

# Stellungnahme

## Fragenkatalog des BMJV zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte

22.04.2016

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). Um diese soll es hier nur am Rande gehen. 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). Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz hat zu einer Diskussionsveranstaltung zum Digitalen Vertragsrecht am 03. Mai 2016 eingeladen und in diesem Zusammenhang um die Beantwortung eines Fragenkatalogs gebeten. Bitkom bedankt sich beim Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Fragenkatalog, der im Folgenden beantwortet werden soll:

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

**1. Zum Anwendungsbereich:**

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

Der weite Anwendungsbereich durch die bewusst weit gewählte Definition des digitalen Inhalts birgt Abgrenzungs- und Anwendungsschwierigkeiten.

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. Der 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 Verbrauchers an die Qualität dieses Angebots sind nicht vergleichbar mit den Bedingungen beim Kauf einer DVD.

Ein Beispiel zur Verdeutlichung der Schwierigkeiten bei der Auslegung des Begriffs „digitaler Inhalt“, und damit 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 bei einem Cloud-Printing-Dienst der digitale Inhalt der Hauptgegenstand des Vertrags ist und damit die Richtlinie über digitale Inhalte anwendbar wäre, 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.

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

Der Richtlinienvorschlag wirft hinsichtlich des Konzepts „Daten als Gegenleistung“ eine Reihe von Fragen auf, die in seiner derzeitigen Form unbeantwortet bleiben. 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.

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.

**Stellungnahme:  
Fragenkatalog des BMJV zum Entwurf der  
Richtlinie über digitale Inhalte**

Seite 4|13

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.

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

Bitkom hält die strikte Trennung von analoger und digitaler Welt weder für sachgerecht noch für zukunftstauglich, da beide Welten schon heute mehr und mehr miteinander verschmelzen. Die Richtlinie über digitale Inhalte und die gleichzeitig vorgestellte Onlinekaufrecht-Richtlinie würden zu technischen und rechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Durch die Komplexität des Regelwerks und die Fülle der für digitale Inhalte geltenden Pflichten könnte die Innovationskraft des Digitalmarkts gehemmt werden.

Auch wenn im hier zu beantwortenden Fragenkatalog explizit nur Fragen zur Richtlinie über digitale Inhalte gestellt werden, möchten wir trotzdem auch auf die gleichzeitig vorgestellte Onlinekaufrecht-Richtlinie eingehen, um die Abgrenzungsschwierigkeiten zu verdeutlichen.

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 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.

Wir kritisieren die Trennung nach dem Vertriebsweg – online oder offline –, die mit der Onlinekaufrecht-Richtlinie eingeführt würde. Genauso kritisch sehen wir die Trennung nach dem Produkt bzw. dem Service – digitaler Inhalt oder anderes Produkt bzw. anderer Service –, die durch die Richtlinie über digitale Inhalte eingeführt würde.

Zunächst zur Verdeutlichung der Trennung der Onlinewelt von der Offlinewelt im Bezug zur Onlinekaufrecht-Richtlinie: 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.

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.

## Stellungnahme: Fragenkatalog des BMJV zum Entwurf der Richtlinie über digitale Inhalte

Seite 7|13



Zur Richtlinie über digitale Inhalte: 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 muldimediafähigen 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. Nach Erwägungsgrund 11 soll die Richtlinie für solche digitalen Inhalte nicht gelten, die derart in einer Ware integriert sind, dass sie fester Bestandteil der Ware sind und ihre Funktionen den Hauptfunktionen der Ware untergeordnet sind. Gerade im Bereich von in beweglichen Sachen integrierten digitalen Inhalten (z.B. Smartphones, Tablets, Wearables und „Internet of Things“ Produkte) wird die schwierige Abgrenzung deutlich. Bei einem sich so schnell wandelnden und so innovationsintensiven Markt wie dem Digitalmarkt ist heute noch gar nicht absehbar, ob zukünftig bei einem Produkt der digitale Inhalt im Vordergrund stehen wird oder die Hardware, in die der digitale Inhalt eingebettet ist. Heute schon verfließen die Grenzen. Ist beispielsweise eine Smartwatch einfach eine Uhr mit einigen zusätzlichen Funktionen, also ein Produkt mit eingebetteter Software, die als digitaler Inhalt hinter der Hauptfunktion als Uhr in den Hintergrund tritt? Oder handelt es sich nicht vielmehr um ein in der Form einer Armbanduhr verpacktes Paket an digitalen Inhalten? Steht der digitale Inhalt also im Vordergrund des Produkts?

Die gewünschte Vermeidung der Fragmentierung der Rechtsordnung wird damit nicht erreicht. Das eigentliche Ziel der Vereinheitlichung der Rechtsordnung im europäischen Binnenmarkt wird hier konterkariert.

Gerade im Bereich „Internet of Things“ birgt der Entwurf noch weitere Abgrenzungsschwierigkeiten. So heißt es im Erwägungsgrund 17: „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.

Auch bei gebündelten Verträgen und bei Verträgen, die verschiedene Dienste umfassen, gibt es Abgrenzungsprobleme. 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. 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.

## **2. Zum Fehlerbegriff:**

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

Bitkom spricht sich für die Beibehaltung des subjektiven Fehlerbegriffs aus. Die Einführung bestimmter objektiver Kriterien, die digitale Inhalte stets erfüllen müssen, halten wir weder für notwendig noch für sinnvoll.

Die Einführung bestimmter objektiver Kriterien birgt - insbesondere vor dem Hintergrund der weiten Definition von digitalen Inhalten - die Gefahr, mehr Rechtsunsicherheit und neue Hürden für Innovation und Wachstum im digitalen Binnenmarkt zu schaffen. Eine Festlegung auf bestimmte objektive Kriterien erscheint auch aus praktischen Gesichtspunkten nicht sinnvoll. Allein das Kriterium der Interoperabilität lässt sich für den Anbieter nicht dauerhaft garantieren, weil der Verbraucher beispielsweise seine digitale Umgebung ändern kann. Dem Anbieter ist es nicht zumutbar, seine Inhalte permanent zu aktualisieren, damit sie in jeder erdenklichen Konstellation interoperabel sind. Allein dieser weite Begriff würde dazu führen, dass eine Vielzahl an Inhalten als mangelhaft einzustufen wäre. Vor diesem Hintergrund sollte am subjektiven Fehlerbegriff festgehalten werden. Auch unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit sollte der digitale Inhalt dann als mangelfrei gelten, wenn er den vertraglichen Vereinbarungen entspricht.

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

Wie oben bereits ausgeführt, sehen wir das Konzept „Daten als Gegenleistung“ noch nicht als ausreichend durchdacht und auf alle rechtlichen Konsequenzen hin überprüft an. Wenn es jedoch eingeführt würde, so wären wir für eine Differenzierung im Rahmen des objektiven Fehlerbegriffs.

Bei der Frage nach relevanten Standards sowie nach dem Katalog der Abhilfen bei Vertragswidrigkeit sollte aus unserer Sicht im Rahmen des objektiven Fehlerbegriffs berücksichtigt werden, ob die Gegenleistung in einer Zahlung von Geld bestand oder ob eine andere Gegenleistung (zum Beispiel die Eingabe von personenbezogenen Daten) erbracht wurde.

Hinsichtlich Art. 6 Abs. 2 lit. c) möchten wir noch anmerken, dass der Anbieter nicht ohne eigenes Verschulden für Aussagen einer beliebigen Person in der Lieferkette haften sollte. Eine solche ausufernde Haftung wäre absolut unverhältnismäßig. Die Frage der Haftung für Äußerungen, die man selbst nicht getätigt hat, stellt sich auch bei Plattformen: Dienste, die lediglich Plattformen für digitale Inhalte zur Verfügung stellen, können in vielen Fällen keine Garantien über die Qualität von digitalen Inhalten geben, da diese von den Konsumenten selbst zur Verfügung gestellt werden. Insbesondere vor dem Hintergrund der weiten Definition von digitalen Inhalten erscheint insofern eine Differenzierung sinnvoll. Dabei sollte auch insbesondere berücksichtigt werden, von wem die digitalen Inhalte zur Verfügung gestellt wurden.

Schließlich möchten wir noch eine Feststellung hinsichtlich der in Art. 6 verwendeten Begrifflichkeiten machen. Der Begriff „berücksichtigen“ in Art. 6 Abs. 2 am Ende ist sehr unbestimmt. Dies führt zu Auslegungsschwierigkeiten. Ob die Sache vertragsgemäß ist, soll nach Ziffer 2 danach bestimmt werden, ob die Inhalte für die Zwecke geeignet sind, für die Inhalte gleicher Art gewöhnlich genutzt werden. Dabei sollen dann z.B. auch internationale Normen

berücksichtigt werden (siehe b). Hierbei stellt sich die Frage, ob die internationale Norm ein zwingender Maßstab oder nur eine Art Abwägungskriterium darstellen soll.

### **3. Zur Haftung des Anbieters:**

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

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

Die Fragen 3. lit. a) und lit. b) im Zusammenhang stehen, möchten wir sie hier zusammen beantworten.

Wir sehen keinen sachlichen Grund, warum Verträge über digitale Inhalte einem anderen – strengeren – Haftungskonzept unterliegen sollten als Verträge über andere Produkte oder Dienste. Die zeitlich unbegrenzte Haftung bei zeitlich unbegrenzter Beweislastumkehr halten wir für unverhältnismäßig und sachlich nicht gerechtfertigt. Durch die unterschiedlichen nationalen Verjährungsfristen wird das Ziel der Rechtsvereinheitlichung konterkariert.

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 beeinträchtigende 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 handelnde 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.

#### **4. Zu den Abhilfen:**

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

Ein solches sofortiges Vertragsbeendigungsrecht halten wir für unverhältnismäßig.

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.

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

Die Regelungen für die Rückabwicklung bezüglich (personenbezogener) Daten, user-generated content, digitale Inhalte auf körperlichen Datenträgern und unverkörpernte digitale Inhalte gemäß Artikel 13 halten wir nicht für sachgerecht, denn sie sind nicht praktikabel.

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.

Art. 13 Abs. 2 c) sieht 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.

— 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 selbstständig 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.