



MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Die neue Digital-RL (RL 2019/770/EU): Strategie für einen digitalen Binnenmarkt, Harmonisierung des EU-Vertragsrecht oder Stärkung des Verbraucherschutzes?“

verfasst von / submitted by
Manuela Corazzato, LL.M.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschafts-
recht / European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

Ass. Prof.ⁱⁿ Mag.^a Dr.ⁱⁿ Ingeborg Mottl

Abstract

Die Entwicklungen im Bereich des grenzüberschreitenden elektronischen Handels in der EU einerseits sowie das Streben nach einem hohen Verbraucherschutzniveau andererseits machen die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen zu einem äußerst aktuellen und spannenden Forschungsgebiet. Zweifellos stellt die Digitalisierung das Gewährleistungsrecht vor neue Herausforderungen. Die Richtlinie 2019/770/EU setzt sich das Ziel, erstmals auf Unionsebene einen einheitlichen rechtlichen Rahmen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Leistung zu erreichen, um das EU-Gewährleistungsrecht fit für die Zukunft zu machen und das bestehende Verbraucherschutzniveau zu verbessern. Sie enthält teils vollharmonisierenden Vorgaben, teils wird allerdings lediglich ein Mindeststandard vorgegeben, da den Mitgliedstaaten noch Freiräume gelassen werden. Die Mitgliedstaaten haben bis zum 1.7.2021 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzulassen. Die Umsetzungsvorschriften wenden dann ab dem 1.1.2022 an.

Im Zentrum des Forschungsvorhabens dieser Master-Arbeit steht sowohl eine Übersicht des Anwendungsbereichs und der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie als auch eine Gegenüberstellung der bisherigen Regelung. Die zentralen Fragestellungen bewegen sich insbesondere im Bereich der Harmonisierung des EU-Vertragsrechts und der Stärkung des Verbraucherschutzes. Zunächst wird die Bewertung der rechtlichen Herausforderungen zur Umsetzung der Richtlinie in Italien, Österreich und Vereinigtes Königreich herausgearbeitet. Im Zusammenhang wird es überlegt, ob die Pläne zur Umsetzung der Richtlinie angesichts der Notlage wegen der Verbreitung von COVID-19 ausgewirkt werden.

Inhaltsverzeichnis:

I. Einleitung	4
II. Gegenstand und Zweck der Digital-Richtlinie	8
1. Zielsetzung	8
2. Unterschiede zu den bisherigen Verbraucherrechte-Vorschriften	10
3. Abgrenzung zur Warenkauf-Richtlinie	12
4. Die Neuerungen im Überblick	17
III. Anwendungsbereich und wichtigster Inhalt der Digital-Richtlinie	21
1. Anwendungsbereich	21
2. Begriffsbestimmungen	23
3. Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitaler Dienstleistungen	25
4. Vertragsmäßigkeit	28
5. Haftung und Anforderungen an Unternehmen	31
6. System der Rechtsbehelfe	35
7. Gewährleistungs- bzw Verjährungsfrist	37
8. Beweislast	39
IV. EU-Vertragsrechts: Wichtigkeit und Wirksamkeit der Richtlinie	42
1. Grad der Harmonisierung	42
2. Stärkung des Verbraucherschutzes	45
3. Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen	48
4. Potenzielle Herausforderungen in der Praxis	51
V. Anpassung der nationalen Gesetze	54
1. Voraussetzungen und Beschränkungen zur Anwendung der Richtlinie	54
2. Beurteilung und Überlegungen zur Umsetzung der Richtlinie	55
3. Herausforderungen zur Umsetzung und Auswirkungen von BREXIT und COVID	65
VI. Abschluss	69
Literaturverzeichnis	72

I. Einleitung

Digitale Inhalte werden sehr häufig in physischen Produkten wie Smartphones, Smartwatches oder Autos oder im Zusammenhang mit Onlinediensten wie Video- oder Musik-Streaming-Plattformen verkauft. Es gibt zunächst noch komplexere Hybridlösungen, wie beispielweise Streaming-Dienste, die über eine App auf einem mobilen Gerät bereitgestellt werden.

Digitale Inhalte sind im Alltag omnipräsent und zumeist auch urheberrechtlich geschützt¹. Zweifellos stellt aber die Digitalisierung das Gewährleistungsrecht vor neue Herausforderungen. Verträge über die Erwerbung bzw Verwendung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen können einerseits nicht rechtlich wie Verträge über analoge Waren behandelt und geschützt werden, andererseits kann es sehr komplex sein, die Grenzen der für die digitalen Leistung geltenden Gesetzgebung und der Legislatur von Gütern oder Dienstleistung, in der sie enthalten sind, zu ermitteln. Angesichts des technologischen Fortschritts hat zunächst der Verbrauchersektor einen erneuten Antrieb erfahren, der zahlreichen neuen Fragen und Problematiken aufgeworfen hat, die in erster Linie mit der Verbraucherrechte-Richtlinie², die unter anderem eine Regelung der Digitale Inhalte in Bezug auf Fernabsatzverträge einführt, angegangen wurden.

Die Entwicklung und die Heterogenität der digitalen Inhalte und digitaler Dienstleistungen haben jedoch im Laufe der Jahre regulatorischen Defiziten entdeckt, die zunächst zu Misstrauen auf dem Markt gegenüber digitaler Leistung führen könnten. Um diese regulatorischen Lücken zu schließen, verfolgt die Europäische Kommission seit 2014 die Realisierung des digitalen Binnenmarktes sowie den Aufbau des europäischen Datenraumes³. Dass die Regulierung des Themas notwendig und von enormem wirtschaftlichem Interesse war, zeigte sich vor allem in den sehr aufgeregten Diskussionsprozessen und in den zahlreichen beschlossenen

¹ *Schmitt*, Gewährleistung für digitale Inhalte – neuer Vorschlag, alte Probleme, in *Staudegger/Thiele* Jahrbuch 2017, S. 279.

² Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates Text von Bedeutung für den EWR.

³ 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", COM/2015/192 (final), Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt "Ein vernetzter digitaler Binnenmarkt für alle", COM/2017/228 (final), sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen "Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums", COM/2018/232 (final).

Unionsrechtsakte⁴. Laut Erwägungsgrund 1 der Digital-Richtlinie ist das Wachstumspotential des elektronischen Handels jedoch noch nicht voll ausgeschöpft.

Nach dem gescheiterten Versuch, das Verkaufsrecht durch den Verordnungsvorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht zu vereinheitlichen⁵, beschloss das Europäische Parlament, das Instrument der Richtlinie zu nutzen, um das Wachstum des elektronischen Handels im Binnenmarkt und die Schaffung eines echten digitalen Binnenmarktes zu fördern. Schon Dezember 2015 hat die Europäische Kommission Vorschläge für eines Richtlinienpaket zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht veröffentlicht, das zwei Richtlinien über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte⁶ und des Online-Warenhandels sowie anderer Formen des Fernabsatzes von Waren⁷ umfasst. Zu diesen Themen gibt es insbesondere bislang keine einheitliche EU-Regelung, sondern ein fakultatives und nicht umfassendes Modell. Die nationalen Vorschriften sind deshalb noch nicht völlig harmonisiert⁸.

⁴ Beispielsweise die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABI L 2016/119, 1 (Datenschutz-Grundverordnung oder DS-GVO); die Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt, ABI L 2017/168 (Portabilitäts-VO); die Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABI L 2018/601 (Geoblocking-VO); die Verordnung (EU) 2018/1807 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union, ABI L 2018/303, 59, sowie die Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (UDBM-RL), um nur einige zu nennen.

⁵ In seiner legislativen Entschließung vom 26. Februar 2014 zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011) 0635– C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)) hat das Europäische Parlament entschieden, den Geltungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts auf den Online-Warenhandel und andere Formen des Fernabsatzes zu beschränken und die Bestimmungen zu digitalen Inhalten, die für eine andere Gegenleistung als Geld bereitgestellt werden, auszuweiten¹ in Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss ‚Ein modernes Vertragsrecht für Europa - das Potenzial des elektronischen Handels‘, COM/2015/633 (final).

⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9. 12. 2015, COM (2015) 634 final („2015 Vorschlag“). Der 2015 Vorschlag wurde im Übrigen auch von der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) beeinflusst.

⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 9. 12. 2015, COM (2015) 635 final.

⁸ Beide Vorschläge der Kommission folgen dem Konzept der Vollharmonisierung und streben nach einer neuen Definition des Gewährleistungsrechts im Online-Handel und der näheren Regulierung von Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte, um vom bisherigen fakultativen und nicht umfassenden Modell des Gewährleistungsrechts abzurücken.

Diese Regelungsinitiative der Kommission ist ein wichtiger Baustein in der Strategie für einen Digitalen Binnenmarkt, um sein beabsichtigtes Wachstum schneller zu fördern, die vertragsrechtliche Beziehungen zu vereinfachen und sowohl die Unsicherheit und Komplexität der unterschiedlichen nationalen Vorschriften als auch die Kosten, die aus dieser Unterschiedlichkeit entstehen, zu reduzieren. Mai 2019 wurde der Rechtsetzungsprozess mit der Kundmachung der Richtlinie 2019/770/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Digital-Richtlinie) sowie der Richtlinie 2019/771/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (Warenkauf-Richtlinie) im Amtsblatt zum Abschluss gebracht. Die erlassenen Richtlinien treten am 11.06.2019 in Kraft.

Die beiden EU-Richtlinien reagieren auf eine wachsende Nachfrage nach Sicherheit in der digitalen Welt und befassen sich mit Fragen, die Verbraucherschutz-Fachleute seit Jahren gespalten haben. Sie sind Normen des Verbraucherrechts, deren Inhalt eine Änderung des bestehenden Gewährleistungsrecht erfordert⁹ und setzen sich das praktische Ziel, an den veränderten Gegebenheiten anzupassen, um es zugleich fit für die Zukunft zu machen. Das europäische Verbraucherschutzniveau soll insbesondere verbessert werden¹⁰.

Der europäische Gesetzgeber hat mit der neue Digital-Richtlinie Neuland betreten und das europäische Vertragsrecht über den Zugang der Verbraucher zu digitalen Gütern angleicht¹¹. Die Richtlinie schafft erstmals klare rechtliche Rahmenbedingungen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen und zielt insbesondere auf die Beseitigung von Hindernissen für die weitere Entwicklung des grenzüberschreitenden elektronische Handels in der Union ab. Sie passt in die Strategie einen digitalen Binnenmarkt für Europa zu erreichen ein, da Verträge über die Nutzung digitaler Inhalte ebenso von großer wirtschaftlichen Bedeutung sind. Die Entwicklungen in diesem Bereich einerseits sowie das Streben nach einem hohen Verbraucherschutzniveau und die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen andererseits machen die Bereitung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen zu einem äußerst aktuellen und spannenden Forschungsgebiet.

Die neue Regelung enthält teils vollharmonisierende Vorgaben, teils werden den Mitgliedstaaten aber doch noch Freiräume gelassen, um die Richtlinie in die innerstaatlichen Rechtsordnungen umzusetzen. Der Harmonisierungsgrad sollte am höchsten sein, da die Mitgliedstaaten daran gehindert sind, Bestimmungen in ihrem nationalen Recht beizubehalten oder zu verabschieden, die von den in den Richtlinien selbst festgelegten abweichen. Grundsätzlich sehen die Mitgliedstaaten sich dem Prinzip der Vollharmonisierung verpflichtet, sodass nationale Umsetzungsbestimmungen den Verbraucherschutzstandard weder unter- noch

⁹ *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *Ecolex* 2020, S. 97.

¹⁰ *Kern*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, *VbR* 2019/104.

¹¹ *Sattler*, Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter, *CR* 2020, S. 145.

überschreiten dürfen¹². Es gibt jedoch einige wichtige Ausnahmen, die in erster Lesung Zweifel an der tatsächlichen Umsetzung der Einheitlichkeit der Rechtsvorschriften aufkommen lassen könnten. Die Mitgliedstaaten haben bis zum 1.7.2021 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzulassen, um dem neuen europäischen Gewährleistungsrecht nachzukommen. Die Umsetzungsvorschriften wenden dann ab dem 1.1.2022 an.

Dieser Beitrag untersucht die Entwicklung der Verabschiedung der Digital-Richtlinie und zeigt sodann die Abgrenzung zur Warenkauf-Richtlinie sowie die dadurch bedingten zentralen Änderungen an das Verbraucherrecht inkl. die Auswirkungen für Unternehmern auf. Die vom Gesetzgeber eingeführten Neuerungen sind zahlreich und die einzelnen Vor- und Nachteile der neuen Regelungsansätze, sowie die Wichtigkeit und Wirksamkeit der neuen Gesetzgebung, werden bewertet, insbesondere unter Berücksichtigung der verfolgten Ziele und Veränderungen. Es muss insbesondere überprüft werden, welche potentiell rechtlichen Herausforderungen sich in der Praxis sowie zur Anwendung der Richtlinie erheben werden, ob eine wirksame Standardisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten tatsächlich bis zum festgelegten Datum 2022 erreicht werden kann oder ob sich die möglichen Ausnahmen noch negativ auf den europäischen Verbraucherschutz auswirken können. Die Überprüfung wird auch in Betracht ziehen, ob und in welchem Umfang die Umsetzung der Digital-Richtlinie unter Berücksichtigung anderer Fristen wie EU-Wahlen und BREXIT sowie der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Herausforderungen, die durch die Verbreitung von SARS-CoV-2 (sogenanntes COVID-19) verursacht werden, weiterverfolgt wird.

Diese Masterarbeit zielt darauf ab, eine breitere Analyse verschiedener Aspekte der Digital-Richtlinie zu liefern, beispielhaft einige relevante Fragestellungen aufzuzeigen sowie einen Überblick über potenziell einschlägige Empfehlungen zur Umsetzung zu geben. Damit die künftige Praxis sowie die Rechtsprechung transparent und effektiv berücksichtigt werden können, sollte die Digital-Richtlinie potenziell in eigenen nationalen Gesetzen einstweilen und somit außerhalb der bestehenden Gesetze umgesetzt werden. Auf Grundlage dieser Bewertung werden insbesondere die in Italien, Österreich und Vereinigtes Königreich geltenden regulatorischen Rechtslage geprüft und mögliche Entwicklungen der nationalen Regelungen sowie eventuell individuelle gezielte Änderungen vorgeschlagen.

¹² *Faber*, Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil I), VbR 2020/3.

II. Gegenstand und Zweck der Digital-Richtlinie

1. Zielsetzung

Erklärter Zweck der Digital-Richtlinie ist es nämlich einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts zu leisten, in dem unter Verhinderung einer Rechtsfragmentierung der vertragsrechtlichen Hindernisse für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen einheitlich angegangen werden, um dabei vor allem beim grenzüberstreitenden Kauf den europäischen Verbrauchern einen hohen Maß an Schutz und Rechtssicherheit zu bieten, und indem gemeinsame Vorschriften über bestimmte Anforderungen an zwischen Unternehmen und Verbrauchern geschlossene Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen festgelegt werden (Artikel 1 sowie Erwägungsgrund 86).

Zu diesem Zweck beruht die Richtlinie auf dem Prinzip der Vollharmonisierung¹³. Die Richtlinie zielt dagegen erstmals eine klare vollständige Harmonisierung von vereinheitlichten Rechtsrahmen für bestimmten vertragsrechtlichen Aspekte zu schaffen ab, die über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienste in der gesamten Union betreffen und die zwischen Unternehmen und Verbrauchern (sog. B2C-Beziehungen) geschlossen wurden. Die vollständige Harmonisierung von Kernbereichen der einschlägigen nationalen Vorschriften sollte insbesondere zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts beitragen und gleichzeitig die Rechtssicherheit für Verbraucher und Unternehmen erheblich erhöhen, sodass sie auf vollständig harmonisierte vertragliche Rechte verlassen können sollten¹⁴.

Das Prinzip der Vollharmonisierung entspricht dem allgemeinen Trend im Europäischen Verbraucherschutzrecht das Unternehmer-Verbraucherverhältnis und dort insbesondere das Leistungsstörungenrecht zu harmonisieren¹⁵. Die Digital-Richtlinie ist aber im Wesentlichen auch eine Regelung des Gewährleistungsrechts. Bei der bloß Mindestharmonisierung der Art. 8 Abs 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, welche Ausgangspunkt des aktuellen Gewährleistungsrechts war¹⁶, haben nämlich viele Mitgliedstaaten von dem zugelassenen Spielraum gebraucht und bei der Umsetzung dieser Richtlinie längeren Gewährleistungsfristen und daher ein höheres Verbraucherschutzniveau festgeschrieben. Die Mitgliedstaaten könnten nicht allein in ausreichendem Maße das hervorgehobene Ziel der Digital-Richtlinie erreichen, sondern es sich besser auf Unionsebene verwirklichen lässt, um die Gesamtkohärenz der nationalen Rechtsvorschriften durch harmonisierte vertragsrechtliche Rahmen sowie koordinierte Durchsetzungsmaßnahmen sicherzustellen (Erwägungsgrund 86). Dementsprechend

¹³ *Kern/Maier*, Die neue Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, *Zak* 2019/384, S. 208.

¹⁴ Erwägungsgrund 6.

¹⁵ *Rabl*, *Recht smart*1.07: Das europäische Gespenst „Objektivität“ der RL 2019/770, *Ecolex* 2019, S. 580.

¹⁶ *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2020, S. 97.

befürchteten die Mitgliedstaaten zufolge der angestrebten Vollharmonisierung eine Herabsetzung ihres nationalen Verbraucherschutzniveaus¹⁷. Ein Kompromiss in den Verhandlungen der Digital-Richtlinie konnte daher nur erzielt werden, in manchen Punkten den Mitgliedstaaten die Möglichkeit bei der Umsetzung zu lassen, die auf nationaler Ebene geltenden Regelungen mit einem höheren Verbraucherschutzniveau beizubehalten oder einzuführen¹⁸.

Ein hohes Verbraucherschutzniveau ist grundlegende Voraussetzung, damit ein echter digitaler Binnenmarkt erreicht wird, für mehr Rechtssicherheit gesorgt wird und die Transaktionskosten, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), gesenkt werden (Erwägungsgrund 3). Die neue Regelung der Digital-Richtlinie wirft aber auch die Frage auf, auf welche Weise und zu welchen Ziele die Stärkung des Schutzes von Verbraucher und die Wettbewerbstätigkeit von Unternehmen unterstützt werden sollen, damit ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Verbraucherschutz und unternehmerische Interessen bei gleichzeitiger Schaffung eines echten digitalen Binnenmarkts und eines völligen harmonisiert EU-Vertragsrechts eingerichtet wird. Einheitliche rechtlichen Rahmen sollten einerseits Unternehmen — und insbesondere KMU — einfacher erlauben, ihre Produkte und Dienste EU-weit zu bieten und dafür weiteren Kunden zu gewinnen. Die Verbraucher werden andererseits von einem hohen Verbraucherschutzniveau und Wohlfahrtsgewinnen profitieren (Erwägungsgrund 11).

Die Richtlinie enthält zunächst gemeinsamen Vorschriften über die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen¹⁹ sowie die Abhilfen im Fall ihrer Vertragswidrigkeit oder nicht erfolgter Bereitstellung und die Art und Weise der Inanspruchnahme dieser Abhilfen. Die Richtlinie stellt auch genaue Vorgaben für Änderungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen fest. Durch Klärung der Vertragsmäßigkeit von Erwerb digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen sollten die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit und bei Leistungsänderung des Binnenmarktes gestärkt werden und dabei ein hohes Verbraucherschutzniveau hergestellt werden²⁰.

Die Richtlinie soll ihren Geltungsbereich klar und eindeutig definieren und klare materielle Regeln bereitstellen. Darüber hinaus soll der Inhalt technologisch neutral und zukunftssicher formuliert werden und die Probleme, die bei den verschiedenen Kategorien von digitalen Inhalten, digitalen Dienstleistungen und ihrer Bereitstellung auftreten, angegangen werden (Erwägungsgrund 10 und 19)²¹. Die Modernisierung der Regeln über die Bereitstellung digitaler

¹⁷ Vgl dazu die Protokollerklärungen mancher Mitgliedstaaten zur Allgemeinen Ausrichtung der Richtlinie (beispielweise ST 10080/1/17 REV 1 vom 8. 6. 2017 sowie ST 15346/18 vom 7.12. 2018).

¹⁸ Auf diese Aufweichung der Maximalharmonisierung weist bereits der erste Halbsatz des Art. 4 der Digital-Richtlinie hin "Sofern in dieser Richtlinie nichts anderes bestimmt ist (...)".

¹⁹ Hier gelten subjektive und objektive Anforderungen.

²⁰ *Staudegger*, Die Realisierung des Digitalen Binnenmarkts – aktuelle Entwicklungen des IT-Rechts im Überblick, *jusIT* 2019/62, S. 173.

²¹ *Cauffman*, New EU rules on business-to consumer and platform-to business relationships, *MJ* 2019/08, S. 19.

Inhalte oder digitaler Dienstleistungen ist insbesondere aufgrund der kontinuierlichen Entwicklung des Einsatzes digitaler Tools und das Streben nach einer größeren Transparenz für Transaktionen über das Internet notwendig.

2. Unterschiede zu den bisherigen Verbraucherrechte-Vorschriften

Die Verbraucherrechte-Richtlinie sowie der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht enthielten bereits eine Regelung der Digitale Inhalte in Bezug auf Fernabsatzverträge. Die Verbraucherrechte-Richtlinie zielt insbesondere das Verbraucherschutz EU-weit zu verbessern und das derzeit noch fragmentarischen und unterschiedliche Rechtsrahmen für Fernabsatzverträge, sowie andere Arten von geschlossenen Verbraucherverträgen, in einem einzigen harmonisierten Dokument festzulegen. Sie hat schon von der bisher vorherrschenden Praxis einer Mindestharmonisierung im Verbraucherschutz hin zum neuen Ansatz einer Vollharmonisierung abgekehrt und bemerkenswerte Verbesserungen mit sich gebracht. Der konzeptionell umgesetzte Wechsel von der Mindestharmonisierung zur vollständigen Harmonisierung und das weitere Harmonisierungsprozess des europäischen Verbraucherrechts haben neue und höhere Standards für die Weiterentwicklung des Verbraucherschutzes sowie ein allgemein verbindliches europäisches Verbraucherschutzrecht gesetzt. Die Regeln der Verbraucherrechte-Richtlinie enthalten nebenbei Vorgaben für ein ausgewogeneres Verhältnis zwischen Verbraucherschutzniveau und Wettbewerbsfähigkeit sowie für die Vertragsmäßigkeit der Waren und die Abhilfen im Fall von Vertragswidrigkeit, die als Folge davon ein echter Binnenmarkt für Geschäfte zwischen Unternehmen und Verbrauchern abzielen.

Die Verbraucherrechte-Richtlinie sowie die derzeit bestehenden Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zielen aber nur auf eine minimale Harmonisierung von Teilen des Verbrauchervertragsrechts ab. Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat beispielweise für die Umsetzung der Richtlinie innerhalb des nationalen Gesetzes von Mitgliedsstaaten zwei Möglichkeiten festgestellt - entweder würden die Vorschriften parallel, also separat, zum bestehenden nationalen Kaufrecht der Mitgliedstaaten gelten oder sie würden in das nationalen Kaufrecht integriert werden. Die Mitgliedstaaten könnten dafür entscheiden zwischen ‚Integration‘ oder ‚parallel‘ Umsetzung²². Zu beachten ist auch , dass während in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zum Thema der Vertragsmäßigkeit eine Unterscheidung zwischen subjektiven und objektiven Anforderungen bloß angedeutet wurde, ist im Gegenteil eine echte Dualität von subjektiven und

²² Gemäß Art 11 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, wenn die Mitgliedstaaten diese Vorschriften erlassen, nehmen sie in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten der Bezugnahme‘.

objektiven Konformitätskriterien nun in den beiden neuen Richtlinie in aller Deutlichkeit statuiert²³.

Die Untersuchung des Ziels der Verbraucherrechte-Richtlinie zeigt ebenfalls, dass die Richtlinie nicht den Anforderungen und Herausforderungen des Verbraucherschutzes entspricht, die erforderlich sind, um mit den schnelllebigen wirtschaftlichen und technischen Fortschritten der Gegenwart und der Zukunft Schritt zu halten. Die schnelle Erstellung neuer Technologie und technologischer Entwicklungen, die zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Grundsätze von Verbraucherrechte-Richtlinie und der anderen bisherige Rechtsrahmen für den Verbraucherschutz noch nicht existierten oder keinen ähnlichen Anwendungsbereich hatten, hat aber diese Grundsätze bzw Rechtsrahmen veraltet und die Reformen der Verbraucherrechterichtlinie unzulänglich gemacht.

Nunmehr soll eher eine fokussierte Einstellung der Digitale Inhalte bzw Digitale Dienstleistungen sowie ein hohes Maß an Sicherheit gewählt und gewährleistet werden als ein Regelwerk, das nicht länger alle Problematiken des Inhaltes und Struktur eines Vertrages über digitale Inhalte zu behandeln vorgeben kann. Das Thema von Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienste der Digital-Richtlinie wird damit erstmal ausdrücklich behandelt.

Zu beachten ist aber, dass seit einigen Jahren die EU-Kommission bestrebt ist, den Verbraucherschutz auf einem hohen Niveau zu harmonisieren. April 2016 hat sie zunächst Veränderungen zu mehreren Richtlinien vorgeschlagen. Unter die Bezeichnung „New Deal for Consumers“ wurde eine europaweite Vereinheitlichung und Modernisierung der Verbraucherrechte präsentiert und ein sogenanntes ‚Fitness-Check‘ von sechs verbraucher- und marketingrechtlichen EU-Richtlinien durchgeführt. Diese Bewertung zielt darauf zu prüfen, ob diese Rechtsrahmen die erwarteten Auswirkungen erreicht haben und ob sie noch „zweckdienlich“ sind. Infolge der Eignungsprüfung hat die EU-Kommission vorgeschlagen, mehrere bestehenden Richtlinien, einschließlich der Verbraucherrechte-Richtlinie, zu überarbeiten. Beide Digital- und Warenkauf-Richtlinie stellen einen Teil des „New Deal for Consumers“ Pakets dar, das durch die sogenannte „Omnibus-Richtlinie“ vervollständig wird²⁴.

²³ *Parapatits/Stabentheiner*, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung, ÖJZ 2019/126, S. 1043.

²⁴ Richtlinie 2019/2161 des Europäischen Parlaments und Des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union.

3. Abgrenzung zur Warenkauf-Richtlinie

Ihr Ziel haben die beiden neuen Richtlinien dann doch recht klar verfehlt: die Schaffung eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts²⁵. Die beiden Richtlinien ergänzen einander²⁶ und überschneiden sich nicht in ihrem objektiven Anwendungsbereich. Der Gegenstand beider Rechtsrahmen umfasst im Wesentlichen die Konformität von Waren, digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen mit dem Vertrag, Abhilfe im Falle eines Mangels an solcher Konformität sowie Maßnahmen für die Ausübung der Rechtsmittel. Die Richtlinien erheben dabei den Bedarf einer Neugestaltung, um das bestehenden Gewährleistungsrecht der bisherigen EU-Gesetzestexte und die unterschiedlichen Regeln der Mitgliedstaaten durch eine vollharmonisierende Einstellung zum Verbraucherschutz zu reformieren, den grenzüberschreitenden Handel und den Binnenmarkt zu fördern sowie den neuen Erfordernisse der ansteigenden Digitalisierung und technologischen Fortschritts zu begegnen²⁷.

Die Digital-Richtlinie etabliert einen Rechtsrahmen in einem Bereich, der bislang noch nicht von europäischen Vorschriften erfasst war. Demgegenüber ist die Warenkauf-Richtlinie in bereits bekanntem Terrain angesiedelt, zumal sie an die Stelle der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie tritt²⁸. Zum Punkt des bei der EU-Kommission präsentierten Vorschlages im Jahr 2015 war der Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie allerdings noch auf Warenkäufe im Online-Handel beschränkt, während offline konventionelle Warenkäufe weiterhin nach der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geregelt bleiben sollten. Dieser Ansatz wird aber von Anfang vonseiten des europäischen Gesetzgebers kritisiert und die Verhandlungen der Richtlinie zog hin. Im Gegenteil wurden die Verhandlungen zur Digital-Richtlinie bereits im Juni 2017 in eine Allgemeine Ausrichtung abgelaufen. Die Verabschiedung der Richtlinien droht aber zu scheitern, weil das Europäische Parlament nicht die Digital-Richtlinie weiterverhandeln wollte, ohne zu wissen, was mit der Schwesterrichtlinie passieren würde. Ende Oktober 2017 liegt Die EU-Kommission schließlich einen geänderten Vorschlag vor. Der Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie wurde auf den gesamten Warenhandel ausgedehnt und die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ersetzt. Die Warenkauf-Richtlinie ergänzt aber auch die Verbraucherrechte-Richtlinie²⁹, insbesondere in Bezug auf die Bestimmungen über Verbraucherverträge im Allgemeinen - wie Informationspflichten, Lieferung und Risikoübergang³⁰.

²⁵ *Leupold*, Auf halbem Weg ist auch nicht am Ziel, VbR 2019/125, S. 194.

²⁶ Die Regelungen für die Abgrenzung ihrer Anwendungsbereiche sind im Erwägungsgrund 13 der Warekauf-Richtlinie und Erwägungsgrund 20 der Digital-Richtlinie detailliert erläutert.

²⁷ Erwägungsgrund 1 der Warenkauf-Richtlinie

²⁸ *Parapatits/Stabentheiner*, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung, ÖJZ 2019/126, S. 1042.

²⁹ Erwägungsgrund 11 der Warekauf-Richtlinie.

³⁰ Die Informationspflichten der Verbraucherrechte-Richtlinie gelten in der Regel auch für Verträge, die unter die Digital-Richtlinie fallen. Die Bestimmungen über die Lieferung gelten aber nicht für Verträge, bei denen der Gegenstand nicht Güter ist.

Wie vorgegeben, die Warenkauf-Richtlinie ändert einen bereits bestehenden Rechtsrahmen, während die Digital-Richtlinie neue und spezifische Vorschriften für die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienste vorschreibt, die zuvor nicht reguliert und dafür nicht harmonisiert werden könnten, da in den nationalen Regeln der meisten Mitgliedstaaten nicht einmal ein Äquivalent existiert³¹. Die Frage, wie ist es gelingen kann, die Anwendungsbereiche von den Richtlinien abzugrenzen, ist daher völlig offen und diese Abgrenzung ist entscheidend zu erkennen, ob der Verbraucher seine Rechte gegenüber dem Verkäufer von körperlichen Waren oder gegenüber dem Anbieter von digitalen Gütern oder Diensten durchsetzen muss³².

Die jeweiligen Artikel 3 der Richtlinien begrenzen und umschreiben den Anwendungsbereich. Die Warenkauf-Richtlinie deckt insbesondere nur Kaufverträge und Verträge zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer über die Lieferung von Waren, einschließlich Waren mit einem digitalen Element³³, die hergestellt oder erzeugt werden sollen (Art. 3 Abs 1 und 2) und solange für das Eigentum an Waren der Verbraucher hierfür den Preis dafür bezahlt oder dessen Zahlung zusagt ab (Art 2 Abs 1). Die neuen Regeln gelten unabhängig davon, ob der Vertrag physisch in Geschäften (traditionellen Frontverkauf) oder online abgeschlossen wird (Online-Verkauf)³⁴. Aufgrund der Definition von "Waren" gilt die Warenkauf-Richtlinie nicht für unbewegliches Vermögen. Digitale Inhalte fallen nur dann in den Geltungsbereich der Warenkauf-Richtlinie, wenn sie in einen beweglichen Vermögenswert aufgenommen oder mit diesem verbunden sind³⁵. Die Warenkauf-Richtlinie ist aber auch explizit auf sogenannten „Waren mit digitalen Elementen“ anzuwenden. Das heißt, „digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, die in Waren enthalten oder mit ihnen verbunden sind (...) und gemäß dem Kaufvertrag mit den Waren bereitgestellt werden, unabhängig davon, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienste vom Verkäufer oder von Dritten bereitgestellt werden“³⁶.

³¹ Laut Erwägungsgrund 9 sollten durch die Digital-Richtlinie bestimmte grundlegende, bisher noch nicht auf der Ebene der Union oder der Mitgliedstaaten geregelte Vorschriften vollständig harmonisiert werden.

³² *Sattler*, Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter, CR 2020, S. 147. Vgl. *Spindler/Sein*, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen, MMR 2019, S. 416; *Metzger*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019, S. 578.

³³ Zum Beispiel Smart-TVs, Smart-Kühlschränke oder Smartwatch.

³⁴ Laut Erwägungsgrund 17 „sollte ein Vertrag sowohl Elemente des Verkaufs von Waren als auch der Erbringung von Dienstleistungen umfassen, sollte es dem nationalen Recht überlassen bleiben, zu bestimmen, ob der gesamte Vertrag als Kaufvertrag im Sinne dieser Richtlinie eingestuft werden kann“. Entgegen der Entscheidung im *Scottelius-Urteil* (C-247/16 Heike Schottelius / Falk Seifert [ECLI: EU: C: 2017: 638]) kann dann die Anwendung des Rechtssystems nur für einen Teil des Vertrages gelten.

³⁵ In allen anderen Fällen unterliegt es der Digital-Richtlinie.

³⁶ Der Begriff ist erstmals eingeführt. Gemäß Art. 2 Abs. 5 I b sind "Waren mit digitalen Elementen" als Bewegliche körperliche Gegenstände definiert, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten definiert. Darunterfallen nicht nur „smart Waren“ sondern auch einfachere Waren mit digitalen Funktionen. Eine Verbindung zum Internet oder eine gewisse „Intelligenz“ des Systems ist nicht erforderlich. Die gleiche Definition enthält die Digital-Richtlinie in Art. 2. Abs. 3. Vgl hierzu etwa *Kern*, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der

Bestehen Zweifel, ob die Bereitstellung enthaltener oder verbundener digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen Bestandteil des Kaufvertrags ist, so wird vermutet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Kaufvertrag umfasst sind³⁷. Es erscheint daher, dass der Gesetzgeber versucht hat, die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Richtlinien zugunsten der Warenkauf-Richtlinie zu lösen. Gemäß Erwägungsgrund 15 der Warenkauf-Richtlinie³⁸ sind aber der Vertragsinhalt sowie die ausdrücklichen Vereinbarungen und vernünftige Verbrauchererwartungen von herausragender Bedeutung. Der Verkäufer kann insbesondere im Vertrag die Unabhängigkeit der digitalen Elemente von der Ware ausdrücklich vereinbart³⁹ oder versuchen, das Risiko mittels detaillierter Back-to-Back Vereinbarung mit dem Produzenten der digitalen Elemente abzusichern⁴⁰.

In Bezug auf den Inhalt der Warenkauf-Richtlinie überschneiden sich die Definition der Konformität, die Grundsätze für die Beweislast und die Abhilfemaßnahmen bei Mängeln der Nichtkonformität teilweise mit denen der traditionellen Verbrauchergesetzgebung. Die wichtigsten Neuerungen der Richtlinie Warenkauf-Richtlinie umfassen insbesondere:

- eine Mindestfrist für die Gewährleistung von zwei Jahren bzw für die Haftung des Verkäufers für etwaigen zur Lieferung der Ware bestehenden Mängel, die innerhalb von zwei Jahren ab diesem Zeitpunkt eintreten;
- die Umkehr der Gewährleistung sowie die Verlängerung der bisher sechs-Monaten Beweislast, wobei davon ausgegangen wird, dass ein Konformität-Mangel, der innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt der Lieferung auftritt, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung vorliegt. Den Mitgliedstaaten steht aber die Möglichkeit der Vermutungsfrist auf zwei Jahre zu verlängern⁴¹;
- das Recht der Verbraucher bei mangelnder Konformität, die Konformität der Ware wiederherzustellen, den Preis zu senken oder den Vertrag zu kündigen;
- die Haftung des Verkäufers von Ware mit digitalen Elementen auch für Mängel, wenn der Kaufvertrag die Lieferung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vorsieht.

Digitale Inhalte-RL, in *Stabentheiner*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019) 43 f; *Stabentheiner*, Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung, in *Stabentheiner*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019) 25.

³⁷ Art. 3 Abs 3 der Warenkauf-Richtlinie sowie Art. 3 Abs. 4 S. 2 der Digital-Richtlinie.

³⁸ Sowie Erwägungsgrund 21 der Digital-Richtlinie.

³⁹ Erwägungsgrund 16 der Warenkauf-Richtlinie.

⁴⁰ *Sattler*, CR 2020, S. 147. Es sei sinnvoll nur von digitalen Elementen im Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie dafür zu sprechen, wenn diese für die Nutzung von Waren wirklich erforderlich sind. Im Fall eigenständiger Handlungen wie beispielsweise die Eröffnung eines Nutzerkonto oder der Download von Software wobei der Zugang zu unabhängigen digitalen Gütern im Zentrum steht, soll dann die Digital-Richtlinie Anwendung finden.

⁴¹ Die Beweislastumkehr für die einmaligen Bereitstellung digitaler Inhalte ist zwingend mit einem Jahr vorgegeben und kann nicht im Anwendungsbereich der Digital-Richtlinie verlängert werden. Das heißt, die Beweislastumkehr und die Haftungsfrist sind im Anwendungsbereich der Digital-Richtlinie ebenfalls zwingend gleichgeschaltet.

- spezifische Bestimmungen in Bezug auf Aktualisierungen wie beispielweise Art. 14 Abs 3, in dem im Zusammenhang mit der Reparatur festgelegt wird, dass, wenn die Entfernung des ordnungsgemäß installierten Vermögenswerts erforderlich ist, bevor die mangelnde Konformität offensichtlich auftritt oder wenn es notwendig ist, die Ware zu ersetzen, umfasst die Verpflichtung zur Reparatur oder zum Austausch die Entfernung der nicht konformen Ware, die Installation von ersetzten oder reparierten Ware oder alternativ die Übernahme der damit verbundenen Kosten für Entfernung oder Installation.

Im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zielen die neuen Richtlinien daher nun grundsätzlich auf eine Vollharmonisierung ab⁴². Aus Art. 4 beider Richtlinien ergibt es, dass sofern in den Richtlinien nichts anderes vorgesehen ist, sind die Richtlinien von maximaler Harmonisierung. Das heißt, die Vorgaben der Richtlinien entfalten zwingenden Charakter zugunsten des Verbrauchers und die Mitgliedstaaten dürfen keine Vorschriften erlassen, die von den Anforderungen der Richtlinien zum Nachteil der Verbraucher abweichen.

Trotz beabsichtigter Vollharmonisierung verbleibt den EU-Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum zur Aufrechterhaltung ihres bisherigen Verbraucherschutzniveaus⁴³. Die Warenkauf-Richtlinie ermöglichen beispielweise den Mitgliedstaaten zu bestimmen, ob und in welchem Umfang die Tatsache berücksichtigt wird, dass der Verbraucher zur Existenz des Mangels beigetragen hat (Art 13 Abs 7). Die Mitgliedstaaten haben zunächst das Recht eines bestimmten Rechtsbehelfs zu gewährleisten, wenn der Mangel sich innerhalb eines kurzen Zeitraums von höchstens 30 Tagen nach der Lieferung manifestiert, sowie das Recht, bestimmte Arten von Verträgen vom Geltungsbereich der Umsetzungsbestimmungen auszuschließen (Art 3 Abs 7)⁴⁴. Gleiches gilt für die Digital-Richtlinie, die die Anwendung nationaler Vorschriften erlaubt, Rechtsmittel zu regulieren, die andere von die durch die Richtlinie harmonisierten Rechtsmittel sind, obwohl die Begründung der zusätzlichen Rechtsmittel im Allgemeinen Interesse des Verbrauchers liegen muss. Die Tatsache, dass das Thema der Harmonisierung zuvor schon durch die Mindestharmonisierung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie abgedeckt wird, erklärt vielleicht warum die Warenkauf-Richtlinie den Mitgliedstaaten mehr Freiheit als die Digital-Richtlinie gibt und warum die Digital-Richtlinie dem erklärten Zweck der Vollharmonisierung wesentlich näher kommt.

In Bezug auf die rechtzeitige Anwendung der Warenkauf-Richtlinie gelten nach Erwägungsgrund 66 ihren Umsetzungsbestimmungen nur für Verträge, die nach Inkrafttreten des

⁴² *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *Ecolex* 2020, S. 97. Es bleibt unverändert, dass der Anwendungsbereich auf Verbrauchergeschäfte beschränkt ist.

⁴³ Vgl. *König*, Neue EU-Regeln für Kaufverträge über Waren und digitale Inhalte, *Österreichisches Anwaltsblatt* von 07.08.2019, 2019/190, S. 437.

⁴⁴ Die Bedingungen von Art. 13 Abs 7 und Art. 3 Abs 7 untergraben in der Praxis die Rechtfertigung der Richtlinie, die die Fragmentierung der Rechtsrahmen durch eine vollständige Harmonisierung zu verhindern zielt. *Cauffman*, New EU rules on business-to consumer and platform-to business relationships, *MJ* 2019/08, S. 19.

Umsetzungsgesetzes geschlossen wurden. Das bedeutet, die Warenkauf-Richtlinie ist auf vor 01.01.2022 geschlossenen Verträge nicht anzuwenden. Die nationalen Maßnahmen zur Umsetzung der Digital-Richtlinie gelten für Verträge mit unbestimmter oder fester Laufzeit, die vor dem Antragsdatum dieser Maßnahmen abgeschlossen wurden und in denen die fortlaufende Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen, entweder kontinuierlich oder durch eine Reihe einzelner Lieferhandlungen, über einen Zeitraum vorgesehen ist, jedoch nur für digitale Inhalte oder digitale Dienste, die zum Datum der Anwendung der nationalen Umsetzungsmaßnahmen bereitgestellt werden (Erwägungsgrund 83)⁴⁵.

Die Kombination der Warenkauf-Richtlinie und der Digital-Richtlinie verstärkt die Gewährleistung der Verbraucher und die Rechtssicherheit über die rechtlichen Rahmen, die für die ständig wachsende Anzahl von Verträgen über die Lieferung digitaler Waren und Dienstleistungen gelten. Die Richtlinien enthalten klaren Kriterien, anhand derer die Konformität mit dem Vertrag festgestellt werden soll. Die Änderung der Konformitätsvermutung von sechs Monaten auf ein Jahr kommt dem Verbraucher zugute. Die sechsmonatige Frist in der bisherigen Verbraucherrechte-Richtlinie war nur ein vorgeschriebenes Minimum, das aber bei den meisten Mitgliedstaaten übernommen wurde. Die Digital-Richtlinie stellt jedoch ferner die Regeln zur Nichtkonformität, die auf die spezifische Besonderheit digitaler Inhalte und digitaler Dienste bedarfsgerecht sind.

Es ist zunächst zu beachten, dass die Richtlinien von verschiedenen Präsidenschaftsteams, mehrere Ausschussmitglieder des Europäischen Parlaments sowie die zuständige Kommissionsdienststelle ausgearbeitet wurden, ohne dass unter ihnen eine substantielle Abstimmung stattgefunden wird⁴⁶. Dies geht aus der Tatsache hervor, dass unterschiedliche Begriffe verwendet wurden, obwohl die beabsichtigte Bedeutung dieselbe ist. In der Warenkauf-Richtlinie wird beispielsweise der Ausdruck "*... zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer ...*" verwendet, während in der Digital-Richtlinie den Wortlaut "*... der Unternehmer liefert ... an den Verbraucher ...*". Es geht aber nur um einen terminologischen Hinweis: eine Richtlinie bezeichnet den Gewährleistungspflichtigen als „Verkäufer“, die andere hingegen als „Unternehmer“⁴⁷. Der unterschiedliche Wortlaut bedeutet auch nicht, dass die Warenkauf-Richtlinie auch zwischen Verbrauchern gilt. Es wird daher immer notwendig sein, beide Richtlinien bei der Auslegung bestimmter Begriffe zu berücksichtigen und am besten die einzelnen Bestimmungen möglichst nahe an ihrem Wortlaut zu verstehen.

⁴⁵ Ausgenommen sind die Bestimmungen über die Änderung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen sowie über das Rechts auf Rückgriffsansprüchen, die nur auf Verträge angewandt werden, die nach 01.01.2022 (in der Digital-Richtlinie vorgesehenen Zeitpunkt der Anwendung) geschlossen wurden.

⁴⁶ Parapatits/Stabentheiner, *Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung*, ÖJZ 2019/126, S. 104

⁴⁷ Parapatits/Stabentheiner, *Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung*, ÖJZ 2019/126, S. 1043.

Die Ähnlichkeiten zwischen den beiden Richtlinien sind jedoch deutlich bedeutender als die Unterschiede. Die neue Digitale Richtlinie und die neue Warenkauf-Richtlinie legen weitere Schritte in Richtung der Neugestaltung von Rahmenbedingungen für die Verbraucher und der vollständigen Harmonisierung des Verkaufsregimes auf europäischer Ebene. Aus rechtlicher Perspektive sind sie ein wichtiger Meilenstein und Grundstein für die Erzielung eines echten europäischen Vertragsrechtes⁴⁸. Die beiden Richtlinien sind einerseits recht umfangreich und detailverliebt, andererseits bleiben einige, teilweise wichtige Fragen unbeantwortet und werfen einige unklare Bestimmungen sicherlich Auslegungsfragen auf. Wenn man insbesondere die neue Regeln mit dem gescheiterten Versuch eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechtes verglichen, erscheinen zum einen die wesentlichen Kompromisse und Defizite, weil beispielweise die Richtlinien nur auf Verbraucherverträge zwingend anwendbar bzw. umzusetzen sind. Aus all diesen Gründen kann sich die Umsetzung der Richtlinien als komplexe Aufgabe für die Mitgliedstaaten herausstellen und selbst mit dem besten Bemühen stehen die nationalen Gesetzgeber sicherlich vor einigen Herausforderungen, um ein sehr einfaches und schlankes Gewährleistungsgesetz auszuarbeiten⁴⁹.

Kompromisse und Defizite könnten aber zum anderen eine Gelegenheit werden und dazu beitragen, die Notwendigkeit von zusätzlichen Anpassungen des sorgsam verteidigten nationalen Vertragsrechts zu begründen. Der Regelungsumfang der Richtlinien ist im Vergleich zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie erheblich gewachsen und trotz aller Herausforderungen die Umsetzung in eigenen nationalen Verbraucherschutzgesetzen erscheint daher denkbar⁵⁰. Die Mitgliedstaaten haben damit eine einzigartige Gelegenheit, ein einheitliches Rechtssystem für Konformität sowie mangelnde Konformität für alle Verbraucherverträge zu verabschieden.

4. Die Neuerungen im Überblick

Zweifelloos bringt die Digital-Richtlinie die wichtigsten Innovationen, da deren Regelungsinhalt völlig neu sind und zum ersten Mal harmonisierte Vorschriften zu einigen Schlüsselaspekten von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienste eingeführt werden. Bisher gab es keine unionsrechtlichen Vorgaben für die Gewährleistung in Bezug auf digitale Leistungen⁵¹. Die harmonisierten Schlüsselemente betreffen vor allem die Verpflichtung zur Lieferung des digitalen Inhalts oder des digitalen Dienstes, die Konformität mit dem Vertrag, Abhilfemaßnahmen bei Fehlen einer solchen Konformität oder Nichtlieferung der Modalitäten für

⁴⁸ *Staudenmeyer*, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, ZEuP 2019, S. 664.

⁴⁹ *Parapatits/Stabentheiner*, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Beweislast und das System der Abhilfen, ÖJZ 2020/15, S. 101

⁵⁰ *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2020, S. 100.

⁵¹ *Stabentheiner*, Neues zur Gewährleistung aus Europa – und ein durchwachsendes Resümee, RdW 2019, S. 577.

die Ausübung dieser Rechtsmittel und die Änderung digitaler Inhalte oder eines digitalen Dienstes (Art. 1).

Die Änderungen an den geltenden Vorschriften zielen erstens auf die Beseitigung von nationalen Regulierungsmängel und auf die Umsetzung von erforderlichen Maßnahmen, um die Gewährleistung der Verbraucher zu ergreifen. Die Richtlinie enthält aber auch eine Reihe sehr origineller Bestimmungen, die ad hoc auf die Besonderheiten digitaler Inhalte und Dienste ausgerichtet sind. Es ergibt sich die Absicht des Gesetzgebers, die Position des Nutzers digitaler Inhalte oder Dienstleistungen so weit wie möglich mit der Position der Verbraucher "traditioneller" Waren und Dienstleistungen gleichzusetzen.

Die neue Regelung bestimmt beispielsweise den Zeitpunkt, zu dem der digitale Inhalt und / oder der digitale Dienst bereitgestellt werden muss oder als bereitgestellt angesehen werden kann, auch in Bezug auf das physische oder virtuelle System, das der Verbraucher zum Empfangen oder Speichern ausgewählt hat (z. B. Cloud), und führt die gesetzliche Konformitätsgarantie für digitale Inhalte und digitale Dienste ein. Die Richtlinie legt auch die Rechtsmittel fest, auf die der Verbraucher bei Nichterbringung der digitalen Inhalte / digitalen Dienste oder deren Nichtkonformität Anspruch hat, sowie die sich daraus ergebenden Verpflichtungen des Unternehmens. Es muss insbesondere sichergestellt werden, dass den Verbrauchern ein klarer Rahmen für einzelne Rechtsmittel zur Verfügung stehen, um die Auswirkungen unlauterer bzw geschädigten Geschäftspraktiken zu beseitigen. Die Rechtsmittel sollen die private Durchsetzung erleichtern und den Verbraucher ermöglichen, Schadensersatz und gegebenenfalls eine angemessene Preisminderung oder Kündigung des Vertrages zu erhalten. Das Recht auf andere Rechtsmittel wie beispielweise die Reparatur oder den Ersatz digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen soll aufrechterhalten oder eingeführt werden, um die vollständige Beseitigung unlauterer Praktiken sicherzustellen.

Die große Neuheit besteht jedoch darin, dass die Digital-Richtlinie auch dann gilt, wenn die Gegenleistung des Verbrauchers nicht in der Zahlung eines Preises, sondern in der Übermittlung personenbezogener Daten besteht (Art. 3 Abs. 1). Gemäß Art 3 gilt die Richtlinie für alle Verträge, in denen der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder Dienstleistungen bereitstellt (oder sich dazu verpflichtet), und der Verbraucher einen Preis zahlt (oder verpflichtet sich dazu). Die Belastung des Vertrags wird daher zu einer wesentlichen Voraussetzung für den Verbraucher. Die Hingabe personenbezogener Daten als Gegenleistung reicht aber aus, um eine Anwendbarkeit der Digital-Richtlinie zu begründen⁵². Die Tatsache, dass die Zahlung eines Preises für die Beschaffung von digitalen Inhalten und Dienstleistungen keine besondere Bedeutung beimisst, ist zunächst sicherlich eine Neuheit in Bezug auf die Sektor-Gesetzgebung. Tatsächlich werden digitale Inhalte häufig gegen eine nicht finanzielle

⁵² *Stabentheiner*, RdW 2019, 577.

Gegenleistung bereitgestellt, um den Zugriff auf personenbezogene Daten oder andere Daten zu ermöglichen. Die neue Gesetzgebung gibt dem Verbraucher ausdrücklich die Möglichkeit, vertragliche Rechtsbehelfe auch dann zu aktivieren, wenn er als Gegenleistung für den Vertrag durch Angabe seiner personenbezogenen Daten "bezahlt" hat.

Die Richtlinie gilt unabhängig von der Art der vom Verbraucher bereitgestellten Daten. Es wird aber festgelegt, dass personenbezogene Daten nicht mit Waren vergleichbar sind und Gegenstand unveräußerlicher Rechte sind⁵³. Es sollte daher sichergestellt werden, dass Verbraucher im Rahmen dieser Geschäftsmodelle das Recht auf vertragliche Rechtsbehelfe haben. Dieselbe allgemeine Datenschutzverordnung (sog. DSGVO)⁵⁴ hat versucht, den Missbrauch bestimmter Geschäftsmodelle zu begrenzen. Die Richtlinie muss daher zusammen mit der DSGVO gelesen und ausgelegt werden⁵⁵.

Eine weitere besonders relevante Neuheit besteht darin in Bezug auf die Aktualisierung von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen. In Art. 8 Abs. 2 wird festgelegt, dass der Unternehmer dem Verbraucher die erforderlichen Aktualisierungen bereitstellen muss, um die Konformität des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung aufrechtzuerhalten. Gleichzeitig ist aber der Verbraucher zur Zusammenarbeit verpflichtet. Die Richtlinie sieht weiterhin vor, dass der Verbraucher nicht für die Nichtinstallation der Aktualisierungen verantwortlich ist, wenn der Unternehmer ihn nicht über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen der Nichtinstallation informiert hat oder wenn eine solche Unterlassung vorliegt. Eine fehlerhafte Installation ist auf Mängel in den vom Bediener bereitgestellten Installationsanweisungen zurückzuführen. Die Regelung geht aber noch detaillierter vor und stellt fest, dass der Verbraucher, wenn er die bereitgestellten Aktualisierungen nicht innerhalb einer angemessenen Frist installiert, nicht für mangelnde Konformität haftet, die sich aus einer solchen Unterlassung ergibt.

Ein weiterer neuer Gegenstand besteht zunächst im Fall einer Vertragsbeendigung. Gemäß Art. 16 soll dem Verbraucher das Recht gewährt werden, digitale Inhalte kostenlos und ohne Hindernisse durch den Unternehmer wiederherzustellen. Die Vertragsänderungen im Falle eines langfristigen Vertrags (Art. 19) stellen ebenso ein Element der Neuheit dar, der nur in

⁵³ Gemäß Erwägungsgrund 24 der Richtlinie ist "[...] der Schutz personenbezogener Daten ein Grundrecht und daher personenbezogene Daten nicht als Ware betrachtet werden können". Die Richtlinie legt zunächst fest, dass der Unternehmer weiterhin an die Bestimmungen der DSGVO über die personenbezogenen Daten des Verbrauchers gebunden ist. Fraglich ist, was mit den Daten im Falle einer Kündigung des Vertrags über digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen geschieht und welche tatsächlichen Verpflichtungen der Unternehmer hinsichtlich der Fortsetzung der Verarbeitung und der möglichen Löschung personenbezogener Daten im Falle einer Kündigung oder eines Widerrufs hat.

⁵⁴ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

⁵⁵ Dieselbe Richtlinie schreibt in Erwägungsgrund 48 vor, dass im Falle eines Konflikts das EU-Recht zum Schutz personenbezogener Daten Vorrang haben muss.

der Digital-Richtlinie behandelt wird. Die Richtlinie sieht zunächst vor, dass die Garantiezeit nicht kürzer als zwei Jahre sein darf. Außerdem hat der Verbraucher Anspruch auf Preismin- derung oder vollständige Erstattung, wenn es nicht möglich ist, Mängel innerhalb einer ange- messenen Frist zu beheben⁵⁶. Gleichmäßig ist die neue Regelung der Richtlinie über die Ak- tualisierung von Begriffen und die Qualifikation von relevanten Fachleuten, Dritten oder Nicht- Dritten, die digitale Dienstleistungen oder digitale Inhalte anbieten, sowie in Bezug auf die Informationen über die Verantwortung für die Gewährleistung der Verbraucherrechte willkom- men⁵⁷.

⁵⁶ König, Neue EU-Regeln für Kaufverträge über Waren und digitale Inhalte, Österreichisches Anwalts- blatt von 07.08.2019, 2019/190, S. 437.

⁵⁷ Wie in den nächsten Kapiteln näher erläutert, wurde jedoch in anderen Fragen die Regelung explizit den Mitgliedstaaten überlassen. Die wichtigste Regelungsoption der Mitgliedstaaten betrifft beispiel- weise die Länge der Gewährleistungs- oder Verjährungsfrist.

III. Anwendungsbereich und wichtigster Inhalt der Digital-Richtlinie

1. Anwendungsbereich

Gemäß Art. 3 Abs. 1 erstreckt sich der Geltungsbereich der Digital-Richtlinie auf allen entgeltlichen Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen, oder deren Bereitstellung hierzu zusagt wird und der Verbraucher dafür einen Preis zahlt oder dessen Bezahlung zusagt. Die Richtlinie gilt nicht nur für standardisierten Inhalte oder Dienstleistungen, sondern auch wenn die Digitale Inhalte oder Digitale Dienstleistungen nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden (z.B. Software) und mit Ausnahme der Art. 5 (Bereitstellung digitaler Inhalte) und 13 (Rechtsfolgen bei nicht erfolgter Bereitstellung)⁵⁸ auch für körperliche Datenträger (beispielweise USB-Stick, DVD, CD), sofern sie ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen und damit nicht tatsächlich Waren im Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie (Art. 3 Abs. 2 und 3).

Im Unterschied zum bisherigen Recht sowie zur neuen Warenkauf-Richtlinie ist der Anwendungsbereich der Digital-Richtlinie sehr breit, da sie nicht nur Verträge einbezieht, bei denen die Hauptleistung im Austausch gegen Geld besteht, sondern ist grundsätzlich und ausdrücklich auch auf Verträge anwendbar, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer seine personenbezogenen Daten als "Zahlung" für die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt. Nach Art. 3 Abs 1 sowie Erwägungsgrund 25 sollte die Richtlinie nicht für Fälle gelten, in denen die personenbezogenen Daten ausschließlich zum Zwecke der Inhalt – oder Leistungserbringung im Einklang mit der Richtlinie oder ausschließlich dem Unternehmer die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten zu ermöglichen erhoben werden und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet⁵⁹. Den Mitgliedstaaten steht es aber frei, die Richtlinie anzuwenden, wenn der Verbraucher, ohne einen Vertrag mit dem Unternehmer geschlossen zu haben, Werbung ausgesetzt, um ausschließlich Zugang zu digitalen Inhalten oder digitalen Diensten zu erhalten⁶⁰.

⁵⁸ Die Ausnahme sind einfach zu erklären, weil diese auf die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen zugeschnittenen Vorschriften für körperliche Gegenstände nicht passen und daher gilt die Regelung des Art. 18 der Verbraucherrechte-Richtlinie wie im Erwägungsgrund 20 der Digital-Richtlinie betont.

⁵⁹ Dazu zählen zum Beispiel Fälle, in denen die Registrierung des Verbrauchers zu Sicherheits- und Identifizierungszwecken durch anwendbare Gesetze vorgeschrieben ist. Ebenfalls sollte die Richtlinie nicht in Fällen gelten, in denen der Unternehmer nur Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt, es sei denn, der betreffende Sachverhalt gilt als Vertrag nach nationalem Recht. Vgl. *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2020, S. 97 sowie *Kern/Maier*, Die neue Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, *Zak* 2019/384, S. 208.

⁶⁰ *Carvalho*, Sale of goods and supply of digital content and digital services – Overview of directives 2019/770 and 2019/771 (*Working Paper Version – The final version will be published in Issue 5/2019 of EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*), S. 10.

Nach Meinung von *Kern* führt die Richtlinie hier einen neuen Typus von entgeltlichen Vertrags für und so ungeachtet des Wortlauts von Erwägungsgrund 24, der ausdrücklich anerkennt, dass der Schutz personenbezogener Daten ein Grundrecht ist und daher personenbezogene Daten nicht als Ware betrachtet werden können⁶¹.

Unvermeidlich hat die Anerkennung von personenbezogenen Daten als vertraglichen Gegenleistung eine potenzielle Kollision mit dem Datenschutzrecht zu bewältigen⁶². Ein Kompromiss gelang nur dann, weil die Richtlinie klargestellt, dass in Bezug auf Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte oder digitaler Dienste, unter denen der Verbraucher liefert oder verpflichtet sich, dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung zu stellen, die Kohärenz mit dem EU-Recht, insbesondere die DSGVO und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation⁶³, gewährleistet werden muss⁶⁴. Die Bestimmungen des EU-Datenschutzrechts sollten daher voll aufrecht bleiben und gelten in vollem Umfang für alle personenbezogenen Daten, die im Zusammenhang mit den von der Richtlinie erfassten Verträgen verarbeitet werden. Im Fall eines Widerspruchs sollte das Unionsrecht für den Schutz personenbezogener Daten maßgeblich sein (Art. 1 Abs. 8 sowie Erwägungsgründe 37-39)⁶⁵.

Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Richtlinie ist weiterhin in Abs. 4 klargestellt: die Richtlinie gilt nicht für "Waren mit digitalen Elementen". Das heißt, digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, die Gegenstand der Warenkauf-Richtlinie sind, weil sie in einer Ware enthalten oder mit dieser verbunden sind und gemäß einem diese Waren betreffenden Kaufvertrag ausdrücklich mit diesen Waren bereitgestellt werden. Unter diesen fallen insbesondere sog. 'smart goods' wie Smartphones oder Kameras sowie Haushalts – und Elektrogeräte mit Software. Werden die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dagegen nach einem Vertrag bereitgestellt, der unabhängig vom Kaufvertrag ist, dann ist die Digital-Richtlinie anzuwenden. Es wird im Zweifel vermutet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Kaufvertrag umfasst sind und daher die Bedingungen der Warenkauf-

⁶¹ *Kern*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (Die Warenkauf- und die Digitale Inhalte-RL), VbR 2019/05, S. 164.

⁶² Vgl. *Sattler*, CR 3/2020, S. 145.

⁶³ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

⁶⁴ Die Frage, ob über personenbezogene Daten rechtsgeschäftlich verfügt werden kann, wurde damit vom Unionsgesetzgeber eindeutig bejaht. Vgl. *Staudegger*, jusIT 2019/62, S. 175. Der gleiche Vorrang (*lex specialis derogat legi generali*) gilt nach Art. 3 Abs. 7 im Fall von Kollision der Richtlinie mit den Bestimmungen eines anderen Unionsrechtsakts, der einen bestimmten Sektor oder Gegenstand regelt.

⁶⁵ Die Verarbeitung personenbezogener Daten im Anwendungsbereich der Richtlinie ist daher nur rechtmäßig, wenn sie mit den Bestimmungen der DSGVO im Einklang steht. Insbesondere sollten die Bedingungen der DSGVO in Bezug auf die jederzeitigen begründungslosen Widerruf der Einwilligung (Art. 7 DSGVO) des betreffenden Verbrauchers zur Verarbeitung personenbezogener Daten sowie die damit zusammenhängend Rechte des Verbrauchers auf Löschung von Daten (Art. 17 DSGVO) und Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO) uneingeschränkt gelten.

Richtlinie anwendbar sind⁶⁶. Unbeschadet des Abs. 4 ist jedoch die Digital-Richtlinie bei einem Verbrauchervertrags anzuwenden, der nebenbei Elemente der Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen auch anderen Dienstleistungen oder Waren in einem Paket umfasst, für die Elemente des Vertrags, die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen betreffen, sofern alle vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 3 Abs. 6)⁶⁷.

Anders als die Warenkauf-Richtlinie, die nur wenige Ausnahmen von ihrem Anwendungsbereich statuiert, enthält die Digital-Richtlinie eine ganze Reihe von Ausnahmefällen⁶⁸. Von ihrem Anwendungsbereich sind zunächst die im Abs. 5 weitere genannten Inhalte und Dienste ausgenommen. Dazu zählen unter anderem Verträge für die Erbringung von Dienstleistungen, die keine digitalen Dienstleistungen sind, unentgeltlich bereitgestellte Open Source Software, bestimmten Gesundheitsdienstleistungen, Glücksspieldienstleistungen und Finanzdienstleistungen sowie digitale Inhalte, die nach der Richtlinie 2003/98/EG⁶⁹ von öffentlichen Stellen der Mitgliedstaaten bereitgestellt werden⁷⁰.

2. Begriffsbestimmungen

Um den Anwendungsbereich der Richtlinie weiter abzugrenzen, muss ergänzend ein Blick in die Begriffsbestimmungen des Art 2 geworfen werden⁷¹. Es wird beim Unionsgesetzgeber nicht nur eine Reihe neuer Begriffe eingeführt, sondern auch allgemeine Begriffe wie "Verbraucher", "Unternehmer" und "Preis" aktualisiert.

Während der Begriff ‚Digitale Inhalte‘ ähnlich wie bereits in Art. 2 Z 11 der Verbraucherrechte-Richtlinie definiert wird, und zwar als "Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden" (Art. 2 Z 1), scheint die Definition des Begriffs "digitale Dienstleistungen" komplizierter. Gemäß Art. 2 Z 2 sind unter digitalen Dienstleistungen dagegen Dienstleistungen zu verstehen, die entweder "dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen", oder "Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen"⁷².

⁶⁶ Die Digital-Richtlinie kommt daher nur dann zur Anwendung, wenn der Vertrag unabhängig vom Kaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen geschlossen wird, etwa wenn der Verbraucher aus dem App-Store eine Spiele-App auf sein Smartphone herunterlädt. *Kern/Maier*, Zak 2019/384, S. 208.

⁶⁷ In Erwägungsgrund 33 wird der Fall des elektronischen Fernsehens als Beispiel genannt.

⁶⁸ *Kern*, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 57.

⁶⁹ Richtlinie 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. November 2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (ABl. L 345 vom 31.12.2003, S. 90).

⁷⁰ Laut Erwägungsgrund 19 findet zunächst die Richtlinie bei Internetzugangsdienste keine Anwendung.

⁷¹ *Kern*, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 56.

⁷² Zu erwähnen ist, dass obwohl der Begriff im Art. 2 Z 7 der Warenkauf-Richtlinie im Singular formuliert ist, sonst ist die Definition von digitaler Dienstleistung inhaltsgleich.

Unter diese Definitionen fallen dazu etwa Dienste zum Streaming von Filmen, Serien oder Musik (wie Netflix oder Spotify), E-Books, Fotobearbeitungsprogramme (beispielweise Photoshop) und dergleichen viele Computerprogramme, Smartphone-Anwendungen, Videodateien, digitale Spiele und Apps, Cloud-Speicherservices (wie Dropbox), soziale Netzwerke (zum Beispiel Facebook)⁷³.

Die herausragende Eigenschaft der Definition der Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ ist ihre Technologie-Neutralität, die sicherstellen sollte, dass angesichts der rasanten technischen Entwicklung die Begriffe nicht schon bald nach seiner Schaffung überholt sein werden. Bei der Definition unter Z 1 handelt es sich um den Waren ähnliche digitale Produkte bzw „digitale Inhalte“ im engeren Sinn, während Z 2 die mit digitalen Inhalt erbrachten Dienstleistungen zum Gegenstand hat und daher regelmäßig Dienstleistungsverträgen bzw Dauerschuldverträge erfasst⁷⁴.

Die Begriffe von „Digitale Inhalte“ und „Digitalen Dienstleistungen“ sollten den sachlichen Anwendungsbereich der Digital-Richtlinie sowie die verschiedenen Kategorien von digitaler Inhalte, digitaler Dienste und deren Bereitstellung angehen. Allerdings werden die Definitionen aus mehreren Gründen unbefriedigend und missglückt betrachtet, weil sie auf das Erstellen und Bereitstellen von Daten zurückverweisen, wobei die Bereitstellung gleichzeitig als wesentliche Leistungshandlung nach Art. 5 ausdrücklich geregelt wird und demgegenüber das Erstellen nur in Art. 16 Abs 3 und 4 undeutlich verwendet wird⁷⁵.

Die größte Neuerung in Bezug auf Begriffsbestimmungen ist wahrscheinlich der bereits vorgestellte weite Begriff von „Waren mit digitalen Elementen“ des Art. 2 Z 3, der sich auf bewegliche körperliche Gegenstände bezieht, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit dieser verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten und gemäß einem diese Waren betreffenden Kaufvertrag mit diesen Waren bereitgestellt werden⁷⁶.

⁷³ Die Erwägungsgründe der Richtlinie bieten verschiedenartigen Beispiele von digitalen Inhalten oder digitalen Dienste. In der Definition fallen darunter auch 'nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste' wie WhatsApp oder Signal im Sinne des Art 3 Abs. 5 I b und Erwägungsgrund 28. Die Formulierung der genannten Beispiele in Erwägungsgrund 19 enthält unnötigen Redundanzen, denn beispielweise Anwendungen sind auch Computerprogramme sowie Musikdateien sind selbst Audiodateien.

⁷⁴ Vgl. *Lurger*, Anwendungsbereich und kaufvertragliche Ausrichtung der DURL- und FWRL-Entwürfe, in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 (2016), S. 43.

⁷⁵ *Sattler*, CR 2020, S. 146 ff.

⁷⁶ Irrelevant ist, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Verkäufer oder von einem Dritten bereitgestellt werden. Ein Auto mit einer installierten GPS-Application eignet sich beispielweise für Ware mit digitalen Elementen, egal ob diese mit oder ohne Aktualisierung der GPS über einen bestimmten Zeitraum verkauft wird. Der Unterschied besteht darin, dass die GPS-Application durch einen einzelnen Vorgang bereitgestellt wird, während der Dienst zum Aktualisieren der Anwendung über einen bestimmten Zeitraum kontinuierlich bereitgestellt wird. Die Warenkauf-Richtlinie gilt trotzdem. Im Gegenteil, wenn der Verbraucher ein Auto ohne installierte GPS-Application kauft und dann online die neueste Version einer GPS-Application kauft, bestehen dann zwei separate Verträge, von denen einer

Problematischer sind zu einem Erwägungsgrund 17, der es den Mitgliedstaaten zu definieren überlässt, ob und unter welchen Bedingungen eine Person als Verbraucher gilt, die einen Vertrag zu Zwecken abschließt, die teilweise innerhalb und teilweise außerhalb ihres Handels liegen, und zum anderen Erwägungsgrund 18, der es den Mitgliedsstaaten freizustehen lässt, die Anwendung der Richtlinie auf Plattformbetreiber auszudehnen, die nicht den Anforderungen der Definition von "Unternehmer"⁷⁷ im Sinne der Richtlinie entsprechen. Im ersten Bereich haben daher die Mitgliedstaaten die Gelegenheit zu bestimmen, wo der Handelszweck einer Person ist, wenn er im Gesamtkontext des Vertrags nicht vorherrschend ist. Diese Regeln führen in der Tat dazu, dass der persönliche Geltungsbereich der Digital-Richtlinie auf Verbraucher beschränkt wird, die ausschließlich zu Zwecken außerhalb ihres Handels vorgehen. Die Bedingungen widersprechen deutlich dem allgemeinen Ansatz des Gerichtshofs, den Begriff Verbraucher umfassend zu interpretieren, sowie die erwähnten Ziele der Richtlinie bzw. eine völlige Harmonisierung des Verbraucherrechtes zu erreichen.

Neue Begriffsbestimmungen umfassen zunächst die Definition von Funktionalität, Interoperabilität, Integration, Kompatibilität sowie Preis⁷⁸. In Anbetracht der Anerkennung von personenbezogenen Daten als vertragliche Gegenleistung, ist es nicht verwunderlich, dass die Definition des Begriffs "Preis" nicht nur Geld, sondern auch "digitale Darstellung eines Werts" beinhaltet. Die Bewältigung der potenziellen Kollision mit dem Datenschutzrecht und der Vorrang des letzten erklären die Geltung der Definition "personenbezogenen Daten" vom Art. 4 Z 1 der DSGVO, auf dessen die Digital-Richtlinie in Art 2 Z 8 verweist.

3. Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitaler Dienstleistungen

Die Digital-Richtlinie enthält in Art. 5 die geschuldete Erfüllung der Hauptleistungspflicht von Unternehmer, die in der neuen digitalen Welt als „Bereitstellung“ ausgezeichnet ist⁷⁹. Hinsichtlich der Bereitstellungspflicht digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen zu liefern sind drei Regelungsfragen ausdrücklich behandelt; nämlich wem gegenüber und wann diese zu

(Kaufvertrag-GPS) unter die Digitale Richtlinie fällt und der andere (Kaufvertrag-Auto) unter die Warenkauf-Richtlinie. Vgl. *Carvalho*, Journal of European Consumer and Market Law, S. 11.

⁷⁷ „Unternehmer“ ist laut Art. 2 Z 5 jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die in Bezug auf von dieser Richtlinie erfasste Verträge selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken handelt, die innerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen.

⁷⁸ Laut Erwägungsgrund 43 sollte der Begriff der Funktionalität sich darauf beziehen, wie digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen verwendet werden können. Beispielsweise kann das Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein von technischen Beschränkungen darauf haben, ob die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen für ihren Zweck erforderlichen Funktionen erfüllen können. Der Begriff der Interoperabilität bezieht sich auf die Frage, ob und in welchem Umfang digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen mit einer anderen Hardware oder Software als derjenigen erfolgreich funktionieren.

⁷⁹ Die Regelung der Hauptleistungspflicht bzw. Lieferpflicht besteht bereits in Art. 18 der Verbraucherrechte-Richtlinie, die zunächst für den (Fernabsatz-)Verkauf von dauerhaften Datenträgern mit digitalen Inhalten gilt, wenn diese Datenträger ausschließlich der Übermittlung digitaler Inhalte dienen (zB CDs und DVDs).

erfolgen hat sowie worin sie besteht⁸⁰. Mit anderen Worten stellt die Bestimmung nämlich zu welchem Zeitpunkt die Bereitstellung zu erfüllen ist sowie der Inhalt der Verpflichtung klar. Im Anwendungsbereich ist prinzipiell der Zeitpunkt einer einmaligen Bereitstellung oder einer Reihe einzelner Bereitstellungen maßgeblich. Bei fortlaufender Bereitstellung wird es der Zeitraum, in dem die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen aufgrund des Vertrags bereitzustellen sind, eintritt oder offenbar⁸¹.

Insbesondere sieht Art 5 die Regelung der Bereitstellung wie folgt vor. Der Unternehmer stellt die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher nach Vertragsschluss unverzüglich bereit, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (Abs. 1). Gemäß Abs. 2 hat der Unternehmer die Verpflichtung zur Bereitstellung erfüllt, sobald (I a) die digitalen Inhalte oder jedes Mittel, die/das für den Zugang zu den digitalen Inhalten oder deren Herunterladen geeignet ist, dem Verbraucher oder eine von ihm zu diesem Zwecke bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist; (I b) die digitalen Dienstleistung dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung zugänglich gemacht worden ist.

Im Zusammenhang baut Art. 13 die Rechtsfolgen bei unterlassenen bzw bei nicht erfolgter Bereitstellung der betroffenen digitalen Inhalte auf. Vom Anwendungsbereich der Art. 5 und 13 sind aber nach Art. 3 Abs. 3 die angedeutet körperliche Datenträger ausgenommen, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen. Zu beachten ist zudem, dass gemäß Erwägungsgrund 51 sind kurzfristige Unterbrechungen der Bereitstellung als Fälle der „Vertragswidrigkeit“ zu behandeln, weil das Thema nicht nur die Rechtsfolgen, sondern auch die Regelungen betrifft, nach denen die geschuldete Kontinuität der Bereitstellung bemisst werden sollte. Eine weitere Ausnahme von der Regel des Art. 5 betrifft die Verpflichtung zur Aktualisierung nach Art. 8 Abs. 2, wobei der Unternehmer stellt sicher, dass digitalen Inhalte und digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher bereitgestellt werden, und zwar während des Zeitraums, in dem die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen im Rahmen des Vertrags bereitzustellen sind, wenn der Vertrag eine fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum vorsieht, oder der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitale Dienstleistungen wenn der Vertrag eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen vorsieht⁸².

⁸⁰ *Faber*, Bereitstellungspflicht, Mangelbegriff und Beweislast im Richtlinienvorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 (2016), S. 105.

⁸¹ Art 11 Abs 2 bzw 3. Vgl *Faber* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 77 f.

⁸² Weitere Erklärungen zum Thema Bereitstellung von Aktualisierungen enthalten beispielweise Erwägungsgründe 44, 47 und 51.

Was bedeutet aber genau Bereitstellung? Und wann sind die digitalen Inhalte bzw digitalen Dienstleistungen bereitzustellen bzw wann ist der Bereitstellungszeitpunkt?

Nach Art. 5 Abs. 1 ist eine Vereinbarung der Parteien primär maßgebend. Ohne etwaige Vereinbarung über den Zeitpunkt der Bereitstellung, sollte die Bereitstellung „unverzüglich“ nach Vertragsschluss zu erfolgen. Die Frage umfasst jedoch die Bedeutung des Begriffs „unverzüglich“ sowie der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Wie genannt, ist ohne einen Vertragsabschluss die Begründung einer vertraglichen Verpflichtung nicht denkbar. Für Online-Vertragsschlusses über digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen ist aber eigentlich die Ermittlung des Vertragsschlusszeitpunkts nicht deutlich.

Nach der Digital-Richtlinie unterliegt die Frage der Zeitpunkt des Vertragsschlusses als „Aspekt des allgemeinen Vertragsrechts“ weiterhin dem nationalen Recht. Gemäß Art. 3 Abs. 10 ist insbesondere die Regelung von Aspekten des allgemeinen Vertragsrechts, wie die Bestimmungen über das Zustandekommen, die Wirksamkeit, die Nichtigkeit oder die Wirkungen eines Vertrags einschließlich der Folgen der Vertragsbeendigung, weiterhin Angelegenheit der Mitgliedstaaten soweit diese Aspekte nicht in der europarechtlichen Vollharmonisierung der Richtlinie erfasst werden oder zur Regelung des Rechts auf Schadensersatz unberührt. Die Überlassung des Vertragsschlussmechanismus dem nationalen Recht trägt aber das Risiko von unvermeidlichen Abweichungen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen sowie allfällige Beurteilungsschwierigkeiten innerhalb ein und derselben Rechtsordnung.

Nach Vertragsschluss hat die Bereitstellung „unverzüglich“ zu erfolgen⁸³. Der Inhalt des Art 5 Abs 1 ist im Übrigen mit jener in Art 18 Abs 1 der Verbraucherrecht-Richtlinie ähnlich. In Art. 18 ist der Vertragsschluss für Lieferung von Waren „unverzüglich, jedoch nicht später als dreißig Tage nach Vertragsabschluss“ vorzunehmen. Eine so lange Leistungsfrist wäre aber für die Bereitstellung im Anwendungsbereich der Digital-Richtlinie allerdings ungeeignet. Denselben Wortlaut „unverzüglich“ wird zunächst in Art 13 Abs 1 der Richtlinie im Zusammenhang mit Rechtsbehelfen verwendet. Erwägungsgrund 61 erläutert, dass bei digitalen Inhalten für die „Bereitstellung in den meisten Fällen keine zusätzliche Zeit erforderlich“ sein sollte und die Verpflichtung zur unverzüglichen Bereitstellung bedeute, „dass sie sofort bereitzustellen sind“. Im Ergebnis kann man daher beschließen, dass „unverzüglich“ ebenfalls „sofort“ bedeutet, sofern dies technisch möglich ist bzw die Bereitstellung allein durch einen automatisierten Vorgang bewerkstelligt werden kann. In anderen Fäll ist ein zuwarten für des Vertragsabschlusses grundsätzlich rechtfertigt⁸⁴.

⁸³ Der Wortlaut scheint hierzu als eine Lockerung im Vergleich mit dem Begriff „sofort“, der im Kommissionsvorschlag zur Digital-Richtlinie vorgesehen war.

⁸⁴ Mit dieser Aussicht passt letztlich Erwägungsgrund 41, nach dem die unverzügliche Bereitstellung „in Übereinstimmung mit den marktüblichen Praktiken und technischen Möglichkeiten“ durchzuführen ist. Dies gilt beispielsweise für Entwicklungsleistungen bzw digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, die „nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden“ (Art 3 Abs 2).

Gleichzeitig soll man daher fragen, wie der Unternehmer die Bereitstellung im Sinne von Art. 5 tatsächlich erzielen kann. Die geschuldete Bereitstellung kann entweder gegenüber dem Verbraucher vollzogen wurde oder alternativ auch an eine vom Verbraucher bestimmte Einrichtung erfolgen (beispielweise an eine elektronische Plattform), sofern dem Verbraucher effektive Wahlfreiheit zukommt und die Einrichtung dann nicht vom Anbieter selbst kontrolliert wird. Der Unternehmer hat die notwendigen Handlungen vorzunehmen und die für den Zugriff erforderlichen technischen Maßnahmen zur Verfügung stellen, um die Leistungshandlung zu bewirken bzw den Verbraucher Zugriff auf die digitalen Inhalte zu ermöglichen⁸⁵.

Zu der Dauer der Bereitstellung lohnt es sich kurz zu erwähnen, dass im Fall von fortlaufender Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum die Dauer der Bereitstellung ohne Zweifel genau diesem Zeitraum entspricht. Kompliziert ist das Szenario einer bloß einmaligen geschuldeten Bereitstellung, denn die Richtlinie trifft keine konkreten Aussagen. Eine Ansatz geht dahin, dass die Regelung den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Eine zweite Ansatz geht davon aus, dass die Dauer der einmaligen Bereitstellung implizit von der Digital-Richtlinie erfasst ist und, wie kurzfristige Unterbrechungen nach bereits erfolgter erstmaliger Bereitstellung als Fälle der „Vertragswidrigkeit“ zu behandeln sind, da Art 8 Abs 1 lit b die „Zugänglichkeit“ und „Kontinuität“ der digitalen Inhalte als relevante Leistungsmerkmale nennt.

4. Vertragsmäßigkeit

Die Vertragsmäßigkeit der Leistungsobjekte ist ein inhaltlicher Schwerpunkt der Digital-Richtlinie⁸⁶, die durch den Vergleich der ‚vertraglich vereinbarten Leistung‘ mit der ‚bereitgestellten Leistung‘ bewertet wird. Es muss zum Zeitpunkt der Erfüllung beurteilt werden, ob und wie den Inhalt der vertraglichen Verpflichtungen erfüllt wird bzw ob die bereitgestellten Leistungen den vereinbarten digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen entsprechen. Bei der Beurteilung der Vertragsmäßigkeit müssen neben subjektiven Anforderungen nun ausdrücklich auch objektiven Anforderungen kumulativ erfüllen werden⁸⁷. Die vorgeschriebenen gemischt-subjektiv-objektiven Anforderungen sind gleichrangig und nur wenn sie erfüllt sind, dann ist

⁸⁵ Die Definition der Bereitstellung entspricht nach deutscher Terminologie meist eine gewisse Parallele zur Holschuld, zumal der digitale Inhalt keine Grenze überschreiten muss, sondern der Verbraucher in die Lage versetzt worden sein muss, den digitalen Inhalt darüber selbst zu ziehen. Der Käufer holt die bereitgestellte Sache im Betrieb des Verkäufers ab. *Ehle/Kreß*, Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienste gegenüber Verbrauchern - Subjektiv-Objektiver Mangelbegriff, Aktualisierungspflicht und Änderungsbefugnis, CR 11/2019, S. 725; Vgl. *Spindler/Sein*, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen, MMR 2019, S. 415 sowie *Faber*, Bereitstellung und Mangelbegriff, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S.70 f.

⁸⁶ Sattler, CR 03/2020, S. 149.

⁸⁷ Vgl. *Aydin*, "New Rules for Digital Content & Sale Of Goods", *Mondaq Business Briefing*, Sept. 2019 sowie *Staudegger*, Die Realisierung des Digitalen Binnenmarkts – aktuelle Entwicklungen des IT-Rechts im Überblick, *jusIT* 2019/62, S. 173. Nach Erwägungsgrund 45 sind *nicht nur den subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit...sondern darüber hinaus die in dieser Richtlinie festgelegten objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu erfüllen.*

die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen vertragskonform. In anderen Fällen haftet der Händler für die mangelnde Konformität und die Dienstleistung ist daher "fehlerhaft"⁸⁸.

Die gewisse Konformitätskriterien finden sich bereits in Art. 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Die Anforderungen selbst haben sich nicht wesentlich geändert, obwohl sie nun zusätzlich an Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität hinzugefügt wurden. Die explizite Trennung in subjektive und objektive Kriterien sowie die Update-Verpflichtung ist aber eine der wichtigsten Neuerungen der Digital-Richtlinie hinsichtlich der Bewertung von Konformität. Art. 6 bis 10 stellen insbesondere detaillierten die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit einer Leistung auf, die der Unternehmer obligatorisch befolgen muss⁸⁹.

In Bezug auf die subjektiven Anforderungen ist insbesondere nach Art. 7 vorgeschrieben, dass a) der bereitgestellte digitale Inhalt oder digitale Dienst der Beschreibung und sonstiger Merkmale⁹⁰, die im Vertrag bestimmt wurden, entsprechen muss; b) sich für den vertraglich angestrebten und spezifischen Zweck des Verbrauchers eignen muss; c) den Anforderungen des Vertrags entsprechend mit sämtlichem Zubehör sowie Anweisungen, einschließlich Installation und Kundendienst, erfüllen muss; und d) die im Vertrag festgelegten Aktualisierungen erhalten muss. In diesem Zusammenhang ist maßstab, dass der Verbraucher dem Unternehmer spätestens bei Vertragsschluss den Zweck, für den er die Leistung benötigt, bekannt gemacht hat und dass der Unternehmer daher zugestimmt hat.

Die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit sind in Art. 8 sehr detailliert beschrieben. Gemäß Abs. 1 muss der bereitgestellte digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung zusätzlich (a) für die Zwecke geeignet sein, für die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen der gleichen Art in der Regel genutzt werden; (b) von der Menge sein und die jene Qualität und Merkmale⁹¹ entsprechen, die bei derartigen digitalen Inhalten oder digitalen Diensten üblich sind und welche der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art der Leistung und aufgrund von öffentlichen Erklärungen vernünftigerweise erwarten kann; (c) mit dem zutreffenden Zubehör und Anleitungen, die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, geleistet werden und (d) einer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellten Probe oder Vorschau des digitalen Inhalts oder digitaler Dienst entsprechen. Abs 2 des Art. 8 setzt noch weitere objektive Anforderungen, wobei der bereitgestellte digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung mit Aktualisierungen versehen sein muss, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich

⁸⁸ Vgl. *Aydin*, "New Rules for Digital Content & Sale Of Goods (Legal Insight 2 In A Series Of 5)", *Monday Business Briefing*, 25 Oct. 2019.

⁸⁹ Laut Art. 6 stellt der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereit, die unbeschadet des Artikels 10 und soweit jeweils anwendbar, die Anforderungen der Artikel 7, 8 und 9 erfüllen.

⁹⁰ Darunter auch Quantität und Qualität, Funktionalität, Kompatibilität sowie Interoperabilität.

⁹¹ Darunter Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit

sind, und der Verbraucher über Aktualisierungen informiert werden sollte. Die Aktualisierungen müssen insbesondere bereitgestellt werden, entweder a) während des Zeitraums der Bereitstellung, wenn der Vertrag eine fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum vorsieht⁹², oder b) im Fall eines Vertrages, der eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen vorsieht, wenn der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitale Dienstleistungen, sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags, Aktualisierungen vernünftigerweise erwarten kann.

Gemäß Art. 8 Abs 5 ist eine negative Abweichung oder das Fehlen von objektiven Anforderungen nur dann begründet, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses "eigens darüber in Kenntnis gesetzt wurde", dass ein bestimmtes Merkmal von den bei der Richtlinie vorgeschriebenen objektiven Anforderungen weicht, sofern der Verbraucher solche Abweichung bei Vertragsschluss darüber "ausdrücklich und gesondert" zugestimmt hat⁹³. In diesem Fall steht keine Vertragswidrigkeit bzw Vertragsverletzung. Art. 8 Abs. 6 regelt dazu, dass die Leistung in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neuesten verfügbaren Version bereitgestellt werden muss, sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben. Die neuen geregelten objektiven Kriterien sind daher zwingend, da sie nicht durch eine einfache vertragliche Abweichung ausgeschlossen oder vermieden werden können⁹⁴.

Zu beachten ist, dass die Zustimmung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Unternehmens bzw des Vertrages jedenfalls nicht als "ausdrückliche und gesonderte" Annahme der Abweichung angesehen werden kann. Der Unternehmer muss daher Gewähr für die Nichterfüllung der objektiven Vertragsmäßigkeit-Anforderungen leisten⁹⁵.

Die Unterscheidung zwischen subjektiven und objektiven Kriterien bezieht sich auf die Tatsache, dass während die subjektiven Anforderungen an digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen sich grundsätzlich direkt aus der vertraglichen Parteienvereinbarung ergeben, gelten die objektiven Anforderungen demgegenüber grundsätzlich unabhängig von der vertraglichen Vereinbarungen bzw Willenserklärungen der Parteien, weil sie "vernünftigerweise erwartet werden" und daher nur indirekt Bestandteil des Vertrags sind.

⁹² Art. 8 Abs. 4 stellt fest, dass bei der vertraglichen fortlaufenden Bereitstellung über einen Zeitraum die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen während des gesamten Zeitraums vertragsgemäß sein müssen.

⁹³ Vgl. *Rabl*, Recht smart 1.07: Das europäische Gespenst „Objektivität“ der RL 2019/770, *ecolex* 2019, S. 581.

⁹⁴ Vgl. *Faber*, Bereitstellung und Mangelbegriff, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 75.

⁹⁵ *Parapatits/Stabentheiner*, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung, *ÖJZ* 2019/126, S. 1045. Ein solcher Abweichungshinweis bloß in den AGB würde keine Wirkung entfalten, weil dies weder die Erfordernisse einer Abweichungsvereinbarung erfüllt noch eine Änderung der Gewährleistungsrechts herbeiführen kann. Nach der bisherigen Rechtslage konnte die Abweichung grundsätzlich auch als Bestandteil der AGB Vertragsinhalt werden.

Aus der neuen Rechtsrahmen geht zunächst hervor, dass Rechtsmängel auch in das Konzept der mangelnden Vertragsmäßigkeit einbezogen sind. Unter der Überschrift „Rechte Dritter“ regelt Art. 10 insbesondere, dass der Verbraucher auch Anspruch auf die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit hat, wenn eine Einschränkung, die sich aus einer Verletzung eines Rechts Dritter (einschließlich geistiger Eigentumsrechte) ergibt, die Nutzung digitaler Inhalte oder digitaler Dienste verhindert oder einschränkt. Die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit kommen aber nicht zur Anwendung, wenn die Mitgliedstaaten in solchen Fällen alternativ im nationalen Gesetz die Nichtigkeit oder den Rücktritt vom Vertrag vorsehen.

5. Haftung und Anforderungen an Unternehmen

Den Unternehmer trifft nach dem Art. 8 Abs. 2 der Digital-Richtlinie die Verpflichtung, für einen gewissen Zeitraum lang Aktualisierungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitzustellen. Diese Update-Verpflichtung ist eine der wichtigsten Neuerungen, die bei der Richtlinie eingeführt wird. Die Formulierung zielt sicherzustellen, nicht dass die Leistung zum Zeitpunkt der Lieferung vertragskonform bereitgestellt wird, sondern dass sie in vertragsgemäßem Zustand und sicher bleiben⁹⁶. Diese Haftung des Unternehmers bei digitalen Inhalten und Dienstleistungen⁹⁷ ist daher in Zusammenhang mit den Vertragsmäßigkeitkriterien geregelt und geht es darum, dass der Verbraucher Aktualisierungen erhält, sofern die Aktualisierung für die dauerhaften Bestanderhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich ist (Art. 8 Abs. 2). Diesbezüglich ist also nicht der Zeitpunkt der „Lieferung“ oder der „Bereitstellung“ für die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit der Leistung entscheidend⁹⁸.

Die Verpflichtung des Unternehmers besteht nicht nur für Verträgen, bei denen die digitalen Inhalte und Dienstleistungen nur einmalig bereitgestellt werden, sondern also auch für jenen, bei denen eine kontinuierlicher Bereitstellung vorgesehen ist. Im letzten Fall gilt die Aktualisierungspflicht für die gesamte Vertragslaufzeit und enthält die Richtlinie keine Mindestdauer der Verpflichtung⁹⁹. Die Dauer der Update-Pflicht hängt grundsätzlich von den Dauerschuldverhältnissen bzw der vertraglich vereinbarten Laufzeit der kontinuierlichen Bereitstellung ab. Mit anderen Worten ist die Vertragslaufzeit entscheidend. Das bedeutet zunächst, dass die Verpflichtung kann viel kürzer als zwei Jahre sein.

⁹⁶ Vgl. *Kern*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (Die Warenkauf- und die Digitale Inhalte-RL), VbR 2019/05, S. 165; *Kern/Maier*, Die neue Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, Zak 2019/384, S. 209.

⁹⁷ Sowie bei Waren mit digitalen Elementen gemäß der Warenkauf-Richtlinie.

⁹⁸ *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2020, S. 97, sowie *Maier* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 58.

⁹⁹ Im Gegenteil ist eine Mindestdauer von zwei Jahren im Art. 7 der Warenkauf-Richtlinie für die Aktualisierungsverpflichtung bei Waren mit digitalen Elementen vorgeschrieben. Zur Differenzierung zwischen einmaliger und fortlaufender Bereitstellung vgl. *Wendehorst*, Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 130.

Komplizierter scheint die genaue Dauer der Verpflichtung bei nur einmalig Bereitstellung von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen. Hier richtet sich die Länge der Verpflichtung nach der vernünftigen Erwartung der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitale Dienstleistungen und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags. Nach Erwägungsgrund 47 sollte der Unternehmer dem Verbraucher Aktualisierungen (einschließlich Sicherheitsaktualisierungen) zur Verfügung stellen, während des Zeitraums, den der Verbraucher vernünftigerweise erwarten würde. Die Regelung erwähnt zunächst, dass obwohl die Dauer der Pflicht die Dauer des Gewährleistung-Zeitraums entsprechen kann, ist sie aber zeitlich nicht auf diesem Zeitraum beschränkt, sodass beispielsweise bei Sicherheitsaktualisierungen die Länge der Verpflichtung über diesen Zeitraum hinausgehen könnte. In der Rechtsrahmen der Digital-Richtlinie fehlen jedoch zum Thema Aktualisierungen konkreten Anknüpfungspunkte für den Zeitraum, in dem die Update-Verpflichtung über die Gewährleistungszeitraums hinaus geht. Nach der Meinung von Ehle und Kreß sollten beispielweise Unternehmen nicht verpflichtet sein, Aktualisierungen für digitale Produktversionen (oder Warenversionen mit digitalen Elementen) zur Verfügung stellen, wenn einige Versionen nicht mehr am Markt anbieten oder unterstützen sind¹⁰⁰.

Der Unternehmer sollte den Verbraucher informiert, dass die Updates zur Verfügung stehen. Es steht jedoch den Verbraucher freie, die bereitgestellten Updates zu installieren. Entscheidet der Verbraucher ein Update nicht oder nur unsachgemäß zu installieren, dies hat jedoch negative Folgen und wirkt sich auf die Haftung des Unternehmers aus¹⁰¹. Der Unternehmer ist insbesondere nicht für die mangelnde Konformität verantwortlich, die sich aus dem Fehlen der Aktualisierung ergibt, sofern er den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen von Nichtinstallation informiert hat und die Nichtinstallation oder die fehlerhaften Installation der Aktualisierung nicht auf Mängel in der Installationsanleitung zurückzuführen ist.

Zu beachten ist zunächst Art. 11 Abs. 2, der in Bezug auf der Mindestverjährungsfrist der Mängelrechte der Verbraucher von zwei Jahren die Aktualisierungspflicht des Art. 8 Abs. 2 I b ausdrücklich ausnimmt¹⁰². Fraglich ist insbesondere, ob nach Art. 11 Abs. 2 neben der Verpflichtung zur Beseitigung einer Vertragswidrigkeit auch eine generelle (unentgeltliche) Verpflichtung besteht, die bereitbestellten digitalen Inhalte oder digitalen Dienste auch dann zu

¹⁰⁰ Ehle/Kreß, Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienste gegenüber Verbrauchern - Subjektiv-Objektiver Mangelbegriff, Aktualisierungspflicht und Änderungsbefugnis, CR 11/2019, S. 729.

¹⁰¹ Kern/Maier, Die neue Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, Zak 2019/384, S. 208.

¹⁰² So geht insbesondere der Wortlaut: *Ist der Unternehmer gemäß dem nationalen Recht nur für Vertragswidrigkeiten haftbar, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der Bereitstellung offenbar werden, so beträgt dieser Zeitraum unbeschadet des Artikels 8 Absatz 2 Buchstabe b nicht weniger als zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung.* Vgl. Ehle/Kreß, Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienste gegenüber Verbrauchern - Subjektiv-Objektiver Mangelbegriff, Aktualisierungspflicht und Änderungsbefugnis, CR 11/2019, S. 728.

aktualisieren bzw. an den neu veröffentlichten Standard anzupassen, wenn sie wegen des technischen Fortschritts überholt sind oder mit neueren Systemen oder beispielweise neueren Sicherheitsanforderungen nicht mehr kompatibel sind. Die Idee einer zusätzlichen Verpflichtung des Unternehmers ist beispielweise bei Bach bejaht¹⁰³.

Darüber hinaus enthält die Richtlinie noch weitere Anforderungen an den Unternehmer. Eine wichtige Bestimmung ist beispielweise Art. 19, die das Änderungsrecht des Unternehmers erfasst. Die Vertragsänderungen im Falle eines langfristigen Vertrags über die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen ist ein weiterer Gegenstand, der nur in der Digital-Richtlinie behandelt wird¹⁰⁴. Diese Vorschrift umfasst insbesondere das Recht des Unternehmers den bereitgestellten digitalen Inhalten oder Dienste während der Vertragslaufzeit unter vier gewissen Voraussetzungen zu ändern. Die Regelung bezieht sich auf Veränderungen, die über die notwendigen Aktualisierungen hinausgehen und bei den fortlaufenden und technischen Entwicklungen im digitalen Bereich begründet sind. Dieses Änderungsrecht ist aber nur dann zulässig, wenn der Vertrag ausdrücklich eine solche Änderung enthält und ein triftiger Grund dafür besteht (Abs. 1)¹⁰⁵. Die Änderung darf zunächst nicht für den Verbraucher mit zusätzlichen Kosten verbunden sein und der Verbraucher muss in klarer und verständlicher Weise von der Änderung in Kenntnis gesetzt werden.

Der neue Wortlaut der Digital-Richtlinie ist aus Sicht der Unternehmer vorteilhaft, weil der Vertrag nur den Grund für Änderungen beschreiben muss und nicht aber den Umfang und die Grenzen der Änderung. Gemäß Abs. 2 des Art. 19 muss der Verbraucher zunächst innerhalb einer angemessenen Frist im Voraus über Merkmale und Zeitpunkt der Änderung vom Unternehmer darüber informiert werden, wenn der Zugang zu den digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen oder ihre Nutzung durch den Verbraucher mehr als nur geringfügig beeinträchtigt wird. In diesem Fall steht dem Verbraucher das Recht auf kostenfrei Beendigung des Vertrags oder auf Beibehaltung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen in unveränderter Form frei.

Die Haftung des Unternehmers für die nicht erfolgte oder die nicht vertragsgemäße Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen umfasst die gesamte Vertragskette. Infolge steht dem Unternehmer gemäß Art. 20 das Recht auf Regressansprüche nach nationalem Recht zu. Insbesondere bestimmen die nationalen Vorschriften welche Person der

¹⁰³ *Bach*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, S. 1705.

¹⁰⁴ Eine analoge Regelung in Bezug auf Änderungen findet bei Waren mit digitalen Elementen in der Warenkauf-Richtlinie keine Anwendung, da die Warenkauf-Richtlinie keine vergleichbaren Rahmen enthält. Der Wortlaut der Digital-Richtlinie bezieht sich ausdrücklich nur auf digitale Inhalte, die während eines Zeitraums bereitzustellen oder zugänglich zu machen sind.

¹⁰⁵ Erwägungsgrund 75 nennt als triftigen Grund Fälle, in denen die Änderung erforderlich ist, um die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen an eine neue technische Umgebung oder an eine erhöhte Nutzerzahl anzupassen, oder in denen sie aus anderen wichtigen betriebstechnischen Gründen erforderlich ist.

Unternehmer in Regress nehmen kann, sowie die diesbezüglichen Maßnahmen und Bedingungen für die Geltendmachung der Rückgriffsansprüche. Erwägungsgrund 73 stellt zunächst fest, dass der Grundsatz der Haftung des Unternehmers für Schäden ein wesentlicher Bestandteil von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen ist. Die Digital-Richtlinie lässt jedoch die bestehenden nationalen Vorschriften über die Entschädigung von Verbrauchern für Schäden unberührt, weil ein solcher Schadensersatzanspruch bereits in allen Mitgliedstaaten besteht¹⁰⁶.

Zu beachten sind auch Art. 15-17 der Richtlinie, die ausführlich die Folgen der Beendigung des Vertrags erfassen, wenn der Verbraucher sein Recht auf Kündigung des Vertrages durch eine Erklärung an den Unternehmer ausübt. In Art. 16 sind insbesondere die Pflichten des Unternehmers im Fall der Vertragsbeendigung festgestellt. Bei Beendigung des Vertrags muss der Unternehmer grundsätzlich alle Beträge, die der Verbraucher im Rahmen des Vertrags gezahlt hat, zurückzuerstatten (Abs. 1 UAbs. 1)¹⁰⁷. Wenn jedoch bei fortlaufender Bereitstellung der digitale Inhalt oder die digitalen Dienste für einen bestimmten Zeitraum mangelfrei waren, bezieht sich die Erstattungsverpflichtung des Unternehmers auf die Beiträge, die den Zeiten unzureichender Leistungserbringung entsprechen sowie auf Vorauszahlungen, die vom Verbraucher für zukünftige Dienstleistungen schon geleistet wurden (Abs. 1 UAbs. 2).

Nicht zu vergessen ist, dass bei Preisminderung oder Vertragsbeendigung der Unternehmer den Erstattungsbetrag unverzüglich, jedenfalls aber innerhalb von 14 Tagen ab dem Tag zu zahlen hat, an dem der Verbraucher von seiner Rechtsausübung den Unternehmer informiert hat (Art. 18 Abs 1). Eine Zahlungsaufforderung durch den Verbraucher ist nicht notwendig. Der Unternehmer ist auch verpflichtet, für die Rückzahlung dasselbe Zahlungsmittel zu verwenden, das der Verbraucher für die Zahlung verwendet hat, es sei denn, ein anderes Zahlungsmittel wurde ohne Kostenbelastung des Verbrauchers - ausdrücklich vereinbart (Abs. 2). Der Unternehmer selbst darf auch dem Verbraucher für die Erstattung keinerlei Kosten verrechnen (Abs. 3)¹⁰⁸.

Ein Sonderthema betrifft die personenbezogenen Daten des Verbrauchers und wie der Unternehmer nach Vertragsbeendigung mit diesen Daten umzugehen hat¹⁰⁹. Gemäß Art. 16 Abs. 2 kommt in diesem Fall die DSGVO zur Anwendung. Soweit es aber um nicht-

¹⁰⁶ Vgl. *Cauffman*, New EU rules on business-to consumer and platform-to business relationships, MJ 2019/08, S. 19.

¹⁰⁷ Wobei in Bezug auf personenbezogene Daten des Verbrauchers Abs. 2 des Art. 16 die geltenden Verpflichtungen nach der DSGVO explicit anspricht.

¹⁰⁸ Bemerkenswerterweise enthält Art. 18 der Richtlinie in Bezug auf die Erstattung viel detailliertere Regelungen als die Warenkauf-Richtlinie. Bei der Umsetzung sein es zu überlegen, die Regelungen des Art. 18 auch für den Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie zu übernehmen, um ein einheitliches nationales Regime über die Modalitäten der Rückzahlung zu schaffen.

¹⁰⁹ *Parapatits/Stabentheiner*, Neues europäisches Gewährleistungsrecht: die jeweiligen Rechtsfolgen aus der Inanspruchnahme der einzelnen Gewährleistungsbehelfe, Zak 2020/6 , S. 7.

personenbezogenen Daten handelt, die der Verbraucher übermittelt oder erstellt hat, darf der Unternehmer solche Daten nach Vertragsbeendigung grundsätzlich nicht mehr nutzen, obwohl bestimmte Ausnahmen vorgesehen sind (Abs. 3 I a bis c). Außer in den genannten Fällen muss der Unternehmer auf den Ersuchen des Verbrauchers die Daten zurückgeben, die vom Verbraucher bereitgestellt oder erstellt wurden. Die Rückgabe der Daten muss für den Verbraucher kostenfrei, ohne Behinderung durch den Unternehmer, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem allgemein gebräuchlichen und maschinenlesbaren Format geschehen (Abs 4)¹¹⁰. Unklar ist wie lange der Verbraucher die Rückgabe der Daten fordern kann. Eine angemessene Frist sollte wohl auch in diesem Fall gelten, da der Unternehmer nicht verpflichtet werden sollte, die Daten für eine demgegenüber längere Zeit bereitzuhalten. Zusätzliche Vorschriften der Digital-Richtlinie über die Pflichten und Anforderungen an Unternehmen werden schließlich im Zusammenhang mit dem Rechtsbehelfe-System, der Gewährleistungsfrist sowie der Beweislast behandeln.

6. System der Rechtsbehelfe

Das System der Rechtsbehelfe aus dem Art. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bleibt im Wesentlichen unverändert und wird beim neuen europäischen Gewährleistungsrecht weitgehend übernommen¹¹¹. In Folge entsprechen die Abhilfen noch immer den bekannten Nichterfüllungs- und Gewährleistungsbehelfen und erfassen daher die Erfüllungsaufforderung, die sofortige Vertragsbeendigung bei nicht erfolgter Bereitstellung sowie die Preisminderung und die Vertragsbeendigung bei Vertragswidrigkeit¹¹². Es gibt aber ein paar Besonderheiten, die sich aus dem speziellen Anwendungsbereich der Digital-Richtlinie begründen. Anders als nach bestehender Regelung wird insbesondere auf primärer Stufe nicht zwischen Verbesserung und Ersatz unterschieden, weil solchen Maßnahmen nur für Waren aber nicht für digitalen Inhalten und Dienstleistungen praktisch sinnvoll seien¹¹³. Die Richtlinie spricht schlicht von der „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“.

¹¹⁰ Unklar ist wie lange der Verbraucher die Rückgabe der Daten fordern kann. Eine angemessene Frist sollte wohl auch in diesem Fall gelten, da der Unternehmer nicht verpflichtet werden sollte, die Daten für eine demgegenüber längere Zeit bereitzuhalten.

¹¹¹ So wurde die bekannte Hierarchie von primären (Verbesserung oder Austausch) und sekundären Rechtsbehelfen (Preisminderung, Vertragsbeendigung) sowie die Einschränkung der Möglichkeit zur Vertragsbeendigung auf nicht nur geringfügige Mängel beibehalten. Die Rechtsrahmen des Art. 14 ff der Digital-Richtlinie sind aber an einigen Stellen anders formuliert und enthalten auch mehr Details als ihre Vorgängerrichtlinie. So nach der Meinung von *Kern*, VbR 2019/05 und *Kern/Maier*, Zak 2019/384. Vgl. auch *Koch*, Das System der Rechtsbehelfe, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 157.

¹¹² *Staudegger*, Die Realisierung des Digitalen Binnenmarkts – aktuelle Entwicklungen des IT-Rechts im Überblick, jusIT 2019/62, S. 173.

¹¹³ Vgl. *Staudenmayer*, Digitale Verträge - Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission, ZEuP 2016, S. 815. Nach der Meinung von *Carvalho* ist jedoch umstritten, dass Reparatur und Ersatzlieferung nur für Waren anwendbar sind, in *Carvalho*, Working Paper Version, S. 18. Für Waren mit digitalen Elementen, sieht Art. 12 der Warenkauf-Richtlinie zusätzlich eine 'Rügeobliegenheit' der

Man muss jedoch zwischen Abhilfen bei nicht erfolgter Bereitstellung, die beim Art. 13 geregelt sind, und jene bei Vertragswidrigkeit des Art. 14 unterscheiden. Die Regelung des Art. 13 sieht vor, dass der Verbraucher den Unternehmer einmal zur Nacherfüllung auffordern muss. Erfolgt die Bereitstellung der digitalen Leistung jedoch nicht unverzüglich oder innerhalb eines vereinbarten zusätzlichen Zeitraums, hat der Verbraucher das Recht vom Vertrag zurückzutreten. Nach Abs. 2 ist aber die Bestimmung einer zusätzlichen Fristsetzung in einigen Fällen entbehrlich, sodass der Verbraucher keine Nachfrist dulden muss und ihm das Recht auf sofortigen Widerruf gewährt ist¹¹⁴.

Im Fall der nicht vertragsgemäßen Bereitstellung ist der Unternehmer verpflichtet Gewähr zu leisten, wenn die in Art. 7-9 genannten Anforderungen nicht entsprechen wurden¹¹⁵. Dem Verbraucher stehen bei mangelnder Konformität den jeweiligen drei Abhilfen zur Verfügung (Nacherfüllung, Preisminderung oder Beendigung des Vertrages), die in Art. 14 niedergelegt sind. Die Richtlinie sieht noch immer eine Hierarchie zwischen den Abhilfemaßnahmen vor. Im Prinzip sollte der Verbraucher den Unternehmer erste auffordern, den digitalen Inhalte oder digitalen Dienste in Übereinstimmung zu bringen und nur danach sollte er Rechtsanspruch auf eine angemessene Preissenkung oder die Vertragskündigung haben. Die Grenzen des Anspruchs auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands sind aber die Unmöglichkeit den digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen in Einklang zu bringen oder die Überprüfung seiner unverhältnismäßigen Kosten¹¹⁶. Die digitalen Inhalte oder die digitalen Dienstleistungen müssen zunächst nach den bestimmten Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 (innerhalb einer angemessenen Frist, nachdem der Unternehmer vom Verbraucher von der Vertragswidrigkeit in Kenntnis gesetzt wurde; Kostenfrei und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher) in Einklang gebracht werden¹¹⁷.

Die Richtlinie stellt in Art. 14 Abs. 4 die Anforderungen für den Anspruch des Verbrauchers auf die Minderung des Preises und die Beendigung des Vertrags wie folgt fest:

Verbraucher vor, die eine erhebliche Abweichung vom Haftungsregime der Digital-Richtlinie ist und die aufgrund des nationalen Ermessensspielraums zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit führen kann.

¹¹⁴ Beispielweise wenn der Unternehmer ausdrücklich erklärt hat, dass er die digitalen Inhalte oder die digitalen Dienstleistungen nicht bereitstellen wird. Vgl. *Ehle/Kreß*, CR 11/2019.

¹¹⁵ Wozu zählen auch die Rechtsmängel nach Art. 10 und Erwägungsgrund 54. *Kern/Maier*, Zak 2019/384, S. 209.

¹¹⁶ Nach Art. 14 Abs. 2 darf der Unternehmer die Nachbesserung verweigern, wenn sie ihm unmöglich wären oder unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. In Bezug auf den Ersatz von nicht konformen Waren ist die Entscheidung des EuGHs in der Rechtssache *Weber & Putz* entscheidend (C-65/09 *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer* und C-87/09 *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*, 2011, ECR I-05257).

¹¹⁷ Zu berücksichtigen sind auch die Art der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen und der Zweck, für den der Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen benötigt. Bei der Nacherfüllung sollte aber der Unternehmer insbesondere nach den technischen Merkmalen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen entscheiden dürfen, wie er den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen herstellt, beispielsweise indem er aktualisierte Versionen übermittelt oder dem Verbraucher eine neue Kopie der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitstellt (Erwägungsgrund 63).

- a) die Übereinstimmung ist gemäß Abs. 2 nicht unmöglich oder unverhältnismäßig;
- b) das Versuch des Unternehmers, den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen gemäß Abs. 3 herzustellen, scheitert;
- c) die Vertragswidrigkeit tritt trotz des Versuchs;
- d) die Ernsthaftigkeit der Vertragswidrigkeit rechtfertigt eine sofortige Preisminderung oder Beendigung des Vertrags;
- e) explizite oder stillschweigende Erklärung des Unternehmers, dass er die Leistung nicht innerhalb einer angemessenen Frist bzw. nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird.

Zu beachten sind schließlich Abs 5 des Art. 14, der die Bestimmung über die Bemessung der Preisminderung sowie über deren zeitliche Reichweite bei fortlaufender Bereitstellung enthält, sowie Abs. 6, wobei bei Bereitstellung von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises, der Verbraucher das Recht auf die Vertragsbeendigung hat, nur wenn die mangelnde Konformität nicht gering ist¹¹⁸.

Der Verbraucher kann aber an die vorgesehenen Rechtsbehelfe nicht nur im Fall einer vertraglichen Geldgegenleistung berufen, sondern auch im Fall von gezahlten Gegenleistung aus personenbezogenen Daten. Bei Vertragswidrigkeit von Verträgen, bei denen die Gegenleistung in personenbezogenen Daten besteht, ist jedoch keine Preisminderung als Rechtsbehelfe möglich. Dem Verbraucher steht dafür nur die Möglichkeit die Wiederherstellung der Konformität zu beantragen oder die Beendigung des Vertrags. Die Vertragsbeendigung ist jedoch hier daher auch bei nur geringfügigen Mängeln zulässig.

7. Gewährleistungs- bzw Verjährungsfrist

Die Regelung der Digital-Richtlinie über die Gewährleistungsfrist unterscheidet zwischen einmaliger und fortlaufender Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen. Die Richtlinie sieht für Verträge über die einmalige Bereitstellung und gleichermaßen für eine Reihe einzelner Bereitstellungen grundsätzlich eine mindestens zweijährige Gewährleistungsfrist ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung von digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vor, innerhalb welcher eine Vertragswidrigkeit offenbar werden muss (Art. 11 Abs. 2). Mit anderen Worten haftet der Unternehmer für Vertragswidrigkeiten bei einmaliger Bereitstellung mindestens zwei Jahre lang (allerdings mit Beweislastumkehr nach einem Jahr)¹¹⁹.

¹¹⁸ Ansonsten ist der Verbraucher auf die Preisminderung angewiesen. Auch die Minderung kann – mit den genannten Ausnahmen – erst nach fehlgeschlagener Nacherfüllung geltend gemacht werden. *Ehle/Kreß*, CR 11/2019. Art 16 des Vorschlags der EU-Kommission (COM (2015) 634 final vom 9. 12. 2015) wurde über die vorzeitige Beendigung von Langzeitverträgen nicht bewilligt und ist daher nicht im Richtlinien text zu finden.

¹¹⁹ *Staudegger*, jusIT 2019/62, S. 175.

Es steht den Mitgliedstaaten allerdings frei, auch längere Fristen für die Mängelrechte der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit beizubehalten oder festsetzen¹²⁰ sowie eine zusätzliche Verjährungsfrist in ihrem nationalen Recht vorzusehen, die aber nicht die Haftungsfrist unterlaufen darf. Die Mitgliedstaaten müssen insbesondere sicherstellen, dass die Verbraucher die Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeiten in Anspruch nehmen können¹²¹. Beginn und Länge der Verjährungsfrist werden allerdings in der Richtlinie im Einzelnen nicht geregelt¹²². Die ausdrückliche Klarstellung möglicher Verjährungsfristen kommt in Reaktion auf die EuGH-Entscheidung *Ferenschild*¹²³, weil es nämlich umstritten war, wieweit die Verbrauchergüterkauf-Richtlinie Vorgaben zu Verjährungsfristen enthielt¹²⁴.

Bei fortlaufender Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen besteht nach Art. 11 Abs. 3 die Gewährleistungspflicht jedoch für die Dauer der Vertragslaufzeit. Die verschiedene Regelung war dagegen nötig, weil in Fälle kontinuierlicher Bereitstellung der Großteil der vertraglichen Leistung erst nach der ersten Bereitstellung zu leisten ist¹²⁵. Eine derartige Mindestfrist wird nicht angeordnet. So beispielweise, wenn im Vertrag nur eine fortlaufende Bereitstellung von sechs Monaten vereinbart wurde, darf dann auch die Gewährleistungspflicht des Unternehmers nicht länger dauern. In Erwägungsgrund 57 wird diese kurze Gewährleistungsfrist begründet, dass es sich bei einer fortlaufenden Bereitstellung ja nicht unbedingt um ein langfristiges Rechtsverhältnis handelt¹²⁶.

Die Richtlinie ermöglicht es den Mitgliedstaaten, das Verbraucherschutzniveau erheblich zu unterstützen, indem die Frist für den Nachweis der mangelnden Konformität auf zwei Jahre verlängert wird¹²⁷. Im Erwägungsgrund 56 der Richtlinie wird klargestellt, dass Unternehmer

¹²⁰ Siehe dazu etwa *Faber in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 98.

¹²¹ Laut Art. 11 Abs. 2 und 3 unterliegen die Ansprüche nach Artikel 14 gemäß dem nationalen Recht unter anderem oder ausschließlich einer Verjährungsfrist, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass es diese Verjährungsfrist dem Verbraucher ermöglicht, die Abhilfen nach Artikel 14 bei einer Vertragswidrigkeit, die zu dem in Unterabsatz 1 genannten Zeitpunkt besteht und innerhalb des in Unterabsatz 2 genannten Zeitraums offenbar wird, in Anspruch zu nehmen.

¹²² Die Verjährungsfristen dürfen aber nicht vor den Gewährleistungsfristen enden. *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2020, S. 100.

¹²³ Rechtssache EuGH 13. 7. 2017 (C-133/16).

¹²⁴ Es ist nicht nur bei der Digital-Richtlinie, sondern auch bei der Warenkauf-Richtlinie (Art. 10 Abs 4 und 5) nun ausdrücklich vorgesehen, dass es sich bei dieser Frist um eine Gewährleistungsfrist handelt, aber dass es im nationalen Recht sowohl nur eine Verjährungsfrist als auch eine Gewährleistungsfrist neben einer Verjährungsfrist geben darf. Ob eine allfällige Verjährungsfrist dagegen auch nach Ende der Gewährleistungsfrist für eine bestimmte Zeit nicht enden dürfte, scheint jedoch nach dem Wortlaut der Richtlinie unklar. *Kern*, *VbR* 2019/05, S. 167.

¹²⁵ Unter den Wortlaut ‚über einen Zeitraum‘ sei sowohl eine zeitlich determinierte Vertragsdauer als auch ein Vertrag auf unbestimmte Zeit zu verstehen.

¹²⁶ Fraglich ist aber warum die gleiche Überlegung auch bei Waren mit digitalen Elementen nicht angebracht wurde, da Art 10 Abs 2 der Warenkauf-Richtlinie jedenfalls eine zweijährige Gewährleistungsfrist fordert, obwohl der fortlaufende digitale Inhalt oder die fortlaufende digitale Dienstleistung nur für einen kürzeren Zeitraum bereitzustellen wird.

¹²⁷ Im Gegensatz dazu bietet die Warenkauf-Richtlinie diese Option nicht an und der Zeitraum bleibt nach Art. 10 nur ein Jahr.

und Verbraucher zur Gewährleistung der Rechtssicherheit immer eine Frist geltend machen müssen, die entweder eine Frist für die Haftung des Unternehmers oder eine Frist für die Ausübung der Verbraucherrechte sein kann, sodass die Partei des Vertrags auf einen einheitlichen Mindestzeitraum stützen können, während der Unternehmer für eine Vertragswidrigkeit haftbar gemacht werden sollte. Es ist aber auch möglich, beide Fristen festzulegen¹²⁸.

Zu beachten ist, dass die Richtlinie sieht keine Frist vor, innerhalb derer der Verbraucher einen erkannten Mangel melden muss. In der Praxis kann jedoch die Regelung zu Missbrauchsszenarien durch Kunden führen, wenn der Unternehmer der Vertragswidrigkeit nicht schnell genug nach der Meldung des Verbrauchers abhilft. Wenn der Verbraucher bei Dauerschuldverhältnissen nicht den Vertrag kündigt, darf er das Entgelt für den Zeitraum der bestehenden Mangelhaftigkeit lediglich anteilmäßig mindern¹²⁹, während er im Falle einer Vertragskündigung laut Art. 17 Abs. 3 komplett von der Pflicht zur Zahlung des Entgelts für diesen Zeitraum befreit wird¹³⁰.

8. Beweislast

Die Beweislast dafür, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen im Einklang mit der Regelung der Digital-Richtlinie bereitgestellt wurden, trägt grundsätzlich der Unternehmer. Allerdings sind besondere Vorschriften bzw. Änderungen der Beweislastverteilung bei Inkompatibilität mit dem digitalen Umfeld des Verbrauchers und bei mangelnder Kooperation des Verbrauchers zur Feststellung der Ursache der Vertragswidrigkeit vorgesehen.

Die bisherige sechs Monaten Vermutungsfrist für die Beweislastumkehr, die in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vorgesehen war, wurde in der Digital-Richtlinie (in den Fällen einer einmaligen Bereitstellung von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen) erhöht, was eine der wichtigsten Änderungen des neuen Gewährleistungsrechts ist. Gemäß Art. 12 Abs. 2 liegt bei einmaliger Bereitstellung oder einer Reihe einzelner Bereitstellungen die Beweislast dafür, dass die Leistung zum Zeitpunkt der Bereitstellung vertragsgemäß war, innerhalb der ersten 12 Monate nach Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bei dem Unternehmer¹³¹. Das heißt, die Frist, innerhalb derer der Verbraucher nicht nachweisen muss, dass zum Zeitpunkt der Bereitstellung bereits eine mangelnde Konformität bestand, ein Jahr ab dem Zeitpunkt, an dem der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung zur Verfügung gestellt wurde, künftig beträgt.

¹²⁸ Gemäß des Erwägungsgrund sollten die Mitgliedstaaten in Bezug auf Verträge, die eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vorsehen, sicherstellen, dass Unternehmer für nicht weniger als zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung haften, wenn sie gemäß dem jeweiligen nationalen Recht nur für eine Vertragswidrigkeit haften, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der Bereitstellung offenbar wird.

¹²⁹ Ex-tunc Wirkung der Preisminderung ab Beginn der Mangelhaftigkeit gemäß Art. 14 Abs. 5 Uabs. 2.

¹³⁰ Vgl. *Ehle/Kreß*, CR 11/2019, S. 727.

¹³¹ Vgl. *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2020/15, S. 103 und *Ehle/Kreß*, CR11/2019, S. 726.

Zu beachten ist schließlich, dass nach der Art. 11 Abs 2 der Warenkauf-Richtlinie es den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt wird, die Frist von einem Jahr auf zwei Jahre aufzuheben. Eine ähnliche Regelungsoption eine längere Beweislastfrist zusätzlich im nationalen Recht zu wählen besteht jedoch im Anwendungsbereich der Digital-Richtlinie nicht¹³². Bei kontinuierlicher Bereitstellung hat der Unternehmer während der gesamten Vertragslaufzeit zu beweisen, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen während dieser Zeit vertragskonform waren. In der Praxis das bedeutet, dass eine zwingende Gleichschaltung zwischen Haftungsfrist und Beweislastumkehr für die fortlaufende Bereitstellung digitaler Inhalte vorgesehen ist¹³³.

Die Tatsache, dass der Unternehmer die Beweislast dafür trägt, dass seine Leistung vertragsgemäß war, scheint im Allgemein ein Widerspruch zu sein, da einerseits die Beweislast mit einem Mangel der Leistung verbunden ist aber andererseits der Unternehmer nachweisen sollte, dass die Leistung frei von Mängeln ist. Die Regelung kann vielleicht besser verstanden werden, wenn man bedenkt, dass ein aufgetretener Mangel nicht immer und unbedingt mit der Leistung selbst verbunden ist, sondern nur im Zusammenspiel mit der digitalen Umgebung des Verbrauchers auftritt. Der Verbraucher wird kaum in der Lage sein, die Ursache des Mangels in der ihm erbrachten Leistung nachzuweisen, oder dass der Mangel nicht durch eine Inkompatibilität seiner technischen Ausrüstung verursacht wurde. Laut Erwägungsgrund 59 verfügt insbesondere der Unternehmer über bessere Fachkenntnisse und technischen Informationen und kann daher besser als der Verbraucher beurteilen, warum die Leistung nicht bereitgestellt werden oder vertragswidrig sind sowie ob die nicht Bereitstellung oder die Vertragswidrigkeit auf die Unvereinbarkeit der digitalen Umgebung des Verbrauchers mit den technischen Anforderungen an die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen zurückzuführen ist. Die geschilderte Beweislastregel der Abs. 2 und 3 finden auf diese Weise keine Anwendung, wenn der Unternehmer nachweisen kann, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers mit den die technischen Anforderungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht kompatibel ist, und wenn er den Verbraucher vor Vertragsschluss klar und verständlich über diesen technischen Anforderungen in Kenntnis gesetzt hat. In diesem Fall gilt die Bestimmung in Art. 12 Abs. 4 in Bezug auf den Ausschluss der Umkehrung der Beweislast bei Unvereinbarkeit des digitalen Umfelds.

Um den Unternehmer in die Lage zu versetzen, seine Beweis-Pflicht nachzukommen, soll gemäß Art. 12 Abs. 5 der Verbraucher mit dem Unternehmer zusammenzuarbeiten, um die Ursachen der mangelnden Konformität zu untersuchen. Diese Pflicht zu kooperieren ist aber

¹³² Nach der Meinung von Parapatits und Stabentheiner ist die Regelung der Warenkauf-Richtlinie als widerlegbare gesetzliche Vermutung ausgestaltet, die Bestimmung der Digital-Richtlinie hingegen als Beweislastregel, in *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2020/15, S. 103.

¹³³ Vgl. *Leupold*, Auf halbem Weg ist auch nicht am Ziel. Gewährleistung neu, VbR 2019/125.

eingeschränkt, weil sie nur insoweit besteht, als dies vernünftigerweise notwendig und möglich ist um festzustellen, ob die Ursache für die Vertragswidrigkeit zu dem genannten Zeitpunkt in der digitalen Umgebung des Verbrauchers lag. Die Mitwirkungspflicht ist zunächst nach Art. 12 Abs. 5 sowie Erwägungsgrund 60 auf die technisch verfügbaren Mittel beschränkt, die für den Verbraucher die geringste Störung darstellen. Wenn der Verbraucher jedoch seiner vorgeschriebenen Kooperationspflicht nicht nachkommt und er über diese Folge mangelnder Zusammenarbeit unterrichtet wurde, gilt die Umkehrung der Beweislast nach Art. 12 nicht mehr und der Verbraucher selbst trägt den Nachweis dafür, dass die Vertragswidrigkeit zu dem genannten Zeitpunkt der Bereitstellung bereits bestand oder der Mangel im angebotenen Service vorlag.

IV. EU-Vertragsrechts: Wichtigkeit und Wirksamkeit der Richtlinie

1. Grad der Harmonisierung

Die Digital-Richtlinie verfolgt mit dem Wechsel zu dem Prinzip der Vollharmonisierung das Ziel bestimmte Regelungen unionsweit zu einigen. Die Vereinheitlichung einiger vertraglichen Schlüsselemente sollte dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts beitragen, der Steigerung der Rechtssicherheit und der Zugangsmöglichkeiten zu Dienstleistungen für Verbraucher erhöhen und gleichzeitig den grenzüberschreitenden Handel für Unternehmen erleichtern (Erwägungsgrund 3, 4 und 6). Die vollharmonisierten Regeln sollten weitergehen für die ständig wachsende Zahl von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen gelten, die in Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C) geschlossen wurden, um diese Verträge an das digitale Zeitalter anzupassen¹³⁴.

Der Grad der Harmonisierung ist insbesondere in Art. 4 formuliert, nach dem die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht keine von den Bestimmungen der Richtlinie abweichenden Vorschriften aufrechterhalten oder einführen dürfen, sofern in der Richtlinie nichts anderes bestimmt ist. Die Richtlinie garantiert gleichzeitig zwingend ein Mindestschutzniveau (Art. 22). Dieser Denkansatz stolpert jedoch über Schwierigkeiten, da die Richtlinie auch zahlreiche ‚Öffnungsklauseln‘ enthält. So wird es insbesondere den Mitgliedstaaten weiterhin die Möglichkeit überlassen, den Schadensersatz, ein Zurückbehaltungsrecht, das Wahlrecht der Verbraucher in Bezug auf Rechtsmittel im Fall einer nicht erfolgten Bereitstellung oder einer Vertragswidrigkeit sowie die Hierarchie zwischen Rechtsbehelfe zu regeln¹³⁵. Die Richtlinie lässt

¹³⁴ Da die Richtlinie grundsätzlich keine Anwendung im Fall von Rechtsverhältnis zwischen Verbraucher und Dritten (C2C) findet, ist insbesondere beim Softwarebereich relevant, weil der Nutzer zur Inanspruchnahme des digitalen Inhalts auch noch einen Endnutzer-Lizenzvertrag (EULA) mit dem Rechteinhaber abschließen muss. Hierzu Erwägungsgrund 53 der Richtlinie, wobei Beschränkungen in den EULA zu Mängeln des digitalen Inhalts im Verhältnis Unternehmer-Verbraucher (B2C) führen können. Vgl. *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019/126, S. 1041.

¹³⁵ Die umfassendere Liste der Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten Flexibilität bzw. Regulierungswahl haben, lässt sich wie folgt zusammenfassen: (i) Mindestharmonisierung – eine Frist von mehr als 2 Jahren gemäß Art. 11 Abs. 2 vorzusehen; (ii) Gesetzgebungsfreiraum bezüglich die Rechtsnatur von Verträgen (Erwägungsgrund 12), spezifische Rechtsbehelfe bei versteckten Mängeln (Art. Abs. 10 und Erwägungsgrund 12) und Wahl zwischen Gewährleistungsfrist oder Verjährungsfrist (Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 sowie Erwägungsgrund 58); (iii) Bereiche, in denen bestimmte Aspekte vollständig harmonisiert sind und andere, die dem nationalen Recht überlassen sind – so die Rechtsbehelfe des Unternehmers (Art. 20 Abs. 2, Erwägungsgrund 78), die Folgen der Vertragskündigung, wenn sie nicht durch die Richtlinie geregelt sind (Art. 3 Abs. 10 und Erwägungsgrund 12), die Kündigung nur eines Teils eines Bündelvertrags (Art. 3 Abs. 6 und Erwägungsgrund 33); und schließlich (iv) Bereiche außerhalb des harmonisierten Geltungsbereichs wie Rechtmäßigkeit des digitalen Inhalts (Erwägungsgrund 12), außervertragliche Rechtsbehelfe des Verbrauchers (Erwägungsgrund 12) oder Ansprüche des Verbrauchers gegen einen Dritten (Erwägungsgrund 13), Recht auf Zurückhaltung der Leistung (Erwägungsgrund 15), Anwendung der Richtlinie auf Verträge mit doppeltem Zweck oder auf Verträge außerhalb seines Anwendungsbereichs wie natürliche oder juristische Personen, die keine Verbraucher sind (Erwägungsgrund 16 und 17) oder an Plattformanbieter (Erwägungsgrund 18), Anwendung der Richtlinie, wenn die Gegenleistung weder ein Preis noch personenbezogene Daten ist (Erwägungsgrund 25),

zusätzlich die bisherigen nationalen Regelungen unberührt, solange der Anwendungsbereich und die Wirksamkeit der Richtlinie nicht beschränkt werden. Man muss daher fragen, wie die Öffnungsklauseln und die potenzielle Fragmentierung der nationalen Rechtslage bei der Umsetzung der Richtlinie zur Erreichung der erwähnten Vollharmonisierung führen können¹³⁶.

Um ihren Zweck zu erfüllen, erfasst die Richtlinie klare und spezifischen Kriterien zur Feststellung der Vertragskonformität sowie Regeln zur Nichtkonformität. Wie bereits erwähnt, hat der Verbraucher bei mangelnder Konformität das Recht, den digitalen Inhalt oder die digitale Dienstleistung in Übereinstimmung zu bringen, eine angemessene Preissenkung zu erhalten oder den Vertrag zu beenden. In der Praxis sind diese die einzigen Rechtsmittel gegen Verstöße, die durch die Richtlinie harmonisiert wurden¹³⁷, währenddessen die bestehende nationale Vorschriften über anderen Behelfen - beispielweise das Recht die Leistung zurückzuhalten oder das Recht Schadensersatz zu verlangen¹³⁸ - unberührt gelassen werden (Art 20). Viele Details zur Ausübung der einzelnen Rechtsbehelfe sind ebenfalls an den Mitgliedstaaten gelassen. Obwohl unerheblich ist, dass die Öffnungsklauseln inkl. die Verfügbarkeit zusätzlicher Rechtsbehelfe im Allgemeinen im Interesse des Verbrauchers liegt, die Anerkennung nationaler Vorschriften untergräbt jedoch die Rechtfertigung der Richtlinie, eine Fragmentierung der Rechtsrahmen zu verhindern und weiterhin eine vollständige Harmonisierung zu schaffen.

Zu beachten ist jedoch, dass die Mitgliedstaaten keine Vorschriften in ihrem nationalen Rechtssystem umsetzen dürfen, die von der Regelung der Richtlinien bzw der vorgeschriebenen Hierarchie abweichen würden¹³⁹. Das bedeutet zum Beispiel, dass die Mitgliedstaaten, die derzeit keine Hierarchie zwischen den Rechtsbehelfen vorsehen, nach Umsetzung der Richtlinie ein geringeres Verbraucherschutzniveau haben werden¹⁴⁰. Insgesamt bleiben jedoch beim System der Rechtsbehelfe viele Regelungsoptionen der Mitgliedstaaten

Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Art. 3 Abs. 9 und Erwägungsgrund 36), Konsequenzen für die Verarbeitung von personenbezogene Daten im Falle des Widerrufs der Einwilligung des Verbrauchers (Erwägungsgrund 40), weitere zusätzliche Verpflichtungen zur Bereitstellung von Sicherheitsupdates (Erwägungsgrund 47) und Schadensersatz (Erwägungsgrund 73).

¹³⁶ Vgl. *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019/126, S. 1041, *Kern*, VbR 2019/05, S. 164 und *Kern/Maier*, Zak 2019/384, S. 208.

¹³⁷ Die Richtlinie sieht in Bezug auf die gerichtliche Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe Formfreiheit vor.

¹³⁸ In Zusammenhang formuliert Erwägungsgrund 73 den Grundsatz der Haftung des Unternehmers für Schäden, der die gesamte Vertragskette umfasst und als wesentlicher Bestandteil von Verträgen über digitalen Inhalt oder digitalen Dienstleistungen bedacht wird. Vgl. *Staudegger*, Die Realisierung des Digitalen Binnenmarkts – aktuelle Entwicklungen des IT-Rechts im Überblick, *jusIT* 2019/62, S. 173; *Koch in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, (2019), S. 191 sowie *Kern*, VbR 2019/05, S. 164 und *Kern/Maier*, Zak 2019/384, S. 208.

¹³⁹ *Lindenbauer*, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2020, S. 97.

¹⁴⁰ *Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson*, *Rethinking EU Consumer Law* (Routledge 2018), S. 186.

überlassen, sodass man weder von einer großen Reform sprechen kann noch der angestrebte Zweck der Vollharmonisierung vollumfänglich erreicht wurde¹⁴¹.

Vielmehr gibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten weitreichende Freiheit zu der Gewährleistungsfrist. Dieses Thema ist vielleicht das wichtigste Beispiel, bei dem keine Vollharmonisierung, sondern nur eine Mindeststandard für die Gewährleistung der Verbraucherrechte erreicht wurde. So sind den Mitgliedstaaten weiterhin die Regelung einer Frist, bis die eine mangelnde Konformität offensichtlich werden sollte, die Bestimmung über die Verlängerung bzw. die zeitliche Beschränkung einer Frist, die Entscheidung zwischen einer Gewährleistungsfrist oder einer Verjährungsfrist sowie die Rechtsrahmen einer Verjährungsfrist überlassen. In der Praxis heißt es, dass eine nationale Vorschrift, die eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vorsieht, ebenso unionsrechtskonform wie ein unbefristetes Gewährleistungsrecht sei.

Nach Erwägungsgrund 17 ist sogar den Mitgliedstaaten überlassen, die Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine Person, die einen Vertrag abschließt oder Zwecke verfolgt, die teilweise innerhalb und teilweise außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen (sog. Verträge mit doppeltem Zweck) und bei denen der Handelszweck im Gesamtkontext des Vertrags nicht vorherrschend, auch als "Verbraucher" qualifiziert werden sollte. Diese Regel führt in der Tat dazu, dass der persönliche Geltungsbereich der Richtlinie tatsächlich auf Verbraucher beschränkt wird, die ausschließlich zu Zwecken außerhalb ihres Handels vorgehen¹⁴². Die Regelung der Richtlinie widersprechen deutlich dem allgemeinen Ansatz des Gerichtshofs, den Begriff Verbraucher umfassend zu interpretieren, sowie das erwähnte Ziel der Richtlinie, eine völlige Harmonisierung des Verbraucherrechtes zu erreichen.

Die Regelung von Aspekten des allgemeinen Vertragsrechts, wie die Bestimmungen über das Zustandekommen, die Wirksamkeit, die Nichtigkeit oder die Wirkungen eines Vertrags einschließlich der Folgen der Vertragsbeendigung ist zunächst weiterhin Angelegenheit der Mitgliedstaaten soweit diese Aspekte nicht in der europarechtlichen Vollharmonisierung der Richtlinie erfasst werden oder zur Regelung des Rechts auf Schadensersatz unberührt (art. 3 Abs. 10)¹⁴³. Die Überlassung Aspekten des Vertragsschlussmechanismus an den Mitgliedstaaten trägt aber das Risiko von unvermeidlichen Abweichungen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen sowie allfällige Beurteilungsschwierigkeiten innerhalb ein und derselben

¹⁴¹ Maier in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, (2019) S. 55.

¹⁴² In Bezug auf "Definitionen" ist zusätzlich zu beachten, dass gemäß Erwägungsgrund 18 die Richtlinie für alle Verträge gilt, auf deren Grundlage der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder eine digitale Dienstleistung bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet. Darüber hinaus sollten beispielsweise die Mitgliedstaaten die Gelegenheit zu bestimmen haben, ob die Regelung der Richtlinie für Plattformanbieter gelten sollte, wenn die Plattformanbieter die Anforderungen für die Einstufung als "Unternehmer" im Sinne der Richtlinie nicht entsprechen.

¹⁴³ Die Frage der Zeitpunkt des Vertragsschlusses gilt ebenfalls als „Aspekt des allgemeinen Vertragsrechts“ und wird gemäß Art. 3 Abs. 10 weiterhin dem nationalen Recht überlassen.

Rechtsordnung. Einstweilen ist es insoweit unbeachtlich, dass die Richtlinie dem nationalen Recht die Entscheidung über die „Rechtsnatur“ von Verträgen überlässt (Erwägungsgrund 12). Sollten große Diskrepanzen zwischen die nationalen Rechtsvorschriften entstehen, kann nach Ansicht von Sattler dann eine Angleichung durch künftiges europäisches Sekundärrecht überlegt werden¹⁴⁴.

2. Stärkung des Verbraucherschutzes

Die Stellung des Verbrauchers beim Erwerb digitaler Inhalte und Dienstleistungen wird bei der Richtlinie maßgeblich gestärkt¹⁴⁵, vor allem durch die Ausgleichung personenbezogener Daten als 'Bezahlung' für die digitalen Leistung, die Anerkennung der Haftung des Unternehmers für Schäden, die Einführung der Unternehmerpflicht Aktualisierungen (sog. Updates) bereitzustellen, die Neuerungen in Bezug auf Fristen und Beweislast sowie die Gewährleistungsbehelfe vor Nichtversorgung und mangelnder Konformität.

Die Unternehmervpflicht Updates bereitzustellen sollte aus Sicht der Verbraucher definitiv zu begrüßen werden. Der neue Rechtsrahmen geht insbesondere nicht darum, dass die digitale Leistung zu der Bereitstellung vertragskonform sein soll, sondern dass die Leistung in vertragsgemäßem Zustand bleiben muss. Die Richtlinie währt dem Unternehmer das Recht Änderungen der digitalen Leistung zu implementieren und unterscheidet daher zwischen Änderungen, die den Verbraucher „nur geringfügig“ beeinträchtigen und Veränderungen, die mehr als nur geringfügig sind (Art. 19 Abs. 1 und 2). Im letzten Fall sollte der Unternehmen innerhalb einer „angemessenen Frist“ den Verbraucher über Merkmale und Zeitpunkt der Änderung und über sein Vertragskündigungsrecht unterrichten. Dem Verbraucher ist dann das Recht gewährt, den Vertrag innerhalb von 30 Tagen zu kündigen. Die Ratio der Neuregelung der Aktualisierungen bzw Veränderungen besteht darin, die Gelegenheit bereitgestellten digitalen Leistungen weitergehend verwenden zu können.

In Bezug auf Gewährleistungsbehelfe ist ebenfalls zu beachten, dass die neue Richtlinie nicht nur die Voraussetzungen und Ausgestaltung der Gewährleistungsmitteln reguliert, sondern auch die Folgen von Inanspruchnahme der Abhilfe für beiden Verbraucher und Unternehmer¹⁴⁶. Zusätzlich sind die Bedingungen, unter denen die Rechtsbehelfe geltend gemacht werden und die von zulässiger Geltendmachung ausgelösten gegenseitigen Verpflichtungen geregelt, was ebenfalls zu der Stärkung und Sicherheit des Verbraucherschutzes beiträgt.

In Gunsten des Verbrauchers wird zunächst in Erwägungsgrund 73 der Grundsatz der Haftung des Unternehmers für Schäden formuliert. Der Verbraucher sollte Anspruch auf

¹⁴⁴ Sattler, CR 2020, S. 145.

¹⁴⁵ Staudegger, Die Realisierung des Digitalen Binnenmarkts – aktuelle Entwicklungen des IT-Rechts im Überblick, jusIT 2019/62, S. 173.

¹⁴⁶ Vgl. Parapatits/Stabentheiner, Neues europäisches Gewährleistungsrecht: die jeweiligen Rechtsfolgen aus der Inanspruchnahme der einzelnen Gewährleistungsbehelfe, Zak 2020/6 , S. 5.

Entschädigung für die Nachteile haben sollte, die auf eine Vertragswidrigkeit oder eine unterlassene Bereitstellung zurückzuführen sind. Die Regelung ist von großer Bedeutung, weil die Entschädigung den Verbraucher so weit wie möglich in die Lage versetzen sollte, in der er sich befunden hätte, wenn die digitale Leistung ordnungs- und vertragsgemäß bereitgestellt worden wäre.

Die bereits erklärte Vertragswidrigkeit und die kombinierten subjektiv-objektiven Anforderungen sind im Vergleich mit der bisher Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie¹⁴⁷ entscheidend, das Verbraucherschutzniveau zu erhöhen. Man muss insbesondere die Regelung des Art. 8 Abs 5 beachten, wonach die Abweichung der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung von den aufgezählten objektiven Kriterien nur dann keine Vertragswidrigkeit liegt, wenn der Verbraucher über diese Abweichung "eigens darüber in Kenntnis gesetzt" wurde. Notwendig ist aber auch, dass der Verbraucher zum Vertragsabschluss die Abweichung "ausdrücklich und gesondert" zugestimmt. Die Anforderung einer ausdrücklichen und qualifizierten Bewilligung dient vor allem den Verbraucher vor einer Übererfüllung durch den Unternehmer zu schützen. Vielmehr stellt die Richtlinie fest, dass die Einverständniserklärung des Verbrauchers muss so erfolgen, sodass so weit wie möglich sichergestellt werden kann, dass der Verbraucher sich der Bedeutung dieser Zustimmung wirklich bewusst ist. Die Neuregelung ist aus Verbrauchersicht grundsätzlich zu begrüßen, obwohl Auslegungsfragen sich ergeben, wie die neue Bestimmung in der Praxis effektiv umgesetzt werden kann¹⁴⁸.

Im Falle einer Vertragsbeendigung wird eine bestimmte Disziplin vorgeschrieben, in der die Verpflichtungen des Unternehmers auf materielle Unterstützung (sowie für die Hypothese der Änderung der digitalen Leistung) und die Pflichten des Verbrauchers in Folge einer Vertragsbeendigung angegeben werden. Bei der Vertragsbeendigung formuliert insbesondere Art 17. Abs 1 eine Pflicht des Verbrauchers auf Unterlassung der Verwendung der digitalen Leistung und des Nutzerkonto sowie deren Zurverfügungstellung an Dritte. Zusätzlich muss der Verbraucher jede verwendbare Kopie der digitalen Leistung löschen und eventuell körperlichen Datenträger unverzüglich zurücksenden, wenn der Unternehmer innerhalb 14 Tage von der Erhaltung der Vertragskündigungserklärung so verlangt (Art 17 Abs 2). Wenn der Unternehmer innerhalb dieser Frist keine Aufforderung stellt, wird davon ausgegangen, dass der Verbraucher nicht verpflichtet ist, den Datenträger weiter zu halten oder für den Unternehmer bereitzuhalten. Die Richtlinie regelt dieses Szenario jedoch nicht.

¹⁴⁷ Diese stellt bereits fest, dass kein Mangel vorliegt, wenn ein Verbraucher Kenntnis von einem Mangel hat bzw vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein kann. Hierzu *Kern*, VbR 2019/05, S. 164; *Kern/Maier*, Zak 2019/384, S. 208; *Ehle/Kreß*, CR 11/2019, S. 723 sowie *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019/126, S. 1041.

¹⁴⁸ Es sollte beispielweise verhindert werden, dass der Unternehmer Abweichungen von den objektiven Anforderungen in seinen AGB oder in einem anderen umfangreichen Vertragsdokument verstecken kann.

Die Digital-Richtlinie formuliert aufgrund der Eigenart des Vertragsgegenstandes kein Recht des Verbrauchers auf Ersatz im Fall einer Vertragswidrigkeit. Gemäß Art. 14 Abs 4 lit b hat der Verbraucher Anspruch auf Preisminderung und Vertragsbeendigung, wenn der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht gemäß Absatz 3 hergestellt hat. Im Fall von Vertragskündigung hat der Verbraucher gemäß Art. 17 Abs. 3 kein Entgelt für die Nutzung der digitalen Leistung zu zahlen. Zu beachten ist, dass bei Dauerschuldverhältnissen der Verbraucher kann, wenn er den Vertrag nicht kündigt, lediglich das Entgelt für den Zeitspanne, in der die Leistung mangelhaft war, anteilmäßig mindern bzw nicht bezahlen (Art. 16 Abs. 1 UAbs. 2 und Art. 17 Abs. 3)¹⁴⁹.

Der Verbraucher hat grundsätzlich das Recht eine Mangelbeseitigung, die beim Unternehmer geboten wird, abzulehnen und stattdessen den Preis mindern oder den Vertrag beenden. Zu präzisieren ist aber, dass der Verbraucher die gewährleistungsrechtlichen Abhilfen nicht mehr offenstehen darf, wenn der Mangel bereits einmal beseitigt wurde¹⁵⁰. Es spielt keine Rolle, dass die Beseitigung der Mangelkonformität dem Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten bereitet hat oder zu spät durchgeführt wurde. Der Verbraucher hat keine Abhilfe mehr, die sich aus einer solchen nicht konformen Beseitigung auf der Gewährleistung ergibt. Weitergehende Ansprüche darf der Verbraucher nur nach Entschädigungsrecht geltend machen.

Die Analyse der neuen Regulierung der Digital-Richtlinie, die den Verbraucherschutz stärken, kann nicht komplett sein, ohne zu listen, dass die Richtlinie zudem Verträge erfasst, bei denen die Gegenleistung des Verbrauchers nicht in der Bezahlung eines Preises besteht, sondern in der Bereitstellung personenbezogener Daten. Aus Sicht des Verbraucherschutzes das ist eine wesentliche Verbesserung und sehr zu begrüßen, da die bisher Vorschriften diesen Verträgen nicht als entgeltlich betrachten und daher der Verbraucher keinen rechtlichen Schutz hat¹⁵¹. Die Richtlinie räumt aber nicht allen Verbrauchern die gleiche Gewährleistung. Wenn die Gegenleistung eines Vertrags personenbezogenen Daten ist, dann findet die Minderung des Preises wegen Vertragsmäßigkeit keine Anwendung (Art. 14 Abs. 4 und Abs. 5 Uabs. 2). Vermutlich soll es durch den Ausschluss der Preisminderung als Abhilfe für die mangelnde Konformität vermieden werden, dass die Gerichte den Wert personenbezogener Daten bewerten müssen. Nach Ansicht von Sattler ist dies jedoch bedauerlich, weil eine gerichtliche

¹⁴⁹ Ex-tunc Wirkung des Preisminderung ab Beginn der Mangelhaftigkeit. Diese Regelung kann als allgemeines Prinzip interpretieren werden, sodass der Verbraucher nur für die Nutzung einer mangelfreien digitalen Leistung zu zahlen hat, nicht aber für die Nutzung einer mangelhaften Vertragsleistung. Hierzu *Parapatits/Stabentheiner*, Zak 2020/6, S. 5 und *Ehle/Kreß*, CR 11/2019, S. 727.

¹⁵⁰ *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2020/15, S. 101.

¹⁵¹ *Kern*, VbR 2019/05, S. 164 und *Kern*, VbR 2019/05, S. 170.

Wertberechnung einen Einblick in die finanziellen Grundlagen des rasant zunehmenden Geschäftsmodells „Digitale Güter gegen personenbezogene Daten“ gewähren könnte¹⁵².

Ohne Zweifel hat die Richtlinie durch die Aufnahme von Verträgen mit Bereitstellung personenbezogener Daten, die strengere Anforderungen bei den Konformitätskriterien, die neue Aktualisierungspflicht, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist sowie Beweislast eine entscheidende Verbesserung des Verbraucherschutzes gebracht. Herausforderungen bestehen jedoch in die Praxis sowie bei der Umsetzung der Richtlinie in die nationalen Rechtssystemen wie diese Arbeit in mehr Details zeigen wird.

3. Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen

Die Digital-Richtlinie bildet einen Teil der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt¹⁵³. Mit der ersten Säule dieser EU-Strategie soll insbesondere die Fragmentierung des Handels innerhalb der EU überwunden werden¹⁵⁴. Die Richtlinie zielt daher auf die Beseitigung vertragsrechtlicher Hindernisse der Entwicklung von grenzüberschreitendem elektronischem Handel in der EU. Die vollharmonisierenden Regelungen der Richtlinie sollten neben ein ausgewogenes Verhältnis zwischen einem höheren Verbraucherschutzniveau auch die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen erreichen¹⁵⁵.

Die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmer, insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU), ist sogar ein wesentliches Ziel der europäischen Kohäsionspolitik¹⁵⁶. Das EU-Programm sollte Forschung und Innovation sowie eine wettbewerbsfähige Wirtschaft in der EU erleichtern und vorausbringen. Nach dem sehr erfolgreichen ‚Competitiveness and Innovation Programme‘ (CIP) in 2007 – 2013¹⁵⁷ hat die EU-Kommission ihre Tätigkeiten in der Unterstützung von KMU weitergefeset. Neue EU-Programmen für

¹⁵² Diese Ungleichbehandlung wird auch dadurch kompensiert, dass Verbraucher, die „nur“ Zugang zu personenbezogenen Daten gewähren, den Vertrag beenden können, auch wenn die mangelnde Konformität nur geringfügig ist. *Sattler*, Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter, CR 2020, S. 145.

¹⁵³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen von 6.5.2015, COM(2015), 192 final.

¹⁵⁴ Erwägungsgrund 1 der Warenkauf-Richtlinie.

¹⁵⁵ Gemäß Erwägungsgrund 1 der Richtlinie kann einen besseren Zugang zu digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen für Verbraucher und die gleichzeitige Erleichterung der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen für Unternehmen dazu beitragen, die digitale Wirtschaft der Union und das Wachstumspotenzial des elektronischen Handels in der Union insgesamt anzukurbeln. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie bezieht sich auf Art. 26 Abs. 1 und 2 des AEUV (*die Union erlässt Maßnahmen, um den Binnenmarkt... zu verwirklichen oder dessen Funktionieren zu gewährleisten*) sowie Art. 169 Abs 1 und Abs. 2 Buch. a des AEUV, die vorsehen, dass die Union durch die Maßnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Artikel 114 AEUV erlässt, einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet.

¹⁵⁶ KMU stehen für mehr als 99 % aller Unternehmen in Europa und zwei Drittel der Arbeitsplätze im Privatsektor. Source: https://ec.europa.eu/regional_policy/de/policy/themes/sme-competitiveness/.

¹⁵⁷ Diese Initiative hat europaweit mehr als 350.000 KMU finanziell unterstützt hat.

Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und für KMU werden daher für den Zeitraum 2014 - 2020 angeboten¹⁵⁸.

Der Wettbewerb ist ein sehr wichtiger Faktor für einen funktionierenden digitalen Binnenmarkt¹⁵⁹. Die Förderung eines stärkeren Wettbewerbes zwischen Unternehmer erfordert eine größere Auswahl von Angeboten und wettbewerbsfähige Preise, die wiederum in Zusammenhang mit harmonisierten Rechtsrahmen das Vertrauen von Verbraucher in den grenzüberschreitenden Handel vergrößern¹⁶⁰. Den Unternehmen, und insbesondere den KMU, entstehen häufig zusätzliche Kosten, die bei unterschiedlichen zwingenden nationalen Vorschriften und bei der Rechtsunsicherheit in den grenzüberschreitenden Handel von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen verursacht werden. So beispielweise müssen Unternehmen die Kosten für die Anpassung von Verträgen an den zwingenden Vorschriften der Mitgliedstaaten tragen¹⁶¹. Die vertragsrechtlichen Vorschriften gehören in der Praxis zu den wichtigsten Faktoren für die Entscheidung eines Unternehmens im grenzüberschreitenden Handel ihre digitale Leistung anzubieten. Die harmonisierten Bedingungen der Richtlinie sollten den Unternehmen erleichtern, digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten anzubieten und bereitzustellen.

Die Digital-Richtlinie beschreibt die Modalitäten der Bereitstellung in Art. 5, der insbesondere erläutert, wann und wie die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen vom Unternehmer zur Verfügung zu stellen sind. Nur dann, wenn die beschriebenen Forderungen erfüllt sind, hat der Unternehmer seine vertraglichen Verpflichtungen getilgt. Der Unternehmer kann die digitale Leistung selbst oder über Mittel zur Verfügung stellen, sodass es dem Verbraucher ermöglicht wird, auf die digitalen Leistung zuzugreifen¹⁶². Problematischer ist aber Art. 8 Abs. 2 I b, der

¹⁵⁸ Das EU-Rahmenprogramm ‚Horizont 2020‘ bietet insbesondere viele Programmbereiche in Bezug auf Wettbewerbsfähigkeit, Innovation and Technologie, die interessante Förderthemen für KMU ausmachen (source: <https://www.foerderinfo.bund.de/de/horizont-2020-233.php> und https://ec.europa.eu/regional_policy/de/policy/themes/sme-competitiveness/). In Österreich ist beispielweise die sogenannten Initiative COSMEG (Programm für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und für KMU) bei der FFG (Die Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft) zu nennen. Das Fokus der FFG ist die Förderung einer Unternehmerkultur in Europa, die Erhöhung der nachhaltigen Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen sowie die Unterstützung von KMU bei der Expansion ins Ausland und Verbesserung ihres Zugangs zu Märkten (source: <https://www.ffg.at/programm/migriert-cosme-programm-fuer-die-wettbewerbsfaehigkeit-von-unternehmen-und-fuer-kmu>).

¹⁵⁹ Erwägungsgrund 46 der Warenkauf-Richtlinie.

¹⁶⁰ Erwägungsgründe 3-4 der Digital-Richtlinie stellen fest, dass ein hohes Verbraucherschutzniveau grundlegende Voraussetzung ist, damit ein echter digitaler Binnenmarkt erreicht wird und die Transaktionskosten, insbesondere für KMU gesenkt werden.

¹⁶¹ Zum Thema Kosten ist zu beachten, dass genau einen Tag nach Veröffentlichung der Warenkauf- bzw Digital-Richtlinie im Amtsblatt der EuGH im Urteil *Christian Fülle / Toolport GmbH* (23. Mai 2019, C-52/8) zu den jeweiligen rechtlichen Konsequenzen von Reparatur oder Ersatz von Waren entschieden hat. Insbesondere hat der Unternehmer die Transportkosten zu tragen, die dem Verbraucher entstehen. Obwohl sich diese Entscheidung auf einen nach Verbrauchergüterkauf-Richtlinie bewertenden Fall bezieht, ist sie zudem für die neue Rechtsrahmen der beidem Richtlinie sehr wichtig.

¹⁶² Die digitale Leistung gilt als bereitgestellt, wenn sie die Verbrauchersphäre erreicht hat und der Unternehmer keine weiteren Maßnahmen mehr ergreifen muss.

die Verpflichtungen des Unternehmers im Vergleich mit dem bisherigen Regeln erweitert. Mit der Neuregelung wird eine Verpflichtung zur Aktualisierung bzw Updates der digitale Inhalt oder digitalen Dienstleistungen eingeführt, die sowohl für einmalige als auch für dauerhaften Bereitstellung gilt. In der Praxis bedeutet es, dass Unternehmer nun die Kosten zukünftiger Aktualisierung ex ante schätzen und einpreisen müssen. Eine Regel, die zum Vorteil des Verbrauchers und zum Nachteil des Unternehmens scheint - Umfang, Anzahl und Dauer der Updates hängen von vielen Einflüsse ab, von denen einige zum Vertragsabschluss bzw zur Bereitstellung der digitalen Leistung noch nicht bekannt sind oder erst nachträglich herauskommen.

Fraglich ist zunächst, ob die neue gemischt-subjektiv-objektiven Anforderungen den Unternehmern einen vertraglichen Spielraum für die Gestaltung der digitalen Leistung gewähren¹⁶³. Faber interpretiert die objektiven Anforderungen des Art. 8 als gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtungen des Unternehmers, die zu erfüllen seien, auch wenn sie nicht Bestandteil des vereinbarten Vertrags sind¹⁶⁴.

Zum Thema Vertragswidrigkeit ist aber auch auf die Verpflichtung des Verbrauchers zur Zusammenarbeit mit dem Unternehmer hinzuweisen. Wie bereits gesehen, diese Regel sollte die Feststellung erleichtern, ob die Ursache der Vertragswidrigkeit im Umfeld des Verbrauchers liegt. Eine Regelung allerdings zugunsten des Unternehmers, die seine Risiken und Kosten mindern könnte, sofern der Verbraucher seine Verpflichtung nicht erfüllt hat.

Bisher war es für Unternehmer in langfristigen Vertragsverhältnissen schwierig, die Grenzen einer zulässigen Nachänderung mit Rechtssicherheit zu bestimmen. Die Regelung der Richtlinie sollte daher diese Bewertung erleichtern. Art. 19 Abs. 1 I. b) schließt ausdrücklich Leistungsänderungen aus, die zusätzliche Kosten für den Verbraucher verursachen würden. Das heißt, ein Anbieter muss seinen digitalen Inhalt oder Dienstleistungen weiterentwickeln und gegebenenfalls gegen Aufpreis zusätzliche Funktionen anbieten. Solche Veränderungen können nur unter den bestimmten Umständen des Art. 19 vorgenommen werden. Sie sind jedoch jedenfalls zulässig, wenn dem Verbraucher die Nutzung der Leistung unverändert weiter ermöglicht wird (Abs 2)¹⁶⁵. Wenn der Verbraucher jedoch mit den zusätzlichen Kosten nicht einverstanden ist, dann kann der Unternehmer nur bestehenden Verbraucher gestatten, den digitalen Inhalt oder digitalen Dienstleistungen ohne zusätzliche Kosten weiterhin zu genießen (Art. 19 Abs. 4). Anders ist es bei automatisierten Änderungsaktualisierungen - solange die vorgeschriebenen Voraussetzungen inkl. die Verpflichtung der Unternehmer, den

¹⁶³ Vgl. Ehle/Kreß, CR 11/2019, S. 726.

¹⁶⁴ Diese Ansicht weicht jedoch vom traditionellen Verständnis der Gewährleistung als ‚Abweichung von der vertraglich fälligen Leistung‘ ab. Faber, Bereitstellung und Mangelbegriff in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 63ff.

¹⁶⁵ Staudegger, jusIT 2019/62, S. 176.

Verbraucher zu informieren, erfüllt sind, können die Updates automatisch heruntergeladen und installiert werden¹⁶⁶.

In Bezug auf Rechtsbehelfe mangelnder Konformität wird dem Unternehmer die Gelegenheit eingeräumt, die Wiederherstellung des Vertragszustands zu verweigern, wenn dies unmöglich ist oder unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Insgesamt erscheint es auch angebracht, die Wahl der Behelfe dem Unternehmer zu überlassen. Diese Auffassung ist noch sinnvoller, wenn man denkt, dass die Unterscheidung zwischen Verbesserung und Austausch aufgrund der Art der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht immer einfach ist, wenn überhaupt möglich. Zunächst fehlt dem Verbraucher im Allgemeinen die Kenntnis, eine vernünftige Wahl treffen zu können¹⁶⁷.

4. Potenzielle Herausforderungen in der Praxis

Potenzielle Herausforderungen ergeben sich schon aus Art. 4, weil die Richtlinie von maximaler Harmonisierung ist, sofern nichts anderes vorgesehen ist. Wie bereits erwähnt, enthält die Richtlinie unterschiedlichen Öffnungsklauseln und lässt den Mitgliedstaaten sogar die Option Aspekten des allgemeinen Vertragsrechts sowie die Rechtsnatur von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen zu definieren.

Die Überlassung der Definition von Verbraucher an den nationalen Gesetzgebern – insbesondere „ob und unter welchen Bedingungen eine Person auch als Verbraucher zu betrachten ist“ - kann beispielweise zu Herausforderungen führen und den wirksamen Verbraucherschutz untergraben¹⁶⁸. Angesichts der unterschiedlichen Regelungen für die einmalige Bereitstellung bzw. eine Reihe einzelner Bereitstellungen einerseits und für die kontinuierliche Erfüllung andererseits ist die Abgrenzung dieser Konstellationen grundsätzlich von großer Bedeutung aber zuzeiten schwierig zu beurteilen¹⁶⁹.

Die Frage der Bedingungen, unter denen eine Gewährleistung- oder Verjährungsfrist ausgesetzt oder unterbrochen wird, wurde ebenfalls in der Richtlinie nicht geregelt. Die in Art. 14 festgestellte Gewährleistung bei mangelnder Konformität ist aber ein Thema, das

¹⁶⁶ *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019/126, S. 1041 und *Ehle/Kreß*, CR 11/2019, S. 723.

¹⁶⁷ Schließlich besteht das Hauptinteresse des Verbrauchers darin, dass der digitale Inhalt oder die digitalen Dienstleistungen endlich funktionieren. *Parapatits/Stabentheiner*, *Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Beweislast und das System der Abhilfen*, ÖJZ 2020/15, S. 101.

¹⁶⁸ So beispielweise der Freiraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf Anbieter digitaler Plattformen, der nicht als direkter Vertragspartner des Verbrauchers ist (Erwägungsgrund 18). Die Definitionen in der Richtlinie stellen tatsächlich erhebliche Herausforderungen dar, da es nicht einfach ist, digitalen Inhalte anhand der Bestimmungen der Richtlinie verlässlich von digitalen Dienstleistungen zu unterscheiden. Möglicherweise hat es bei der Definition auch eine Rolle gespielt, dass der englische Consumer Rights Act 2015 („Chapter 3: Digital Content“) den Begriff der „digitalen Inhalte“ bereits zur Anwendung der Verbraucherrechte-Richtlinie ins nationale Recht übernommen hat. Hierzu: Wendland, ZVGRWiss 2019, 216 ff.

¹⁶⁹ *Parapatits/Stabentheiner*, ÖJZ 2019/126, S. 1041.

Schwierigkeit in der Praxis verursachen könnte, da ‚zwei Jahre‘ ein sehr langer Zeitraum im Leben eines digitalen Inhalts oder einer digitalen Dienstleistung ist¹⁷⁰. Die Tatsache, dass die Digital-Richtlinie auch keine Frist vorsieht, innerhalb derer der Verbraucher die Vertragswidrigkeit melden muss, kann zunächst zu Missbrauchsszenarien führen, wenn der Unternehmer nicht schnell genug nach der Meldung des Verbrauchers den erkannten Mangel abhilft.

Nach dem neuem europäischen Gewährleistungsrecht ist es zunächst verlangt, dass der Verbraucher beim Vertragsabschluss eine Abweichung der digitalen Leistung von den geschriebenen objektiven Anforderungen eigens darüber in Kenntnis setzt und „ausdrücklich und gesondert“ zustimmt¹⁷¹. Gemäß Erwägungsgrund 49 sollten insbesondere Abweichungen von den objektiven Konformitätsanforderungen nur möglich sein, wenn der Verbraucher ausdrücklich informiert wurde und er durch sein aktives und klares Verhalten - getrennt von der eigentlichen Vertragserklärung - die Abweichung(en) akzeptiert hat. Diese gesonderte Zustimmung könnte beispielsweise durch Anklicken eines Kästchens, Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer ähnlichen Funktion erfüllt werden. Fraglich ist jedoch, erst ob solche Lösungen tatsächlich „für eine ausreichende Flexibilität“ sorgen und ein höheres Verbraucherschutzniveau erreichen und zweitens, wie die Kenntnis und Zustimmung des Verbrauchers umzusetzen sind, vor allem beim Online-Handel, wenn die Informations- und Zustimmungserfordernisse mit Button- oder ähnlichen Abläufen gestaltet werden.

Im Bereich von Änderungen wird es auch schwierig zu beurteilen, welche Änderungen aus Sicht des Verbrauchers vorteilhaft und daher zulässig sind und wann Änderungen nachteilig und (erheblich) beeinträchtigt sind. Der Unternehmer sollte idealerweise den Verbraucher detaillierten Informationen über die Änderungen vorlegen und ihn über sein Recht auf Kündigung des Vertrages informieren.

Fraglich ist zunächst, ob Art. 11 Abs. 2 eine zusätzliche unentgeltliche Pflicht des Unternehmers erfasst, die bereitbestellten digitalen Leistung wegen technischer Fortschritte zu aktualisieren bzw an den neuen Systemen und Anforderungen anzupassen¹⁷². Eine solche generelle Haftung des Unternehmers würde Rechtsunsicherheit und höhere Kosten für der

¹⁷⁰ Laut Erwägungsgrund 56 sollten die Mitgliedstaaten in Bezug auf Verträge, die eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vorsehen, sicherstellen, dass Unternehmer für nicht weniger als zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung haften, wenn sie gemäß dem jeweiligen nationalen Recht nur für eine Vertragswidrigkeit haften, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der Bereitstellung offenbar wird. In Bezug auf den Nachweis von Konformität zum Zeitpunkt der Bereitstellung stellt Art. 12 fest, dass der Unternehmer einen solchen Nachweis ein Jahr lang trägt. Die Umkehrung der Beweislast ist umfangreicher als die in den vorherigen Vorschriften, auch wenn die Auslegungspraxis darauf abzielt, die Beweislast für die gesamte (zwei Jahre) Dauer der Garantie aufzuerlegen.

¹⁷¹ Die bisherigen Rechtsrahmen kennen noch die offenkundigen Mängel. Die Digital-Richtlinie enthält aber nicht das Konzept des Gewährleistungsausschlusses aufgrund der Offensichtlichkeit eines Mangels, was noch schwierigere Fragen und erhebliche Auslegungsprobleme in der Praxis aufwerfen kann.

¹⁷² Eine zusätzliche Verpflichtung des Unternehmers neben die festgestellte Pflicht der Beseitigung von Mängeln ist bei Bach bejaht. Hierzu, *Bach*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, S. 1705.

Unternehmen bedeuten, mit der unvermeidlichen Folge, dass die Preise für Verbrauchern steigen würden¹⁷³. Die Reichweite der Verpflichtung sollte bei Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie koordiniert werden.

Noch ein Hauptthema der Richtlinie ist definitiv die Bereitstellung personenbezogener Daten als Gegenleistung für digitalen Inhalt oder digitalen Dienstleistungen sowie die folgende Vereinbarkeit mit der DSGVO sowie das Risiko, dass die Grundrechte des Datenschutzes beeinträchtigt werden können¹⁷⁴. Die Richtlinie drohte aufgrund einer Kollision mit der DSGVO zu scheitern. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem objektiven Anwendungsbereich der Richtlinie und die Widerrufbarkeit der Einwilligung des Verbrauchers gemäß Art. 7 Abs. 3 der DSGVO, einschließlich des sog. Kopplungsverbots (Art. 7 Abs. 4 DSGVO). Die Lösung dieses Konflikts bzw die Synchronisierung mit dem DSGVO wird gemäß Erwägungsgrund 40 der Richtlinie an der Judikative delegiert.

Auffällig ist es, dass die Anwendung der Öffnungsklauseln den unterschiedlichen und möglicherweise divergierenden Auslegungen der Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt bzw ihre Interpretation nach Umsetzung der Richtlinie an den EuGH gerichtet werden sollte¹⁷⁵. Aus Sicht von Kern ist es schließlich sehr bedauerlich, dass der Unionsgesetzgeber zwei gesonderte Richtlinien erlassen hat, die sich im Detail in einigen Punkten unterscheiden¹⁷⁶. Insbesondere bei "Waren mit digitalen Elementen" kann die Abgrenzung dazu führen, dass dieselben Fälle von digitalen Inhalten und Dienstleistungen in Zukunft in der Praxis einmal nach dem einen und einmal nach dem anderen Regime behandelt werden.

¹⁷³ Die Aktualisierungen wegen Vertragswidrigkeiten sollten kostenlose bereitgestellt werden, obwohl der Unternehmer die Option haben sollten, entgeltlichen Aktualisierungen gleichweise zu bieten. *Parapatis/Stabentheiner*, ÖJZ 2019/126, S. 1041 and *Ehle/Kreß*, CR 11/2019, S. 723.

¹⁷⁴ Vor allem weil der Verbraucher nicht immer bewusst ist, was er bei der Bereitstellung seiner Daten genau übergibt und weil sehr schwierig ist, den Wert personenbezogener Daten zu bewerten.

¹⁷⁵ Vgl. Staudegger, *jusIT* 2019/62, S. 173.

¹⁷⁶ *Kern*, *VbR* 2019/05, S. 170.

V. Anpassung der nationalen Gesetze

1. Voraussetzungen und Beschränkungen zur Anwendung der Richtlinie

Um wirksam zu sein, müssen EU-Richtlinien von den Mitgliedstaaten in den nationalen Vorgaben umgesetzt werden. Der ursprüngliche Grund ist der Grundsatz von minimaler Harmonisierung bzw die Möglichkeit die Richtlinien an das innerstaatliche Recht anzupassen¹⁷⁷.

Gemäß der Gemeinsamen Politischen Erklärung der Mitgliedstaaten und der Kommission vom 28. September 2011¹⁷⁸ haben die Mitgliedstaaten sich in begründeten Fällen verpflichtet, nicht nur die Mitteilung von Umsetzungsmaßnahmen, sondern auch zusätzlichen Dokumente zu übermitteln, um den Zusammenhang zwischen einer Richtlinie und den entsprechenden nationaler Umsetzungsinstrumente zu erläutern. Gemäß Erwägungsgrund 84 der Digital-Richtlinie ist die Übermittlung derartiger Dokumente in Bezug auf die Digital-Richtlinie gerechtfertigt.

Im Vergleich mit dem Warenkauf-Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten vor einer Senkung ihres bestehenden Verbraucherschutzniveaus durch die Einführung der Digital-Richtlinie nicht viel sorgen, weil eine umfassende Regelung von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen auf europäischer Ebene noch fehlt und bisher wenigen oder keinen spezifischen nationalen Regelungen bestehen¹⁷⁹. Wie bereits erwähnt, wird das Prinzip der vollständigen Harmonisierung der Digital-Richtlinie nicht in allen Bereichen durchgesetzt und in einigen wichtigen Fragen wird allerdings lediglich ein Mindeststandard vorgegeben¹⁸⁰.

Die Richtlinie besagt ausdrücklich die Beschränkung ihres Anwendungsbereichs sowie die Einführung oder Beibehaltung in nationales Recht von weiteren formalen oder materiellen Anforderungen¹⁸¹. Dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus (Art. 4 und Erwägungsgrund 11)¹⁸². Art. 22 stellt zudem fest, dass die umgesetzten nationalen Vorschriften zwingenden Charakter haben und nachteiligen Abweichungen für den Verbraucher nicht bindend sind. Der

¹⁷⁷ Bekanntlich kann die Umsetzung von Richtlinien auf nationaler Ebene noch zu Diskussionen führen. Im Gegenteil treten die Regelungen von Verordnungen in allen Mitgliedstaaten ohne Weiteres in Kraft.

¹⁷⁸ Erklärung vom 28 September 2011 (ABl. C 369 vom 17.12.2011, S. 14).

¹⁷⁹ Zu erinnern ist auch, dass die bisherigen Rechtsrahmen auf eine bloße Mindestharmonisierung der Gewährleistung strebten und zur Umsetzung teilweise sehr unterschiedlichen nationalen Rechtsrahmen zugeschnitten wurden. Vgl. *Kern*, VbR 2019/05, S. 164 und *Kern/Maier*, Zak 2019/384, S. 208.

¹⁸⁰ Aus Sicht von Frey enthält die Richtlinie zahlreiche Ausnahmen und lässt den Mitgliedstaaten weitreichende Freiheit. Das heißt, die Unternehmer immer noch in Zukunft auf unterschiedliche Verbraucherschutzbestimmungen stoßen werden, was für das Funktionieren des Binnenmarkts ein Problem bleibt. *Frey*, EU verschärft das Verbraucherrecht, Der Standard 2019/25/01.

¹⁸¹ Sofern in der Richtlinie nichts anderes bestimmt ist.

¹⁸² So sollten die Mitgliedstaaten beispielsweise keine unterschiedlichen Vorschriften über die Umkehr der Beweislast erlassen oder auch keine Verpflichtung des Verbrauchers, den Unternehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums über eine Vertragswidrigkeit zu informieren.

Unternehmer ist aber nicht verhindert, Bedingungen anzubieten, die über den geschriebenen Verbraucherschutz der Richtlinie hinausgehen.

Bei der nationalen Umsetzung sollte besonders auf die Kohärenz der Rechtslage geachtet werden¹⁸³. Die Mitgliedstaaten sollten daher sicherstellen, dass angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, um die Einhaltung der Richtlinie sicherzustellen und bestimmten zugelassenen Stellen und Behörden zu ermöglichen, sich bei den Gerichten zu berufen und die Geltung der nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie zu gewährleisten (Art. 21). Die Richtlinie ist bis zum 1. Juli 2021 nachzukommen und die nationalen Vorschriften sollten dann ab dem 1. Januar 2022 Anwendung finden.

2. Beurteilung und Überlegungen zur Umsetzung der Richtlinie

So sind die Mitgliedstaaten darüber hinaus frei, bestimmten Bereichen zu definieren oder Vorschriften in den nationalen Gesetzen beibehalten oder einführen. In den folgenden Absätzen werden einigen aktuellen Vorschriften des derzeitigen Verbraucherrechts in Italien, Österreich und Vereinigtes Königreich überprüft sowie Vorschläge zur Anpassung der nationalen Vorgaben an den wesentlichen Aspekten der Digital-Richtlinie hervorgehoben.

Überblick über das italienische Gesetz

In Italien ist der Verbraucherschutz lange Zeit der Auslegung des Codice Civile (Zivilgesetzbuch) überlassen, insbesondere den Regeln in Art. 1341 und 1342, die für Verträge im Allgemeinen vorgeschrieben sind. In Folge reißender europäischer Richtlinien zum Verbraucherschutz, tritt schließlich das neue Codice di Consumo (cod.cons.) (Verbrauchergesetzbuch) am 24. Oktober 2005 in Kraft¹⁸⁴. Zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie wird dann das d.lgs. n.21 vom 21. Februar 2014 veröffentlicht¹⁸⁵. Das cod.cons. wird beim d.lgs. n. 21 erheblich beeinflusst, da insbesondere durch Art. 45-67 ein Kapitel bezüglich ‚Diritti dei consumatori nei contratti‘ (Verbraucherrechte in Verträgen) eingefügt wird¹⁸⁶. Die neuen Regelungen gelten für jeden geschlossenen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem

¹⁸³ Kodek/Leupold, Gewährleistung NEU (2019), S. 97

¹⁸⁴ Mit Decreto Legislativo (d.lgs.) n. 206 vom 6. September 2005. Der Zweck des cod.cons. ist bereit in Art. 1 ausgedrückt: „Armonizzazione e sistemazione della materia per garantire un elevato livello di tutela del consumatore“ (Harmonisierung und Anordnung der Angelegenheit zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus).

¹⁸⁵ Mit etwas mehr als zwei Monaten Verspätung in Bezug auf die Umsetzungsfrist, die in der Verbraucherrechte-Richtlinie festgelegt ist.

¹⁸⁶ Auf die Einleitung von Kapitel I (Art. 45-47) folgen die Abschnitte I ‚Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali‘ (Art. 48) (Vorvertragliche Informationen für Verbraucher in Verträgen, die keine Fern- oder Außenverträge sind); II ‚Informazioni precontrattuali per il consumatore e diritto di recesso nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali‘ (Art. 49-59) (Vorvertragliche Informationen für Verbraucher und Widerrufsrecht bei Fernverträgen, die außerhalb der Geschäftsräume ausgehandelt werden); III ‚Altri diritti dei consumatori‘ (Art. 60-65) (Sonstige Verbraucherrechte) und IV ‚Disposizioni generali‘ (Art. 66-67) (Allgemeine Bestimmungen).

Verbraucher inkl. Verträge, die außerhalb der Geschäftsräume und in einiger Entfernung abgeschlossen werden. Die Regelungen bezieht sich vor allem auf ‚Contratti a Distanza‘ (Fernabsatzverträge), behalten aber keinen speziellen Vorgaben in Bezug auf digitalen Inhalt oder digitalen Dienstleistung.

Art. 45 Abs. 1 I f) definiert den Contratto di servizio (Dienstleistungsvertrag), als ein Vertrag, nach dem der Unternehmer dem Verbraucher eine Dienstleistung erbringt oder sich verpflichtet, und der Verbraucher zahlt oder verpflichtet sich, den Preis zu zahlen. Gemäß Art. 45 Abs. 1 I g) ist der "Fernabsatzvertrag" als "jeder Vertrag definiert, der zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher im Rahmen eines organisierten Fernabsatz- oder Dienstleistungsvorsorgungssystems ohne die physische und gleichzeitige Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers geschlossen wird. Das heißt Verträge, die ausschließlich eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel (bis zum Vertragsschluss selbst) benutzen. Abs. 1. I m) umfasst die Definition des digitalen Inhalts bloß als ‚Daten‘, die ‚in digitaler Form herstellt und bereitstellt‘ sind (contenuto digitale”: i dati prodotti e forniti in formato digitale). Die Gewährleistung in Abs. 1 I p) stellt die Verpflichtung des Unternehmers fest, den gezahlten Preis zu erstatten, die Leistung (bzw Waren) zu ersetzen, reparieren, wenn sie nicht den Merkmalen oder anderen Anforderungen entspricht (Vertragswidrigkeit)¹⁸⁷.

Gemäß Art 49 ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher über die Funktionalität und relevante Interoperabilität der digitalen Inhalte zu informieren. Art. 49 betrifft zunächst die Disziplin der Offenlegungspflichten bzw vorvertragliche-Informationspflichten, deren Beweislast von Erfüllung beim Unternehmer liegt. Abs. 5 insbesondere stellt klar, dass die in Abs. 1 genannten Informationen Bestandteil des Fernabsatzvertrags sind und nur mit vorheriger ausdrücklicher Zustimmung der Parteien geändert werden können.

Art. 51 umsetzt Art. 8 Abs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie bezüglich einer Vereinbarung, die unter Verstoß gegen bestimmte formale Anforderungen bzw Informationspflichten geschlossen wurde. Nach Abs. 1 sollten die vorläufigen Informationen gemäß Art. 49 in einer Weise bereitgestellt, die den in einfacher und verständlicher Sprache verwendeten Mitteln der Fernkommunikation angemessen ist. Für den Online-Handel sind spezielle Regeln enthalten. Abs. 2 verpflichtet den Unternehmer in Bezug auf jeden elektronisch vereinbarten Fernabsatzvertrag, den Verbraucher auf die wesentlichen Vertragsbestandteile aufmerksam zu machen. Dieses Konzept und insbesondere das Konzept der Bestellung sollten als geeignet angesehen werden, die Manifestation des Willens des Verbrauchers zu erfassen. Abs. 4 regelt den Umstand eines Vertrags, der über ein Fernkommunikationsmittel geschlossen wird, das einen begrenzten Raum oder eine begrenzte Zeit zum Anzeigen der Informationen ermöglicht.

¹⁸⁷ Diese Definition erinnert an die Garanzia Convenzionale ulteriore (weitere konventionelle Gewährleistung) in Art. 128 Abs. 1 I c) cod.cons.

Nach Art. 51 Abs. 2 muss der Unternehmer mindestens die in Art. 49 Abs. 1 I 1 genannten Informationen klar und deutlich mitteilen, wenn ein (auf elektronischem Wege zu beschließen) Fernabsatzvertrag dem Verbraucher eine Zahlungspflicht auferlegt¹⁸⁸.

Laut Art. 59 I a) hat der Verbraucher bei Dienstleistungsverträgen kein Widerrufsrecht, wenn er die Leistungserbringung inkl. die Annahme des Verlustes des Widerrufsrechts nach vollständiger Ausführung zugestimmt hat¹⁸⁹.

Titel III des cod.cons. regelt die ‚Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo‘ (gesetzliche Konformität- und Handelsgewährleistung) (Art. 128-135)¹⁹⁰.

Nach Art. 132 ist der Unternehmer verantwortlich, wenn die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Jahren nach Lieferung auftritt. Der Verbraucher verliert aber seine Rechte, wenn er dem Verkäufer die mangelnde Konformität nicht innerhalb von zwei Monaten ab dem Datum meldet, an dem er den Mangel entdeckt hat¹⁹¹. Diese Meldung ist aber nicht erforderlich, wenn der Unternehmer das Vorliegen des Mangels anerkennt oder verschwiegen hat. Gemäß Abs. 3 wird davon ausgegangen, sofern nicht anders nachgewiesen ist, dass ein Mangel, der innerhalb von sechs Monaten nach Lieferung auftritt, bereits zur Lieferzeit bestand. Laut Abs. 4 ist das Recht auf Geltendmachung in jedem Fall innerhalb von 26 Monaten nach Lieferung vorgeschrieben. Das heißt, die Verjährungsfrist endet stets zwei Monate nach der Gewährleistungsfrist¹⁹². Der Verbraucher kann jedoch jederzeit die genannten Rechte geltend machen, sofern die mangelnde Konformität innerhalb von zwei Monaten gemeldet wurde.

Bei mangelnder Konformität hat der Verbraucher das Recht, die Konformität durch Reparatur oder Ersatz oder durch eine angemessene Preissenkung oder Kündigung des Vertrags kostenlos wiederherzustellen¹⁹³. Ein geringfügigem Konformitätsmangel, für den die Durchführung der Abhilfemaßnahmen zur Reparatur oder zum Austausch nicht möglich oder übermäßig belastend war, berechtigt nicht zur Kündigung des Vertrages (Art. 130).

¹⁸⁸ Beispielweise Informationen über die Hauptmerkmale der Dienstleistung, den All-inclusive-Preis, die Vertragsdauer oder die Bedingungen für den Rücktritt vom unbefristeten oder automatischen Verlängerungsvertrag. Wenn der Unternehmer die Informationspflichten nicht einhält, muss der Verbraucher nicht (zusätzliche) Kosten tragen.

¹⁸⁹ Fernabkommen werden auch im Hinblick auf Widerrufsrecht gemeinsam geregelt (Art. 52).

¹⁹⁰ Part I bezüglich das Verkauft von Waren (Della vendita dei beni di consumo) enthält Art. 128 Anwendungsbereich und Definitionen (Ambito di applicazione e definizioni), Art. 129 Konformität (Conformità al contratto), Art. 130 Rechte des Verbrauchers (Diritti del consumatore), Art. 131 Rückgriffsrecht (Diritto di regresso), Art. 132 Friste (Termini), Art. 133 Konventionale Gewährleistung (Garanzia convenzionale), Art. 134 Zwingender Charakter (Carattere imperativo delle disposizioni) und Art. 135 Gewährleistung nach anderen Vorgaben (Tutela in base ad altre disposizioni).

¹⁹¹ Diese Friste, die nach Art. 5 Abs. 2 der Verbrauchergüterkauf-Richtlinie als Rügeobliegenheit genannt wird, findet in Bereich der Digital-Richtlinie keine Anwendung.

¹⁹² *Krenmayr/ Schwamberger*, Bericht zur Diskussion unter der Leitung von Georg Kathrein zu den Referaten von Bernhard A. Koch, Brigitta Zöchling-Jud und Andreas Geroldinger in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, (2019), S. 242.

¹⁹³ Reparaturen oder Ersetzungen müssen innerhalb einer angemessenen Zeit ab der Anfrage durchgeführt werden und dürfen dem Verbraucher keine wesentlichen Unannehmlichkeiten bereiten.

Zu beachten ist zunächst, dass das d.lgs n. 21 beschränkt sich auf die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie ohne Angabe der Folgen des Verstoßes. In Bezug auf Schadenersatz gelten daher die Bestimmungen des Codice Civile (c.c.) (Zivilgesetzbuches) zum Gegenstand des Kaufvertrags sofern nichts anderes vorgesehen ist (Art. 135 cod.cons). Für die Entschädigungsschutz von vorvertraglicher Haftung findet insbesondere Art. 1337 c.c. Anwendung. Für den nachvertraglichen Schutz muss stattdessen von Fall zu Fall die Machbarkeit überprüft werden, um die wesentlichen Behelfe i) Stornierung durch versehentliches oder vorsätzliches Fehlverhalten, ii) Kündigung wegen Nichterfüllung gemäß Art. 1218 c.c. oder iii) Nichtigkeit gemäß Art. 1418 c.c. ermitteln.

Art. 1490 c.c. beinhaltet in Bezug auf Mängel die Rechtsbehelfe, die nach Wahl des Verbrauchers gelten gemacht werden können, insbesondere die Vertragsbeendigung oder die Preiserabsetzung, außer die Entschädigung für Schäden aufgrund von Fahrlässigkeit oder vorsätzlichem Fehlverhalten gemäß Art. 1494 c.c.¹⁹⁴ Es wird zunächst eine Gewährleistung für mangelnde Qualität gemäß Art. 1497 c.c. geregelt, jedoch vorbehaltlich der gleichen Verfalls- und Verschreibungsbedingungen¹⁹⁵.

In Bezug auf die Umsetzung der Digital-Richtlinie ist der Disegno di Legge (Gesetzesentwurf) n. 1721 zu nennen. Das ist die Delegation an die italienische Regierung zur Umsetzung europäischer Richtlinien und anderer EU-Rechtsakte (sog. Legge di delegazione europea 2019). Anhang A enthält wichtige Richtlinien, einschließlich der Digital-Richtlinie, mit der Absicht zusätzlichen Artikeln mit spezifischen Grundsätzen und Kriterien für die Umsetzung einzufügen. In Bezug auf die Digital-Richtlinie sollte es insbesondere festgelegt werden, dass das Verfahren zur Vertragskündigung des Verbrauchers in einer Weise stattfinden muss, die nicht belastender ist als die, die für den Vertragsabschluss selbst verwendet ist. Es muss zunächst erklärt werden, ob die Kündigung vor Gericht oder außergerichtlich erfolgt.

Meiner Meinung nach entspricht die Gewährleistungsfrist nach italienischem Recht grundsätzlich die Regelungen der Richtlinie. Es sollte aber beispielweise die Definition des digitalen Inhalts oder digitaler Dienstleistungen, die Differenzierung zwischen subjektiven und objektiven Kriterien bei Vertragswidrigkeit, die Dauer der Beweislastumkehr und der sowie die Verpflichtungen des Unternehmers inkl. die Aktualisierungspflicht eingefügt werden. Da eine digitale Leistung im Sinne der Richtlinie auch vorliegt, wenn als Gegenleistung kein Geld, sondern ein Zugang zu personenbezogenen Daten bezahlt wird, sollte unter idealen Umständen die Umsetzung der Richtlinie den cod.cons verändern bzw den cod.cons. mit dem Codice

¹⁹⁴ Es ist aber erforderlich, Mängel innerhalb von 8 Tagen nach Entdeckung zu melden. Die Gewährleistung des Art. 1494 c.c. wird innerhalb von 1 Jahr nach Lieferung vorgeschrieben und kann auf der Grundlage des Abs. 2 aufgehoben oder eingeschränkt werden.

¹⁹⁵ Diese Gewährleistung gilt auch dann, wenn die Leistung die Erbringung von Dienstleistungen betrifft (Art. 1667-1668 c.c.), und schließt auch das Widerrufsrecht.

Privacy (Gesetzgebung zu personenbezogenen Daten) anpassen¹⁹⁶. Da die Digital-Richtlinie keine Vorgaben für Ansprüche auf Schadensersatz enthält, ist dieser Bereich gemäß Art. 3 Abs. 10 dem italienischen Recht gelassen. Allerdings sollte auch die Regelung des Rückgriffsanspruchs an Art. 20 der Richtlinie angepasst werden, um die Voraussetzungen und Maßnahmen der Rückgriffsanspruch wie notwendig klarzustellen.

Es ist empfohlen, ein neues spezifisches Kapitel bezüglich der Regelung der Bereitstellung von digitalem Inhalt oder digitalen Dienstleistungen (beispielsweise ‚Diritti dei consumatori nei contratti con contenuto digitale‘) in den Codice di Consumo inkl. die Regel über Ansprüche auf Schadensersatz und über personenbezogenen Daten als Gegenleistung einzufügen, um die Regelung zu harmonisieren und Konflikten mit dem Codice Civile bzw Codice Privacy zu vermeiden.

Fokus auf Österreich

Im Vergleich mit dem jüngeren italienischen cod.cons. tritt das österreichische Konsumentenschutzgesetz (KSchG) schon seit 1.10.1979 in Kraft. Die meisten Bestimmungen in Bezug auf Verbraucherschutz finden sich jedoch in Sondergesetzen. Eine umfassende Regelung des Verbraucherrechts scheint sinnvoll¹⁹⁷.

Bei der Umsetzung der bisherigen Vorschriften dient die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie als Grundlage der §§ 922 – 933b ABGB. Es gibt dementsprechend in § 922 Abs. 1 bezüglich der Gewährleistung keine explizite Differenzierung zwischen subjektiven und objektiven Anforderungen. In Bezug auf die Zustimmung des Verbrauchers zur Abweichung der Kriterien ist zunächst fraglich, ob die Ausdrücklichkeit der Zustimmung gemäß Art. 8 Abs. 5 der Digital-Richtlinie einfach nur – wie in § 863 ABGB – als Gegensatz zur stillen Einwilligung zu verstehen sein soll oder ob gefordert sollte, dass auch das tatsächliche Einverständnis des Verbrauchers deutlich erkennbar sein muss¹⁹⁸.

Zur Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wird gemäß § 924 ABGB vermutet, dass ein Mangel bereits im Übergabezeitpunkt vorhanden war, wenn er innerhalb von sechs Monaten offenbar wird. Grundsätzlich kann weiterhin diese weiterlegbare Vermutung der Mangelhaftigkeit wie nach § 924 geregelt werden. Die Dauer der Vermutungsfrist soll allerdings von sechs Monaten auf ein Jahr verlängern werden¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Nach langer Tragzeit wurde am 8. August das Decreto Legislativo n. 101 zur Anpassung der italienischen Rechtsvorschriften des Codice Privacy an die DSGVO verabschiedet. Der Text wurde am 4. September im Amtsblatt veröffentlicht und tritt am 19. September in Kraft. Der italienischen Codice Privacy legt bisher einen Begriff des Verbrauchers fest, der umfassendere als dem im cod.cons. ausgeht.

¹⁹⁷ Hierzu *Leupold*, 40 Jahre KSchG und ein neues Verbrauchervertragsrecht, VbR 2019/75, S. 141.

¹⁹⁸ Die Lösung dieser Frage ist jedoch mehr eine Tatsache des interpretatorischen Geschmacks als von praktischer Relevanz. Hierzu: *Ehle/Kreß*, CR 11/2019, S. 723.

¹⁹⁹ Vgl. *Leupold*, VbR 2019/125.

Das geltende österreichische Recht differenziert zwischen Sach- und Rechtsmängeln. Bei den Sachmängeln läuft die Frist für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen schon mit dem Tag der Ablieferung der Sache. Unterschiedlich beginnt die Frist bei Rechtsmängeln erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird (§ 933 Abs. 1 ABGB). Mit anderen Worten ist bei Rechtsmängeln die Frist länger. Diese Bestimmung wurde schon vor der Umsetzung der Verbrauchergüterkauf-Richtlinie eingeführt, die eigentlich keine Rechtsrahmen über Rechtsmängel enthält. Ebenso regelt Art 10 der Digital-Richtlinie die Rechtsmängeln nicht. Die Dauer der Gewährleistungsfrist ist zudem in der Richtlinie bloß mindestharmonisiert. Das heißt, der unterschiedliche Beginn der Gewährleistungsfrist kann grundsätzlich beibehalten werden, weil es keine europäische Vorgabe gibt, die die gleiche Dauer der Gewährleistungsfrist für Sach- und Rechtsmängel abordnet. Es muss aber sichergestellt werden, dass bei Rechtsmängeln der Beginn der Gewährleistungsfrist frühestens mit Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung beginnt.

Diesbezüglich regelt bereits § 933 Abs. 1 ABGB, dass das Gewährleistung-Recht innerhalb zwei Jahren geltend gemacht werden muss. Diese Regelung gilt zurzeit für sämtliche Gewährleistungsbehelfe. Die Digital-Richtlinie stellt aber fest für die Vertragskündigung, dass der Verbraucher bloß den Unternehmer informieren muss²⁰⁰. Wenn für die Vertragsbeendigung kein Formgebot notwendig ist, es kann dann argumentiert werden, dass kein Formgebot mehr für die anderen Abhilfen gelten sollten.

Wie bereits erwähnt lässt die Richtlinie die Regelung von Schadenersatz an den nationalen Gesetzgeber über. Die Konkurrenz von Schadenersatz und Gewährleistung findet sich im Wortlaut von § 933a ABGB, nach dem, hat der Unternehmer den Mangel verschuldet, so kann der Verbraucher auch Schadenersatz fordern.

Die Bestimmung von Schadenersatz folgt § 933b ABGB, der bezüglich des Rückgriffsanspruch voraussetzt, dass der Letztverkäufer dem Verbraucher bereits Gewähr geleistet hat. Die entsprechende Vorgabe von Art. 20 der Digital-Richtlinie stellt nur auf die Haftung des letzten Leistens ab und erkennt dem Unternehmer das Recht aus Rückgriffsanspruch. Welche Person der Unternehmer in Regress nehmen kann, bestimmt aber das nationale Recht²⁰¹. Zur Umsetzung der Richtlinie ins österreichische Recht soll insbesondere das Verhältnis zwischen Verbesserung durch den letzten Leistens und Regress geregelt werden und die bislang vorgesehenen Verjährungsregeln von zwei Monate Frist sowie die Höchstfrist von fünf Jahren überprüft.

²⁰⁰ Der Zeitraum für diese Erklärung des Verbrauchers dürfen die Mitgliedstaaten feststellen, sofern durch eine nationale Verjährungsfrist die Gewährleistungsfristen der Richtlinie nicht verkürzt oder unterlaufen werden.

²⁰¹ Sowie die diesbezüglichen Maßnahmen und Bedingungen für die Geltendmachung der Rückgriffsansprüche.

Die Richtlinie unterscheidet zwischen die Abhilfen bei nicht erfolgter Bereitstellung des Art. 13 und jene bei Vertragswidrigkeit, die in Art. 14 geregelt sind. Die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit kommen nicht zur Anwendung, wenn die Mitgliedstaaten alternativ im nationalen Gesetz die Nichtigkeit oder den Rücktritt vom Vertrag vorsehen. Die österreichische Regelung zum Verzug des Unternehmers entspricht die Abhilfen des Art. 13 der Richtlinie bei nicht erfolgter Bereitstellung. Der Unterschied zwischen Abhilfen ist ebenso schon im österreichischen Recht (sog. "Nichterfüllung" und "Schlechterfüllung") reguliert.

Zu beachten ist, dass in der Richtlinie keine spezifische Regelung für einen Beitrag des Verbrauchers zur Vertragswidrigkeit gibt. Die fehlende Kompatibilität der digitalen Umgebung des Verbrauchers nach Art. 12 Abs. 4 kann aber als ein Fall interpretiert werden, in dem kein Mangel vorgeht, sofern der Unternehmer den Verbraucher klar und verständlich informiert hat. In Bezug auf die Vereitlung der Ausführung ist dann bereits in § 1168 ABGB festgestellt, dass der Unternehmer weiterhin Anspruch auf den vereinbarten Entgelt hat, wenn die Lieferung durch Umstände des Verbrauchers verhindert wird.

Bei Redaktionsschluss dieses Aufsatzes sind konkrete Umsetzungsmaßnahmen in Österreich noch nicht bekannt. Fraglich ist zuerst wo die Umsetzungsvorgaben am besten angesiedelt werden sollte und ob der Gesetzgeber sich für eine einheitliche Kodifizierung des Vorgaben oder noch einmal für eine Umsetzung in den differenzierten Gesetze entscheiden sollte. Es spricht dafür, die Anpassung im nationalen Recht hauptsächlich im ABGB vorzunehmen und das Gewährleistungsrecht der §§ 922 ff ABGB umfassender zu reformieren. Sonderregelungen könnten jedoch in den Bestimmungen des KSchG aufgenommen, wie beispielsweise den Bereich vertraglicher Garantien gemäß § 9b KSchG.

Der Gesetzgeber steht zunächst vor die Wahl, wie die Option des Erwägungsgrunds 16 - den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie auf B2C-Geschäft zu beschränken oder an B2B und Dual Use Verträge zu erweitern – umgesetzt werden soll. Eine Möglichkeit sei beispielweise die Ausweitung des Verbraucherbegriffs in Geltungsbereich von § 1 KSchG auf Gründungsgeschäfte und juristische Personen.

Eine Übersicht über die Regelungsoptionen und die Umsetzungsspielräume zeigt, dass die Umsetzung in österreichisches Recht jedenfalls einen neuen Vertragstypus für die Bereitstellung digitalen Inhalts oder digitalen Dienstleistungen definieren soll, sowie zwischen fortlaufender und einmaliger Bereitstellung unterscheiden. Wichtige Regelungen im Vergleich zum aktuellen österreichischen Recht sind die objektiven Anforderungen der Konformität und die Update-Verpflichtung, die auf die Aufrechterhaltung der Konformität von bereitgestellten digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen dienen. Zum Thema Schadenersatz wird es empfohlen § 933a ABGB sowie § 1313a ABGB anzupassen und die Haftung des Unternehmers für erhebliche Unannehmlichkeiten klarzustellen. In Bezug auf Friste sollte die Dauer der

Neubeginn von Frist verlängert werden und der Beweislastumkehr nach Updates klargestellt werden. Es sollte zunächst zwischen Haftungs- und Verjährungsfristen unterscheiden werden. Andere Themen wie beispielweise versteckte Mängel, Zurückbehaltungsrecht, Mitverschulden des Verbrauchers sind schon im österreichischen Gesetz geregelt – so beispielweise in § 1052 ABGB oder § 1168 ABGB – und können in Prinzip beibehalten werden. In Bezug auf das allgemeine Vertragsrecht (Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie) können ebenfalls die Vorgaben des Irrtumsrecht in §§ 871 ff ABGB und § 934 ABGB beibehalten werden. Es bleibt spannend abzuwarten, wie die Neuregeln beim österreichischen Gesetzgeber umgesetzt werden und ob die Spielräume genutzt werden.

Consumer Rights Act 2015 und BREXIT

Der Consumer Rights Act 2015 (CRA) tritt am 1. Oktober 2015 in Kraft mit dem Ziel das Verbraucherrecht in Vereinigtes Königreich zu reformieren, vereinfachen und modernisieren. Der CRA ersetzt den Sale of Goods Act (SGA) von 1979, die Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations und den Supply of Goods and Services Act (SGSA) von 1982. Der CRA legt die wichtigsten Verbraucherrechte für Verträge über Waren, Dienstleistungen und digitalen Inhalt²⁰² sowie das Gesetz über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Das Ziel der eingeführten Vorgaben ist, die Gewährleistung des Verbrauchers durch die Schaffung eines vereinfachten und erweiterten Rechtssystems zu stärken²⁰³. Die Regeln führen aber nicht nur wichtige neue Schutzmaßnahmen für Verbraucher einschließlich neuer Rechte und Behelfe, sondern auch Maßnahmen zugunsten des Unternehmens.

Nach dem SGA kann der Verbraucher bei einem Mangel die Ware innerhalb einer angemessenen Frist ablehnen und eine Rückerstattung erhalten. Wenn es zu spät ist, die Ware abzulehnen, kann der Verbraucher die Ersetzung oder Reparatur verlangen, die innerhalb einer angemessenen Zeit und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher stattfinden muss. Die Definition von "Waren" im SGA legt aber nahe, dass es sich um materielle Gegenstände handeln muss und erfasst daher keine elektronischen gelieferten digitalen Inhalte, da sie nicht materiell sind. Infolgedessen sind die Rechte und Behelfe im Rahmen der SGA für digitalen Inhalt ungeeignet und bieten den Verbrauchern zu wenig Schutz²⁰⁴.

²⁰² Die Definition von digitalem Inhalt als neue Produktkategorie deckt alle Daten ab, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.

²⁰³ Es gibt insbesondere zwei Hauptfaktoren für die Gesetzesänderungen. Erstens wurde im Oktober 2011 die Verbraucherrechte-Richtlinie verabschiedet, die größtenteils in Vereinigtes Königreich durch die „Consumer Contracts Regulations 2013“ umgesetzt wurde. Diese Regulations gelten ab dem 13. Juni 2014 für alle Einkäufe aus der Ferne - beispielsweise online oder telefonisch – und ersetzen die Distance Selling Regulations 2000, die die EU-Richtlinie 97/7/EC umgesetzt hat. Der zweite Treiber sind die Ergebnisse einer Reihe von Konsultationen zu Verbrauchergesetzen, die zwischen März und November 2012 in Vereinigtes Königreich stattfinden.

²⁰⁴ Der Rechtsprechung Vereinigtes Königreichs (sog. Common Law) hat die zahlreichen Fragen nicht gelöscht, weshalb eine Reform als notwendig erachtet wurde.

Im Gegensatz regelt Kapitel III der CRA ausdrücklich den digitalen Inhalt. Nach Art. 33 gilt dieses Kapitel für Verträge eines Unternehmers über die Lieferung digitalen Inhaltes an den Verbraucher. Der digitale Inhalt wird geliefert oder sollte geliefert werden 1) als Gegenleistung des vom Verbraucher bezahlten Preises oder 2) kostenlos mit Waren oder Dienstleistungen oder anderen digitalen Inhalten, für die der Verbraucher bezahlt einen Preis. Der Secretary of State (Außenminister) kann zunächst vorsehen, dass den Kapitel III für andere Verträge über die Lieferung digitalen Inhaltes gilt, wenn diese Anordnung aufgrund erheblicher Nachteile für den Verbraucher angemessen ist (Abs. 5). Zu beachten ist, dass der CRA nicht ausdrücklich erwähnt, dass die Bereitstellung personenbezogener Daten eine Form von Zahlung für digitalen Inhalt darstellen kann. Dieser Fall passt jedoch im Allgemeinen unter Abs. 5 des Art. 33. Der CRA führt spezifische Rechte und Behelfe für die Bereitstellung digitalen Inhaltes ein. Zusätzlich zu den bekannten Bedingungen des SGA passt insbesondere der CRA die traditionellen Abhilfemaßnahmen an und legt zusätzlichen Abhilfemaßnahmen fest, wenn der digitale Inhalt fehlerhaft ist bzw ein Unternehmer gegen diese Bedingungen verstößt. Der digitale Inhalt muss insbesondere von ‚satisfactory quality‘ (zufriedenstellender Qualität) (Art. 34), ‚fit for particular purpose‘ (für einen bestimmten Zweck) (Art. 35) und ‚as described‘ (wie beschrieben) (Art. 36) sein.

Art. 40 regelt die Änderungen der gelieferten digitalen Inhalte und erkennt dem Unternehmer oder Dritten das Recht an, den digitalen Inhalt zu verändern²⁰⁵. Im Vergleich zu der Digital-Richtlinie, die eine Verpflichtung des Unternehmers Aktualisierungen zu bereitstellen sowie sein Recht des digitalen Inhaltes unter bestimmten Bedingungen zu verändern vorsieht, regelt der CRA hauptsächlich die Änderungen des digitalen Inhaltes.

Wenn der digitale Inhalt nicht vertragsgemäß ist, hat der Verbraucher nach dem CRA das Recht, eine Reparatur oder einen Ersatz zu beantragen (Art. 43), das Recht auf Preissenkung (Art. 44) oder sogar das Recht auf Rückerstattung (Art. 45). Der Verbraucher bleibt daran das Recht, auch andere Rechtsmittel wegen eines Verstoßes der Bestimmungen anzustellen, solange derselbe Verlust nicht zweimal gutgemacht wird. Die anderen Rechtsmittel umfasst beispielweise Schadenersatz und Zurückforderung des gezahlten Preises. Von Bedeutung ist die Regelung, nach dem der digitale Inhalt, der zu keinem Zeitpunkt innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten ab dem Tag ihrer Lieferung vertragsgemäß ist, als nicht vertragsgemäß angesehen wird, als sie geliefert wurde²⁰⁶.

Die Reparatur oder der Austausch des digitalen Inhaltes muss beim Unternehmer innerhalb einer angemessenen Zeit und ohne wesentliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher

²⁰⁵ Insofern die Anforderungen von Art. 34 - 36 weiterhin für den geänderten Inhalt gelten.

²⁰⁶ Diese Regel gilt nicht, wenn der digitale Inhalt zum Zeitpunkt der Lieferung dem Vertrag entspricht oder seine Anwendung nicht mit der Art des digitalen Inhaltes vereinbar ist.

erfolgt werden²⁰⁷. Der Unternehmer soll jedoch die Reparatur oder den Austausch nicht durchführen, wenn dies im Vergleich zu anderen Abhilfemaßnahmen unmöglich oder unverhältnismäßig ist²⁰⁸.

Das Recht auf Preissenkung umfasst das Recht auf Rückerstattung des Preises, wenn der Betrag der Ermäßigung gegebenenfalls der volle Betrag des Preises ist. Dieses Recht kann jedoch nur ausgeübt werden, wenn die Reparatur oder der Ersatz des digitalen Inhalts gemäß Art. 43 nicht möglich sind oder der Unternehmer gegen das Erfordernis des Art. 43 Abs. 2 (angemessene Zeit und ohne wesentliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher) verstößt. Eine Rückerstattung muss unverzüglich und in jedem Fall innerhalb von 14 Tagen und ohne Gebühr für den Verbraucher erfolgen (Art. 44). Wenn der Verstoß nur einen Teil des bereitgestellten digitalen Inhalts betrifft, dann ist die Rückerstattung nur zum Teil möglich (Art. 45). Der Hauptunterschied zwischen die Behelfe im SGA und die im CRA besteht darin, dass der Verbraucher den digitalen Inhalt nicht ablehnen und eine Rückerstattung erhalten kann (sog. Right to Reject).

Eine Analyse des britischen Gesetzes kann aber nicht ohne Bezugnahme auf BREXIT durchgeführt werden. Das Rücktrittsabkommen zwischen Vereinigtes Königreich und der EU gemäß Art. 50 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) enthält die Regelungen für den Austritt von Vereinigtes Königreich aus der EU²⁰⁹. Teil 4 des Rücktrittsabkommen sieht eine Übergangs- oder Umsetzungsfrist vor, wobei während dieser Zeit in Vereinigtes Königreich weiterhin EU-Recht gilt, sofern im Rücktrittsabkommen nichts anderes vorgesehen ist. Das Gesetz, das nach dem EU-Austritt und während des Umsetzungszeitraums veröffentlicht werden muss, ist in Anhang 5 des European Union Act 2018 (Withdrawal) aufgeführt. Nicht alle EU-Rechtsvorschriften werden im nationalen Recht umgesetzt²¹⁰ und nicht alle künftigen Änderungen der EU-Rechtsvorschriften, die auf EUR-Lex veröffentlicht wurden, werden automatisch gelten. Stattdessen kann Vereinigtes Königreich seine eigenen Änderungen an der EU-Gesetzgebung vornehmen, die im britischen Recht beibehalten wird. Die Digital-Richtlinie ist als Rechtsrahmen aufgeführt, der in Vereinigtes Königreich umgesetzt werden soll. Derzeit gibt es keinen konkreten Vorschlag, wie die Bestimmungen der Richtlinie in britisches Recht übernommen bzw wie die CRA schließlich geändert werden sollen. Ein positiver Punkt ist

²⁰⁷ Der Unternehmer trägt zunächst alle erforderlichen Kosten.

²⁰⁸ Es sollte insbesondere der Wert, der den digitalen Inhalt hätte, wenn er vertragsgemäß wäre, die Bedeutung der mangelnden Konformität, die erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher, die Art des digitalen Inhalts und der Zweck, für den der digitale Inhalt erhalten oder abgerufen wurde, berücksichtigt wird.

²⁰⁹ Das Rücktrittsabkommen tritt am 1. Februar 2020 in Kraft, nachdem es am 17. Oktober 2019 zusammen mit der politischen Erklärung vereinbart ist.

²¹⁰ Ein EU-Exit-Webarchiv bietet einen umfassenden und offiziellen Bezugspunkt für das derzeitige EU-Recht. Darüber hinaus listet die Website www.legislation.gov.uk die in Anhang 5 des Rücktrittsabkommen aufgeführten Rechtsvorschriften auf (sog. Legislation Originating from the EU).

definitiv die Tatsache, dass die Regulierung digitalen Inhaltes bereits in einem einzigen Gesetz zusammengefasst ist und nicht über mehrere Gesetze hinweg erforscht werden muss.

Im Gegensatz zu anderen Ländern hat die Regulierung digitalen Inhalts nach britischem Recht bereits ein eigenes System von Rechten und Rechtsmitteln, die sowohl auf kostenpflichtigen Inhalt als auch auf Inhalt anzuwenden sind, der kostenlos mit kostenpflichtigen Waren, Dienstleistungen oder anderen digitalen Inhalten bereitgestellt wird. Die allgemeine Bestimmung von Art. 33 Abs. 5 berücksichtigt auch zukünftige Entwicklungen.

Die Überprüfung der CRA schlägt vor, die Definition von Art. 33 zu erweitern inkl. spezifischen Verweis auf personenbezogene Daten als Gegenleistung für digitalen Inhalt sowie die Definition von digitalen Dienstleistungen. Es wird auch empfohlen, zwischen objektiven und subjektiven Anforderungen zu unterscheiden, die Gewährleistung von 6 Monaten auf mindestens 1 Jahr zu verlängern, die Bedingungen für die Beweislast sowie die Aktualisierungsverpflichtung des Unternehmers anzupassen.

3. Herausforderungen zur Umsetzung und Auswirkungen von BREXIT und COVID

Obwohl der Vollharmonisierungszweck der Richtlinie relativiert ist, sind grundsätzlich strikere Bestimmungen als die bisherigen Vorgaben umfasst. Im Vergleich zum geltenden mitgliedstaatlichen Recht enthält die Richtlinie detaillierteren Bedingungen, die klarstellen, was einen vertragskonformen digitalen Inhalt oder digitalen Dienstleistung zur Entstehung bringen. Wichtige Neuigkeiten sind die objektiven Kriterien sowie die Pflicht des Unternehmers, Aktualisierungen zur Aufrechterhaltung der Konformität bereitzustellen und dem Verbraucher wesentliche Informationen über die bereitgestellte Leistung mitzuteilen.

Um die Umsetzung der Richtlinie zu koordinieren und überwachen, hat die EU-Kommission eine Expertengruppe (sog. E03679 - EG on digital contracts) eingerichtet²¹¹. Der erste Workshop dieser Gruppe findet am 18. Dezember 2019 statt²¹². Zu den erörterten wesentlichen Themen gehörten beispielweise die Abgrenzung mit der Warenkauf-Richtlinie, die Bedeutung von neuen Definitionen, das Konzept der kontinuierlichen Bereitstellung digitalen Inhalts oder digitaler Dienstleistungen, Verknüpfungen mit der Verbraucherrecht-Richtlinie sowie gesetzlichen Aktualisierungen für Situationen, in denen der Verbraucher keinen entgeltlichen Preis

²¹¹ In Vorbereitung wurde bereits ein Netzwerk inkl. den zuständigen Beamten aus allen Mitgliedstaaten eingerichtet, um gemeinsame Umsetzungsprobleme und -Fragen zu ermitteln. Die Expertengruppe dient zunächst dem rechtspolitischen Ziel, eigene Gesetzgebungsinitiativen der Mitgliedstaaten zu blockieren.

²¹² Die erste Diskussionsthemen der Mitgliedstaaten sind in Discussion Paper - 1st meeting of the Expert Group for the transposition of Directives (EU) 2019/770 and (EU)2019/771 (18 December 2019) zusammengefasst. Das Dokument enthält weder eine erschöpfende Analyse der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie noch eine offizielle Position über Umsetzung der Richtlinie. Das Ziel ist es, die potenziellen Herausforderungen bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht zu identifizieren, die Diskussion bzw den Meinungs austausch zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission zu erleichtern und daher eine einheitliche Umsetzung der Richtlinien in allen Mitgliedstaaten zu schaffen.

zahlt, sondern personenbezogene Daten zur Verfügung stellt. Weitere Workshops wurden für April, September und Dezember 2020 geplant, finden jedoch aufgrund der Ausbreitung von COVID-19 nicht statt oder wurden verschoben.

Nicht zu vergessen ist auch die notwendige Synchronisierung von Digital-Richtlinie, Urheberrecht und DSGVO, die deutlich zeigt, dass nicht nur die Umsetzung der Richtlinie, sondern auch die anschließende Gesetzesanwendung komplex und zum Teil problematisch ist²¹³. Ein dringender Appell ist an den Gesetzgeber gerichtet, bei der Umsetzung um größtmögliche Kohärenz und Harmonisierung bemühen²¹⁴.

Wie gezeigt, ist der Gegenstand der Richtlinie komplex und die Umsetzung ist nun unter Zeitdruck. Fraglich ist zuerst, wie die neuen Bestimmungen effizient in das nationale Verbraucherrecht integriert werden sollten. Gute Argumente sprechen dafür, die Richtlinie möglichst in einem eigenständigen Verbrauchergesetz über die Bereitstellung digitalen Inhalts oder digitalen Dienstleistungen ins nationale Recht umzusetzen (sog. Umsetzung en bloc). Das bedeutet, in den Mitgliedstaaten, in denen die Vorschriften über Verbraucherverträge schon Bestandteil des nationalen Konsumentengesetz sind, würden die Vorgaben für die Bereitstellung digitaler Leistung in dieses Gesetz - beispielweise in einem separaten Kapitel wie im britischen CRA - eingeführt werden. Alternativ könnten die Mitgliedstaaten beschließen, punktuellen Anpassungen aktueller nationaler unterschiedlicher Vorschriften durchzuführen, um die Regeln der Richtlinie aufzunehmen. Ein Umsetzung en bloc würde die Übersichtlichkeit der nationalen Vorgaben steigern und damit künftig Updates erleichtern. Diese Strategie behebt aber nicht die Lücken und Defizite der Richtlinie. In der Praxis stellen sich Herausforderungen unabhängig davon, welche Umsetzungsstrategie verfolgt wird.

Eine umfassende Reform des nationalen Konsumenten- und Vertragsrechts zur Beseitigung ungerechtfertigter Unterschiede ist wie auch immer empfohlen. Viele Mitgliedstaaten stehen allerdings am Anfang ihres Umsetzungsplans. Die ersten Einschätzungen und Meinungen liegen weit auseinander und Konsens über die Umsetzung gibt es noch keinen.

Die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Richtlinie bzw europäischer Rechtsakte sind als Zugabe bei der politischen Tension und die jüngsten Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten noch verstärkt. Ein besonderes Signal der aktuellen Fragilität der EU kommt vor allem von Vereinigtes Königreich. Mit Referendum am 23. Juni 2016 wird mit einem Prozentsatz von 51,9% beschlossen, die EU zu verlassen (sog. BREXIT). Das Ergebnis des Referendums wird vom britischen Parlament mit dem 'European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017' besiegelt, der am 16. März 2017 die königliche Zustimmung erhält. Das parlamentarische Gesetz ermächtigt die neue Premierministerin Theresa May, Verhandlungen über den Ausstieg

²¹³ Vgl. *Sattler*, Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter, CR 2020, S. 145.

²¹⁴ Hierzu Kern, VbR 2019/05, S. 170 in Bezug auf die Umsetzung der Warenkauf- und Digital-Richtlinie.

gemäß Art. 50 des AEUV - ursprünglich für den 29. März 2019 geplant - zu beginnen. Die Situation hat andere Regierungen inkl. Italien, Österreich, Polen sowie andere osteuropäische Staaten, veranlasst, ihren Austritt zu erwägen, hauptsächlich um die wiederholte angeforderte Umverteilung von Migranten in Europa zu vermeiden.

Das Ende 2018 vorgeschlagene Abkommen zwischen Vereinigtes Königreich und der Europäischen Union wird am 15. Januar 2019 vom britischen Parlament abgelehnt, was dazu die Ersetzung der Premierministerin durch Boris Johnson führt, der sich dafür einsetzt, die EU ohne Abkommen zu verlassen. Vergeblich wird ein neuer Termin für den Austritt aus der EU für den 31. Oktober 2019 festgelegt. Die politische Verstärkung von Premierminister Johnson in Folge der politischen Wahl im Herbst 2019 führt dazu, dass sich Vereinigtes Königreich am 31. Januar 2020 die EU verlässt.

Neben und sogar mehr als BREXIT hält jedoch die COVID-19-Pandemie zurzeit die gesamte Welt in Atem an. Die Ausbreitung des Virus hat eine Krise ausgelöst, die die Union und die Mitgliedstaaten vor eine beispiellose Herausforderung stellt. Der Ausbruch und die ergriffenen Maßnahmen haben erhebliche sozialen, politischen und wirtschaftlichen Auswirkungen. Die Gesetzgeber reagieren daher unterschiedlich auf die gegenwärtige ungewöhnliche Krisensituation, und zwar durch Erlassung von mehreren sog. COVID-19-Gesetzen, Lockdowns, Massentests sowie Verwendung von Technologie und Daten wie Mobil-Apps, um die Eindämmung der Ausbreitung des Virus zu unterstützen.

In einer außergewöhnlichen Krise dieser Größenordnung sei nicht überraschend, die Entscheidung die Fristen für die Umsetzung von Richtlinien inkl. die Digital-Richtlinie zu verlängern oder ihre unmittelbare Anwendbarkeit zu erkennen²¹⁵. Die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie vor Umsetzung zu stellen dient insbesondere die Stützung von Einzelnen, vor allem wenn die Umsetzung einer Richtlinie in einer Zeit erfolgt, in der eine völlig neue und unerwartet Herausforderung sich ergibt.

Zu beachten ist, dass die EU-Kommission der korrekten und wirksamen Umsetzung von Richtlinien im Allgemeinen große Rolle beimisst. Nach der Mitteilung der Europäischen Kommission vom Januar 2017 zum Thema "EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung"²¹⁶ ist die einheitliche Anwendung des EU-Rechts in allen Mitgliedstaaten von entscheidender Bedeutung für den Erfolg der EU. Aus diesem Grund wird die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV priorisiert, um Fälle zu untersuchen, in denen die

²¹⁵ Im Rahmen der Rechtsakte der EU wird die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie als Möglichkeit definiert, EU-Vorschriften hervorzurufen, wenn ein Mitgliedsstaat die Richtlinie noch nicht oder nicht rechtzeitig umgesetzt hat, solange bestimmten Anforderungen inkl. Gewährung subjektiv-öffentlicher Rechte, hinreichend bestimmt und Fristablauf erfüllt sind.

²¹⁶ Europäische Kommission, Mitteilung betreffend "EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung", ABI 2017 C 18/17.

Mitgliedstaaten die Umsetzung von Maßnahmen nicht gemeldet haben oder die Richtlinien nicht ordnungsgemäß umgesetzt haben²¹⁷.

Unabhängig vom Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie und den Herausforderungen, denen sich die nationalen Gesetzgeber gegenübersehen, hat jedenfalls der europäische Gesetzgeber mit der Digitale-Richtlinie ein kleines trojanisches Pferd hinter die sorgsam verteidigten Mauern des nationalen Schuldrechts geschleust²¹⁸. Die vollen Auswirkungen der Richtlinie auf die nationale Gesetzgebung sind noch unklar und es bleibt daher abzuwarten, wie die neuen Regelungen in das nationale Recht umgesetzt werden. Die Umsetzung in mitgliedstaatlichen Gesetz wird aber sicherlich das künftige Aussehen des Gewährleistungsrechts maßgeblich beeinflussen.

²¹⁷ Parallel dazu werden die Optionen gemäß Art. 260 AEUV ausgeübt, eine rechtzeitige Benachrichtigung über die Durchführungsmaßnahmen sicherzustellen. Hierzu: *Eberhard*, Vertragsverletzungsverfahren und Richtlinienumsetzung: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung? *ZfV* 2020/25, S. 237.

²¹⁸ *Sattler*, CR 2020, S. 146.

VI. Abschluss

Die neue Digital-Richtlinie ist insofern innovativ, da die Bereitstellung von digitalem Inhalt oder digitalen Dienstleistungen noch nicht beim EU-Recht geregelt ist, und versucht daher das Gewährleistungsrecht von Verbraucher ins 21. Jahrhundert zu bringen²¹⁹. Die Richtlinie führt insbesondere die Idee einer Vollharmonisierung des EU-Verbraucherrechts²²⁰, verfehlt aber den Zweck, die gewünschte vollständige Harmonisierung zu erreichen. Zweifellos stellt sie aber das Verbraucherrecht vor große Herausforderungen, insbesondere mit der Einführung teilweise innovativer Regelungen und teilweise unvollständiges reguliertes Regime. Da eine zugrunde liegende Harmonisierungsabsicht steht und mehr Bereiche harmonisiert werden, kommt es jedenfalls einer umfassenden Regulierung von Verbraucherverträgen auf EU-Ebene näher²²¹.

“Nicht ganz harmonisiert“ sei vielleicht die richtige Äußerung, die Neuregelung zu beschreiben. Das ist die Folge politischer Kompromisse, die für das Funktionieren des Binnenmarkts ein Problem bleibt, insbesondere wenn die Gesetzgebung unter Zeitdruck steht²²². Für einige grundlegende Fragen sind sogar mögliche Lösungen und Aufforderungen zur Umsetzung in die Erwägungsgründe verschoben und in einigen Fällen fast versteckt, die in etlichen Punkten mit der Vorgaben-Interpretation aber helfen²²³.

Die EU versucht schon länger, Hindernissen für den europaweiten Handel zu beseitigen. Der Mangel von konformen und einheitlichen Regeln ist noch ein Grund, der den grenzüberschreitenden Handel behindert. Eine allgemeine Unzufriedenheit ist daher zu melden, weil die Lücken und Defizite der Richtlinie zu Unsicherheit in der Antragsphase führen können. Die neuen Rechtsrahmen werden insbesondere für Unternehmen erhebliche Folgen haben - einerseits müssen standardmäßige Bedingungen und Verträge an die Neuregelung angepasst werden, andererseits könnten die hinausgehende Updatepflicht Rechtsunsicherheit und neuen Risiken für Unternehmer verursachen.

Aus Verbrauchersicht ist die Beweislastumkehr definitiv ein Vorteil und von zentraler Bedeutung. Die praktische Bedeutung der Verlängerung auf ein Jahr ist zugleich enorm, da häufig die Erfolgsaussichten von Klagen mit der Frage stehen und fallen, ob der Mangel innerhalb von sechs Monaten hervorgekommen ist. Die Erstreckung der Vermutungsregel auf Updates sowie die Einführung eines Rücktrittsrechts wären aber wesentlich gewesen²²⁴. Das Schadensersatzrecht ist auch in der Richtlinie nicht geregelt und die Verjährung bleibt ebenso

²¹⁹ Hierzu: *Faber in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg) (2019), S. 63 ff.

²²⁰ Vgl. *Frey*, *Der Standard* 2019/25/01.

²²¹ *Carvalho*, (Working Paper Version – The final version will be published in Issue 5/2019 of *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*).

²²² *Frey*, *Der Standard* 2019/25/01.

²²³ Vgl. *Tonner*, *Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen*, *VuR* 2019, S. 371.

²²⁴ Vgl. *Aydin*, *New Rules for Digital Content & Sale Of Goods*, *Mondaq Business Briefing*, Sept. 2019

weiterhin uneinheitlich geregelt. Zu nennen sind schließlich die Herausforderungen bezüglich personenbezogener Daten und die Tatsache, dass die Richtlinie nur für das B2C-Verhältnis zwingend umzusetzen ist. Zusätzliche Fragen werden sicherlich aufwerfen, insbesondere zur Definition von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen sowie zur Abgrenzung mit der Warenkauf-Richtlinie bei Waren mit digitalen Elementen.

Was die neue Richtlinie für Verbraucher und Unternehmer bedeutet und welche Auswirkungen auf den Markt sich ergeben wird, wird jedoch die Zukunft zeigen. Langfristig können jedenfalls die Lücken und Defizite Tore öffnen, weil die zahlreichen Optionen und Öffnungsklauseln für die nationalen Gesetzgeber eine Gelegenheit darstellen, die wesentlichen Mängel der geltenden Gesetze zu beseitigen bzw die Notwendigkeit zusätzlicher Anpassungen des EU-Vertragsrechts zu begründen²²⁵.

Die neue Rechtsrahmen finden nämlich erst ab 1.1.2022 Anwendung und bleibt es geduldig abzuwarten, wie die Mitgliedstaaten die neuen Regelungen in das nationale Recht einfügen werden. Die Umsetzung der Richtlinie in ein gesondertes Gesetz würde die künftige Rechtsprechung des EuGHs und die anschließende Aktualisierung der für den digitalen Inhalt oder digitalen Dienstleistungen relevanten Vorgaben transparenter und wirksamer machen.

Bis 2022 können wir lediglich warten, mit der Hoffnung, dass die nationalen Gesetzgeber bereits in der Auslegungs- und Anwendungsphase der Vorschriften einen gemeinsamen Denkansatz verfolgen werden. Die Umsetzung der Richtlinie in die innerstaatlichen Rechtsordnungen wird jedenfalls in der Praxis herausfordernd und nicht nur wegen der Komplexität des Themas und der an den Mitgliedstaaten überlassenen Spielräume.

Das (Verbraucher-)Recht hat sich im digitalen Binnenmarkt dynamisch entwickelt - trotz EU-Wahlen, Änderungen der EU-Kommission, BREXIT und COVID-19 - und wird es auch weiterhin tun. Ein im Juni 2024 geplanter Evaluierungsbericht soll zeigen, ob die Erwartungen zur Anwendung der Digital-Richtlinie erfüllt wurden. Dieser Bericht soll zunächst prüfen, ob Gegenleistungen in Form von Werbung (die derzeit nicht erfasst sind) einbezogen werden sollten²²⁶. Auf jeden Fall werden die kommenden Jahre für das EU-Recht sehr interessant, wobei wesentliche Änderungen in der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten erwartet sind.

Zum Zeitpunkt dieser Masterthesis ist mittlerweile noch ein COVID-19-Lockdown vorüber, dahingegen die Krise sicherlich nicht. Die langfristigen Auswirkungen der Pandemie könnten die Umsetzung des EU-Rechts in nationales Recht beeinflussen und weitere Gesetzesänderungen schneller als in einigen Fällen erwartet rechtfertigen.

²²⁵ Schulze, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2019, S. 695 (721 ff.).

²²⁶ Staudegger, jusIT 2019/62, 173.

Noch ein Jahr ist auch zu Ende. Wir haben im privaten, beruflichen, politischen und wirtschaftlichen Umfeld Veränderungen erlebt, die wir uns bis vor kurzem nicht vorstellen konnten. Mit Spannung bleibt zu erwarten, was 2021 bringt.

Literaturverzeichnis

- Aydin*, "New Rules for Digital Content & Sale Of Goods", *Mondaq Business Briefing*, Sept. 2019
- Aydin*, "New Rules for Digital Content & Sale Of Goods (Legal Insight 2 In A Series Of 5)", *Mondaq Business Briefing*, 25 Oct. 2019
- Aydin*, "New Rules For Digital Content & Sale Of Goods (Legal Insight 3 In A Series Of 5)", *Mondaq Business Briefing*, 25 Oct. 2019
- Bach*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, S. 1705
- Camardi*, Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali, in Giust. Civ., 2019, S. 502
- Cap*, Richtlinienentwurf zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte, Zak 2016, Heft 9, S. 164
- Cap/Stabentheiner*, Neues aus Europa zum Vertragsrecht: Die verbrauchervertragsrechtlichen Vorschläge im Rahmen der digitalen Binnenmarktstrategie, wbl 2016, Heft 4, S. 177
- Capilli*, Verso l'unificazione (salvo deroghe) della disciplina della vendita di beni e servizi digitali: le direttive 2019/770/UE e 2019/771/UE, in <https://dirittodiinternet.it>
- Carvalho*, Sale of goods and supply of digital content and digital services – Overview of directives 2019/770 and 2019/771 (*Working Paper Version – The final version will be published in Issue 5/2019 of EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*)
- Cauffman*, New EU rules on business-to consumer and platform-to business relationships, MJ 2019/08, S. 19
- D'Amico*, La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014, Padova, Cedam, 2015.
- De Franceschi*, La circolazione dei dati personali nella proposta di Direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali in *Mantelero/Poletti*, Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna, Pisa University Press, 2018
- De Franceschi*, Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten: Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung?, in Schmidt-Kessel/Kramme, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017, S. 119.
- Di Vita/Mezzetti*, Disciplina dei contenuti digitali: dalla casistica nazionale alle Direttive Ue, in <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/contenuti-digitali-la-loro-disciplina-dallantitrust-alle-direttive-ue/>
- Donnelly / White*, Digital content and consumer protection: An empirical study of supplier compliance with consumer information obligations, computer law & security review 35 (2019)
- Eberhard*, Vertragsverletzungsverfahren und Richtlinienumsetzung: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung? ZfV 2020/25, S. 237
- Ehle/Kreß*, Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienste gegenüber Verbrauchern - Subjektiv-Objektiver Mangelbegriff, Aktualisierungspflicht und Änderungsbefugnis, CR 11/2019, S. 723.
- Faber*, Bereitstellung und Mangelbegriff, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 63
- Faber*, Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil I), VbR 2020/01, S. 4
- Faber*, Richtlinienvorschlag über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, jusIT 2016, Heft 5, S. 175

Faber, Bereitstellungspflicht, Mangelbegriff und Beweislast im Richtlinienvorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 (2016), S. 105

Frey, EU verschärft das Verbraucherrecht, *Der Standard* 2019/25/01

John, Aufsichtsrechtliche Implikationen der COVID-19-Krise und Maßnahmen der Aufsichtsbehörden, *ÖBA* 7/20, S. 479.

Kern, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 43

Kern, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (Die Warenkauf- und die Digitale Inhalte-RL), *VbR* 2019/05, S. 164

Kern/Maier, Die neue Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, *Zak* 2019/384, S. 208

Kern/Maier, Die neue Warenkauf-Richtlinie, *Zak* 2019/383, Heft 11, S. 204

Kodek/Leupold, Gewährleistung NEU (2019)

Kogler, Geltendmachung von Gestaltungsrechten, *JBI* 2019, Heft 7, S. 420

König, Neue EU-Regeln für Kaufverträge über Waren und digitale Inhalte, *Österreichisches Anwaltsblatt* von 07.08.2019, 2019/190, S. 437

Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, Rethinking EU Consumer Law (Routledge 2018), S. 186.

Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Wieser, Die Verwirklichung des Binnenmarktes als Daueraufgabe oder "The Show must go on", *ZfV* 2016, Heft 4, S. 432

Leupold, Auf halbem Weg ist auch nicht am Ziel, *VbR* 2019/125, S. 194

Leupold, 40 Jahre KSchG und ein neues Verbrauchervertragsrecht, *VbR* 2019/75, S. 141

Lindenbauer, Das neue Gewährleistungsrecht, *ecolex* 2020, S. 97

Lindenbauer, Gewährleistung beim Unternehmenskauf (2019), S. 55

Loos, Not Good but Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content, 2018

Mańko/Tereszkiewicz, Digitale Inhalte Nach Britischem Consumer Rights Act 2015 Unter Dem Eindruck Des Brexit, in *Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel*, *Brexit Und Die Juristischen Folgen*, *Nomos*, 2016, 279

Mastrorilli, Dispense di diritto privato dei consumi. Estratto da *Mastrorilli*, Contrattazione a distanza. Disciplina consumeristica e di settore, *Progedit*, 2011.

Metzger, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, *JZ* 2019, S. 577

Ostendorf, Geplanter neuer Rechtsrahmen für Online-Warenhandel und Bereitstellung digitaler Inhalte im Europäischen Binnenmarkt, *ZRP* 2016, S. 69

Parapatits/Stabentheiner, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Beweislast und das System der Abhilfen, *ÖJZ* 2020/15, S. 101

Parapatits/Stabentheiner, Ausgewählte Fragen zum neuen europäischen Gewährleistungsrecht – Vertragskonformität, Fristen, Geltendmachung, *ÖJZ* 2019/126, S. 1041

Parapatits/Stabentheiner, Neues europäisches Gewährleistungsrecht: die jeweiligen Rechtsfolgen aus der Inanspruchnahme der einzelnen Gewährleistungsbehelfe, *Zak* 2020/6, S. 5

Rabl, Recht smart1.02: (Rechtlich) Scheitern an der Selbstbedienungskasse, *ecolex* 2019, S. 121.

Rabl, Recht smart 1.07: Das europäische Gespenst „Objektivität“ der RL 2019/770, *ecolex* 2019, S. 580

Rabl, Recht smart 1.10: „Bereitstellen digitaler Inhalte“ – Bringen, holen und das sofort?, *ecolex* 2019, S. 856

Reich, Von der Minimal- zur Voll- zur "Halbharmonisierung". Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten, *ZEuP* 2010, S. 7

Resta/Zeno-Zencovich, Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, S. 411

Resta, I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679, in *Annuario del Contratto* 2018

Sattler, Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter, *CR* 2020, S. 145

Schmidt-Kessel/Grimm, Unentgeltlich oder entgeltlich? - Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, *ZfPW* 2017, S. 84

Schmitt, Gewährleistung für digitale Inhalte – neuer Vorschlag, alte Probleme, in *Staudegger/Thiele* Jahrbuch 2017, S. 278

Sein/Spindler, The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1, *ERCL* 2019; S. 257

Spindler/Sein, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen, *MMR* 2019, S. 415

Schulze, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, *ZEuP* 2019, S. 695

Schulze, Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law, in *De Franceschi*, *European Contract Law and the Digital Single Market* (2016)

Stabentheiner, Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019)

Stabentheiner, Neues zur Gewährleistung aus Europa – und ein durchwachsendes Resümee, *RdW* 2019, S. 577

Stabentheiner, Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, *Das neue europäische Gewährleistungsrecht* (2019), S. 25

Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, *Das neue europäische Gewährleistungsrecht* (2019)

Staudegger, Die Realisierung des Digitalen Binnenmarkts – aktuelle Entwicklungen des IT-Rechts im Überblick, *jusIT* 2019/62, S. 173

Staudegger, Rechtsfragen des Systemerwerbs, in *Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), *IT-Recht*, 2020

Staudenmeyer, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, *ZEuP* 2019, S. 663

Staudenmeyer, Digitale Verträge - Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission, *ZEuP* 2016, S. 801

Thobani, I requisiti del consenso al trattamento die dati personali, 2016, S. 56

Wendehorst/Zöchling-Jud, Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinien-vorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 (2016)

Tonner, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, *VuR* 2019, S. 371.

Zöchling-Jud, Die Richtlinienvorschläge der Kommission über digitale Inhalte und Fernabsatzkaufverträge aus österreichischer Sicht, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 (2016)

Groß EU-Richtlinie "Gefahr für Onlinehändler", e-tailment von 11. April 2011 in <https://etailment.de/news/stories/EU-Richtlinie-Gefahr-fuer-Onlinehaendler-12308>