

VERHANDLUNGEN DES ZWANGZIGSTEN ÖSTERREICHISCHEN
JURISTENTAGES SALZBURG 2018

Band II/1

Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter

Gutachten

erstattet von

Dr. Nikolaus Forgó
Universitätsprofessor, Wien

Dr. Brigitta Zöchling-Jud
Universitätsprofessorin, Wien

Abteilung Zivilrecht



Wien 2018
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	15
Literaturverzeichnis	17
Verzeichnis Europäischer Rechtsakte	46

1. Kapitel: Einleitung (*Forgó/Zöchling-Jud*)

I. Das digitale Zeitalter	63
II. Empirische Ausgangsbedingungen	64
A. „Unentgeltlichkeit“	64
B. Plattformabhängigkeit	65
C. Ablösung von Ziel- durch Dauerschuldverhältnisse	67
D. Grenzüberschreitung und Globalisierung	68
E. Geoblocking und Portabilität	70
F. Datenzusammenführung, Verschneidung	70
G. Netzwerkeffekte, Trend zum Monopol	71
H. Informationsasymmetrien	72
I. „Entbetrieblichung“, Scheinselbständigkeit, Arbeitsrecht	72
J. Durchsetzungsschwierigkeiten	72
III. Europarechtliche Überformung	73
A. Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes	74
B. Urheberrecht	75
1. Status Quo	75
2. Portabilität von Online-Inhaltediensten (VO 2017/1128/EU)	76
3. Geplante Rechtsakte	78
C. Datenschutzrecht	79
D. E-Commerce	80
1. E-Commerce-RL 2000/31/EG	80
2. Identitäts- und Vertrauensdienste	81
3. NIS-RL	83
4. Geoblocking-VO	84
5. Grenzüberschreitende Paketzustellung	85
E. Virtuelle Währungen	85
F. Datenwirtschaft	86
G. Verbrauchervertragsrecht	88
1. Verbraucherrechte-RL und Fernabsatzfinanz- dienstleistungs-RL	88
2. REFIT und Reform der Verbraucherrechte-RL	89
3. Der Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts	90
4. Strategie für den digitalen Binnenmarkt	91
5. Die Entwürfe einer Warenhandel-RL und einer Digitale Inhalte-RL im Besonderen	92
a) (Online-)Warenhandel-RL	93
b) Digitale Inhalte-RL	94
6. Zusammenarbeit im Verbraucherschutz	94

H.	Empfehlung der OECD zum Verbraucherschutz im E-Commerce.....	95
IV.	Rechtsvergleichende Beobachtungen	96
A.	USA	96
B.	Europa.....	97
1.	Großbritannien.....	97
2.	Irland	98
3.	Niederlande.....	98
4.	Deutschland.....	99
V.	Nationale Initiativen	99
VI.	Grundsätzliche Überlegungen zur Reform des ABGB	101
A.	Reform des nationalen Zivilrechts?	101
B.	Zeitpunkt der Reform.....	101
C.	Reformüberlegungen für das ABGB?	102
1.	ABGB und Privatrechtskodifikation.....	102
2.	ABGB und Verbraucherprivatrecht	103
3.	Überlegungen zur Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte	104
D.	Gang der Untersuchung	107

2. Kapitel: Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen (*Forgó*)

I.	Datenschutzrecht	109
A.	EU-Grundrechte-Charta.....	109
B.	Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).....	110
1.	Recht auf Löschung und auf Vergessenwerden	110
2.	Recht auf Datenübertragbarkeit	112
3.	Privacy Breach Notification.....	113
4.	Rechtsbeihilfe	113
5.	Haftung und Schadenersatz	114
C.	Richtlinie 2016/680/EU	115
D.	Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018	115
II.	E-Privacy-Verordnung	116
A.	Überblick	116
B.	Bewertungen	121
1.	EDPS	121
a)	Funktionale Äquivalenz.....	121
b)	Einwilligung.....	123
c)	Schlussfolgerung	125
2.	<i>Art 29 Arbeitsgruppe</i>	125
3.	Diskussion in der Literatur	126
a)	Überblick	126
b)	OTT-Dienste	128
C.	Stand des Normgebungsverfahrens	130
D.	Stellungnahme	131

3. Kapitel: Digitalisierung und Vertragsabschluss (*Zöchling-Jud*)

I.	Vertragsabschluss im Fernabsatz	133
----	---------------------------------------	-----

A.	Verallgemeinerung der Bestimmungen des FAGG und des FernFinG?	133
B.	Verallgemeinerung der Bestimmungen über den Vertragsabschluss im ECG	134
C.	Vertragsabschluss unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen	135
1.	Problemstellung	135
2.	Lösungsansätze	137
3.	Stellungnahme	138
II.	Vertragsabschluss durch autonome Softwareagenten	140
A.	Empirische Ausgangslage	140
B.	Anerkennung von E-Personen?	141
C.	Zurechnung von Willenserklärungen autonomer Softwareagenten	142
D.	Exkurs: Haftung für autonome Systeme	145
III.	Digitalisierung und Form	146
A.	Grundsatz der Formfreiheit	146
B.	Schriftform	147
1.	Erfordernis der Unterschrift	147
2.	Ausnahmen	147
3.	Elektronische Signatur	147
C.	Textform	148
1.	Anwendungsfälle	148
2.	Allgemeine Bestimmung über die Textform	149
3.	Definition der Textform	149
D.	Einführung einer neuen Form für elektronische Willenserklärungen	150
1.	Terminologisches	151
2.	Detailfragen	151
3.	Anwendungsbereich für die „einfache Schriftform“	151
4.	Einführung neuer Formvorschriften?	152
5.	Ersatz bestehender Formvorschriften durch die „einfache Schriftform“	152
a)	Übermittlung formpflichtiger Erklärungen	153
b)	Lösungsvarianten	154
E.	Weitere digitale Formen	155
4. Kapitel: Geschäftsfähigkeit und datenschutzrechtlicher Minderjährigenschutz (Forgó)		
I.	Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung	157
A.	Allgemeines	157
B.	Einwilligung durch Kinder	157
II.	Österreichische Regelung	161
III.	Minderjährigenschutz bei „Dienstleistung gegen personenbezogene Daten“	163
IV.	Bewertung	165

5. Kapitel: Verträge über digitale Inhalte (*Zöchling-Jud*)

I.	Einleitung	167
II.	Vertragsgegenstand und Vertragstypologie	167
	A. Problemstellung	167
	B. Allgemeines Schuldrecht und Vertragstypen im ABGB	168
	C. Geldschuld	168
	D. Verbraucherprivatrecht	169
	E. Entwurf einer Richtlinie über digitale Inhalte	170
	1. Regelungskonzept	170
	2. Eingeschränkter Regelungsinhalt	171
	F. Arten von Verträgen über digitale Inhalte	172
	G. Konsequenzen für die Reform des ABGB	173
III.	Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen	174
	A. Definition im Entwurf der Digitale Inhalte-RL	174
	B. Zukunftsorientierung und Mediennutralität	175
	C. Digitale Inhalte und Daten	176
	D. Ausgewählte Fragen	176
	1. Herstellung <i>und</i> Bereitstellung?	176
	2. Dauerhafter Datenträger	177
	3. Integrierte digitale Inhalte	178
	a) Fragestellung	178
	b) Entwicklung der Digitale Inhalte-RL	178
	(1) Kommissionsvorschlag	178
	(2) Allgemeine Ausrichtung	180
	(3) Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments	181
	c) Stellungnahme	182
IV.	Leistungszeit und Leistungsort	183
	A. Ausgangspunkt im ABGB	184
	B. Entwurf einer Richtlinie über digitale Inhalte	184
	1. Zeitpunkt der Bereitstellung	184
	2. Art der Bereitstellung	186
	3. Dauer der Bereitstellung	188
	4. Rechtsfolgen und Beweislast	189
	C. Reformbedarf im ABGB	189
V.	Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte	190
	A. Geltendes Recht	190
	B. Entwurf einer Richtlinie über digitale Inhalte	190
	1. Überblick	190
	2. Subjektive Anforderungen	190
	a) Vertragliche Vereinbarung	190
	b) Im Besonderen maßgebende Kriterien	191
	c) Kompatibilität, Interoperabilität, digitale Umgebung	191
	3. Objektive Anforderungen	191
	a) Maßgebende Kriterien	191
	b) Funktionalität	192
	c) Öffentliche Erklärungen über die digitalen Inhalte	192

4.	Kombination von subjektiven und objektiven Anforderungen.....	193
a)	Das Konzept der Richtlinie	193
b)	Regelungsanliegen der Kombination von objektiven und subjektiven Kriterien.....	194
c)	Stellungnahme	194
(1)	Grundsatzkritik	194
(2)	Spannungsverhältnis zwischen subjektiven und objektiven Anforderungen.....	195
5.	Waren und digitale Inhalte.....	197
6.	„Button-Lösung“	197
7.	Geschuldete Version des digitalen Inhalts	198
8.	Negative Beschaffenheitsvereinbarungen.....	199
9.	(Un-)Maßgeblichkeit der Höhe der Gegenleistung.....	199
10.	Updates und Patches	200
11.	Integration der digitalen Inhalte in die Umgebung des Verbrauchers	201
12.	Rechtsmängel	202
a)	Problemstellung.....	202
b)	Regelungskonzept der Richtlinie	202
c)	Stellungnahme	203
13.	Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen der Vertragswidrigkeit und Beweislast	206
a)	Kommunikationsvorschlag.....	206
b)	Allgemeine Ausrichtung	207
c)	Änderungsanträge des Europäischen Parlaments	208
d)	Stellungnahme	208
(1)	Einmalige und längerfristige Bereitstellung	208
(2)	Beweislastumkehr allgemein	209
(3)	Beweislastumkehr für integrierte digitale Inhalte	210
(4)	Digitale Umgebung des Verbrauchers und Kooperationspflicht.....	210
C.	Reformbedarf im ABGB.....	211
VI.	Rechtsfolgen bei mangelhafter Leistung.....	212
A.	Geltendes Recht	212
B.	Entwurf einer Richtlinie für digitale Inhalte	212
1.	Überblick	212
2.	Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes	213
a)	Art der Herstellung	213
b)	Entfall des Herstellungsanspruchs	214
c)	Sicherheitsmängel	214
3.	Voraussetzung für die Geltendmachung der sekundären Behelfe	215
a)	Primat der Verbesserung	215
b)	Kombination von Verbesserung und (sofortiger) Preisminderung.....	216
4.	Preisminderung	216
a)	Keine Preisminderung bei „Bezahlung mit Daten“	216

b)	Berechnung.....	216
c)	Kontinuierliche Bereitstellung von digitalen Inhalten	217
d)	Frist für die Erstattung der Preisminderung.....	217
5.	Vertragsbeendigung.....	217
a)	Art der Vertragsbeendigung	217
b)	Vertragsbeendigung und Widerruf der Einwilligung.....	218
c)	Geringfügige Vertragswidrigkeit.....	218
d)	Teilweise Vertragsbeendigung	219
e)	Allgemeines zum Rückabwicklungsregime.....	219
f)	Pflichten des Anbieters bei Vertragsbeendigung.....	220
(1)	Rückzahlung des Preises	220
(2)	Personenbezogene Daten	220
(3)	Sonstige Daten	221
(4)	Zugangssperre	222
g)	Pflichten des Verbrauchers bei Vertragsbeendigung	223
(1)	Keine (weitere) Nutzung der digitalen Inhalte	223
(2)	Rückgabe des physischen Datenträgers.....	223
(3)	Keine Zahlungspflicht.....	223
6.	Schadenersatz	224
C.	Reformbedarf im ABGB.....	224
VII.	Regressrecht	224
VIII.	Sondernormen für langfristige Verträge	225
A.	Einleitung.....	225
B.	Änderung der digitalen Inhalte durch den Anbieter	225
1.	Recht des Verbrauchers – Recht des Anbieters	225
2.	Aktualisierungsrecht des Anbieters im Überblick	226
3.	Stellungnahme	227
a)	Änderungsrecht nur bei vertraglicher Vereinbarung	227
b)	Verhältnis zur Klausel-RL.....	228
c)	Wirkung der Vertragsbeendigung <i>ex nunc</i>	228
d)	Beibehaltung der bisherigen Version.....	229
C.	Recht des Verbrauchers auf Beendigung langfristiger Verträge	229
1.	Geltendes Recht	229
2.	Entwurf einer Richtlinie über digitale Inhalte	229
3.	Stellungnahme	230
a)	Kein Kündigungsrecht bei unbefristeten Verträgen	230
b)	Kein Kündigungsrecht für den Anbieter.....	230
c)	Vorfälligkeitsentschädigung?	231
D.	Reformbedarf im ABGB.....	231
IX.	Verjährung.....	231
A.	Ausgangslage in Österreich	231
B.	Entwurf einer Richtlinie über digitale Inhalte	233
1.	Kommissionsvorschlag	233
2.	Allgemeine Ausrichtung	233
3.	Änderungsanträge des Europäischen Parlaments.....	234
C.	Stellungnahme und Reformüberlegungen für das ABGB	234
1.	Vollharmonisierung	234

2.	Offenbarwerden der Vertragswidrigkeit und Verjährung	235
3.	Subjektiver oder objektiver Fristenlauf.....	235
4.	Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung	236

6. Kapitel: Daten als Leistung (*Zöchling-Jud*)

I.	Problemstellung	239
II.	Meinungsüberblick zum geltenden Recht.....	240
III.	Stellungnahme	241
A.	Entgeltsbegriff des ABGB	241
B.	Das Regelungskonzept der Digitale Inhalte-RL.....	242
1.	Kommissionsvorschlag	243
2.	Allgemeine Ausrichtung	244
3.	Änderungsanträge des Europäischen Parlaments	244
4.	Stellungnahme	245
C.	Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen	245
1.	Grundsatz: Vorrang des Datenschutzes	245
2.	Datenschutzrechtliche Regelungen im Überblick	246
D.	Qualifikationsprobleme bei Verträgen mit „Daten als Leistung“	248
E.	Anwendung der für entgeltliche Verträge geltenden Regelungen?	249
1.	Verpflichtung zur Leistung von Daten?.....	250
2.	Datenschutzrechtliche Einwilligung	250
3.	Recht auf jederzeitigen Widerruf	251
4.	Anforderungen an die Datenqualität	253
5.	Problem der Bewertung personenbezogener Daten	253
6.	AGB-Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB	254
F.	Anwendung der für unentgeltliche Verträge geltenden Regelungen?	255
G.	Lösungsalternativen	255
1.	Modifikation der bestehenden Regelungen für entgeltliche und unentgeltliche Verträge.....	255
2.	Schaffung eines neuen „Datenschuldrechts“	256
3.	Stellungnahme	256
IV.	Skizzen eines möglichen Datenschuldrechts	257
A.	Persönlicher Anwendungsbereich.....	257
B.	Sachlicher Anwendungsbereich	257
1.	Keine Beschränkung auf Verträge über digitale Inhalte	257
2.	Welche Daten sollten erfasst werden?	257
a)	Anwendungsbereich der Digitale Inhalte-RL	257
(1)	Kommissionsvorschlag	258
(2)	Allgemeine Ausrichtung	259
(3)	Änderungsanträge des Europäischen Parlaments	260
b)	Datenschutzrechtsakzessorischer Ansatz.....	261
(1)	Personenbezogene Daten iSd DSGVO.....	261

(2)	Bedeutung der verschiedenen Rechtfertigungsgründe nach Art 6 Abs 1 DSGVO.....	262
(3)	Reichweite des Koppelungsverbotes nach Art 7 Abs 4 DSGVO	264
c)	Stellungnahme	265
d)	Konsequenzen für die Reform des ABGB.....	266
C.	Überlegungen zur inhaltlichen Ausgestaltung	268
1.	Grundsätzliche Gleichstellung mit entgeltlichen Geschäften	268
2.	Modifikationen bei der Gewährleistung	268
3.	AGB-Kontrolle	269
4.	Kein Anspruch auf Erfüllung.....	270
5.	Keine Gewährleistungspflicht desjenigen, der „mit Daten bezahlt“	270
6.	Recht zur Vertragsauflösung, wenn keine Daten zur Verfügung gestellt werden.....	271

7. Kapitel: Internet der Dinge (*Zöchling-Jud*)

I.	Einleitung	273
A.	Begriff.....	273
B.	Problemstellung	274
II.	Gewährleistungsrechtliche Fragen beim IoT	274
A.	Hardware, eingebettete digitale Inhalte, ausgelagerte digitale Inhalte	274
B.	Gewährleistung de lege lata	274
C.	Lösungsansatz der Richtlinie über digitale Inhalte	276
1.	Aufspaltung in Warenhandel und Digitale Inhalte.....	276
2.	Integrierte (eingebettete) Digitale Inhalte	276
3.	Rechtsmängel	277
D.	Überlegungen de lege ferenda.....	278
1.	Aufspaltungsrisiko.....	278
2.	Einführung einer zwingenden umfassenden Haftung des Verkäufers	278
3.	Verbundene Verträge.....	279
III.	Rechtsfragen der Weiterveräußerung eines IoT	281
A.	Problemstellung	281
B.	Urheberrechtliche Rahmenbedingungen	281
C.	Reformüberlegungen	282

8. Kapitel: Plattformverträge (*Forgó*)

I.	Einführung	285
II.	Netzwerk- und Skaleneffekte.....	289
III.	Haftung des Plattformbetreibers	291
A.	Problemaufriss	291
B.	EuGH-Judikatur und ihre Grenzen	294
C.	Richtlinievorschlag	300
D.	Netzwerkdurchsetzungsgesetz	302

1.	Darstellung	302
2.	Kritik	303
3.	Schlussfolgerung	304
IV.	Vertragsrechtliche Probleme	304
A.	Mehrpersonalität	304
B.	Einzelfallabhängigkeit	306
V.	Vertragsrechtliche Einordnung	309
VI.	Regulierung von Teilspekten?	309
A.	Kritik.....	310
B.	Soziale Netzwerke	313
C.	Die Mitteilung der Kommission und weitere europäische Entwicklungen	314
D.	Diskussionsentwurf Online-Plattformen Richtlinie (OPR)	316
1.	Darstellung	316
2.	Stellungnahme	317
E.	Zwischenergebnis	318
VII.	Netzwerkvertrag.....	318
A.	Rücktritt.....	319
1.	Verbrauchervertrag, Widerruf innerhalb Frist	321
2.	Verbrauchervertrag, Widerruf außerhalb der Frist.....	323
B.	Sonstiger Entfall der Vertragsgrundlage	323
1.	Laesio enormis.....	323
2.	Wucher	324
C.	Informationspflichten/Button-Lösung.....	324
1.	Folgen de lege lata.....	326
a)	Keine Beschränkung auf Webseiten	326
b)	Keine Beschränkung auf Geldzahlung in gesetzlicher Währung.....	327
c)	Schlussfolgerung	329
2.	Fragen de lege ferenda	329
a)	Wesentliche Vertragsinformationen, auch bei Daten als Gegenleistung und auch bei Verträgen mit Plattformnutzern.....	329
b)	Erweiterung auf Nichtverbrauchergeschäfte.....	329
c)	Jedoch: Vorrang der datenschutzrechtlichen Regelungen.....	330
d)	Schlussfolgerung	331
VIII.	Blockchain.....	331
IX.	Virtuelle Währungen (Bitcoin etc)	334
A.	Einführung	334
B.	Rechtsfragen	336
C.	Bewertung.....	338
D.	Plattformabhängigkeit.....	338
X.	Smart Contracts	341
A.	Einführung	341
B.	Limitierungen	343
C.	Einsatzszenarien und Beispiele Fälle	344
D.	Differenzierungen	345
E.	Plattformabhängigkeit von Smart Contracts	347
F.	Regelungsbedarf	348

9. Kapitel: Daten als Gegenstand von sachenrechtlichen, datenschutz- und urheberrechtlichen Regelungen (Forgó)		
I.	Schutzgegenstand und Dateneigentum	351
A.	Einführung	351
B.	Plattformgebundenheit	352
C.	Folgen	353
D.	Österreichische Ausgangslage	354
E.	Deutsche Ausgangslage	356
F.	Digitalisierung als Voraussetzung der Debatte	358
1.	Big Data	358
2.	Cloud	358
3.	Internet der Dinge	359
4.	Plattformökonomie	359
G.	Mögliche Anknüpfungspunkte	360
1.	Immaterialgüterrechte	360
2.	Datenschutzrecht	361
3.	Informationsfreiheitsrechtlicher Ansatz	361
H.	Schlussfolgerung	362
II.	Überlegungen de lege ferenda	364
A.	Definition des Datums	364
1.	Gesetzesrecht	364
2.	Literatur	367
3.	Würdigung	368
B.	Mitteilung der Kommission	369
C.	Datenschutzrechtliches „Eigentum“	370
1.	Recht auf Vergessenwerden	371
a)	EuGH-Entscheidung	371
b)	DSGVO	372
c)	Anhängige Verfahren	373
(1)	C-136/17	373
(2)	C-507/17	374
2.	Recht auf Datenübertragbarkeit	375
D.	Datenübertragbarkeit an nicht personenbezogenen Daten	376
E.	Urheberrechtlicher Ansatz	377
1.	Deutsche und europäische Ausgangslage	378
a)	Erschöpfungsgrundsatz – UsedSoft	378
(1)	Grundsatz	378
(2)	Erweiterungen	380
(3)	Übertragung auf sonstige urheberrechtlich geschützte Werke	382
2.	Diskussion in Österreich	383
3.	Verknüpfung mit User-ID und sonstigen technischen Maßnahmen	385
a)	Faktische Aushebelung der Erschöpfung	385
b)	Plattformgebundenheit	386
F.	Der Eigentumsbegriff des ABGB	387
G.	Schlussfolgerungen	388

1.	Erschöpfungsgrundsatz und freie Handelbarkeit	388
2.	Datenrecht	388
3.	Folgefragen.....	391
10. Kapitel:	Zusammenfassende Thesen (<i>Forgó/Zöchling-Jud</i>)	395