

Prof. Dr. Gerald Spindler
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Multimedia- und Telekommunikationsrecht
Rechtsvergleichung
Institut für Wirtschaftsrecht



Georg-August-Universität Göttingen

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

Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen

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

24. April 2016

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

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

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

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

³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM(2015) 635 final 2015/0288 (COD), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0635&qid=1453386745055&from=DE>.

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

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

I. Executive Summary

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

- Anwendungsbereich (3 ff.)

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

- Verzicht auf Vertragstypologie und Folgen (9 ff.)

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

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

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

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

II. Allgemeines

A. Vollharmonisierende Richtlinie

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

B. Verzicht auf jegliche Typologie

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

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

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

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

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

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

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

C. Keine Anwendung auf Urheber- und Datenschutzrecht

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

D. Subsidiarität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Anwendungsbereich

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

A. Digitale Inhalte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Offline = Online

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

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

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

C. Personeller Anwendungsbereich

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

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

D. Kostenlose digitale Inhalte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Gemischte Verträge und verbundene Verträge

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

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

IV. Leistungsbeschreibung und Fehlerbegriff bei digitalen Inhalten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Vertragswidrigkeit wegen Inkompatibilität mit Systemumgebung

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

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

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

VI. Beweislast

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

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

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

VII. Rechtsfolgen bei Beendigung

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

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

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

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

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

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

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

VIII. Schadensersatz

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

³⁴ Allerdings ohne die Internetverbindungskosten, Erwägungsgrund Nr. 40.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. Dauer der Gewährleistung und Verhältnis zur Verjährung

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

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

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

Prof.Dr.Gerald Spindler