

DIE RICHTLINIENVORSCHLÄGE DER KOMMISSION ZU VERTRÄGEN ÜBER DIGITALEN INHALT UND ONLINE-WARENHANDEL

Joachim Bokor*

A. Zielsetzung

Die zwei am 09.12.2015 vorgestellten Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final (DIRL) und über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM(2015) 635 final (Fernabsatz-RL), sind Bestandteil der digitalen Agenda. Ziel der Richtlinien soll sein, Hindernisse beim grenzübergreifenden Handel mit digitalen Inhalten (DIRL) und noch bestehende Hemmnisse beim Handel mit physischen Waren (Fernabsatz-RL) zu beseitigen. Auch die Unterschiede der Rechtsstellung von Verbrauchern beim Erwerb physischer Güter und digitaler Angebote sollen abgebaut werden.¹

Die rechtlichen Rahmenbedingungen sollen dem technischen und gesellschaftlichen Fortschritt angepasst und fit für weitere technische Neuerungen werden.

Die größte Innovation der beiden Richtlinien ist der Versuch eine Regelung zu finden mit der das Verhältnis von Verbrauchern zu Anbietern digitaler Inhalte gesteuert werden soll, in dem keine finanzielle Transaktion stattfindet. Die zweite zentrale Frage, für die eine Lösung gesucht wurde und die für Nutzer moderner Geräte und Dienste von großer Bedeutung ist, ist die der Abgrenzung zwischen digitalem Dienst und Ware.

B. Daten als Zahlungsmittel:

„If you are not paying for it, you're not the customer; you're the product being sold.“² ist eine seit längerem zur Beschreibung von nicht bezahlten Diensten im Internet kursierende Aussage. Diese Beschreibung des Verhältnisses zwischen Anbietern digitaler Inhalte und deren Abnehmern versucht die DIRL zu regeln. Ziel ist es, auch Verbraucher, die keine Gegenleistung in Geld erbringen im Verhältnis zu Anbietern dieser Inhalte in eine, zahlenden Kunden vergleichbare, Position zu bringen und aus dem Status der objektivierten Ware zu befreien.

Der angelsächsisch geprägte Begriff „privacy“ hatte von Anfang an eine vermögens- bzw. eigentumsrechtliche Komponente.³ Die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit diese Rechtsposition wirtschaftlich auszunutzen stellt sich nur im kontinentaleuropäisch (deutschen), von informationeller Selbstbestimmung als Kommunikationsrecht geprägten, Datenschutz.

Die Möglichkeit, einzelne Aspekte des Persönlichkeitsrechts wirtschaftlich zu verwerten ist der deutschen Rechtsordnung nicht fremd und nimmt mit verbesserten technischen Mitteln und gesteigerter Bedeutung der Medien an Vielfalt, Ausmaß und Intensität zu.⁴ Dabei sind die

* Joachim Bokor ist Justiziar und Referent für Digitale Verwaltung, Datenschutz und Informationsfreiheit der Piratenfraktion im Abgeordnetenhaus von Berlin.

¹ European Commission - Fact Sheet, 06.05.2015, abzurufen unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4920_en.htm zuletzt abgerufen am 10.05.2016.

² Nutzer Andrew Lewis auf metafilter.com am 26.08.2010, abzurufen unter: <http://www.metafilter.com/95152/Userdriven-discontent#3256046> zuletzt abgerufen am 09.05.2016.

³ Warren, Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harvard L.R. 193 (Dec. 15, 1890), abzurufen unter: https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html zuletzt abgerufen am 10.05.2016.
Gavison, Privacy and the Limits of Law, The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 3 (Jan., 1980), pp. 421-471, abzurufen unter: <http://courses.ischool.berkeley.edu/i205/s10/readings/week11/gavison-privacy.pdf> zuletzt abgerufen 10.05.2016.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 22.08.2006, Az.: 1 BvR 1168/04, Rn. 33 ff..

einfachgesetzlich –schuldrechtlich – geschützten vermögenswerten Bestandteile von den verfassungsrechtlich geschützten ideellen zu unterscheiden.⁵ Der Schutz personenbezogener Daten in seiner europäischen Ausprägung ist Ausfluss dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁶ Insofern greifen keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine wirtschaftliche Betrachtung der Übermittlung von personenbezogenen Daten als Gegenleistung für digitale Inhalte. Die vom Verbraucher anstelle einer Zahlung geleisteten Daten entsprechen dem schuldrechtlich geschützten Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Bildnutzung entwickelt wurde.⁷

Neu in der Rechtsordnung ist, die bewusste Kommerzialisierung bestimmter Aspekte des Persönlichkeitsrechts durch verbindliche Regeln für jedermann zu eröffnen. Die wirtschaftliche Verwertung der Persönlichkeitsrechts ist bisher ein Privileg weniger Personen, die bereits vor einer Entscheidung über diese Ausnutzung oder auch vor einer Geltendmachung einer Entschädigung ausreichend Bekanntheit erlangt haben, nur auf Grundlage ihrer öffentlichen Identität werblich tätig werden zu können.⁸

Der Austausch von personenbezogenen Daten gegen Geld oder geldwerte Vorteile erfolgt bisher nur auf vertraglicher Grundlage. Insbesondere so genannte Bonus- oder Kundenbindungsprogramme dienen auf Seite der Anbieter*innen zumindest auch der Gewinnung von detaillierten personenbezogenen Informationen.⁹ Die Fachliteratur zum Thema Kundenbindungssysteme beleuchtet in erster Linie die steuerliche Behandlung dieser Programme und nicht die Datennutzung oder deren wirtschaftliche Abgeltung gegenüber den Betroffenen.

I. Betroffene Daten

Die Bestimmungen der Richtlinie, wie die Daten, die von Nutzer*innen als Gegenleistung für digitale Dienste erbracht werden sollen und welche Art Daten dies sein können, lässt wenig Raum für eine praktische Anwendung. Die Leistung muss

- aktiv [...] in Form personenbezogener oder anderer Daten erbracht werden, (Art. 3 Nr. 1 Digitale Inhalte RL)

und über den jeweiligen Zweck

- der personenbezogenen Daten zur „Erfüllung des Vertrags oder die Erfüllung rechtlicher Anforderungen unbedingt erforderlich“ oder
- anderer Daten, sicherzustellen, dass die digitalen Inhalte vertragsgemäß sind oder den rechtlichen Anforderungen entsprechen

hinaus für den Anbieter nutzbar werden, Art. 3 Nr. 4. Werden die so beschriebenen Daten für die jeweiligen Zwecke genutzt, findet die Richtlinie keine Anwendung.

Der Erwägungsgrund 14 ist für die Eingrenzung der Daten auch aufgrund der gewählten Beispiele nicht hilfreich. In Satz 1, der die Anwendbarkeit der Richtlinie betrifft, verlangt der Anbieter auf den ersten Blick widersprüchlich Daten, die dann vom Verbraucher aktiv zur Verfügung gestellt werden,

⁵ BGH Urteil vom 31.05.2012, Az. I ZR 234/10, Rn. 36.

⁶ Grundlegend BVerfG Urteil vom 15. 12.1983, Az. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83, Rn. 173.

⁷ Im Ergebnis vergleichbar: *Unsel*, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, München 2010.

⁸ Vgl. *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995.

⁹ *Köhler* in *Bornkamm/Köhler*, UWG § 3 Rn. 8.51-8.52.

indem dieser „den Zugang zu Fotos des Verbrauchers gestattet“. Im zweiten Satz, der die Nichtanwendbarkeit darstellt, werden geographische Daten herangezogen, soweit diese für das Funktionieren einer Anwendung notwendig sind. Anhand des zweiten Beispiels lässt sich die Unbestimmtheit der Abgrenzungskriterien gut darstellen. Navigationshilfen benötigen zur Vertragsgemäßen Funktion regelmäßig geographische Daten vom Nutzer bzw. dessen Endgerät. Folglich findet die Richtlinie keine Anwendung, wenn der Nutzer das Gerät zur Navigation – also bestimmungsgemäß – benutzt. Der Fall, dass der Nutzer das Gerät zur Hand nimmt, um eine Adresse anhand der im Gerät gespeicherten Daten nachzuschlagen und das Gerät zeitgleich den Standort an den Dienstleister überträgt ist nicht so eindeutig.

Häufig werden geographische Angaben aber auch in Verbindung mit Nutzergenerierten Inhalten verwendet. Ist die Standortangabe bei einem Foto auf einer Fotoplattform notwendig für deren ordnungsgemäßes funktionieren? Wie wäre der Fall zu beurteilen, dass dem Nutzer entweder nicht bekannt ist, dass sein Aufnahmegerät, beispielsweise eine hochwertige Kamera, in den Metadaten jedes Bildes automatisch eine Georeferenz speichert und diese dann ebenso automatisch, ohne individuelle Interaktion, auch für Dritte online sichtbar gespeichert wird. Möglicherweise ist dies ein Fall der Nichtanwendung nach Satz 4 des Erwägungsgrundes, weil die Daten automatisiert generiert wurden. Konsequenterweise wäre diese Abgrenzung dann auch abhängig vom Bewusstsein des Benutzers. Anwendbar: Der Benutzer weiß welche Daten von seinen Endgeräten wann und wie generiert und später übertragen werden und hat bewusst die Entscheidung getroffen, dies zuzulassen; Nicht anwendbar: Der Nutzer weiß dies nicht, die Endgeräte verhalten sich in der selben Weise.

II. Probleme bei der Verwendung

Nicht ausreichend geregelt ist die notwendige Übereinstimmung zwischen den unterschiedlichen Aspekten des Geschäftes: Der Vertrag über die Nutzung digitaler Inhalte und das hierdurch nicht berührte Datenschutzrecht.

Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann jederzeit und ohne nachteilige Wirkungen für die Zukunft widerrufen werden, Art. 7 Abs. 3 EUDSGVO¹⁰. Unmittelbar aus dem Widerruf der Einwilligung folgt, das Recht auf Löschung der auf dieser Grundlage gespeicherten Daten, Art. 17 Abs. 1 lit. b) EUDSGVO.

III. Trennung der Verpflichtung von der Verfügung?

Der vorgeschlagene Lösungsansatz, das Verpflichtungsgeschäft, schuldrechtlich, vom Verfügungsgeschäft, datenschutzrechtlich, zu trennen¹¹ erscheint nicht praktikabel. Diese Unterscheidung unterschiedlicher Bestandteile eines einheitlichen Lebensvorgangs, die als Abstraktionsprinzip im deutschen Zivilrecht verankert ist, ist nur in diesem bekannt. Weder erscheint die Verfügung über Bestandteile des Persönlichkeitsrechts vergleichbar mit der sachenrechtlichen Verfügung noch ist die Interessenlage der Beteiligten ausreichend vergleichbar.

¹⁰ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Text von Bedeutung für den EWR) (abgekürzt als EUDSGVO).

¹¹ So wohl *Schmidt-Kessel, Erler, Grimm, Kramme*, Richtlinien vorschläge zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 59.

C. Abgrenzungen der Anwendungsbereiche

I. Ware, digitaler Inhalt oder beides?

Die DURL soll nicht für digitale Inhalte gelten, die derart in einer Ware integriert sind, dass sie deren fester Bestandteil sind und ihre Funktion der Hauptfunktion der Ware untergeordnet sind (EG 11 DURL); diese fallen in den Anwendungsbereich der FURL (nahezu wortgleich S. 17 Begründung).

Wenige Beispielfälle lassen die so beschriebene Abgrenzung weder trivial noch praxistauglich erscheinen.

1. Ist das Betriebssystem, das mit einem PC verkauft wird dessen fester Bestandteil?
Bei einem Computer, der als universelle Rechenmaschine verkauft wird und bei dem der Austausch des Betriebssystems in wenigen Minuten möglich ist, wohl nicht.
2. Das Betriebssystem eines modernen Elektroautos? Auch diese sind rein technisch universelle Turingmaschinen, der Austausch oder die Änderung des Betriebssystems ist jedoch komplex¹².
3. Die Software in zur Motorsteuerung, die aufgrund der eingesetzten Speicher nicht ohne physische Änderung ausgetauscht werden kann?¹³
4. Die Software, die auf einem Smartphone läuft? Die Installation eines alternativen Betriebssystems ist zwar nicht trivial, jedoch für den fortgeschrittenen Anwender machbar.¹⁴

Im deutschen Recht könnte für die aufgezeigten Abgrenzungsprobleme der Begriff des wesentlichen Bestandteils, § 93 BGB, analog herangezogen werden. Demnach wäre der digitale Dienst – Software – wesentlicher Bestandteil einer Sache – Ware, wenn die Entfernung den Gegenstand zerstört oder in seinem Wesen verändert. Keine wesentlichen Bestandteile und somit auch keine Unterordnung im Sinne der Richtlinien kann angenommen werden, soweit die Bestandteile auch getrennt voneinander ihrer Zweckbestimmung entsprechend weiterverwendet werden können.¹⁵ Demnach wären digitaler Dienst und Ware in den oben genannten Beispielen Nrn. 2 und 3 wohl (noch) der Hauptfunktion untergeordnet, während dies für die anderen Beispiele nicht zutrifft.

II. Verträge zwischen Maschinen?

Bewusst ausgelassen in der DURL wurden Umstände, „betreffend die Interaktion von Maschinen“, (Erwägungsgrund 17). Das ist schade, denn dieser Bereich ist bisher nicht durch formalen Rechtsakt geregelt, sondern der vertraglichen Gestaltung der hinter den agierenden Maschinen stehenden Menschen überlassen.¹⁶ Im bedeutendsten Anwendungsfall, dem automatisierten Börsenhandel, werden die jeweils geschäftsauslösenden Handlungen so behandelt, dass darin die Kundgabe einer Willenserklärungen enthalten ist, die umfasst, dass eine Maschine die entsprechende kongruente Willenserklärung findet und so ein Vertrag mit einem zum Zeitpunkt der auslösenden Handlung noch unbekanntem Geschäftspartner abschließt. Die eingesetzten Maschinen, bzw. die mit dem

¹² Kießling, Gentoo auf dem Tesla S, Linux Magazin online am 28.04.2016, abzurufen unter: <http://www.linux-magazin.de/NEWS/Gentoo-auf-dem-Tesla-S> zuletzt abgerufen am 10.05.2016.

¹³ Lange und Domke, The exhaust emissions scandal („Dieselgate“), Vortrag auf dem 32. Chaos Communication Congress abzurufen unter: https://media.ccc.de/v/32c3-7331-the_exhaust_emissions_scandal_dieselgate zuletzt abgerufen am 10.05.2016.

¹⁴ Beispielsweise sei das wohl erfolgreichste alternative Betriebssystem für Geräte der google-android Familie Cyanogenmod genannt. Eine Liste der unterstützten Geräte mit Verweisen auf Installationsanleitungen und die jeweils angepasste Version ist abzurufen unter: <https://wiki.cyanogenmod.org/w/Devices> zuletzt abgerufen 10.05.2016.

¹⁵ Vgl. Stresemann in MüKo zum BGB, § 93 Rn. 10 und 13.

¹⁶ Hopt in Baumbach/Hopt, AGB-WP-Geschäfte § 1 Rn. 4f.; ausführlich: Rinker, Vertragsschluss im börslichen elektronischen Handelssystem, Berlin 2003.

Zusammenführen der Willenserklärungen beauftragte Stelle, haben dabei keine eigenständige Rolle.¹⁷ Dabei werden ähnliche Verfahren bereits heute von Verbrauchern beispielsweise im Rahmen von Onlineauktionen¹⁸ oder für den Einkauf standardisierter Komponenten¹⁹ eingesetzt.

D. Geoblocking

Zu bedauern ist, dass die DIGRL sich ausdrücklich nicht dem wahrscheinlich größten Hindernis beim Bezug digitaler Inhalte innerhalb der Europäischen Union²⁰ annimmt, Art. 3 Nr. 7 und Erwägungsgründe 12, 21 und 31 DIRM. Die Kommission ist sich der nachteiligen Auswirkungen des Geoblockings auf den innereuropäischen Geschäftsverkehr durchaus bewusst, zieht es jedoch vor, eine Regelung in der überarbeiteten Dienstleistungs-Richtlinie zu suchen.²¹


Joachim Bokor, LL.M.

¹⁷ Jobst, Börslicher und Außerbörslicher Derivathandel mittels zentraler Gegenpartei, Frankfurt 2010.

¹⁸ Z.B. die für die Auktionsplattform ebay geschriebenen Programme zur automatischen Gebotsabgabe nach Kriterien des Nutzers: Biet-O-Matic (<https://www.bid-o-matic.org/hp/>).

¹⁹ Hierfür 1-click BOM (<https://1clickbom.com/>).

²⁰ Hierzu Reda, Ending Geoblocking: This Content ought to be available in Your Country, Vortrag auf der re:publica 2016, zukünftig abzurufen über: <https://re-publica.de/16/session/ending-geoblocking-content-really-ought-be-available-your-country>.

²¹ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, vom 12. Dezember 2006, über Dienstleistungen im Binnenmarkt und Unterpunkt „Geoblocking“ der Digital Single Market Strategy abzurufen unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/geo-blocking-digital-single-market> zuletzt abgerufen 10.05.2016.