

## Kollektiver Rechtsschutz Österreich Deutschland im Wettlauf

Kick-back-Provision für Herrn und Knecht  
Wissenszurechnung gegen „chinese walls“

Recht smart – RL digital zum Vertragsinhalt  
Fehlerbestimmung

Totengesang für den  
Unabhängigen Untersuchungsrichter

Änderung Unternehmensstruktur  
Verzichtsmöglichkeiten

Kartellschadenersatzrecht  
Konzernhaftung?

DSGVO-Geldbußen  
Gegen den Betriebsrat?

Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – CETA  
Verrichterlichung des ISDS?



## Recht smart<sup>1.07</sup>: Das europäische Gespenst „Objektivität“ der RL 2019/770

THOMAS RABL

### A. Einleitung

Am 22. 5. 2019 wurde im ABl L 2019/136, 1 (endlich) die Richtlinie (EU) 2019/770<sup>1)</sup> veröffentlicht. Diese RL digital soll den digitalen Binnenmarkt beflügeln und „bestimmte vertragsrechtliche Aspekte“ der Bereitstellung *digitaler Inhalte* und *digitaler Dienstleistungen* im Unternehmer-Verbraucherverhältnis und dort insb im Leistungsstörungenrecht harmonisieren.

Nicht erfassen will die *RL digital* nationale Aspekte des allgemeinen Vertragsrechts, Bestimmungen über das Zustandekommen, der Wirksamkeit, der Nichtigkeit oder der Wirkungen eines Vertrags einschließlich der Folgen der Vertragsbeendigung, soweit diese Aspekte nicht in dieser RL geregelt werden, oder auch Regelungen des Rechts auf Schadenersatz (Art 3 Abs 10). Über die Treffsicherheit derart – für jeden Absolventen der Einführungsprüfung leicht ersichtlich – bereits in der Wurzel widersprüchlicher Abgrenzungen kann man durchaus streiten (aber nicht hier).<sup>2)</sup> Das diesmonatliche *Recht smart* soll nämlich einem Kernthema der *RL digital*, nämlich der Bestimmung der *Mangelhaftigkeit* bei den erfassten Leistungsinhalten, gewidmet sein:

### B. „Subjektivität rules“ (bisher)

Vorab: Das geltende Gewährleistungsrecht, insb die §§ 922, 923 ABGB, ist – auch nach der bereits erfolgten Überformung durch das Europarecht<sup>3)</sup> – ge-

mäß der hL und Rsp grundsätzlich nach wie vor vom Verständnis eines *subjektiven (konkreten) Fehlerbegriffs* geprägt. Entspricht etwas nicht „dem Vertrag“, dann ist *die Leistung mangelhaft*; das gilt auch dann, wenn bloß „objektiv“ das *gewöhnlich Vorausgesetzte* geschuldet ist; auch in einem solchen Fall wird letztlich das *Objektive* – wenn auch stillschweigend – zum *subjektiv gewollten Vertragsinhalt*.<sup>4)</sup> Der Vertragsinhalt selbst ist dabei an sich unstrittig nach hL und Rsp gemäß den Willenserklärungen der Parteien beim Vertragsschluss auf Basis der §§ 861 ff iVm § 914 f ABGB zu beurteilen, wobei hier die wohlbekannte *Vertrauenseheorie* gilt.<sup>5)</sup>

Dr. Thomas Rabl ist Rechtsanwalt in Wien.

- 1) RL (EU) des Europäischen Parlaments und des Rats v 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl L 2019/136, 1 (im Folgenden kurz „RL digital“; Zitate ohne besondere Nw beziehen sich auf diese RL). Zum Entwurf und den Entwurfsphasen ausf *Forgó/Zöchling-Jud*, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter, 20. ÖJT II/1 (2018) 170 ff mwN.
- 2) Vgl dazu zB bereits *Th. Rabl*, Recht smart<sup>1.04</sup>: Online-Geschäfte – Verloren in der Rechtsgeschäfts-*ee-re!* ecolex 2019, 315.
- 3) Ausf dazu jüngst *Buchleitner*, Gewährleistung und Irrtum – Eine Gegenüberstellung (2018) 3 ff mwN.
- 4) Vgl dazu bloß *Reischauer* in *Rummell/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 923 Rz 36 ff; *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>5</sup> § 922 Rz 1, 8 ff, jeweils mwN; vgl dazu zT krit *Buchleitner*, Gewährleistung und Irrtum 19 ff.
- 5) Vgl bloß *Reischauer* in *Rummell/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 923 Rz 34 ff mwN.

### C. Der objektive Spuk beginnt, ...

Doch etwas vom Ansatz anders sieht das die *RL digital*, die in Art 7 *subjektive Anforderungen* (wie eben den Vereinbarungsinhalt) und in Art 8 darüber hinaus *objektive Anforderungen* an die Vertragsmäßigkeit aufstellt. Diese *objektiven Anforderungen* sind in Art 8 Abs 1 und 2 mannigfaltig und sehr detailliert beschrieben. MaW haftet der Unternehmer in diesen Fällen zum guten Teil *objektiv*, ohne dass es hierfür einer konkreten Vereinbarung bedarf.<sup>6)</sup> Das Fehlen von objektiven Anforderungen bildet (!) *nur dann keine Vertragsverletzung*, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eigens darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen von diesen objektiven Kriterien abweicht und der Verbraucher dies bei Vertragsabschluss *ausdrücklich* und *gesondert* akzeptiert hat (Art 8 Abs 5).<sup>7)</sup>

So etwas muss die Verteidiger/-innen des mittlerweile in die Jahre gekommenen Grundkonzepts des Leistungsstörungsrechts des ABGB aufschrecken und *tut dies auch*.<sup>8)</sup> Wir Gläubige des ABGB laufen nämlich jetzt endgültig Gefahr, dass wir – grob gesprochen – hinkünftig nicht mehr „alles Objektive“ als „subjektiv-gewöhnlich-nach-der-Verkehrsauffassung-vorausgesetzt“ iSd § 922 ABGB erklären werden können.

### D. ... aber keine Angst!

Und das ist auch gut so:

Wer nämlich tatsächlich grundsätzlich glaubt, dass man die konkreten Leistungsinhalte digitaler Verträge am besten durch subtile „Rechtsgeschäftslehretricks“ erfassen kann, irrt. Nicht nur, dass Unternehmer ihre eigenen AGB auch in Bezug auf die Leistungsinhalte zu Lasten der Verbraucher gestalten könnten (wovor man sich angesichts des KSchG, FAGG, ECG weniger fürchten müsste).<sup>9)</sup> So wird es in derartigen Fällen, in welchen im größt denkbaren Massengeschäft zB die Musik-App, der Messengerdienst, das Office-Paket oÄ erworben werden, gar kein feststellbares, subjektives Verständnis des Verbrauchers hinsichtlich einzelner, inkriminierter, Vertragsbestimmungen geben. Vielmehr müsste der Vertragsinhalt iS des Verständnisses redlicher Parteien festgelegt werden, was ja ohnehin nur *Pseudosubjektivität* suggeriert und letztlich zu *objektiven* (möglicherweise von den Parteien im Ergebnis gar nicht gewollten) *Vertragsinhalten* führt, die eben nur ihrer hohlen Form nach vom vermeintlichen Willen von Parteien ummantelt werden.

Außerdem: Ob bei *neuen, rasanten und disruptiven Entwicklungen* im digitalen Bereich tatsächlich *immer alles bereits gewöhnlich vorausgesetzt* sein kann,<sup>10)</sup> ist aufrichtig zu bezweifeln. Typischerweise kann dies gerade bei solchen neuen Entwicklungen schon definitionsgemäß nicht sein. Insoweit hülfe hier auch § 922 Abs 1 Satz 2 ABGB nicht weiter, aus dem nach hL und Rsp folgt, dass den Übergeber, der behauptet, dass weniger als das *gewöhnlich Vorausgesetzte* vereinbart worden ist, dafür die Beweislast trifft.<sup>11)</sup> Die *RL digital* errichtet daher mit diesem

*objektiven Einstehenmüssen* ein europaweites klares Schutzniveau. Das hilft auch den Unternehmern: Diese haben nun Gewähr, dass sie als Anbieter derartiger digitaler Leistungen im europäischen Binnenmarkt tatsächlich in jedem MS für *dasselbe haften* und *inzustehen* haben. Wenn auch im Ergebnis materiell Vieles „gleichbleiben“ wird, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass hier auch praktische Beweiserleichterungen greifen werden und dies der *Streitvermeidung*, oft über Minibeträge, dienen wird. Das diesbezügliche Regelungskonzept der *RL digital* ist daher auch deswegen *ausdrücklich zu begrüßen*.

Es ist zu hoffen, dass diese Gedanken – nach einer ersten Schrecksekunde – auch Eingang in die nationale Umsetzung finden. Die *creative destruction* lieb gewonnener und denkgemütlicher juristischer Topoi sollte aber nicht nur im Rahmen der *digitalen Disruption* ihren Platz haben; aber das ist wohl (für das ABGB) sicher noch zu viel verlangt.

- 6) Ähnliches wird bereits bei öffentlichen Werbeaussagen iSd § 922 Abs 2 ABGB diskutiert; dazu jüngst ausf *Buchleimer*, Gewährleistung und Irrtum 24 ff mwN.
- 7) Sehr (aber zu Unrecht) krit zu diesem Regelungskonzept zB *Forgó/Zöchling-Jud*, Vertragsrecht 194 ff mwN.
- 8) ZB *Forgó/Zöchling-Jud*, Vertragsrecht 212.
- 9) So aber offenbar *Forgó/Zöchling-Jud*, Vertragsrecht 194.
- 10) So *Forgó/Zöchling-Jud*, Vertragsrecht 213.
- 11) Vgl dazu bloß *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 923 Rz 113 mwN.

**Digitale Technologien & Gesellschafts- und Verbraucherrecht im Notariat**

---

2019. X, 100 Seiten.  
Br. EUR 28,-  
ISBN 978-3-214-10712-3

Aichinger (Hrsg.)

## Notar und Verbraucherschutz in der digitalen Welt

Der Wandel zwischen dem analogen und dem digitalen Zeitalter begleitet das Notariat bereits seit fast 30 Jahren. Derzeit erfährt dieser Prozess eine enorme Beschleunigung. Daraus ergibt sich eine besondere Verantwortung des Notariats, einen Beitrag zur Rechtssicherheit zu leisten. Die 30. Europäischen Notarentage, die am 19. und 20. April 2018 in Salzburg stattfanden, waren der europäischen Idee und der heutigen EU, der Digitalisierung und dem Verbraucherschutz sowie der damit zusammenhängenden europäischen Gesetzgebung gewidmet.

**MANZ**

ecolex 2019 581