

DISKUSSIONEN

Zivilrecht

„Das Vertragsrecht des ABGB und seine Durchsetzung auf dem Prüfstand – Überlegungen im digitalen Zeitalter“

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst

Meine sehr verehrten Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen!

Ich darf Sie im Namen des Österreichischen Juristentags ganz herzlich zu dieser zivilrechtlichen Abteilung begrüßen. Normalerweise würde ich die mir zugedachten zehn Minuten für eine kurze fachliche Einleitung nutzen. Es haben jedoch seit dem letzten Österreichischen Juristentag Ereignisse stattgefunden, die es gebieten, kurz innezuhalten. Am 12. März 2017 ist der erste Vorsitzende der zivilrechtlichen Abteilung, *Heinz Krejci*, verstorben. Am 30. Jänner 2018 ist der zweite Vorsitzende der zivilrechtlichen Abteilung, *Robert Rebhahn*, ebenfalls verschieden. Beide waren dieser Abteilung mit ganzer Seele verbunden. Wir erinnern uns an *Heinz Krejci*, der den letzten Juristentag durch sein unermüdliches Engagement geprägt hat. *Robert Rebhahn* hat die Planung für diesen Juristentag ganz wesentlich mitgestaltet. Wenige Tage vor seinem – für uns dann doch überraschenden – Tod hat er noch wesentliche Schritte gesetzt und an Telefonkonferenzen teilgenommen. Ich möchte Sie bitten, sich im Gedenken an die Verstorbenen kurz gemeinsam mit mir zu erheben.

Ich danke Ihnen, dass Sie sich zum Gedenken an die Verstorbenen erhoben haben.

Meine Damen und Herren! Das Vertragsrecht des ABGB befindet sich im digitalen Zeitalter auf dem Prüfstand. In fast allen europäischen Staaten wird derzeit intensiv diskutiert, ob und welchen Anpassungsdruck die Digitalisierung auf das Recht ausübt, und es ist wichtig, dass sich auch Österreich, und der Österreichische Juristentag, diesem Diskurs widmen. Österreich hat hier aus einer Reihe von Gründen sogar keine schlechte Chance, diese internationalen Entwicklungen wesentlich mitzuprägen. Als wir das Thema formulierten, hatten wir einen gewissen Anfangsverdacht, wonach das österreichische ABGB infolge seines naturrechtlichen Geistes und auch der Weite seiner Bestimmungen vermutlich besser geeignet ist als so manche benachbarte Kodifikation, auch der Digitalisierung gewachsen zu sein. Nichtsdestotrotz konnten wir es bei diesem Anfangsverdacht nicht bewenden lassen, sondern die Thematik musste intensiv wissenschaftlich analysiert werden, und das ist erfolgt. Ich darf an dieser Stelle der Gutachterin, *Brigitta Zöchling-Jud*, und dem Gutachter, *Nikolaus Forgó*, für ihr äußerst fundiertes Gutachten herzlich danken. Ich glaube, dass die umfassende Aufarbeitung dieser Thematik von großer Wichtigkeit ist. Im Großen und Ganzen haben die Gutachten auch gezeigt, dass sich von unserem Anfangsverdacht von der Bewährung des ABGB vieles bestätigt hat.

Ich denke auch, dass sich dieses Thema hervorragend in das Generalthema „Bewährung des Rechtsstaates“ einfügt. Denn es geht hier nicht um juristisch-technische Details, sondern um nichts weniger als um die Eignung des Rechtsstaates und des staatlichen Rechts ganz allgemein, unsere Umwelt adäquat zu erfassen. Es geht darum, ob weiterhin demokratisch legitimierte Gesetzgeber die wesentlichen Spielregeln festlegen, oder ob unsere Umwelt und unser Zivilrecht in Zukunft durch die AGBs multinationaler Konzerne, Blockchains, usw definiert wird. Ich glaube, diese Frage ist für unsere Zukunft von äußerster Wichtigkeit, und ich darf den Gutachtern nochmals äußerst herzlich für ihre Bemühungen danken.

Ich danke auch allen Referentinnen und Referenten, deren Vorträge wir in den nächsten Tagen hören werden. Für diejenigen von Ihnen, die heute möglicherweise zum ersten Mal einer zivilrechtlichen Abteilung beiwohnen, möchte ich noch einmal den Ablauf erläutern. Gedacht ist, dass Sie das Gutachten und zumindest seine Thesen im Wesentlichen gelesen haben. Wir wissen natürlich, dass dies in der Hektik des Alltags gelegentlich nicht möglich ist. Deswegen haben wir die Thesen noch einmal draußen ausgelegt und Sie können diese während der Vorträge und Diskussionen noch einmal nachlesen. Das neuerliche Vortragen des Gutachtens ist somit nicht angedacht, vielmehr liegt der Fokus nun auf der Diskussion der Gutachten durch den Österreichischen Juristentag. Die Referentinnen und Referenten beleuchten jeweils bestimmte Aspekte, stimmen den Thesen des Gutachtens zu oder reflektieren sie kritisch, und die gleiche Aufgabe kommt auch Ihnen zu. Der Österreichische Juristentag ist somit eine lebendige Gemeinschaft, dessen Diskussion zu bestimmten Ergebnissen führt. Diese können, müssen aber nicht mit den Thesen, die hier vorliegen, übereinstimmen.

Damit möchte ich auch unmittelbar zum ersten Referat überleiten. *Constanze Fischer-Czermak* ist Vorständin des Instituts für Zivilrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Wien, sie ist Mitglied im Vorstand des Österreichischen Juristentags, als Gutachterin eines wichtigen ÖJT-Gutachtens hervorgetreten und muss hier vermutlich nicht weiter vorgestellt werden. Sie wird eine umfassende Einführung in Kodifikationsfragen geben und die Frage stellen, was die Digitalisierung für die Vertragsstrukturen bedeutet, und was der Wandel der Vertragsstrukturen für das ABGB bedeutet.

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak

Vielen Dank für die Einleitung.

Wandel der Vertragsstrukturen als Kodifikationsproblem

I. Einleitung

Im November 2002 wurde mit dem Symposium „Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend“ der Diskussionsprozess über die Notwendigkeit einer Reform des ABGB eingeleitet. Dabei ging es auch um die Frage, ob die im ABGB geregelten Ver-

tragstypen den in der Praxis entwickelten Verträgen noch gerecht werden konnten. Damals hat man freilich an Leasing, Factoring oder Franchising gedacht und an deren rechtliche Probleme in einer analogen Welt. In den seither vergangenen fast 16 Jahren ist die Digitalisierung rasant vorangeschritten, ein Meilenstein war sicher die Einführung des iPhones im Jahr 2007, das zu einer verstärkten Verbreitung des Smartphones geführt hat. Heute sind wir mitten in einer Weiterentwicklung der Digitalisierung, die unter der Bezeichnung „Industrie 4.0“ eine vierte industrielle Revolution einleiten soll, in der intelligente und digital vernetzte Systeme eine weitgehend selbstorganisierte Produktion ermöglichen, die aber auch vor privaten Haushalten nicht Halt macht, wenn wir nur an den immer wieder erwähnten Kühlschrank denken, der selbständig die Milch bestellt.

Wir stehen also wiederum vor der Frage, ob das Vertragsrecht des ABGB ein Update braucht: Wird es dem digitalen Zeitalter noch gerecht? Die Antwort darauf stellt Juristen vor neue Herausforderungen, gilt es doch zunächst technische Begriffe zu verstehen, um die Sachverhalte zu ergründen, die man letztlich einer rechtlichen Beurteilung unterziehen will. Man könnte sie auch als „digitale Sachverhalte“ bezeichnen. Das fällt besonders schwer, wenn man – wie ich – kein intensiver User der neuen digitalen Errungenschaften ist und die Mitgliedschaft in sozialen Netzwerken hartnäckig ablehnt. Die nähere Beschäftigung mit diesem Thema hat mir aber bewusst gemacht, wie sehr ich dennoch in die digitale Welt verstrickt bin. Auf Google als Suchmaschine möchte ich doch nicht verzichten, zumal man da mitunter schneller fündig wird als auf Rechtsdatenbanken. Ebenso erweisen sich „Willhaben“ oder „Booking.com“ manchmal als sehr praktisch. Und schon betritt man die Welt der Plattformen, akzeptiert auch als Jurist Nutzerbedingungen, ohne sie zu lesen, um schneller beim Suchen voranzukommen, kümmert sich nicht weiter darum, mit wem man einen Vertrag abschließt, solange die Leistung vordergründig kein Geld kostet und gibt gleichzeitig Informationen von sich preis. Die unvermeidliche, personalisierte Werbung, mit der man daraufhin beim nächsten Suchvorgang beglückt wird, nimmt man nolens volens als Preis für die Bequemlichkeit hin.

Wenn man vom „Wandel der Vertragsstrukturen als Kodifikationsproblem“ im digitalen Zeitalter spricht, bedarf es zunächst einer Präzisierung, um welche digitalen Sachverhalte es dabei geht. In Anlehnung an das Gutachten kann man beim Vertragsgegenstand ansetzen, der sich geändert hat. Nicht körperliche Sachen, sondern digitale Inhalte sind Vertragsgegenstand. Auch beim Internet der Dinge geht es um den Vertragsgegenstand, der – vereinfacht gesagt – in vernetzten Waren besteht. Das besondere Problem liegt hier aber in der Aufspaltung von Vertragsbeziehungen.¹ Ein weiteres Phänomen der digitalen Welt sind die Online-Plattformen, die den Abschluss ganz unterschiedlicher Verträge ermöglichen, wobei dem Nutzer ei-

¹ Vgl. Wendehorst, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge. Teil 2: Wissenschaftliches Gutachten, in *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (Hrsg), Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge (2016), www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/Wendehorst-Gutachten.pdf 72f.

ner Plattform oft nicht bewusst ist, mit wem er einen Vertrag schließt oder, dass er überhaupt in eine vertragliche Beziehung eintritt. Gerade bei Plattformverträgen verschwimmen oft die Grenzen zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit, indem der Nutzer – untechnisch gesprochen – „mit Daten zahlt“.

Erfordern diese Sachverhalte die Kodifikation neuer gesetzlicher Vertragstypen oder zumindest einer Überarbeitung der allgemeinen Bestimmungen für entgeltliche Verträge? Ich möchte im Folgenden einige Gedanken zur Beantwortung dieser Frage beitragen und dabei auch vergleichbare Probleme in der analogen Welt im Blickwinkel haben, weil allgemeine Lösungen speziellen Regeln für eine bestimmte Technologie vorzuziehen sind.

II. Wann besteht ein Regelungsbedarf?

Unabhängig von digitalen Sachverhalten stellt sich die grundsätzliche Frage, wann neue, im rechtsgeschäftlichen Verkehr entwickelte Verträge, einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Schon die Verfasser des ABGB standen vor dem Problem, dass sie nicht alle Vertragsarten kodifizieren konnten. Man war sich der Schwierigkeit bewusst, dass jede Art von Verträgen unzählig viele Modifikationen zulässt. In der Diskussion wurden zunächst zwei Extrempositionen vertreten: Die einen waren der Ansicht, dass der Gesetzgeber gar nichts bestimmen, sondern alles der Verabredung der Parteien überlassen sollte. Dem wurde entgegengehalten, dass dies zwar die einfachste Lösung wäre, aber voraussetzen würde, dass alle Menschen zu jeder Zeit so dächten, redeten und handelten, wie sie denken, reden und handeln sollten, dass man dann aber gar kein Gesetzbuch bräuchte. Da eine derartige Idealvorstellung nicht der Wirklichkeit entsprach, wurde dieser Gedanke verworfen. Der andere extreme Standpunkt war, der Gesetzgeber sollte alle möglichen Arten von Verträgen in wenige Formeln einengen, um so Prozesse zu vermeiden und die Rechtsprechung zu erleichtern. Auch diese Meinung setzte sich nicht durch, weil es nicht gelingen konnte, das unermessliche Feld an denkbaren Verträgen abzugrenzen. Daraus folgte die Erkenntnis, dass es die große, aber schwere Kunst des Gesetzgebers sei, „nicht zu wenig und nicht zu viel zu tun“. Das Ergebnis dieser Diskussion war, dass der Gesetzgeber das Augenmerk auf jene Verträge legte, die durch lange Beobachtung mit Hilfe der Rechtsgelehrten als die gewöhnlichen Arten ermittelt wurden. Die selteneren Abarten sollten mit Hilfe der Regeln über die bekannteren Vertragsarten beurteilt werden.²

Im Laufe der Zeit hat die Vertragspraxis eine Vielfalt neuer Vertragstypen geschaffen, die als solche gesetzlich nicht geregelt sind. Man spricht hier auch von Innominatekontrakten. Das können entweder „gemischte Verträge“ sein, die die essentialia negotii mehrerer gesetzlich geregelter Verträge enthalten, oder Verträge sui generis, die gänzliche Neuschöpfungen sind.³ Wie die Verfasser des ABGB müssen wir daher

2 Vgl zu all dem Ofner, Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches II (1889) 2 f.

3 Dieser Terminologie folgt Kramer, Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominateverträge, in Kramer (Hrsg), Neue Vertragsformen der Wirtschaft,

immer wieder die Frage beantworten, ob neu entwickelte Vertragstypen kodifiziert werden sollen und wenn ja, welche. Um das zu klären, muss zunächst der Regelungsbedarf ermittelt werden. Dazu muss zunächst geprüft werden, ob es sich bei einem in der Praxis entwickelten Vertrag überhaupt um einen neuen Vertragstyp handelt. Das ist zu verneinen, wenn die Subsumtion eines Rechtsgeschäfts unter einen gesetzlichen Vertragstyp unproblematisch ist, auch wenn einzelne Vertragsbestimmungen von der gesetzlichen Regelung abweichen. Von einem neuen Vertragstyp kann man erst dann sprechen, wenn die Einordnung unter einen gesetzlich geregelten strittig ist oder der Vertrag unbestritten keinem gesetzlichen Vertragstyp zugeordnet werden kann.⁴ Auch das erfordert nicht notwendig ein Tätigwerden des Gesetzgebers, weil die Typenfreiheit im Schuldrecht Innominatkontrakte zulässt. Lassen sich auftretende Probleme unter Heranziehung der Regeln für verwandte Verträge oder durch Rückgriff auf allgemeine Bestimmungen lösen, sind gesetzgeberische Aktionen nicht erforderlich. Abgesehen von diesen Überlegungen muss der österreichische Gesetzgeber natürlich tätig werden, wenn sich aus neuen Richtlinien ein Umsetzungsbedarf ergibt. Beispiele dafür sind der Pauschalreisevertrag und der Teilzeitnutzungsvertrag.⁵

Besteht nach dem eben Gesagten ein Bedarf an einer gesetzlichen Regelung, muss schließlich geklärt werden, in welchem Gesetz diese erfolgen soll. Unabhängig davon, wie man sonst zur Integration, besser Reintegration, von Sonderprivatrechten in das ABGB steht⁶, sollte auf den beteiligten Personenkreis abgestellt werden. Hier gibt es drei Möglichkeiten: Die Vertragsparteien sind entweder zwei Verbraucher, zwei Unternehmer oder ein Unternehmer und ein Verbraucher. Verträge über digitale Inhalte werden regelmäßig zumindest auf einer Seite von einem Unternehmer abgeschlossen. Auf der anderen Seite kann ein Verbraucher oder ein Unternehmer stehen. Verträge, die sowohl als Verbraucher- als auch als reine Unternehmerge schäfte vorkommen, sollten im ABGB geregelt werden, weil es für alle Personenkreise gilt. Das KSchG oder ein anderes Verbrauchergesetz wäre der falsche Ort, weil es ein Sondergesetz für Verbrauchergeschäfte ist, der Vertrag aber auch zwischen zwei Unternehmern bestehen kann. Ebenso wenig ist das UGB passend, wenn derartige Verträge auch von Verbrauchern abgeschlossen werden. Die Regelung im ABGB hindert nicht daran, Verbraucher besonders zu schützen, indem der Gesetzgeber manche Bestimmungen ihnen gegenüber für zwingend erklärt. Ob diese Anord-

Leasing, Factoring, Franchising² (1992) 23 ff; *Barta*, Zivilrecht, Einführung und Grundriss (2000) 184, setzt hingegen Verträge sui generis mit Innominatkontrakten gleich und zählt mehrtypische Verträge nicht dazu.

4 *Fischer-Czermak*, Kodifikation neuer Vertragstypen – Kodifikationsproblematik aus österreichischer Sicht, in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2003) 157 (160).

5 Die Sondergesetze regeln aber nur bestimmte Aspekte dieser Verträge, und enthalten keine zivilrechtliche Einordnung.

6 Vgl dazu die Beiträge von *Lurger*, Integration des Verbraucherrechts in das ABGB? in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer* 111 ff und *Schauer*, Integration des Handels- und Unternehmensrecht in das ABGB? in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer* 137 ff, die gute Gründe für eine Integration anführen.

nung, wie zB im Gewährleistungsrecht, durch eigene Normen im KSchG erfolgen soll, ist eine andere Frage.

III. Verträge über digitale Inhalte im Allgemeinen

A. Kein eigener Vertragstyp

Wendet man diese grundsätzlichen Überlegungen auf Verträge über digitale Inhalte an, stellt sich zunächst die Frage, ob wir es mit neuen Vertragstypen zu tun haben. In Anlehnung an die geplante Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Digitale Inhalte-RL)⁷ sprechen wir von Verträgen über digitale Inhalte, wenn Daten in digitaler Form bereitgestellt werden (zB Videoinhalte, digitale Spiele und andere Software) oder digitale Dienstleistungen im Hinblick auf bereitgestellte Daten erbracht werden (Art 1 und Art 2 Digitale Inhalte-RL). Da die Richtlinie die rechtliche Einordnung solcher Verträge nicht regelt, stünde es dem nationalen Gesetzgeber frei, einen eigenen Vertragstyp für Verträge über digitale Inhalte zu schaffen. Die Notwendigkeit eines derartigen Vertrages wird aber überwiegend abgelehnt.⁸ Auch das Gutachten gelangt zu dem Ergebnis, dass kein eigener Vertragstypus für Verträge über digitale Inhalte geschaffen, sondern geprüft werden soll, ob das allgemeine Schuldrecht einer Anpassung bedarf.⁹ Die dafür vorgebrachten Argumente sind überzeugend. Sie setzen bei dem Befund an, dass es keinen typischen Vertrag über digitale Inhalte gibt,¹⁰ weil ein Vertrag nicht dadurch geprägt wird, auf welches Gut er sich bezieht,¹¹ sondern welche Hauptleistungspflichten bestehen.¹² Da diese auch bei einem digitalen Vertragsgegenstand dem Kaufvertrag, dem Werkvertrag, dem Dienstvertrag oder der Miete entsprechen können,¹³ ist eine Subsumtion unter einen gesetzlich geregelten Vertrag meist unproblematisch. Selbst wenn keine eindeutige Zuordnung möglich ist, weil ein gemischter Vertrag vorliegt, beruht die rechtliche Einordnung auf den Vertragspflichten und nicht auf dem Leistungsgegenstand. Würde man bei diesem ansetzen und Verträge über digitale Inhalte als eigenen Vertragstyp behandeln, wären neue Ab-

7 Vgl dazu: Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (erste Lesung) – Allgemeine Ausrichtung 2015/0287 (COD) 9901/17 ADD 1; Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), A8-0375/2017.

8 Faust, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? 71. DJT Band I (2016) A 91; aA Bartsch, Dauerschuldverhältnisse für digitale Dienste im B2B-Bereich, 71. DJT Band II/1 (2017) K 28.

9 Zöchling-Jud in Forgó/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter, 20. ÖJT Band II/1, 174.

10 Zöchling-Jud in Forgó/Zöchling-Jud, 20. ÖJT II/1, 173.

11 Faust, 71. DJT Band I A 15.

12 Zöchling-Jud in Forgó/Zöchling-Jud, 20. ÖJT II/1, 173.

13 Schmitt, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte (2017) 71 ff.

grenzungsschwierigkeiten vorprogrammiert: Während der entgeltliche Erwerb eines Benzin-Rasenmähers eindeutig ein Kaufvertrag ist, wäre die Einordnung desselben Vertrages über einen smarten Rasenmäher (Rasenroboter) schon zweifelhaft, weil hier auch digitale Inhalte erworben werden.

B. Dauerschulverhältnisse

Der digitale Vertragsgegenstand als solcher rechtfertigt daher nicht die Schaffung eines eigenen Vertragstyps. Verträge über digitale Inhalte sind aber häufig Dauerschuldverhältnisse, sodass geprüft werden muss, ob das ABGB Regelungen für dabei auftretende Konflikte bereithält. Klammt man die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Ehepakte und Glückerverträge aus, so sind mehr als die Hälfte der ab dem 18. Hauptstück geregelten besonderen Verträge Dauerschuldverhältnisse. Dennoch sind die allgemeinen Bestimmungen über entgeltliche Verträge, die §§ 917ff ABGB, in erster Linie auf Zielschuldverhältnisse zugeschnitten.¹⁴ So passt der Rücktritt nach § 918 ABGB bei einem Dauerschuldverhältnis nur für die Zeit vor Beginn des Abwicklungsstadiums.¹⁵ Ebenso werden die Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922ff ABGB Dauerschuldverhältnissen nicht gerecht. Für Dauerschuldverhältnisse enthält das ABGB keine allgemeinen Bestimmungen über Leistungsstörungen. Das liegt wohl daran, dass das Dauerschuldverhältnis als Rechtsfigur erst Anfang des 20. Jahrhunderts von der Zivilrechtsdogmatik entdeckt wurde.¹⁶ Dementsprechend finden sich Regelungen nur bei den einzelnen Dauerschuldverhältnissen. Lehre und Judikatur haben daraus durch Rechtsanalogie allgemeine Grundsätze entwickelt, wie die Möglichkeit der Auflösung aus wichtigem Grund.

Im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse regt das Gutachten eine über die Umsetzung der Digitale Inhalte-RL hinausgehende Reform im allgemeinen Schuldrecht an. Da Dauerschuldverhältnisse auch außerhalb von Verbraucherträgen über digitale Inhalte vorkommen, wird vorgeschlagen, die wesentlichen Rechtsfragen im ABGB zu regeln, wie die ordentliche und außerordentliche Kündigung und deren Wirkung ex-nunc.¹⁷ Der DJT 2016 widmete sich sogar in einem eigenen Referat den Dauerschuldverhältnissen für digitale Dienste, das ebenfalls in dem Vorschlag mündete, in das allgemeine Schuldrecht weitere Regelungen für Dauerschuldverhältnisse einzuführen, aber auch Sonderbestimmungen für Dauerschuldverhältnisse über digitale Dienste empfiehlt.¹⁸ Die Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen regelt das BGB derzeit schon in § 314 BGB. Am DJT 2016 wurde der Vorschlag angenommen, die Bestimmung um ein ordentliches Kündigungsrecht von drei Monaten zu ergänzen und eine Sonderregelung für digitale Dienste zu schaffen.¹⁹

14 Gschmitzer, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, JherJB 76 (1926) 317 ff (330) zitiert bei Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005) 45 FN 6.

15 Gschmitzer in Klang² IV/1, 446; Riss, Erhaltungspflicht 293.

16 Ausführlich Riss, Erhaltungspflicht 44 ff und 64 ff.

17 Zöchling-Jud in Forgó/Zöchling-Jud, 20. ÖJT II/1, 231.

18 Bartsch, 71. DJT II/1 K 28 f.

19 71. Deutscher Juristentag Essen 2016, Beschlüsse, Beschlusspunkt 23.

Ob es sinnvoll ist, einen allgemeinen Teil für Dauerschuldverhältnisse in ein Gesetzbuch aufzunehmen, ist strittig.²⁰ Dagegen wird eingewendet, dass es hier keine Möglichkeit für generelle Regelungen gebe, weil Dauerschuldverhältnisse derart facettenreich sind, dass sie nicht auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können.²¹ ME könnten allgemeine Bestimmungen über Dauerschuldverhältnisse nur die von Lehre und Judikatur entwickelten Grundsätze festhalten. Das gilt zunächst für das außerordentliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grund und die Wirkung der Kündigung ex nunc. Eine vertragsunabhängige Regelung des ordentlichen Kündigungsrechts bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen müsste sich auf die Feststellung beschränken, dass es ein solches gibt, weil die Festlegung einer Kündigungsfrist von der Art des Vertrages und dem Vertragsgegenstand abhängt, sodass die Normierung einer allgemeinen Kündigungsfrist willkürlich anmutet. Das gilt auch für die vom DJT vorgeschlagene Kündigungsfrist von drei Monaten. Warum nicht zwei oder vier Monate? Wenn sich der Gesetzgeber zu allgemeinen Bestimmungen für Dauerschuldverhältnisse entschließt, sollte aber auch die Geschäftsgrundlagenproblematik geregelt werden.

C. Umsetzung der Digitalen Inhalte-RL

Die Diskussion über einen Regelungsbedarf für Dauerschuldverhältnisse ist nicht neu und besteht unabhängig von Verträgen über digitale Inhalte. Die Umsetzung der Digitale Inhalte-RL bietet aber Anlass für den Gesetzgeber, aktiv zu werden. Womit wir bei der Frage sind, wo diese Richtlinie umgesetzt werden soll. Nach dem beteiligten Personenkreis wäre die logische Antwort das ABGB, weil Verträge über digitale Inhalte sowohl Verbraucher- als auch Unternehmerge schäfte sein können. Da es in der Richtlinie primär um die Vertragsmäßigkeit und die Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit geht,²² wäre auch von der Regelungsmaterie eine Umsetzung im ABGB naheliegend, um einen Gleichklang mit der Verbrauchsgüterkauf-RL²³ herzustellen. Das Gutachten weist aber zu Recht darauf hin, dass der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum inhaltlich und sprachlich beschränkt ist, weil die Digitale Inhalte-RL – anders als noch die Verbrauchsgüterkauf-RL – eine Vollharmonisierung vorsieht, und schlägt daher die Umsetzung in einem eigenen Gesetz vor.²⁴ Ich will hier keine Diskussion darüber anregen, ob eine Integration des Verbraucherprivatrechts in das ABGB²⁵ besser ist oder nicht als eine umfassende Neukodifikation des Verbraucherprivatrechts,²⁶ dazu bedürfte es eines eigenen Juristentages. Das

20 Vgl Riss, Erhaltungspflichten 45.

21 MwN bei Riss, Erhaltungspflicht 46 FN 10.

22 Zöchling-Jud in Forgó/Zöchling-Jud, 20. ÖJT II/1, 94.

23 RL1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 31999/171, 12 idF ABl L 32011/304, 64.

24 Forgó/Zöchling-Jud in Forgó/Zöchling-Jud, 20. ÖJT II/1, 395 These 16.

25 So Lurger in Fischer-Czemak/Hopf/Schauer 128ff, 132.

26 So Wendehorst, Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte, in Jud/Wendehorst (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009) 182 ff.

Gutachten führt zahlreiche Argumente an, die für eine Umsetzung in einem Sondergesetz sprechen, räumt aber ein, dass das nur eine vorübergehende Lösung sein könnte („für den Moment“).²⁷ Die endgültige wird wohl auch davon abhängen, ob die geplante Warenhandel-RL²⁸ kommt, die die bestehende Verbrauchsgüterkauf-RL ersetzen soll und ebenfalls vollharmonisierend wäre.²⁹ In diesem Fall müsste ohnedies das Gewährleistungsrecht des ABGB überprüft werden. Dann sollte auch die endgültige Entscheidung fallen, ob beide Richtlinien im ABGB umgesetzt werden oder in einem eigenen Gesetz für Verbraucher. Auch wenn es legistisch mühsamer ist, wäre die Umsetzung im ABGB zu begrüßen, weil es der richtige Ort für die Regelung der Gewährleistung ist, die an die vereinbarte Leistung anknüpft und nicht an die beteiligten Personen.

IV. Verträge über vernetzte Waren

A. Aufspaltungsrisiko

Durch den weiten Sachbegriff des ABGB (§ 285) bereitet es kein Problem, dass Gegenstand eines Kauf- oder Mietvertrages keine körperliche Sache ist. Das muss auch für hybride Produkte gelten, das sind körperliche Sachen, die nur im Zusammenwirken mit digitalen Inhalten funktionieren. Es handelt sich um Gegenstände mit eingebetteter, auf anderen Geräten des Erwerbers installierter (zB eine Steuerungsapp auf dem Smartphone) oder ausgelagerter Software (externer Speicherort), die das Produkt mit dem Internet verbindet, sodass eine Steuerung über ein Netzwerk möglich ist.³⁰ Man spricht hier auch von vernetzten Waren, hybriden oder „smarten“ Produkten³¹. Die Verknüpfung dieser sogenannten „intelligenten Gegenständen“, die in einer internetähnlichen Struktur unmittelbar miteinander oder auch mit menschlichen Teilnehmern kommunizieren, wird als „Internet der Dinge“ (Internet of Things, IoT) bezeichnet.³²

Beim Erwerb dieser vernetzten Waren stoßen wir auf die Besonderheit, dass ihr bestimmungsgemäßer Gebrauch in der Regel nur durch den Abschluss mehrerer Verträge erreicht werden kann. Wir haben es nicht mehr, wie es *Wendehorst* formu-

27 *Zöchling-Jud* in *Forgó/Zöchling-Jud*, 20. ÖJT II/1, 105 f.

28 Vgl dazu: Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels, zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, COM(2017) 637 final.

29 *Zöchling-Jud* in *Forgó/Zöchling-Jud*, 20. ÖJT II/1, 93.

30 *Zöchling-Jud* in *Forgó/Zöchling-Jud*, 20. ÖJT II/1, 273.

31 *Wendehorst*, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? (2016) 51 f; *Zöchling-Jud* in *Forgó/Zöchling-Jud*, 20. ÖJT II/1, 273.

32 Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15. 5. 2017 (2017), https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustArt.pdf, 100.

liert, mit einem bipolaren Verhältnis zwischen einem Verkäufer, Dienstleister, usw auf der einen Seite und einem Erwerber bzw Nutzer auf der anderen Seite zu tun.³³ Der Erwerber steht vielmehr sowohl dem Händler gegenüber, von dem er einzelne Produktkomponenten kauft, als auch dem Hersteller oder einem sonstigen Dritten, der ihm im Wege einer meist elektronisch abgeschlossenen Endnutzervereinbarung weitere Komponenten zur Verfügung stellt, die zum Funktionieren des Produkts notwendig sind. Man spricht hier auch vom hybriden Vertrieb.³⁴ Häufig wird die Endnutzervereinbarung im Zuge der ersten Aktivierung des gekauften Produkts abgeschlossen, zB wenn ein Smartphone erstmalig konfiguriert wird.³⁵

Verträge über vernetzte Waren führen daher zu einem Aufspaltungsrisiko des Erwerbers, das deshalb besteht, weil das Produkt nur dann funktioniert, wenn alle Vertragspartner ihre Leistungen ordnungsgemäß erbringen. Bei einer Funktionsstörung kann der Erwerber nur schwer die Ursache feststellen, also welcher Vertragspartner dafür verantwortlich ist. Das Gutachten sieht darin aus der Sicht des Erwerbers das Hauptproblem solcher Verträge,³⁶ sodass ich mich darauf konzentrieren möchte. Die im Rahmen des hybriden Vertriebs abgeschlossenen einzelnen Verträge lassen sich bekannten Vertragsarten zuordnen (zB Kauf- und Lizenzvertrag), sodass keine neuen Vertragstypen vorliegen. Sind daher andere gesetzgeberische Maßnahmen notwendig oder wünschenswert, um den Erwerber vor dem Aufspaltungsrisiko zu schützen? Handelt es sich dabei überhaupt um ein besonderes Problem der Digitalisierung?

Zu einem Aufspaltungsrisiko durch mehrere Verträge kann es auch in der analogen Welt kommen. Wer ein Haus baut und sich keines Generalunternehmers bedient, steht regelmäßig mehreren Vertragspartnern gegenüber: Baumeister, Zimmermann, Dachdecker, Installateur, Elektriker usw. Wenn zB die Bodenheizung nicht funktioniert kann das auf einem Fehler des Installateurs oder des Elektrikers beruhen. Unabhängig davon, dass die Fehlerermittlung schwierig sein kann, ist einleuchtend, dass nur derjenige dafür einstehen muss, der fehlerhaft geleistet hat. Das hängt davon ab, wozu sich jeder verpflichtet hat. Wer Vertragspartner welcher Leistung ist, muss daher durch Auslegung der einzelnen Verträge ermittelt werden. Maßgebend ist der objektive Empfängerhorizont. Das gilt auch für den hybriden Vertrieb.

Dass mehrere Verträge notwendig sind, damit die Sache bestimmungsgemäß gebraucht werden kann, ist bei näherer Betrachtung ebenfalls kein Alleinstellungsmerkmal für hybride Produkte. Wenn wir als Beispiel den Rasenmäher nehmen, wäre der Rasenroboter, den man über eine App steuern kann und der selbstständig den Rasen mährt, ein vernetztes Ding. Seine Vorfahren, der Benzinrasenmäher und der elektrische Rasenmäher, gehören hingegen der analogen Welt an. Um sie in Betrieb zu nehmen, bedarf es dennoch außer dem Kaufvertrag über sie weiterer Verträge: Für den Benzinrasenmäher muss Treibstoff erworben werden und der elektrische Rasenmäher wird nicht funktionieren, wenn man keinen Stromlieferungsvertrag

33 Wendehorst in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Digitaler Binnenmarkt 50.

34 Wendehorst in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Digitaler Binnenmarkt 56f.

35 Wendehorst in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Digitaler Binnenmarkt 51.

36 Zöchling-Jud in *Forgó/Zöchling-Jud*, 20. ÖJT II/1, 278.