

Ein neues europäisches Gewährleistungsrecht für Waren, digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen

Cornelia Kern

I. Einleitung

Am 11.6.2019 traten die neue Warenkauf-RL (WK-RL)¹ und die RL über digitale Inhalte und Dienstleistungen (DIDL-RL)² in Kraft. Die beiden neuen EU-RL, die nach jahrelangen Verhandlungen³ im Frühjahr 2019 vom Europäischen Parlament (EP)⁴ und Rat⁵ beschlossen wurden, sollen das bestehende Gewährleistungsrecht nach der Verbrauchsgüterkauf-RL (VGK-RL)⁶ modernisieren und an die Anforderungen des digitalen Zeitalters anpassen. Die Mitgliedstaaten haben nun bis zum 1.7.2021 Zeit, die beiden RL ins nationale Recht umzusetzen, bevor sie ab 1.1.2022 zur Anwendung kommen werden.⁷

Dieser Beitrag soll die beiden RL und die wichtigsten Neuerungen und Änderungen, die sie für das Gewährleistungsrecht bringen, nicht nur kurz vorstellen, sondern auch einen ersten kritischen Blick aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht auf sie werfen.

-
- 1 RL 2019/771/EU des Europäischen Parlaments (EP) und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl L 2019/136, 28.
 - 2 RL 2019/770/EU des EP und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl L 2019/136, 1.
 - 3 Die ursprünglichen Kommissionsvorschläge für die beiden RL stammen bereits aus dem Jahr 2015 und waren Teil der Strategie für den digitalen Binnenmarkt (COM(2015) 192 final vom 6.5.2015): COM(2015) 634 final und COM(2015) 635 final vom 9.12.2015.
 - 4 Siehe dazu das EP-Dokument P8_TA-PROV(2019)0233 vom 26.3.2019 für die WK-RL und das EP-Dokument P8_TA-PROV(2019)0232 vom 26.3.2019 für die DIDL-RL.
 - 5 Siehe dazu das Ratsdokument ST 8615/19 vom 16.4.2019 für die WK-RL und das Ratsdokument ST 8614/19 vom 16.4.2019 für die DIDL-RL. Die RL wurden dabei jeweils mit 27 Stimmen bei Enthaltung des Vereinigten Königreichs angenommen.
 - 6 RL 1999/44/EG des EP und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12.
 - 7 Art 24 Abs 1 WK-RL sowie Art 24 Abs 1 DIDL-RL.

II. Hintergrund und Genese der WK- und DIDL-RL

Bevor auf die inhaltlichen Neuerungen der WK-RL und DIDL-RL eingegangen werden wird, soll vorab ein kurzer Blick auf die Genese der WK- und DIDL-RL geworfen werden. Denn gerade die Entwicklungsgeschichte der RL ist es, die viele der Ungereimtheiten, die sich auch noch in den verabschiedeten Richtlinien-texten finden, erklären und dabei wichtige Hilfestellungen für Überlegungen bei der Umsetzung bieten kann.

Die Vorschläge für die WK-RL⁸ und die DIDL-RL⁹ legte die Kommission bereits am 9.12.2015 im Rahmen ihrer Strategie für den digitalen Binnenmarkt¹⁰ vor. Die Überlegungen zu einer Reform und weiteren Vereinheitlichung des europäischen Gewährleistungsrechts im Vergleich zur bloß mindestharmonisierenden¹¹ VGK-RL begannen jedoch schon früher¹²: Bereits der Kommissionsvorschlag¹³ zur Verbraucherrechte-RL (VR-RL) enthielt einen Abschnitt über ein vereinheitlichtes Gewährleistungsrecht, der jedoch im Zuge der Verhandlungen gestrichen wurde.¹⁴ Mit dem Projekt eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts¹⁵ nahm die Kommission einen weiteren Anlauf, um das Gewährleistungsrecht und andere Aspekte des Kaufrechts zu harmonisieren, konnte aber ebenso keine Zustimmung bei den europäischen Gesetzgebern finden.¹⁶ Erst

8 COM(2015) 635 final vom 9.12.2015.

9 COM(2015) 634 final vom 9.12.2015.

10 COM(2015) 192 final vom 6.5.2015.

11 Art 1 Abs 1 VGK-RL.

12 Siehe hierzu näher etwa *Stabentheiner*, Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und Dienstleistungen (2019) 1* (2 ff); *Tamm/Tonner*, *Vom Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Kaufrecht im Rahmen des digitalen Binnenmarktes*, EWS 2015, 241.

13 Siehe die Art 24 ff im Dokument COM(2008) 614 final vom 8.10.2008.

14 Siehe die verabschiedete VR-RL (RL 2011/83/EU des EP und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des EP und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des EP und des Rates, ABl L 2011/304, 64), in der sich die entsprechenden Bestimmungen nicht mehr finden. Vgl dazu auch etwa *Stabentheiner/Cap*, *Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, „klassisches“ Verbraucherschutzrecht*, ÖJZ 2011, 1045 (1046).

15 COM(2011) 635 final vom 11.10.2011. Siehe dazu näher etwa die Sammelbände *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts* (2012) und *Schmidt-Kessel* (Hrsg), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?* (2012).

16 Der Vorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht wurde schließlich zu den beiden Vorschlägen für die in diesem Beitrag behandelten RL überarbeitet. Siehe COM(2015) 192 final, 5 vom 6.5.2015.

dem Vorschlag zweier getrennter, weniger weitreichender RL im Rahmen der Strategie für den digitalen Binnenmarkt¹⁷ war schließlich Erfolg beschieden, wie das Ergebnis zeigt.¹⁸ Der Vorschlag für die spätere WK-RL war dabei anfangs auf den bloßen Online-Handel beschränkt, während der herkömmliche „Offline“-Handel in den Geschäften weiterhin der VGK-RL unterliegen sollte.¹⁹

Die von der Kommission vorgeschlagene Einschränkung des Anwendungsbereichs der neuen RL auf den Online-Handel hätte allerdings zu einer Zersplitterung des Gewährleistungsrechts und einer Parallelität von drei unterschiedlichen RL (VGK-RL, DIDL-RL und Online-WK-RL) geführt und wurde daher zu Recht von Anfang an von den europäischen Gesetzgebern²⁰ – wie im Übrigen auch von der Lehre²¹ – kritisiert. Dieser zu eng abgesteckte Anwendungsbereich war einer der zentralen Gründe, der die Verhandlungen über die WK-RL und damit über das ganze Paket von Anfang an verzögerte.

Aufgrund der Kritik am Anwendungsbereich des Kommissionsvorschlags zu einer RL über den Online-Warenhandel richtete sich der Fokus in den Verhandlungen zuerst stärker auf die DIDL-RL.²² Die Verhandlungen in diesem Dossier schritten folglich anfangs auch vielversprechender voran, sodass im Rat bereits im Juni 2017 unter maltesischem Vorsitz eine Allgemeine Ausrichtung zur DIDL-RL erzielt werden konnte.²³ Die anhaltenden Diskussionen über den Umfang des Anwendungsbereichs der (Online-)WK-RL schwappten letztlich aber auch auf die DIDL-RL über. So war zwar im Rat im Juni 2017 eine erste Einigung zu diesem Dossier erzielt worden, da das EP aber befürchtete,

17 Siehe COM(2015) 192 final vom 6.5.2015.

18 Vgl hierzu auch *Lurger*, Anwendungsbereich und kaufvertragliche Ausrichtung der DIRL- und FWRL-Entwürfe, in Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 (2016) 19 (24 ff), die betont, dass sich die Mitgliedstaaten von neuen Unionsregeln zum Vertragsrecht wohl nur überzeugen ließen, wenn sie darin einen eindeutigen Vorteil erblickten. Ein solcher Vorteil lag im letztlich vorgelegten Paket über das neue Gewährleistungsrecht vor allem in den notwendigen Regelungen zur Digitalisierung.

19 COM(2015) 635 final vom 9.12.2015.

20 Siehe dazu die Nachweise bei COM(2017) 637, final, 2 f vom 31.10.2017.

21 Siehe für Österreich etwa *Lurger* in Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht 19 ff; *Zöchling-Jud*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission über digitale Inhalte und Fernabsatzverträge aus österreichischer Sicht (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015 (2016) 1 (8 ff); *Cap*, Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, *Zak* 2016, 124.

22 Siehe dazu bspw das Ratsdokument ST 9768/16 vom 2.6.2016 über die Orientierungsaussprache zur damals noch „Online“-WK-RL des Rates am Ende des niederländischen Ratsvorsitzes im ersten Semester 2016.

23 Siehe dazu Ratsdokument ST 9901/17 ADD 1 vom 1.6.2017 und S 5 das Ratsdokument 10136/17 über die Sitzung des Rates am 8. und 9.6.2017, in der die Allgemeine Ausrichtung beschlossen wurde.

dass bei einem weiteren Fortschritt der Verhandlungen zur DIDL-RL die (Online-)WK-RL auf der Strecke bleiben könnte, verzögerten sich die internen Verhandlungen im EP zur Festlegung seines eigenen Standpunkts zur DIDL-RL. Hinter diesem Zögern stand auch ein zentraler Streitpunkt zwischen dem EP und dem Rat, der in den Verhandlungen über die beiden Dossiers lange Zeit eine wichtige Rolle einnehmen sollte.²⁴ Während das EP in der DIDL-RL nämlich sämtliche digitale Inhalte und Dienstleistungen geregelt wissen wollte, inklusive jenen digitalen Inhalten, die wie bei sogenannten „smart goods“ in einer Ware integriert sind,²⁵ hatte der Rat in seiner Allgemeinen Ausrichtung zur DIDL-RL den Standpunkt eingenommen, dass solche eingebetteten oder integrierten digitalen Inhalte vom Anwendungsbereich der DIDL-RL ausgeschlossen sein sollten,²⁶ da man sie im Rat lieber gemeinsam mit den Waren geregelt wissen wollte.²⁷

Das EP hatte vor diesem Hintergrund auch die Befürchtung, dass die integrierten digitalen Inhalte letztlich auf europäischer Ebene ungeregt bleiben könnten, sollte sich der Standpunkt des Rates bei den interinstitutionellen Verhandlungen zur DIDL-RL durchsetzen und dann aber die Verhandlungen zur (Online-)WK-RL nicht mehr rechtzeitig vor Ende der Legislaturperiode des EP abgeschlossen werden können. Aus diesem Grund legte das EP seine Ansicht zur DIDL-RL erst fest, als auch die große Streitfrage zur WK-RL über den Umfang des Anwendungsbereichs geklärt war: Im Oktober 2017 präsentierte die Kommission hier einen abgeänderten Vorschlag²⁸, nach dem der Anwendungsbereich nicht mehr auf den Online-Warenhandel beschränkt war, sondern auf den gesamten Warenhandel ausgedehnt wurde, mit dem Ziel die VGK-RL zur Gänze zu ersetzen. Damit kamen die Verhandlungen zur WK-RL im Rat wieder ins Rollen und das EP legte seinen Bericht zur DIDL-RL²⁹ Ende November 2017 vor, sodass auch die Verhandlungen zwischen EP und Rat zur DIDL-RL endlich beginnen konnten (sogenannter informeller Trilog).

24 Siehe dazu näher *Kern*, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL, in Stabenheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und Dienstleistungen (2019) 33 (43 ff).

25 Siehe dazu den späteren Standpunkt des EP zur DIDL-RL in den einleitenden Bemerkungen im EP-Bericht A8-0375/2017 vom 27.11.2017, wie auch noch später Art 2a Abs 3 WK-RL im Bericht A8-0043/2018 vom 27.2.2018 zur WK-RL.

26 Siehe dazu Art 3 Abs 3a DIDL-RL nach der Allgemeinen Ausrichtung des Rates (Ratsdokument ST 9901/17 vom 1.6.2017).

27 So auch später Art 2a Abs 2 WK-RL nach der Allgemeinen Ausrichtung des Rates (Ratsdokument ST 14951/18 INIT vom 3.12.2018).

28 COM(2017) 637 final vom 31.10.2017.

29 EP-Bericht A8-0357/2017 zur DIDL-RL vom 27.11.2017.

Das EP schloss bereits wenige Monate später im Februar 2018 auch seine internen Verhandlungen zum geänderten Vorschlag über die WK-RL ab.³⁰ Die internen Verhandlungen im Rat zogen sich dagegen bis Dezember 2018, als es schließlich unter österreichischem Ratsvorsitz wenige Monate vor Ende der Legislaturperiode des EP gelang, eine Allgemeine Ausrichtung zur WK-RL zu erzielen.³¹ Zu diesem Zeitpunkt waren die interinstitutionellen Verhandlungen über die DIDL-RL bereits sehr fortgeschritten. Eine endgültige politische Einigung konnte aber bei der DIDL-RL erst erzielt werden, als auch politischer Konsens zwischen den beiden EU-Gesetzgebern zur WK-RL Ende Jänner 2019 gefunden wurde.³² Am 26.3.2019 wurden die beiden RL schließlich formell vom EP beschlossen³³ und dann im Anschluss am 15.4.2019 auch vom Rat³⁴.

III. Anwendungsbereiche der WK-RL und der DIDL-RL

A. WK-RL

Der Anwendungsbereich der WK-RL deckt sich im Wesentlichen mit jenem ihrer Vorgängerrichtlinie, der VGK-RL.³⁵ Dies gilt sowohl für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der RL als auch für die Ausnahmen vom Anwendungsbereich³⁶. Die WK-RL gilt wie die VGK-RL³⁷ für Kaufverträge zwischen Unternehmer/innen und Verbraucher/innen über Waren.³⁸ Als Kaufverträge gelten dabei auch Verträge über Waren, die noch herzustellen oder zu erzeugen

30 EP-Bericht A8-0043/2018 zur WK-RL vom 27.2.2018.

31 Siehe das Ratsdokument ST 14951/18 INIT vom 3.12.2018 sowie S 14 des Ratsdokuments ST 15252/18 über die Sitzung des Rates am 6. und 7.12.2018.

32 Siehe dazu die Pressemitteilung des Rates auf <https://www.consilium.europa.eu/de/press/pressreleases/2019/01/29/council-and-parliament-agree-on-new-rules-for-contracts-for-the-sales-of-goods-and-digital-content/> (abgerufen am 28.10.2019).

33 Siehe dazu die EP-Dokumente P8_TA-PROV(2019)0232 und P8_TA-PROV(2019)0233 jeweils vom 26.3.2019.

34 Siehe dazu die Ratsdokumente ST 8615/19 vom 16.4.2019 zur WK-RL und ST 8614/19 vom 16.4.2019 zur DIDL-RL. Beide RL wurde mit den Stimmen von 27 Mitgliedstaaten bei Enthaltung des Vereinigten Königreichs angenommen.

35 Vgl ausführlich zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden im Anwendungsbereich *Kern* in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Gewährleistungsrecht 34 ff.

36 So finden sich in der WK-RL wie schon in der VGK-RL etwa eine Ausnahme vom Anwendungsbereich für Waren, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden (Art 3 Abs 4 lit b WK-RL, Art 1 Abs 2 lit b VGK-RL) und die Möglichkeit für Mitgliedstaaten, gebrauchte Waren, die in öffentlichen Versteigerungen verkauft werden vom Anwendungsbereich auszunehmen (Art 3 Abs 5 lit a WK-RL, Art 3 Abs 3 VGK-RL).

37 Art 1 Abs 1 iVm Abs 2 lit c VGK-RL.

38 Art 3 Abs 1 iVm Art 2 Z1 und 3 WK-RL.

sind.³⁹ Unter den Warenbegriff der WK-RL – nach der Terminologie der VGK-RL hieß es noch „Verbrauchsgüter“⁴⁰ – fallen zum einen körperliche bewegliche Gegenstände und zum anderen Wasser, Gas und Strom, wenn sie in einem begrenzten Volumen oder einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden. Ebenso fallen unter den Warenbegriff – und dies ist natürlich eine Neuerung gegenüber der VGK-RL – sogenannte „Waren mit digitalen Elementen“, also Waren, die digitale Inhalte oder Dienstleistungen auf eine Weise enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Ware ihre Funktionen ohne diese digitalen Elemente nicht erfüllen kann. Zu diesen zählen allen voran die auch unter dem Begriff „smart goods“ bekannten Waren (zB Smartphones, intelligente Fitness-armbanduhren oder diverse „smarte“ Haushaltsgeräte).⁴¹

Die Erstreckung des Anwendungsbereichs der WK-RL auf Waren mit digitalen Elementen ist nicht nur eine zentrale Neuerung gegenüber der VGK-RL, in diesem Punkt stellt sich auch die Frage nach der Abgrenzung zwischen WK-RL und DIDL-RL. Wie sich in Art 3 Abs 3 WK-RL zeigt, soll die RL bei diesen Waren mit digitalen Elementen nämlich nicht nur für die Hardware der Ware gelten, sondern auch für all jene digitalen Inhalte und Dienstleistungen, die in diesen Waren enthalten sind oder mit ihnen verbunden sind und „gemäß dem Kaufvertrag“ bereitgestellt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte und Dienstleistungen dabei von der Verkäuferin bzw dem Verkäufer oder einem Dritten bereitgestellt werden.⁴² Ebenso unerheblich soll es zudem sein, ob die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen bereits vorinstalliert sind oder erst später heruntergeladen und installiert oder sogar auf einem anderen Gerät als der Ware mit digitalen Elementen installiert werden müssen.⁴³ Ein Bsp für Letzteres wäre eine smarte Ware (zB eine smarte Actionkamera), die über eine Anwendung („App“) zu bedienen ist, die man auf ein Smartphone lädt. Das Smartphone wäre in diesem Fall das „andere“ Gerät.

Die WK-RL soll aber nicht für sämtliche digitale Inhalte und Dienstleistungen gelten, die in einer Ware enthalten oder mit ihr verbunden sind. Wie aus den Abgrenzungsregeln⁴⁴ hervorgeht, die sich spiegelbildlich in der

39 Art 3 Abs 2 WKRL. Ebenso bereits Art 1 Abs 4 VGK-RL.

40 Art 1 Abs 2 lit b VGK-RL.

41 Art 2 Z 5 WK-RL.

42 Hier zeigt sich, dass sich im oben erwähnten Streitpunkt zwischen EP und Rat über den Regelungsort der eingebetteten digitalen Inhalte und Dienstleistungen letztlich der Rat durchsetzte. Die Regelung, die auch in die verabschiedeten RL Eingang gefunden hat, stammt aus der Allgemeinen Ausrichtung des Rates zur WK-RL: Art 2 lit e sublit ii iVm Art 2a Abs 2 sowie ErwGr 11b ff im Ratsdokument ST 14951/18 vom 3.12.2018.

43 Siehe ErwGr 15 WK-RL bzw 21 DIDL-RL.

44 Siehe dazu neben Art 2 Z 5 lit b und Art 3 Abs 3 WK-RL auch die ErwGr 13 ff WK-RL. Vgl ausführlich zur Abgrenzungssystematik Kern in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Gewährleistungsrecht 45 ff.

DIDL-RL⁴⁵ finden, soll nämlich die DIDL-RL immer dann zur Anwendung kommen, wenn digitale Inhalte oder Dienstleistungen nach einem vom Kaufvertrag unabhängigen Vertrag bereitgestellt werden. Als gemäß dem Kaufvertrag bereitgestellt gelten die digitalen Elemente nach ErwGr 15 f WK-RL⁴⁶ dabei jedenfalls dann, wenn ihre Bereitstellung ausdrücklich vereinbart ist, aber ebenso, wenn bei Waren gleicher Art üblicherweise die Bereitstellung solcher digitalen Inhalte oder Dienstleistungen enthalten ist. Bei Letzterem sind neben der Art und Beschaffenheit der Ware auch öffentliche Erklärungen der Verkäuferin bzw des Verkäufers und anderer Personen in der Vertriebskette zu berücksichtigen. Bestehen dennoch Zweifel, ob digitale Elemente in einem Fall gemäß dem Kaufvertrag bereitgestellt werden, so wird nach Art 3 Abs 3 WK-RL⁴⁷ vermutet, dass ihre Bereitstellung vom Kaufvertrag umfasst ist. Im Zweifel unterliegen digitale Inhalte und Dienstleistungen bei Waren mit digitalen Elementen daher dem Anwendungsbereich der WK-RL und nicht jenem der DIDL-RL. Um Zweifelsfälle möglichst zu vermeiden, geben die beiden RL in ihren ErwGr⁴⁸ einige Abgrenzungsbeispiele⁴⁹: Im Fall eines Smartphones würde etwa – in der Regel – das Betriebssystem oder eine Wecker- oder Kamera-App der WK-RL unterliegen, während eine Spielanwendung, die man im App-Store findet, üblicherweise der DIDL-RL unterliegen würde.

B. DIDL-RL

Die DIDL-RL umfasst nach ihrem Anwendungsbereich⁵⁰ Fälle, die bisher nicht vom unionsrechtlichen Gewährleistungsrecht nach der VGK-RL⁵¹ erfasst wurden. Die RL gilt für Verträge zwischen Unternehmer/innen und Verbraucher/

45 Art 2 Z 3, Art 3 Abs 4 und ErwGr 20 ff DIDL-RL.

46 Siehe ebenso ErwGr 21 f DIDL-RL.

47 Siehe spiegelbildlich Art 3 Abs 4 DIDL-RL.

48 ErwGr 15 f WK-RL, ErwGr 21 f DIDL-RL.

49 Zu weiteren Abgrenzungsbeispielen siehe etwa *Kern* in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), *Das neue Gewährleistungsrecht* 47 ff.

50 Zu den Ausnahmen vom Anwendungsbereich siehe ausführlich *Kern* in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), *Das neue Gewährleistungsrecht* 41 f.

51 Wie oben erwähnt galt die VGK-RL nach ihrem Art 1 Abs 1 nur für Kaufverträge über Verbrauchsgüter. Unter den Begriff der Verbrauchsgüter nach Art 1 Abs 2 lit b fielen dabei nur körperliche bewegliche Gegenstände und unter bestimmten Voraussetzung Wasser und Gas sowie Strom. Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen waren daher nicht vom Regelungsbereich erfasst. Vom in Umsetzung der VGK-RL erlassenen nationalen Gewährleistungsrecht konnten Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen dagegen auch schon bisher erfasst sein: so etwa für Österreich *Zöchling-Jud* in Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), *Ein neues Vertragsrecht* 11.

innen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen,⁵² inklusive jenen Fällen, in denen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nach den Spezifikationen der Verbraucherin bzw des Verbrauchers entwickelt werden.⁵³ Die DIDL-RL gilt dabei natürlich auch in den oben erörterten Fällen, in denen digitale Inhalte oder Dienstleistungen zwar in einer Ware mit digitalen Elementen enthalten sind oder mit ihr verbunden sind, aber nicht gemäß dem Kaufvertrag über die Ware, sondern nach einem separaten Vertrag bereitgestellt werden.⁵⁴

Digitale Inhalte sind nach der Definition der DIDL-RL Daten in digitaler Form und umfassen etwa Fotos, Musik oder Videodateien, ebenso wie E-Books oder verschiedene Computerprogramme oder Smartphone-Apps.⁵⁵ Digitale Dienstleistungen sind dagegen Dienstleistungen, die es den Verbraucherinnen bzw Verbrauchern ermöglichen, solche digitalen Inhalte zu erstellen, verarbeiten oder speichern oder Zugang zu solchen digitalen Inhalt ermöglichen, sowie Dienstleistungen, die eine gemeinsame Nutzung oder sonstige Interaktion mit solchen digitalen Inhalten zwischen mehreren NutzerInnen ermöglichen. Hierunter fallen etwa Social Media- oder Cloudspeicher-Dienste, ebenso wie viele Computerprogramme (insb, wenn sie in einer Cloud-Umgebung angeboten werden).⁵⁶

Erfasst sind dabei von der DIDL-RL nicht nur Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen, bei denen die Verbraucher/innen einen Preis zahlen, sondern auch – und dies stellt ein echtes Novum dar – Verträge, bei denen die Gegenleistungen der Verbraucher/innen in der Bereitstellung personenbezogener Daten⁵⁷ besteht.⁵⁸ Derartige Fälle werden

52 Art 3 Abs 1 DIDL-RL. Die Qualifikation dieses Vertragstypus nach nationalem Recht bleibt dabei den Mitgliedstaaten überlassen. Zumeist wird es sich um Verträge mit Elementen verschiedener Vertragstypen handeln: Siehe dazu etwa *Metzger*, Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen, JZ 2019, 577 (585) oder *Lurger* in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht 37 f und *Zöchling-Jud* in *Forgó/Zöchling-Jud*, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter, 20. ÖJT Band II/1 (2018) 173.

53 Art 3 Abs 2 DIDL-RL.

54 Siehe dazu Art 2 Z 3 und Art 3 Abs 4 sowie ErwGr 21 ff DIDL-RL. Siehe Näheres unter Punkt III.A.

55 Siehe dazu die Definition in Art 2 Z 1 DIDL-RL und die Bsp in ErwGr 19 DIDL-RL. Digitale Inhalte sind nach Art 3 Abs 3 DIDL-RL auch erfasst, wenn sie auf einem körperlichen Datenträger zur Verfügung gestellt werden, der ausschließlich als Träger dieser Daten dient.

56 Siehe dazu die Definiton in Art 2 Z 2 DIDL-RL und die Bsp in ErwGr 19 DIDL-RL.

57 Der Begriff der personenbezogenen Daten richtet sich nach der DSGVO (VO (EU) 2016/679 des EP und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)), auf deren Art 4 Z 1 die DIDL-RL in Art 2 Z 8 verweist.

58 Art 3 Abs 1 DIDL-RL.

im nationalen Recht der Mitgliedstaaten zumindest nicht im herkömmlichen Sinn als entgeltliche Verträge angesehen und lassen entsprechend die Verbraucher/innen ohne gewährleistungsrechtlichen Schutz bei Schlechterfüllung.⁵⁹ Da gerade in der digitalen Welt die „Bezahlung“⁶⁰ mit personenbezogenen Daten aber zunehmend an Bedeutung gewinnt, ist die Erfassung dieser Fälle vom neuen EU-Gewährleistungsrecht ein großer Schritt für den Verbraucherschutz.

Eine Gegenleistung der Verbraucher/innen in Form der Bereitstellung personenbezogener Daten liegt im Sinne der DIDL-RL natürlich nur dann vor, wenn die Verarbeitung dieser Daten durch das Unternehmen nicht ausschließlich zur Einhaltung rechtlicher Anforderungen erfolgt oder ausschließlich zu dem Zweck, dass das Unternehmen seine eigene Leistung, also die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen erfüllen kann.⁶¹

C. Bewertung aus Sicht des Verbraucherschutzes

Aus Sicht des Verbraucherschutzes ist die Anpassung des europäischen Gewährleistungsrechts an die zunehmende Digitalisierung natürlich ein großer Gewinn. So ist nicht nur die DIDL-RL als neuer vereinheitlichter Rechtsrahmen für die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen zu begrüßen, sondern auch besonders, wie bereits oben erwähnt, die Erfassung von Verträgen, bei denen die Gegenleistung der Verbraucher/innen in der Bereitstellung personenbezogener Daten besteht.

Aus Sicht der zukünftigen Rechtsanwender/innen – und dies gilt natürlich nicht nur für Verbraucher/innen, sondern auch für die Unternehmer/innen – ist es dagegen sehr bedauerlich, dass der Unionsgesetzgeber in seinen Bemühungen zwischen einer Modernisierung des bestehenden Gewährleistungsrechts nach der VGK-RL und der Schaffung eines neuen vereinheitlichten Rechtsrahmens (insb im Bereich des Gewährleistungsrechts) für die digitale Welt zwei gesonderte RL erlassen hat. Durch die Erlassung zweier in ihrem Anwendungs-

59 Vgl dazu etwa *Cap/Stabentheiner*, Neues aus Europa zum Vertragsrecht: Die verbraucher-vertragsrechtlichen Vorschläge im Rahmen der digitalen Binnenmarktstrategie, wbl 2016, 177 (181); *Lurger* in Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht 34 f.

60 Die DIDL-RL spricht zwar nicht vom „Bezahlen“, sondern betont in ErwGr 24 vielmehr, dass der Schutz personenbezogener Daten ein Grundrecht sei und diese entsprechend keinesfalls als Ware betrachtet werden sollten. Dies ändert aber nichts daran, dass durch die Erfassung von Verträgen, bei denen die Gegenleistung der Verbraucher/innen die Bereitstellung personenbezogener Daten ist, ein neuer Typus eines entgeltlichen Vertrages geschaffen wird. Vgl hierzu auch *Metzger*, JZ 2019, 579.

61 Art 1 Abs 1 UAbs 2 DIDL-RL. ErwGr 25 DIDL-RL nennt Bsp, die in diesem Zusammenhang nicht von der DIDL-RL erfasst sein sollen. Siehe dazu auch *Kern* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Gewährleistungsrecht 39 f.

bereich getrennter RL war es notwendig eine Abgrenzungslösung bei Waren mit digitalen Elementen zu finden. Und obgleich hier die Bemühungen des europäischen Gesetzgebers zur Schaffung eines tauglichen Abgrenzungssystems durchaus anzuerkennen sind, wird die Abgrenzung in Zukunft noch viele Fragen aufwerfen. Dies gilt insb vor dem Hintergrund, dass sich die beiden RL trotz der immer wieder bekundeten Bemühungen der europäischen Gesetzgeber um weitestgehende Kohärenz⁶² zum Teil nicht nur in ihren Formulierungen voneinander unterscheiden,⁶³ sondern manchmal auch bewusst unterschiedliche Regelungen gewählt wurden.⁶⁴ In manchen Fällen sind diese Unterschiede Ergebnis des langen Ringens um einen politischen Kompromiss⁶⁵, in anderen resultieren sie aus der in Abschnitt II. geschilderten Phasenverschiebung der Verhandlungen über die beiden RL⁶⁶. Teilweise entschied sich der europäische Gesetzgeber aber auch bewusst für unterschiedliche Regelungen, da er diese als sachlich gerechtfertigt empfand.⁶⁷

62 Siehe dazu insb die einleitenden Bemerkungen zur Allgemeinen Ausrichtung des Rates (Ratsdokument ST 14951/18 INIT, 3 vom 3.12.2018). Vgl auch *Stabentheiner* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue Gewährleistungsrecht* 13.

63 Siehe bspw die sehr unterschiedlich aufgebauten und formulierten Regelungen zur Gewährleistungs- bzw Verjährungsfrist in Art 11 DIDL-RL bzw Art 10 WK-RL.

64 So etwa die verschiedenen nur in der WK-RL bestehenden Ausnahmen und Regelungsoptionen für die Mitgliedstaaten (zB zu den vices cachés und dem short term right to reject in Art 3 Abs 7 WK-RL, zur Beweislastumkehr in Art 11 Abs 2 WK-RL, zur Rügeobliegenheit in Art 12 WK-RL) oder Regeln, die sich nur in die DIDL-RL finden (zB über die Bereitstellung der digitalen Inhalte und Dienstleistungen in Art 5 DIDL-RL, über die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung in Art 13 DIDL-RL oder über die Änderung digitaler Inhalte und Dienstleistungen in Art 19 DIDL-RL).

65 Dies kann etwa für die Regelungsoptionen bei der Frist für die Beweislast in Art 11 Abs 2 WK-RL und andere Regelungsoptionen gesagt werden. Siehe dazu auch *Stabentheiner* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue Gewährleistungsrecht* 15.

66 Dies gilt vor allem für die in Formulierungen und Aufbau anders gestalteten, aber weitgehend inhaltsgleichen Regelungen, wie bspw die Bestimmungen zur Gewährleistungs- bzw Verjährungsfrist (Art 11 DIDL-RL bzw Art 10 WK-RL) aber ebenso die Regelungen zur Beweislast (Art 12 DIDL-RL bzw Art 11 WK-RL). Dass hier – unabhängig von den möglichen Intentionen des europäischen Gesetzgebers – jedenfalls die Gefahr einer unterschiedlichen Auslegung besteht, zeigt etwa die Analyse von *Zöchling-Jud*, *Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht*, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und Dienstleistungen* (2019) 197.

67 Als Bsp kann hier etwa die Mindestgewährleistungsfrist von zwei Jahren bei fortdauernder Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen genannt werden, die als digitales Element einer Ware unter die WK-RL fallen (Art 10 Abs 2 WK-RL). Die DIDL-RL stellt in diesem Fall immer auf die Dauer des Vertrages ab (Art 11 Abs 3 DIDL-RL), die WK-RL nur, wenn die Vertragsdauer länger als zwei Jahre ist. Siehe hierzu auch die unterschiedlichen Erläuterungen in den ErwGr: ErwGr 41 WK-RL bzw ErwGr 57 DIDL-RL.