

FÜR EINEN VERBRAUCHER- FREUNDLICHEN RECHTSRAHMEN DER DIGITALISIERUNG

Beantwortung der Fragen
des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
anlässlich der Diskussionsveranstaltung zum digitalen Vertragsrecht
am 3. Mai 2016

zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie
über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung
digitaler Inhalte COM(2015) 634 final

vorgelegt vom Verbraucherzentrale Bundesverband und
der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen

Berlin und Düsseldorf, den 28. April 2016

Impressum

*Verbraucherzentrale
Nordrhein-Westfalen e.V.*

Bereich Markt und Recht

Gruppe Verbraucherrecht

Mintropstraße 27

40215 Düsseldorf

*Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.*

Team

Recht und Handel

Markgrafenstraße 66

10969 Berlin

INHALT

I. DER RICHTLINIENVORSCHLAG DER EU-KOMMISSION ZU „DIGITALEN INHALTEN“: KERNPUNKTE AUS VERBRAUCHERSICHT	3
II. ANTWORTEN VON VZBV UND VERBRAUCHERZENTRALE NRW AUF DIE FRAGEN DES BMJV	6
1. Zum Anwendungsbereich	6
2. Zum Fehlerbegriff	10
3. Zur Haftung des Anbieters.....	12
4. Zu den Abhilfen	14

I. DER RICHTLINIENVORSCHLAG DER EU-KOMMISSION ZU „DIGITALEN INHALTEN“: KERNPUNKTE AUS VERBRAUCHERSICHT

Die Digitalisierung eröffnet Verbraucherinnen und Verbrauchern¹ neue Chancen und Perspektiven, sie bringt aber auch neue Risiken und mehrseitige Vertragsverhältnisse mit sich, die für Verbraucher schwer durchschaubar sind. Damit Verbraucher die Möglichkeiten der Digitalisierung nutzen können, ohne Nachteile befürchten zu müssen, muss das Vertragsrecht diesen neuen Entwicklungen angepasst werden.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. und die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. begrüßen es vor diesem Hintergrund, dass die EU-Kommission sich der Digitalisierung des Vertragsrechts angenommen hat. Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte setzt an vielen Punkten **wichtige und richtige Akzente**:

- Der Vorschlag erfasst mit seinem **breiten Anwendungsbereich** die ganze Breite digitaler Anwendungen, unter anderem auch Streaming-Angebote, Cloud-Dienste und soziale Netzwerke, die für Verbraucher inzwischen sehr relevant sind.
- Der Vorschlag stellt klar, dass Verbraucherrechte nicht nur dann gelten, wenn der Verbraucher den digitalen Inhalt mit Geld bezahlt, sondern auch dann, wenn er als **Gegenleistung dem Anbieter Daten bereitstellt**.
- In allen erfassten Fällen sieht der Vorschlag für den Fall der Nicht- und Schlechtleistung **harmonisierte Verbraucherrechte** vor, ohne dass die Richtlinie in die nationalstaatliche Einordnung der erfassten Verträge in die Vertragstypologie eingreifen würde.
- Der Richtlinienvorschlag sieht bei der Beendigung von Verträgen die **Rückübertragung der vom Verbraucher zur Verfügung gestellten digitalen Inhalte** vor und entspricht damit einem wichtigen Verbraucherinteresse.

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird im Folgenden einheitlich der Begriff „Verbraucher“ anstelle von „Verbraucherinnen und Verbrauchern“ verwendet.

An manchen anderen Stellen ist der Richtlinienvorschlag indes auf die Besonderheiten digitaler Dienste nicht hinreichend zugeschnitten:

- Der Richtlinienvorschlag bezweckt eine eindeutige Zuordnung der Verträge zum Bereich der beweglichen Güter oder zum Bereich der digitalen Dienste. Dieser scharfen Trennung steht indes eine Lebensrealität gegenüber, in der die digitale Welt die dingliche Warenwelt immer weiter durchdringt. **Connected cars, Smart Home-Technologien und das Internet der Dinge werden von dem Richtlinienvorschlag nicht oder nur unvollständig erfasst.** Für viele dieser Anwendungen wären nur die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs anwendbar, die aber keinen angemessenen Rechtsrahmen für die mit den Geräten verknüpften digitalen Dienste bieten. Sollte das so beibehalten werden, wären Abgrenzungsschwierigkeiten, Wertungswidersprüche und Schutzlücken für Verbraucher die Folge. Beispielsweise wäre eine in ein Smart Device integrierte Software nicht vom Vorschlag erfasst, wenn sie gemeinsam mit dem Smart Device gekauft wird, wohl aber, wenn sie nachträglich, ggf. von einem Dritten erworben wird. Aus Verbrauchersicht erforderlich ist ein **Rechtsrahmen für digitale Inhalte, der unabhängig davon ist, in welchem Medium der digitale Inhalt verkörpert ist.**
- Richtigerweise bezieht der Richtlinienvorschlag solche digitalen Inhalte in den Anwendungsbereich ein, für deren Nutzung der Verbraucher nicht mit Geld, sondern mit **Daten bezahlt**. Der Vorschlag hält diesen Ansatz indes nicht konsequent durch: Zum einen sollen digitale Inhalte nur dann erfasst sein, wenn der Verbraucher die als Gegenleistung geforderten Daten selbst eingibt, nicht dagegen, wenn sie vom Anbieter des Dienstes **automatisch erhoben** werden. Damit sind zentrale Anwendungen wie die automatisierte Datenerhebung über Cookies aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen. Zum anderen stellt der Richtlinienentwurf an die **Vertragskonformität** unterschiedliche Anforderungen je nachdem, ob der Verbraucher seine Gegenleistung in Geld oder in Daten erbracht hat.
- Der Vorschlag schafft vermeidbare Wertungswidersprüche im Vergleich zum Verbrauchsgüterkauf. Denn die Frage, inwieweit die **Vertragskonformität** nach den Erwartungen des Verbrauchers oder nach der Zweckbestimmung durch den Anbieter zu bestimmen ist, kann bei digitalen Inhalten ebenso entschieden werden wie bei beweglichen Gütern. Insoweit sollte daher die Definition nach Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) beibehalten werden, die maßgeblich darauf abstellen, welche **Qualität der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann.**
- Andererseits geht der Vorschlag bei der Bestimmung der Vertragskonformität nicht auf die Besonderheiten digitaler Dienste ein. Zu den typischen Verbrauchererwartungen im Zusammenhang mit digitalen Diensten gehört es etwa, dass die **Datenschutzvorschriften eingehalten** werden und dass die **Nutzung des Dienstes nicht von dritten Parteien gestört wird**, die vom Anbieter des digitalen Dienstes eingeschaltet werden. Es sollte daher klargestellt werden, dass die Leistung nicht vertragskonform ist, wenn diese Verbrauchererwartungen enttäuscht werden.

Der Richtlinienvorschlag gibt zwar dem Verbraucher mit der **Beweislastumkehr** ein wichtiges Mittel an die Hand, um seine Mängelrechte auch tatsächlich durchsetzen zu können. Nicht adressiert wird aber das Problem, dass der Verbraucher bei digitalen Anwendungen häufig nicht weiß, in wessen Verantwortungsbereich ein Mangel fällt: Wenn eine Computeranwendung nicht funktioniert, kann das an der Hardware, am Betriebssystem, an der installierten Anwendung, an der Installationsweise oder an sonstigen installierten Anwendungen liegen.

II. ANTWORTEN VON VZBV UND VERBRAUCHERZENTRALE NRW AUF DIE FRAGEN DES BMJV

1. ZUM ANWENDUNGSBEREICH

a) Was halten Sie davon, dass der RL-Entwurf eine weite Definition von "digitale Inhalte" enthält, die gemäß Artikel 2 Nr. 1 Buchstaben b) und c) auch digitale Dienstleistungen (Cloud Computing, Soziale Netzwerke) mitumfasst?

Wir teilen die Auffassung, dass der Begriff, "digitale Inhalte", der den sachlichen Anwendungsbereich des Richtlinie bestimmt, weit gefasst sein sollte. Nur ein breiter Anwendungsbereich ist geeignet, die Breite digitaler Anwendungen zu erfassen, die für Verbraucher inzwischen sehr relevant sind. Eine weite Auslegung des Begriffs "digitale Inhalte" ist auch erforderlich, damit der Verbraucherschutz in der digitalen Welt nicht hinter den technologischen Entwicklungen zurückbleibt.

Insbesondere begrüßen wir es, dass mit der Nutzung digitaler Inhalte verbundene digitale Dienste wie Cloud Computing und Soziale Netzwerke in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen werden, denn bei diesen Diensten zeigen sich die neuartigen Chancen und Risiken der Digitalisierung besonders deutlich.

Zwar treten Anbieter von Cloud Computing und Sozialen Netzwerken z.T. nicht originär als Anbieter von „digitalen Inhalten“ auf, sondern stellen lediglich eine Software bzw. eine Plattform bereit, auf die Verbraucher zugreifen und selbst digitale Inhalte einstellen und nutzen können. Die Nutzung des digitalen Inhaltes des Anbieters besteht also streng genommen in der *Nutzung einer Software*. Eine Differenzierung zwischen digitalen Inhalten und der für die Nutzung der Dienste erforderlichen Software ist aber gerade bei Cloud-Diensten und Sozialen Netzwerken aus Sicht der Verbraucher und in der Praxis nur schwer möglich.

b) Was halten Sie davon, dass der RL-Entwurf auch Verträge miteinbezieht, bei denen der Verbraucher nicht mit Geld, sondern mit seinen personenbezogenen oder sonstigen Daten bezahlt? Halten Sie die Beschränkung auf die "aktive" Hingabe von Daten gemäß Artikel 3 Absatz 1 (EG 14) für sinnvoll, praktikabel und ausreichend? Sehen Sie Probleme bei der Ausnahme und Rückausnahme in Artikel 3 Absatz 4? Haben Sie Vorschläge für eine praktikable und sachgerechte Eingrenzung bei der Einbeziehung von Daten als Gegenleistung?

Die Richtlinie gilt gemäß Artikel 3 Nr. 1 RiL-E auch für Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten liefert.

Diese Regelung entspricht der Rechtslage im deutschen Recht, wonach die Gegenleistung in gegenseitigen Verträgen auch in anderen Leistungen als in Geld bestehen kann. Im Bereich der digitalen Güter ist eine entsprechende Regelung auf europäischer Ebene von großer Bedeutung aufgrund der fortschreitenden Entwicklung, dass persönliche Kundendaten für Anbieter einen wirtschaftlichen Wert haben, der mit einer Geldzahlung vergleichbar ist. Wir begrüßen daher diese Regelung ausdrücklich.

Allerdings ist die Richtlinie unzureichend, wenn nur die "aktive" Bereitstellung der Daten durch den Verbraucher als Preisäquivalent gelten soll. So heißt es in Erwägungsgrund 14 der Richtlinie, das bloße Akzeptieren von Cookies durch den Verbraucher zähle nicht als "aktives Bereitstellen von Informationen".

Die Beschränkung auf eine aktive Eingabe von Daten halten wir für praxisfern. Insbesondere solche (personenbezogenen) Daten, die für die Vermarktung besonders interessant sind, werden mithilfe diverser Tracking-Methoden (z.B. per IP-Tracking, Cookies, Browser-Fingerprinting) massenhaft und oftmals unbemerkt gesammelt, also gerade nicht vom Verbraucher – z.B. durch Angabe bei der Registrierung – aktiv mitgeteilt. Diese Datenerhebungen, die während der gesamten Nutzung digitaler Inhalte stattfinden, machen einen erheblichen Teil der Datenmengen aus, über die die Unternehmer verfügen und vermarkten. So werden gerade die vielfach angebotenen kostenlosen Apps und Spiele nicht allein durch die Vermarktung aktiv mitgeteilter Daten, wie z.B. der E-Mail-Adresse, finanziert, sondern gerade durch die per Cookies etc. erhobenen Daten, die "verborgen" gesammelt werden. Diese Daten über das Surfverhalten, Ort- und Zeitangaben etc. werden über die Netze verknüpft und mit anderen Daten in Beziehung gesetzt, mithilfe von Algorithmen ausgewertet und ermöglichen so relativ treffsichere Prognosen der Bedürfnisse und des Verhaltens von Verbrauchern. Genutzt werden sie dann z.B. für personalisierte Werbung und/oder Angebote und sind für Unternehmen von hohem wirtschaftlichen Wert. Nicht ohne Grund heißt es, dass Daten die neue digitale Währung seien.

Wenn die Richtlinie nur an das aktive Bereitstellen von Daten anknüpfen würde, hieße das zudem, dass Geschäftsmodelle privilegiert würden, die auf eine automatisierte und damit für den Verbraucher schwer kontrollierbare Datenerhebung setzen. Dieser Effekt wäre auch mit Blick auf das Ziel der informationellen Selbstbestimmung des Verbrauchers nicht wünschenswert.

Im Ergebnis ist eine Beschränkung auf die aktive Hingabe von Daten daher nicht sachgerecht. Vielmehr sollten sämtliche Dienste vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, bei denen Verbraucher Daten - auch unbewusst - zur Verfügung stellen. Wenn der Verbraucher im Sinne des Datenschutzrechts nicht rechtmäßig in die Datenerhebung eingewilligt hat, darf das nicht zur Unanwendbarkeit der Richtlinie über digitale Inhalte führen. Stattdessen muss die Richtlinie dafür sorgen, dass der Verbraucher in diesem Fall das Recht auf eine vertragskonforme und damit datenschutzrechtlich einwandfreie Leistung hat (s. u. zu Frage 2 a).

In der Praxis dürfte dies dazu führen, dass das Alles-oder-nichts-Prinzip gilt: sobald personenbezogene Daten erhoben werden, die nicht für die Inanspruchnahme des Dienstes erforderlich sind, liegt eine Nutzung gegen Daten vor, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.

c) In beweglichen Sachen integrierte Inhalte (z.B. Smartphones, Tablets, Wearables und "Internet of Things" Produkte) werden gemäß EG 11 vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen und sollen direkt unter die Richtlinie für Online-/Fernabsatzkäufe fallen. Halten Sie die strikte Trennung von analoger und digitaler Welt für sachgerecht und zukunftstauglich? Welche Schwierigkeiten sehen Sie bei der technischen und rechtlichen Abgrenzung? Haben Sie einen anderen Vorschlag, wie integrierte digitale Inhalte handzuhaben sind?

Der im Richtlinienentwurf angelegten Trennung von analoger und digitaler Welt steht eine Lebensrealität gegenüber, in der die digitale Welt die dingliche Warenwelt immer weiter durchdringt. Connected cars, Smart Home-Technologien und das Internet der Dinge werden von dem Richtlinienvorschlag nicht oder nur unvollständig erfasst. Für viele dieser Anwendungen wären nur die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs anwendbar, die aber keinen angemessenen Rechtsrahmen für die mit den Geräten verknüpften digitalen Dienste bieten.

Der Richtlinienentwurf unterscheidet zwischen „gemischten Verträgen“ einerseits, die neben der Bereitstellung digitaler Inhalte noch zusätzliche Elemente enthalten (Art. 3 ABs. 6)– und dem Internet der Dinge (EG 11) und „integrierten“, der Hauptfunktion der Ware untergeordneten digitalen Inhalten andererseits. Für die gemischten Verträge soll die Richtlinie gelten, soweit der Vertrag digitale Inhalte betrifft, für das Internet der Dinge dagegen nicht. Diese Unterscheidung erscheint kaum praktikabel. Mit wachsender Verbreitung von „smart devices“ wird es kaum möglich sein, verlässlich zu entscheiden, ob eine digitale Anwendung Haupt- oder untergeordnete Funktion eines Konsumguts ist.

Sollte die Trennung zwischen digitaler und analoger Welt so beibehalten werden, wären Abgrenzungsschwierigkeiten, Wertungswidersprüche und Schutzlücken für Verbraucher die Folge:

Beispielsweise wäre eine in ein Smart Device integrierte Software nicht vom Vorschlag erfasst, wenn sie gemeinsam mit dem Smart Device gekauft wird, wohl aber, wenn sie nachträglich, ggf. von einem Dritten erworben wird. Unklar ist unter diesem Gesichtspunkt etwa, ob ein vom Anbieter vorinstalliertes Betriebssystem von digitalen Endgeräten von der Richtlinie erfasst ist. Sollte das nicht der Fall sein, würde die Richtlinie an zentralen Verbraucherproblemen der Digitalisierung vorbeigehen.

In der Beratungspraxis der Verbraucherzentralen berichten Verbraucher z.B. immer wieder von Problemen mit multifunktionalen Endgeräten, für deren Betriebssystem keine Updates mehr bereitgestellt werden oder das Endgerät bereits beim Kauf nur mit einem veralteten Betriebssystem ausgestattet war, welches kein sicheres Mobile Banking oder Mobile Payment ermöglicht. Dies birgt für Verbraucher enorme Sicherheitsrisiken, die sie letztlich dazu zwingt, ein neues Endgerät anzuschaffen.

Insbesondere wenn Anbieter verpflichtet sein sollen, stets die neueste Version z.B. einer App zur Verfügung zu stellen, Verbraucher aber nicht mit den erforderlichen Updates des Betriebssystems versorgt werden, führt dies im Ergebnis dazu, dass der Verbraucher die digitalen Inhalte nicht nutzen kann. Der Entwurf der Kommission für die Online-Kauf-Richtlinie würde dem Verbraucher keine für diese Situation passenden Rechte geben.

Noch gravierender sind die Auswirkungen der Zweiteilung zwischen digitaler und analoger Welt, wenn man die Entwicklung von „smart devices“ in allen möglichen Konsumgütern in die Zukunft fortdenkt. Sollte der von der Kommission gewählte Ansatz Gesetz werden, so würde es aufgrund des Anspruchs der Vollharmonisierung auf absehbare Zeit schwierig, für „smart devices“ und das Internet der Dinge einen passenden Rechtsrahmen mit differenzierten Verbraucherrechten festzulegen.

Stattdessen schlagen wir vor, den Rechtsrahmen für digitale Güter bereits heute so zu definieren, dass digitale Inhalte entsprechend ihren Besonderheiten geregelt werden, unabhängig davon, in welchem Medium sie verkörpert sind – ob sie isoliert als Datensatz oder –strom Vertragsgegenstand sind, ob sie in einem Trägermedium verkörpert sind oder ob sie Teil eines beweglichen Gutes mit eigenem Funktionswert sind. Dabei sollten die Verbraucherrechte für digitale Güter und bewegliche Güter möglichst gut aufeinander abgestimmt sein und nur insoweit voneinander abweichen, als dies durch die Besonderheiten von digitalen und beweglichen Gütern erforderlich ist.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang der Entwurf der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, der eine entsprechende Regelung für gemischte Verträge vorsieht, d. h. für Verträge, die sowohl den Kauf von Waren als auch für die Bereitstellung von digitalen Inhalten vorsehen (Art. 9 des Kommissionsvorschlags KOM (2011) 635 endg. vom 11.10.2011).

Unter der Prämisse der jetzt vorliegenden getrennten Entwürfe für digitale Inhalte und für den Online-Kauf dürfte es politisch schwierig sein, die beiden Entwürfe durch einen übergreifenden Rechtsakt zu ersetzen, der digitale und bewegliche Güter gleichermaßen erfasst. Anstatt dessen könnte aber durch relativ geringfügige Änderungen in den vorliegenden Entwürfen dafür gesorgt werden, dass digitale Inhalte nach dem Prinzip der Funktionsäquivalenz und damit unabhängig von ihrer Verkörperung in einem dinglichen Medium vertragsrechtlich geregelt werden. Hierfür sollten im Richtlinienentwurf für digitale Inhalte die Ausnahmen für IT-unterstützte Waren gestrichen werden, d. h. die Beschränkungen des Anwendungsbereichs für das Internet der Dinge (EW 17) und für solche digitalen Inhalte, die in einem beweglichen Gegenstand integriert und der Hauptfunktion untergeordnet sind (EW 11). Korrespondierend hierzu sollte auch im Richtlinienentwurf für die Online-Kauf-Richtlinie Erwägungsgrund Nr. 13 gestrichen werden, wonach die Online-Kauf-Richtlinie auf IT-unterstützte Waren insoweit Anwendung findet, als die digitalen Inhalte in einen beweglichen Gegenstand integriert und der Hauptfunktion untergeordnet sind.

Mit diesen geringfügigen Änderungen würde erreicht, dass sich das Verhältnis der beiden Richtlinienentwürfe zueinander ausschließlich nach den Vorschriften über den Anwendungsbereich richten (Art. 3 Abs. 6 des RL-E digitale Inhalte und Art. 1 Abs. 3 des RL-E Online-Handel), und zwar in dem Sinne, dass sich die beiden Richtlinien überlappen und für ein Smart Device beide Richtlinien anwendbar sind, jeweils bezogen auf den Aspekt des Smart Device als digitaler Inhalt und als körperlicher Gegenstand.

2. ZUM FEHLERBEGRIFF

a) gemäß Artikel 6 Absatz 1 sind vorrangig die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien im Rahmen der Bestimmung der Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte maßgeblich (subjektiver Fehlerbegriff). Der objektive Fehlerbegriff in Artikel 6 Absatz 2 gilt nur subsidiär. Halten Sie die Einführung bestimmter objektiver Kriterien, die die digitalen Inhalte stets erfüllen sollten, für notwendig (z.B. hinsichtlich IT-Sicherheit und Interoperabilität)? Welche Kriterien könnten dies aus Ihrer Sicht sein?

Die starke Betonung des subjektiven Fehlerbegriffs führt im Ergebnis zu Nachteilen für den Verbraucher und bedeutet aus Verbrauchersicht einen Rückschritt gegenüber der Rechtslage im geltenden deutschen Recht. Denn für den Anbieter ist es viel einfacher, Zweckbestimmungen zu treffen als für den Verbraucher. Wenn der Verbraucher eine Zweckbestimmung vornehmen möchte, fordert der RL-Entwurf in unpraktikabler Weise, dass der Verbraucher seine Zwecke und Absichten klar offengelegt hat und der Unternehmer dieser Zweckeignung zustimmt. Ein solches Vorgehen ist praxisfern, weil der Verbraucher oftmals nicht in der Lage sein wird, seine Nutzungsabsichten klar und eindeutig darzulegen. Zudem stellt sich die Frage, wie Unternehmer der vom Verbraucher vorgebrachten Zweckübereignung zustimmen sollen. Auch für den Fall geringfügiger Abweichungen von der Zweckbestimmung des Verbrauchers ist unklar, welche Konsequenzen dies für Verbraucher und Unternehmer hat.

Insgesamt schafft der Vorschlag vermeidbare Wertungswidersprüche und Nachteile für den Verbraucher im Vergleich zum Verbrauchsgüterkauf. Denn die Frage, inwieweit die Vertragskonformität nach den Erwartungen des Verbrauchers oder nach der Zweckbestimmung durch den Anbieter zu bestimmen ist, kann bei digitalen Inhalten ebenso entschieden werden wie bei beweglichen Gütern. Insoweit sollte daher die Definition nach Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) beibehalten werden, die maßgeblich darauf abstellt, welche Qualität der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann.

Wir halten es für wichtig, objektive Kriterien der Zweckeignung in die Richtlinie mit aufzunehmen, insbesondere hinsichtlich der IT-Sicherheit und der Interoperabilität. Diese objektiven Kriterien könnten als Regelbeispiele formuliert werden und notwendige Sicherheitsfunktionen, die Vermeidung und zeitnahe Schließung von Sicherheitslücken, die sichere Integration der Software, die Gewährleistung der Sicherheit im laufenden Betrieb sowie die Datenportabilität umfassen. Insbesondere die Aspekte der IT-Sicherheit sind für die Frage der Zweckeignung digitaler Inhalte unabdingbar, die wiederum nur durch aktuelle Sicherheitsupdates sichergestellt werden kann. Hier könnten technische Normen, wie z.B. Sicherheitsempfehlungen des BSI oder einer auf Unionsebene angesiedelten unabhängigen Stelle, ggf. für bestimmte Dienste (z.B. Cloud Computing, Apps, etc.), formuliert werden, soweit diese die Verbraucherbelange hinreichend berücksichtigen. Die Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher könnte z.B. dadurch sichergestellt werden, dass Verbraucher bei der Entwicklung solcher Kodizes beteiligt werden und ihnen - beispielsweise über ihre Interessenverbände - ein Mitbestimmungsrecht eingeräumt wird. Außerdem müsste sichergestellt werden, dass die erforderlichen technischen Normungen bereits zu dem Zeitpunkt zur Verfügung stehen, zu dem die Richtlinie verbindlich Anwendung findet.

Daneben sollten auch typische Verbrauchererwartungen im Zusammenhang mit digitalen Diensten in Form von objektiven Kriterien der Vertragskonformität gefasst werden. Dazu gehört es insbesondere, dass die Datenschutzvorschriften eingehalten werden und dass die Nutzung des Dienstes nicht von dritten Parteien gestört wird, die vom Anbieter des digitalen Dienstes eingeschaltet werden. Gegenstand eines objektiven Fehlerbegriffs sollte daher die Einhaltung datenschutzrechtlicher Mindestanforderungen und Grundsätze sein. Hierzu zählen der Grundsatz der Datensparsamkeit, die Grundsätze des Privacy by design und by default und das Kopplungsverbot. Außerdem sollte klargestellt werden, dass digitale Dienste dann nicht vertragskonform sind, wenn der Verbraucher, um den Dienst zu nutzen, weitere Verträge mit anderen Anbietern abschließen muss, oder wenn vom Anbieter in die Leistungserfüllung eingeschaltete Dritte die Möglichkeit haben, auf die Vertragserfüllung Einfluss zu nehmen, indem sie beispielsweise die Leistung gegenüber dem Verbraucher oder den Zugang zu einer für die Vertragserfüllung notwendigen Infrastruktur sperren.

Ferner sollten die öffentlichen (Werbe-)Aussagen der Anbieter im Rahmen des objektiven Fehlerbegriffs berücksichtigt werden. Dieser Ansatz kommt auch im Richtlinienentwurf zum Ausdruck. Allerdings sieht der RL-E die Einschränkung vor, dass öffentliche Erklärungen des Anbieters keine Rolle spielen sollen, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt wurden. Diese Rückausnahme erscheint nicht angemessen. Denn viele Verbraucher treffen ihre Entscheidung zum Erwerb digitaler Inhalte zu einem Zeitpunkt, zu dem sie eine (erste) öffentliche Erklärung des Anbieters wahrnehmen. Die Vertragserklärung beruht daher oftmals gerade auf der (noch unberichtigten) öffentlichen Erklärung des Anbieters. Auf diese muss sich der Verbraucher verlassen können, auch wenn der Anbieter zwischen dem Zeitpunkt der Entscheidung des Verbrauchers zum Erwerb des digitalen Inhaltes und der Abgabe seiner Vertragserklärung seine öffentliche Erklärung berichtigt. Kann sich der Anbieter durch den Nachweis der Berichtigung der öffentlichen Erklärung vor Vertragsschluss aber "exkulpiert", trägt der Verbraucher das Risiko, vor Abgabe seiner Vertragserklärung die Richtigkeit der öffentlichen Erklärung des Anbieters noch einmal zu kontrollieren. Dies würde den Verbraucher gegenüber dem Anbieter unangemessen belasten. Überdies lässt der Richtlinienentwurf im Unklaren, was für eine formgerechte Berichtigung der Erklärung erforderlich ist.

Insgesamt wirft gerade die Definition des Fehlerbegriffs des Richtlinienentwurfs die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Vollharmonisierung auf. Sollte es nicht gelingen, den Richtlinienentwurf dergestalt zu ändern, dass die typischen Verbraucherrisiken im Umgang mit digitalen Inhalten durch den Fehlerbegriff abgedeckt werden, so muss zumindest sichergestellt werden, dass die Entwicklung von differenzierten Lösungsansätzen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht durch den Anspruch der Vollharmonisierung vereitelt wird.

b) In Artikel 6 Absatz 2 a) soll im Rahmen des objektiven Fehlerbegriffs berücksichtigt werden, ob die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Geldleistung als Geld bereitgestellt wurden. Halten Sie diese Differenzierung für sachgerecht? Würden Sie auch an anderen Stellen des Richtlinienentwurfs eine Differenzierung nach Art der Gegenleistung präferieren (zum Beispiel bei den Abhilfen)?

Wie zu Frage 1b) bemerkt, halten wir es für richtig, dass der Richtlinienentwurf im Grundsatz Preis und Daten als Gegenleistung für digitale Inhalte gleichstellt. Unserer Auffassung nach sollte dieser richtige Ansatz konsequent durchgehalten werden. Daten als Währung sind nicht per se weniger wert als Geld; daher dürfen die Anforderungen an die Vertragskonformität nicht geringer sein, wenn ein digitaler Inhalt „nur“ durch die Bereitstellung von Daten erkaufte wird.

3. ZUR HAFTUNG DES ANBIETERS

a) Der Richtlinienentwurf legt keinen Zeitraum fest, in dem der Anbieter für Vertragswidrigkeiten haftbar gemacht werden sollte; die Mitgliedstaaten können gemäß EG 43 aber auf ihre nationalen Verjährungsvorschriften zurückgreifen. Welche Probleme sehen Sie bei der zeitlich unbegrenzten Haftung? Wenn ein Zeitraum eingeführt werden sollte, wie lang sollte dieser nach Ihrer Auffassung sein und an welchen Zeitpunkt sollte man für den Fristbeginn ansetzen (insbesondere im Hinblick auf dienstleistungsähnliche Verträge)?

Aus der Sicht des deutschen Gewährleistungsrechts enthält die Vorschrift zur Haftung des Anbieters keine Besonderheit. Eine zeitliche Begrenzung der Haftung für vertragswidriges Verhalten in Form der Nicht-Bereitstellung sowie der mangelhaften Bereitstellung ist indes über das nationale Verjährungsregime möglich. Dieses unterliegt keiner Harmonisierung, sodass es zu einem unterschiedlichen Schutzniveau in den Mitgliedstaaten der EU kommen kann, was dem eigentlichen Ansatz der Richtlinie widerspricht.

b) Gemäß Artikel 9 wird ein neues Konzept für eine Beweislastregel eingeführt: Was halten Sie von der zeitlich unbegrenzten Beweislastumkehr auf den Anbieter in Absatz 1? Wenn man eine zeitliche Begrenzung einführen sollte, wie lang sollte die Frist nach Ihrer Auffassung sein und an welchen Zeitpunkt sollte man für den Fristbeginn ansetzen (insbesondere im Hinblick auf dienstleistungsähnliche Verträge)? Sehen Sie Probleme beim Nachweis hinsichtlich der digitalen Umgebung des Verbrauchers durch den Anbieter nach Absatz 2? Wie stehen Sie zu der Mitwirkungspflicht des Verbrauchers nach Absatz 3, insbesondere vor dem Hintergrund der Praktikabilität und Rechtssicherheit? Sehen Sie eine Missbrauchsgefahr durch die Möglichkeit des „remote access“?

Die zeitlich unbefristete Beweislastumkehr für Mängel beruht auf der Überlegung, dass digitale Inhalte und Dienste nicht der Abnutzung unterliegen. Soweit diese Grundannahme zutrifft, was anhand der technischen Gegebenheiten digitaler Inhalte und Dienste zu beurteilen ist, widerspricht eine Befristung der Beweislastumkehr dem Wesen digitaler Inhalte. Es sollte daher untersucht werden, inwieweit die Prämisse der

Nicht-Abnutzung digitaler Inhalte pauschal zutrifft oder aber inhaltespezifisch differenziert werden muss. Jedenfalls soweit die Prämisse der Nicht-Abnutzung digitaler Inhalte berechtigt ist, wäre eine zeitlich unbefristete Beweislastumkehr interessengerecht. Außerdem zeigt sich etwa mit Blick auf die von VW eingesetzte, seit dem Jahr 2008 in Autos verbaute „Schummelsoftware“, dass bis zur Erkennung eines Fehlers auch etliche Jahre vergehen können.

Eine zeitlich unbefristete Beweislastumkehr führt im Übrigen auch nicht zu einer zeitlich unbegrenzten Gewährleistung des Anbieters, soweit die Haftung des Anbieters selbst über die Verjährungsvorschriften im nationalen Recht zeitlichen Beschränkungen unterliegt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Beweislastumkehr in bestimmten Fällen ohnehin nicht greift.

Beim Nachweis des Anbieters hinsichtlich der Inkompatibilität der digitalen Umgebung des Verbrauchers sollten die vertraglichen Verantwortungsbereiche zwischen Unternehmer und Verbraucher gerecht verteilt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Mangelfreiheit digitaler Inhalte bzw. möglicher Ursachen für eine nicht vertragsgemäße Bereitstellung digitaler Inhalte besser vom Anbieter beantwortet werden können. Schon aufgrund seiner Expertise sollte daher der Anbieter die Darlegungslast für die Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte tragen.

Im Übrigen sind bei der Beurteilung der digitalen Umgebung, die für die Beweislastumkehr eine zentrale Rolle spielt, insbesondere die Grundrechte der Verbraucher auf Schutz ihrer Privatsphäre, einschließlich der Vertraulichkeit der Kommunikation, sowie der Schutz ihrer personenbezogenen Daten hinreichend zu berücksichtigen. Die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit muss gewährleistet sein. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Mitwirkungspflichten der Verbraucher. Ein virtueller Zugang zur digitalen Umgebung darf hier nur als ultima ratio zulässig sein. Bei einem solchen Zugriff im Wege des Remote Access besteht in erhöhtem Maße die Gefahr, dass sensible personenbezogene Daten dem Anbieter oder Dritten, die im Auftrag des Anbieters den virtuellen Zugriff zur digitalen Umgebung des Verbrauchers durchführen, zur Kenntnis gelangen. Auch hier ist nicht nur das bilaterale Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher relevant, sondern Mehrpersonenverhältnisse denkbar, deren Rechte und Pflichten im Einzelnen klar geregelt sein sollten. Nicht adressiert werden in der Richtlinie die zusätzlichen Risiken, die sich dann ergeben, wenn der Verbraucher mit seiner digitalen Umgebung selbst in ein Netzwerk eingebunden ist. Daraus ergeben sich weitere Fragen im Hinblick auf personenbezogene Daten jener Verbraucher, die mit dem Netzwerk verbunden sind.

Nicht erfasst von der Regelung der Beweislastumkehr ist ein in der Praxis ebenfalls sehr relevantes Problem, nämlich, dass der Verbraucher bei digitalen Anwendungen häufig nicht weiß, in wessen Verantwortungsbereich ein Mangel fällt: Wenn eine Computeranwendung nicht funktioniert, kann das an der Hardware, am Betriebssystem, an der installierten Anwendung, an der Installationsweise oder an sonstigen installierten Anwendungen liegen. Es sollte daher einheitlich geregelt sein, an wen sich Verbraucher im Fall der nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung wenden können. Sinnvollerweise sollten sich Verbraucher, wie bei analogen Gütern auch, nur an ihren unmittelbaren Vertragspartner wenden müssen. Diesem gegenüber muss der Verbraucher auch bei unklarer Fehlerursache Mängelrechte geltend machen können; erforderlichenfalls

kann der Vertragspartner weitere an der Leistung beteiligte Akteure in Regress nehmen.

4. ZU DEN ABHILFEN

a) Was halten Sie von der Einführung eines sofortigen Vertragsbeendigungsrechts des Verbrauchers für den Fall der nicht erfolgten Bereitstellung gemäß Artikel 11? Sehen Sie Probleme bei der Abgrenzung zwischen nicht erfolgter Bereitstellung und Vertragswidrigkeit?

Erbringt der Unternehmer seine vertragliche Leistung überhaupt nicht, kann es interessengerecht und angemessen sein, Verbrauchern ein sofortiges Kündigungsrecht einzuräumen.

Dies weicht zwar vom Grundsatz ab, dass auch bei einer Nichtleistung als Unterfall der nicht vertragsgemäßen Handlung der Unternehmer grundsätzlich ein Recht auf zweite Andienung hat.

Im Bereich der digitalen Inhalte und Dienste kann ein solches Recht des Unternehmers zur zweiten Andienung jedoch den Vertragszweck oftmals gar nicht mehr erfüllen. Charakteristisch für die Nutzung digitaler Inhalte ist nämlich häufig der Umstand, dass digitale Inhalte bzw. Dienste Verbrauchern unmittelbar zur Verfügung gestellt werden und Verbraucher sie sofort nutzen können. Zudem haben Verbraucher bei digitalen Inhalten oft (nur) ein Interesse an der sofortigen Bereitstellung der digitalen Inhalte. Eine nur kurzzeitige Verzögerung bei der Bereitstellung der digitalen Inhalte kann bereits dazu führen, dass die Nutzung der Inhalte nicht mehr zielführend ist. Müssten Verbraucher hier zunächst abwarten, ob ein weiterer Versuch des Unternehmers zur Vertragserfüllung gelingt, sind sie Verzögerungen bei der Nutzungsmöglichkeit der digitalen Inhalte ausgesetzt.

Allerdings ist das Interesse des Verbrauchers nicht bei allen digitalen Inhalten auf eine sofortige Bereitstellung der Leistung gerichtet; für diejenigen Geschäfte, bei denen die sofortige Bereitstellung Vertragsbestandteil ist, bietet das deutsche Vertragsrecht über die Konstruktion des relativen und absoluten Fixgeschäfts auch heute schon die Möglichkeit, von der zweiten Andienung abzusehen.

b) Halten Sie die Sonderregelungen für die Rückabwicklung bezüglich (personenbezogener) Daten, user-generated content, digitale Inhalte auf körperlichen Datenträgern und unverkörpernte digitale Inhalte gemäß Artikel 13 für praktikabel, sachgerecht und ausreichend?

Kommt es zu einer berechtigten Vertragsbeendigung durch Verbraucher, entspricht es dem Grundsatz der Rückabwicklung im Vertragsrecht, dass die beiderseits erlangten Nutzungsmöglichkeiten der ausgetauschten Leistungen der jeweils anderen Partei zurückgegeben werden. Insoweit regelt Artikel 13 des RiL-E die Rückabwicklung auch im Hinblick auf die jeweils ausgetauschten Daten.

Insbesondere die Regelung, dass die Nutzung (personenbezogener) Daten der Verbraucher nicht weiter verwendet werden dürfen, ist unter Berücksichtigung des Richtlinienansatzes konsequent, wonach die Zurverfügungstellung (personenbezogener) Daten als Leistung der Verbraucher verstanden wird. Im Übrigen lässt die Regelung durch die Formulierung "Maßnahmen, die erwartet werden können" genügend Auslegungsspielraum, um die Rückgewährpflichten der Unternehmer angemessen zu beschränken.

Sofern Verbraucherdaten durch den Anbieter in einer Art und Weise verwendet werden, die eine Rückgewähr an den Verbraucher ausschließt oder erheblich erschwert, so käme nach dem Grundsatz des Rückgewährleistungsrechts grundsätzlich auch ein Wertersatz gegenüber dem Verbraucher in Betracht.

Soweit der Richtlinienentwurf den Anbieter berechtigt, nach Beendigung des Vertrages jede weitere Nutzung der digitalen Inhalte durch den Verbraucher zu unterbinden, so bedarf es zumindest einer Übergangsfrist, innerhalb derer Verbrauchern die Möglichkeit haben sollten, die von ihnen bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiederzuerlangen.