

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

Die Richtlinien über Digitale Inhalte Vertragstypen und Verantwortung für Mängel

著者	Martin Schmidt-Kessel
journal or publication title	TOYOHOGAKU
volume	61
number	2
page range	141-161
year	2017-12
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00009278/

デジタル社会における「人」と「法」②

Die Richtlinien über Digitale Inhalte

——Vertragstypen und Verantwortung für Mangel——

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte bilden seit einiger Zeit eine wichtige neue Herausforderung für das deutsche und europäische Schuldrecht. Während für zahlreiche Rechtsordnungen breite Erfahrungen mit Verträgen über Software bestehen - insbesondere mit kaufartigen Konstellationen betreffend Standardsoftware -, sind die das Massengeschäft mit Verbrauchern inzwischen ebenso beherrschenden Verträge über die Bereitstellung medialer digitaler Inhalte vergleichsweise Neuland. Das gilt Urheberrechtlich aber mehr noch schuldrechtlich.

Wie schnell die Entwicklung von statten gegangen ist läßt sich nicht zuletzt an den europäischen Regelungsinstrumenten und Entwürfen ablesen. Während der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) zu Verträgen über digitale Inhalte im Jahr 2009 noch weitgehend schweigt, enthält die VerbraucherrechteRL 2011/83/EU bereits eine wirkmächtige Legaldefinition in Art. 2 Nr. 11 (mit Umsetzung in § 312f III BGB). Nahezu zeitgleich ist die im Auftrag der Kommission verfaßte Amsterdam-Studie im Jahre 2011 veröffentlicht worden⁽¹⁾. Parallele Gesetzgebungsvorarbeiten in einzelnen Mitgliedstaaten, die insbesondere für die Niederlande und das Vereinigte Königreich auch zu gesetzgeberischer Aktivität geführt haben, zeigten freilich bereits zu diesem Zeitpunkt den politischen Handlungsbedarf auch auf der Ebene der Union. Dieser fand

(1) *Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner*, Analysis of the applicable for frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, Final Report, Amsterdam 2011. Eine Kurzfassung der Ergebnisse ist publiziert von *Helberger/Loos/Guibault/Mak/Pessers*, 36 J. Consum. Policy 37–57 (2013).

dann auch - nicht zuletzt in Übernahme von Ideen aus der Amsterdam-Studie - Eingang in den Vorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht im Oktober 2011. Die politischen Auseinandersetzungen um dieses Instrument konzentrierten sich dann freilich eher auf die großen Fragen der Kaufrechtsdogmatik und Kaufrechtsvereinheitlichung⁽²⁾, während die spezifischen Fragen zu digitalen Inhalten von rühmlichen Ausnahmen abgesehen⁽³⁾ eher am Rande behandelt wurden.

Erst mit den beiden Richtlinienvorschlägen der Kommission vom 9. 12. 2015 gewann die allgemeine Diskussion auch für das (allgemeine) deutsche Vertragsrecht massiv an Fahrt. Bei diesen Richtlinienvorschlägen handelt es sich zum einen um den Vorschlag für eine Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte⁽⁴⁾ sowie den Vorschlag für eine

-
- (2) Aus der umfangreichen dazu erschienenen Literatur s. insbesondere die Kommentare *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, München 2014 sowie *Schulze* (Hrsg.), *Common European Sales Law (CESL)*, Baden-Baden u.a. 2012 ferner die Sammelbände *Claeys/Feltkamp* (Hrsg.), *The Draft Common European Sales Law: towards an alternative sales law?*, Cambridge u.a. 2013; *Dannemann/Vogenauer* (Hrsg.), *The Common European Sales Law in context*, Oxford 2012; *Pinkel/Schmid/Falke* (Hrsg.), *Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Baden-Baden 2014; *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, München 2012; *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, München 2012; *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München 2012. Die GPR hat dem Vorschlag des GEKR für einige Zeit eine eigene Rubrik gewidmet. Aus der übrigen Aufsatzliteratur ist besonders auf die Beiträge von *Stadler*, *Grundmann*, *Zöchling-Jud*, *Looschelders* und *Lorenz* der Bonner Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung (20./21. 4. 2012) hinzuweisen, die in der *AcP* 212 (2012) 467 ff. veröffentlicht sind.
- (3) Insbesondere *Druschel*, *Die Behandlung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR)*, München 2014 sowie *Druschel*, *Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR)*, *GRUR Int.* 2015, 125. Ferner die Beiträge von *Schmidt-Kessel/Young/Benninghoff/Langhanke/Russek*, *Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?*, *GPR* 2011, 7–15; *Schmidt-Kessel*, *Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz*, in: Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (Hrsg.), *Bamberger Verbraucherrechtstage 2013 - Mobile Commerce*, Berlin 2014, 53–65 = *Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz*, *K&R* 2014, 475–483. Siehe ferner *Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel*, *Art. 2 GEK-VO-E*, *Rn.* 44–49, 63–67.
- (4) Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, *COM (2015) 634 final*.

Richtlinie zum Online-Warenhandel⁽⁵⁾. Vor allem der erstgenannte Vorschlag löste eine breite Diskussion aus bis hin zur Befassung des 71. Deutschen Juristentages in Essen 2016 mit dem Thema⁽⁶⁾. Während es im folgenden überwiegend über den Richtlinienvorschlag zu den digitalen Inhalten gehen wird, spielt der Richtlinienvorschlag zum Onlinehandel nur am Rande eine Rolle in der Diskussion. Das gilt trotz des Umstandes, daß eine eigene politische Diskussion über die Frage eingesetzt hat, ob ein Kaufrecht für Onlineverträge überhaupt Sinn mache, und deswegen starke Kräfte auf eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf sämtliche Kaufverträge mit Verbrauchern (und damit auf eine Ablösung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG) hinwirken. Allerdings erscheint eine Verabschiedung dieser Richtlinie nach der politischen Großwetterlage derzeit doch eher unwahrscheinlich, zumal im Allgemeinen Warenkaufrecht bei weitem nicht derselbe politische Handlungsdruck herrscht wie für den Bereich digitale Inhalte.

I. Überblick über den Richtlinienvorschlag

Der Richtlinienvorschlag der Kommission beschränkt sich schon nach seinem Titel ausdrücklich auf „bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“ und setzt dementsprechend Schwerpunkte. Nicht etwa wird das gesamte

(5) 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.

(6) Aus der Fülle der Publikationen siehe insbesondere *Faust*, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, München 2016; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, Teil 1, GPR 2016, 2 ff. und Teil 2, GPR 2016, 54 ff.; *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805 ff.; *Spindler*, Contracts for the Supply of Digital Content, (2016) 12 ERCL 183 ff.; *Staudenmayer*, Verträge über digitale Inhalte - Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, NJW 2016, 2719 ff.; *Stöhr*, Das BGB im digitalen Zeitalter - Eine Herausforderung für das Vertragsrecht, ZIP 2016, 1468 ff.; *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609 ff.; *Wendland*, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel?, EuZW 2016, 126 ff.

Schuldrecht einer Überprüfung auf seine Eignung für digitale Inhalte hin unterzogen. Entsprechende Aufforderungen zu einem breiter angelegten Überprüfungsprozeß⁽⁷⁾ sind auf europäischer Ebene schon mit Blick auf die politischen Realitäten verhallt. Die vom Richtlinienvorschlag dementsprechend gewählten Schwerpunkte betreffen zunächst einmal die Qualitätsstandards hinsichtlich der bereitgestellten digitalen Inhalte. Diese schließen ausdrücklich (Art. 6 V DigitaleInhalteRL) auch die geschuldeten Berechtigungen des Verbrauchers mit ein. Das gilt nach Art. 8 DigitaleInhalteRL jedenfalls insoweit, als es um Rechte Dritter geht. Zweiter Schwerpunkt sind die bei Fehlen der so definierten Qualität maßgebenden Rechtsbehelfe des Verbrauchers. Ferner findet sich eine Regelung über die Änderung laufender Verträge über digitale Inhalte sowie eine allgemeine Vertragsbeendigungsregelung für langfristige Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte.

Auch wenn der Richtlinienentwurf in mancherlei Hinsicht die Entwicklung zum DCFR und zum GEKR seither widerspiegelt, weist er doch einige wesentliche Besonderheiten auf. Das gilt zunächst für die ausdrückliche Erfassung bestimmter digitaler Dienstleistungen durch den Begriff Digitale Inhalte, welche nach verbreiteter Auffassung auch Cloud-Anwendungen und soziale Medien einschließen. Fast noch revolutionärer ist die ausdrückliche Erfassung von Daten als Entgelt für digitale Inhalte, die auf ein weitgehend unbereitetes Feld der Zivilrechtsdogmatik trifft, auf das freilich hier nicht näher eingegangen werden kann⁽⁸⁾. Besonders ist auch, daß die

(7) Siehe etwa *Schmidt-Kessel*, Editorial: Schuldrecht für die digitale Welt, GPR 2015, 157.

(8) Grundlegend *Langhanke*, Daten als Leistung, unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016. Diesen Überlegungen folgend etwa *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218–223 und aus der daran anschließenden Diskussion vor allem *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, die Richtlinienvorschläge der der Kommission zu digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 54, 57–60; *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609–2613; *von Westphalen/Wendehorst*, Hergabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte - Gegenleistung, bereitzustellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt?, BB 2016, 2179–2187 sowie *Metzger*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016) 817–865.

Richtlinie bewußt und ausdrücklich⁽⁹⁾ auf die Beschreibung und Festlegung einzelner Vertragstypen⁽¹⁰⁾ verzichtet. Diese Entscheidung soll nach den Vorstellungen der Kommission den Mitgliedstaaten überlassen bleiben. Ebenfalls Neuland betritt die Kommission mit der Aufnahme ausdrücklicher Regelungen zur Vertragsänderung und zur Beendigung von Dauerverhältnissen über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Letztere würde das Unionsrecht erstmals außerhalb des Wettbewerbs- und Vertriebsrechts zum Gegenstand einer eigenen Regelung machen.

Angesichts der Fülle an spannenden Konzepten und Detailregelungen muß sich dieser Vortrag beschränken. So wird es im Folgenden nur um Vertragstypen, Qualität und Rechtsbehelfe gehen.

II. Stand der Beratungen

In den zügig aufgenommenen Beratungen zum Richtlinienvorschlag über die Bereitstellung digitaler Inhalte hat sich zwischenzeitlich eine weitgehende Einigkeit in Parlament und Rat herausgebildet, daß ein Instrument dieser Art für erforderlich gehalten wird. Dementsprechend ist generell damit zu rechnen, daß die Richtlinie schlußendlich auch verabschiedet wird. Das gilt um so mehr, als sich für eine Reihe von Punkten bereits Einigungen zwischen Rat und Parlament abzeichnen.

Dabei ist die Öffentlichkeit über das Fortschreiten der Beratungen im Rat nur eingeschränkt orientiert, weil die Beratungen - wie üblich - weitestgehend geheim bleiben. Anträge auf Dokumenteneinsicht werden hier bislang überwiegend abschlägig beschieden. Ausnahme sind die Vorbereitungsdokumente zu den verschiedenen Orientierungsdebatten im Rat⁽¹¹⁾. Diese Orientierungsdebatten haben bereits einige Verständigungen ergeben, die insbesondere die politischen Kernziele des Vorschlags

(9) COM (2015) 634 final, S. 7.

(10) Kritisch demgegenüber *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 806. Der Hinweis auf das gesetzliche Leitbild geht freilich für die Richtlinie selbst fehl, weil das Unionsrecht diesen Kontrollmaßstab nicht kennt.

betreffen. Ferner wurden erste Klärungen für Fälle von *embedded digital content* erzielt, und schließlich hat sich der Rat einvernehmlich für einen Schutz der objektiven Qualitätsanforderungen gegenüber einschränkenden Leistungsbeschreibungen ausgesprochen.

Im europäischen Parlament wird die Lage durch die Doppelberichterstattung der beiden deutschen Abgeordneten *Axel Voss* (EVP) und *Evelyne Gebhardt* (S&P) zusätzlich verkompliziert. Diese haben sich zwar auf einen gemeinsamen Berichtsentwurf geeinigt⁽¹²⁾. Zu diesem sind freilich zwischenzeitlich fast 1000 Änderungsanträge eingegangen⁽¹³⁾. Die Vielzahl der Änderungsanträge, an denen an mehreren Stellen auch die beiden Hauptberichterstatter beteiligt sind, lassen eine Einigung im Parlament durchaus schwierig erscheinen. Kompromißvorschläge sind insoweit noch nicht publiziert.

Gleichwohl erscheint für die Richtlinie - wiederum - eine Einigung bereits in erster Lesung denkbar. Die Beratungen sind eben schon sehr weit fortgeschritten. Die künftige estnische Ratspräsidentschaft, welche die Richtlinie für ihre zum 1. 7. 2017 beginnende Amtszeit zu ihren Prioritäten zählt, bereitet sich jedenfalls auf die Leitung von Trilog-Verhandlungen vor.

III. Funktionen der Vertragstypenabgrenzung

Der Verzicht auf eine - durchgehende - Vertragstypenbildung im Richtlinienvorschlag wirft die Frage nach deren Verzichtbarkeit auf. Diese läßt sich letztlich nur anhand der

(11) Siehe die Ratsdokumente 9768/16 (Vorbereitung der Orientierungsdebatte im Rat (Justiz und Inneres) am 9./10. 6.2016) und 14. 827/16 (Vorbereitung zur Orientierungsdebatte des Rates (Justiz und Inneres) am 8./9. 12. 2016). Siehe ferner das vom Rat auf seiner Sitzung am 10./11. 3.2016 gebilligte Mandat an die Ratsarbeitsgruppe „Zivilrecht“ (Vertragsrecht) 6150/16.

(12) PE592. 444v01-00 vom 07. 11. 2016.

(13) Zunächst in Form der Stellungnahme für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres vom 21. 11. 2016 (PE582. 370v03-00) sowie die Parlamentsdokumente PE599. 501v02-00, PE599. 502v02-00 sowie PE599. 503v02-00, die am 15. 2.2017 veröffentlicht wurden.

Funktionen der Vertragstypen und ihrer Abgrenzungen voneinander beantworten⁽¹⁴⁾.

Im Allgemeinen - also in den nationalen Rechtsordnungen, soweit diese über eigene Vertragstypenbildungen verfügen - dient die Ausbildung von Vertragstypen zunächst einmal der Abbildung des Parteiwillens in typisierter Weise und damit der Verwirklichung der Vertragsfreiheit. Ferner dient die Abgrenzung verschiedener Vertragstypen voneinander der Festlegung des Anwendungsbereichs besonderer, vom allgemeinen Vertrags- und Schuldrecht abweichender, Normen. Solche Normen betreffen herkömmlich vor allem Vertragsschluß und Vertragsbeendigung, die Pflichten der Parteien einschließlich der geschuldeten Qualität, die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Vertrages sowie die Verjährung. Eine dritte allgemeine Funktion der Vertragstypenbildung, die auch unabhängig von der Bestimmung von Anwendungsbereichen geschriebener Normen funktioniert, ist die Determinierung des gesetzlichen Leitbildes durch den Vertragstyp und damit die Steuerung der Inhaltskontrolle allgemeiner und gegebenenfalls sonstiger Vertragsbedingungen⁽¹⁵⁾. Schließlich hat die Vertragstypenbildung Auswirkungen in den Bereichen des Kollisionsrechts der internationalen Zuständigkeit, wo teilweise Anknüpfungen gesondert bestimmt oder im Hinblick auf einen Vertragstyp gesondert konkretisiert werden.

Bei Rechtsakten der Europäischen Union tritt zu diesen - weitgehend rechtsordnungsunabhängigen - Funktionen innerhalb der nationalen Systeme eine zusätzliche im Rahmen der Normenhierarchie zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht hinzu. Unionsrechtlich dienen Vertragstypenbildungen nämlich auch der Bestimmung des Umfangs der erfolgenden Angleichung oder Rechtsvereinheitlichung. Die unionsrechtlich definierten Vertragstypen dienen damit

(14) Allgemeiner zur Vertragstypenbildung im Europäischen Recht *Kümmerle*, „Güter und Dienstleistungen“ - Vertragstypenbildung durch den EuGH, in *Andrés Santos/Baldus/Dedek* (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, München, 2011, 295 ff.

(15) Insoweit zutreffend *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 806.

zugleich der Beschreibung der den Mitgliedstaaten verbliebenen Freiräume für das Vertragsrecht: nur soweit die zur Beschreibung des Anwendungsbereichs hin genommenen Vertragstypen reichen, verlangt das Unionsrecht nach seiner - vorrangigen - Anwendung, im übrigen greift die autonome Rechtssetzungsbefugnis der Mitgliedstaaten. Diese zweite Funktion wird in (überwiegend nationalen) Auseinandersetzungen um Richtlinien und deren Umsetzung bisweilen übersehen und sie läßt - abgesehen vom Gebot der Umsetzungs Klarheit bei Richtlinien - den Mitgliedstaaten auch den Spielraum unionsrechtliche Bestimmungen jenseits dieses Anwendungsbereichs dadurch zur Anwendung zu bringen, daß der Vertragstyp umsetzungsrechtlich breiter beschrieben wird als durch den umzusetzenden Rechtsakt. Das gilt - zumindest nach allgemeinen Regeln - gerade auch im Falle einer vollharmonisierenden Richtlinie, wie sie mit dem Vorschlag betreffend die Bereitstellung digitaler Inhalte vorgeschlagen ist.

Kern der in diesen Fällen vorzunehmenden Abgrenzungen ist die den Vertrag charakterisierende Leistung eines der Vertragspartner. Die Art der Leistungen des Gläubigers dieser charakteristischen Leistung hat bislang in den nationalen Vertragsrechtsdogmatiken eher randständige Bedeutung. Diese sind nämlich auf entgeltliche Verträge mit Gegenleistung in Geld ausgerichtet. Tauschgeschäfte im weiteren Sinne wie auch teilunentgeltliche Verträge sind zwar bekannt, spielen jedoch nur am Rande eine Rolle. Hier wird der neue Ansatz des „Zahlens mit Daten“ eine erhebliche Perspektivenverschiebung zur Folge haben. Noch ungeklärt ist - jedenfalls rechtswissenschaftlich - ob auch weitere Reward-Erwartungen des Schuldners der charakteristischen Leistung - etwa in Reputationssystemen - Leistungscharakter zukommen wird.

Besondere Schwierigkeiten bereitet in diesem Kontext die richtige Behandlung gemischter Verträge, unter denen hier lediglich Mischungen auf der Seite der charakteristischen Leistung verstanden sein sollen. Kaufelemente können hier mit Dienstleistungs- oder Gebrauchsüberlassungselementen und weiteren Vertragsbestandteilen zusammentreffen. Die europäischen Rechtsordnungen kennen

hier letztlich drei verschiedene Lösungen, die auch im DCFR ihren Niederschlag gefunden haben. Am einfachsten ist dabei *prima vista* die Trennungslösung, also die Aufspaltung des mit mehreren Leistungspflichten bestückten Vertrages in Einzelverträge, für die sich freilich das Problem der Auswirkungen der Aufhebung einzelner der so getrennten Verträge auf das Gesamtverhältnis ergibt. Dasselbe Problem stellt sich auch im Rahmen der sogenannten Kombinationslösung, bei der - vielfach unter Einordnung des Vertrages als *sui generis* - Regeln verschiedener Vertragstypen zu einem einzigen Regelungsgeflecht verbunden werden, wobei eine Zuordnung regelmäßig nach den verschiedenen Vertragstypen erfolgt. Anders als bei der Trennungslösung werden hier nicht getrennte Verträge, sondern einheitliche Verträge mit Anwendbarkeit verschiedener Regelsätze angenommen. Wichtigstes Sachproblem ist dann die Bestimmung der „richtigen“ Regeln für eine etwa erforderlich werdende Vertragsaufhebung für die sich Anforderungen und Rechtsfolgen ganz erheblich unterscheiden können. Bei der Absorptionslösung, wie sie etwa in § 651 BGB auch einen gesetzlichen Ausdruck für das deutsche Recht gefunden hat, wird letztlich einen Vertragstyp für maßgeblich erklärt und lediglich die Anwendbarkeit einzelner Regeln anderer Vertragstypen angenommen. Zentrales Sachproblem hier ist die Bestimmung des Zuschnitts des Anwendungsbereichs dieser zusätzlichen Sonderregeln und ihrer Rechtsfolgen.

Für diese - sämtlichen an Vertragstypen orientierten europäischen Rechtsordnungen bekannten - Sachfragen und Lösungen hat sich bislang keine europäische Theorie entwickelt. Die nationalen Auffassungen sind insoweit schon aufgrund der Autonomie des Unionsrechts nur von eingeschränkter Relevanz. Bisweilen wirkt sich der - wohl dem Verwaltungsrecht entstammende - Hang des Unionsgesetzgebers zu Rang- und Spezialitätsregelungen in Richtlinien und Verordnungen negativ aus. Bereits das Beispiel von Art. 3 VII DigitaleInhalteRL verdeutlicht dieses: Anders als für die Abbildung des Parteiwillens in seinen mannigfachen Gestaltungen erforderlich wird die Richtlinie hier ganz allgemein zur - nachrangigen - *lex generalis* erklärt, ohne auf

die Wertungen und Regelungsziele des kollidierenden Rechtsaktes einzugehen.

IV. Vorgaben für Vertragstypen im Richtlinienvorschlag

Für die vertragstypologische Einordnung von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte macht nun der Richtlinienvorschlag erklärtermaßen keine Vorgaben⁽¹⁶⁾. Es besteht freilich Einigkeit über den insgesamt sehr breiten Anwendungsbereich des Vorschlags. Dieser schließt den punktuellen Leistungsaustausch im Sinne einer kaufartigen Situation ebenso ein wie Gebrauchsüberlassungen auf bestimmte oder unbestimmte Dauer. Auch Dienstleistungen werden - jedenfalls in gewissem Umfang - erfaßt, wobei Art. 3 V lit. a DigitaleInhalteRL verdeutlicht, daß der Erfassung von Dienstleistungen Grenzen gesetzt ist.

Das - jedenfalls systematisch neue - Rechtsobjekt digitale Inhalte trägt dabei zur Vertragstypenbildung vergleichsweise wenig bei. Maßgebend ist vielmehr die im Art. 5 DigitaleInhalteRL recht cursorisch geregelte Bereitstellung. Diese erlaubt auch die Erfassung der drei deutschen Grundsituationen Kauf, Gebrauchsüberlassung und Dienstleistung⁽¹⁷⁾. Dabei beginnt sich zu verdichten, daß Dienstleistungen nur insoweit erfaßt werden, als diese durch den betreffenden digitalen Inhalt im Wesentlichen erbracht und damit durch diesen weitgehend gleichsam verkörpert werden⁽¹⁸⁾. Genauere Grenzziehungen - etwa anhand von Beispielsfällen - finden sich jedoch amtlicherseits bislang nicht oder zumindest nicht öffentlich.

(16) Siehe nochmals COM (2015) 634 final, S. 7.

(17) *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, Teil 2, GPR 2016, 54, 56.

(18) *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, Teil 2, GPR 2016, 54, 56. Ausgangspunkt für diese These noch vor den Entwürfen *Schmidt-Kessel*, Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz, in: Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (Hrsg.), Bamberger Verbraucherrechtstage 2013 - Mobile Commerce, Berlin 2014, 53-65 = Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz, K&R 2014, 475-483.

Die Vertragstypenneutralität hält der Vorschlag freilich nicht völlig durch. Er enthält vor allen Dingen Sonderregeln für solche digitalen Inhalte, die für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereit zu stellen sind. Diese - in deutscher Terminologie - Dauerschuldverhältnisse sind für das Unionsrecht schon deshalb revolutionär, weil zahlreichen Rechtsordnungen solche Dauerverträge ohne zeitliche Höchstschranken fremd oder doch jedenfalls suspekt sind. Für diese Dauersituationen enthält der Richtlinienvorschlag gleich an sechs Stellen Sonderregeln: so ist die geschuldete Qualität nach Artt. 3 VI, 8 II, 10 lit. c DigitaleInhalteRL in diesen Fällen für den gesamten Zeitraum sicherzustellen. Art. 13 V DigitaleInhalteRL enthält eine Sonderregel zum Ausmaß der Beendigung des Vertrages wegen Vertragswidrigkeit, die ein Rückwirken der Aufhebung auf den Vertragsschlusszeitpunkt in vielen Fällen ausschließen wird. Über die Anknüpfung an einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum werden schließlich die Anwendungsbereiche der besonderen Regelungen über die Änderung und Beendigung von derartigen Dauerverträgen in Art. 15, 16 DigitaleInhalteRL gesteuert.

Eine eigenständige Kategorie enthält der Voss/Gebhardt-Bericht in seinem Vorschlag in Art. 2 Nr. 1a, wie er sich - unbestätigten Gerüchten zufolge - auch in unveröffentlichten Ratspapieren finden soll. Dabei handelt es sich um eine Auslagerung von zwei Sorten „digitaler Dienstleistungen“ aus dem nach dem Richtlinienvorschlag erweiterten Begriff digitaler Inhalte⁽¹⁹⁾. Dabei geht es einerseits um Cloud-Dienstleistungen und andererseits um soziale Netzwerke. Rat und Parlament scheinen sich hier auf die Etablierung eines besonderen Begriffs einzulassen, für den freilich bislang keine Sonderregeln vorgesehen sind. Die eigenständige Definition dient allein der verbesserten Einpassung der Begrifflichkeit der Richtlinie in den bisherigen Acquis und der Fortschreibung der bisherigen Definition digitaler Inhalte. Dabei ist die

(19) Zur Kritik daran siehe etwa *Schmidt-Kessel/Erlor/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, Teil 2, GPR 2016, 54, 55.

aufgezählte Liste digitaler Dienstleistungen wohl nicht abschließend, wie ein Rückschluß aus Art. 3 V lit. a Voss/Gebhardt-Bericht ergibt.

Der Richtlinienvorschlag enthält auch mehrere Regelungen für gemischte Verträge. Soweit die Bereitstellung digitaler Inhalte nach Art. 3 VI DigitaleInhalteRL Teil eines Vertrages mit weiteren „Elementen“ wird, will die Richtlinie nur für die „Pflichten und Abhilfen der Parteien“ gelten. Eine Ausweitung der Regeln auf den gesamten Vertrag etwa im Sinne einer Absorptionslösung ist hingegen nicht vorgesehen. Ob diese Einschränkung auch für Artt. 15, 16 DigitaleInhalteRL gilt, ist angesichts des zitierten Wortlauts fraglich. Denkbar ist auch, daß Änderungsrecht und Beendigungsrecht auch für andere Elemente eines entsprechend gemischten Vertrages zur Anwendung gelangen.

Darüber hinaus enthält der Richtlinienvorschlag zwei Gegenausnahmen zur Grundregel in Art. 3 VI DigitaleInhalteRL. Die Richtlinie gilt - trotz der damit verbundenen Mischsituation - nahezu vollständig für Datenträger von digitalen Inhalten (Art. 3 III DigitaleInhalteRL), welche damit den klassischen Vertragstypen entzogen werden und werden sollen. Die zweite Gegenausnahme für integrierte digitale Inhalte (insbesondere embedded Software) ist nach dem Vorschlag lediglich in Erwägungsgrund (11) DigitaleInhalteRL erwähnt. Der Voss/Gebhardt-Bericht schlägt hier - offenbar in Aufnahme der entsprechenden Diskussion im Rat - die Aufnahme einer eigenen Regelung zur Abgrenzung der verschiedenen Gewährleistungsregime in Artt. 2 Nr. 2a, 3 IIa Voss/Gebhardt-Bericht vor. Hier darf man auf die weiteren Entwicklungen gespannt sein.

V. Umsetzungsmöglichkeiten für das deutsche Recht

Auch die Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht würde weitgehend durch den Bereitstellungsbegriff der Richtlinie determiniert. Dessen weitere Konkretisierung ist freilich für das europäische Gesetzgebungsverfahren nicht wirklich zu erwarten. Dementsprechend ist - von der recht ungewissen Grenzlinie im Dienstleistungsbereich

(Stichworte Verkörperungen und menschliche Interventionen) abgesehen - von einem umfassenden Anwendungsbereich der künftigen Richtlinie auszugehen.

Umgekehrt verfügt das deutsche Recht über einige reiche Vorerfahrungen zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte, die sich freilich weitgehend auf den Softwarebereich im B2B-Rechtsverkehr beschränken. Kauf- und Werkverträge für Standard- und Individualsoftware sind hier der Klassiker⁽²⁰⁾, wobei diese bislang etablierte Abgrenzung nach der seit 2002 geltende Fassung von § 651 BGB und § 381 II HGB starken Zweifeln unterliegt⁽²¹⁾. In der softwarevertraglichen Spezialliteratur wird hierzu - von Fällen gedankenloser Fortschreibung des alten Rechtszustands einmal abgesehen - vielfach angemerkt, daß die Herstellung auch von Individualsoftware danach kaum einmal noch Werkvertragsrecht unterliegen dürfte⁽²²⁾. Während diese Grenzziehungen - vor allem in ihrer alten Zweiteilung - große Bekanntheit erlangt haben, ist weit weniger bekannt, daß die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch eine Einordnung von SaaS- und ASP-Verträgen vorgenommen hat: *Software as a Service* und *Application Service Providing* werden danach im deutschen Recht nicht als Dienstleistungsverträge eingeordnet, sondern nach Mietrecht behandelt⁽²³⁾. Daß auch dienstleistungsrechtlich das nötige Regelmateriale zur Verfügung stünde, zeigt sich hingegen bei der Behandlung von Plattformsituationen als Dauerwerkverträge⁽²⁴⁾. Diese besondere Gestaltung unter den §§ 631 ff. BGB harret freilich einer näheren

(20) Wegweisend BGHZ 102, 135.

(21) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat diese Änderungen bislang kaum zur Kenntnis genommen geschweige denn deren Folgen diskutiert, vgl. BGH NJW 2010, 1449 Rn. 21 (ggf. auch Werklieferungsvertrag) und BGH NJW 2010, 2200 Rn. 14 (Werkvertrag).

(22) Dazu ausführlich *Marby*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 680 ff. Ausdrücklich gegen eine Anwendung von § 651 BGB hingegen *Faust*, Juristentagsgutachten 2016, A55. Die Änderungen bei § 651 und § 381 I HGB ignorierend *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 810.

(23) BGH NJW 2007, 2394 und h.M.

(24) BGHZ 184, 345, Rn. 20, 26; *Härtling*, Internetrecht 2014, Rn. 717. Ausdrückliche Einordnung als Dauerschuldverhältnis bei LG Schweinfurt BeckRS 2014, 54331.

Untersuchung nicht nur für das deutsche Recht. Es nimmt insoweit nicht Wunder, daß die Rechtsprechung Cloud-Leistungen wiederum weitgehend mietvertraglich qualifiziert⁽²⁵⁾.

Aufgrund dieser Vorerfahrung läßt sich vorhersagen, daß die Vertragstypen des BGB der geltenden Fassung zumindest ganz weitgehend geeignet sind, um Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte abzubilden. Das gilt zunächst für die Fälle permanenter Übertragung digitaler Inhalte, die richtigerweise als Kauf nach § 453 iVm, §§ 433 ff. BGB einzuordnen ist⁽²⁶⁾. Während die Verdrängung des Werkvertragsrechts aufgrund von § 651 BGB insoweit weniger Probleme bereitet, zeigt sich in mehrfacher Hinsicht, daß nicht alle Kaufrechtsregeln für den Kauf digitaler Inhalte passen. Insbesondere gerät die Leistungsfähigkeit des Gefahrübergangs als Mittel der vertraglichen Risikoverteilung bei digitalen Inhalten an seine Grenzen. Grund dafür ist nicht allein die weite Verbreitung von Softwarepflege-Abreden, nachlaufenden Update-Pflichten oder nachlaufenden Update-Praktiken. Mindestens genauso wirkmächtig ist nämlich die - richtigerweise sowohl zivilrechtliche als auch öffentlich-rechtliche - Fortschreibung der Produktverantwortung unabhängig von Vertragsbeziehungen. Produkthaftungs- und produktsicherheitsrechtliche Warnpflichten bedürfen für digitale Inhalte freilich noch der Kalibrierung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung. Hier besteht - jedenfalls für das öffentliche Recht - auch (produktsicherheitsrechtlicher) Handlungsbedarf⁽²⁷⁾.

Fälle der Gebrauchsüberlassung, bei denen der Anbieter die Verschaffung einer Nutzungsmöglichkeit auf bestimmte oder unbestimmte Dauer schuldet, sind

(25) Vgl. *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 810.

(26) Siehe etwa *Stieper*, Digital ist besser - die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstypus?, FS Köhler 2014, 729, 734 ff.; *Schmidt-Kessel*, Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz, K&R 2014, 475, 479; *Zech*, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, ZUM 2014, 3, 8; *Faust*, Juristentagsgutachten 2016, A43.

(27) *Schmidt-Kessel*, Editorial: Für ein digitales Produktsicherheitsrecht - ein Plädoyer, VuR 2015, 121-122.

richtigerweise als Mietverträge nach §§ 535 ff BGB einzuordnen⁽²⁸⁾. Die nach der Konzeption des Mietvertrags als Sachmiete erforderliche Verkörperung ist hierfür letztlich immer existent, sodaß das Sacherfordernis kein relevantes Hindernis für diese Qualifikation bildet. Wenn der deutsche Juristentag richtigerweise gleichwohl eine § 453 BGB entsprechende Vorschrift auch für das Mietrecht gefordert hat⁽²⁹⁾, so kann dies letzte Unsicherheiten beseitigen.

Nicht gesichert ist hingegen die Abbildbarkeit der von der DigitaleInhalteRL erfaßten Dienstleistungen, soweit es sich nicht um Werkverträge handelt. Während Werkverträge, wie sie sowohl in der Dauerwerkvertragssituation als auch etwa beim Streaming regelmäßig vorliegen werden⁽³⁰⁾, mit einem eigenen Gewährleistungsrecht über eine zumindest der Richtlinie vergleichbare Struktur verfügen, fehlt es für sämtliche nicht den §§ 631 ff. BGB zuordenbaren Dienstleistungsverträge an einem solchen - erforderlichen - Gewährleistungsregime. Das gilt insbesondere für Dienstverträge im Sinne der §§ 611 ff. BGB. Hinzu kommt, daß nach deutschem Recht keine vollständige Erfassung sämtlicher Dienstleistungen durch das Werk- und Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff., 631 ff. BGB respective die entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB erfolgt. Wichtigste Ausnahme ist hier das Maklerrecht der § 652 ff. BGB. Es erscheint nicht ausgeschlossen, Dienstleistungen durch automatisierte Agenten als (vor allem Nachweis-) Makler der Richtlinie

(28) Vgl. bereits BGH NJW 2007, 2394 (verkörperte Software). Ferner *Schmidt-Kessel*, Verträge über digitale Inhalte - Einordnung und Verbraucherschutz, K&R 2014, 475, 479. Anders für die Überlassung in die Cloud des Kunden (i.d.R. beim Anbieter) *Zech*, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, ZUM 2014, 3, 8, der die Miete zu Unrecht am fehlenden (für §§ 535 ff. BGB aber nicht erforderlichen) Besitz scheitern läßt.

(29) Nr. 9 der Beschlüsse der Zivilrechtlichen Abteilung des deutschen 71. Juristentages 2016 basierend auf *Faust*, Juristentagsgutachten 2016, A53. Zustimmend *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 809.

(30) Zu unrecht auf die für den Verbraucherbereich kaum relevante individuelle Herstellung von Software fokussiert *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 810.

unterfallen zu lassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Nachweis ohne menschliche Intervention erfolgt, was bei zahlreichen Immobilienvermittlungsportalen durchaus der Fall ist. Das Beispiel belegt noch einmal die bestehende Unsicherheit des Ausmaßes der Erfassung von Dienstleistungen durch den Richtlinienvorschlag. An dieser Stelle drohen Lücken in der Umsetzung, wenn eine Abbildung lediglich durch die bestehenden Vertragstypen des BGB erfolgt.

Welche Regelungsalternativen zur reinen Eingliederung in die bestehenden Vorschriften bestehen also? Denkbar wäre zunächst - dem englischen Vorbild insoweit folgend - der Erlaß eines Sondergesetzes über Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Denkbar wäre ferner eine Sonderregelung im allgemeinen Schuldrecht über die Qualität digitaler Inhalte, welche die Artt. 6 ff. DigitaleInhalteRL entsprechend abbilden würde. Systematisch läge darin freilich ein Widerspruch zur grundlegenden Systementscheidung von 1900, welche - anders als noch nach dem 1. Entwurf zum BGB, - gerade gegen ein allgemeines Gewährleistungsrecht gefallen ist. Denkbar erscheint ferner eine Integration der einschlägigen Verträge bei den Vertragstypen des BGB gegebenenfalls verbunden mit einer Auffangregelung, die wohl beim Werkvertragsrecht anzusiedeln wäre. Näher läge insoweit allerdings die Regelung von Sondervertragstypen zu Kauf, Miete und Dienstleistungen nach dem Vorbild von Verbrauchsgüterkauf, Wohnraummiete, Pacht, Behandlungsvertrag, Bauvertrag etc. Über entsprechende Untertitel könnten der Kauf digitaler Inhalte, die Miete digitaler Inhalte sowie digitale Dienstleistungen und Dienstleistungen durch digitale Inhalte (letztere mit Auffangfunktion) den jeweiligen Vertragstypen gut zugeordnet werden, ohne die bestehende Systematik des Gesetzes zu sehr zu tangieren.

VI. Qualitätsstandards im Richtlinienvorschlag

Der vorliegende Richtlinienvorschlag verfügt - zumindest in seiner Grundstruktur - über die klassische Trias der Qualitätsstandards, wie sie spätestens seit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für das deutsche Recht typisch ist. Zumindest

theoretisch an der Spitze steht die vereinbarte Qualität durch Leistungsbeschreibung sowie die in die vereinbarte Beschaffenheit integrierten Informationen zur Erfüllung von Informationspflichten. Es folgt die - rechtspolitisch schwierigste Entscheidung der - Eignung für den individuellen Vertragszweck, welche die englische *implied term* für eine *fitness for purpose* bereits für das Kaufrecht auf dem Kontinent verbreitet hat. Drittens sieht auch die Richtlinie die Eignung für den üblichen Leistungszweck vor. Zusätzlich enthält der Kommissionsvorschlag - als Teil der geschuldeten Qualität der bereitgestellten digitalen Inhalte, Art. 6 V DigitaleInhalteRL - gesonderte Anforderungen für die Integration digitaler Inhalte (Art. 7 DigitaleInhalteRL) und für bestehende Rechte Dritter (Art. 8 DigitaleInhalteRL).

Die vertraglichen Leistungsbeschreibungen und Informationen zur Erfüllung vorvertraglicher Informationspflichten - letztere unterschiedslos - bestimmen nach Art. 6 I lit. a DigitaleInhalteRL in erster Linie die geschuldete Qualität. Dadurch werden Informationspflichten auch über den Anwendungsbereich von Art. 6 V Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU respektive § 312d I 2 BGB hinaus qualitätsbestimmend. Eingeschlossen sind insoweit auch Vereinbarungen zu Anleitungen und Kundendienst (Art. 6 I lit. c DigitaleInhalteRL) sowie Aktualisierungspflichten (Art. 6 I lit. d DigitaleInhalteRL). Diese Erfordernisse der vereinbarten Beschaffenheit schließen Standards für den Funktionsumfang, die Interoperabilität und andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit ein, was jedenfalls ein Erstrechtsschluß aus Art. 6 II DigitaleInhalteRL ergibt. Ob auch Werbeaussagen und andere öffentliche Erklärungen des Anbieters insoweit als vereinbarte Qualität zu behandeln sind, erscheint nach der Systematik hingegen eher zweifelhaft.

Eine spürbare Abweichung von den Standards des deutschen Rechts (§§ 434 I 2 Nr. 1, 633 II 2 Nr. 1 BGB und Art. 35 CISG) enthalten die Bestimmungen über die Eignung für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck in Art. 6 I lit. b DigitaleInhalteRL. Danach ist für die Maßgeblichkeit des vom Verbraucher

angestrebten Zwecks die Kenntnis und die Zustimmung des Anbieters erforderlich, womit die Anforderungen von der Lösung des deutschen Rechts und der schwächeren um Fälle der unberechtigten vertrauensreduzierten Lösung des UN-Kaufrechts erheblich abweichen. Zu dieser Abweichung kommt es freilich nicht überraschend, weil bereits Art. 2 VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG eine ähnliche Formulierung enthält. Auch der vom Verbraucher angestrebte Zweck kann Anforderungen an Funktionsumfang, Interoperabilität sowie an andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit begründen, was sich wiederum im Wege des Erstrechtsschlusses aus Art. 6 II DigitaleInhalteRL ergibt. Inwieweit Anleitungen und Kundendienst an dieser Stelle relevant werden, liegt freilich ebenso im Dunkeln wie die Frage, ob aus dem Erfordernis einer *fitness for purpose* generell auch Aktualisierungspflichten für die bereitgestellten digitalen Inhalte abzuleiten sind.

Die auf die Eignung für gewöhnliche Verwendungszwecke gerichtete Pflicht nach Art. 6 II DigitaleInhalteRL ist ausdrücklich auf Funktionsumfang, Interoperabilität und andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit gerichtet. Ob sich aufgrund der Üblichkeit Anforderungen an Anleitungen und Kundendienst oder auch an Aktualisierungspflichten ergeben können läßt der Text offen, schließt es aber auch nicht aus. Für die Konkretisierung der gewöhnlichen Verwendungszwecke und der daraus folgenden Qualitätsanforderungen benennt die Vorschrift eine Reihe von Kriterien, zu denen neben der Frage, ob ein Preis in Geld oder eine andere Gegenleistung erbracht wird, internationale technische Normen, Verhaltenskodizes und sonstigen bewährten Verfahren auch öffentliche Erklärungen des Anbieters einschließlich Werbeaussagen zählen. Inwieweit sonstige gewöhnliche Eigenschaften Gegenstand der geschuldeten Qualität sind sagt der Richtlinienvorschlag nicht. Im Blick auf den Umstand, daß sich nahezu alle Qualitätsmerkmale auch digitaler Inhalte zumindest auch funktional deuten lassen, ist dieses möglicherweise auch nicht erforderlich und entspricht für das deutsche Recht den Erfahrungen des Mietrechts in § 536 BGB.

Art. 9 I DigitaleInhalteRL erlegt dem Anbieter die vollständige Beweislast hinsichtlich der Mangelfreiheit der bereitgestellten digitalen Inhalte auf. Dies ist dem Umstand geschuldet, daß auftretende Funktionalitätsdefizite - mangels nachteiliger Veränderung der entsprechenden Daten - regelmäßig von Anfang an vorgelegen haben werden. Als einzige Ausnahme regelt der Vorschlag den Fall fehlender Interoperabilität oder Kompatibilität mit der Umgebung des Kunden, soweit der Anbieter vor Vertragsschluß den Kunden von den entsprechenden Anforderungen in Kenntnis gesetzt hat (Art. 9 II DigitaleInhalteRL)⁽³¹⁾. Anders als die entsprechende Beweislastumkehr in der Kaufrechtsrichtlinie sieht der vorliegende Vorschlag keine Befristung für diese Beweislastumkehr vor. Diese Regelung beruht auf der Überlegung, daß die die digitalen Inhalte konstituierenden Daten keinem Verschleiß unterliegen, weshalb auch der Sachgrund für die Befristung der Beweislastumkehr entfällt. Die Beweislastumkehr wird freilich durch eine Kooperationspflicht des Erwerbers geschwächt, Art. 9 III DigitaleInhalteRL.

Es nimmt nicht Wunder, daß die Regelung der Qualitätsstandards eine Fülle von Detaildebatten ausgelöst hat, die hier im Einzelnen nicht alle wiedergegeben werden können. Allerdings haben sich in den bisherigen Diskussionen zwei Schwerpunkte herausgebildet: Der eine betrifft die Abdingbarkeit der üblichen Beschaffenheit - also der Eignung für die gewöhnlichen Verwendungszwecke nach Art. 6 II DigitaleInhalteRL - durch schlichte Leistungsbeschreibung. Insoweit wird auf den Wortlaut des Richtlinienvorschlages der Kommission verwiesen, welche die Berücksichtigungsfähigkeit der gewöhnlichen Verwendungszwecke durch den Einschub beschränkt, „soweit der Vertrag nicht klar und umfassend die Anforderungen an diese Inhalte gemäß Abs. 1 bestimmt“⁽³²⁾. Die Orientierungsdebatte im Rat (Justiz und Inneres) vom Dezember 2016 scheint aber diese Frage dahingehend entschieden

(31) Die Bedeutung dieser Konstellationen betont mit Recht *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 809 f.

(32) Vgl. *Spindler*, Digitale Wirtschaft - analoges Rech: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, 805, 809.

zu haben, daß eine Abbedingung der Eignung für gewöhnliche Verwendungszwecke durch schlichte Leistungsbeschreibung hohe Hürden entgegenstehen werden.

Deutlich offener ist die Frage, ob das hier vorgestellte Qualitätsregime auch auf integrierte digitale Inhalte Anwendung finden würde. Interessant ist das vor allem aber nicht nur für embedded Software, also typische Bestandteile von Waren, wie sie sich vor allem als Steuerungssoftware in vielen elektronischen Geräten oder Geräten mit elektronischen Bauteilen finden. Die hier zu findende Abgrenzung wird ganz erhebliche Auswirkungen auch auf die nationalen Vertragstypenlehren haben. Der europäische Gesetzgeber wird hier darauf zu achten haben, keine Wertungswidersprüche entstehen zu lassen. Solche können insbesondere dann auftreten, wenn digitale Inhalte von der Umgebung gelöst, wenn sie ersetzt und wenn sie gegebenenfalls auch gesondert bezogen werden können. Die Rechtsordnungen werden sich auf die Dauer wohl mit dem Umstand anzufreunden haben, daß hier gleichzeitig und durch ein einziges Defizit sowohl Qualitätsdefizite digitaler Inhalte als auch solche der Waren in denen diese verbaut sind vorliegen können. Anbieter werden sich insoweit einem doppelten - aber regelmäßig nicht kumulierten - Rechtsbehelfsregime ausgesetzt sehen.

VII. Rechtsbehelfe

Hinsichtlich der Rechtsbehelfe bringt der Vorschlag wenig Neues hinsichtlich der Grundstruktur. So ist auch Art. 12 I DigitaleInhalteRL in erster Linie auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes gerichtet, wobei in Übernahme der *Weber/Putz-*Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs von einem weitreichenden Erfordernis der Kostentragung des Anbieters auch hinsichtlich der Integration der digitalen Inhalte in die digitale Umgebung des Erwerbers auszugehen ist. Für diesen Herstellungsanspruch stellt Uabs. 2 Abs. I eine Verhältnismäßigkeitsschwelle auf, die sich an Wert und Funktionen der digitalen Inhalte orientiert. Für die Erfüllung dieses Herstellungsanspruchs steht dem Anbieter eine angemessene Frist ab der Anzeige durch

den Verbraucher zur Verfügung. Verstreicht diese Frist oder ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte unmöglich, unverhältnismäßig oder rechtswidrig hat der Erwerber die Möglichkeit zur Preisminderung (wenn ein Preis und nicht eine andere Gegenleistung vereinbart ist) oder ein Recht zur Beendigung des Vertrags. Dieselben Rechte bestehen auch in den Fällen der Erfüllungsverweigerung oder von erheblichen Unannehmlichkeiten für den Erwerber. Für die Vertragsbeendigung begründet Art. 12 V eine ausdrückliche Wesentlichkeitsschwelle. Soweit es zur Beendigung kommt regelt Art. 13 DigitaleInhalteRL ausführlich deren Folgen. Art. 14 regelt - in so nicht brauchbarer Art und Weise⁽³³⁾ - zusätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz des Erwerbers, der im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicher noch modifiziert oder gar ganz gestrichen werden wird.

VIII. Schluß

Insgesamt ist der vorliegende Richtlinienentwurf der Kommission weitgehend an den Mustern der Kaufrechtsrichtlinie 1999/44/EG orientiert. Ärgerlicherweise wird jedoch in vielfacher Hinsicht von deren Wortlaut abgewichen, was überflüssige Fragen aufwirft. Hier ist die Qualität des Vorschlags zum Teil inakzeptabel. Die offene Ausgestaltung der Vertragstypenbildung gestattet es andererseits, den Vortrag ohne nationale dogmatische Scheuklappen zu diskutieren. Vor allem in dieser Hinsicht sind von dem Vorschlag wesentliche Impulse für die weitere Vertragsrechtsentwicklung zu erwarten. Insgesamt spricht der Vorschlag zentrale Sachfragen an und wird sich auch eignen, um über die Art und Weise der Umsetzung füglich zu streiten. Auf diese - und damit gegebenenfalls ein digitales Update für das BGB - darf man gespannt sein.

—Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel · Universität Bayreuth—

(33) Zur - heftigen - Kritik an der Vorschrift siehe etwa *Spindler*, Contracts for the Supply of Digital Content, (2016) 12 ERCL 183, 211 ff.