



# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Europäisches Vertragsrecht

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

Stellungnahme Nr.: 90/2016

Brüssel, im Dezember 2016

## Mitglieder des Ausschusses Europäisches Vertragsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Maître en droit, Dresden (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Roman Mallmann, Köln
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, Frankfurt

## Unter der Mitwirkung von

- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin (Sachverständiger und Mitglied des Ausschusses Informationsrecht)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Winfried Tilmann, Düsseldorf (Sachverständiger und Vorsitzender des Ausschusses Geistiges Eigentum)

## Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Eva Schriever, Leiterin Büro Brüssel

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

## **Verteiler**

---

### Europa

Europäische Kommission

- Generaldirektion Justiz und Verbraucher

- Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU

Europäisches Parlament

- Ausschuss Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO)

- Ausschuss Recht (JURI)

Rat der Europäischen Union

Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU

Justizreferenten der Landesvertretungen

Rat der europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Vertreter der freien Berufe in Brüssel

BDI Brüssel

DIHK Brüssel

### Deutschland

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag

vertretenden Parteien

Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.

Bundesverband der Freien Berufe, Berlin

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Bundesnotarkammer

Deutscher Notarverein e.V.

Deutscher Richterbund e.V.

Deutscher Steuerberaterverband e.V.

Vorstand des Deutschen Anwaltvereins

Geschäftsführung und wissenschaftliche Mitarbeiter des Deutschen Anwaltvereins, Berlin  
und Brüssel

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins

Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl

Redaktion Juristenzeitung / JZ

Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Redaktion Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / EuZW

Redaktion Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts / IPRAX

Redaktion Recht der Internationalen Wirtschaft / RIW

Redaktion Multimedia und Recht / MMR

Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung / FAZ

Redaktion Süddeutsche Zeitung

Redaktion Die Welt

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## **Zusammenfassung**

Der DAV nimmt Bezug auf seine Stellungnahme Nr. 13/16 zum Richtlinienentwurf über den Online-Warenhandel und auf seine Stellungnahme Nr. 44/15 zum europäischen Vertragsrecht für Onlinekäufe.

Prinzipiell begrüßt der DAV das Ziel der vorgeschlagenen Richtlinie, die Regeln für Verträge über die Bereitstellung *und* Verarbeitung digitaler Inhalte unter Einschluss digitaler Dienstleistungen zu harmonisieren. Wegen der – auch kollisionsrechtlichen – Komplexität und Dynamik der Materie regt der DAV jedoch an zu prüfen, ob eine Harmonisierung nach dem Mindeststandardprinzip nicht sachgerechter ist als die in dem Entwurf vorgesehene Vollharmonisierung.

Zum sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie, insbesondere in Bezug auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte auf festen Trägern und die Definition datenbezogener Dienstleistungen, besteht nach Meinung des DAV Klärungsbedarf. Möglicherweise ist auch hier ein ganzheitlicherer Ansatz vorzugswürdig.

Nicht überzeugend ist nach Auffassung des DAV die Gleichsetzung entgeltlicher Verträge mit Verträgen, bei denen der Verbraucher eine Gegenleistung „in Form von personenbezogenen Daten oder anderen Daten“ erbringt. Bei den personenbezogenen Daten besteht grundlegender Abstimmungsbedarf mit dem – vorrangigen – europäischen Datenschutzrecht. Der Begriff der „anderen Daten“ ist nicht definiert und führt im Hinblick auf den ebenfalls datenbezogenen Leistungsbegriff zu Unstimmigkeiten. Eine Alternativlösung könnte in der Schaffung eines vertragsrechtlichen Gebots zur Datentransparenz liegen, auf das die Haftungsregeln der Richtlinie entsprechend anzuwenden wären.

Schließlich sieht der DAV zu vielen Einzelpunkten, insbesondere auch in sprachlich-systematischer Hinsicht, Korrekturbedarf.

## I. Allgemeines

Die rechtlichen Grundaussagen des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte COM(2015) 634 (nachfolgend „Vorschlag“) sind ein erster Schritt in der Umsetzung der digitalen Binnenmarkt-Strategie im Vertragsrecht. Diese Aussage gilt vor allem auch mit Blick auf die Tatsache, dass der Vorschlag nur „bestimmte“ Bereiche des Vertragsrechts bei der Bereitstellung bzw. Verarbeitung digitaler Inhalte und sonstiger Daten gegenüber einem Verbraucher regeln will.

In einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung insbesondere des Vorschlags COM(2015) 635 für eine Richtlinie über den Online-Warenhandel hält der DAV vor allem folgende Gesichtspunkte als rechtliche Ansatzpunkte einer europäischen Strategie für einen einheitlichen digitalen Binnenmarkt für wichtig:

### 1. Harmonisierungsgrad: Vollharmonisierung oder Mindeststandard

Ziel des Vorschlags ist es, als Element der digitalen Binnenmarkt-Strategie Voraussetzungen zu schaffen, die es Anbietern ermöglichen, digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen unionsweit zu einheitlichen Vertragsbedingungen anzubieten. Aus diesem Grund verfolgt der Vorschlag das Konzept der Vollharmonisierung. Dieses Konzept leuchtet insbesondere vor dem Hintergrund des bei grenzüberschreitendem Vertrieb wechselnden (Verbraucher-) Vertragsstatuts gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom I-Verordnung im Grundsatz ein. Bezogen auf andere Vertragsgegenstände, nicht zuletzt den Vorschlag einer Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels (COM(2015) 635), hat der DAV diesen Ansatz bislang auch befürwortet (DAV-Stellungnahme Nr. 13/16). Bezüglich des Vorschlags COM(2015) 634 liegen die Dinge jedoch anders. Dieser Vorschlag wählt als zentralen Anknüpfungspunkt für den sachlichen Anwendungsbereich eine besondere Art des Vertragsgegenstandes, nämlich sehr weit gefasste digitale Inhalte (Art. 2), deren vertragliche Zweckbestimmung (insbesondere etwa Verkauf oder Vermietung) über den neutralen Begriff der „Bereitstellung“ ebenfalls kaum konkretisiert ist. Diese Besonderheiten des hier einschlägigen Vertragsgegenstandes – digitale Inhalte – legen es nach Meinung des DAV nahe, die Frage des angemessenen Harmonisierungsgrades gegenüber anderen Richtlinien kritisch zu überprüfen. Dem liegen vor allem folgende Erwägungen zugrunde:

Angesichts der stürmischen technischen Entwicklung ist jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abzusehen, welche weiteren Einsatzmöglichkeiten und digitale Geschäftsmodelle sich – auch sehr kurzfristig – noch ergeben können. Deshalb erscheint es verfrüht, eine unionsrechtlich verbindliche Regelung zu erlassen, die nicht nur einen bestimmten Mindeststandard an Verbraucherschutz im Bereich digitale Inhalte und Dienstleistungen gewährleistet (was im Sinne einer Basisregelung unabhängig von der weiteren technischen Entwicklung möglich ist), sondern es den Mitgliedstaaten darüber hinaus untersagt, auf neue Entwicklungen schnell durch (dispositive oder zwingende) Regelungen zu reagieren, die dem Verbraucher einen höheren Schutz gewähren.

Schon rein privatrechtlich ist die Materie der digitalen Inhalte mit zahlreichen Aspekten verwoben, die außerhalb des Regelungsbereichs des Richtlinienentwurfs liegen und je nach ihrer unions- und kollisionsrechtlichen Qualifikation ganz unterschiedlich auf die vertraglichen Rechte und Pflichten einwirken können.<sup>1</sup> Beispielhaft:

- Qualifikation von Rechten an Daten oder digitalen Inhalten (Eigentum, Urheberrecht, Persönlichkeitsrecht, Sonstiges) und Folgen (bezüglich Übertragbarkeit und Verletzungsfolgen sowie kollisionsrechtlicher Einordnung),
- Verwischung der praktischen Unterschiede zwischen dauerhafter und zeitlich befristeter Übertragung von Datennutzungsrechten einschließlich Kombinationsformen und Dienstleistungselementen (z.B. Kauf/Abonnement mit Updates oder Cloud-Diensten),
- Übergang von bilateralen Verträgen zu Netzwerkverträgen,
- Verhältnis von datenschutzrechtlicher Einwilligungsfähigkeit (Artikel 8 Abs. 1 DSGVO) zur vertragsrechtlichen Geschäftsfähigkeit,
- „Elektronische Selbsthilfe“ des Anbieters (wegen seiner oft bestehenden Möglichkeit, direkt in die gelieferten digitalen Inhalte einzugreifen).

---

<sup>1</sup> S. dazu zuletzt aus der Sicht des deutschen Rechts und unter Berücksichtigung des vorliegenden Richtlinien-Entwurfs *Wendehorst*, NJW 2016, 2609.

Da der sachliche Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags gerade an der besonderen Art des Vertragsgegenstands orientiert ist, der Vorschlag die Charakteristika dieses Gegenstands (insbesondere Materien wie Datenschutzrecht, Urheberrecht und Telekommunikationsrecht) aber nicht harmonisiert, entsteht durch diese „Disharmonie der Harmonisierung“ eine erhöhte Gefahr, dass mitgliedstaatliche Regelungen wegen anderer (kollisionsrechtlicher oder sachrechtlicher) Qualifikation der jeweils in Frage stehenden Rechtsfrage dem Verbraucher mittelbar mehr Rechte gewähren, als dies dem Vorschlag entspricht. Darin wiederum könnte im Ergebnis ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vollharmonisierung und damit ein Richtlinienverstoß gesehen werden. Dadurch kann Rechtsunsicherheit entstehen.

Wegen der genannten Besonderheiten kann das mit dem Ansatz der Vollharmonisierung verfolgte Ziel, es Anbietern zu ermöglichen, digitale Inhalte unionsweit zu *einheitlichen* Bedingungen anzubieten, nach Auffassung des DAV mit diesem Richtlinienvorschlag *allein* ohnehin nicht erreicht werden. Die Verwobenheit der Materie mit angrenzenden Rechtsgebieten erfordert womöglich einen breiteren – auch kollisionsrechtlich flankierten – Ansatz über das Vertragsrecht hinaus. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob das Ziel der Anwendbarkeit eines materiell einheitlichen bzw. zumindest eines europaweit einheitlich (vorhersehbar) bestimmten nationalen Rechts im Internetvertrieb auch gegenüber Verbrauchern möglicherweise mit lediglich kollisionsrechtlichen Mitteln zu erreichen sein könnte,<sup>2</sup> was ein weiteres Argument gegen die Vollharmonisierung wäre.

Schließlich ist noch auf einen rechtstechnischen Aspekt hinzuweisen: In ihren Wirkungen einer Verordnung ähnlich, zwingt die Vollharmonisierung den nationalen Gesetzgeber zur punktgenauen Umsetzung. Der der Richtlinie an sich immanente Umsetzungsspielraum wird hierdurch stark verkürzt, was wiederum

---

<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang wird häufig unterstellt, dass es einem Online-Händler wegen der grundsätzlichen Anknüpfung an das *jeweilige* Verbraucherheimatrecht gemäß Art. 6 Rom I-Verordnung unmöglich sei, seine AGB nach dem Recht nur einer einzigen Rechtsordnung (in der Regel nach seinem eigenen Heimatrecht) zu verfassen und *auf dieser Grundlage* Verträge mit Verbrauchern in verschiedenen Staaten zu schließen. Bei transparenter Formulierung einer entsprechenden Rechtswahl ist diese Möglichkeit jedoch gemäß Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung ausdrücklich gegeben, was der EuGH in seinem Urteil vom 28.7.2016, C-191/15 (österreichischer Konsumentenverband / Amazon EU) im Prinzip auch für den Verbandsprozess anerkannt hat. Gleichwohl bestehen im grenzüberschreitenden Internetvertrieb zum Teil erhebliche Unsicherheiten über das auf die diversen Teilaspekte anwendbare Recht, gerade auch in Bezug auf das Datenschutz-, Wettbewerbs- und Urheberrecht. Insoweit regt der DAV an, auch das europäische Kollisionsrecht (Rom I-Verordnung und Rom II-Verordnung) in die digitale Strategie einzubeziehen und es ggf. um internetspezifische Regelungen zu ergänzen.

erhöhte Anforderungen an die Ausführlichkeit, Genauigkeit und Qualität der Richtlinie selbst stellt. Eine nur auf minimale (Basis-) Harmonisierung abzielende Regelung hingegen könnte einfacher und kürzer formuliert werden. Das grundlegende Regelungsziel stünde im Vordergrund, Ergänzungen und Abweichungen „nach oben“ blieben möglich. Damit würde die rechtstechnische materielle Umsetzung vereinfacht und in den Mitgliedstaaten vorhersehbarer – sofern der internationale Entscheidungseinklang kollisionsrechtlich abgesichert bleibt.

Aus diesen Gründen empfiehlt der DAV im Sinne einer ganzheitlichen, auch angrenzende Rechtsgebiete und – übergeordnet – das Kollisionsrecht einbeziehenden digitalen Strategie zusammenfassend, jedenfalls bei diesem Richtlinienentwurf den Harmonisierungsgrad grundsätzlich zu überdenken.

## **2. Sachlicher Anwendungsbereich und Definitionen**

Der DAV begrüßt einen weiten Anwendungsbereich der Richtlinie, über den insbesondere auch für datenbezogene Dienstleistungen und (vermeintlich) unentgeltliche Internetdienste einheitliche und innovationsoffene Regeln geschaffen werden sollen. Es empfiehlt sich jedoch, die sich hierauf beziehenden Bestimmungen in Art. 1 bis 3 des Vorschlags einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Die Regelungen des Entwurfs werfen einige Fragen und Unstimmigkeiten auf.

### **2.1 Digitale Inhalte / Waren**

Die Grunddefinition der digitalen Inhalte in Art. 2 Abs. 1 lit. a) – „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden“ – stimmt mit Art. 2 Abs. 11 Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU überein. „Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software“ werden in Art. 2 Abs. 1 lit. a) lediglich beispielhaft aufgezählt. In Bezug auf den zentralen Regelungsgegenstand der dem Verbraucher bereitgestellten Daten besteht also Deckungsgleichheit mit der Verbraucherrechterichtlinie. Unübersichtliche Überschneidungen gibt es aber, sobald digitale Inhalte auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden (DVD, CD etc.) oder auch nur als Software in eine Ware mit übergeordneter Funktion integriert sind („embedded content“ – Erwägungsgrund 11). In beiden Fällen liegt nach der Verbraucherrechterichtlinie



ein Warenkauf mit entsprechendem fernabsatzrechtlichen Widerrufsrecht vor.<sup>3</sup> Andererseits sollen für den Regelungsbereich des vorliegenden Vorschlags Waren, die „ausschließlich der Übermittlung digitaler Inhalte dienen“ (also wiederum DVD, CD etc.) insgesamt nur der Richtlinie über digitale Inhalte sowie der Verbraucherrechterichtlinie unterliegen, nicht jedoch der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Art. 2 Abs. 1 (a) i.V.m. Erwägungsgrund 12 des Vorschlags sowie Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 des Vorschlags zum Online-Warenhandel COM(2015) 635).<sup>4</sup>

Unklar ist der Anwendungsbereich des Vorschlags auch im Hinblick auf gemischte Verträge gemäß Art. 3 Abs. 6 und die Erbringung geistiger Leistungen wie Verlags- und Presseprodukte, Vertragsmuster oder die in Erwägungsgrund 19 genannten Übersetzungs- oder sonstigen Fachberatungsleistungen. Das den Anwendungsbereich gemäß Art. 3 Abs. 5 a) ausschließende Kriterium, dass die „menschliche Intervention durch den Anbieter überwiegt“, ist für sich selbst schon sprachlich kaum verständlich (was heißt „Intervention“?). Der Erwägungsgrund 19 hilft zwar dem Verständnis, ist aber wohl zu eng formuliert. Denn es kann kaum darauf ankommen, ob der Anbieter die Leistung „persönlich“ oder durch Angestellte oder auch Subunternehmer erbracht hat. Wenn es aber darum geht, ob die digitale Form „hauptsächlich der Übermittlung dient“, wird wieder unverständlich, warum CDs oder DVDs mit Ton- oder Bildträgern ausdrücklich der Richtlinie unterfallen sollen (siehe Erwägungsgrund 12).

Insgesamt erscheint der Versuch, die sachlichen Anwendungsbereiche der verschiedenen Richtlinien über die Art der verwendeten Technik abzugrenzen, problematisch.<sup>5</sup> Es erschließt sich insbesondere nicht, warum Verträge über Waren, deren einzige Funktion, wie im Falle von CDs oder DVDs, darin besteht, digitale Inhalte zur Verfügung zu stellen oder nutzbar zu machen, stets als

---

<sup>3</sup> Die Ausnahme vom Widerrufsrecht gemäß Art. 16 lit. i) Verbraucherrechterichtlinie gilt nur bei ganz bestimmten digitalen Inhalten, nämlich Ton- oder Videoaufnahmen sowie Computersoftware, die in einer versiegelten Verpackung geliefert werden.

<sup>4</sup> Gemäß Art. 16 lit. m) Verbraucherrechterichtlinie (vgl. auch Erwägungsgrund 19 Verbraucherrechterichtlinie) kommt hier lediglich unter bestimmten Umständen (kompliziertes und praxisuntaugliches „Double-Opt-In“) ein vorzeitiges Erlöschen des Widerrufsrechts in Betracht; zum Ganzen *Peintinger*, Widerrufsrechte beim Erwerb digitaler Inhalte – Praxisvorschläge am Beispiel des Softwarekaufs unter Berücksichtigung von SaaS-Verträgen, MMR 2016, 3.

<sup>5</sup> Vgl. *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, NJW-Beil 2016, 29; *Stieper*, Digital ist besser – die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstypus?, in: Festschrift für Köhler, 2014; *Haberstumpf*, Verkauf immaterieller Güter, NJW 2015, 1724; *Stöhr*, Das BGB im digitalen Zeitalter – eine Herausforderung für das Vertragsrecht, ZIP 2016, 1468.

Verträge über digitale Inhalte zu werten sein sollten. Das führt nämlich etwa für Tonträger zu sachwidrigen Differenzierungen, denn der Kauf einer Vinylschallplatte unterliegt den Regeln über den Sachkauf, während der Kauf einer CD dem Regime über die Bereitstellung digitaler Inhalte unterfiele. Dass dies keine weltfremde Überlegung ist, zeigt das „Comeback“ analoger Tonträger (siehe FAZ vom 28. Juni 2016, S. T4).

Ein möglicherweise geeigneteres Abgrenzungskriterium könnte darin gefunden werden, ob das Charakteristikum der Leistung des Anbieters (oder das, worauf es dem Verbraucher ankommt) gerade in ihrer Digitalität begründet oder ohne diese nicht möglich ist.

Nachdem der praktische Schwerpunkt des vorliegenden Richtlinienvorschlags COM(2015) 634 im datenträgerlosen Vertrieb liegt und sie im Kern das gleiche Regelungsziel wie der Richtlinienvorschlag COM(2015) 635 zum Online-Warenhandel verfolgt (Verbesserung der Gewährleistungsrechte), sollte die Abgrenzungsfrage aber auch nicht überschätzt werden. Die aufgezeigten Schwierigkeiten könnten allerdings, über die bereits in Aussicht genommene Einbeziehung des stationären Handels in den Richtlinienvorschlag COM(2015) 635 hinaus, auch für eine Reform des Gewährleistungsrechts für Waren, Dienstleistungen und digitale Inhalte innerhalb einer einzigen Richtlinie sprechen. Die Regelung gemeinsamer Grundsätze in einem allgemeinen Teil und der jeweiligen Spezifika in einem besonderen Teil einer neuen „Richtlinie über die vertragliche Haftung bei Verbraucherverträgen“ könnte insgesamt zur Kohärenz und Verständlichkeit des europäischen Verbrauchervertragsrechts beitragen.

## **2.2 Digitale Dienstleistungen**

Im Ausgangspunkt von entscheidender Wichtigkeit ist der gegenüber der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU (Art. 2 Abs. 11) wesentlich erweiterte Anwendungsbereich der Richtlinie auf die in Art. 2 Abs. 1 lit. b) und lit. c) aufgeführten Dienstleistungen in Bezug auf vom Verbraucher (Nutzer) dem Unternehmer (Anbieter) oder anderen Verbrauchern (Nutzern) bereitgestellten Daten (Cloud-Speicherung, 3D-Druck, soziale Medien etc.). Problematisch ist jedoch, dass dies durch eine Definition der entsprechenden Dienstleistungen als digitale Inhalte erreicht werden soll. Diese Regelungstechnik führt dazu, dass im Grundsatz dieselben Regelungen für die Entwicklung und Bereitstellung digitaler

Inhalte des Anbieters *für* bzw. *an* den Verbraucher gelten wie für die Speicherung und sonstige Verarbeitung digitaler Inhalte *des* Verbrauchers durch den Anbieter („umgekehrter Verbrauchervertrag“). Es empfiehlt sich deshalb, es bei der einheitlichen Grunddefinition digitaler Inhalte gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a) zu belassen und für hierauf bezogene – entgeltliche – Dienstleistungen nach Maßgabe der Regelungen in Art. 2 Abs. 1 lit. b) und c) (jedoch an anderer Stelle) spezifisch dienstleistungsbezogene Regelungen zu treffen. Alternativ könnte die Bereitstellung digitaler Inhalte als Unterfall der „digitalen Dienstleistung“ definiert werden, nicht jedoch umgekehrt. Unabhängig von der Begriffsbildung und der Regelungstechnik ist jedoch – gerade auch mit Blick auf in Zukunft möglicherweise gänzlich neue Arten von digitalen Inhalten – zu überprüfen, ob es besonderer Regelungen für Dienstleistungen bezüglich digitaler Inhalte (im engeren Sinn) überhaupt bedarf oder ob solche Dienstleistungen prinzipiell ebenso zu behandeln sind wie die Zurverfügungstellung digitaler Inhalte im engeren Sinn.

### **2.3 Verbraucherrechterichtlinie und Widerrufsrecht**

Digitale Inhalte und Dienstleistungen der hier in Rede stehenden Art werden praktisch ausschließlich online und somit im Fernabsatz bereitgestellt bzw. erbracht. Es bietet sich daher an, die diesbezüglichen Sonderregelungen der Verbraucherrechterichtlinie (insbes. Informationspflichten zur Interoperabilität, die Definition ist im Kern ohnehin deckungsgleich) in die neu zu schaffenden Regelungen zu integrieren. Bei dieser Gelegenheit sollte allerdings das Widerrufsrecht bei digitalen Inhalten einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Derartige Leistungen kann man auch bei stationären Vertragsschlüssen nicht vorab „ausprobieren“ und ihre Rückabwicklung ist praktisch nicht möglich oder jedenfalls nicht kontrollierbar. Für ein bedingungsloses Widerrufsrecht des Verbrauchers besteht hier nach Ansicht des DAV kein Bedürfnis, zumal wenn seine Vertragsbeendigungsrechte im Falle mangelhafter Leistung wie im Entwurf vorgesehen weiter gestärkt werden. Hier bedarf es vor allem genauer Leistungsbeschreibungen und/oder (entsprechend dem, was insbesondere bei Software schon verbreitet ist) einer befristeten Testphase, bevor überhaupt ein Entgelt fällig wird.

## 2.4 Daten als Entgelt

Der DAV begrüßt im Prinzip, dass die Richtlinie gemäß Art. 3 Abs. 1 nur auf entgeltliche Verträge anwendbar sein soll. Denn nur bei Entgeltlichkeit ist die von dem Richtlinienentwurf vorgesehene Leistungspflicht des Anbieters mit entsprechender Gewährleistung gerechtfertigt. Nicht überzeugend ist jedoch die Gleichsetzung entgeltlicher Verträge mit Verträgen, bei denen der Verbraucher eine Gegenleistung „in Form von personenbezogenen Daten oder anderen Daten erbringt“. Bei den „personenbezogenen Daten“ fehlt es an einer grundlegenden Abstimmung mit dem europäischen Datenschutzrecht. Dessen auch für die vertragliche Datenverarbeitung vorrangige Wertungen sind in Art. 3 Abs. 4, 7 und 8 des Vorschlags nur unzureichend abgebildet. Der Begriff der „anderen Daten“ ist nicht definiert und führt im Hinblick auf den ebenfalls datenbezogenen Leistungsbegriff zu Unstimmigkeiten.

### 2.4.1 Personenbezogene Daten

Die jüngst verabschiedete Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hält an dem Prinzip der Datensparsamkeit (Art. 5 DSGVO) fest und stellt die Einwilligung in Art. 7 DSGVO unter strenge Anforderungen. Das Ziel der DSGVO ist es, Verbrauchern möglichst wenig Anreize für eine Preisgabe personenbezogener Daten zu geben (vgl. auch die Bestimmungen zu Privacy by Design und Privacy by Default in Art. 25 DSGVO).

Art. 3 Abs. 1 des Vorschlags würde bedeuten, dass der Verbraucher durch Preisgabe persönlicher Informationen eine Rechtsstellung erlangt, die der eines Käufers oder Kunden entspricht: Durch Preisgabe personenbezogener Daten erlangt er umfassende Gewährleistungsrechte, Garantien und eine weitreichende Haftung des Vertragspartners. Derartige Regelungen sind nicht dazu geeignet, den Verbraucher – auf einer Linie mit der DSGVO – zu „Datenenthaltssamkeit“ zu veranlassen. Im Gegenteil: Das in der DSGVO jüngst bekräftigte Prinzip der Datensparsamkeit würde konterkariert.

**Widerruf:** Es fehlen Regelungen für den Fall der Unwirksamkeit bzw. des Widerrufs der Einwilligung, die in der Praxis häufig (entgegen Art. 4 Abs. 11, 7 Abs. 2 DSGVO) als vorformulierte Erklärung im Kleingedruckten „versteckt“ wird. Betrachtet man die per Einwilligung preisgegebenen Daten als Gegenleistung für

die digitalen Inhalte, ist eine Unwirksamkeit bzw. der Fortfall der Einwilligung eine Leistungsstörung im Äquivalenzverhältnis. Welche Folgen eine solche Leistungsstörung haben soll, lässt der Entwurf offen. So ist nun nach Art. 16 Abs. 1 des Vorschlags eine Mindestlaufzeit des Vertrages von zwölf Monaten zulässig. Gleichzeitig ist die Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit mit sofortiger Wirkung widerruflich, worauf die betroffene Person vor Abgabe der Einwilligung hinzuweisen ist. Dies würde bedeuten, dass der Verbraucher seine Leistung (Einwilligung) jederzeit einstellen kann, der Unternehmer jedoch bis zu zwölf Monate zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet bliebe. Dies ist evident unstimmtig.

**Kopplungsverbote und Grundrechtsverwirklichung:** Die DSGVO sieht personenbezogene Daten nicht als „Währung“ an, sondern als (alleiniges) Schutzobjekt und möchte den durch Art. 8 der EU-Grundrechtecharta (GRCh) gewährleisteten Schutz personenbezogener Daten in möglichst weitem Umfang verwirklichen. Daher geht die DSGVO nicht von einem Leitbild des Bürgers als „Herr über seine Daten“ aus und beschränkt in beträchtlichem Umfang die Möglichkeiten des einzelnen, per Einwilligung über „seine“ Daten zu verfügen:

- Art. 7 Abs. 4 i.V.m. Erwägungsgrund 43 Satz 2 DSGVO stellt für den Vertragsschluss ein Kopplungsverbot auf. Verlangt der Betreiber eines Online-Dienstes vom Nutzer eine Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten, ist diese Einwilligung unwirksam, wenn die Daten für die Erfüllung des Nutzungsvertrages nicht erforderlich sind.
- Ein weiteres Kopplungsverbot findet sich in Erwägungsgrund 42 Satz 4 DSGVO. Danach gilt eine Einwilligung als unfreiwillig und somit unwirksam, wenn der Betroffene keine echte und freie Wahl hat und daher nicht in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern.
- Erwägungsgrund 43 Satz 1 DSGVO erklärt eine Einwilligung für unwirksam, wenn zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen ein „klares Ungleichgewicht“ besteht und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde.

Daten sind nach dem Schutzzweck der DSGVO keine „Währung“, über die ein

Verbraucher in Austauschgeschäften frei verfügen kann. Dies zeigt sich auch an Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b) DSGVO, der den Vertrag als Erlaubnisgrundlage für die Datenverarbeitung mit der Maßgabe anerkennt, dass die Datenerarbeitung für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist.

Der Umstand, dass der Verbraucher Daten als „Währung“ einsetzt, ist für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nach Art. 6 DSGVO bedeutungslos. Ganz im Gegenteil lässt sich feststellen, dass ein solcher Einsatz von Daten als „Währung“ nach der DSGVO nicht gewollt ist. Die Kopplungsverbote gemäß Art. 7 Abs. 4, Erwägungsgrund 43 Satz 2 und Erwägungsgrund 42 Satz 4 DSGVO sowie das Wirksamkeitshindernis des „klaren Ungleichgewichts“ (Erwägungsgrund 43 Satz 1 DSGVO) bringen klar zum Ausdruck, dass eine „Bezahlung mit Daten“ nicht als eine autonome, freiwillige Entscheidung des Verbrauchers anerkannt werden soll. Ganz im Gegenteil sieht die DSGVO Ökonomisierungsmodelle als eine Gefahr für den Schutzauftrag des Art. 8 GRCh an, die durch hohe Anforderungen an die „Freiwilligkeit“ einer Einwilligung bekämpft werden muss.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die DSGVO bei Austauschgeschäften die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten des Verbrauchers von der „Erforderlichkeit“ der Datenverarbeitung abhängig macht. Die Datenverarbeitung ist nur dann rechtmäßig, wenn der Vertragspartner ohne eine solche Datenverarbeitung seine vertraglich geschuldeten Leistungen nicht erbringen kann. In diesem Fall liegt zwar auch nach dem Richtlinienentwurf – konsequenterweise – kein Entgelt vor (Art. 3 Abs. 4). Jedoch kann der Mangel der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung nach dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 4 DSGVO auch nicht durch eine hierüber hinausgehende Einwilligung überwunden werden.

**Datenqualität/„Klarnamenpflicht“:** Diensteanbieter haben typischerweise ein Interesse daran, dass Daten aussagekräftig und fehlerfrei sind. Gibt der Nutzer eines sozialen Netzwerks zu seiner Person nur Phantasieangaben preis, sind diese Angaben für den Betreiber des sozialen Netzwerks wertlos.

Wenn man eine Datenpreisgabe als Gegenleistung ansieht, knüpfen sich hieran qualitative Anforderungen an die Daten an. Alle Bemühungen, eine „Klarnamenpflicht“ nur im Ausnahmefall anzuerkennen (beispielhaft siehe § 13

Abs. 6 des deutschen Telemediengesetzes), würden Makulatur. Der Selbstschutz des Nutzers durch Pseudonymität und Datensparsamkeit würde durch vertragliche Verpflichtungen konterkariert, die durch die europäische Rechtsordnung ausdrücklich gebilligt würden.

**Einwilligungs- und Geschäftsfähigkeit:** Gemäß Artikel 8 Abs. 1 DSGVO kann ein Jugendlicher, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, die Einwilligung wirksam erteilen. Wenn die Einwilligung die einzige Leistung dafür ist, die der (minderjährige) Verbraucher (also der Jugendliche) zu erbringen hat und diese Leistung durch Einwilligung des sechzehnjährigen Jugendlichen wirksam erbracht wird, stellen sich Fragen hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen. Offensichtlich muss der Anbieter nach einer solchen Einwilligung (und Mitteilung der zugrundeliegenden Daten) verpflichtet sein, seine Leistung zu erbringen. Wenn sich dann aber irgendwelche Folgen an den Widerruf der Einwilligung knüpfen (siehe oben), stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu den sonstigen Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien.

#### 2.4.2 „Andere Daten“

Mit „digitalen Inhalten“ bzw. auf „Daten in digitaler Form“ bezogene Dienstleistungen sind nach Art. 2 Abs. 1 unter anderem auch Cloud-Dienste und soziale Netzwerke gemeint. Kennzeichnend für derartige Dienste ist es, dass der Nutzer dort Inhalte bzw. Daten in digitaler Form einstellt, um sie entweder selbst zu nutzen (Cloud) oder anderen Nutzern zugänglich zu machen (soziale Netzwerke). All diese digitalen Inhalte und Daten wären zugleich „andere Daten“ im Sinne der Entgeltregelung von Art. 3 Abs. 1. Dies führt zu Unstimmigkeiten.

**Soziale Netzwerke:** Typischerweise hat der Nutzer bei diesen Diensten das Recht, Inhalte bereit zu stellen, nicht jedoch die Pflicht zur Bereitstellung. Dienste wie Twitter lassen sich aktiv (eigene Tweets), aber auch passiv (lediglich „Konsum“ von Tweets) nutzen. Dies jedoch schließt es aus, die eigenen Inhalte des Nutzers als „Gegenleistung“ für die konsumierten Inhalte zu verstehen, da eine Verpflichtung zur Bereitstellung solcher Inhalte („andere Daten“) gerade nicht besteht und die Leistung des Anbieters auch nicht davon abhängig gemacht wird, dass der Verbraucher Daten zur Verfügung stellt.

**Cloud-Dienste:** Bei den Cloud-Diensten stellt der Dienstleister keine eigenen Inhalte, sondern lediglich Speicherplatz für Inhalte des Nutzers zur Verfügung. Sofern solche Dienste im klassischen Sinne kostenlos angeboten werden, dürfen die Inhalte des Nutzers („andere Daten“) offensichtlich nicht als Gegenleistung angesehen werden, da dies mit unabsehbaren Folgen für deren Sicherheit verbunden wäre. Vielmehr sind die Daten des Nutzers hier Schutzobjekt des Vertrags.

**Gewährleistung/Haftung:** Soweit der Verbraucher – insbesondere in sozialen Netzwerken – „andere Daten“ als Form digitaler Inhalte zur Verfügung stellt, sind diese Inhalte zugleich die Inhalte, die der Betreiber des Dienstes anderen Nutzern zur Nutzung überlässt. Wenn der Verbraucher dazu jedoch nicht verpflichtet ist, d.h. seine Nutzung des Netzwerkes nicht davon abhängig ist, dass er Daten einstellt, kann die Mitteilung seiner Daten kein Entgelt sein, weshalb die Richtlinie auch hier schon nicht anwendbar ist. Zur Vermeidung von Zweifeln empfiehlt sich aber die Klarstellung, dass der Betreiber sozialer Netzwerke und vergleichbarer Plattformen für die von anderen Nutzern zur Verfügung gestellten Daten und hieraus ggf. folgende Vermögensdispositionen generell nicht verantwortlich ist. Die Frage der Haftung für Vermögensschäden stellt sich darüber hinaus auch bei nicht datenbezogenen (unentgeltlichen bzw. rein werbefinanzierten) Diensten, wie z. B. Suchmaschinen, Preisvergleichsportalen, Währungsrechnern etc. Insbesondere liegt hier nahe, dass Anbieter jede Haftung unter Hinweis eben auf die Unentgeltlichkeit der Leistung in ihren AGB ausschließen. Ein solches Bedürfnis ist nach Ansicht des DAV grundsätzlich anzuerkennen.

#### **2.4.3 Fazit: Vertragsrechtliches Datentransparenzgebot?**

Die vorstehenden Überlegungen verdeutlichen, dass auch bei „anderen Daten“ eine Qualifizierung als Entgelt weitgehend ausscheidet. In der Praxis noch häufiger als personenbezogene Daten im engen Sinne sind sie (z.B. als Informationen über Vorlieben bei Hotelbuchungen oder Standortdaten) unmittelbar mit der Leistungshandlung des Anbieters verknüpft bzw. ist ihre Hingabe zur Erbringung der angebotenen Dienste „unbedingt“ erforderlich. Somit scheiden sie gemäß Art. 3 Abs. 4 aus dem Schutzbereich des Richtlinienvorschlags aus. Wollte man hier eine wie immer geartete Haftung des



Anbieters (etwa für Datenverlust bei Speicherdiensten oder/und Lösungsansprüche bei interaktiven Spielen und sozialen Netzwerken) begründen, müsste man auch im Hinblick auf die Datenhergabe unentgeltliche Dienste in die Richtlinie einbeziehen. Dies ginge jedoch nach Meinung des DAV gerade in den Fällen zu weit, in denen der Anbieter seine datenschutzrechtlichen Pflichten einhält und den Kunden in transparenter Weise über die Erhebung und Verwendung der von ihm offenbarten Daten informiert, so dass dieser über die Funktionsweise des Dienstes eine bewusste Entscheidung treffen kann. Andererseits liegen in der Praxis gerade hier häufig erhebliche Defizite, denn insbesondere bei komplexeren (etwa grenzüberschreitenden und/oder konzernübergreifenden) Kundenbindungs- und Marketingmaßnahmen neigen Anbieter nicht selten dazu, datenschutzrechtliche Grauzonen auszunutzen und sowohl die Formulierung einer eigenen Leistungspflicht als auch eine transparente Information über die im Hintergrund tatsächlich praktizierte Datenverarbeitung (einschließlich der gefürchteten Datenweitergabe an Dritte) zu vermeiden. Dann aber erscheint es im Ergebnis als Sanktion gerechtfertigt, den Anbieter so zu behandeln als habe er eine entgeltliche Leistung gegenüber dem Kunden zu erbringen und ihn in das Gewährleistungsregime der Richtlinie einzubeziehen.

Insgesamt regt der DAV daher an, die datenschutzrechtlich problematische Einordnung von „Daten als Entgelt“ aufzugeben und stattdessen über ein allgemeines vertragsrechtliches Gebot zur Datentransparenz nachzudenken, das insbesondere über die Haftungsregeln der Richtlinie sanktioniert werden könnte. Damit hätte der Verbraucher bei mangelhafter Information über die vom Anbieter bezweckte Datenverarbeitung insbesondere ein sofortiges Beendigungsrecht gemäß Artikel 11 und 13. Weitere Konsequenzen nach der DSGVO oder dem mitgliedstaatlichen Vertragsstatut, insbesondere bei Unwirksamkeit des Vertrags, blieben unberührt (Art. 3 Abs. 8 und 9).

### **3. Urheberrecht**

Der DAV hat zur Kenntnis genommen, dass Fragen des Urheberrechts, vor allem auch mit der Bereitstellung digitaler Inhalte zwingend verbundener Nutzungsrechte nicht im Rahmen dieses Vorschlags geregelt werden. Dadurch wird jedoch der von dem Richtlinienentwurf angestrebte Verbraucherschutz

entscheidend geschwächt. Denn die Dominanz der urheberrechtlich abgestützten Nutzungsrechte ist für alle Vertragsverhältnisse, welche auf die Bereitstellung digitaler Inhalte im Sinn von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie gerichtet sind, ein ganz entscheidender Faktor, an dem der Gesetzgeber im Interesse des hohen Verbraucherschutzes (Art. 114 Abs. 3 AEUV) nicht vorbeigehen darf. Hiermit im engen Zusammenhang steht das Verhältnis zum Urheber bzw. Hersteller des digitalen Produkts einschließlich der ungelösten Problematik der Einbeziehung und Wirksamkeit der von diesem mit dem Erwerb des Produktes verbundenen „Endbenutzer-Lizenzbedingungen“ (EULA).

#### **4. Erstreckung auf den B2B-Verkehr – Umsetzungsempfehlungen**

Die derzeit bestehenden Unsicherheiten, welche eine europäische Initiative dem Grunde nach rechtfertigen, bestehen insbesondere auch im Unternehmensverkehr (B2B). Aus praktischer Sicht kommt hinzu, dass die zuverlässige Abgrenzung eines Handelns des Kunden als Verbraucher oder Unternehmer gerade im E-Commerce auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Da digitale Inhalte praktisch ausschließlich online vertrieben werden, hat diese Unsicherheit über die Qualifikation des Kunden bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte ganz besonders Gewicht. In der Praxis werden daher Versuche zur Beschränkung des Angebots an Unternehmen von Anbieterseite häufig von vornherein unterlassen, mit der Folge, dass das regelungsintensive Verbrauchervertragsrecht mit seinen Widerrufsrechten und Informationspflichten im E-Commerce zunehmend als allgemein zwingender Standard wahrgenommen wird („Consumerisation“). Schließlich erfolgt etwa der Kauf oder die Miete von Software häufig gleichermaßen für private und berufliche Zwecke, ohne dass hier (insbesondere bei Selbständigen und Freiberuflern) ein eindeutiger Schwerpunkt auszumachen wäre. Ein weiteres Beispiel betrifft das Herunterladen von Apps über Smartphones, die dem Arbeitnehmer seitens des Arbeitsgebers sowohl für berufliche als auch für private Zwecke überlassen werden. Schließlich sind Unternehmer heute auch in sozialen Netzwerken präsent, was die zunehmende Verwischung privater und gewerblicher Bereiche in der digitalen Welt verdeutlicht.

Vorstehende Aspekte könnten ausreichen, um die Richtlinienkompetenz der Kommission, die sich im gegebenen Zusammenhang auf das Funktionieren des

Binnenmarkts gemäß Art. 114 AEUV stützt, auch für den Unternehmerverkehr zu eröffnen. Für B2B-Verträge sollte das Recht der digitalen Inhalte allerdings nur als dispositives Recht gelten, von dem prinzipiell (nach Maßgabe der nationalen Rechte) auch zu Lasten des unternehmerischen Nutzers durch Individualvereinbarung und auch durch AGB abgewichen werden kann. Diese Öffnung für die Vertragsgestaltung durch die Beteiligten (durch Individualvereinbarung oder durch AGB) ist im Bereich B2B vor allem deshalb geradezu zwingend indiziert, weil angesichts der stürmischen technischen Entwicklung zurzeit überhaupt nicht prognostizierbar ist, welche Vertragsmodelle sich in der Zukunft entwickeln können. Der (europäische oder nationale) Gesetzgeber würde sich übernehmen, wenn er versuchte, auch im B2B-Bereich zwingende Regeln für noch gar nicht bekannte Vertrags- oder Geschäftsmodelle zu setzen.

Sollte es beim beschränkten Anwendungsbereich der Richtlinie bleiben, wird der nationale Gesetzgeber – auch bei Geltung des Vollharmonisierungsprinzips – nicht daran gehindert sein, die Regelungen oder Teile hieraus als gesetzliches Recht ohne grundsätzliche Unterscheidung zwischen Verbraucher- und Unternehmerverkehr (wie bei der Verbrauchsgüterrichtlinie 1999/44/EG praktiziert) in das nationale Recht umzusetzen. Der DAV empfiehlt dem deutschen Gesetzgeber, entsprechend zu verfahren, jedoch unter Gewährung prinzipiell voller Dispositivität (auch durch AGB) insbesondere im Hinblick auf Gewährleistungsrechte und diesbezügliche Fristen.

## **5. Sprachfassung**

Der DAV ist sich bewusst, dass der deutsche Gesetzgeber diese Richtlinie in das System des BGB einfügen und die dort verwendeten Begrifflichkeiten anstelle der hier in der Richtlinie benutzten zur Anwendung bringen wird. Gleichwohl ist die deutschsprachige Fassung dieses Richtlinienentwurfes für den Rechtsanwender insbesondere bei Zweifelsfragen der Umsetzung in das deutsche Recht von großer praktischer Bedeutung und wird auch im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung gleichrangig herangezogen. Deshalb empfiehlt der DAV, bei den weiteren Beratungen, vor allem im Rahmen der Schlussredaktion, darauf zu drängen, dass begriffliche und sprachliche Unebenheiten im deutschen Text bereinigt werden (siehe dazu noch unten III.).

## II. Einzelanmerkungen

Über vorstehende allgemeine Erwägungen hinaus ist der Vorschlag leider auch in vielen Einzelpunkten – vor allem auch in sprachlicher und systematischer Hinsicht – ergänzungs- und korrekturbedürftig. Wegen der hohen Komplexität der in diesem Richtlinien-vorschlag geregelten Rechtsmaterie beschränkt sich der DAV auf solche Anmerkungen und Änderungsvorschläge, die er für wesentlich erachtet.

### 1. Bereitstellung

Der in Art. 2 Abs. 10 mit „die Verschaffung des Zugangs zu oder die Zurverfügungstellung von digitalen Inhalten“ lediglich formal umrissene definierte Terminus der „Bereitstellung“ wird auch in Art. 5 nicht weiter konkretisiert. Es fehlt an einer inhaltlichen Definition der seitens des Unternehmers geschuldeten Leistungshandlung. Es sollte jedenfalls geregelt werden, ob und inwieweit der Vorgang der Bereitstellung dem Kunden Verwertungs- und/oder Vervielfältigungsrechte verschaffen muss (Stichworte: Veröffentlichung, Weiterveräußerung, Kopieren). Den für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung vorgesehenen Bestimmungen zur Vertragsrückabwicklung (Art. 13 Abs. 2 lit. d)) kann man mittelbar Hinweise darauf entnehmen, dass das Speichern, Kopieren und die Zurverfügungstellung an Dritte Elemente des Bereitstellens sein können.

Eine sachgerechte Regelung könnte dahin gehen, dass die Bereitstellung, sofern nichts anderes vertraglich vereinbart (und damit praktisch durch den Anbieter in seinen AGB bzw. Nutzungsbedingungen gewährt) ist, lediglich die faktische Möglichkeit verschaffen muss, die digitalen Inhalte je nach Vereinbarung dauerhaft oder zeitlich befristet zu *nutzen*, d. h. zu lesen, zu hören, anzusehen oder anzuwenden und zu diesem Zweck auf einen oder mehreren bestimmten Endgeräten zu speichern bzw. zu installieren. Mit einer solchen, in ihrer Zielrichtung auch den Hersteller bindenden Regelung wären möglicherweise auch die mit dem Erwerb von Software häufig verknüpften Endbenutzer-Lizenzvereinbarungen (EULA) mit dem Hersteller obsolet, was das Modell vereinfachen und somit zu seiner Akzeptanz in der digitalen Wirtschaft beitragen könnte.

## 2. Vertragsmäßigkeit und Haftungsfristen

Gemäß Art. 6 soll entsprechend dem Leitbild der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf sowie des Entwurfs zum Online-Warenhandel in erster Linie die vereinbarte Beschaffenheit und in zweiter Linie der vertraglich vorausgesetzte bzw. der gewöhnliche Zweck als Maßstab der Vertragsmäßigkeit gelten. Nach Auffassung des DAV sollte sich die Regelung dann aber stärker an den bewährten und bereits in die nationalen Rechte umgesetzten Begrifflichkeiten orientieren und nur wo aufgrund der Spezifika des Vertragsgegenstandes indiziert, hiervon abweichen. Ob insbesondere Art. 6 Abs. 2 lit. a) und Abs. 3 in diesem Sinne gerechtfertigte Sonderregelungen darstellen, erscheint fraglich:

Angesichts der Tatsache, dass die digitalen Inhalte in aller Regel online erworben werden und nicht für die speziellen Bedürfnisse des Verbrauchers gestaltet sind, erscheint es sachgerecht, die Prüfungsreihenfolge gegenüber dem für den Warenhandel (ob online oder im stationären Handel) vorherrschenden Schemas umzukehren und als primären Anknüpfungspunkt für die Feststellung einer Vertragswidrigkeit auf die üblichen Anforderungen (gemäß Art. 6 Abs. 2 des Entwurfs) und nicht auf die konkreten Anforderungen des einzelnen Vertrages (gemäß Art. 6 Abs. 1 des Entwurfs) abzustellen. Diese Prüfungsreihenfolge bedeutet nicht eine Hierarchie, denn gewiss muss die konkret getroffene Vereinbarung Vorrang vor den allgemein erwarteten Anforderungen haben. Die Umkehrung des Prüfungsschemas kann aber etwa bei der Frage der Beweislast relevant werden.

Gemäß Art. 6 Abs. 2 lit. a) muss bei den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit die Art der Gegenleistung berücksichtigt werden. Das bedarf jedenfalls der Konkretisierung. Soweit vom Verbraucher zur Verfügung gestellte Daten nicht als Gegenleistung gelten (dazu siehe oben I.2.4) ist die Regelung gegenstandslos, weil die Richtlinie dann mangels einer Entgeltlichkeit nicht anwendbar ist. Soweit es tatsächlich um eine Gegenleistung in der Form von Daten geht, sollte diese Art der Gegenleistungen nicht die Folge haben, dass das Niveau der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte abgesenkt wird. Die Art der von dem Verbraucher zu erbringenden Gegenleistung sollte allenfalls Einfluss auf die Art der von den digitalen Inhalten zu erfüllenden

Leistungsmerkmale haben. Bei der vom DAV vorgeschlagenen, lediglich entsprechenden Anwendung der Gewährleistungsvorschriften in Fällen intransparenter Datennutzung (siehe oben I.2.4.3) wäre die Regelung ohnehin obsolet.

Gemäß Art. 6 Abs. 3 müssen digitale Inhalte, die „im Laufe eines Zeitraums“ (d.h. regelmäßig gegen Zahlung eines fortlaufenden Entgelts) bereitzustellen sind, auch „während dieses Zeitraums den vertraglichen Anforderungen entsprechen“ (d.h. vertragsgemäß sein, vgl. Art. 10 lit c)). Dies entspricht der mietrechtlichen Einordnung, wonach die Vertragsgemäßheit für die gesamte Mietdauer zu gewährleisten ist. Problematisch erscheint dem DAV aber ein Verzicht auf jede Haftungsbefristung auch im Falle der nur einmaligen Bereitstellung, d.h. bei kaufrechtlicher Einordnung (vgl. Erwägungsgrund 43). Der Verweis auf die nationalen Verjährungsvorschriften vermittelt keine Rechtsicherheit, denn Beginn und Länge der Verjährung sind äußerst unterschiedlich geregelt. Unklar ist dabei insbesondere, ob die Mitgliedsstaaten nur auf ihre allgemeinen Verjährungsvorschriften zurückgreifen dürfen oder ob sie spezielle Verjährungsvorschriften gerade für die Mängelhaftung für digitale Inhalte vorsehen dürfen. Dürften nur die allgemeinen Verjährungsvorschriften angewandt werden, so ergäbe sich daraus ein Qualifikationsproblem, wenn, wie z.B. in Deutschland, unterschiedliche Verjährungsfristen für die Mängelhaftung beim Kauf und für sonstige Ansprüche aus einer Vertragsverletzung gelten.

Unabhängig von diesen materiellen Bedenken ist jedenfalls im deutschen Text die Formulierung („im Laufe eines Zeitraums“) unrichtig. Gemeint ist der Fall, dass die digitalen Inhalte „für einen bestimmten Zeitraum“ (nicht irgendwann im Laufe eines dieses Zeitraums) bereitgestellt werden müssen.

### **3. Rechte Dritter**

In Art. 8 ist sprachlich wie sachlich darauf abzustellen, dass – entgegen dem durch die Wortwahl der Bestimmung erweckten Eindruck – die Vertragsgemäßheit der bereitgestellten digitalen Inhalte dadurch bestimmt wird, dass diese „frei von Rechten Dritter aufgrund geistigen Eigentums“ sein müssen, welche die vertragsmäßige Nutzung der digitalen Inhalte beeinträchtigen oder diesen entgegenstehen könnten. Die englischsprachige Version trifft hier das Gemeinte genauer.

Vor dem Hintergrund der mangelnden inhaltlichen Ausfüllung des Begriffs „Bereitstellung“ (siehe oben II.1.) erscheint die in Art. 8 vorgesehene Verpflichtung zur umfassenden Freiheit der digitalen Inhalte von (geistigen) Eigentumsrechten Dritter auch inhaltlich überschießend. Jedenfalls Software-Hersteller und sonstige originäre Rechteinhaber an digitalen Inhalten (soweit eine eindeutige Rechte-Zuordnung derzeit überhaupt möglich ist) werden weiterhin (ob per End User License Agreements, EULA, oder gesetzlicher Regelung) nur beschränkte Lizenzen vergeben können und sollten jedenfalls klarstellungshalber aus der Regelung ausgenommen werden.

#### **4. Beweislast**

Während die Beweislastregel nach Art. 9 Abs. 1 keine grundsätzlichen Bedenken hervorruft, trifft dies auf die Bestimmung in Abs. 2 nicht zu. Nach dem Verständnis des DAV ist davon auszugehen, dass der Anbieter verpflichtet ist, im Rahmen seiner vorvertraglichen Informationspflichten (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a)) – entsprechend den einschlägigen Regeln der Richtlinie 2011/83/EU – dem Verbraucher Angaben betreffend Interoperabilität, Funktionsweise etc. zu unterbreiten. Es erscheint daher ungereimt und sachwidrig, dass der Anbieter – wenn er denn diese Informationspflichten ordnungsgemäß erfüllt hat – gleichwohl nach Art. 9 Abs. 2 verpflichtet wird, den Nachweis zu führen, dass die „digitale Umgebung“ des Verbrauchers ungeeignet ist. Offen bleibt zudem die Frage, wer die Beweislast dafür trägt, welche Funktionen überhaupt vertraglich vereinbart sind, d.h. welche Kriterien der Vertragsmäßigkeit gemäß Art. 6 im Einzelfall gelten. Der DAV empfiehlt deshalb eine Regelung nach folgendem Modell:

- Die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte trägt der Verbraucher; wenn der Unternehmer jedoch behauptet, es sei eine Ausnahme von den normalen Anforderungen vereinbart worden, trägt er für diese Vereinbarung die Beweislast.
- Der Anbieter trägt die Beweislast dafür, dass vom Verbraucher konkret behauptete Mängel nicht bestehen.
- Wenn der Anbieter auf das Erfordernis einer bestimmten digitalen Umgebung des Verbrauchers in der erforderlichen Form hingewiesen hat

und der Anbieter geltend macht, die aufgetretenen Funktionsstörungen beruhen auf einem Mangel dieser digitalen Umgebung, trägt der Verbraucher die Beweislast dafür, dass ein solcher Zusammenhang nicht besteht oder nicht bestehen kann oder seine digitale Umgebung den Anforderungen genügt.

## **5. Vertragswidrige Bereitstellung – Verzug**

Die in Art. 11 vorgesehene Berechtigung des Verbrauchers, im Fall des Leistungsverzugs des Anbieters das Vertragsverhältnis sofort nach Art. 13 zu beenden, erscheint nicht sachgerecht, sondern überbetont den Verbraucherschutz. Es erscheint vielmehr generell angemessen, dem Verbraucher diese Rechte nur zu gewähren, wenn er vorher gemahnt oder eine Nachfrist gesetzt hat. Dies gilt vor allem auch mit Blick auf die Regel des Art. 16 Abs. 1 lit. m) der Richtlinie 2011/83/EU. Denn danach steht dem Verbraucher bei „rein“ digitalen Inhalten nur dann kein Widerrufsrecht zu, wenn die Ausführung mit vorheriger ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers und seiner Kenntnisnahme, dass er hierdurch sein Widerrufsrecht verliert, begonnen hat. Sieht der Unternehmer aber kein ausdrückliches „Double-Opt-In“ des Verbrauchers vor, muss er nach Art. 5 Abs. 2 gleichwohl sofort mit der Bereitstellung beginnen. Somit läuft der Anbieter Gefahr, dass der Verbraucher den Vertrag widerrufen kann, obgleich er bereits in den Genuss der digitalen Inhalte (z. B. eines Video-Streamings) gekommen ist, die er nicht kontrollierbar zurückgeben kann. Wartet der Anbieter hingegen mit der Leistungserbringung bis zum Ablauf der Widerrufsfrist ab, steht dem Verbraucher sofort das Beendigungsrecht nach Art. 11 des vorliegenden Richtlinienentwurfs zu.

Nach Auffassung des DAV belegt der vorstehende Widerspruch zudem die generelle Ungeeignetheit des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts bei digitalen Inhalten.

## **6. Rechtsbehelfe und Beendigungsrecht**

Die in Art.12 besser als „Rechtsbehelfe“ denn als „Abhilfen“ zu bezeichnenden Mängelrechte (s.u. III.2.1) des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit folgen inhaltlich im Prinzip dem Verbrauchsgüterkaufrecht und zielen auf Nacherfüllung, Preisminderung und Vertragsbeendigung. Die Abfolge und Abgrenzung der



einzelnen Rechtsbehelfe ist jedoch von zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen abhängig (z. B.: „unangemessen“, „angemessen“, „gewöhnliche Nutzung“, „unverhältnismäßig“, „Unannehmlichkeit“, „Wert“), was die sehr ausführliche Regelung insgesamt für beide Parteien intransparent erscheinen lässt.

- 6.1** In der Praxis wird hier das Bedürfnis nach einer schnellen Vertragsbeendigung im Vordergrund stehen, jedoch erscheint die hierzu in Art. 12 Abs. 5 vorgesehene Regelung wegen des Fehlens eines übergeordneten Kriteriums (etwa der wesentlichen Vertragswidrigkeit) ungeeignet. Der DAV empfiehlt auch hier eine Vereinfachung in Form eines sofortigen Beendigungsrechts etwa bei unentgeltlichen Verträgen mit intransparenter Datennutzung (siehe oben I.2.4.3) oder bei geringwertigen Verträgen (z.B. Entgelt nicht mehr als 50,00 Euro) unter der Voraussetzung, dass sich die Vertragswidrigkeit innerhalb eines kurzen Zeitraums (z.B. sechs Monate) nach Bereitstellung zeigt.
- 6.2** Nach Art. 13 Abs. 1 kann der Verbraucher den Vertrag durch eine Mitteilung in „beliebiger Weise“ beenden. Im Sinne der Rechtssicherheit empfiehlt der DAV hier jedoch das Erfordernis einer Textform (also insbesondere E-Mail) entsprechend § 126b BGB.
- 6.3** Um im Übrigen das Verständnis der wiederum sehr kompliziert formulierten Vorschriften zur Rückabwicklung und insbesondere die Transparenz von Art. 13 Abs. 2 lit. b) zu erhöhen, schlägt der DAV vor, lediglich klarzustellen, dass der Anbieter nach Zugang der Beendigungserklärung des Verbrauchers verpflichtet ist, die empfangenen Daten nur noch für die Maßnahmen zu nutzen, welche für die Rückabwicklung oder Beendigung des Vertrages erforderlich sind.
- 6.4** Auch die Bestimmungen in Art. 13 Abs. 2 c) zur „Wiedererlangung“ von Daten, die durch die Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind (beispielsweise bei interaktiven Spielen vom Nutzer geschaffene Charaktere) werfen Schwierigkeiten auf. Regelmäßig wird nämlich der Anbieter darauf angewiesen sein, derartige Dateien weiter zu nutzen und sich hierzu vom Verbraucher die entsprechenden Nutzungsrechte AGB-mäßig einräumen lassen. Soweit dies nicht der Fall ist und der Verbraucher an der Wiedererlangung kein Interesse hat, sollte klar ein entsprechender Löschungsanspruch geregelt werden, wie ihn auch der Anbieter gegenüber dem Verbraucher hat (vgl. Art. 13

Abs. 2 lit. d) und e)). Unabhängig davon ist aber nicht einsichtig, weshalb der Verbraucher Inhalte und Daten „wiedererlangen“ können soll, die er auf der Grundlage der ihm von dem Anbieter bereitgestellten digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt hat, wenn der Vertrag beendet wird. Mit dieser „Wiedererlangung“ würden dem Verbraucher Vorteile aus dem Vertrag verbleiben, obwohl er diesen beendet und den gezahlten Preis zurückerhalten hat.

Im Übrigen offenbaren die Regelungen des Art. 13 die mit einer Rückabwicklung von Verträgen über digitale Inhalte verbundenen Schwierigkeiten, da die jeweilige Partei insbesondere auch nicht nachprüfen kann, ob ein Lösungsanspruch durch die Gegenseite tatsächlich vollzogen wurde. Hier wird in der Praxis nur der Anbieter durch technische Maßnahmen (insbesondere Sperrung des Nutzerkontos bei nur online verfügbaren Daten gemäß Art. 13 Abs. 3 des Vorschlags) eine vertragswidrige Fortsetzung der Datennutzung durch den Verbraucher unterbinden können. Über derartige Möglichkeiten verfügen jedoch Verbraucher nicht.

## **7. Schadensersatz**

Der DAV hat erhebliche Bedenken gegen die Einführung einer vom Verschulden des Anbieters unabhängigen Haftung auf Schadensersatz, auch wenn diese inhaltlich auf den Schaden an der digitalen Umgebung des Verbrauchers begrenzt sein sollte. Jedenfalls sollte klargestellt werden, welche Enthauptungsgründe für den Anbieter bereitstehen (Auflistung nach den Regeln der force majeure).

Die Bestimmung ist überdies unklar. Denn nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 hat der Schadensersatz den Verbraucher „in die Lage zu versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn die digitalen Inhalte ordnungs- und vertragsgemäß bereitgestellt worden wären“. Nach der Wortfassung ist unklar, ob dieser Satz lediglich den Satz 1 (Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers) konkretisieren soll. Auch wenn Satz 2 lediglich den Umfang des Schadensersatzes gemäß Satz 1 konkretisieren soll, geht sein Wortlaut über die Kosten der Wiederherstellung der geschädigten digitalen Umgebung des Verbrauchers hinaus. Er schließt dann auch Folgeschäden ein, die sich aus der Beschädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers ergeben. Auch wenn man – entgegen der Meinung des DAV – eine verschuldensunabhängige

Schadensersatzhaftung für die Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers für sachgerecht hält, sollte der Umfang des Schadens auf die Kosten der Wiederherstellung beschränkt werden und höchstens für den Fall eines Verschuldens des Anbieters eine weitergehende Schadensersatzhaftung vorgesehen werden.

Gerade mit Blick auf die in Art. 12 Abs. 1 vorgesehene gegenständliche Haftung auf Ersatz des Schadens ist es tunlichst zu vermeiden, weitergehende Schäden des Verbrauchers nach gesetzlichen Haftungsregimen abzuwickeln, die einerseits engere Voraussetzungen für die Haftung des Anbieters festlegen, aber andererseits den Umfang der Haftung weiterziehen (z.B. § 823 BGB i.V.m. §§ 249 ff. BGB).

Eine Vollharmonisierung des wichtigen Bereichs des Schadensersatzes bei Vertragswidrigkeit scheint zwar nicht beabsichtigt zu sein (Art. 14 Abs. 2, Erwägungsgrund 44). Allerdings ist unklar, ob Art. 14 Abs. 2 lediglich die Modalitäten meint, in welcher Schadensersatzansprüche geltend zu machen sind, oder den Schadensumfang und die diesbezüglich geltenden Beweisanforderungen meint.

Die Sprachfassung des Art. 14 gibt darüber hinaus Anlass zu zwei Anmerkungen:

- Die Formulierung „wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung“ verbindet zwei Elemente unsachgemäß. Es geht um die Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers und den sich daraus ergebenden Vermögensschaden (im Unterschied zu sonstigen Schäden, wie verpasstes Vergnügen).
- Die Konkretisierung in Satz 2 wird durch die Formulierung „soweit wie möglich“ eingeschränkt. Diese Einschränkung sollte durch ein Kriterium der Angemessenheit weiter konkretisiert werden. Mit der Formulierung „soweit wie mit zumutbarem Aufwand möglich“ (im Englischen „to the extent reasonably possible“).

## **8. Beendigung langfristiger Verträge**

Die Regelung in Art. 16 des Vorschlags bedeutet in der Konsequenz, dass bei unbefristeten Verträgen oder solchen mit einer Laufzeit von mehr als 12 Monaten nach Ablauf dieser 12 Monate eine jederzeitige Kündigung durch den

Verbraucher möglich ist und ab diesem Zeitpunkt verbindliche Vertragsverlängerungen über eine bestimmte Zeitdauer hinaus nicht mehr in Betracht kommen. So würden beispielsweise auch eine automatische und sogar eine individualvertraglich vereinbarte Verlängerung um weitere Monate oder um ein weiteres Jahr ausscheiden (vgl. Art. 19).

Es sind indes keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich, weshalb den Anbietern von digitalen Inhalten nach Ablauf des ersten 12-Monatszeitraums überhaupt keine Rechtssicherheit mehr zugestanden werden soll. Als Alternativen kämen insbesondere Höchstfristen für Vertragsverlängerungen sowie die Normierung von Kündigungsfristen für beide Seiten in Betracht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass bereits die Klauselrichtlinie 93/13/EWG Einschränkungen für eine automatische Vertragsverlängerung vorsieht (s. Anhang zu Art. 3 Abs. 3 Abs. 1 lit. h) der Klauselrichtlinie), wobei hier keine Vollharmonisierung besteht.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Beendigung sind die Bestimmungen des Art. 16 weitestgehend deckungsgleich mit denen der mangelbedingten Beendigung in Art. 13. Unterstellt wird hier allerdings offenbar, dass langfristige Verträge nicht mit der Lieferung eines dauerhaften Datenträgers beginnen können, was durchaus nicht zwingend erscheint.

Im Vergleich zu den Beendigungsfolgen gemäß Art. 13 fehlt bei Art. 16 außerdem die Ausnahme für Inhalte, die der Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt hat, die die Inhalte weiterhin nutzen. Hier ist nicht ersichtlich, warum der Anbieter im Falle einer Beendigung nach Art. 16, der keine Vertragsverletzung durch den Anbieter zugrunde liegt, schlechter gestellt werden sollte, als im Falle einer mangelbedingten Beendigung nach Art. 13.

## **9. Regressansprüche**

Gemäß Art. 17 kann der Anbieter bei einer Haftung „infolge eines Handelns oder Unterlassens einer Person im Vorfeld des Vertragsschlusses ... den oder die innerhalb der Vertragskette Haftenden in Regress“ nehmen. Alle Einzelheiten dieses speziellen Lieferantenregresses soll das jeweils nationale Recht regeln. Es ist zu erwarten, dass diese unmittelbar auf den unternehmerischen Rechtsverkehr Einfluss nehmende Regelung, insbesondere auch im Hinblick auf

die bei digitalen Inhalten häufig anzutreffende Verknüpfung mit herstellerseitigen Endbenutzer-Lizenzverträgen (EULA), zu erheblichen Problemen führen wird.

Auch hier bedarf es einer genaueren Abstimmung mit urheberrechtlichen Fragen, deren Komplexität im Verhältnis zur praktischen Relevanz eines Lieferantenregresses bei digitalen Inhalten möglicherweise in keinem Verhältnis steht. Aufgrund der Vielschichtigkeit der hier in Betracht kommenden Vertragsverhältnisse erscheint es deshalb vorzugswürdig – auch im Sinne der Stärkung der Parteiautonomie zumindest im unternehmerischen Verkehr – auf eine entsprechende Absicherung des Anbieters durch vertragliche Vereinbarungen zu setzen.

### **III. Sprachfassungen**

#### **1. Daten als Entgelt (Art. 3 Abs. 4)**

Die Sprachfassung von Art. 3 Abs. 4 gibt Anlass zu mehreren Anmerkungen:

- 1.1** Die Bestimmung soll deutlich machen, dass ein Entgelt nicht vorliegt (und die Richtlinie deshalb nicht anwendbar ist), wenn der Verbraucher Daten nur zu dem Zweck zur Verfügung stellt, wie es erforderlich ist, um den Anbieter in die Lage zu versetzen, seine Leistung zu erbringen. Dafür kann es aber nicht darauf ankommen, wie der Anbieter diese tatsächlichen Daten tatsächlich verwendet, sondern allein auf den erklärten Zweck, für den sie zur Verfügung gestellt werden. Bezüglich personenbezogener Daten bedarf es insoweit keiner Einwilligung des Verbrauchers (Art. 6 Abs. 1b DSGVO). Wenn der Anbieter die Daten dann zu anderen Zwecken verwendet, verstößt er gegen die DSGVO. Es erscheint nach dem bisherigen Konzept des Vorschlags nicht sinnvoll, dann die Zurverfügungstellung der Daten als Entgelt mit der Folge der Anwendbarkeit der Richtlinie zu behandeln.
- 1.2** Unabhängig davon sollte die doppelte Verneinung „er diese Daten nicht in einer mit diesem Zweck nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet“ vermieden werden und nicht auf die Vereinbarkeit, sondern die Erforderlichkeit der Weiterverarbeitung für den angegebenen Zweck abgestellt werden. Deshalb sollte die Bestimmung bei Beibehaltung der bisherigen Systematik wie folgt formuliert werden:

„er diese Daten ausschließlich in einer für diesen Zweck erforderlichen Weise weiterverarbeitet.“

Unter Berücksichtigung der Anmerkung zu III.1.1 sollte aber der ganze Inhalt des Abs. 4 in den Abs. 1 verlegt und dort als Klarstellung formuliert werden, etwa wie folgt:

„Als Gegenleistung gilt es nicht, wenn personenbezogene oder andere Daten nur zu dem Zweck dem Anbieter zur Verfügung gestellt werden, diese ausschließlich in einer Weise zu nutzen oder weiterzuverarbeiten, wie es zur Erfüllung des Vertrages oder von rechtlichen Anforderungen unbedingt erforderlich ist und der Verbraucher auf die damit eröffnete Art der Weiterverarbeitung klar und unmissverständlich hingewiesen wird.“

- 1.3** Folgt man dem Vorschlag oben I.2.4.3, die Einordnung von „Daten als Entgelt“ zugunsten eines vertragsrechtlichen Gebots zur Datentransparenz aufzugeben, so sollte Art. 3 Abs. 1 wie folgt formuliert werden:

„Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher

- a) als Gegenleistung einen Preis zahlt oder eine andere Gegenleistung erbringt oder
- b) personenbezogene oder andere Daten dem Anbieter zur Verfügung stellt oder sonst zugänglich macht, sofern nicht der Verbraucher klar und unzweideutig darauf hingewiesen wird, in welcher Weise diese Daten von dem Anbieter zur Erbringung seiner Leistung oder zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen verarbeitet werden dürfen.“

## **2. Weitere Anmerkungen zur deutschen Sprachfassung**

- 2.1** Art. 1: Der Entwurf verwendet hier das Wort „Abhilfe“ für die Rechtsbehelfe, die dem Verbraucher zustehen. Das entspricht nicht der deutschen Rechtssprache und ist überdies redundant, wie bereits der zweite Teil dieser Vorschrift zeigt „Art und Weise, wie Mängeln abgeholfen werden kann“. Richtigerweise sollte wie folgt formuliert werden:

„Rechtsbehelfe bei nicht vertragsgemäßen digitalen Inhalten und die Art und Weise, wie Mängeln abgeholfen werden kann ...“

Entsprechend sollten die Überschriften von Art. 11 und 12 wie folgt lauten:

Art. 11: „Rechtsbehelfe bei nicht erfolgter Bereitstellung“ und Art. 12:  
„Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit“

- 2.2** Bei der Konkretisierung derjenigen Erklärungen, die bei der Bestimmung der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu berücksichtigen sind, heißt es im deutschen Text (Art. 6 Abs. 2(c)), zu berücksichtigen seien „im Vorfeld des Vertragsschlusses“ abgegebene Erklärungen. Das impliziert eine Lage der Vertragsanbahnung. Nach der englischen Fassung kommt es aber hierauf nicht an, sondern darauf, ob die Erklärung von oder im Auftrag des Anbieters oder einer anderen Person „in earlier links of the chain of transactions“ abgegeben wurden. Überdies stellt der deutsche Text (im Gegensatz zum englischen) darauf ab, „ob“ solche Erklärungen abgegeben wurden. Damit ist dann die Überleitung zu dem zweiten Satzteil („es sei denn“) nicht vereinbar. Eine sinngemäße Übersetzung des englischen Textes müsste etwa wie folgt lauten:

„Öffentliche Erklärungen, die von oder im Auftrag von dem Anbieter oder anderen Personen in vorgelagerten Gliedern der Vertragskette abgegeben wurden, es sei denn, der Anbieter weist nach, dass...“.

- 2.3** Nach Art. 12 Abs. 3 der deutschen Fassung hat der Verbraucher „Anspruch ... auf Beendigung des Vertrags nach Abs. 5 und Art. 13“. Der englische Text formuliert demgegenüber „be entitled to ... terminate“. Letzteres bedeutet: Beendigung durch einseitige Erklärung. Das entspricht dem Art. 13. Da das Wort „Anspruch“ in der deutschen Gesetzessprache ein Recht, etwas zu verlangen, bezeichnet (§ 194 Abs. 1 BGB) müsste in Art. 12 Abs. 3 im deutschen Text wie folgt formuliert werden:

„Der Verbraucher kann entweder anteilmäßige Minderung des Preises nach Maßgabe des Abs. 4, wenn die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt werden, verlangen, oder den Vertrag nach Abs. 5 und Art. 13 beenden“.

- 2.4** Zu Art. 13 Abs. 1: Nach der deutschen Fassung soll das Recht „auf Vertragsbeendigung“ durch „Mitteilung“ ausgeübt werden. Richtig wäre, statt von einem Recht „auf Vertragsbeendigung“ von einem Recht „zur Vertragsbeendigung“ zu sprechen (siehe vorstehender Absatz III.2.3). Außerdem sollte das Wort „Mitteilung“ durch das Wort „Erklärung“ ersetzt werden. Der Verbraucher teilt nicht irgendetwas (seine eigenen Wünsche oder dergleichen) mit, sondern gibt eine konstitutive Erklärung ab.
- 2.5** Zu Art. 13 Abs. 2 lit. b): Der gewählte Satzbau der deutschen Fassung macht den Satz unvollständig: „die Nutzung ... zu unterlassen ... sowie die Nutzung aller sonstigen Daten ...“. Zu dem zweiten Teil fehlt die Wiederholung des Verbs „zu unterlassen“. Entweder sollten die Worte „zu unterlassen“ nach den Wörtern „aller sonstigen Daten“ wiederholt oder an diese Stelle verschoben werden.