



Wortprotokoll der 99. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 11. Mai 2016, 14:03 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Renate Künast, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt 1

Seite 12

a) **Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte**

KOM(2015)634 endg.; Ratsdok.-Nr. 15251/15

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

Ausschuss für Bildung, Forschung und

Technikfolgenabschätzung

Ausschuss für Kultur und Medien

Ausschuss Digitale Agenda

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Hendrik Hoppenstedt [CDU/CSU]

Abg. Petra Rode-Bosse [SPD]

Abg. Halina Wawrzyniak [DIE LINKE.]

Abg. Renate Künast [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



b) **Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren**

KOM(2015)635 endg.; Ratsdok.-Nr. 15252/15

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

Ausschuss Digitale Agenda

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Hendrik Hoppenstedt [CDU/GSU]

Abg. Petra Rode-Bosse [SPD]

Abg. Halina Wawrzyniak [DIE LINKE.]

Abg. Renate Künast [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Anwesenheitslisten	Seite 4
Anwesenheitsliste Sachverständige	Seite 9
Sprechregister Abgeordnete	Seite 10
Sprechregister Sachverständige	Seite 11
Zusammenstellung der Stellungnahmen	Seite 37



Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 11. Mai 2016, 14:00 Uhr

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
CDU/CSU		CDU/CSU	
Brandt, Helmut	_____	Bosbach, Wolfgang	_____
Grindel, Reinhard	_____	Fabritius Dr., Bernd	_____
Harbarth Dr., Stephan	_____	Frieser, Michael	_____
Heck Dr., Stefan	_____	Gutting, Olav	_____
Heil, Mechthild	_____	Henrich, Michael	_____
Hirte Dr., Heribert	_____	Heveling, Ansgar	_____
Hoffmann, Alexander	_____	Jörrißen, Sylvia	_____
Hoppenstedt Dr., Hendrik		Jung Dr., Franz Josef	_____
Launert Dr., Silke	_____	Lach, Günter	_____
Luczak Dr., Jan-Marco	_____	Lerchenfeld, Philipp Graf	_____
Monstadt, Dietrich	_____	Maag, Karin	_____
Seif, Detlef	_____	Noll, Michaela	_____
Sensburg Dr., Patrick		Schipanski, Tankred	
Steineke, Sebastian	_____	Schnieder, Patrick	_____
Sütterlin-Waack Dr., Sabine	_____	Stritzl, Thomas	_____
Ullrich Dr., Volker	_____	Strobl (Heilbronn), Thomas	_____
Wanderwitz, Marco	_____	Weisgerber Dr., Anja	_____
Wellenreuther, Ingo	_____	Woltmann, Barbara	_____
Winkelmeier-Becker, Elisabeth	_____		_____

Stand: 6. Mai 2016

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339







Tagungsbüro

Seite 2

**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 11. Mai 2016, 14:00 Uhr**

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
SPD		SPD	
Bartke Dr., Matthias	_____	Barley Dr., Katarina	_____
Brunner Dr., Karl-Heinz	_____	Binding (Heidelberg), Lothar	_____
Drobinski-Weiß, Elvira	_____	Franke Dr., Edgar	_____
Fechner Dr., Johannes	_____	Hartmann (Wackernheim), Michael	_____
Flisek, Christian	_____	Högl Dr., Eva	_____
Groß, Michael	_____	Lischka, Burkhard	_____
Hakverdi, Metin	_____	Miersch Dr., Matthias	_____
Jantz-Herrmann, Christina		Müller, Bettina	_____
Rode-Bosse, Petra	_____	Müntefering, Michelle	_____
Rohde, Dennis	_____	Özdemir (Duisburg), Mahmut	_____
Steffen, Sonja	_____	Schieder, Marianne	_____
Wiese, Dirk	_____	Vogt, Ute	_____
DIE LINKE.		DIE LINKE.	
Binder, Karin		Jelpke, Ulla	_____
Petzold (Havelland), Harald	_____	Lay, Caren	_____
Wawzyniak, Halina		Pitterle, Richard	_____
Wunderlich, Jörn	_____	Renner, Martina	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN		BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	
Keul, Katja	_____	Beck (Köln), Volker	_____
Künast, Renate		Kühn (Tübingen), Christian	_____
Maisch, Nicole	_____	Mihalic, Irene	_____
Ströbele, Hans-Christian	_____	Notz Dr., Konstantin von	_____

Stand: 6. Mai 2016

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz

(6. Ausschuss)

Mittwoch, 11. Mai 2016, 14:00 Uhr

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU	_____	_____
SPD	_____	_____
DIE LINKE	_____	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	_____	_____

Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
Meyner, Clara	Grüne	
Schubert, Karen	LINKE	
DIETJHE, HANN-JÖRG	CDU/CSU	
OTTMANN, Juliane	Bündnis	
GLAS, Vera	CDU/CSU	
Muschalik, Jana	LINKE	
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 11. Mai 2016, 14:00 Uhr

Seite 3

Bundesrat

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amts-bezeichnung
Baden-Württemberg			
Bayern	Bauer, Martin		RD
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen	Steinbach		RD
Mecklenburg-Vorpommern	LAWALL		Min
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen			
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen	Babi, Andreas		StA in
Sachsen-Anhalt	LIENAU, MARC		Ref.
Schleswig-Holstein			
Thüringen			

Stand: 23. Februar 2015

Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

**Anwesenheitsliste der Sachverständigen**zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, 11. Mai 2016, 14.00 Uhr

Name	Unterschrift
Prof. Dr. Dirk Staudenmayer Europäische Kommission, Brüssel Generaldirektion Justiz und Verbraucher	
Joachim Bokor, LL.M. Justiziar und Fachreferent für Digitale Verwaltung, Datenschutz und Informationsfreiheit der Piratenfraktion im Abgeordnetenhaus von Berlin	
Dr. Carsten Föhlich Rechtsanwalt, Köln Executive Director Legal & Expert Services Trusted Shops GmbH	
Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel Universität Bayreuth Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung	
Bob Schmitz Brüssel und Luxemburg	
Dr. Peter Schröder Handelsverband Deutschland – HDE e. V., Berlin Rechtsanwalt, Bereichsleiter Recht und Verbraucherpolitik	
Prof. Dr. Gerald Spindler Georg-August-Universität Göttingen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht	
Prof. Dr. Michael Stürner, M.Jur. Universität Konstanz Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung	



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Dr. Hendrik Hoppenstedt (CDU/CSU)	22, 29
Vorsitzende Renate Künast (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	12, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 36
Petra Rode-Bosse (SPD)	23, 30
Dr. Patrick Sensburg (CDU/CSU)	23
Halina Wawzyniak (DIE LINKE.)	23, 30, 34



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Dirk Staudenmayer Europäische Kommission, Brüssel Generaldirektion Justiz und Verbraucher	12, 27, 30, 35
<hr/>	
Joachim Bokor Justiziar und Fachreferent für Digitale Verwaltung, Datenschutz und Informationsfreiheit der Piratenfraktion im Abgeordnetenhaus von Berlin	14, 26
Dr. Carsten Föhlisch Rechtsanwalt, Köln Executive Director Legal & Expert Services Trusted Shops GmbH	15
Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel Universität Bayreuth Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung	16, 25, 31
Bob Schmitz Brüssel und Luxemburg	17, 25
Dr. Peter Schröder Handelsverband Deutschland – HDE e. V., Berlin Rechtsanwalt, Bereichsleiter Recht und Verbraucherpolitik	18, 31
Prof. Dr. Gerald Spindler Georg-August-Universität Göttingen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht	20, 33
Prof. Dr. Michael Stürner Universität Konstanz Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung	21, 24, 33



Die **Vorsitzende Renate Künast**: Ich heiße die anwesenden Abgeordneten herzlich willkommen. Auch ein herzliches Willkommen an diejenigen, die aus anderen Ausschüssen kommen, sowie ein herzliches Willkommen an die Sachverständigen und Vertreter der Bundesregierung. Wir haben heute eine Anhörung zu einem bewusst sehr frühen Zeitpunkt, während die Verhandlungen in der Europäischen Union noch laufen. Wir beschäftigen uns mit zwei Richtlinienvorschlägen zum Online-Vertragsrecht, die von der Europäischen Kommission im Dezember 2015 vorgelegt wurden. Das sind Nachfolgeprojekte zum Vorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, mit dem sich der Bundestag in der letzten Wahlperiode beschäftigt hat, das aber trotz und nach ausführlicher Beschäftigung am Ende gescheitert ist. Die vorliegenden Entwürfe sind nicht in dem Sinne ein Nachfolgeprojekt, dass man versucht, alles – einschließlich der Fehler – zu wiederholen. Vielmehr geht es jetzt darum, sich auf einige vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sowie des Online-Warenhandels zu konzentrieren, damit Rechtsunsicherheiten als Handelshemmnisse beseitigt werden und der grenzüberschreitende Handel gestärkt wird. Wir hören ja immer wieder, dass Kunden sich nicht trauen, online etwas in einem anderen Mitgliedstaat zu bestellen, weil sie Sorgen wegen der möglicherweise nachfolgenden Rechtsdurchsetzung haben. Auf der anderen Seite haben wir natürlich die Gefahr einer Rechtszersplitterung.

Meine Herren Sachverständige, ich will sagen, wie unsere Anhörung heute ablaufen soll. Wir beginnen dieses Mal mit dem Eingangsstatement von Herrn Professor Dr. Staudenmayer von der Europäischen Kommission. Er ist in der Generaldirektion Justiz und Verbraucher für das Vertragsrecht zuständig und insofern nicht Sachverständiger, sondern Fachmann oder sachkundiger Zeuge, weil er ja die Interessen der Kommission oder deren Leitlinie vertritt. Wir haben uns entschieden, das so zu machen, weil wir gerne den Input zu den Überlegungen und Motiven der Kommission hören und früh in den Beratungsprozess einsteigen wollen. Das ist ja eine Anforderung, die wir als Deutscher Bundestag selber an uns stellen. Dann – wir haben ja auch schriftliche Stellungnahmen

erhalten – bekommen alle fünf Minuten Zeit, um die Punkte anzusprechen, die ihnen am wichtigsten sind. Wenn Sie mit der Zeit nicht auskommen, gibt es auch die Möglichkeit zu sagen: „Es gibt noch folgenden Punkt, vielleicht können wir später darüber diskutieren“ – wir können dann speziell dazu Fragen stellen. Wir haben dort oben eine Uhr, die rückwärts läuft. Wenn die Zahlen rot werden, wächst Ihr Zeitkontingent nicht, sondern Sie befinden sich im roten Bereich. Wir haben das so gemacht, damit ich Ihnen nicht bei einem Gedankengang ins Wort fallen muss. Im Anschluss an die Statement-Runde fragen die Abgeordneten. Wir haben vereinbart, dass in jeder Fragerunde zwei Fragen an eine oder je eine Frage an zwei Personen gestellt werden können. Die Antwortrunde findet in umgekehrter Reihenfolge statt, das heißt, Herr Professor Stürner beginnt. Es gibt dann mehrere Runden hintereinander. Da lassen wir die Uhr mitlaufen, damit Sie ein Gefühl dafür haben, wie die Zeit verrinnt.

Diese Anhörung, meine Damen und Herren, ist öffentlich. Es wird eine Tonaufzeichnung gemacht und ein Wortprotokoll erstellt, es gibt aber kein Streaming. Für die Zuschauer oben auf der Tribüne heißt das, dass keine Bild- und Tonaufnahmen gestattet sind. Nun beginnen wir mit Herrn Professor Staudenmayer, bitte.

SV Prof. Dr. Dirk Staudenmayer: Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende, auch herzlichen Dank im Namen der Kommission für diese Einladung. Die Europäische Kommission legt großen Wert auf den Dialog mit den nationalen Parlamenten. Deswegen begrüßen wir es sehr, dass wir heute hier teilnehmen und die beiden Richtlinienvorschläge zu den digitalen Verträgen erläutern können. Damit komme ich auch gleich zum Thema. Vielleicht erwähne ich noch einmal kurz die politische Zielsetzung dieser beiden Vorschläge. Sie sind die ersten Vorschläge, die im Rahmen der im letzten Jahr vorgelegten Digitalen Binnenmarktstrategie der Europäischen Kommission verabschiedet wurden. Diese Strategie hat im Wesentlichen zwei große politische Ziele. Das erste ist die Förderung der Digitalisierung der Wirtschaft – eine Entwicklung, die unsere Wirtschaft und Gesellschaft grundlegend umwälzt. Zweitens soll mit der



Förderung der Digitalisierung der Wirtschaft ein Wachstumsschub erreicht werden, der allen Mitgliedstaaten zu Gute kommen soll. Wie soll nun dieser Wachstumsschub erreicht werden? Wir wollen hier im Wesentlichen an zwei Stellrädern drehen. Es geht um den elektronischen Geschäftsverkehr, vor allem den grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr. Wenn man sich die Wachstumsraten anschaut, dann sieht man, dass Europa hinter den USA stark hinterherhinkt. Das liegt aber nicht an den Wachstumsraten bei den Binnenverkäufen, also im eigenen Land – die sind vergleichbar mit denen in den USA. Es liegt vielmehr an den grenzüberschreitenden Käufen, wo die Wachstumsraten sehr stark hinterherhinken – so stark, dass insgesamt ein großer Unterschied zu den Wachstumsraten in den USA besteht. Das wollen wir angehen. Wir wollen hier zwei Ziele erreichen. Wir möchten erstens erreichen, dass die Unternehmen ihre Produkte sowohl rein national als auch grenzüberschreitend im gesamten Binnenmarkt vertreiben können, und zwar auf der Grundlage eines einzigen Satzes von Regeln. Dies würde ihnen einen größeren Absatzmarkt und damit auch eine bessere Wettbewerbsfähigkeit im Binnenmarkt und auch gegenüber außereuropäischen Konkurrenten geben. Zweitens möchten wir erreichen, dass die Verbraucher ein größeres Vertrauen in grenzüberschreitende Verkäufe haben, und ihnen gleichzeitig durch die Förderung von grenzüberschreitenden Verkäufen eine größere Auswahl von wettbewerbsfähigen Preisen garantiert wird. Das sind die beiden Ziele, die die Kommission mit diesen beiden Vorschlägen erreichen will. Wie wollen wir das erreichen? Hier möchte ich an das anknüpfen, was Sie, Frau Vorsitzende, vorhin erwähnt haben, das Gemeinsame Europäische Kaufrecht. Mit den vorliegenden Richtlinienvorschlägen ziehen wir ganz bewusst Lehren aus bisherigen Erfahrungen. Erstens – diese Vorschläge sind kein optionales Instrument mehr, sondern folgen einem klassischen Harmonisierungsansatz: Vollharmonisierung, nicht Minimalharmonisierung. Letztere würde nämlich das Ziel eines einzigen Satzes von Regeln für die Unternehmer nicht erreichen, weil die Mitgliedstaaten in verschiedenem Umfang über die Standards der Minimalharmonisierung hinausgehen könnten

und deswegen die Unternehmen sich wieder unterschiedlichen Rechten gegenübersehen würden. Also ein klassischer Harmonisierungsansatz, ein Vollharmonisierungsansatz, kein optionales Instrument wie beim Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, und keine Minimalharmonisierung. Ein zweiter Unterschied ist, dass wir nicht mehr diesen umfangreichen, sehr detaillierten Regelungsansatz wie beim Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht mit 186 Artikeln verfolgen, sondern einen sehr problemorientierten, fokussierten Regelungsansatz haben. Das heißt, diese beiden Richtlinienvorschläge konzentrieren sich nur auf die Regeln, bei denen Unterschiede ein Binnenmarkthemmnis darstellen. Das sind jeweils ungefähr 20 Artikel bei jeder dieser beiden Richtlinien – also viel fokussierter und problemorientierter. Und schließlich drittens – wir legen eine Richtlinie vor und keine Verordnung. Das heißt, die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, das, was sie aus der Richtlinie übernehmen, in das nationale Recht einzupassen, und müssen nicht wie bei einer Verordnung, die direkt anwendbar ist, einen „Fremdkörper“ akzeptieren, der einfach in das nationale Recht eingepflanzt wird. Zum Beispiel vermeidet es die Richtlinie, die Rechtsnatur des Vertrags, von dem wir hier reden, zu qualifizieren. Es geht nur um das Ziel, das wir erreichen wollen. Wie die Mitgliedstaaten diesen Vertrag qualifizieren wollen – und das ist nur ein Beispiel von vielen – bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Also Einpassungsmöglichkeit ins nationale Recht. Und schließlich der letzte Punkt, den ich erwähnen wollte: Wir reden hier nur über Verbraucherverträge und lassen Handelsverträge völlig raus. Warum? Weil wir nur bei den Regeln über Verbraucherverträge Binnenmarkthindernisse identifiziert haben. Das waren die Lehren, die wir aus den Erfahrungen gezogen haben.

Jetzt ein paar Worte zu den beiden Richtlinien selbst. Zuerst die Richtlinie zum digitalen Inhalt: ganz wichtig und eine der wesentlichen Errungenschaften dieses Vorschlags ist der weite Anwendungsbereich, der alle Kategorien des digitalen Inhalts umfasst. Das ist ganz bewusst so gewählt, weil wir einen technologieneutralen und zukunftsfähigen Ansatz wollen. Wir wollen einheitliche Wettbewerbsbedingungen schaffen,



unabhängig von der Wahl des Vertriebsweges oder vom Design des Produktes. Und wir wollen verhindern, dass Wettbewerbsnachteile oder -vorteile entstehen, je nachdem welcher Vertrieb gewählt wird oder wie das Produkt designt wird. Der zweite Punkt zum Anwendungsbereich ist die Einbeziehung der Lieferung von digitalen Inhalten gegen Daten. Das ist einer der ganz wesentlichen Punkte, denn man sagt häufig, Daten sind die Währung von morgen. Ich will mich nicht darüber auslassen, ob sie eine Währung sind. Aber es ist nicht einsichtig, warum Verbraucher, die mit Daten zahlen, weniger – oder gar keine – Rechte haben sollten, als wenn sie mit Geld zahlen. Ein Lied, das Sie sich bei iTunes runterladen, kostet zum Beispiel 0,99 Euro, also einen minimalen Betrag. Demgegenüber gibt es eine OECD-Studie von 2012, der zufolge Ihr Geburtsdatum 2 US-Dollar wert ist. Es ist nicht einsichtig, warum das eine unterschieden werden soll vom anderen. Diese Daten haben einen wirtschaftlichen Wert. Die Unternehmen verstehen dies. Auch die Verbraucher sind sich zunehmend bewusst, dass hier ein wirtschaftlicher Wert entsteht und dass sie „mit etwas bezahlen“. Das sollte einbezogen werden. Aber wir regeln nicht das gesamte Internet, wir lassen IP-Adressen und Metadaten raus. Wir regeln nicht die Überlassung von Daten, die für digitale Produkte notwendig ist, sondern beschränken uns auf einige wenige, wirklich wichtige Daten. Der Richtlinienvorschlag – in aller Kürze – regelt einige Verbraucherrechte und die Modalitäten. Ähnlich ist es auch beim Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel, der auf der Richtlinie von 1999 basiert, die mit der Schuldrechtsreform in das deutsche Recht umgesetzt wurde – deswegen will ich hier nicht näher darauf eingehen. Wir haben in diesem Richtlinienvorschlag nur das Verbraucherschutzniveau erhöht; deutsche Verbraucher profitieren in drei Punkten davon. Und dabei will ich es zum Inhalt belassen. Zusammenfassend möchten wir also folgendes vorlegen: Erstens – zwei Initiativen mit einem problemorientierten, fokussierten Regelungsansatz. Zweitens – ausgewogene Lösungen im Interesse von Verbrauchern und Unternehmen und drittens – einen einzelnen Satz von Regeln, der es Unternehmen ermöglicht, auf seiner Grundlage ihre Produkte im ganzen Binnenmarkt zu

vertreiben, und der den Verbrauchern eine größere Auswahl von Produkten zu wettbewerbsfähigen Preisen zu einem gleichzeitig sehr hohen Verbraucherschutzniveau garantiert. Ich bedanke mich für die Aufmerksamkeit.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Staudenmayer. Dann hat jetzt Herr Bokor das Wort.

SV Joachim Bokor: Frau Vorsitzende, sehr geehrte Abgeordnete, vielen Dank für die Einladung. Ich möchte unmittelbar an meinen Vorredner anschließen. Die Ziele, die Wirtschaft zu digitalisieren und die digitale Wirtschaft auf der Grundlage eines einzigen Satzes von Regeln arbeiten zu lassen, sehe ich in diesen zwei Richtlinienvorschlägen nicht ganz verwirklicht. Ich frage mich in erster Linie, warum die Chance nicht genutzt wurde, digitale Inhalte zu regeln und sie für den Verbraucher in die Nähe von tatsächlichen Waren zu bringen. Im deutschen Recht ist das im Augenblick so, dass wir Musik, die wir online kaufen, entweder käuflich erwerben oder nur eine begrenzte Nutzung bekommen. Das rückt dann in die Nähe eines Mietvertrages oder Ähnlichem, hat aber immer einen Bezug zu einer Sache. Damit kommen wir zum ersten großen Problempunkt, der – soweit ich weiß – von allen angesprochen werden wird. Die digitalen Angebote, die in eine Ware integriert sind – Software, die auf einem Computer oder einem Smartphone läuft oder Software, die in einem Auto ist, wie bei VW oder anderen Autoherstellern, die damit Abgaswerte manipuliert haben – alles Software. Die Frage ist, wann ist dieses Stück Software so unwesentlich, dass das Produkt als Ganzes als Ware zu betrachten ist, und wann ist dieses digitale Angebot, das in einen Gegenstand integriert ist, wenn ich ihn kaufe, so eigenständig, dass der Vertragsteil gesondert unter die Richtlinie über digitale Inhalte fällt? Bei einem Rechner können wir das wahrscheinlich sehr sauber abgrenzen: da haben wir ein physikalisches Gerät und Betriebssysteme darauf. Wir können den Rechner auch ohne Betriebssystem kaufen und ein beliebiges anderes Betriebssystem draufspielen. Bei einem Telefon besteht die technische Möglichkeit dazu nur vertragsrechtlich, ich verliere jedoch meine Garantieansprüche bezüglich des physikalischen Geräts, wenn ich



die darauf enthaltene Software verändere. Das sind Problembereiche, die in der Kombination der Entwürfe nicht abgedeckt sind. Der zweite – und für mich erstaunliche – Bereich wurde auch angesprochen – die Bezahlung mit Daten. Es ist eine sehr gute Idee, aus dem im Internet weit verbreiteten Spruch „Wenn du ein Produkt nutzt und dafür nichts bezahlst, dann bist du kein Kunde, sondern die Ware“ auszubrechen und zu sagen, die Nutzer von Produkten, für die sie keine geldwerte Gegenleistung erbringen, sind auch Kunden. Tolle Idee. Dann schauen wir auf die Details des Anwendungsbereiches. Die Richtlinie soll anwendbar sein, wenn Daten aktiv von dem Nutzer oder der Nutzerin erbracht werden. Das heißt, der Nutzer muss irgendeine Handlung ausführen, damit diese Daten zum Anbieter kommen. Damit fallen all die Geschäftsmodelle, die im Augenblick groß sind, schon raus. Das deckt nicht Google Mail ab, soweit ich das sehe, außer dem user-generated content: Die E-Mails, die ich schreibe, sollen den Anwendungsbereich eröffnen. Die Beispiele in den Erwägungsgründen sind auch ein bisschen unklar. Eins will ich etwas weiter ausführen – die Geolocation. Die Geolocation ist ein Datum, das gerätebezogen und damit auch personenbezogen ist und an den Anbieter übermittelt werden kann. Wenn ich eine Navigationssoftware habe, dann ist das sinnvoll und notwendig für den Dienst. Da es eine für den Dienst notwendige Datenübermittlung ist, fällt diese konkrete Übermittlung nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Wie schaut es dann bei Fotos aus? Wenn da eine Geolocation mitgespeichert ist und ich diese auf eine Fotoplattform hochlade, ist das dann ein überobligatorisches Datum, das als Zahlung gilt und somit in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, oder nicht? Damit kommen wir zur nächsten Frage: Wie schaut es aus, wenn ich das unbewusst tue, wenn ich als Nutzer gar nicht weiß, dass dieses Datum abgespeichert und übermittelt wird? Das ist ja keine aktive Übertragung mehr und würde eigentlich aus der Richtlinie rausfallen. Und damit haben wir dann wieder das Problem, dass wir einen komplett arbiträren Anwendungsbereich haben. Das sind erst einmal meine Eingangsgedanken. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Danke, Herr Bokor. Dann hat jetzt Herr Dr. Föhlisch das Wort.

SV Dr. Carsten Föhlisch: Sehr geehrte Frau Künast, sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung. Ich möchte mich vor allem zum Richtlinienvorschlag über den Online-Warenhandel äußern, dazu kann ich am meisten sagen. Vorab etwas Positives – wir begrüßen den Vollharmonisierungsansatz. Es ist sowohl aus Verbraucher- als auch aus Unternehmersicht vorteilhaft, wenn wir keine Rechtszersplitterung im Binnenmarkt haben. Allerdings sehen wir das verfolgte Konzept der Differenzierung nach Vertriebswegen, was ein unterschiedliches Gewährleistungsrecht für Online-Käufe und Offline-Käufe bedeutet, – ich habe es mal „Bereichsvollharmonisierung“ genannt – als nicht praktikabel an. Mein erster Gedanke, als ich im Dezember über die Vorschläge gelesen habe, war: Gott, schon wieder etwas Neues. Wir haben die Verbraucherrechterichtlinie noch nicht ganz verdaut, und die Gerichte fangen gerade erst an, sich mit den unklaren Fragen – Stichwort „Bankenlösung“ etc. – zu befassen, da kommt schon der nächste Vorschlag. Wenn das durchkäme, wäre es die sechste grundlegende Reform des Fernabsatzrechts seit 2008. Das erreicht nicht das Ziel der Stärkung des grenzüberschreitenden Online-Handels, sondern das Gegenteil. Denn es wird immer komplexer, sowohl aus Händler- als auch aus Verbrauchersicht, diesen Handel überhaupt zu betreiben. Wenn hier der Vergleich mit den USA angestellt wird – ich glaube, der Hauptgrund dafür, dass wir in Europa im Hintertreffen sind, ist die zu hohe Regulierungsdichte. Es gibt neben den Studien der Kommission mit recht überschaubarem Teilnehmerkreis auch Studien aus der Wirtschaft, beispielsweise von Google und PayPal aus dem Jahr 2015, wo nicht 350 Händler, sondern 3000 Händler und auch Verbraucher befragt wurden. Da hat das Thema „Recht“ überhaupt keine Rolle gespielt. Aus Kundensicht waren die Themen die sprachlichen Barrieren, Sicherheit der finanziellen Daten, Vertrauensmangel in Händlerproduktauthentizität, Zollabgaben und Retourenkosten. Die meisten Händler – wenn Sie



mal auf Ebay schauen – liefern faktisch ohnehin schon weltweit. Sie halten alles auf Englisch vor und gehen die rechtlichen Risiken ein. Das hat bislang nicht zu nennenswerten Problemen geführt; es wird einfach auf das gesetzliche Gewährleistungsrecht verwiesen. Auch die Verbraucher interessiert eher die Zahlungssicherheit als die Rückabwicklung, weil Unternehmen häufig ohnehin kulant sind – was durch Kundenbewertungen oder andere Dinge zum Ausdruck kommt, aber nicht über die AGB. Wir sehen vor allem das Problem, dass die Rechtsfragmentierung im Gemeinschaftsmarkt in die einzelnen Staaten verlagert wird. Stellen Sie sich Geschäftsmodelle vor, die ja schon längst Realität sind, z.B. click and collect – ich bestelle etwas im Online-Shop, hole es dann im Ladengeschäft ab: Welches Recht gilt denn da jetzt? Je nachdem wie der Vertrag zustande kommt – ob schon im Online-Shop oder erst vor Ort, was wiederum mit der Zahlungsart zusammenhängt – hat der Konsument verschiedene Gewährleistungsrechte. Der Händler muss beides transparent erklären. Das kann nur misslingen. Das heißt, der Gesetzgeber will hier Verkaufskanäle, die gerade zusammenwachsen – Stichwort „Omni Channel“ – künstlich aufsplitten. Das ist nicht sachgerecht und dient nicht der Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels.

Zu den Details nur einige wenige Anmerkungen. Ich bin erstaunt, dass, wenn man hier den Vollharmonisierungsansatz verfolgt, die Definitionen und Begrifflichkeiten nicht kohärent sind mit anderen Richtlinien. So wurden beispielsweise in der Verbraucherrechterichtlinie Dual-Use-Geschäfte im Verbraucherbegriff geregelt – die sind hier nicht drin. Die zweijährige Beweislastumkehr finde ich aus Verbrauchersicht gut, allerdings ist ja nicht die Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus das erklärte Ziel des Richtlinienvorschlags, sondern die Vollharmonisierung. Bei der Beweislastumkehr haben wir jedoch faktisch schon eine Vollharmonisierung: Sie beträgt in allen Mitgliedstaaten sechs Monate. Das heißt, hier geht es um die Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus. Das kann man machen – dann aber bitte richtig, mit politischem Konsens, und gerne für alle Verkaufskanäle im Kaufrecht zwei Jahre. Aber nicht online zwei

Jahre und offline sechs Monate. Bedenklich finde ich, dass der Schadensersatz in der Richtlinie gar nicht geregelt ist. Es ist unklar, ob der Verbraucher neben den geregelten Abhilfen auch Schadensersatz verlangen kann. Dazu sollte dringend eine Regelung aufgenommen werden, wie sie auch in der Digitalrichtlinie enthalten ist.

Als letzter Punkt noch zur Abwicklung der Nacherfüllung. Da ist nur geregelt, dass der Rückversand auf Kosten des Händlers erfolgt, nicht aber, wer die Gefahr trägt, wer vorleistungspflichtig ist. Die ganzen praktischen Fragen im Online-Handel werden nicht geregelt. Da kann man sich an der Verbraucherrechterichtlinie orientieren, aber auf jeden Fall sollte eine Regelung dazu getroffen werden. Fazit aus meiner Sicht: eine Regelung ist aus Sicht der Marktakteure derzeit überhaupt nicht erforderlich. Es handelt sich eher um ein politisches, aber nicht um ein praktisch erforderliches Ziel. Ich rate eher, abzuwarten und das Ganze dann für alle Kaufverträge ausgereift zu regeln, und nicht für einzelne Bereiche. Dadurch wird nur zu neuer Komplexität beigetragen, die eher das Abmahnunwesen als den grenzüberschreitenden Handel begünstigen wird. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat jetzt Professor Dr. Schmidt-Kessel das Wort.

SV Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel: Vielen Dank. Vielen Dank auch meinerseits für die Einladung, und gestatten Sie mir die Bemerkung: eine Richtlinie so vorzubereiten, das passiert – glaube ich – erstmals bei den politischen Organen in Deutschland, und das halte ich für vorbildlich. Ich will direkt in ein paar Detailpunkte gehen. Meines Erachtens ist der politische Kern der Digitale Inhalte-Richtlinie die Möglichkeit, dass der Anbieter mehr verspricht, als er urheberrechtlich hat, und dass man das im Vertrag abbildet. Das wird in Artikel 8 des Richtlinienvorschlags abgebildet. Es sollte hier allerdings zu einer stärkeren Differenzierung gegriffen werden. So löblich ich die Idee der Kommission finde, keine Vertragstypen vorzuschreiben – im Bereich der digitalen Inhalte und des Rechteerwerbs daran brauchen wir diese Differenzierung auch wegen des begleitenden Urheberrechts. Und das ist, glaube ich, auch



politisch der Kern. Wenn der Eindruck einer permanenten Übertragung erweckt wird – und das wird er häufig – dann sollte diese Permanenz auch kaufrechtlich geschuldet sein. Das ist eine Situation, der man noch etwas Aufmerksamkeit im Richtlinienentwurf widmen sollte. Dagegen wird immer gerne die Gefahr von Raubkopien und ähnlichen Dingen eingewandt. Man sollte hier aber nicht dem Leitbild eines räuberischen Verbrauchers folgen, sondern mutig vorangehen. Schutzmechanismen sind durchaus vorhanden. Für andere Gestaltungen – Streaming, vorübergehende Gebrauchsüberlassungssituationen – wäre es sinnvoll, den Rechtsmängelbegriff auszdifferenzieren. Dafür bieten sich etwa die Kriterien an, die wir bei den Sachmängeln haben, also: übliche Beschaffenheit, Eignung für üblichen vorausgesetzten Gebrauch, Beschreibung. Das könnte man zusätzlich aufnehmen.

Mein zweiter Punkt beginnt mit dem Ausdruck völligen Unverständnisses. Die Sachmängelbegriffe – Sie sehen das in meiner Stellungnahme – werden massiv umformuliert, ohne dass das rechtspolitisch wirklich begründet ist. Ich habe als Wissenschaftler gar keine Einwände gegen rechtspolitisch begründete Änderungen. Aber Wortlautänderungen ohne politischen Impetus dahinter schaffen Rechtsunsicherheit und sind nicht wirklich hilfreich. Solange man nicht politisch etwas anderes will, sollte man soweit möglich bei den inzwischen eingefahrenen Begriffen der Kaufrechtsrichtlinie bleiben. Das scheint mir hier überwiegend nicht der Fall zu sein.

Dritter Punkt – Beweislastumkehr, zunächst für den Online-Handel. Das scheint der rechtspolitische Kern dieses Richtlinienvorschlags zu sein, das ist die wichtigste Veränderung: die Ausweitung. Ich gebe aber zu bedenken, dass die bisherige Grundidee dieser sechsmonatigen Beweislastumkehr nicht ohne weiteres eine Beweislastumkehr für zwei Jahre trägt. Es geht nämlich um Schutzbehauptungen des Unternehmers, der sagt: das ist Ihnen runtergefallen und deswegen ist es jetzt kaputt. Solche Schutzbehauptungen scheinen typisierbar zu sein in einem kurzen Zeitraum nach Vertragsschluss. Für einen längeren Zeitraum

halte ich das nicht für abbildbar. Das heißt aber nicht, dass die Verlängerung nicht rechtfertigungsfähig wäre; man muss nur mit anderen Rechtsetzungszwecken arbeiten. Vorstellbar wäre, einen generellen Anreiz zur Verbesserung von Haltbarkeit zu setzen. Das hat aber mit Verbraucherschutz nichts zu tun, sondern verfolgt ein allgemeines Politikziel – Qualitätsverbesserung. Oder man spricht gleich davon, dass es um Müllvermeidung geht – das wäre ein politisches Ziel, für das man das machen könnte, das das auch tragen würde. Aber es ist nicht mehr dasselbe, es geht nicht um den Schutz des einzelnen Verbrauchers. Im digitalen Bereich ist das aufgrund der Kontrollmöglichkeiten der Anbieterseite anders. Deswegen halte ich da die Beweislastumkehr für wichtig. Da ich aus der Zeit zu laufen drohe, noch kurz der Hinweis zu Daten als Leistung: Dass man das aufnimmt, begrüße ich außerordentlich. Das ist etwas, womit man sich – und zwar auch national – mehr beschäftigen muss. Der Richtlinienentwurf regelt hier nur einen kleinen Ausschnitt. Man wird sich generell mit der Frage befassen müssen, wie man das regelt. Moralische Bedenken helfen an der Stelle nicht weiter. Wir haben diese Verträge, wir müssen sie abbilden. Und es würde sich anbieten, im Rahmen der Folgegesetzgebung durch die Datenschutzgrundverordnung auch dieses zu tun. Dankeschön.

Die Vorsitzende: Danke sehr, Herr Schmidt-Kessel. Dann hat jetzt Herr Schmitz das Wort.

SV Bob Schmitz: Auch ich danke Ihnen herzlich und entschuldige mich für mein Plattdeutsch. Ich bin Luxemburger und deshalb sehr froh, als Nicht-Deutscher eingeladen worden zu sein. Ich bin zwar als selbstständiger Rechtsexperte hier, aber Sie können mich gerne der Verbraucherseite zurechnen. Ich werde mich zunächst auf den Vorschlag zum Warenhandel beschränken, bin aber gerne bereit, auch Fragen zum anderen Vorschlag zu beantworten.

Die Frage, ob der Anwendungsbereich nur Online-Käufe umfassen sollte, hat sich in der Zwischenzeit wohl erledigt. Denn es sind sich alle einig – auch die Kommission –, dass es keinen Sinn hat, verschiedene Regeln für Online- und Offline-Käufe zu machen. Im Juli will die



Kommission Daten vorlegen im Hinblick darauf, dass wohl der Anwendungsbereich auf den Offline-Bereich ausgeweitet wird. Ich gehe davon aus, dass der vorliegende Vorschlag ohne weitere Änderungen auf Offline-Käufe erweitert wird. Da wäre interessant, ob uns Herr Staudenmayer schon etwas dazu sagen könnte. In meinem schriftlichen Beitrag habe ich mich besonders mit der Beweislastumkehr beschäftigt, weil das für die deutsche Gesetzgebung die einzige wirklich grundlegende Neuerung ist. Ich werde nicht alle Argumente durchgehen, und mein Kollege Dr. Schröder wird genau das sagen, was auch in anderen Mitgliedstaaten zu hören war, die – wie Portugal und vor kurzem Frankreich – diese Regel bereits eingeführt haben. Immer die gleichen Argumente von Industrie und Handel: höhere Kosten, höhere Preise, Missbrauch, geringere Sorgfalt der Verbraucher, man soll sich auf Kulanz der Unternehmen beschränken. Das alles wurde angeführt, hat aber diese Mitgliedstaaten nicht davon abgehalten, das umzusetzen. In Portugal, einem kleinen Land mit vielen Mittelständlern, bereits seit 2008, und die Fakten belegen, dass es nicht zu höheren Kosten und Preisen und nicht zu Verbrauchermisbrauch geführt hat. Und etwas sehr Positives, auch im Hinblick auf Wettbewerb und Kreislaufwirtschaft – Circular Economy –: nach anfänglichem Widerstand gegen diese zweijährige Beweislastumkehr bieten die meisten Unternehmen in Portugal jetzt freiwillig eine dreijährige gewerbliche Garantie an. Das heißt, dadurch, dass die Beweislastumkehr auf zwei Jahre erhöht wird, gibt es einen Ansporn, weiterzugehen im Wettbewerb mit gewerblichen Garantien. Vor ein paar Tagen haben unsere französischen Kollegen – es ist leider nur auf Französisch verfügbar – einen Preisvergleich veröffentlicht, denn die Franzosen haben seit März dieses Jahres diese Regel. Die französischen Unternehmen haben ihre Preise nicht erhöht. Auch da gibt es also eine neue Studie, die belegt, dass diese Beweislastumkehr in einem großen Land wie Frankreich nicht zu Katastrophen geführt hat. Wichtig ist, wie Herr Schmidt-Kessel sagt, dass in Frankreich der Ausgangspunkt für die Beweislastumkehr die Kreislaufwirtschaft ist, also der Ansporn für Unternehmen, langlebige Produkte herzustellen. Diesen Zusammenhang zwischen der Agenda der Circular Economy und den Vorschlägen vermis-

ich momentan noch im Europäischen Parlament und bei der Kommission. Obwohl Erwägungsgrund 23 des Vorschlags der Kommission klar den Weg weist, um Langlebigkeit – durability – auch in diese längerfristigen Garantien einzubauen. Ich will Sie nur vorwarnen, weil das momentan noch nicht im Kommissionsvorschlag steht – aber es gibt noch zwei ganz brisante rechtspolitische Fragen, die wieder zur Debatte stehen. Die Kommission hat Vollharmonisierung und zwei Jahre Gewährleistung vorgeschlagen. Das wird wohl von den meisten Mitgliedstaaten nicht angenommen werden. Also ist die Frage: Was kann man tun? Es gibt verschiedene Lösungsansätze, auf die ich gerne noch einmal zurückkommen werde, die auch in meinem schriftlichen Beitrag schon teilweise erwähnt werden. Und dann – letzter Punkt – worauf die Briten besonders pochen: das ist die völlige Wahlfreiheit bei den Abhilfen. Die Engländer haben das right to reject – 30 Tage nach Lieferung der Ware kann der Verbraucher den Vertrag kündigen. Die Briten haben schon klar erkennen lassen, dass sie – Brexit hin oder her – darauf pochen werden. Es gibt viel Brisantes, aber ich glaube, wir sind auf dem richtigen Weg. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Dann hat Herr Dr. Schröder das Wort.

SV Dr. Peter Schröder: Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren, auch ich danke Ihnen herzlich für die Möglichkeit, hier die Position des HDE zu den vorliegenden Richtlinienentwürfen der Kommission darstellen zu dürfen. Ich werde mich entsprechend der Schwerpunktsetzung der Tätigkeit meines Verbandes auf den Richtlinienvorschlag in Bezug auf den Online-Warenhandel und Fernabsatz konzentrieren. Hierzu ist zunächst zu bemerken, dass der HDE grundsätzlich den Ansatz der EU-Kommission begrüßt, einheitliche Regelungen für den Verbrauchsgüterkauf zu schaffen. Wir sehen hier durchaus die Möglichkeit, den grenzüberschreitenden Verkauf im Binnenmarkt zu erleichtern, auch die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes zu verbessern, für die Unternehmen neue Investitions- und Expansionsmöglichkeiten zu schaffen und insbesondere den rechtlichen Flickenteppich, der nicht zuletzt auch mit Kostenwirkungen für die Unternehmen



verbunden ist, zu beseitigen, indem man Rechtsklarheit bei grenzüberschreitenden Verkäufen schafft. Bei allen positiven Aspekten, die ich jetzt aufgezählt habe, möchten wir aber dringend davor warnen, die Wirkungen eines einheitlichen Rechtsrahmens zu überschätzen. Es wird nicht damit getan sein, mit einer Harmonisierung sämtliche Hindernisse, die wir heute im Binnenmarkt bei grenzüberschreitenden Verkäufen sehen, zu beseitigen. Es bleibt bei Problemen der praktischen Rechtsdurchsetzung. Es bleibt bei Sprachbarrieren, Fragen der Logistik, zum Beispiel Transportkosten – Herr Föhlich hatte es angesprochen. Retouren sind weiterhin ein Problem, und schließlich, auf Verbraucherseite, nicht zuletzt auch kulturelle und emotionale Vorbehalte. Da das so ist und da die Harmonisierung nicht geeignet ist, sämtliche Barrieren im Binnenmarkt zu beseitigen, können wir einer Harmonisierung um jeden Preis nicht die Hand reichen, sondern es kann hier nur um eine Harmonisierung gehen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Hier ist primär die Voraussetzung zu nennen, dass die Balance der Interessen von Verbrauchern und Unternehmen gewahrt bleiben muss. Eine Balance, wie wir sie heute auf Basis der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durchaus realisiert haben, und die schon heute ein ausreichendes Verbraucherschutzniveau bietet. Keinesfalls darf es darüber hinaus zu weiteren Verschärfungen der Regulierungen zum Nachteil der Unternehmen kommen. Genau dies ist aber bei dem vorliegenden Richtlinienentwurf der Fall. Er gefährdet das bestehende Gleichgewicht zwischen Verbraucher- und Unternehmensinteressen. Hier möchte ich als Kernproblem die geplante Ausweitung der Gewährleistungsrechte ansprechen. Es ist eine Verlängerung der Beweislastumkehr auf 24 Monate geplant – das ist hier vielfach schon angesprochen worden. Ein solches Vorgehen ist aus unserer Sicht keinesfalls sachgerecht. Die Beweislastumkehr ist nur dann eine richtige Maßnahme, wenn sie einen relativ begrenzten Zeitraum umfasst. Denn nur dann ist sie tragfähig, wenn die Vermutung, dass der Mangel bereits bei der Übergabe vorlag, auch noch gerechtfertigt ist. Das ist mit zunehmendem Zeitablauf immer weniger der Fall. Bei Vorliegen eines Mangels aufgrund inadäquater Nutzung oder Verschleißes ist es so, dass solche Behauptungen und Ursachen

mit zunehmendem Zeitablauf immer wahrscheinlicher werden. Die verlängerte Beweislastumkehr entspricht deshalb de facto einer Haltbarkeitsgarantie und erhöht das Missbrauchspotenzial. Der Lieferantenregress genügt keinesfalls zum Schutz vor Kostenrisiken, die beim Handel entstehen können. Die Transaktionskosten hat in jedem Fall der Handel zu tragen. Die Verschärfung ist aber auch aus Verbrauchersicht nicht geboten. Der Handel praktiziert bereits heute einen kulantem Umgang mit den Kunden im Gewährleistungsfall, Service ist nicht zuletzt ein Wettbewerbsparameter. Und eine vom HDE in Auftrag gegebene Allensbach-Studie hat belegt, dass auch die Verbraucher keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehen. Beide Parteien sind offenbar mit dem Status quo zufrieden. 75 Prozent der Verbraucher fühlen sich heute durch den bestehenden Rechtsrahmen hinreichend geschützt, nur zwölf Prozent der Verbraucher sehen das anders. Weiterhin lehnt der HDE die geplante isolierte Harmonisierung für den Online-Handel ab. Wenn eine Harmonisierung in Angriff genommen wird, dann muss sie für den gesamten Handel unabhängig vom Betriebsweg – ob online oder stationär – gelten. Eine isolierte Lösung ist bei einem unterschiedlichen Regulierungsniveau, so wie es jetzt angedacht wäre, zwingend mit Wettbewerbsverzerrungen für einen Vertriebsweg verbunden. Unterschiedliche Regeln führen daher zu Nachteilen, insbesondere für kleine und mittelgroße Unternehmen, und können auch die Konzentration in der Branche verstärken. Schließlich ist auch eine Differenzierung des Rechtsrahmens abhängig von der Produktgruppe – nach digitalen Inhalten und Sachgütern – problematisch und wird von uns abgelehnt. Im Ergebnis würden für die Händler auf nationaler Ebene drei Rechtsordnungen nebeneinander bestehen: Bei digitalen Inhalten, auch wenn sie auf physischen Trägern, zum Beispiel CD oder DVD, vertrieben werden, wäre der Rechtsrahmen für digitale Inhalte anwendbar. Bei Sachgütern wäre der Rechtsrahmen abhängig vom Vertriebsweg, sodass ein Multi Channel-Händler auch auf nationaler Ebene drei Rechtsordnungen zu beachten hätte. Digitale Inhalte und Sachgüter sind zudem mit fortschreitender Digitalisierung in Zukunft immer schwerer zu unterscheiden. Den unbestimmten Rechtsbegriff der



Unterordnung der digitalen Inhalte unter die Hauptfunktionen der Ware halten wir für kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Zusammenfassend möchte ich feststellen, dass die EU-Initiative zur Harmonisierung des Rechtsrahmens für Kaufverträge von uns zwar dem Grundsatz nach begrüßt wird. Die konkreten Vorschläge halten wir allerdings für untauglich und lehnen sie ab. Differenzierungen nach Produktgruppen oder nach Vertriebsschienen begründen neue Fragmentierungen. Herr Föhlich hatte es gesagt: Es wird im Grunde der Flickenteppich aus Europa auf die nationale Ebene verlagert. Die bestehende Balance zwischen Verbraucher- und Unternehmensinteressen wird durch die hier intendierte massive Anhebung der Verbraucherrechte ohne Not gefährdet. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Schröder. Dann hat jetzt Herr Professor Dr. Spindler das Wort.

SV Prof. Dr. Gerald Spindler: Ganz herzlichen Dank für die Einladung. Ich muss Sie warnen, dass in meinem Statement jetzt ein Staccato auf Sie niederprasselt, weil die Vorschläge komplex sind. Ich konzentriere mich auf den Richtlinienvorschlag zu digitalen Inhalten.

I.– Allgemein vorweg – ich finde es sehr gut und sehr richtig, dass die Kommission das in Angriff nimmt. Das ist eigentlich überfällig. Zweitens – die Trennung von Inhalt und Medium ist ebenfalls überfällig. Ich kann die Kommission nur ermutigen, auch im Rahmen von Produkthaftung etc. klarzustellen, wie hier zu verfahren ist. Es müssen jedenfalls Inhalte, die online und offline identisch sind, letztendlich gleich behandelt werden. Es kann nicht auf das Medium ankommen, oder wie es vertrieben wird. Drittens – die Vollharmonisierung ist im Prinzip der richtige Ansatz, allerdings habe ich erhebliche Zweifel, ob das hier wirklich gelungen ist. Wir haben etliche Defizite, was das level playing field angeht – darauf werde ich noch zurückkommen. Da ist vielleicht noch einiges, was in der Diskussion nachgebessert werden kann.

II. – Kostenlose Inhalte: ja, das muss hier rein, da hat der Kollege Schmidt-Kessel absolut Recht. Allerdings ist beim Anwendungsbereich sehr

fraglich, warum das Internet der Dinge hier komplett ausgenommen wird. Die Differenzierung wird in der Praxis unglaublich schwierig sein. Das ist ein großer Kritikpunkt, da muss unbedingt nachgebessert werden: Wir müssen auch das Internet der Dinge und Embedded Software hier miteinfassen. Kostenlose Daten: ja, aber warum dann nicht Cookies und ähnliches? Wir haben weitere Anwendungsprobleme im Bereich von Open-Source-Software etc. Die Frage ist: Wann habe ich es eigentlich mit einer Personifizierung usw. der Daten zu tun?

III. – Die Subsidiarität ist hier extrem fraglich. Wir haben eine allgemeine Subsidiaritätsprüfklause, wonach ich bei jedem europäischen Rechtsakt prüfen muss, ob ein Verstoß vorliegt oder nicht. Die ins Auge springenden Felder sind die Datenschutzgrundverordnung, hier unter dem Stichwort der jederzeit widerruflichen Einwilligung. Wie verträgt sich das mit einer Pflicht, meine Daten zur Verfügung zu stellen, wenn das in einem Synallagma steht? Zweitens – genauso gilt das für das Urheberrecht. Das bleibt hier auch völlig unberührt. Und ich erinnere daran, welche Probleme wir hier haben, was den Erschöpfungsgrundsatz und die Weitergabe von entsprechenden Sachen angeht. Wenn das Urheberrecht mit der entsprechenden Richtlinie hier weiterhin den Vorrang hat, ist fraglich, wie sich das auf den Richtlinienvorschlag zu digitalen Inhalten auswirkt.

IV. – Der Verzicht auf eine Vertragstypologie birgt erhebliche Probleme für das level playing field, weil wir im deutschen Recht die Frage stellen, was von unserer Leitbildfunktion in § 307 BGB bleibt. Das wird, bei aller Harmonisierung und allem Verständnis dafür, dass man versucht, das einheitlich zu machen, trotzdem Auswirkungen haben, z.B. auf die Frage: Was kann ich vernünftigerweise als Verbraucher erwarten? Bekomme ich eine Eigentümerstellung oder nicht? Und wenn das Urheberrecht dann wiederum Vorrang hat, komme ich eben nicht dazu, diese Eigentümerstellung anzunehmen. Dann der subjektive Mängelbegriff: Wenn ich Betaversionen, wenn ich alles zulasse und mich nur auf das Transparenzgebot beschränke, ist die Frage, wie viel ich eigentlich noch in Leistungsbeschreibungen erlaube. Dann wäre ich als



Unternehmer „mit dem Klammersack gepudert“, wenn ich nicht versuche, so wenig wie möglich zu versprechen. Das ist zwar unter dem subjektiven Mängelbegriff auch schon der Fall, aber letztendlich entscheidet sich das alles am Transparenzgebot. Das heißt also, die Subsidiarität und der subjektive Begriff werfen durchaus Probleme auf. Ein Unterpunkt: die berühmten End User License Agreements, also die Vertragsabschlüsse mit dritten Parteien. Auch das ist hier etwas unklar, denn wir haben häufig End User License Agreements, die geschlossen werden, nachdem bereits das Produkt, also die Inhalte, übertragen bzw. die Verträge geschlossen wurden. Das sollte vielleicht auch noch einmal aufgenommen werden.

V. – Die digitale Umgebung ist eines der größten Probleme, das wir bei digitalen Inhalten haben. Dies betrifft die Interaktion von Software und digitalen Inhalten mit anderer Software, mit anderen Codes usw. Hier wäre zum Beispiel ein Vorschlag: Warum führen wir nicht so etwas wie das „Know your Customer-Prinzip“ ein, das wir aus vielen anderen Bereichen kennen - das heißt, der Händler guckt erst einmal, was du für eine digitale Umgebung hast. Damit sind Probleme verbunden, das ist mir vollkommen klar. Das ist ansatzweise schon jetzt im Richtlinienvorschlag drin, könnte aber noch ausgeführt werden. Beweislast und Darlegungsregelung werfen auch Probleme auf, was die digitale Umgebung angeht, und zwar im Hinblick auf die Datenschutzgrundverordnung. Da wird man eine Regelung finden müssen, dass zertifizierte Systeme bei der Beweislast, bei der Untersuchung durch den Verkäufer, bei der digitalen Umgebung des Verbrauchers angesiedelt sind.

VI. – Die Regelungen zum Schadensersatz sind meines Erachtens völlig misslungen, weil völlig unklar ist, was das nationale Recht noch kann oder nicht. Ob zum Beispiel Folgeschäden durch mangelhafte Daten/Informationen ausgeschlossen sind oder nicht, oder ob es sich darauf beschränkt. Ob es sich um Fahrlässigkeits- oder reine Gefährdungshaftung handelt, oder wie das Ganze zu verstehen ist. Da besteht noch erheblicher Nachbesserungsbedarf.

VII. – Zum Stichwort „Harmonisierung“: Wenn völlig offen gelassen wird, wie die Verjährung ist, dann kann, etwas überspitzt gesagt, der eine Mitgliedstaat zwei Tage reinschreiben und der nächste zwanzig Jahre. Was bleibt dann von der Harmonisierung im Bereich des Gewährleistungsrechts übrig? Es ist eine wunderschöne Sache zu sagen, es gibt eine ewigwährende Gewährleistung – aber dann sagt man: Entschuldigung – jeder macht seine Verjährung anders. Was ist denn dann übrig von der Harmonisierung? Das sollte auch geregelt werden.

VIII. – „B to C“ [business to consumer]: Die Beschränkung auf Verbraucherschutz ist völlig einleuchtend, aber Achtung: Jedenfalls nach der deutschen Rechtsprechung entfaltet das Ganze auch eine gewisse Vorbildfunktion im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Auch wenn das aus der Perspektive der Kommission vollkommen klar und nachvollziehbar ist, müssen wir natürlich schauen, was das im deutschen Recht unter Umständen für Implikationen hat. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt hat Herr Professor Dr. Stürner das Wort.

SV **Prof. Dr. Michael Stürner**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich kann leider nicht so schnell sprechen wie Herr Spindler, obwohl ich das gerne täte.

Die **Vorsitzende**: Vielleicht hat Herr Spindler ja vorher einmal geübt?

SV **Prof. Dr. Michael Stürner**: Die Zeit läuft – meine Zeit. Zum Online-Warenhandel: Der Vorschlag privilegiert Verbraucherkäufe, die im Wege des Fernabsatzes vorgenommen wurden, und möchte dadurch den Binnenmarkt stärken. Das leuchtet mir nicht ganz ein, denn aus Verbrauchersicht ist das über Artikel 6 der Rom I-Verordnung bereits erledigt. Der Verbraucher hat in fast allen Fällen über Artikel 6 der Rom I-Verordnung bereits die Rechte, die er kennt. Sein Vertrauen in den Binnenmarkt muss insoweit nicht gestärkt werden. Es ist also eher etwas für die Unternehmer. Es ist so eine Art verkappte



Home-Option, dass die Vollharmonisierung jetzt für alle gleiche Rechte schafft. Das ist vielleicht nicht schlecht, aber man kann es auch offen sagen. Was die Art und Weise der Stärkung des Binnenmarkts angeht, so habe ich doch gewisse Bedenken, ob man das durch die Spaltung von online und offline wirklich hibekommt.

Vielleicht trage ich da Eulen nach Athen und das ist Schnee von gestern, aber zwei Argumente: Mit der Fokussierung auf den Online-Kauf stärkt man gewisse Schichten der Bevölkerung, nämlich die technik-affinen Schichten. Alle anderen haben nichts davon. Das Wachstumspotenzial ist aus meiner Sicht nicht offensichtlich, und wenn, dürfte es auf Kosten des stationären Handels gehen. Wenn man diese Richtlinie inhaltlich betrachtet, die ein Sonderregime für Online-Warenhandel schafft, dann leuchten die Regeln nicht immer ein. Denn sie sind überwiegend gerade nicht durch die Besonderheit des Fernabsatzes begründet. Hierzu drei Beispiele. Der Zeitpunkt, der für die Feststellung der Vertragswidrigkeit notwendig ist, Artikel 8 der Richtlinie, wird bei Montage oder Installation durch den Verbraucher um 30 Tage verschoben. Das ist inhaltlich zweifelhaft, weil der Unternehmer keinen Einfluss mehr auf die Sache hat. Das ist aber auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass der Vertrieb als Fernabsatz gelaufen ist, denn das ist bei Offline-Käufen ganz genauso. Zweiter Punkt – Vertragsbeendigung bei geringfügigen Mängeln. Das ist eine Veränderung, die vielleicht praktisch nicht so relevant ist, aber auch sie ist nicht durch den Fernabsatzvertrieb gerechtfertigt. Der Grundsatz der Vertragserhaltung würde vielmehr dagegen sprechen. Drittens – die Beweislastregelung, das hatten wir jetzt schon mehrfach, Artikel 8 Absatz 3. Die ist jedenfalls nicht zu rechtfertigen durch die Besonderheiten des Fernabsatzes. Das stellt sich genauso dar bei Regelung des stationären Handels. Deswegen wäre mein Petitum, dass man Offline- und Online-Handel unbedingt gleich behandelt und die Probleme, die sich hier stellen, insgesamt diskutiert, aber nicht als Förderung des digitalen Binnenmarkts verkauft. Das ist nämlich nicht eine geeignete Maßnahme.

Zweitens zu den digitalen Inhalten: Diese Richtlinie ist natürlich weit innovativer als die Online-Warenhandel-Richtlinie. Sie trennt nicht

nach der Art der Leistungspflicht. Das ist ein neuer Ansatz. Dafür habe ich grundsätzlich Sympathie, nur passt das Haftungsregime nicht immer auf alle Arten des Vertriebs. Ob ich Kauf- oder Dienstleistungsverträge habe, ist doch ein Unterschied in Bezug auf das Rechtsfolgenregime – ob ich etwa den Vertrag sofort beenden kann oder nicht. Die Umsetzung dieser Richtlinie in das BGB wäre wohl sehr schwierig, aber ich glaube nicht, dass es unmöglich ist. Wir haben ja schon einige Jahre Erfahrung mit der Umsetzung gerade auch vollharmonisierender Richtlinien. Die Gleichsetzung von Daten und Geld würde ich grundsätzlich ebenfalls begrüßen. Sie kommt einem praktischen Bedürfnis entgegen. Nur ist die Regelung im Einzelfall in der Richtlinie nicht immer zu Ende gedacht. Herr Spindler hat es angedeutet, insbesondere das Verhältnis von Datenschutz und Zivilrecht ist nicht ganz klar – die Richtlinie blendet das vollkommen aus. Was ist also, wenn der Verbraucher datenschutzrechtlich zulässig die Einwilligung zur Übertragung der Daten zurückzieht? Heißt das zivilrechtlich, dass der Vertrag damit beendet sein kann? Dagegen würden wir uns sträuben, das kann nicht sein. Was passiert aber dann? Verhält sich der Verbraucher etwa vertragswidrig? Welche Rechte hat der Unternehmer? Kann er klagen auf Überlassung der Daten? Welche Konsequenz soll das haben? Die Richtlinie ist hier schweigsam. Schließlich leuchtet mir die Regelung des Schadensersatzes in Artikel 14 nicht ein. Wenn sie vollharmonisierend ist und insoweit weitere Ansprüche sperren soll, wäre sie viel zu kurz. Wenn sie nicht vollharmonisierend ist, dann würde sie zu keinem level playing field führen. Hier müsste nachgebessert werden. Insgesamt ist diese Regelung etwas zweifelhaft. Das heißt abschließend, der Entwurf zum Online-Warenkauf ist aus meiner Sicht in der Form nicht verhandelbar, während der Entwurf zur Digitale Inhalte-Richtlinie Potenzial hat, aber in vielen Einzelbereichen nachgebessert werden sollte. Vielen Dank.

Die Vorsitzende: Jetzt kommen wir zur Fragerunde. Herr Dr. Hoppenstedt hat sich gemeldet, und Frau Wawzyniak.

Abg. Dr. Hendrik Hoppenstedt (CDU/CSU): Ich würde meine ersten beiden Fragen gerne an Herrn



Professor Staudenmayer richten. Sie haben ja schon die ganze Zeit mitgeschrieben. Ich glaube, es drängt Sie jetzt auch, etwas loszuwerden. Die Gelegenheit möchte ich Ihnen gerne geben, deswegen zwei Fragen an Sie. Das erste hat Herr Dr. Föhlisch auch schon aufgegriffen, indem er auf die Datenbasis abgestellt hat, die Sie herangezogen haben, um zu begründen, warum Sie jetzt diese beiden Richtlinien als Vorschlag präsentieren. Da gibt es diese Studie, ich meine, die heißt „Flash Eurobarometer“, der zufolge 39 Prozent aller Unternehmen, die Online-Handel betreiben, sagen, das größte Hindernis sei die Rechtszersplitterung in Europa. Den Ausführungen von Herrn Dr. Föhlisch habe ich entnommen – wenn ich das richtig verstanden habe – dass nur 396 Unternehmen Gegenstand dieser Umfrage waren, was keine sehr große Datenbasis wäre. Vielleicht ist das aber auch falsch, Sie schütteln jetzt den Kopf. Ich würde Sie bitten, dass Sie uns noch einmal schildern, wie Sie zu Ihren Daten gekommen sind. Das Zweite klang auch schon verschiedentlich an, es geht um diese unterschiedlichen Fristen bei der Beweislastumkehr. Bei der Verbraucherrecht-Richtlinie sind dies sechs Monate. Ihr Vorschlag zum Online-Warenverkehr sieht zwei Jahre vor. Der REFIT-Prozess, der die Verbraucherrecht-Richtlinie betrifft, soll im Sommer abgeschlossen sein. Ich glaube, wir sind uns hier fraktionsübergreifend einig, dass eine unterschiedliche Gestaltung der Beweislastumkehrfristen für Online- und Offlinekäufe nicht akzeptabel wäre. Deswegen die Frage an die Kommission: Wie wollen Sie das jetzt umsetzen, dass es da einen Gleichklang gibt?

Abg. **Halina Wawzyniak** (DIE LINKE.): Zunächst will ich Herrn Hoppenstedt Recht geben: es ist natürlich nicht hinnehmbar, wenn die Beweislastumkehr unterschiedlich geregelt wird. Darüber sind wir uns hier wahrscheinlich alle einig. Allerdings ist dies am Ende ja eine politische Entscheidung. Aus Verbraucherschutzsicht würde ich sagen, dann muss der Offline-Handel nachziehen. Ich finde die zwei Jahre angemessen und vernünftig. Ich will zwei Fragen an Herrn Bokor stellen und noch einmal auf die Datenschutzgrundverordnung eingehen, die ja an verschiedenen Stellen bereits angesprochen worden ist. Ich will Herrn Bokor noch einmal

fragen: In welchem Umfang sehen Sie die Datenschutzgrundverordnung in diesen Richtlinien berücksichtigt? Sehen Sie die überhaupt berücksichtigt? Vielleicht können Sie noch einmal ein oder zwei Ausführungen machen im Hinblick auf den Wert der Daten, angemessene Gegenleistung, Daten über Rückerstattung etc. Und die zweite Frage: Sie haben vorhin moniert, dass in Artikel 3 aktive Daten genannt werden. Ich verkürze das jetzt etwas und mache es nicht juristisch präzise – ich habe bei Ihnen herausgehört, dass Sie durchaus ein Interesse hätten, passive Daten ebenfalls erfasst zu sehen. Jetzt würde mich interessieren, welche Auswirkungen das für den Anwendungsbereich hätte? Können Sie vielleicht noch ein, zwei Beispiele nennen, was aus Ihrer Sicht dafür sprechen würde, diese passiven Daten einzubeziehen?

Die **Vorsitzende**: Frau Rode-Bosse.

Abg. **Petra Rode-Bosse** (SPD): Auch wir gehen davon aus, dass es keine Zersplitterung geben sollte, was die genannten Fristen angeht. Es klang ja auch so, wenn ich Sie, Herr Schmitz und Herr Professor Staudenmayer, richtig verstanden habe, dass da ein guter Weg eingeschlagen ist und dass, wenn online zuerst kommt, offline nachziehen könnte. Meine Frage bezieht sich noch einmal auf die Daten. Ich möchte gerne Herrn Staudenmayer und Herrn Spindler ansprechen. Ich habe Sie so verstanden, dass Sie beide gut finden, dass die persönlichen Daten als Bezahlfaktor einbezogen werden. Wie sehen Sie beide die Möglichkeit der einheitlichen Bewertung? Sie, Herr Professor Staudenmayer, hatten da schon ein Beispiel angesprochen. Aber es kann natürlich nur funktionieren, wenn auch diese Wertgrundsätze harmonisiert werden. Wie viel ist zum Beispiel die Angabe des Namens oder des Ortes wert?

Die **Vorsitzende**: Herr Dr. Sensburg.

Abg. **Dr. Patrick Sensburg** (CDU/CSU): Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Ich habe eine Frage an zwei Sachverständige – an Herrn Dr. Föhlisch und Herrn Professor Schmidt-Kessel. Die Frage betrifft die Thematik „Blick in die Zukunft“. Ich finde es sehr gut, dass die Europäische Kommission beim Online-Kaufrecht



die Kritik der mitgliedstaatlichen Parlamente am Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht berücksichtigt hat. Wir haben ja in unserer Stellungnahme damals und in den nachfolgenden Gesprächen sehr klar zum Ausdruck gebracht, dass wir im Bereich des Online-Handels Chancen sehen und es auch für sinnvoll halten, dass die Europäische Union tätig wird und einen Regelungsbereich ausfüllt, der als Binnenmarkthemmnis anerkannt werden kann. Ich kann mich dem anschließen, was Kollege Hoppenstedt gesagt hat. Er hat darauf hingewiesen, dass möglicherweise andere Hemmnisse im Raum stehen, wenn man sich einmal das UN-Kaufrecht anguckt – da hat es ja schon Untersuchungen gegeben – die möglicherweise noch viel hemmender sind als vereinheitlichte Regelungen im Kaufrecht. Das mag im Online-Bereich anders aussehen, wo unklar ist, wo die Teilnehmer des Geschäfts sind. Sitzt der Franzose jetzt gerade in Amsterdam und kauft mit seinem Laptop beim Deutschen, der aber in Polen ist? Daher haben wir unterschiedliche Fragestellungen, bei denen möglicherweise das Online-Kaufrecht helfen kann. Täuscht der Eindruck, dass die Kommission wirklich die Stellungnahmen der mitgliedstaatlichen Parlamente berücksichtigt hat? Schafft sie vielleicht nur ein Entrée mit dem Ziel, das Kaufrecht in Gänze zu vereinheitlichen und auf dem Weg zu einem gemeinsamen Zivilrecht erst einmal den Weg des kleineren Widerstands zu nehmen? Das Offline-Kaufrecht nachziehen, einheitliche Fristen, REFIT, das alles könnte ich jetzt aufführen. Ist mein Eindruck falsch, dass das, was die Kommission jetzt macht, eine Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Stellungnahmen und der richtige Weg ist? Müssen wir wachsam sein oder können wir beruhigt sein? Diese Frage richtet sich an beide Sachverständige.

Die **Vorsitzende**: Ich habe mich selbst noch auf die Liste gesetzt, bevor wir dann zur ersten Antwortrunde kommen. Ähnlich wie einige andere Ausschussmitglieder stelle ich mir die Frage, wo die Reise eigentlich hingeht. Ein längst überfälliger Bereich wird geregelt. Aber ist es nicht so, dass – das frage ich jetzt Herrn Staudenmayer – zwar mit einer guten Intention angefangen wurde – das war ja schon einmal Thema im Unterausschuss –, die Lehren aus der

Debatte über das Gemeinsame Europäische Kaufrecht zu ziehen und sich eng zu beschränken? Aber bei dem Versuch der Umsetzung merkt man, dass es wirtschaftlich massive Nachteile für einige haben könnte, wenn man Dinge so unterschiedlich regelt. Deshalb würde ich von Herrn Staudenmayer gerne wissen, wie er dies sieht und wie dies in der Kommission diskutiert wird. Herr Schmitz hat ja darauf hingewiesen, was da noch alles kommen kann. Es könnte sein, dass es immer obskurer wird, getreu einem Satz von Al Gore: „Manchmal hat man das Gefühl, man hat eine Lösung, aber die Lösung ist das neue Problem“. Das könnte hier auch eintreten. Ich will deshalb Herrn Schmitz bitten, dass Sie noch einmal ausführen, was Sie eigentlich glauben – Sie haben die Kreislaufwirtschaft und die Frage, was noch an Regelungen kommen könnte, angesprochen und auch Großbritannien erwähnt, das jetzt schon ankündigt, dass es das right to reject innerhalb von 30 Tagen durchsetzen will. Das heißt ja – vorausgesetzt, Großbritannien ist dann noch dabei – dass man wieder eine spezielle UK-Regelung machen muss, also wieder einen „Flickenteppich“ hätte. Oder es müssen sich alle auf UK zubewegen. Also die Frage: Wohin entwickelt sich das, im Guten wie im Schlechten? Kreislaufwirtschaft ist ja ein guter Aspekt, auch wenn es kurios ist, dass wir jetzt über die Debatte des Online-Handels anfangen, Kreislaufwirtschaft zu erzwingen. Aber gut, man muss die Werkzeuge nehmen, die sich einem anbieten. Andererseits habe ich auch die Sorge, dass diese Aufspaltung zu weiteren Folgen führt, und würde gerne wissen: Was sehen Sie da noch an Folgedebatten?

Das war jetzt die erste Fragerunde. Wir machen ja mindestens noch eine weitere. Bei der Rückrunde würde Herr Stürner beginnen. Er hat aber keine Frage. Herr Spindler hat eine Frage von Frau Rode-Bosse.

SV Prof. Dr. Gerald Spindler: Mit der Frage zur Bewertung der Daten haben Sie natürlich Ihren Finger in die Wunde gelegt. Das ist Teil des Diskurses, den wir auch letzte Woche beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz geführt haben – ich denke, da werden wir noch einiges zu diskutieren haben. Ich sehe es als sehr schwierig an, die Daten zu



bewerten, weil der sogenannte added value ja nicht mit einbezogen werden darf. Die Daten gewinnen ja oftmals erst durch Aggregationen und Profilbildungen mit ganz anderen Daten zusammen an Wert. Es handelt sich praktisch um den reinen Rohstoff. Das voneinander zu trennen, halte ich für äußerst schwierig. Interessanterweise gibt es bei den Ökonomen kaum Debatten dazu. Das ist etwas, worüber wir gerade im Gespräch mit den Ökonomen sind. Man kann versuchen, Lösungen zu finden. Kollege Schmidt-Kessel ist da etwas besserer Hoffnung, ich bin eher skeptisch. Für mich liegt der wirkliche Fortschritt darin, dass wir das nicht mehr als – wenn ich mal die deutsche Vertragstypologie nehme – Schenkung, Leihe usw. qualifizieren, sondern klar sagen, da steht etwas dagegen und deshalb seid ihr den normalen Gewährleistungs- und Haftungsregeln unterworfen. Dass es natürlich dann Folgeprobleme gibt, Stichwort Rücktritt, Wertersatz usw. – vollkommen klar. Ich befürchte aber – wie gesagt, das ist eine offene Kontroverse – dass man das nicht so einfach lösen wird.

Die **Vorsitzende**: Danke, dann hat als nächster Herr Schmitz eine Frage von mir.

SV **Bob Schmitz**: Ich gehe davon aus, dass die Frage der Gewährleistungs- bzw. Verjährungsfristen in beiden Richtlinienvorschlägen große Probleme aufwerfen wird. Man wird versuchen, eine Lösung zu finden. Die Ratsarbeitsgruppe diskutiert ja momentan nur den Vorschlag über den digitalen Inhalt. Ich habe gehört, dass eine Mehrheit der Mitgliedstaaten jetzt der Meinung ist, dass auch in diesem Vorschlag nichts offengelassen werden darf. Man muss sich irgendwie auf eine Verjährungs- bzw. Gewährleistungsfrist einigen, auch für die digitalen Inhalte. Deshalb meine Frage, ob man nicht auf den Vorschlag im Gemeinsamen Kaufrecht zurückkommen könnte, der ja in erster Lesung vom Europäischen Parlament votiert wurde und Waren und digitale Inhalte regelte. Dort wurde eine doppelte Verjährungsfrist vorgeschlagen: eine kurze und eine lange, sechsjährige. Die lange Frist läuft von dem Tag an, an dem die Ware oder der digitale Inhalt geliefert wird. Das ist also eine Cut-off-Frist. Die kurze, zweijährige Frist beginnt, wie bei uns im luxemburgischen, französischen und belgischen

Recht, wenn der Verbraucher weiß oder wissen sollte, dass eine Vertragswidrigkeit vorliegt. Dann hat er zwei Jahre, um Klage zu erheben. Ein gemeinsames Regime wird für Deutschland, und für uns alle, eine Revolution darstellen. Das wurde aber bereits seinerzeit im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht vom Europäischen Parlament abgesehen. Ich bin überzeugt, dass eine Vollharmonisierung mit nur zwei Jahren Gewährleistung im Vorschlag über Waren nicht annehmbar sein wird, nicht für Verbraucher, nicht für Mitgliedstaaten. Fast ein Drittel der Mitgliedstaaten haben andere Bestimmungen. Es stimmt nicht, dass 23 Mitgliedstaaten, wie die Kommission schreibt, eine Zweijahresfrist haben. Denn die Kommission hat vergessen, dass Luxemburg, Frankreich und Belgien auch noch Regelungen zu versteckten Mängeln im Zivilkodex haben. Tatsächlich gibt es mindestens acht Mitgliedstaaten, die andere Bestimmungen haben als die zwei Jahre. Das ist fast ein Drittel der Mitgliedstaaten. Da muss man sich zusammenraufen. Da wird es Probleme geben. Das right to reject - das sind die Briten, da wird man eine pragmatische Lösung suchen. Das wirkliche Problem in beiden Vorschlägen ist die Gewährleistungs- respektive Verjährungsfrist. Entweder gibt es dieselbe Frist für beide Vorschläge, wie anscheinend jetzt in der Ratsarbeitsgruppe beraten wird, oder jedenfalls etwas Weitergehendes, als jetzt in den beiden Vorschlägen der Kommission steht. Das ist die große Herausforderung, die noch im Raum steht.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat jetzt Herr Professor Schmidt-Kessel eine Frage von Herrn Dr. Sensburg.

SV **Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel**: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Herrn Sensburgs Blick in die Zukunft verstehe ich auf zweierlei Weise. Einerseits als Frage nach Hemmnissen durch divergierendes Recht und andererseits als Frage danach, was jetzt noch alles hinterher kommt. Zum ersten Punkt, Hemmnisse durch verschiedenes Recht: die Frage der Bewertung mal außen vor gelassen, wie groß sind die wirklich, wenn es darum geht, bei einer Online-Vertriebs-Situation mit einer einheitlichen Seite pro Sprache? Insbesondere jeder kleinere Mitgliedstaat kann ein Lied davon singen, dass es



praktisch nicht möglich ist, gerade als kleines Unternehmen unter einem Recht zu kontrahieren. Wenn man das so macht wie Amazon, das deutsche Urteile gelegentlich schlicht zu ignorieren pflegt – Stichwort: Button-Lösung –, kann man sich das vielleicht leisten. Als kleines Unternehmen aber nicht, vor allem, wenn man die deutsche Abmahnpraxis mit in den Blick nimmt. Die scheint mir einer der Hauptgründe dafür zu sein, dass in anderen Mitgliedstaaten dieses Binnenmarkthindernis durch unterschiedliches Recht jedenfalls für deutsch- und englischsprachige Webseiten durchaus gesehen wird. Man muss nur mal die Österreicher fragen, wie viele kleine Unternehmen dort abgemahnt werden, weil sie den deutschen Bestimmungen nicht entsprechen – durch die Sprache haben wir ja in der Regel die Ausrichtung auf den deutschen Markt. Das gleiche gilt auch für die Frage der AGB-Gestaltung. Darüber kann man ganze Geschäftsmodelle ausschließen. Wenn man jetzt in der Digitale Inhalte-Richtlinie zu dem Ergebnis käme, dass Daten als Leistung nicht geht, dann wäre die Konsequenz: kein Google, kein Facebook etc., etc.. Dass man so Geschäftsmodelle abwürgen kann, ist klar. Zur Frage: Was kommt nach? Ich glaube, dass diese Richtlinienentwürfe in vielen Punkten nicht das letzte Wort sind. Andererseits sind die Fragen der Qualität und der verschafften Rechtsposition im Bereich Online-Handel und digitale Inhalte für den Verbraucher schon die Kernpunkte. Es könnte nochmal etwas zu den Zahlungswegen, Zahlungskosten und Nebenpreisen geben – aber da gibt es ja schon die Verbraucherrechterichtlinie. Als wissenschaftlicher Idealist würde ich immer sagen: Ja, es muss viel mehr werden, denn man braucht Kohärenz. Richtlinie oder Verordnung? Bitte immer Verordnung, sonst gibt es zwei Gesetzgeber – dass das im Bundestag nicht gut kommt, ist mir klar. Allein der Umstand, dass das Umsetzungsgesetz dem BGB-Sprachgebrauch angepasst werden muss, ist ja schon eine Quelle erheblicher Rechtsunsicherheit – auf die man übrigens auch verzichten könnte, wenn man eine Richtlinie hat. Die Frage: Flickenteppich oder System? Die stellt sich natürlich, auch wenn vor dem EuGH systematische Argumente erfahrungsgemäß nicht so viel zählen wie teleologische – Stichwort: Fliesenentscheidung, Aus- und Einbaukosten.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat Herr Dr. Föhlisch Fragen von Herrn Dr. Sensburg.

SV Dr. Carsten Föhlisch: Ich kann Ihnen nur beipflichten. Auch ich sehe diesen Vorschlag als Einstieg in mehr Verbraucherschutz. Es wurde schon gesagt: es ist eine politische Frage, ob man zwei Jahre Beweislastumkehr will oder nicht. Ich finde das gut, es ist auch vertrauensfördernd. Nur, wenn jetzt ein gesplittetes Regime etabliert wird, wird das in der Praxis dazu führen, dass die Unternehmen auch für Offline-Geschäfte die zwei Jahre anwenden müssten, weil es sonst zu kompliziert würde. Ich kenne das aus Cross-Border-Beratungen. Herr Prof. Stürner hat es auch angesprochen, über Artikel 6 der Rom I-Verordnung gilt ohnehin immer das Verbraucherrecht des Ziellandes, übrigens auch im Datenschutzrecht – trotz Sitzlandprinzip vertreten die französische CNIL [Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés] und auch die holländische Behörde die Position, dass, wenn Cookies auf dem User-Rechner gesetzt werden, auch das Datenschutzrecht des Ziellandes Anwendung findet. Sie müssen dann ohnehin immer das höchste Niveau, und nicht den kleinsten gemeinsamen Nenner, etablieren. Viele Unternehmen wollen mit möglichst einheitlichen Texten arbeiten. Das würde zu einer so komplexen Lage führen, dass man im Grunde freiwillig nur mehr machen kann. Meines Erachtens ist das auch die politische Intention dahinter. Dann sollte man aber die politische Frage auch offen diskutieren und einen Konsens finden. Mir wäre auch ein einheitliches Kaufrecht recht, das würde es einfacher machen. Durch die Verbraucherrechterichtlinie haben wir aber in wesentlichen Fragen schon ein relativ hohes Niveau. Im Verbraucherbereich können Sie ohnehin nur noch wenig mit AGB-Klauseln regeln. Es geht vor allem um die Erfüllung von Informationspflichten, und damit kommen wir schon ganz gut klar. Ich sehe keine Notwendigkeit, auch angesichts der Datenlage, hier etwas partiell zu regeln.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt hat Herr Bokor das Wort auf eine Frage von Frau Wawzyniak.

SV Joachim Bokor: Zwei Fragen. Die erste Frage wurde schon von Herrn Spindler zumindest in



einem Aspekt angesprochen – die Berücksichtigung der Datenschutzgrundverordnung. Ich bin der Meinung, dass die Digitale Inhalte-Richtlinie leider ähnliche Inhalte wie die Datenschutzgrundverordnung regeln will, aber aufgrund der Subsidiarität in den dort geregelten Fällen keine Anwendung finden wird. Das ist auch gut so, weil sie auseinanderfallen. Ein Punkt ist die Rückerstattung bzw. Rückübertragung der übertragenen Daten. In der Datenschutzgrundverordnung wird das Datenportabilität genannt: dass der Betroffene ein Recht hat, dass Daten in üblichen Formaten in strukturierter Form usw. an ihn zurückgegeben werden, soweit diese noch gespeichert sind. Das ist eine schöne Idee, die aber bei vielen Online-Diensten schwer darstellbar ist. Wie bekomme ich meine Daten von einem sozialen Netzwerk in strukturierter Form zurück, so dass ich sie weiter benutzen kann? Es gibt keinen Standard für soziale Netzwerke. Ich bekomme da einen großen Haufen, der ausgedruckt mehrere tausend Seiten Papier umfassen würde, und mit dem ich wenig anfangen kann. Das ist das Eine. Ein zweiter Punkt, wo die Digitale Inhalte-Richtlinie und die Datenschutzgrundverordnung nicht ineinander greifen, sind der datenschutzrechtliche Widerruf und die Rechte, einen Vertrag zu beenden. Wenn ich den datenschutzrechtlich widerrufe, dann habe ich aus der Datenschutzgrundverordnung einen Anspruch darauf, dass meine Daten gelöscht werden, wenn diese nicht mehr benötigt werden. Ist der Vertrag, den ich eventuell im Vorfeld geschlossen habe, gegebenenfalls eine Rechtsgrundlage für die weitere Verarbeitung? Im Bereich der Datenübertragung ist das alles noch etwas unausgegoren. Der Wert der Daten, das hat Herr Spindler auch gesagt, ist sehr schwer zu bemessen, weil es immer auf die Qualität der Daten ankommt. Ein einzelner Adressdatensatz bringt wenig, ist aber sehr wertvoll, wenn ich ihn qualifiziere. Ich habe mich vor Jahren mal ein wenig damit auseinandergesetzt. Ein Adressdatensatz, der beinhaltet, dass es sich um einen gutverdienenden selbstständigen Rechtsanwalt handelt, der noch keine private Krankenversicherung hat, ist einem privaten Krankenversicherer bis zu 40 Euro wert. Ein anderer Bereich, wo immer mal wieder konkrete Preise für Daten bekannt werden, sind Schwarzmarktdaten im illegalen Handel. Da weiß ich, Stand

Ende 2013, dass eine funktionierende E-Mail-Adresse wertvoller ist als eine Kreditkartennummer. Dann zur zweiten Frage bezüglich der aktiven und der passiv generierten Daten. Ich bin der Meinung, dass zumindest teilweise auch passiv, also ohne aktives Zutun des Nutzers, hinterlassene Daten in den Anwendungsbereich fallen sollten. Denn gerade die Analyse des Nutzungsverhaltens ist das, worauf momentan die Geschäftsmodelle der großen Anbieter beruhen und was zu deren Funktionalität notwendig ist. Der häufigste Fall ist wohl E-Mail gegen Werbung. Diese Werbung ist umso effektiver und zielgerichteter, je genauer das Verhalten analysiert wird. Dass automatisiert erzeugte Daten nicht mit einbezogen werden sollen, das hat Herr Staudenmayer damit begründet, dass die Kommission nicht das ganze Internet regulieren will. Da muss ich ihm Recht geben, denn quasi jede Internetseite sammelt irgendeine Art von Daten: IP-Adressen, das Surfverhalten. Das kann anonymisiert erfolgen, aber auch personenbezogen. Dazu brauche ich nicht unbedingt Cookies – die sind, technisch gesehen, eher eine veraltete Technologie. Mit Browser-Fingerprinting und ähnlichen Sachen können Sie mittlerweile den Nutzer schneller und einfacher identifizieren, als über irgendeine kleine Textdatei, die Sie auf dem Rechner hinterlassen, in der Hoffnung, dass er wiederkommt und Sie diese Textdatei wiedererkennen. Ich hoffe, ich habe die Fragen ausreichend beantwortet.

Die Vorsitzende: Danke. Herr Professor Staudenmayer.

SV. Prof. Dr. Dirk Staudenmayer: Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich schließe mich meinem Vorredner an und beantworte die Frage von Frau Rode-Bosse nach der Bewertung von Daten. Wie schon die Vorredner sagten, ist das sehr schwierig. Wir gehen auch gar nicht darauf ein, weil es unseres Erachtens nicht darauf ankommt. Was klar ist, ist, dass die Daten Geldwert haben und sie von den Unternehmen monetarisiert werden. Es trifft zu, dass man diesen Geldwert erst durch die Aggregation von Daten erzielt. Aber dass die Daten als Teil dieser Aggregation Geld wert sind, ist unbestritten. Nur darauf kommt es an. Denn es macht für die Anwendbarkeit von Regeln auch keinen Unterschied, ob Sie etwas für



einen Euro oder für hundert Euro kaufen. Warum sollten wir also einen Unterschied dazwischen machen, ob Daten einen oder hundert Euro wert sind? Dass sie Geld wert sind, darauf kommt es an.

Dann die Fragen von Herrn Hoppenstedt, zunächst einmal zur Datenbasis. Ich weiß nicht, wo die von Ihnen genannten 396 Unternehmen herkommen¹, ich kann mich nur zu unserer Datenbasis äußern. Wir haben Daten in einer ganzen Reihe von Schritten gesammelt. Der erste Schritt der Datensammlung war vor der digitalen Binnenmarktstrategie, da haben wir zwei großangelegte Eurobarometer lanciert. Eurobarometer sind Umfragen in allen Mitgliedstaaten, bei denen die Anzahl der befragten Personen so groß ist – immer so um die 28000, 30000 oder mehr – dass Ergebnisse statistisch extrapoliert werden können. Wir haben nach den Hindernissen für Verbraucher und Unternehmen gefragt. Das wurde schon von verschiedenen Vorrednern, aber auch von einigen Abgeordneten angesprochen: Natürlich gibt es eine ganze Reihe anderer Hindernisse. Wenn wir zur Diskussion über das Gemeinsame Europäische Kaufrecht zurückkommen – damals hat man gesagt: warum greift ihr nur dieses Hindernis heraus und nehmt nicht die anderen Hindernisse in Angriff? Da haben wir damals gesagt: ja, es ist nicht schlimm, wenn andere Hindernisse gesehen werden, wir betrachten jetzt mal dieses Hindernis. Dieses Mal machen wir es anders. Die Digitale Binnenmarktstrategie hat einen ganzheitlichen Ansatz. Alle Hindernisgruppen, die in diesen Umfragen identifiziert worden sind, werden von der Kommission nach und nach abgearbeitet. In den nächsten zwei Monaten kommt die Kommission mit zwei Bündeln von Maßnahmen und Initiativen heraus, die sich mit einem Großteil dieser Hindernisse befassen. Sogar die Mehrwertsteuer wird kommen, und dafür braucht man Einstimmigkeit. Wir wollen diesmal alle erkannten Hindernisse, die dem Digitalen Binnenmarkt im Wege stehen, abarbeiten. Das Einzige, was wir nicht abarbeiten, sind Sprachunterschiede. Erstaunlicherweise kamen diese bei den genannten hauptsächlich

Hindernissen im Online-Warenverkehr auch nicht vor. Zusätzlich zu diesen Umfragen haben wir eine große Gruppe mit Interessenverbänden gebildet, die wir während des gesamten Entwurfsprozesses der Vorschläge konsultiert haben. Dasselbe haben wir mit den Mitgliedstaaten gemacht. Im letzten Sommer haben wir eine öffentliche Konsultation von drei Monaten lanciert. Wir hatten noch zusätzliche Studien, und wir haben vertiefte Interviews mit einer Auswahl von Unternehmen geführt, um die Angaben aus den Studien und Umfragen nochmal in Tiefe analysieren zu können. Wir meinen, wir haben eine relativ umfassende Basis für unsere Vorschläge.

Nächster Punkt war die Frage, wie wir zu der Unterscheidung Online – Offline kommen. Diese ist von verschiedenen Sachverständigen und Abgeordneten kritisiert worden. Wenn ich kurz erklären darf, in welcher Situation wir uns damals befanden. Alle Welt hat gesagt, wir müssen uns um den digitalen Inhalt kümmern. Hier ist eine Regelungslücke, das ist wichtig, das muss dringend geschehen, sonst ist der Zug abgefahren. Dann haben wir die Konsultation gemacht und da haben alle gesagt, wenn ihr den digitalen Inhalt regelt, dann bitte auf derselben Grundlage wie das Kaufrecht, damit die Regeln zum Onlinekauf und zum digitalen Inhalt möglichst gleichlaufen. Da haben wir gesagt, das macht Sinn, das machen wir so. Deswegen haben wir als Grundlage die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie genommen. In derselben Konsultation hat jemand gesagt, wenn ihr das Onlinekaufrecht regelt, regelt bitte auch den stationären Handel. Dann haben wir gesagt, das macht auch Sinn. Die Tendenz zum Omni Channel-Vertrieb ist der Kommission durchaus bekannt. Das Problem war, dass wir vor der Verabschiedung der Digitalen Binnenmarktstrategie Daten zum digitalen Inhalt, zum Digitalen Binnenmarkt und zum elektronischen Geschäftsverkehr gesammelt hatten, und nicht zum stationären Handel. Wenn man bessere Gesetzgebung predigt, dann muss man auch bessere Gesetzgebung machen. Deswegen haben wir gesagt, dann werden wir jetzt die Datensammlung zum stationären Handel vorziehen.

¹ [Anm. des Sekretariats: Die von Abg. Dr. Hoppenstedt zitierte Studie trägt den Titel: „Flash Eurobarometer

[Nr.]396, Retailers' Attitudes towards Crossborder Trade and Consumer Protection"]



Der Kollege Schmitz sagte ja schon, im Sommer haben wir die ersten Datenergebnisse vorliegen, und diese werden wir dann einfließen lassen. Dass hier ein kohärenter Satz von Regeln rauskommen muss, das ist auch klar, das wollen wir. Das wollen alle. Aus den Gründen, die ich gerade erklärt habe, erfolgt das leider etwas zeitversetzt.

Zur Frage der Beweislastumkehr für zwei Jahre. Warum haben wir das vorgeschlagen? Aus einer der Studien, die ich erwähnt habe, haben wir folgende Daten erhalten: Die meisten Mitgliedstaaten haben in der Tat sechs Monate, nur wenige Mitgliedstaaten haben ein Jahr, zwei Mitgliedstaaten haben zwei Jahre. In der Praxis ist es so, dass das Unternehmen, der Verkäufer im Laden, zu dem Sie das Gut zurückbringen, nicht nach den sechs Monaten fragt. Vielmehr werden in der Praxis zwei Jahre, zwei Jahre Gewährleistungsfrist angewandt. Interessanterweise ist Deutschland das Land, in dem am wenigsten danach gefragt wird, zusammen mit der Slowakei. Es gibt immer eine Anzahl von Unternehmen, die fragen stets nach der Beweislast, auch wenn es weniger als sechs Monate sind. Die Anzahl bleibt aber gleich, egal, ob es weniger als sechs Monate, zwischen sechs Monaten und einem Jahr oder länger als ein Jahr ist – die fragen immer, obwohl sie das rechtlich gar nicht dürfen. Die meisten Unternehmen fragen nicht. Vor allem in Deutschland fragen die allermeisten Unternehmen laut dieser Umfrage nicht. Deswegen haben wir gesagt, wenn es keinen Unterschied in der Praxis macht, können wir die zwei Jahre auch ausdehnen. Dann ist es auch leichter für den Verbraucher, seine Rechte geltend zu machen: zwei Jahre Gewährleistungsfrist, zwei Jahre Beweislastumkehr. Jetzt zur Frage von Frau Künast: wo geht die Reise hin? Ganz sicher wollen wir keine Lösung auf der Suche nach dem Problem. Wir haben hier ganz bewusst einen problemorientierten Ansatz gewählt. Wir haben nur das harmonisiert, wozu es in einer Reihe von Mitgliedstaaten zwingende nationale Regeln des Verbrauchervertragsrechts gibt und die Berücksichtigung dieser verschiedenen zwingenden nationalen Regeln Kosten für die Unternehmen verursacht. Nur diese Bereiche werden zur Harmonisierung vorgeschlagen, mehr nicht. Also, wie ich erwähnt habe, kein umfassender

Regelungsansatz. Jetzt kommen aber die Daten zum stationären Handel dazu – da komme ich auf das zurück, was Herr Sensburg sagte. Die werden wir diesen Sommer erhalten. Da müssen wir sehen, was herauskommt. In diesen Studien, die wir lanciert haben, wird überprüft, ob auch für den stationären Handel ein Binnenmarkthindernis besteht. Wenn das der Fall ist, dann sind wir der Meinung, dass wir mit der öffentlichen Konsultation schon im Wesentlichen die Probleme zu Tage gebracht haben, die sowohl den Online- als auch den stationären Handel betreffen. Aber es kann auch sein, dass es zusätzliche Probleme gibt, oder dass es weniger Probleme sind. Das werden wir herausfinden. Je nachdem, wie das Ergebnis ausfällt, werden wir – die Kommission, aber auch der europäische Gesetzgeber, der Rat, das Parlament – uns damit befassen müssen, ob wir den Anwendungsbereich ausdehnen oder nicht, und wenn ja, wie. Mehr haben wir nicht vor, sondern es geht um einen ganz fokussierten, problemorientierten Ansatz. Mehr wollen wir nicht erreichen. Vielen Dank.

Die Vorsitzende: Zweite Runde. Herr Hoppenstedt und Frau Wawzyniak haben sich schon gemeldet.

Abg. Dr. Hendrik Hoppenstedt (CDU/CSU): Ich würde gerne eine Frage an Herrn Dr. Schröder richten. Sie haben sich ja gegen die Verlängerung der Beweislastumkehrfrist gewandt, weil die Wahrscheinlichkeit, dass ein Fehler schon bei Übergabe der Kaufsache vorlag, mit zunehmendem Zeitablauf immer geringer wird. Das ist für einen Laien wie mich nachvollziehbar, und ich glaube, dafür spricht einiges. Jetzt kann man natürlich auch von der anderen Seite argumentieren und sagen, gerade – wenn ich etwa mein Smartphone betrachte – bei Produkten, die man online kauft und die technisch so komplex sind, hat man als Verbraucher keine Möglichkeit mehr, rauszufinden, warum eine Sache kaputt geht. Wenn mir mein Smartphone runterfällt und in zwanzig Teile zerspringt, dann ist die Wahrscheinlichkeit, dass das Smartphone aufgrund des Runterfallens kaputt ist, hoch. Wenn es einfach beim Aufklappen am nächsten Morgen nicht mehr funktioniert, ohne dass es mir runtergefallen wäre, ist es für mich als Verbraucher ausgesprochen schwierig, meinem Händler zu



erklären, dass ihn ein Verschulden trifft, wenn ich nach anderthalb Jahren die Beweislast dafür trage. Könnten Sie mir aus Sicht des Handels sagen, wie dieses Problem aufzulösen ist? Die zweite Frage ist eher speziell und richtet sich an Herrn Professor Schmidt-Kessel. Mir geht es nochmal um die Richtlinie über digitale Inhalte und dort den Artikel 9 Absatz 3 zur Beweislast. Da steht, „der Verbraucher arbeitet mit dem Anbieter zusammen, wobei dies für die Feststellung der digitalen Umgebung des Verbrauchers notwendig und möglich ist. Die Pflicht zur Zusammenarbeit ist auf die technisch verfügbaren Mittel beschränkt (...)“. Die Frage eines technischen Laien: Wenn ich mit meinem Rechner hier im Bundestag ein Problem habe, dann rufe ich die Hotline an, lehne mich zurück, und wie von Zauberhand bewegt sich die Maus durch diesen Herrn am Telefon. Der richtet mir in zwei Minuten meinen Computer wieder so her, dass ich weitermachen kann. Wenn ich einen digitalen Inhalt kaufe und bekomme ein Problem, dann bedeutet ja diese Pflicht zur Zusammenarbeit auch irgendetwas Konkretes. Könnte das zum Beispiel beinhalten, dass ich zulassen müsste, dass der Verkäufer eines digitalen Inhaltes sich auf meinem Computer einloggt und sich die Maus wieder wie von Zauberhand bewegt? Das fände ich persönlich nur begrenzt gut, weil ich ja gar nicht weiß, wer sich dahinter verbirgt. Bei den Bundestagskollegen kann man ja volles Vertrauen haben.

Die **Vorsitzende:** Frau Wawzyniak.

Abg. **Halina Wawzyniak** (DIE LINKE.): Ich will es ganz kurz machen. Ich möchte mit meinen zwei Fragen Herrn Spindler nochmal die Möglichkeit geben, das, was er vorhin zur Problematik von Open Source und Cookies angedeutet hat, und die Passage zum Urheberrecht nochmal zu erläutern, weil ich im Hinblick auf die beiden Richtlinien diese zwei Punkte relativ relevant fand. Da wir auch ein Wortprotokoll machen und vielleicht nicht jeder die Stellungnahmen liest, wäre das vielleicht ganz gut, wenn Sie zu diesen beiden Punkten nochmal Ausführungen machen könnten.

Die **Vorsitzende:** Frau Rode-Bosse.

Abg. **Petra Rode-Bosse** (SPD): An Herrn Dr. Schröder eine Frage: Sie hatten Abgrenzungsprobleme zwischen digitalen und Sachgütern erwähnt. Vielleicht könnten Sie nochmal erläutern, wie der Lösungsansatz sein könnte, denn dass wir eine Art Trennung haben, ist klar. Und dann nochmal zu Gewährleistung und Beweislastumkehr. Sie hatten ja angeführt, dass die Verbraucher nach den Erhebungen insgesamt zufrieden seien, und dass das Verbraucherschutzniveau nicht angehoben werden sollte. Ich sehe da gar nicht unbedingt eine Anhebung, denn es beruft sich ja anscheinend sowieso kaum jemand auf diese Frist. Dann könnte man das ja, wie Professor Staudenmayer schon gesagt hat, einfach an die geübte Praxis angleichen. Dass es dabei um einen politischen Willen geht, ist vollkommen klar. Für mich sieht es aber so aus, als ob das kein Hindernis sei und die Unternehmen damit nicht unbedingt schlechter führen. Denn, wie Sie sagten, dass man damit werben kann, das stimmt ja. Man kann dann sagen, wir erfüllen das, und die schwarzen Schafe sind dann die, die die gesetzlichen höheren Voraussetzungen nicht erfüllen.

Die **Vorsitzende:** Ich würde gerne nochmal Herrn Stürner fragen, ob angesichts dessen, dass die Daten für den stationären Handel noch kommen und dann entschieden wird – ob Sie nach der Debatte der Ansicht sind, dass man die beiden Bereiche trennen kann oder lieber warten sollte, um dann zu einer vereinheitlichten Lösung zu kommen? Dann habe ich noch eine Frage, die sich auf die Datenschutzgrundverordnung bezieht. Ich stelle die Frage an Herrn Staudenmayer: Was heißt die Datenschutzgrundverordnung, das Recht, seine Einwilligung jederzeit zu widerrufen, für die Verträge?

Jetzt ist es wieder so, dass wir umgekehrt loslegen. Herr Staudenmayer ist der erste. Sie haben eine Frage von mir.

SV **Prof. Dr. Dirk Staudenmayer:** Vielen Dank, dann fange ich gleich mit Ihrer Frage an. Das Verhältnis zur Datenschutzgrundverordnung. Zunächst ist ganz wichtig: die Kommission möchte beides. Es sind ja zwei Gesichtspunkte eines selben Sachverhaltes. Die Datenschutz-



grundverordnung kommt vom Grundrechtsschutz her, dem Schutz der Privatsphäre. Das Vertragsrecht kommt vom Äquivalenzinteresse her, Leistung und Gegenleistung sollen ungefähr auf demselben Niveau sein. Beide Gedanken machen Sinn. Beide Gedanken sollen sich zur vollen Wirksamkeit entfalten. Wir haben uns sehr bemüht, das durchzuhalten, dass beide miteinander kohärent sind, wobei wir darauf achtgegeben haben, dass keine zusätzlichen Belastungen auf die Anbieter zukommen. Ich formuliere es mal salopp: Wenn man datenschutzrechtlich im Reinen ist, soll man auch vertragsrechtlich im Reinen sein. Jetzt aber zu Ihrem konkreten Punkt, der Einwilligung. Es gibt nach der Datenschutzgrundverordnung eine ganze Reihe von Gründen, auf deren Grundlage man Daten sammeln und verwerten kann. Einwilligung ist einer. Wir reden hier aber nicht von der Einwilligung, sondern wir reden von Artikel 6 Absatz 1b der Datenschutzgrundverordnung, von einem Vertrag als Rechtsgrundlage. Das heißt, im Vertrag selbst wird geregelt, dass Sie Daten einholen. Sie schreiben hinein: ich möchte für die Hingabe des digitalen Inhalts E-Mail-Adresse, Geburtsdatum, Alter usw. des Verbrauchers. Dann ist die Rechtsgrundlage für die Sammlung dieser Daten der Vertrag selbst. Wenn Sie den Vertrag später beenden, haben Sie Rechte nach der Datenschutzgrundverordnung und nach dem Vertrag. Die laufen aber gleich, jedenfalls gegenüber dem Anbieter. Das ist der Ansatz der Richtlinie. Es gibt natürlich noch andere Daten, die nachher gesammelt werden, z. B. wenn Sie Daten auf Facebook posten, die nicht Vertragsgegenleistung sind. Hinsichtlich dieser Daten können Sie später Ihre Einwilligung widerrufen und sie wiederhaben. Jetzt könnte man natürlich argumentieren, wie es einige Vorredner getan haben, dass damit das synallagmatische Verhältnis gestört wird. Das sehen wir nicht so, denn die Daten wurden als Gegenleistung gegeben und werden monetarisiert – meistens relativ schnell nach Vertragsschluss – und damit ist das Äquivalenzinteresse auf der Seite des Anbieters gegeben. Wenn später weitere Daten hinzugepostet werden, zum Beispiel bei Facebook, und die dann widerrufen werden, wird das Äquivalenzinteresse beim Vertrag nicht gestört, und deswegen haben wir da kein Problem. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt hat Herr Schmidt-Kessel eine Frage von Herrn Dr. Hoppenstedt.

SV Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel: Vielen Dank für die in der Tat sehr spezielle Frage. Die Regelung in Artikel 9 Absatz 3 der Richtlinie über digitale Inhalte verstehe ich so, dass sie sich beschränkt auf die Beweislastregel. Das ist die generelle Frage. Wenn ich einen Vertrag über digitale Inhalte schließe, öffne ich weder meinen Rechner dem Remote-Zugriff des Anbieters, noch bin ich generell verpflichtet, dieses zu tun. Ich verstehe diese Vorschrift so – auch wenn das redaktionell noch klarer gefasst werden könnte – dass es sich um eine Konkretisierung der Ausnahme nach Absatz 2 von der Beweislastumkehr handelt. Dass es letztlich darum geht, dass die Beweislastumkehr nach Absatz 1 keine Anwendung findet, wenn der Anbieter nachweist, dass die digitale Umgebung nicht kompatibel ist. Damit der Anbieter diesen Nachweis führen kann, braucht er Informationen vom Verbraucher, da er ja grundsätzlich keinen Zugriff hat. Absatz 3 dient nur dazu, ihm entweder diese Information zu verschaffen oder dem Verbraucher die Beweislastumkehr aus der Hand zu schlagen – wobei diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich geregelt ist. Auch das wäre redaktionell vielleicht noch zu tun. Ich glaube nicht, dass jemand sagen kann: gewähre mir Zugang zu dem Rechner. Wie gesagt, das Drafting könnte etwas besser sein.

Die **Vorsitzende**: Danke. Der Nächste, der Fragen hat, ist Herr Schröder.

SV Dr. Peter Schröder: Vielen Dank. Zunächst zu der Frage von Herrn Hoppenstedt. Das ist wirklich ein schwieriges Problem. Ich möchte mich an Ihrem Beispiel orientieren: ich klappe also mein Smartphone morgens auf und es ist kaputt. Jetzt ist es zugegebenermaßen schwierig für den Verbraucher, den Kunden, zu belegen, dass dieser Fehler schon beim Kauf vorgelegen hat. Es ist aber in gleichem Maße schwierig für den Händler, zu belegen, dass dieser Mangel nicht bei Übergabe vorgelegen hat. Beide haben also das gleiche Problem. Jetzt fragen Sie: Wie lösen wir das auf? Da hat unsere Zivilrechtsordnung die grundsätzlich gute Lösung gefunden, dass der, der einen Anspruch geltend macht, die Anspruchsgrundlagen auch beweisen muss. Das



ist der Grundsatz, mit dem wir leben. Wenn jetzt der Verbraucher einen Mangel geltend macht, dann ist es grundsätzlich – so zieht sich das durch das ganze Zivilrecht – an ihm, zu belegen, dass die Anspruchsgrundlagen für den Gewährleistungsfall tatsächlich vorliegen. Jetzt haben wir eine Ausnahme, die Beweislastumkehr. Die Ausnahme muss aber irgendwie gerechtfertigt sein. Hier haben wir nur die Rechtfertigung, dass wir sagen, wenn dieser Fehler in einer gewissen zeitlichen Nähe zur Übergabe auftritt, dann unterstellen wir, dass er auch schon bei Übergabe vorgelegen hat. Obwohl das gar nicht sicher ist. Aber wir unterstellen das einfach mal, um hier einen etwas weiteren Verbraucherschutz zu gewährleisten. Je mehr Zeit vergeht, desto wahrscheinlicher wird es aber, dass ganz andere Ursachen tragend werden für einen Mangel: Verschleiß, unsachgemäße Verwendung oder Ähnliches. Deshalb muss es eine Grenze für diese Beweislastumkehr geben. Unsere feste Überzeugung ist, dass die Sechs-Monats-Frist schon sehr großzügig bemessen ist. Wenn wir die weiter ausdehnen, steigt die Gefahr, dass Mängel als Gewährleistungsfälle geltend gemacht werden, die ganz andere Ursachen haben. Das ist in der Tat eine politische Abwägung. Wir meinen aber, dass wir mit der jetzigen Regelung, die ja in weiten Teilen in Europa übernommen wurde, eine gute Balance gefunden haben, um sowohl den Verbraucherinteressen als auch den Unternehmensinteressen Rechnung zu tragen.

Frau Rode-Bosse, Sie haben nach der Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen der beiden Richtlinien gefragt. Das ist ein Problem, das nach unserer Einschätzung in der Zukunft immer deutlicher zutage treten wird. Wenn wir sagen, die Digitalisierung schreitet weiter voran, dann – ich kann es mir heute noch gar nicht vorstellen – werden wir vielleicht in zehn Jahren zu Hause einen Kühlschrank stehen haben, der selbstständig einkauft. Dann stellt sich die Frage: Was ist das jetzt? Ist die Hauptfunktion noch die Kühlung, oder ist nicht vielleicht für mich als Kunden, wenn ich so einen Kühlschrank kaufe, viel entscheidender, dass jeden Tag morgens mein Liter Milch drin liegt? Damit kommen wir zu der Frage: Welche Funktion ist untergeordnet? Ist das Kühlen noch das Wichtige, oder ist es die Milchbestellung? Wie lösen wir das auf? Wir

meinen, dass der jetzt in der Richtlinie vorge-sehene Ansatz, von Unterordnung, Hauptfunktion usw. zu reden, zu großen Abgrenzungsproblemen und auch zu Rechtsstreitigkeiten führen könnte. Wir plädieren dafür, ganz einfach zu sagen, wenn ich ein Sachgut habe, in das auch ein digitaler Inhalt integriert ist, dann muss dieses Sachgut unter das Reglement für Sachgüter fallen. Unter die andere Richtlinie fallen dann nur rein digitale Inhalte. Ich habe mich heute sehr gefreut, dass die Serviceorientierung und die Kulanz des deutschen Einzelhandels hier von verschiedener Seite sehr gelobt wurden. In der Tat sagen 90 Prozent der Verbraucher, sie sind in Umtauschsituationen im Einzelhandel zufrieden. Ihnen wird sofort geholfen, sie bekommen das neue Produkt oder die Reparatur oder was auch immer sie beanspruchen. Jetzt könnte man sich fragen, wo denn eigentlich das Problem ist – ihr macht das ja sowieso heute alle. Dann machen wir eine gesetzliche Regelung: das, was ihr jetzt freiwillig macht, macht ihr demnächst, weil ihr es müsst. Es ist jedoch ein großer Unterschied, ob man etwas freiwillig oder gezwungenermaßen macht. Kulanz ist eine autonom vom Händler gewählte Serviceleistung. Er kann sie im Einzelfall gewähren oder unterlassen. Gegenüber dem querulantischen Kunden oder dem Kunden, bei dem ich befürchte, dass er meine Kulanz ausnutzt, kann ich diese Kulanz auch versagen. Es gibt ja keine Regelung für Unternehmen, Kulanz grundsätzlich immer zu gewähren. Hier sind Einzelfallentscheidungen möglich. Nicht zuletzt ist Kulanz ein Wettbewerbsfaktor: je mehr ich Kulanz gewähre, desto mehr habe ich eine Gelegenheit, mich durch gute Serviceleistungen von meinen Wettbewerbern abzusetzen. Wenn ich eine gesetzliche Verpflichtung einführe, dann ist dies so nicht mehr möglich. Ich kann dann natürlich sagen, wenn du, lieber Händler, dich jetzt im Wettbewerb bewähren willst, dann musst du zu den zwei Jahren, die dir ohnehin vorgeschrieben sind, noch drei weitere Jahre gewähren. Das geht aber nur dann auf, wenn man der Auffassung von Herrn Schmitz folgt, dass das alles kostenlos zu haben ist. Das glaubt kein Ökonom auf dieser Welt ernsthaft. Wie und auf welcher Grundlage diese Untersuchungen auch immer gelaufen sind – jeder Ökonom wird bestätigen, dass eine Erweiterung der Gewährleistungsrechte Kostenwirkungen hat. Wo die



am Ende des Tages bleiben, ob sie durch Effizienzgewinne im Handel selbst ausgeglichen werden, indem zum Beispiel das Angebot reduziert wird, kann ich nicht messen. Es wird Kostenwirkungen haben. Irgendeine Seite, ob es der Lieferant ist, der Händler durch Margenverlust oder der Verbraucher, wird die Zeche dafür zu zahlen haben. Ob ich das will oder nicht, das ist dann auch wieder eine politische Entscheidung.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt kommt Herr Spindler.

SV Prof. Dr. Gerald Spindler: Also, zäumen wir das Pferd mal ein bisschen von hinten auf. Erst einmal: die Cookies, wie ich in der Stellungnahme gesagt habe, und auch das Fingerprinting beim Browsern usw. – da hat der Kollege Bokor vollkommen Recht, das sind neue Technologien – , warum werden die nicht als Gegenleistung erfasst? Denn es gibt zahlreiche, wirklich marktbeherrschende, Dienste, die sich mit Methoden wie Cookies oder Fingerprinting die Daten holen. Die werden aber auch „kostenlos“ zur Verfügung gestellt – diese Dienste gäbe es nicht, wenn sie das nicht könnten. Jeder weiß das, wenn er sie benutzt. Ich unterstütze die Intention der Kommission, aber ich frage mich, warum das nicht mit rein soll, sondern nur dieser persönliche Registrierungsaccount. Damit fällt sehr viel weg. Wenn Sie nur an Googles Suchergebnisse u. ä. denken, ist das nicht einsichtig. Der zweite Punkt hängt damit sozusagen von der Kehrseite aus zusammen – die persönliche Registrierung. Ich muss allerdings zugeben, dass ich erst am Anfang des Nachdenkens bin, was Open Source, Wikipedia u. ä. angeht. Es gibt eine ganze Reihe von Modellen aus diesen Sektoren, die mit persönlichen Registrierungen arbeiten. Nehmen Sie Wikipedia: Sie müssen sich zwar nicht registrieren, wenn Sie Wikipedia-Inhalte abrufen, aber Sie können das, und erst recht, wenn Sie selber beitragen wollen. Der Sinn des Ganzen ist auch, dass Sie die Historie verfolgen können. Wenn Sie das strikt unter den Richtlinienvorschlag subsumieren, würde das bedeuten, dass sich Wikipedia wiederfindet als Service gegen Entgelt, mit allen möglichen Konsequenzen. Ich glaube nicht, dass das gewollt ist. Man kann das sicher auch über

Leistungsbeschreibungen erfassen. Dasselbe gilt für Open-Source-Software, die wir ja begrüßen – wenn da eine persönliche Registrierung dabei ist, damit man automatisch benachrichtigt wird, wenn Patches da sind, reicht das ja. Wenn ich den Richtlinienvorschlag richtig verstanden habe, wird nicht danach differenziert, was mit den Daten gemacht wird, das kann alles Mögliche sein. Hauptsache, es ist eine persönliche Registrierung. Das ist der Haken an der Geschichte. Ich glaube nicht, dass das von der Kommission intendiert war. Aber wenn man den Vorschlag wörtlich nimmt, fallen diese Sachen darunter. Zu den marktbeherrschenden Diensten, die – Stichwort „Datenschutzgrundverordnung“ – sehr wohl in der Lage sind, personenbezogene Daten wiederherzustellen: Die fallen trotzdem nicht unter den Richtlinienvorschlag, weil das nicht mit einer persönlichen Registrierung erfolgt. Das heißt, die bekommen als Entgelt personenbezogene Daten, aber erst in einem späteren Stadium, weil sie die mit allen möglichen anderen Daten mischen oder vergleichen – das sogenannten Profiling – und daraus den Mehrwert generieren, den sie weiterverkaufen können. Unter den Richtlinienvorschlag würden sie trotzdem nicht fallen. Das ist ein großer Sektor, der damit weg wäre. Gestatten Sie mir nur eine kurze Bemerkung zu der Dateneinwilligung und Fragen der Vertragserfüllung. Nehmen Sie als bekanntestes Beispiel „Facebook“. Da fallen fast alle Daten darunter, denn alle dienen der Erfüllung des Vertrages „soziale Netzwerke“. Ich weiß nicht, Herr Staudenmayer, was da rausfallen soll. Als Facebook-Anwalt würde ich Ihnen sagen: „Wunderbar!“. Dann ist alles davon erfasst und dann folgen auch die entsprechenden Pflichten.

Die **Vorsitzende**: Herr Stürner hatte noch eine Frage.

SV Prof. Dr. Michael Stürner: Vielen Dank, Frau Künast. Die Frage war, ob man mit der Regelung des Online-Kaufes warten sollte, bis die Daten zum Offline-Kauf da sind. Ich würde sagen: unbedingt. Und zwar deswegen, weil die beiden Komplexe sachlich gleich sind. Sachlich Gleiches sollte auch sachlich gleich geregelt werden. Unterschiede sind doch innerhalb des Regelungskomplexes „Mängelgewährleistung“



nicht vorhanden. Eine zeitlich verzögerte Verhandlung würde die Gefahr bergen, dass politisch Kompromisse in Bezug auf Online-Geschäfte geschnürt werden, die nicht akzeptabel sind, weil sich vielleicht das politische Klima ändert. Nehmen Sie als Beispiel das right to reject. Wenn das jetzt durch die Briten in den Online-Warenkauf rein verhandelt würde, und dann kommt doch der Brexit, und bei den Offline-Geschäften gibt es dann kein right to reject – das wäre ein nicht zu ertragender Widerspruch. Wo allerdings inhaltlich Unterschiede bestehen zwischen Online- und Offline-Geschäften, ist eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt, weil im Fernabsatz klar ist, dass eine besondere Vertriebsform eine besondere Gefahr nach sich zieht. Deswegen haben wir das Widerrufsrecht. Das ist eine sachlich unterschiedliche Behandlung, die gerechtfertigt ist. Alle anderen Dinge sollten gleich und deswegen aus praktischen Gründen auch gleichzeitig behandelt werden. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Bitte, Frau Wawzyniak. Ich hätte auch noch eine Frage.

Abg. **Halina Wawzyniak** (DIE LINKE.): Ich habe noch eine Frage an Herrn Staudenmayer. Ich will nur zunächst noch auf eines hinweisen, Herr Schröder: wenn mein Kühlschrank mir jeden Abend eine Milch bestellt, die dann aber nicht kühlt, und sie ist am nächsten Morgen sauer, dann hätte ich ein Problem mit meinem Kühlschrank. Die Frage an Herrn Staudenmayer betrifft den Online-Warenhandel. Wenn ich es richtig weiß, gibt es im Bundesrat den Wunsch, in Artikel 5 Buchstabe c) der Richtlinie das Merkmal „Haltbarkeit“ aufzunehmen, weil das ein Kriterium im Sinne von Ressourceneffizienz und Nachhaltigkeit sei, das nicht unbedingt unter „Qualität“ zu fassen ist. Mich würde interessieren, ob es da schon neue Entwicklungen gibt.

Die **Vorsitzende**: Ich bin ja begeistert, wie viele Leute sich mit Kühlschränken beschäftigen. Ich wollte schon Herrn Schröder für den HDE den innovativen Tipp geben, dass er nicht nur kühlt und Ihnen jeden Tag einen Liter Milch kauft – obwohl ich es nicht gesund finde, jeden Tag einen ganzen Liter Milch zu trinken – sondern

vielleicht sortiert er Ihnen das Essen auch noch so ein, dass Sie wissen, was Sie heute essen sollen. Da können Sie ja noch einen Ernährungsberater daraus machen. Die Zukunft ist glänzend. Ich habe aber auch eine Frage an Herrn Staudenmayer: Hat man eigentlich die Gesetzesfolgen überlegt? Welche Auswirkungen haben welche Regelungen, insbesondere wenn sie für den stationären und den Online-Handel unterschiedlich sind? Ich sage das, weil ich auf vielen Veranstaltungen war, wo der Handel im Lebensmittel- oder Kleidungsbereich sich große Sorgen machte. Die Leute kommen in den Laden, probieren die Sachen an und beim Rausgehen sagen sie noch munter: „Das bestelle ich mir jetzt für 20 Euro billiger online“, sodass ein Unternehmen quasi zur Servicestelle wird, ohne dafür eine Gebühr erheben zu können. Aber wir wissen auch, dass zum Beispiel Amazon und andere sich auf immer weitere Produktbereiche ausweiten, und gleichzeitig denken wir über funktionierende Innenstädte und ihren sozialen Wert als Treffpunkt nach. Deshalb frage ich: Gibt es Analysen dazu, wo wer im Wettbewerb wie bevorteilt wird? Welche Auswirkungen kann das unter sozialen Aspekten haben? Das frage ich besonders, weil es ja Mischbereiche geben wird. Also da, wo Frau Krause früher angerufen hat und gefragt hat, ob man ihr das oder das liefern könne, und dann der stationäre Einzelhandel geliefert hat, können die das jetzt auch als reinen E-Commerce oder als Mischung machen. Sie geht hin und sagt: bringen Sie es mir morgen früh. Da begibt man sich ja auf hohe See bei der Frage: In was für einem Vertrag bin ich jetzt eigentlich? Wie werde ich da qualifiziert? Gleichzeitig ist es so, dass die Kosten bei denen am geringsten sind, die weit außerhalb der Städte Gewerbegebiete und da immer die günstigsten Tarifgestaltungen für Mitarbeiter haben, und dann noch versprechen, mithilfe von schlecht bezahlten Logistikmitarbeitern, innerhalb von 24 Stunden zu liefern. Also ziemlich das Gegenteil dessen, was in New York und Paris letzstens beschlossen wurde. Als Nebeneffekt entsteht auch eine Benachteiligung für den stationären Handel in den Städten. Das ist ja ein Problem: Wir wollen uns dem 21. Jahrhundert, der digitalen Welt stellen, stellen an uns aber auch den Anspruch, dass wir Vorzüge unserer sozialen Strukturen nicht aufgeben und nicht noch zusätzlich



Wettbewerbsveränderungen schaffen, die als Kollateralschaden haben, dass wir die social development goals oder die Klimaziele, wie sie vereinbart sind, quasi mit Füßen treten.

Hat sonst noch jemand eine Frage? Nein.

SV Prof. Dr. Dirk Staudenmayer: Herzlichen Dank. Dann fange ich mit der konkreten Frage nach Artikel 5 Buchstabe c) des Richtlinien-vorschlags zum Online-Warenkauf an. Die Frage der Haltbarkeit fällt im Wesentlichen jetzt schon darunter, ist nur nicht genauer erwähnt, weil in Artikel 5 Buchstabe c) auf die Qualität und Tauglichkeit abgestellt wird, die bei Waren der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher erwarten kann. Das hängt natürlich von den Waren ab. Wenn ich eine Banane kaufe und die in den Kühlschrank lege, dann ist sie nach einiger Zeit verrottet. Ich erwarte keine besondere Haltbarkeit von drei Monaten von dieser Banane. Wenn ich ein Spielzeug kaufe, geht das nach einer gewissen Zeit kaputt. Da erwarte ich keine Haltbarkeit der Ware. Wenn ich ein Auto kaufe, ist das anders. Das heißt also, bei Qualität und Tauglichkeit, die der Verbraucher erwartet, fällt die Haltbarkeit bei einigen Waren im Wesentlichen schon darunter, ist nur nicht besonders erwähnt. Ob man das besonders erwähnen will, ist eine Frage. Man muss nur sicherstellen, dass es nicht für alle Produkte gilt, sondern nur für die, für die Haltbarkeit wirklich eine Rolle spielt. Und man muss sich darüber im Klaren sein, dass man dem Ganzen einen besonderen Akzent gibt.

Dann zu der Frage nach den Folgen für den stationären Handel. Zunächst einmal: Es ist ein strategisches Ziel der Kommission – das hat die Kommission in ihrer Mitteilung, die die beiden Vorschläge begleitet, ganz klar gesagt – dass wir einen einheitlichen Satz von Regeln haben, sowohl für Online- und Fernabsatz- als auch für den stationären Handel. Denn wir wollen nicht, dass Unternehmen zwei verschiedene Sätze von Regeln anwenden müssen, je nachdem auf welchem Vertriebsweg sie vertreiben, weil dem Omni Channel-Vertrieb die Zukunft gehört. Das ist strategisches Ziel der Kommission. Welches sind die Folgen für den stationären Handel? Natürlich haben wir darüber nachgedacht. Aber,

Frau Künast, die Folgen, die Sie erwähnen, sind ein viel zu großes Problem, als dass es diese Richtlinie regeln kann. Das ist ein allgemeines gesellschaftliches Problem, auch ein Problem der digitalen Wirtschaft. Das heißt, um es brutal auszudrücken, die Wirkungen, die Sie beschreiben, werden unabhängig von der Richtlinie eintreten oder nicht – je nachdem, wie man politisch auf diese Wirkungen reagiert. Aber es ist nicht Zweck dieser Richtlinie, das in die eine oder die andere Richtung zu treiben. Wir sind bei der Zielsetzung wesentlich bescheidener. Die Idee ist, zu sagen: Die Digitalisierung hat unbestreitbare wirtschaftliche Vorteile. Diese wirtschaftlichen Vorteile wollen wir fördern, um Wirtschaftswachstum zu erreichen. Die Digitalisierung hat auch Nachteile, die man angehen muss. Dafür ist diese Richtlinie aber wohl nicht das richtige Politikinstrument. Wenn Sie mir noch eine Bemerkung gestatten – Stichwort „Kühlschrank“. Was war unsere Überlegung? Wir hatten drei Möglichkeiten. Wir hätten sagen können: bei der Embedded Software wenden wir immer die Regelungen über den digitalen Inhalt an, oder wir wenden immer die Regelungen über die Güter an, oder wir wenden beide Regelungen an, je nachdem wo der Fehler liegt – im Produkt oder im digitalen Inhalt. Die mittlere Lösung haben wir als erste fallen lassen. Das Beispiel Waschmaschine – heute ist in fast jedem Haushaltsgerät Software eingebaut. Wenn ich als Otto Normalverbraucher eine Waschmaschine habe, und die funktioniert nicht, dann möchte ich nicht untersuchen müssen, wo der Fehler liegt, ob es das Schwungrad ist oder die Software, um wissen zu können, welche Rechte ich habe. Ich möchte mit meiner Maschine zum Händler zurückgehen und sagen, die geht nicht mehr – bitte reparieren. Die Trennung ist für Juristen – es sind ja viele Juristen im Raum – einleuchtend und auch juristisch gesehen die klarste Lösung, aber eher etwas für professionell deformierte Leute wie uns, und nicht für den normalen Verbraucher. Und jetzt haben wir die zwei anderen Regelungen – ganz die Güter oder ganz den digitalen Inhalt. Wir haben uns gesagt, es kommt darauf an. Weil wir nämlich eine zukunftsfähige Lösung wollen. Eine Lösung, die uns zehn oder fünfzehn Jahre begleiten kann. Bei den meisten Gütern ist es heute noch so, dass, wenn Software drin ist, immer noch der Zweck



des Gutes im Vordergrund steht. Wenn Sie eine Waschmaschine haben, dann ist der Zweck, die schmutzige Wäsche zu waschen. Ich saß vor einigen Monaten zum ersten Mal in meinem Leben in einem Tesla. Da steckt viel Software drin, das war sehr beeindruckend. Aber der Zweck dieses Autos ist es immer noch, mich von A nach B zu bringen. In einigen Jahren mag das anders sein, in einigen Jahren mag das Auto ein Büro auf vier Rädern sein, und der Zweck ist das Büro, das mich nebenbei auch noch rumfährt. Dann mag man sagen, die Regeln für den digitalen Inhalt finden Anwendung, und nicht mehr die Regeln über die Produkte. Bei dieser Unterscheidung gehen wir nach dem Schwerpunkt. Was ist die wichtigere Funktion? Das ist eine pragmatische Unterscheidung, die wir getroffen haben. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr an die Sachverständigen, uns ein bisschen klüger gemacht zu haben, damit wir wissen, was wir in unseren Köpfen und Herzen noch bewegen können. Das war eine gute Anhörung, denke ich, weil sie auf diese verschiedenen Fragestellungen hingewiesen hat und weil wir früh dran sind im Gesamtprozess. Es ist auch einfach, sich zu merken, dass es diese Anhörung gab, weil wir immer sagen können: aha, das war die „Kühlschrank-Anhörung“. Man hat eine Eselsbrücke, über die man sich erinnert: Es ging immer um Kühlschränke und da hat doch XY gesagt... Meinen ganz herzlichen Dank dafür. Wir werden uns sicherlich in dieser oder anderen Fragen noch einmal sehen. Danke auch an die Kolleginnen und Kollegen. Die Sitzung ist geschlossen.

Schluss der Sitzung: 16:09 Uhr

Renate Künast, MdB

Vorsitzende



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Dirk Staudenmayer	Seite 38
Joachim Bokor	Seite 47
Dr. Carsten Föhlich	Seite 52
Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel	Seite 59
Bob Schmitz	Seite 109
Dr. Peter Schröder	Seite 117
Prof. Dr. Gerald Spindler	Seite 131
Prof. Dr. Michael Stürner	Seite 148

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

DIRK STAUDENMAYER¹

DAS WACHSTUMSPOTENZIAL DES ELEKTRONISCHEN GESCHÄFTSVERKEHRS NUTZEN

Die Richtlinienvorschläge zu Verträgen über digitale Inhalte sowie den Online-Warenhandel sind der erste Teil der ganzheitlichen Kommissionsstrategie für den digitalen Binnenmarkt. Zusammen mit mehreren, teilweise schon verabschiedeten, teilweise in Bälde folgenden Paketen von Kommissionsinitiativen, wie z.B. zum Geo-blocking, werden sie in ihrer Gesamtheit günstige Rahmenbedingungen zur Förderung der Digitalisierung der Wirtschaft schaffen. Damit wird letztendlich mehr Wachstum für die Mitgliedstaaten geschaffen werden.

Die beiden Vorschläge zu den digitalen Verträgen zielen auf eine Erleichterung des elektronischen Geschäftsverkehrs durch die Veränderung zweier Rahmenbedingungen ab. Einerseits sollen Unternehmen, vor allem KMU, ihre Produkte im gesamten digitalen Binnenmarkt verkaufen können, ohne unnötige Kosten aufgrund vertragsrechtlicher Unterschiede schultern zu müssen. Andererseits soll das Verbrauchervertrauen hinsichtlich von Käufen im EU-Ausland gestärkt werden, wobei Verbraucher eine größtmögliche Auswahl zu wettbewerbsfähigen Preisen haben sollen.

Der Digitale Binnenmarkt ist allerdings bislang unvollständig. Der Anteil des elektronischen Handels am gesamten Einzelhandel ist in Europa bedeutend niedriger als in den USA. In Deutschland verkauften nur 14% der Einzelhändler online in andere Mitgliedstaaten, während 39% in Deutschland selbst verkauften. Lediglich 12% der deutschen Verbraucher kauften 2014 online in anderen Mitgliedstaaten ein, während 66% dies im Inland taten.

Unterschiede im Verbrauchervertragsrecht und ein Mangel an klaren Rechten im Bereich digitaler Inhalte sind eines der Haupthindernisse. Verkäufer von beweglichen Sachen im elektronischen Geschäftsverkehr müssen sich mit verschiedenen zwingenden Gewährleistungsregeln auseinandersetzen, da das EU-Recht hier nur Mindeststandards setzt, über die viele Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Punkten und in einem unterschiedlichen Ausmaß hinausgegangen sind. Spezifische EU-Vorschriften zur Gewährleistung für digitale Inhalte fehlen fast gänzlich. Einige Mitgliedstaaten haben begonnen, digitale Inhalte auf nationaler Ebene spezifisch zu regeln. Diese nationalen Regeln unterscheiden sich in Inhalt und Anwendungsbereich, haben aber eines gemeinsam: Sie sind zwingend ausgestaltet. Hier beginnt ein Trend, der dazu führen kann, dass in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche, zwingend ausgestaltete Regeln spezifisch für digitalen Inhalt gelten. Wenn Unternehmen unterschiedliche zwingende Regeln mit einem höheren Verbraucherschutzniveau beachten müssen, erschwert dies einen florierenden digitalen Binnenmarkt.

Ein besserer digitaler Binnenmarkt würde nicht nur Verbrauchern und Unternehmen Vorteile bringen, sondern auch gesamtwirtschaftliches Wachstum schaffen. So wird geschätzt, dass mindestens 120.000 Unternehmen mit dem Online-Verkauf in andere Mitgliedstaaten beginnen würden, sobald vertragsrechtsbezogene Hindernisse im grenzüberschreitenden

¹. Dirk Staudenmayer ist Referatsleiter "Vertragsrecht" in der Generaldirektion Justiz und Verbraucher der Europäischen Kommission.

Handel beseitigt werden. Zwischen 8 und 13 Millionen zusätzlicher Kunden würden beginnen, in anderen EU-Ländern einzukaufen. Das Bruttoinlandsprodukt würde sich in Europa um geschätzte 4 Milliarden und in Deutschland um 875 Millionen erhöhen.

Im Rat hat die niederländische Präsidentschaft die Arbeiten an den digitalen Inhalten energisch vorangetrieben. Die Arbeit im Europäischen Parlament an beiden Vorschlägen hat in den letzten Wochen begonnen; eine Abstimmung in den zuständigen Ausschüssen ist für das Jahresende vorgesehen. Die Kommission arbeitet mit beiden Zweigen des europäischen Gesetzgebers eng zusammen, um beide Vorschläge ohne Verzug durch das Gesetzgebungsverfahren zu führen.

EIN PROBLEM-ORIENTIERTER, FOKUSSIERTER HARMONISIERUNGSANSATZ

Bei den Vorschlägen hat die Kommission aus den Erfahrungen mit dem Verordnungsvorschlag zu einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht gelernt. Daher handelt es sich bei den Vorschlägen nicht um optionale Instrumente.

Vielmehr folgen die Vorschläge zur Herstellung EU-weit einheitlicher Anforderungen für Unternehmen und zur Sicherstellung eines einheitlich hohen Verbraucherschutzniveaus einem klassischen Harmonisierungsansatz. Eine Mindestharmonisierung hingegen würde dieses Ziel nicht erreichen, da sich die Unternehmen immer noch unterschiedlichen nationalen zwingenden Rechten gegenüber sehen würden, die Kosten verursachen würden.

Auch der Regelungsansatz ist bei weitem nicht so umfangreich und detailliert wie beim Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, sondern verfolgt einen sehr fokussierten, problemorientierten, Ansatz. Die Vorschläge konzentrieren sich ausschließlich auf konkrete und wesentliche Hemmnisse für den digitalen Binnenmarkt. Im Unterschied zum Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, das rund 200 Artikel umfasste, sehen die beiden Vorschläge deshalb jeweils nur rund 20 Artikel vor.

Die Wahl des Instruments der Richtlinie im Gegensatz zur Verordnung bietet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Vorschriften im Einklang mit ihrem gewachsenen nationalen Recht umzusetzen. So definiert z.B. der Richtlinienvorschlag zu Verträgen über digitale Inhalte nicht die Rechtsnatur des Vertrages. Die Mitgliedstaaten können ihre jeweilige Qualifizierung des Vertrages z.B. als Kauf-, Dienstleistungs- oder Mietvertrag und auch die übrigen einschlägigen Rechtsvorschriften beibehalten.

AUSGEWOGENE LÖSUNGEN IM INTERESSE VON UNTERNEHMEN UND VERBRAUCHERN

Durch das Aufgreifen von Markttrends und eine ausgewogene Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessen bringen beide Richtlinienvorschläge sowohl Unternehmen als auch Verbrauchern Vorteile.

Vorschlag zu Verträgen über digitale Inhalte

- *Weiter Anwendungsbereich sichert einheitliche Wettbewerbsbedingungen:* Der Begriff des digitalen Inhalts ist weit gefasst. Er erfasst z.B. Musik auf einer CD und einen Film auf einer DVD, sowohl die Software, die man sich auf den eigenen Computer herunterlädt also auf die, auf die man nur Zugang hat, Filme oder Fußballspiele, die man sich aufgrund eines Abonnements im Internet ansehen kann, Fotos, die in der Cloud gelagert werden und

digitale Spiele oder soziale Medien, an den man teilnimmt. Der weite Anwendungsbereich schafft einheitliche Wettbewerbsbedingungen und verhindert, dass bestimmte Kategorien digitalen Inhalts, z.B. abhängig vom Vertriebsweg oder dem Produktdesign Wettbewerbsvorteile, bzw. -nachteile haben. Er ist damit technologieneutral und zukunftsfähig und trägt der schnellen technologischen und kommerziellen Entwicklung in diesem Bereich Rechnung.

- *Einbeziehung von gegen Daten gelieferten digitaler Inhalte:* Der Vorschlag erfasst nicht nur die Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Geld, sondern als wesentlichen Fortschritt und Anpassung an die kommerzielle Realität auch digitalen Inhalt im Austausch mit von Verbrauchern aktiv bereitgestellten (personenbezogenen und anderen) Daten. Im Vergleich zu Verbrauchern, die mit Geld bezahlen, sollen Verbraucher, die mit Daten bezahlen, nicht weniger oder gar keine Rechte haben.
- *Der Vorschlag will aber nicht das gesamte Internet regeln.* Er erfasst daher nicht die Fällen, in denen der Anbieter personenbezogene Daten wie die IP - Adresse oder Metadaten wie die ausgewählten Webseiten oder die Verweildauer auf einer Webseite erhebt, ohne dass der Verbraucher diese aktiv bereitstellt. Er erfasst auch nicht diejenigen Fälle, bei denen Daten übermittelt werden, die für die Ausführung der jeweiligen Dienstleistung notwendig sind, z.B. den Standort des Verbrauchers bei einer Navigations - App, oder die der Anbieter entsprechend einer gesetzlichen Verpflichtung erhebt.
- *Die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte als notwendige Voraussetzung für einheitliche Rechte:* Die digitalen Inhalte müssen in erster Linie dem entsprechen, was im Vertrag zugesichert wurde. Hiermit sollen Widersprüche mit dem Urheberrecht vermieden werden, d.h. der Anbieter soll nicht in eine Lage kommen, wo er von Gesetzes wegen etwas leisten muss, dass er nach den vom Rechteinhaber oder früheren Lizenznehmern vertraglich auferlegten Beschränkungen nicht leisten darf. Diese Lösung soll auch sicherstellen, dass z.B. kleine Start-Ups weiterhin innovative Produkte in Form von sog. Beta-Versionen vertreiben können. Wenn allerdings der Vertrag keine klaren und umfassenden Vorgaben zu den wesentlichen Punkten enthält, soll dies nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen. In diesen Fällen wird die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte anhand objektiver Kriterien bewertet.
- *Beweislast:* Angesichts der hochkomplexen Natur digitalen Inhalts, liegt die Beweislast dafür, dass der Mangel bereits zum Lieferzeitpunkt bestand, beim Anbieter. Allerdings muss dies dann ausgewogen sein, wenn der Grund für das aufgetretene Problem in der Sphäre des Verbrauchers liegt, so z.B. bei Unvereinbarkeit mit Soft- oder Hardware des Verbrauchers oder einer zu wenig leistungsfähigen Internetverbindung. In solchen Fällen muss der Verbraucher mit dem Anbieter zusammenarbeiten, damit der Anbieter die Ursache feststellen kann. Diese Zusammenarbeit kann recht einfach z.B. dadurch erfolgen, dass der Verbraucher zustimmt, dass sein Gerät Schadensberichte abschickt. Verweigert der Verbraucher diese Zusammenarbeit, fällt die Beweislast auf ihn zurück.
- *Gewährleistungsrechte:* Ist der digitale Inhalt vertragswidrig, hat der Verbraucher in einem ersten Schritt Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen digitalen Inhaltes. Wenn der Vertragswidrigkeit dadurch nicht abgeholfen wird, kann der Verbraucher in einem zweiten Schritt Preisminderung oder Vertragsbeendigung verlangen. Diese Hierarchie der Gewährleistungsrechte stammt aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und hat sich in der Praxis, so auch im deutschen Recht, bewährt.

- *Keine Gewährleistungsfrist:* Da digitaler Inhalt keiner Abnutzung unterliegt, ist keine Gewährleistungsfrist vorgesehen. Allerdings gibt es natürlich eine zeitliche Begrenzung für die Haftung des Anbieters in Form von nationalen Verjährungsfristen, die die Mitgliedstaaten festlegen.
- *Änderung der digitalen Inhalte:* Der Vorschlag listet die Bedingungen auf, unter denen der Anbieter den Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte hinsichtlich wesentlicher Leistungsmerkmale ändern kann; insbesondere muss der Verbraucher informiert werden und kann den Vertrag seinerseits beenden.
- *Recht auf Beendigung langfristiger Verträge:* Der Vorschlag legt die Bedingungen fest, unter denen der Verbraucher das Recht auf Beendigung unbefristeter oder für eine Dauer von mehr als 12 Monaten geschlossener Verträge hat und somit den Anbieter wechseln kann.

Vorschlag zu Verträgen über den Online-Warenhandel

Der Vorschlag basiert im Wesentlichen auf der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die durch die Schuldrechtsreform ins deutsche BGB umgesetzt wurde.

Er regelt daher im Wesentlichen dieselben Themen wie bereits die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, d.h.

- die Vertragsmäßigkeit der Ware als notwendige Voraussetzung für
- die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers und
- die Ausübungsmodalitäten dieser Rechte.

Der Vorschlag erhöht im Vergleich zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie an einigen Stellen das Verbraucherschutzniveau. Im Vergleich zum deutschen Recht wirkt sich das hauptsächlich an drei Stellen aus.

- Der wichtigste Unterschied betrifft die *Beweislast*: Bei Vorliegen eines Mangels muss der Verbraucher innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren – statt wie bisher im deutschen Recht on 6 Monaten - nicht beweisen, dass dieser bereits zum Lieferzeitpunkt bestand. Aus einer aktuellen Studie geht hervor, dass eine längere Zeitspanne für die Beweislastumkehr in der Praxis keinen bedeutenden Unterschied macht, weil die Beweislastregeln in der Praxis sowohl auf Verkäufer- als auch auf Verbraucherseite weitgehend unbekannt sind und nur eine Minderheit der Verkäufer die 6 - Monats Frist anwenden. Die gleiche Länge für die Garantiefrist und die Beweislastumkehr wird es für den Verbraucher auch vereinfachen, seine Rechte geltend zu machen.
- Die Möglichkeit der *Vertragsbeendigung* gilt auch für kleinere Mängel.
- Die *Gewährleistungsfrist für online erworbene Gebrauchsgüter* kann nicht mehr vertraglich von zwei Jahren auf ein Jahr reduziert werden.

NICHT GEREGLTE BEREICHE

Zunächst lassen beide Vorschläge das allgemeine nationale Vertragsrecht unberührt. Daher regeln sie z.B. nicht:

- Allgemeine Grundsätze des Vertragsrechts;
- Zustandekommen eines Vertrags;
- Wirksamkeit eines Vertrags;
- Wirkungen eines Vertrags;
- Anfechtungsgründe eines Vertrags;
- Andere Fälle der Beendigung des Vertrags;
- Gefahrübergang;
- Zahlung von Zinsen;
- Verjährung.
- Allgemeine Regelungen über unfaire Vertragsbestimmungen.

Vorschlag zu Verträgen über digitalen Inhalt

Der Vorschlag zu Verträgen über digitalen Inhalt gilt auch nicht für Verträge, die Folgendes zum Gegenstand haben:

- Dienstleistungen, bei denen die menschliche Arbeit im Vordergrund steht wie z.B. die von einem Übersetzer vorgenommene Übersetzung, die nur digital übermittelt wird, während die durch eine Übersetzungssoftware vorgenommene automatische Übersetzung einbezogen ist;
- Telekommunikationsdienste, bei denen es nur um die Übertragung der Telekommunikation an sich geht;
- Gesundheitsdienstleistungen, die von einem Angehörigen eines medizinischen Berufes vorgenommen werden;
- Glücksspiel und
- Finanzdienstleistungen.

Der Vorschlag zu Verträgen über digitalen Inhalt bekräftigt zwar ein grundsätzliches Recht auf Schadensersatz für die Fälle, in denen die digitalen Inhalte und die Hardware des Verbrauchers beschädigt wurden. Alle anderen Schäden, wie z.B. andere Vermögensschäden, Mangelfolgeschäden oder immaterielle Schäden, werden aber nicht geregelt. Die Regelung dieser Schäden sowie alle Bedingungen und Folgen des Schadensersatzanspruches, z.B. ob er auf Verschulden basiert oder nicht, werden von den Mitgliedstaaten festgelegt.

Vorschlag zu Verträgen über den Online-Warenhandel

Der Vorschlag zum Online – Warenhandel regelt Schadensersatz gar nicht.

Der Vorschlag zum Online – Warenhandel schließt auch den Fernabsatz mit ein; im stationären Handel geschlossene Verträge sind aber noch nicht erfasst. Die Kommission ist sich jedoch der wachsenden Bedeutung des Omni-Channel Vertriebs bewusst. Sie hat daher in der die Vorschläge begleitenden Mitteilung angekündigt, dass sie all notwendigen Schritte hin zu einem einheitlichen Rechtsrahmen für den gesamten Online- und Offline – Warenhandel unternommen wird. Die ersten Daten zur Anwendung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie werden noch in diesem Jahr vorliegen. Wenn sie die vorläufige Kommissionsanalyse nach der öffentlichen Konsultation vom Sommer 2015 bestätigen, können diese Daten in den Gesetzgebungsprozess zum Vorschlag zum Online – Warenhandel einfließen.



Europäische
Kommission

INFORMATIONSBLETT DEUTSCHLAND

DEZEMBER 2015

MODERNE REGELN FÜR ONLINE-EINKÄUFE



Worin besteht das ungenutzte Potenzial von grenzüberschreitendem E-Commerce in Deutschland?

Unternehmen

Trotz des schnellen Wachstums von E-Commerce nutzen die meisten deutschen Unternehmen den digitalen Binnenmarkt noch nicht optimal.

Nur 14% der deutschen Einzelhändler verkaufen online an Verbraucher in anderen EU-Ländern. Gleichzeitig verkaufen **fast dreimal** so viele (39%) online in ihrem eigenen Land.

31% Unterschiede in nationalen Vertragsgesetzgebungen sind für **einen von drei deutschen Händlern** (31%), die derzeit online verkaufen, ein bedeutendes Hindernis für grenzüberschreitende Verkäufe.

Wenn die gleichen Regeln für E-Commerce in der gesamten EU angewendet würden, **würden 44% der deutschen Unternehmen**, die entweder aktiv oder interessiert an einem grenzüberschreitenden Onlinehandel sind, „definitiv“ oder „in gewissem Rahmen“ mit grenzüberschreitenden Onlineverkäufen beginnen oder diese ausweiten.

44%

Verbraucher

Deutsche Verbraucher vermissen auch die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Produktauswahl und besserer Preise. **Nur 12%** der deutschen Verbraucher kaufen online aus anderen EU-Ländern. Gleichzeitig kaufen 66% online in ihrem eigenen Land.

30%

Mangelndes Vertrauen spielt eine Schlüsselrolle: **Nur 30% der deutschen Verbraucher fühlen sich** beim Online-Einkauf in einem anderen EU-Staat sicher.

Drei von zehn Hauptsorgen der Verbraucher beim Onlinekauf in anderen EU-Staaten hängen mit den wichtigsten Vertragsrechten zusammen, wie etwa Nichtlieferung ihrer Bestellung, Lieferung eines falschen oder beschädigten Produkts oder Reparatur und Umtausch mangelhafter Ware.

39% der deutschen Verbraucher, die in den letzten 12 Monaten auf vier beliebte Arten **digitalen Inhalts** zugegriffen haben (Musik, Spiele, Antivirensoftware und Cloud Storage), hatten im Zusammenhang mit den Inhalten, für die sie bezahlt hatten, **mindestens ein Problem** im Hinblick auf Qualität, Zugriff oder Geschäftsbedingungen. Darüber hinaus hatten 27% mindestens ein Problem mit Inhalten, für die sie nicht mit Geld bezahlt hatten.

27%

Welche Lösung schlägt die Europäische Kommission vor?

Die Kommission schlägt zwei Richtlinien vor: eine für digitale Inhalte und eine andere für Waren. Damit wird gewährleistet, dass die wichtigsten Regeln für Vertragsrechte in der gesamten EU für Onlinekäufe von Waren und die Lieferung von digitalem Inhalt gleich sind.

Unternehmen

Wie werden diese Richtlinien das Leben für Unternehmen in Deutschland verbessern?

Unternehmen in Deutschland werden Kunden aus der gesamten EU auf Grundlage der gleichen Regeln für Vertragsrechte digitale Inhalte zur Verfügung stellen können und so auch Waren online an Kunden aus der gesamten EU verkaufen. Dies schafft rechtliche Sicherheit und eine unternehmensfreundliche Umgebung.



Wenn digitaler Inhalt zur Verfügung gestellt wird, fallen für deutsche Unternehmen keine Kosten für die rechtliche Fragmentierung an, die ohne EU-weite Richtlinien und auch dadurch entstehen, dass einige Mitgliedstaaten

bestimmte nationale Verordnungen einsetzen. Beim Verkauf von Waren sparen Unternehmen die Kosten für die Anpassung an die Regeln für Vertragsrechte jedes Mitgliedstaats, in dem sie verkaufen wollen.



Gemeinsame Regelungen in der EU mindern die auf das Vertragsrecht bezogenen Bedenken der Verbraucher. Mehr **Verbraucher** werden ermutigt, **Onlinekäufe in anderen EU-Ländern zu tätigen**, und sie bilden so einen Markt von bis zu **70 Millionen** grenzüberschreitenden Onlinekäufern. Dies öffnet neue Märkte und ist besonders von Vorteil für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die ihren Kundenstamm ausbauen und oft über ihren Heimatmarkt hinausgehen müssen.



Verbraucher

Wie werden diese Richtlinien das Leben der Verbraucher in Deutschland verbessern?

Verbraucher in Deutschland werden Zugang zu Angeboten von mehr Händlern in der EU haben und deshalb von einem **größeren Produktangebot** zu **wettbewerbsfähigeren Preisen profitieren**.

Verbraucher haben bestimmte Rechte mit einem hohen Schutzniveau, wenn sie auf digitale Inhalte zugreifen und Waren online kaufen. Für digitale Inhalte gelten die Regeln unabhängig davon, ob Verbraucher mit Geld zahlen oder dem Anbieter für den Zugang zum Inhalt ihre persönlichen Daten geben (z. B. bei der einfachen Registrierung).

DIGITALER INHALT:



Haftung des Anbieters bei Mängeln: Wenn der digitale Inhalt mangelhaft ist, kann der Verbraucher Abhilfe verlangen. Es gibt keine zeitliche Begrenzung für die Haftung des Anbieters für solche Mängel, denn anders als bei Waren nutzen sich digitale Inhalte nicht ab.



Umkehr der Beweislast: Wenn die digitalen Inhalte mangelhaft sind, ist es nicht die Aufgabe des Verbrauchers zu beweisen, dass der Mangel zum Lieferzeitpunkt bestand. Stattdessen muss der Anbieter beweisen, dass dies nicht der Fall war. Dies ist durch die technische Natur der digitalen Inhalte wichtig, denn dabei kann es besonders schwierig für Verbraucher sein, die Ursache für ein Problem zu beweisen.



Recht zum Beenden eines Vertrags: Verbraucher werden das Recht haben, Langzeitverträge und solche Verträge zu beenden, an denen der Anbieter wesentliche Änderungen vornimmt.

WAREN:



Umkehr der Beweislast für zwei Jahre: In Deutschland muss ein Verbraucher, der innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten nach Abhilfe für Mängel bei einem Produkt fragt, nicht beweisen, dass der Mangel schon zum Lieferzeitpunkt bestand; es ist Aufgabe des Verkäufers, das Gegenteil zu beweisen. Der Zeitraum, während dem der Verkäufer der Beweislast unterliegt, wird jetzt auf zwei Jahre ausgeweitet.



Kleine Fehler: Wenn der Verkäufer eine mangelhafte Ware nicht reparieren oder ersetzen kann, haben Verbraucher das Recht, den Vertrag zu beenden und ihr Geld zurückzubekommen. Das gilt auch bei kleinen Mängeln.

Gebrauchtwaren: Für online eingekaufte Gebrauchtwaren können Käufer nun innerhalb eines Zweijahreszeitraums ihre Rechte wahrnehmen. Dies gilt für neue Waren anstatt des einjährigen Zeitraums, der momentan in Deutschland angewandt wird.

Wie werden diese Richtlinien zum Wirtschaftswachstum beitragen?

Der Abbau von Hindernissen im Zusammenhang mit dem Vertragsrecht wird den grenzüberschreitenden Handel erleichtern.



Es wird erwartet, dass das derzeitige **EU-BIP** durch die höhere wirtschaftliche Aktivität um **4 Mrd. EUR zunehmen wird**.



Deutschlands BIP im Besonderen soll um ungefähr **875 Mio. EUR** wachsen.



Mehr Wettbewerb wird dazu führen, dass die Verbraucherpreise in der gesamten EU sinken. Dies wird zu einer weiteren Stärkung der Verbraucherinteressen führen und den Konsum der Haushalte in der EU um schätzungsweise **18 Mrd. EUR**, gemessen am jetzigen Stand, steigern.



In **Deutschland** wird der Konsum der Haushalte durch die sinkenden Verbraucherpreise um schätzungsweise 3,2 Mrd. EUR zunehmen.

QUELLEN:

- *Flash Eurobarometer 396 'Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection' (2015)*
- *Flash Eurobarometer 413 'Companies engaged in online activities' (2015)*
- *Eurostat Survey on Internet purchases by individuals (2015)*
- *Eurobarometer 397 'Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection' (2014)*
- *'Consumer surveys identifying the main cross-border obstacles to the Digital Single Market and where they matter most', GfK (2015)*
- *'Economic Study on Consumer Digital Content Products', ICF International (2015)*
- *'The Macro-economic Impact of e-Commerce in the EU Digital Single Market' (2015)*

Věra Jourová, Kommissarin für Recht, Verbraucher und Gleichstellung der Geschlechter  #VeraJourova

Generaldirektion Justiz und Verbraucher  #EU_consumer  EUJustice  EUJustice

#DigitalSingleMarket
<http://ec.europa.eu/justice/dsm>



Amt für Veröffentlichungen

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*, Richtlinienentwürfe 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 Derivatthandel 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.

TRUSTED SHOPS GmbH, Subbelrather Str. 15c, 50823 Köln

TRUSTED SHOPS GmbH

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Geschäftsführer
Jean-Marc Noël, Ulrich Hafenbradl,
Thomas Karst

USt-StNr.: 217/5790/0785
USt-IdNr.: DE812947877
Amtsgericht Köln, HRB 32735

Postbank Köln
IBAN DE64 3701 0050 0099 3355 03
BIC PBNKDEFF

www.trustedshops.com

25.04.2016

Stellungnahme zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren

Dr. Carsten Föhlich
Telefon 0221 77536-78, Fax -478
foehlich@trustedshops.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Gelegenheit, zu dem Vorschlag für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (Ratsdok.-Nr. 15252/15, nachfolgend "OKRL-E") im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz Stellung nehmen zu dürfen, was wir nachfolgend gern tun.¹

1. Vollharmonisierungsansatz

Der Vollharmonisierungsansatz wird ausdrücklich begrüßt. Die Konfrontation mit mehreren unbekanntem Rechtsordnungen stellt ein Hindernis für den Online-Handel dar, weil dies Rechtsberatungskosten auf Verkäuferseite und Rechtsunsicherheit auf Käuferseite verursacht. Nachdem die fernabsatzspezifischen Verbraucherrechte im Rahmen der Verbraucherrechterichtlinie (VRRL) vollständig harmonisiert wurden, ist es nur konsequent, auch die kaufrechtliche Mängelhaftung zu vereinheitlichen.² Im Unterschied zur VRRL findet jedoch eine Differenzierung nach Vertriebsweg statt. Dieses Konzept der „Bereichsvollharmonisierung“ ist aus vielerlei Hinsicht problematisch.

2. Zeitpunkt des Gesetzgebungsvorhabens

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine neue Regelung unbedingt zum jetzigen Zeitpunkt erforderlich ist. Die Händler haben die Neuerungen durch die Verbraucherrechterichtlinie teilweise immer noch nicht vollständig umgesetzt. Allein seit 2008 erfolgten fünf grundlegende Novellierungen des Fernabsatzrechts durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen,³ das Gesetz zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht,⁴ das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von

¹ Hinsichtlich des Vorschlags für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Ratsdok.-Nr. 15251/15, nachfolgend "DGRL-E") verweisen wir auf die Stellungnahmen der anderen Sachverständigen und Verbände.

² So auch *Bitkom*, Stellungnahme v. 24.02.2016, S. 1; Der Mittelstandsverbund, Stellungnahme v. März 2016, S. 1; DAV, Stellungnahme Nr.: 13/2016, S. 2.

³ BGBl. 2009 I S. 2413.

⁴ BGBl. 2009 I S. 2355.

Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge,⁵ das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes⁶ sowie dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (VRRL) und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung.⁷ Diese Gesetze werden seitens der Händler weniger mit Förderung des Online-Handels als mit neuen Abmahnungen in Verbindung gebracht, da die Regulierungsdichte sehr hoch geworden ist und viele Fragen noch ungeklärt sind, beispielsweise wie ausführlich die wesentlichen Produktmerkmale im Rahmen der „Button-Lösung“ auf der Bestellseite aufzulisten sind. Überspitzt formuliert könnte man meinen, dass gesetzliche Neuregelungen eher zum Handelshemmnis als zur Erleichterung für den Online-Handel geworden sind und die Akzeptanz für weitere Neuregelungen daher sehr gering ist.

3. Zielerreichung

Gründe und Ziele des Vorschlags sind jedoch in erster Linie der Abbau von Handelshemmnissen für Händler und Verbraucher. Es wird die These aufgestellt, dass für Händler das unterschiedliche Vertragsrecht der Mitgliedstaaten einer der Hauptgründe ist, nicht grenzüberschreitend zu handeln.⁸ Dies wird bezweifelt. Andere Umfragen aus Unternehmenskreisen mit einer weit höheren Anzahl befragter Teilnehmer⁹ kommen vielmehr zu dem Ergebnis, dass rechtliche Themen weniger ein Grund sind, nicht grenzüberschreitend zu handeln. Vielmehr spielt aus Kundensicht eine Rolle:

- Webseite und / oder Kundensupport nicht in lokaler Sprache verfügbar
- Besorgnis über die Sicherheit der persönlichen oder finanziellen Daten
- Vertrauensmangel in Händler und / oder Produktauthentizität
- Schwierige und / oder kostenintensive Retouren
- Höhere Gesamtkosten, um international einzukaufen
- Besorgnis über Zollabgaben, Gebühren und / oder Steuern¹⁰

Auch ist festzustellen, dass die meisten Händler ohnehin faktisch grenzüberschreitend handeln, indem die Angebote und AGB zumindest auf Englisch vorgehalten werden und spezifische Versandkosten für eine Vielzahl von Ländern genannt werden, und zwar nicht nur innerhalb der EU, sondern häufig auch weltweit, wobei meist auf das gesetzliche Mängelhaftungsrecht verwiesen wird. Rechtliche Risiken werden hierbei offenbar in Kauf genommen, und zwar sowohl von großen Konzernen als auch von kleineren und mittelständischen Unternehmen. Dies hat in der Praxis bislang nicht zu nennenswerten Problemen geführt, zumal durch zahlreiche Harmonisierungs- und Gesetzesvorhaben, insbesondere die VRRL, das Verbraucherschutz-Niveau ohnehin schon sehr hoch und zum Großteil harmonisiert worden ist.

4. Innerstaatliche Fragmentierung

Insgesamt entsteht daher der Eindruck, dass durch die Richtlinie in erster Linie die europäische Rechtsfragmentierung in die einzelnen Mitgliedsstaaten verlagert wird. Denn in den einzelnen Mitgliedstaaten entsteht eine unnötige Zersplitterung der Gewährleistungsrechte, je nachdem, auf welchem Weg der Konsument Waren einkauft. Dies ist bedenklich.

So würde für ein und denselben Kauf ein unterschiedliches Gewährleistungsrecht gelten, je nachdem ob der Kunde die Ware im Onlineshop oder im stationären Geschäft desselben Händlers kauft. Dies ist weder für den Verbraucher verständlich noch für den Händler transparent darstellbar. Zudem würde durch diese Ungleichbehandlung ein erhebliches Akzeptanzproblem entstehen, und die Komplexität würde derart stark

⁵ BGBl. 2011 I S. 1600.

⁶ BGBl. 2012 I S. 1084.

⁷ BGBl. 2013 I S. 3642.

⁸ Begründung OKRL-E, S. 2 unter Berufung auf einen Eurobarometer Flash von 2015 mit nur 396 Befragten.

⁹ „Export-Weltmeister Deutschland? Nicht im E-Commerce. Was britische E-Commerce-Händler deutschen voraus haben.“, OC&C, Google, Paypal (2015), 3.000 Befragte, abrufbar unter: <http://www.techtag.de/wp-content/uploads/2015/10/OCCExportweltmeister-Deutschland-Nicht-im-ECommerce.pdf> (Stand: 22.4.2016).

¹⁰ OC&C, Google, Paypal (2015), S. 20.

steigen, dass zumindest in Deutschland neue Abmahnungen von Onlinehändlern zu befürchten sind, was die Ablehnung noch vergrößert.

Diese Rechtszersplitterung, die durch die Richtlinie innerhalb der Mitgliedstaaten entsteht, ist das wesentliche Problem des Richtlinienvorschlags.

5. Im Einzelnen

a) Anwendungsbereich

Besonders rückständig erscheint das „Bereichsvollharmonisierungskonzept“ in Zeiten, in denen die Verkaufskanäle mehr und mehr zusammenwachsen („Omni-Channel“). Während die Wirtschaft dafür plädiert, kundenorientiert zu handeln und z.B. zu akzeptieren, dass über die Distanz gekaufte Ware auch lokal abgeholt oder zurückgegeben werden kann bzw. im lokalen Show-Room Waren am Terminal oder per Smartphone bestellt und nach Hause geliefert werden, trennt der Gesetzgeber diese Kanäle rechtlich künstlich auf.

Die Probleme beginnen also schon beim Anwendungsbereich der geplanten Richtlinie. Unklar ist beispielsweise, wie „Click and Collect“ Geschäftsmodelle, bei denen der Kunde online die Ware bestellt, jedoch im Ladengeschäft abholt zu behandeln sind. Bereits nach der Verbraucherrechterichtlinie ist nicht eindeutig, ob hier stets ein Widerrufsrecht gilt, da vielfach das Geschäft so konstruiert wird, dass eine Annahme der Vertragserklärung des Konsumenten erst vor Ort im Ladengeschäft erfolgen soll. Nach dem Wortlaut der Verbraucherrechterichtlinie wären solche Geschäfte entgegen deren Zielsetzung nicht Fernabsatzgeschäfte, so dass kein Widerrufsrecht greifen würde. Richtigerweise muss man jedoch auf die vertragliche (einseitige) Bindung des Verbrauchers und nicht die ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln auch bei der Vertragsannahme abstellen, so dass je nach Konstruktion des Vertragsschlusses ein Widerrufsrecht bei Abholung im stationären Ladengeschäft besteht oder nicht.

Übertragen auf den neuen Richtlinienvorschlag bedeutet dies, dass ein Kunde eines Onlineshops je nach Vertragsschluss bzw. verwendeter Zahlungsart bei Abholung im Ladengeschäft mit unterschiedlichen Gewährleistungsrechten konfrontiert ist. Der Händler hätte zudem in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen diese Unterschiede transparent zu erklären. Dies kann in der Praxis nur misslingen.

Ein weiterer Kritikpunkt ist der Ausschluss von Dienstleistungsverträgen. Zur Begründung wird in Erwägungsgrund 12 OKRL-E auf die VRRL hingewiesen:

„Enthält ein Vertrag sowohl Elemente, die den Verkauf von Waren als auch solche, die die Bereitstellung von Dienstleistungen betreffen, sollte die Richtlinie im Einklang mit dem Konzept der Richtlinie 2011/83/EU nur für den Teil gelten, der sich auf den Verkauf von Waren bezieht.“

Der Verweis ist jedoch unzutreffend, da die Legaldefinition des Kaufvertrags in Art. 2 Abs. 5 VRRL, ausdrücklich auch Verträge erfasst, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Dies bestätigt auch § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB, der im Zuge der Umsetzung der VRRL in das deutsche Recht eingeführt wurde:

„Um einen Verbrauchsgüterkauf handelt es sich auch bei einem Vertrag, der neben dem Verkauf einer beweglichen Sache die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer zum Gegenstand hat.“

Schließlich zeigen die Regelungen der Art. 6 und 8 Abs. 2 OKRL-E über Montage oder Installierung, dass der Richtlinienvorschlag zumindest auf diese gemischten Verträge anzuwenden ist. Um den Gleichlauf mit der VRRL sicherzustellen, sind gemischte Verträge in den Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags einzubeziehen.

b) Unklare Begrifflichkeiten

Der Richtlinienvorschlag führt unnötig eine Reihe unklarer bzw. zu anderen Richtlinien nicht kohärenter Begriffe ein. Die Begriffe in Art. 2 OKRL-E stammen teilweise aus der VRRL, teilweise aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Gleichzeitig weisen die Definitionen allerdings sprachliche Abweichungen auf, ohne dass es ersichtlich ist, ob hierdurch auch inhaltliche Änderungen bezweckt werden. Im Hinblick auf den Vollharmonisierungsansatz und die bezweckte Auslegung im Sinne der VRRL und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (so Erwägungsgrund 15 OKRL-E) sind die Definitionen entsprechend anzupassen bzw. klarstellende Hinweise in den Erwägungsrunden aufzunehmen. So wird zum Beispiel ohne Not ein anderer Verbraucherbegriff verwendet als in der Verbraucherrechterichtlinie, der die gerade erst kodifizierten „Dual Use“ Geschäfte nicht regelt.

Auch außerhalb der Definitionen finden sich unklare Begriffe. Mit der Formulierung „im Vorfeld“ in Art. 5 wird nicht ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen, sondern eine abweichende Angabe des Herstellers gemeint sein, so dass hier die Übersetzung zu überprüfen ist.¹¹ In Art. 5 finden sich auch eine Reihe weiterer unklarer Begriffe, wie zum Beispiel „Zubehör“, „Verpackung“ oder „erwarten“.¹²

c) Vertragsmäßigkeit

Die Regelungen der Art. 4 ff. OKRL-E entsprechen inhaltlich im Wesentlichen den Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Wie an anderen Stellen auch lassen sich jedoch sprachliche Abweichungen feststellen, ohne dass ersichtlich ist, inwiefern sich hiermit auch systematische oder inhaltliche Änderungen verbunden sind. Eine Klarstellung wäre wünschenswert.

Art. 4 Abs. 1 OKRL-E enthält die subjektiven, Art. 5 ff. OKRL-E die objektiven Kriterien, die die Waren erfüllen müssen, um den Anforderungen des Kaufvertrags zu entsprechen.¹³ Der Verweis in Art. 4 Abs. 2 OKRL-E auf Artikel 5 und 6 OKRL-E soll sicherstellen, dass die Vertragsmäßigkeit der Waren anhand einer Kombination aus subjektiven und objektiven Kriterien geprüft. Gibt es keine ausdrücklichen Vertragsklauseln, die spezifische Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit enthalten, müssen die Waren diese objektiven Kriterien erfüllen.¹⁴ Weder im OKRL-E, noch in seiner Begründung wird jedoch klargestellt, dass auf die objektiven Kriterien nur dann zu zugreifen ist, wenn die Parteien keine entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Dies ist erforderlich, um die Anwendungsbereiche des Art. 4 Abs. 1 b) und Art. 5 a) OKRL-E voneinander abzugrenzen¹⁵ und den Regelungsgehalt von Art. 4 Abs. 3 OKRL-E bestimmen zu können. Der Hinweis in Erwägungsgrund 19 OKRL-E („nicht nur ... sondern auch“) lässt allerdings auch eine Auslegung dahingehend zu, dass die objektiven und subjektiven Kriterien stets nebeneinander anwendbar sind. Dies sollte klargestellt werden.

Der Begriff „Beschreibung“ in Art. 4 Abs. 1 a) OKRL-E ist zu streichen. Die „Beschreibung“ einer Ware stellt keine Eigenschaft oder Beschaffenheit, die dieser innewohnt, dar. Vielmehr bildet sie im Regelfall die Grundlage der vertraglichen Vereinbarung und mithin den Maßstab, an dem die gelieferte Ware zu messen ist.

In Art. 4 Abs. 3 OKRL-E des Richtlinienvorschlags ist ein ausdrückliches Einverständnis des Konsumenten bei einer abweichenden Beschaffenheit vorgesehen. Dies ist online nur durch eine Opt-In Box zu realisieren, das heißt die übliche Warenbeschreibung zur Vereinbarung einer Beschaffenheit würde nicht mehr ausreichen, sondern der Kunde müsste aktiv ein Häkchen setzen. Solche Sonderkonstruktionen, die tief in die technischen Abläufe eingreifen, sind online realitätsfern. Es ist daher auf die Formulierung „ausdrücklich akzeptiert“ zu verzichten. Die normale Vereinbarung im Rahmen der Produktbeschreibung muss ausreichend sein.

¹¹ Nach der englischen Fassung kommt es richtigerweise hierauf nicht an. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Erklärung von oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person „in earlier links of the chain of transactions“ abgegeben wurden. Eine sinngemäße Übersetzung ins Deutsche müsste etwa wie folgt lauten: „die von dem Verkäufer oder einer anderen Person in einem vorgelagerten Glied der Vertragskette, einschließlich des Herstellers, oder in deren Auftrag abgegeben wurden.“, DAV, Stellungnahme Nr.: 13/2016, S. 20.

¹² Dazu sogleich unter „Vertragsmäßigkeit“.

¹³ Vgl. die Begründung des OKRL-E, S. 17.

¹⁴ Vgl. die Begründung des OKRL-E, S. 17.

¹⁵ So auch DAV, Stellungnahme Nr.: 13/2016, S. 12.

Nach Art. 5 OKRL-E muss die Ware mit solchem Zubehör einschließlich Verpackung, Montageanleitungen und anderen Anleitungen geliefert werden, deren Erhalt der Verbraucher erwarten kann. Die Regelung erscheint in ihrem Ansatz sinnvoll, da der Verbraucher in der Lage versetzt werden muss, die gelieferte Sache in Anspruch zu nehmen. In der Praxis dürfte sie jedoch zunächst zu Abgrenzungsproblemen führen. In den Erwägungsgründen findet sich kein Hinweis, wie der Begriff des Zubehörs auszulegen ist. Fehlen bestimmte Gegenstände, die der Hauptware wirtschaftlich untergeordnet sind, wäre zu ermitteln, ob eine unvollständige (Teil-)Lieferung oder eine mangelhafte Lieferung im Sinne des Art. 5 b) OKRL-E vorliegt. Auch der Begriff der Verpackung ist präzisierungsbedürftig. Erfasst werden sollte nur Produktverpackung, da nur diese unter Umständen eine wirtschaftliche Einheit mit der Ware selbst bilden können. Schließlich fehlen verlässliche Maßstäbe dafür, was der Verbraucher üblicherweise erwarten darf. Die Vorschrift ist somit nur auf die Produktverpackung, die Montage- bzw. Bedienungsanleitungen sowie solche Zubehörgegenstände einzuschränken, die vom Standard-Montagematerial, abweichen.

d) Feststellung der Vertragsmäßigkeit

Abweichend vom Regelfall der Warenlieferung regelt Art. 8 Abs. 2 OKRL-E den für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkt für Waren, die zur Montage vorgesehen sind. Differenziert wird danach, ob die Ware vom Verkäufer bzw. in dessen Auftrag oder vom Verbraucher selbst montiert werden sollte. Im ersten Fall beginnt die Frist mit Abschluss der Montagearbeiten. Dies ist nur sachgerecht, da bis zur Montage der Ware, die Ware beim Verbraucher nur gelagert wird, ohne dass er sie in Gebrauch nehmen und Einfluss auf ihre Eigenschaften haben kann. Auch in dem zweiten Fall wird primär auf den tatsächlichen Zeitpunkt der Montage bzw. der Installation abgestellt. Damit die Gewährleistungsfrist nicht durch den Verbraucher ewig verlängert werden kann, soll die Frist spätestens 30 Tage nach der Lieferung beginnen. Dies ist grundsätzlich hinzunehmen. Da der europäische Gesetzgeber eine 14-tägige Frist bereits für ausreichend gesehen hat, damit sich der Verbraucher von den Eigenschaften und Funktionsfähigkeit der Ware überzeugen kann, erscheint eine dahingehende Verkürzung der Frist jedoch sinnvoll.

Viel problematischer dürfte es sich in der Praxis erweisen, die zur Montage oder Installation bestimmten Waren von den „normalen“ Waren abzugrenzen. Durch die unklaren Begriffe Montage und Installation, die im Zweifel durch den EuGH geklärt werden müssten, entstehen erhebliche Unsicherheiten, wann beispielsweise bei Waschmaschinen, Fernsehern oder sonstigen Waren, bei denen man annehmen könnte, sie seien zur Montage oder Installation durch den Verbraucher bestimmt, die Frist zu laufen beginnt.

e) Zwei Jahre Beweislastumkehr

Aus Verbrauchersicht ist die zweijährige Beweislastumkehr aus Art. 8 Abs. 3 OKRL-E zu begrüßen. Allerdings ist die Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus nicht das erklärte Ziel des Richtlinienentwurfs. Vielmehr besagt Satz 1 des Erwägungsgrundes 11 OKRL-E: „Die Bestimmungen dieser Richtlinie... betreffen nur die Elemente, die im Hinblick auf die Überwindung der vertragsrechtlichen Hindernisse im digitalen Binnenmarkt besonders wichtig sind.“ Die Erhöhung der Beweislastumkehrfrist dient nicht der Harmonisierung des Gewährleistungsrechts denn de facto gilt schon heute in allen EU Mitgliedstaaten eine sechsmonatige Beweislastumkehr.¹⁶

Daher sollte über dieses erhöhte Verbraucherschutzniveau zunächst ein politischer Konsens gefunden werden. Aktuell erscheint es so, dass eine politische Frage, dergestalt gelöst wird, dass durch eine Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus in nur einem Sektor auch der stationäre Handel gezwungen werden soll, freiwillig das Verbraucherschutzniveau zu erhöhen. Denn die Komplexität der fragmentierten Gewährleistungsrechte online und offline führt letztlich dazu, dass ein Händler, der bei der Verkaufskanäle nutzt, dies transparent nicht darstellen kann. So bleibt diesem Händler nur die Möglichkeit, freiwillig auch für stationäre Geschäfte das für den online-Bereich geltende Gewährleistungsrecht anzuwenden und Kunden dort ebenfalls von der

¹⁶ Vgl. dazu *Härting/Gössling*, Online-Kauf in der EU – Harmonisierung des Kaufgewährleistungsrechts, CR 2016, 165 ff.

zweijährigen Beweislastumkehr profitieren zu lassen. Es erscheint bedenklich, diese Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus, die im Rahmen der Verhandlungen über einen vollständig harmonisiertes Vertragsrecht offenbar ausdrücklich nicht gewünscht wurde, nun durch die Hintertür und unter dem Deckmantel der Harmonisierung doch einzuführen.

Darüber hinaus ist es nicht ersichtlich, wieso die Frist nur im Rahmen des OKRL-E, nicht jedoch gleichzeitig im Geltungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verlängert wird. Ein sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen dem stationären und dem Fernabsatzhandel ist nicht ersichtlich, sondern führt allein zur innerstaatlichen Fragmentierung.

Inhaltlich ist die vollständige Auferlegung der Beweislast während der gesamten Frist der Mängelhaftung auf den Verkäufer m.E. unverhältnismäßig. Die sechsmonatige Frist hat sich in den Mitgliedsstaaten bewährt und wurde bisher nicht als unzureichend erachtet. Alternativ erscheint es interessensgerecht, dem Verbraucher die vollständige Beweislastumkehr in den ersten 6 Monaten zu gewähren und für die weiteren 18 Monate eine lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung zu begründen, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.¹⁷ In diesem zweiten Abschnitt wäre es Sache des Verbrauchers nachzuweisen, dass neben dem nachgewiesenen Mangel ein weiterer, möglicherweise bei Gefahrübergang vorhandener Grundmangel vorliegt.

f) Abhilfen und Ersatz

Aus deutscher Sicht sind die vorgesehenen Abhilfemechanismen nicht neu. Bereits jetzt gibt es die Nacherfüllung durch Reparatur oder Neulieferung und bei Scheitern derselben den Rücktritt vom Vertrag. Ein gravierender Punkt ist allerdings, dass das Verhältnis zum Schadensersatzanspruch, der nach aktuellem deutschem Schuldrecht auch bei Rücktritt möglich ist, nicht geregelt wird. Anders als in der geplanten Richtlinie zur Gewährleistung bei digitalen Gütern, verliert der OKRL-E hierüber kein Wort.

Insofern ist es unklar, ob der Verbraucher nach den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen des jeweiligen nationalen Rechts Schadensersatz verlangen dürfte, oder ob dies ihm aufgrund des Vollharmonisierungsansatzes verwehrt bleibt. Die Auslegung wird zusätzlich dadurch erschwert, dass der Entwurf der RL über digitale Inhalte in Artikel 14 ein Recht auf Schadensersatz ausdrücklich normiert. Es wird daher angeregt, einen Schadensersatzanspruch des Verbrauchers zu normieren.

Sowohl im Rahmen des geplanten Art. 9 OKRL-E als auch in Art. 10 OKRL-E sollte die konkrete Durchführung der Nacherfüllung bzw. des Rücktritts klar geregelt werden. Die Formulierung „auf seine Kosten“ trifft keine Aussage dazu, ob der Verbraucher vorleistungspflichtig hinsichtlich etwaiger Rücksendekosten ist oder ein Zurückbehaltungsrecht hat, bis der Händler ihm einen kostenfreien Retourenschein zur Verfügung stellt. Auch die Gefahrtragung wird nicht geregelt. Hier könnten die Vorschriften aus der Verbraucherrechterichtlinie als Vorlage dienen. Jedenfalls sollten diese Fragen ausdrücklich geregelt werden, weil sie im Fernabsatz eine wesentliche Rolle spielen.

Art. 10 Abs. 3 OKRL-E kodifiziert die Rechtsprechung des EuGH, dass kein Nutzungsersatz für die Nutzung der defekten Ware vom Verbraucher geschuldet wird.¹⁸ Weil dies nicht Gegenstand der EuGH-Entscheidung war, bleibt jedoch unklar, ob unter „Wertesatz für die Nutzung“ nur Nutzungsersatz oder auch Ersatz für einen etwaigen Wertverlust zu verstehen ist. Wenig hilfreich für die Auslegung ist die Vorschlagsbegründung, in der es heißt, dass „*der Verbraucher nicht verpflichtet ist, die Kosten für die Nutzung der ersetzten Waren in der Zeit vor der Ersatzlieferung zu tragen.*“¹⁹ Nach Art. 13 Abs. 3 d) OKRL-E steht dem Verkäufer im Rahmen der Rückabwicklung des Vertrags ausdrücklich ein Anspruch auf Ersatz des Wertverlustes der Ware zu. Beide Vorschriften sind im Einklang zu bringen, da es kein Grund für eine Differenzierung an dieser Stelle gibt.

¹⁷ In Anlehnung an BGH, NJW 2004, 2299.

¹⁸ EuGH (Urteil vom 17.04.2008, C 404/06)

¹⁹ Begründung des OKRL-E, S. 18.

g) Beendigung

In Artikel 13 Abs. 2 OKRL-E wird die teilweise Beendigung des Vertrages (Teilrücktritt) geregelt. Danach kann vom Vertrag nur bezüglich des nicht vertragsgemäßen Teils zurückgetreten werden. Nur Zubehörteile werden vom Teilrücktritt erfasst.

Diese Lösung ist sowohl für den Verbraucher als auch für den Verkäufer nachteilig. Zum einen berücksichtigt sie nicht, dass Fälle denkbar sind, in welchen der Verbraucher auch bei einer – auf den ersten Blick – geringfügigen Abweichung vom Vertrag das Interesse an der ganzen Vereinbarung verliert. Abweichend hiervon heißt es in der Vorschlagsbegründung, dass die Vertragswidrigkeit die Beendigung des gesamten Vertrags rechtfertigen kann.²⁰ Da dieser Fall in keiner Weise vom Wortlaut der Regelung gestützt wird, muss sie dort ausdrücklich aufgenommen werden. Zudem muss der Verkäufer davor geschützt werden, dass auch bei Bagatellverstößen vom Vertrag zurückgetreten wird. Gerade die Vertragsbeendigung bei Bagatellverstößen widerspricht dem Zweck der Nachhaltigkeit und Umweltschonung (Erwägungsgrund 23 OKRL-E).²¹ Die Vertragsauflösung bei Bagatellfällen muss daher ausgeschlossen werden. Um eine einheitliche Handhabung in den Mitgliedstaaten sicherzustellen, ist die Bagatellgrenze zumindest in den Erwägungsgründen zu bestimmen.

Auch in Art. 13 OKRL-E die Rückabwicklung (wie in Art. 10 OKRL-E) unbedingt klar geregelt werden. Die Regelung enthält keine Vorgaben, ob eine der Parteien vorleistungspflichtig ist, so dass von einer Zug-um-Zug Rückabwicklung auszugehen ist. Um einen Gleichlauf mit dem Nacherfüllungsanspruchs und den Rechtsfolgen des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts sicherzustellen, empfiehlt es sich auch hier dem Verbraucher ein Zurückbehaltungsrecht einzuräumen.²²

h) Garantien

In Art. 15 OKRL-E wird eine neue Informationspflicht für Garantien eingeführt. Zudem findet sich dort auch eine neue Formvorschrift. Es hat sich in den letzten zwei Jahren gezeigt, dass die ausführliche Informationspflicht zu Garantien aus der Verbraucherrechterichtlinie in der Praxis auf große Umsetzungsschwierigkeiten stößt. So finden Händler häufig nicht die Bedingungen für Garantien auf den Herstellerseiten, so dass nicht über genaue Bedingungen im Vorfeld hinreichend transparent informiert werden kann. Es ist nicht angemessen, nun noch zusätzliche Informationspflichten durch eine neue Richtlinie einzuführen, die sich zudem mit den Informationen aus der Verbraucherrechterichtlinie überschneiden. Die Regelung ist daher insgesamt nicht erforderlich.

Fazit und Empfehlungen

Eine Regelung ist zum aktuellen Zeitpunkt nicht notwendig. Vielmehr sollte zunächst ein politischer Konsens über die Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus im Kaufrecht insgesamt erzielt und sodann das Gewährleistungsrecht für alle Verkaufskanäle gleichermaßen harmonisiert werden. Der aktuelle Richtlinienvorschlag würde durch die Bereichsvollharmonisierung, die damit verbundene Ungleichbehandlung und die Abgrenzungsprobleme mehr Nachteile als Vorteile mit sich bringen und in erster Linie nicht den grenzüberschreitenden Onlinehandel in der EU, sondern das Abmahnunwesen in Deutschland begünstigen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Carsten Föhlisch, Rechtsanwalt
Executive Director Legal & Expert Services

²⁰ Begründung des OKRL-E, S. 18.

²¹ DAV, Stellungnahme Nr.: 13/2016, S. 9.

²² i.E. so auch *Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen* e.V., Stellungnahme v. 22.01.2016, S. 5.

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/Erlar/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 Sechsmontatsfrist 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 Richtlinienvorschlags, 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 Rechteinhaber 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 gemäße Güter zu liefern.
- (2) Es wird vermutet, daß Verbrauchsgüter vertragsgemäß 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 vertragsgemäß, 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 Verbraucherrechtlinie 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 Detailliertheit 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 Richtlinienvorschläge 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 Richtlinienvorschläge im Kontext des GEK und der Digitalen Agenda

Die zu Recht auf die Angleichungskompetenz des Art. 114 AEUV gestützten Richtlinienvorschläge 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-Besteuerung, 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 Anwendungsbeereiches¹¹ 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 Verbraucherrechtlicherichtlinie 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 GEKA-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 f.

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 verkörpert und unverkörpert 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 – lösbare – 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 Vertragselements (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 Unverhältnismäßigkeit).

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.

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 Procedere 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 Dauerschuldensituationen 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 Richtlinienorschlag 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.



Cabinet **Bob Schmitz** s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren / Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz im Bundestag am 11. Mai 2016

- Anmerkungen zu den wichtigsten Vorschlägen -

Zum dritten Mal versucht die Europäische Kommission die Harmonisierung des Gewährleistungsrechts für Verbrauchsgüter voranzutreiben, nachdem es nicht gelang diese Vorschriften in die Verbraucherrechte-RL aufzunehmen und der Verordnungsvorschlag für ein optionales Gemeinsames Europäisches Kaufrecht zurückgezogen wurde, obschon das Europäische Parlament in Erster Lesung zugestimmt hatte.

Die Arbeitsgruppe des EU-Ministerrats und die Ausschüsse des Europäischen Parlaments haben die Diskussion dieses Vorschlags zurückgestellt, da sie wie alle Wirtschaftsteilnehmer der Meinung sind, dass der beschränkte Anwendungsbereich zur weiteren Rechtszersplitterung führt. Dem stimmt die Kommission zu: *“ Da das Vertriebsmodell, bei dem alle Kanäle genutzt werden, zunehmend Bedeutung erlangt, wird die Kommission Schritte unternehmen, um diese Divergenzen zu verhindern und sicherzustellen, dass Verbraucher und Anbieter sich tatsächlich auf einen kohärenten Rechtsrahmen stützen können, der EU-weit einfach anzuwenden ist.”* Erste Daten in Bezug auf die Anwendung der Richtlinie auf den klassischen stationären Einzelhandel wurden für Juli angekündigt. Man darf deshalb erwarten, dass die EU Institutionen nach den Sommerferien anfangen, diesen Vorschlag zu diskutieren und dass der Anwendungsbereich ohne inhaltliche Änderungen auf den Offline-Handel ausgeweitet wird.

Zwischenzeitlich haben einige nationale Parlamente Subsidiaritätsbedenken angemeldet. So bemängeln der französische Senat, der EU-Ausschuss des österreichischen Bundesrates und die luxemburgische Abgeordnetenkammer die Aufsplitterung zwischen On- und Offline Regeln. Der französische Senat und die luxemburgische Abgeordnetenkammer begrüßen jedoch den Vorschlag grundsätzlich als wichtigen Beitrag zum Binnenmarkt, während der österreichische Bundesrat zum Schluss kommt, dass der gegenwärtige Entwurf abzulehnen ist. Sowohl die Franzosen als die Österreicher äussern grosse Vorbehalte gegenüber dem Vollharmonisierungsansatz, während die luxemburgischen Abgeordneten sich entschieden für die Vollharmonisierung aussprechen und es begrüßen, dass Lehren aus den Verhandlungen zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht gezogen wurden und nur noch gezielte Harmonisierungsregeln vorgeschlagen wurden.

Für die deutsche Gesetzgebung stellt der Vorschlag zur längeren Beweislastumkehr die wichtigste Neuerung dar wie die Reaktionen der Interessenvertreter es auch erkennen lassen. So begrüsst die Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) den Vorschlag als einen Gewinn für deutsche



Cabinet **Bob Schmitz** s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

Verbraucher¹ während z.B. der E-Commerce Verband (bev) der Meinung ist, dass “ *böswillige Kunden künftig zwei Jahre lang mit der blossen Behauptung, ein Mangel liege vor, die Rückgabe der Ware oder Reduzierung des Kaufpreises vom Händler erreichen können. Dies öffnet Missbrauch Tür und Tor, schafft Unsicherheit im Handel und wird zu höheren Verbraucherpreisen führen²”.*

In der Praxis dürften einige hilfreiche Klarstellungen – die sich u.a. aus der EuGH Rechtsprechung ergeben – und die Informationsverbesserungen bei gewerblichen Garantien, für grössere Rechtssicherheit sorgen.

Der DIHK³ befürchtet zu Recht “ *dass die Diskussion in Europa um die inhaltliche Ausgestaltung erneut in einen Wettbewerb der verbraucher-schützenden Maximalforderungen münden wird...*” Die Minimal-Richtlinie 1999/44/EG hat zu sehr unterschiedlichen nationalen Regeln geführt, die die verschiedenen Mitgliedstaaten nur zu ändern bereit sein werden, wenn es gelingt aufzuzeigen, dass das Gesamtbündel der neuen EU-Regeln die richtige Balance zwischen Wirtschafts- und Verbraucherinteressen in den verschiedenen Ländern erreicht (“trading off”). Dies betrifft besonders die Gewährleistungs-/Verjährungsfristen und die Abhifen des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit.

1. Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers

Art.8 (3) sieht vor, dass bei Vertragswidrigkeiten, die innerhalb von zwei Jahren nach Auslieferung der Ware an den Verbraucher oder seiner Installierung unter der Verantwortung des Verkäufers, offenbar werden, vermutet wird, dass sie bereits zu dem vorgenannten Zeitpunkt bestanden haben, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Waren oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar. Die Ausweitung der Beweislastumkehr von 6 Monaten auf 2 Jahre soll für eine bessere Aufklärung der Verbraucher und eine leichtere Durchsetzung der Unionsvorschriften über die Verbraucherrechte sorgen. Eine von Ipsos, London Economics und Deloitte für die Kommission ausgeführte Studie⁴ stellt fest, dass obwohl nur eine Minderheit von Verkäufern verlangt, dass der Verbraucher die Haftung des Verkäufers beweist, ein bedeutender Anteil der Verbraucher dennoch auf ihre Abhilferechte verzichtet, da sie aufgefordert werden zu beweisen, dass sie nicht durch eigenes Handeln den Mangel verursacht haben.

U.a. folgende Fragen stellen sich:

- (a) Für wen ist die Beweisführung leichter?
- (b) Wird die Sorgfalt des Verbrauchers unter der neuen Regelung leiden?

¹ Pressemitteilung vom 9.12.2015

² Pressemitteilung vom 9.12.2015

³ Stellungnahme vom 29. Januar 2016

⁴ Consumer Market Study on the Functioning of Legal and Commercial Guarantees for Consumers in the EU (December 2015)



Cabinet **Bob Schmitz** s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

Ad(a): Der DIHK argumentiert: *“ Anders als der Kunde, hat der Verkäufer keinerlei Informationen über Art und Intensität des Gebrauchs nach Übergabe. Ihm fehlen damit für die Beweisführung wichtige Informationen. In der Folge ist der Beweis, dass der Kaufgegenstand bei Übergabe mangelfrei war, nur durch aufwendige und teure Sachverständigengutachten zu führen, die im Prozess von der beweisbelasteten Partei vorzufinanzieren sind.”* Gerichte, die sich intensiv mit dieser Frage beschäftigt haben, kommen zum gegenteiligen Schluss. Besondere Aufmerksamkeit verdient ein Urteil vom 9. Mai 2012 des italienischen Verwaltungsgerichts TAR Lazio in der Rechtssache APPLE Sales International gegen Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, weil dieses Verfahren erfolgreiche Abmahn- resp. Gerichtsverfahren gegen APPLE in anderen Mitgliedstaaten (u.a. Deutschland) ermöglichte: *“... Würde man es dem Verkäufer erlauben, die mangelhafte Ware nach den ersten 6 Monaten zu verweigern, würde sich die gesetzliche Gewährleistungsfrist auf nur 6 Monate beschränken, da dem Verbraucher für die restlichen Monate der zweijährigen Gewährleistung hohe Kosten aufgebürdet würden... Im Gegensatz zum Verbraucher, kann der Verkäufer einfacher auf organisatorische Mittel und technische Kompetenzen zurückgreifen, um die Ursache des Mangels festzustellen...”* Interessanterweise räumte das italienische Gericht ein, dass der Verbraucher diese Diagnosekosten tragen solle wenn es sich herausstellt, dass der Mangel ihm zuzurechnen ist.

In ihren Schlussanträgen vom 27. November 2014 in der Rechtssache C-497/13 FABER unterstrich die EuGH Generalanwältin ebenfalls, dass *“ ...angenommen werden darf, dass der Verkäufer grundsätzlich über mehr (und detailliertere) Informationen über die Sache und deren Zustand zum Zeitpunkt der Lieferung verfügt. Vom Verbraucher kann nicht die Vorlage von Beweismitteln verlangt werden, die ihm nicht zugänglich sind...”*

Verkennen sollte man auch nicht wie die Praxis aussieht. Liegt ein Mangel vor, wird sich der Verbraucher an den Verkäufer wenden. Auch wenn der Verbraucher nur die Mangelhaftigkeit hinsichtlich der Qualitäts-, Leistungs- und Eignungsstandards, nicht die Ursache hierfür, beweisen muss, kann der Verkäufer immer noch einwenden, dass es berechtigte Zweifel dafür gibt, dass der Mangel schon bei Auslieferung der Ware vorlag. Dann liegt die Beweislast wieder beim Verbraucher. Die Beweislastfrage sollte deshalb nicht nur prozessrechtlich betrachtet werden, sondern gleichfalls wie sie sich im tagtäglichen Kontakt zwischen Käufer/Verkäufer und bei der jetzt stark geförderten aussergerichtlichen Streitbeilegung, auswirkt.

Ad(b): Darf man befürchten, dass der Verbraucher weniger sorgfältig mit der Ware umgeht und “böswillige Kunden” diese Beweislaste leichter missbrauchen? Wir teilen die Ansicht von Professor Jan Smits (Maastricht



Cabinet **Bob Schmitz** s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

University) in seinem Gutachten für das Europäische Parlament⁵: “ *The main argument against the reversal of the burden of proof is that it may incite a consumer not to exercise reasonable care in dealing with the product, and subsequently claim that the defect already existed at the time of delivery and ask for repair or replacement. This speaks in particular in case of technically advanced products such as computers and mobile telephones, for which the seller has insufficient expertise to rebut the presumption. However, it is likely that the Commission’s argument makes sense that consumer behaviour is not too much influenced by this rule* ”.

Seit Mai 2008 besteht die 2-jährige Beweislastumkehr in PORTUGAL ohne dass es zu den befürchteten Missbräuchen oder erhöhten Kosten für die Unternehmen, geführt hätte. Die portugiesische Verbraucherorganisation DECO berichtet, dass die Unternehmen diese Regelung nach anfänglichem Widerstand angenommen haben und dass viele jetzt sogar 3-jährige gewerbliche Garantien anbieten. Seit März dieses Jahres ist die gleiche Regelung in FRANKREICH anwendbar. Der französische Gesetzgeber erwartet, dass die Beweislastumkehr die Unternehmen zu langlebigeren Gütern anspornen wird (Kreislaufwirtschaft).

2. Gewährleistungs- und Verjährungsfristen

In Art.14 schlägt die Kommission vor, die minimale 2-jährige Gewährleistungsfrist überall als Vollharmonisierungsmaßnahme anzuwenden. 23 Mitgliedstaaten (u.a. Deutschland) würden eine solche Frist anwenden und die Marktteilnehmer würden diese Frist in der Praxis als vernünftig ansehen. Die Kommission überblickt, dass 3 weitere Staaten (Belgien, Frankreich, Luxemburg) es den Verbrauchern erlauben, sich nach Ablauf der 2 Jahre auf die zeitlich unbegrenzte Regel des Zivilkodex über versteckte Mängel (“ vice caché ”) zu berufen. Es ist absehbar, dass Artikel 14 ein Haupthindernis darstellen wird und dass die Fristenfrage gründlich überprüft werden muss. Klar ist auch, dass nicht jeder Mitgliedstaat seine bestehenden Regeln beibehalten kann, es sei denn man begnüge sich wieder mit einer Minimalharmonisierung was die Kommission kaum zulassen wird.

Welche Lösungsansätze kommen in Betracht ?

(a) Übernahme der Fristenregelung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts: In dem vom Europäischen Parlament geänderten Vorschlag über die Verjährung - sollte auch die Gewährleistungsfrist einbeziehen- ist eine kurze und eine lange Verjährungsfrist vorgesehen. Die kurze Frist beträgt 2 Jahre und beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger (Verbraucher) von den das Recht begründenden Umständen Kenntnis erhielt oder hätte

⁵ The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods : conformity, lack of conformity and remedies (Workshop for the JURI Committee) PE. 536.492



Cabinet **Bob Schmitz** s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

Kenntnis erhalten müssen (d.h. der Mangel wird offensichtlich). Die lange Verjährungsfrist beträgt 6 Jahre und beginnt u.a. mit dem Zeitpunkt, zu dem die das Recht begründende Handlung (Lieferung/Installierung der Ware) erfolgt.

Die 6-jährige Verjährungsfrist ab Lieferung/Installierung entspricht der heutigen Frist für Abhilfeansprüche nach RL 1999/44/EG in ENGLAND/NORDIRLAND/WALES (5 Jahre in SCHOTTLAND) und IRLAND. Die kurze Frist entspricht der Gesetzeslogik für “vice caché” in BELGIEN, FRANKREICH, LUXEMBURG.

Um die Erfolgchancen dieses Vorschlags, der für Deutschland und die meisten anderen Mitgliedstaaten eine grundlegende Reform darstellen würde, auszuloten, sollte man sich die Sitzungsprotokolle des Ministerrats zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht genau ansehen.

(b) Zwei Jahre + Lebenserwartung der betroffenen Ware: Erwägungsgrund (23) unterstreicht, dass “ *die Gewährleistung einer längeren Lebensdauer von Verbrauchsgütern wichtig ist für die Förderung nachhaltigerer Verbrauchsmuster und einer Kreislaufwirtschaft...Vor diesem Hintergrund sind produktspezifische Rechtsvorschriften der Union das am besten geeignete Instrument, um für bestimmte Arten und Gruppen von Produkten unter Zugrundelegung geeigneter Kriterien Anforderungen an Lebensdauer und andere Produkteigenschaften einzuführen. Die Ziele dieser Richtlinie sollten daher die mit den sektorspezifischen Rechtsvorschriften der Union verfolgten Ziele ergänzen. Soweit eine etwaige vorvertragliche Erklärung, die Bestandteil des Kaufvertrags ist, spezifische Angaben zur Lebensdauer enthält, sollte sich der Verbraucher darauf als Bestandteil der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit berufen können...*”

Wir teilen die Meinung von Professor Jan Smits: “ *If the criterion is whether the goods are fit for ordinary use and possess the qualities that the consumer may expect (Art.5), durable consumption goods may well have to last for much longer than two years. The buyer of a washing machine, refrigerator or a piece of consumer electronics may well be confronted with a defect that manifests itself after more than two years...*”

Der obengenannte Erwägungsgrund beleuchtet u. E. zwei verschiedene Szenarien: Zum einen wird u.a. auf ÖKODESIGN Anforderungen verwiesen, die die minimale Lebensdauer von spezifischen Warengruppen verpflichtend festlegen, wie z.B. die Verordnung (EU) Nr. 666/2013 der Kommission über die umweltgerechte Gestaltung von Staubsaugern. Ist diese länger als 2 Jahre wie im Falle der Staubsauger, ist es unverständlich und unlogisch, dass der Verbraucher nicht während der gesamten vorgeschriebenen Lebensdauer Mängel vorbringen dürfte. Bei Staubsaugern muss “ *der Schlauch so haltbar sein, dass er auch nach 40 000 Schwenkungen unter Belastung noch verwendbar ist*” und “ *die Motor- lebensdauer muss*



Cabinet **Bob Schmitz** s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

mindestens 500 Stunden betragen ". Nötig wird es sein, den Verbraucher in verständlicher Sprache darüber zu informieren, was diese Zahlen ausgedrückt in Jahren bedeuten und welche Voraussetzungen zu erfüllen sind, damit man nicht bezichtigt wird, das Gerät in falscher oder übertriebener Weise gebraucht zu haben. Ökodesign und Gewährleistungsrechte müssen gemeinsam, kohärent und klar verständlich konzipiert und angewandt werden.

Zum andern ist es nur rechtmässig, dass die Gewährleistungsfrist der Lebensdauer entspricht mit der der Verkäufer (Hersteller) in seinen vorvertraglichen Informationen wirbt, um die Qualität seiner Produkte gegenüber der Konkurrenz herauszustellen.

Die Gesetzgebung in den NIEDERLANDEN und FINLAND berücksichtigt schon die Lebenserwartung der Verbrauchsgüter. Die "Country fiche: Netherlands" der Kommission stellt fest: "*...the guarantee depends on the average expected lifespan of a product in normal use. This means, for instance, if a washing machine is expected to have an average 10 year life span, the statutory rights are available to the consumer for the same amount of time.*"

3. Hierarchie der Abhilfen bei Vertragswidrigkeit

Eine Untersuchung des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag des HDE⁶ zeigt, dass 90 Prozent der Verbraucher mit den Rückgabemöglichkeiten und der Abwicklung in den Geschäften zufrieden oder sehr zufrieden sind. Die obengenannte EU-Studie von Ipsos, London Economics und Deloitte schlussfolgert ebenfalls, dass 77% der befragten Verbraucher die bestehende EU-Minimalregelung (Wahl des Verbrauchers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung als erste Abhilfen) als vernünftig ansehen. 43% der Verkäufer (mystery shopping test) boten jedoch nur die Nachbesserung an.

Der Erwägungsgrund (26) gibt dieser Einschränkung der doppelten Wahlmöglichkeit des Verbrauchers ungewollten Aufwind: "*Wird dem Verbraucher die Möglichkeit geboten, eine Nachbesserung zu verlangen, dürfte dies zudem einen nachhaltigen Verbrauch fördern und zur Verlängerung der Lebensdauer von Produkten beitragen*". Wie oben beschrieben, sollten Kreislaufwirtschaftsargumente besser zum Tragen kommen, nicht jedoch um die Abhilfemöglichkeiten *de facto* noch weiter einzuschränken.

Art.11 will die bestehende Hierarchie der RL 1999/44/EG als Vollharmonisierungsmassnahme überall in der EU anwenden. Dies stösst auf harten Widerstand, besonders von britischer Seite. Die Briten kennen ein 30-tägiges "Right to Reject" und wollen diese ihren Verbrauchern wohlbe-

⁶ LZ 20.11.2015



Cabinet **B**ob **S**chmitz s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

kannte Praxis nicht aufgeben. Die Kommission gibt zu bedenken, dass die Verbraucher schon heute über ein 14-tägiges Widerrufsrecht u.a. im Onlinehandel verfügen. Dieses Argument ist jedoch fadenscheinig, da das Widerrufsrecht voraussetzt, dass die gelieferte Ware nur getestet, nicht aber benutzt wurde. Nicht offensichtliche Mängel können meistens aber nur durch eine wirkliche Benutzung der Ware festgestellt werden.

Wir möchten daran erinnern, dass der Kommissionsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht die volle Wahlfreiheit des Verbrauchers zwischen Ersatzleistung, Nachbesserung, Preisminderung und Beendigung des Vertrags erlaubte und die Zustimmung des Europäischen Parlaments erhielt.

Ein zeitlich begrenztes “Right to reject” nach Lieferung der Ware an den Verbraucher dürfte sich aus Kostengründen beim grenzüberschreitenden Onlinehandel rechtfertigen. Bei Nachbesserung und Ersatzleistung fallen weitere Transport- und Vertriebskosten an, die der Verkäufer möglicherweise selbst vermeiden will. Auch Umweltschutzgründe könnten für die sofortige Kündigung des Vertrags sprechen, um transportrelevante Umwelteinflüsse zu begrenzen.

Eindeutig klarstellen sollte der EU-Gesetzgeber jedenfalls, dass nach einer ersten missglückten Ersatzleistung resp. Nachbesserung, der Verbraucher sein Recht auf Kündigung des Vertrags umgehend geltend machen darf.

4. Gewerbliche Garantien

Wenig Aufmerksamkeit wurde bis jetzt Art.15 über Gewerbliche Garantien geschenkt, der die RL 1999/44/EG entscheidend verbessert. In Zukunft sollen die Regeln nicht nur für Garantien ohne Aufpreis gelten. Die praktisch wichtigste Neuerung wird hoffentlich das vorgeschlagene Transparenzgebot sein: Die Garantieerklärung muss “ *die Bestimmungen der gewerblichen Garantie, die über die gesetzlichen Rechte hinausgehen* ” enthalten, d.h. nach unserem Verständnis ihren Mehrwert hervorheben. Das Verfahren des vzbv gegen APPLE Distribution International⁷ zeigt wie Firmen versuchen den Verbraucher über seine gesetzlichen Gewährleistungsrechte zu täuschen, um ihn davon zu überzeugen, dass nur seine gewerblichen Garantien ihm helfen – wie bei APPLE gegen Bezahlung eines hohen Preises ab dem zweiten Jahr. Die gewerblichen Garantien beschreiben grossenteils Rechte, die der Verbraucher ohnehin per Gesetz in Anspruch nehmen kann. Oft werden diese Rechte (wie bei APPLE) sogar noch eingeschränkt, u.a. die Wahl der Abhilfen.

Die Garantieerklärung muss “ *einen klaren Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers* ” enthalten. Was genau gefordert ist, bleibt unklar.

⁷ LG Berlin vom 28.11.2014 und Kammergericht Beschluss vom 03.08.2015



Cabinet **Bob Schmitz** s.p.r.l.

-European Regulatory Affairs-

Die Leitlinien der Kommission zur Verbraucherrechte-RL⁸ erklären, dass der Verkäufer ausdrücklich auf die 2-jährige gesetzliche Gewährleistung verweisen muss. LUXEMBURG hat dies per Gesetz festgeschrieben. Anforderungen in anderen Ländern gehen teilweise weiter. So schreibt FRANKREICH vor, dass alle AGB die gesetzlichen Gewährleistungsrechte Wort für Wort übernehmen müssen.

Art. 15(4) erlaubt es den Mitgliedstaaten zusätzliche Bestimmungen für gewerbliche Garantien einzuführen. Dies dürfte dazu führen, dass Unternehmen, die aktiv in einem Mitgliedstaat verkaufen, ihre Garantien in den betreffenden Landessprachen verfassen müssen – siehe gleichlautende Ermächtigung in Art. 6(7) der Verbraucherrechte RL.

AUSBLICK: Die in Deutschland und den meisten Mitgliedstaaten bestehenden Gewährleistungsgesetze kamen dank der EU zustande. Daran zu erinnern, erscheint uns besonders wichtig zu einer Zeit wo die Rolle und der Wert Europas für die Bürger in Frage gestellt werden. Der Anwendungsbereich des Vorschlags zum Online Warenhandel muss auf den stationären Handel erweitert werden wie allgemein gefordert. Was die inhaltlichen Vorschläge betrifft, können die deutschen Verbraucher nur gewinnen. Den Vorwurf, dass die *“beiden Richtlinienvorschläge unter dem Strich zu erheblichen Mehrbelastungen führen”*⁹ können wir nicht nachvollziehen. Würden die vorgeschlagene längere Beweislastumkehr oder eine längere Gewährleistungs-/Verjährungsfrist zu solchen Kosten führen, müssten schon heute die Verkaufspreise in Portugal und dem Vereinigten Königreich darunter leiden.

Als Export orientiertes Land sollte es im Interesse der deutschen Unternehmen sein, dass sie überall den Verbrauchern in ihren AGB gleiche klar formulierte Rechte und Pflichten anbieten können. Dies sollte auch die Arbeit der Schlichtungsstellen im grenzüberschreitenden Handel, denen jetzt eine grosse Rolle zukommt, erleichtern und zu weniger Abmahn- und Gerichtsverfahren führen.

⁸ DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU

⁹ DIHK Stellungnahme vom 29. Januar 2016

Stellungnahme

EU-Vertragsrecht für den Fernabsatz
von Sachgütern und die Bereitstellung
digitaler Inhalte (2015/0288/EG und
2015/0287/EG)



I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist seit 90 Jahren die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels - des drittgrößten Wirtschaftszweigs in Deutschland - mit insgesamt drei Millionen Beschäftigten und gut 450 Milliarden Euro Jahresumsatz. Er vertritt die Belange und Interessen von rund 300.000 Einzelhandelsunternehmen - aller Branchen, Standorte und Betriebsgrößen. Bei 50 Millionen Kundenkontakten täglich versorgt der Einzelhandel seine Kunden mit der kompletten Bandbreite an Produkten, von Lebensmitteln über Sportgeräte, Musikinstrumente, Schmuck, bis hin zu Gartenbedarf oder Unterhaltungselektronik.

Neben seiner Diversität in Bezug auf Produktgruppen, Betriebsformen und Vertriebskanäle zeichnet sich der Einzelhandel insbesondere durch den direkten täglichen Kontakt zum Verbraucher aus. Er ist das zentrale Bindeglied zwischen Herstellern und Kunden. Handelsunternehmen verfolgen zunehmend Multichannel-Konzepte. Die Vermischung von stationären und Online-Angeboten folgt dem Einkaufsverhalten der Verbraucher, die in immer größerer Zahl mehrere Vertriebskanäle parallel nutzen.

Als direkte Schnittstelle zum Verbraucher hat der Einzelhandel ein besonderes Interesse an der Zufriedenheit der Kunden. In der Praxis bietet der Einzelhandel seinen Kunden daher oft über die Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben hinaus zusätzliche verbraucherfreundliche Vorteile und Angebote.

II. Hintergrund

Die Geschwindigkeit der Digitalisierung in der EU leidet unter der bestehenden Rechtsunsicherheit und fehlenden Planbarkeit. Es herrscht Unsicherheit bei den Unternehmen, wie der „Digitale Binnenmarkt“ in Zukunft aussehen wird. Rechtssicherheit ist die wichtigste Voraussetzung für Unternehmen, um strukturelle Veränderungen vorzunehmen, Investitionen zu tätigen, zu expandieren und grenzüberschreitend tätig zu werden.

Eines der zentralen Anliegen der EU-Strategie für den Digitalen Binnenmarkt ist der bessere europaweite Zugang von Verbrauchern und Unternehmen zu Waren und Dienstleistungen über das Internet. Die Europäische Kommission plant daher mit zwei Richtlinienvorschlägen der Fragmentierung auf dem Gebiet des Verbrauchervertragsrechts entgegenzuwirken.

Durch angegliche Regeln und Rechtssicherheit soll es EU-Unternehmen erleichtert werden grenzüberschreitend zu verkaufen, um so ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen. Dies wiederum soll sich positiv auf die Produktvielfalt und die Verbraucherpreise auswirken. Im Bereich der digitalen Inhalte soll ein Vakuum gefüllt und dem Entstehen national divergierender Regelungen vorgekommen werden. Die neuen Vorschriften tangieren überwiegend den Regelungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG).

Das vorliegende Positionspapier bezieht sich auf Grund der vorliegenden Parallelität sowohl auf den Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (2015/0288/EG), als auch auf den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (2015/0287/EG). Sofern ein Textabschnitt nicht grundsätzlicher Natur ist und sich auf eine konkrete Vorschrift bezieht, wird dies mit der entsprechenden Kennung der Richtlinie kenntlich gemacht.

III. Allgemeine Bemerkungen

Der HDE unterstützt die Kommission grundsätzlich bei ihrer Absicht, im europäischen Binnenmarkt einheitliche Regelungen für den Verbrauchsgüterkauf zu schaffen. Etwaige Lücken beim harmonisierten Verbraucher-vertragsrecht sollten auf Basis der Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) geschlossen werden. Das darin festgelegte Regelungs- und Schutzniveau ist ausreichend und bietet die realistischste Grundlage für eine Einigung auf europäischer Ebene. Keinesfalls darf ein neues EU-Vertragsrecht über das in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie positivierte Verbraucherschutzniveau hinausgehen. Dies gilt auch für die Anhebung des Regulierungsniveaus in Teilbereichen des Verbrauchervertragsrechts. Eine solche Maßnahme würde das gerade noch bestehende Gleichgewicht zwischen den Unternehmens- und Verbraucherinteressen zu Lasten der Wirtschaft zerstören und in einer inakzeptablen Weise in die Vertragsfreiheit eingreifen. Die Vorteile, die mit einem harmonisierten Rechtsrahmen im Binnenmarkt zweifellos verbunden sein können, würden dadurch mindestens nivelliert. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Nachteile einer höheren Regulierungsdichte für viele, insbesondere mittelständisch geprägte Unternehmen die Vorteile einer Harmonisierung sogar deutlich überwiegen würden.

Das angestrebte Ziel der Harmonisierung gewährleistet zwar, dass EU-weit gleiche Bedingungen für die von der Initiative erfassten Wirtschaftsbereiche gelten. Auch wenn wir die Zielsetzung der Initiative, die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts durch Vereinheitlichung des rechtlichen Rahmens zu fördern, ein gleichmäßiges Verbraucherschutzniveau herzustellen und dabei eine ausgewogene Balance zwischen Verbraucherschutz und Unternehmensinteressen zu erreichen, grundsätzlich begrüßen bestehen große Bedenken, ob eine einheitliche Rechtsordnung allein einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung des grenzüberschreitenden Tätigwerdens leisten kann. In der Praxis spielen auch andere Hindernisse, wie z.B. Schwierigkeiten bei der praktischen Rechtsdurchsetzung im Ausland und existierende Sprachbarrieren, eine bedeutende Rolle. Umso schwerer wirken die Nachteile, die mit einem möglicherweise aus dem Ruder gelaufenen erhöhten Verbraucherschutzniveau für die Unternehmen verbunden wären.

Darüber hinaus lehnen wir auch eine Lösung ab, die alleine auf den Online-Handel abzielt. Sollten Vereinfachungen und Harmonisierungen erreicht werden, müssen diese auch für den stationären Handel gelten oder zumindest in einem starken Einklang mit den bestehenden Regeln für (Offline-)Käufe im stationären Handel stehen. Anderenfalls käme es zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Online-Handel und stationärem Handel und zwischen Großunternehmen und KMU. Für alle Vertriebskanäle müssen die gleichen Regeln gelten (siehe dazu ausführlich IV.a). Dementsprechend könnte der HDE das vom Europäischen Parlament angekündigte Bestreben unterstützen, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu Sachgütern auf stationäre Verkäufe auszuweiten, soweit der europäische Gesetzgeber dabei mit Augenmaß vorgehen und den gerade noch bestehenden Ausgleich zwischen Verbraucher- und Unternehmensinteressen aufrecht erhalten würde. Unter keinen Umständen darf das aktuelle Regelungsniveau in Deutschland dabei angehoben werden. Da die vorliegenden Gesetzentwürfe diese Voraussetzungen nicht erfüllen, fordern wir im Folgenden einige Angleichungen an das geltende Schutzniveau als unbedingte Voraussetzung einer Harmonisierung (siehe insbesondere an IV.c).

a) Ausgewogenheit des Richtlinienvorschlags

Der HDE begrüßt den Willen des europäischen Gesetzgebers, einen ausgewogenen Interessensausgleich von Wirtschafts- und Verbraucherinteressen zu erreichen und gleichermaßen händler- und verbraucherfreundliche Regelungen zu finden. Dieser Zielsetzung wird der vorliegende Entwurf jedoch nicht gerecht. In jedem Fall muss daher im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Balance der Interessen



von Wirtschaft und Verbrauchern gefunden werden. Unternehmen müssen vor unnötigen Kosten und Verwaltungsaufwand geschützt werden, um auch weiterhin unter praktikablen Bedingungen mit einem angemessenen Verbraucherschutzniveau tätig werden zu können. Dies ist ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber im Hinblick auf den Verbraucherschutz auch nur in Teilbereichen über die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinausgeht. Nur bei einer Regulierung auf dem bestehenden Schutzniveau kann bei der Harmonisierung ein Mehrwert für Unternehmen generiert werden. Dazu gehört auch, dass sich die Initiativen wie geplant nur auf B2C-Vertragsverhältnisse (jeweils Art. 1) beziehen sollen.

b) Prinzip der Vollharmonisierung (Art. 3, 2015/0288/EG & Art. 4, 2015/0287/EG)

Mit der geplanten Initiative der Kommission wird grundsätzlich einem wichtigen Anliegen des Handels entsprochen, das bisher geltende Konzept der Mindestharmonisierung durch eine Vollharmonisierung zu ersetzen. Denn Mindestharmonisierung bedeutet faktisch Rechtszersplitterung und schafft vor allem für kleine und mittlere Unternehmen unüberwindbare Hindernisse, im europäischen Binnenmarkt tätig zu werden, da diese im Regelfall nicht die Ressourcen haben, das Vertragsrecht von 28 Rechtsordnungen zu überblicken bzw. anzuwenden. Aber auch große Unternehmen profitieren von dieser Vorgabe, da ein rechtlicher Flickenteppich mit unterschiedlichen Bedingungen in Europa gerade für multinational tätige Unternehmen erhebliche Kosten mit sich bringt.

Zugleich wird auf diese Weise ein einheitlicher Verbraucherschutz zum Vorteil von Verbrauchern und Unternehmen festgelegt. Während die Verbraucher somit von einem erweiterten Produktangebot unter gleichen Bedingungen mit garantierten Rechten profitieren können, eröffnen sich für die Wirtschaft und insbesondere den Handel neue Tätigkeitsfelder in einem echten europäischen Binnenmarkt.

c) Rechtssicherheit

Der Vollharmonisierungsansatz der Richtlinie fördert zugleich auch die Rechtssicherheit für alle Beteiligten – seien es Verbraucher oder Gewerbetreibende. So erleichtern beispielsweise einheitliche Definitionen der Schlüsselbegriffe (jeweils Artikel 2) - insbesondere der europaweit definierte Begriffe der Vertragsgemäßheit (Artikel 4 & 5, 2015/0288/EG) - sowie eine klar festgesetzte, zweistufige Rangfolge der Gewährleistungsrechte bei Sachgütern (Art. 9, 2015/0288/EG) den geschäftlichen Umgang miteinander. Wir begrüßen in diesem Zusammenhang, dass die Idee eines optionalen Instrumentes, das parallel neben dem jeweiligen nationalen Rechtsrahmen existiert, vollständig verworfen wurde sowie, dass sich die neuen Vorschläge in vielen Bereichen (Mangelfreiheit, Rückgriffsrechte, etc.) an der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) orientieren.

Trotz gegebenenfalls bestehender sprachlicher Barrieren wäre somit bei Streitigkeiten zwischen Händlern und Verbrauchern aus unterschiedlichen Mitgliedsstaaten für beide Parteien von vornherein zumindest die Rechtslage relativ klar. Beide Parteien haben dann – bei allen fortbestehenden Schwierigkeiten - grundsätzlich die Möglichkeit, den eigenen Rechtsanwalt vor Ort zu Rate zu ziehen und die Rechtslage prüfen zu lassen. Für die Händler läge hierin eine gewisse Erleichterung, da nicht schon bereits bei (noch) außergerichtlichen Streitigkeiten entweder ein Rechtsanwalt aufgesucht werden müsste, der auch mit dem Recht des Verbraucherlandes vertraut ist oder aber einen Rechtsanwalt mit Sitz im Verbraucherland ausfindig machen müsste, der zudem die Sprache des Händlers spricht. Problematisch bleibt allerdings die Tatsache, dass eine außergerichtliche Streitbeilegung ggf. nicht in der Muttersprache des Händlers durchgeführt wird und damit seine Möglichkeiten, sich aktiv in das Verfahren einzubringen, naturgemäß beschränkt sind.

d) Grundsätzliche Ausweitung der Gewährleistungsrechte

Die deutschen Einzelhandelsunternehmen praktizieren bereits heute auf freiwilliger Basis einen sehr kulantem Umgang mit Reklamationen und Umtauschbegehren von Kunden. Hierzu zählt im stationären Handel die freiwillige Einräumung der Möglichkeit zum Umtausch bei Nichtgefallen, die oft auch noch viele Wochen nach dem Kauf gewährt wird. Auch im Online-Handel wird die gesetzliche Widerrufsfrist von 14 Tagen oft deutlich verlängert. Reklamationen von Kunden im Rahmen der bestehenden Gewährleistungsrechte werden im Regelfall erst recht ohne weiteres akzeptiert. Aber auch in Fällen, in denen vermeidbare Bedienungsfehler oder mechanische Beschädigungen nach dem Kauf wahrscheinlich sind und somit ein Mangel nicht vorliegt, wird regelmäßig dem Wunsch des Kunden nach Rückabwicklung des Vertrages nachgekommen und sein Vorbringen nicht weiter hinterfragt.

Die Mitgliedsunternehmen des HDE erfüllen daher bereits sehr hohe gewährleistungsrechtliche Standards, die deutlich über ihre Rechtspflichten hinausgehen. Diese Serviceleistungen stellen ein wichtiges Wettbewerbsparameter dar. Daher lehnt der Handel eine gesetzliche Ausweitung der Gewährleistungsrechte grundsätzlich ab. Für die Einzelhändler ist angesichts der harten Wettbewerbssituation die Zufriedenheit der Kunden bereits heute eine hohe Motivation für einen überaus kulantem, mindestens aber korrekten Umgang mit den Rechten der Verbraucher (siehe dazu auch IV.c).

IV. Spezifische Bemerkungen

a) Unterschiedliche Rechtsrahmen

Entgegen der Absicht EU-weite Rechtssicherheit durch eine Vollharmonisierung zu schaffen, führen die geplanten Regelungen allerdings auch zu einer bedeutenden Rechtsunsicherheit, da sowohl unterschiedliche Rechtsrahmen zwischen Verkäufen im Online-Handel und im stationären Handel gelten sollen, als auch unterschiedliche Regelungen je nach Produktgruppe.

i. Zwischen Online und Offline-Handel

Die vorgeschlagenen Vorschriften für Sachgüter gelten nur für den Online- bzw. Fernabsatzhandel und nicht für den stationären Handel (Art. 1, 2015/0288/EG). Multichannel-Händler sähen sich also zwei unterschiedlichen Rechtsrahmen ausgesetzt und müssten differenzieren, je nach dem, auf welchem Kanal sie einen Kunden beliefern. Dies ist für den Handel mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden.

Eine differenzierte Behandlung der verschiedenen Vertriebskanäle ist auch aus wettbewerbspolitischen Gründen sehr problematisch. Die Einführung eines völlig neuen Rechtsrahmens für den Online-Handel wird es kleinen Unternehmen aus dem stationären Handel unnötig erschweren, die Produkte im Zuge eines Multichannel-Konzepts auch im Internet zu vertreiben und ihre Entscheidung ihre Waren auch online anzubieten negativ beeinflussen. Schon heute ist die Einhaltung der spezifischen Bestimmungen für den Fernabsatz für KMU nicht einfach. Damit wird kleinen Wettbewerbern der Marktzutritt erschwert und der Wettbewerb in der Praxis beschränkt. Somit stünden die Vorschriften im Gegenteil zur erklärten Absicht, den digitalen Binnenmarkt in der EU zu beleben und wären schlichtweg kontraproduktiv.

Weiterhin führen die unterschiedlichen Regelungen zu Verunsicherung sowohl beim Händler als auch beim Kunden, der unterschiedliche Kanäle oftmals gar nicht (mehr) wahrnimmt. Bereits heute werden im Rahmen der Abwicklung eines Kaufs mehrere Vertriebskanäle genutzt. Beim sog. „click and collect“ wird die Ware online bestellt und im Anschluss in der Filiale abgeholt. Es gibt aber auch die Möglichkeit, die Ware nur zu reservieren und – wie bereits seit langem – die Verfügbarkeit im Geschäft online oder telefonisch abzufragen. Diese Fälle unterschiedlichen Rechtsrahmen zu unterwerfen, ist aus Sicht des HDE nicht sachgerecht. Es ist vielmehr zu erwarten, dass sich in der Praxis eine Vielzahl von Problemen ergäbe, weil den Betroffenen nicht ohne weiteres klar ist, welche Regelung nun für ihren Vertrag gilt. Damit könnten sich Streitigkeiten häufen statt vermindert zu werden.

ii. Je nach Produktgruppe

Da digitale Inhalte auf einem physischen Träger wie einer CD oder DVD unter das Regime für digitale Inhalte fallen (Erw. 13 & Art.1 Abs. 3, 2015/0288/EG – siehe auch den folgenden Abschnitt) – auch wenn der Kauf im stationären Handel erfolgt – sähen sich Händler zwei unterschiedlichen Rechtsrahmen ausgesetzt, je nach Art des Produktes, das sie verkaufen. Ein Händler – egal ob stationär oder online - der z.B. eine CD und einen CD-Spieler verkauft, geht damit zwei verschiedene Verträge auf Basis unterschiedlicher Rechtsvorschriften ein. Für einen Kunden ist es nicht nachvollziehbar, dass hierbei bei Mangelhaftigkeit abweichende Regelungen und Rechte für ihn gelten. Neben dem administrativen und rechtlichen Mehraufwand für den Händler führt dies somit auch zu großen Verunsicherungen beim Verbraucher. Die Vorschläge der Kommission würden z.B. für einen Multichannel-Händler aus dem Bereich der Unterhaltungselektronik zu einer Welt mit drei verschiedenen Rechtsrahmen führen, über deren jeweilige Anwendung im Einzelfall der Überblick gewahrt werden muss:

1. Online-Bereitstellung von digitalen Inhalten (Download, Streaming) und (stationärer/online) Verkauf von CDs, DVDs u.ä. -> Rechtsrahmen für digitale Inhalte (2015/2087/EG)
2. Fernabsatz von Sachgütern (nicht CDs, DVDs u.ä.) -> Rechtsrahmen für Sachgüter (2015/0288/EG)
3. Stationärer Verkauf von Sachgütern -> jeweilige nationale Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG).

b) Fehlende Klarheit bei der Abgrenzung

Es gibt gute und nachvollziehbare Gründe (unterschiedliche Produktspezifikationen, bessere Erfolgsaussichten im Gesetzgebungsverfahren, etc.) warum sich die EU-Kommission für zwei separate Richtlinien für Sachgüter und digitale Inhalte entschieden hat. Allerdings ergeben sich dadurch auch Unklarheiten und Probleme bei der Abgrenzung, die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens klargestellt werden müssen, um die Zukunftssicherheit der Vorschriften zu garantieren.

Digitale Inhalte auf einem physischen Träger wie einer CD oder DVD: Wie oben bereits erwähnt, soll solch ein Kauf unter den Rechtsrahmen für digitale Inhalte fallen, da das Sachgut hier nur als Träger fungiert (Erw. 13 & Art. 1 Abs. 3, 2015/0288/EG). Jedoch ergeben sich Probleme in anderen Bereichen: Während ein Ebook als digitaler Inhalt bezeichnet wird, fällt ein gedrucktes Buch, obwohl es wie eine CD/ DVD eine geistige Leistung verkörpert (wie ein Ebook auf einem physischen Träger) aber unter den Rechtsrahmen



für Sachgüter. Stattdessen könnte es auch als „Ebook auf einem physischen Datenträger“ angesehen werden und unter den Rechtsrahmen für digitale Inhalte fallen. Solche Abgrenzungsprobleme werden sich durch die weitere Digitalisierung und Verschmelzung von digitalen und physischen Produkten in Zukunft häufen und die alltägliche Praxis für Händler erschweren.

Darüber hinaus unterliegen die physischen Träger - anders als z.B. Streaming-Dienste - jedoch einem Alterungs- und Abnutzungsprozess. Die Träger können auch unter falschen Lagerbedingungen (z.B. Hitze) leiden, die zu Qualitätseinbußen an den digitalen Inhalten führen. Die Anwendung eines unbegrenzten Gewährleistungsrechts (Erw. 43, 2015/0287/EG) sowie einer dauerhaft beim Anbieter liegenden Beweislast (Art. 9, 2015/0287/EG) ist daher für diese digitalen Inhalte unangemessen. Wir sprechen uns daher klar dafür aus, dass für CDs, DVDs u.ä. der Rechtsrahmen für Sachgüter zur Anwendung kommt.

(Elektronische) Produkte mit eingebauter Software, wie z.B. Spielzeug oder Haushaltsgeräte: Noch schwieriger fällt die Abgrenzung in dieser Kategorie. Solange „aufgrund der Art der Einbettung die Funktion der digitalen Inhalte den Hauptfunktionen der Waren untergeordnet“ ist, soll der Kauf unter das Rechtsrahmen für Sachgüter fallen (Erw.13, 2015/0288). Eine Abgrenzung wird hier in der Praxis allerdings häufig sehr schwer fallen, insbesondere wenn Software und Hardware in Zukunft immer stärker ineinandergreifen und sich angefangene Entwicklungen im Bereich des „Internets der Dinge“ fortsetzen.

Ist bei einem intelligenten Kühlschrank, der über das WLAN automatisch Bestellungen an einen Online-Lieferdienst schickt, die dafür nötige Software noch der Hauptfunktion (dem Kühlen von Produkten) untergeordnet? Ist dies bei einem intelligenten Heizungsthermostat, das ausschließlich über eine Smartphone-App gesteuert werden kann, ebenso der Fall?

c) Verlängerung der Frist für die Beweislastumkehr bei Sachgütern (Art. 8 Abs. 3, 2015/0288/EG)

Die Frist für die Beweislastumkehr soll von aktuell sechs Monaten (wie in Deutschland und in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG) auf 24 Monate ausgeweitet werden (Art. 8 Abs. 3, 2015/0288/EG).

Eine Frist von sechs Monaten für die Beweislastumkehr hat sich jedoch in der Praxis bewährt. Eine Vermutung, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, mag sich gerade noch an der Realität orientieren. Eine Verlängerung dieser Vermutung würde aber dazu führen, dass auch Defekte, die mit zunehmendem Alter eines Produktes und abhängig vom Nutzungsverhalten auftreten können, zunächst als Vertragswidrigkeit eingestuft würden. In vielen Fällen ist es für den Verkäufer nicht oder nur mit großem Aufwand möglich, die Vermutung zu widerlegen. Durch eine Verlängerung der Frist könnte sich somit das Risiko für einen Missbrauch des Gewährleistungsrechts erheblich erhöhen.

Die Verlängerung bzw. die Erstreckung der Beweislastumkehr auf den gesamten Zeitraum der Gewährleistungsfrist ist zudem eine erhebliche Schlechterstellung der Onlinehändler, die mit objektiven Argumenten nicht zu begründen und daher abzulehnen ist. Sie würde zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen. Die intendierte Förderung des europaweiten Onlinehandels würde dadurch konterkariert. Neben Deutschland haben 24 weitere EU-Mitgliedstaaten die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) direkt umgesetzt, wodurch die Frist für die Beweislastumkehr somit sechs Monate beträgt und der Online-Handel gegenüber dem stationären Handel in diesen Ländern erheblich belastet würde.



Kleinere Onlinehändler - selbst diejenigen, die derzeit ein gutes Auskommen haben - könnten aufgrund der häufigeren Rückabwicklungs- und Ersatzpflichten, die mit zum Teil erheblichen Kosten für die Händler einhergehen, vom Markt verdrängt werden. Unerheblich ist dabei, dass Kosten ggf. an den Lieferanten weitergegeben werden können. Dies ist nach deutschem Recht bereits heute im Wesentlichen der Fall, dennoch kommt es gerade zwischen Händlern und Lieferanten immer wieder zu Streitigkeiten über die Übernahme von Kosten im Rahmen des Lieferantenregresses gemäß § 478f. BGB. Es ist nicht wahrscheinlich, dass sich dies mit einer neuen Rechtslage ändern wird. Im Gegenteil, werden diese Streitigkeiten vermutlich weiter zunehmen und dazu führen, dass kleinere Händler in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Dies steht der beabsichtigten Vielfalt und Förderung des digitalen EU-Binnenmarktes entgegen.

Auf lange Sicht ist zu befürchten, dass weder Händler noch Verbraucher von der Verlängerung der Beweislastumkehrfrist - die einer vollumfänglichen zweijährigen Produktgarantie gleichkommt - profitieren werden. Händler werden sich vermehren – und vermutlich zunehmend auch unberechtigten – Nacherfüllungs- und Rückabwicklungsansprüchen gegenüber sehen. Zwar sind inadäquate Nutzungen von der Gewährleistung nicht umfasst. Regelmäßig werden die Händler dies jedoch aufgrund der schwierigen Beweissituation nicht nachweisen können bzw. wird seitens der Händler kaum der Beweis geführt werden können, dass die Ware bei Übergabe an den Kunden mangelfrei gewesen ist. Sollte der Nachweis - regelmäßig mittels eines Sachverständigen - doch gelingen, so besteht das nicht unwesentliche Risiko, die erfahrungsgemäß hohen Gutachtenkosten nicht – oder nur mit Hilfe eines erstrittene Tittels und damit mit weiteren finanziellen Kosten, für die die Händler in Vorleistungen gehen müssen – vom Verbraucher zurückzuerhalten, was zu steigenden Verbraucherpreisen führen kann.

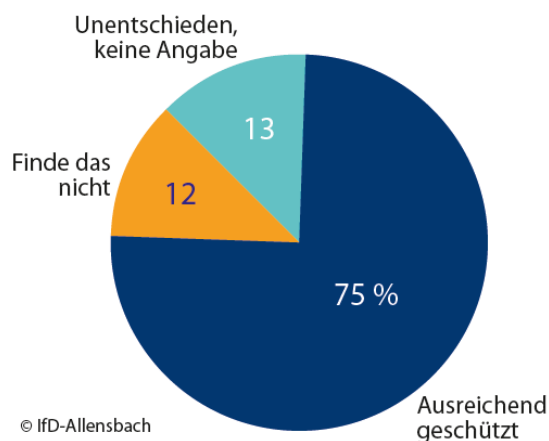
Vermutlich werden sich dann nur noch große, finanzstarke Anbieter am Markt behaupten können, so dass eine Marktaufteilung zwischen einigen wenigen Anbietern zu befürchten steht. Dies wiederum würde nicht unbedingt zu einer Verbesserung des Verbraucherschutzes führen. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass die derzeit noch bestehende Vielfalt an Angeboten – insbesondere in Bezug auf Produkte außerhalb des Mainstreams – deutlich abnimmt.

Sollte darüber hinaus auch eine Ausdehnung dieser Regelungen auf den stationären Handel durchgreifen, werden aufgrund der finanziellen Belastung auch stationär immer mehr inhabergeführte Geschäfte unter noch stärkeren wirtschaftlichen Druck geraten, so dass die Gefahr besteht, dass sich das Sterben des Innenstadtlebens beschleunigt wird.

Zusätzlich problematisch und im Zusammenhang mit der geplanten Verlängerung der Beweislastumkehrfrist abzulehnen ist die Verlagerung des Bewertungsrisikos bei Verlust der Ware auf den Händler unter gleichzeitiger Wahl der Vertragsbeendigung (Art. 13 Abs. 3c) & d), 2015/0288/EG). Diese Regel ist für sich betrachtet bereits sehr verbraucherfreundlich. Für den Händler ist sie aber unzumutbar, weil sie einem Missbrauch Tür und Tor öffnet: Wurde eine Ware intensiv genutzt und behauptet der Verbraucher anschließend innerhalb der verlängerten Beweislastumkehrfrist, die Ware sei wegen des Mangels zerstört und bis dahin nur im normalen Umfang verwendet worden, so muss er weder die „zerstörte“ bzw. „verlorene“ Ware zurückgeben noch die Wertminderung wegen der intensiveren Nutzung gemäß Art. 13 d) S. 1 ausgleichen. Der Verbraucher stellt sich bei übersteigerter Verwendung daher besser, wenn er die Ware „verliert“ bzw. deren Zerstörung behauptet, weil er in diesem Fall dem Verkäufer den Wertverlust nicht ersetzen muss (Art. 13 c) letzter HS) und trotzdem der volle Kaufpreis – wie bei normaler Nutzung – vom Verkäufer zurück erstattet wird (Art. 13 a).

„Haben Sie den Eindruck, dass man als Kunde rechtlich ausreichend geschützt ist, wenn man ein Produkt zurückgeben oder kostenlos reparieren lassen möchte, oder haben Sie nicht diesen Eindruck?“

Mit vorheriger Nennung der gesetzlichen Regelung



© IfD-Allensbach

Basis: Bundesrepublik Deutschland, Bevölkerung ab 16 Jahre
Quelle: Allensbacher Archiv, IfD-Umfrage 11040 (Juni 2015)

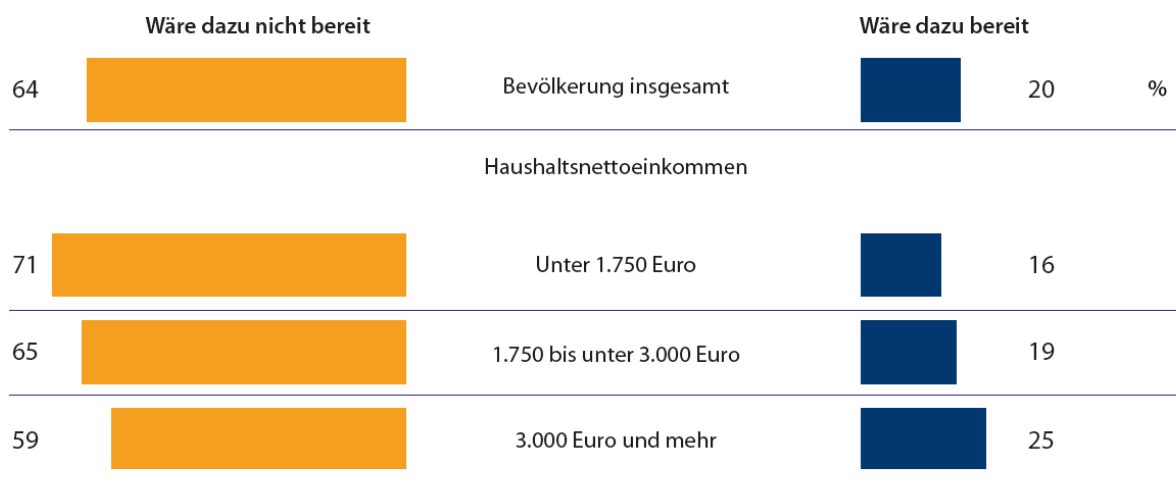
Der Verkäufer wird wegen der Beweislastumkehr nämlich genauso wenig in der Lage sein, die intensive Nutzung der Ware zu beweisen wie er den Nachweis führen kann, dass die Waren nicht wegen der Vertragswidrigkeit zerstört bzw. verloren wurde.

An dieser Stelle sollte zudem nicht außer Acht gelassen werden, dass in der Praxis der Gewerbetreibende oft auf den Verbraucher zugeht und ihm zusätzliche kundenfreundliche Vorteile anbietet, die über das gesetzliche Maß hinausgehen.

So zeigen auch Ergebnisse einer vom HDE beauftragten, repräsentativen Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach, dass die Erfahrungen der Verbraucher bei Inanspruchnahme des Gewährleistungsrechts oder beim Kulanzumtausch in Deutschland insgesamt ganz überwiegend positiv sind. Danach ist eine große Mehrheit der befragten Verbraucher auch der Ansicht, beim Umtausch oder bei der Rückgabe von Produkten als Kunde ausreichend geschützt zu sein. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen werden für ausreichend gehalten.

Da die große Mehrheit bereits jetzt den Schutz der Verbraucher als hoch ansieht, ist auch nur ein kleiner Teil bereit, für den Ausbau des Gewährleistungsrechts für Produkte mehr zu zahlen.

Frage: „Wären Sie grundsätzlich bereit, für Produkte einen höheren Preis zu zahlen, wenn dafür z.B. das Gewährleistungsrecht von 2 auf 3 Jahre verlängert wird, oder wären Sie dazu nicht bereit?“



Basis: Bundesrepublik Deutschland, Bevölkerung ab 16 Jahre
Quelle: Allensbacher Archiv, IfD-Umfrage 11040 (Juni 2015)

© IfD-Allensbach

d) Regressansprüche (Art. 16, 2015/0288/EG & Art. 17, 2015/0287/EG)

Regressansprüche sind zwar vorgesehen, aber diese werden inhaltlich nicht an die veränderten Verbraucherrechte angepasst. Im Verhältnis Händler und Großhändler/Lieferant sollten die Rechte des Verbrauchers gegenüber dem Händler gespiegelt werden. Auch hier müsste die Dauer der Beweislastumkehr angepasst werden. Davon wird bislang in Erwägungsgrund 14 (2015/0288/EG) explizit abgesehen. Es besteht aber ein klarer Zusammenhang. Dies wurde bisher auch vom deutschen Gesetzgeber so gesehen, der die Länge der Beweislastumkehr in beiden Fallkonstellationen gleich geregelt hat. Ansonsten würden die Händler durch die Veränderung der Dauer der Beweislastumkehr doppelt bestraft. Im Verhältnis zum Verbraucher ebenso, wie im Verhältnis zum Großhändler/Hersteller.

Weiterhin sollte im Zusammenhang mit dem Regressanspruch die Regelung aufgenommen werden, wonach der Händler diesen bis zu zwei Monate nach Erfüllung der Ansprüche des Verbrauchers durch den Unternehmer gegenüber dem Großhändler/Hersteller (§ 479 BGB) geltend machen kann. Das entspricht der Regelung des deutschen BGB und wird den Fällen gerecht, in denen der Verbraucher die Zweijahresfrist für Gewährleistungsrechte bis zum letzten Tag ausreizt, die Ware vor dem Verkauf lange im Ladengeschäft gelagert wurde oder der Anspruch des Verbrauchers umstritten war.

e) Verspäteter Gefahrenübergang bei Installation durch den Verbraucher (Art. 8 Abs. 2, 2015/0288/EG)

Werden die Waren vom Verkäufer, unter dessen Verantwortung oder vom Verbraucher montiert oder installiert, gilt als Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher in den physischen Besitz der Waren gelangt ist, der Zeitpunkt, zu dem die Montage oder Installation abgeschlossen ist. Dadurch kann sich wegen Art. 8 Abs. 2 S. 2 der Gefahrenübergang bei einer Montage durch den Verbraucher um bis zu 30 Tage verzögern, ohne dass der Verkäufer Einfluss auf den Zeitpunkt der Montage nehmen kann. Während dieser Zeit befindet sich das Produkt außerhalb der Einflussosphäre des Verkäufers, so dass dieser den tatsächlichen Montagezeitpunkt auch nicht überprüfen kann. Diese Sonderregelung für Güter, die vom Verbraucher installiert/montiert werden, führt de facto zu einer weiteren Verlängerung der Gewährleistungsfrist von 24 auf 25 Monate. Auch wegen des offensichtlichen Missbrauchspotentials lehnen wir diese Regelung ab. Dem Verbraucher ist es zuzumuten, die Montage oder Installation unverzüglich nach dem Kauf der Ware vorzunehmen. Selbst wenn er diese Arbeiten erst einige Wochen nach dem Kauf vornimmt, kommt er nach geltendem Recht noch mehrere Monate in den Genuss der Beweislastumkehr, wenn später ein Sachmangel auftritt. Eine Ausweitung dieser Rechte ist daher auch im Interesse der Verbraucher nicht erforderlich und würde den Handel unverhältnismäßig belasten. Mängel bzgl. der Installation (Sanleitung) sind zudem bereits anderweitig abgedeckt (Art. 6b, 2015/0288/EG).

f) Beendigung des Vertrages und Rückerstattung des Preises bei Sachgütern (Art. 13 Abs. 3a, 2015/0288/EG)

Der Händler wird hier verpflichtet, den vom Verbraucher gezahlten Preis innerhalb von maximal 14 Tagen nachdem er vom Verbraucher informiert wurde, zurückzuerstatten. Die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises kann damit bereits eintreten, bevor der Händler wieder in den Besitz der (mangelhaften) Sache gelangt ist und diese überprüfen konnte. Der Verbraucher muss nach Art. 13 Abs. 3 b) die Ware nämlich erst vierzehn Tage nach Absendung seiner Rücktrittserklärung zurückgeben. Dies schließt in der Praxis eine Prüfung der Sache durch den Verkäufer vor Rückzahlung des Preises aus und ist daher nicht sachgerecht, denn damit wird dem Händler die Möglichkeit genommen, den zurückzahlenden Kaufpreis wegen Wertverlust z.B. bei intensiver Nutzung der Kaufsache durch den Kunden gemäß Art. 13 Abs. 3 d)

S. 1 zu reduzieren. Richtiger Weise sollte die Frist für die Rückerstattung des Preises grundsätzlich erst mit dem Zeitpunkt beginnen, an dem der Verkäufer die Ware zurück erhalten hat. Für den Fall des Art. 13 Abs. 3 c) kann eine Ausnahme vorgesehen werden. Alternativ könnte die in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) gewählte Formulierung „innerhalb einer angemessenen Frist“ übernommen werden. Die Angemessenheit ist anhand des Einzelfalls zu bestimmen, wird damit den konkreten Umständen eher gerecht und würde eine Prüfung der Ware durch den Händler ermöglichen.

g) Anspruch auf Preisminderung und Vertragsauflösung (Art. 9 Abs. 3d, 2015/0288/EG)

Hier ist nicht klar, wann der Verbraucher „aus den Umständen klar erkennen“ kann, dass eine Nachbesserung oder Ersatzlieferung nicht zu erwarten ist und er auf dieser Basis Preisminderung und Vertragsauflösung verlangen kann. Eine konkludente Erklärung ist bereits durch die 1. Alternative des Art. 9 Abs. 3 d) abgedeckt. Gegenwärtig ist daher nicht klar, in welchen Sachverhalten diese Voraussetzung in der Praxis erfüllt sein könnte. Die vage Formulierung in Art. 9 Abs. 3d, 2015/0288/EG sollte entweder entfallen oder mindestens in den Erwägungsgründen genauer definiert werden.

h) Verbandsklagerecht für Verbraucherorganisationen (Art. 17 Abs. 2, 2015/0288/EG)

Die Mitgliedstaaten sollen Vorschriften erlassen, die Verbraucherverbände ermächtigen, Gerichte anzurufen, um die Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie sicherzustellen. Eine solche Regelung halten wir für nicht erforderlich, da dies im deutschen Wettbewerbsrecht bereits geregelt ist.

i) Rücktritt vom Vertrag bei geringfügiger Vertragswidrigkeit (Erw. 29 i.V.m. Art. 13, 2015/0288/EG)

Das geplante Recht für den Verbraucher, auch bei geringen Mängeln vom Vertrag zurücktreten zu können entspricht einer Verschärfung gegenüber der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Art. 3 Abs. 6, 1999/44/EG), die wir ablehnen. Insbesondere wenn man bedenkt, dass die Frist für die Beweislastumkehr gleichzeitig verlängert werden soll, ergeben sich hier erhebliche Risiken für Missbrauch.

j) Fehlende Geltendmachungsfrist (Erw. 25, 2015/0288/EG)

Eine Frist für die Geltendmachung der Verbraucherrechte nach Erkennen des Mangels sollte, wie in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgesehen (Art. 5 Abs. 2, 1999/44/EG) in die Richtlinie aufgenommen werden. Eine solche Regelung existiert in der überwiegenden Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten und stellt für den Händler zumindest ein minimales Mittel beim Schutz gegen Missbrauch dar.

k) Unklarheiten bei der Ersatzlieferung (Art. 10, 2015/0288/EG)

In unseren Augen wird hier dem tatsächlichen Prozessablauf im Online-Handel nicht ausreichend Rechnung getragen. Wie soll der Verkäufer erkennen, dass die Ware fehlerhaft ist, wenn sie ihm der Verbraucher nicht zurückschickt? Wer soll bei der Ersatzlieferung in Vorleistung treten? Wie soll dies in Fällen geschehen, in denen die Ware zusammengesetzt wurde? Oder richtet sich die Vorschrift nach den Regeln der Beweislast, ggf. mit welchen Auswirkungen? Hier sind etwaige Klarstellungen notwendig.

I) Daten als Währung (Art. 3, 2015/0287/EG)

Die Vorschriften für digitale Inhalte sollen auch für Verträge gelten, die gegen eine nicht-monetäre Gegenleistung in Form von Daten geschlossen werden (Art. 3, 2015/0287/EG). Dies bezieht sich auf persönliche oder andere Daten, die vom Verkäufer angefordert und vom Verbraucher aktiv zur Verfügung gestellt werden. Dies gilt nicht für Daten, die der Anbieter sammelt, um das Funktionieren des Inhalts sicherzustellen, oder wenn damit lediglich rechtliche Anforderungen erfüllt werden müssen (Art. 3 Abs. 4, 2015/0287/EG). Im Falle des Rücktritts vom Vertrag darf der Händler diese Daten nicht länger nutzen und der Verbraucher kann seine zur Verfügung gestellten Daten vom Händler zurückverlangen (Art. 13, 2015/0287/EG). In der Praxis würde diese Regelung z.B. Anwendung finden, wenn ein Händler dem Kunden eine gratis App zur Verfügung stellt, für dessen Nutzung der Verbraucher bestimmte persönliche Daten angeben muss.

Vorschriften zu Übertragbarkeit von Daten sind aus unserer Sicht sehr einseitig auf bestimmte Dienstleistungen, wie z.B. Cloud Computing, zugeschnitten. Offensichtlich sollen Verbraucher hiermit mehr Kontrolle über solche Daten erlangen, die sie selbst freiwillig im Internet eingestellt haben. Für Handelsunternehmen hätte die Aufnahme einer solchen Regel negative Folgen. Daher sind differenzierte Regelungen notwendig, die den Bedürfnissen anderer Unternehmensmodelle, deren Schwerpunkt nicht auf der Datenverarbeitung liegt, ebenso Rechnung tragen.

In den verschiedenen Einzelhandelsformaten, sowohl im E-Commerce als auch im stationären Handel, werden Informationen über Kunden und deren Kaufverhalten gespeichert. Die rechtliche Grundlage bildet die Einwilligung der Person oder ein Vertrag. Für die geplante Regelung relevante Beispiele aus der Praxis sind digitale Kundenkarten in Form von Apps, die Handelsunternehmen zur Kundenbindung und zur besseren Kundenansprache nutzen. Weiterhin werden den Kunden seit einiger Zeit von Einzelhandelsunternehmen auch Apps als Einkaufshilfe zur Verfügung gestellt, mit denen der Kunde z.B. Einkaufslisten erstellen kann. Zur Nutzung dieser Apps müssen zunächst persönliche Daten zur Verfügung gestellt werden. Diese und die im weiteren Verlauf vom Unternehmen erhobenen Daten stellen einen erheblichen Mehrwert und damit ein wirtschaftliches Gut für die Einzelhändler dar. Die Verpflichtung für Unternehmen, diese Daten wieder an den Kunden herauszugeben, geht aus unserer Sicht zu weit und ist auch nicht mit dem Schutz der Privatsphäre der betroffenen Personen zu rechtfertigen. Ein Verbot der Nutzung und eine Verpflichtung zur Löschung dieser Datenbestände reicht aus Gründen des Daten- und Verbraucherschutzes vollständig aus. Eine Herausgabe der Datenbestände ist dagegen unverhältnismäßig, weil der Kunde die vom Unternehmer erstellte und geldwerte Datensammlung an einen Wettbewerber weitergeben könnte.

Zudem bleibt derzeit noch sehr vage, wie dieses Recht auf die „Erstattung von Daten“ konkret ausgestaltet und praktisch umgesetzt werden soll. Wir halten dies für praktisch und technisch nur unter einem unverhältnismäßigen (finanziellen) Aufwand realisierbar, der besonders von kleineren Anbietern nicht getragen werden können wird. Es besteht somit auch diesbezüglich die Gefahr, dass nur noch große Anbieter die gesetzlichen Regelungen werden einhalten können. Noch schwieriger würde eine Rückgabe bzw. Löschung, wenn Daten zuvor anonymisiert oder pseudonymisiert worden sind. Der Gesetzesvorschlag enthält keine Anhaltspunkte, wie in diesem Fall zu verfahren ist. Mindestens muss daher eine Rückgabe oder Verpflichtung zur Löschung anonymisierter, aggregierter oder pseudonymisierter Daten ausdrücklich ausgeschlossen werden, damit die Vorschrift überhaupt praktikabel ist.

Dass Daten im Informationszeitalter inzwischen zu einem wichtigen Handelsgut geworden sind, die einen hohen wirtschaftlichen Wert haben, ist unbestritten. Grundsätzlich gilt jedoch, dass Fragen zur Datenüber-

tragbarkeit bzw. Rückgabe von Daten im Regelungsbereich des Datenschutzrechtes - konkret der EU-Datenschutzgrundverordnung – liegen und von den vorliegenden, zivilrechtlichen Vorschlägen nicht tangiert werden sollten. Statt einen zweiten, parallelen Rechtsrahmen für Datenschutzfragen zu schaffen, sollte ein Verweis auf das Datenschutzrecht an dieser Stelle ausreichen und auf darüber hinausgehende Bestimmungen verzichtet werden. Dies ist auch sinnvoll, damit dieselbe Materie nicht in zwei Rechtsregimen – einem öffentlich-rechtlichen und einem zivilrechtlichen – mit unterschiedlichen Rechtswegen geregelt wird.

m) Schadensersatz bei digitalen Inhalten (Art. 14, 2015/0287/EG)

Entsteht durch einen mangelhaften oder nicht zur Verfügung gestellten Inhalt eine „wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers“, soll dieser ein Recht auf Schadensersatz erhalten. Eine Beschränkung des Ersatzanspruchs auf schuldhaftes Verhalten des Unternehmers fehlt. Damit besteht die Gefahr, dass eine verschuldensunabhängige Haftung begründet wird. Auch Art. 10 beschränkt den Schadensersatzanspruch nicht auf Fälle, in denen der Unternehmer die Schädigung des Verbrauchers zu vertreten hat. Die Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung würde aber den Grundsätzen des deutschen Zivilrechts widersprechen, den Unternehmer unverhältnismäßig belasten und ist daher für den HDE vollständig inakzeptabel. Diese Situation wird noch durch die im Entwurf vorgesehene Beweislastumkehr (Art. 9 Abs. 1, 2015/0287/EG) verschärft. Da für den Schadensersatzanspruch auch keine Obergrenzen der Höhe nach vorgesehen sind, würden die geplanten Regelungen in ihrer Gesamtheit zu völlig unbeherrschbaren Risiken für die Unternehmen führen. Dringend erforderlich ist daher eine Klarstellung, dass ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers nur entsteht, wenn der Unternehmer das schädigende Ereignis zu vertreten hat.

Gleichzeitig sollte das Verhältnis von Art. 10 zu Art. 14 geklärt werden. Der vorliegende Text der Normen lässt nicht deutlich erkennen, ob sich die Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 2 lediglich auf die Rechtsfolgen oder auch auf die Tatbestandsseite eines Schadensersatzanspruches bezieht. Soweit der europäische Gesetzgeber nicht entsprechend des Petitums des HDE bereits auf der Tatbestandsseite ein Verschuldenserfordernis vorsieht, muss daher mindestens klargestellt werden, dass sich die Öffnungsklausel des Art. 14 Abs. 2 nicht nur auf die Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruches bezieht. Hierzu könnte Art. 14 Abs. 2 wie folgt modifiziert werden:

*Die Mitgliedsstaaten legen die Einzelheiten bezüglich **der Voraussetzungen, des Umfangs und der Ausübung des Rechts auf Schadensersatz fest.***

V. Zusammenfassende Bewertung

Es handelt sich hier um zwei sehr ehrgeizige Richtlinienvorschläge, die aber ihr großes Potenzial für den grenzüberschreitenden Online-Handel nur entfalten können, wenn das geltende Verbraucherschutzniveau nicht – wie derzeit vorgesehen – angehoben wird. Zudem darf die gegenwärtige geographische Fragmentierung nicht durch eine Fragmentierung bezüglich der Vertriebskanäle und Produktgruppen ersetzt werden, weil auf diese Weise die Vorteile der geplanten Regelungen konterkarieren würden. Der HDE bekräftigt, dass für den stationären Handel und im Fernabsatz die gleichen gewährleistungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf dem bestehenden Verbraucherschutzniveau und keinesfalls darüber hinausgelten müssen, da das Rege-



lungsniveau der in Kraft befindlichen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vollständig ausreicht und aus Sicht der Wirtschaft gerade noch interessengerecht ist.

Dementsprechend könnte der HDE nur das vom Europäischen Parlament angekündigte Bestreben unterstützen, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu Sachgütern auf stationäre Verkäufe auszuweiten, wenn bei der Kodifizierung die o.g. Voraussetzungen beachtet würden. Dies ist beim vorliegenden Entwurf nicht der Fall.

Die Mitgliedsunternehmen des HDE erfüllen auf freiwilliger Basis grundsätzlich bereits sehr hohe gewährleistungsrechtliche Standards, die deutlich über ihre Rechtspflichten hinausgehen. Eine Erweiterung der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche des Verbrauchers ist daher nicht erforderlich und ist unbedingt zu vermeiden.

Zu den wichtigsten Diskussionspunkten im Einzelnen:

- Eine differenzierte kaufrechtliche Behandlung verschiedener Vertriebskanäle und Produktgruppen führt zu Verunsicherung beim Kunden und beim Händler, wäre für den Handel mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden, der sich auf die Verbraucherpreise auswirken kann, und wäre auch aus wettbewerbspolitischen Gründen sehr problematisch. Sie würde es kleinen Unternehmen aus dem stationären Handel unnötig erschweren, ihre Produkte im Zuge eines Multichannel-Konzepts auch im Internet zu vertreiben und den Online-Handel in der EU damit sogar einschränken.
- Eine Verlängerung der Frist für die Beweislastumkehr lehnen wir ab, da dies zu einer Schlechterstellung des Online-Handels führen würde, das Risiko für Missbrauch erhöht würde und dies den allgemein positiven Erfahrungen der Verbraucher bei Inanspruchnahme des Gewährleistungsrechts in Deutschland entgegenpricht.
- Physische Träger eines digitalen Inhalts - wie CDs und DVDs - unterliegen einem Alterungs- und Abnutzungsprozess. Die Anwendung eines unbegrenzten Gewährleistungsrechts sowie einer dauerhaft beim Anbieter liegenden Beweislast ist daher für diese digitalen Inhalte unangemessen. Wir sprechen uns dafür aus, dass für CDs, DVDs u.ä. der Rechtsrahmen für Sachgüter zur Anwendung kommt.
- Fragen zur Datenübertragbarkeit bzw. Rückgabe von Daten liegen im Regelungsbereich des Datenschutzrechtes – konkret der EU-Datenschutzgrundverordnung und sollten von den vorliegenden, zivilrechtlichen Vorschlägen nicht tangiert werden.

Berlin / Brüssel, April 2016



Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Spindler, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen

Tel.: (0551) 39 - 7374
Fax: (0551) 39 - 4633
E-Mail: info@gerald-spindler.de

24. April 2016

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final 2015/0287 (COD)

Im Rahmen der Anhörung zu den Vorschlägen der EU-Kommission¹ konzentriert sich die folgende Stellungnahme auf den Vorschlag zum vertraglichen Verbraucherschutzrecht bei digitalen Inhalten.² Zwar enthält auch der Vorschlag zur Änderung der Verbrauchsgüterkauf-RL für den online Fernabsatz von Waren³ etliche interessante Anhaltspunkte, etwa eine Verlängerung der Beweislastumkehr von 6 Monaten auf zwei Jahre (Art. 8 Nr. 3, Erwägungsgrund Nr. 32, 33); doch folgen diese Änderungen weitgehend der bekannten Systematik des Verbrauchsgüterkaufs. Demgegenüber versucht der Richtlinienvorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte neue Wege zu gehen, die nicht zuletzt aus der Diskussion und den Änderungsvorschlägen des Europäischen Parlaments über den Vorschlag eines gemeinsamen optionalen europäischen Kaufrechts (Common European Sales Law – CESL) gespeist sind,⁴ der

¹ Vertiefend zum Folgenden Spindler MMR 2016, Heft 3 und Heft 4.

² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final 2015/0287 (COD), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&qid=1453386693189&from=DE>.

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, COM(2015) 635 final 2015/0288 (COD), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0635&qid=1453386745055&from=DE>.

⁴ Begründung Kommission Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final 2015/0287 (COD), S. 2.

bereits Regelungen zu digitalen Inhalten enthielt,⁵ aber am Widerstand der Mitgliedstaaten scheiterte.

I. Executive Summary

Die wesentlichen Inhalte der Stellungnahme können wie folgt kurz zusammengefasst werden:

- Anwendungsbereich (3 ff.)

Der Anwendungsbereich ist extrem breit, andererseits hinsichtlich der Ausnahmen fragwürdig, insbesondere was die Ausnahme des „Internets der Dinge“ bzw. embedded systems angeht. Dies gilt auch hinsichtlich der generellen Ausnahme für das Urheberrecht.

- Verzicht auf Vertragstypologie und Folgen (9 ff.)

Der Verzicht auf jegliche Vertragstypologie ist an sich zu begrüßen. Allerdings gerät er in Konflikt mit der deutschen AGB-Inhaltskontrolle, da dann jedes gesetzliche Leitbild fehlt. Gleiches gilt für Auslegungsfragen. Zudem werden selbst Individualvereinbarungen einer schwer abschätzbaren Transparenzkontrolle unterworfen. Der Ansatz kann sich sowohl zu Lasten der Verbraucher (bei „niedrigen“ Leistungsbeschreibungen wie Beta-Versionen) als auch zu ihren Gunsten auswirken (Transparenzkontrolle). Die Rechtssicherheit leidet allerdings auf jeden Fall.

- Gewährleistungsrechte und Schadensersatz (**Fehler! Textmarke nicht definiert.** ff.)

Die Gewährleistungsrechte folgen tradierten Mustern. Nebulös ist allerdings auf jeden Fall die Klausel zum Schadensersatz bei fehlerhaften digitalen Inhalten/Dienstleistungen.

⁵ Eingehend zum CESL und digitaler Inhalte *Druschel*, Die Behandlung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, 2014, S. 48 ff.; s. auch die Kommentierung des CESL im Werk von *Schulze* (Hrsg.), Common European Sales Law (CESL), 2012, insb. *Wendehorst*, in: Schulze (Hrsg.), (o. Fußn. 5), Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, 2012, S. 9 ff.; *Arnerstål*, GRUR Int. 2015, 882, 884; *Haug*, K&R 2012, 1, 2; *Söbbing*, MR-Int 2012, 55 ff.; *Zahn*, ZEuP 2014, 77, 79 ff.; *Zenefels*, K&R 2012, 463 ff.

II. Allgemeines

A. Vollharmonisierende Richtlinie

Die Kommission hat sich zugunsten einer besseren Einbettung der Vorschläge in das jeweilige Zivilrecht der Mitgliedstaaten für eine vollharmonisierende Richtlinie (Art. 4, Erwägungsgrund Nr. 5) statt einer Verordnung entschieden.⁶ Dies erscheint trotz des zwingenden Charakters der Regelungen richtig, da der Richtlinienvorschlag einen breiten Anwendungsbereich aufweist, der in die jeweiligen Vertragstypen der Mitgliedstaaten integriert werden muss – sofern der Mitgliedstaat nicht eine eins-zu-eins-Übertragung vornimmt, was möglich erscheint. Die Harmonisierung erschien der Kommission vor allem im Lichte einer beginnenden Fragmentierung der jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften zur Sicherung des Binnenmarktes (gestützt auf Art. 114 AEUV) geboten, da etwa UK im Rahmen des Consumer Rights Acts digitale Inhalte regelt,⁷ ebenso die Niederlande und sich offenbar auch in anderen Staaten entsprechende Tendenzen abzeichnen.

B. Verzicht auf jegliche Typologie

Damit ist auch bereits eine der herausstechenden Charakteristika des Vorschlags angesprochen: die Konzentration auf vertragliche Pflichten ohne eine bestimmte Typologie vorzunehmen. Der Vorschlag verzichtet im Gegensatz etwa zur Verbrauchsgüterkauf-RL⁸ bewusst auf eine Einordnung in Kauf-, Werk- oder Mietvertrag, sondern hebt nur abstrakt bestimmte Pflichten und die Gewährleistungsrechtsbehelfe hervor.⁹ So beschränkt sich der Vorschlag nicht etwa auf digitale Inhalte etwa in Gestalt von Daten oder urheberrechtlich geschützter Werke, sondern bezieht auch alle möglichen Mischformen ein, einschließlich von Dienstleistungen, um zu vermeiden, dass durch den schnellen technologischen Wandel und dem hohen Innovationsgrad bei Geschäftsmodellen die Richtlinie zu schnell veralten würde.

Ferner hat die Kommission die Vorschläge des Parlaments aufgenommen und behandelt Verträge, die als „Entgelt“ die Preisgabe persönlicher Daten vorsehen wie andere entgeltliche

⁶ Begründung der Kommission, (o. Fußn. 4), S. 7.

⁷ Der Consumer Rights Act trat am 1.10.2015 in Kraft, Part 1 Chapter 3 des Acts befasst sich mit digital content, abrufbar unter: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga_20150015_en.pdf.

⁸ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. Nr. L 171 v. 7.7.1999, S. 12.

⁹ Schon Art. 5 b) CESL ging in diese Richtung, s. zu den Einordnungsproblemen *Wendehorst*, in: Schulze (Hrsg.), (o. Fußn. 5), Art. 5 Rn. 19 ff.

Verträge – auch dies ist im Ansatz zu begrüßen,¹⁰ schafft aber auch einige Abgrenzungsprobleme, auf die noch einzugehen sein wird.

C. Keine Anwendung auf Urheber- und Datenschutzrecht

Schließlich soll die Richtlinie keinen Einfluss auf das Urheber(vertrags)recht (Erwägungsgrund Nr. 21)¹¹ und das Datenschutzrecht haben (Art. 3 Nr. 8, Erwägungsgründe Nr. 14, 22)¹². Damit werden alle Fragen des Einsatzes von DRM-Systemen (Art. 6 InfoSoc-RL¹³) ebenso wie die Wirkung des Erschöpfungsgrundsatzes oder der vertraglichen Abbedingung von Schranken außen vorgelassen. Gerade die im Software- oder Spielebereich häufig vorzufindenden Kopierschutz- und Authentifizierungsmechanismen (Accounts) bleiben damit unberührt.

D. Subsidiarität

Ebenso wenig soll das Kollisionsrecht geändert oder Regelungen über den Vertragsschluss getroffen werden (Art. 3 Nr. 9, Erwägungsgrund Nr.10).¹⁴ Interessanterweise gilt zudem eine Art Subsidiaritätsprinzip gegenüber anderen europäischen Rechtsakten, indem die Richtlinie in Kollisionsfällen immer zurücktreten soll (Art. 3 Nr. 7). Da die Richtlinie keine Aussagen über den Vertragsschluss treffen soll, bleiben etwa nationale Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, insbesondere Minderjährigenschutzvorschriften unberührt.

Damit werden allerdings erhebliche Unsicherheiten geschaffen: So muss jeder Artikel daraufhin durchforstet werden, ob nicht eine andere Richtlinie oder VO ggf. Vorrang hat. Auch kommt es bereits es jetzt zu Friktionen etwa mit der Datenschutz-GrundVO (DS-GrundVO): So genügt für die datenschutzrechtliche Einwilligung eines Minderjährigen, dass dieser das 16. Lebensjahr vollendet hat, Art. 8 Abs. 1 DS-GrundVO¹⁵, während für den Vertragsschluss mit dem sozialen Netzwerk nach wie vor die Genehmigung der Eltern erforderlich ist. Bei fehlender Genehmigung verfangen die verbraucherschützenden Vorschriften nicht für die Minderjährigen – ob die Rechte nach der DS-GrundVO genügen, erscheint fraglich, da nicht nur personenbezogene Daten

¹⁰ S. schon zur Entgeltlichkeit solcher Verträge und der Datennutzung als Preis für die IT-Leistung *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 636.

¹¹ Begründung der Kommission, (o. Fußn. 4), S. 5.

¹² Begründung der Kommission, (o. Fußn. 4), S. 5.

¹³ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167 v. 22.6.2001, S. 10.

¹⁴ Begründung der Kommission, (o. Fußn. 4), S. 6.

¹⁵ Art. 8 Abs. 1 DS-GrundVO enthält zudem eine Öffnungsklausel, die den Mitgliedsstaaten erlaubt, das Alter auf das 13. Lebensjahr zu senken.

betroffen sein müssen. Eine Datenherausgabe könnte der Minderjährige etwa nur nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften verlangen.¹⁶

III. Anwendungsbereich

Der Richtlinienvorschlag charakterisiert sich durch einen fast schon extrem zu nennenden Anwendungsbereich:

A. Digitale Inhalte

Zentrales Kriterium für den Richtlinienvorschlag ist der Begriff des digitalen Inhaltes in Art. 2 Nr. 1 a, der sämtliche Formen von digitalen Inhalten umfasst: „[...] darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software“.¹⁷ Aber nicht nur digitale Inhalte als solche werden erfasst, die nach traditionellem Verständnis dem Kauf-, Werkvertrags- oder Mietrecht zugeordnet würden, sondern gem. Art. 2 Nr. 1 b (und über das CESL hinausgehend) auch „Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, und gem. Art. 2 Nr. 1 c „Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen“. Allein diese Aufzählung verdeutlicht, dass die Richtlinie sämtliche Dienste, die im Zusammenhang mit digitalen Inhalten stehen, erfassen will, egal ob Datenbanken, Cloud-Computing-Dienste oder etwa soziale Netzwerke wie *Facebook* etc. Aber auch Suchmaschinendienste einschließlich ihrer Suchergebnisse oder elektronische Auktions- und Handelsplattformen (*Amazon*, *eBay*) sowie Blog-Portale bis hin zu *Twitter* wären erfasst, ebenso Streaming-Dienste oder Daten für 3D-Drucker (Erwägungsgrund Nr. 11).¹⁸

Auch Vermittlerplattformen wie *AirBNB* oder *Uber* werden von der Richtlinie erfasst.

Ferner unterfällt jegliche Software dem Anwendungsbereich – damit im Prinzip auch alle Lizenzverträge, auch wenn der Vorschlag nicht das Urheberrecht modifizieren will. Selbst User-generated content wird erfasst, der nicht vom Anbieter stammt, von Bildern über Tweets bis hin zu Kundenbewertungen (Erwägungsgrund Nr. 15). Nach Art. 3 Nr. 2 soll die Richtlinie auch für Daten gelten, die nach Vorgaben des Verbrauchers erzeugt wurden. Damit unterfallen alle

¹⁶ Zudem würden sich z.B. für das soziale Netzwerk Fragen hinsichtlich § 97 UrhG stellen, da die Lizenzerteilung ebenfalls schwebend unwirksam bleibt.

¹⁷ S. auch schon die Definition des digital content in Art. 2 j) CESL.

¹⁸ Begründung der Kommission, (o. Fußn. 4), S. 13.

Suchergebnisse einschließlich Expertendatenbanken sowie individualisierte Software bis hin zu 3D-Vorlagen unter die Richtlinie (Erwägungsgrund Nr. 16).

Im Prinzip ist ein solch weiter Anwendungsbereich zu begrüßen, da sonst der (europäische) Gesetzgeber stets neuen Technologien und Geschäftsmodellen hinter her hetzen müsste oder Gerichte in die unangenehme Lage versetzt würden, Analogien zu schaffen. Allerdings schafft dieser breite Anwendungsrahmen gleichzeitig auch Probleme der Konkretisierung und Spezifizierung im Einzelfall bezogen auf die jeweiligen Dienste. Insbesondere bei den jeweiligen Rechtsbehelfen und Pflichten müssen die Unterschiede etwa zwischen Dienstleistungen und Werken oder Kauf gewahrt bleiben.

Kritisch zu hinterfragen sind indes die Ausnahmen: So soll „embedded“ digitaler Content, bei denen ihre Funktion der Hauptfunktion der Ware untergeordnet ist (Erwägungsgrund Nr. 11), ausgenommen sein. Allerdings wird schon die Abgrenzung der embedded systems Probleme erzeugen: ist die Steuerungssoftware eines Systems tatsächlich der Hauptfunktion einer Ware untergeordnet, wenn diese ohne die Software gar nicht betrieben werden kann?

Dies gilt umso mehr für die in Erwägungsgrund Nr. 17 versteckte Ausnahme für Daten im Rahmen des „Internets der Dinge“. Der Richtlinienvorschlag will hier gerade im Hinblick auf die Haftungsfragen und für Verträge zwischen Maschinen keine Regelungen treffen. Indes enthält der Vorschlag nicht einmal eine Definition, was denn das „Internet der Dinge“ sein soll: Wie bei embedded systems ist es oftmals der Zufall, ob eine Steuerungssoftware integriert ist oder nicht.

B. Offline = Online

Unerheblich ist ferner – zu Recht – die Art der Übertragung, ob auf Datenträgern wie CD/DVD oder per Internet (Art. 3 Nr. 3, Erwägungsgrund Nr. 11). Schon die Auseinandersetzungen um die Erschöpfungswirkung bei der Software haben die Probleme einer Differenzierung gezeigt, die es jedenfalls rechtspolitisch zu beseitigen gilt. Umgekehrt enthält der Richtlinienvorschlag eine wichtige Klarstellung, indem es nunmehr auf den Inhalt auf einem körperlichen Datenträger für die Frage ankommt, ob die Verbrauchsgüterkauf-RL Anwendung findet (Erwägungsgrund 12) – oder die neue Richtlinie über digitale Inhalte.

Kritisch anzumerken ist indes, dass der Richtlinienvorschlag in Erwägungsgrund Nr. 12 ausdrücklich das Verbreitungsrecht im Rahmen des Urheberrechts unberührt lassen will; damit

bleibt der Streit über unterschiedliche Wirkungen der Erschöpfung sowohl off- als auch online bestehen.¹⁹

C. Personeller Anwendungsbereich

Der Richtlinienvorschlag betrifft explizit nur Unternehmer und Verbraucher, kleine und mittlere Unternehmen kommen nicht in den Genuss der Verbraucherschutzvorschriften. Der Vorschlag übernimmt dabei in Art. 2 Nr. 3 die tradierten Begrifflichkeiten im Verbraucherschutz wie sie aus der VRRL bekannt sind.²⁰ Im Prinzip ist dieser Ansatz sinnvoll – auch wenn es zu Unsicherheiten im Einzelfall kommen wird.

Gerade aus urheberrechtlicher Sicht ist bedeutsam, dass die Vorgaben des RL-Vorschlags nur im Verhältnis Anbieter zu Verbraucher gelten, nicht aber gegenüber Dritten. Damit sind vor allem die sog. End User License Agreements (EULA) angesprochen, die in der Regel nicht vom Anbieter stammen, sondern vom Rechteinhaber, mit dem dann (z.B. bei der Implementation der Software) der eigentliche Lizenzvertrag geschlossen werden soll,²¹ sofern keine anderen Konstellationen bestehen.

D. Kostenlose digitale Inhalte

Eine Besonderheit stellt die Erstreckung auf Verträge mit Gegenleistung mit personenbezogenen oder anderen Daten dar (auf den ersten Blick unentgeltliche Verträge), Art. 3 Nr. 1, Erwägungsrund Nr. 13. Diese Erstreckung ist zu begrüßen, da ohne diese Gegenleistung Dienste

¹⁹ Zum Ganzen s. Gutachten Spindler, erstattet für das BMJV 2015, erscheint demnächst; zum Erschöpfungsgrundsatz bei online vertriebenen Werken außerhalb des Computersoftwarebereichs, welchem die deutsche Rechtsprechung ablehnend gegenübersteht: *OLG Hamburg GRUR-RR* 2015, 361, Rdnr. 30 f. – eBook-AGB; *OLG Hamm MMR* 2014, 689 – Hörbuch-AGB. Der EuGH wird hierüber demnächst entscheiden, s. dazu Az. C-174/15 - Vereniging Openbare Bibliotheken. Zum Erschöpfungsgrundsatz bei Software: *EuGH MMR* 2012, 586 m. Anm. Heyden – UsedSoft; *BGH MMR* 2015, 530 m. Anm. Heyden – UsedSoft III; *BGH MMR* 2014, 232 m. Anm. Heyden – UsedSoft II; *BGH MMR* 2011, 305 m. Anm. Heyden – UsedSoft.

²⁰ Art. 2 Nr. 1 und Nr. 2 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 304 v. 22.11.2011, S. 64, definiert die Begriffe Verbraucher und Unternehmer. S. ferner *Bamberger*, in: BeckOKBGB, 37. Edition 2015, § 13 Rdnr. 5 ff., § 14 Rdnr. 1 ff; *Ellenberger*, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, § 13 Rdnr. 2, § 14 Rdnr. 2; *Micklitz/Purnhagen* in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2015, § 13 Rdnr. 1 ff., § 14 Rdnr. 1 ff.

²¹ Allerdings ist keineswegs bislang geklärt, ob die EULA tatsächlich unmittelbar zwischen Rechteinhaber und Nutzer zustande kommen („click-wrap“ etc.), s. dazu *Schneider*, in: Schneider (Hrsg.), Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., 2009, Teil J Rdnr. 7 ff., insb. Rdnr. 14 unter Verweis auf *BGH MMR* 2000, 749 und *Moritz MMR* 2001, 94, 95; s. auch *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, UrhG 5. Aufl., erscheint im März 2016, Vor §§ 69a ff. Rdnr. 29. Zur Lizenzräumung des Rechteinhabers an den Nutzer s. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 702 ff.

wohl kaum erbracht würden, andererseits auch hier Interessen der Verbraucher an der Korrektheit der digitalen Inhalte und der Erbringung von Dienstleistungen bestehen.

Ausgenommen sind aber nach Art. 3 Nr. 4 von vornherein Daten, bei denen die Verarbeitung notwendigerweise der Durchführung und Erfüllung von gesetzlichen (Erwägungsgrund Nr. 13, 14) oder vertraglichen Pflichten (Erwägungsgrund Nr. 14) dient, z.B. bei standortbezogenen Diensten – so wie es auch Art. 6 (1) (2) DS-GrundVO vorsieht; allerdings darf der Unternehmer die Daten dann nicht weiterverarbeiten oder für andere kommerzielle Zwecke nutzen.

Die Einbeziehung von Daten als „Währung“ ist jedoch unvollkommen: So will die Kommission zwei wichtige bzw. große Bereiche digitaler Inhalte von der Anwendung ausnehmen. Weder wird die Einwilligung in das Setzen von Cookies und die entsprechende Sammlung von personenbezogenen Daten noch der Zugang zu Inhalten nur bei gleichzeitiger Werbung von der Richtlinie erfasst (Erwägungsgrund Nr. 14). Umgekehrt sollen nur solche Gratisdienste der Richtlinie unterfallen, die eine persönliche Registrierung der Nutzer erfordern. Zumindest für Cookies ist dies nicht verständlich. Gerade Cookies können im großen Stil persönliche Daten verarbeiten;²² warum dann die dortigen digitalen Inhalte nicht den Rechtsbehelfen der Richtlinie unterfallen sollen, da gerade mit diesen Daten ökonomische Mehrwerte geschaffen werden, ist nicht recht einsichtig.

Auch klassische „geschenkte“ digitale Inhalte wie Open Access-Daten, Open Source-Software²³ oder auch Freeware werden nach wie vor nicht von der Richtlinie erfasst, da sie typischerweise nicht mit einer persönlichen Registrierung verknüpft sind. Problematisch kann dies allerdings dann werden, wenn für zusätzliche Dienste wie Patches oder Informationen die Schaffung eines persönlichen Account verlangt wird.²⁴

Insgesamt wird dieser – zu begrüßende – Ansatz erhebliche Konsequenzen auch auf Bereiche haben, die von der Richtlinie nicht geregelt sind, insbesondere die AGB-Kontrolle, da als gesetzliches Leitbild (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zu Recht nicht mehr die Verträge über unentgeltliche Leistungen (Leihe, Schenkung etc.) dienen, sondern die Bereitstellung von Daten

²² *Härting*, Internetrecht, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 280 f.; *Hoeren*, ZD 2011, 3, 4; *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 4 BDSG Rdnr. 5, § 11 TMG Rdnr. 16 ff.

²³ Zur direkten oder analogen Anwendung des Schenkungsrecht auf Software s. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 205 mwN.; *dies.* GRUR Int. 1999, 839, 847. Zur Anwendung des Schenkungsrecht und zur Möglichkeit einer Schenkung unter Auflagen s. *Spindler*, in: *Spindler* (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, 2004, Teil D Rdnr. 6.

²⁴ Auch Dienste wie Wikipedia werfen hier Probleme auf, s. dazu *Spindler* MMR 2016, Heft 3.

als Entgelt begriffen werden muss, mit allen Folgen z.B. im Bereich des Schadensersatzes (keine Begrenzung mehr auf grobe Fahrlässigkeit etc.).²⁵

E. Gemischte Verträge und verbundene Verträge

Eine wichtige Aussage trifft der Richtlinienvorschlag ferner in Art. 3 Nr. 6, der im deutschen Recht immer wieder für Diskussionen gesorgt hat: die Behandlung gemischter Verträge.²⁶ Der Vorschlag will hier eine Trennung der jeweiligen Dienste vornehmen und nur diejenigen, die digitale Inhalte betreffen, unter die Richtlinie fallen lassen.

Dennoch bleiben auch hier Problemkreise übrig, etwa beim gemischten Access Providing und dem Angebot von Suchmaschinendiensten oder Inhalten auf den Portalen des Dienstes. Auch hier will Erwägungsgrund Nr. 20 die Dienste aufspalten, was durchaus zu Friktionen führen kann, etwa wenn Telekommunikationsdienste gewartet werden – was nach § 85 TKG zulässig ist –, dann aber die bereitgestellten digitalen Inhalte nicht verfügbar sind. Die Kundenschutzbestimmungen im TKG (die mitunter eher Schutzbestimmungen für die Anbieter sind) können dann nur neben den allgemeinen Bestimmungen angewandt werden, aber keinen Schwerpunkt bilden, was insbesondere für die unterschiedlichen Haftungsnormen von Relevanz ist.

IV. Leistungsbeschreibung und Fehlerbegriff bei digitalen Inhalten

Zentral ist die Bestimmung zu Leistungsbeschreibungen und zum Fehlerbegriff bei digitalen Inhalten – hier vor allem der Verzicht auf jegliche Vertragstypologie und Einordnung in traditionelle Strukturen.

Quasi den subjektiven und objektiven Fehlerbegriff kombinierend, was inzwischen dem vorherrschenden Ansatz entspricht,²⁷ greift Art. 6 Nr. 1 a zunächst auf die vertraglich

²⁵ Zum Schadensersatz s. *Spindler* MMR 2016, Heft 4.

²⁶ Zur problematischen Ableitung eines Leitbildes i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Bezug auf Telekommunikationsverträge eingehend *Schuster*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), (o. Fußn. 22), § 307 BGB Rdnr. 33 ff., in Rdnr. 39 ff. und 43 ff. auch zur vertragstypologischen Einordnung von Telekommunikations- und Internetverträgen; allgemein dazu *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rdnr. 1000 ff.; *ders.* in: *Hoeren/Sieber/Holzner* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rdnr. 15 ff., 42. EL. Juni 2015; *Spindler*, in: *Spindler* (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl., 2004, Teil IV Rdnr. 4 ff.; *Schuppert*, in: *Spindler* (Hrsg.), (o. Fußn. 26), Teil II Rdnr. 2 ff.; generell zur Behandlung von gemischten Verträgen *Emmerich* in: *MünchKommBGB*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rdnr. 28 ff.; *Feldmann/Löwisch*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2012, § 311 BGB Rdnr. 33 ff.

²⁷ Ähnlich auch schon das System des CESL, Annex Art. 99-102, s. dazu *Zoll*, in: *Schulze* (Hrsg.), (o. Fußn. 5), Art. 99 Rn. 26 ff.

vereinbarten Inhalte und vorvertraglichen gegebenen Informationen zurück, verlangt allerdings in einer klaren und transparenten Weise bestimmte Mindestelemente im Vertrag, wozu vor allem der Funktionsumfang, die Interoperabilität, die Sicherheit, aber auch die Zugänglichkeit gehört (was wiederum auf die Verfügbarkeit verweist). Wie schon aus dem Verbrauchsgüterkauf bekannt, werden auch öffentliche Erklärungen Dritter dem Anbieter zugerechnet, sofern er sie kannte oder kennen musste und diese für den Erwerb kausal waren,²⁸ Art. 6 Nr. 2 c.

Damit verzichtet der RL-Vorschlag auf jede Vertragstypologie, was enorme Auswirkungen auf die Klauselkontrolle nach §§ 307 ff. BGB hat – denn es fehlt jetzt jegliches gesetzliches Leitbild, auf das sich die Klauselkontrolle beziehen könnte.

Die Zweckeignung wird alleiniger Maßstab für einen Mangel, wenn der Verbraucher sie dem Anbieter zur Kenntnis gebracht und dieser dem zugestimmt hat – was gerade bei vielen digitalen Inhalten Anlass zu Zweifeln im Einzelfall geben wird, etwa wie klar der Verbraucher seine Zwecke und Absichten offengelegt haben muss bzw. wann der Anbieter diese erkennen kann und wann von einer Zustimmung des Anbieters gesprochen werden kann.

Umgekehrt wird die Kontrolle auf Transparenz zum eigentlichen Vehikel für die Inhaltskontrolle – anders als im deutschen Recht gilt sie selbst für Individualvereinbarungen! Da selbst die Leistungsbeschreibung hier als zentrales Element erfasst wird, ist nicht klar, wie kontrollfreier und der Kontrolle unterliegender Pflichtenbereich voneinander getrennt werden.

Ferner berücksichtigt Art. 6 Nr. 1 d die Tatsache, dass digitale Inhalte, insbesondere Software, häufig aktualisiert werden muss – allerdings verlangt der Vorschlag nicht eine kontinuierliche Aktualisierung, sondern überlässt dies auch den Parteien, so dass selbst für Software durch eine entsprechende Leistungsbeschreibung etwa Patches ausgeschlossen werden können, auch wenn sie fehleranfällig ist (z.B. Betaversionen).²⁹ War der digitale Inhalt zum Zeitpunkt der Bereitstellung nicht fehlerhaft (keine Exploits bzw. Sicherheitslücken etc.), besteht auch nachträglich keine Pflicht zu Patches. Enthält der digitale Inhalt (wie Software) aber zum

²⁸ Art. 2 Abs. 2 d der RL 1999/44/EG statuiert die Zurechnung öffentlicher Äußerungen Dritter, diese Regelung findet sich in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB wieder, s. hierzu *Westermann*, in: MünchKommBGB, (o. Fußn. 26), § 434 Rdnr. 28 ff., 33 f.; *Faust*, in: BeckOKBGB, 37. Edition 2014, § 434 Rdnr. 80 ff.; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Neubearb. 2013, § 434 Rdnr. 99.

²⁹ Annex Art. 103 CESL enthielt bereits eine Klarstellung, dass „updated digital content“ nicht per se zu einem Fehler des verkauften digital content führte.

Zeitpunkt der Bereitstellung solche Lücken, haftet der Anbieter hierfür, auch wenn erst später die Sicherheitslücken bekannt waren.

Fehlen explizite Vereinbarungen, so rekurriert Art. 6 Nr. 2 in bewährter Manier auf die Verkehrsüblichkeit und die gewöhnliche Nutzung der digitalen Inhalte, einschließlich von international technischen Normen,³⁰ Verhaltenskodizes der Wirtschaft etc. bezogen auf alle in Art. 6 Nr. 1 genannten Kriterien. So verständlich der Rekurs auf solche Normen und Kodizes ist, wirft er doch en détail Zweifel auf: Denn der Vorschlag enthält keinerlei Anforderungen an das Zustandekommen solcher Normungen oder Kodizes, insbesondere nicht, ob Verbrauchbelange bei der Aufstellung der Normen berücksichtigt werden³¹ – was ein entscheidendes Manko darstellt, auch wenn Erwägungsgrund Nr. 28 vorsieht, dass die Kommission Berufsverbände und „sonstige repräsentative Organisation“ zur Entwicklung solcher Kodizes ermuntern soll, aber offenbar ohne notwendige Beteiligung von Verbraucherverbänden. Ebenso fehlen als Kriterium etwa berechnete Erwartungen der Verbraucher.

Allerdings will hier der Vorschlag trotz der Gleichstellung von Daten mit der Zahlung eines Preises doch danach differenzieren, ob eine andere Leistung als Geld bereitgestellt wird; welche konkrete Bedeutung dies haben soll, bleibt unklar und verwässert den Ansatz, die Bereitstellung von Daten als Entgelt zu behandeln.³²

Ob Art. 6 Nr. 1, 2 tatsächlich den Verbraucherschutz stärkt, kann bezweifelt werden: Denn die (subjektive) Leistungsbeschreibung nach Art. 6 Nr. 1 steht deutlich im Vordergrund. Nur wenn diese Angaben fehlen oder wenn sie nicht dem Transparenztest bestehen nach Art. 6 Nr. 1, greifen die objektiven Kriterien nach Art. 6 Nr. 2 ein. Ebenso bleibt der Vertrag wirksam geschlossen, anstelle der am Transparenzgebot scheiternde Leistungsbestimmungen werden dann durch die nach objektiven Kriterien gebildeten Vertragspflichten ersetzt. Wenn aber Anbieter die Transparenz einhalten, sind auch etwa Leistungsbestimmungen möglich wie z.B. Betaversionen von Software, oder Software „as such“, also nur mit dem Versprechen, dass nur für (bzw. gegen) Sicherheitsrisiken zum gegenwärtigen Stand der Kenntnisse gehaftet wird. Gleiches gilt für

³⁰ Ob damit „nur“ europäische oder nationale Normen ausgeschlossen sind, bleibt unklar.

³¹ S. dazu *Spindler/Thorun* (o. Fußn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), S. 18 ff.

³² Auch im CESL Vorschlag waren derartige Differenzierungen bereits angelegt, s. etwa Annex Art. 130 Nr. 6, der die Regelungen für quantitative und unzeitgemäße Falschlieferungen für „kostenlose“ digitale Inhalte ausschloss.

andere digitale Inhalte und Dienstleistungen. Dass dies nicht besonders glücklich ist, da berechnete Verbrauchererwartungen im Rahmen von Art. 6 Nr. 1 nicht als Maßstab vorgesehen sind, liegt auf der Hand; die einzige Kontrollmöglichkeit stellt hier das Transparenzgebot dar. Noch größere Bedeutung als zuvor werden in diesem Zusammenhang daher die vorvertraglichen Informationspflichten über Interoperabilität, Funktionalität etc. erlangen. So wird ein Anbieter den Verbraucher darüber in transparenter Weise aufzuklären haben, welche Zusatzsoftware z.B. erforderlich ist, etwa ein Adobe Flash Player, und dass nicht unter allen Systemumgebungen die Zusatzsoftware zulässig ist; dafür spricht auch Art. 9 Nr. 2, der dem Anbieter die Beweislast dafür aufbürdet, dass er den Verbraucher von den technischen Anforderungen seiner Systemumgebung zuvor informiert hat.

V. Vertragswidrigkeit wegen Inkompatibilität mit Systemumgebung

Eine Besonderheit der digitalen Inhalte stellt ihre Abhängigkeit von ihrer Systemumgebung dar; dem trägt nunmehr Art. 7 des Vorschlags Rechnung, der die unsachgemäße Integration in die digitale Umgebung des Verbrauchers als Vertragswidrigkeit qualifiziert, selbst wenn der digitale Inhalt „as such“ fehlerfrei sein sollte.

Probleme ruft in diesem Zusammenhang vor allem die Beweislast für die richtige Implementierung der digitalen Inhalte hervor. Nach Art. 9 Abs. 1 trägt der Anbieter für die richtige Anleitung und die Vertragskonformität der digitalen Inhalte die Beweislast, nach Art. 9 Abs. 2 der Verbraucher dagegen für seine digitale Umgebung.

Doch löst dies nicht per se alle Probleme: Denn eine Anleitung zur richtigen Installation hängt von der digitalen Umgebung des Verbrauchers ab, so dass nur über Art. 9 Abs. 3 bzw. eine Pflicht auch des Verbrauchers, seine digitale Umgebung durch den Anbieter prüfen zu lassen, tatsächlich eine Verantwortung des Anbieters für die richtige Anleitung begründen lässt. Ähnlich wie im Bank- und Kapitalmarktrecht wäre hier zumindest eine rudimentäre Pflicht zu „know your customer“ hilfreich, da jedenfalls bei online-Produkten und Dienstleistungen eine entsprechende Einschätzung durch den Anbieter automatisiert vorgenommen werden kann; offline-Produkte (die auch keine Internetverbindung nach Installation herstellen) müssen dann allerdings ausgenommen bleiben.

VI. Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für Mängel und Pflichtwidrigkeiten ist essentiell für Rechtsbehelfe: Auch hier trifft der RL-Vorschlag besondere Vorgaben in Art. 9 Abs. 1, indem

die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte zum Zeitpunkt oder im Zeitraum der Bereitstellung der Anbieter trägt – was mit den grundlegenden Ansätzen in der Verbrauchsgüterkauf-RL übereinstimmt. Allerdings ist diese Beweislastumkehr zeitlich nicht begrenzt, da die Kommission die fehlende Abnutzbarkeit von digitalen Inhalten betont.³³ Dass daraus indes keine ewige Gewährleistung wird, wird durch die Verjährung geregelt.

Die Beweislastumkehr greift ferner nach Art. 9 Abs. 2 nicht ein, wenn der Anbieter nachweisen kann, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers nicht mit dem digitalen Inhalt kompatibel ist (Erwägungsgrund 32). Aber auch hier obliegt dem Anbieter die Beweislast, was Art. 9 Abs. 3 dem Anbieter dadurch erleichtern will, dass der Verbraucher mit dem Anbieter unter Berücksichtigung der Grundrechte der Privatsphäre, Vertraulichkeit der Kommunikation und Schutz der personenbezogenen Daten zusammenarbeiten soll. Dabei soll das mildeste Mittel seitens des Anbieters verwandt worden, wie z.B. automatische Schadensbereiche (Erwägungsgrund 33). Nur in Ausnahmefällen, wenn alle anderen Mittel ausgeschöpft sind, will die Kommission offenbar den direkten virtuellen Zugang zur digitalen Umgebung zulassen (Erwägungsgrund Nr. 33). Probleme können im Einzelfall für den Anbieter entstehen, wie sein Nachweis gelingen soll, dass er Tools zu Schadensberichten und Prüfung der Systemumgebung angeboten hat, die der Verbraucher aber nicht benutzt hat. Angesichts des weiten Rahmens von personenbezogenen Daten erscheint es schwierig, ohne einen Personenbezug entsprechende Daten über die digitale Umgebung zu erlangen. Auch dürfte es dem Anbieter schwerfallen, Veränderungen des Systems durch den Verbraucher nachzuweisen, erst recht den Befall von Malware, wenn diese sich z.B. in den Systemdateien versteckt hat.

VII. Rechtsfolgen bei Beendigung

Im Falle des Rücktritts oder der Kündigung (nicht nur bei Vertragswidrigkeit) enthält der Richtlinienentwurf einige interessante neue Vorschläge, die sich zum Teil mit der Datenschutz-Grundverordnung überschneiden.

Komplex sind die Fragen, die sich für die „Rückerstattung“ im Fall der „Gratis“-Verträge mit Daten als Bezahlung stellen. Art. 13 Nr. 2 b versucht den gordischen Knoten dadurch zu durchschlagen, dass die Anbieter die Nutzung der anderen Gegenleistung zu unterlassen haben. Aber auch die Nutzung von Daten, die der Anbieter gesammelt hat, hat dieser zu unterlassen,

³³ Begründung der Kommission Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final 2015/0287 (COD), S. 14.

einschließlich der vom Verbraucher selbst erstellten Daten. Ausgenommen sind nur die mit anderen Nutzern gemeinsam hergestellten Inhalte – was auf den ersten Blick unmittelbar einleuchtet, da andere Nutzer die Daten ggf. noch nutzen.

Aus urheberrechtlicher Sicht ist dies allerdings nicht mehr selbstverständlich, da der Verbraucher, der den Vertrag beendet, Rechte an den gemeinsamen Inhalten nach § 8 UrhG hat, somit auch die Nutzung durch den Anbieter untersagen kann – allenfalls ein schuldrechtlicher Anspruch gegenüber dem Verbraucher als (Mit-) Urheber lässt sich hier konstruieren.

Auf den ersten Blick erfasst die Pflicht nach Art. 13 Nr. 2 b nur die Unterlassung der Nutzung von Daten im Falle einer anderen als gegen Geld erfolgenden Gegenleistung. Indes offenbart sich bei genauerem Lesen, dass dies nur die erste Alternative des Art. 13 Nr. 2 b darstellt. Die zweite Alternative („sowie“) gilt indes für alle Fälle, sei es gegen Zahlung oder nur gegen Daten, dass der Anbieter die Nutzung der Daten unterlassen muss, also sie zu löschen hat, was auch den Regelungen der DS-GrundVO entspräche (Art. 17 Abs. 2b DS-GrundVO).

Der Anbieter hat aber auch dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, unentgeltlich³⁴ innerhalb einer angemessenen Frist und in einem gebräuchlichen Datenformat die vom Verbraucher bereitgestellten Daten diesem zur Verfügung zu stellen, Art. 13 Nr. 2 c und „sonstige Daten wieder[zu]erlangen [...], die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, soweit der Anbieter diese Daten gespeichert hat“ – was eine der zentralen Normen für die Portabilität von Daten darstellt und Wettbewerb zwischen verschiedenen Diensten schaffen kann. Gegenüber der Portabilität, die in Art. 18 DS-GrundVO hinsichtlich der personenbezogenen Daten geregelt ist,³⁵ bleibt unklar, ob die „sonstigen Daten“ auch alle personenbezogenen Daten umfasst; der Begriff ist jedenfalls derart weit gefasst, dass sowohl personenbezogene Daten als auch der User-generated content hierunter fallen, auch wenn sie durch den Anbieter erzeugt wurden.

VIII. Schadensersatz

Schließlich gehört zu den Rechtsbehelfen auch der Anspruch auf Schadensersatz für den Verbraucher gegenüber dem Anbieter, Art. 14. Allerdings ist diese Vorschrift im Hinblick auf die beabsichtigte vollharmonisierende Wirkung eher dunkel. So soll der Anbieter dem Verbraucher „für jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers

³⁴ Allerdings ohne die Internetverbindungskosten, Erwägungsgrund Nr. 40.

³⁵ Hierzu *Hornung/Sädtler*, CR 2012, 638, 641; *Hullen*, in: v. d. Bussche/Voigt (Hrsg.), *Konzerndatenschutz*, 2014, Teil 8 Rdnr. 33.

[haften], die durch die Nichteinhaltung des Vertrags oder die nicht erfolgte Bereitstellung der digitalen Inhalte verursacht wurde. Der Schadensersatz hat den Verbraucher so weit wie möglich in die Lage zu versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn die digitalen Inhalte ordnungs- und vertragsgemäß bereitgestellt worden wären“ (Art. 14 Nr. 1).

Augenscheinlich beschränkt die Kommission damit den Schadensersatz auf die unmittelbaren Auswirkungen auf die digitale Umwelt des Verbrauchers; damit wären indes Folgeschäden ausgeschlossen, etwa bei Malware auf einem Computer, die Daten für das Onlinebanking ausspäht. Für eine solche Sperrwirkung würde die vollharmonisierende Wirkung der Richtlinie sprechen, ferner, dass Art. 14 Nr. 2 sowie Erwägungsgrund Nr. 10 S. 3 den Mitgliedstaaten nur die Einzelheiten der Ausübung des Rechts überlassen. Andererseits hält Erwägungsgrund Nr. 16 ausdrücklich fest, dass etwa der Schaden, der durch ein mit Hilfe von 3D-Daten erzeugtes (mangelhaftes) Produkt verursacht wird, nicht von der Richtlinie erfasst werden soll, ein diesbezüglicher Schadensersatzanspruch nach nationalem Recht aber auch nicht ausgeschlossen ist.

Würde man Art. 14 Nr. 1 eine Sperrwirkung gegenüber nationalen Vorschriften beimessen, hätte dies hinsichtlich der Frage des Schadensersatzes für Folgeschäden enorme, für den Verbraucherschutz negative Auswirkungen; es ist kaum anzunehmen, dass die Kommission dies beabsichtigt hat. So würde der Anbieter etwa zwar für die Schäden an anderer Software haften, wenn seine digitalen Inhalten etwa einen Virus oder Malware transportierten; für andere (Folge-) Schäden, z.B. Auslesen von Passwörtern etc., wäre er nach der Richtlinie nicht haftbar, was eine empfindliche Schutzlücke hinterließe (sofern der Anbieter solche Schäden hätte vorhersehen können).³⁶

Für eine solche Sichtweise spricht auch, dass der Schadensersatz nach Art. 14 Nr. 1 offensichtlich nicht von einem Verschulden abhängt – mithin im Prinzip als Gefährdungshaftung ausgelegt ist, dann aber für die Reichweite des Schadens auf die digitale Umgebung des Verbrauchers beschränkt ist. Ob zu den Bedingungen, die die Mitgliedstaaten regeln können, auch die Einführung einer nur auf Verschulden basierten Haftung gehört, erscheint angesichts

³⁶ Zum jetzigen Zeitpunkt sind durch Malware verursachte mangelbedingte Folgeschäden nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig, wenn man Software unter die kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen fallen lässt und der Anbieter den Schaden vorhersehen konnte s. *Spindler*, in: Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2010: Haftung und Versicherung im IT-Bereich*, 2011, S. 3, 24; *ders.*, *Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären – Studie im Auftrag des BSI*, 2007, Rdnr. 100, abrufbar unter: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Studien/ITSicherheitUndRecht/Gutachten_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Zur Vorhersehbarkeit *Spindler*, in: FS Nagel, 2007, S. 473, 479 f.

des strikt verfolgten Ziels des Verbraucherschutzes eher zweifelhaft. Zumindest bedarf dieser Punkt der Klärung im weiteren Verfahren der Richtlinie.

Bei einer strikten Schadensersatzhaftung ohne Begrenzung durch Verschuldenselemente spräche sowohl bei der jetzigen Fassung als auch unter rechtspolitischen Aspekten die schwierige Vorhersehbarkeit von Folgeschäden für den Anbieter. Nur für die unmittelbaren Schäden könnte der Anbieter einstehen, da er die Chance hat, vom Verbraucher dessen digitale Umgebung (Hardware/Software) zu erfahren – in der Regel würde der Anbieter daher nur für Folgeschäden, über die gesetzliche Mängelhaftung hinaus, haften, wenn er Eigenschaft bzw. Verwendungszwecke zugesichert hat, was dem deutschen Recht entspräche.³⁷ Allerdings ist auch unter der Richtlinie nicht ganz verständlich, warum Verwendungszwecke sehr wohl Vertragsgegenstand sein können (Art. 6 Nr. 1), aber offenbar hierfür kein Schadensersatz geleistet werden sollte. Hat der Anbieter die Erreichung solcher Zwecke versprochen, ist nicht einzusehen, warum er auch nicht für den Erfolg einstehen sollte. Bedeutsam ist dies etwa für Informationen, die in digitalen Inhalten enthalten sind, etwa medizinische Bücher oder jegliche anderen Anleitungen und Informationen.

Nicht ausgeschlossen sind ferner Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung: Gerade die von der Kommission erwähnten Fälle mangelhafter Produkte, die mit fehlerhaften 3D-Informationen hergestellt wurden, können der Haftung für mangelhafte Bauanleitungen etc. unterfallen.³⁸ Da der Richtlinienvorschlag selbst seine Subsidiarität gegenüber anderen Rechtsakten einräumt und nur die unmittelbar geregelten Bereiche vollharmonisierend sein sollen, bleibt die Produzentenhaftung, auch die nationale, nicht ausgeschlossen.

Die Richtlinie bietet zudem trotz der Beweislastumkehr in Art. 9 keine Abhilfe für das häufige Problem im Bereich des Schadensersatzes für fehlerhaften digitalen Inhalt, dass der Geschädigte die Kausalität für den Schaden nachweisen muss; eine Vermutung fehlt hier. Gleiches gilt für den in der Praxis häufig zu hörenden Einwand des Mitverschuldens des Verbrauchers durch Installation nicht kompatibler, fremder Software oder anderer digitaler Inhalte. Allerdings kann zumindest hier Art. 9 Nr. 3 entsprechend hinsichtlich der gegenseitigen Mitwirkungspflichten angewandt werden.

³⁷ Im deutschen Recht ist dieser Gedanke in § 443 Abs. 1 BGB normiert. Hierzu und zur Erweiterung der gesetzlichen Mängelhaftung s. *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Neubearb. 2013, § 443 Rn. 1, 2 f.; *Faust*, in: BeckOKBGB, (o. Fußn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), § 443 Rn. 1 ff.

³⁸ Zum umstrittenen Thema der deliktischen Verantwortung für ein fehlerhaftes Druckerzeugnis aufgrund eines Druckfehlers s. *Foerste*, in: *Foerste/v. Westphalen* (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, 3. Aufl. 2012, § 25 Rdnr. 126 mwN.; *Spindler*, in: *FS Jaeger*, 2014, S. 135, 145 f.

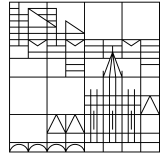
IX. Dauer der Gewährleistung und Verhältnis zur Verjährung

Die Kommission hält für digitale Inhalte fest, dass aufgrund der fehlenden Abnutzung der digitalen Inhalte und der meist nur für eine bestimmte Zeit bereitgestellten Inhalte es gerechtfertigt sei, keinerlei Zeitraum hierfür festzulegen. Auch die Mitgliedstaaten sollen demnach daran gehindert sein, solche Zeiträume festzulegen.

Wer allerdings glaubt, dass damit eine Gewährleistung für die Ewigkeit festgezurrert sei, sieht sich getäuscht: Denn nach Erwägungsgrund Nr. 43 S. 4 soll es den Mitgliedstaaten freistehen, „auf nationale Verjährungsvorschriften zurückzugreifen, um für Rechtssicherheit in Bezug auf Ansprüche aufgrund vertragswidriger digitaler Inhalte zu sorgen“. Dies heißt nichts anderes, als dass zwar die Ansprüche ewig bestehen mögen, sie dennoch aber selbst in kürzester Frist verjähren können. Damit könnte wie bereits jetzt etwa im Kaufvertragsrecht (§ 438 BGB) eine bestimmte Verjährungsfrist auf nationaler Ebene eingeführt werden. Allerdings dürfte auch hier aus europarechtlicher Sicht keine allzu kurze Verjährung aus Gründen des *effet utile* der Richtlinie festgelegt werden.

Eine sinnvolle europäische Harmonisierung stellt dies jedoch nicht dar, da jeder Mitgliedstaat eine eigene Verjährung bestimmen kann, sei es (theoretisch) von wenigen Tagen bis hin zu vielen Jahrzehnten.

Prof.Dr.Gerald Spindler



4.5.2016

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

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

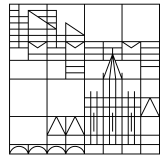
¹ COM(2015) 192 final.

² KOM(2011) 635 endg.

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

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

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

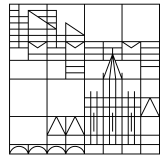


I. Der vollharmonisierende Ansatz

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

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

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



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

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

II. Der Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel

1. Anwendungsbereich

a) Sachlich

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

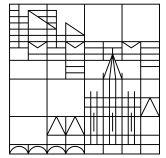
⁷ Siehe die Beispiele im Kommissionsvorschlag, COM(2015) 635 final, S. 6 f.

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

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

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

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



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

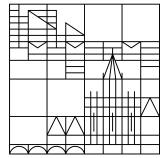
Dahinter stehen rein wirtschaftliche Erwägungen: Die Kommission möchte einen digitalen Binnenmarkt schaffen, weil sie hier – offenbar im Gegensatz zum stationären Handel – noch großes Wachstumspotential sieht.¹² Die Unterschiedlichkeit der rechtlichen Regeln der Mitgliedstaaten sieht sie dabei als Haupthindernis.¹³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

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

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

¹² Erwägungsgrund Nr. 3 Fernabs-Kauf-RL.

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



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

b) Persönlich

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

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

2. Die Vertragsmäßigkeit der Ware

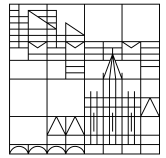
Der Vorschlag der Fernabs-Kauf-RL verwendet eine Kombination aus subjektiven und objektiven Kriterien für die Vertragsmäßigkeit der Ware. Grundlegende Neuerungen enthält er insoweit nicht. Entscheidend für die Vertragsmäßigkeit ist zunächst eine wie auch immer geartete Abrede zwischen Verkäufer und Verbraucher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

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

¹⁵ Vgl. Art. 2 Nr. 2 VRRL.

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

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



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

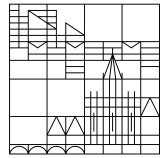
Zusätzlich zu den subjektiven Kriterien müssen auch die in Art. 5-7 Fernabs-Kauf-RL genannten objektiven Voraussetzungen vorliegen (Art. 4 Abs. 2 Fernabs-Kauf-RL). Letztere fungieren damit als Mindeststandards, die jede Ware – vorbehaltlich des in Art. 4 Abs. 3 Fernabs-Kauf-RL genannten, ausdrücklichen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

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit

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

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

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



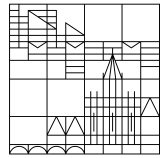
Art. 8 Abs. 2 S. 1 Fernabs-Kauf-RL legt für Situationen, in denen die Waren vom Verkäufer oder unter seiner Verantwortung montiert oder installiert wurden, denjenigen Zeitpunkt fest, zu dem die Montage oder Installierung abgeschlossen ist. Während sich dies noch mit der Einflussnahmemöglichkeit des Verkäufers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

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

4. Abhilfen bei Vertragswidrigkeit

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

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



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

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

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

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

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

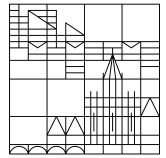
²¹ Damit besteht auch ein Unterschied zu Art. 114 Abs. 2 GEK.

²² Erwägungsgrund Nr. 29 Fernabs-Kauf-RL.

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

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

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



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

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

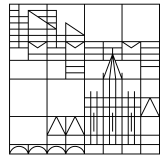
5. Zeitliche Begrenzung der Verbraucherrechte

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

²⁶ COM(2015) 635 final, S. 18.

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

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



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

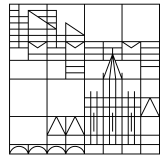
Bemerkenswert ist jedoch die damit unmittelbar im Zusammenhang stehende Regelung des Art. 8 Abs. 3 Fernabs-Kauf-RL. Diese knüpft an die Beweislastumkehr des Art. 5 Abs. 3 VGKRL an, wonach eine Vermutung dafür besteht, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung vorlag, wenn sie innerhalb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

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

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

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

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



III. Der Richtlinienvorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte

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

1. Anwendungsbereich

a) Sachlich

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

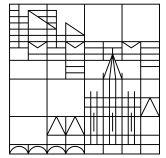
Der Begriff der digitalen Inhalte wird in Art. 2 Nr. 1 Digitale-Inhalte-RL definiert. Die Vorschrift ist sehr weit gefasst, weiter als derselbe Begriff in der Verbraucherrechte-Richtlinie,³² insbesondere um zukünftige technische Weiterentwicklungen zu berücksichtigen.³³ Sie erstreckt sich auf alle Arten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

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

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

³³ Erwägungsgrund Nr. 11 Digitale-Inhalte-RL.

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

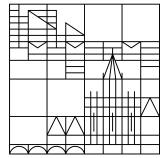


ne Definition wäre für die Bereitstellung digitaler Inhalte insoweit unzureichend, als es nicht schlicht um ein Widerrufsrecht oder vorvertragliche Informationspflichten geht, sondern um die in der Digitale-Inhalte-RL geregelten Aspekte der Vertragswidrigkeit und entsprechende Abhilfen. Unklar ist, ob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

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

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

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



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

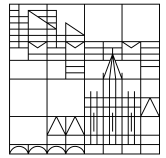
Die Digitale-Inhalte-RL beschränkt sich nicht auf einen bestimmten Vertragstyp, etwa Kauf; sie führt auch keinen neuen Vertragstyp ein. Vielmehr kann die Bereitstellung digitaler Inhalte im Rahmen verschiedener Vertragskonstruktionen erfolgen, etwa Kauf, aber auch Miete, Pacht, Dienst- oder Werkvertrag.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

b) Persönlich

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

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

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

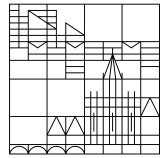


2. Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte

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

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

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



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

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

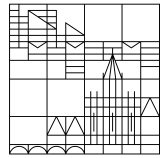
Die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte trägt nach Art. 9 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL grundsätzlich der Anbieter. Anderes gilt nur im Falle von Inkompatibilität zwischen digitalen Inhalten und der digitalen Umgebung des Verbrauchers, sofern der Anbieter den Verbraucher von diesen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

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

3. Die Gegenleistung des Verbrauchers

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

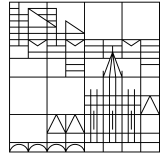
³⁸ Etwa Art. 3 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL.



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

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

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



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

4. Schadensersatz

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

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

Prof. Dr. Michael Stürner