

Stellungnahme

Vorschläge der EU-Kommission für zwei Richtlinien über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sowie des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes

24.02.2016

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

Die EU-Kommission hat am 09. Dezember 2015 zwei Vorschläge für zwei neue Richtlinien veröffentlicht. Der erste Vorschlag bezieht sich auf eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (im Folgenden: Online-Kaufrecht-Richtlinie). Der zweite Vorschlag betrifft eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Im Folgenden: Richtlinie über digitale Inhalte). Bitkom bedankt sich beim Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den beiden Vorschlägen und möchte hierbei auf die nachfolgenden Aspekte gerne näher eingehen:

I. Zusammenfassung

Bitkom begrüßt das Ziel der Rechtsvereinheitlichung. Die in Europa nach wie vor bestehende Rechtszersplitterung führt für die im Binnenmarkt grenzüberschreitend tätigen Unternehmen zu hohem Aufwand und hohen Kosten. Eine grundsätzlich

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Marie-Teresa Weber
**Referentin Verbraucherrecht &
Medienpolitik**

T +49 30 27576-221
mt.weber@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

erstrebenswerte Harmonisierung sollte jedoch verhältnismäßig sein. Ein effektiver, zeitgemäßer Verbraucherschutz sollte sichergestellt sein. Dass sich Verbraucher, die Angebote von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten nutzen, auf dieselben Standards verlassen können, ist ein zu unterstützendes Ziel. Die Unternehmen sollten dadurch jedoch nicht mit übermäßigen Kosten belastet werden. Durch die Vorschläge würde die gewünschte Rechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene aufgrund der Einführung von drei unterschiedlichen Regimen des Mangelgewährleistungsrechts für Verbraucher je nach Vertriebsweg - online oder offline - und je nach Produkt – digitaler Inhalt oder anderes Produkt - nur auf Kosten einer dadurch erzeugten weiteren Rechtszersplitterung der nationalen Rechtsordnung erreicht. Es ist den Entwürfen auch nicht zu entnehmen, inwieweit Möglichkeiten zur Deregulierung untersucht und umgesetzt worden sind. Stattdessen wird teilweise ein für den Markt digitaler Dienste erhöhter Regulierungsbedarf unterstellt, ohne dies überhaupt zu begründen.

Die Anwendungsbereiche der beiden Richtlinien sind in vielen Fällen schwer voneinander abgrenzbar. Ebenso bleibt es überwiegend unklar, wie die Richtlinien von anderen Rechtsrahmen, wie der kürzlich auf EU-Ebene verabschiedeten Datenschutz-Grundverordnung, abzugrenzen und mit ihnen in Einklang zu bringen sind. Die durch die Entwürfe erzeugte rechtliche Komplexität ist weder für Verbraucher noch für Rechtsanwender verständlich. Dies würde zu großer Rechtsunsicherheit führen. Für eine Differenzierung des kaufrechtlichen verbraucherschützenden Mangelgewährleistungsrechts je nach Vertriebsweg online beziehungsweise im Fernabsatz oder offline gibt es keinen sachlichen Grund. Der Anwendungsbereich des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte ist problematisch, da er nicht klar abgegrenzt ist und zu weiteren Unsicherheiten führt. Die unter den Anwendungsbereich fallenden Angebote sind sehr unterschiedlich. Insgesamt würden viele der Regelungen aus beiden Vorschlägen zu einer teils starken Verschlechterung der Position der Unternehmen führen. Diese Verschlechterung sehen wir als nicht sachgerecht an. Die in der Begründung der beiden Vorschläge beschriebenen Vorteile für Unternehmer sind demgegenüber nicht erkennbar. Ein Interessenausgleich wird nicht vorgenommen. Insgesamt verschieben die beiden Richtlinienentwürfe die Vertragspflichten und Risiken deutlich zu Lasten der Anbieter, insbesondere der Anbieter von digitalen Inhalten. Schon deswegen ist nicht anzunehmen, dass die Richtlinienentwürfe zu einer Ausweitung des grenzüberschreitenden Handels – insbesondere mit digitalen Inhalten – führen werden. Es ist zu befürchten, dass sie das Gegenteil bewirken werden.

II. Rechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene nur auf Kosten der Rechtszersplitterung im nationalen Recht ist abzulehnen

Bitkom begrüßt das Ziel der Rechtsvereinheitlichung. Die in Europa nach wie vor bestehende Rechtszersplitterung führt für die im Binnenmarkt grenzüberschreitend tätigen Unternehmen zu hohem Aufwand und hohen Kosten. Während wir das grundsätzliche Ziel begrüßen, halten wir die beiden Vorschläge in ihrer jetzigen hier zu kommentierenden Ausgestaltung für nicht zielführend. Durch die Vorschläge würde die gewünschte Rechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene aufgrund der Einführung von drei unterschiedlichen Regimen des Mangelgewährleistungsrechts für Verbraucher je nach Vertriebsweg - online oder offline - und je nach Produkt – digitaler Inhalt oder anderes Produkt - nur auf Kosten der weiteren Rechtszersplitterung der nationalen

Rechtsordnung erreicht. Das Recht würde dadurch in einem für Verbraucher so relevanten Bereich wie dem Verbrauchervertragsrecht in einem Maß kompliziert, dass Verbraucher es kaum mehr verstehen werden.

Neben den vielen für Fernabsatzverträge geltenden Pflichten würde im Kernbereich des kaufrechtlichen Mangelgewährleistungsrechts ein am Vertriebsweg anknüpfendes von dem für sonstige Kaufverträge abweichendes Mangelgewährleistungsrecht für Online-Warenkäufe beziehungsweise Warenkäufe durch andere Formen des Fernabsatzes gelten. Schon heute haben die Käufer im Online- und Fernabsatzhandel durch die umfangreichen Informationspflichten und die Möglichkeit des Widerrufs sehr viel umfangreichere Verbraucherrechte als im stationären Handel. Diese weitergehenden Rechte sind der Situation geschuldet, dass beim Onlinekauf oder bei der Bestellung per Telefon keine persönliche Beratung durch einen Verkäufer erfolgt, dass das Produkt nicht angeschaut oder gar getestet oder anprobiert werden kann und dass online vielleicht schneller auf den Kaufen-Button geklickt wird. Wir sehen jedoch demgegenüber keinen Grund für die im Richtlinienvorschlag enthaltene weitere Differenzierung der kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen nach dem Vertriebsweg. Wenn der Kauf durchgeführt wurde und der Käufer die Ware erhalten hat, ist die Situation des Onlinekäufers nicht mehr von der des Käufers im stationären Handel zu unterscheiden. Das bestehende Mangelgewährleistungsrecht bietet ausreichenden Schutz. Eine Differenzierung ist nicht gerechtfertigt.

Eine immer weitere Fortschreitung der Rechtszersplitterung im Kaufrecht ist auch für die Verbraucher nicht mehr verständlich. Viele Verbraucher verstehen schon heute nicht, dass ihnen das beim Kauf im Rahmen eines Fernabsatzvertrags zustehende Widerrufsrecht beim Kauf im stationären Handel nicht zusteht. Wenn nun auch noch die Beweislastumkehr für das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang im Onlinehandel 18 Monate länger gelten soll als im stationären Handel, so wird dies den Druck auf die Anbieter im stationären Handel erhöhen, nachzuziehen und ihren Kunden freiwillig ähnliche Rechte zu gewähren. Darüber hinaus könnten die strengeren Regeln für Onlinehändler dazu führen, dass kleinere Onlinehändler bestimmte Produkte nicht mehr anbieten, weil die Kosten und der Aufwand durch das für sie geltende Mangelgewährleistungsrecht zu hoch sind. Dies könnte kleinere Händler vom Markt drängen. Die Rechtszersplitterung je nach Vertriebsform birgt auch Probleme für den Cross-Channel-Handel. In der Praxis wird vielfach ein Produkt online gekauft und dann im stationären Handel umgetauscht. Hier würde die Geltung unterschiedlicher Regelungen je nach Vertriebsform die Unverständlichkeit über das geltende Recht für Kunden und Händler noch erhöhen.

Von der in der Begründung des Vorschlags gesprochenen Win-Win-Situation für Unternehmen und Verbraucher kann keine Rede sein.

III. Schwierige Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen der zwei Richtlinienvorschläge

Durch die schwierige Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider vorgeschlagenen Richtlinien wird die eben kritisierte Rechtszersplitterung noch evidenter. Die in Art. 11 Zf. 3 Online-Kaufrecht-Richtlinie definierte Ausnahme für dauerhafte Datenträger mit digitalen Inhalten erklärt die EU-Kommission auf den Seiten 16 – 17 der Begründung des Vorschlags der Online-Kaufrecht-Richtlinie. Danach soll die Online-Kaufrecht-Richtlinie nicht für Waren wie DVDs

und CDs gelten, die digitale Inhalte in einer Art und Weise enthalten, dass die Waren lediglich Träger des digitalen Inhalts sind. Diese sollen unter den Anwendungsbereich der Richtlinie über digitale Inhalte fallen. Allerdings soll die Online-Kaufrecht-Richtlinie für Waren und Haushaltsgeräte oder Spielzeug gelten, wenn die digitalen Inhalte so eingebettet sind, dass deren Funktion den wichtigsten Funktionen der Ware untergeordnet ist und sie integraler Bestandteil der Waren sind. Abgrenzungsschwierigkeiten sind hier vorprogrammiert.

— Neben den durch den Vorschlag zur Online-Kaufrecht-Richtlinie einzuführenden unterschiedlichen Rechtsfolgen je nach Vertriebsform soll durch den Vorschlag der Richtlinie über digitale Inhalte auch noch eine zweite Ebene der Differenzierung für Verträge über digitale Inhalte eingeführt werden. Dies führt zu einer weiteren Zersplitterung der Rechtsordnung und zu einer Komplexität, die nicht nur Verbraucher vor Verständnisschwierigkeiten stellen wird.

— Der Anwendungsbereich der Richtlinie über digitale Inhalte soll nach dem Erwägungsgrund 12 ausdrücklich für digitale Inhalte auf dauerhaften Datenträgern unabhängig davon gelten, über welchen Vertriebsweg sie erworben werden. Die Richtlinie soll demnach für den Kauf der CD zur Anwendung kommen, egal ob der Verbraucher sie im Onlineshop bestellt und sich zuschicken lässt oder ob er sie im stationären Handel an der Kasse bezahlt. Diese Regelung sei gewählt worden, „um eine Fragmentierung nach verschiedenen Vertriebswegen zu vermeiden“, so heißt es im Erwägungsgrund 12. Das Ziel, eine Fragmentierung der Rechtsordnung nach verschiedenen Vertriebswegen zu vermeiden, können wir nur unterstützen. Verwunderlich ist jedoch, dass durch den Vorschlag der Online-Kaufrecht-Richtlinie und die schwierige Abgrenzung zum Anwendungsbereich der Richtlinie über digitale Inhalte eine solche Fragmentierung gerade befördert wird.

Wie soll ein Verbraucher verstehen, dass ein anderes Mangelgewährleistungsrecht für ihn gilt, wenn er beispielsweise einen Staubsauger online bestellt oder wenn er ihn im stationären Handel kauft. Wie soll er verstehen, dass wiederum für die DVD noch davon abweichende Regelungen gelten sollen und dies wiederum unabhängig davon, ob er sie zusammen mit dem Staubsauger im stationären Handel erwirbt oder online bestellt. Dass wiederum für ihn die gleichen Rechte und Pflichten wie beim Kauf der DVD gelten, wenn er die Dienste eines Cloudanbieters nutzt, dürfte nur noch mehr zur Verwirrung beitragen. Für den Kauf von multimedialfähigen Smartphones oder von Hardware für Video-On-Demand-Dienste würde wiederum die Online-Kaufrecht-Richtlinie gelten, da es sich nicht um digitale Inhalte, sondern um Geräte zum Abspielen von digitalen Inhalten handelt. Die gewünschte Vermeidung der Fragmentierung der Rechtsordnung wird damit nicht erreicht. Das eigentliche Ziel der Vereinheitlichung der Rechtsordnung im europäischen Binnenmarkt wird durch die unterschiedlichen Niveaus an Verbraucherschutz konterkariert.

IV. Zum Vorschlag der Online-Kaufrecht-Richtlinie: Verlängerung der Beweislastumkehr nicht gerechtfertigt

Die in Art. 8 des Vorschlags vorgesehene Verlängerung der Frist für die Umkehr der Beweislast von bisher sechs Monaten auf zwei Jahre stellt eine erhebliche Benachteiligung der Onlinehändler dar, für die wir auch in der Begründung des Vorschlags keine Rechtfertigung finden. Es gibt keinen Grund, warum den Unternehmer bei online

abgeschlossenen Kaufverträgen eine um 18 Monate längere Beweislastumkehr treffen soll als bei offline geschlossenen Kaufverträgen. Diese Differenzierung an der Vertriebsform anzuknüpfen, ist sachlich nicht gerechtfertigt. Sobald die Sache im Herrschaftsbereich des Verbrauchers ist, ist es auch bei online verkauften Produkten für den Unternehmer schwer zu beweisen, dass der Mangel noch nicht bei Gefahrübergang vorlag. Beim Gefahrübergang kommt es auf den Zeitpunkt der Übergabe an. Es macht keinen Unterschied, ob der Käufer den Staubsauger im stationären Handel erwirbt und nach Hause trägt oder der Staubsauger durch den Paketdienst geliefert wird. Sobald das Produkt im Herrschaftsbereich des Käufers ist, wird der Verkäufer nur schwierig beweisen können, dass der Mangel bei Gefahrübergang noch nicht vorlag.

Unter der Überschrift „Rechtsgrundlage“ gibt die EU-Kommission auf Seite 7 der Begründung des Vorschlags selbst an, dass in 25 EU-Mitgliedstaaten die auch in Deutschland geltende Beweislastumkehr von 6 Monaten gilt. Dass nun im Zuge der gewünschten Vereinheitlichung nicht die in der überwiegenden Mehrheit der EU-Staaten geltende Rechtslage zum Standard werden soll, ist unverständlich. In der Begründung des Vorschlags schreibt die EU-Kommission unter der Überschrift „Konsultation der Interessenträger“ auf S. 10 – 11 weiter, dass Wirtschaftsverbände sowie die Mitgliedstaaten eine Differenzierung zwischen den Vorschriften für den Online- und den Offline-Handel skeptisch sehen. Dass dennoch eine solche Differenzierung von der EU-Kommission vorgeschlagen wird, ist nicht nachvollziehbar. Es ist zu befürchten, dass dem Argument der Kritik an der durch den Vorschlag ausgelösten Rechtszersplitterung dergestalt begegnet werden wird, indem die EU-Kommission im Rahmen der gerade angekündigten umfassenden Evaluierung des verbraucher-schützenden EU-Regelwerks (REFIT Fitness Check of consumer law) die Regelungen für den Offlinehandel den hier vorgeschlagenen des Onlinehandels anpassen wird. Die Verlängerung der Beweislastumkehr von aktuell 6 Monaten auf 2 Jahre beispielsweise würde dann für alle Kaufverträge gelten. Für die durch eine solche Vorgehensweise hervorgerufene Verschlechterung der Position der Verkäufer sehen wir keinen sachlichen Grund.

V. Zu einzelnen Regelungen im Vorschlag der Richtlinie über digitale Inhalte

1. Unklare Definition des „digitalen Inhalts“ führt zu nicht abgrenzbarem Anwendungsbereich

In der Begründung der Richtlinie über digitale Inhalte steht auf Seite 3, dass unter den Begriff „digitale Inhalte“ „eine breite Palette von Produkten wie Musik, Filme, Apps, Spiele, Cloud-Speicher-Dienste oder Übertragung von Sportveranstaltungen“ fallen soll. Unter der Überschrift „Ausführliche Erläuterung einzelner Bestimmungen des Vorschlags“ auf Seite 7 der Begründung führt die EU-Kommission aus, der Begriff „digitale Inhalte“ sei bewusst weit gefasst, „um technische Weiterentwicklungen zu berücksichtigen, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und gleiche Ausgangsbedingungen zu schaffen.“ Die EU-Kommission gibt in Erwägungsgrund 11 des Vorschlags an, der Begriff „digitaler Inhalt“ sei bewusst weiter gefasst als in der Richtlinie 2011/83/EU. Die Richtlinie soll sich danach „auf alle Arten von digitalen Inhalten, einschließlich heruntergeladener oder im Internet gestreamter Filme, Cloud-Speicherung, sozialer Medien oder Dateien für die visuelle Modellierung im Rahmen des 3D-Drucks“ erstrecken. Diese weite Definition sei gewählt worden, damit der Begriff nicht schon bald angesichts der rasanten technologischen Entwicklung wieder überholt sei, so heißt es im Erwägungsgrund. Der Begriff „digitaler Inhalt“ soll insbesondere auch

Dienstleistungen umfassen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung der Daten ermöglichen. Auch soll die Art der Bereitstellung der digitalen Inhalte keine Rolle spielen. Die Regelungen sollen für die Übermittlung auf einem dauerhaften Datenträger gelten, für das Herunterladen auf Geräte des Verbrauchers, für Streaming und für die Ermöglichung des Zugangs zu Speicherkapazitäten für digitale Inhalte sowie für die Nutzung von sozialen Medien. Zwischen dem Erwerb einer DVD, der Nutzung eines Cloudanbieters, dem Streamen eines Films, der Nutzung von sozialen Medien oder Dateien für die visuelle Modellierung im Rahmen des 3D-Drucks bestehen weitreichende Unterschiede. Dieser weite Anwendungsbereich durch die bewusst weit gewählte Definition des digitalen Inhalts birgt Abgrenzungs- und Anwendungsschwierigkeiten. Die Dienste beziehungsweise Produkte weisen so große Funktions- und Nutzungsunterschiede auf, dass auch die durch das Auftreten eines Mangels auftretenden Konsequenzen nicht durchweg vergleichbar sind. Beispielsweise ist eine Nacherfüllung in Form der Nachbesserung, also der Reparatur, im Falle eines Streams nicht möglich. Ein Livestream kann nicht nachträglich repariert werden. In vielen Fällen kann der Verbraucher trotz einer kurzen Störung den Stream störungsfrei zu Ende sehen. Der Zugang zu TV-Livestream-Angeboten und die angemessenen Erwartungen eines Verbrauches an die Qualität dieses Angebots sind nicht vergleichbar mit den Bedingungen beim Kauf einer DVD.

Ein Beispiel zur Verdeutlichung der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Richtlinienentwürfe sind sogenannte „Cloud-Printing-Dienste“. Hier bieten die Hersteller der Geräte die Möglichkeit an, von einem beliebigen Ort aus über ein mobiles oder stationäres beliebiges Gerät einen Druckauftrag zu senden. Handelt es sich bei dem Cloud-Printing-Dienst um einen Vertrag über „Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form“ ermöglichen und damit um „digitale Inhalte“ nach Art. 2 Zf. 1 lit. b) des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte? Nach Erwägungsgrund 19 soll die Richtlinie nur für Dienstleistungen gelten, deren Hauptgegenstand die Bereitstellung digitaler Inhalte ist. Ob der Cloud-Printing-Dienst unter den Anwendungsbereich der Online-Kaufrecht-Richtlinie oder unter den der Richtlinie über digitale Inhalte fallen würde, ist unklar.

Neben Daten sollen auch Dienste unter den Anwendungsbereich fallen, die beispielsweise eine Speicherung oder Verarbeitung von Daten erlauben. Zusätzlich sollen Dienste inbegriffen sein, die das Teilen von oder irgendeine andere Art der Interaktion mit Daten erlauben. Während diese sehr allgemeinen Kriterien potentiell fast alle Dienste erfassen können, werden elektronische Kommunikationsdienste im Sinne der Richtlinie 2002/21/EG nach Art. 3 Zf. 5 lit. b) vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Der Begriff des „elektronischen Kommunikationsdienstes“ wird aktuell an anderer Stelle im Rahmen des Evaluierungsprozesses des Europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste neu diskutiert. Das Ergebnis dieses Evaluierungsprozesses ist noch nicht abgeschlossen. Dadurch ist zum jetzigen Zeitpunkt noch unklar, welche Dienste genau nach Art. 3 Zf. 5 lit. b) des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden sollen. Eine zukunftssichere Regelung sollte diese Problematik mit einbeziehen.

2. Definition des „Anbieters“ ist ungenau und führt zu unklarem Anwendungsbereich

Die Definition des Anbieters im Vorschlag ist ungenau. Wenn die Pflichten des Mangelgewährleistungsrechts nach dem Vorschlag treffen sollen, ist nach der Definition des „Anbieters“ in Art. 2 Zf. 3 nicht abschließend geklärt. „Anbieter“ ist danach jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die für die Zwecke ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit selbst oder durch eine andere in ihrem Namen oder in ihrem Auftrag handelnde Person tätig wird. Nach Art. 3 Abs. 1 soll die Richtlinie für alle Verträge gelten, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet (...). Der Anwendungsbereich ist unklar, sobald zwischen Händler und Verbraucher eine Plattform zwischengeschaltet ist. Diese Fragen ergeben sich beispielsweise bei von Telekommunikationsanbietern betriebenen Streamingplattformen, auf denen einzelne Inhalteanbieter ihre eigenen Shops betreiben und ihre Inhalte direkt anbieten. Haftet der Inhalteanbieter oder der Streamingplattformbetreiber oder haften beide für die Mangelhaftigkeit des gestreamten digitalen Inhalts? Wer ist in diesem Dreiverhältnis der Anbieter? Es muss sichergestellt sein, dass die Rechte stets nur gegen die Person geltend gemacht werden können, mit der ein Vertragsverhältnis besteht. Die unklare Definition des Anbieters ist im Hinblick auf die Haftungsregeln in § 10 und § 14 (dazu mehr unter Zf. 10 der Stellungnahme) des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte problematisch. Die Richtlinie böte die Chance, die verschiedenen Rollen der an einem Geschäft Beteiligten festzulegen und damit ein sachgerechtes Haftungsregime zu schaffen. Der Entwurf versäumt es, diese durch die Praxis aufgeworfenen Fragen nach den verschiedenen Rollen zu klären. Die unklare Definition des Anbieters führt im Zusammenhang mit dem unklaren Verhältnis der in § 10 und § 14 des Entwurfs enthaltenen Haftungsregelungen zu großen Unsicherheiten, insbesondere für Plattformbetreiber.

3. Ausführungen in Erwägungsgründen werfen mehr Fragen auf als sie klären

In Erwägungsgrund 15 des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte steht, dass von einem Verbraucher generierte Inhalte genauso behandelt werden sollen wie alle anderen digitalen Inhalte, wie etwa Musik- und Videodateien, Bilder, Spiele oder Anwendungen, die der Verbraucher während der Laufzeit des Vertrags bereitstellt oder speichert. Von einem Verbraucher generierte Inhalte umfassen danach „ein weites Spektrum von Beispielen, darunter digitale Bilder, Video- und Audiodateien, Blogs, Diskussionsforen, textbasierte Formen der Zusammenarbeit, Posts, Chats, Tweets, Protokolle, Podcasting, auf mobilen Geräten und in virtuellen Umgebungen im Internet erstellte Inhalte, Kundenbewertungen und Sammlungen von Links zu Online-Inhalten“. Es ist unklar, welche Konsequenzen aus den Ausführungen in diesem Erwägungsgrund zu ziehen sind. Soll der Anbieter einer Plattform für die „Vertragsmäßigkeit“ des digitalen Inhalts auch dann haften, wenn der Inhalt von einem Dritten, nämlich einem anderen Verbraucher, hochgeladen wurde? Dies wäre entschieden abzulehnen.

In Erwägungsgrund 17 heißt es, „Digitale Inhalte sind äußerst relevant im Rahmen des Internets der Dinge. Es ist jedoch angezeigt, auf besondere Fragen der Haftung im Zusammenhang mit dem Internet der Dinge, unter anderem auf die Haftung für Daten und für Verträge betreffend die Interaktion von Maschinen getrennt einzugehen.“ Diese Aussage unterstützen wir. Trotzdem bleiben bei der derart weiten Definition des „digitalen Inhalts“

Abgrenzungsfragen offen. Wo genau soll die Abgrenzungslinie zwischen den unter die Richtlinie über digitale Inhalte fallenden Produkten von den Produkten des „Internets der Dinge“ verlaufen? Diese Abgrenzungsfrage bleibt offen.

4. Konzept der „Daten als Gegenleistung“ nicht zu Ende gedacht

Die Richtlinie über digitale Inhalte soll nach dem Vorschlag auch für die Bereitstellung von digitalen Inhalten gelten, die bei Eingabe von (personenbezogenen und anderen) Daten durch den Verbraucher kostenlos zur Verfügung gestellt werden. In Erwägungsgrund 14 ist beschrieben, in welchen Fällen Daten als Gegenleistung für digitale Inhalte den Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnen sollen. Für den Fall, dass die Daten ausschließlich für die Zwecke der Einhaltung von Rechtsvorschriften erhoben werden oder weil sie zum vertragsgemäßen Funktionieren einer mobilen Anwendung notwendig sind, soll die Richtlinie nicht gelten. Auch soll nur das aktive Bereitstellen der Daten erfasst werden, nicht die automatische Erhebung der Daten durch das Auslesen von Cookies. Unklarheiten bestehen hinsichtlich des Anwendungsbereichs, wenn Daten – wie in der Praxis üblich – zu verschiedenen Zwecken erhoben werden. Tatsächlich erheben Anbieter Daten sowohl in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht als auch zur Erfüllung des Vertrags und zusätzlich werden sie für die gezielte Schaltung von Werbung genutzt. Wäre in solchen Fällen der Anwendungsbereich eröffnet oder käme es auf den Schwerpunkt des Grundes für die Datenerhebung an?

In Art. 3 der Richtlinie über digitale Inhalte wird außerdem geregelt, dass im Falle einer Kollision mit einem anderen Rechtsakt der EU dieser andere Rechtsakt Vorrang hat. Auch die Vorschriften über den Datenschutz bleiben von der Richtlinie unberührt. Beim Lesen des Konzepts der Daten als Gegenleistung im Vorschlag kommen trotz dieser Einschränkungen mehr Fragen auf als durch die vorgeschlagenen Regelungen geklärt werden. So bewegen sich personenbezogene Daten, wenn diese als Gegenleistung erbracht werden, in einem Spannungsfeld zwischen Verbraucherschutz und Datenschutz, welches im Rahmen des Richtlinienvorschlags nicht abschließend geklärt scheint. Art. 13 Abs. 2 c) sieht etwa vor, dass der Verbraucher nicht nur seine bereitgestellten Daten wiedererlangen kann, sondern auch Anspruch auf solche Daten hat, die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte „hergestellt“ oder „erzeugt“ worden sind. Dies könnte bedeuten, dass das Ergebnis einer Datenweiterverarbeitung, um beispielsweise Verkehrsdaten zu erzeugen, dem Verbraucher herausgegeben werden müsste. Dies wirft Fragen zu „data ownership“ auf, ein Konzept, das bislang noch nicht abschließend geklärt ist: Die Debatte, ob Eigentum an Daten überhaupt möglich ist und wie sich dies auf die Verwendung entsprechender Erzeugnisse auswirkt, die durch die Nutzung digitaler Angebote entstehen, muss erst noch geführt werden.

Weitere Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten die Regelungen der Richtlinie zum Widerrufs- bzw. Widerspruchsrecht im Verhältnis zur datenschutzrechtlichen Einwilligung. Durch das Recht des Verbrauchers, seine Einwilligung zur Datennutzung bzw. Datenverarbeitung jederzeit zu widerrufen, stellt sich die Frage der Werthaltigkeit eines zivilrechtlichen Vertrags, der auf personenbezogenen Daten als Gegenleistung beruht, die nun plötzlich wegfallen. Hier kann es für den Unternehmer keine Planungssicherheit wie bei anderen Verträgen geben. Demgegenüber erscheint die Bürde des Mangelgewährleistungsrechts hoch. Der bloße Hinweis, bei widersprechenden Regelungen würden die Regelungen dieses Vorschlags zurücktreten, ist für den Rechtsanwender wenig hilfreich.

Zuletzt stellt sich die Frage der Abgrenzung „anderer“ Daten von personenbezogenen Daten, da ein Personenbezug bei Daten wie zum Beispiel Fotos und Audiodateien meist ebenso gegeben wäre. Was bleibt an Regelungsgehalt übrig, wenn man die ohnehin bestehenden Regelungen der Datenschutzgrundverordnung für personenbezogene Daten, etwa bei Datenportabilität, berücksichtigt?

Der Richtlinienvorschlag wirft hier also eine Reihe von Fragen auf, die in seiner derzeitigen Form unbeantwortet bleiben. Es entsteht beim Lesen des Vorschlags der Eindruck, hier solle ein Konzept im verbraucherschützenden Vertragsrecht verankert werden, das politisch und insbesondere rechtlich noch nicht zu Ende gedacht ist.

Die Richtlinie müsste außerdem ins deutsche Zivilrecht umgesetzt werden. Dabei stellt sich die Frage, wie das Konzept der Daten als Gegenleistung mit dem deutschen Abstraktionsprinzip in Einklang gebracht werden soll. Soll über die Daten wie über Eigentum an Geld „verfügt“ werden? Wie würde dies dazu passen, dass der Eigentümer grundsätzlich mit seinem Eigentum tun kann, was er will, Daten aber mit dem Persönlichkeitsrecht des Einzelnen so eng verbunden sind, dass hier Grenzen gesetzt werden müssen? Bitkom spricht sich dafür aus, dass diese Fragen grundsätzlich geklärt werden, bevor das Konzept in seiner jetzigen Ausgestaltung in einer Richtlinie über ein verbraucherschützendes Vertragsrecht eingeführt wird, dessen Folgen noch nicht abschließend geklärt zu sein scheinen.

5. Zeitlich unbeschränkte Beweislastumkehr bei Fehlen einer Mangelgewährleistungsfrist

Nach Art. 6 des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte müssen die digitalen Inhalte während der gesamten Laufzeit des Vertrags vertragsgemäß sein und die dem Verbraucher bereitgestellte Version muss – sofern nichts anderes vereinbart ist - die neueste zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfügbare Version sein. Es fehlt für den Fall, dass es sich um einen Kaufvertrag über einen digitalen Inhalt handelt, die sonst im Mangelgewährleistungsrecht des Kaufrechts bekannte Gewährleistungsfrist von 2 Jahren. Diese Benachteiligung des Unternehmers halten wir für nicht sachgemäß. Es gibt keinen sachlichen Grund, digitale Inhalte diesbezüglich anders zu behandeln als andere Produkte. Dass digitale Inhalte „nicht der Abnutzung unterliegen“ (siehe dazu zum Beispiel Erwägungsgrund 43) ist schlicht nicht zutreffend. Da der Begriff des „digitalen Inhalts“ sehr weit gefasst ist, fallen selbstverständlich auch Produkte darunter, die veralten.

Nach Art. 7 des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte ist eine Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte, die aufgrund einer unsachgemäßen Integration in die Hard- und Softwareumgebung des Verbrauchers entsteht, als Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte selbst anzusehen, wenn die Gründe für die unsachgemäße Integration dem Anbieter anzulasten sind. Diese Regelung ist besonders problematisch, wenn man sie im Zusammenhang mit der Regelung in Art. 9 des Vorschlags der Richtlinie liest. Nach Art. 9 wird die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit dem Anbieter auferlegt, es sei denn, die digitale Umgebung des Verbrauchers ist nicht kompatibel mit den digitalen Inhalten. Diese Umkehr der Beweislast ist nicht zeitlich begrenzt, da digitale Inhalte nach Ansicht der Kommission „nicht der Abnutzung“ unterliegen. Die Haftungsregeln des Anbieters bei Geltung der zeitlich nicht begrenzten Beweislastumkehr sind nicht sachgerecht. Sie lassen außer Acht, dass an der Bereitstellung der digitalen Inhalte

mehrere Vertragspartner beteiligt sein können, auf deren Leistung der bereitstellende Unternehmer weniger Einfluss hat als der Verbraucher. Nach Art. 9 hat der Verbraucher die Pflicht, mit dem Anbieter zusammenzuarbeiten, um diesem die Prüfung seiner digitalen Umgebung zu ermöglichen. Diese Pflicht ist auf die Privatsphäre am wenigsten beeinträchtigenden Mittel beschränkt. Auch wenn es die Pflicht zur Zusammenarbeit mit dem Unternehmer gibt, ist die Umkehr der Beweislast über die gesamte Vertragslaufzeit für den Unternehmer eine erhebliche Benachteiligung, für die es keinen sachlichen Grund gibt. Es wird faktisch für den Unternehmer in vielen Fällen schwierig sein zu beweisen, dass der Mangel nicht schon bei Gefahrübergang vorlag und dass der Fehler beim Verbraucher liegt, der den digitalen Inhalt falsch in seine digitale Umgebung integriert hat. Der Unternehmer hat keine Kenntnisse über den Umgang des Verbrauchers mit dem digitalen Inhalt. Die digitale Umgebung liegt außerhalb des Verantwortungs- und Einflussbereichs des Anbieters. Nur durch barrierefreien Zugang zur digitalen Umgebung des Verbrauchers hat der Unternehmer überhaupt die Chance, den Grund für die beanstandete Problematik beim digitalen Inhalt zu erforschen und zu beweisen, dass das Produkt bei Gefahrübergang mangelfrei war. Für den Unternehmer ist es jedoch nicht praktikabel die Beweislast zu übernehmen, da er die unterschiedlichen Bedingungen in den Haushalten der Verbraucher nicht kennt. Diese Regelung würde unlauter handelnden Kunden, die sich grundlos vom Vertrag lösen wollen, bevorzugen. Denn es wird dem Unternehmer nicht in allen Fällen gelingen zu beweisen, dass das Produkt nicht schon bei Gefahrübergang mangelhaft war. Da eine Erforschung der digitalen Umgebung des Kunden hohe Kosten verursachen wird, werden Unternehmer den Nutzen dagegen abwägen, den Vertrag aufrecht zu erhalten. Es ist davon auszugehen, dass Unternehmer die Vertragsbeendigung nach dieser Abwägung in vielen Fällen akzeptieren werden. Auf Seiten des Verbrauchers kann die Öffnung seiner digitalen Umgebung einen erheblichen Eingriff in seine Privatsphäre bedeuten. Die im Vorschlag gewählte Regelung ist daher auch für den Verbraucher nicht vorteilhaft. Von einem Ausgleich der Interessen zwischen den Vertragsparteien kann hier keine Rede sein.

Praktisch stellt sich bei der Umkehr der Beweislast auch die Frage, ob der Unternehmer vor einem Vertragsschluss verpflichtet ist, jeden einzelnen Kunden proaktiv vorher umfassend zu informieren, mit welcher Hardware und welchen Plattformen der digitale Inhalt kompatibel ist. Dies dürfte allein schon vom praktischen Aufwand kaum zu leisten sein.

Fraglich bleibt auch, ob bereits minimale Beeinträchtigungen wesentlicher Leistungsmerkmale zu einem vorzeitigen Kündigungsrecht nach Art. 12 Abs. 5. führen können. Bisher gilt im deutschen Recht ein vorzeitiges Kündigungsrecht erst dann, wenn dem Betroffenen ein Festhalten am Vertrag bis zur nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit unzumutbar ist. Die Formulierung im Entwurf könnte sich als Einfallstor für strategische Verbraucher erweisen, um vorzeitig aus dem Vertrag zu kommen und an attraktivere Vertragsbedingungen zu gelangen. Für den Unternehmer wiederum bedeutet diese Regelung noch mehr Planungsunsicherheit bezüglich der Vertragslaufzeiten.

6. Unternehmer soll digitalen Inhalt nur begrenzt ändern dürfen

Der Verbraucher profitiert in der Regel von den vorgenommenen Veränderungen hinsichtlich der Operabilität und Funktionalität von digitalen Inhalten. In dem wettbewerbsintensiven Umfeld streben die Unternehmen an, ihren Kunden ein optimales Angebot zu bieten. Vertragsänderungen, die zum Vorteil des Kunden sind, sollten ohne weitere

Voraussetzungen möglich sein. Angesichts der rasanten technischen Entwicklungen sind regelmäßige Anpassungen des digitalen Produkts in der Praxis üblich und notwendig, um zeitgemäße, funktionierende Produkte anbieten zu können. Wir verstehen die Intention hinter Art. 15 so, dass Änderungen zu Gunsten des Kunden nach wie vor unproblematisch möglich sein sollen.

Nach Art. 15 des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte kann der Anbieter den Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte hinsichtlich wesentlicher Leistungsmerkmale nur ändern, wenn alle in Art. 15 aufgezählten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Dazu gehören die vorherige Benachrichtigung und vorherige Zustimmung des Verbrauchers und das Recht des Verbrauchers, aufgrund einer solchen Änderung den Vertrag zu beenden. Die vorherige Benachrichtigung ist in Form eines dauerhaften Datenträgers zu erbringen. Dies stellt eine zu hohe Belastung für Unternehmen dar, weil diese Prozedur sehr hohe Kosten verursacht und in der Vielzahl der Fälle auch mangels Kontaktdaten (Email-Adressen/Post-Adressen) gar nicht möglich ist. Die Regelung würde dazu führen, dass stets E-Mail bzw. Kontakt-Adressen abgefragt werden müssten. Die Verpflichtung zur Mitteilung mittels eines dauerhaften Datenträgers würde in vielen Fällen einen Medienbruch bedeuten. Dies ist in der heutigen digitalen Wirtschaft nicht mehr zeitgemäß.

Auch wenn nach allgemeinem Rechtsverständnis eine einseitige Änderung des Vertragsgegenstands während der Laufzeit eines Vertrags dem Grundsatz widerspricht, dass Verträge zu halten sind, so gestaltet sich diese Regelung hinsichtlich des Merkmals der wesentlichen Eigenschaft im Fall von digitalen Inhalten schwierig. Wer definiert bei einer Software, beispielsweise für ein Spiel, welches Leistungsmerkmal wesentlich ist und welches nicht? Was ist noch ein unproblematisches Update und was eine Änderung eines wesentlichen Leistungsmerkmals? Die Grundannahme, dass digitale Inhalte „nicht der Abnutzung unterliegen“ ist bereits falsch. In vielen Fällen sind regelmäßige Updates notwendig. Die Technik ändert sich so schnell, dass es den Anbietern möglich sein muss, ihre digitalen Produkte den technischen Änderungen anzupassen. Wenn sie dies einerseits nicht dürfen, ohne darüber informiert zu haben, die Zustimmung des Kunden eingeholt zu haben etc., sie andererseits jedoch ohne die sonst im kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrecht übliche zweijährige Gewährleistungsfrist über den gesamten Zeitraum des Vertragsverhältnisses für die Vertragsgemäßheit des digitalen Produkts haften, so kann dies für den Anbieter ein in der Praxis kaum lösbares Dilemma bedeuten.

7. Kündigungsmöglichkeit nach 12 Monaten benachteiligt Unternehmer

In Art. 16 des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte sind Bedingungen festgelegt, unter denen der Verbraucher das Recht auf Beendigung unbefristeter oder für eine Dauer von mehr als 12 Monaten geschlossener Verträge hat und somit den Anbieter wechseln kann. Diese Regelung ist aus folgenden Gründen problematisch:

Zunächst ist nicht ersichtlich, wieso unterschiedliche vertragliche Regelungen zu Vertragslaufzeiten, wie sie in heutigen Märkten für digitale Güter üblich sind, überhaupt ein Hindernis für den grenzüberschreitenden Handel sein sollen. In wettbewerblich geprägten Märkten entscheidet allein der Verbraucher darüber, welches Produkt er nutzen möchte und welche Vertragslaufzeit er bereit ist zu vereinbaren.

Dabei können Vertragslaufzeiten auch im Interesse des einzelnen Verbrauchers liegen. Bei Produkten, die eine hohe verbraucherseitige Anfangsinvestition erforderlich machen, beispielsweise in Form teurer Hardware wie Set-Top-Boxen/Media Receiver, ist im heutigen Markt häufig eine verbraucherseitige Präferenz erkennbar, die Hardware bei Vertragsabschluss subventioniert zur Verfügung gestellt zu bekommen und im Gegenzug einen längeren Vertrag (häufig 24 Monate) mit dem jeweiligen Anbieter zu vereinbaren. Vertragslaufzeiten garantieren Verbrauchern aber auch für die vereinbarte Dauer die im Vertrag vereinbarten Leistungen/Komponenten und die Konditionen. Auch hier macht es mitunter für Verbraucher Sinn, sich die Sicherheit, diese Vertragsbestandteile für eine gewisse Zeit beziehen zu können, vertraglich durch die Vereinbarung entsprechender Laufzeiten zu garantieren.

Die zeitliche Begrenzung bei langfristigen Verträgen auf 24 Monate nach § 309 Nr. 9 BGB hat sich in Deutschland bewährt. Eine durch den Gesetzgeber vorgegebene maximale Laufzeit von 12 Monaten ist zudem nicht erforderlich, da der Wettbewerb für ein ausreichendes Angebot unterschiedlicher Laufzeiten sorgen wird. So ist es beispielsweise im Telekommunikationsbereich üblich, dass Verträge auch ohne Mindestlaufzeit angeboten werden, obwohl das Gesetz 24 Monate Mindestlaufzeit erlaubt. Eine verschärfte Regulierung für Inhalte und Dienste, bei denen Verbraucher auf dem Markt eine Vielfalt an Angeboten unterschiedlicher Vertragslaufzeiten haben, ist unnötig und in der Folge unverhältnismäßig. Entscheidet sich der Verbraucher für einen Vertrag mit längerer Laufzeit, erhält er mit der langfristigen Bindung der Verbraucher stabile Konditionen für den vereinbarten Zeitraum. Wenn beide Vertragsparteien einen länger als ein Jahr geltenden Vertrag schließen, so muss sich auch der Unternehmer darauf verlassen können. Der Unternehmer muss die Möglichkeit haben, seine getätigten Investitionen durch die Preisgestaltung wieder zu amortisieren. Die finanzielle Planungssicherheit fördert die Investitionsbereitschaft der Unternehmen in innovative Produkte. Insbesondere langfristige Lizenzvereinbarungen bei digitalen Inhalten erfordern längere Verbindlichkeiten. Deshalb wird er einen Vertrag mit einjähriger Vertragslaufzeit in vielen Fällen teurer anbieten als den Vertrag mit einer zweijährigen Laufzeit. Nach Art. 16 des Vorschlags soll der Verbraucher jedoch nach 12 Monaten ohne Vorliegen weiterer Voraussetzungen kündigen dürfen ohne den Unternehmer für die ihm entgangenen Gewinne für die restliche Vertragslaufzeit entschädigen zu müssen. Der Unternehmer muss daraufhin dem Verbraucher die technischen Möglichkeiten zur Verfügung stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm selbst bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann. Diese Regelung hat für Unternehmer ausschließlich nachteilige Folgen, für die es keinen sachlichen Grund gibt. Auch für Verbraucher wird sich die Regelung langfristig nicht als Vorteil erweisen. Denn das Risiko der vorzeitigen Vertragsbeendigung wird ein ökonomisch denkender Unternehmer einpreisen.

Die im Erwägungsgrund 46 vorgetragene Begründung für eine Begrenzung der Vertragslaufzeiten auf längstens 12 Monate bezieht sich zudem allein auf die behauptete Notwendigkeit, Wettbewerb zu ermöglichen. Die Kommission führt jedoch nicht aus, wieso ausgerechnet im Bereich digitaler Inhalte im Gegensatz zu sonstigen digitalen Diensten oder sonstigen Dienstleistungen eine gesonderte Notwendigkeit derartiger Regulierungseingriffe besteht. Zumindest werden hier keine Gründe angeführt, warum Märkte für digitale Inhalte grundsätzlich zu weniger wettbewerblichen Strukturen tendieren sollten. Selbst wenn man eine Notwendigkeit unterstellt, Regelungen zum Wettbewerbsschutz zu implementieren, ist es nicht nachvollziehbar, warum ausgerechnet die Regelungen zu Vertragslaufzeiten in der aktuellen Marktsituation das geeignete Mittel sein sollen. Zumal diese Vertragslaufzeiten nur von sehr wenigen

Anbietern aus den bereits genannten Gründen angeboten werden. Für viele Märkte Digitaler Inhalte spielen Vertragslaufzeiten überhaupt keine Rolle.

8. Fristlose Kündigung bei verspäteter Bereitstellung

Art. 11 des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte sieht vor, dass der Verbraucher den Vertrag sofort beenden kann, wenn die digitalen Inhalte nicht gemäß Art. 5 bereitgestellt werden. Dieses sofortige Lösungsrecht vom Vertrag, ohne dem Anbieter nach Aufforderung durch den Verbraucher die Möglichkeit einer nachträglichen Bereitstellung der digitalen Inhalte zu ermöglichen, ist unverhältnismäßig. Dem Recht zu einer sofortigen Beendigung des Vertrages müsste aus unserer Sicht zumindest eine erfolglose Aufforderung zur Leistung unter Setzung einer angemessenen Frist vorausgegangen sein.

9. Beendigung des Vertrags: Rechtsfolgen, insbesondere Wiedererlangungsrecht für user-generated content (Artikel 13 Nr. 2 c)

Nach Art. 13 Zf. 1 des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte kann der Verbraucher sein Recht auf Vertragsbeendigung durch eine „auf beliebige Weise“ abgegebene Mitteilung an den Anbieter ausüben. Dies ist nicht sachgemäß. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Unternehmer auf der einen Seite die vorherige Benachrichtigung bei geplanter Änderung eines wesentlichen Leistungsmerkmals des Vertrags nach Art. 15 des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte in Form eines dauerhaften Datenträgers zu erbringen hat, für die Vertragsbeendigung durch den Verbraucher jedoch „eine auf beliebige Weise abgegebene Mitteilung“ ausreichen soll. Hier sollte Textform vorgeschrieben werden.

Beendet der Verbraucher den Vertrag, so muss der Anbieter ihm nach Art. 13 und Art. 16 die technischen Möglichkeiten zur Verfügung stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm selbst bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann. Außerdem muss der Unternehmer die Nutzung der Gegenleistung, z.B. der eingegebenen Daten, unterlassen. Problematisch könnte in der Praxis der Datenverarbeitung außerdem das Recht zur Rückerlangung von Daten sein, die durch die Nutzung der digitalen Inhalte erzeugt wurden.

Wenn „user-generated content“ eine Rolle spielt, kommen im Zusammenhang mit der Rückabwicklung des Vertrags noch mehr Fragen auf. Der Begriff „user-generated content“ wird in dem Richtlinien-Entwurf nicht klar definiert. Bei einer weiten Auslegung lassen sich auch solche Inhalte darunter subsumieren, deren Einbeziehung deutlich zu weit ginge. Beispielsweise werden von Verbrauchern in vertraglichen Beziehungen zum Anbieter von Speicher- und Contentdienstleistungen regelmäßig Inhalte auf vom Anbieter zur Verfügung gestellten Speicherplätzen gespeichert. Der Zugriff auf diese Inhalte ist allerdings aufgrund der Lizenzbedingungen den Content betreffend nur für die Dauer der vertraglichen Beziehung zwischen Verbraucher und Anbieter zulässig. Dies betrifft beispielsweise Filminhalte, die auf entliehener Hardware des Anbieters wie einer Set-Top-Box zwischengespeichert werden. Nach dem Richtlinienentwurf könnte diese Art des Zwischenspeicherns auch als wiederzuerlangender „user-generated content“ aufgefasst werden, obwohl nach der vertraglichen Vereinbarung zwischen Anbieter und Verbraucher der Zugriff auf

diese Inhalte ausdrücklich nur für die Dauer der vertraglichen Beziehung geschuldet war. Unklar ist auch, ob unter „user-generated-content“ auch Inhalte fallen, die von Dritten erstellt und nur vom „user“ abgespeichert wurden. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass je nach Auslegung auch nicht selbstständige erstellter Content unter den Begriff fallen könnte.

Darüber hinaus ist nicht deutlich geregelt, in welcher Form der Anbieter dem Verbraucher die Wiedererlangung des contents ermöglichen soll. Nach dem Richtlinienentwurf soll dies ohne „erhebliche“ Unannehmlichkeiten“ der Fall sein. Hierunter könnte auch zu verstehen sein, dass der Anbieter dem Verbraucher die Wiedererlangung der Inhalte in allen „gebräuchlichen Datenformaten“ anzubieten hat. Dies wäre aufgrund der damit für die Anbieter unabsehbaren und jedenfalls erheblichen Kostenfolgen unverhältnismäßig und daher abzulehnen. An dieser Stelle ist eine klarere Definition des Begriffs „user-generated content“ und eine deutlich eingeschränkte Regelung des Wiedererlangungsrechts des Verbrauchers erforderlich, die einerseits den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung zwischen Verbraucher und Anbieter berücksichtigt und andererseits keinen für die Anbieter unverhältnismäßigen Umsetzungsaufwand nach sich zieht.

10. Haftungsregelung und Schadensersatzregelung nach Art. 10 und 14

10.1 Allgemeine Haftungsverschärfung für Anbieter

Unklar ist zunächst das Verhältnis von Art. 10 und Art. 14 des Entwurfs der Richtlinie über digitale Inhalte. Art. 10 ist mit „Haftung des Anbieters“ überschrieben, enthält jedoch lediglich Haftungs Voraussetzungen und keine Rechtsfolgen. Art. 14 regelt die Haftungsfolge Schadensersatz, stellt jedoch als Haftungs Voraussetzung terminologisch nicht auf die „Vertragswidrigkeit“ nach Art. 10 ab, sondern auf die „Nichteinhaltung des Vertrages“. Ob damit das gleiche oder etwas anderes gemeint ist, bleibt unklar. Indem das Verhältnis von Art. 10 zu Art. 14 unklar bleibt, ist ebenfalls unklar, ob Art. 10 auch allein als Haftungsgrundlage für Schadensersatz herhalten kann. Die in Art. 14 vorgenommene Begrenzung des Schadensersatzes auf „Schädigung der digitalen Umgebung“ wäre dann hinfällig. Zudem enthält Art. 10 anders als Art. 14 keinen Spielraum für Abweichungen durch den nationalen Gesetzgeber. Da Art. 10 kein Verschuldenserfordernis für die Begründung der Haftung vorsieht, ist unklar, ob damit ein genereller verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch gegen Anbieter digitaler Inhalte begründet werden soll. Aber auch Art. 14 sieht kein Verschulden als Haftungs Voraussetzung vor. Es ist auch unklar, ob die Regelung in Art. 14 Zf. 2 „Die Mitgliedstaaten legen die Einzelheiten bezüglich der Ausübung des Rechts auf Schadensersatz fest“ sich lediglich auf die Rechtsfolgenseite oder auch auf die Tatbestandsseite bezieht. Insbesondere ist unklar, ob der nationale Gesetzgeber ein Verschuldenserfordernis einführen kann. Der Wortlaut „Ausübung“ spricht eher dafür, dass der nationale Gesetzgeber nur die Rechtsfolgenseite näher regeln, nicht aber den haftungsbegründenden Tatbestand einschränken kann.

Nach allgemeinen Regeln im deutschen Recht muss derjenige, der Schadensersatz aus Vertrag beansprucht, die Pflichtwidrigkeit sowie die haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität beweisen. Der Anbieter muss zudem schuldhaft gehandelt haben, wobei das Verschulden bei bewiesener Pflichtwidrigkeit indiziert, jedoch

Exkulpation möglich ist. Dieses Haftungssystem entspricht auch dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Art. 159. Demgegenüber sieht der Richtlinienentwurf sowohl eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit vor und lässt auch das Verschuldenserfordernis entfallen. Diese Regelung schafft einen inakzeptablen Standortnachteil für in Europa regulierte Anbieter digitaler Inhalte.

10.2 Keine summenmäßige Haftungsbeschränkung

Der Richtlinienentwurf sieht auch keine summenmäßige Haftungsbeschränkung zugunsten des Anbieters vor. Die monatlichen Umsätze bei Laufzeitmodellen in der Cloud pro Verbraucher sind regelmäßig gering und vergleichbar den bei Mobilfunkverträgen. Während es für den TK-Bereich für Vermögensschäden jedoch eine Haftungsbeschränkung des Providers auf € 12.500 pro Endkunde gibt (§ 44aTKG), sieht die Richtlinie eine solche Beschränkung für digitale Inhalte nicht vor, obwohl die Sachverhalte und Verbraucherrisiken vergleichbar sind. Das Schadensrisiko lässt sich im deutschen Recht auch nicht durch vertragliche Regelungen adäquat beschränken, da nach der Rechtsprechung in Deutschland in AGB summenmäßige oder auf den Umsatz bezogene Haftungsbeschränkungen rechtssicher nicht vereinbart werden können. Ob irgendeine Form der Haftungsbegrenzung nach der Richtlinie überhaupt möglich wäre, ist zudem unklar.

Bitkom fordert daher, eine Haftungsbeschränkung analog der Regelung im deutschen TK-Recht oder – wie in den Vertragsmodellen der US-Anbieter üblich – umsatzbezogene Haftungsgrenzen in den Richtlinienentwurf einzuführen.

10.3 Besondere Haftungsverschärfung für die Handelsebene bei mehrstufigem Vertrieb digitaler Inhalte

Gerade für den mehrstufigen Vertrieb von Cloud-Lösungen und sonstigen laufzeitbezogenen Softwarelizenzen ist es notwendig, zu einem Haftungsregime zu gelangen, das den einzelnen Vertriebsstufen nicht höhere Haftungsrisiken auferlegt als nach allgemeinem Kaufrecht. Der Vertrieb solcher Lösungen wäre sonst angesichts des für den Händler unkalkulierbaren, nicht beherrschbaren und auch nicht versicherbaren Risikos für Retail, Fachhändler und Systemhäuser unattraktiv. Da viele Cloud-Produkte in der Breite nur über mehrstufige Vertriebssysteme beim Verbraucher ankommen, würde dies auch den Zielen der Richtlinie widersprechen, die Verbreitung solcher Angebote zu fördern.

Nach allgemeinem Kaufrecht haftet ein Händler bei Fehlerhaftigkeit eines Produktes nur auf Gewährleistung. Da er nicht Hersteller des Produktes ist, trifft ihn kein Verschulden an der Fehlerhaftigkeit. Der Hersteller ist auch nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers, so dass letzterem auch ein etwaiges Verschulden des Herstellers nicht nach § 278 BGB zugerechnet werden kann und eine Schadensersatzhaftung des Händlers für Produktfehler kaufrechtlich ausgeschlossen ist. Es wird sich kein nationales Recht in Europa und im Common Law finden lassen, wo dies anders ist. Überall ist die Produkthaftung Sache des Herstellers, die wiederum nur unter den Voraussetzungen der Produkthaftungsrichtlinie verschuldensunabhängig ist.

Dieses Haftungssystem wird durch den Richtlinienentwurf komplett auf den Kopf gestellt: Es soll der Händler als Vertragspartner des Verbrauchers verschuldensunabhängig und belastet mit der Beweislast der Vertragsgemäßheit haften. Der Händler kann aber kaum die Vertragsgemäßheit der Produkte beweisen, weil er genauso wenig Zugriff hat auf den Source Code oder sonstige Fehlerquellen wie der Verbraucher. Ein Regressanspruch wird regelmäßig scheitern, wenn die maßgeblichen Hersteller z.B. aus den USA kommen und zwischen Händler und Hersteller US-Recht vereinbart ist.

So würde z.B. der Händler nach der Richtlinie auf Schadensersatz haften, wenn eine von ihm auf CD oder per ESD (Electronic Software Distribution) vertriebene Antivirensoftware nach den Behauptungen des Verbrauchers einen Fehler hatte, einen Virus nicht erkannte und dadurch Daten gelöscht wurden. Wenn das Vertragsverhältnis mit dem Softwarehersteller auf US-Recht beruht, kann der Händler nicht einmal Regress nehmen. Die Folge ist, dass Händler abgeschreckt werden, überhaupt digitale Inhalte zu vertreiben, da sie ein Risiko übernehmen müssen, das sie in zweifacher Hinsicht nicht beherrschen: Zum einen beherrschen sie das Produkt nicht, das tut nur der Hersteller. Zum anderen beherrschen sie das Schadensrisiko auf Kundenseite nicht, das tut nur der Endkunde.

In Ziffer 44 der Erwägungsgründe heißt es, dass die Schadensersatzregelung den Zweck verfolgt, „das Vertrauen der Verbraucher in digitale Inhalte zu steigern“. Dies kann jedoch nicht auf Kosten der Handelsebene geschehen, die selbst die Produkte nicht beherrscht und schon heute aus Haftungsgründen Cloud-Lösungen nur zögerlich im eigenen Namen vertreiben will. Handelsvertretersysteme, die die Haftung des Händlers entfallen lassen würden, sind im klassischen IT-Bereich unüblich und werden vom Handel außerhalb des TK-Bereichs ungern akzeptiert, weil der Handel die vertragliche Kundenbeziehung beibehalten will. Da zudem Vertriebssysteme letztlich herstellereitig aufgebaut werden, hätte es die Handelsebene auch gar nicht in der Hand, ein risikoadäquates Vertriebssystem zu schaffen.

Damit der Vertrieb von Cloud-Lösungen und anderer digitaler Inhalte unabhängig vom gewählten Vertriebssystem und der Qualifikation des Vertrages attraktiv wird, muss auf europäischer Ebene sichergestellt werden, dass die Handelsebene als Anbieter digitaler Inhalte unabhängig von der Qualifikation des Vertrages mit dem Verbraucher (Kaufrecht, Mietrecht, Dienstvertragsrecht) nicht stärker haftet als nach Kaufrecht. Daher genügt es für die Handelsebene nicht, dass die verschuldensunabhängige Haftung des Richtlinienvorschlags beseitigt wird, vielmehr muss klargestellt werden, dass ein Händler als Anbieter auf Schadensersatz nur bei eigenem Verschulden haftet und etwaiges Verschulden des Herstellers digitaler Inhalte ihm nicht zugerechnet werden kann.

11. Schwierige Abgrenzung des digitalen Inhalts von Angeboten anderer Dienste

Nach Erwägungspunkt 20 der Begründung des Vorschlags soll bei Angeboten eines Vertrags oder eines Bündels von Verträgen digitaler Inhalte in Verbindung mit anderen Dienstleistungen oder Waren, die nicht ausschließlich der Übermittlung von digitalen Inhalten dienen, die Richtlinie nur für den Teil zur Anwendung kommen, der die digitalen Inhalte betrifft. Für die sonstigen Bestandteile soll das anwendbare Recht maßgebend sein. Die Abgrenzung ist in vielen Fällen jedoch bei gebündelten Verträgen oder einem Vertrag, der verschiedene Dienste umfasst, schwierig.

**Stellungnahme:
EU-Vorschläge zu Online-Kaufrecht-Richtlinie
und Richtlinie über digitale Inhalte**

Seite 17|17

Beispielsweise im Bereich der Telekommunikation wäre bei der Bündelung von Zugangsdiensten mit TV-Angeboten, bei denen sowohl Lizenzkosten (wie etwa für Premiumsportinhalte) als auch Zugangshardware (Set-Top-Boxen) über die Laufzeit des Vertrags über die Telekommunikationsdienstleistung zu refinanzieren ist, die Abgrenzung schwierig. Der durch die unterschiedliche rechtliche Behandlung der Vertragsbestandteile dieser Bündelverträge potentiell hervorgerufene Eingriff in die Vertragsautonomie wäre für Anbieter in der Praxis höchst nachteilig. Es ist dem Kunden nicht zu vermitteln, dass die einzelnen Vertragsbestandteile unterschiedliche Laufzeiten haben und unterschiedlichen Rechten und Pflichten unterliegen sollen. Fraglich ist, ob eine solche Differenzierung innerhalb eines Vertrags überhaupt zulässig wäre. Die Gefahr besteht, dass die Regeln für die digitalen Inhalte deshalb am Ende für den gesamten Vertrag Anwendung finden werden. Eine Differenzierung nach der Vertragslaufzeit hinsichtlich der einzelnen Vertragsbestandteile würde die Anbieter in vielen Fällen außerdem vor technische Probleme stellen. Die vorgeschlagene Regelung könnte sich insgesamt negativ auf die am Markt erhältlichen Angebote von digitalen Inhalten im Bündel mit anderen Diensten auswirken.