

Düsseldorf, 28.01.2016

Stellungnahme der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.

zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte [COM(2015)634 final]

(BR-Drs. 613/15)

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.

Bereich Markt und Recht
Gruppe Verbraucherrecht
Thomas Bradler/ Ineke Klaholz
Mintropstraße 27
40215 Düsseldorf
Telefon: 0211/ 3809-170
Mail: recht@vz-nrw.de

Vor dem Hintergrund der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt kündigte die Kommission im Mai 2015 Gesetzgebungsinitiativen zu u.a. harmonisierten Vorschriften für die Bereitstellung digitaler Inhalte an, die sie am 9.12.2015 mit einem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9.12.2015 (COM(2015) 634 final) konkretisierte.¹

Durch die Richtlinie sollen bestehende Rechtslücken im Zusammenhang mit Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte geschlossen werden. Die Entscheidung, diesen Bereich explizit zu regeln, wird von der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen ausdrücklich begrüßt. Die vorgesehenen Vorschriften sind aus unserer Sicht grundsätzlich geeignet, vertragsrechtliche Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel abzubauen.

Die vollständige Harmonisierung ausgewählter Vorschriften darf unserer Ansicht nach indes nicht zu einem Absinken des Verbraucherschutzniveaus im Inland führen.

Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorschlags nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Zu Artikel 3: Anwendungsbereich der Richtlinie

Die Richtlinie gilt gemäß Artikel 3 Nr. 1 für Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten liefert. Diese Regelung trägt der fortschreitenden Entwicklung Rechnung, dass persönliche Kundendaten für Anbieter einen wirtschaftlichen Wert haben, der mit einer Geldzahlung vergleichbar ist. Dies begrüßen wir ausdrücklich. Konsequenterweise sollte dies unserer Auffassung nach dadurch manifestiert werden, dass die Alternative „...oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt“ in die Definition des Begriffs „Preis“ in Artikel 2 Nr. 6 aufgenommen wird.

¹COM(2015)634 final, S. 2; zeitgleich legte die Kommission einen Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vor (COM(2015) 635 final); die beiden Richtlinien verfolgen gemeinsam das übergeordnete Ziel, zum rascheren Wachstum des digitalen Binnenmarktes zum Nutzen sowohl der Verbraucher als auch der Unternehmen beizutragen (COM(2015) 634 final).

Allerdings ist die Richtlinie unzureichend, wenn nur die "aktive" Bereitstellung der Daten durch den Verbraucher als Preisäquivalent gelten soll. In Erwägungsgrund 14 der Richtlinie heißt es, das bloße Akzeptieren von Cookies durch den Verbraucher zähle nicht als "aktives Bereitstellen von Informationen". Diese Beschränkung ist praxisfern und geht am Sinn und Zweck von Artikel 3 Nr. 1 vorbei, auch solche Sachverhalte zu erfassen, bei denen der Verbraucher kein Geld für die Inhalte zahlt, sondern mit seinen Daten, die der Anbieter vermarktet. Insbesondere solche Daten, die für die Vermarktung interessant sind, werden mithilfe diverser Tracking-Methoden (z.B. per IP-Tracking, Cookies, Browser-Fingerprinting) oftmals unbemerkt gesammelt, also gerade nicht vom Verbraucher – z.B. durch Angabe bei der Registrierung – aktiv mitgeteilt. So werden gerade die vielfach angebotenen kostenlosen Apps und Spiele nicht allein durch die Vermarktung aktiv mitgeteilter Daten, wie z.B. der e-Mail-Adresse, finanziert, sondern gerade durch die per Cookies etc. erhobenen Daten, die "verborgen" gesammelt werden. Diese Daten über das Surfverhalten, Ort- und Zeitangaben etc. werden über die Netze verknüpft und mit anderen Daten in Beziehung gesetzt, mithilfe von Algorithmen ausgewertet und ermöglichen so relativ treffsichere Prognosen der Bedürfnisse und des Verhaltens von Verbraucherinnen und Verbrauchern. Genutzt werden sie dann z.B. für personalisierte Werbung und/oder Angebote und sind für Unternehmen von hohem Wert. Nicht ohne Grund heißt es, dass Daten die neue digitale Währung seien.

Solche Datenerfassungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen widerspricht indes dem Gedanken der Richtlinie, wonach der Preis, den der Verbraucher für die digitalen Inhalte erbringt, nicht nur in Geld geleistet wird, sondern eben gerade auch in wertvollen Daten.

Im Übrigen sei angemerkt, dass eine *aktive* Einwilligung auch dann vorliegen kann, wenn Verbraucher per Opt-in in die die Datenerhebung und -verarbeitung durch den Einsatz von Tracking-Methoden ausdrücklich einwilligen. Gegebenenfalls kann auch im Akzeptieren der Datenerhebung eine Einwilligung erkannt werden. Umso mehr ist nicht nachvollziehbar, wenn per Cookies erhobene Daten vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden sollen, obwohl aktives Handeln vorliegt.

Im Ergebnis sollten daher sämtliche Dienste vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, bei denen der Verbraucher dem Anbieter Daten zur Verfügung stellt.

Im Übrigen ist positiv zu bewerten, dass der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von der Richtlinie unberührt bleibt (vgl. Artikel 3 Nr. 8) Das bedeutet, dass insbesondere das Recht auf Sperrung und Löschung der Daten nach § 35 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) durch die Regelungen der Richtlinie nicht tangiert wird.

2. Zu Artikel 3: Ausnahmen vom Anwendungsbereich

a. Art. 3 Nr. 4 S. 1

Nach Artikel 3 Nr. 4 S. 1 des Richtlinienvorschlages soll die Richtlinie dann keine Anwendung finden, wenn die digitalen Inhalte gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden, soweit der Anbieter vom Verbraucher personenbezogene Daten verlangt, deren Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags oder die Erfüllung rechtlicher Anforderungen unbedingt erforderlich ist, und er diese Daten nicht in einer mit diesem Zweck nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet. Diese Formulierung ist recht sperrig und wegen der doppelten Verneinung am Ende verwirrend. Zum besseren Verständnis könnte die doppelte Verneinung im letzten Teil des Satzes gestrichen werden und die Zweckbindung besser positiv formuliert werden mit „... und er diese Daten ausschließlich zu diesem Zweck weiterverarbeitet“.

b. Art. 3 Nr. 7

Art. 3 Nr. 7 beinhaltet eine Kollisionsnorm. Kollidiert eine Bestimmung der Richtlinie mit einer Bestimmung eines anderen Kollisionsrechtsaktes, der einen bestimmten Sektor oder Gegenstand regelt, so soll die Bestimmung dieses anderen Unionsrechtsaktes Vorrang vor dieser Richtlinie haben. Die Kollisionsvorschrift ist aber viel zu unbestimmt und regelt lediglich das Ziel (Anwendungsvorrang des jeweils anderen Unionsrechtsaktes), ohne dass auf Anhieb klar ist, welches Regelungsregime im Zweifelsfall Anwendung findet. Aufgrund der weiten Formulierung bereitet bereits die Frage Schwierigkeiten, wann ein Kollisionsfall vorliegt. Dies kann zu Rechtsunsicherheit führen, insbesondere vor dem Hintergrund des eigentlichen Ziels der Richtlinie, durch eine partielle Vollharmonisierung den Bereich digitale Inhalte einheitlich und abschließend zu regeln.

3. Zu Artikel 6: Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte

Artikel 6 regelt die Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte. Hierzu wird sowohl in Nr. 1 als auch in Nr. 3 auf die Anforderungen des jeweils zugrunde liegenden Vertrages zwischen Anbieter und Verbraucher Bezug genommen. Insofern hat die Vorschrift keinen eigenständigen Regelungswert, sondern lediglich klarstellende Wirkung.

Artikel 6 Abs. 2 Nr. a:

Nach Artikel 6 Nr. 2 müssen digitale Inhalte, sofern relevant und soweit der Vertrag nicht klar und umfassend die Anforderungen an diese Inhalte gemäß Absatz 1 be-

stimmt, für die Zwecke geeignet sein, für die digitale Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden. Dabei soll nach Artikel 6 Nr. 2 lit. a berücksichtigt werden, ob die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden.

Nach dem Wortlaut der Norm wird also zwischen der Zahlung eines Preises und einer anderen Leistung als Geld differenziert, um zu beurteilen, ob eine vertragsgemäße Leistung vorliegt. Nach Artikel 2 Nr. 6 ist „Preis“ Geld, das im Austausch für bereitgestellte digitale Inhalte geschuldet wird. Nach dieser Definition werden Daten nicht unter den Begriff „Preis“ gefasst. Diese Differenzierung lässt die Interpretation zu, dass die von dem Verbraucher bereitgestellten Daten nicht so wertvoll und damit nicht so schutzwürdig sind, wie ein Preis, der in Form einer Geldleistung gezahlt wird. Dies widerspricht jedoch der Regelung des Artikel 3 Nr. 1, in dem klar zum Ausdruck kommt, dass Daten einen wirtschaftlichen Wert haben, der mit einer Geldzahlung vergleichbar ist. Dies entspricht auch der Realität in der digitalen Welt, in der Daten zunehmend als Währung eingesetzt werden.² Daher sollte, wie bereits erwähnt, der Preisbegriff des Artikel 2 Nr. 6 um die Formulierung „...oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt“ ergänzt werden.

Außerdem sollte die Formulierung in Artikel 6 Nr. 2 lit. a „oder gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden“ ersatzlos gestrichen werden. Dafür spricht auch, dass es bereits systemwidrig ist, im Zusammenhang mit der Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte von der Gegenleistung zu reden. Hier werden Preis und Inhalt vermischt.

Artikel 6 Nr. 1 lit. d und Nr. 3:

Nach Artikel 6 Nr. 1d sind digitale Inhalte vertragsgemäß, wenn sie, soweit dies relevant ist, den Anforderungen des Vertrages entsprechend aktualisiert werden. Dies gilt nach Artikel 6 Nr. 3 für die gesamte Laufzeit des Vertrages. In der Beratungspraxis der Verbraucherzentralen berichten Verbraucher immer wieder von Problemen mit Endgeräten, für deren Betriebssystem keine Updates mehr bereitgestellt werden oder das Endgerät bereits beim Kauf nur mit einem veralteten Betriebssystem ausgestattet war, welches kein sicheres Mobile Banking oder Mobile Payment ermöglicht. Dies birgt für Verbraucher enorme Sicherheitsrisiken, die ihnen meist nicht bekannt sind oder Verbraucher letztlich dazu zwingt, ein neues Endgerät anzuschaffen.

Der Begriffsbestimmung der "digitalen Inhalte" in Artikel 2 Nr. 1 in Verbindung mit Erwägungsgrund 11 ist indes zu entnehmen, dass das Betriebssystem eines Endgerä-

² Vgl. Pousttchi/Koelwel, M-Payment, M-Commerce & Verbraucherschutz, E-Commerce-Magazin Nr. 2/2014, S. 9 (10).

tes keinen digitalen Inhalt im Sinne der Richtlinie darstellen soll. In Erwägungsgrund 11 heißt es nämlich, "diese Richtlinie sollte jedoch nicht für digitale Inhalte gelten, die derart in einer Ware integriert sind, dass sie fester Bestandteil der Ware sind und ihre Funktionen den Hauptfunktionen der Ware untergeordnet sind".

Das Betriebssystem ist aus unserer Sicht jedoch ein ganz wesentliches Element für die Nutzung digitaler Inhalte durch den Verbraucher. Insbesondere wenn Anbieter verpflichtet sein sollen, stets die neueste Version z.B. einer App zur Verfügung zu stellen, der Verbraucher aber nicht mit den erforderlichen Updates des Betriebssystems versorgt wird, führt dies im Ergebnis dazu, dass der Verbraucher die digitalen Inhalte nicht nutzen kann. Aus unserer Sicht sollte die Richtlinie auch diese Problematik aufgreifen und einer harmonisierten Regelung zuführen, indem Betriebssysteme ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Richtlinie aufgenommen werden. Für den Verbraucher ist dabei entscheidend, dass er erkennen kann, wer sein Vertragspartner für welchen digitalen Inhalt ist.

Artikel 6 Nr. 1 lit. d:

Nach Artikel 6 Nr. 1 lit. d sind digitale Inhalte vertragsgemäß, wenn sie den Anforderungen des Vertrags entsprechend aktualisiert werden. Die Vorschrift kann aus unserer Sicht nur so verstanden werden, dass eine Aktualisierung immer dann erforderlich ist, um auch weiterhin die vertragsgemäße Nutzung der digitalen Inhalte zu ermöglichen. Grundsätzlich begrüßen wir diese Verpflichtung zur ständigen Aktualisierung digitaler Inhalte.

Allerdings birgt die Regelung in Artikel 6 Nr. 1 lit. d in der derzeitigen Ausgestaltung, wie bereits angedeutet, ein weiteres Konfliktpotential für den Verbraucher. Denn wenn die digitalen Inhalte den Anforderungen des Vertrages entsprechend aktualisiert werden, d.h. z.B. eine App aktualisiert wird, das Betriebssystem des Endgerätes jedoch veraltet ist, können die aktualisierten digitalen Inhalten unter Umständen auf dem Gerät gar nicht genutzt werden. Der Verbraucher mit einem älteren Endgerät stünde bei einer Aktualisierung der digitalen Inhalte daher mitunter sogar schlechter als ohne die Aktualisierung der digitalen Inhalte.

Artikel 6 Nr. 2 lit. c ii):

Wird für die Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte auf den Zweck abgestellt, für die digitale Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden, so soll nach Artikel 6 Nr. 2 lit. c darauf abgestellt werden, ob der Anbieter oder eine andere Person in seinem Auftrag im Vorfeld des Vertragsschlusses eine diesbezügliche öffentliche Erklärung abgegeben hat. Dies halten wir für sinnvoll, denn der Verbraucher trifft seine

Entscheidung zum Erwerb digitaler Inhalte aufgrund solcher öffentlichen Erklärungen, zu denen insbesondere Werbebotschaften zählen.

Allerdings sieht Artikel 6 Nr. 2 lit. c ii) hiervon eine Ausnahme vor, wenn der Anbieter nachweist, dass die betreffende Erklärung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war. Dies halten wir für nicht angemessen. Denn viele Verbraucher treffen ihre Entscheidung zum Erwerb digitaler Inhalte zu dem Zeitpunkt, zu dem sie die erste öffentliche Erklärung des Anbieters wahrnehmen. Die Vertragserklärung beruht in diesem Fall also gerade auf der unberichtigten öffentlichen Erklärung des Anbieters. Auf diese muss sich der Verbraucher verlassen können, auch wenn der Anbieter zwischen dem Zeitpunkt der Entscheidung des Verbrauchers zum Erwerb des Produkts und der Abgabe seiner Vertragserklärung seine öffentliche Erklärung berichtigt. Kann sich der Anbieter durch den Nachweis der Berichtigung der öffentlichen Erklärung vor Vertragsschluss aber "exkulpieren", trägt der Verbraucher das Risiko, vor Abgabe seiner Vertragserklärung die Richtigkeit der öffentlichen Erklärung des Anbieters noch einmal zu kontrollieren. Dies widerspricht eindeutig der Verteilung der Verantwortungsbereiche zwischen Unternehmer und Verbraucher. Die Ausnahme des Artikel 6 Nr. 2 lit. c ii) sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

4. Zu Artikel 9: Beweislast

Nach Artikel 9 Nr. 1 trägt der Anbieter die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte. Gemäß Artikel 9 Nr. 2 gilt dies nicht, wenn der Anbieter nachweist, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers in Bezug auf die Interoperabilität und andere technische Anforderungen der digitalen Inhalte nicht kompatibel ist, und wenn er den Verbraucher vor Vertragsschluss von diesen Anforderungen in Kenntnis gesetzt hat.

Im Hinblick auf die Verteilung der vertraglichen Verantwortungsbereiche zwischen Unternehmer und Verbraucher halten wir diese Regelung für nicht ausreichend. Denn nach dem derzeitigen Wortlaut ist nicht sichergestellt, dass der Verbraucher den Hinweis des Anbieters auch tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Die Formulierung muss daher lauten *„und sichergestellt ist, dass der Verbraucher vor Vertragsschluss diese Anforderungen zur Kenntnis genommen hat.“*

Nach Artikel 9 Nr. 3 S. 2 trägt wiederum der Verbraucher die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte, wenn er seiner Pflicht zur Zusammenarbeit nicht nachkommt. Allerdings wird nicht hinreichend konkretisiert, inwieweit der Verbraucher zur Zusammenarbeit verpflichtet ist. Darüber hinaus ist unklar, was unter dem Begriff Zusammenarbeit gefasst werden soll. Die vage Formulierung in Artikel 9 Nr. 3 S. 2 darf nicht dazu führen, dass der Verbraucher entgegen dem Grundsatz aus Artikel 9 Nr. 1 in vielen Fällen das Risiko der Beweislast trägt.

5. Zu Artikel 13: Beendigung des Vertrages

Nach Artikel 13 Nr. 2 lit. b hat der Anbieter bei Vertragsbeendigung durch den Verbraucher alle Maßnahmen zu ergreifen, die erwartet werden können, um die Nutzung einer anderen Gegenleistung als Geld zu unterlassen, die der Verbraucher im Austausch für die digitalen Inhalte erbracht hat. Diese Regelung sollte ergänzt werden um eine Informationspflicht gegenüber dem Verbraucher, welche Maßnahmen der Anbieter ergriffen hat.

Beendet der Verbraucher den Vertrag, hat er gemäß Artikel 13 Nr. 2 lit. d die Nutzung der digitalen Inhalte und deren Zurverfügungstellung an Dritte zu unterlassen, insbesondere indem er die digitalen Inhalte löscht oder auf andere Weise unlesbar macht. In bestimmten Fällen hat der Verbraucher nicht die Möglichkeit, die digitalen Inhalte ohne weiteres zu löschen. Deshalb sollte Artikel 13 Nr. 2 lit. d um folgende Formulierung ergänzt werden „Dem Verbraucher sind die nötigen technischen Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen, um die digitalen Inhalte zu löschen oder auf andere Weise unlesbar zu machen.“

Nach Beendigung des Vertrages kann der Anbieter gemäß Artikel 13 Nr. 3 jede weitere Nutzung der digitalen Inhalte durch den Verbraucher unterbinden, indem er den Zugang des Verbrauchers zu den Inhalten oder das Nutzerkonto des Verbrauchers sperrt. Damit der Verbraucher die von ihm bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann, die durch die Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, muss der Anbieter dem Verbraucher jedoch die hierzu erforderlichen technischen Mittel zur Verfügung stellen (Artikel 13 Nr. 3 und Nr. 2 lit. c). Es sollte in Artikel 13 Nr. 3 deutlicher herausgestellt werden, dass der Zugang durch den Anbieter erst dann gesperrt werden darf, wenn er seine Pflicht nach Artikel 13 Nr. 2 c erfüllt hat und auch dem Verbraucher eine angemessene Frist eingeräumt worden ist, seine Inhalte und Daten wiederzuerlangen.

6. Zu Artikel 14: Recht auf Schadensersatz

Nach Artikel 14 Nr. 1 haftet der Anbieter dem Verbraucher nur für jede wirtschaftliche Schädigung der *digitalen Umgebung* des Verbrauchers, die durch die Nichteinhaltung des Vertrages oder die nicht erfolgte Bereitstellung der digitalen Inhalte verursacht wurde. Die Haftung auf „die digitale Umgebung“ zu beschränken reicht aus unserer nicht aus, um den Verbraucher hinreichend zu schützen. So sind Schäden an anderen Rechtsgütern (Mangelfolgeschäden) oder Nutzungsausfallschäden zumindest dem Wortlaut nach von dem Begriff „digitale Umgebung“ nicht umfasst. Ferner ist denkbar, dass digitale Inhalte Schadsoftware enthalten, die das Endgerät beeinträch-

tigen können oder Passwörter ausspähen und so weiteren Schaden verursachen können. Auf diesen Schäden darf der Verbraucher nicht sitzen bleiben.

Da die Richtlinie eine Vollharmonisierung bezweckt (vgl. Artikel 4), wären abweichende mitgliedstaatliche Haftungsregime für Schadensersatzansprüche nicht (mehr) anwendbar. Möglicherweise greift in diesem Fall aber das Haftungsregime aus anderen EU-Gesetzen, soweit deren Anwendungsbereich eröffnet ist. Das deutet jedenfalls Artikel 3 Abs. 7 an. Diese Auslegung ist aber nicht zwingend (s.o.). Es sollte daher klargestellt werden, dass die mitgliedstaatlichen Vorschriften zum Schadensersatz von der Richtlinie unberührt bleiben.

7. Zu Art. 15: Änderung der digitalen Inhalte

Beendet der Verbraucher den Vertrag berechtigterweise nach Artikel 15 Nr. 1 wegen einer Änderung der digitalen Inhalte durch den Anbieter, so stehen ihm nur die Rechte nach Artikel 15 Nr. 2 zu. Diese bleiben deutlich hinter den Rechten des Verbrauchers nach Beendigung des Vertrages zurück, die ihm gemäß Artikel 13 Nr. 2 zustehen. Insbesondere hat der Verbraucher bei einer Beendigung des Vertrages nach Artikel 15 Abs. 1 nicht die Möglichkeit, seine selbst generierten Inhalte und Daten, die er bei der Nutzung der digitalen Inhalte dem Anbieter zur Verfügung gestellt hat, wiederzuerlangen. Die unterschiedliche Behandlung des Verbrauchers bei jeweils berechtigter Beendigung des Vertrages ist aus unserer Sicht nicht gerechtfertigt. Der Verbraucher sollte bei einer Beendigung des Vertrages nach Artikel 15 Nr. 1 die Rechte haben, die ihm bei einer Beendigung des Vertrages nach Artikel 13 Nr. 2 zustehen.