

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen JZ Zeitung

12

74. Jahrgang
21. Juni 2019
Seiten 577-632

Aus dem Inhalt:

Axel Metzger

Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?

Katharina Kaesling

Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang des Internets?

Martin Böse und Scarlett Jansen

Die Vortat der Geldwäsche – unionsrechtliche Vorgaben und ihre Konsequenzen für das deutsche Strafrecht

Georg Sandberger

Gefahr durch Target-Salden – Risikoreiche Kreditvergabe oder bedeutungslose Buchungsposten?

BVerfG mit Anmerkung von

Philipp Reimer

Kein vollständiger Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien

BGH mit Anmerkung von

Stephan Rixen

Verfassungswidrigkeit des kollisionsrechtlichen Verbots von „Kinderehen“?



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

12 74. Jahrgang
21. Juni 2019

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Gesetzgebung

Professor Dr. **Axel Metzger**, LL.M. (Harvard)
Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen:
Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform? **577**

Dr. **Katharina Kaesling**, LL.M. Eur.
Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang
des Internets? **586**

Professor Dr. **Martin Böse** und Dr. **Scarlett Jansen**
Die Vortat der Geldwäsche – unionsrechtliche Vorgaben
und ihre Konsequenzen für das deutsche Strafrecht **591**

Aufsatz

Professor Dr. Dr. h.c. **Georg Sandberger**
Gefahr durch Target-Salden – Risikoreiche Kreditvergabe
oder bedeutungslose Buchungsposten? **599**

Umschau

Tagungsbericht

Ausnahmen brechen die Regel. Symposium am 26. 10. 2018
an der Universität Heidelberg anlässlich des 75. Geburtstags
von Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof
Trutz M. Harder und **Johannes Klamet** **608**

Literatur

Anne Dankowski: Expertengruppen in der
europäischen Rechtsetzung
Professor Dr. **Christoph Ohler** **610**

Entscheidungen

BVerfG, 26. 3. 2019 – 1 BvR 673/17
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Philipp Reimer**
Kein vollständiger Ausschluss der Stiefkindadoption
in nichtehelichen Familien **611**

BGH, 14. 11. 2018 – XII ZB 292/16
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Stephan Rixen**
Verfassungswidrigkeit des kollisionsrechtlichen
Verbots von „Kinderehen“? **623**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **476***
Gesetzgebung **477***
Entscheidungen in Leitsätzen **478***
Neuerscheinungen **490***
Zeitschriftenübersicht **498***
Festschrift/Sammelwerke **501***
Impressum **502***

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

12 74. Jahrgang
21. Juni 2019
Seiten 577–632

JZ Juristen Zeitung

Gesetzgebung

Professor Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard), Berlin*

Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?

Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen stellen das Vertragsrecht vor neuartige Herausforderungen. Der Leistungsgegenstand ist unkörperlich, seine Benutzung wird oft an den Abschluss eines Endnutzer-Lizenzvertrags geknüpft. Die Grenzen zwischen dauerhafter und zeitlich begrenzter Überlassung und zwischen primärer und sekundärer Leistungspflicht verschwimmen. Verbraucher zahlen durch einmaliges Entgelt, im Abonnement oder durch Preisgabe personenbezogener Daten. Die nunmehr vorliegende „Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“ schlägt eine Neuordnung des Vertragsrechts vor, die quer zu den hergebrachten BGB-Vertragstypen liegt. Der Beitrag plädiert für eine Richtlinienumsetzung im Rahmen eines neuen BGB-Vertragstypus.

I. Einleitung

Im Windschatten der in der Öffentlichkeit stark umstrittenen „Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt“ haben das Europäische Parlament und der Rat kurz vor dem Ende der Legislaturperiode die beiden seit Jahren diskutierten Richtlinien zum Vertragsrecht im digitalen Binnenmarkt verabschiedet. Damit liegen nunmehr die finalen Texte der Richtlinie (EU) 2019/770 „über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“¹ sowie die Richtlinie (EU) 2019/771 „über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs“² vor. Während die letztgenannte Richtlinie die Verbrauchsgüterkauf-RiL 1999/44/EG im Hinblick auf die heutigen Anforderungen des Online-Warenhandels überholt, betritt der Gesetzgeber mit der Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienste (im Folgenden: kurz als „die Richtlinie“ bezeichnet)

weitgehend unbeschränktes Gelände.³ Verträge über den Erwerb von Software, Apps, Computerspielen oder Filmen, über Musik- und Video-Streamingdienste und über die Benutzung von Webseiten, Suchmaschinen, Social Media-Diensten etc. sind bislang nur in einzelnen Randaspekten gesetzlich geregelt. Entsprechend unterentwickelt ist der Verbraucherschutz. Auch im B2B-Bereich fehlt es an dispositiven Regelungen, die zur Ergänzung bei unvollständigen Verträgen und als Prüfungsmaßstab in der AGB-Kontrolle herangezogen werden können. In diese Lücke stößt nun die neue Richtlinie. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist auf Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen beschränkt.⁴ Hier soll allerdings eine Vollharmonisierung erreicht werden.⁵ Da die Richtlinie (von einzelnen Ausnahmen abgesehen) nur die Rechte des Verbrauchers und die Pflichten des Unternehmers regelt, nicht aber die Pflichten des Verbrauchers und die Rechte des Unternehmers, wird der tatsächlich erreichte Grad der Rechtsangleichung auch davon abhängen, wie die Mitgliedstaaten die Bestimmungen in ihr bestehendes Vertragsrechtssystem einbetten.⁶

II. Struktur der Richtlinie und Typologie des BGB-Vertragsrechts

Die Richtlinie sieht für die verschiedenen Untertypen der Bereitstellung von Inhalten und Diensten einheitliche Regelungen vor, unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte und Dienstleistungen einmalig und endgültig oder ob sie nur zeitweilig überlassen werden bzw. genutzt werden können. Für die Anwendung der Vorschriften ist es zudem unerheblich, ob der Verbraucher zu einer Einmalzahlung verpflichtet ist, ob er regelmäßige Zahlungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses zu leisten hat oder ob er statt einer Geldzahlung personenbezogene Daten preisgibt. Wie fügt sich eine solche Konzeption in die Vertragstypologie des BGB ein?

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Gewerblicher Rechtsschutz, Humboldt-Universität zu Berlin und Principal Investigator am Weizenbaum-Institut für die Vernetzte Gesellschaft, Berlin.

1 ABl. L 136 v. 22. 5. 2019, S. 1–27.
2 ABl. L 136 v. 22. 5. 2019, S. 28–50.

3 *Grünberger* AcP 218 (2018), 213, 219; *Wendland* EuZW 2016, 126, 131 („revolutionär“).

4 Art. 1.

5 Art. 4.

6 Kritisch hierzu auch *Gsell* ZUM 2018, 75, 79.

Die Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen und von Verträgen über digitale Inhalte und Dienstleistungen wird in Deutschland seit Jahrzehnten diskutiert, ohne dass Rechtsprechung und Literatur eine allgemein akzeptierte Lösung entwickeln konnten.⁷ Klar ist, dass das (allgemeine) Schuldrecht nur am Rande auf die Besonderheiten dieser Verträge eingeht.⁸ Ein auf sie zugeschnittener spezieller Vertragstypus fehlt. Die herrschende Meinung wendet deswegen die Vertragstypen des BGB an, insbesondere den Kaufvertrag bei der dauerhaften Überlassung gegen Einmalzahlung⁹ und den Mietvertrag bei der zeitweiligen Überlassung gegen regelmäßige Zahlungen.¹⁰ Bei eher tätigkeitsbezogenen Onlinediensten wird zudem die Anwendung des Dienst-¹¹ oder Werkvertragsrechts¹² diskutiert. Da die immateriellen Güter – Software, Musik, Video – und die Befugnis, diese nutzen zu dürfen, oftmals den Schwerpunkt des Vertrags bilden,¹³ wird in der urheberrechtlichen Literatur für die Anerkennung eines unbenannten Vertragstypus Lizenzvertrag plädiert, der an den Besonderheiten der zugrundeliegenden immateriellen Schutzgegenstände ausgerichtet ist und die Erlaubnis der Nutzung in den Mittelpunkt stellt.¹⁴ Für eine solche Einordnung spricht die Vertragspraxis, die Verträge als Endnutzerlizenzverträge („EULA“) auszugestalten. Mangels gesetzlicher Regelung wird für den Lizenzvertrag dann allerdings wiederum analog das Kaufvertragsrecht herangezogen, jedenfalls für Fragen der Mängelgewährleistung.¹⁵ In der Summe sind nach der jetzigen Gesetzeslage die Modelle am leistungsstärksten, die je nach Vertragsgestaltung den Schwerpunkt entweder bei der dauerhaften oder zeitweiligen Überlassung des körperlichen Datenträgers bzw. der unkörperlichen Inhalte oder bei der Einräumung der Nutzungsrechte sehen und dementsprechend Kauf- bzw. Mietvertragsrecht oder Lizenzvertragsrecht anwenden.¹⁶

Die vertragstypologische Einordnung der von der Richtlinie erfassten Verträge in die hergebrachten Regelungen des BGB ist also komplex. Zusätzliche Schwierigkeiten resultieren daraus, dass vielfach der Veräußerer der Inhalte und der Inhaber der Schutzrechte nicht identisch sind, so dass es sich de facto um ein Dreipersonenverhältnis handelt.¹⁷ Es ist keineswegs untypisch, zunächst eine Software von einem Veräußerer, etwa einem Onlineshop, zu erwerben und danach

mit dem Rechtsinhaber, dem Softwareunternehmen, einen Endnutzerlizenzvertrag abzuschließen. Beide Verträge können aber auch zusammenfallen. Die Regelungen der Richtlinie gehen über diese Problematik schweigend hinweg, so als gäbe es kein Bedürfnis für Verbraucher, die Erlaubnis für urheberrechtlich relevante Handlungen einzuholen.¹⁸ Bei der Umsetzung ins nationale Recht sollte sorgfältig geprüft werden, ob es insoweit einer Ergänzung der Regelungen bedarf. Auf ein rechtliches Vakuum stößt schließlich die Regelung in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie, wonach der Verbraucherschutz bei Entgeltzahlung und bei Preisgabe personenbezogener Daten im Grundsatz gleich auszugestalten ist.¹⁹

III. Zentrale Regelungen

1. Anwendungsbereich

Eine der umstrittensten Regelungen der Richtlinie findet sich gleich zu Beginn in Art. 3 Abs. 4. Danach findet die Richtlinie keine Anwendung auf „digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, die im Sinne von Art. 2 Nr. 3 in Waren enthalten oder mit ihnen verbunden sind und gemäß einem diese Waren betreffenden Kaufvertrag mit diesen Waren bereitgestellt werden, unabhängig davon, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Verkäufer oder von einem Dritten bereitgestellt werden.“ Insoweit greift die am gleichen Tag verabschiedete Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, die jedoch hinter dem spezifisch auf digitale Inhalte und Dienstleistungen zugeschnittenem Verbraucherschutzniveau der Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen zurückbleibt. So fehlt es in der Warenkauf-Richtlinie an den spezifischen Rechten von Verbrauchern im Hinblick auf durch sie geschaffene Inhalte, wie sie Art. 16 der Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen vorsieht. Auch fehlt es an Regelungen zur Änderung des digitalen Inhalts durch den Unternehmer, wie sie in Art. 19 der Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen zu finden sind. Ungeregelt bleiben auch Verträge über „smarte“ Produkte, bei denen der Verbraucher Daten als Gegenleistung zur Verfügung stellt. Dagegen wurden die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und die Pflicht des Unternehmens, Updates und Sicherheitspatches zu liefern, weitgehend angepasst.²⁰

Beachtenswert ist die Einbeziehung von Verträgen, bei denen „die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden“. Die Regelung folgt dem Modell von Art. 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-RiL. Für Verträge mit Verbrauchern dürfte die Regelung allerdings nur selten von Bedeutung sein, da es sich bei digitalen Inhalten und Dienstleistungen für den Verbraucherbereich um Standardprodukte handelt. Im B2B-Bereich ist die Entwicklung von individuellen Softwarelösungen dagegen von großer Bedeutung. Hier findet nach herrschender Meinung bislang Werkvertragsrecht Anwendung.²¹ Die Rechte und Pflichten der Parteien eines

⁷ Vgl. hierzu zuletzt *Kirn/Müller-Hengstenberg* NJW 2017, 433 ff.

⁸ Schon nach geltendem Recht bestehen Besonderheiten beim Verbraucherrückruf; siehe §§ 312g Abs. 2 Nr. 6, 356 Abs. 5 BGB.

⁹ So schon *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989; aus der aktuellen Literatur siehe *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 670 ff., insb. 691 ff.; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 523; *Schneider*, in: Handbuch des EDV-Rechts, 5. Aufl. 2017, S. 1519 u. 1554 ff.; *Weidenkaff*, in: *Palandt* (Begr.), BGB, 78. Aufl. 2019, § 433 Rn. 9, § 453 Rn. 8. Deziert für die Anwendung des Kaufrechts zuletzt auch *Stieper*, in: Festschrift für Köhler, 2014, S. 729 ff.

¹⁰ So insbesondere *BGH* NJW 2007, 2394. Siehe auch *Marly* (Fn. 9), Rn. 743 f.; *Redeker* (Fn. 9), Rn. 596; *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht (Fn. 9), S. 1553; *Weidenkaff*, in: *Palandt* (Fn. 9), § 433 Rn. 9.

¹¹ Siehe hierzu *Cichon*, Internet-Verträge, 2. Aufl. 2005, Rn. 1194.

¹² Siehe *Bräutigam/Sonnleitner*, in: *Hornung/Müller-Terpitz* (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2015, Kapitel 3 Rn. 28 ff.

¹³ Eingehend hierzu *Berger* ZGE 2016, 170.

¹⁴ Deziert *Hilty* MMR 2003, 3.

¹⁵ *Westermann*, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2016, Vor § 433 Rn. 24; *Weidenkaff*, in: *Palandt* (Fn. 9), § 433 Rn. 9.

¹⁶ So bereits *Metzger* NJW 2003, 1994, 1995 mit Differenzierungen.

¹⁷ So auch bereits European Law Institute, Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers, COM (2015) 634 final, 7. 9. 2016, abrufbar unter https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf, S. 24 ff.; Siehe auch *Beale*, in: *Schulze/Staudenmayer/Lohsse* (Hrsg.), Contracts for the Supply of Digital Content, 2017, S. 33, 37 ff.; *Gsell* ZUM 2018, 75, 81.

¹⁸ Gemäß Art. 3 Abs. 9 lässt die Richtlinie Fragen des Urheberrechts unberührt; vgl. aber Erwgr. 53. Siehe hierzu unten III.5. Siehe auch *Spindler*, in: *Schulze/Staudenmayer/Lohsse* (Fn. 17), S. 211 ff.

¹⁹ Siehe hierzu unten III.2.

²⁰ Kritisch gegenüber der ursprünglichen Abweichung der beiden Richtlinien und den sich hieraus ergebenden Konsequenzen für „embedded content“ European Law Institute (Fn. 17), S. 10 ff.

²¹ Statt aller *Busche*, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2018, § 631 Rn. 142; *Marly* (Fn. 9), Rn. 679; *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht (Fn. 9), S. 1473 jeweils m. w. N.

B2B-Softwareentwicklungsverträge weichen deutlich vom Modell der Richtlinie ab, auch wenn einige Regelungen durchaus auch in diesem Kontext Sinn machen können, etwa die detaillierten Regelungen zur Vertragsmäßigkeit.²²

Bei den Verträgen über Freie und Open Source Software sieht die Richtlinie in Art. 3 Abs. 5 lit. f eine differenzierte Regelung vor. Die kostenpflichtige oder datenintensive Überlassung fällt unter die Richtlinie, die kostenlose Überlassung dagegen nicht. In der Tat finden sich in der Praxis beide Konstellationen. Typische Open Source Lizenzen schreiben zwar den lizenzgebührenfreien Vertrieb vor.²³ Für die Überlassung einer Programmkopie und sonstige Dienstleistungen darf aber ein Entgelt genommen werden.²⁴

Weitere wichtige und vom Anwendungsbereich ausgenommene Dienstleistungen sind elektronische Kommunikationsdienste, insbesondere Internetzugangsdienste, sowie Glücksspiele, Finanzdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen usw., Art. 3 Abs. 5. Entsprechende Vertragsverhältnisse sind durch andere Rechte und Pflichten gekennzeichnet, so dass die Regelungen der Richtlinie insoweit nicht passen.

2. Daten als Gegenleistung

Besonderes Augenmerk verdient die Regelung der vertraglichen Leistung des Verbrauchers, die allerdings nicht als vertragliche Pflicht geregelt ist, sondern lediglich zur näheren Bezeichnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie herangezogen wird. Die Richtlinie findet gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 nicht nur Anwendung, wenn der Verbraucher einen Preis zahlt oder sich hierzu verpflichtet, sondern auch, „wenn der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt, außer in Fällen, in denen die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen im Einklang mit dieser Richtlinie oder zur Erfüllung von vom Unternehmer einzuhaltenden rechtlichen Anforderungen verarbeitet werden und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet“.²⁵

Damit wurde zwar die ursprünglich im Kommissionsvorschlag enthaltene Formulierung von den personenbezogenen Daten als Gegenleistung aufgegeben,²⁶ da diese Formulierung unter anderem die Kritik des Europäischen Da-

tenschutzbeauftragten auf sich gezogen hatte.²⁷ Der Sache nach bleibt es aber dabei, dass die Bereitstellung von personenbezogenen Daten durch den Verbraucher die gleichen vertraglichen Ansprüche gegen den Anbieter auslöst wie die Zahlung eines Entgelts.²⁸ Je nach Gestaltung kann es sich hierbei um einen gegenseitigen Vertrag handeln, bei dem der Unternehmer seine Leistung erbringt, um die personenbezogenen Daten des Verbrauchers sammeln und verarbeiten zu können und personalisierte Werbung anzubieten, und der Verbraucher seine Daten preisgibt und in ihre weitere Verarbeitung einwilligt, um die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen zu erhalten.²⁹ Um einen Austausch Dienste gegen Daten handelt es sich gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 allerdings dann nicht, wenn die Daten ausschließlich für die Vertragserfüllung oder für die Einhaltung sonstiger rechtlicher Verpflichtungen erforderlich sind. In diesen Fällen bedarf es gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b und c Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) auch keiner gesonderten Einwilligung des Verbrauchers in die Datenverarbeitung, so dass eine Heranziehung seiner Zustimmung als vertragliche Leistung ausscheidet.

Keine eindeutige Regelung konnte zu der Frage erreicht werden, ob die Richtlinie nur bei aktiv vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Daten Anwendung findet oder ob diese auch gilt, wenn der Verbraucher bei der Wahrnehmung von Dienstleistungen seine Daten passiv durch den Anbieter sammeln lässt. Immerhin wurde die ursprüngliche Formulierung von der „aktiven“ Übermittlung von Daten in Art. 3 Unterabs. 2 gestrichen.³⁰ Erwägungsgrund 24 zielt weiter vor allem auf das aktive Bereitstellen ab, nennt aber zugleich Daten, die der Verbraucher „möglicherweise im Rahmen der Nutzung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen erzeugt“.³¹ Laut Erwägungsgrund 25 kann aber auch die Erhebung von „Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf“ erfasst sein. In der Gesamtschau spricht einiges dafür, dass nach der finalen Textfassung auch bei einem passiven Verbraucher gesammelten Daten erfasst sein können. Dies setzt allerdings voraus, dass es überhaupt zu einem Vertragsschluss kommt, was ausdrücklich dem Recht der Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt.³²

3. Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen

In der Rechtspraxis ergeben sich die vertraglichen Pflichten des Anbieters digitaler Inhalte oder Dienstleistungen in erster Linie aus den Nutzungsbedingungen. Die Bereitstellung digitaler Inhalte ist ein Massengeschäft, welches auf Grund-

²² Siehe als Beispiele typischer Softwareerstellungsverträge *Schöler*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 7. Aufl. 2015, S. 161 ff.; *Witte*, in: *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge, Losebl. Stand 2019, Formular 1.4.

²³ Paradigmatisch Ziffer 2b GNU General Public License: „You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.“

²⁴ Siehe hierzu im Einzelnen *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 4. Aufl. 2016, Rn. 234 ff. und 255 ff.

²⁵ Zur Preisgabe von Daten als Gegenleistung siehe *Metzger* AcP 216 (2016), 817 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm* ZfPW 2017, 84 ff.; *Specht* JZ 2017, 763 ff.; *Wandke* MMR 2017, 6; *Langhanke*, Daten als Leistung, 2018, passim, insb. S. 130 ff.; *Schmidt* GRUR-Newsletter 2/2018, 14 ff.; *Hacker*, Daten als Gegenleistung, ZfPW 2019 (i. E.); *Sattler*, in: *Friedewald* u. a. (Hrsg.), Forum Privatheit – Die Herkunft der Datenökonomie, 2019 (i. E.), jeweils m. w. N. Siehe auch *Langhanke/Schmidt-Kessel* EuCML 2015, 218; *Metzger* 8 (2017) JIPITEC 2; *Metzger/Efroni/Mischau/Metzger* 9 (2018) JIPITEC 90, para. 11–28 (Stellungnahme des Weizenbaum-Instituts für die Vernetzte Gesellschaft, FG4, März 2018); *Zoll*, in: *Schulze/Staudenmayer/Lobse* (Fn. 17), S. 179 ff. Aus dem älteren Schrifttum siehe *Bräutigam* MMR 2012, 635; *Buchner* DuD 2010, 39, 41.

²⁶ Dort hieß es noch: „(...) und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt.“

²⁷ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 14. 3. 2017, ABl. C 200/10, 13.

²⁸ Siehe hierzu auch *Staudenmeyer* NJW 2016, 2719, 2720, der hierin den „wohl wesentlichsten Fortschritt“ der Richtlinie sieht.

²⁹ Eingehend bereits *Metzger* AcP 216 (2016), 817 ff.; siehe auch *Grundmann/Hacker* ERCL 2017, 255, 288 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm* ZfPW 2017, 84 ff.; *Specht* JZ 2017, 763 ff.

³⁰ So auch die ursprüngliche Forderung des Europäischen Parlaments, siehe Entwurf einer legislativen Entschließung vom 27. 11. 2017, COM (2015) 0634 – C8–0394/2015 – 2015/0287(COD). In die gleiche Richtung European Law Institute (Fn. 18), S. 15 f.; *Metzger/Efroni/Mischau/Metzger* (Fn. 25), para. 25–28. Siehe auch bereits *Spindler* MMR 2016, 147, 150.

³¹ In der englischen Fassung „data that the consumer might upload or create“, in der französischen Fassung „de données à caractère personnel que le consommateur pourrait télécharger ou créer“.

³² Erwgr. 24 und 25; vgl. auch Erwgr. 38 a. E. („vom Unternehmer erhoben werden“).

lage standardisierter „Produkte“ erfolgt. Dies gilt für die Überlassung von Inhalten und Software auf Datenträgern oder in unkörperlicher Form, für Streaming von Musik und Filmen, für „Software as a Service“ und „Application Service Providing“, für Dienstleistungen von Social Media Plattformen, Suchmaschinen und anderen Onlineangeboten. In aller Regel liegen umfangreiche AGB vor, welche die Leistung des Anbieters beschreiben und eingrenzen. Als Leistungsbeschreibung sind entsprechende Klauseln jedenfalls in ihrem Kern der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB entzogen.³³ Dispositives Vertragsrecht kommt deswegen nur bei der Ergänzung lückenhafter Leistungsbeschreibungen zum Tragen. Insoweit fehlt es bislang aber an spezifischen gesetzlichen Regelungen, so dass sich die Praxis durch einen Rückgriff auf die Vertragstypen des BGB oder die Grundsätze zu Lizenzverträgen behilft.³⁴ Die Einordnung hat Auswirkungen auf die (primären) Vertragspflichten der Parteien. So ist der Anbieter bei Annahme eines Mietvertrags verpflichtet, den überlassenen digitalen Inhalt während der gesamten Vertragslaufzeit in einem mangelfreien Zustand zu halten, § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB.³⁵ Bei Anwendung des Kaufrechts muss die Mangelfreiheit nur zum Zeitpunkt der Übergabe sichergestellt werden, §§ 434 Abs. 1 Satz 1, 446 Satz 1 BGB. Nimmt man für tätigkeitsbezogene Onlinedienste einen Dienstvertrag an, so ist nur die Erbringung eines Dienstes geschuldet. Geht man dagegen von einem Werkvertrag aus, so ist auch der Erfolg Teil der geschuldeten Leistung.

Für die primären Pflichten des Anbieters wird künftig auf Art. 5 der Richtlinie abzustellen sein, der allerdings nur sehr rudimentäre Regelungen trifft. Gemäß Art. 5 Abs. 1 ist der Anbieter verpflichtet, dem Verbraucher die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen unverzüglich nach Vertragsabschluss bereitzustellen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Dies gilt bereits heute gemäß § 271 BGB.³⁶ Spezifischer ist die Regelung in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie zu den Modalitäten der Erfüllung. Danach hat der Unternehmer seine Verpflichtung erfüllt, sobald die Inhalte oder Dienstleistungen dem Verbraucher oder „einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden“ sind.³⁷ Bei der „körperlichen oder virtuellen Einrichtung“ dürfte es sich typischerweise um Cloud-Server oder virtuelle Plattformen Dritter handeln, auf denen der Verbraucher Inhalte abspeichert. Diese Dritten können je nach Gestaltung der Plattform entweder als Hilfsperson des Verbrauchers agieren, so dass Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB eintritt, oder es handelt sich um eine befreiende Leistung an einen Dritten gemäß § 362 Abs. 2 BGB.³⁸ Dies könnte man im Zuge der Umsetzung der Richtlinie entweder im Umfeld des § 362 BGB oder im Rahmen eines besonderen Vertragstyps klarstellen. Der Regelungsgehalt von Art. 5 ist gleichwohl sehr begrenzt. Antworten auf die Frage, was der Anbieter bei den verschiedenen von der Richtlinie erfassten

Geschäftsmodellen im Einzelnen schuldet, bietet die Regelung nicht. Die Bedeutung klarer vertraglicher Vereinbarungen dürfte dadurch noch wachsen.

4. Vertragsmäßigkeit

Zentral sind die Regelungen zur Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte und Dienstleistungen in den Art. 6 bis 9. Hier hat sich der Text der finalen Fassung der Richtlinie nochmals erheblich gegenüber dem Richtlinienentwurf aus dem Jahr 2015 und den nachfolgenden Entwürfen verändert. Mängel digitaler Inhalte und Dienstleistungen können in unterschiedlicher Gestalt auftreten. Gerade bei Software mit vielfältigen Funktionen sind technische Probleme an der Tagesordnung. Diese können auf Anwendungsfehler zurückgehen oder ihren Grund in einer nicht angepassten „digitalen Umgebung“ des Verbrauchers finden, etwa wenn die Hardware des Verbrauchers nicht die erforderlichen Eigenschaften aufweist oder Interoperabilitätsprobleme mit anderen Programmen auftreten. Vielfach liegt der Grund für die technischen Probleme aber in konzeptionellen Mängeln der Software oder schlicht in Programmierfehlern. Die Inanspruchnahme von Softwareanbietern wegen Mängeln ist, gerade im B2C-Bereich, trotzdem außerordentlich selten. Hier hat die Praxis der Softwarehersteller, in ihre AGB hineinzuschreiben, dass es nicht möglich ist, Software so zu entwickeln, dass sie für alle Anwendungsbedingungen fehlerfrei ist, tiefe Spuren hinterlassen.³⁹ Auch bei anderen digitalen Inhalten und Dienstleistungen, etwa Musik- oder Audiodateien, kann es zu Störungen der Funktionalität kommen. Streaming- und Cloud-Dienste können vorübergehend nicht erreichbar sein oder eine zu geringe Übertragungsgeschwindigkeit aufweisen.

De lege lata ist zunächst nach dem maßgeblichen Vertragstypus zu fragen. Ist der Vertrag auf eine dauerhafte Überlassung digitaler Inhalte gerichtet, so liegt es wie oben dargestellt nahe, Kaufrecht direkt oder jedenfalls analog anzuwenden.⁴⁰ Bei Anwendung des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB⁴¹ kommt es primär auf die vereinbarte Beschaffenheit an, wobei auch die Pflichtangaben zur Funktionsweise digitaler Inhalte und zu Beschränkungen der Interoperabilität und der Kompatibilität aus Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 15 EGBGB zu beachten sind, falls entsprechende Angaben tatsächlich vorliegen.⁴² Werden digitale Inhalte zeitlich befristet überlassen, so ist § 536 BGB maßgeblich, der trotz abweichender Formulierung weitgehend parallel zum subjektiven Fehlerbegriff der §§ 434 Abs. 1 Satz 1, 633 Abs. 2 Satz 1 BGB interpretiert wird.⁴³ Bei eher tätigkeitsbezogenen Diensten kommt der Mangelbegriff des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB zum Tragen, der sich mit dem kaufrechtlichen Mangelbegriff deckt. Bietet beispielsweise eine Social Media Plattform nicht die vertraglich vereinbarten Funktionalitäten, so dass der vertraglich geschuldete Erfolg ausbleibt, liegt ein Sachmangel vor. Wendet man Dienstvertragsrecht an, so fehlt es an der Leistung der versprochenen Dienste, wenn die vertraglich geschuldeten Funktionalitäten nicht verfügbar sind.⁴⁴

³³ *Wurmnest*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 13 f. m. w. N. Siehe auch eingehend zu negativen Beschaffenheitsvereinbarungen *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag?, 2016, S. 128 ff.

³⁴ Siehe oben unter II.

³⁵ So auch der *BGH NJW* 2007, 2394 für einen ASP-Vertrag.

³⁶ So auch *Faust*, 71. DJT, Gutachten, Teil A: Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, 2016, S. A 31.

³⁷ Die Regelung soll den Anbieter von den Risiken freistellen, die sich daraus ergeben, dass der Verbraucher eine ungeeignete Plattform für den Empfang der digitalen Inhalte gewählt hat; wird die Plattform vom Unternehmer kontrolliert oder als einzige Möglichkeit vorgeschlagen, so greift die Regelung nicht, siehe *Erwgr.* 41.

³⁸ Siehe allgemein zur Abgrenzung *Taupitz* JuS 1992, 449.

³⁹ *Marly* (Fn. 9), Rn. 1440 ff.; *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht (Fn. 9), S. 2434 f.

⁴⁰ Siehe oben unter II.

⁴¹ Zum Rangverhältnis der Mangelbegriffe siehe nur *Westermann*, in: MünchKommBGB (Fn. 15), Vor § 433 Rn. 6.

⁴² Die Angaben werden gemäß § 312d Abs. 1 Satz 2 BGB Vertragsbestandteil; siehe hierzu nur *Wendeborst*, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2019, § 312d, Rn. 6 ff.

⁴³ *Häublein*, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2016, § 536 Rn. 4 m. w. N.

⁴⁴ Zur Schlechtleistung im Dienstvertrag siehe *Mansel*, in: *Jauernig* (Begr.), BGB, 17. Aufl. 2018, § 611 Rn. 11 ff.

Art. 6–9 der Richtlinie sehen nunmehr für die verschiedenen Konstellationen der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen einen einheitlichen Begriff der Vertragsmäßigkeit vor. Inhalte und Dienstleistungen müssen kumulativ den subjektiven *und* den objektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit entsprechen. Sie müssen gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. a einerseits den „hinsichtlich der Beschreibung, Quantität und Qualität, der Funktionalität, der Kompatibilität, der Interoperabilität und sonstiger Merkmale den Anforderungen entsprechen, die sich aus dem Vertrag ergeben“, andererseits aber auch gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. b „der Quantität, den Eigenschaften und den Leistungsmerkmalen – darunter Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit – entsprechen, die bei digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen derselben Art üblich sind und die der Verbraucher (...) vernünftigerweise erwarten kann“. ⁴⁵ Der Unternehmer kann den üblichen Anforderungen also nicht durch umfangreiche „Disclaimer“ entgehen. Damit haben sich die Kritiker des primär subjektiven Fehlerbegriffs des ursprünglichen Kommissionsvorschlags durchgesetzt. ⁴⁶ Zu beachten ist zudem die Eignung für den vereinbarten oder für Inhalte derselben Art üblichen Zweck des Inhalts oder der Dienstleistung, Art. 7 Abs. 1 lit. b, 8 Abs. 1 lit. a. Erwägungsgrund 48 stellt des Weiteren klar, dass die Nichteinhaltung der Anforderungen der DS-GVO an Datenminimierung, Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen als Verstoß gegen die subjektive oder objektive Vertragsmäßigkeit gemäß Art. 7, 8 der Richtlinie qualifiziert werden kann. ⁴⁷ „Fortlaufend“ bereitgestellte Inhalte und Dienstleistungen müssen während der gesamten Laufzeit des Vertrages vertragsgemäß sein, Art. 8 Abs. 4, 11 Abs. 3. Bei der einmaligen Bereitstellung ist der Zeitpunkt der Bereitstellung maßgeblich, wobei eine zweijährige Verjährungsfrist zu beachten ist, Art. 11 Abs. 2. Aus der Sicht des Verbraucherschutzes zentral ist die in Art. 8 Abs. 2 festgeschriebene Pflicht des Unternehmers, Verbraucher über Updates zu informieren und diese bereitzustellen. Ist der Anbieter der Inhalte oder Dienstleistungen nicht auch deren Hersteller, so kann diese Pflicht auch durch den Hersteller erfüllt werden. Installiert der Verbraucher Updates nicht, so kann dies allerdings gemäß Art. 8 Abs. 3 zu Einschränkungen bei der Haftung des Unternehmers führen. Art. 9 erweitert die Haftung des Unternehmers auf Fälle der „unsachgemäßen Integration in die digitale Umgebung des Verbrauchers“, die vom Unternehmer zu verantworten oder auf mangelhafte, vom Unternehmer bereitgestellte Anleitungen zurückzuführen sind. Dadurch wird die „Ikea-Klausel“ der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in das digitale Zeitalter überführt. Die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit liegt gemäß Art. 12 beim Unternehmer. Insgesamt dürften die Art. 6–9 und 11–12 zu einer deutlichen Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus bei vertragswidrigen Leistungen führen. ⁴⁸

⁴⁵ Anders als im ursprünglichen Kommissionsvorschlag sieht Art. 8 nicht mehr ausdrücklich eine Berücksichtigung des Umstands vor, ob die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden, siehe Art. 6 Abs. 2 lit. a Vorschlag vom 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final. Kritisch hierzu *Faust* (Fn. 36), S. A 44 f.

⁴⁶ Kritisch European Law Institute (Fn. 17), S. 18 f. Ebenso *Colombi Ciacchi/van Schagen*, in: *Schulze/Staudenmayer/Lobsse* (Fn. 17), S. 99, 112 ff.; *Metzger/Efroni/Mischau/Metzger* (Fn. 25), para. 57 ff. Siehe auch bereits *Spindler* MMR 2016, 147, 153.

⁴⁷ So bereits European Law Institute (Fn. 17), S. 23. Hier könnte auch ein Ansatzpunkt für das von *Becker* JZ 2017, 170, 179 angemahnte Recht des Verbrauchers auf ein datenerhebungsfreies oder -armes Produkt liegen.

⁴⁸ Vgl. hierzu die differenzierte Kritik von *Grünberger* AcP 218 (2018), 213, 254 ff.

Es darf nun mit Spannung erwartet werden, in welcher Weise der deutsche Gesetzgeber dieses deutlich von § 434 Abs. 1 BGB abweichende Konzept der Vertragsmäßigkeit umsetzen wird. Sicherlich wird man sich bei der Umsetzung um schlankere Regelungen bemühen, die manche der Doppelungen im Richtlinienentwurf vermeiden. Da der Fehlerbegriff in den Art. 6 und 7 der neuen Warenkauf-Richtlinie weitgehend parallel formuliert ist, mag auf den ersten Blick eine einheitliche Regelung im Kontext des Kaufrechts naheliegen. Hiergegen spricht allerdings, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie deutlich über Kaufverträge und kaufvertragsähnliche Vertragsgestaltungen hinausreicht. Es wäre in jedem Fall wünschenswert, wenn die objektiven Anforderungen an die Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit von digitalen Inhalten und Dienstleistungen sowie die weitergehenden Pflichten des Unternehmers etwa bei Updates, nicht in der Gesetzesbegründung versteckt, sondern in den Gesetzestext übernommen würden.

5. Rechte Dritter

Gemäß Art. 10 sind Beschränkungen in der Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen, die sich aus der Verletzung von Rechten Dritter, insbesondere von Rechten des geistigen Eigentums, ergeben, als Fälle der Vertragswidrigkeit zu behandeln. Der Verbraucher kann entweder gemäß Art. 14 die Herstellung der Vertragsmäßigkeit verlangen oder weitergehende Rechtsbehelfe nach mitgliedstaatlichem Recht auf Aufhebung oder Nichtigerklärung des Vertrags geltend machen. Es ist bedauerlich, dass der Richtlinienentwurf die gängige Praxis schweigend übergeht, bei der nach dem Erwerb von digitalen Inhalten Endnutzerlizenzverträge zur Bedingung für die Installation von digitalen Inhalten gemacht werden. ⁴⁹ Wird hierauf nicht schon beim Erwerb des digitalen Inhalts hingewiesen, so handelt es sich um einen Rechtsmangel, wenn der Verbraucher den Inhalt ohne Abschluss eines weiteren Vertrags nicht nutzen kann. ⁵⁰ Immerhin nennt Erwägungsgrund 53 den Fall, in dem ein Endnutzerlizenzvertrag dem Verbraucher Pflichten auferlegt, die ihn an der vertragsgemäßen Nutzung des Inhalts oder der Dienstleistung hindern. Der deutsche Gesetzgeber sollte den durch Art. 10 eröffneten Spielraum bei der Umsetzung nutzen und auch die Fälle nachträglich aufgezwungener Endnutzerlizenzverträge ausdrücklich regeln.

6. Rechtsbehelfe bei Nichtleistung

Leistet der Anbieter nicht, obwohl dies möglich wäre, so richten sich Ansprüche des Verbrauchers *de lege lata* nach den §§ 280, 281 und 323 BGB. Die Vorschriften sind im Fall der Nichtleistung trotz Möglichkeit unmittelbar anwendbar, ohne dass zunächst auf die Vorschriften aus dem besonderen Schuldrecht, insbesondere der §§ 437, 434, 440 bzw. 634, 633, 636 BGB, abzustellen ist. ⁵¹ Im Grundsatz steht dem Anbieter das Recht auf eine zweite Andienung zu, sofern die Nachfristsetzung nicht ausnahmsweise gemäß §§ 281

⁴⁹ Siehe hierzu *Marly* (Fn. 9), Rn. 986 ff. mit zahlreichen Beispielen; *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht (Fn. 9), S. 1400; *Söder*, Schutzhüllenverträge und Shrink-Wrap License, 2006, passim.

⁵⁰ Siehe hierzu auch European Law Institute (Fn. 17), S. 25 f. Zustimmend *Beale*, in: *Schulze/Staudenmayer/Lobsse* (Fn. 17), S. 33, 43; *Grünberger* AcP 218 (2018), 213, 248 f.

⁵¹ Zur Anwendung der §§ 281, 323 BGB auf Mietverträge siehe *Lützenkirchen*, in: *Erman* (Begr.), BGB, 15. Aufl. 2017, Vorb. zu § 536 Rn. 1 ff.

Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB entbehrlich ist. Nach erfolglos abgelaufener Frist können Schadensersatz statt der Leistung oder Rücktritt geltend gemacht werden. Unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB ist zudem der Verzögerungsschaden zu ersetzen. Liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor, so erlischt die Leistungspflicht des Anbieters gemäß § 275 Abs. 1, die des Verbrauchers gemäß § 326 Abs. 1 BGB. Bereits gezahlte Beträge können gemäß §§ 326 Abs. 4, 346 ff. BGB zurückgefordert werden. Darüber hinaus kann der Verbraucher gemäß § 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Anders als noch der ursprüngliche Kommissionsvorschlag⁵² verfolgt die Richtlinie in den Art. 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 nunmehr einen dem deutschen Recht ähnlichen Ansatz im Hinblick auf die Vertragsbeendigung, ohne zwischen der Nichtleistung trotz oder wegen Unmöglichkeit zu unterscheiden. Beide Fälle sind als „nicht erfolgte Bereitstellung“ zu behandeln. Erwägungsgrund 51 stellt dabei klar, dass die kurzzeitige Unterbrechung von Diensten nicht als Fall von Art. 11, sondern als Fall der Vertragswidrigkeit gemäß Art. 14 zu behandeln ist.

Stellt der Unternehmer den Inhalt oder die Dienstleistung nicht bereit, so muss der Verbraucher ihn gemäß Art. 13 Abs. 1 zu einer (erneuten) Bereitstellung auffordern. Erfolgt diese nicht unverzüglich, so kann der Verbraucher den Vertrag beenden. Eine Nachfrist wird nur gewährt, wenn diese mit dem Verbraucher vereinbart ist. Die Richtlinie greift damit das Recht auf Nacherfüllung auf, diese muss allerdings unverzüglich erfolgen. Auf eine Nachfrist muss sich der Verbraucher nicht einlassen. Hier wird der Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie nachjustieren müssen. Die gegenwärtige Regelung der „angemessenen Nachfrist“ in § 323 Abs. 1 BGB bietet nicht das durch die Richtlinie vorgegebene Verbraucherschutzniveau.

Der Verbraucher ist gemäß Art. 13 Abs. 2 zur sofortigen Vertragsbeendigung ohne vorherige Aufforderung an den Unternehmer berechtigt, wenn der Unternehmer erklärt hat oder aus den Umständen eindeutig zu erkennen ist, dass er die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht bereitstellen wird oder wenn der Leistungszeitpunkt vereinbarungsgemäß oder aus den Umständen erkennbar für den Verbraucher von wesentlicher Bedeutung ist. Die Parallelen zu §§ 323 Abs. 2, 326 Abs. 1, 5 BGB sind offenkundig. Insoweit dürfte sich der Anpassungsbedarf auf ein Minimum beschränken.

7. Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit

Beim Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels stehen dem Verbraucher de lege lata die Rechte aus § 437 BGB zu, sofern das Kaufrecht direkt oder analog auf die Bereitstellung digitaler Inhalte Anwendung findet. Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung sind dann an das Setzen einer Nachfrist gebunden, §§ 440, 323, 281 BGB. Findet bei der zeitlich begrenzten Bereitstellung Mietvertragsrecht Anwendung, so ist Rechtsfolge bei einem Sachmangel zunächst der primäre vertragliche Anspruch auf Beseitigung des Mangels.⁵³ Daneben steht dem Verbraucher gemäß § 536 Abs. 1 BGB ein Recht auf Minderung zu, wobei bereits geleistete Zahlungen gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB herauszugeben sind.⁵⁴

⁵² Dort war in Art. 11 noch ein Recht auf sofortige Vertragsbeendigung vorgesehen. Skeptisch bereits *Behar-Touchais*, in: *Schulze/Staudenmayer/Lohse* (Fn. 17), S. 129, 132.

⁵³ *Wiederhold*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 49. Ed. 2019, § 536 Rn. 4; *Häublein*, in: MünchKommBGB (Fn. 43), Vorbem. vor § 535 Rn. 65.

Für die tätigkeitsbezogenen Verträge kommen entweder die §§ 633 ff. BGB oder das Dienstvertragsrecht in Betracht.

Die Rechte des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte sind in der Richtlinie in Art. 14 geregelt. Die Vorschrift geht vom Vorrang der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands aus.⁵⁵ Die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands muss gemäß Art. 14 Abs. 3 „innerhalb einer angemessenen Frist“ erfolgen. Art. 14 Abs. 3 ist also großzügiger als Art. 13 Abs. 2, was eine Umsetzung in einheitlichen Regeln nach dem Modell des § 323 Abs. 1 BGB erschweren dürfte. Auf die Rechtsbehelfe der Minderung und der Vertragsbeendigung kann gemäß Art. 14 Abs. 4 erst zurückgegriffen werden, wenn die Nacherfüllung unmöglich oder unverhältnismäßig ist (a), eine angemessene Nachfrist erfolglos verstrichen ist (b), die Nacherfüllung gescheitert ist (c), die Vertragswidrigkeit derart schwerwiegend ist, dass eine sofortige Preisminderung oder Beendigung des Vertrags gerechtfertigt ist (d) oder wenn der Unternehmer erklärt hat oder aus den Umständen eindeutig zu erkennen ist, dass er die Vertragswidrigkeit nicht beheben wird (e). Die Regelungen der §§ 440, 323 Abs. 1, 2 BGB folgen einer anderen Systematik, dürften bei einer richtlinienkonformen Auslegung aber zu den gleichen Ergebnissen führen. Bei der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht sollte gleichwohl geprüft werden, ob jedenfalls für die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen eine stärker am europäischen Recht ausgerichtete Umsetzung sinnvoll ist, zumal die Regelungen des Art. 14 auch für Verträge gelten, die nach der gegenwärtigen Vertragstypologie als Miet-, Werk- oder Dienstverträge einzuordnen sind.

8. Vertragsbeendigung

Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Vorschriften zur Vertragsbeendigung in den Art. 15 bis 18. Diese regeln die Durchführung der Vertragsbeendigung auf Basis der Art. 13 (Nichtleistung), 14 (Vertragswidrigkeit) und 19 (Änderung der Inhalte oder Dienstleistungen). Das in Art. 16 des ursprünglichen Kommissionsvorschlags vorgesehene Recht des Verbrauchers, Verträge jederzeit nach Ablauf von zwölf Monaten ohne besonderen Grund zu beenden,⁵⁶ wurde in der finalen Fassung gestrichen. Insoweit bleibt es bei § 309 Nr. 9 BGB, wonach Verträge mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren unwirksam sind.

De lege lata kann sich ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht des Verbrauchers aus verschiedenen Gründen ergeben. Stellt der Anbieter den geschuldeten Inhalt nicht zur Verfügung, obwohl ihm dies möglich ist, so kann der Verbraucher gemäß § 323 BGB zurücktreten. Ist dem Anbieter die Leistung unmöglich, so ist ein Rücktritt gemäß § 326 Abs. 5 BGB möglich. Stellt der Anbieter den digitalen Inhalt bereit, dieser erweist sich aber als mangelhaft, so kommt es auf die Einordnung des Vertrags in die Typologie des BGB an. Bei Anwendung des Kaufrechts kommt ein Rücktritt gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 434, 323 BGB in Betracht. Ist die Überlassung zeitlich befristet, so ist eine Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB möglich. Bei tätigkeitsbezogenen Verträgen ist entweder ein Rücktritt gemäß §§ 634 Nr. 3, 636, 633,

⁵⁴ *Wiederhold*, in: BeckOK-BGB (Fn. 53), § 536 Rn. 112; *Häublein*, in: MünchKommBGB (Fn. 43), § 536 Rn. 28 m. w. N.; *Lützenkirchen*, in: *Erman* (Fn. 51), § 536 Rn. 59.

⁵⁵ Insoweit parallel zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie; siehe *von Westphalen* EuZW 2017, 373, 378.

⁵⁶ Die Regelung wurde durchaus positiv aufgenommen; siehe *European Law Institute* (Fn. 17), S. 60; *Gsell* ZUM 2018, 75, 80 und 82.

323 BGB oder eine Kündigung gemäß § 626 BGB angezeigt.⁵⁷ Bei Anwendung des Miet- oder Dienstvertragsrechts ist zudem eine Vertragsbeendigung durch Zeitablauf oder eine ordentliche Kündigung gemäß § 542 bzw. §§ 620, 621 BGB denkbar. Im Fall eines Rücktritts richten sich die Rechtsfolgen nach den §§ 346 ff. BGB. Die Pflichten des Verbrauchers aus dem Vertrag erlöschen mit dem Rücktritt. Bereits empfangene Leistungen sind zurückzugewähren.

Künftig genügt für die Vertragsbeendigung gemäß Art. 15 eine einfache Erklärung des Verbrauchers: „Der Verbraucher übt sein Recht auf Vertragsbeendigung durch eine Erklärung an den Unternehmer aus, die seinen Entschluss zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck bringt.“ Besondere Formerfordernisse oder Fristen bestehen hierfür nicht. Die Rechtsfolgen und Ansprüche im Fall der Vertragsbeendigung sind detailliert in den Art. 16 und 17 geregelt. Art. 16 ist mit „Pflichten des Unternehmers im Fall der Beendigung des Vertrags“ überschrieben, sieht aber auch Rechte des Unternehmers vor. Zahlungen des Verbrauchers sind gemäß Abs. 1 zurückzuerstatten, wobei die Regelung danach differenziert, ob die Inhalte während des gesamten Vertragszeitraums fehlerhaft waren oder nur für eine bestimmte Zeit.

Im Hinblick auf die weitere Nutzung der Daten des Verbrauchers und die Portabilität der Daten⁵⁸ verweist Abs. 2 auf die DS-GVO. Dies führt zur Anwendung von Art. 20 DS-GVO. Da die DS-GVO ein höheres Schutzniveau als der ursprüngliche Kommissionsvorschlag der Richtlinie vorsieht,⁵⁹ ist der Verweis konsequent und zu begrüßen. Die Abs. 3 und 4 betreffen Inhalte des Nutzers, die nicht personenbezogene Daten sind. Eine weitere Nutzung dieser anderen Inhalte durch den Unternehmer soll im Grundsatz unterbleiben; die Ausnahmebestimmungen sind aber sehr weitreichend.⁶⁰ Eine weitere Nutzung durch den Unternehmer bleibt möglich, wenn die Inhalte (a) „außerhalb des Kontextes der von dem Unternehmer bereitgestellten digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen keinen Nutzen“ haben, (b) „ausschließlich mit der Nutzung der von dem Unternehmer bereitgestellten digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen durch den Verbraucher“ zusammenhängen, (c) „vom Unternehmer mit anderen Daten aggregiert“ sind und „nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand disaggregiert werden“ können oder (d) „vom Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt“ wurden, und andere Verbraucher die Inhalte weiterhin nutzen können. Sofern der Unternehmer die Inhalte nicht weiter nutzen darf, muss er dem Verbraucher die technischen Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann, die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, Abs. 4. Ob die Regelungen in Anbetracht der weiten Ausnahmebestimmungen geeignet sind, Lock-in-Effekte zu vermeiden und die Transaktionskosten des Verbrauchers bei einem Wechsel zu einem anderen Anbieter zu verringern, muss bezweifelt werden. So wird beispielsweise der Wunsch eines Verbrauchers, seine Playlisten nach Beendigung eines Vertrags mit einem Musik-Streamingdienst zu erhalten, vom Unternehmer leicht mit dem Argument ab-

zuweisen sein, dass diese außerhalb des Dienstes keinen Nutzen haben und ausschließlich dort verwendet werden können. Hier wird eine strenge Auslegung durch die Gerichte erforderlich sein, um den Regelungen zu den gewünschten Effekten zu verhelfen.

Art. 17 regelt die Pflichten des Verbrauchers im Fall der Beendigung des Vertrags. Bei einer Vertragsbeendigung hat der Verbraucher eine weitere Nutzung der digitalen Inhalte sowie deren Zurverfügungstellung an Dritte zu unterlassen (Abs. 1). Datenträger sind nach Aufforderung zurückzusenden (Abs. 2). Gemäß Abs. 3 ist der Verbraucher für die Nutzung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vor Beendigung des Vertrags in dem Zeitraum, in dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßem Zustand waren, nicht zahlungspflichtig. Die Regelung geht noch über die Vorschriften zur Preisminderung gemäß Art. 14 Abs. 5 hinaus, weil sie eine Reduktion auf Null für den Fall der Vertragsbeendigung festlegt, während bei der regulären Preisminderung eine verhältnismäßige Herabsetzung vorgesehen ist.

9. Änderung des digitalen Inhalts oder der Dienstleistung

Art. 19 scheint zunächst Selbstverständliches zu regeln: Eine Änderung des Inhalts oder der Dienstleistung durch den Unternehmer ist gemäß Abs. 1 lit. a nur zulässig, sofern dies vertraglich vereinbart ist. Der Unternehmer muss dann allerdings zwingend eine Reihe von Bedingungen einhalten:⁶¹ Für die Änderung muss ein „triftiger“ Grund sprechen (a), für den Verbraucher dürfen keine zusätzlichen Kosten entstehen (b), zudem muss der Verbraucher „in klarer und verständlicher Weise von der Änderung in Kenntnis gesetzt“ werden (c). Bis hierhin handelt es sich um eine Regelung zur Leistungserbringung durch den Unternehmer. Wird durch die Änderung jedoch der Zugang zu oder die Nutzung von Inhalt oder Dienstleistung „beeinträchtigt“, so muss der Verbraucher hierüber „mittels eines dauerhaften Datenträgers“ informiert werden (d). Für diesen Fall steht dem Verbraucher das Recht zu, den Vertrag gemäß Art. 19 Abs. 2, 3 i. V. mit Art. 15 bis 18 „innerhalb von 30 Tagen nach Eingang der Information oder nach dem Zeitpunkt kostenfrei zu beenden, zu dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Unternehmer geändert wurden, je nachdem, welcher Zeitpunkt der spätere ist“.⁶² Die „beeinträchtigende Änderung“ führt also zu einem besonderen Recht des Verbrauchers auf Vertragsbeendigung. Dies gilt nicht, wenn der Verbraucher den Inhalt oder die Dienstleistung auch unverändert weiter nutzen kann, Art. 19 Abs. 4.

10. Nicht geregelte Aspekte: Vertragsschluss, Schadensersatz

Wie so oft ist das, was nicht geregelt ist, ähnlich spannend wie die Regelung selbst. Die Richtlinie klammert gemäß Art. 3 Abs. 10 den Abschluss und die Wirksamkeit von Verträgen vollständig aus. Gerade bei Verträgen gemäß Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2, bei denen der Verbraucher keinen Preis bezahlt sondern personenbezogene Daten übermittelt oder während der Nutzung der Inhalte oder Dienstleistungen er-

⁵⁷ Die Schlechtleistung stellt einen „wichtigen Grund“ i. S. des § 626 BGB dar; vgl. *Henssler*, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2016, § 626 Rn. 149 ff.

⁵⁸ Siehe hierzu auch *Janal* 8 (2017) JIPITEC 59, para. 1 ff.

⁵⁹ So bereits Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27.11.2017, COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD), Art. 13a. Siehe hierzu auch eingehend *Metzger/Efroni/Mischau/Metzger* (Fn. 25), para. 51–53.

⁶⁰ Kritisch hierzu bereits *Metzger/Efroni/Mischau/Metzger* (Fn. 25), para. 54 f.

⁶¹ Vgl. hierzu *Faust* (Fn. 36), S. A 55 („Regelung ist sachgerecht“).

⁶² So bereits der Vorschlag des European Law Institute (Fn. 17), S. 59. Siehe auch Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27.11.2017, COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD), Art. 15.

zeugt, stellt sich die Frage, ob es zum Abschluss eines Vertrages kommt oder ob einer einseitigen Leistungsgewährung durch den Unternehmer eine ebenfalls einseitige Einwilligung des Verbrauchers in die Datenverarbeitung gegenübersteht. Bei Anwendung der hergebrachten Prinzipien der deutschen Rechtsgeschäftslehre wird häufig von einem Vertragsschluss auszugehen sein: Wer dem Verbraucher die Bereitstellung digitaler Inhalte gegen die Preisgabe von Daten anbietet, sei es der Download oder das Streaming einer Video- oder Musikdatei, einer Software oder eines Computerspiels, sei es die Nutzung einer Social Media Plattform oder einer Suchmaschine, unterbreitet typischerweise ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags.⁶³ Dieses Angebot ist durch die AGB des Unternehmers näher spezifiziert, so dass es bei einer verständigen Würdigung aus der Sicht des verobjektivierten Empfängerhorizonts gemäß § 157 BGB nahe liegt, dass es zu einem Vertragsschluss kommen soll.⁶⁴ Je nach technischer Gestaltung des Dienstes nimmt der Verbraucher das Angebot entweder durch eine ausdrückliche Erklärung, etwa im Rahmen einer Registrierung, oder konkludent durch die schlichte Inanspruchnahme des digitalen Inhalts an, wobei im letztgenannten Fall gemäß § 151 Satz 1 BGB auf den Zugang der Annahme verzichtet werden kann.⁶⁵ Ob es zu einem Vertragsschluss kommt, bleibt aber letztlich eine Frage des Einzelfalls.⁶⁶

Anders als noch in Art. 14 des Kommissionsvorschlags, sieht die Richtlinie in ihrer finalen Fassung keinen Schadenersatzanspruch vor. Der ursprüngliche Vorschlag war auf Schädigungen der digitalen Umgebung des Verbrauchers beschränkt und nicht zuletzt deshalb kritisiert worden.⁶⁷ Nunmehr fehlt jede Regelung des Schadenersatzes. Die Richtlinie folgt damit dem Modell der Verbrauchsgüterkauf-RiL, die auch keine entsprechenden Vorgaben enthielt. Für den Anspruch auf Schadenersatz wegen nicht erbrachter oder vertragswidriger Leistung kann es also bei den §§ 280 ff. BGB und den Regelungen der besonderen Vertragstypen wie § 440 BGB bleiben, es sei denn, der Gesetzgeber möchte wie bisher Rücktritt und Schadenersatz so weit wie möglich einheitlich regeln. Dann würden die oben skizzierten Änderungen im Hinblick auf die Vertragsbeendigung auch auf die Schadenersatzansprüche durchschlagen.

Gemäß Art. 3 Abs. 9 lässt die Richtlinie Fragen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, etwa die Rechte von Tonträgerherstellern oder Filmherstellern, unberührt. Dies ist einerseits nachvollziehbar, weil Reformen im Urheberrecht zu kontroversen öffentlichen Debatten führen.

⁶³ Die Abgrenzung zur bloßen *invitatio ad offerendum* dürfte in den hier interessierenden Fällen nur selten eine Rolle spielen, weil der Anbieter einen unbegrenzten „Warenbestand“ hat, so dass nicht zunächst die Verfügbarkeit geprüft werden muss. Auch entfallen sonstige denkbare Zwischenschritte wie bspw. die Bonitätsprüfung. Vgl. hierzu *Ernst* NJW-CoR 1997, 165; *Mehrings* MMR 1998, 30, 32; *Spindler*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, Vorb. §§ 145 ff. BGB Rn. 4. Zurückhaltend gegenüber der Annahme eines bindenden Angebots *Busche*, in: *MünchKommBGB*, 7. Aufl. 2015, § 145 Rn. 13. Auch *Schmidt-Kessel/Grimm* ZfPW 2017, 84 ff. gehen vom Abschluss von Verträgen aus.

⁶⁴ Vgl. beispielhaft die Nutzungsbedingungen von Facebook („Diese Nutzungsbedingungen stellen die gesamte Vereinbarung zwischen dir und Facebook Ireland Limited in Bezug auf deine Nutzung unserer Produkte dar. Sie ersetzen sämtliche vorhergehenden Vereinbarungen.“), <https://de-de.facebook.com/terms>, oder Xing („1. Vertragsgegenstand und Grundlagen der Nutzung von XING“), <https://www.xing.com/terms>.

⁶⁵ So für den Fall einer Open Source Lizenz *LG Frankfurt am Main* CR 2006, 729, 731.

⁶⁶ *Faust* (Fn. 36), These 14, S. A 91. Zustimmend *Wendeborst* NJW 2016, 2609, 2612.

⁶⁷ Siehe *European Law Institute* (Fn. 17), S. 32; *von Westphalen* EuZW 2017, 373, 379.

Andererseits ergeben sich durch den fehlenden urheberrechtlichen Unterbau aber auch eine Reihe von ungelösten Problemen, die aus der Sicht des Verbraucherschutzes bei Verträgen über digitale Inhalte und Dienstleistungen durchaus dringend sind. Typische digitale Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Ihre vertragsgemäße Benutzung ist oft an den Abschluss eines Endnutzer-Lizenzvertrags geknüpft, der die Nutzungshandlungen eingrenzt und an weitere Bedingungen knüpft. Diese zweite vertragsrechtliche Ebene – neben dem Vertrag über die Bereitstellung des Inhalts – wird von der Richtlinie weitgehend ausgeblendet. Hierauf wurde bereits im Zusammenhang mit Art. 10 und der Haftung für „Rechte Dritter“ hingewiesen.⁶⁸ Ungelöst bleibt auch die Frage, ob digitale Inhalte durch den Verbraucher weiterveräußert werden können.⁶⁹ Sofern der Inhalt auf einem Datenträger verkauft wird, ist die Weiterveräußerung durch den Erwerber ohne Einwilligung des Urhebers nach dem urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz zulässig, siehe §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG. Der Erschöpfungsgrundsatz gilt nach der Rechtsprechung des *EuGH* auch für unkörperlich vertriebene Software, die der Erwerber aus dem Internet herunterlädt.⁷⁰ Für andere urheberrechtlich geschützte Inhalte, insbesondere Musik und Filme, ist die Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes bei unkörperlichen Vertriebsformen aber nach wie vor ungeklärt und wird von der herrschenden Meinung jedenfalls nach geltender Rechtslage abgelehnt.⁷¹

Problematisch ist schließlich, dass sich die Richtlinie einseitig auf die Rechte des Verbrauchers und die Pflichten des Unternehmers beschränkt, während die Pflichten des Verbrauchers und die Rechte des Unternehmers nahezu vollständig der mitgliedstaatlichen Ebene überlassen bleiben. Dies dürfte zu sehr unterschiedlichen nationalen Lösungen etwa bei der Frage führen, ob dem Unternehmer vertragliche Ansprüche gegen den Verbraucher zustehen, wenn dieser falsche personenbezogene Daten als Gegenleistung preisgibt.⁷² Auch dürfen Mitgliedstaaten nach der Richtlinie weiterhin unterschiedliche Regelungen für den Fall vorsehen, dass der Verbraucher das versprochene Entgelt nicht zahlt. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer dann den Vertrag beenden darf und ob der Verbraucher auch in diesem Fall die weitere Nutzung von ihm erstellter Inhalte untersagen und diese herausverlangen kann, wird durch die Richtlinie nicht geklärt. Bei der Umsetzung in das nationale Recht sollte hier jeweils geprüft werden, ob die allgemeinen Bestimmungen ausreichen oder ob parallel zur Umsetzung der Art. 13–18 der Richtlinie spiegelbildlich auch die Vertragsbeendigung durch den Unternehmer geregelt wird.

IV. Umsetzungsperspektiven

1. Punktueller Umsetzung im Rahmen der bestehenden Vertragstypen

Die wenigen Stellungnahmen in der Literatur, die sich bislang zu den Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen bzw. zu den

⁶⁸ Siehe oben III.5.

⁶⁹ So auch bereits *Spindler* MMR 2016, 147, 149.

⁷⁰ *EuGH* v. 3.7.2012, C-128/11 – *UsedSoft*, ECLI:EU:C:2012:407.

⁷¹ *OLG Hamburg* ZUM 2015, 503; *OLG Hamm* ZUM 2014, 715. Aus der Fülle der Publikationen siehe zuletzt *Apel* ZUM 2015, 640; *Hauck* EuZW 2017, 645 jeweils m. w. N.

⁷² Hierzu eingehend *Metzger* AcP 216 (2016), 817 ff.; *Specht* JZ 2017, 763, 767.

Vorschlägen aus Kommission, Rat und Parlament geäußert haben, weisen mehrheitlich in Richtung einer punktuellen Umsetzung im Rahmen der bestehenden Strukturen des allgemeinen Schuldrechts und der klassischen BGB-Vertragstypen. Die Vertragstypen des BGB differenzierten nicht nach der Art des überlassenen Gutes, sondern nach den Rechten und Pflichten der Parteien, so *Faust* in seinem Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, welches jedoch noch vor Verabschiedung der Richtlinie erstattet wurde.⁷³ Die Einführung eines neuen Vertragstypus „Bereitstellung digitaler Güter (und Dienstleistungen)“ würde sich nicht in diese Systematik einfügen. Der Gesetzgeber habe den Viehkauf anlässlich der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 mit guten Gründen wieder aus dem Gesetz genommen.⁷⁴ Das Kaufrecht sei nach Einfügung des § 453 BGB schon heute offen für Verträge über die dauerhafte Überlassung digitaler Inhalte.⁷⁵ Im Mietvertragsrecht solle eine parallele Vorschrift geschaffen werden.⁷⁶ Die Besonderheiten der Leistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte und Dienstleistungen, die die Richtlinie vorsehe, sollten entweder im allgemeinen Schuldrecht oder bei den vorhandenen Vertragstypen, insbesondere im Kauf- und Mietvertrag umgesetzt werden.⁷⁷ Die Thesen *Fausts* haben auf dem Juristentag mehrheitlich Zustimmung gefunden.⁷⁸

Würde der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie diesen punktuellen Ansatz verfolgen, so käme es zu einer ganzen Reihe kleinteiliger Änderungen im allgemeinen und besonderen Schuldrecht. Für die Anerkennung von personenbezogenen Daten als Gegenleistung oder eine ähnliche Regelung zum Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen würde sich eine Klarstellung im Kontext der §§ 320 ff. BGB anbieten, etwa in einem neuen § 320a BGB. Die Leistungserbringung durch Bereitstellung auf dem Server eines Dritten gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b der Richtlinie könnte im Rahmen des § 362 BGB geregelt werden. Schwieriger wäre die Einordnung der Änderung der Inhalte und Dienstleistungen gemäß Art. 19 der Richtlinie. Hier müsste eine gänzlich neue Regelung im Kontext der näheren Bestimmung der Leistungspflicht des Schuldners getroffen werden, etwa im Anschluss an § 262 BGB.⁷⁹ Weitere zentrale Regelungen der Richtlinie müssten parallel für die besonderen Vertragstypen umgesetzt werden, was zu einer Dopplung ähnlich lautender Vorschriften an unterschiedlichen Stellen der §§ 433 ff. BGB führen würde. Vor allem müssten aber die detaillierten Sonderregeln zur Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte und Dienstleistungen in den Art. 6 bis 12 der Richtlinie gleich mehrfach in das BGB eingefügt werden, nämlich im Kauf-, Miet-, Dienst- und Werkvertragsrecht. Gleiches gilt für die Rechtsbehelfe bei Nichtbereitstellung oder Vertragswidrigkeit in den Art. 13 und 14. Zur Vermeidung von Dopplungen wäre auch eine Regelung in einem oder zwei Vertragstypen denkbar, auf die in den anderen Vertragstypen mutatis mutandis verwiesen wird. Dagegen könnten die Regeln zur

Ausübung und Durchführung des Rechts auf Vertragsbeendigung in den Art. 15 bis 18 vor die Klammer gezogen und im Kontext der §§ 346 ff. BGB umgesetzt werden.

Eine Umsetzung innerhalb der bestehenden Struktur des BGB-Schuldrechts wäre also möglich, würde aber zu einer unübersichtlichen Streuung der Regelungen an verschiedenen Stellen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts und zu kaum vermeidbaren Dopplungen innerhalb der Vertragstypen führen.

2. Eigener Vertragstypus – oder jedenfalls zusammenhängende Regelung

Eine punktuelle Umsetzung wäre aber nicht nur unübersichtlich, sie würde auch dem spezifischen Charakter der in Frage stehenden Verträge nicht gerecht.⁸⁰ Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen unterscheiden sich nicht nur durch die Art des überlassenen Gegenstands von typischen Kauf- oder Mietverträgen, sondern auch durch die spezifischen Rechte und Pflichten der Parteien. Die Pflicht des Unternehmers zur Überlassung (oder Bereitstellung) der Inhalte oder Dienstleistungen lässt sich oft nicht in das Schema dauerhaft oder zeitweilig einordnen. Die Praxis hat hier eine Reihe von Graustufen entwickelt, die sich der klassischen Typologie des BGB entzieht. So können etwa den „Käufer“ von dauerhaft überlassener Software fortlaufende Pflichten im Hinblick auf den Einsatz der Software treffen, beispielsweise diese nur auf bestimmten Rechnern zu verwenden (CPU-Klauseln).⁸¹ Auch wird in der Praxis trotz dauerhafter Überlassung mitunter vereinbart, dass der Softwarehersteller die Berechtigung des Kunden zur Softwarenutzung bei Vertragsverletzungen beenden kann.⁸² Auch nach der Richtlinie bestehen bei der „einmaligen Bereitstellung“ gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. b nachhängende Pflichten des Unternehmers im Hinblick auf Updates. Entsprechende Pflichten passen nicht wirklich in das Bild eines typischen Kaufvertrags.

Zudem enthalten Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen regelmäßig Klauseln, welche die Nutzung der urheberrechtlich geschützten Inhalte durch den Verbraucher näher spezifizieren. Zwar kann man – bei einer entsprechend wohlwollenden Interpretation des Urheberrechtsgesetzes – Computerprogramme und andere Inhalte bei Einhaltung der engen gesetzlichen Grenzen auch ohne Abschluss eines Lizenzvertrags bestimmungsgemäß benutzen.⁸³ Die Hersteller interpretieren die urheberrechtlichen Bestimmungen aber in aller Regel restriktiv und modifizieren und spezifizieren die Befugnis des Verbrauchers, die Inhalte zu benutzen, durch entsprechende Vertragsklauseln oder durch den Abschluss von Endnutzer-Lizenzverträgen. Der Vertragsgegenstand ist dann ein zweifacher: die Überlassung von (bzw. der Zugang zu) digitalen Inhalten *und* die gleichzeitige Einräumung von Nutzungsrechten an

⁷³ Zum Folgenden siehe *Faust* (Fn. 36), S. A 13 ff., A 42 ff.

⁷⁴ *Faust* (Fn. 36), S. A 16.

⁷⁵ *Faust* (Fn. 36), S. A 43.

⁷⁶ *Faust* (Fn. 36), S. A 53.

⁷⁷ *Faust* (Fn. 36), S. A 15 sowie Thesen 1, 2, 11–13.

⁷⁸ In der Abstimmung sprachen sich 25 gegen 7 Stimmen gegen die Einführung eines eigenen Vertragstypus aus; skeptisch auch *Wendehorst* NJW 2016, 2609, 2611. Ebenso, wenn auch aus anderen Gründen, *Stieper*, in: Festschrift für Köhler, 2014, S. 729, 741, 743. Siehe auch *Pech*, in: *Hennemann/Sattler* (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 121 ff.

⁷⁹ *Faust* (Fn. 36), S. A 55, verweist zu Recht darauf, dass die speziellen Regelungen der §§ 555a ff. BGB zu Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen bei der Wohnraummiete nicht passen.

⁸⁰ Siehe zum Folgenden auch *Grünberger* AcP 218 (2018), 213, 231 ff., 260 ff.; *Grundmann/Hacker* ERCL 2017, 255, 261 ff., 287 ff.

⁸¹ Siehe beispielsweise die Praxis zu sogenannten CPU-Klauseln; vgl. hierzu im Einzelnen *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 69d Rn. 42; *Metzger* NJW 2003, 1994 f.

⁸² Siehe als Beispiel das Vertragsformular „Allgemeine Vertragsbedingungen für den Verkauf von Standardsoftware“ von *Bartsch*, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, S. 994.

⁸³ Hierauf verweist zu Recht *Stieper*, in: Festschrift für Köhler, 2014, S. 729, 735 f.

diesen Inhalten.⁸⁴ Wendet man gleichwohl das Kauf- oder Mietvertragsrecht an, so wird dieses durch das Lizenzvertragsrecht zumindest überlagert. Anders als bei einem Kaufvertrag ist die dauerhafte Überlassung von digitalen Inhalten auch nicht auf die Verschaffung des Eigentums an einer Sache gerichtet.⁸⁵ Bei der Überlassung von digitalen Inhalten auf physischen Datenträgern mag dies noch passen. Diese dürfen nach dem urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz gemäß §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG auch weiterveräußert werden. Erhält der Verbraucher aber nur noch Code oder Daten ohne einen Datenträger, so kann kaum noch von einer Verschaffung von Eigentum im Sinne des BGB gesprochen werden. Auch darf der Erwerber die erworbenen digitalen Inhalte, mit Ausnahme von Software, nicht an Dritte veräußern. Die Vergleichbarkeit mit den vertragstypischen Pflichten beim Kaufvertrag hält sich also in Grenzen. Dies gilt auch, wenn man die Pflichten des Verbrauchers in den Blick nimmt. Die Richtlinie erfasst einmalige und regelmäßige Zahlungen sowie alle Graustufen dazwischen. Hinzu tritt die Anerkennung der Preisgabe von Daten als weitere mögliche Leistung des Verbrauchers gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie. Diese lässt sich, wie gezeigt, nur schwerlich in die Systematik der entgeltlichen und unentgeltlichen Verträge einordnen.⁸⁶

Kurzum: Die von der Richtlinie angesprochenen Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen unterscheiden

sich von den traditionellen BGB-Vertragstypen nicht nur wegen der Art des überlassenen Gutes, sondern auch wegen der typischen Rechte und Pflichten der Parteien. Dies spricht für die Umsetzung im Rahmen eines eigenständigen, neuen Vertragstypus im besonderen Schuldrecht des BGB oder – falls man sich hierzu nicht durchringen kann – zumindest für eigene Untertitel als „besondere Arten“ des Kaufs, der Miete usw. Alternativ wäre auch eine zusammenhängende Regelung im allgemeinen Teil des Schuldrechts denkbar, etwa in § 327 BGB, was allerdings zur Aufnahme von Gewährleistungsvorschriften in den allgemeinen Teil führen würde. Bei aller nachvollziehbaren Vorsicht im Umgang mit der gewachsenen Struktur des BGB darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Digitalisierung und Vernetzung bereits heute zu massiven Umwälzungen in der Vertragspraxis geführt hat und in der Zukunft noch führen wird. Zwar hat sich *Hoerens* provokante These aus dem Jahr 1997 „Das BGB ist tot – es lebe das Urheberrecht“⁸⁷ bislang nicht bewahrheitet. Der Gesetzgeber sollte aber nicht die Augen davor verschließen, dass Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen heute in großer Zahl und mit erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschlossen werden. Körperliche Güter und physisch erbrachte Dienstleistungen werden zusehends durch digitale Angebote ersetzt. Hierauf muss der Gesetzgeber adäquat reagieren. Eine sichtbare, strukturierte Regelung dispositiver und zwingender Regeln würde die weitere Entwicklung eines kohärenten Rechtsrahmens durch Wissenschaft und Praxis deutlich erleichtern. Der Gesetzgeber sollte deswegen den Mut für eine zusammenhängende, systembildende Regelung aufbringen.

⁸⁴ Weitergehend *Berger* ZGE 2016, 170: „In entwickelten Rechts- und Wirtschaftsordnungen erfolgt die Übertragung von Gütern durch die Übertragung von Rechten an diesen Gütern. Die Frage nach der Verkehrsfähigkeit von Gütern ist dementsprechend primär eine Frage nach der Verkehrsfähigkeit von Rechten an Gütern.“

⁸⁵ So auch *Redeker* NJOZ 2008, 2917 ff.; *Stieper*, in: Festschrift für Köhler, 2014, S. 729, 736 ff.

⁸⁶ So auch *Specht* JZ 2017, 763 ff.

⁸⁷ *Hoeren* GRUR 1997, 866, 867.