

4.5.2016

Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 und COM(2015) 635 im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

Die beiden Vorschläge der Kommission sind Teil der „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“, die die Kommission am 6. Mai 2015 vorgelegt hat.¹ Sie beruhen in Teilen auf dem Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) vom 11. Oktober 2011,² der in dieser Form nicht mehr aufrecht erhalten wird,³ unterscheiden sich aber von diesem grundlegend im Harmonisierungsansatz und im sachlichen Regelungsbereich. Die folgende Stellungnahme beschränkt sich auf einige ausgewählte Aspekte; sie führt zunächst zur Vollharmonisierung aus (unten I.) und widmet sich dann dem Vorschlag einer Richtlinie zum Online-Warenhandel (im Folgenden: Fernabs-Kauf-RL, unten II.)⁴ sowie schließlich dem Vorschlag einer Richtlinie über Digitale Inhalte (im Folgenden: Digitale-Inhalte-RL, unten III.).⁵

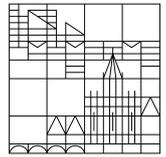
¹ COM(2015) 192 final.

² KOM(2011) 635 endg.

³ Siehe die Mitteilung COM(2014) 910 final in Anhang II unter Nr. 60.

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM(2015) 635 final.

⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final.

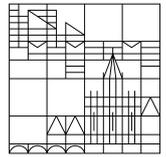


I. Der vollharmonisierende Ansatz

Beide Richtlinienvorschläge verwirklichen methodisch einen vollharmonisierenden Ansatz (Art. 3 Fernabs-Kauf-RL; Art. 4 Digitale-Inhalte-RL). Von dem im GEK verfolgten Ansatz der optionalen Verordnung unterscheidet sich jener ganz grundlegend dadurch, dass die mitgliedstaatlichen Zivilrechtssysteme die Vorgaben zwingend zu integrieren haben – es entsteht gerade kein „zweites Kaufrechtssystem“, sondern das mitgliedstaatliche Recht hat sich anzupassen. Das Konzept der Mindestharmonisierung als minimalinvasiver Eingriff in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hat die Kommission praktisch aufgegeben. Denn der damit verbundene Spielraum der Mitgliedstaaten, zugunsten der Verbraucher strengere Schutzvorschriften einzuführen, hat aus Sicht der Kommission dazu geführt, dass ein für Verbraucher wie Unternehmer gleichermaßen unübersichtliches rechtliches Panorama entstanden ist, das den grenzüberschreitenden Handel behindert.

Für die Vollharmonisierung wird angeführt, dass sie für alle Marktteilnehmer des Binnenmarktes gleiche rechtliche Voraussetzungen schaffe.⁶ Das ist jedoch nur im Ansatz richtig: Denn zum einen verbleibt den Mitgliedstaaten durch die Harmonisierungstechnik der Richtlinie durchaus ein gewisser Spielraum bei der Umsetzung; man denke etwa an die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie (im Folgenden: VRRL), die in Deutschland im Kern in das allgemeine Vertragsrecht integriert wurde (§§ 312 ff., 355 ff. BGB), sich in anderen Mitgliedstaaten jedoch in besonderen Verbrauchergesetzbüchern wiederfindet (Frankreich, Italien, teilweise auch Österreich) oder ganz eigenständig geregelt wird (England). Zum anderen jedoch gelten aufgrund des beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs vollharmonisierender Richtlinien vielfach auch Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts (Abschluss des Vertrags, Willensmängel, Stellvertretung, Schadensersatzansprüche), das überwiegend nicht harmonisiert wurde. Diesbezüglich besteht also gerade kein „level playing field“. Auch birgt die Vollharmonisierung die Gefahr einer Versteinerung; sie unterbindet einen Wettbewerb der Mitgliedstaaten um das beste Verbraucherrecht. Im Zuge der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (im Folgenden: VGKRL) führte dies zu teilweise deutlich verbraucherfreundlicheren Regelungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen,

⁶ Erwägungsgründe Nr. 8 und 9 Fernabsatz-Kauf-RL; Erwägungsgrund Nr. 7 VRRL.



etwa dahin, dass dem Verbraucher die Wahl der Abhilfemöglichkeit frei überlassen wird oder dass eine längere Verjährungsfrist besteht.⁷

Die geplante Vollharmonisierung hätte die Konsequenz, dass Verbraucher in einigen dieser Mitgliedstaaten im Falle einer Umsetzung des Vorschlags rechtlich schlechter stünden als zuvor, da besonders verbraucherfreundliche Regelungen nicht mehr zulässig sein werden. Die Kommission ist sich dieses Umstandes durchaus bewusst,⁸ misst ihm jedoch im Vergleich zur Schaffung einheitlicher Voraussetzungen im Binnenmarkt geringere Bedeutung zu. Die These, dass die Vollharmonisierung Wohlfahrtsgewinne schafft, ist indessen zumindest zweifelhaft.⁹

II. Der Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel

1. Anwendungsbereich

a) Sachlich

Der Richtlinienvorschlag regelt bestimmte Aspekte von Fernabsatzverträgen über Waren, die zwischen einem Verkäufer und einem Verbraucher geschlossen wurden (Art. 1 Abs. 1 Fernabs-Kauf-RL). Fernabsatzverträge über die Erbringung von Dienstleistungen sind ebenso ausgenommen¹⁰ wie der Kauf von dauerhaften Datenträgern mit digitalen Inhalten, wenn diese Datenträger ausschließlich der Übermittlung digitaler Inhalte dienen wie etwa CDs oder DVDs¹¹ – hierfür gilt die Digitalgüter-Richtlinie (Art. 1 Abs. 3 Fernabs-Kauf-RL). Der Titel des Vorschlags, der prominent auf den Online-Warenhandel und damit auf eine besonders wichtige Form des Fernabsatzes abstellt, erscheint damit etwas irreführend.

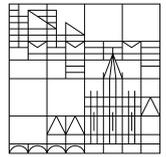
⁷ Siehe die Beispiele im Kommissionsvorschlag, COM(2015) 635 final, S. 6 f.

⁸ Kommissionsvorschlag, COM(2015) 635 final, S. 12.

⁹ Siehe dazu die Arbeit von *Mittwoch*, Vollharmonisierung und europäisches Privatrecht, 2013, S. 177 ff.

¹⁰ Art. 1 Abs. 2 Fernabs-Kauf-RL. Dienstvertragliche Elemente tauchen indessen in Art. 6 lit. a Fernabs-Kauf-RL wieder auf.

¹¹ Erwägungsgrund Nr. 13 Fernabs-Kauf-RL; etwas anderes gilt danach jedoch dann, wenn die digitalen Inhalte – wie etwa bei Haushaltsgeräten oder Spielzeug – im Verhältnis zur Hauptfunktion der Ware lediglich untergeordnete Bedeutung haben und integraler Bestandteil der Ware sind. Das dürfte im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein, wenn die Ware mit Apps ausgerüstet ist, die die eigentliche Funktion immer mehr in den Hintergrund treten lassen.



Auch diesbezüglich besteht ein fundamentaler Unterschied zum GEK, das jedenfalls in seiner ursprünglichen Form sämtliche Kaufverträge erfasste und überdies den gesamten Lebenszyklus des Vertrags einschließlich vorvertraglicher Informationspflichten, Vertragsschluss, Schadensersatzansprüche und Verjährung regelte. Der Vorschlag der Fernabsatz-Kauf-RL setzt demgegenüber sehr punktuell an, was – vor allem wegen des vollharmonisierenden Ansatzes – die Gefahr der Fragmentierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nach sich zieht und damit entgegen der Zielrichtung der Harmonisierung im Ergebnis gerade keine einheitlichen Marktbedingungen schafft. Das Fernabsatzgeschäft, insbesondere der Online-Kauf, erfährt eine privilegierte Behandlung und wird vom stationären Handel abgekoppelt.

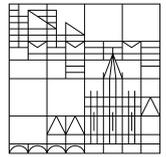
Dahinter stehen rein wirtschaftliche Erwägungen: Die Kommission möchte einen digitalen Binnenmarkt schaffen, weil sie hier – offenbar im Gegensatz zum stationären Handel – noch großes Wachstumspotential sieht.¹² Die Unterschiedlichkeit der rechtlichen Regeln der Mitgliedstaaten sieht sie dabei als Haupthindernis.¹³ Dies verdeckt, dass belastbare empirische Grundlagen dafür fehlen, dass Verbraucher gerade durch rechtliche Unterschiede innerhalb des Binnenmarktes davon abgehalten würden, grenzüberschreitend Waren einzukaufen. Sprachbarrieren, fehlendes Vertrauen in die reibungslose Abwicklung des Kaufs sowie die Sorge vor Problemen bei der Durchsetzung von Gewährleistungsrechten werden eher den Ausschlag geben.

Sollte im Online-Handel wirklich das von der Kommission beschworene Wachstumspotential stecken, so würde dies doch aller Wahrscheinlichkeit nach teilweise auf Kosten des stationären Handels gehen. Dies wird vor allem KMU treffen. Auch richtet sich das Online-Angebot an eher technikaffine Käufergruppen, während andere mit geringerem rechtlichem Schutz auskommen müssen.

Unvermeidlich werden durch den gewählten Ansatz Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen, dies einerseits zwischen den beiden Richtlinienvorschlägen selbst, andererseits zum allgemeinen Zivilrecht, das teilweise harmonisiert, teilweise aber nicht harmonisiert ist. Der Richtlinienvorschlag klammert dieses – wie bereits die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – bewusst aus (Art. 1 Abs. 4 Fernabs-Kauf-RL). Probleme werden

¹² Erwägungsgrund Nr. 3 Fernabs-Kauf-RL.

¹³ Erwägungsgründe Nr. 6 und 7 Fernabs-Kauf-RL.



hier vor allem im Rahmen des Schadensersatzanspruchs bei Vertragsverletzungen entstehen. Auch wird zu klären sein, inwieweit das jeweilige autonome mitgliedstaatliche Deliktsrecht zur Anwendung kommen kann, etwa bei „Weiterfresserschäden“.¹⁴

b) Persönlich

Die Fernabs-Kauf-RL gilt nur für Kaufverträge zwischen Verkäufern und Verbrauchern (Art. 1 Abs. 1 Fernabs-Kauf-RL). Insoweit fällt auf, dass der der Verbraucherrechte-Richtlinie zugrunde liegende Begriff des Unternehmers¹⁵ keine Verwendung findet. Art. 2 lit. c der Fernabs-Kauf-RL liefert aber eine bekannte Definition, sie knüpft terminologisch an die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie an, die in Art. 1 Abs. 2 lit. c VGKRL eine etwas schlankere Definition des Verkäufers enthielt. Inhaltliche Änderungen dürften sich daraus indessen nicht ergeben.

Kaufverträge zwischen Unternehmern (B2B) oder auch zwischen Verbrauchern (C2C) werden – anders als noch im GEK – vom Vorschlag nicht erfasst; auch bestehen keine besonderen Regeln für KMU. Insoweit besteht kein Unterschied zur Verbraucherrechte-Richtlinie.¹⁶ Das erscheint insoweit konsequent, als die Schutzvorschriften klar auf die B2C-Situation zugeschnitten sind. Auf längere Sicht erscheint es jedoch misslich, sollten sich solche Sonderregime verfestigen oder neue herausbilden.

2. Die Vertragsmäßigkeit der Ware

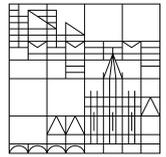
Der Vorschlag der Fernabs-Kauf-RL verwendet eine Kombination aus subjektiven und objektiven Kriterien für die Vertragsmäßigkeit der Ware. Grundlegende Neuerungen enthält er insoweit nicht. Entscheidend für die Vertragsmäßigkeit ist zunächst eine wie auch immer geartete Abrede zwischen Verkäufer und Verbraucher (Art. 4 Fernabs-Kauf-RL). Dabei kann auch eine Anknüpfung an vorvertragliche Erklärungen des Verkäufers erfolgen, sofern diese Vertragsbestandteil geworden sind.¹⁷ Das ist ansich

¹⁴ Vgl. den Hinweis im Kommissionsvorschlag, COM(2015) 635 final, S. 4.

¹⁵ Vgl. Art. 2 Nr. 2 VRRL.

¹⁶ KMU bekommen – anders als beim GEK – keine Sonderstellung.

¹⁷ Art. 4 Abs. 1 lit. c Fernabs-Kauf-RL. Eine entsprechende Regelung war in der VGKRL nicht enthalten.



selbstverständlich, insoweit gelten die allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen zur Wirkung von Willenserklärungen. Der Vorschrift kommt damit eher klarstellender Charakter zu.

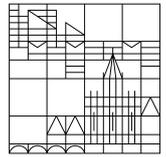
Zusätzlich zu den subjektiven Kriterien müssen auch die in Art. 5-7 Fernabs-Kauf-RL genannten objektiven Voraussetzungen vorliegen (Art. 4 Abs. 2 Fernabs-Kauf-RL). Letztere fungieren damit als Mindeststandards, die jede Ware – vorbehaltlich des in Art. 4 Abs. 3 Fernabs-Kauf-RL genannten, ausdrücklichen Verzichts des Verbrauchers – erfüllen muss. Es erscheint zweifelhaft, ob die sehr weitgehenden objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Ware vor allem in Art. 5 Fernabs-Kauf-RL noch substantziellen Raum für Parteivereinbarungen lassen. Sind sich etwa die Parteien einig, dass das verkaufte Auto deswegen nicht verkehrssicher sein muss, weil der Käufer es als Ersatzteillager verwenden möchte, so erscheint fraglich, ob dem nicht Art. 5 lit. a Fernabs-Kauf-RL entgegensteht, denn Waren der gleichen Art (d.h. Autos) werden gewöhnlich im Straßenverkehr gebraucht. Die Norm müsste dahin ausgelegt werden, dass sie in diesem Fall die Ware „Bastelautos“ betrifft. Vorzugswürdig erscheint eine klarstellende Formulierung in Art. 4 Abs. 2 Fernabs-Kauf-RL, dass die in Art. 5-7 Fernabs-Kauf-RL nur insoweit gelten, als die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.¹⁸

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit

Von zentraler Bedeutung für das Kaufrecht ist die Regelung des Gefahrübergangs. Von ihr hängt insbesondere ab, wer das Risiko von Verlust oder Beschädigung der Sache zu tragen hat. Art. 8 Fernabs-Kauf-RL betrifft dem Wortlaut nach nur den Zeitpunkt, der für die Feststellung der Vertragswidrigkeit maßgeblich ist. Indessen vereint die Norm Elemente aus Art. 105 GEK (maßgeblicher Zeitpunkt) und Art. 142 Abs. 1 GEK (Gefahrübergang). Implizit soll damit indessen offenbar auch der Gefahrübergang mitgeregelt werden.¹⁹ Hierfür spricht auch die Haftungsregelung des Art. 13 Abs. 3 lit. c Fernabs-Kauf-RL, die dem Verbraucher bei Beendigung des Vertrags im Grundsatz das Risiko des zufälligen Verlusts oder Untergangs der Ware aufbürdet.

¹⁸ So die Formulierung in Art. 99 Abs. 2 GEK.

¹⁹ So die Erläuterungen zum Richtlinienentwurf, COM(2015) 635 final, S. 17.



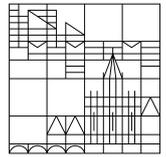
Art. 8 Abs. 2 S. 1 Fernabs-Kauf-RL legt für Situationen, in denen die Waren vom Verkäufer oder unter seiner Verantwortung montiert oder installiert wurden, denjenigen Zeitpunkt fest, zu dem die Montage oder Installierung abgeschlossen ist. Während sich dies noch mit der Einflussnahmemöglichkeit des Verkäufers rechtfertigen lässt, verschiebt S. 2 dieser Norm das Vertragsgleichgewicht stark zuungunsten des Verkäufers. Er verlegt den Gefahrübergang trotz Übergabe der Waren an den Verbraucher für den Fall, dass die Waren zur Montage oder Installierung durch den Verbraucher bestimmt sind, im Wege einer widerleglichen²⁰ Vermutung auf deren Abschluss. Dies soll jedoch nur dann gelten, wenn dies innerhalb einer angemessenen Zeit erfolgt ist. Spätestens 30 Tage nach dem regulären Zeitpunkt (Art. 8 Abs. 1 Fernabs-Kauf-RL) tritt auch hier Gefahrübergang ein. Faktisch dürfte es für den Verkäufer kaum möglich sein, den Gegenbeweis anzutreten. Vor diesem Hintergrund erscheint diese weitgehende Verschiebung der normalen Risikotragung kaum gerechtfertigt.

Keine ausdrückliche Regelung findet sich für den Fall, dass der Verbraucher die Ware nicht annimmt. Das deutsche Recht sieht mit Eintreten des Annahmeverzugs den Gefahrübergang vor (§§ 446 S. 3, 474 Abs. 5 S. 2 BGB). Man wird das Schweigen des Richtlinienvorschlages wohl so verstehen können, dass die physische Übergabe zwingend erforderlich ist, so dass § 446 S. 3 BGB nicht zur Anwendung gelangt.

4. Abhilfen bei Vertragswidrigkeit

Wie die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sieht auch der Vorschlag der Fernabs-Kauf-RL verschiedene Abhilfemöglichkeiten vor, wenn die Ware im Sinne der vorgenannten Vorschriften nicht vertragsgemäß war. Hat der Verbraucher selbst zur Vertragswidrigkeit der Waren beigetragen, so soll er keinen Anspruch auf Abhilfe haben (Art. 9 Abs. 5 Fernabs-Kauf-RL). Diesbezüglich besteht erhebliche Unsicherheit, da die Norm dem Wortlaut nach jeden Kausalbeitrag genügen lässt. Unklar ist also, ob etwa eine unsachgemäße Montage ausreicht, die teilweise auf eine fehlerhafte Montageanleitung zurückzuführen ist, aber auch durch eigene Versäumnisse des Verbrauchers gekennzeichnet ist. Keine Bedeutung kommt nach dem Wortlaut der Vorschrift dem

²⁰ Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 26 Fernabs-Kauf-RL.



Umstand zu, dass der Verbraucher die Vertragswidrigkeit der Ware bei Gefahrübergang kannte.

Eine Vertragsbeendigung soll künftig auch bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten möglich sein.²¹ Die hierfür gegebene Begründung, es solle ein Anreiz für den Verkäufer geschaffen werden, frühzeitig Abhilfe zu schaffen,²² vermag indessen kaum zu überzeugen. Gerade bei geringfügigen Mängeln werden Nachbesserung oder Ersatzlieferung aus Sicht des Verkäufers von vornherein unökonomisch sein, so dass auch die mögliche Vertragsbeendigung kaum Anreize wird setzen können. Vielmehr höhlt die Regelung den Grundsatz der Vertragstreue unnötig aus. Überdies würde der inhaltliche Gleichlauf, den die Verbrauchergüterkauf-Richtlinie mit dem CISG hatte, verlassen.

Wie die Verbrauchergüterkauf-Richtlinie unterscheidet auch der Kommissionsvorschlag zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung. Unverändert soll der Verbraucher ein Wahlrecht zwischen diesen beiden erstrangigen Abhilfemöglichkeiten haben (Art. 11 Fernabs-Kauf-RL). Der Verkäufer kann hiergegen wie bisher – neben der Unmöglichkeit und der Rechtswidrigkeit – lediglich einwenden, dies verursache verglichen mit der anderen Abhilfemöglichkeit unverhältnismäßig hohe Kosten. Die Leitparameter für diese Abwägung aller relevanten Umstände sollen im Wesentlichen unverändert bleiben.²³

Keine Regelung findet sich bedauerlicherweise für die im deutschen Recht in § 439 Abs. 3 S. 3 HS. 2 BGB normierte sog. absolute Unverhältnismäßigkeit.²⁴

Nach Art. 10 Abs. 2 Fernabs-Kauf-RL schuldet der Verkäufer die Übernahme der Aus- und Einbaukosten. Der Richtlinienvorschlag übernimmt hier die tragende Aussage des *Weber/Putz*-Urteils des EuGH.²⁵ Unklar bleibt nach der Formulierung des Richtlinienvorschlags das Verhältnis zwischen Aus- und Einbaupflicht einerseits und Kostenübernahme durch den Verkäufer andererseits. Der Wortlaut legt ein Wahlrecht des

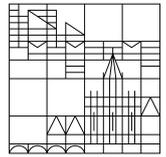
²¹ Damit besteht auch ein Unterschied zu Art. 114 Abs. 2 GEK.

²² Erwägungsgrund Nr. 29 Fernabs-Kauf-RL.

²³ Zu berücksichtigen sind insbesondere (1) der Wert der Waren in vertragsgemäßem Zustand; (2) die Bedeutung der Vertragswidrigkeit sowie (3) der Umstand, ob die alternative Abhilfe ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher geleistet werden kann.

²⁴ Siehe aber Art. 110 Abs. 3 lit. b GEK.

²⁵ EuGH, 16.6.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – *Gebr. Weber/Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*.



Verbrauchers nahe. Wie aber kann sich der Verkäufer der Aus- und Einbaupflicht entledigen? Genügt etwa der Einwand, selbst keine entsprechenden Fertigkeiten zu besitzen oder müsste ggf. ein Fachbetrieb beauftragt werden? Die Formulierung der Erläuterung des Vorschlags spricht eher für ein Wahlrecht des Verkäufers.²⁶

Keinen Niederschlag hat bedauerlicherweise auch derjenige Teil der *Weber/Putz*-Entscheidung des EuGH gefunden, der sich mit einer Deckelung der durch Aus- und Einbau verursachten Kosten befasst. Danach schließt es Art. 3 Abs. 3 VGKRL nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird.²⁷ Eine solche Beschränkung erscheint vor dem Hintergrund sinnvoll, dass sich der Verkäufer nicht auf den Einwand der absoluten Unverhältnismäßigkeit berufen kann. Nach dem Wortlaut des Richtlinienvorschlages wären demnach auch Ein- und Ausbaurkosten zu erstatten, die ein Vielfaches des Warenwertes betragen.²⁸

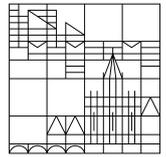
5. Zeitliche Begrenzung der Verbraucherrechte

Sämtliche Ansprüche des Verbrauchers auf Abhilfe können nach Art. 14 S. 1 Fernabs-Kauf-RL nur insoweit geltend gemacht werden, als die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Jahren nach Gefahrübergang (Art. 8 Fernabs-Kauf-RL) offenbar wird. Nach nationalem Recht bestehende Verjährungsfristen dürfen nicht kürzer sein als

²⁶ COM(2015) 635 final, S. 18.

²⁷ EuGH, 16.6.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – *Gebr. Weber/Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*, Rn. 78.

²⁸ Eine Lösung könnte aus Sicht des Verkäufers darin liegen, die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes insgesamt zu verweigern, so dass die subsidiären Rechtsbehelfe über Art. 9 Abs. 3 lit. d Fernabs-Kauf-RL zur Anwendung gelangen. Insbesondere die Beendigung des Vertrags durch den Verbraucher führt indessen lediglich zu einer Rückabwicklung der empfangenen Leistungen (Art. 13 Abs. 3 lit. a Fernabs-Kauf-RL), beinhaltet aber keinen Ersatzanspruch des Verbrauchers. Die Intention des Art. 10 Abs. 2 Fernabs-Kauf-RL entspräche diese Sichtweise damit kaum.



eben diese zwei Jahre (Art. 14 S. 2 Fernabs-Kauf-RL). Dies entspricht im Ergebnis der Regelung des § 438 Abs. 1 lit. c BGB.²⁹

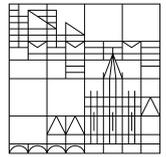
Bemerkenswert ist jedoch die damit unmittelbar im Zusammenhang stehende Regelung des Art. 8 Abs. 3 Fernabs-Kauf-RL. Diese knüpft an die Beweislastumkehr des Art. 5 Abs. 3 VGKRL an, wonach eine Vermutung dafür besteht, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung vorlag, wenn sie innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang offenbar wird. Nach der Auslegung dieser Vorschrift durch den EuGH in der Rechtssache *Faber*³⁰ muss der Verbraucher den Beweis erbringen, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist und dass die fragliche Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Guts offenbar geworden ist. Der Verbraucher muss weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist. Die Vermutung kann nur dann entkräftet werden, wenn der Verkäufer nachweist, dass der Grund oder Ursprung der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der nach der Lieferung des Guts eingetreten ist.³¹

Art. 8 Abs. 3 Fernabs-Kauf-RL erweitert die in diesem Sinne auszulegende Vermutung sogar auf die Zeit von zwei Jahren nach dem in Art. 8 Abs. 1 und 2 Fernabs-Kauf-RL festgelegten Gefahrübergang. Im Ergebnis brächte der Richtlinienvorschlag damit eine zweijährige Haltbarkeitsgarantie. Diese Privilegierung des Verbrauchers bei Fernabsatzkäufen im Gegensatz zu anderen Absatzformen erscheint allerdings kaum gerechtfertigt, da die Qualität der Ware in keiner Weise von der Art des Vertriebs abhängt.

²⁹ Dort wird allerdings zwischen Nacherfüllung und Schadensersatz einerseits sowie Minderung und Rücktritt andererseits differenziert: Während nur erstere als Ansprüche (§ 194 BGB!) der Verjährung unterliegen (§ 438 Abs. 1 lit. c BGB), sind letztere Gestaltungsrechte; für sie bestehen in §§ 438 Abs. 4 S. 1, Abs. 5, 218 BGB besondere Vorschriften zur zeitlichen Beschränkung, die einen Gleichlauf mit der Verjährung sicherstellen sollen.

³⁰ EuGH 4.6.2015, Rs. C-497/13 – *Faber*, NJW 2015, 2237.

³¹ EuGH 4.6.2015, Rs. C-497/13 – *Faber*, NJW 2015, 2237 Rn. 69 ff.



III. Der Richtlinienvorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte

Während sich der Vorschlag der Fernabs-Kauf-RL weitgehend auf bekanntem Terrain bewegt und vielfach eine schlichte Weiterentwicklung der Verbrauchergüterkauf-Richtlinie unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH darstellt, betritt der Parallelvorschlag zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte vielfach Neuland.

1. Anwendungsbereich

a) Sachlich

Die Richtlinie betrifft Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte an Verbraucher; Nicht ganz plausibel erscheint die Beschränkung auf die „aktive“ Erbringung einer nicht in Geld bestehenden Gegenleistung. Es wäre wenig überzeugend, wenn das schlichte Dulden einer Datenerhebung durch den Anbieter (etwa Sammeln von Geodaten) nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fiel. Erwägungsgrund Nr. 14 Digitale-Inhalte-RL stellt hierzu klar, dass es genügen soll, wenn der Verbraucher dem Anbieter etwa durch eine individuelle Registrierung aktiv Zugang zu entsprechenden Daten verschafft.

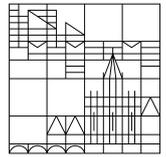
Der Begriff der digitalen Inhalte wird in Art. 2 Nr. 1 Digitale-Inhalte-RL definiert. Die Vorschrift ist sehr weit gefasst, weiter als derselbe Begriff in der Verbraucherrechte-Richtlinie,³² insbesondere um zukünftige technische Weiterentwicklungen zu berücksichtigen.³³ Sie erstreckt sich auf alle Arten von Daten in digitaler Form, Software, Anwendungen, Online-Spiele, heruntergeladene oder im Internet gestreamte Filme, Cloud-Speicherung, soziale Medien oder Dateien für die visuelle Modellierung im Rahmen des 3D-Drucks.³⁴

Für die Umsetzung würde dies bedeuten, dass auch der nationale Gesetzgeber von unterschiedlichen Begriffen ausgehen müsste. Die in § 312f Abs. 3 BGB enthalte-

³² Art. 2 Nr. 11 VRRRL definiert digitale Inhalte schlicht als „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden“.

³³ Erwägungsgrund Nr. 11 Digitale-Inhalte-RL.

³⁴ Vgl. Kommissionsvorschlag COM(2015) 634 final, S. 13.

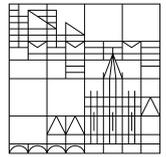


ne Definition wäre für die Bereitstellung digitaler Inhalte insoweit unzureichend, als es nicht schlicht um ein Widerrufsrecht oder vorvertragliche Informationspflichten geht, sondern um die in der Digitale-Inhalte-RL geregelten Aspekte der Vertragswidrigkeit und entsprechende Abhilfen. Unklar ist, ob ein möglicher Ausweg darin bestehen könnte, schlicht die in der Digitale-Inhalte-RL enthaltene, weiter gefasste Definition auch für die von der Verbraucherrechte-Richtlinie erfassten Fälle zu verwenden. Hiergegen könnte die auch dort verwirklichte Vollharmonisierung sprechen. Andererseits befände man sich dann teilweise außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der VRRL, so dass eine Sperrwirkung insoweit nicht bestünde: Erwägungsgrund Nr. 13 VRRL lässt eine derartige überschießende Umsetzung der Richtlinie im mitgliedstaatlichen Recht zu.³⁵

Die Richtlinie regelt insbesondere auch Austauschgeschäfte, bei denen die Gegenleistung nicht in der Zahlung einer Geldsumme besteht, sondern in der Hingabe von Daten. Die darin liegende datenschutzrechtliche Problematik ist evident; sie soll jedoch anderen Rechtsakten überlassen bleiben, wie Art. 3 Abs. 8 Digitale-Inhalte-RL ausdrücklich klarstellt. Keine im Sinne der Richtlinie relevante Gegenleistung stellt es hingegen dar, wenn die vom Verbraucher übermittelten Daten zur Erfüllung rechtlicher Bestimmungen erforderlich sind (Art. 3 Abs. 4 Digitale-Inhalte-RL). Dies gilt jedenfalls insoweit, als der Anbieter die ihm übermittelten Daten nur zu eben jenem Zweck verwendet. Daraus kann geschlossen werden, dass ein zweckwidriger kommerzieller Einsatz dieser Daten – quasi als Sanktion – den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet.

Dies wirft jedoch eine Reihe von Problemen auf. Vor allem dürfte dem Verbraucher dieser Umstand in aller Regel nicht bekannt sein, so dass er seine für diesen Fall bestehenden Rechte nicht kennt. Davon abgesehen käme es erst mit dem Moment der zweckwidrigen Verwendung der Daten zu einer Geltung der Richtlinienvorgaben. Unklar wäre dann etwa, ob die nach Art. 5 Digitale-Inhalte-RL vom Anbieter geschuldete Bereitstellung der digitalen Inhalte als zum tatsächlichen Zeitpunkt erfolgt gilt, oder ob eine Fiktion dergestalt anzunehmen ist, dass erst bei Anwendbarkeit der Richtlinie (d.h.

³⁵ So zur ebenfalls vollharmonisierenden VerbrKrRL 2008 EuGH, 12.7.2012, Rs. C-602/10 – *Volksbank România*, WM 2012, 2049, Rn. 40.



im Zeitpunkt der zweckwidrigen Verwendung) eine Bereitstellung als erfolgt anzusehen sein kann. Dies kann gravierende Konsequenzen nach sich ziehen, weil es für die Haftung des Anbieters in erster Linie auf eine zum Zeitpunkt der Bereitstellung bestehende Vertragswidrigkeit ankommt (Art. 10 lit. b Digitale-Inhalte-RL). Andererseits sieht der Richtlinienvorschlag keine zeitliche Begrenzung für die Abhilfemöglichkeiten des Verbrauchers vor, so dass eine Rechtslosigkeit in dieser Hinsicht nicht droht.

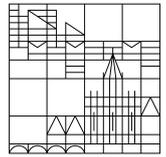
Die Digitale-Inhalte-RL beschränkt sich nicht auf einen bestimmten Vertragstyp, etwa Kauf; sie führt auch keinen neuen Vertragstyp ein. Vielmehr kann die Bereitstellung digitaler Inhalte im Rahmen verschiedener Vertragskonstruktionen erfolgen, etwa Kauf, aber auch Miete, Pacht, Dienst- oder Werkvertrag. Dass dieser Ansatz gerade in Verbindung mit der Vollharmonisierung zu Problemen bei der Umsetzung in nationales Recht führt, geradezu systemsprengendes Potential hat, liegt auf der Hand.

b) Persönlich

Auch die Digitale-Inhalte-RL erfasst nur Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Der Unternehmer heißt hier indessen Anbieter; die Definition in Art. 2 Nr. 3 Digitale-Inhalte-RL stimmt jedoch inhaltlich mit derjenigen des Verkäufers in Art. 2 lit. c Fernabs-Kauf-RL überein.³⁶ Ob diese Vielfalt der Begrifflichkeiten (Unternehmer, Verkäufer, Anbieter) zur Übersichtlichkeit beiträgt, darf bezweifelt werden, ganz zu schweigen von den Konsequenzen für die Umsetzung in das nationale Recht. Der in Art. 2 Nr. 4 Digitale-Inhalte-RL definierte Verbraucherbegriff stimmt fast³⁷ wörtlich mit Art. 2 Nr. 1 VRRL überein. Nicht erwähnt werden indessen die gerade bei digitalen Inhalten sicherlich häufig gegebenen Verträge mit doppelter Zwecksetzung. Dass bei solchen Dual-use-Verträgen das in Erwägungsgrund Nr. 17 VRRL postulierte Überwiegensprinzip gelten sollte, dürfte unzweifelhaft sein. Eine Klarstellung wäre aber angezeigt.

³⁶ Die Klarstellung in Art. 2 lit. c Fernabs-Kauf-RL, dass die Definition des Verkäufers nur für die von der Richtlinie erfassten Verträge gilt, erscheint überflüssig. In Art. 2 Nr. 3 Digitale-Inhalte-RL fehlt diese Passage denn auch.

³⁷ Warum hier eine unterschiedliche Formulierung gewählt wurde, ist nicht ersichtlich.

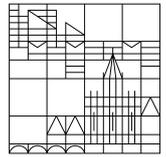


2. Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte

Die vertragliche Verpflichtung wird nur erfüllt, wenn die bereitgestellten Inhalte vertragsmäßig sind. Art. 6 Digitale-Inhalte-RL unterscheidet diesbezüglich wie auch Art. 4-7 Fernabs-Kauf-RL zwischen subjektiven und objektiven Kriterien. Zunächst bestimmen die vertraglichen Vereinbarungen, was geschuldet wird. Gleichbedeutend sollen die Anforderungen sein, die sich aus vorvertraglichen Informationspflichten ergeben, die Bestandteil des Vertrags sind (Art. 6 Abs. 1 lit. a Digitale-Inhalte-RL). Solche Pflichten sind im Richtlinienvorschlag nicht normiert, können sich aber etwa aus nationalen Normen ergeben, welche Art. 5 VRRL umsetzen. Die Regelung erscheint systematisch missglückt: Erfüllt der Unternehmer die ihm obliegenden Informationspflichten, so werden sie regelmäßig auch ohne gesetzgeberische Anordnung Vertragsbestandteil. Erfüllt er sie aber nicht, so könnten sie allenfalls über einen entsprechend formulierten objektiven Begriff der Vertragsmäßigkeit Eingang in den Vertrag finden.

Weiterhin müssen sich die digitalen Inhalte für einen vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Anbieter bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Anbieter zugestimmt hat (Art. 6 Abs. 1 lit. b Digitale-Inhalte-RL). Auch hierbei handelt es sich um eine schlichte privatautonome Vereinbarung. Hier fragt sich, ob die Zustimmung des Anbieters konkludent erfolgen kann, etwa durch kommentarlose Bereitstellung der digitalen Inhalte.

Wiederum als Mindeststandard legt Art. 6 Abs. 2 Digitale-Inhalte-RL objektive Kriterien fest, denen die bereitgestellten digitalen Inhalte in jedem Fall entsprechen müssen. Dabei muss insbesondere berücksichtigt werden, ob die Bereitstellung gegen Zahlung eines Preises erfolgte oder gegen eine andere Leistung als Geld (Art. 6 Abs. 2 lit. a Digitale-Inhalte-RL). Hier wird nicht ganz klar, ob der Richtlinienvorschlag einen kategorialen Unterschied dergestalt zwischen beiden Fallgruppen ziehen will, dass bei einer Gegenleistung in Geld höhere Anforderungen bestehen als sonst. Das wäre intuitiv nachvollziehbar (der Rechtsverkehr wird vielfach die Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Überlassung persönlicher Daten als „unentgeltlich“ ansehen), entspräche aber



kaum der dem Vorschlag zugrunde liegenden Gleichwertigkeit von monetärer und nicht-monetärer Gegenleistung.³⁸

Digitale Inhalte müssen schließlich während der gesamten Vertragsdauer den vertraglichen Anforderungen entsprechen und in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neuesten verfügbaren Version bereitgestellt werden (Art. 6 Abs. 3 und 4 Digitale-Inhalte-RL). Werden sie in die digitale Umgebung des Verbrauchers integriert, so ist auch jede hierdurch verursachten Vertragswidrigkeit als Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte anzusehen, wenn die Integration vom Anbieter durchgeführt oder verantwortet wurde oder aber jedenfalls auf eine mangelhafte Anleitung des Anbieters zurückzuführen ist (Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Art. 7 Digitale-Inhalte-RL). Hier soll es also nicht auf die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Bereitstellung der digitalen Inhalte ankommen, sondern offenbar auf die Vervollständigung der Integration.

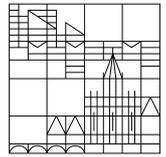
Die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte trägt nach Art. 9 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL grundsätzlich der Anbieter. Anderes gilt nur im Falle von Inkompatibilität zwischen digitalen Inhalten und der digitalen Umgebung des Verbrauchers, sofern der Anbieter den Verbraucher von diesen Anforderungen vor Vertragsschluss in Kenntnis gesetzt hat (Art. 9 Abs. 2 Digitale-Inhalte-RL).

Bemerkenswert ist die in Art. 9 Abs. 3 Digitale-Inhalte-RL normierte Pflicht des Verbrauchers zur Zusammenarbeit mit dem Anbieter zum Zwecke der Feststellung der digitalen Umgebung des Verbrauchers. Die Reichweite dieser Pflicht erscheint unklar. Verletzungen werden mit der Ausschaltung der Beweislastumkehr in Art. 9 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL sanktioniert.

3. Die Gegenleistung des Verbrauchers

Der Richtlinienvorschlag geht davon aus, dass zwischen Anbieter und Verbraucher ein synallagmatischer Vertrag geschlossen wird: die Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder der aktiven Erbringung einer anderen Gegenleistung als Geld in Form von Daten. Vor allem die zweite Variante wirft Probleme auf. Der Vorschlag trennt nicht hinreichend zwischen der Bereitstellung der Daten (Verfügungsebe-

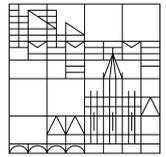
³⁸ Etwa Art. 3 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL.



ne) und der Verpflichtung hierzu. Unklar ist mithin, ob der Vertrag erst mit der Bereitstellung der Daten zustande kommen soll oder bereits mit der Verpflichtung hierzu, die in der datenschutzrechtlich erforderlichen Einwilligung zu sehen wäre. Letzteres erscheint nach vertragsrechtlichen Grundsätzen vorzugswürdig. Hiervon geht wohl auch der Richtlinienvorschlag selbst aus, indem jedenfalls indirekt eine Vorleistungspflicht des Anbieters normiert wird: Besteht die Gegenleistung in Geld, so wird dieses im Austausch für *bereitgestellte* (nicht etwa für *bereitzustellende*) digitale Inhalte geschuldet (Art. 2 Nr. 6 Digitale-Inhalte-RL). Würde der Vertrag erst mit der Bewirkung der Gegenleistung geschlossen, so bestünde schon gar keine rechtliche Grundlage für die Bereitstellung der digitalen Inhalte. Nichts anderes kann gelten, wenn die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in der Überlassung von Daten besteht. Mithin kommt der Vertrag zwischen Anbieter und Verbraucher bereits dann zustande, wenn der Verbraucher sich dazu verpflichtet, dem Anbieter entsprechende Daten zu überlassen. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL wäre entsprechend zu ergänzen.

Regelungsbedürftig erscheint damit auch die Frage, welche vertragsrechtlichen Folgen der datenschutzrechtlich mögliche Widerruf der Einwilligung hinsichtlich der Überlassung persönlicher Daten zeitigt. Der Richtlinienvorschlag schweigt hierzu. Dies würde die Regelung möglicher Konsequenzen, vorbehaltlich sonstiger unionaler Regelungen, etwa in der Datenschutz-Grundverordnung, in die Kompetenz des jeweiligen autonomen mitgliedstaatlichen Rechts stellen. Gestattet etwa das jeweils anwendbare Datenschutzrecht den freien Widerruf der Einwilligung zur Überlassung personenbezogener Daten, so folgt daraus regelmäßig eine Pflicht des Anbieters zur Löschung dieser Daten.

Zivilrechtlich liegt im Verhalten des Verbrauchers allerdings eine Vertragsverletzung; der Anspruch des Anbieters auf Überlassung der Daten geht dadurch nicht unter. Der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung durch den Verbraucher kann jedenfalls nicht als Vertragsbeendigung gewertet werden, da keine Vertragswidrigkeit seitens des Anbieters vorliegt. Der Richtlinienvorschlag enthält indessen keine Vorschriften zur Rechtsposition des Anbieters, wenn sich der Verbraucher vertragswidrig verhält. Sollten hierfür die Vorschriften des jeweils anwendbaren nationalen Rechts gelten? Oder ließe sich der datenschutzrechtliche Widerruf des Verbrauchers als An-



gebot zur Vertragsaufhebung sehen? Die Rechtsfolgen im Falle der Annahme durch den Anbieter könnten dann in entsprechender Anwendung von Art. 13 Abs. 2 lit. d und lit. e sowie Abs. 3 Digitale-Inhalte-RL ermittelt werden. Hier besteht noch erheblicher Klärungsbedarf.

4. Schadensersatz

Im Unterschied zur Fernabs-Kauf-RL normiert die Digitale-Inhalte-RL in Art. 14 einen (wohl verschuldensunabhängigen) Schadensersatzanspruch des Verbrauchers. Dieser entsteht im Falle der Nichteinhaltung des Vertrags (gemeint ist wohl Vertragswidrigkeit) oder der Nichtleistung (wohl i.S.d. Art. 11 Digitale-Inhalte-RL). Die Haftung soll sich auf jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers erstrecken und im Grundsatz eine Wiederherstellung des status quo ante beinhalten.

Weiteres bezüglich der Ausübung dieses Rechts sollen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten regeln. Hier erscheint klärungsbedürftig, welcher Regelungsspielraum besteht, insbesondere ob weitergehende Ansprüche, die sich auf Schäden außerhalb der digitalen Umgebung des Verbrauchers beziehen, nach nationalem Recht möglich sind, und ob diese an ein Verschulden des Anbieters geknüpft werden können.