
Stellungnahme zu den Richtlinienvorschlägen der Kommission zum Online-Handel und zu Digitalen Inhalten

*Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel
Direktor der Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV)
Universität Bayreuth¹*

Inhaltsverzeichnis

I.	Strukturfragen	2
	1. Zusammenspiel der beiden Richtlinien	2
	2. Begriff digitaler Inhalte	3
	3. Vertragstypen und AGB-Kontrolle	4
	4. Zusammenhang zwischen Unterhaltungslast und Weiterveräußerungsbefugnis	5
	5. Verhältnis zu sonstigen Rechtsakten des Unionsrechts	6
II.	Neue (Sach-)Mängelbegriffe in Artt. 4-6 Onlinehandel-RL und Artt. 6 und 7 Digitale-Inhalte-RL	7
	1. Sprachliche Neufassung	7
	2. Primat der Leistungsbeschreibung?	8
	3. Eignung für vorausgesetzte Zwecke	10
	4. Datensicherheit als Frage der Qualität	11
	5. Änderungsbefugnis, Art. 15 Digitale-Inhalte-RL	11
III.	Beweislastumkehr	13
IV.	Rechtsmängelhaftung	15
	1. Herstellung von Verkehrsfähigkeit als Ziel?	15
	2. Herstellung der Kohärenz von Äußerungen und Vertragsinhalt	16
	3. Ausdifferenzierung des Rechtsmängelbegriffs – Typenbildung?	16
	4. Drohende Ausweichbewegungen?	18
	5. Behandlung von EULA	18
V.	Daten als Leistung	19
VI.	Schadensersatz	20

¹ Verf. ist Inhaber des von 2010 bis 2015 zunächst vom BMELV und zuletzt vom BMJV geförderten
Stiftungslehrstuhls für Verbraucherrecht an der Universität Bayreuth.

Die nachfolgenden Überlegungen beinhalten keine vollständige Analyse der beiden vorliegenden Richtlinienvorschläge zur Bereitstellung digitaler Inhalte und zum Onlinehandel.² Eine erheblich umfangreichere Analyse haben meine Mitarbeiter und ich unlängst andernorts vorgelegt.³ Der zweiteilige Aufsatz ist dieser Stellungnahme als Anlagen II und III beigefügt. Ich danke dem Verlag und meinen Mitautorinnen und dem Mitautor für die Zustimmung zur Veröffentlichung auf den Seiten des Deutschen Bundestages.

I. Strukturfragen

1. *Zusammenspiel der beiden Richtlinien*

Zu den wesentlichen strukturellen Kritikpunkten der beiden Richtlinien gehören zunächst die Regelungen zu ihrem Zusammenspiel. Ist schon die Trennung der Regelungsbereiche körperliche Güter und digitale Inhalte in einer Welt permanent verbundener Produkte ein schweres Defizit des Regelungsansatzes, so ist auch das Zusammenspiel beider Richtlinienvorschläge in der vorliegenden Form nicht gelungen:

- Bei derart eng miteinander verwandten Materien ist bei getrennter Regulierung unbedingt auf identische Terminologie und weitestgehend identische Sachentscheidungen zu achten. Daran fehlt es den aufeinander kaum abgestimmten Vorschlägen völlig. Da jede Abgrenzungsnorm zusätzliche Fragen aufwirft, sollten diese wenigstens dadurch entlastet werden, daß die Abgrenzung zwischen beiden Regelungsbereichen (Onlinehandel und digitale Inhalte) auf der Rechtsfolgenseite so wenig Unterschiede zur Konsequenz hat als irgend möglich.
- Die Richtlinie versucht, beide Regelungsbereiche auseinanderzuhalten, was deutlich mißlingt: So ist die Einbeziehung reiner Datenträger in den Anwendungsbereich der Digitale-Inhalte-Richtlinie zwar grundsätzlich nicht unplausibel. Allerdings kann für diesen Teil der Leistung die Hypothese des fehlenden Verschleißes keinesfalls gelten, weil die typischen Datenträger sehr wohl einem Verschleiß unterliegen. Ohne eine Mischlöschung wird man hier ohnehin nicht auskommen.

² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM(2015) 634 final; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Onlinehandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, KOM(2015) 635 final.

³ *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu digitalen Inhalten und Onlinehandel – Teil I, GPR 2016, 2-8 und Teil II, GPR 2016, 54-71.

- Entsprechendes gilt umgekehrt für embedded Software, weil unter Wertungsgesichtspunkten nicht verständlich ist, daß zusammen mit dem körperlichen Gegenstand erworbene embedded Software den Fristen der Onlinehandel-Richtlinie unterliegt, während die gesondert erworbene und erst nachträglich eingespielte Software nach den Regeln über digitale Inhalte ohne Frist mangelfrei sein muß. Erst recht überzeugt die unterschiedliche Behandlung dort nicht, wo – etwa bei Systemsoftware bei Automobilen – regelmäßig Updates aufgespielt werden. Jedenfalls letztere unterliegen dann wiederum dem anderen Regime der Digitale-Inhalte-Richtlinie, weil sie gesondert erworben werden. Gegenausnahmen sind denkbar, führen freilich zu einer deutlich erhöhten Regelungskomplexität ohne Gewinn an sachlicher Richtigkeit.

Insgesamt erweist sich die Trennung beider Bereiche sowohl im Grundsatz als auch in der Durchführung als ausgesprochener Mißgriff.

2. *Begriff digitaler Inhalte*

Ambivalent fällt die Beurteilung der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Richtlinie hinsichtlich der erfaßten digitalen Inhalte aus.⁴ Einschränkunglos zu begrüßen ist zunächst die rechtspolitische Grundentscheidung für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs, die sich aus Art. 2 Nr. 1 lit. e und c Digitale-Inhalte-Richtlinie ergibt. Sowohl für Cloud-Dienste als auch für soziale Netzwerke mit Interaktionen besteht entsprechender Regelungsbedarf. Grundsätzliche Einwände gegen eine Regelung im Sachzusammenhang des Richtlinienvorschlags bestehen dabei nicht.

Deutlich negativ zu beurteilen ist hingegen die technische Ausgestaltung. Die Kommission versucht die Ausweitung des Anwendungsbereichs über eine Ausweitung des Begriffs digitale Inhalte herbeizuführen. Damit wird zunächst einmal unnötigerweise der eingeführte Begriff aus der Verbraucherrechtsrichtlinie 2011/83/EU modifiziert und den Mitgliedstaaten dadurch ein Umsetzungsproblem divergierender Begriffsvorgaben beschert.

Erheblich problematischer ist freilich, daß auf diese Weise Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte in den Begriff der digitalen Inhalte hineingezogen werden, weswegen die beiden Begriffe nicht mehr klar voneinander abgrenzbar sind. Auch wenn dies überwiegend ohne praktische Konsequenzen bleibt, dürfte der Regelungsvorschlag – wohl unbeabsichtigt – hier auch zu einer erheblichen Haftungsausweitung führen. Handelt es sich etwa bei den bereitgestellten Inhalten einer Plattform um user generated content, sind Auslegungen von Art. 6 des Richtlinienvorschlags zumindest denkbar, die zu einer nicht begrenzbaren Haftung

⁴ Dazu *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54 ff.

des Plattformanbieters für die Qualität der eingestellten Inhalte führen. Dabei würde es nicht allein um Integritätsrisiken, etwa für Endgeräte Dritter, gehen, sondern auch um das Äquivalenzinteresse an der erbrachten Leistung – etwa bei Filmen schlechter Qualität. Eine solche Haftungsausweitung dürfte auch gar nicht intendiert sein. Sie ließe sich leicht dadurch vermeiden, daß die in Art. 2 Nr. 1 lit. b und c des Richtlinienvorschlags erwähnten Dienstleistungen als Sonderfälle der Bereitstellung nach Art. 2 Nr. 10 des Richtlinienvorschlags, und eben nicht als Begriffserweiterung bei den digitalen Inhalten eingeordnet werden. Nur auf letztere bezieht sich Art. 6 des Vorschlags.

3. Vertragstypen und AGB-Kontrolle

Angesichts der erheblichen Relevanz beider Richtlinienvorschläge für die Vertragstypenbildung des europäischen Unionsrechts und damit auch der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte ist zurecht die Frage nach den Konsequenzen für ein gesetzliches Leitbild bei der AGB-Kontrolle aufgeworfen worden. Das gilt insbesondere für den Richtlinienvorschlag zu den digitalen Inhalten, zu denen sich die Kommission – jedenfalls im Ausgangspunkt – bewußt einer Vertragstypeneinordnung enthalten hat.

Die vorgeschlagene Systematik determiniert freilich die Vertragstypenbildung der Mitgliedstaaten nicht zwingend. Insbesondere führt die vollharmonisierende Wirkung der Richtlinie nicht dazu, daß die Mitgliedsstaaten an den gewählten systematischen Zugang gebunden werden, soweit es um Fragen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie geht. Das ergibt sich nicht nur aus der ausdrücklichen Äußerung der Kommission, wonach die Vertragsbildung den Mitgliedstaaten überlassen bleiben soll, sondern auch aus der Natur der Vollharmonisierung und der Hierarchiebildung durch Unionsrechtsakte: Nur soweit die Unionsrechtsakte eingreifen, sind sie imstande, Bindungen der Mitgliedsstaaten zu produzieren.

Im Anwendungsbereich des Vorschlags für eine Richtlinie zur Bereitstellung digitaler Inhalte, tritt eine solche Bindung zwar grundsätzlich ein, sie ist freilich auf die enthaltenen materiellen Regeln – also vor allem die Regelung der Sach- und Rechtsmängel nebst Rechtsfolgen – beschränkt. Da diese Regelungen gem. Art. 19 des Richtlinienvorschlags auch nicht zu Lasten der Verbraucher abbedungen werden können, stellt sich insoweit eine AGB-Problematik weitgehend nicht. Für die nicht von der Richtlinie erfaßten Regelungen des Besonderen Schuldrechts – für das BGB etwa die §§ 454-473, 641 ff. sowie (soweit überhaupt anwendbar) §§ 537 ff. mit Ausnahme des § 540 – bleibt es den Mitgliedsstaaten überlassen, wie sie unter Einhaltung der Maßstäbe der Klauselrichtlinie 94/13/EWG den Kontrollmaßstab für Vertragsklauseln bestimmen. Dazu zählt auch eine entsprechende Vertragstypenbildung.

Für einen weiteren Bereich bleibt die Frage freilich offen: Die Bestimmung, welche Rechte Dritter vertragswidrig im Sinne von Art. 8 des Richtlinienvorschlags sind, wird es möglicherweise auch auf die Typisierung und Einordnung des jeweiligen Vertrages ankommen. Zu dieser – für die Richtlinie insgesamt völlig zentralen – Frage verhält sich der Entwurf nicht oder zumindest nicht ausdrücklich. Zu diesen Fragen siehe einerseits sogleich sub 4 sowie unten sub IV.

4. *Zusammenhang zwischen Unterhaltungslast und Weiterveräußerungsbefugnis*

Die von der Kommission bewußt weitgehend offen gelassene Vertragstypenbildung bei digitalen Inhalten⁵ ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, wirft freilich erhebliche Folgefragen auf (zu diesen teilweise schon oben sub 3). Insbesondere stellt sich die Frage nach dem Zusammenspiel der von der Richtlinie geregelten Pflichten des Unternehmers mit der Typisierung. So dürfte eine dauerhafte Pflicht zur Aufrechterhaltung der Qualität nach Art. 6 III Digitale-Inhalte-Richtlinie vor allem bei Gebrauchsüberlassungssituationen zur Anwendung gelangen, welche keine permanente Überlassung, sondern eine solche auf (gegebenenfalls unbestimmte) Zeit zum Gegenstand haben. Umgekehrt wird eine Weiterveräußerungsbefugnis des Verbrauchers unter Art. 8 Digitale-Inhalte-Richtlinie – im Hinblick auf die urheberrechtlichen Grundlagen – regelmäßig nur im Falle eines punktuellen Austauschvertrags geschuldet sein.⁶

Aus dieser Typisierung (Unterhaltungslast bei Gebrauchsüberlassung auf Zeit und Weiterveräußerungsbefugnis in der Kaufsituation) ließe sich beim jetzigen Stand des Richtlinienvorschlags möglicherweise dogmatisch die Regel ableiten, daß der Ausschluß der Unterhaltungslast im Sinne von Art. 6 III des Vorschlags automatisch die Pflicht zur Verschaffung einer Weiterveräußerungsbefugnis begründet. Ein solcher Zusammenhang wäre geradezu paradigmatisch für Aufgaben und Funktion der Vertragstypenbildung in den Europäischen Rechtsordnungen und würde sich auch auf unionsrechtlicher Ebene begründen lassen. Für das Gesetzgebungsverfahren sollte hier für mehr Klarstellung gesorgt werden. Ein solcher Zusammenhang wäre jedenfalls sehr plausibel.⁷

⁵ Dazu *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 61.

⁶ Auf die Frage einer Abtretbarkeit des Anspruchs auf Gebrauchsüberlassung kann hier nicht eingegangen werden.

⁷ Der umgekehrte Schluß gilt hingegen nicht, weil auch Kaufsituationen (mit Weiterverkaufsbefugnis) im digitalen Bereich nicht selten mit nachlaufenden Unterhaltungspflichten verbunden sind. Der Richtlinienvorschlag nimmt auf diesen Umstand in Art. 6 I lit. d Bezug.

5. Verhältnis zu sonstigen Rechtsakten des Unionsrechts

Der Vorschlag für eine Onlinehandel-Richtlinie regelt das Verhältnis dieser Richtlinie zu anderen Rechtsakten des Unionsrechts nicht ausdrücklich. Das ist grundsätzlich unschädlich, weil insoweit die allgemeinen Regeln des Unionsrechts einschließlich der *lex posterior*- und der *lex specialis*-Regel zur Anwendung gelangen. Dementsprechend lassen sich für Art. 7 des Vorschlags zur Onlinehandel-Richtlinie und die dort erfaßten Rechte aus geistigem Eigentum unschwer die schuldvertragsrechtliche und die urheberrechtliche Regel voneinander abgrenzen. Diese Vorschrift eröffnet damit dem Unternehmer die Möglichkeit, im Onlinehandel mehr zu versprechen als der Unternehmer zu leisten in der Lage ist, und bindet ihn daran. Insoweit entspricht die Regelung den allgemeinen Standards des Kaufrechts.

Erheblich schwieriger ist die Lage hinsichtlich des Vorschlags einer Digitale-Inhalte-Richtlinie. Das ist bereits im Ausgangspunkt bedauerlich, weil gerade im Verhältnis zu Rechten des geistigen Eigentums und insbesondere des Urheberrechts die Verschaffungspflicht nach Art. 8 des Vorschlags den rechtspolitischen Kern des gesamten Rechtsakts bilden würde. Geradezu unverständlich ist daher die allgemeine Subsidiaritätsklausel in Art. 3 VII des Richtlinienvorschlags. Zwar erfaßt die Vorschlag lediglich Normkollisionen und keine Zielkonflikte zwischen den verschiedenen Instrumenten, sie wirft jedoch Fragen vor allem dort auf, wo die schuldrechtlichen Regelungen einer Digitalen-Inhalte-Richtlinie künftig urheberrechtliche Standards zwar nicht normativ, aber doch funktional zu überspielen geeignet sind.

Regelungsklarheit ergibt sich hier nicht bereits aus der – zutreffenden – These, die Richtlinie wolle gerade die Trennung der Regelungsebenen von Schuld-, Vertrags- und Urheberrecht und gestattet daher dem Unternehmer, mehr zu versprechen als er urheberrechtlich verschaffen könne (dazu noch unten sub IV). Gerade im Hinblick auf die unklare Verortung von Lizenzverträgen, welche nicht zuletzt in der Spezialliteratur schuldvertragsrechtlich eingeordnet werden, lassen hier eine deutlichere Klarstellung angezeigt erscheinen. Diese sollte zum Ziel haben, daß Art. 3 VII des Richtlinienvorschlags den Unternehmer nicht daran hindert, im Vertrag mit den Verbrauchern mehr zu versprechen als er urheberrechtlich zu leisten imstande ist.

Problematisch und in erheblichem Maße auslegungsbedürftig ist in diesem Kontext auch die besondere Abgrenzungsnorm zum Datenschutzrecht in Art. 3 VIII des Richtlinienvorschlags. Angesichts der ohnehin bestehenden Funktionstrennung von persönlichkeitsschützendem Datenschutz und Vertragsinteressen behandelnden Schuldvertragsrecht ließen sich vernünftige Ergebnisse auch ohne eine solche Regelung erzielen. Ihre explizite Fassung wirft hingegen die zusätzliche Frage auf, insbesondere inwieweit die Vorschriften über Daten als Leistung sowie die Vorschriften zur Qualitätsbestimmung durch Datenschutzrecht überlagert werden

können. Zwar ist letzteres nach richtiger Auslegung nicht der Fall, der jetzige Regelungsstand wirft in dieser Hinsicht aber mehr Fragen auf als beantwortet werden.

II. Neue (Sach-)Mängelbegriffe in Artt. 4-6 Onlinehandel-RL und Artt. 6 und 7 Digitale-Inhalte-RL

Die vorgeschlagenen Mängelbegriffe beider Richtlinien nehmen im großen und ganzen dem aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999 bekannten Faden auf, verbinden also objektive und subjektive Elemente zu einem mehrteiligen Fehlerbegriff. Gleichwohl bedürfen die Entwürfe an mehreren Punkten einer Änderung und lassen wichtige Fragen offen.

1. Sprachliche Neufassung

Geradezu ärgerlich ist die nicht rechtspolitisch bedingte weitgehende Neuformulierung der Standards der Vertragsgemäßheit gegenüber Art. 2 der Verkaufsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG.⁸ Die Modifikation ist um so unverständlicher, als Art. 2 II, also der Kern der kaufvertraglichen Qualitätsstandards nach der Richtlinie von 1999 bislang keinerlei Schwierigkeiten bereitet hat und die zugleich mit Art. 35 CISG auf nahezu weltweit maßgebendem Einheitsrecht des B2B-Bereichs beruht.⁹

Im Vergleich zur bisher allein maßgebenden Richtlinie von 1999 müssen die neuen Entwürfe geradezu als geschwätzig eingeordnet werden, was nicht nur zusätzliche Tatbestandsmerkmale, sondern auch neue, bislang unbekannte Auslegungsfragen herbeiführt. Wirklich unverändert geblieben ist insoweit allein die Bestimmung über den konkreten Zweck, zu dem der Vertragsgegenstand geeignet sein muß (Art. 2 II lit. b Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG, Art. 4 I lit. b RL-Vorschlag Onlinehandel und Art. 6 I lit. b RL-Vorschlag Digitale Inhalte), wobei gerade in diesem Punkt durch die Einführung der Vollharmonisierung signifikanter Änderungsbedarf besteht, der freilich nicht sprachlich, sondern rechtspolitisch begründet ist (dazu unten sub III).

Hinsichtlich der Eignung für gewöhnliche Gebrauchszwecke übernimmt zwar Art. 5 RL-Vorschlag Onlinehandel in lit. a die Formulierung aus Art. 2 II lit. c der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG. Hingegen weitet Art. 6 II Hs. 1 die Formulierung in geradezu geschwätziger Art und Weise aus. Einziger Grund dieser Ausweitung ist die in Art. 6 mehrfach auftretende Klarstellung, daß Fragen der

⁸ Dazu die Synopse im Anhang I dieser Stellungnahme.

⁹ Rechtspolitisch begründete Abweichungen finden sich insoweit zwar in Art. 2 der Richtlinie von 1999. Die Abweichung in den Formulierungen sind freilich recht begrenzt.

Qualität nach Art. 6 RL-Vorschlag Digitale Inhalte auch den Funktionsumfang (was angesichts des erwähnten Erfordernisses der *fitness for purpose* ohnehin überflüssig ist), die Interoperabilität (auch hier läßt sich zweifeln) sowie „andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit“ Gegenstand der Qualitätsbestimmung sind. Noch weiter geht die Abweichung der Formulierung hinsichtlich der Qualitätsmerkmale, die sich aus der Leistungsbeschreibung aus Probe oder Muster ergeben. Aus der knappen Formulierung in Art. 2 II lit. a Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG ist wiederum eine sehr breite Formulierung in Art. 4 I lit. a RL-Vorschlag Onlinehandel und Art. 6 I lit. a RL-Vorschlag Digitale Inhalte geworden, ohne daß hierdurch mehr gewonnen würde, als daß die zur üblichen Beschaffenheit bereits erwähnten Merkmale (Funktionsumfang, Interoperabilität etc.) ebenfalls Teil der Qualitätsbestimmung nach Art. 6 RL-Vorschlag Digitale Inhalte sind. Die übliche Beschaffenheit nach Art. 2 II lit. d Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG ist hingegen lediglich in Art. 5 lit. c RL-Vorschlag Onlinehandel übernommen worden, während sie im Richtlinienvorschlag zu den Digitalen Inhalten gänzlich fehlt, ohne daß ein rechtspolitischer Grund dafür deutlich wird.

Insgesamt ist – soweit keine rechtspolitischen Gründe für eine Änderung sprechen – dringend anzuraten, die bewährten Formulierungen aus Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG nicht zu verändern. Die teilweise nur der Klarstellung dienenden Erweiterungen der Formulierungen sollten – so sie rechtspolitisch denn gewünscht bleiben – nicht Teil des Normtextes werden. Vielmehr bietet sich für sie eine Klarstellung in den Erwägungsgründen an. Das gilt sowohl hinsichtlich der von den Qualitätsstandards erfaßten Merkmale als auch für die zusätzliche genannten Kriterien, etwa die in Art. 6 II lit. b RL-Vorschlag Digitale Inhalte genannten internationalen technischen Normen und Verhaltenskodizes. Die Belastung durch eine Neuregelung ist für die betroffenen Unternehmen ohnehin schon hoch genug. Man muß sie nicht auch noch durch Änderungen bewährter Formulierungen erhöhen, wo das rechtspolitisch nicht gesondert angezeigt ist.

2. *Primat der Leistungsbeschreibung?*

Inhaltlich läßt sich – jedenfalls für den Richtlinienvorschlag Digitale Inhalte die Gefahr einer zu starken Subjektivierung des Mangelbegriffs feststellen. In diesem Sinne hat die Kürze der Kriterienliste respective Liste an *implied terms* in Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG den großen Vorteil, daß es zu einer Rangfolge objektiver und subjektiver Kriterien nicht kommt und gleichzeitig sämtliche Aspekte in denselben systematischen Zusammenhang integriert werden. In Kombination mit der Zwingendstellung durch Art. 7 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG und den Umsetzungen in §§ 434, 475 BGB haben jedenfalls die deutsche Lehre und Rechtsprechung ein gutes

Gleichgewicht entwickelt. Das gilt insbesondere für das schon seit langem verbreitete Phänomen der Versuche von Gewährleistungsausflüssen durch Leistungsbeschreibungen.¹⁰ Insbesondere in den sog. „Bastlerauto“- oder „Schrotauto“-Fällen ist es gelungen, pauschale Risikoverschiebungen auf den Erwerber dadurch zu unterbinden, daß zumindest derart pauschale und nicht mit der Realität übereinstimmende Herabsetzung des Qualitätsniveaus nicht akzeptiert werden oder sogar für konkrete Ausschlüsse auch konkrete Risikolagen gefordert werden.

Für die Onlinehandel-Richtlinie hat die Kommission nun eine Trennung der *implied terms* in subjektive (Art. 4) und objektive (Art. 5) vorgeschlagen. Art. 4 III RL-Vorschlag Onlinehandel verknüpft beide Bestimmungen, indem für die Abbedingung der *implied terms* unter anderem nach Art. 5 RL-Vorschlag Onlinehandel vorausgesetzt wird, daß den Verbraucher der „besondere Umstand der Waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt war und er diesen besonderen Umstand bei Vertragsschluß ausdrücklich akzeptiert hat“. In dieser Klausel liegt eine ganz erhebliche Objektivierung, die pauschale Gewährleistungsausschlüsse durch Leistungsbeschreibungen völlig ausschließt. Schwierigkeiten bereitet diese Vorschrift allenfalls bei – realistischen – atypischen Zwecksetzungen, etwa wenn ein Automobil tatsächlich ausschließlich zu Ausstellungszwecken erworben wird. Hier ist die Kommission möglicherweise über ihr Ziel hinausgeschossen, sofern es nicht gelingt, entsprechende Sonderzwecksetzungen auch in Art. 5 zum Maßstab der Konkretisierung der objektiven *implied terms* zu machen.

Hingegen enthält Art. 6 RL-Vorschlag Digitale Inhalte eine Hierarchisierung der Kriterien, wonach die objektiven *implied terms* nur eingreifen, „soweit der Vertrag nicht klar und umfassend die Anforderung an diese Inhalte gem. Abs. 1 bestimmt“ und damit der Leistungsbeschreibung einen vereinbarten Verwendungszweck sowie weiteren Abreden den Vorrang über die objektiven Kriterien einräumt. Durch diese Systematisierung entsteht die Gefahr eines generellen Vorrangs der Leistungsbeschreibung und vereinbarter Zwecke über die objektiven Standards. Damit würde die Richtlinie hinsichtlich der „Sach“-Mängel ihren eigenen rechtspolitischen Kern verfehlen, nämlich die Beseitigung von Inkohärenzen zwischen erwecktem Eindruck hinsichtlich der Leistung der digitalen Inhalte und dem tatsächlichen Vertragsinhalt. Diese Hierarchisierung wird auch nicht durch die Regelung zum zwingenden Charakter in Art. 19 RL-Vorschlag Digitale Inhalte beseitigt, weil diese Vorschrift nicht mehr schützt als die in den materiellen Vorschriften vorgegebenen Regeln und damit die Subjektivierung noch einmal festschreibt.

¹⁰ Dazu etwa schon rechtsvergleichend *Schwenzer*, Die Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung im amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt 1979.

In diesem Punkt besteht ein ganz erheblicher Änderungsbedarf, sollen die sich aus der gewöhnlichen Funktionalität digitaler Inhalte speisenden Verbrauchererwartungen nicht enttäuscht werden. Im Extremfall droht etwa die Möglichkeit, die objektiven Standards nach Art. 6 II RL-Vorschlag Digitale Inhalte durch die schlichte Bezeichnung als Beta-Version auszuschließen.

3. *Eignung für vorausgesetzte Zwecke*

Der Vollharmonisierungsansatz beider Richtlinien rückt einen Punkt ins Licht rechtspolitischer Betrachtung, der wegen des Mindestharmonisierungsansatzes der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG bislang keine wesentliche Rolle gespielt hat: Es geht um die Anforderungen an eine nicht bereits gewöhnliche Verwendung, für die sich der Leistungsgegenstand (Ware respective digitaler Inhalt) eignen muß. Während § 434 I 2 Nr. 1 BGB lediglich eine „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ fordert, verweisen Art. 4 I lit. b RL-Vorschlag Onlinehandel sowie Art. 6 I lit. b RL-Vorschlag Digitale Inhalte auf einen Zweck, „den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluß zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat“.

Dieses Zustimmungserfordernis, das sich in dieser Form bereits in Art. 2 II lit. b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG findet, stellt den Verbraucher bei individuellen Verwendungszwecken erheblich schlechter als das deutsche Recht, nachdem bereits die hinreichende Kenntnissgabe durch den Verbraucher ausreicht, wenn der Verkäufer nicht widerspricht¹¹ und vor allem auch schlechter als den Käufer im grenzüberschreitenden Handelsverkehr nach Art. 35 II lit. b CISG. Die Formulierung der letztgenannten Vorschrift hat gegenüber der des § 434 BGB den Vorteil, daß unklare Äußerungen des Verkäufers, denen sich eine Zustimmung nicht positiv entnehmen läßt, zu dessen Lasten gehen.

Die Tradition des englischen und US-amerikanischen Rechts schränkt die Vorschrift statt dessen die Qualitätsanforderung auf die Fälle schutzwürdigen Käufervertrauens ein. Aus den Umständen darf sich nämlich nicht ergeben, daß „der Käufer auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers nicht vertraute oder vernünftigerweise nicht vertrauen konnte“. Diese Lösung ist nach meiner Überzeugung die deutlich bessere, weil sie von vorn herein unterschiedliche Leistungsfähigkeiten der Verkäuferseite (insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen) bei der Bestimmung besonderer Zwecksetzungen mit einbezieht, ohne andererseits ein berechtigtes Vertrauen des Käufers zu enttäuschen.

¹¹ Das ergibt sich bereits daraus, daß der Gesetzgeber § 434 I 2 Nr. 2 BGB neben den Fall der vereinbarten Beschaffenheit nach § 434 I 1 BGB gestellt hat. Im Schrifttum wird freilich vielfach auch eine zumindest konkludente Zustimmung gefordert.

4. *Datensicherheit als Frage der Qualität*

Für Richtlinienvorschläge zum digitalen Binnenmarkt doch sehr überraschend ist das Schweigen der Qualitätsbestimmungen beider Vorschläge zu Fragen der Datensicherheit. Waren wie auch digitale Inhalte, die für den Umgang mit personenbezogenen Daten nicht hinreichend sicher sind, sollten in jedem Falle als vertragswidrig im Sinne von Art. 4, 5 RL-Vorschlag Onlinehandel und Art. 6 RL-Digitale Inhalte angesehen werden. Dieses Petitum gilt sowohl für mögliche konstruktive Sicherungen respective den Verzicht auf überflüssige Datensammlungen und -quellen (*privacy by design*) als auch für datenschutzfreundliche Voreinstellungen entsprechender Geräte, die sowohl physisch durch Schalter als auch durch Softwarevoreinstellungen organisiert sein können (*privacy by default*).

Mit den vorgelegten Vorschriften ist die Erreichung solcher Qualitätsstandards in Anwendung der Umsetzungsrechte künftig genauso möglich, wie das im geltenden Recht ist. Allerdings verwundert schon, daß zwar der Gesichtspunkt der Interoperabilität ständig auch im Normtext erwähnt wird, der der Datensicherheit jedoch nicht. Im Sinne einer sparsamen Formulierung des Normtexts der Richtlinie wäre hier die Aufnahme der Datensicherheit in ihren beiden Kernspielarten – *privacy by design* und *privacy by default* – in einem Erwägungsgrund zur Richtlinie angezeigt.

Zudem muß über Anpassung der Rechtsbehelfe an entsprechende Qualitätsdefizite nachgedacht werden. Insbesondere wäre über eine Verantwortung des Anbieters für die Löschung der auf diese Weise zu Unrecht erhobenen Daten auch für den Fall nachzudenken, daß der Anbieter nicht datenschutzrechtlich verantwortlich ist. Ein solches Bedürfnis besteht im Sinne einer Folgenbeseitigung auch dann, wenn die vorgesehenen Mechanismen des Beendigungsrechts – insbesondere Art. 13 II lit. c RL-Vorschlag Digitale Inhalte – nicht eingreifen, also insbesondere bei erfolgreicher Nacherfüllung oder im Falle der Minderung.

5. *Änderungsbefugnis, Art. 15 Digitale-Inhalte-RL*

Eine sehr weitreichende Regelung für nachträgliche Änderungen der Qualität enthält Art. 15 RL-Vorschlag Digitale Inhalte. Die Vorschrift ermöglicht es dem Anbieter, Änderungen am digitalen Inhalt nach Vertragsschluß durchzuführen, wenn dies im Vertrag so vorgesehen ist. Auch wenn Bedarfe für entsprechende Änderungsklauseln rechtspolitisch unabweisbar sind, weil eine Fortentwicklung digitaler Inhalte auch über alle Formen der Mängelbeseitigung hinaus angemessen erscheint, so ist die Vorschrift doch in ihrer jetzigen Form untauglich und in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren:

(1) Die Vorschrift ist zunächst viel zu weit gefaßt, weil sie mit dem Funktionsumfang und der Interoperabilität auch Abweichungen beim Kern der vom Anbieter zu erbringenden Leistung gestattet. Das widerspricht nicht nur der überzeugenden Wertung in Nr. 1 lit. j, k (ersterer in Verbindung mit Nr. 2 lit. b) Klauselrichtlinie 93/13/EWG, sondern nimmt auch keine hinreichende Rücksicht auf das bestehende Äquivalenzverhältnis. Im Blick auf diese Breite ist Art. 15 als massiver und einseitiger Verstoß gegen den Grundsatz der Vertragsbindung abzulehnen. Das gilt auch unterhalb der Schwelle einer Änderungsbefugnis für essentialia negotii, soweit die betreffenden Verträge befristet abgeschlossen werden und der Verbraucher damit darauf vertrauen darf, daß ihn die unveränderte Leistung für den Zeitraum der Befristung ohne Abstriche zur Verfügung steht.

(2) Andererseits ist der Richtlinienvorschlag an dieser Stelle erheblich zu eng und zwar zunächst hinsichtlich seiner Beschränkung auf Beeinträchtigungen von Zugang oder Nutzung, welche sich im Wortlaut von Art. 15 IRL-Vorschlag Digitale Inhalte findet. Auch dann, wenn man diese Beeinträchtigung im Sinne eines Qualitätsdefizits nach Artt. 6-9 versteht, bleibt die Formulierung schon deshalb unklar, weil auch in diesem Falle – je nach kommunikativer Ausgangssituation beim Erwerb – höchst unterschiedliche Gestaltungen denkbar sind. Insbesondere mag eine für routinierte Nutzer vorteilhafte Änderung für weniger routinierte Nutzer – nicht selten aus besonders schutzwürdigen Gruppen, etwa der älteren Generation – eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen.¹²

Die Beschränkung auf Beeinträchtigungen birgt zudem die Gefahr von unkalkulierbaren Umkehrschlüssen, etwa dergestalt, daß ohne eine Beeinträchtigung Änderungen von Funktionsumfang, Interoperabilität oder anderer wesentlicher Leistungsmerkmale immer möglich seien oder daß die Regelung solcher Änderungen „zum Vorteil“ den Mitgliedsstaaten überlassen blieben. Soweit Änderungsklauseln überhaupt eine gesonderte Regelung erfahren sollen, sollte die Abweichung vom ursprünglich geschuldeten Standard als solche das Anknüpfungsmerkmal sein, weil eine – ggf. von Artt. 6-9 des Richtlinienvorschlags abweichende – Bewertung als nachteilig oder vorteilhaft zu massiven Wertungswidersprüchen führen würden, die auch den verständigsten Verbraucher nicht erklärbar wären.

Zu eng ist die Vorschrift ferner durch ihre Beschränkung auf solche Verträge geraten, bei denen die digitalen Inhalte (im Laufe eines im Vertrag vorgesehenen Zeitraums) bereitzustellen sind. Damit bliebe der faktisch sehr häufige Fall von Updates unberücksichtigt, welche eine ohnehin geschuldete Fehlerbeseitigung mit „Verbesserungen“ – seien es echte oder scheinbare – verbinden. Richtiger

¹² Man stelle sich nur die einen großen Erklärungsbedarf auslösende Änderung einer Benutzungsoberfläche vor, deren Qualität gerade ein Grund für die ursprüngliche Auswahlentscheidung sein mag.

Anknüpfungspunkt ist daher nicht die Frage des – latenten – Vertragstyps der zeitweisen Nutzungsermöglichung, sondern das Bestehen der Pflicht zur Aufrechterhaltung der Qualität, die auch in den punktuellen Austauschsituationen – etwa über entsprechende ergänzende Abreden – gegeben sein kann.

(3) Ungeeignet ist schließlich auch die Rechtsfolgende. So steht dem Verbraucher insbesondere keine Möglichkeit zur Kürzung der Gegenleistung offen, was bei verschlechternden Modifikationen ein durchaus wesentlicher Gesichtspunkt ist. Ferner werden in den Abrechnungsmodalitäten keine Konstellationen berücksichtigt, bei denen die vom Verbraucher zu erbringende Gegenleistung mit einer pro rata temporis-Anpassung für den Kündigungsfall nicht sachgerecht zu erfassen ist. Schließlich bleibt unberücksichtigt, daß die Modifikation das Interesse am Vertrag auch rückwirkend ganz entfallen lassen kann, was etwa in Fällen der – für den Verbraucher besonders wichtigen – Änderung der Bedienungsfläche der Fall sein kann. Ein solcher Fall einer *total failure of consideration* mit Rückwirkungscharakter wäre mindestens ebenfalls regelungsbedürftig. Das gilt insbesondere, soweit befristete Verträge Gegenstand der Regelung bleiben, weil dann die Gegenleistung auch auf die Befristung zugeschnitten ist.

III. Beweislastumkehr

Beide Richtlinienentwürfe enthalten Vorschriften über eine Beweislastumkehr zu Lasten des Anbieters. Art. 8 III RL-Vorschlag Onlinehandel dehnt die bislang aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG bekannte Sechsmonatsfrist auf zwei Jahre aus, ohne an der Konstruktion des Art. 5 III Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG etwas zu ändern.¹³ Art. 9 I RL-Vorschlag Digitale Inhalte enthält eine ähnliche, wenngleich nicht wirklich klare Regelung der Beweislastumkehr ohne eine Frist. Diese läßt sich durchaus im Sinne einer generellen Beweisbelastung des Anbieters für die Mangelfreiheit deuten, weil der sprachliche Bezug zwischen Beweislast und Zeitpunkt/Zeitraum in der Vorschrift nicht gleichermaßen klar zutage tritt wie in der für die Onlinehandel-Richtlinie vorgeschlagenen Bestimmung.¹⁴

Die Zielsetzungen beider Vermutungen sind nicht ganz klar: Die ursprüngliche Bestimmung nach Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG hatte vor allem zum Ziel, wenig substantiierte Verkäufereinwände auszuschließen, die sich auf ein

¹³ Kritikwürdig ist freilich wiederum die Änderung in der Formulierung, welche auch hier erhebliche Auslegungsprobleme nach sich ziehen wird.

¹⁴ Das gilt zumindest auch für die französische und die englische Fassung des Vorschlags: „La charge de la preuve incombe au fournisseur en ce qui concerne la conformité au contrat telle que déterminée au moment indiqué à l'article 10.“ und „The burden of proof with respect to the conformity with the contract at the time indicated in Article 10 shall be on the supplier.“

nachvertragliches Fehlverhalten des Käufers beziehen („ist ihnen wohl runtergefallen“). Diese Funktion wird für Art. 8 III RL-Vorschlag Onlinehandel zunächst fortgeschrieben, wobei auch diese Vermutung unter dem Vorbehalt steht, daß die Art der Waren und die Art der Vertragswidrigkeit mit der Vermutung nicht unvereinbar sind.

Hinzu tritt freilich ein weiterer Zweck, hinsichtlich es dessen es einer politischen Grundentscheidung für die Funktion solcher Beweislastregeln bedarf: Ziel des Art. 8 III RL-Vorschlag Onlinehandel ist es nämlich auch, die Anbieterseite zu Produkten mit längerer Haltbarkeit zu zwingen. Dahinter steht – neben zweifellos konsensfähigen Qualitätsinnovationen – auch eine an Nachhaltigkeitsgesichtspunkte (in der Spielart Ökologie) anknüpfende Zwecksetzung. Gewährleistungsrecht soll hier also bewußt zum Zwecke des Umweltschutzes eingesetzt werden. Produkte kürzerer Haltbarkeit, die nicht unter die Ausnahmen (Art der Waren und Art der Vertragswidrigkeit) fallen, sollen vom Markt verdrängt werden oder es jedenfalls schwer haben. Es geht also nicht allein um individuellen Verbraucherschutz, sondern um Steuerung über die Nachfrageseite. Zugleich darf nicht verkannt werden, daß diese zweite Zwecksetzung nicht die einzige Erklärung für eine Verlängerung ist. Vielmehr liegt auch in der Fortschreibung der Idee des Ausschlusses von Einwänden des Verbraucherfehlverhaltens eine besondere Rationalität: Die Warenqualität soll aus dieser Perspektive nämlich – vergleichbar ähnlicher Erwägungen des Produktsicherheitsrechts – auch den vorhersehbaren Fehlgebrauch Stand halten müssen.

Aus dogmatischer Sicht ist weder gegen die eine (Beibehaltung der sechs Monate) noch die andere Lösung (Verlängerung auf zwei Jahre) etwas zu erinnern. Die Frage ist vielmehr unter dem Gesichtspunkt Umweltverträglichkeit (und deren Kosten) und Anforderungen an die Fähigkeiten des Verbrauchers politisch zu entscheiden. Aus technischer Sicht muß freilich darauf hingewiesen werden, daß die bislang nur wenig durch die Praxis zu § 476 BGB ausgetesteten Ausnahmen von der Vermutung – Art der Waren und Art der Vertragswidrigkeit mit der Vermutung unvereinbar – auf diese Weise erheblich mehr in den Mittelpunkt der Betrachtung rücken. Um so wichtiger erscheint es, bei einer Entscheidung für eine Verlängerung der Vermutungsfrist bei der bisherigen Formulierung der Kaufrechtsrichtlinie zu bleiben, um den Rückgriff auf das vorhandene Entscheidungsmaterial und die damit gewonnene Rechtssicherheit auch weiterhin zu gestatten.

Im Gegensatz dazu stellen sich für die Beweislastumkehr nach Art. 9 I RL-Vorschlag Digitale Inhalte auch erhebliche rechtstechnische Schwierigkeiten. Die erste betrifft die bereits erwähnte Unklarheit des Bezugspunkts der Beweislast: Geht es um die Vertragsmäßigkeit insgesamt (und insbesondere zu den maßgebenden Zeitpunkten und Zeiträumen) oder geht es lediglich um die Beweislast für den Zeitpunkt respective den Zeitraum. Insoweit besteht zumindest Klarstellungsbedarf.

Versteht man den Vorschlag in einem weiteren Sinne, stellt sich ferner die Frage nach den Gründen für eine Abweichung von der klassischen kaufrechtlichen Beweislastverteilung. Diese zeigen sich in den Absätzen II und III der vorgeschlagenen Vorschrift, weil anders als bei der Übernahme von Sachen im Einlangen des digitalen Inhalts beim Verbraucher keine vergleichbare oder gar typisierbare Erklärungswirkung im Sinne einer Billigung nach oberflächlicher Betrachtung zugewiesen werden kann. Eine solche ergibt sich auch nicht aus der anschließenden Installation oder sonstigen Einbettung in die System- und Softwareumgebung durch den anbieterseitig vorgeprägten Installationsvorgang. Angesichts des Ablaufs in der Programm- und Systemumgebung fehlt es damit an der Rationalität, die in Deutschland etwa § 363 BGB in sich trägt. Insofern sprechen gute rechtspolitische Gründe für ein breites Verständnis von Art. 9 I RL-Vorschlag Digitale Inhalte. Letzteres gilt erst recht in dem Fall, daß es bei der oben kritisierten Regelung für die Ermittlung der geschuldeten Qualität in Art. 6 I lit. b RL-Vorschlag Digitale Inhalte und Art. 4 I lit. b RL-Vorschlag Onlinehandel bleibt. Wer als Anbieter hier zustimmt, muß zeigen, daß das Resultat dem Versprochenen entspricht.

IV. Rechtsmängelhaftung

Beide Richtlinienvorschläge enthalten zudem Regelungen betreffend Rechte Dritter, die hinsichtlich ihrer Kernelemente gleich formuliert sind und vom Anbieter verlangen, daß der Leistungsgegenstand „frei von Rechten Dritter – einschließlich frei von Rechten an geistigem Eigentum – sein“ müsse.

Außer den im Folgenden näher zu betrachtenden Detailfragen ist darauf hinzuweisen, daß die Regelung jedenfalls im Blick auf Rechte des geistigen Eigentums aus Drittstaaten zu weit geraten ist, weil eine einschränkungslose Haftungsübernahme insoweit unvorstellbar erscheint. Hier wird man erwägen müssen, den Anwendungsbereich der beiden Bestimmungen in jedem Fall – etwa nach dem Vorbild von Art. 42 CISG einzuschränken. Nicht jedes irgendwo in der Welt entgegenstehende Recht eines Dritten wird den Leistungsgegenstand im Binnenmarkt vertragswidrig sein lassen können. Ein solch genereller Zugriff ist lediglich für die Binnenmarktrechtsordnungen einschließlich des EWR und ggf. assoziierter Rechtsordnungen angemessen.

1. Herstellung von Verkehrsfähigkeit als Ziel?

Hinsichtlich der Belastung des Leistungsgegenstands mit Rechten aus geistigem Eigentum Dritter fehlt es für beide Bestimmungen – vor allem aber für Art. 8 RL-Vorschlag Digitale Inhalte – an hinreichender Klarheit hinsichtlich der

Zielsetzung. Das ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil sich die parallele urheberrechtliche Diskussion derzeit intensiv mit Möglichkeiten und Grenzen der Herstellung der Verkehrsfähigkeit digitaler Inhalte befaßt.

Insbesondere im Hinblick auf die vorgeschlagenen Rückgriffsrechte nach Art. 17 RL-Vorschlag Digitale Inhalte und Art. 16 RL-Vorschlag Onlinehandel ließe sich ggf. ein entsprechender Regelungszweck argumentieren. Das gilt vor allem dann, wenn man mit beiden Regreßvorschriften die Vorstellung einer Regreßkette bis hin zum für eine Verkehrsfähigkeit verantwortlichen Rechteinhaber verbindet. Eindeutig ist dies freilich nicht. Deshalb sollte im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens klargestellt werden, ob die Verkehrsfähigkeit, die ja ohnehin nur einen Teil der erfaßten Verträge – nämlich die kaufartigen Gestaltungen – betreffen kann und etwa für vorübergehende Gebrauchsüberlassungssituationen allenfalls geringfügig relevant ist, Regelungsziel der Richtlinien ist.

2. *Herstellung der Kohärenz von Äußerungen und Vertragsinhalt*

Rechtspolitischer Kern der Vorschläge und insbesondere der Rechtsmängelhaftung nach Art. 8 RL-Vorschlag Digitale Inhalte ist jedenfalls auch die Herstellung hinreichender Kohärenz von Äußerungen der Anbieterseite mit dem Inhalt des geschlossenen Schuldvertrages und der anschließend erbrachten Leistung mit Blick auf Rechte Dritter. Dieses Regelungsziel, daß, je nach Vertragsgestaltung, durchaus zu unterschiedlichen Reichweiten der Rechtsmängelhaftung führen kann, was ja auch bereits Art. 8 II RL-Vorschlag Digitale Inhalte zeigt, sollte als Regelungszweck beider Vorschriften noch deutlicher hervorgehoben werden, indem dieses Ziel ausdrücklich in den Erwägungsgründen der Richtlinie angesprochen wird.

3. *Ausdifferenzierung des Rechtsmängelbegriffs – Typenbildung?*

Mit Recht ist im Blick auf diese Zielsetzungen eine weitere Ausdifferenzierung des Rechtsmängelbegriffs angemahnt worden (insbesondere *Spindler*). Gerade für die vorliegende Frage, inwieweit die Freiheit von Rechten Dritter unter dem Vertrag geschuldet ist, hilft die generalklauselartige Formulierung vor allem in Art. 8 RL-Vorschlag Digitale Inhalte nicht so recht weiter. Von der Vertragsgestaltung wird nämlich insbesondere abhängen, ob der Verbraucher die Wiederverkäuflichkeit der erworbenen digitalen Inhalte und inwieweit er eine Freiheit von rechtlichen Nutzungsbeschränkung erwartet. Für Verbraucherverträge sollte hier zwar unbedingt mit Typisierungen gearbeitet werden, eine ganz allgemeine Verpflichtung zur Freiheit von Dritten einschließlich von Rechten an geistigem Eigentum genügt insoweit aber nicht.

Hinsichtlich der Frage einer Weiterveräußerungsbefugnis sollte sich die Typisierung weitgehend an den Grundlinien des Urheberrechts orientieren, nach denen eine Erschöpfung und damit die Weiterveräußerungsbefugnis für Gestaltungen perpetuierter Überlassung, also für kaufartige Situationen, in Betracht kommt. Reine Dienstleistungssituationen sowie Gebrauchsüberlassungen auf – ggf. unbefristete – Zeit würden eine solche Pflicht zur Verschaffung der Weiterveräußerungsbefugnis regelmäßig nicht eintreten lassen. Insoweit müßte man sich allenfalls über die Möglichkeit einer (dann wiederum zeitlich begrenzten) Abtretungsmöglichkeit Gedanken machen. Geboten erscheint die Weiterveräußerungsmöglichkeit der digitalen Inhalte als solche (inklusive perpetuierter Nutzungsbefugnis) damit lediglich in Situationen des Kaufs. Bei der Typisierung muß dabei nicht auf Einschränkungen der Erschöpfungswirkung unter dem Urheberrecht (Stichwort: Grenzen von UsedSoft) Rücksicht genommen werden, weil es darum geht, daß solche Einschränkungen dem Verbraucher auch in einer Weise zur Kenntnis gebracht werden, daß sie von diesem wahrgenommen und in der Gegenstand der Leistungsvereinbarung werden, daß ohne Weiterveräußerungsbefugnis lediglich Gebrauchsüberlassungen auf – ggf. unbestimmte – Zeit vereinbart werden. Nur durch eine solch klare Grenzziehung läßt sich eine hinreichende Transparenz der Anbieter- und Vertriebskommunikation erzwingen.

Anders steht es mit Beschränkungen der Nutzung durch den Verbraucher insbesondere in den Gestaltungen der Gebrauchsüberlassung und der Dienstleistung. Auch insoweit sind die Vorschläge zu undifferenziert. Allerdings läge es hier besonders nahe, auch die Rechtsmängelhaftung an den Kriterien der allgemeinen Qualitätsbestimmung auszurichten. Entsprechend den obigen Ausführungen zur „Sach“-Mängelhaftung wäre daher ein gleichberechtigtes Nebeneinander möglicher *implied terms* anzustreben, die zum einen auf die – ggf. durch Probe, Muster oder Testversionen geprägte – Beschreibung rekurrieren, zum anderen den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch zum Maßstab erheben und schließlich auf üblichen Gebrauch und übliche Eigenschaften abstellen. Dieser Kriteriensatz erlaubt – wie bei der Sachmängelgewährleistung – auch für Rechtsmängel eine an den beiderseitigen Erwartungen hinreichend orientierte Konkretisierung und ist damit den vorgeschlagenen generalklauselhaften Zugängen mit Ausfüllungsbedürftigkeit durch Richter (und schlimmstenfalls durch verschieden agierende Umsetzungsgesetzgeber) vorzugswürdig. Durch das Abstellen auf die berechtigten Funktionalitätserwartungen des Verbrauchers würde sogar eine Vertragstypenabgrenzung im Normtext entbehrlich und könnte auf entsprechende Hinweise in den Erwägungsgründen begrenzt werden.

4. *Drohende Ausweichbewegungen?*

In bisherigen Äußerungen zum bisherigen RL-Vorschlag Digitale Inhalte ist die Befürchtung geäußert worden, eine allzu weitreichende Rechtsmängelhaftung, welche insbesondere weitere Übertragungsbefugnisse in großem Maße geschuldet sein lasse, könne zu Ausweichbewegungen der Rechteinhaberseite führen. Dem ist zunächst zuzustimmen, wenngleich solche Ausweichbewegungen nur dort zu erwarten sind, wo alternative Geschäftsmodelle – regelmäßig ohne perpetuierte Übertragung – am Markt durchsetzbar sind. Die großen Musikportale insbesondere zeigen freilich, daß entsprechende Erwartungen alles andere als unrealistisch sind.

Allerdings ist hier wiederum nach den Zwecken der Rechtsmängelhaftung unter dem RL-Vorschlag Digitale Inhalte zu fragen. Problematisch wären die beschriebenen Ausweichbewegungen hin zu Gebrauchsüberlassungs-, Abonnements- und Dienstleistungsgestaltungen (insbes. Streaming) nämlich nur unter dem Gesichtspunkt der Herstellung der Verkehrsfähigkeit Digitaler Inhalte. Wäre diese eines der Kernziele des Richtlinienvorschlages, so wäre Vorsicht in der Tat angezeigt, um die Bedingungen der Verkehrsfähigkeit durch Erschöpfung nicht bereits auf der schuldrechtlichen Ebene systematisch zu beseitigen. Stellt man freilich richtigerweise die Herstellung der Kohärenz von Anbieteräußerungen, Vertragsinhalt und Leistungsgegenstand in den Mittelpunkt der Erwägungen und Zielsetzungen des Richtlinienvorschlages, sind die Ausweichbewegungen gänzlich unbedenklich. Aus dieser spezifisch verbraucherschützenden Perspektive sind Musikportale, Abonnementverträge und reine Streamingsituationen völlig unbedenklich, wenn die dort vertriebenen Angebote mit der erforderlichen Transparenz kenntlich gemacht werden und dem Verbraucher nicht der Erwerb permanenter Rechte im Sinne eines „Kaufs“ vorgegaukelt wird. In diesem Sinne ist Regelungsgegenstand der Richtlinie dann die hinreichende Transparenz bei der Bezeichnung des Vertragsinhalts.

Ein bereits oben erwähnter Anhaltspunkt für eine besonders weitreichende Pflicht zur Rechteverschaffung ergäbe sich richtigerweise aus der fehlenden Unterhaltungsverantwortung des Anbieters für die digitalen Inhalte (oben I. 4.). Wer sich kaufartig in eine „*fire und forget*“-Situation begibt, schuldet nach den typisierbaren Verkehrserwartungen auch die Weiterübertragbarkeit der verschafften digitalen Inhalte.

5. *Behandlung von EULA*

In der bereits angelaufenen Diskussion ist zudem mehrfach auf die nach der richtigen Behandlung von *End User License Agreements* (EULA) im Rahmen der Rechtsmängelhaftungstatbestände vor allem des RL-Vorschlags Digitale Inhalte eingegangen worden. Hierbei geht es um die Praxis der Anbieter, nach

Vertragsschluß und damit nach Begründung der Leistungspflichten auch hinsichtlich des Umfangs der Rechteeinräumung vom Verbraucher die Zustimmung zu weiteren – ggf. einschränkenden – Vereinbarungen, den EULA, zu verlangen, die typischerweise mit dem Rechteeinhaber oder einem Sublizenznehmer abgeschlossen werden.

Aus deutscher Perspektive wäre hier zunächst an die Konstellationen des vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts zu erinnern, der traditionell nicht imstande ist, die einmal vereinbarten Pflichten des Verkäufers im Rahmen des Leistungsvorgangs wieder einzuschränken. Von dieser typisierten Annahme finden sich zwar Ausnahmen, freilich ist die Schwelle zu einer Zustimmung zur Vertragsänderung durch den Erwerber denkbar hoch. In diesem Sinne wird man auch unter der Rechtsmängelhaftung nach beiden Richtlinien mit entsprechenden Lizenzvereinbarungen umzugehen haben. Bereits deren Angebot ist vertragswidrig und berechtigt den Verbraucher zur Ausübung der maßgebenden Rechtsbehelfe. Diese Lösung ergibt sich bereits aus den Zwingendstellungen in beiden Richtlinien.

Allerdings begründet die bisherige – ja jetzt schon weitgehend rechtswidrige – Vertragsschlußpraxis zusätzliche Schutzbedarfe hinsichtlich der Durchsetzung des Standards der Rechtsmängelhaftung. Hier sollte der vorliegende Vorschlag mit einer Erweiterung der Richtlinie 2005/29/EU über unfaire Geschäftspraktiken verbunden werden. Auf diese Weise wäre bereits das Angebot zum Abschluß einer – als Modifizierung gedachten – Lizenzvereinbarung ausdrücklich rechtswidrig, sofern kein echter Vertragsänderungswille vorliegt respective feststellbar ist. Ohne einen solchen zusätzlichen Rechtsdurchsetzungsmechanismus ist – gerade bei großen Anbietern – dauerhaft mit weiteren Versuchen der nachträglichen Beschränkung der Rechtsmängelhaftung entgegen den Vorgaben der Richtlinie zu rechnen.

V. Daten als Leistung

Zu den schwierigen Fragen von Daten als Leistungsgegenstand, die in den vorliegenden Entwürfen vor allen Dingen im Kontext von Art. 3 I RL-Vorschlag Digitale Inhalte aufscheinen, habe ich gemeinsam mit "Anna Grimm" gegenüber dem BMJV gutachterlich Stellung genommen. Dieses Gutachten ist in seinen Kernergebnissen am 3.5.2016 vorgestellt worden,¹⁵ so daß es hier nur einer ganz knappen Zusammenfassung der Ergebnisse bedarf:

(1) Die Einbeziehung von Konstellationen mit Daten als Gegenleistung für digitale Inhalte ist zu begrüßen. Eine gelungene schuldrechtliche Erfassung der betreffenden Sachverhalte begründet kein – problematisches – Immaterialgüterrecht

¹⁵ Siehe die Links zu den Präsentationen unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/05032016_Digitales_Vertragsrecht.html. Das Gutachten wird derzeit überarbeitet und soll zeitnah in einer Fachzeitschrift erscheinen.

an personenbezogenen Daten, sondern bildet lediglich die schuldrechtliche Lage (teilweise) ab.

(2) Art. 3 I RL-Vorschlag Digitale Inhalte sollte sich aber vor allem auf die Einwilligung des Betroffenen als den datenschutzrechtlich maßgeblichen Leistungsgegenstand beziehen. Die Beschränkung auf aktiv übermittelte Daten ist dementsprechend realitätsfern, mißverständlich und für einen angemessenen Interessenausgleich ungeeignet.

(3) Angesichts des geringen Entwicklungsgrads der nationalen Datenschuldrechte sollte auf die Regelung weiterer Rechtsfolgen jedoch weitgehend verzichtet werden. Das gilt insbesondere für die mißlungenen Beschränkungen der Rückabwicklung bei Vertragsaufhebung in Kaufsituationen, welche die Vertragsaufhebung mangels Rückgewähr der Vorteile aus dem Vertrag nahezu vollständig entwerten. Einzige Ausnahme sollte der Ausschluß des Nacherfüllungsanspruchs für den Fall des datenschutzrechtlichen Widerrufs sein.

VI. Schadensersatz

Gleich in mehrfacher Hinsicht mißlungen ist schließlich die in Art. 14 RL-Vorschlag Digitale Inhalte vorgesehene Regelung zum Schadensersatz. Das gilt zunächst einmal hinsichtlich der inneren Struktur dieser Regelung. Art. 14 I 1 des Richtlinienvorschlags begründet nämlich eine Verantwortung des Anbieters für „jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung“ also für eine Verletzung des Integritätsinteresses. Das harmoniert nicht mit Art. 14 I 2 des Vorschlags, der nach seiner Formulierung nämlich nicht auf das durch S. 1 geschützte Integritätsinteresse, sondern auf ein Erfüllungsinteresse gerichtet ist. Bereits diese innere Struktur läßt an einer klaren Konzeption der Vorschrift zweifeln.

In der vorliegenden Form unhaltbar ist die Vorschrift aber vor allem im Hinblick auf die fehlende Abstimmung auf das Konzept der Vollharmonisierung. Schadensersatzansprüche auch wegen anderer Schäden (Unzugänglichkeit des Internets, fehlende Möglichkeit zur Wahrnehmung von Angeboten etc.) werden durch die Vorschrift nicht erfaßt, sollten aber keinesfalls durch die Richtlinie ausgeschlossen werden. Eine Klarstellung durch einen entsprechenden Zusatz, wonach der Anbieter den Verbraucher „jedenfalls“ für jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung hafte, ist daher dringend angezeigt.

Für begrüßenswert halte ich hingegen den Verzicht auf jede Form von an §§ 276, 280 I 2, 311a II 2 BGB orientiertem Verschuldensprinzip in der Haftungsvorschrift. Das gilt insbesondere auch hinsichtlich der betreffenden Integritätsschäden an der digitalen Umgebung des Verbrauchers. Die Vorschrift entspricht damit nämlich nicht nur den europäischen und – mit dem internationalen

UN-Kaufrecht CISG¹⁶ – internationalen Standards, sondern verzichtet auch auf die systematischen Verwirrungen, die die Durchsetzung des Verschuldensprinzips für anfängliche Mängel der Kaufsache im deutschen Recht insgesamt ausgelöst hat. Sie erscheinen vor dem Hintergrund des Volkswagen-Skandals für ohnehin nicht mehr zeitgemäß und sollten daher auch nicht in einer europäischen Richtlinie aufscheinen.

Lediglich Haftungsausschlüsse für höhere Gewalt nach Art. 79 CISG sind angezeigt, soweit sich diese auf Ereignisse nach Vertragsschluß beziehen. So sollte insbesondere der Anbieter digitaler Inhalte nicht für Schäden haften müssen, die dadurch entstehen, daß eine gelieferte Software etwa durch Stromausfall korumpiert wird und anschließend weitere Schäden anrichtet. Die Unterhaltungsverantwortung für digitale Inhalte in den Fällen von Dauerschuldverhältnissen (s. Art. 6 III RL-Vorschlag Digitale Inhalte) sollte eine solch weitreichende Zufallshaftung nicht verlangen.

¹⁶ Siehe die Leitentscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs, Urteil vom 24. März 1999 – VIII ZR 121/98, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/990324g1german.html> (Rebwachs).

Anlage I

Artikel 2 RL 1999/44/EG – Vertragsmäßigkeit

- (1) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäÙe Güter zu liefern.
- (2) Es wird vermutet, daß Verbrauchsgüter vertragsgemäÙ sind, wenn sie
- a) mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des Gutes besitzen, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat;
 - b) sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluß zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat;
 - c) sich für die Zwecke eignen, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden;
 - d) eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes [...] in Betracht gezogen werden.

Artikel 4 RL-Vorschlag Onlinehandel – Vertragsmäßigkeit der Waren

1. Der Verkäufer hat dafür zu sorgen, dass die Waren, soweit dies relevant ist,
- a) hinsichtlich der Quantität, Qualität und Beschreibung den vertraglichen Anforderungen entsprechen, wozu auch gehört, dass die Waren, falls der Verkäufer dem Verbraucher eine Probe oder ein Muster vorgelegt hat, hinsichtlich der Qualität und Beschreibung dieser Probe oder diesem Muster entsprechen,
 - b) sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat, und
 - c) diejenigen Eigenschaften und diejenige Tauglichkeit besitzen, die in einer vorvertraglichen Erklärung, die Bestandteil des Vertrags ist, angegeben sind.
2. [...], 3. [...]

Artikel 5 RL-Vorschlag Onlinehandel – Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Waren

- Die Waren müssen, sofern relevant,
- a) sich für die Zwecke eignen, für die Waren der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden,
 - b) mit solchem Zubehör einschließlich Verpackung, Montageanleitungen und anderen Anleitungen geliefert werden, deren Erhalt der Verbraucher erwarten kann, und
 - c) eine Qualität und Tauglichkeit aufweisen, die bei Waren der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher in Anbetracht der Beschaffenheit der Waren [...] erwarten kann

Artikel 6 RL-Vorschlag Digitale Inhalte – Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte

1. Die digitalen Inhalte sind vertragsgemäÙ, wenn sie, soweit dies relevant ist,
- a) hinsichtlich der Quantität, Qualität, Dauer und Version, des Funktionsumfangs, der Interoperabilität und sonstiger Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit den Anforderungen entsprechen, die sich aus dem Vertrag oder den vorvertraglichen Informationspflichten, die Bestandteil des Vertrags sind, ergeben;
 - b) sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Anbieter bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Anbieter zugestimmt hat;
 - c) den Anforderungen des Vertrags entsprechend mit Anleitungen und Kundendienst bereitgestellt werden und
 - d) den Anforderungen des Vertrags entsprechend aktualisiert werden.
2. Die digitalen Inhalte müssen, sofern relevant und soweit der Vertrag nicht klar und umfassend die Anforderungen an diese Inhalte gemäß Absatz 1 bestimmt, für die Zwecke geeignet sein, für die digitale Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden, einschließlich in Bezug auf ihren Funktionsumfang, ihre Interoperabilität und andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit; dabei ist zu berücksichtigen,
- a) ob die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden,
 - b) ob es, sofern relevant, internationale technische Normen gibt oder in Ermangelung solcher Normen anwendbare Verhaltenskodizes und bewährte Verfahren der Wirtschaft und
 - c) [...] 3. [...]
4. Sofern nicht anders vereinbart, müssen die digitalen Inhalte der neuesten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfügbaren Version entsprechen.

Artikel 2 RL 1999/44/EWG – Vertragsmäßigkeit (Werbeaussagen)

(2) Es wird vermutet, daß Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie

a) – c) [...]

d) eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn [...] gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden.

(3) [...]

(4) Der Verkäufer ist durch die in Absatz 2 Buchstabe d) genannten öffentlichen Äußerungen nicht gebunden, wenn er

— nachweist, daß er die betreffende Äußerung nicht kannte und vernünftigerweise nicht davon Kenntnis haben konnte,

— nachweist, daß die betreffende Äußerung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war, oder

— nachweist, daß die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äußerung beeinflusst sein konnte.

Artikel 5 RL-Vorschlag Onlinehandel – Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Waren (Werbeaussagen)

Die Waren müssen, sofern relevant,

a) [...] b) [...]

c) eine Qualität und Tauglichkeit aufweisen, die bei Waren der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher in Anbetracht der Beschaffenheit der Waren [...] unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer Person einschließlich des Herstellers abgegeben wurden, erwarten kann, es sei denn, der Verkäufer weist nach,

i) dass er die betreffende Erklärung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte,

ii) die betreffende Erklärung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war, oder

iii) die Kaufentscheidung nicht durch die Erklärung beeinflusst worden sein konnte.

Artikel 6 RL-Vorschlag Digitale Inhalte – Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte (Werbeaussagen)

1. [...]

2. Die digitalen Inhalte müssen, sofern relevant und soweit der Vertrag nicht klar und umfassend die Anforderungen an diese Inhalte gemäß Absatz 1 bestimmt, für die Zwecke geeignet sein, für die digitalen Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden, einschließlich in Bezug auf ihren Funktionsumfang, ihre Interoperabilität und andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit; dabei ist zu berücksichtigen,

a) [...] b) [...]

c) ob der Anbieter oder eine andere Person in seinem Auftrag im Vorfeld des Vertragsschlusses eine diesbezügliche öffentliche Erklärung abgegeben hat, es sei denn, der Anbieter weist nach, dass

i) er die betreffende Erklärung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte,

ii) die betreffende Erklärung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war,

iii) die Entscheidung, die digitalen Inhalte zu erwerben, nicht durch die

Erklärung beeinflusst worden sein konnte.

3. [...]

Artikel 2 RL 1999/44/EWG – Vertragsmäßigkeit (Montage)

(5) Ein Mangel infolge unsachgemäßer Montage des Verbrauchsgutes wird der Vertragswidrigkeit gleichgestellt, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrags über das Verbrauchsgut war und vom Verkäufer oder unter dessen Verantwortung vorgenommen wurde. Das gleiche gilt, wenn das zur Montage durch den Verbraucher bestimmte Erzeugnis vom Verbraucher montiert worden ist und die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Montageanleitung zurückzuführen ist.

Artikel 6 RL-Vorschlag Onlinehandel – Unsachgemäße Montage oder Installierung

Werden Waren unsachgemäß montiert oder installiert, ist jede hierdurch verursachte Vertragswidrigkeit als Vertragswidrigkeit der Waren anzusehen, wenn

- a) die Waren vom Verkäufer oder unter seiner Verantwortung montiert oder installiert wurden oder
- b) die Waren zur Montage oder Installierung durch den Verbraucher bestimmt waren und die unsachgemäße Montage oder Installierung auf einen Mangel in der Anleitung zurückzuführen ist.

Artikel 7 RL-Vorschlag Digitale Inhalte – Integration der digitalen Inhalte

Werden digitale Inhalte unsachgemäß in die digitale Umgebung des Verbrauchers integriert, ist jede hierdurch verursachte Vertragswidrigkeit als Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte anzusehen, wenn

- a) die digitalen Inhalte vom Anbieter oder unter seiner Verantwortung integriert wurden oder
- b) die digitalen Inhalte vom Verbraucher zu integrieren waren und die unsachgemäße Integration auf eine mangelhafte Anleitung, sofern diese nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c bereitgestellt wurde oder nach Artikel 6 Absatz 2 bereitstellen war, zurückzuführen ist.

Artikel 2 RL 1999/44/EWG – Vertragsmäßigkeit (Montage)

(3) Es liegt keine Vertragswidrigkeit im Sinne dieses Artikels vor, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte oder wenn die Vertragswidrigkeit auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist.

Artikel 4-6 RL-Vorschlag Onlinehandel

(vgl. aber Art. 4 III)

Artikel 6, 7 RL-Vorschlag Digitale Inhalte

(vgl. aber für Kompatibilität Art. 9 II, 19)

Fokus

Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1

Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm, Malte Kramme, Bayreuth

In der Nachfolge des nunmehr zurückgezogenen Vorschlags einer Verordnung über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht¹ schlägt die Kommission nunmehr zwei Rechtsakte vor, nämlich eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Digitale-Inhalte-RL)² sowie eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (Onlinehandel-RL).³ Damit gibt die Kommission nicht nur das – auch hinsichtlich der Kompetenz außerordentlich umstrittene – Ziel des Erlasses eines optionalen Instrumentes auf und setzt den Vorschlag zweier vollharmonisierender Richtlinien an die Stelle der unmittelbar geltenden Verordnung. Sie trennt auch die beiden zentralen Regelungsgegenstände des früheren Kaufrechtsentwurfs: Für die Verträge über digitale Inhalte betritt sie dabei in ganz erheblichem Maße Neuland, während der zweite Entwurf mit dem Onlinehandel beweglicher Sachen einer vergleichsweise klassischen Regelungsmaterie gewidmet ist.

Beide Vorschläge sind Teil eines größeren Pakets, mit dem die Kommission die ersten legislativen Projekte im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa⁴ vorlegt. Dazu zählt zunächst die die beiden vertragsrechtlichen Vorschläge begleitende Mitteilung für „Ein modernes Vertragsrecht für Europa“,⁵ der zusätzliche Hinweise zu Zwecksetzung und Inhalt der beiden Vorschläge enthält. Hinzu tritt der Verordnungsvorschlag zum Geoblocking⁶ sowie eine weitere Mitteilung zur Modernisierung des Urheberrechts für den digitalen Binnenmarkt.⁷ Die letztgenannten Dokumente können hier nicht näher in den Blick genommen werden, stehen aber – nicht nur politisch – in unmittelbarem Zusammenhang mit den vertragsrechtlichen Vorschlägen.

I. Grundfragen

1. Nachfolge GEKR – zwei Gegenstände

Das Recht der Verträge über digitale Inhalte ist, trotz erster Andeutungen in der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU, bislang weitgehend unerschlossen. Die überwiegende Mehrzahl der Mitgliedstaaten hat die Umsetzung dieser Richtlinie hinsichtlich digitaler Inhalte weitgehend oder vollständig auf die Er-

füllung der Umsetzungspflicht beschränkt. Die durchaus spektakulären nationalen Neuregelungen in England (sections 33-47 Consumer Rights Act 2015) und den Niederlanden (weitgehende Erstreckung des Verbrauchsgüterkaufrechts durch Art. 7.5 V

¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig vom 11.10.2011. Aus der umfangreichen dazu erschienenen Literatur s. insbesondere die Kommentare *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, München 2014 sowie *Schulze* (Hrsg.), *Common European Sales Law (CESL)*, Baden-Baden u.a. 2012 ferner die Sammelbände *Claeys/Feltkamp* (Hrsg.), *The Draft Common European Sales Law: towards an alternative sales law?*, Cambridge u.a. 2013; *Dannemann/Vogenauer* (Hrsg.), *The Common European Sales Law in context*, Oxford 2012; *Pinkel/Schmid/Falke* (Hrsg.), *Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Baden-Baden 2014; *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, München 2012; *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, München 2012; *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München 2012. Die GPR hat dem Vorschlag des GEKR für einige Zeit eine eigene Rubrik gewidmet. Aus der übrigen Aufsatzliteratur ist besonders auf die Beiträge von *Stadler, Grundmann, Zöchling-Jud, Looschelders* und *Lorenz* der Bonner Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung (20./21.4.2012) hinzuweisen, die in der AcP 212 (2012) 467 ff. veröffentlicht sind.

² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9.12.2015, KOM(2015) 634 endg.

³ 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, KOM(2015) 635 endg.

⁴ 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 vom 6.5.2015, KOM(2015) 192 endg., dazu *Schmidt-Kessel*, *Privatrecht für die digitale Welt!*, GPR 2015, 157.

⁵ 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 freisetzen vom 9.12.2015, KOM(2015) 633 endg.

⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt vom 9.12.2015, KOM(2015) 627 endg.

⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Schritte zu einem modernen, europäischeren Urheberrecht vom 9.12.2015, KOM(2015) 626 endg.

BW auf digitale Inhalte⁸⁾ zeigen aber überdeutlich, dass die Mitgliedstaaten im Begriff sind, die einschlägigen Vertragstypen legislativ wie dogmatisch zu erfassen. Daraus resultiert auch das Risiko des Auseinanderlaufens nationaler Entwicklungen, verbunden mit der Gefahr einer Entstehung entsprechender Hindernisse des Binnenmarktes. Dabei hat sich weder in den Mitgliedstaaten noch in den bisherigen Erörterungen auf Ebene des Unionsrechts ein festes Bild von Vertragstypen bislang durchgesetzt.⁹ Dementsprechend vorsichtig agiert die Kommission nunmehr in ihrem Vorschlag und sucht die Festlegung auf bestimmte dogmatische Figuren und Vertragstypen weitestgehend zu vermeiden.

Ganz anders knüpft der zweite Richtlinienvorschlag ausdrücklich an die klassische Vertragstypenbildung des Kaufs an und strebt für Fernabsatzkaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern eine Vollharmonisierung der Qualitätsstandards sowie der Gewährleistungsrechtsbehelfe an. Anders als noch im Entwurf für ein gemeinsames Kaufrecht beschränkt sich die Kommission zudem auf den Vorschlag, das Recht der Verträge mit Verbrauchern zu vereinheitlichen. Kaufverträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr sind – abgesehen von substantiell begrenzten Hinweisen auf Rückgriffsansprüchen in der Lieferkette (Art. 17 Digitale-Inhalte-RL, Art. 16 Onlinehandel-RL) aus beiden vorgeschlagenen Rechtsakten herausgefallen.

2. Richtlinie oder Verordnung

Mit der Entscheidung für den Vorschlag zweier Richtlinien ist die Kommission nicht nur von der Idee des optionalen Instruments abgerückt, sondern hat auch den Pfad des Einheitsrechts verlassen. Dies ist unter dem Gesichtspunkt möglicher Erfolgsaussichten des Projekts nur zu verständlich, aus Sicht des europäischen Privatrechts wie auch der nationalen Anwendungspraktiken jedoch mehr als bedauerlich.

Der Griff nach der Richtlinie verschärft nicht nur die bekannten Defizite der Gesetzgebung im Mehrebenensystem, welches den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung nur das Ergebnis, nicht aber Wortlaut und Systematik vorgibt. Die Kohärenzprobleme des europäischen Privatrechts werden dadurch absehbar verstärkt.

So besteht nicht nur die Gefahr offensichtlicher oder versteckter Umsetzungsfehler. Die Notwendigkeit doppelter Abklärung von Auslegungsfragen auf nationaler wie europäischer Ebene verlängert auch die mit jeder neuen Gesetzgebung einhergehenden Unsicherheitsphasen unnötigerweise. Ferner werden die mit der Umsetzung betrauten Organe und insbesondere Parlamente der Mitgliedstaaten mit dem Anspruch einer norm- wie systemkonformen Richtlinienumsetzung¹⁰ enorm gefordert, wobei die schwierige systematische Einbindung der beiden Richtlinienvorschläge hier die Schwierigkeiten noch einmal erhöht. Vor allem für den Vorschlag für eine Richtlinie über digitale Inhalte verzichtet die Europäische Kommission zudem ohne Not darauf, für Europa durch die Ausbildung einheitlicher, auch konzeptioneller und begrifflicher Standards einen Wettbewerbsvorsprung (*first mover advantage*) zu etablieren.

Immerhin lässt die Wahl des Instruments einer Richtlinie die Verwirklichung des Projekts deutlich wahrscheinlicher erschei-

nen und gestattet der Europäischen Kommission den Vorschlag eines erheblich vorsichtigeren Vorgehens im Bereich der Vertragstypenlehre, insbesondere als dies für das gemeinsame Kaufrecht noch zu erwarten stand.¹¹ Die Wahl der Richtlinie gestattet es der Europäischen Kommission – wie noch näher auszuführen sein wird¹² – vor allem, in die Entwicklung der Vertragstypenlehren der Mitgliedstaaten nicht weiter einzugreifen, als dies für die Zielformulierung unbedingt erforderlich ist. Im Blick auf die Regulierungsvorsprünge des Vereinigten Königreichs und der Niederlande muss das freilich die Integrationsfähigkeit der Richtlinie, insbesondere im Bereich der romanischen Rechtsordnungen,¹³ nicht unbedingt erleichtern.

3. Harmonisierungsgrad

Hinsichtlich des Harmonisierungsgrades folgen beide Vorschläge dem Konzept der Vollharmonisierung, wobei der gegenüber dem Vorschlag für ein gemeinsames Kaufrecht deutlich verringerte Regelungsinhalt deutlich macht, dass die neue pragmatische Bescheidenheit der Kommission dort auch den aus der VerbraucherrechteRL 2011/83/EU erprobten Ansatz einer „*targeted full harmonisation*“ hoffähig gemacht hat.

Der Vollharmonisierungsansatz seinerseits zieht jedoch eine ganze Reihe von Schwierigkeiten nach sich, die sich bereits bei früheren Rechtsakten gezeigt haben. Politisch werden die Mitgliedstaaten vor allem beim Vorschlag für den Onlinehandel dazu gedrängt, die historisch gewachsenen Kaufrechtsstrukturen im Bereich der Rechts- und Sachmängelhaftung zugunsten des neuen Regimes fast vollständig aufzugeben. Genau an dieser „Zumutung“ waren seinerzeit die Bemühungen um eine Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts durch die Verbraucherrechterichtlinie gescheitert.

⁸ Im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung (HR 27 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV1301 (De Beeldbrigade)) hat die damit verbundene Einbeziehung des Streaming in den Kauf jedoch rechtspolitische Debatten ausgelöst, die bereits zu Änderungsvorschläge für das Gesetz nach sich gezogen haben, die im politischen Raum diskutiert werden.

⁹ Siehe aber bereits Schmidt-Kessel/Young/Benninghoff/Langhanke/Russek, Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?, GPR 2011, 7-15, Helberger/Loos/Guibault/Mak/Pessers, Digital Content Contracts for Consumers, J Consum Policy (2013) 36, 37, 42 ff. sowie Schmidt-Kessel, Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz, in: Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (Hrsg.), Bamberger Verbraucherrechtstage 2013 – Mobile Commerce, Berlin 2014, 53-65 = Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz, in: K&R 2014, 475-483. Allgemeiner zur Vertragstypenbildung im Europäischen Recht Kümmerle, „Güter und Dienstleistungen“ – Vertragstypenbildung durch den EuGH, in Andrés Santos/Baldus/Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, München, 2011, 295 ff.

¹⁰ Zu den gestiegenen Anforderungen insbesondere Schmidt-Kessel/Sorgenfrei, Neue Anforderungen an die Umsetzung verbraucherschützender Richtlinien – Überlegungen aus Anlaß des Umsetzungsgesetzes zur Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2013, 242 ff.

¹¹ Zur wenig gelungenen Vertragstypenbildung im gemeinsamen Kaufrecht s. Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E Rn. 35-55, 58-73.

¹² Siehe Teil 2 sub VII.

¹³ Vgl. Schmidt-Kessel, Die Sprache (oder die Sprachen?) des Europäischen Privatrechts – ein Plädoyer für einen Binnenmarkt der Privatrechtsdogmatiken, in: Blasek/Jung/Lamprecht/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht, Festschrift für Uwe Blaurock, Mohr: Tübingen 2013, 401, 412 f.

Die Durchsetzung der Vollharmonisierung ist für den Bereich des Onlinehandels das zentrale Regelungsziel, weil es mit der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG Mindeststandards hinsichtlich Qualität und Rechtsbehelfen in hinreichendem Umfang gibt. Der Spielraum, den das Konzept der Mindestharmonisierung bislang den Mitgliedstaaten belässt, stellt nach dem Befund der Kommission ein wesentliches Hindernis zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens dar, das Unternehmer, wie Verbraucher davon abhält, grenzüberschreitend Online-Käufe zu tätigen. Beispielhaft nennt die Begründung des Richtlinienentwurfs die in eigenen Mitgliedstaaten bestehende Obliegenheit des Verbrauchers, Mängel nach deren Entdeckung binnen zwei Monaten dem Unternehmer mitzuteilen, Unterschiede hinsichtlich der Dauer der Beweislastumkehr für den Entstehenszeitpunkt von Mängeln sowie unterschiedlich lange Verjährungsvorschriften.¹⁴ Durch die mit dem Entwurf angestrebte Vollharmonisierung sollen solche Unterschiede eingeebnet werden. Hiervon verspricht sich die Kommission sowohl auf Seiten der Unternehmer wie auch der Verbraucher eine steigende Bereitschaft zum Abschluss von Online-Kaufverträgen über die Landesgrenzen hinweg.¹⁵ Im Übrigen lässt vor allem die erhöhte Detailtiefe des Richtlinienvorschlags, vor allem im Bereich des Art. 13 Onlinehandel-RL, insoweit substantiell größere Neuerungen erkennen.¹⁶ Gelingt es der Kommission (und wie zu vermuten steht, dem Europäischen Parlament) nicht, die Vollharmonisierung im Gesetzgebungsverfahren durchzuhalten, sollte der Entwurf lieber gleich zurückgezogen werden. Ambitionierte Ziele, wie etwa die Ausweitung der Vermutung für das Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang von einem sechs Monats- auf einen Zweijahreszeitraum (Art. 8 III Onlinehandel-RL) bergen insoweit ein hohes politisches Risiko.

Uneingeschränkt zu begrüßen ist hingegen der Vollharmonisierungsansatz im Bereich Digitale Inhalte. Bereits aus dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Gesetzgebungsvorhabens ergibt sich das Regelungsziel, ein Auseinanderlaufen der mitgliedstaatlichen Gesetzgebungen in diesem neuen Feld von vorn herein zu verhindern. Andererseits würde der Binnenmarktbeitrag der neuen Richtlinie durch deren Ordnungsfunktion sowie Koordinationsfunktion für den dogmatischen Diskurs in Europa die Richtlinie selbst dann sehr wertvoll sein lassen, wenn das Ziel einer Vollharmonisierung schließlich scheitert.

4. Verhältnis der Entwürfe zueinander

Angesichts der getrennten Vorschläge wird auf das Verhältnis beider Texte zueinander ein besonderes Augenmerk zu legen sein. Nach den gegebenen Begründungen versteht die Kommission beide Entwürfe als ein einheitliches Paket,¹⁷ woraus sich für künftige Schritte systematischer Auslegung Saft saugen lässt. Eine rechtaktübergreifende Auslegung¹⁸ erscheint hier von vornherein als geboten. Allerdings sehen die Richtlinien keine ausdrücklichen Verweisungen aufeinander vor, was zu Doppelungen in ganz erheblichem Umfang führt. Für das weitere Gesetzgebungsverfahren ließen sich hier sicher Vereinfachungen erreichen.

Trotz gewisser Überlappungen und der Möglichkeit von Mischfällen findet sich zudem keine generelle Norm zur Ab-

grenzung beider Richtlinien voneinander. Die grundsätzlichen Trennlinien sind dabei recht offensichtlich: die Onlinehandel-RL behandelt bestimmte Warenkäufe (Artt. 1 I, 2 lit. a Onlinehandel-RL), also Verträge über bewegliche körperliche Gegenstände (Art. 2 lit. d Onlinehandel-RL); hingegen behandelt die Digitale-Inhalte-RL – unabhängig von der kaufartige Situationen einschließenden Vertragstypologie¹⁹ – Daten, also immaterielle Rechtsobjekte. Als mögliche Konkurrenzfälle verbleiben damit allein Mischsituationen, nämlich gemischte Leistungsgegenstände (körperlicher Gegenstand mit digitalen Inhalten) sowie Verträge mit mehreren Leistungsgegenständen unterschiedlicher Kategorien. Für diese Mischsituationen setzen die beiden Vorschläge in Art. 3 III, VI Digitale-Inhalte-RL sowie Art. 1 III und Erwägungsgrund (13) Onlinehandel-RL divergierende Signale.

a) Perspektive der Digitale-Inhalte RL

Die Richtlinie über digitale Inhalte erhebt den Anspruch, auf unverkörperte wie auf verkörperte digitale Inhalte Anwendung zu finden.²⁰ Damit sind gemischte Situationen schon im Blick auf dauerhafte Datenträger aus Sicht der Richtlinie eine Selbstverständlichkeit. Für diese besondere Konstellation der Datenträger verlangt Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL die alleinige Anwendung auf solche Datenträger, die „ausschließlich der Übermittlung digitaler Inhalte dienen“.

Zusätzlich erfasst die Digitale-Inhalte-RL ausweislich Artt. 2 II, 7 des Vorschlags auch Fälle der Integration digitaler Inhalte in eine digitale Umgebung (Art. 2 VII Digitale-Inhalte-RL). Diese Bestimmungen lassen sich zumindest als Indiz dafür deuten, dass auch die gleichzeitige Bereitstellung von Waren und die Installation („Integration“) digitaler Inhalte auf diesen, zumindest auch von der Richtlinie über digitale Inhalte erfasst werden sollen.

Diese Sichtweise bestätigt auch die allgemeine Regel in Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL: Mit dieser Bestimmung erhebt die Richtlinie Anspruch darauf, auch dann Anwendung zu finden, wenn bei einem Vertrag mit verschiedenen Elementen auch ein Element auf digitale Inhalte gerichtet ist.²¹ Dabei zeigen die verschiedenen Sprachfassungen durchaus unterschiedliche Konnotationen hinsichtlich der Gewichte der verschiedenen Elemente einer solchen Mischsituation, wobei neutrale Formulierungen (mit der Folge eines weiten Anwendungsbereichs) überwiegen.²²

¹⁴ Explanatory Memorandum, S. 5 f.

¹⁵ Explanatory Memorandum, S. 2.

¹⁶ Zu Einzelheiten Teil 2 sub XIII 3.

¹⁷ KOM(2015) 634 endg., S. 1.

¹⁸ Dazu bereits Riesenhuber/Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., § 10 Rn. 24.

¹⁹ Dazu Teil 2 sub VII.

²⁰ Zu der dafür erforderlichen Änderung der Verbrauchsgüterkauf-RL s. Art. 20 I Digitale-Inhalte-RL.

²¹ Allgemein zu dieser Bestimmung siehe Teil 2 sub VIII.

²² Die englische Fassung („includes elements in addition to the supply of digital content“) wie auch die französische („comprend des éléments autres que la fourniture d'un contenu numérique“) ist tendenziell neutral und spricht für einen weiten Anwendungsanspruch, während die deutsche Fassung („neben der Bereitstellung digitaler Inhalte zusätzliche Elemente enthalten“) eher auf eine erforderliche Unterordnung der übrigen Elemente gegenüber der Bereitstellung digitaler Inhalte hindeuten („neben“ statt „außer“).

b) Sicht der Onlinehandel-RL

Die Richtlinie über den Onlinehandel behandelt vertragliche Mischsituationen nicht mittels einer Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL entsprechenden allgemeinen Regel. Eine solche findet sich nur im Verhältnis zu Dienstleistungen in Art. 1 II Onlinehandel-RL und erklärt in Mischsituationen die Richtlinie für auf den kaufrechtlichen Teil anwendbar.²³ Eine vergleichbare Regelung für das Verhältnis zu digitalen Inhalten fehlt. Art. 1 III Onlinehandel-RL regelt lediglich einen sehr begrenzten Sonderfall. Demnach soll die Onlinehandel-RL nicht auf solche dauerhafte Datenträger Anwendung finden, die ausschließlich (*exclusively*) als Trägermedium für die Lieferung digitaler Inhalte dienen. Nach Erwägungsgrund (13) sind damit vor allem CDs und DVDs gemeint, sofern diese nur als Träger von digitalen Inhalten dienen.

Gerade DVDs und CDs werden aber häufig nicht als reine Datenträger verkauft. Vielmehr ist es gerade bei Audio-CDs üblich, dass der Lieferumfang ein aufwendig und künstlerisch gestaltetes Cover oder Booklet mitumfasst. Daher ist es fraglich, ob die in Erwägungsgrund (13) genannten CDs und DVDs passende Beispiele für reine Datenträger sind. Eine Art. 1 II Onlinehandel-RL entsprechende Regelung würde hier zum – rechtspolitisch und wohl auch gemeinschaftsprivatrechtsdogmatisch – richtigen Ergebnis eines auch hinsichtlich der anzuwendenden Regeln gemischten Vertrages führen, welcher die CD nebst Daten nicht und den übrigen Teil des Pakets aber sehr wohl der Onlinehandel-RL unterstellt.

Auch darüber hinaus wirft Erwägungsgrund (13) Fragen auf, soweit er am Beispiel von Haushaltsgeräten ausspricht, dass die Onlinehandel-RL auch dann anwendbar sei, wenn digitale Inhalte in beweglichen körperlichen Sachen eingebettet sind, sie als integraler Bestandteil der Gesamtsache fungieren und gleichzeitig eine untergeordnete Funktion haben. Angesichts des grundsätzlichen (partiellen) Anwendungsanspruchs der Richtlinie über digitale Inhalte auch für diesen Fall steht der Erwägungsgrund zumindest in einem gewissen Konflikt zu dieser anderen Richtlinie des Pakets.

c) Auflösbarkeit der Widersprüche?

Zu einem kleinen Teil sind die oben angesprochenen Problemlagen bereits aus der Kombination beider Richtlinien miteinander zu lösen. Das gilt in aller erster Linie für die Fälle der ausschließlich dienenden Funktion des dauerhaften Datenträgers, die Kraft Zusammenschau von Art. 1 III Onlinehandel-RL und Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL auch als körperliche Gegenstände unter die zweitgenannte Richtlinie fallen.²⁴ Insoweit besteht also von vornherein kein aufzulösender Konflikt zwischen beiden Richtlinien.

Anders sieht es in den weiteren von Erwägungsgrund (13) Onlinehandel-RL angesprochenen Fällen von digitalen Inhalten aus, „die in Waren wie Haushaltsgeräten oder Spielzeug integriert sind, wenn aufgrund der Art der Einbettung die Funktion der digitalen Inhalte den Hauptfunktionen der Waren untergeordnet ist und die digitalen Inhalte integraler Bestandteil der Waren sind.“ Da Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL keine vergleichbare Einschränkung kennt, entsteht hier ein Widerspruch zwischen beiden Texten. Das gilt etwa für den Fall, dass digitale Inhalte in einer körperlichen Sache gespeichert sind und die Ge-

samtfunktionalität sowohl von den Daten, wie auch von der Sache abhängt. Ein Beispiel hierfür sind etwa Computer, die mit Software verkauft werden (und für die zudem ein Über- oder Unterordnungsverhältnis im Sinne von Erwägungsgrund (13) Onlinehandel-RL nicht festgestellt werden kann). Ist die Installation Teil der vertraglichen Verpflichtung des Anbieters, würde diese einerseits insoweit von Art. 2 lit. a Onlinehandel-RL („Ware, die noch hergestellt oder erzeugt werden muss“) erfasst und andererseits wäre – über Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL – auch Art. 7 lit. a Digitale-Inhalte-RL („digitalen Inhalte vom Anbieter oder unter seiner Verantwortung integriert“) einschlägig.

Im Übrigen scheint *prima vista* die allgemeine Subsidiaritätsregel in Art. 3 VII Digitale-Inhalte-RL eine Lösung anzubieten, zu der sich kein Gegenstück in der Onlinehandel-RL findet. Bei Anwendung dieser Regel würde sich die Onlinehandel-RL daher stets durchsetzen. Aus dem Paket-Charakter beider Richtlinien ergibt sich freilich ein andere, weil dieser ein systematisches miteinander beider Texte erzwingt. Dementsprechend ist auch bei der Auslegung der Richtlinie zum Onlinehandel Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL immer mitzulesen und zugleich dem offensichtlichen Gedanken beider Richtlinien Rechnung zu tragen, dass völlig untergeordnete Elemente nicht zu einer Spaltung des anzuwendenden Gewährleistungsregimes führen sollen.²⁵ Eine Zusammenschau beider Überlegungen zeigt aber, dass nur für ganz untergeordnete Digitale Inhalte eine ausschließliche Anwendung der Onlinehandel-RL in Betracht kommt. An einer solchen Unterordnung fehlt es im Hinblick auf Art. 7 lit. a Digitale-Inhalte-RL schon dann, wenn die zu installierenden („zu integrierenden“) digitalen Inhalte gesondert bezogen und etwa – zumindest durch den Verkäufer/Anbieter – gegen andere ausgetauscht werden können.

Eine vergleichbare Einordnungsfrage stellt sich, wenn eine Sache verkauft wird, deren Funktionalität nur im Zusammenhang mit digitalen Inhalten gewährleistet ist, die nicht in der Kaufsache gespeichert sind, sondern der Unternehmer über eine Internetverbindung zur Verfügung stellt. Hier ist die Lösung im Blick auf Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL sowie Art. 1 II Onlinehandel-RL sogar noch einfacher, weil die digitalen Inhalte insoweit als Dienstleistung bereitgestellt werden und insoweit aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie zum Onlinehandel herausfallen.

5. Verhältnis zum übrigen Unionsrecht

Angesichts der ständig anwachsenden Dichte des europäischen Privatrechts in den Rechtsquellen der Europäischen Union bereitet auch das Verhältnis der Rechtsakte zueinander zunehmend Schwierigkeiten. Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass

²³ Dazu sub III.

²⁴ Die Änderung der Verbrauchsgüterkauf-RL durch Art. 20 I Digitale-Inhalte-RL erstreckt diese Lösung auch auf Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie über den Onlinehandel.

²⁵ In diesem Sinne sind außer Erwägungsgrund (13) Onlinehandel-RL auch Artt. 1 III, 2 lit. a Onlinehandel-RL (untergeordnetes Speichermedium, untergeordnete Herstellung) sowie Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL zu lesen. Man könnte insoweit – im Sinne der deutschen Dogmatik – von einer (relativ schwachen) Absorptionslösung sprechen.

das jeweilige Verhältnis beider Vorschläge zu einschlägigen anderen Unionsrechtsakten nur sehr cursorisch geregelt wird. Für den Vorschlag einer Digitale-Inhalte-RL begründet Art. 3 VII immerhin ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip, was freilich seinerseits nicht ohne Folgeschwierigkeiten bleiben wird. Eine ähnlich allgemeine Norm fehlt für die Onlinehandel-RL.

Überschneidungen der beiden Richtlinien zu anderen Rechtsakten treten vor allem im Verhältnis zur Verbrauchsgüterkauf-RL auf, da die Regelungsgegenstände teilweise identisch sind. Dies gilt etwa für die Regelungen zur Vertragsmäßigkeit, zu den Rechtsbehelfen des Verbrauchers bei Abweichungen von der Vertragsmäßigkeit sowie zu Fristen und Garantien. Um Konflikte zu vermeiden, soll Art. 1 I der Verbrauchsgüterkauf-RL Fernabsatzverträge im Sinne des neuen Art. 1 II lit. g Verbrauchsgüterkauf-RL von ihrem Anwendungsbereich ausnehmen.²⁶ Für die Digitale-Inhalte-RL wird die Abgrenzung hingegen implizit dadurch vollzogen, dass – im Einklang mit der oben beschriebenen Abgrenzung innerhalb des Pakets²⁷ – schon die reinen Datenträger aus dem Anwendungsbereich genommen werden sollen.²⁸

Weniger Berührungspunkte ergeben sich im Verhältnis zur Verbraucherrechte-RL. Zwar ergeben sich hier sowohl für die Onlinehandel-RL als auch die Digitale-Inhalte-RL weitreichende Überschneidungen des Anwendungsbereichs, jedoch regelt die Verbraucherrechte-RL mit den Regeln zum Widerrufsrecht und zu den Informationspflichten vornehmlich solche Aspekte, die durch beiden neuen Vorschläge nicht direkt betroffen sind. Folglich würden die Bestimmungen der Richtlinien weitgehend nur nebeneinander stehen. Konflikte ergeben sich aber an einigen Stellen gleichwohl, so insbesondere hinsichtlich der Lieferung und des Gefahrübergangs nach Artt. 18, 20 Verbraucherrechte-RL im Hinblick auf Art. 8 Onlinehandel-RL und (für verkörperte digitale Inhalte) Artt. 10, 11, 13 Digitale-Inhalte-RL. Einen weiteren Problempunkt bildet das Verhältnis der strikten Einbeziehung vorvertraglich gegebener Informationen in den Vertrag (Art. 6 V Verbraucherrechte-RL) einerseits zu den entsprechenden Regelungen für die Leistungsqualität in Artt. 4 I lit. a Onlinehandel-RL sowie Art. 6 I lit. a Digitale-Inhalte-RL sowie zu den Regelungen zur Haftungsentlastung von öffentlichen Äußerungen, die nach Art. 5 lit. c Onlinehandel-RL und Art. 6 II lit. c Digitale-Inhalte-RL eingreifen, wenn die öffentliche Äußerung die Kaufentscheidung des Verbrauchers nicht beeinflusst hat.²⁹ Wie diese Konflikte generell aufzulösen sind, lässt zumindest die Onlinehandel-RL offen und ist mit der generell angeordneten Subsidiarität nach Art. 3 VII Digitale-Inhalte-RL auch nicht immer befriedigend aufgelöst.

Auch das Verhältnis zu anderen Rechtsakten des Unionsrechts bleibt ungeklärt, sodass bei unveränderter Verabschiedung zumindest für die Onlinehandel-RL mit allgemeinen Regeln (*lex specialis*, *lex posterior* etc.) gearbeitet werden müsste; diese führen freilich nicht selbstverständlich zu identischen Ergebnissen in den verschiedenen Mitgliedstaaten und gefährden so die Umsetzungseinheit. Auch der allgemeine Subsidiaritätsgrundsatz nach Art. 3 VII Digitale-Inhalte-RL ist insoweit wenig hilfreich, verlangt er doch nach Konkretisierung durch die Umsetzungsgesetzgeber und nachfolgend des Europäischen Gerichtshofs.

6. Verhältnis zu nationalem allgemeinem Vertragsrecht

Beide Richtlinienvorschläge wenden sich schließlich in Art. 1 IV Onlinehandel-RL und Art. 3 IX Digitale-Inhalte-RL dem Verhältnis zu nationalem allgemeinem Vertragsrecht zu, worunter die Richtlinie unter anderem Regeln über den Vertragsschluss, die Wirksamkeit und die Auswirkungen von Verträgen, einschließlich der Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung fasst.

Derartige Regeln sollen danach durch die Richtlinien unberührt bleiben. Dies dient vor allem zu einer Konkretisierung des Harmonisierungskonzepts. Es wird deutlich, dass das Verbot abweichender nationaler Regelungen nur im Anwendungsbereich der Richtlinie bestehen soll. Sachverhalte, die nicht ihrem personalen oder sachlichen Anwendungsbereich unterliegen oder unregelte Fragen betreffen, müssen von den nationalen Rechtsordnungen nicht „im Geiste der Richtlinie“ gelöst werden.³⁰

Ungeklärt bleiben freilich zwangsläufig die genauen Konsequenzen der beiden Bestimmungen, die ihr Vorbild im ähnlich gefassten Art. 3 IV Verbraucherrechte-RL finden. Das lässt sich etwa am Beendigungsfolgenrecht verdeutlichen, welches zwar Art. 1 IV Onlinehandel-RL nicht aber Art. 3 IX Digitale-Inhalte-RL ausdrücklich erwähnt. Beide Richtlinienvorschläge greifen in den einschlägigen Bestimmungen (Art. 13 Onlinehandel-RL sowie Artt. 13, 15 II, 16 IV Digitale-Inhalte-RL) gleichwohl erheblich in das mitgliedstaatliche Beendigungsfolgenrecht ein und die Konsequenzen des unionsrechtlichen Effizienzprinzips (*effet utile*) werden noch weitere Eingriffe zeitigen. Insgesamt sind beide Bestimmungen damit vor allem irreführend und sollten gestrichen werden; normativ ergibt sich dadurch keine Änderung.

II. Digitale Inhalte: Anwendungsbereich und Regelungsgegenstand

Ausweislich Art. 1 Digitale-Inhalte-RL soll die Richtlinie bestimmte Anforderungen an Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte an Verbraucher festlegen. Die Vorschrift konkretisiert dies durch vier angekündigte Regelungsschwerpunkte, nämlich die Vertragsgemäßheit, die Rechtsbehelfe bei deren Fehlen, die Änderung von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und deren (ordentliche) Beendigung. Im Fokus der Richtlinie stehen damit Verbraucherschutzinteressen im Hinblick auf ein Gewährleistungsregime bei Vertragsgestaltungen mit digitalen Inhalten sowie bei längeren Vertragsbeziehungen zusätzlich zwei Flexibilisierungsmechanismen. Zur Gewährung eines hohen Verbraucherschutzniveaus ist es das erklärte Ziel

²⁶ Die Definition ist wortgleich mit der Definition in Art. 2 lit. e Onlinehandel-RL. Vorzugswürdig wäre es demgegenüber, aus der Verbrauchsgüterkauf-RL direkt auf die Definition der Onlinehandel-RL zu verweisen, sofern man schon nicht den besten Weg, einer einheitlichen Begriffsbildung durch Verweis auf die Definition in Art. 2 Nr. 7 Verbraucherrechte-RL gehen will.

²⁷ Siehe oben sub I 4 c.

²⁸ So der vorgeschlagene neu gefasste Art. 1 II lit. b Verbrauchsgüterkauf-RL.

²⁹ S. hierzu für die Onlinehandel-RL noch Teil 2 sub XII 2.

³⁰ Die Reichweite des Vollharmonisierungskonzepts ist in Erwägungsgrund (13) der Verbraucherrechte-RL näher dargelegt.

der Digitale-Inhalte-RL, klare vertragsrechtliche Vorschriften zu statuieren, um sowohl den Verbrauchern als auch den anbietenden Unternehmen bei der grenzüberschreitenden Bereitstellung digitaler Inhalte Rechtssicherheit bezüglich vertraglicher Rechte und Pflichten hinsichtlich Qualität und Zugang zu garantieren.³¹

Anders als mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht strebt die Kommission nun aber keine vollständige Regelung der betreffenden Verträge an. Gleichwohl sind die verbleibenden Spielräume der Mitgliedstaaten begrenzt: Zwar enthält Art. 3 IX Digitale-Inhalte-RL die bereits besprochene³² deklaratorische Freistellung des allgemeinen Vertragsrechts (ohne dieses näher zu definieren). Auch steht es den Mitgliedsstaaten nach Art. 14 II Digitale-Inhalte-RL frei, einzelnen Bedingungen für den dort begründeten beschränkten Schadensersatzanspruch des Verbrauchers zu regeln, soweit sie nicht von der Richtlinie erfasst sind. Erwägungsgrund (10) erwähnt als weitere Beispiele für Spielräume ferner Vorschriften, die die Folgen der Beendigung des Vertrags regeln und zusätzlich zu den Rückabwicklungsbestimmungen der Richtlinie gelten.³³

Art. 3 Digitale-Inhalte-RL regelt den Anwendungsbereich und nimmt dafür vor allem auf die zuvor definierten Begrifflichkeiten Bezug. Erfasst ist nach Abs. I der Leistungsaustausch der Bereitstellung digitaler Inhalte (Art. 2 I, X Digitale-Inhalte-RL) durch einen (professionellen) Anbieter im Sinne von Art. 2 III Digitale-Inhalte-RL gegen eine Gegenleistung des Verbrauchers (Art. 2 IV Digitale-Inhalte-RL) in Geld (Preis im Sinne von Art. 2 VI Digitale-Inhalte-RL) oder in Daten.³⁴ Die Richtlinie findet auch dann Anwendung, wenn die digitalen Inhalte nach Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt wurden, Art. 3 II Digitale-Inhalte-RL. Art. 3 V Digitale-Inhalte-RL beschränkt den Anwendungsbereich und nimmt Verträge mit speziellen Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich raus.

III. Gegenstand und Anwendungsbereich der Richtlinie zum Onlinehandel

Der Richtlinienentwurf für den Online Handel und andere Fernabsatzkaufverträge über Waren befasst sich vor allem mit der Vertragsmäßigkeit der Leistung sowie mit den Rechten des Verbrauchers, wenn Waren nicht vertragsgemäß geliefert werden. Sie regelt damit bereits aus der Verbrauchsgüterkauf-RL bekannte Gegenstände mit nur punktuell abweichenden Lösungen. Es wird auch kein neuer Anwendungsbereich erschlossen, da Kaufverträge bereits jetzt schon unter die Verbrauchsgüterkauf-RL fallen, auch wenn sie im Fernabsatz abgeschlossen werden.

Die wesentliche Neuerung gegenüber der bisher geltenden europäischen Rechtslage besteht in dem Konzept der Vollharmonisierung (Art. 3 Onlinehandel-RL), das in dieser Form bereits aus der Verbraucherrechterichtlinie bekannt ist.³⁵ Die inhaltlichen Neuerungen fallen verglichen mit der tiefgreifenden Änderung des Harmonisierungskonzepts in ihrer Anzahl überschaubar aus, führen aber auch im deutschen Recht zu punktuellen Einschnitten zugunsten eines höheren Verbraucherschutzniveaus. So soll künftig die Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des Zeitpunktes der Mangelhaftigkeit, von sechs Monaten auf zwei Jahre ausgedehnt werden (Art. 8 III Online-Kauf-RL).

Zudem soll die Zulässigkeit des Rücktritts nicht mehr davon abhängen, ob die Pflichtverletzung erheblich ist. Schließlich soll die Möglichkeit entfallen, bei gebrauchten Kaufgegenständen die Gewährleistungsrechte auf ein Jahr zu verkürzen.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs bestimmt Art. 1 I Onlinehandel-RL die Maßgeblichkeit für zwischen Unternehmern und Verbrauchern im Fernabsatz geschlossene Kaufverträge über Waren im Sinne der Definition in Art. 2 lit. d Onlinehandel-RL. Die gleiche Beschränkung enthalten die Verbrauchsgüterkauf-RL durch die entsprechende Definition des Begriffs „Verbrauchsgut“ in ihrem Art. 1 II lit. b sowie die Verbraucherrechterichtlinie durch ihre Definition von „Kaufvertrag“, der gem. Art. 2 Nr. 5 i.V.m. Nr. 3 („Waren“) ebenfalls auf bewegliche körperliche Gegenstände beschränkt ist. Auch die Definitionen des Fernabsatzkaufvertrages (Art. 2 lit. e Onlinehandel-RL) und des Fernabsatzvertrages (Art. 2 Nr. 7 Verbraucherrechterichtlinie) sind, soweit Kaufverträge betroffen sind, deckungsgleich. Eine Begriffskontinuität besteht auch hinsichtlich des im Richtlinienentwurf verwendeten Verbraucherbegriffs, der dem der Verbraucherrechte-RL entspricht.³⁶ Der Vertragspartner wird in der Richtlinie als „Verkäufer“ bezeichnet. Die wesensbestimmenden Merkmale stimmen aber mit dem Begriff „Unternehmer“ in der Verbraucherrechte-RL überein.³⁷

Art. 1 II Onlinehandel-RL stellt zudem klar, dass Dienstleistungsverträge nicht erfasst werden und der Anwendungsbereich sich damit auf Kaufverträge beschränkt.³⁸ Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs wird auch bei typengemischten Verträgen mit Elementen aus Kauf und Dienstleistung konsequent verfolgt: Die Vorschriften der Richtlinie sollen auf nur auf den Vertragsteil Anwendung finden, der den Kauf betrifft. Das macht es bei derartigen Verträgen erforderlich, etwa zur Bestimmung der geschuldeten Qualität, zwischen den kauf- und dienstvertraglichen Pflichten zu trennen. Da die zweijährige Beweislastumkehr nur für kaufrechtliche Pflichten (einschließlich Montage, Art. 6 Onlinehandel-RL) gelten wird, muss der Verbraucher zunächst beweisen, dass die Sache eine Funktionsbeeinträchtigung aufweist, woraufhin sich der Verkäufer – kaufrechtlich – durch den Nachweis entlasten kann, dass die Ursache für diese Funktionsbeeinträchtigung in seiner Dienstleistung zu verorten ist; die Haftung für Defizite der Dienstleistung richtet sich dann nach autonomem nationalen Recht.

Summary

Following the meanwhile withdrawn proposal to a Common European Sales Law (CESL), the European Commission now proposes two legal acts. Thus, the Commission abandons the – regarding its competence very controversial – aim for the adop-

³¹ Erwägungsgründe (2) und (3) Digitale-Inhalte-RL.

³² Siehe oben sub II 6.

³³ Zu Zweifeln daran siehe oben sub I 6.

³⁴ Zu den Besonderheiten bei der Gegenleistung in Form von Daten siehe Teil 2 sub V.

³⁵ Dazu bereits oben sub I 3.

³⁶ Vgl. Art. 2 lit. b Onlinehandel-RL und Art. 2 Nr. 1 Verbraucherrechte-RL.

³⁷ Vgl. Art. 2 lit. c Onlinehandel-RL und Art. 2 Nr. 2 Verbraucherrechte-RL.

³⁸ Eine hierzu korrespondierende Vorschrift findet sich in Art. 3 VI des Richtlinienentwurfs für Verträge über digitale Inhalte.

tion of an optional instrument replacing the former proposed regulation with direct effect with the proposal for two fully harmonized directives. The Commission also separates the two main objects of regulation under the former Sales Law: For contracts for the supply of digital content new legislative areas are now entered, whereas the second proposal concerning contracts for online sales of goods deals with a comparably classical subject of matter.

Résumé

Après avoir retiré la proposition d'un règlement relatif à un droit commun européen de la vente, la Commission propose deux

actes juridiques. Plutôt que de poursuivre l'objectif d'adopter un instrument optionnel, qui était très controversé non seulement à cause de la compétence, la commission propose à la place d'un règlement directement applicable, d'adopter deux directives constituant une harmonisation complète. Avec les deux actes proposés, la Commission sépare aussi les objets centraux du règlement à un droit commun de la vente: Ce faisant, en vue des contrats de fourniture de contenu numérique, la commission aborde du terrain nouveau. Par contre, la deuxième proposition lui consacre un contenu réglementaire relativement classique: le commerce en ligne.

GEK 2.0? Ein europäischer Rechtsrahmen für den Digitalen Binnenmarkt

Die neue Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte (Digitalgüter-Richtlinie)

Dr. Matthias Wendland, LL.M. (Harvard), München

I. Einleitung

Am 9.12.2015 hat die Kommission zwei Richtlinienentwürfe über die *Bereitstellung digitaler Inhalte* (Digitalgüter-Richtlinie)¹ und über *Fernabsatzgeschäfte mit Sachgütern* (Fernabsatz-Richtlinie II)² veröffentlicht. Mit dem legislativen Doppelschlag setzt sie ihre Bemühungen um eine Vereinheitlichung auf dem Gebiet des Vertragsrechts fort, die durch das Scheitern des Verordnungsentwurfes für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK)³ zunächst ins Stocken geraten waren.⁴ Durch die geplanten Richtlinien soll ein europäischer Rechtsrahmen für den digitalen Binnenmarkt⁵ geschaffen werden, der im grenzüberschreitenden Online-Handel mit digitalen Inhalten und Sachgütern Verbrauchern unionsweit einheitliche Rechte, Unternehmen Rechtssicherheit und eine Senkung der Transaktionskosten garantieren soll.⁶

II. Die Richtlinienentwürfe im Kontext des GEK und der Digitalen Agenda

Die zu Recht auf die Angleichungskompetenz des Art. 114 AEUV gestützten Richtlinienentwürfe sind Teil der *Digitalen Agenda*, der Strategie der Kommission für einen digitalen Binnenmarkt, die neben der Vereinheitlichung des Vertragsrechts weitere ergänzende Maßnahmen wie Initiativen zur Mehrwert-Steuerung, zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Paketzustellung sowie die Modernisierung des Urheberrechts vorsieht.⁷ Sie bilden den vorerst letzten Schritt in einem Prozess sich zunehmend verdichtender vertragsrechtlicher Harmonisierung, der mit dem gescheiterten GEK-Entwurf gegenüber dem bestehenden Richtlinienrecht konzeptionell und qualitativ eine neue Stufe erreicht hat und der in der bereits angekündigten umfassenden

Überprüfung des Verbraucher-Acquis⁸ weitergeführt werden soll. Entsprechend sind in die neuen Regelungen die Erfahrungen aus den Verhandlungen über den GEK-Entwurf eingeflossen.⁹ Trotz der Anlehnung der materiell-rechtlichen Vorschriften¹⁰ sowie teilweise auch des sachlichen Anwendungsgebietes¹¹ an das GEK folgt die Kommission mit den beiden

¹ Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, KOM(2015) 634 endg.

² Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren v. 9.12.2015, KOM(2015) 635 endg.

³ Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v. 11.10.2011, KOM(2011) 635, endg.

⁴ Vgl. zur Entscheidung, den GEK-Entwurf zurückzuziehen das am 16.12.2014 bekannt gegebene Arbeitsprogramm der Kommission 2015: Ein neuer Start, KOM(2014) 910 endg., Anhang 2, Nr. 60 (Liste der zurückzuziehenden oder zu ändernden Vorschläge).

⁵ Vgl. hierzu die Mitteilung der Kommission: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM(2015) 192 endg., S. 4 ff.; Mitteilung der Kommission: Eine Digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245 endg., S. 8 ff.

⁶ Vgl. hierzu die Mitteilung der Kommission: Ein modernes Vertragsrecht für Europa – Das Potenzial des elektronischen Handels freisetzen, KOM (2015) 633 endg., S. 9 f (Fn. 6).

⁷ Vgl. hierzu die Mitteilung der Kommission, KOM(2015) 633 endg. S. 9 f. (Fn. 6).

⁸ Mitteilung der Kommission, KOM(2015) 633 endg., S. 9 f. (Fn. 6); Entwurf der Fernabsatz-Richtlinie II, KOM(2015) 635 endg., S. 3 (Fn. 2).

⁹ Kommissionsvorschlag für eine Digitalgüter-Richtlinie, KOM(2015) 634 endg., S. 2.

¹⁰ Kommissionsvorschlag für eine Digitalgüter-Richtlinie, KOM(2015) 634 endg., S. 2, 13.

¹¹ Begründung des Kommissionsvorschlag für eine Digitalgüter-Richtlinie, KOM(2015) 634 endg., S. 2. Zu den Änderungen, die der GEK-Entwurf im Rahmen des Bildungsprozesses erfahren hat und die in die Kommissionsvorschläge für die Digitalgüter- und die Fernabsatz-Richtlinie II aufgenommen wurden, gehören „einerseits die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf den Online-Warenhandel und andere Arten des Ver-

Fokus

Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2

Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm und Malte Kramme, Bayreuth

Im ersten Teil dieses Aufsatzes ging es in erster Linie um Grundfragen und Grundstrukturen. Mit ihren Vorschlägen geht die Kommission von der Idee des optionalen Instruments ab und kehrt zugleich zum Ansatz der – vollharmonisierenden – Richtlinie zurück. Die Zerlegung des bisherigen Kaufrechtsentwurfs in zwei getrennte Richtlinien wirft dabei erhebliche und bislang nur in Ansätzen gelöste Abstimmungsprobleme auf, die auch das Verhältnis zum Acquis im Übrigen betreffen. Die Anwendungsbereiche beider Richtlinienvorschläge sind gleichwohl weitgehend auf Fragen der Gewährleistung beschränkt. Während die OnlinehandelRL damit vor allem – die VerbrauchsgüterkaufRL partiell verdrängendes – Sonderkaufrecht schafft, betritt die Digitale-Inhalte-Richtlinie an vielen Stellen Neuland und ist damit nicht auf kaufartige Gestaltungen beschränkt. Bemerkenswert ist insoweit auch, dass für diese Richtlinie neben die Gewährleistungsfragen auch (allgemeine) Sonderregeln zu Dauerverhältnissen treten, wie sie dem Unionsrecht bislang weitgehend unbekannt sind. Im Folgenden wird es nun zunächst darum gehen, den Anwendungsbereich und die Vertragstypen bei den digitalen Inhalten näher zu beleuchten, um sodann auf die Qualitätsstandards, die Rechtsbehelfe und die Flexibilisierungsinstrumente bei Dauerverhältnissen einzugehen. Anschließend geht es um die Vertragsgemäßheit beim Onlinehandel und die Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit. Eine Gesamtbewertung der Vorschläge schließt die Überlegungen ab.

IV. Die Begriffe der digitalen Inhalte, der Bereitstellung und die Bedeutung von Cloud- und Plattformverträgen

Der Anwendungsbereich der Richtlinie wird im wesentlichen durch die Formulierung „Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte an Verbraucher“ umrissen, auf die Art. 1 Digitale-Inhalte-RL Bezug nimmt. Der Gegenstand der erfassten Verträge wird also vor allem durch die Verbindung der Begriffe digitale Inhalte und Bereitstellung charakterisiert, während der Verweis auf Verbraucher lediglich den Anwendungsbereich der Richtlinie auf den Bereich des Verbraucherschutzes einengt.

Die Kommission hat die bereits durch Art. 2 Nr. 11 Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU eingeführte Terminologie, auf die sie auch für Art. 2 lit. j des Vorschlags für eine Verordnung

über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht zurückgegriffen hatte,³⁹ im jetzt vorgelegten Vorschlag in mehrfacher Hinsicht verändert: Wichtigste Änderung ist die Aufspaltung der Begriffe digitale Inhalte (Art. 2 Nr. 1 Digitale-Inhalte-RL) und Bereitstellung (Art. 2 Nr. 10 Digitale-Inhalte-RL). Zudem schlägt die Kommission eine erhebliche Ausweitung des Begriffs digitale Inhalte vor (durch Art. 2 Nr. 1 lit. b und c Digitale-Inhalte-RL) und begründet diese in Erwägungsgrund 11 des Vorschlags damit, dass sie der technologischen Entwicklung Rechnung tragen wollen.⁴⁰ Im Folgenden ist daher zunächst das Zusammenspiel der beiden nunmehr aufgeteilten Begriffe „Bereitstellung“ und „digitale Inhalte“ zu klären, bevor diese beiden Begriffe einzeln näher analysiert werden. Die begrüßenswerte rechtspolitische Intention, die Richtlinie auch auf Cloud- und Plattformverträge anzuwenden, ist dabei einer eigenen Betrachtung wert.

1. Zusammenspiel der Begriffe Bereitstellung und digitale Inhalte

Die Begriffe digitale Inhalte und Verträge über digitale Inhalte nach der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU sowie nach dem Vorschlag über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht sind respektive unvollständig. Im Mittelpunkt der Definition stehen die digitalen Inhalte, welche derzeit für den Acquis des Unionsrechts definiert werden als „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden“. Weitere materielle Voraussetzungen kennen die betreffenden Definitionen nicht. Immerhin wird man aus der Einordnung als Vertragsgegenstand (oder Teil desselben) schließen müssen, dass die Daten als solche in einer Weise verkehrsfähig sein müssen, dass die Parteien einen Vertrag darüber schließen.⁴¹ Systematisch beschreibt die Definition damit ein Rechtsobjekt, welches etwa einem engen Sachbegriff (für Deutschland § 90 BGB) oder dem Warenbegriff (etwa Art. 2 Nr. 3 Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU) funktionsäquivalent ist.⁴² Ein „Vertrag über digitale Inhalte“ ist daher nur

³⁹ Dazu Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 44–49, 63–67.

⁴⁰ Zu Einzelheiten s. noch sub 2.

⁴¹ Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 45.

⁴² Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475.

begrenzt aussagefähig und entspräche etwa dem Differenzierungsgrad eines „Vertrags über Sachen“.⁴³

Der vorliegende Richtlinienvorschlag schlägt auf dieser grundsätzlichen Ebene nun zweierlei vor: Zum einen verzichtet die Kommission bewusst auf den Vorschlag einer Vertragstypen-einordnung und überlässt diese den Mitgliedstaaten.⁴⁴ Zum anderen wird definitorisch nunmehr zwischen dem Rechtsobjekt digitale Inhalte und der Bereitstellung als der – nur wenig eingrenzenden – Form des den jeweiligen Vertragstyp kennzeichnenden Umgangs mit dem Rechtsobjekt differenziert. Durch die vorgenommene Aufteilung des Begriffs nähert sich der vorgelegte Entwurf der bereits früher angemahnten Regelungsstruktur aus Rechtsobjekt und Leistungsgegenstand an.⁴⁵ Damit wird zugleich die Rechtsobjektnatur digitaler Inhalte verstärkt festgeschrieben und die Beschreibung des eigentlichen Leistungsgegenstandes weitestgehend in den Bereitstellungsbegriff verlagert.

2. Digitale Inhalte

Zu der Ausdifferenzierung des Inhalts von Verträgen über digitale Inhalte durch die Aufteilung auf das Element der digitalen Inhalte und das Element der Bereitstellung will die Veränderung am Begriff digitaler Inhalte nicht so recht passen: Art. 2 Nr. 1 Digitale-Inhalte-RL geht zwar in lit. a („Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden ...“) zunächst von dem bereits klassischen Definitionstext aus, ohne – richtigerweise – das mitgedachte zusätzliche Funktionalitätselement⁴⁶ ausdrücklich zu erwähnen. Deutlich verunglückt ist aber die Einbeziehung von Dienstleistungen in einen Rechtsobjekt-Begriff durch Nr. 1 lit. b und c. Mit diesen schlägt die Kommission vor, den Begriff digitaler Inhalte auf Dienstleistungen zu erweitern, die einerseits „die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden“ (lit. b), und solchen, „die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistung in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen“ (lit. c). Zur Begründung verweist die Kommission in Erwägungsgrund 11 des Vorschlags – wie bereits ausgeführt – auf die Gefahr der Überholung des Textes durch die technische Entwicklung. Deshalb sollen die genannten Dienstleistungen in den Begriff einbezogen werden, wobei schon im folgenden Satz von verschiedenen Möglichkeiten der Bereitstellung digitaler Inhalte die Rede ist.

Zu begrüßen ist zunächst die Fortschreibung der bisherigen Begrifflichkeit in lit. a. Dabei nennt die Bestimmung an dieser Stelle Video- und Audioinhalte, Anwendungen (wohl gemeint Apps), digitale Spiele sowie sonstige Software als Beispiele, während das in der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU weiter genannte Beispiel des Streaming durch Erwägungsgrund 11 nunmehr richtigerweise der Bereitstellung zugeordnet wird.⁴⁷

Wenig hilfreich ist hingegen die Aufnahme der beiden Dienstleistungsformen in den Begriff digitaler Inhalte. Dabei handelt es sich nicht um ein im Kern rechtspolitisches Problem, weil eine rechtliche Erfassung der genannten Dienstleistungen überfällig ist und auch sinnvoll im vorliegenden Richtlinienvorschlag geleistet werden kann. Richtigerweise handelt es sich bei

Dienstleistungen in Bezug auf digitale Inhalte jedoch um Fragen der Bereitstellung, die eben nicht in einer Übermittlung zu permanenten Zwecken oder einer im Zweifel vorübergehenden Gebrauchsüberlassung liegen, sondern einen Service zum Gegenstand haben, der digitale Inhalte einschließt.⁴⁸

Die Hereinnahme der Dienstleistungen in das Rechtsobjekt „Digitale Inhalte“ wirft eine Vielzahl von Fragen auf, die allein auf der technischen Fassung der Definitionen beruhen und durch eine Änderung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens beseitigt werden sollten: Dabei geht es zum einen um die Frage, ob durch die Nennung einzelner Dienstleistungen alle übrigen Dienstleistungen unter Einsatz digitaler Inhalte ausgeschlossen sein sollen.⁴⁹ Zum anderen stellt sich die Frage nach der Funktionsweise eines Rechtsobjekts Dienstleistung. Dieses kann sich – jedenfalls beim derzeitigen Stand europäischer Rechtstechnik – nur auf ein Forderungsrecht beziehen, das ggf. durch den Vertrag konstituiert wird und dann seinerseits verkehrsfähig sein könnte. Die dadurch eintretende Doppelung der schuldrechtlichen Ebenen ist freilich bereits für sich genommen mehr als unglücklich. So wäre ein kaufartiges Geschäft über eine in lit. b und c genannte Dienstleistung möglich, wenn das betreffende Recht auf die Dienstleistung im Wege der Abtretung (oder eines sonstigen Forderungsübergangs) übertragen würde. Im Falle von Leistungsstörungen träten Rechtsbehelfe wegen der Verletzung eines Anspruchs auf die Übertragung neben solche aus der Verletzung des übertragenen Rechts selbst.

Würde man die in lit. b und c genannten Dienstleistungen aus dem Begriff digitaler Inhalte mit herausnehmen und dem Begriff der Bereitstellung zuschlagen, stellte sich andererseits die Frage, was in diesem Falle digitaler Inhalt wäre, unter dessen Einsatz oder Verwendung die betreffenden Dienstleistungen erbracht würden. Für die bisherige Begrifflichkeit ist dazu die Auffassung vertreten worden, es bedürfe einer „Verkörperung“ der Dienstleistung im digitalen Inhalt, um den Anwendungsbereich der betreffenden Regelungen zu eröffnen.⁵⁰ Als digitaler Inhalt für die in lit. b und c genannten Dienstleistungen käme dann lediglich die dem Verbraucher jeweils ermöglichte Nutzung der betreffenden Softwarearchitektur in Betracht. Rechtsobjekt des Vertrags über derartige Dienstleistungen wäre also die Software, welche der Dienstleister zur Nutzung zur Verfügung stellt oder zur Verfügung stellen lässt. Die Nutzbarkeit etwa von Plattformsoftware wäre dann der eigentliche Vertragsgegenstand. Die Verlagerung der in lit. b und c genannten Dienstleistungen aus dem Begriff der digitalen Inhalte heraus würde also den Anwendungsbereich der Richtlinie im Ergebnis nicht verkleinern und zugleich – für den Begriff der digitalen Inhalte – zu einer erheblich kohärenteren Regelungsstruktur führen.

⁴³ Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475.

⁴⁴ Dazu sub VII 2.

⁴⁵ Siehe Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475 (478).

⁴⁶ Für dieses bereits zum GEKR Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 45 sowie daran anschließend für die Digitale-Inhalte-RL Wendland, GPR 2016, 8, 12.

⁴⁷ Anders für letzteres offenbar Wendland, GPR 2016, 8, 12.

⁴⁸ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten unter der bislang herrschenden Begrifflichkeit s. Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 46 ff.

⁴⁹ Dazu sub 3 bei der Frage der Bereitstellung.

⁵⁰ Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 46.

3. Bereitstellung

Der durch Art. 2 Nr. 10 Digitale-Inhalte-RL nunmehr neu definierte Begriff der Bereitstellung übernimmt die bereits im Entwurf zum gemeinsamen Europäischen Kaufrecht gebräuchliche Begriffsverwendung und definiert den Terminus als „Verschaffung des Zugangs zu oder die Zurverfügungstellung von digitalen Inhalten“. Hierdurch wird das eigentliche Leistungsgeschehen, bezogen auf das Rechtsobjekt digitale Inhalte, medienneutral beschrieben. Die neue Definition trägt zur Abschwächung früherer Bedenken gegen die deutsche Begriffsverwendung der Bereitstellung bei, welche Abrufungs- und Abholungserfordernisse suggeriert,⁵¹ welche Begriffe anderer Sprachfassungen (etwa *supply* oder *fournir*) nicht in gleichem Maße aufweisen.

Die Definition der Bereitstellung ist im Übrigen freilich sehr gelungen, weil die Medienneutralität gelingt. So bedarf es eben nicht in jedem Falle eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte der Verschaffung der betreffenden Daten, wenn nach der Vertragsgestaltung der schlichte Zugang ausreicht.⁵² Dementsprechend verweist die Definition auf die beiden Kerngestaltungen Zugang und Zurverfügungstellung. Dabei kann die schlichte Zugänglichkeit digitaler Inhalte auch in kaufartigen Konstellationen genügen, wenn etwa die permanent zur Verfügung gestellten digitalen Inhalte in einer Art Treuhandsituation für den „Käufer“ gehalten werden, die ihm ähnliche Ausschließlichkeitsprivilegien verschafft, wie Eigentum und Besitz an einer beweglichen Sache in der analogen Welt – Art. 5 I lit. a Digitale-Inhalte-RL behandelt diesen Fall ausdrücklich.

Die Bereitstellung i.S.v. Art. 2 Nr. 10 Digitale-Inhalte-RL schließt – anders als noch das GEKR – auch die vorübergehende Gebrauchsüberlassung ein.⁵³ Anders als der Entwurf zum gemeinsamen Europäischen Kaufrecht lässt sich für den Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL nicht bestreiten, dass diese auch Verträge erfasst, bei denen es an der Dauerhaftigkeit respektive Permanenz der Belassung und Nutzungsmöglichkeit digitaler Inhalte fehlt. Diese Grundentscheidung schlägt sich im weiteren Richtlinienentwurf in einer Reihe von Sonderbestimmungen für vorübergehende Nutzungsüberlassungen nieder, etwa für die Regelung zur Dauer der geschuldeten Qualität (Art. 6 III Digitale-Inhalte-RL) sowie das Erfordernis der rechtlichen Störungsfreiheit (Art. 8 II Digitale-Inhalte-RL). Weitere Beispiele sind Art. 10 lit. a (nachträgliche Vertragswidrigkeit während des maßgebenden Zeitraums), Art. 13 V (Einschränkung des Beendigungsrechts) sowie Art. 15 I (Änderung digitaler Inhalte im betreffenden Zeitraum). Sollte der Vorschlag so verabschiedet werden, würde sich das Unionsrecht erstmals vertieft mit den Bedingungen von Gebrauchsüberlassungen befassen – ein längst überfälliger Akt, der freilich nicht so recht in das Grundfreiheitschema und den Waren-Dienstleistung-Dualismus passen will.⁵⁴

Ausweislich der verunglückten Definition der digitalen Inhalte in Art. 2 Nr. 1 lit. b und c Digitale-Inhalte-RL darf als gesichert angesehen werden, dass die künftige Richtlinie auch Dienstleistungen unter Einsatz digitaler Inhalte erfassen soll und wird.⁵⁵ Dabei kommt der beschränkten Aufzählung in Art. 2 Nr. 1 lit. b und c richtigerweise keine Sperrwirkung zu. Erforderlich ist aber jeweils, dass die digitalen Inhalte selbst Gegenstand der Leistung im Wege einer Bereitstellung sind. Es bedarf also auch insoweit einer Verkörperung der Dienstleistung im digitalen Inhalt.⁵⁶ Da-

mit ist die Bereitstellung eines elektronischen Dienstleisters in Form von Daten eine Bereitstellung digitaler Inhalte im Sinne der Definitionen nach Art. 2 Nrn. 1, 10 Digitale-Inhalte-RL. Dementsprechend ist die Definition der Bereitstellung auch der richtige Ort zur Erfassung der, nach dem Vorschlag der Kommission, in Art. 2 Nr. 1 lit. b und c Digitale-Inhalte-RL gefassten Dienstleistungen. Deren Definitionen könnten (unter Klarstellung des nicht abschließenden Charakters der Aufzählung) durch ein „insbesondere“ in die Nr. 10 transferiert werden.

Sind die digitalen Inhalte hingegen nur Hilfsmittel bei einer Dienstleistung, scheidet die Anwendbarkeit der Richtlinie richtigerweise aus. Insbesondere sind digitale Inhalte, die ein Dienstleister lediglich zur Unterstützung der eigenen Tätigkeit einsetzt, ohne dass diese selbst Ort des eigentlichen Leistungsaktes sind, nicht von der Richtlinie erfasst. Beispiele sind etwa Softwareanwendungen für Dienstleister, zu denen deren Kunde keinen Kontakt hat.⁵⁷ Dies hat sich im Vorschlag der Kommission in Art. 3 V lit. a auch ausdrücklich niedergeschlagen. Die letztgenannte Vorschrift zeigt zugleich – ebenso wie die weiteren auf Dienstleistungen bezogenen Ausnahmen in Art. 3 V Digitale-Inhalte-RL –, dass Dienstleistungen Gegenstand der Richtlinie sein können. Die in Abs. 5 der Vorschrift genannten Ausnahmen werden in vielen Fällen schon von den Definitionen in Art. 2 Nrn. 1, 10 Digitale-Inhalte-RL geleistet werden, sodass die Ausnahmetatbestände in Art. 3 V lit. a-e weitgehend auf Klarstellungen beschränkt sind.

4. Anwendung auf Cloud-Verträge und Soziale Netzwerke

Mit der Erfassung von Cloud-Anwendungen sowie von bestimmten Plattformen durch Art. 2 Nr. 1 lit. b und c Digitale-Inhalte-RL befindet sich die Kommission – abgesehen von der bereits angesprochenen unglücklichen systematischen Verordnung – auf dem richtigen Weg. Allerdings sind die gewählten Definitionen nicht in jeder Hinsicht trennscharf.

Die künftige Richtlinie soll einerseits Dienstleistungen erfassen, „die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden“, Art. 2 Nr. 1 lit. b. Näher erläutert wird diese Beschreibung – abgesehen von einer knappen Wiederholung im Erwägungsgrund 11 – nicht. Die rechtspolitische Zielrichtung ist aber deutlich: Die Ermöglichung der Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form zielt in erster Linie auf Cloud-Anwendungen und deren vertragliche Erfas-

⁵¹ Siehe Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 64.

⁵² Wie hier auch Wendland, GPR 2016, 8, 13.

⁵³ Richtig Wendland, GPR 2016, 8, 13. Dagegen noch für das GEK Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 66.

⁵⁴ Vgl. auch dessen Fortschreibung bei Beale, Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 11.

⁵⁵ Zustimmend auch Wendland, GPR 2016, 8, 13.

⁵⁶ So bereits Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 46.

⁵⁷ Ähnlich bereits Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 47.

sung.⁵⁸ Der Vorschlag der Kommission erfasst Cloud-Anwendungen auch an anderer Stelle der Richtlinie, freilich ohne Bezug zu der Erweiterung des Anwendungsbereichs durch Art. 2 Nr. 1 lit. b Digitale-Inhalte-RL. Insbesondere ist die Treuhandsfunktion von Cloud-Anwendungen Gegenstand der Konkretisierung der Bereitstellungspflicht durch Art. 5 I lit. b Digitale-Inhalte-RL. Im Übrigen berücksichtigt die Richtlinie diesen – nach dem Grundverständnis der Kommission – Sonderfall digitaler Inhalte jedoch nicht durch Sonderregeln. Nicht ganz leicht erschließt sich das zusätzliche Kriterium der Bereitstellung der betreffenden Daten durch den Verbraucher. Offenbar ist aus Sicht der Kommission für die zu erfassenden Cloud-Anwendungen charakteristisch, dass die erstellten, verarbeiteten oder gespeicherten Daten vom Verbraucher stammen. Dafür wird in jedem Falle genügen, dass dieser verbraucherseitige Ausgangspunkt dadurch besteht, dass die betreffenden Daten von dritter Seite für den Verbraucher erstellt, verarbeitet oder gespeichert werden, wie das insbesondere im Falle der Bereitstellung nach Art. 5 I lit. b Digitale-Inhalte-RL der Fall ist. Dasselbe gilt für Datenaustausche im Rahmen von Anwendungen des Internets der Dinge.⁵⁹ Umgekehrt steht zu vermuten, dass das Kriterium reine Nutzerkonten beim Anbieter aus dieser (Teil-) Definition herausnehmen soll. Trifft dies zu, so ergeben sich schwierige Grenzfälle, in denen der Provider einer Cloud-Anwendung zugleich Content-Anbieter ist und die betreffenden Daten „für den Verbraucher“ nur von der „rechten in die linke Tasche“ beim Unternehmer wandern. Angesichts dieser verschiedenen Fallgestaltungen drängt sich der Verdacht auf, dass hier über die Begriffsdefinition letztlich die besonderen Anforderungen an die Bereitstellung im Sinne von Art. 5 Digitale-Inhalte-RL gesteuert werden sollen. Dies sollte dann freilich nicht begrifflich, sondern im Zusammenhang mit der Regelung des Sachproblems geschehen, so dass die Streichung des letzten Halbsatzes von Art. 2 Nr. 1 lit. b Digitale-Inhalte-RL zu empfehlen ist.

Durch die Erfassung von Dienstleistungen „die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistung in digitaler Form hergestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen“, Art. 2 Nr. 1 lit. c Digitale-Inhalte-RL, zielt die Kommission in erster Linie auf soziale Netzwerke ab.⁶⁰ Im Hinblick auf gemeinsam genutzte Clouds – etwa zur Projektbearbeitung – lassen sich freilich auch andere Gestaltungen vorstellen. Kern dieser Definition ist die gemeinsame Nutzung von Daten, welche durch die betreffende Dienstleistung ermöglicht wird, so dass letztlich zahlreiche Plattformkonstellationen in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen werden. Auch die Erfassung dieser besonderen Plattformstruktur mit gemeinsamem Zugriff (oder weiter mit gemeinsamer Interaktion) hat sich in den weiteren Detailregelungen kaum niedergeschlagen. Einzige Ausnahme ist die Einschränkung der Vertragsbeendigungsfolgen in Art. 13 II lit. b Digitale-Inhalte-RL in Fällen der gemeinsamen Datenerzeugung durch den Verbraucher und andere. Allerdings ist diese Regelung nicht auf die Plattformsituation nach Art. 2 Nr. 1 lit. c Digitale-Inhalte-RL zugeschnitten, sondern auf den Fall, dass die betreffenden Daten Gegenleistungsfunktion haben.

Nimmt man beide Definitionen zusammen, so muss man die fehlende Abbildung einer Vorstellung von den betreffenden Vertragsverhältnissen ebenso konstatieren wie die weitgehend er-

folgreiche Medienneutralität. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wird man daher darauf zu achten haben, dass entweder den betreffenden Definitionen lediglich eine klarstellende Bedeutung zukommt oder auch auf die betreffenden Plattformanwendungen zugeschnittene Sachregeln in den Text aufgenommen werden. Vermutlich ist es freilich sinnvoller, weitreichende Regelungen der Sachfragen von Plattformverträgen einer eigenen Richtlinie (oder besser Verordnung) vorzubehalten.⁶¹

V. Daten als Gegenleistung

Besondere Beachtung verdient Art. 3 I Digitale-Inhalte-RL. In diesem wird der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie für solche Verträge eröffnet, bei denen digitale Inhalte im Gegenzug zu einer Gegenleistung bereitgestellt werden. Die Gegenleistung kann dabei – wie explizit in der Vorschrift genannt – sowohl in der finanziellen Gegenleistung und somit eben in Geld, wie auch in der Zurverfügungstellung von personenbezogenen und sonstigen Daten liegen. Letzteres ist neu und bislang ohne Vorbilder.⁶²

Im Hinblick auf die Zunahme von Big-Data-Anwendungen und der damit verbundenen Zunahme von personenbezogenen Daten als Bestandteil von Leistungsversprechen, ist diese gesetzgeberische Entwicklung zu begrüßen.⁶³ Bislang haben weder der europäische noch die nationalen Gesetzgeber Regelungen statuiert, die den Austausch von Leistungen – einschließlich digitaler Inhalte – gegen die Nutzung von Daten, insbesondere personenbezogener Daten auch nur ansatzweise regeln.⁶⁴ Damit ist das existierende Recht für den Umgang mit diesen Vertragsgestal-

⁵⁸ Wie hier *Wendland*, GPR 2016, 8, 13.

⁵⁹ Richtig *V. Mak*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 8 ff.

⁶⁰ Wie hier wiederum *Wendland*, GPR 2016, 8, 13.

⁶¹ Zu entsprechenden Plänen s. *Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, EuCML 2016, 3, 4 ff.

⁶² Zu den wenigen Quellen im Schrifttum zählen *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218 ff.; ferner *Sénéchal*, La fourniture de données personnelles par le client via Internet, un objet contractuel, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2015, 212 ff. Für einen ersten Versuch schuldrechtlicher Erfassung ohne Berücksichtigung des Gegenleistungscharakters *Loos/Hellberger/Mak and others* (University of Amsterdam), Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Amsterdam 2011 (in *Helberger/Loos*, Digital Content Contracts for Consumers, J Consum Policy 36 (2013) 37 ff. wird der Punkt nicht behandelt). Zum Sonderfall von Daten als (partielles) Prämienäquivalent siehe die Nachweise bei *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 219, Fn. 11 und 12.

⁶³ Positiv auch *Beale*, Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 12.

⁶⁴ *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218. Siehe nochmals *Loos/Hellberger/Mak and others* (University of Amsterdam), Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Amsterdam 2011, wo keine rechtsvergleichenden Hinweise zu diesem Punkt zu finden sind.

tungen weitgehend unvorbereitet.⁶⁵ Dies wird vor allem durch das Fehlen datenschuldrechtlicher Regelungen deutlich, welche die Einbindung von Daten als Leistung und Gegenleistung regeln würden.

Die Richtlinie ist die erste Regelung, die die Vertragsgestaltungen „digitale Inhalte gegen Daten“ explizit erfasst. Die Aufnahme von Daten als Gegenleistung in den Anwendungsbereich der Richtlinie ist nicht zuletzt im Hinblick auf politische und mediale Diskussionen überaus erfreulich. Der wirtschaftliche Wert⁶⁶ und „Bezahlen mit den eigenen Daten“ ist im Begriff auch für den Verbraucher allgemein bekannt zu werden.⁶⁷ Im Hinblick auf diese Entwicklung ist es nur erforderlich, dass der Gesetzgeber Regelungen schafft, die die Vertragsgestaltungen „Leistung gegen Daten“ abbilden können.

Erwägungsgrund 13 Digitale-Inhalte-RL bestätigt diese Notwendigkeit und betont darüber hinaus die Wichtigkeit, nicht zwischen den Vertragsgestaltungen „Leistung gegen Geld“ und „Leistung gegen Daten“ zu unterscheiden, um eine homogene Regelungsstruktur zu schaffen und eine Diskriminierung von Geschäftsmodellen ausschließen zu können. Eine solche Differenzierung könnte sonst zur Folge haben, dass digitale Inhalte vermehrt gegen Daten angeboten werden und so die Wettbewerbsbedingungen verzerrt würden. Es entstände – so der Erwägungsgrund weiter – sodann bei mangelhaften Leistungsmerkmalen von digitalen Inhalten eine Gefahr für die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher.

Zunächst fällt in Art. 3 I Digitale-Inhalte-RL eine Differenzierung zwischen personenbezogenen Daten und sonstigen Daten auf. Personenbezogene Daten, sind solche im Sinne der Datenschutzrichtlinie 96/46/EG (künftig der Datenschutzgrundverordnung) sowie der e-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG. Davon erfasst sind beispielsweise Name, Anschrift, Familienstand, Gesundheitszustand, biometrische Daten, etc. Sonstige Daten im Sinne der Richtlinie können dann daneben eigene digitale Inhalte sein, die im Gegenzug zum Erhalt eines digitalen Inhalts geleistet werden müssen. Beispiel wäre ein Austausch von E-Book gegen Musiktitel oder ein Austausch von E-Book gegen anonymisierte Daten, die gerade nicht in den Anwendungsbereich der Datenschutzrichtlinien respektive der künftigen Datenschutzgrundverordnung fallen. Im letzten Falle besteht zwar kein Schutzbedarf hinsichtlich der Persönlichkeitsrechten von Verbrauchern, geschützt wird aber das Vermögensgut eigener Daten, das unabhängig von deren Personalisierung besteht.

Der Austausch „digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten“ bedarf allerdings näherer Betrachtung. Unter Berücksichtigung der Kommerzialisierung von personenbezogenen Daten und der damit verbundenen Vertragsgestaltungen ist das Vorhaben des Richtliniengabers zu begründen. Erforderlich ist allerdings die Ausgestaltung besonderer vertragsrechtlicher Regelungen, die neben dem Datenschutzrecht – welches selbstverständlich persönlichkeitsrechtlichen Schutz garantiert und weiterhin garantieren muss, schuldrechtlichen Interessenausgleich aber nicht garantieren kann – greifen, und Leistungsaustausche „digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten“ erfassen. Kernfrage ist dabei, in wie weit personenbezogene Daten überhaupt als Leistungsgegenstand und damit auch als Gegenleistung behandelt werden können, denn dies setzt Art. 3 I Digitale-Inhalte-RL zwingend voraus.

Ausgangspunkt ist die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, die mittlerweile Gang und Gäbe ist, was sich durch die zunehmende Zahl einschlägiger Vertragsgestaltungen dieser Art zeigt. Diese Vertragsgestaltungen erlangen ihre Bedeutung erst dadurch, dass der Datengläubiger eine weitergehende Datennutzung betreibt. Dies kann beispielsweise Weiterverkauf, Schaltung personenspezifischer Werbung oder auch Ermöglichung von Profilbildung sein.⁶⁸

Art. 3 Digitale-Inhalte-RL spricht von der Leistung „in Form personenbezogener oder anderer Daten“. Dazu genügt die reine Übermittlung von Daten als Leistungsgegenstand nicht, da eine anschließende Datenverarbeitung durch den Datengläubiger ohne gesetzliche Erlaubnis oder datenschutzrechtliche Einwilligung unzulässig ist, wie sich aus Art. 7 DatenschutzRL ergibt. Der Erwägungsgrund 22 Digitale-Inhalte-RL erklärt die Datenschutzrichtlinie dann auch für uneingeschränkt anwendbar, sodass der rechtliche Rahmen bei Umsetzung und Anwendung der Richtlinie zu beachten ist. Personenbezogene Daten dürfen somit nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn das Datenschutzrecht selbst oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Es ist folglich von einem sog. Regel-Ausnahmeverhältnis (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) zu sprechen. Art. 3 I Digitale-Inhalte-RL bildet diesen Zusammenhang nicht hinreichend ab und müsste daher im Gesetzgebungsverfahren noch präzisiert werden.

Selbstverständlich ist die Übermittlung personenbezogener Daten⁶⁹ häufig Bestandteil der Vertragsgestaltungen „digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten“, jedoch besteht das Interesse des Datengläubigers vor allem darin, eine datenschutzrechtliche Einwilligung in die Verarbeitung und somit weitergehende Nutzung der Daten zu erhalten. Erst die datenschutzrechtliche Einwilligung bringt den Gläubiger in die Position, den ökonomischen Wert⁷⁰ der personenbezogenen Daten für sich realisieren zu können, da nur durch die Einwilligung eine legale Verarbeitung der personenbezogenen Daten möglich ist. In vielen Fällen erhält der Datengläubiger die Daten ohnehin ohne eine Übermittlung durch den Datenschuldner durch eigene – durch gesetzliche Befugnisse gedeckte – Erfassungsakte und dies gegebenenfalls auch schon vor Vertragsabschluss. In diesen Fällen der Datenerhebung gestattet die datenschutzrechtliche Einwilligung insbesondere die Ausweitung der Verarbeitungszwecke über die gesetzlich vorhergesehen Zwecke hinaus. Kern von Ver-

⁶⁵ Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218.

⁶⁶ Wert eines Datensatzes beim Kauf von Whatsapp durch Facebook: ca. 40 US-Dollar (<http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/facebook-kauft-whatsapp-umsonst-ist-teuer/9514730.html>); Wert eines durchschnittlichen Facebook-Nutzerprofils: ca. 88 Euro (*Deutsche Bank Research, Big Data – die ungezähmte Macht*, 2014, S. 20); Dazu z.B. auch: *Deutsche Bank Research, Big Data – die ungezähmte Macht*, 2014, S. 18 ff.; OECD, *Exploring the Economics of Personal Data*, 2013, S. 18 ff.

⁶⁷ So auch Erwägungsgrund 13 der Richtlinie.

⁶⁸ Die Formen der Datenverwendung sind damit bei Weitem nicht abschließend aufgezählt.

⁶⁹ Zu den Fällen der ohne Mitwirkung des Verbrauchers erfassten Daten und ihrer Unterscheidung von den aktiv übermittelten siehe *Sénéchal, La fourniture de données personnelles par le client via Internet, un objet contractuel*, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2015, 212.

⁷⁰ Zum Wert von Daten siehe oben Fn. 28.

tragsgestaltungen „personenbezogene Daten als Leistung“ ist aus Sicht des Datengläubigers somit die Einwilligung des Datenschuldners in die weitergehende Verwendung seiner personenbezogenen Daten. Die reine Übermittlung hat eher nachgeordneten Charakter.⁷¹

Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann allerdings auch nur dann Leistungsgegenstand sein, wenn die jeweiligen personenbezogenen Daten nicht ohnehin schon von Gesetzes wegen erhoben und verarbeitet werden dürfen.⁷² Eine Verpflichtung, die eine Datenverarbeitung ermöglicht, die schon von Gesetzes wegen gestattet ist, vereitelt die Zwecksetzung der Verpflichtung als Ganzes – es fehlt mit anderen Worten am Leistungssubstrat.⁷³ Als zentrale Erlaubnisnorm ist hier der bereits erwähnte Art. 7 lit. b DatenschutzRL von Bedeutung, wonach die Datenverarbeitung für eigene Geschäftszwecke gestattet ist.⁷⁴ Dies wird auch durch den Vorschlag der Kommission abgebildet. Art. 3 IV 1 Digitale-Inhalte-RL schließt nämlich die Anwendbarkeit der Richtlinie aus, sofern die Daten für die Vertragsabwicklung und Vertragserfüllung unbedingt erforderlich sind und die Daten nicht über diesen Zweck hinaus genutzt werden. Erwägungsgrund 14 Digitale-Inhalte-RL nennt als Beispiele hierfür die Angabe zum geografischen Standort, die für das ordnungsgemäße Funktionieren einer mobilen Anwendung erforderlich ist oder die gesetzlich vorgeschriebene Registrierung des Verbrauchers zu Sicherheits- und Identifizierungszwecken.

Sofern die Daten in einer nicht mit den Zwecken der Vertragsabwicklung oder Vertragserfüllung zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden, findet die Richtlinie dementsprechend Anwendung – die Daten sind somit wieder Gegenleistung. Außerdem gilt die Richtlinie zwar nicht für Daten des Verbrauchers, die vom Unternehmer benötigt werden, um sicherzustellen, dass die digitalen Inhalte vertragsgemäß sind oder den rechtlichen Anforderungen entsprechen (ebenfalls gestattet nach Art. 7 lit. b DatenschutzRL). Voraussetzung ist jedoch auch für diese Daten, dass sie nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden. Werden sie das doch, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie wieder eröffnet und die Daten sind als Gegenleistung zu qualifizieren.

Erwägungsgrund 14 des Vorschlags sorgt allerdings für einige Verwirrung: In den Sätzen 2 und 3 werden zwar lediglich die beiden in Art. 3 IV Digitale-Inhalte-RL angesprochenen Ausnahmen der Erforderlichkeit der Daten für die Vertragsdurchführung und die Sicherstellung der Vertragsgemäßheit erläutert (mit dem erwähnten Beispiel der Ortungsdaten). Anders als der vorgeschlagene Normtext von Art. 3 I Digitale-Inhalte-RL verlangt Satz 1 des Erwägungsgrundes jedoch, dass der Verbraucher seine Daten „aktiv zur Verfügung stellt“. Gerade die typischen Fälle der Datenerfassung würden dadurch ausgeschlossen, womit der rechtspolitische Kern der Sachfrage „Daten als Gegenleistung“ verfehlt würde. Erst recht gilt dies für die in Satz 4 erwähnten Fälle der Datenerfassung über Cookies,⁷⁵ für die auch kein Bezug auf die durch die Cookie-Richtlinie 2009/136/EG insoweit modifizierte eDatenschutzRL 2002/58/EG genommen wird. Beide Einschränkungen passen nicht zum Wortlaut von Art. 3 I des Vorschlags. Die dadurch entstehende Inkohärenz sollte durch Streichung beider Ausnahmen im Erwägungsgrund beseitigt werden. In diesem Rahmen sollte auch über die weitere Ausnahme in Satz 5 des Erwägungsgrundes 14 nachgedacht wer-

den, welcher Fälle ausschließen will, „in denen der Verbraucher ausschließlich zwecks Erlangung des Zugangs zu digitalen Inhalten Werbung ausgesetzt ist“. Diese einfache Formel ist schon wegen der Missachtung der deutlich differenzierteren Systems in Art. 13 eDatenschutzRL 2002/58/EG ungeeignet.

Das Regelungserfordernis für die Vertragsgestaltungen „digitale Inhalte gegen Daten“ erfordert die Entwicklung spezifisch auf personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand zugeschnittener schuldrechtlicher Regelungen.⁷⁶ Art. 3 VIII der Richtlinie regelt dementsprechend, dass der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung der personenbezogenen Daten von der Richtlinie unberührt bleibt. Damit ist ein Nebeneinander von personenbezogenen Daten als Leistungsgegenstand geregelt, das mustergültig zwischen der Kommerzialisierung und Werthaltigkeit der personenbezogenen Daten einerseits und dem datenschutzrechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts unterscheidet.

Daraus zieht der Vorschlag auch an anderer Stelle Konsequenzen: Es bedarf nämlich einer schuldrechtlichen Erfassung dieser Vertragsgestaltungen. Die Richtlinie statuiert dementsprechend im Rahmen der Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung in Art. 13 II lit. b, 15 II lit. b, 16 IV lit. a Digitale-Inhalte-RL solche schuldrechtlichen, spezifisch auf Daten als Leistungsgegenstand zugeschnittene Regelungen. Bei Beendigung des Vertrags bzw. bei Änderung der digitalen Inhalte treffen den Datengläubiger schuldrechtliche Pflichten im Umgang mit den übermittelten Daten, die jeweils – schuldrechtlich – das Unterlassen weiterer Nutzung verlangen. Erwägungsgrund 37 Digitale-Inhalte-RL nennt zusätzliche Pflichten, soweit es sich bei den als Gegenleistung eingesetzten Daten um personenbezogene Daten handelt: Der Datengläubiger hat dann zusätzlich sämtliche Maßnahmen zu ergreifen, um den Datenschutzbestimmungen genüge zu tun. Zu denken ist hier insbesondere an Löschungspflichten. Auch hier wird deutlich, dass der Richtliniengeber zwischen schuld- und datenschutzrechtlicher Ebene unterscheidet. Weitere schuldrechtliche Pflichten benennt der Erwägungsgrund allerdings nicht, sondern schließt solche mit seinem letzten Satz sogar aus. Das ist im Falle von Art. 13 II lit. b Digitale-Inhalte-RL rechtspolitisch sehr angreifbar, weil dem Datengläubiger auf diese Weise auch bei mangelhaften digitalen Inhalten die aus der Datennutzung gezogenen Vorteile verbleiben; für die Fälle der

⁷¹ Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218 (221); Buchner, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, DuD 2010, S. 39 (39, 40).

⁷² Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218 (220); Langhanke, Daten als Leistung, Kapitel 3 A II 1 (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016).

⁷³ Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218 (221).

⁷⁴ Siehe dazu Langhanke, Daten als Leistung, Kapitel 3 A II 1 (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016).

⁷⁵ Wie hier auch Beale, Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 13.

⁷⁶ Eine vom Vorschlag nicht angesprochene Frage betrifft die Folgen des Widerrufs der Einwilligung. Das bemängelt V. Mak, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 9. Zu dieser Grundfrage des Datenschuldrechts allgemein Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218 (221).

ex nunc-Beendigung in Art. 15 II lit. b und 16 IV lit. a Digitale-Inhalte-RL gelten diese Bedenken hingegen nicht respektive nur eingeschränkt.

Die Regelung zu Daten als Gegenleistung belässt nach dem derzeitigen Stand den Mitgliedstaaten viele Freiheiten. Das gilt bereits für die Folgen des – unabdingbaren – Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung, während die Undurchsetzbarkeit des Anspruchs auf diese Einwilligung⁷⁷ – unabhängig von der technischen Ausgestaltung⁷⁸ – bereits zum europäischen *Ordre public* gehören dürfte. Ebenfalls ausgeschlossen sind Haftungserleichterungen für den Datengläubiger, wie sie zahlreiche Rechtsordnungen bei unentgeltlichen Leistungen vorsehen.⁷⁹ Insgesamt bleibt die Entwicklung eines Datenschuldrechts aber Sache der Mitgliedstaaten.

VI. Digitale Inhalte: Verpflichtung und Verfügung

In der Tradition des Einheitskaufrechts beschränken sich die Richtlinien auf die Regelung der vertraglichen Rechte und Pflichten zwischen den Parteien. Dingliche Rechtszuordnungen werden nicht vorgenommen. Die mitgliedstaatlichen Urheberrechte bleiben, nach ausdrücklichen Hinweisen in Erwägungsgründen 12 und 21 Digitale-Inhalte-RL,⁸⁰ ebenso unberührt wie das Datenschutzrecht nach 3 VIII Digitale-Inhalte-RL.⁸¹

Während es für die personenbezogenen Daten in der Digitale-Inhalte-RL bei den schlichten Hinweisen auf die Unberührtkeit des Datenschutzrechts bleibt (verbunden mit der fortbestehenden Zulässigkeit der Beschränkung schuldrechtlicher Bindung durch das Datenschutzrecht⁸²), enthalten beide Richtlinienvorschläge Vorschriften zur Rechtsmängelhaftung, die sich ausdrücklich auch auf geistiges Eigentum (*intellectual property*) beziehen, Art. 8 Digitale-Inhalte-RL und Art. 7 OnlinehandelRL. Anders als das UN-Kaufrecht differenzieren beide Rechtsakte für die Rechtsmängelhaftung daher nicht zwischen Rechten aus geistigem Eigentum und anderen Rechten Dritter. Dies hat seine Ursache darin, dass die besonderen Konsequenzen der Territorialität der Rechte des geistigen Eigentums bei einem weltweiten Übereinkommen wie dem UN-Kaufrecht auf deutlich andere Weise zu Buche schlagen als im Bereich des Binnenmarktes.

Für beide vorgeschlagenen Vorschriften stellt sich damit auch die Frage nach ihrer Reichweite, die sich kurz gefasst auf den Punkt bringen lassen kann, ob der anbietende Unternehmer dem Verbraucher wirksam mehr versprechen kann als er urheberrechtlich zu leisten imstande ist. Bejaht man diese Frage, hat dies die Konsequenz, dass im Verhältnis des Verbrauchers zu seinem Vertragspartner urheberrechtliche Beschränkungen – und damit insbesondere die Beschränkungen der urheberrechtlichen Erschöpfung in der Mehrzahl der Downloadfälle – für den Vertrag des Letztverkäufers mit dem Verbraucher schuldrechtlich irrelevant sind. Insbesondere bei Art. 8 Digitale-Inhalte-RL handelt es sich damit um den rechtspolitischen Kern des Projekts: Leistungsversprechen des Vertragspartners des Verbrauchers, die nicht kohärent mit der urheberrechtlichen Lage sind, sollen die Haftung des Unternehmers begründen. Rechtspolitisch und ökonomisch betrifft dies zugleich die Rechteinhaber, die über ihre Vertriebskanäle mittelbar zu Reaktionen gezwungen würden.

Soweit urheberrechtlich – jenseits der Mindestfälle des Erschöpfungsgrundsatzes – entsprechende Lizenzen zur Disposition der Parteien stehen, bestehen dagegen keine Bedenken – im Gegenteil: es geht vor allem um die Beseitigung von Inkohärenzen zwischen kommerzieller Kommunikation und Vertragsinhalten.

Für beide neuen Güter (personenbezogene Daten und digitale Inhalte) ebenso wie für die klassischen Waren gilt damit, dass beide Richtlinienvorschläge scharf zwischen einer Verpflichtungs- und einer Verfügungsebene unterscheiden und davon sich nur ersterer annehmen. Das bedeutet – insbesondere im Bereich des Datenschutzrechts – zwar nicht, dass entsprechende Leistungsversprechen schrankenlos wirksam wären. Soweit sie aber wirksam (und durchsetzbar) sind, spielt die dingliche Rechtslage nur insoweit eine Rolle, als deren Anpassung an die Vertragsbeziehung im Einzelfall geschuldet ist.

VII. Digitale Inhalte: Vertragstypen

Die beiden Richtlinienvorschläge der Kommission leisten durchaus unterschiedliche Beiträge zur Vertragstypenbildung im Privatrecht der Europäischen Union. Art. 1 II OnlinehandelRL trifft hierzu im Zusammenspiel mit der Definition des Kaufvertrags nach Art. 2 lit. a OnlinehandelRL vergleichsweise klare Anordnungen. Hingegen enthält sich die Digitale-Inhalte-RL ausdrücklich einer eigenen Entscheidung über die Vertragstypeneinordnung von Verträgen über digitale Inhalte.

1. Vertragstypen für den Onlinehandel

Allerdings ist auch für die OnlinehandelRL die Abgrenzung des Anwendungsbereichs nicht selbstverständlich. Klar ist schon rein begrifflich, dass die Richtlinie Kaufverträge erfasst und dass diese Kaufverträge auch Verträge über noch herzustellende oder zu erzeugende Waren einschließen. Das entspricht – auch mit Blick auf Art. 1 IV Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG sowie (demgegenüber deutlich erweiternd) Art. 2 Nr. 5 Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU – bereits dem bisherigen *Acquis*. Art. 1 II des Richtlinienvorschlags macht in Satz 1 zugleich deutlich, dass die Richtlinie auf Dienstleistungen keine Anwendung findet, wobei der Begriff der Dienstleistung – wie üblich – undefiniert bleibt.

Wie immer ist die wichtigste offene Sachfrage diejenige nach der Behandlung von zeitlich begrenzten Gebrauchsüberlassungen, gleich, ob diese auf bestimmte oder unbestimmte Dauer vereinbart werden. Schaut man freilich in die weiteren Bestimmungen des Richtlinienvorschlags zum Onlinehandel, finden sich dort keine für Gebrauchsüberlassungen von gewisser Dauer ty-

⁷⁷ Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218 (221).

⁷⁸ Dazu Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer data as consideration, EuCML 2015, 218 (221).

⁷⁹ Gegen solche Haftungserleichterung bereits Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475 (479 f.).

⁸⁰ Siehe ferner KOM(2015) 634 endg., S. 5.

⁸¹ Ferner Erwägungsgründe 22, 27, 33 Digitale-Inhalte-RL und KOM(2015) 634 endg., S. 5.

⁸² Dazu nochmals Langhanke/Schmidt-Kessel, EuCML 2015, 218, 221.

pischen Regeln. Das gilt einerseits für den Zeitpunkt, zu dem die Vertragsgemäßheit der gelieferten Waren beurteilt wird, und andererseits für die Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung nach Art. 13 OnlinehandelRL, die in keiner Weise auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnitten ist. Richtigerweise wird man insoweit für Art. 1 II OnlinehandelRL von einem sehr weiten Dienstleistungsverständnis ausgehen müssen, das Gebrauchsüberlassungen ein- und damit aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließt.

2. Vertragstypen bei digitalen Inhalten

Für Verträge über digitale Inhalte stehen alle Rechtsordnungen vor der Notwendigkeit, diese in ihre bisherigen Vertragstypenkontexte einzuordnen, was aus europäischer Perspektive dadurch noch erheblich erschwert wird, als Vertragstypeneinordnungen in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen höchst unterschiedliche Bedeutungen zukommen.

a) Bisheriger Stand des Unionsrechts

Für digitale Inhalte im Sinne des Richtlinienvorschlags lassen sich im bisherigen Unionsrecht drei Leistungsarten ausmachen, welche für die Vertragstypeneinordnung mit prägend sind respektive sein werden. Diese sind nicht zuletzt durch die zugrunde liegenden urheberrechtlichen Fragestellungen (mit) determiniert. Das Urheberrecht knüpft nämlich insbesondere hinsichtlich der Erschöpfung an Vertragstypen an, weil die Erschöpfung nur im Falle permanenter Überlassung für die Zukunft eingreifen kann. Richtigerweise sind demnach schon nach bisherigem Unionsrecht zu unterscheiden Kaufsituationen, wo digitale Inhalte warenähnlich gehandelt werden, Gebrauchsüberlassungen, welche der Sachmiete ähnlich sind, und Dienstleistungen in einem engeren Sinne, welche auf ein Tun mit oder ohne geschuldeten Erfolg ausgerichtet sind.

Für die kaufartige Situation ergibt sich das entscheidende Kriterium damit aus der Dauerhaftigkeit der Rechteeinräumung. Die Verbraucherrechterichtlinie hat sich hier in Erwägungsgrund 19 zusätzlich die Verkörperung als hinreichende Bedingung für die Einordnung digitaler Inhalte als Waren postuliert und damit letztlich auf die bisher immer herrschenden Bedingungen der urheberrechtlichen Erschöpfung abgestellt. Hinsichtlich der Gebrauchsüberlassung war bislang bereits für das Unionsrecht zu konstatieren, dass dieses *contracts for use* aufgrund seines Waren-Dienstleistungen-Dualismus immer zu vernachlässigen geneigt war. Dienstleistungen schließlich waren primär durch Immaterialität und bestimmte Funktionen gekennzeichnet, ohne dass es jemals gelungen ist, diese positiv in konsensfähiger Weise zu beschreiben.

Die Verbraucherrechterichtlinie hatte hinsichtlich der Vertragstypenbildung ein ambivalentes Verhältnis eingenommen. In Erwägungsgrund 19 erfolgt eine Einordnung „unabhängig davon, ob auf sie durch Herunterladen oder Herunterladen in Echtzeit (Streaming) von einem körperlichen Datenträger oder in sonstiger Weise zugegriffen wird“. Während damit eine dem jetzt vorliegenden Richtlinienvorschlag vergleichbare Offenheit hinsichtlich der Vertragstypenbestimmung angedeutet wird, formuliert derselbe Erwägungsgrund 19 etwas später, dass „Verträ-

ge über digitale Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, für die Zwecke dieser Richtlinie weder als Kaufverträge noch als Dienstleistungsverträge betrachtet werden“. Damit werden Verträge über digitale Inhalte gleichsam als eigene Vertragstypenkategorie formuliert und diesen Weg hatte die Kommission zunächst im Entwurf für ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht auch fortgesetzt.

b) Vertragstypen im Richtlinienvorschlag

Im nunmehr vorliegenden Richtlinienvorschlag hat die Kommission, wie schon erwähnt, ausdrücklich von einer Vertragstypenqualifizierung abgesehen. Das bedeutet freilich nicht, dass der Vorschlag ohne Differenzierungen auskommt: Solche Sonderregeln trifft die Richtlinie insbesondere für digitale Inhalte, die „im Laufe eines Zeitraums bereitzustellen sind“ oder „im Laufe eines Zeitraums bereitgestellt werden“. Diese Regelungen⁸³ zielen ganz offensichtlich, zumindest in erster Linie, auf Gebrauchsüberlassungen, die nicht auf ewig eingeräumt werden. Zieht man die englische Fassung des Vorschlags mit ihrem Art. 16 I Digitale-Inhalte-RL bei, wird deutlich, dass mit der Formulierung „im Laufe eines Zeitraums“ nicht allein befristete Verträge, sondern auch unbefristete, aber eben nicht ewig abgeschlossene Verhältnisse erfasst werden sollen.⁸⁴ Mietähnliche Konstellationen fallen daher in jedem Falle in den Anwendungsbereich der Richtlinie und genießen auch eine eigene typologische Behandlung.⁸⁵

Zu der schwierigen Frage, welche Dienstleistungen im Einzelnen von der Richtlinie erfasst werden, ist zunächst auf die obigen Ausführungen zum Begriff der Bereitstellung zu verweisen.⁸⁶ Auch für Dienstleistungen können die Sonderregeln über Bereitstellungen digitaler Inhalte „im Laufe eines Zeitraums“ hilfreiche Lösungen anbieten. Eigenständige Regeln finden sich jedoch kaum. Insbesondere erwähnt Art. 7 lit. a Digitale-Inhalte-RL den Fall der Integration digitaler Inhalte in eine Infrastruktur, letztlich also Einbaufälle. Die Frage der Vertragstypenbildung im Dienstleistungsbereich weist letztlich in erheblichem Maße über die Digitale-Inhalte-RL hinaus: Für die Verbraucherrechterichtlinie, die für Verträge über Dienstleistungen und Verträge über digitale Inhalte divergente Regelungen – insbesondere hinsichtlich des Widerrufs und seiner Folgen – vorsieht, wird das Verhältnis beider Vertragstypenordnungen zueinander in manchen Fällen von entscheidender Bedeutung sein. Das gilt umso mehr, als die Verbraucherrechterichtlinie noch zwischen verkörpertem und unverkörpertem digitalen Inhalten unterscheidet und insofern auch den „Kauf“ digitaler „Dienstleister“ wohl dem Kaufvertrag zuschlägt.

Nimmt man dies alles zusammen, so ergeben sich unter dem Richtlinienvorschlag der Kommission drei Grundvertragstypen: Zunächst regelt diese den Kauf digitaler Inhalte. Er ist auf dauerhafte (permanente) Übertragung respektive Verschaffung digitaler Inhalte und der Nutzungsrechte daran gerichtet. Eine Kündigung – etwa nach Art. 16 Digitale-Inhalte-RL – ist insoweit

⁸³ Es handelt sich um die Art. 6 III, 8 II, 10 lit. c, 13 V, VI, 15, 16 Digitale-Inhalte-RL.

⁸⁴ Unklar insoweit *Wendland*, GPR 2016, 8, 13: „zeitlich befristete Nutzungsüberlassung“.

⁸⁵ Dazu bereits sub IV 3.

⁸⁶ S. nochmals sub IV 3.

nicht vorgesehen. Dieser Vertrag orientiert sich weitgehend an den Regeln über Waren und Warenkäufe, und zwar auch hinsichtlich der geschuldeten Qualität. Zusätzlich wird man unter Art. 8 von der Weiterverkäuflichkeit der betreffenden digitalen Inhalte ausgehen, unabhängig davon, ob diese urheberrechtlich zwingend vorgeschrieben ist – eine über die urheberrechtlichen Standards hinausgehende Vereinbarung ist möglich. Gleichzeitig endet aber die Verantwortung für die Qualität der betreffenden digitalen Inhalte grundsätzlich mit der Bereitstellung selbst. Hierfür gibt die Richtlinie nach dem aktuellen Stand der Dinge freilich keinen sicheren Halt, will man nicht einen – unionsrechtlich sehr problematischen Rückschluss aus Art. 6 III Digitale-Inhalte-RL ziehen, welche Qualitätsanforderungen für digitale Inhalte nach Bereitstellung nur für „im Laufe eines Zeitraums bereitzustellen (de)“ digitale Inhalte vorschreibt.

Zweite Konstellation wäre die Gebrauchsüberlassung digitaler Inhalte im Sinne einer Miete oder Pacht, bei der der Unternehmer die Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit schuldet. Ggf. kann auch die Datenverschaffung und Übermittlung an den Verbraucher geschuldet sein, welche für als Beendigungsfolge einer Löschungspflicht des Verbrauchers nach sich zieht. Die schlichte Nutzungsmöglichkeit (ohne Verschaffungspflicht) genügt etwa bei typischen *software as a service* (SaaS)-Verträgen, welche die betreffenden digitalen Inhalte in einer Cloud ablegen. In diesen Fällen besteht die Nutzungsbefugnis schuldrechtlich nur für die Dauer der Überlassung oder Zugänglichkeit der digitalen Inhalte.

Dienstleistungen mittels digitaler Inhalte werden regelmäßig in deutscher Terminologie als Werkverträge einzuordnen sein, etwa beim Streaming als Ausführungsvertrag oder auch hinsichtlich der Nutzung sozialer Netzwerke.

c) Differenzierungskriterien

Für die Differenzierung der verschiedenen Vertragstypen ergeben sich daher zwei wesentliche Kriterien: Entweder trifft den Unternehmer eine Dauerverantwortung für die Qualität, welche dann aber auf den maßgebenden Zeitraum beschränkt ist, so dass eine mietähnliche Situation und somit ein Gebrauchsüberlassungsvertrag vorliegt. Oder es fehlt an einer solchen Verpflichtung im Falle dauerhafter, unkündbarer Übertragung, dann wird Art. 8 regelmäßig die Weiterverkaufsmöglichkeit erfordern.

Wie weit das Kriterium nachträglicher Qualitätsverantwortung zur Prägung der Vertragstypenlehre bei digitalen Inhalten geeignet ist, ist freilich angesichts der bisherigen Vertragspraxis wie auch der digitalen Produktsicherheitsverantwortung von „Hersteller“ und Unternehmer alles andere als gesichert: Vertragspraxis, auch bei Kaufkonstellationen, ist die praktisch vom Anbieter wahrgenommene Anschlussverantwortung für qualitätssichernde Updates. Für sicherheitsrelevante Gefahrenquellen als Teil digitaler Inhalte ergibt sich eine entsprechende Produktverantwortung bereits aus der allgemeinen – teils deliktsrechtlich, seltener vertragsrechtlich konstruierten – Produktbeobachtungspflicht und Produktverantwortung der Herstellerseite. Hier wird auch in den Fällen, welche in der analogen Welt klassischerweise mit punktuellen Leistungsaustausch und Gefahrübergang,

also einem Ausschluss nachlaufender Produktverantwortung über die reinen Integritätsinteressen hinaus verbunden sind, möglicherweise vertragsrechtlich eine Qualitätserwartung begründet, welche die Einordnung als „Bereitstellung im Laufe eines Zeitraums“ unter Umständen auch für Kaufsituationen mit Anschlussverantwortung erforderlich machen könnte. In einem solchen Fall wäre eine nachlaufende Produktverantwortung jedoch kein taugliches Kriterium zum Ausschluss der geschuldeten Weiterveräußerungsbefugnis nach Art. 8 Digitale-Inhalte-RL. Letztlich ist dieses Kriterium daher nur einseitig wirksam: Fehlt es an einer nachlaufenden Qualitätsverantwortung, ist die Weiterveräußerungsbefugnis nach Art. 8 Digitale-Inhalte-RL ohne Weiteres geschuldet.

VIII. Digitale Inhalte: Gemischte Verträge

In der Nachfolge des GEKR widmet der Vorschlag der Kommission zu den Digitalen Inhalten Mischsituationen eine besondere Aufmerksamkeit. Das gilt einerseits für die Sonderregel für Datenträger mit digitalen Inhalten in Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL und andererseits für die allgemeine Regelung zu gemischten Verträgen unter Einschluss digitaler Inhalte in Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL.

1. Datenträgerausnahme in Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL

Die Datenträgerausnahme des Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL unterstellt bei verkörperten digitalen Inhalten auch den Datenträger den Regeln der Digitale-Inhalte-RL. Ausgenommen sind lediglich die Art. 5, 11 Digitale-Inhalte-RL, welche die Bereitstellung vor allem für den Fall des Downloads und die Vertragsaufhebung bei deren Ausbleiben regeln. Die Vorschrift wird ergänzt um die vorgeschlagene Herausnahme solcher Datenträger aus der VerbrauchsgüterkaufRL durch die Ergänzung des Ausnahmenkatalogs von Art. 1 II lit. b VerbrauchsgüterkaufRL sowie die in Art. 1 III OnlinehandelRL vorgesehene entsprechende Ausnahme. Dadurch soll die erforderliche Abstimmung zwischen den drei Rechtsakten erreicht werden.

Als maßgebliches Abgrenzungskriterium benennt Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL die ausschließliche Funktion des Datenträgers als Instrument der Übermittlung. Dabei wird man Übermittlung weit zu verstehen haben, so dass die zusätzliche Funktion der Speicherung unschädlich sein sollte. Erwägungsgrund 12 nennt ausdrücklich CD und DVD als einschlägige Beispiele. Diese Lösung liegt in der Konsequenz der Aufgabe der bislang für den Acquis prägenden Differenzierung nach verkörperten und nicht verkörperten digitalen Inhalten. Sie wirft – Schwierigkeiten dort auf, wo der Datenträger durch weitere körperliche Gegenstände (Booklet, Gebrauchsanleitung etc.) begleitet wird. Richtigerweise gilt Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL auch für den Fall, dass die Übersendung eines Datenträgers dem Download nachfolgt und zwar unabhängig davon, ob dadurch urheberrechtlich Erschöpfung eintritt oder nicht.

2. Art. 3 VI der Digitale-Inhalte-RL

Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL kommt für den Fall eines typengemischten Vertrages zur Anwendung. Nach Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL finden die Regelungen des Vorschlags für den Fall, dass Elemente eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte hinausgehen, lediglich im Rahmen der Bereitstellung digitaler Inhalte und nicht darüber hinaus auch auf Pflichten aus zusätzlichen Vertragselementen Anwendung. Zusätzliche Elemente des Vertrages können hierbei insbesondere Dienstleistungselemente sowie kaufrechtliche (also auf körperliche Gegenstände bezogene) Elemente darstellen. Das schließt den oben (sub 1) angesprochenen Fall ein, dass Datenträger von weiteren körperlichen Gegenständen begleitet werden.

Zum Zwecke der Abgrenzung ist auf Art. 3 VI sowie auf Art. 1 i.V.m. Art. 2 Nrn. 1 und 10 Digitale-Inhalte-RL, die Bereitstellung digitaler Inhalte, abzustellen. Auf die Pflichten eines darüber hinausgehendes Vertragselementes findet die Richtlinie keine Anwendung.

Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL bezieht sich auf die Anwendung der Richtlinienvorschriften im Rahmen der Pflichten und Abhilfen der Vertragsparteien. Dies zeigt eine gewisse Nähe der Vorschrift zu der etwa in der deutschen Lehre entwickelten Kombinationstheorie⁸⁷ im Rahmen der Behandlung gemischter Verträge unter deutschem Recht, die für den jeweils betreffenden Vertragsbestandteil die maßgeblichen Rechtsnormen anwendet. Die bislang begrenzte Vertragstypenlehre im Acquis erhält daher durch den Vorschlag neuen Schub und zwar auch hinsichtlich der Mischsituationen.

3. Kaufrechtliche Elemente

Liegt eine Kombination aus kaufrechtlichen Elementen und solchen der Bereitstellung digitaler Inhalte vor, wie zum Beispiel beim Kauf eines Buches im Paket mit der digitalen Version des Buches, so ist dieser Fall mittels Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL zu bewerten. Lediglich für den Fall einer hauptsächlich der Übermittlung dienenden Funktion eines dauerhaften Datenträgers begrenzt Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL – wie gesehen – den Anwendungsbereich des Art. 3 V und bringt die Richtlinie unter Ausnahme der Artikel 5 und 11 auch bezüglich des Datenträgers zur Anwendung.

Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL eröffnet den Anwendungsbereich der Digitale-Inhalte-RL jedoch nur bezüglich der Pflichten und Abhilfen der Parteien im Rahmen der Bereitstellung digitaler Inhalte, des E-Books. Bezüglich des zusätzlichen Vertragselementes (des Buches) verweist Erwägungsgrund (20) auf – das autonome oder richtlinienumsetzende nationale – Recht. Da der Entwurf im „Explanatory Memorandum“ im Verhältnis zur Verbraucherrechterichtlinie von einer Ergänzung spricht, kommt für zusätzliche Vertragselemente insbesondere auch die Anwendung der VerbraucherrechteRL 2011/83/EU in Betracht. Ohnehin wird unionsrechtlich auf die VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG sowie auf die neue Onlinehandel RL zurückzugreifen sein.

Die Pflichten und Abhilfen bezüglich des Kaufes des Buches wären damit bereits unionsrechtlich aus verschiedenen Quellen

zusammen zu setzen. Hinsichtlich der Pflichten und Qualitätsstandards dürfte das vergleichsweise wenig Schwierigkeiten bereiten, weil diese immer auf das jeweilige Element determiniert werden. Allerdings kann es zu einem Nebeneinander der Haftung für mangelhafte Waren und mangelhafte digitale Inhalte dort kommen, wo letztere die Funktionalität der ersteren mitbestimmen.⁸⁸ Dasselbe gilt für solche Rechtsbehelfe (Abhilfen), deren Effekte sich auf den betreffenden Vertragsteil beschränken. Die Praxis wird freilich für die Vertragsaufhebung nunmehr auch auf Europäischer Ebene Lösungen zu den Fragen der Teil- oder Gesamtaufhebung zu entwickeln haben. Dabei wird es sowohl um die Frage gehen, ob und unter welchen Bedingungen der Verbraucher sich für die Aufrechterhaltung des jeweils anderen Vertragsteils entscheiden kann, als auch darum, unter welchen Voraussetzungen er den Vertrag insgesamt aufheben kann und ob dieses nur *ex nunc* geschieht oder auch funktionale Rückwirkungseffekte begründet werden. Aus deutscher Erfahrung läge es hier nahe, auf einen hypothetischen Parteiwillen abzustellen.

4. Dienstleistungselemente

Bei einer Kombination aus Dienstleistungselementen und solchen der Bereitstellung digitaler Inhalte ergeben sich im Rahmen des Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL größere Schwierigkeiten der Abgrenzung. Diese Schwierigkeiten betreffen zunächst das Verhältnis zu den Definitionen nach Art. 2 Nrn. 1 und 10 Digitale-Inhalte-RL. Ferner geht es um die Relation von Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL zur großen Dienstleistungsausnahme in Abs. 5 lit. a der Bestimmung. Beide Abgrenzungen engen den Anwendungsbereich von Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL gerade bei Kombinationen mit Dienstleistungen erheblich ein.

a) Abgrenzung zu Artikel 1 i.V.m. Artikel 2 Nr. 1 und 10 der Digitale-Inhalte-RL

Für die Anwendung des Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL bedarf es eines zusätzlichen Vertragselements, das über die Bereitstellung digitaler Inhalte hinausgeht. Soweit ein Vertrag also bereits vollständig von den Definitionen der Art. 2 Nr. 1 und 10 Digitale-Inhalte-RL erfasst ist, scheidet eine Anwendung von Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL aus. Durch die Erfassung einer Reihe von Dienstleistungen durch die „Bereitstellung digitaler Inhalte“ führt dies zu erheblichen Einschränkungen der Bedeutung von Art. 3 VI im Hinblick auf Dienstleistungen.

Die Definition der „Digitalen Inhalte“ im Rahmen der Richtlinie umfasst Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden nach Art. 2 Nr. 1 lit. a. Eine Neuerung findet sich in der expliziten Erfassung von Dienstleistungen nach Art. 2

⁸⁷ Siehe die Nachweise bei Löwisch/Feldmann in Staudinger (2012) § 311 Rn. 30 ff. Für eine Europäische Perspektive siehe wiederum Andrés Santos/Baldus/Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, München 2011 und dort insbesondere den Beitrag von Kümmerle, „Güter und Dienstleistungen“ – Vertragstypenbildung durch den EuGH, 295 (326–340).

⁸⁸ Richtiger Hinweis von V. Mak, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 8.

Nr. 1 lit. b und c Digitale-Inhalte-RL, die die Neuerstellung, Bearbeitung und Speicherung von beigebrachten Daten des Verbrauchers und das Austauschen von Daten sowie jede sonstige Interaktion zwischen den Nutzern, entgegen des Ausschlusses im Rahmen des GEKR (Art. 2 j vi) ermöglichen. Diese Dienstleistungselemente beschreiben jedoch vielmehr – wie gesehen⁸⁹ – Formen der Bereitstellung im Sinne des Art. 2 Nr. 10 der Digitale-Inhalte-RL und sollten dort eingeordnet werden.

Unabhängig von der technischen Zuordnung der Bezugnahmen auf diese besonderen Dienstleistungen ist der Anwendungsbereich der Verträge über Bereitstellung digitaler Inhalte im Rahmen der Digitale-Inhalte-RL insgesamt weit gefasst. Die Aufnahme von Dienstleistungselementen im Rahmen der Bereitstellung und die Trennung der Regelungsgegenstände der Richtlinienentwürfe (digital content – sales of goods) drücken die Abkehr von der kaufähnlichen Betrachtung der Bereitstellung digitaler Inhalte des GEKR⁹⁰ aus. Zudem erfolgt bei der Bereitstellung im Gegensatz zum GEKR keine Einschränkung auf bestimmte Bereitstellungsformen, die eine Kontrollmöglichkeit des Nutzers voraussetzen (speichern, verarbeiten, wiederverwenden Art. 5 lit b GEKR) oder im Lichte der parallelen Gestaltung zum Kauf ausgelegt (Zugang erhalten) die Erfassung lediglich vorübergehender Gebrauchsüberlassungen (z.B. Streaming) in Frage stellen.⁹¹

Somit schränkt der sehr weit gefasste Begriff der Bereitstellung den Anwendungsbereich des Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL insbesondere durch die Aufnahme der Dienstleistungselemente, die in Art. 2 Nr. 10 einzuordnen sind,⁹² stark ein. So sind insbesondere diejenigen Dienstleistungen Teil des Regelungskerns der Richtlinie, die im Sinne des oben entwickelten Kriteriums im digitalen Inhalt „verkörpert“ sind, und kommen daher für eine Anwendung des Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL nicht in Betracht. Das gilt insbesondere auch dann, wenn zum Zwecke der Erbringung der Dienstleistung digitale Inhalte dauerhaft oder zeitweise überlassen werden. Sind digitale Inhalte hingegen bloß untergeordnete Hilfsmittel für eine zu erbringende Dienstleistung – wie etwa in den Fällen des Art. 3 V lit. a Digitale-Inhalte-RL – kommt eine Mischung nach Art. 3 VI durchaus in Betracht, soweit Art. 3 V Digitale-Inhalte-RL insoweit keine Sperrwirkung entfaltet.⁹³

Insgesamt macht die Abgrenzungsfrage deutlich, dass die Trennung von Leistungsteilen im Dienstleistungsbereich erheblich schwieriger ist, als bei Waren. Nur soweit eine solche Trennung von Leistungen nach Art. 2 Nrn. 1, 10 Digitale-Inhalte-RL möglich ist, kommt eine Anwendung von Art. 3 VI in Betracht.

b) Verhältnis des Artikels 3 VI zu Art. 3 V lit. a der Digitale-Inhalte-RL

Bei der Betrachtung einer Vertragskombination mit Dienstleistungselementen ist auch Art. 3 V Digitale-Inhalte-RL zu berücksichtigen. Art. 3 V schließt neben speziellen Dienstleistungsformen wie elektronischen Kommunikations-, Finanz-, Glückspiel-, oder Gesundheitsdienstleistungen, insbesondere auch Dienstleistungen, die vorwiegend durch menschliche Eingriffe geprägt sind, vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus. Eine Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 3 VI im Sinne einer Sperrwirkung wäre nun dann der Fall, wenn Art. 3 V die Geltung der Digitale-Inhalte-RL vollständig ausschließen würde

und zwar auch für den Fall, dass der Dienstleistung ein eigenes Element der Bereitstellung digitaler Inhalte innewohnt.

Der Wortlaut der Vorschrift lässt dieses vermuten, hier wird die Geltung der Richtlinie für Verträge, die bestimmte Gegenstände zum Inhalt haben, ausgeschlossen. Gegensätzliches ließe sich aus dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 19 schließen, der eine Geltung der Richtlinie für Dienstleistungen ausschließt. Jedoch bezieht sich der Erwägungsgrund 19 lediglich auf solche Dienstleistungen, die vom Anbieter persönlich erbracht worden sind und bei denen die digitalen Mittel nur zu Zwecken des Zugangs oder der Bereitstellung verwendet werden. Somit ist hierin eine Bezugnahme auf den speziellen Fall des Art. 3 V lit. a Digitale-Inhalte-RL zu sehen, der gerade dieses beschreibt. Eine andere wortlautmäßige Auslegung des Art. 3 V scheint aus diesem Grund nicht angezeigt.

Auch spricht der Sinn und Zweck des Ausschlusses der sektorspezifischen Dienstleistungen (Art. 3 V lit b–c), aus dem Bereich der Gesundheitsversorgung, der elektronischen Kommunikation, der Finanzen und des Glückspiels für einen vollständigen Ausschluss der Verträge aus dem Geltungsbereich der Richtlinie. Diese sind wegen ihrer Komplexität und spezifischen Voraussetzungen gesondert zu regeln oder unterfallen bereits gesonderten Vorschriften.

Bezüglich Art. 3 V lit. a Digitale-Inhalte-RL ist zudem in systematischer Hinsicht festzustellen, dass dieser gemeinsam mit den sektorspezifischen Dienstleistungen aufgezählt wird, die im Sinne einer der Komplexität der Regelungsgegenstände gerecht werdenden Lösung aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind. Auch findet der Ausschluss von Verträgen, deren Gegenstand Dienstleistungen sind, bei denen die digitale Form hauptsächlich deren Übermittlung dient, seine Entsprechung in Art. 3 III Digitale-Inhalte-RL für den umgekehrten Fall.⁹⁴ Hier zeigt sich, dass der Zweck der Richtlinie darin liegt, nach dem Schwerpunkt der Leistung differenziert, bei lediglich der Übermittlung dienenden Elementen und hauptsächlich der Bereitstellung digitaler Inhalte die Richtlinie zu Anwendung zu bringen. Im umgekehrten Fall, bei Art. 3 V lit a Digitale-Inhalte-RL, in dessen Rahmen die digitale Form lediglich dienenden Charakter besitzt, ist somit Gegenteiliges anzunehmen, mithin sind diese Verträge aus dem Geltungsbereich der Richtlinie auszunehmen.

c) Anwendungsbereich des Artikel 3 VI des Digitale-Inhalte-RL

Somit findet Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL im Bereich der Dienstleistungen lediglich dann Anwendung, wenn die Dienstleistungselemente über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Art. 1 i.V.m. Art. 2 Nrn. 1 und 10) hinausgehen, ohne jedoch nach Art. 3 V lit. a Digitale-Inhalte-RL eine überwiegend menschliche

⁸⁹ Siehe sub IV 3.

⁹⁰ Druschel, Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, GRUR Int. 2015, S. 128.

⁹¹ Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 46; Druschel, Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, GRUR Int. 2015, S. 129.

⁹² Dazu sub IV 3.

⁹³ Dazu sogleich sub b.

⁹⁴ Dazu bereits sub 1.

Intervention darzustellen, deren digitale Form lediglich als Mittel der Übermittlung der Dienstleistungserbringung dient. In Erwägungsgrund 19 werden diesbezüglich beispielhaft Übersetzungs- und sonstige Fachberatungsleistungen genannt, die durch Art. 3 V lit. a ausgeschlossen werden sollen. Ein wichtiges Kriterium stellt hier die der Übermittlung dienende Funktion der digitalen Form dar. Eine Dienstleistung, im Rahmen derer weder eine menschliche Intervention überwiegt, noch die digitale Form nur dienende Funktion hat, müsste weitestgehend in automatisierter Form erfolgen. Folglich dürfte das Dienstleistungselement nach Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL nicht unter die Formen der Bereitstellung nach Art. 2 Nr. 10 i.V.m. Art. 2 Nr. 1 lit. b und c. fallen und müsste automatisiert erfolgen. Dies führt im Rahmen des Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL zu einem sehr engen Anwendungsbereich bezüglich eines zusätzlichen Dienstleistungselements.

Beispiele werden sich im Bereich der Dienstleistungen für den Fall finden, wenn die Vertragselemente sehr klar voneinander getrennt sind, sich beispielsweise die Frage der dienenden Funktion der digitalen Form im Rahmen des Dienstleistungselementes nicht stellt. Dies könnte zum Beispiel bei einem „Geburtsstagspaket“ – Erstellen einer Geburtstagsplaylist bei einem Onlineanbieter in Kombination mit einem Geburtstagsanruf des Anbieters, bei dem der Beschenkte beispielsweise hierüber informiert wird – der Fall sein. Ein solches, sehr konstruiertes Geschäftsmodell wird jedoch nur in den seltensten Ausnahmefällen vorkommen.

Liegt jedoch ein solcher Fall vor, so sind nach Art. 3 VI Digitale-Inhalte-RL (ähnlich der deutschen Kombinationstheorie) für die jeweils betreffenden Pflichten und Abhilfen die maßgeblichen Rechtsnormen anzuwenden. Im Rahmen der Pflichten und Abhilfen, die aus dem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte entstehen, ist somit die Richtlinie anwendbar. Für das zusätzliche Dienstleistungselement und die daraus resultierenden dienstleistungsspezifischen Pflichten sind sodann andere Bestimmungen, etwa die VerbraucherrechteRL 2011/83/EU anwendbar.

IX. Vertragsgemäßheit beim Onlinehandel (Artikel 4 bis 7)

Die Vertragsgemäßheit der Kaufsache nach dem Vorschlag zum Onlinehandel ist in den Artikeln 4 bis 7 OnlinehandelRL geregelt und weitgehend an die Systematik der VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG angelehnt, wobei sich an einigen Stellen aber durchaus bemerkenswerte Abweichungen zeigen.

1. Subjektive Merkmale zur Bestimmung der Vertragsgemäßheit

Artikel 4 OnlinehandelRL regelt als Zentralnorm die Bestimmung der Vertragsgemäßheit. Dazu verweist die Vorschrift einerseits auf die objektiven Merkmale der Art. 5–7 OnlinehandelRL, Art. 4 II OnlinehandelRL. Die Vorschrift selbst verweist in Abs. I zumindest überwiegend auf subjektive Merkmale, die sich weitestgehend bereits in Art. 2 II VerbrauchsgüterkaufRL 1999/

44/EG finden. Lediglich Art. 4 I lit. a nennt mit „Quantität, Qualität“ auch Merkmale, die sich gleichermaßen subjektiv und objektiv deuten lassen. Die Trias „Quantität, Qualität und Beschreibung“ erinnert dabei stark an die Formulierungen des englischen Kaufrechts, die auch Eingang in ss. 9–11 Consumer Rights Act 2015 gefunden haben. Sie sind offenbar über Art. IV.A. – 2:301 DCFR und Art. 99 GEKR in die Richtlinie übernommen worden. Auch im Übrigen wird die Grundstruktur der Art. 99 ff. GEKR fortgeschrieben.

Eine Neuerung enthält Art. 4 I lit. c OnlinehandelRL, wonach die Kaufsache so beschaffen sein muss, wie es sich aus den vorvertraglichen Äußerungen der Parteien ergibt, die integraler Bestandteil des Vertrages geworden sind.⁹⁵ Dies betrifft insbesondere die in Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten gemachten Angaben zur Beschaffenheit der Kaufsache, deren Einbeziehung in den Fernabsatzvertrag sich bereits aus Art. 6 V Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU ergibt. Angesichts der Einbeziehung dieser Informationen in den Vertrag ist ihre Berücksichtigung bei der Bestimmung der Vertragsgemäßheit nur konsequent.⁹⁶ Allerdings ist die dort vorgesehene Abdingbarkeit im nun vorliegenden Vorschlag der Kommission nicht vorhanden; insofern geht die OnlinehandelRL nunmehr über den bisherigen Standard hinaus.

2. Objektive Merkmale zur Bestimmung der Vertragsgemäßheit

Artikel 5 und 6 beschreiben ebenfalls in Anlehnung an Art. 2 der VerbrauchsgüterkaufRL und Übernahme des Erbes aus 100, 101 GEKR und Art. IV.A. – 2:302 DCFR objektive Kriterien zur Beurteilung der Vertragsgemäßheit der Leistung. Damit werden auch die Regelungen zur Zurechnung öffentlicher Äußerungen über die Kaufsache übernommen, einschließlich der Ausschlussstatbestände in Art. 5 lit. c OnlinehandelRL.⁹⁷ Eine Abweichung von öffentlichen Äußerungen über die Kaufsache soll demnach u.a. dann nicht relevant sein, wenn der Käufer von den Aussagen nicht beeinflusst worden ist. Dies wirft die Frage auf, wie sich dieser Ausschluss der Haftung mit der einschränkungslosen Berücksichtigung von in Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten gemachten Angaben zur Kaufsache gem. Art. 4 I lit. c OnlinehandelRL (oder Art. 6 V Verbraucherrechte-RL i.V.m. Art. 2 VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG) verhält.

Geht man davon aus, dass vorvertragliche Informationen im Online-Handel in der Regel auch als öffentliche Äußerungen einzuordnen sind, stellt sich die Frage, ob eine Abweichung der Kaufsache von einer vorvertraglich gegebenen Produktbeschreibung in einem Online-Shop nur dann einen Mangel darstellt, wenn sie die Kaufentscheidung des Verbrauchers beeinflusst hat.

⁹⁵ Im GEKR ergibt sich dasselbe Ergebnis allerdings aus Art. 100 lit. f, 69 GEKR.

⁹⁶ Zu den schwierigen Fragen, welche sich für das deutsche Umsetzungsrecht ergeben, siehe *Kramme*, NJW 2015, 279 ff.

⁹⁷ Zum Begriff der öffentlichen Äußerung in Art. 2 VerbrauchsgüterkaufRL siehe *Leible* in Gebauer/Wiedmann, Kaufvertrag (§§ 433–480 BGB), Rn. 16, 52–57. Zur deutschen Umsetzung s. *Faust* in Beck'scher Online Kommentar § 434, Rn. 80, der davon ausgeht, dass öffentliche Äußerungen über das Produkt in der Werbung ohnehin in der Regel Vertragsbestandteil werden.

Dies würde die strikten Einbeziehungsregeln der Art. 4 I lit. c OnlinehandelRL und Art. 6 V Verbraucherrechte-RL im Ergebnis aushöhlen. Eine Auflösung dieses scheinbaren Widerspruchs ergibt sich für den Onlinehandel künftig aus Art. 5 OnlinehandelRL, wonach die dort beschriebenen Kriterien nur „*where relevant*“ zur Anwendung gelangen sollen. Damit lässt sich ein Vorrang von Art. 4 OnlinehandelRL begründen. Für das entsprechende Verhältnis von Art. 6 V Verbraucherrechte-RL zu Art. 2 IV VerbrauchsgüterkaufRL lässt sich dieser einfache Lösungsweg freilich nicht gehen.

Fragen zum Verhältnis objektiver und subjektiver Merkmale zur Bestimmung der Vertragsgemäßheit wirft auch Art. 4 III OnlinehandelRL auf, nach der Abweichungen von diesem objektiven Maßstab – etwa durch die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit – nur wirksam sein sollen, wenn der Verbraucher Kenntnis von der spezifischen Beschaffenheit des Produkts hatte und dieser ausdrücklich zugestimmt hat. Damit werden *de facto* konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen ausgeschlossen, soweit sie von Art. 5, 6 OnlinehandelRL abweichen. Diese in der analogen Welt kaum handhabbare Regelung verlangt dem Verkäufer bei den hier allein betroffenen Fernabsatzgeschäften eine erhebliche Sorgfalt bei der Produktbeschreibung und der Gestaltung der Zustimmungserklärungen der Verbraucher ab. Eine besondere Sorgfalt des Verkäufers ist auch deshalb angebracht, weil die Richtlinie keinen Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der Mangelhaftigkeit vorsieht, wie er in Art. 2 III der VerbrauchsgüterkaufRL vorgesehen ist. Die Haftung im Onlinehandel ist hier also deutlich strenger als im stationären Handel.

3. Rechtsmängel

In Artikel 7 wird klargestellt, dass auch Rechte Dritter an der Kaufsache Mängel sind. Damit finden Rechtsmängel nun ein europarechtliches Fundament, während das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung in der VerbrauchsgüterkaufRL zu Diskussionen darüber führte, ob die Richtlinie Verbraucher auch bei Rechtsmängeln schützt.⁹⁸ Diese Rechtsmängelhaftung, die in Art. 41, 42 CISG auch internationale Vorbilder aufweist, ist gegenüber dem Vorbild in Art. 102 GEKR erheblich reduziert worden und weit weniger differenziert.⁹⁹

4. Zeitpunkt der Vertragsgemäßheit (Artikel 8)

Artikel 8 OnlinehandelRL bestimmt den Zeitpunkt, zu dem die Vertragsgemäßheit bestehen muss. Demnach soll der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit der Kaufsache haftbar sein, die besteht, wenn der Verbraucher – oder eine von diesem bestimmte Person mit Ausnahme des Lieferanten – die physische Sachherrschaft über die Sache erlangt hat. Die Übergabe an den Lieferanten ist nur dann der relevante Zeitpunkt, wenn der Lieferant vom Verbraucher ausgesucht worden ist (Absatz 1).

Absatz 2 trifft eine Sonderregel für Produkte, die noch zu montieren sind. Erfolgt die Montage durch den Verkäufer, so ist auf den Zeitpunkt der Fertigstellung der Montage abzustellen. Soll die Montage durch den Verbraucher erfolgen, sei auf den

Zeitpunkt abzustellen, in dem vernünftigerweise von einer Montage auszugehen sei; spätestens sei aber auf den Zeitpunkt 30 Tage nach Erhalt der zu montierenden Kaufsache abzustellen.

Von dem maßgeblichen Zeitpunkt an haftet der Verkäufer gem. Art. 14 OnlinehandelRL zwei Jahre für die Vertragsgemäßheit der Kaufsache. Die Möglichkeit der Verkürzung der Verjährungsfrist bei gebrauchten Sachen auf ein Jahr entfällt. Während der Zweijahresfrist gilt gem. Art. 8 III OnlinehandelRL auch die Vermutung dafür, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang bestanden hat, sofern diese Vermutung nicht mit der Natur der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.

Weitere Rechtsfolgen, die in diesem Zeitpunkt eintreten, sieht weder Art. 8 noch Art. 14 OnlinehandelRL vor. Insbesondere handelt es sich nicht um eine klassische Gefahrtragungsnorm. Den Übergang des Risikos für einen Verlust oder eine Beschädigung der Waren bei Fernabsatzgeschäften bestimmen sich bereits nach Art. 20 VerbraucherrechteRL. In Fällen einer durch den Verbraucher vorzunehmenden Montage fällt damit der Zeitpunkt des Verjährungsbeginns und des Gefahrübergangs auseinander.¹⁰⁰

Im Gegensatz zur VerbrauchsgüterkaufRL dürfen die Mitgliedstaaten keine Obliegenheit des Verbrauchers mehr vorsehen, dem Unternehmer die Mangelhaftigkeit binnen zwei Monaten anzuzeigen. Dies ist angesichts des Konzepts der Vollharmonisierung nur konsequent.¹⁰¹

X. Rechte des Verbrauchers im Onlinehandel (Artikel 9)

1. Nachbesserung und Nachlieferung (Artikel 10)

Der Richtlinienentwurf hält in Anlehnung an die VerbrauchsgüterkaufRL am Vorrang der Nacherfüllung fest, die nach Wahl des Verbrauchers entweder in einer Nachbesserung oder Nachlieferung besteht. In Umsetzung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Weber und Putz* regelt der Art. 10 II OnlinehandelRL nun ausdrücklich, dass die Pflicht zur Nachlieferung auch die Beseitigung, und erforderlichenfalls auch die Demontage der mangelhaften Kaufsache und die Montage der neugelieferten Sache umfasst, respektive den Ersatz der erforderlichen Kosten.¹⁰²

Eine Verweigerung der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten ist, wie auch nach der VerbrauchsgüterkaufRL, gem. Art. 11 OnlinehandelRL nur möglich, wenn die gewählte Form der Nacherfüllung im Vergleich zu anderen Nacherfüllungsform unverhältnismäßig ist (relative Unverhältnismäßig-

⁹⁸ *Faust* in Beck'scher Online Kommentar, § 435, Rn. 4 m. w. N.

⁹⁹ Zu strukturellen Konsequenzen aus der Vorschrift siehe bereits oben sub VI.

¹⁰⁰ S. Erwägungsgrund (24) der OnlinehandelRL: (...) *In order to ensure coherence between the present Directive and Directive 2011/83/EU it is appropriate to indicate the time of the passing of risk as the time for assessing the conformity of the goods. However, in cases where the goods need to be installed, that relevant time should be adapted.*

¹⁰¹ S. hierzu Erwägungsgrund (24).

¹⁰² EuGH, Urteil vom 16.6.2011 – C-65/09 verb. mit C-87/09, MMR, 648 – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer (C-65/09), Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH.

keit). Ein Verweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit sieht der Entwurf nicht vor.¹⁰³

Ebenfalls auf die Rechtsprechung des EuGH geht Art. 10 III Online-Kauf-RL zurück, der eine Haftung des Verbrauchers für den Gebrauch der ausgetauschten Kaufsache ausschließt.¹⁰⁴

2. Minderung (Artikel 12)

Nach Ablauf oder Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung kann der Verbraucher den Kaufpreis mindern. Art. 12 OnlinehandelRL beschreibt nunmehr den dabei anzuwendenden Maßstab. Danach soll die Preisreduzierung im Verhältnis zur Wertminderung und zum Wert der Sache im mangelfreien Zustand stehen.

3. Vertragsbeendigung (Artikel 13)

Alternativ kann der Verbraucher vom Vertrag zurücktreten. Sind von mehreren gelieferten Kaufsachen nur einige mangelhaft, ist gem. Art. 8 II OnlinehandelRL nur eine teilweise Rückabwicklung in Bezug auf die mangelhaften Sachen möglich. Etwas anderes soll nur gelten, wenn der Verbraucher mehrere Sachen erworben hat und nur die Hauptsache mangelhaft ist. In diesem Fall darf er den Kaufvertrag auch hinsichtlich der Nebensachen rückabwickeln, die er nicht ohne die mangelhafte Hauptsache erworben hätte.¹⁰⁵

Eine nur unerhebliche Vertragswidrigkeit der Kaufsachen hindert, anders als dies gemäß Art. 3 VI der VerbrauchsgüterkaufRL der Fall ist, den Verbraucher nicht am Rücktritt.¹⁰⁶ Zweck dieser Abweichung vom bisher verfolgten Konzept ist es, den Druck auf den Unternehmer zu erhöhen, auch nur unwesentlichen Vertragswidrigkeiten abzuwehren.¹⁰⁷

Anders als die VerbrauchsgüterkaufRL regelt Art. 13 Online-Kauf-RL-E ausführlich die Rechtsfolgen der Rückabwicklung. Die von den Parteien jeweils empfangenen Leistungen sind binnen 14 Tagen zurück zu gewähren, wobei keine Regelungen getroffen dazu wird, ob den Parteien ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, das zu einer Rückabwicklung Zug um Zug führt. Dies ist deshalb bemerkenswert, da Art. 13 III Verbraucherrechte-RL ein solches Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Unternehmers im Fall des Widerrufs vorsieht.

Sofern eine Rückgabe der Kaufsache nicht möglich ist, weil die Sache zerstört oder verloren gegangen ist, ohne dass dies auf die Vertragswidrigkeit zurückzuführen ist, ist der Verbraucher zum Wertersatz in Höhe ihres objektives Wertes verpflichtet. Auch für den Wertverlust der Sache hat der Verbraucher Ersatz zu leisten, aber nur, soweit der Wertverlust denjenigen einer normalen Nutzung überschreitet. Auf keinen Fall soll der zu leistende Ersatz für den Wertverlust höher sein als der Kaufpreis. Ob diese Begrenzung auch im Fall der Zerstörung oder des Verlustes der Kaufsache gilt, regelt der Entwurf nicht.

XI. Qualität digitaler Inhalte

Der Vorschlag der Kommission zu den digitalen Inhalten behandelt die Frage der Qualität dieser digitalen Inhalte in den

Art. 6–8 Digitale-Inhalte-RL. Art. 6 enthält dabei die allgemeine Regelung zur Vertragsgemäßheit, während Art. 7 den Sonderfall der Integration digitaler Inhalte in die digitale Umgebung des Verbrauchers behandelt. Art. 8 ordnet sodann die Haftung für Rechte.

Auch wenn Art. 6 die betreffenden Qualitätsstandards dem Wortlaut nach lediglich auf die digitalen Inhalte und nicht auch auf das Bereitstellungselement bezieht, sind richtigerweise beide zusammenzunehmen, was im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vielleicht noch klargestellt werden sollte. Dass auch die Bereitstellung Teil der Qualitätsanforderungen ist, zeigt sich darin, dass die betreffenden Bestimmungen nicht auf jede Vertragsgestaltungsgestaltung gleichermaßen Anwendung finden. Die Regelung trennt also – anders als die Lippenbekenntnisse in der Begründung zum Entwurf – zumindest den Ansätzen nach Vertragstypen. Angelegt ist dies insbesondere in den Art. 6 III, 8 II Digitale-Inhalte-RL sowie in den Rechtsbehelfen.¹⁰⁸ Dementsprechend wird im Folgenden das Recht mangelhafter digitaler Inhalte – zunächst für die maßgebenden Qualitätsstandards – aus den Perspektiven der drei oben entwickelten Grundvertragstypen – der Kaufsituation, der Gebrauchsüberlassung und der Dienstleistung – entwickelt.

1. Geschuldete Qualität in der Kaufsituation

Auf den punktuellen Leistungsaustausch gegen Gegenleistung, also die Kaufsituation, sind die Art. 6–8 Digitale-Inhalte-RL in erster Linie zugeschnitten. Dies gilt zunächst für die allgemeinen Kriterien nach Art. 6 I, die freilich nur eingreifen, „soweit dies relevant ist“ – der Charakter der letztgenannten Einschränkung bleibt freilich dunkel.

Art. 6 I lit. a Digitale-Inhalte-RL wird man in dem Sinne verstehen müssen, dass hier Leistungsbeschreibungen hinsichtlich der verschiedenen Merkmale (Quantität, Qualität, Dauer und Version, Funktionsumfang, Interoperabilität und sonstige Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit) für maßgebend erklärt werden. Dabei sind auch solche Leistungsbeschreibungen erfasst, „die sich aus [...] den vorvertraglichen Informationspflichten, die Bestandteil des Vertrags sind, ergeben“. Damit verweist der Vorschlag – anders als der mit einer Spezialregelung arbeitende Vorschlag zum Onlinehandel – unmittelbar auf Art. 6 V Verbraucherrechterichtlinie und deren nationale Umsetzungen.

Geschuldet ist ferner die Eignung für einen vom Verbraucher angestrebten Zweck, der freilich nicht allein dem Anbieter zur Kenntnis gebracht worden sein muss, sondern sogar der Zustim-

¹⁰³ S. auch Erwägungsgrund (27) OnlinehandelRL. Zum Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts, s. BGHZ 192, 148, Rn. 30 ff. in Umsetzung der Vorgaben des EuGH NJW 2011, 2269, Rn. 73; Schmidt in *PWW*, 15. Aufl. 2010, § 439, Rn. 30.

¹⁰⁴ EuGH NJW 2008 1433, Rn. 24 ff. – Quelle.

¹⁰⁵ Erwägungsgrund 29.

¹⁰⁶ Smits, The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods: conformity, lack of conformity and remedies. Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 11, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 13.

¹⁰⁷ Erwägungsgrund 29.

¹⁰⁸ Zu letzteren siehe sogleich sub XII.

mung des Anbieters bedarf, Art. 6 I lit. b Digitale-Inhalte-RL. Dieses Zustimmungserfordernis findet sich auch schon in Art. 2 II lit. b VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG, hat sich aber dort wegen des Mindestharmonisierungscharakters jener Richtlinie für zahlreiche nationale Rechtsordnungen nicht ausgewirkt. Bei Vollharmonisierung ist hier ganz besonders darauf zu achten, dass zumindest die international unternehmerisch geltenden Standards erreicht werden. Art. 35 II lit. b CISG verlangt so – entsprechend den Vorbildern des englischen und US-amerikanischen Rechts – lediglich die unwidersprochene einseitige Mitteilung.¹⁰⁹

Neben der Bereitstellung von Anleitungen und Kundendienst nach den Anforderungen des Vertrages (Art. 6 I lit. c Digitale-Inhalte-RL) schreibt ferner lit. d ausdrücklich eine Aktualisierungspflicht fest, soweit dies den Anforderungen des Vertrages entspricht. Für diese Vorschrift ist zunächst einmal fraglich, ob diese in der Kaufsituation überhaupt zur Anwendung gelangt. Diese Zweifel betreffen jedenfalls den Fall, dass auch nach Bereitstellung weitere Aktualisierungen geschuldet sind.¹¹⁰ Letztlich ist dies – anders als nach Art. 6 III für die Gebrauchsüberlassung – eine Frage der Vereinbarung, die auch für Kaufsituationen ohne Weiteres möglich erscheint. Schwierig wird die Abgrenzung freilich dort, wo sich entsprechende Aktualisierungspflichten bereits aus der üblichen Beschaffenheit nach Art. 6 II Digitale-Inhalte-RL ergeben.

Geschuldet ist ferner die Eignung für gewöhnliche Nutzungszwecke, wobei Art. 6 II lit. a-c neben der Berücksichtigung der Gegenleistung¹¹¹ und ihrer Art auch technische Normen, anwendbare Verwaltungscodices und bewährte Verfahren der Wirtschaft für maßgebend erklären. Abs. II lit. c begründet zudem eine Haftung für Werbeaussagen, für die sich wiederum die bereits oben erörterte Frage nach ihrem Verhältnis zur Haftung für Aussagen erstellt, die in Erfüllung gesetzlicher Informationspflichten nach Art. 6 V VerbraucherrechteRL 2011/83/EU Gegenstand des Vertrages werden.

In der Kaufsituation sind digitale Inhalte nicht (lediglich) im Laufe eines Zeitraums bereitzustellen. Dementsprechend findet die Erhaltungspflicht nach Art. 6 III Digitale-Inhalte-RL in der Kaufsituation grundsätzlich keine Anwendung. Abweichende Ergebnisse können sich einerseits aus den Aktualisierungspflichten nach Art. 6 I lit. d Digitale-Inhalte-RL ergeben und andererseits aus einer privatautonomen Ausweitung von Art. 6 III. Über Letztere wäre insbesondere bei (befristeten) Wartungsabreden nachzudenken. Ebenfalls Dauerverhältnissen vorbehalten ist die Modifikationsbefugnis nach Art. 15 Digitale-Inhalte-RL, durch welche der Unternehmer die Befugnis erhält, die Qualität der Leistung nachträglich zu ändern.

Eine Regelung zum Gefahrübergang enthält die Richtlinie nicht. Soweit man eine solche etwa aus Art. 5 Digitale-Inhalte-RL herleiten will und dazu auf den Zeitpunkt der Bereitstellung abstellt, erscheint dies nicht unproblematisch, weil insoweit möglicherweise Vorverständnisse zugrunde gelegt werden, die an den Übergang der tatsächlichen Sachherrschaft oder den Vertragsschluss anknüpfen. Für die Annahme der Maßgeblichkeit des Bereitstellungszeitpunktes spricht in der kaufartigen Situation allerdings die Parallele – allerdings nur für den Warenkauf anzuwendende – Regelung in Art. 20 VerbraucherrechteRL 2011/83/EU. Auf den insoweit maßgebenden Zeitpunkt findet

dann auch die Aktualitätsverpflichtung nach Art. 6 IV Digitale-Inhalte-RL Anwendung, welche freilich abdingbar ist. Einer solcher Abbedingung bedarf es mangels anderweitiger Regelung auch für die Kaufrechtssituation, wobei die implizierte Gefahrtragungsregel – je nach ihrer Konkretisierung auf den Vertragsschluss oder den Bereitstellungszeitpunkt – die Pflicht zur neuesten Version entsprechend einschränkt.

Die betreffenden Qualitätsstandards sind ausweislich Art. 19 Digitale-Inhalte-RL grundsätzlich unabdingbar. Jedoch eröffnen die Möglichkeiten abweichender Leistungsbeschreibungen und Funktionsvereinbarungen divergierende Qualitätsvereinbarungen bereits im Rahmen von Art. 6. Weitere Modifikationen kommen bei Integration in die digitale Umgebung des Verbrauchers nach Art. 7 Digitale-Inhalte-RL in Betracht.

Für Fragen der Interoperabilität begründet Art. 7 Digitale-Inhalte-RL einen durch die Definition in Art. 2 Nrn. 8, 9 der Richtlinie näher konkretisierten Fall der Integration in die digitale Umgebung des Verbrauchers. Hierbei werden die Verantwortungsbereiche von Verbraucher und Unternehmer deutlich getrennt. Diese Trennung wird durch die Beweislastregel nach Art. 9 II sowie die Kooperationspflicht des Verbrauchers nach Art. 9 III noch einmal akzentuiert.

Weitere Sonderregeln zur Qualität enthalten Art. 13 III, 16 V zu Fragen der Kopierschutzmechanismen. Die betreffenden Regeln des Richtlinienvorschlags betreffen freilich nur Kopierschutzmechanismen für den Fall des Erlöschens der Nutzungsberechtigung durch Aufhebung des Vertrages. Das legt den Umkehrschluss nahe, dass die Nutzung hindernde Kopierschutzmechanismen vor einer Vertragsaufhebung unzulässig sind. Dieser Schluss ist freilich nur eingeschränkt richtig. Insbesondere kann der Unternehmer Kopierschutzmechanismen in begrenztem Umfang auch die Leistungsbeschreibung nach Art. 6 I lit. a Digitale-Inhalte-RL aufnehmen, mit der Folge, dass diese die Mangelhaftigkeit nicht begründen. In welchem Umfang dies zulässig ist, klärt der Vorschlag freilich nicht, so dass hier für das Gesetzgebungsverfahren noch erheblicher Nachbesserungsbedarf besteht.

2. Mängel der digitalen Inhalte in Gebrauchsüberlassungssituationen

Auch soweit digitale Inhalte auf (bestimmte oder unbestimmte) Zeit zur Nutzung überlassen oder zugänglich gemacht werden, sind grundsätzlich die Qualitätsstandards nach Art. 6–8 Digitale-Inhalte-RL anzuwenden. Allerdings erfahren die Pflichten des Unternehmers nach Art. 6 III, 8 II Digitale-Inhalte-RL erhebliche Ausweitungen durch Pflichten zur Erhaltung des Qualitätsstandards und der Rechtssituation für den Verbraucher. Die grundsätzlich nach Art. 6 I, II, 8 I geschuldete Qualität ist für

¹⁰⁹ Für die Beibehaltung des Zustimmungserfordernisses für die Zweckbestimmung hingegen *Wendland*, GPR 2016, 8, 15.

¹¹⁰ Zu den Konsequenzen für die Vertragstypeneinordnung s. sub VII 2 c.

¹¹¹ Kritisch insoweit *V. Mak*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 11. Ablehnend bereits früher *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 479 f.

die gesamte Dauer des Vertrages geschuldet. Zusätzlich sind ferner Aktualisierungen nach Art. 6 I lit. d Digitale-Inhalte-RL geschuldet, soweit dies den Anforderungen des Vertrages entspricht. Damit bestehen Aktualisierungspflichten im Regelfall auch über das Gebot der neuesten Version nach Art. 6 IV Digitale-Inhalte-RL hinaus.

Für die Gebrauchsüberlassungsfälle ist freilich zusätzlich Art. 15 zu beachten, welcher dem Unternehmer in verschiedenen Konstellationen Modifikationen der überlassenen digitalen Inhalte gestattet.¹¹² Art. 15 I Digitale-Inhalte-RL sieht vor, dass eine Modifikation, die den Zugang des Verbrauchers zu den digitalen Inhalten oder deren Nutzung beeinträchtigt, nur ausnahmsweise gestattet ist. Kernvoraussetzung dafür ist, dass die Modifikationsmöglichkeit im Vertrag vorgesehen ist. Sodann wird ein Prozedere der Vertragsänderung beschrieben, das für den Verbraucher ein Vertragsaufhebungsrecht einschließt, dessen Konsequenzen in Art. 15 II näher geregelt sind. Kernfrage bei der Auslegung dieser Vorschrift wird die Frage sein, wann eine Modifikation zu einer relevanten Beeinträchtigung führt. Das kann je nach Erwartungen und Fähigkeiten einzelner Verbraucher sehr unterschiedlich sein. So mag im Einzelfall schon eine kleine Veränderung der Bedienoberfläche einer Software für manche Nutzer erhebliche Einschränkungen der Nutzbarkeit bewirken können. Grenze der Änderungsbefugnis ist jedenfalls immer der (individuelle) Konsens der Parteien.¹¹³

Auch hinsichtlich dieser Qualitätsstandards greift die Zwingendstellung nach Art. 19 Digitale-Inhalte-RL, die freilich durch die offenen Tatbestände, insbesondere des Art. 6 Digitale-Inhalte-RL partiell durchbrochen wird.

3. Mängel bei durch digitale Inhalte verkörperte Dienstleistungen

Auch soweit die Bereitstellung digitaler Inhalte eine Dienstleistung darstellt, finden die Art. 6–8 Digitale-Inhalte-RL Anwendung. Mit Recht ist freilich darauf hingewiesen worden, dass die Anwendung dieser Bestimmungen auf Dienstleistungen ohne geschuldeten Erfolg Schwierigkeiten bereiten wird.¹¹⁴ Die für Gebrauchsüberlassungen typischen Modifikationen, welche vor allem auf Dauerschuldssituationen abzielen, können dabei auch zur Anwendung gelangen, soweit die Dienstleistung keine punktuelle ist. Die Grenzen der Abdingbarkeit ergeben sich auch hier wieder nach Art. 19.

Soweit Dienstleistungen über einen längeren Zeitraum erbracht werden, findet auch die Änderungsbefugnis nach Art. 15 Digitale-Inhalte-RL Anwendung, soweit eine solche vertraglich vereinbart ist und auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen. Gerade im Hinblick auf die Dienstleistungen nach Art. 2 Nr. 1 lit. b und c, also Cloud- und Plattformanwendungen, ist diese Modifikationsbefugnis von besonderem Interesse.

XII. Rechtsfolgen minderer Qualität digitaler Inhalte

Hinsichtlich der Rechtsbehelfe sieht die Richtlinie in Art. 12 I, II primär Abhilfe durch Herstellung des vertragsgemäßen Zustan-

des vor. Die Abhilfe muss unentgeltlich stattfinden, wobei Abs. I eine Verhältnismäßigkeitsschwelle vorsieht und näher konkretisiert. Auf der anderen Seite begründet Abs. II eine Unzumutbarkeitsschwelle für den Verbraucher.

Kommt es nicht zur erfolgreichen Abhilfe, kommt zunächst eine Preisminderung nach Art. 12 III, IV Digitale-Inhalte-RL in Betracht. Diese ist freilich auf den Fall beschränkt, dass digitale Inhalte gegen Zahlung eines Preises, also einer Leistung in Geld, bereitgestellt werden. Im Falle von Daten als Gegenleistung kommt eine Minderung nicht in Betracht.

Art. 12 III, V sowie Art. 13 Digitale-Inhalte-RL eröffnen sodann die Möglichkeit der Vertragsbeendigung bei unzureichender oder ausbleibender Abhilfe.¹¹⁵ Eine Beendigung kommt nach Abs. V nur in Betracht, „wenn die Vertragswidrigkeit den Funktionsumfang, die Interoperabilität und andere wesentliche Leistungsmerkmale [...] beeinträchtigt.“ Als Beispiele für wesentliche Leistungsmerkmale nennt die Vorschrift die Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit digitaler Inhalte. Die Beendigung durch Erklärung ergibt sich dann aus Art. 13 I Digitale-Inhalte-RL, woran anschließend sich in Abs. II–VI die Rechtsfolgen der Beendigung geregelt finden. Danach ist ein gezahlter Preis unverzüglich zurückzuzahlen (Abs. II lit. a), während bei Daten als Gegenleistung (bisher) keine vollständige Rückabwicklung vorgesehen ist. Der Unternehmer muss vielmehr nur die Nutzung einstellen sowie den Verbraucher die Wiedererlangung der Daten ermöglichen (lit. b, c). Die aus der Nutzung der Daten gezogenen Vorteile verbleiben nach der aktuellen Risikoverteilung beim Unternehmer. Umgekehrt hat der Verbraucher die weitere Nutzung der digitalen Inhalte zu unterlassen und ggf. diese zu löschen. Soweit sie digitalem Datenträger überlassen wurden, ist auch der Datenträger zurück zu gewähren. Letztere Pflichten kann der Unternehmer nach Art. 13 III auch durch Sperrungen des Zugangs des Verbrauchers zu den Inhalten oder des Nutzerkontos des Verbrauchers durchsetzen. Nutzungen für die zurückliegenden Zeiträume muss der Verbraucher bei Aufhebung des Vertrages in der Kaufsituation jedoch nicht erstatten.

Der Richtlinienvorschlag sieht zudem einen eigenen Schadensersatzanspruch vor, Art. 14 Digitale-Inhalte-RL. Dieser ist freilich mit Blick auf den Vollharmonisierungsgrundsatz deutlich zu eng geraten und widersprüchlich. Grund dafür ist einerseits die Beschränkung auf Schäden an der digitalen Umgebung in Abs. I 1 und andererseits die Definition des Umfangs des Ersatzanspruchs nach Art. 14 I 2 Digitale-Inhalte-RL, welche den Anspruch lediglich auf das Erfüllungsinteresse richtet.¹¹⁶ Während Abs. I 1 auf bestimmte Integritätsverletzungen beschränkt

¹¹² Hierzu bereits ausführlich *Fauvarque-Cosson*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 18–20.

¹¹³ Richtig *Wendland*, GPR 2016, 8, 15.

¹¹⁴ *Beale*, Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 22.

¹¹⁵ Die Bezeichnung als Rücktritt (dafür *Wendland*, GPR 2016, 8, 16) wäre angesichts der international geringen Verbreitung der Unterscheidung von Kündigung unglücklich und für die nicht kaufrechtlichen Fälle schlichtweg falsch, vgl. Art. 13 VI Digitale-Inhalte-RL.

¹¹⁶ Anders offenbar *Wendland*, GPR 2016, 8, 17: „jede wirtschaftliche Schädigung“.

ist,¹¹⁷ werden nach Abs. I 2 Integritätsverletzungen weder hinsichtlich einzelner Vermögensgegenstände des Verbrauchers noch hinsichtlich seiner personalen Integrität angesprochen und fallen daher aus dem Schadensersatzanspruch heraus. Dies darf keinesfalls so bleiben.

Auch für die Miete digitaler Inhalte gelten die Rechtsbehelfe nach Art. 10–14 Digitale-Inhalte-RL. Allerdings sind für die Vertragsbeendigung Besonderheiten zu bemerken. Insbesondere treffen Art. 13 V und VI Digitale-Inhalte-RL Sonderregeln für die Vertragsbeendigung bei Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Zahlung eines Preises im Laufe des im Vertrag vorgesehenen Zeitraums. In diesem Falle kann der Verbraucher den Vertrag von vorn herein, nämlich nur für den Zeitraum, beenden, in dem die digitalen Inhalte nicht den vertraglichen Qualitätsanforderungen entsprochen haben. Insoweit kommt es also nicht zu einer ex nunc-Vertragsbeendigung, sondern zu einer Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Beginns des Qualitätsdefizits. Dem entsprechend beschränkt Abs. VI die Rückabwicklung auf diesen mit Eintritt des Qualitätsdefizits beginnenden Zeitraum.

Auch für in digitalen Inhalten verkörperte Dienstleistungen gelten die Rechtsbehelfe nach Art. 10–14 Digitale-Inhalte-RL. Sonderregeln bestehen insoweit kaum, wenn man einmal auf die Gebrauchsüberlassung zielenden Bestimmungen über Dauerverhältnisse absieht, die bei Dauerdienstleistungen ebenfalls zur Anwendung kommen (können). In Art. 13 II lit. c Digitale-Inhalte-RL findet sich immerhin eine Sonderregel für Cloud-Dienstleistungen. Für diese muss der Unternehmer angemessene technische Mittel zur Verfügung stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm dort eingestellten Inhalte und sonstigen Daten wiedererlangen kann.

XIII. Flexibilisierungsinstrumente bei längerer Nutzung

Da die Richtlinie auch längerfristige Rechtsverhältnisse erfasst, weist sie notgedrungen Elemente der Flexibilisierung auf. Dazu gehört in allererster Linie die in Art. 15 geregelte Modifikationsbefugnis, die freilich, wie gesehen, erhebliche Voraussetzungen aufweist und insbesondere der vorherigen vertraglichen Vereinbarung bedarf.

Besonders bemerkenswert ist ferner die Regelung eines ordentlichen Kündigungsrechts für unbefristete Verträge über digitale Inhalte, welche auch auf befristete Verträge mit einer Laufzeit von mehr als zwölf Monaten nach Ablauf des ersten Zwölf-Monats-Zeitraums zur Anwendung gelangen. Nach der Vorschrift kann (ggf. nach Ablauf des Zwölf-Monats-Zeitraums) der Verbraucher jederzeit mit einer vierzehntägigen Frist kündigen. Die Vorschrift regelt in Abs. III-V dann die Abwicklungsfolgen, die im Wesentlichen auf einem Ausschluss der Rückwirkung der Aufhebung hinauslaufen.

Zusammenfassung

Die beiden hier vorgestellten Entwürfe entwickeln das Vertragsrecht der EU in durchaus verschiedener Weise fort. Gemeinsam ist ihnen vor allem die Differenzierung zwischen Verfügungs-

und Verpflichtungsebene und die Beschränkung der neuen Regelungen auf letztere.

Der Entwurf der Digitale-Inhalte-RL differenziert nunmehr – deutlicher als das bisherige Recht – zwischen dem Rechtsobjekt „digitale Inhalte“ und der „Bereitstellung“ als Umgang mit dem Rechtsobjekt. Bei den mit erfassten Dienstleistungen, wie Cloud-Anwendungen und Plattformen handelt es sich richtigerweise um Fragen der Bereitstellung.

Die Kommission schlägt vor, die Einzelheiten der Vertragstypeneinordnung den Mitgliedstaaten zu überlassen. Dennoch ergeben sich unter dem Entwurf drei Grundvertragstypen: der Kauf sowie die mietähnliche Gebrauchsüberlassung digitaler Inhalte und die Dienstleistung mittels digitaler Inhalte. Auch bei der geschuldeten Qualität der digitalen Inhalte und den jeweiligen Rechtsbehelfen wird im Vorschlag zwischen den drei Grundvertragstypen unterschieden. Außerdem enthält er Regelungen zur Behandlung von Mischsituationen. Dabei ist zwischen einer Kombination der Bereitstellung digitaler Inhalte mit Kauf- respektive Dienstleistungselementen zu differenzieren.

Der Grundansatz eine Vertragsgestaltung „Leistung gegen Daten“ einer „Leistung gegen Geld“ gleichstellen zu wollen, ist zu begrüßen. Zu kritisieren ist allerdings, dass der Richtliniengeber vorliegend nicht an das richtige Element der Gegenleistung anknüpft. Nicht die reine Übermittlung der Daten macht aus diesen eine synallagmatische Gegenleistung, sondern die wirksam erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung. Zur Abbildung der einschlägigen Vertragsgestaltungen statuiert der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL schuldrechtliche Regelungen und trennt – entsprechend dem allgemeinen Ansatz – zwischen schuldrechtlicher und datenschutzrechtlicher Ebene.

Die Vertragsgemäßheit beim Onlinehandel ist weitgehend an die Systematik der VerbrauchsgüterkaufRL angelehnt. Wie schon in der Verbraucherrechterichtlinie vorgesehen, werden vorvertragliche Erklärungen Vertragsbestandteil hinsichtlich der Qualität, ohne allerdings eine Möglichkeit der Abbedingung dieser Einbeziehung vorzusehen. Bei den Rechtsbehelfen des Verbrauchers im Onlinehandel hält der Entwurf am Vorrang der Nacherfüllung fest, regelt aber im Gegensatz zur VerbrauchsgüterkaufRL ausführlich die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach Vertragsbeendigung.

Summary

The proposal for the Directive on contracts for the supply of digital content covers contracts which are characterized by the terms digital content and supply. The proposal also covers cloud and platform services. The Commission leaves the classification of the specific types of contract to the Member States. The proposal only differentiates regarding conformity, quality and remedies three basic types of contracts: sale, use and service. The proposal also understands the supply of personal data as an ob-

¹¹⁷ Kritisch insoweit auch *Beale*, Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 23 sowie *V. Mak*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Study für den JURI-Ausschuss des Europäischen Parlaments, Brüssel 2016, S. 26 f.

ject of counter performance. Nevertheless the proposal does not focus on the correct element of counter performance. The core element is not the delivery of data itself, but the consent of the consumer. The proposal for the Directive on contracts for distance sales of goods largely follows the system of the Consumer Sales Directive with few differences regarding the conformity of goods and the remedies.

Résumé

Le champ d'application de la Directive proposée concernant des contrats de fourniture de contenu numérique étends aux con-

trats caractérisés par les éléments «fourniture» et «contenu numérique» y compris les services cloud et les services platform. Néanmoins, la Commission laisse explicitement aux États Membres le soin de préciser les types de contrat. En réalité, la proposition cependant fait une différence entre le contrat de vente, d'usage et de service mais seulement relatif à la conformité, à la qualité et le dédommagement. Selon cette proposition, des données personnelles peuvent être classifiés comme contrepartie non pécuniaire si le consommateur a les fournis. La systématique de la Directive proposée concernant des contrats de ventes en ligne est similaire à celui de la Directive sur les ventes aux consommateurs. Les différences concernent surtout la conformité et le dédommagement.

Service

Allgemeines Unionsprivatrecht

Unionsrechtliche Überformung mitgliedstaatlicher Methodik?

Zugleich eine Anmerkung zu den Schlussanträgen von GA Bot in C-441/14 (Dansk Industri/Rasmussen)¹

Professor Dr. *Christian Baldus/Thomas Raff*, Heidelberg

Aus dem Ergebnis (Rn. 84): Das Bestehen einer gefestigten nationalen Rechtsprechung, die gegen die Richtlinie 2000/78 verstößt, hindert das vorlegende Gericht nicht an der Durchführung dieser Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung.

1. Wer sich noch an die frühe Judikatur zur richtlinienkonformen Auslegung erinnert, weiß: Zeitweise war durchaus umstritten, ob das Gebot zur Gemeinschaftsrechtskonformität (damals; heute: Unionsrechtskonformität) die nationalen Gerichte nicht von ihrer Methode freistelle. Als bald jedoch – rechtlich wie politisch, theoretisch wie praktisch sinnvoll – festigte sich die Meinung, so sei es nicht: Die Grenzen richterlicher Entscheidung bestimmt auch in unionsrechtlich geprägten Sachverhalten allein die nationale Methode, mithin das nationale Verfassungsrecht. Wenn es seit *Murphy* heißt, *dans toute la mesure où une marge d'appréciation est accordée* müsse konform ausgelegt werden,² dann war lange Zeit klar, dass die Grenzen des Möglichen vom nationalen Rechtsanwender selbst zu bestimmen seien. Auch praktisch weise ist dies, weil aus Luxemburg schwierig zu beurteilen ist, wo diese Grenzen im Einzelfall verlaufen; vor allem dann, wenn der Einzelfall räumlich, sprachlich, rechtstraditionell weit weg vom Zentrum der Union spielt. Wer kennt das bulgarisch Mögliche?

2. Und doch gibt es einen Preis. Kaum ein Gericht mag das eigene Recht für nicht konform auslegungsfähig erklären und damit den eigenen Staat gegebenenfalls der unionsrechtlichen Schadensersatzpflicht aussetzen bzw., bei Konflikten unter Privaten, die Frage nach der horizontalen Richtlinienwirkung aufwerfen. Darin läge zugleich ein *self-restraint*, der dem Richter gar nicht recht sein muss, vielleicht mit Blick weit über unionsrechtliche Fälle hinaus. Es ist gerade für Obergerichte bisweilen deutlich attraktiver, die eigenen Möglichkeiten zu erweitern. Das zeigt mit großer Deutlichkeit die *Quelle*-Rechtsprechung,³ und nicht ohne Grund ist seither in Deutschland die Frage nicht

¹ GA Bot, SchlA v. 25.11.2015, Rs. C-441/14 – Dansk Industrie (DI).

² EuGH, Urt. des Plenums v. 4.2.1988, Rs. 157/85 – Murphy, Rn. 11. Später nur terminologisch anders EuGH, Urt. der 6. Kammer v. 13.11.1990, Rs. C-106/89 – Marleasing, Rn. 8 (*dans toute la mesure du possible*). Zu weiteren Urteilen und zur Diskussion siehe nur Leible/Domröse, § 8, Die primärrechtskonforme Auslegung, Rn. 57 f. m.w.N., in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin u.a. 2015.

³ EuGH, Urt. der 1. Kammer v. 17.4.2008, Rs. C-404/06 – Quelle AG. Im Anschluss hieran BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, S. 427 ff. Zum Sachverhalt, zu Folgeentscheidungen und zur Kritik hieran siehe nur Habersack/Mayer, § 14, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, Rn. 22 f., in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin u.a. 2015.