s *Andréewitch/Amlacher*, jusIT 2015/53, 133 (137); *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte, 155f mwN.

132 *Andréewitch/Amlacher*, jusIT 2015, 133 (137); *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte 155; *Manhardt*, Der „Software as a Service“-Vertrag: vertragsrechtliche Aspekte neuer Formen der Softwareüberlassung (2012) 102.

133 *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 8; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 1, 11; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1096 Rz 32; *ders*, immolex 2021, 42 (44) mwN.

134 *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 10; *Vonkilch*, Brauchbarkeit eines Bestandobjekts für Zwecke eines Geschäftslokals, Anmerkung zu OGH 29. I. 2003, 7 Ob 3/03x wobl 2004/86.

135 RIS-Justiz RS0121432; aA *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 8; die in der Erhaltungspflicht eine abdingbare Hauptleistungspflicht und keinen Konflikt mit § 9 Abs 1 KSchG sehen; vgl aber idZ die Ausführungen von *Leupold*, Zur Ausmalpflcht des Mieters, Zak 2010, 103 (104), die sich für eine (analoge) Heranziehung des § 9 Abs 1 KSchG ausspricht und dies mit einem „*gewährleistungsfunktionsnahen Fall*“ rechtfertigt.

standsache während der gesamten Dauer des Bestandverhältnisses. Dabei stellen Updates grds ein taugliches Mittel dar, um den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Softwareproduktes zu erhalten. Da sich § 1096 ABGB aber auf eine statische Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit bezieht, bedeutet das grundsätzlich keine Pflicht zur laufenden Anpassung oder Fortentwicklung. Dennoch kann, in Anlehnung an die bisherige Rsp und Lit, eine Verpflichtung zur Fortentwicklung bzw Aktualisierung bestehen, wenn bestimmte vertragliche Mindeststandards unterschritten werden oder eine Anpassung im Hinblick auf drohende Sicherheitsgefahren geboten scheint.

B. Fazit

Ein Anspruch auf Aktualisierung iS einer Anpassung an den neuesten Stand der Technik und an eine veränderte digitale Umgebung, war/ist dem Gewährleistungsrecht des ABGB grds fremd. Besonders deutlich ist dies im Kaufrecht, wo § 924 ABGB den Zeitpunkt der Übergabe als maßgebliches Moment für das Vorliegen eines Mangels festsetzt.¹³⁶ Sofern Mängel erst nachträglich entstehen, etwa infolge einer späteren technischen Entwicklung, muss der Übergabe grds nicht dafür eintreten, wenn die Software bei Übergabe funktionstüchtig war.¹³⁷ Denkbar ist ein gewährleistungsrechtlicher Anspruch nach ABGB daher lediglich in jenen Fällen, in denen bestimmte technische Entwicklungen vorhersehbar waren und als Eigenschaft berücksichtigt werden hätten sollen und der Mangel damit bereits im Zeitpunkt der Übergabe angelegt war.¹³⁸ Sofern das Softwareprodukt erst aufgrund einer späteren technischen Entwicklung unbrauchbar wird, besteht kein Anspruch auf Gewährleistung. Sofern der Mangel allerdings bereits bei Übergabe angelegt war, hat der Übernehmer zunächst einen Anspruch auf die primären Rechtsbehelfe. Dabei scheint ein Anspruch auf Verbesserung durch Aktualisierung grundsätzlich denkbar, ist die Aktualisierung doch oftmals Mittel der Wahl, da ein Austausch nicht möglich ist und Aktualisierungen kostengünstig und effizient ein-

136 Vgl dazu jüngst *Zöchling-Jud*, ÖJZ 2022, 113 (121) iZm sg Haltbarkeitsmängeln; vgl bereits *dies* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 924 Rz 1; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 924 Rz 1; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 924 Rz 1; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102.

137 *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609 (2612); *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 ff; *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 210; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht² 102; *Rockstroh/Peschl*, NJW 2020, 3345 f; vgl besonders im Hinblick auf spätere Änderungen der Rechtslage, die eine Umstellung der Software erfordern, etwa *Raue*, Reichweite der vertraglichen Pflicht zur Aktualisierung von IT-Lösungen aufgrund von Gesetzesänderungen, CR 2018, 277 (278); *Kremer*, Anpassungspflichten für Software bei Änderungen der Rechtslage, ITRB 2013, 116 (117); *Orthwein/Bernhard*, Mangelhaftigkeit von Software aufgrund Gesetzesänderung? CR 2009, 354 (355 f).

138 So wird etwa grds jedem Produkt eine bestimmte Lebensdauer iS einer verkehrsüblichen Einsatzdauer zugesprochen. Wird die Sache vor Ablauf dieser Zeit unbrauchbar, liegt der Schluss nahe, dass dies auf einen Mangel zurückzuführen ist, der bereits bei Übergabe angelegt war. Vgl dazu nur *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 923 Rz 54; *Wenusch*, Gewährleistung bei der Zusage einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer, ZRB 2018, 13 ff; *I. Welser/Vcelouch*, ecolex 1998, 829.

gespielt werden können. Problematisch ist allerdings, dass nur der Hersteller in der Lage ist ein entsprechendes Update zu programmieren. Das bedeutet, dass sofern Hersteller und Verkäufer auseinanderfallen und der Hersteller nicht kooperiert, dem Verkäufer die Bereitstellung von Updates wohl unmöglich oder zumindest unzumutbar ist, und er den Käufer auf die sekundäre Gewährleistungsebene verweisen kann.

Anders als im Kaufrecht ist die Erhaltung des bedungenen Gebrauchs im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen grds denkbar. Aufgrund der raschen Fortentwicklung der Digitalisierung werden (notwendige) Aktualisierungen oftmals Teil der Soll-Beschaffenheit und gelten daher als geschuldet. Mangels anderer Vereinbarung wird allerdings bloß die Lauffähigkeit zu bestehenden Systemvoraussetzungen geschuldet und hat der Bestandnehmer, aufgrund des statischen Erhaltungsbegriffes des § 1096 ABGB, keinen Anspruch auf Aktualisierung oder Modernisierung der Bestandsache. Unter bestimmten Umständen, dh sofern etwa vertragliche oder gesetzliche Mindeststandards unterschritten werden, kann aber eine Verpflichtung des Bestandgebers zur Anpassung oder Modernisierung grds begründet werden.

III. Gewährleistung Neu: Die Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie

Nahezu zwanzig Jahre nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat der Unionsgesetzgeber zwei Richtlinien zum Verbraucherschutz erlassen: Die Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs und die Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen. Damit wurde das bereits im Dezember 2015 von der Europäischen Kommission begonnene Projekt eines „*neuen Vertragsrechts für den digitalen Binnenmarkt*“¹³⁹ erfolgreich abgeschlossen. Übergeordnetes und erklärtes Ziel der beiden RL ist die Stärkung des digitalen Binnenmarktes zum Nutzen der Verbraucher und Unternehmer, wobei die RL im Wesentlichen das Gewährleistungsrecht behandeln.¹⁴⁰ Mit Inkrafttreten der WKRL wurde nun auch die bisher in diesem Bereich bestehende VGKRL endgültig aufgehoben. Im Unterschied zur VGKRL, die bloß auf eine Mindestharmonisierung abzielte und lediglich gewisse Mindeststandards an Verbraucherschutz vorgab, sind die beiden neuen RL aber vollharmo-

139 Vgl dazu nur die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa vom 6. 5. 2015, COM(2015) 192 final.

140 Hinsichtlich der Regelungsmaterie wurden beide Richtlinienvorschläge bereits zu Beginn als *bescheiden* beschrieben, vgl nur *Zöchling-Jud*, Richtlinienvorschläge aus österreichischer Sicht, in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt 6; *Stabentheiner*, Neues zur Gewährleistung aus Europa – und ein durchwachsenes Resümee, RdW 2019, 577; *Bach*, NJW 2019, 1705 f; *Schulze*, ZEuP 2019, 695 (702); *Gsell*, ZUM 2018, 75 (77).

nisierend¹⁴¹, um ein einheitliches Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten.¹⁴² Anders als im Rahmen der Mindestharmonisierung können die Mitgliedstaaten damit kein höheres Verbraucherschutzniveau schaffen.¹⁴³ Richtigerweise wird der Grundsatz der Vollharmonisierung in der RL aber aufgrund von zahlreichen Ausnahmen abgeschwächt, da andernfalls eine Einigung im Rat nicht zustande gekommen wäre.¹⁴⁴ Wenngleich die Richtlinien das Gewährleistungsrecht nicht neu erfinden und dem bestehenden System grds treu bleiben, so bringen die neuen RL dennoch wesentliche Änderungen für das (österreichische) Zivilrecht.¹⁴⁵

A. Vorgeschichte

Die Bestrebungen eines gemeinsamen Europäischen Vertragsrechts reichen bereits mehr als ein Jahrzehnt zurück und so können beide RL auf eine lange Vorgeschichte zurückblicken.¹⁴⁶ Bereits im Jahr 2008 legte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine vollharmonisierende Verbraucherrechte-RL¹⁴⁷ vor, welche die VGKRL hätte ersetzen sollen – dieser Vorschlag wurde aber letztlich in seinem Umfang wesentlich reduziert und ohne gewährleistungsrechtliche Bestimmungen

141 Art 4 WKRL bzw Art 4 DIRL; vgl auch ErwGr 10 und 25 WKRL bzw ErwGr 11 DIRL; zur Bedeutung der Vollharmonisierung für den Binnenmarkt vgl etwa *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663 (665 ff); *Gsell*, ZUM 2018, 75 (79); zum Grundsatz der Vollharmonisierung vgl *Stabentheiner*, Der Vorschlag für eine Verbraucherrechte-Richtlinie – einige kritische Anmerkungen, Zak 2008, 423 (424f); *Stabentheiner*, Legistik im europäischen Arbeitsfeld, ÖJZ 2010, 263 (264, 267f).

142 Bereits in den letzten Jahren begann die Europäische Kommission bei Richtlinienvorschlägen von der Idee der Mindestharmonisierung abzugehen und auf das System der Vollharmonisierung umzuschwenken (vgl etwa Verbrauchercredit-RL 2008/48/EG; Time-Sharing-RL 2008/122/EG; Verbraucherrechte-RL 2011/83/EH; Pauschalreise-RL 2015/2302/EU).

143 Von der Vereinheitlichung der Verbrauchervorschriften soll erklärterweise auch der Unternehmer im grenzüberschreitenden Handel profitieren, da mit der Beseitigung der vertragsrechtlichen Hindernisse durch die unterschiedlichen Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten, eine Kostensenkung für den Unternehmer einhergehen soll (vgl COM[2015] 634 final, 2); da der Anwendungsbereich der Richtlinien aber nicht auf grenzüberschreitende Fälle beschränkt ist, kann die Förderung des grenzüberschreitenden Handels bloß mittelbare Folge der Vollharmonisierung sein, vgl *Maultzsch*, JZ 2016, 236 (237); *Zöchling-Jud*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission über digitale Inhalte und Fernabsatzkaufverträge aus österreichischer Sicht, in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt 1 (7).

144 Krit *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 116f; *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663 (666); *Gsell*, ZUM 2018, 75 (79); die zahlreichen Ausnahmen von der Vollharmonisierung seien aus Verbrauchersicht grds zu begrüßen, so *Weißensteiner*, ZfRV 2019, 199 (200).

145 Siehe nur *Stabentheiner*, Grundzüge des neuen Verbrauchergewährleistungsrechts ÖJZ 2022, 99 ff; *ders*, ÖJZ 2021, 965 ff.

146 Vgl dazu bereits ausführlich *Zöchling-Jud*, Richtlinienvorschläge aus österreichischer Sicht, in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt 1 ff; *Stabentheiner* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* 3 ff mwN; *Gsell*, ZUM 2018, 75 (77 ff); *Kodek/Leupold*, Gewährleistung Neu 8; *Schulze*, ZEuP 2019, 695 (697 f).

147 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614; vgl zum Richtlinienentwurf *Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009).

verabschiedet.¹⁴⁸ Auch der im Oktober 2011 vorgelegte Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (kurz GEKR)¹⁴⁹, das bloß optional hätte gelten sollten, scheiterte aufgrund des massiven Widerstands einiger Mitgliedstaaten, die ua eine „Vollharmonisierung über die Hintertür“ befürchteten.¹⁵⁰

Im Zuge der Umsetzung der „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“¹⁵¹ unternahm die Europäische Kommission nunmehr einen dritten Anlauf und veröffentlichte am 9. 12. 2015, begleitet von einem Verordnungsentwurf zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten¹⁵², die „Ursprungsversion“ der beiden Richtlinienvorschläge: Den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren¹⁵³ sowie den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte¹⁵⁴. Begleitet wurden die Richtlinienvorschläge von einer Mitteilung der Kommission für ein

148 Vgl RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 2011/304, 64, zuletzt geändert durch die RL (EU) 2015/2303, ABl L 2015/326, 1; s dazu P. Bydłinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012); Wende horst, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, in FS Griss (2011) 717; Stabentheiner/Cap, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, ÖJZ 2011, 1045; ausführlich zur Umsetzung in Österreich Kolba/Leupold, Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 1 ff.

149 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, COM(2011) 635 final; s dazu etwa Wende horst/Zöchling-Jud (Hrsg), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (2012); Schmidt-Kessel (Hrsg), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (2012); Stabentheiner, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Charakteristika und rechtspolitische Aspekte, wbl 2012, 61; Grüblinger, Ein gemeinsames Kaufrecht für Europa – Weichenstellung für die Europäische Zivilrechtsentwicklung? Zak 2012, 343; Stabentheiner, Konzeptionelle Probleme des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, RdW 2013, 13.

150 Der Vorschlag der Kommission für ein GEK wurde unter Ankündigung eines alternativen Vorschlags von der Kommission ausdrücklich zurückgezogen, vgl COM(2014) 910, Anhang II Punkt 60; Tamm/Tonner, Vom Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Kaufrecht im Rahmen des digitalen Binnenmarktes, EWS 2015, 241.

151 Vgl dazu die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa vom 6. 5. 2015, COM(2015) 192 final; vgl zu all dem die Kurzzusammenfassung bei Gsell, ZUM 2018, 75 ff; vgl auch Schulze, ZEuP 2019, 695 (697 f).

152 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt vom 9. 12. 2015, COM(2015) 627 final.

153 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM(2015) 635 final.

154 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final.