



VERTRÄGE ÜBER DIGITALE INHALTE

VERTRAGSNATUR UND GESCHULDETE LEISTUNG

JOHANN KINDL

WESTFÄLISCHE WILHEMS-UNIVERSITÄT MÜNSTER

WORKING PAPER

1/2018

**WORKING PAPERS
JEAN MONNET CHAIR**

A circular logo consisting of twelve yellow stars arranged in a circle, similar to the European Union flag.

**EUROPEAN
PRIVATE LAW**



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Abstract: This article discusses the scope of the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and examines which contractual type corresponds to such contents, which in any case is up to the national legislature to decide. In addition, it deals with the requirements that have to be met for conformity with the contract.

Title: Contracts on Digital content. Legal Nature and Performance.

Keywords: Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content; scope; supply of digital contents and services; contractual types; conformity.

Resumen: *Este artículo analiza el alcance de la Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales y examina el tipo contractual de los contratos relacionados con contenidos o servicios digitales, que en todo caso corresponde decidir al legislador nacional. Además, analiza los requisitos que deben concurrir para apreciar la conformidad con el contrato.*

Título: *Contratos sobre contenidos digitales. Naturaleza jurídica y prestación debida.*

Palabras clave: *Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales; ámbito de aplicación; suministro de contenidos y servicios digitales; tipos contractuales; conformidad.*

Inhaltsverzeichnis

I. EINLEITUNG	4
II. DIGITALE INHALTE UND DIGITALE DIENSTLEISTUNGEN	5
III. VERTRAGSNATUR	7
1. Allgemeines	7
2. Vertragstypus	8
a. Bedeutung der Einordnung	8
b. Die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen	8
c. Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte als Kauf-, Miet- oder Werkverträge	10
(i) Kaufvertrag	10
(ii) Mietvertrag	12
(iii) Dienstvertrag	12
IV. DIE QUALITÄT DER VOM ANBIETER GESCHULDETEN LEISTUNG	13
1. Überblick	13
2. Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, Art. 6 DI-RL	14
3. Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, Art. 6a DI-RL	15
4. Keine Subsidiarität der objektiven Anforderungen	16
5. Pflicht zur Aktualisierung	17
V. ZUSAMMENFASSUNG	19
SUMARIO	20

I. Einleitung

Eine moderne Privatrechtsordnung muss sich den Herausforderungen stellen, die die rasant fortschreitende Digitalisierung nahezu aller Lebensbereiche mit sich bringt. Die Frage, ob es hierzu eines umfassenden „Updates“ des BGB bedarf oder ob einige punktuelle Änderungen hierfür ausreichen, ist einer der Gegenstände des 71. Deutschen Juristentags gewesen, der im September 2016 in Essen abgehalten wurde.¹ Die dort geführte Diskussion hat sich möglicherweise schon erledigt – nämlich dann, wenn die Europäische Union den deutschen Gesetzgeber zu einem Update des BGB zwingt. Schon im Dezember 2015 – also noch vor dem 71. Deutschen Juristentag – war die Union auf den Plan getreten und hatte in Gestalt der Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte unterbreitet (im Folgenden: Kommissionsvorschlag).² Am 8. Juni 2017 hat der Rat der Europäischen Union einen gemeinsamen Standpunkt festgelegt und einen Kompromissvorschlag (im Folgenden DI-RL oder Richtlinie) vorgelegt.³ Der Europäische Gesetzgeber ist also bemüht, mit der rasant fortschreitenden Digitalisierung Schritt zu halten. Er verfolgt dabei das Ziel, zu einem rascheren Wachstum des digitalen Binnenmarktes beizutragen und zugleich ein hohes Maß an Verbraucherschutz zu bieten (vgl. Art. 1 DI-RL). Durch eine Beseitigung der größten vertragsrechtlichen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel möchte er für eine Abnahme der Unsicherheit sorgen, die Unternehmen und Verbraucher angesichts der Komplexität der Rechtsvorschriften empfinden.⁴ Als Instrument zur Erreichung dieser Ziele hat er

* Der Beitrag wurde Anfang November 2017 fertig gestellt. Meiner Mitarbeiterin *Stefanie Gudehus* danke ich für die wertvolle Literaturrecherche, für das sorgfältige Korrekturlesen sowie für angeregte Diskussionen.

¹ Vgl. *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag; hierzu und zu weiteren Herausforderungen, die die fortschreitende Digitalisierung an das BGB stellt, *Wendehorst*, NJW 2016, 2609.

² COM(2015) 634 final; sämtliche Materialien sind abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2015_287 (letzter Abruf 16.12.2017).

Zum Kommissionsvorschlag siehe etwa *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54; *Spindler*, MMR 2016, 147; *von Westphalen*, EuZW 2017, 373; *Wendland*, GPR 2016, 8; ferner den Beitrag von *Staudenmayer*, NJW 2016, 2719, aus dem hervorgeht, inwieweit der Kommissionsvorschlag Anleihen aus dem – gescheiterten – Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, der Verbrauchsgüterkauf-RL und der Verbraucherrechte-RL entnommen hat; zu der Frage, ob es sich bei dem Vorschlag um einen „GEK 2.0“ handelt, *Wendland*, GPR 2016, 8.

³ Dokument ST_9901_2017_ADD_1; siehe hierzu auch die Erklärung von Delegationen für das Ratsprotokoll, Dokument ST_10080_2017_REV_1.

⁴ So die Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2015) 634 final, S. 2; Einzelheiten in den Erwägungsgründen (3) bis (7). Vgl. auch Fußn. 1 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 3; *Wendland*, GPR 2016, 8, 10.

eine vollharmonisierende Richtlinie gewählt (Art. 4 DI-RL),⁵ deren Regelungen zugunsten des Verbrauchers zwingend sind, es sei denn, die Richtlinie bestimmt etwas anderes (Art. 19 DI-RL).

Bereits die Überschrift der DI-RL verrät, dass dort nur einige Aspekte von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte geregelt sind. Nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 9 DI-RL sind die Mitgliedstaaten befugt, das Zustandekommen, die Wirksamkeit, die Ungültigkeit oder die Wirkungen eines Vertrags zu regeln. Ferner ist es Sache der Mitgliedstaaten, Regelungen über die Rechtsnatur der Verträge zu treffen. Die Kommission und der Rat erwägen insoweit eine Einordnung als Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag, Mietvertrag oder als Vertrag sui generis.⁶ Rückschlüsse über den Inhalt der vom Anbieter geschuldeten Leistungen erlauben Art. 5 DI-RL, der die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen anspricht, sowie die Artt. 6 bis 8 und Art. 11 DI-RL, die die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der vom Anbieter geschuldeten Leistung festlegen bzw. die Haftung des Anbieters regeln. Sowohl über die Vertragsnatur als auch darüber, was der Anbieter digitaler Inhalte oder Dienstleistungen schuldet, wird weiter unten zu sprechen sein. Vorher soll aber wenigstens eine Vorstellung davon vermittelt werden, was digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen i.S. der DI-RL sind.

II. Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen

Anders als noch der Kommissionsvorschlag differenziert der Kompromissvorschlag zwischen digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen und definiert diese Begriffe in Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1a DI-RL. In einem Erwägungsgrund sollen nach der Vorstellung des Rates Beispiele sowohl für digitale Inhalte als auch für digitale Dienstleistungen angeführt werden.⁷

Digitale Inhalte sind nach Art. 2 Abs. 1 DI-RL Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden. Als Beispiele sind Filme, Musikdateien, Spiele und E-Books genannt.

Unter digitalen Dienstleistungen versteht Art. 2 Abs. 1a der Richtlinie Dienstleistungen, die

⁵ Hierzu *Wendland*, GPR 2016, 8, 9 f.

⁶ Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2015) 634 final, S. 7; ferner Fußn. 13 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 14.

⁷ Fußn. 2 und 3 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 4. Art. 2 Abs. 1 DI-RL nennt freilich selbst schon einige Beispiele.

- dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu diesen Daten ermöglichen oder
- die die gemeinsame Nutzung von oder jede sonstige Interaktion mit Daten in digitaler Form ermöglichen, die vom Verbraucher und von anderen Nutzern dieser Dienstleistung hochgeladen oder erstellt wurden.

Digitale Dienstleistungen in diesem Sinne sind nach einer sprachlich eher unglücklichen Erläuterung des Kompromissvorschlags beispielsweise Dienstleistungen, „die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten ermöglichen, einschließlich Software as a Service, wie die gemeinsame Nutzung von Video- und Audioinhalten und andere Formen des Filehosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden.“⁸ Darüber hinaus wird in einer weiteren Erläuterung hervorgehoben, dass auch sog. Over-the-Top-Übermittlungs- und Mitteilungsdienste von der DI-RL erfasst sein sollen.⁹

Festzuhalten bleibt, dass sich der Kompromissvorschlag ebenso wie bereits der Kommissionsvorschlag durch einen „fast schon extrem zu nennenden Anwendungsbereich“¹⁰ auszeichnet. Die weite Definition der Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistung“ erklärt sich aus dem Bestreben der Gesetzgebungsorgane, mit der rasanten technologischen Entwicklung Schritt zu halten und diese Begriffe zukunftsfest zu machen.¹¹ Hervorhebung verdient insofern auch die Medienneutralität der DI-RL.¹² Auf welche Art und Weise die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen bereitgestellt werden – auf einem dauerhaften Datenträger, per Download oder durch Streamingdienste –, ist für die Anwendbarkeit der Richtlinie grundsätzlich¹³ unerheblich.

⁸ Fußn. 2 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 4.

⁹ Fußn. 21 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 10. In der Begründung des Kommissionsvorschlags sind ferner soziale Medien und Dateien für die visuelle Modellierung im Rahmen des 3D-Drucks genannt, COM(2015) 634 final, S. 13.

¹⁰ *Spindler*, MMR 2016, 147, 148, dort auch zum Begriff der digitalen Inhalte im Kommissionsvorschlag.

¹¹ Fußn. 2 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 4; vgl. auch Erwägungsgrund (11) des Kommissionsvorschlags, COM(2015) 634 final, S. 18.

¹² Vgl. den in Fußn. 2 vorgeschlagenen Erwägungsgrund im Kompromissvorschlag, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 4; ferner Erwägungsgrund (11) des Kommissionsvorschlags, COM(2015) 634 final, S. 18; *Metzger*, AcP 216, 817, 820.

¹³ Lediglich Artt. 5 und 11 DI-RL gelten nicht, wenn die digitalen Inhalte durch die Lieferung von physischen Datenträgern wie DVDs oder USB-Sticks bereitgestellt werden, Art. 3 Abs. 3 DI-RL. Nur an dieser Stelle sei auf einige Fälle hingewiesen, in denen der Anwendungsbereich der DI-RL ausgeschlossen bzw. eingeschränkt ist: Art. 3 Abs. 3a (integrierte digitale Inhalte i. S. des Art. 2 Abs. 12); Art. 3 Abs. 5 a) (gemeint sind vor allem Dienstleistungen, die – wie Übersetzungsleistungen – vom Anbieter persönlich erbracht werden und lediglich unter Einsatz digitaler Mittel erzeugt oder

III. Vertragsnatur

1. Allgemeines

In der Einleitung wurde ausgeführt, dass die DI-RL keine Regelungen über den Vertragstypus trifft und dass die Kommission und der Rat eine Einordnung als Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag, Mietvertrag oder als Vertrag *sui generis* in Betracht ziehen. In der deutschen Literatur wird allerdings bereits der der Richtlinie (angeblich) zugrunde liegende Regelungsansatz kritisiert: Ein Vertrag werde nicht dadurch geprägt, auf welches Gut er sich beziehe, sondern dadurch, was mit diesem Gut geschehen solle. So sei es sinnlos, einen gesonderten Vertragstyp für Autoverträge zu schaffen, der den Verkauf und die Vermietung von Kfz, ihre Reparatur und ihre Verwahrung einschließe.¹⁴ Ebenso sinnlos ist demnach ein gesonderter Vertragstyp für digitale Güter und Dienstleistungen. Diese Kritik trifft freilich nicht den Kern der Sache, da die EU ja keineswegs einen eigenen Vertragstyp kreieren möchte, sondern lediglich beabsichtigt, einzelne vertragsrechtliche Aspekte unionsweit einheitlich zu regeln.¹⁵ Wenn die Union Probleme angeht, die speziell bei Verträgen über digitale Inhalte oder Dienstleistungen auftreten, dann ist hiergegen nichts einzuwenden, solange sie sich dabei auf den Abbau von Hemmnissen für den Binnenmarkt unter Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus beschränkt (vgl. Art. 114 Abs. 1 und 3 AEUV).

Völlig unberechtigt erscheint die soeben umrissene Kritik gleichwohl nicht: Für die Zuordnung eines Vertrages zu einem bestimmten Vertragstyp kommt es in der Tat weniger darauf an, welches Objekt Gegenstand des Vertrags ist, sondern mehr darauf, welche Leistung der Schuldner im Hinblick auf den Vertragsgegenstand zu erbringen hat: dauerhafte und endgültige Überlassung, Überlassung des Gebrauchs auf Zeit, Wartungsarbeiten etc.¹⁶ Mit anderen Worten: Für die Einordnung zu einer bestimmten Vertragsart ist das Vertragsobjekt weniger maßgebend als der Inhalt der geschuldeten Leistung. Was der Anbieter schuldet, kann aus Art. 5 Abs. 2 DI-RL entnommen werden, wo geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen er seine Pflicht zur Bereitstellung erfüllt hat. Beim Dienstvertrag schuldet der Dienstverpflichtete nach deutschem Verständnis die Leistung der versprochenen Dienste (§ 611 Abs. 1 BGB); die Dienstleistung ist also Leistungsinhalt, nicht Vertragsobjekt. Daher mag es für den

übermittelt werden; Fußn. 19 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 9); Art. 3 Abs. 6 (Einschränkung bei Paketverträgen; hierzu Fußn. 14 und 26 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 7 und 12; zu der noch im Kommissionsvorschlag enthaltenen Ausnahme für gemischte Verträge *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62 ff.

¹⁴ *Faust*, Gutachten (Fußn. 1), S. 5 (zum Kommissionsvorschlag).

¹⁵ Vgl. *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2611.

¹⁶ Vgl. *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 478; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55; vgl. auch *Stieper*, Festschrift für Köhler, 2014, S. 729, 742 unten.

deutschen Juristen verwirrend erscheinen, dass die DI-RL digitale Dienstleistungen offenbar als Vertragsobjekt versteht, indem sie diese – unmittelbar im Anschluss an die digitalen Inhalte – in Art. 2 Abs. 1a definiert.¹⁷ Gleichwohl gelingt die Einordnung der Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen in die zur Verfügung stehenden Vertragstypen, wenn in Art. 5 Abs. 2 Di-RL der Leistungsinhalt, die Bereitstellung, zutreffend umschrieben ist.

2. Vertragstypus

a. Bedeutung der Einordnung

Die Frage nach dem Vertragstypus ist auf den ersten Blick von untergeordneter Bedeutung. In der Praxis dürften die vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien regelmäßig in allen Einzelheiten in den AGB des Anbieters geregelt sein. Auf den zweiten Blick ist die Zuordnung zu einer bestimmten Vertragsart doch von Belang, entscheidet sie doch über das auf den Vertrag anwendbare dispositive Recht. Diesem kommt vor allem eine Leitbildfunktion im Rahmen der Inhaltskontrolle der vom Anbieter verwendeten AGB zu, die gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel unwirksam sind, sofern sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweichen, nicht zu vereinbaren sind.¹⁸ Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass der erste Eindruck im Ergebnis doch nicht trügerisch gewesen ist – sofern es um die Einordnung von Verträgen geht, die in den Anwendungsbereich der DI-RL fallen. Diese regelt zwar nur einzelne vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte. Diese Aspekte umfassen allerdings u.a. nahezu das gesamte Mängelgewährleistungsrecht,¹⁹ das als zwingendes Recht in die nationalen Rechtsordnungen umzusetzen ist. Für eine Leitbildfunktion der in den nationalen Rechtsordnungen geregelten Vertragsarten bleibt somit nur Raum, soweit es um Fragen geht, die in der Richtlinie nicht geregelt sind, oder um Gegenstände, deren Regelung der Kompromissvorschlag den Mitgliedstaaten gestattet.²⁰ Nach alledem sollte die Bedeutung der Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstypus nicht überschätzt werden.

b. Die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen

¹⁷ Für eine Hereinnahme des Begriffs der digitalen Dienstleistungen in den Begriff der Bereitstellung *Schmidt-Kessel/Erlor/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55 (zum Kommissionsentwurf); digitaler Inhalt sei dann die dem Verbraucher jeweils ermöglichte Nutzung der betreffenden Softwarearchitektur.

¹⁸ Zur Bedeutung der Vertragstypologie *Stieper*, Festschrift für Köhler, S. 729, 730 f.

¹⁹ Vgl. *Wendland*, GPR 2016, 8, 9 (im Hinblick auf den Kommissionsvorschlag).

²⁰ Siehe z.B. Fußn. 26, 69 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 12, 37. Kritisch zu dieser „Verwässerung“ des Kommissionsvorschlags die gemeinsame Erklärung Lettlands, Litauens und Luxemburg, Dokument ST 10080 2017 REV 1, S. 4.

Ob dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterfallende Verträge über digitale Inhalte einem der im BGB geregelten Vertragstypen zugeordnet werden können, hängt nach dem oben unter 1. Gesagten insbesondere davon ab, was unter Bereitstellung von digitalen Inhalten bzw. Dienstleistungen zu verstehen ist. Die Kommission und der Rat hielten es insoweit für „angezeigt, einfache und klare Vorschriften in Bezug auf die Art und Weise ... der Erfüllung der wichtigsten Vertragspflicht des Anbieters, d.h. der Bereitstellung digitaler Inhalte für den Kunden, festzulegen.“²¹ Herausgekommen ist dabei die folgende Formulierung (Art. 5 Abs. 2):

Der Anbieter hat seine Verpflichtung zur Bereitstellung erfüllt, sobald

- die digitale dienstleistung oder jede Vorrichtung, die für den Zugang zu den digitalen Inhalten oder deren Herunterladen geeignet ist, von dem Verbraucher oder der physischen oder virtuellen Einrichtung, die von dem Verbraucher zu diesem Zweck bestimmt worden war, empfangen wurde;
- die digitale Dienstleistung dem Verbraucher oder der von ihm zu diesem Zweck bestimmten physischen oder virtuellen Einrichtung zugänglich gemacht worden ist.

Sieht man davon ab, dass der Anbieter auch an eine vom Verbraucher bestimmte Einrichtung mit befreiender Wirkung leisten kann – ein Fall, den das BGB in § 362 Abs. 1 erfasst –,²² dann ist festzuhalten: Der Anbieter hat seine Pflicht zur Bereitstellung von *digitalen Inhalten* erfüllt, sobald der Kunde eine *Vorrichtung empfangen* hat, die für den Zugang zu den digitalen Inhalten oder deren Herunterladen geeignet ist. Seine Pflicht zur Bereitstellung von *digitalen Dienstleistungen* hat der Anbieter erfüllt, sobald der Kunde diese Dienstleistungen *empfangen* hat oder sie ihm *zugänglich gemacht* worden sind. Im Ergebnis muss der Anbieter dem Kunden sowohl die digitalen Inhalte als auch die digitalen Dienstleistungen entweder zur Verfügung stellen oder zugänglich machen. Bei *digitalen Inhalten* muss dies allerdings dadurch erfolgen, dass der Kunde eine Vorrichtung empfängt, die ihm die Verfügung über bzw. den Zugang zu den digitalen Inhalten ermöglicht. Eine derartige Vorrichtung kann z.B. eine App sein, die der Verbraucher auf sein Smartphone lädt und die ihm das Herunterladen eines E-Books ermöglicht. Es sei dahin gestellt, ob die Regelung in Art. 5 Abs. 2 DI-RL einfacher und klarer ist als es die Definition des Bereitstellungsbegriffs im Kommissionsvorschlag

²¹ Erwägungsgrund (20) des Kommissionsvorschlags, COM(2015) 634 final, S. 20; Fußn. 34 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 16.

²² Vgl. *Faust*, Gutachten, (Fußn. 1), S. 25; der Hinweis von *Metzger*, AcP 216, 817, 848, auf § 362 Abs. 2 BGB, erscheint dagegen nicht weiterführend: eine vom Kunden bestimmte physische oder virtuelle Einrichtung kann schwerlich als Dritter i. S. dieser Vorschrift angesehen werden.

(Art. 2 Nr. 10) gewesen ist.²³ Jedenfalls erfüllt der Anbieter seine Verpflichtung zur Bereitstellung dadurch, dass er dem Verbraucher die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen entweder zur Verfügung stellt oder zugänglich macht. Wichtig im Hinblick auf die Einordnung des Vertrages ist die Feststellung, dass Art. 5 Abs. 2 DI-RL nicht danach differenziert, ob der Anbieter dem Verbraucher die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen auf Dauer und endgültig oder nur für einen (bestimmten oder unbestimmten) Zeitraum bereitstellt. Damit sind von der Richtlinie auch vorübergehende Gebrauchsüberlassungen erfasst.²⁴ Angesichts weiterer Regelungen in der Richtlinie, die unmittelbar auf die Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum zugeschnitten sind (Artt. 6 Abs. 3a, 9 b) ii), 9a Abs. 1, 12 Abs. 4 UA 2, 13a Abs. 1 UA 2, 15 DI-RL),²⁵ kann dies nicht bezweifelt werden.

c. Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte als Kauf-, Miet- oder Werkverträge

(i) Kaufvertrag

Nach dem bisher Gesagten können die von der Richtlinie erfassten Verträge als Kaufverträge qualifiziert werden, wenn sich der Anbieter verpflichtet, dem Verbraucher digitale Inhalte zur Verfügung zu stellen und ihm die Rechte an ihnen dauerhaft und endgültig einzuräumen. Sofern die digitalen Inhalte – wie in der Regel – nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, findet das Kaufrecht über § 453 Abs. 1 BGB Anwendung. Fraglich ist, ob der „Verkäufer“ digitaler Inhalte mit Blick auf Art. 8 Abs. 1 DI-RL auch verpflichtet ist, dem Verbraucher die Möglichkeit der Weiterveräußerung der erworbenen digitalen Inhalte zu verschaffen. Insoweit wird in der Literatur die Auffassung vertreten, die Weiterveräußerungsbefugnis werde ohne weiteres geschuldet, wenn der Anbieter keine „nachlaufende Qualitätsverantwortung“ trage,²⁶ er also nur für die geschuldete Qualität zum Zeitpunkt der Bereitstellung eintreten muss. Sofern der Anbieter demnach die Weiterveräußerungsbefugnis schuldet, wird ihm die Begleichung dieser Schuld ggf. durch die UsedSoft-Entscheidung

²³ Art. 2 Nr. 10 des Kommissionsvorschlag wurde angesichts des überarbeiteten Wortlauts des Art. 5 für überflüssig erachtet und ist daher gestrichen worden, Fußn. 11 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 6. *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 56 halten Art. 2 Nr. 10 des Kommissionsvorschlags i. Ü. für sehr gelungen, „weil die Medienneutralität gelingt.“

²⁴ Zutreffend (noch zum Kommissionsvorschlag) *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 56; *Wendland*, GPR 2016, 8, 13.

²⁵ Vgl. des Weiteren insbesondere Fußn. 52 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 23 f.; ferner Fußn. 43, 53, 61, 63 und 67, a.a.O., S. 19, 29, 31 und 35. Siehe auch Art. 16 DI-RL, der ein Recht auf Beendigung langfristiger Verträge regelt.

²⁶ *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62.

des EuGH²⁷ erleichtert. Dort hat der Gerichtshof im Hinblick auf die Überlassung von Software entschieden, dass das Verbreitungsrecht des Berechtigten unter bestimmten Voraussetzungen auch dann erschöpft ist (im deutschen Recht: § 17 Abs. 2 UrhG), wenn ein Computerprogramm aus dem Internet heruntergeladen worden ist.

Auf Schwierigkeiten stößt die Einordnung als Kaufvertrag allerdings in den Fällen, in denen der Verbraucher dem Anbieter keinen Preis (vgl. Art. 2 Nr. 6 DI-RL) bezahlt. Eine der am meisten beachteten Neuerungen, die die Richtlinie mit sich gebracht hat, liegt darin, dass der Verbraucher seine Gegenleistung nicht nur durch Zahlung eines Preises, sondern auch durch die Bereitstellung personenbezogener Daten (Art. 2 Nr. 6a DI-RL, Art. 4 Nr. 1 VO (EU) Nr. 2016/679) erbringen kann (Art. 3 Abs.1 UA 2 DI-RL).²⁸ Die durch die Richtlinie ermöglichte „Zahlung mit Daten“ wirft eine Vielzahl von rechtlichen Problemen auf, die Gegenstand eigenständiger Abhandlungen²⁹ sind und auf die hier nicht eingegangen werden kann. Zwei Bemerkungen seien aber gestattet. Erstens: Dem Anbieter kommt es weniger auf die Überlassung der personenbezogenen Daten an als vielmehr auf die nach Datenschutzrecht erforderliche Einwilligung des Verbrauchers in deren Verarbeitung (vgl. Art. 6 VO (EU) Nr. 2016/679, § 4 Abs. 1 BDSG); ohne diese Einwilligung darf der Anbieter die Daten nicht für seine wirtschaftlichen Zwecke nutzen. Zweitens: Die Bezahlung mit Daten ist aus Sicht des Anbieters immer „prekär“,³⁰ weil der Verbraucher die Einwilligung jederzeit widerrufen kann. Die Gegenleistung des Verbrauchers, der in die Verarbeitung seiner Daten einwilligt, besteht nicht in Geld, sodass der Vertrag in diesem Fall nicht als Kaufvertrag i.S. des § 433 BGB qualifiziert werden kann. Manche Stimmen aus der Literatur³¹ plädieren daher für die Annahme eines Tauschvertrags, auf den das Kaufrecht über § 480 BGB zur Anwendung gelangt. Vorzugswürdig erscheint demgegenüber die Qualifikation als gemischter Vertrag. Nach der sog.

²⁷ EuGH NJW 2012, 2565 – UsedSoft/Oracle; nachfolgend BGH NJW-RR 2014, 360; hierzu etwa *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 476 f.; *Stieper*, FS Köhler 2014, S. 738 f.; *Metzger*, AcP 216, 817, 820, 858 weist allerdings darauf hin, dass in der Praxis neben dem Vertrag über die Überlassung digitaler Inhalte oft auch ein Endnutzerlizenzvertrag mit dem Rechteinhaber zu schließen ist.

²⁸ Art. 3 Abs. 1 des Kommissionsvorschlag verlangte einerseits, dass der Verbraucher „aktiv“ eine andere Gegenleistung in Form von Daten erbringt, erlaubte aber andererseits auch die „Bezahlung“ mit sonstigen (nicht personenbezogenen) Daten.

²⁹ Siehe hierzu etwa *Metzger*, AcP 216, 817; *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 57 ff.

³⁰ So die Formulierung bei *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84, 92, 98, 102, 103, 107. In Fußn. 29 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 14 wird betont, dass das Recht des Verbrauchers zum Widerruf der Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung vollkommen unberührt bleibt.

³¹ *Faust*, Gutachten (Fußn. 1), S. 25 f.; zustimmend *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84, 106 Fußn. 105.

Kombinationstheorie³² kann dann die Überlassung der Daten durch den Verbraucher *mutatis mutandis* den hierfür passenden Regelungen unterworfen werden, nämlich denjenigen für Lizenzverträge.³³ Gemischte Verträge sind auch die sogleich unter bb) und cc) erläuterten Verträge, sofern der Verbraucher „mit Daten bezahlt“.

(ii) Mietvertrag

Verpflichtet sich der Anbieter gegenüber dem Verbraucher, diesem die Nutzung von digitalen Inhalten auf Zeit zu überlassen, liegt ein Miet- oder Pachtvertrag vor.³⁴ Für die Einordnung ist es nicht von Bedeutung, ob schon bei Abschluss des Vertrages eine bestimmte Nutzungsdauer vereinbart wird, oder ob es sich um einen für unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag handelt, der kündbar ist. Ebenso wenig spielt es für die Einordnung eine Rolle, ob der Anbieter dem Verbraucher die digitalen Inhalte verschafft – z.B. indem er deren Herunterladen aus dem Netz zulässt – oder es ihm nur ermöglicht, diese Inhalte online zu nutzen. In jedem Fall muss der Verbraucher nach Beendigung des Vertrages jede weitere Nutzung der digitalen Inhalte unterlassen. Dies kann aus Art. 13a Abs. 4 DI-RL gefolgert werden. Danach darf der Anbieter nach Beendigung des Vertrages die weitere Nutzung der Daten durch den Verbraucher unterbinden, insbesondere durch Sperrung des Nutzerkontos. Anders als noch der Kommissionsvorschlag (Art. 13 Abs. 2 d)) sieht der Kompromissvorschlag keine Verpflichtung des Verbrauchers vor, die Daten nach Beendigung des Vertrages zu löschen oder unlesbar zu machen.³⁵ Nur wenn die Daten dem Verbraucher auf einem physischen Datenträger bereitgestellt worden sind, dann ist dieser auf eine Aufforderung des Anbieters hin zur Rücksendung desselben verpflichtet (Art. 13b Abs. 2 DI-RL).

(iii) Dienstvertrag

Für die Einordnung als Dienstverträge scheinen die Verträge übrig zu bleiben, in denen sich der Anbieter zur Bereitstellung der in Art. 2 Abs. 1a DI-RL legal definierten digitalen Dienstleistungen verpflichtet. So einfach ist die Sache aber nicht: So führt der Rat etwa sog. Software as a Service-Verträge als ein Beispiel für eine digitale

³² Zur Anwendung der Kombinationstheorie auf Verträge mit atypischer Gegenleistung siehe Erman/Kindl, BGB, 15. Aufl. 2017, Vor § 311 Rn. 19.

³³ Zutreffend Metzger, AcP 216, 817, 835 ff., 852 f., 859 f., der aber die „Prekarität der datenschutzrechtlichen Einwilligung“ (Schmidt-Kessel/Grimm, ZfPW 2017, 84, 107) zu übersehen scheint.

³⁴ Vgl. auch bereits Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475, 479. Die Aufnahme einer Norm nach Art des § 453 Abs. 1 BGB in das Mietvertragsrecht – wie von Faust, Gutachten (Fußn. 1), S. 33 empfohlen – scheint entbehrlich.

³⁵ Zu Art. 13 Abs. 2 d) des Kommissionsvorschlags Staudenmayer, NJW 2016, 2719, 2724; für eine analoge Anwendung des § 546 Abs. 1 BGB im Falle der Vertragsbeendigung durch den Anbieter spricht sich Metzger, AcP 2016, 817, 864 aus.

Dienstleistung an.³⁶ In der Literatur werden derartige Verträge aber als Gebrauchsüberlassungsverträge qualifiziert, soweit sie dem Verbraucher die Nutzung der in einer Cloud gespeicherten Programme auf Zeit erlauben.³⁷ Diese Einordnung erscheint auch zutreffend, wenn man die Cloud mit einem Raum in der analogen Welt vergleicht, den der Verbraucher nutzt, um dort Fotos oder Akten abzulegen. Von einem Dienstvertrag wird man – unabhängig von Art. 2 Abs. 1a DI-RL – nur dann sprechen können, wenn der Anbieter dem Verbraucher nicht nur Speicherkapazität zur Verfügung stellt oder ihm die Arbeit mit einem auf seinem Server abgelegten Textverarbeitungsprogramm ermöglicht. Dementsprechend kann ein Dienstvertrag angenommen werden, wenn der Anbieter eigene Inhalte beisteuert, z.B. Spiele oder Filme, die der Verbraucher in Echtzeit streamen kann, oder wenn der Anbieter dem Verbraucher die Interaktion mit anderen Nutzern ermöglicht, wie das bei den sozialen Medien der Fall ist. Hingewiesen sei schließlich darauf, dass der unionsrechtliche Dienstleistungsbegriff auch erfolgsbezogene Tätigkeiten umfasst (vgl. Art. 57 AEUV). Wird nicht nur ein Tätigwerden, sondern ein Erfolg geschuldet, so liegt nach deutschem Verständnis kein Dienst-, sondern ein Werkvertrag i.S. des § 631 BGB vor. In den Anwendungsbereich der Richtlinie fallende Verträge, die nicht als Kauf- oder Gebrauchsüberlassungsverträge zu qualifizieren sind, werden in aller Regel Werkverträge sein.³⁸ Die obigen Beispiele mögen ausreichen, um diese Aussage zu belegen.

IV. Die Qualität der vom Anbieter geschuldeten Leistung

1. Überblick

Die Richtlinie ordnet die in ihren Anwendungsbereich fallenden Verträge nicht einem bestimmten Vertragstypus zu und knüpft dementsprechend bei ihren Regelungen über die Vertragsmäßigkeit auch nicht an eine bestimmte Vertragsart an. Daher wird auch hier bei der Darstellung der Regelungen über die Vertragsmäßigkeit nicht zwischen Kauf-, Miet- und Dienstverträgen unterschieden.³⁹ Im Hinblick auf die Anforderungen an die Qualität der vom Anbieter bereit gestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen differenziert die Richtlinie allerdings danach, ob der Vertrag eine einmalige Bereitstellung der digitalen Inhalte vorsieht oder eine kontinuierliche

³⁶ Fußn. 3 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 4.

³⁷ *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62; zur Anwendung des Kommissionsvorschlags auf Cloud-Verträge und soziale Netzwerke siehe ebendort, S. 56 f.

³⁸ Vgl. *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62; *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 478, 482; *von Westphalen*, EuZW 2017, 373, 375.

³⁹ Vgl. auch *Spindler*, MMR 2016, 147, 151 ff.; *von Westphalen*, EuZW 2017, 373, 377 f.; *Wendland*, GPR 2016, 15; anders gehen dagegen *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 67 ff. vor.

Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum hinweg (vgl. Art. 9 b) DI-RL).⁴⁰ Hierauf wird weiter unten zurückzukommen sein. Erläutert werden hier nur „Sachmängel“ der digitalen Inhalte bzw. Dienstleistungen. Auf die in Art. 8 DI-RL geregelten Begriff der Rechtsmängel, der mit urheberrechtlichen Fragstellungen verknüpft ist⁴¹ gehe ich nicht ein.

Zu beachten ist, dass die Regelungen über die Vertragsmäßigkeit gegenüber dem Kommissionsvorschlag einschneidende Änderungen erfahren haben, die hier nur teilweise angesprochen werden können. Besonders augenfällig ist, dass die objektiven Anforderungen nicht mehr hinter den subjektiven als subsidiär zurücktreten, sondern zusätzlich erfüllt sein müssen, damit die Vertragsmäßigkeit der Leistung des Anbieters bejaht werden kann (Art. 6a Abs. 1 DI-RL). Ferner sind die subjektiven und die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nunmehr in zwei gesonderten Artikeln (Artt. 6 und 6a) DI-RL) geregelt. Aufgrund der Verschiebung einer Anzahl von – bisher in Art. 6 des Kommissionsvorschlags enthaltenen – Absätzen in einen neuen Art. 6a DI-RL ist nun sogleich erkennbar, was der Rat zu den subjektiven bzw. zu den objektiven Erfordernissen zählt. Erleichtert wird die Rechtsanwendung dadurch, dass eine Reihe von Kriterien, die größtenteils sowohl i.R. des Art. 6 DI-RL als auch des 6a DI-RL von Bedeutung sind, in Art. 2 DI-RL neu definiert worden sind. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Begriffe: Integration, Kompatibilität, Funktionalität und Interoperabilität (Art. 2 Abs. 2, Abs. 6a, Abs. 9a und Abs. 9b DI-RL).⁴²

2. Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, Art. 6 DI-RL

Art. 6 DI-RL regelt, welche subjektiven Anforderungen an die Qualität der vom Anbieter geschuldeten Leistung zu stellen sind. In erster Linie werden sich diese aus der in den AGB des Anbieters enthaltenen Leistungsbeschreibung ergeben. Vertragliche Regelungen können sich insbesondere auf die in Art. 6 a) genannten Kriterien wie Menge, Qualität, Funktionsumfang usw. beziehen.⁴³ Zu den sich aus dem Vertrag ergebenden Anforderungen gehören ferner die vorvertraglichen Informationen, die gem. Art. 6 Abs. 5 der Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) Vertragsbestandteil sind.⁴⁴ In das deutsche Recht ist diese Vorschrift i.Ü. durch § 312d

⁴⁰ Hierzu die ausführliche Erläuterung in Fußn. 52 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 23 f.; vgl. auch Art. 6a Abs. 3a DI-RL.

⁴¹ Zum Urheberrecht siehe die Beiträge von *Eva Inés Oberfell* und *Sara Martín* in diesem Band.

⁴² Erläuterungen und Beispiele finden sich ferner in Fußn. 36 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 17.

⁴³ Erläuterungen und Beispiele hierzu in Fußn. 36 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 17.

⁴⁴ Anders als Art. 6 Abs. 1 a) des Kommissionsvorschlags enthält der Kompromissvorschlag zwar insofern keine ausdrückliche Regelung; in Fußn. 37 des Kompromissvorschlags, Dokument

Abs. 1 BGB, Art. 246 EGBGB umgesetzt worden. Speziell auf digitale Inhalte zugeschnittene vorvertragliche Informationspflichten finden sich in Art. 246 Nr. 7 und 8 EGBGB.⁴⁵ Die Eignung der vom Anbieter erbrachten Leistung zu einem bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck ist gem. Art. 6 b) DI-RL nur dann maßgeblich für die Vertragsmäßigkeit, wenn der Verbraucher diesen Zweck vor Vertragsschluss dem Anbieter zur Kenntnis gebracht und dieser dem zugestimmt hat (anders die Regelung in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). Dass die Parteien auch vertragliche Vereinbarungen über Zubehör, Anleitungen und Kundendienst sowie über Aktualisierungen treffen können (Art. 6 c) und d) DI-RL), versteht sich von selbst.

3. Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, Art. 6a DI-RL

Neben den soeben umrissenen subjektiven Anforderungen müssen die vom Anbieter bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen den in Art. 6a DI-RL geregelten objektiven Anforderungen genügen. Abzustellen ist dabei gem. Art. 6a Abs. 1 a) DI-RL zunächst auf die Eignung für die Zwecke, für die die betreffende Leistung gewöhnlich genutzt wird. Zur Bestimmung dieser Zwecke sind ggf. nationale und Unionsvorschriften, technische Normen sowie hilfsweise sektorspezifische Verhaltenskodizes zu berücksichtigen. In Bezug auf den Kommissionsvorschlag ist insofern das Fehlen jeglicher Anforderungen an das Zustandekommen derartiger Normungen und Kodizes kritisiert worden.⁴⁶ Nach dem Kommissionsvorschlag (Art. 6 Abs. 2 a)) war auch noch zu berücksichtigen, ob der Verbraucher einen Preis bezahlt oder ob er seine Gegenleistung in Form von Daten entrichtet; der Rat hat diese Regelung gestrichen.⁴⁷

Abzustellen ist ferner gem. § 6a Abs. 1 b) DI-RL auf das, was der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann.⁴⁸ Die berechtigten Erwartungen beziehen sich dabei nicht nur auf die bereits in Art. 6 a) DI-RL genannten Kriterien, sondern insbesondere auch auf Sicherheitsaktualisierungen. Im Hinblick auf die Berechtigung der Verbrauchererwartungen schlägt der Rat vor, den „Standard der Vernünftigkeit“ in einem Erwägungsgrund zu erläutern. Die Berechtigung der Erwartungen des Verbrauchers solle objektiv bestimmt werden, unter Berücksichtigung von Art und Zweck der digitalen Inhalte bzw. Dienstleistungen, der Umstände des Einzelfalls sowie

ST_9901_2017_ADD_1, S. 17 wird aber eine dahingehende Präzisierung in den Erwägungsgründen vorgeschlagen.

⁴⁵ Im Einzelnen zu den vorvertraglichen Informationspflichten *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 482.

⁴⁶ *Spindler*, MMR 2016, 147, 152.

⁴⁷ Zur Kritik an der betreffenden Regelung im Kommissionsvorschlag vgl. *Faust*, Gutachten (Fußn. 1), S. 27; eher positiv dagegen *Metzger*, AcP 216, 817, 858.

⁴⁸ Der Kommissionsvorschlag hatte noch nicht auf die berechtigten Erwartungen des Verbrauchers abgestellt; von Seiten der Literatur ist dies kritisiert worden; vgl. z.B. *Spindler*, MMR 2016, 147, 152.

der Gebräuche und Gepflogenheiten der Parteien.⁴⁹ Auch öffentliche Erklärungen im Vorfeld des Vertragsschlusses können den Erwartungshorizont des Verbrauchers mitbestimmen; die diesbezügliche Regelung im Kompromissvorschlag erinnert den deutschen Juristen an § 434 Abs. 1 S. 3 BGB. Weitere für die objektive Vertragsmäßigkeit maßgebende Kriterien können in Art. 6a Abs. 1 c), d) und e) DI-RL nachgelesen werden.

Art. 6a Abs. 3 DI-RL bestimmt, dass der Anbieter mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung die neueste zum Zeitpunkt des Vertrages verfügbare Version schuldet. Art. 6a Abs. 3a DI-RL trifft eine Sonderregelung für digitale Inhalte oder Dienstleistungen, die vereinbarungsgemäß für einen bestimmten Zeitraum bereitzustellen sind; diese müssen während des gesamten vereinbarten Zeitraums in vertragsgemäßem Zustand sein.

Schließlich zählt auch die sachgemäße Integration⁵⁰ der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen in die digitale Umgebung des Verbrauchers zu den objektiven Anforderungen der Vertragsmäßigkeit. Im Hinblick auf die diesbezüglich im Einzelnen zu erfüllenden Erfordernisse verweist Art. 6a Abs. 4 DI-RL auf Art. 7 DI-RL.

4. Keine Subsidiarität der objektiven Anforderungen

Der Wortlaut von Art. 6a Abs. 1 DI-RL lässt keinen Zweifel daran, dass die dort geregelten objektiven Anforderungen zusätzlich neben den in Art. 6 DI-RL geregelten subjektiven Anforderungen erfüllt sein müssen, damit die Leistung des Anbieters als vertragsgemäß qualifiziert werden kann. Art. 6 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags versperrte dagegen ganz allgemein den Rückgriff auf objektive Erfordernisse, soweit der Vertrag „klar und verständlich“ die Anforderungen an die Qualität der vom Anbieter zu erbringenden Leistung bestimmt. Der Kommissionsvorschlag enthielt zwar (ebenso wie der Kompromissvorschlag, Art. 19 Abs. 1 DI-RL) zwingendes Recht zugunsten des Verbrauchers (Art. 19). Unter der Geltung des Kommissionsvorschlags wäre es dem Anbieter aber ein Leichtes gewesen, durch eine klare und verständliche – also dem Transparenzgebot des Art. 6 Abs. 2 genügende – Leistungsbeschreibung Qualitätsstandards zu vereinbaren, die zwar hinter den üblichen Standards zurückbleiben, deren Einhaltung aber ausreicht, um die Leistung des Anbieters als vertragsgemäße zu qualifizieren. Es überrascht nicht, dass an dieser Regelung im Kommissionsvorschlag Kritik geübt worden ist.⁵¹

⁴⁹ Fußn. 44 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 19.

⁵⁰ Auf die zentrale Bedeutung der Integration weist *Faust*, Gutachten (Fußn. 1), S. 27 hin.

⁵¹ Siehe das Statement des European Law Institute zum Kommissionsvorschlag, S. 18 f., abrufbar unter

Der Kompromissvorschlag trägt dieser Kritik Rechnung, indem er Abweichungen von den in Art. 6a Abs. 1 DI-RL niedergelegten Anforderungen nur erlaubt, wenn die Voraussetzungen des Art. 6a Abs. 2 DI-RL erfüllt sind. Danach liegt eine Vertragswidrigkeit i.S. des Art. 6a Abs. 1 DR-RL nicht vor, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eigens darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung von den in Art. 6a Abs. 1 DI-RL⁵² vorgesehenen Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit abweicht, und er bei Vertragsschluss die Abweichung ausdrücklich und gesondert akzeptiert hat. Sein ausdrückliches und gesondertes Einverständnis kann der Verbraucher nach der Vorstellung des Rates z.B. „durch Anklicken eines Kästchens oder die Aktivierung einer Schaltfläche oder eine ähnliche Funktion“⁵³ zum Ausdruck bringen. Durch Art. 6a Abs. 2 DI-RL ist somit immerhin gewährleistet, dass der Anbieter Abweichungen von üblichen Maßstäben nicht mehr in seinen AGB verstecken kann, die der Verbraucher regelmäßig nicht liest – unabhängig davon, ob sie „klar und verständlich“ formuliert sind. Auch nach dem Kompromissvorschlag ist also die Bereitstellung z.B. der Beta-Version⁵⁴ eines Spiels nicht in jedem Fall vertragswidrig, d.h. einer Version, die sich noch im Entwicklungsstadium befindet und die mit Sicherheit Fehler aufweist, die aber im Einzelnen nicht bekannt sind. Eine dahingehende Vereinbarung muss aber den Maßstäben des Art. 6a Abs. 2 DI-RL standhalten.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass sich Art. 6a Abs. 2 DI-RL nach seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung nur auf die in Art. 6a Abs. 1 DI-RL geregelten Kriterien bezieht, nicht dagegen auf die in den nachfolgenden Absätzen 3, 3a und 4 getroffenen Regelungen.

5. Pflicht zur Aktualisierung

Abschließend ist der Frage nachzugehen, ob und in welchem Umfang der Anbieter dem Verbraucher die Aktualisierung der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen schuldet. Ist der Anbieter verpflichtet, durch die regelmäßige Bereitstellung von Updates dafür zu sorgen, dass der Verbraucher durchweg über die

http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_CD.pdf (letzter Abruf am **DATUM!**); ferner *Spindler*, MMR 2016, 147, 152 unten.

⁵² In die deutsche Fassung des Kompromissvorschlags hat sich an dieser Stelle offenbar ein Übersetzungsfehler eingeschlichen. Dort ist nämlich „von den *im Vertrag* vorgesehenen Anforderungen die Rede. Dagegen spricht etwa die spanische Fassung von „criterios de conformidad establecidos en el apartado 1“, die englische Fassung von „requirements stipulated in paragraph 1“.

⁵³ Fußn. 45 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 20.

⁵⁴ Hintergrund der Regelung des Kommissionsvorschlags ist es offenbar gewesen, die Veröffentlichung von derartigen Beta-Versionen nicht unmöglich zu machen, *Staudenmayer*, NJW 2016, 2719, 2721.

neueste Version verfügt? Muss er dem Verbraucher zumindest Patches bereitstellen, die der Behebung von Fehlern und der Schließung von Sicherheitslücken dienen?⁵⁵

Art. 6 d) DI-RL spricht insofern eine Selbstverständlichkeit aus: Die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen sind vertragsgemäß, wenn sie den Anforderungen des Vertrags entsprechend aktualisiert werden.⁵⁶ Es ist davon auszugehen, dass Aktualisierungen in der Praxis regelmäßig vereinbart werden, allerdings im sog. Endnutzerlizenzvertrag⁵⁷ zwischen dem Verbraucher und dem Rechteinhaber. Nur wenn der Anbieter zugleich Hersteller und Inhaber der Urheberrechte ist, wird er sich auf die Übernahme von Aktualisierungspflichten im Vertrag einlassen – dies allerdings im Endnutzerlizenzvertrag, der von der Richtlinie unberührt bleibt (vgl. Art. 3 Abs. 8a DI-RL). Aktualisierungspflichten durch den Anbieter gem. Art. 6 d) DI-RL dürften in der Praxis daher keine allzu große Rolle spielen.

Das Augenmerk richtet sich damit auf Art. 6a DI-RL, der die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit regelt. Nach dieser Vorschrift müssen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen

über die Sicherheit einschließlich Sicherheitsaktualisierungen verfügen, die üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann (Art. 6a Abs. 1 b) DI-RL), und

sie müssen für ihr sicheres Funktionieren erforderlichenfalls aktualisiert werden (Art. 6a Abs. 1 e) DI-RL).

Bei unbefangener Lektüre dieser beiden Regelungen liegt der Schluss nahe, dass Art. 6a Abs. 1 e) DI-RL – dem zufolge die für das sichere Funktionieren der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen erforderlichen Aktualisierungen vorgenommen werden müssen – überflüssig ist. Der Anbieter schuldet dem Verbraucher ja schon nach Art. 6a Abs. 1 b) DI-RL die Sicherheit einschließlich Sicherheitsaktualisierungen, die dieser vernünftigerweise erwarten kann. Zu den berechtigten Sicherheitserwartungen des Verbrauchers dürfte auch die Erwartung zählen, dass der Anbieter die Aktualisierungen vornimmt, die erforderlich sind, damit die ihm bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen sicher funktionieren. Art. 6a Abs. 1 e) DI-RL sollte daher wohl gestrichen werden; sein Regelungsgehalt reicht zumindest nicht wesentlich weiter als derjenige des Art. 6a Abs. 1 b) DI-RL. Zu beachten ist, dass die Pflichten des Anbieters nach Art. 6a Abs. 1 DI-RL durch eine Vereinbarung abbedungen werden können, die den strengen Maßstäben des Art. 6a Abs. 2 DI-RL standhält.

⁵⁵ Die Begriffe Update und Patch finden sich auch in BGH NJW-RR 2014, 360.

⁵⁶ Hierzu die Erläuterungen in Fußn. 38 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 18.

⁵⁷ EULA = End User License Agreement.

Zu klären ist noch die Frage, ob die Einordnung in einen bestimmten Vertragstypus für die Begründung von Aktualisierungsverpflichtungen von Bedeutung ist.⁵⁸ Dass die Richtlinie nicht zwischen Kauf-, Miet- und Dienstverträgen differenziert, versteht sich von selbst. Sie unterscheidet allerdings ausdrücklich zwischen Verträgen, die eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe von einzelnen Bereitstellungen vorsehen, einerseits und solchen, die eine kontinuierliche Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum vorsehen, andererseits (besonders deutlich Art. 9 Abs. 2 DI-RL).⁵⁹ Dies sei anhand von Beispielen⁶⁰ verdeutlicht: Eine einmalige Bereitstellung liegt vor, wenn der Verbraucher ein E-Book herunterlädt und speichert. Eine Reihe einzelner Bereitstellungen liegt vor, wenn der Verbraucher wöchentlich einen Link für das Herunterladen eines E-Books erhält. Eine kontinuierliche Bereitstellung für einen bestimmten Zeitraum ist gegeben bei einem Zweijahresvertrag für eine Cloud-Speicherung. Bei Verträgen, die auf eine kontinuierliche Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum gerichtet sind, müssen die digitalen Inhalte gem. Art. 6a Abs. 3a DI-RL während dieses Zeitraums in vertragsgemäßem Zustand sein. Weil zum vertragsmäßigen Zustand nach Art. 6a Abs. 1 b) DI-RL auch die (übliche und berechtigterweise erwartbare) „Sicherheit einschließlich Sicherheitsaktualisierungen“ gehören, ist hier die Bereitstellung von Sicherheitsupdates bei diesen Verträgen über die gesamte Vertragslaufzeit ohne weiteres geschuldet. Bei „Kaufverträgen“ ist die Rechtslage weniger eindeutig. Werden digitale Inhalte oder Dienstleistungen dem Verbraucher dauerhaft und endgültig bereitgestellt, dann treffen den Anbieter Aktualisierungsverpflichtungen nur insoweit, als dies nach der Art der bereitgestellten Inhalte oder Dienstleistungen üblich ist oder dies vom Verbraucher vernünftigerweise erwartet werden kann (Art. 6a Abs. 1 b) DI-RL). In der Praxis dürften Aktualisierungsverpflichtungen freilich in aller Regel im Endnutzerlizenzvertrag geregelt sein, den der Verbraucher mit dem Rechteinhaber schließt.

V. Zusammenfassung

1. Die Rechtsentwicklung im Bereich der Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen ist stark im Fluss. Möglicherweise sind die vorstehenden Ausführungen schon Makulatur, nachdem der Kompromissvorschlag die Beratungen im Europäischen Parlament durchlaufen hat.

⁵⁸ *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 68 bezweifeln die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 c) des Kommissionsvorschlags in der „Kaufsituation“.

⁵⁹ Vgl. auch Art. 6a Abs. 3a sowie – die auf Art. 6a Abs. 1 b) DI-RL bezogene – Fußn. 43 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 19.

⁶⁰ Entnommen aus Fußn. 52 des Kompromissvorschlags, Dokument ST_9901_2017_ADD_1, S. 23 f.

2. In dem Bestreben, mit der rasanten technischen Entwicklung Schritt zu halten, ist der sachliche Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags denkbar weit gefasst. Die Abgrenzung zwischen digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen ist für einen Juristen, der nicht zugleich „Technikfreak“ ist, keine leichte Aufgabe. Letztlich kommt es für die Anwendbarkeit der Richtlinie auf diese Abgrenzung aber nicht an.
3. Unter den Begriff der Bereitstellung fallen sowohl die dauerhafte und endgültige Bereitstellung als auch die Bereitstellung zur Nutzung auf Zeit.
4. Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen sind als Kauf-, Miet- oder Werkverträge i.S. des deutschen Rechts zu qualifizieren. Sofern der Verbraucher „mit Daten bezahlt“, sind gemischte Verträge gegeben. Die Einordnung der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Verträge in den bestimmten Vertragstypus einer nationalen Rechtsordnung ist im Ergebnis von untergeordneter Bedeutung.
5. Die Qualität der bereitgestellten Inhalte oder Dienstleistungen muss neben den subjektiven Anforderungen des Art. 6 DI-RL den objektiven Anforderungen des Art. 6a DI-RL genügen. Von den in Art. 6a Abs. 1 DI-RL niedergelegten objektiven Anforderungen kann nur durch eine Vereinbarungen abgewichen werden, die den Maßstäben des Art. 6a Abs. 2 DI-RL standhält.
6. Wenn der Vertrag die kontinuierliche Bereitstellung von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen für einen Zeitraum vorsieht, dann schuldet der Anbieter die Bereitstellung von Sicherheitsaktualisierungen während der gesamten Vertragslaufzeit auch dann, wenn die Parteien keine dahingehende Vereinbarung getroffen haben.

Sumario

1. Todavía se está desarrollando la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y, por eso mismo, posibles modificaciones, por parte del Parlamento Europeo, pueden hacer obsoletas las anteriores consideraciones.
2. La Propuesta de Directiva (me refiero al texto propuesto por la Presidencia a modo de fórmula transaccional) tiene un ámbito de aplicación amplio, para así adaptarse mejor al rápido desarrollo técnico. La delimitación entre contenidos digitales y servicios digitales resulta difícil para cualquier jurista que no sea a la vez fanático de la tecnología. De todos modos, la delimitación entre

contenidos y servicios digitales no es de importancia para la aplicación de las reglas de la Directiva.

3. La denominación “suministro” incluye no solo el suministro permanente y de forma continua, sino también el suministro para el uso durante un cierto período de tiempo.
4. En el Derecho alemán, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales se pueden clasificar en contratos de compraventa, de servicios o de arrendamiento. En el caso de que el consumidor “pague” con sus datos personales, se trataría de contratos mixtos. No obstante, la inclusión de los casos comprendidos en la Propuesta de Directiva dentro los distintos tipos contractuales nacionales no tiene gran importancia.
5. La calidad de los contenidos y servicios digitales suministrados por el proveedor debe reunir requisitos subjetivos y objetivos de conformidad (art. 6 y art. 6 bis). Un apartamiento de los requisitos objetivos establecidos en el art. 6 bis solo es posible de acuerdo con las normas establecidas en el art. 6 bis, apartado 2.
6. Cuando el contrato prevé el suministro de contenidos o servicios digitales de forma continua durante un período de tiempo, el proveedor está obligado a suministrar actualizaciones de seguridad durante todo ese periodo, incluso cuando no ha habido un acuerdo entre las partes al respecto.



Este obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).