



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 13/2016

Juni 2016

**zu dem Richtlinienvorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015) 634 final) und**

**dem Richtlinienvorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (COM(2015) 635 final)**

#### **Mitglieder des Ausschusses Europa**

Rechtsanwalt und Notar Kay-Thomas Pohl, Vorsitzender

Rechtsanwalt Dr. Martin Abend, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Fritz

Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen

Rechtsanwalt Andreas Max Haak

Rechtsanwalt Dr. Frank J. Hospach

Rechtsanwalt Guido Imfeld (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch

Rechtsanwalt Dr. Christian Lemke

Rechtsanwalt Andreas von Máriássy

Rechtsanwalt Dr. Jürgen Martens

Rechtsanwältin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens

Rechtsanwalt Dr. Hans-Michael Pott

Rechtsanwalt Dr. Thomas Westphal

Rechtsanwältin Dr. Heike Lörcher, Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Hanna Petersen, Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Doreen Göcke, Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Katrin Grünewald, Bundesrechtsanwaltskammer

#### **Mitglieder des Ausschusses IT-Recht**

Rechtsanwältin Sabine Heukrodt-Bauer

Rechtsanwalt Chan-Jo Jun

Rechtsanwalt Detlef Klett

Rechtsanwalt Dr. Christian Lemke

Rechtsanwältin Tanja Röchert-Voigt

Rechtsanwältin Alexandra Weiß

Rechtsanwältin Friederike Lummel, Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Christopher Brosch, Bundesrechtsanwaltskammer

#### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler:** **Europa**  
Europäische Kommission  
Rat der Europäischen Union  
Justizreferenten der Landesvertretungen  
Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

**Deutschland**  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Unterausschuss Europarecht des Deutschen Bundestages  
Innenausschuss des Deutschen Bundestages  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Notarverein  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Bundessteuerberaterkammer  
Patentanwaltskammer  
Deutscher Industrie- und Handelskammertag  
Bundesverband der Deutschen Industrie  
Bundesingenieurkammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## **1. Vorbemerkung**

Am 6. Mai 2015 kündigte die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (COM(2015) 192 final) eine Gesetzgebungsinitiative zur Harmonisierung der Vorschriften für die Bereitstellung digitaler Inhalte und den Online-Warenhandel an.

Im Rahmen dieser Initiative stellte sie zwei Richtlinienvorschläge über die Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015) 634 final) und über Online-Warenhandel (COM(2015) 635 final) vor.

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme und begrüßt grundsätzlich die Idee einer Vollharmonisierung zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts. Die weitestgehende Harmonisierung trägt zur Vermeidung vertragsrechtlicher Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel bei. Die Vollharmonisierung eines Rechtsgebietes mit dem Mittel einer Richtlinie zu verfolgen, setzt jedoch voraus, dass Begrifflichkeiten in der Richtlinie klar, eindeutig und vor allem einheitlich in den verschiedenen Sprachen verwendet werden, um differierenden Auslegungen und entsprechend differierenden Umsetzungen in den Mitgliedsstaaten vorzubeugen. Anderenfalls sieht die Bundesrechtsanwaltskammer das Ziel der Vollharmonisierung gefährdet.

## **2. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (COM(2015) 635 final)**

### **2.1 Einleitung**

Zur Herstellung eines funktionierenden Binnenmarktes ist zu begrüßen, dass vertragliche Aspekte und vor allem das Gewährleistungsrecht im Online-Handel Gegenstand einer Vollharmonisierung werden.

Insbesondere im Hinblick auf die Abweichungen zwischen der Rechtsprechung von EuGH und BGH und der aktuell geltenden Normen ist eine Änderung bzw. Ergänzung einiger Passagen des Richtlinienentwurfs geboten.

Davon abgesehen beinhaltet der Entwurf einige Unklarheiten und ist in Einzelpunkten verbesserungsbedürftig. Insbesondere zielt der Entwurf auf eine Verbesserung des Verbraucherschutzes auch bei grenzüberschreitenden Verträgen ab, läuft diesem Ziel jedoch durch die faktische Abschaffung der Mängelrechte im Fernabsatzrecht entgegen.

## **2.2 Beweislastumkehr/Gewährleistungsfristen**

Bedenken bestehen unter anderem hinsichtlich der unterschiedlichen Regelungen des Gewährleistungsrechts bei Verbrauchsgüterkaufverträgen, die im Rahmen eines Fernabsatzgeschäftes geschlossen werden, und denjenigen, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verkäufers und des Verbrauchers geschlossen werden.

Bislang verhält es sich im Bereich des Fernabsatzes so, dass dem Verbraucher aufgrund der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (sog. Fernabsatzrichtlinie) bei Zustandekommen des Kaufvertrages ausschließlich über Fernkommunikationsmittel das Recht zum Widerruf des Vertrages und zur Rückgabe der Kaufsache zustehen.

Abseits dieser Regelungen des Fernabsatzgesetzes besteht ein einheitliches Pflichtenregime im Bereich der kaufrechtlichen Gewährleistung unter Berücksichtigung der besonderen Vorschriften der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (sog. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).

Aufgrund der Harmonisierung des Verbraucherkaufrechts kommt dem Verbraucher EU-weit eine Beweislastumkehr zugute, wonach vermutet wird, dass bei Auftreten eines Mangels innerhalb von 6 Monaten nach Gefahrübergang die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Die Gewährleistungsfrist muss bei neuen Sachen mindestens 2 Jahre ab Gefahrübergang betragen. Bei gebrauchten Gegenständen darf die Gewährleistung auf maximal ein Jahr verkürzt werden.

Nach dem Richtlinienentwurf über den Online-Handel soll der Verbraucher ein Recht auf Abhilfe bei Vertragswidrigkeit der Ware haben, wenn in einem Zeitraum von 24 Monaten ein Mangel offenbar wird. Eine nationale Verjährungsfrist darf nicht vor Ablauf von 2 Jahren ab dem für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit maßgebenden Zeitpunkt enden (Artikel 14 des Richtlinienentwurfs). In dem Falle, dass die Ware zu montieren ist, kann sich die Frist um weitere 30 Tage verlängern (Artikel 8 Nr. 2 des Richtlinienentwurfs). In den gleichen Zeiträumen kommt dem Verbraucher die Beweislastumkehr des Artikels 8 Nr. 3 zugute. Da in dem Richtlinienentwurf keine Ausnahme für gebrauchte Gegenstände vorgesehen ist, verbietet sich auch eine Reduktion der Abhilfe- und Gewährleistungsfrist auf 12 Monate bei Verkauf gebrauchter Sachen. Auch bei gebrauchten Gegenständen dürfte die Beweislastumkehr des Artikels 8 Nr. 3 des Richtlinienentwurfs in einem Zeitraum von 24 Monaten Anwendung finden.

Während eine unterschiedliche Ausgestaltung von Gewährleistungsrechten nach Maßgabe des Vertragstypus oder des Vertragsgegenstandes im Einzelfall sinnvoll erscheinen mag, wie dies z.B. bei dem Richtlinienentwurf zur Bereitstellung digitaler Inhalte der Fall ist, erscheint es nicht sachgerecht, wenn sich der Umfang von Gewährleistungsrechten aus der jeweiligen Art und Weise der Anbahnung

und Durchführung des Geschäftes ergibt. Dies führt zu einer nicht wünschenswerten Fragmentierung des Kaufrechts.

### **2.3 Benachteiligung des stationären Handels**

#### **2.3.1 Regionaler Handel**

Auch begegnet die Ungleichbehandlung des Online-Warenhandels gegenüber dem traditionellen, stationären Handel Bedenken.

Während nachvollziehbar ist, dass dem Verbraucher, der die Ware vor und bei Vertragsschluss nicht vor Ort begutachten kann, ein Recht auf Widerruf und Rücktritt eingeräumt wird, erschließt sich nicht unmittelbar, warum dem Verbraucher weitergehende Gewährleistungsrechte bei Online-Geschäften eingeräumt werden. Die Umsetzung des Richtlinienentwurfs würde, zumindest nach Maßgabe des deutschen Rechts, eine Verbesserung der Rechte der Verbraucher bei Online-Handelsgeschäften im Vergleich zum stationären Handel bewirken. Es steht zu vermuten, dass die Verbraucher bei einem Vergleich der ihnen zustehenden Rechte unter den Aspekten des Widerrufs- und Rücktrittsrechts, des im Einzelfall erweiterten Gewährleistungszeitraums, der zeitlich verlängerten Beweislastumkehr sowie der Unzulässigkeit der Verkürzung der Gewährleistung bei gebrauchten Sachen dazu neigen werden, Fernabsatzgeschäfte zu bevorzugen. Wenn die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers im Online-Handel gegenüber dem stationären Handel ausgedehnt werden, wird dies nach diesseitiger Ansicht daher zu einer Benachteiligung des stationären Handels führen. Ob dieser Nachteil wirtschaftlich durch ein geringeres Gewährleistungsniveau effektiv kompensiert wird, muss bezweifelt werden.

#### **2.3.2 Grenzüberschreitender Handel**

Die digitale Binnenmarktstrategie steht möglicherweise auch in Konkurrenz zur Beförderung des grenzüberschreitenden stationären Handels in grenznahen Regionen.

Die Definition des Verbrauchergeschäftes in der Online-Richtlinie wie auch allgemein in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist nicht identisch mit derjenigen aus Artikel 6 Abs. 1 Rom I-Verordnung. Ein Verbrauchergeschäft im Sinne von Artikel 6 Rom I-Verordnung liegt nur vor, wenn der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder eine solche Tätigkeit auf irgendeiner Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

Liegt ein solches Ausrichten im Einzelfall vor, führt dies dazu, dass das Recht des Wohnsitzstaates des Verbrauchers Anwendung findet. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des Verbrauchergeschäftes hingegen nicht vor, ist das ausländische Recht anwendbar. Die Beweislast liegt bei dem Käufer (wobei der Europäische Gerichtshof in den Entscheidungen Pammer ./ Karl Schlütter GmbH & Co. KG (Rechtssache C-585/08), Hotel Alpenhof ./ Heller (Rechtssache C-144/09) und Lockmann Emrek ./ Vlado Sabranovic (Rechtssache C-218/12) hierfür praktikable Kriterien aufgestellt hat). Da der Verbraucher aber in der Regel nicht mit dem IPR, dem ausländischen Recht oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vertraut ist, führt dies zu Handelshemmnissen. Eine zusätzliche Besserstellung des Verbrauchers im Online-Handel könnte daher auch dazu beitragen, dass das Zusammenwachsen grenznaher Regionen im innergemeinschaftlichen Handel gegenüber der digitalen Binnenmarktstrategie und dem Online-Handel benachteiligt werden könnte.

Daher plädiert die Bundesrechtsanwaltskammer dafür, die Gewährleistungsfristen und die Dauer der Beweislastumkehr bei dem bisherigen Standard der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu belassen.

## **2.4 Im Einzelnen**

Zu den einzelnen Regelungen nimmt die Bundesrechtsanwaltskammer wie folgt Stellung:

### **2.4.1 Vertragsmäßigkeit der Waren (Art. 4 Nr. 3)**

Laut Artikel 4 Nr. 3 des Richtlinienentwurfes kann die Anwendung der Artikel 5 und 6 zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen, davon abgewichen oder deren Wirkung verändert werden. Hierfür bedarf es der Information des Verbrauchers über den „Umstand“ der Ware, sowie der „ausdrücklichen“ Zustimmung des Verbrauchers.

Sofern auf den „Umstand“ der Ware abgestellt wird, ist dieser Begriff ungenau. Im Kontext der englischen Version des Richtlinienentwurfes („condition“) ist davon auszugehen, dass mit „Umstand“ eigentlich „Zustand“ oder „Beschaffenheit“ gemeint ist. Insofern sollte auch im deutschen Richtlinienentwurf das Wort „Beschaffenheit“ verwendet werden.

### **2.4.2 Beitrag zur Vertragswidrigkeit (Artikel 9 Nr. 5)**

Artikel 9 Nr. 5 des Richtlinienentwurfes schließt die Rechte des Verbrauchers aus, wenn er selbst zur Vertragswidrigkeit der Ware beigetragen hat.

Dies steht in Widerspruch zu Artikel 6 lit. b) des Richtlinienentwurfes. Hiernach liegt Vertragswidrigkeit auch vor, wenn der Verbraucher die Sache selbst (fehlerhaft) montiert hat und die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der Anleitung zurückzuführen ist. In diesem Fall hat der Verbraucher jedoch dennoch zur Vertragswidrigkeit „beigetragen“.

Auch die englische Version beinhaltet die entsprechende Unklarheit („contributed“).

Die Bundesrechtsanwaltskammer regt daher an, die Formulierung von „beigetragen hat“ in „verschuldet hat“ zu ändern und auch die englische Version entsprechend anzupassen.

### **2.4.3 Rechtswidrigkeit der Nacherfüllung**

An mehreren Stellen des Richtlinienentwurfes wird auf eine „Rechtswidrigkeit der Ersatzlieferung“ Bezug genommen (Artikel 9 Nr. 3 lit. a), Artikel 11 des Richtlinienentwurfes). Für die Bundesrechtsanwaltskammer stellt sich hingegen die Frage, wann eine Ersatzlieferung rechtswidrig sein kann. Hier ist eine Definition bzw. Klarstellung geboten.

### **3. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015) 634 final)**

#### **3.1 Einleitung**

Die Bundesrechtsanwaltskammer befürwortet die Initiative des Europäischen Parlaments und des Rates, die Bereitstellung digitaler Inhalte im Bereich von Verträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C) einer eigenen, in sich konsistenten Regelung zuzuführen. Sie enthält einen neuen Grundgedanken, indem sie anerkennt, dass Gegenleistung für die Erbringung digitaler Inhalte statt einer Geldzahlung auch die Zurverfügungstellung von Verbraucherdaten sein kann. Dieser Grundgedanke ist ausdrücklich zu begrüßen. Er könnte jedoch noch konsequenter umgesetzt werden (vgl. Stellungnahme der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V. zum Richtlinienvorschlag über die Bereitstellung digitaler Inhalte vom 28.01.2016).

Darüber hinaus ist im deutschen Recht bei der Beurteilung von Vereinbarungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte nach der Vertragstypenlehre auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Schwerpunkt des konkreten Vertrages abzustellen. Eine Einordnung von Verträgen zur Bereitstellung digitaler Inhalte erfolgt je nach Ausgestaltung in Anlehnung an das Kaufrecht, das Mietrecht oder, z.B. bei Individualsoftware, an das Werkvertragsrecht. Jeder Vertragstyp impliziert unterschiedliche Verantwortungen für den Käufer/Auftraggeber und den Verkäufer/Auftragnehmer. Bei der Verletzung von Vertragspflichten führen die unterschiedlichen Vertragstypen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen. Im Miet- und Kaufrecht ist die Gewährleistung unterschiedlich ausgestaltet. Gleiches gilt für die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen, auch durch AGB, die im Mietrecht weitgehender zulässig sind als im Bereich des Kaufrechts. Nicht immer gewährleistet ist dabei, dass die bestehenden rechtlichen Regelungen in den jeweiligen Mitgliedsstaaten auch den aktuellen Stand der Technik adäquat abbilden.

Dies führt sowohl bei Anbietern wie auch den Konsumenten zu Unsicherheiten bezüglich der dem Vertragspartner zustehenden Rechte und der ihm obliegenden Pflichten.

Verschärft wird diese rechtliche Unsicherheit dadurch, dass im grenzüberschreitenden Handel, je nach Fallgestaltung, über die Rom I- und Rom II-Verordnungen erst zu ermitteln ist, welche Rechtsordnung Anwendung findet.

Der Vorteil des Richtlinienentwurfs und der Vollharmonisierung ist daher, dass die Relevanz der rechtlichen Einordnung des jeweiligen Vertragstyps und des auf den Vertrag anwendbaren Rechts vor dem Hintergrund des in Artikel 3 des Richtlinienentwurfs definierten Anwendungsbereichs zurücktritt und damit rechtliche Unsicherheiten der Marktteilnehmer beseitigt werden.

Im Einzelnen hat die Bundesrechtsanwaltskammer folgende Anmerkungen:

#### **3.2 Anwendungsbereich (Artikel 3 Nr. 1)**

Im Rahmen der Definition des Anwendungsbereichs in Artikel 3 Nr. 1 des Richtlinienentwurfs erscheint die Einschränkung durch den Begriff „aktiv“ nicht konsequent. Vielfach werden die vom Anbieter begehrten Daten nämlich vom Verbraucher nicht bewusst und aktiv bereitgestellt, sondern unbemerkt mit Tracking-Methoden gesammelt. Daher schlägt die Bundesrechtsanwaltskammer die Streichung des Wortes „aktiv“ vor. Dementsprechend sollte auch die Passage in Erwägungsgrund 14, auf dem der Begriff „aktiv“ beruht, umformuliert werden.

In den Regelungen über die Unterlassung der Nutzung der Daten des Verbrauchers nach Beendigung des Vertrages in Artikel 13 Nr. 2 lit b), Artikel 15 Nr. 2 lit. b) und Artikel 16 Nr. 4 lit. a) des Richtlinienentwurfs sind hingegen erfreulicherweise bereits auch die „sonstigen Daten [erfasst], die der Anbieter in Verbindung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte gesammelt hat“.

### **3.3 Minderjährigenschutz, Abwicklung ungültiger Verträge (Artikel 3 Nr. 9)**

Der Entwurf behandelt laut Artikel 3 Nr. 9 ausschließlich wirksam zustande gekommene Verträge. Es fehlen jedoch insoweit Regelungen für die Rückabwicklung von Verträgen, die tatsächlich nicht wirksam zustande gekommen sind. Besonders relevant erscheint das für den Bereich des Minderjährigenschutzes. Beispielsweise schließt ein Minderjähriger mit oder ohne Verschleierung seiner Minderjähereigenschaft (jetzt) entgeltliche Verträge, um digitale Inhalte nutzen zu können. Der Anbieter unterlässt ausreichende Schutzmechanismen, um das Mindestalter und/oder die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen zu überprüfen, so dass schwebend unwirksame Verträge entstehen. Wenn die Gegenleistung des Minderjährigen ausschließlich in Geld besteht, kann dieses herausgegeben werden oder die Zahlungsforderung entfallen.

Wenn aber die Gegenleistung des Minderjährigen in der Zurverfügungstellung von Daten besteht, kann die bereits erfolgte Nutzung der Daten nicht „herausgegeben“ werden. Wenn die Daten an Dritte weitergegeben wurden, kann noch nicht einmal ohne weiteres die zukünftige Nutzung unterlassen werden.

Solange Daten keine Geldwerte, bezifferbar und kondizierbare Leistungen darstellen, besteht kein Anreiz dafür, wirksame Verträge abzuschließen. Würde der Anbieter jedoch befürchten, dass bei einem endgültig unwirksamen Vertrag, die zur Verfügung gestellten Daten entschädigt werden müssten, würden sich die Anbieter mehr darum bemühen, von Anfang an wirksame Verträge abzuschließen, die nicht wegen Minderjährigkeit oder unwirksamer Geschäftsbedingungen unwirksam sind. Die bisherigen Regelungen in dem Richtlinienentwurf schaffen keinen ausreichenden Anreiz für Anbieter, sich nur solche Rechte einräumen zu lassen, wie sie unbedingt erforderlich sind oder den Kunden an den Wert seiner Daten angemessen zu beteiligen.

Es wäre konsequent, diese Besonderheit bei der Bereitstellung digitaler Inhalte nicht der Regelung durch die nationalen Gesetzgeber zu überlassen, sondern EU-weit einheitlich zu regeln.

Inhaltlich ist nach Artikel 3 Nr.1 des Richtlinienentwurfs davon auszugehen, dass der Verbraucher eine im Synallagma stehende Gegenleistung in Form personenbezogener oder anderer Daten erbracht hat. Nach deutschem Recht wäre dem Verbraucher gemäß § 818 Abs. 2 BGB der Wert der Daten zu ersetzen, soweit dem Anbieter wegen der Beschaffenheit oder aus anderem Grund die Herausgabe des Erlangten nicht möglich ist. Zur Berechnung könnte auf die Grundsätze der Lizenzanalogie zurückgegriffen werden, wie sie im Recht des Geistigen Eigentums entwickelt wurden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt folglich die Einfügung folgender Formulierung in den Richtlinienentwurf vor:

*„Ist ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte nicht zustande gekommen und hat der Verbraucher seine Gegenleistung in Form personenbezogener oder anderer Daten bereits ganz oder teilweise erbracht, so gelten die in Artikel 13 Nr. 2 bis 4 beschriebenen Rechtsfolgen. Soweit dem Anbieter die Herausgabe des Erlangten wegen der Beschaffenheit nicht möglich ist oder er aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande ist, hat er den Wert zu ersetzen. Der Wert bemisst sich danach, was bei vertraglicher Einräumung ein vernünftiger Lizenzgeber gefordert und ein vernünftiger*

*Lizenznehmer gewährt hätte, wenn beide die im Zeitpunkt der Entscheidung gegebene Sachlage gekannt hätten.“*

### **3.4 Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte (Artikel 6 Nr. 2)**

Mit der Formulierung in Artikel 6 Nr. 2 lit. a) des Richtlinienentwurfs wird angedeutet, dass doch ein Gefälle zwischen der Zahlung eines Geldpreises und der Zahlung mit Daten besteht und deshalb an Inhalte, die „nur“ mit Daten bezahlt werden, geringere Anforderungen zu stellen sind. Das ist inkonsequent. Eine Differenzierung zwischen der Zahlung mit Geld und der Zahlung mit Daten ist nur im Bereich der Gewährleistung (Minderung) und der Beendigung des Vertragsverhältnisses erforderlich. Die Zurverfügungstellung von Daten muss im gleichen Umfang ein Synallagma begründen wie die Zahlung durch Geld. Die Bundesrechtsanwaltskammer rät somit, Artikel 6 Nr. 2 lit. a) des Richtlinienentwurfs zu streichen.

### **3.5 Beweislastregelungen (Artikel 9)**

Den Erwägungsgründen ist zu entnehmen, dass auch der virtuelle Zugang auf die digitale Umgebung eine Option ist. Die Anzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe, sowohl in Artikel 9 Ziff. 3 des Richtlinienentwurfs als auch in den Erwägungsgründen erscheint bei einem Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre nicht angebracht. Dies führt sowohl beim Verbraucher als auch beim Anbieter zu Unsicherheiten, wann diese „begründete Ausnahme“, auf die Erwägungsgrund 33 verweist, gegeben sein wird. Es sollte zumindest beispielhaft aufgeführt werden, wann eine solche „begründete Ausnahme“ vorliegt.

Im Übrigen begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer die Beweislastregeln des Richtlinienentwurfs, die dem Anbieter digitaler Inhalte, will er sich von einer Haftung freizeichnen, im Zusammenspiel der Artikel 6 und 7 eine vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung über die Systemvoraussetzungen und Kompatibilität der zu integrierenden digitalen Inhalte auferlegt.

### **3.6 Beendigung des Vertrags (Artikel 13 Nr. 2 lit. b))**

Der Einschub „die erwartet werden können“ in Artikel 13 Nr. 2 lit. b) des Richtlinienentwurfs erscheint unklar, möglicherweise ist er als Einschränkung der Pflicht des Anbieters zu verstehen, die Nutzung der Daten zu unterlassen.

Ebenso ist der Begriff „Inhalte, die der Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt hat“ unklar und geeignet, das Recht auf Einstellung der Datennutzung zu unterlaufen. Von der im Richtlinienentwurf enthaltenen Definition könnten u.a. Äußerungen in Chats, deren Inhalt bei Löschung einzelner Beiträge für die anderen Nutzer kaum noch nachvollzogen werden kann, Kommentare auf Social Media Plattformen beispielsweise Facebook oder Beiträge auf einer eigenen Facebook-Seite des Verbrauchers, die andere geteilt und/oder kommentiert haben, umfasst sein. Auch in Artikel 15 Nr. 2 lit. b) und Artikel 16 Nr. 4 lit. a), die ebenfalls die Thematik Datennutzungsunterlassung nach Vertragsbeendigung behandeln, ist keine Ausnahme für gemeinsam erzeugte Inhalte vorgesehen. Eine derartig weitgehende Definition des Begriffs „Inhalte“ hält die Bundesrechtsanwaltskammer für bedenklich. Sie schlägt daher vor, den Einschub „die erwartet werden können“ in Artikel 13 Nr. 2 lit. b) zu streichen. Anschließend sollte auch die gleichlautende Formulierung in Artikel 16 Nr. 4 lit. a) geändert werden.

Weiterhin sollte noch eine Pflicht des Anbieters normiert werden, den Verbraucher darüber zu informieren, welche Maßnahmen er ergriffen hat, um die Nutzung der Daten in Zukunft zu unterlassen.

### 3.7 Regelungen zum Schadensersatz (Artikel 14)

Zu kritisieren ist, dass der Schadensersatz gemäß Artikel 14 des Richtlinienvorschlags nicht vereinheitlicht wird. Artikel 14 stellt daher eine Einbruchstelle für nationales Recht dar. Denn gemäß Artikel 14 Nr. 1 Satz 2 des Richtlinienentwurfs soll der Schadensersatz den Verbraucher „so weit wie möglich“ in die Lage versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn die digitalen Inhalte ordnungs- und vertragsgemäß bereitgestellt worden wären.

Bei grenzüberschreitenden Transaktionen wäre daher mangels Vollharmonisierung im Bereich des Schadensersatzes das auf den jeweiligen Vertrag anwendbare Recht zu ermitteln.

Im Bereich der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten kommt eine Anknüpfung über die Rom II-Verordnung in Frage, während bei Verletzung vertraglicher Pflichten das anwendbare Recht aus der Rom I-Verordnung zu entwickeln wäre.

Damit wird gerade in dem Bereich des Schadensersatzes die Rechtsunsicherheit, der der Richtlinienentwurf begegnen soll, wiedereingeführt.

Innerhalb Europas gibt es jedoch ein höchst unterschiedliches Schutzniveau. Schadensersatzansprüche im deutschen unvereinheitlichten Recht setzen z.B. Verschulden voraus, was den Händler bei der Bereitstellung digitaler Inhalte schützt.

Im belgischen Recht hingegen gilt bei dem spezialisierten Verkäufer die widerlegbare, im französischen Recht sogar die unwiderlegbare Vermutung der Kenntnis des Mangels bei Abschluss des Kaufvertrages mit der Folge, dass Schadensersatzansprüche gegen den Händler leichter durchsetzbar sind als dies im deutschen Recht z.B. der Fall wäre. Hinzu kommt, dass z.B. das belgische und französische Recht einen Direktanspruch gegen den Hersteller vorsehen, den das deutsche Recht nicht kennt.

Infolge dessen scheint es im Hinblick die Zielstellung der Richtlinie geboten, auch im Bereich des Schadensersatzrechtes entweder eine Vollharmonisierung vorzusehen, indem die Richtlinie Stellung dazu nimmt, ob Schadensersatzansprüche ein Vertretenmüssen voraussetzen, eine Vermutung des Verschuldens (widerlegbar oder unwiderlegbar) zu Gunsten des Verbrauchers greift, oder ob alternativ (oder zusätzlich) Direktansprüche gegen den Hersteller vorzusehen sind, bei dem das Tatbestandsmerkmal des Vertretenmüssens in der Regel verwirklicht sein dürfte.

Für eine vereinheitlichte Regelung des Schadensersatzes böte sich alternativ Artikel 159 ff. CESL als Grundlage an.

### 3.8 Überlassung von Nutzerdaten an Dritte und Anonymisierung von Daten

In dem Richtlinienentwurf nicht geregelt ist der Fall, dass der Anbieter (rechtmäßig) Nutzerdaten an Dritte weitergegeben hat. In diesem Fall werden die Nutzerdaten auch nach Vertragsende weitergenutzt. In Erwägungsgrund 37 am Ende wird im Gegenteil ausdrücklich ausgeführt:

*„Unbeschadet der Pflichten des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen gemäß der Richtlinie 95/46/EG sollte der Anbieter nicht verpflichtet sein, weitere Maßnahmen in Bezug auf Daten zu ergreifen, die der Anbieter während der Laufzeit des Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte rechtmäßig Dritten bereitgestellt hat.“*

Durch diese Weichenstellung wird das eigentlich angestrebte Ziel unterlaufen, die weitere Nutzung der Verbraucherdaten nach Vertragsbeendigung zu untersagen. Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich folglich für die Streichung dieses Satzes aus.

Eine Formulierung mit entgegengesetzter Zielrichtung könnte lauten:

*„Die Pflichten des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen gemäß der Richtlinie 95/46/EG bleiben unberührt. Der Anbieter ist verpflichtet, alle zumutbaren Maßnahmen in Bezug auf Daten zu ergreifen, die der Anbieter während der Laufzeit des Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte rechtmäßig Dritten bereitgestellt hat, damit die weitere Nutzung dieser Daten unterlassen wird.“*

Für den Fall, dass die Weiternutzung von Verbraucherdaten nach Vertragsende nicht verhindert werden kann, könnte darüber hinaus der in Ziffer 3.3 dieser Stellungnahme näher beschriebene Gedanke der Lizenzanalogie Verwendung finden:

*Soweit der Anbieter die weitere Nutzung personenbezogener oder anderer Daten durch Dritte nach Beendigung des Vertrages nicht verhindern kann, hat er den Wert zu ersetzen. Der Wert bemisst sich danach, was bei vertraglicher Einräumung ein vernünftiger Lizenzgeber gefordert und ein vernünftiger Lizenznehmer gewährt hätte, wenn beide die im Zeitpunkt der Entscheidung gegebene Sachlage gekannt hätten.“*

In Erwägungsgrund 37 heißt es außerdem in der Mitte:

*„Besteht die Gegenleistung in der Bereitstellung personenbezogener Daten, so bedeutet die genannte Verpflichtung zur Unterlassung der Nutzung der Daten, dass der Anbieter sämtliche Maßnahmen ergreifen sollte, um den Datenschutzbestimmungen genüge zu leisten und die Daten zu löschen oder so zu anonymisieren, dass der Verbraucher durch keinerlei Mittel identifiziert werden kann.“*

Unabhängig von der Frage, ob eine solche Anonymisierung tatsächlich möglich ist, wird damit aber auf jeden Fall die Gegenleistung des Verbrauchers auch nach Vertragsbeendigung weiter vom Anbieter genutzt, da auch anonyme Daten ihren Wert haben. Die Bundesrechtsanwaltskammer rät daher, den Halbsatz „oder so zu anonymisieren, dass der Verbraucher durch keinerlei Mittel identifiziert werden kann“ zu streichen.

\* \* \*