

Sonderprivatrecht für Digitale Güter

Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa

Matthias Wendland*

ZVglRWiss 118 (2019) 191–230

Verträge über die Bereitstellung digitaler Güter stellen das Privatrecht vor erhebliche Herausforderungen. Mit der neuen Digitale Inhalte-Richtlinie hat der europäische Gesetzgeber nun erstmals die Grundlage für ein digitales Vertragsrecht in Europa geschaffen, das bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigen und einen verlässlichen Rechtsrahmen für die digitale Wirtschaft zur Verfügung stellen soll. Der Beitrag behandelt aus rechtsvergleichender Perspektive die sich aus der Umsetzung der Richtlinie ergebenden vertragsdogmatischen Grundlagenfragen eines digitalen Vertragsrechts und nimmt insbesondere die Umsetzungsoptionen des deutschen Gesetzgebers in den Blick.

Contracts on the supply of digital goods pose tremendous challenges to private law. With the new Digital Content Directive the European legislator has created for the first time a comprehensive legal framework for a digital contract law in Europe. Its major purpose is to remove the existing legal uncertainties and to create a reliable legal basis for the digital economy. The article deals with the fundamental dogmatic problems arising from the implementation of the directive from a legal comparative perspective. A special focus lies on the various options the German legislator may choose in the implementation process.

Inhalt

I. Einleitung	192
II. Der Rechtsrahmen der Digitale Inhalte-Richtlinie	196
1. Europäisches Vertragsrecht und Privatrechtsdogmatik	198
2. Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen	200
3. Der Bereitstellungs-begriff, Art. 5 Abs. 2	206
4. Vertragstypbezogene Differenzierungen	210
III. Rechtsvergleichende Perspektive: England und die Niederlande	216
1. Digitales Vertragsrecht in England: Der Consumer Rights Act 2015	216
2. Digitales Vertragsrecht in den Niederlanden: Art. 7:5 Abs. 5 Burgerlijk Wetboek (BW)	217

* PD Dr. jur. Matthias Wendland, LL.M. (Harvard), ist Privatdozent am Institut für Internationales Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München und Inhaber der *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie.

IV. Umsetzungsoptionen	218
1. Option 1: Punktuelle Anpassung der bestehenden Vertragstypen	219
2. Option 2: Vertrag über digitale Inhalte und Dienstleistungen	220
3. Option 3: Digitale Grundvertragstypen	226
4. Option 4: Ergänzung des Allgemeinen Teils des Schuldrechts	227
V. Bewertung und Ausblick	228

I. Einleitung

Am 24. 3. 2019 hat das Europäische Parlament den im Trilogverfahren erarbeiteten Text der Digitale Inhalte-Richtlinie¹ verabschiedet und damit den

1 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte. Für den Inhalt der zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht im Amtsblatt veröffentlichten Richtlinie wird der vom Europäischen Parlament am 24. 3. 2019 angenommene Text zugrunde gelegt, vgl. die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. 3. 2019 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD), P8_TA-PROV (2019)0232. Soweit für die Entstehungsgeschichte der Richtlinie erforderlichlich wird zusätzlich auf den Kommissionsvorschlag vom 9. 12. 2015, KOM (2015) 634 endg (Digitale Inhalte-RLV) sowie auf den Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15 (Digitale Inhalte-RLV-K) Bezug genommen. Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche der Digitale Inhalte-Richtlinie. Zum Ganzen *Grünberger*, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), 213 ff.; *Gsell*, Europäischer Richtlinien-Entwurf für vollharmonisierte Mängelrechte beim Verbraucherkau – Da capo bis zum Happy End?, ZEuP 2018, 501 ff.; *dies.*, Der europäische Richtlinienvorschlag zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte. ZUM 2018, 75 ff.; *dies.*, Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach dem europäischen Digital-RLVorschlag vor dem Hintergrund des deutschen Rechts, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, S. 85 ff.; *Riehm/Abold*, Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte, ZUM 2018, 82 ff.; *Graf von Westphalen*, Some Thoughts on the Proposed Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sales of Goods, EuCML 2018, 66 ff.; *ders.*, Datenvertragsrecht – disruptive Technik – disruptives Recht, IWRZ 2018, 9 ff.; *Kindl*, Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, S. 63 ff.; *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, NJW-Beil. 2/2016 zu Heft 24, 29, 29; *Schmidt-Kessel*, Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz, K&R 2014, 475, 475, 477 ff.; *Stieper*, Digital ist besser – Die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstypus?, in: FS Helmut Köhler, 2014, S. 729, 742; *R. Schulze/Staudenmayer/Lohsse* (Hrsg.), Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, 2017, S. 11 ff. (Introduction); *Jung/Janal*, Spezialregelungen für Verträge über digitale Inhalte in Theorie und Praxis, VuR 2017, 332 ff.; *Kirn/Müller-Hengstenberg*, Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?, NJW 2017, 433 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Aus-

Weg für einheitliche vertragsrechtliche Regeln für den Erwerb digitaler Inhalte und Dienstleistungen in Europa geebnet. Damit ist für den deutschen Gesetzgeber die seit Längerem diskutierte Umsetzungsproblematik mit neuer Dringlichkeit in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.

Die Frage, ob das deutsche Privatrecht für die Herausforderungen der Digitalisierung gewappnet sei, ob das BGB ein „Update“ brauche, beherrscht seit der Veröffentlichung des Richtlinienvorschlages (im Folgenden Digitale Inhalte-RLV)² 2015 die zivilistische Diskussion. Die Entwicklung aufgreifend hat sich der 71. Deutsche Juristentag im September 2016 intensiv mit möglichen Umsetzungsoptionen auseinandergesetzt.³ Im Mittelpunkt stand dabei insbesondere die Frage, ob der bestehende vertragsrechtliche Rahmen des BGB die Besonderheiten der Verträge über digitale Inhalte adäquat abbildet oder ob es der Einführung eines neuen, eigenen Vertragstyps für *Verträge über digitale Inhalte* bedarf. Letzteres hat die Abteilung Zivilrecht des 71. Deut-

tausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84 ff.; *Specht*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763 ff.; *Druschel/Lehmann*, Ein digitaler Binnenmarkt für digitale Güter, CR 2016, 244 ff.; *Koch*, Rechtsbehelfe des Verbrauchers bei Verträgen über digitale Inhalte, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016, S. 131 f.; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 2 ff.; GPR 2016, 54 ff.; *R. Schulze*, Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law, in: Franceschi (Hrsg.), European Contract Law and the Digital Single Market, 2016, S. 127 ff.; *Spindler*, Contracts For the Supply of Digital Content – Scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content, ERCL 2016, 183 ff.; *ders.*, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze. Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147 ff.; *ders.*, Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität, MMR 2016, 219 ff.; *Staudenmayer*, Digitale Verträge – Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission, ZEuP 2016, 801 ff.; *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609, 2611; *Wendland*, GEK 2.0? Ein europäischer Rechtsrahmen für den Digitalen Binnenmarkt, GPR 2016, 8 ff.; *ders.*, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel?, EuZW 2016, 126 ff.; *Zoll*, The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content, EuCML 2016, 250 ff. Zu urheberrechtlichen Aspekten vgl. nur *Grünberger*, Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach dem europäischen Digital-RLVorschlag vor dem Hintergrund des deutschen Rechts, ZUM 2018, 73 ff.

- 2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9. 12. 2015, KOM (2015) 634 endg.
- 3 Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. II/1, Teil K.

schen Juristentags verneint⁴ und sich dem Votum des Gutachters *Faust*⁵ angeschlossen, der dafür plädiert, „im Rahmen der existierenden Vertragstypen Sondervorschriften im Hinblick auf digitale Inhalte zu schaffen.“⁶ Ähnlich sieht auch die von der Konferenz der deutschen Justizminister eingesetzte Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ lediglich punktuellen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.⁷

Der Befund ist einleuchtend und nachvollziehbar, denn für einen zurückhaltenden Ansatz sprechen gewichtige Gründe: So wäre etwa die einheitliche Regelung des Gewährleistungsregimes für „Verträge über digitale Inhalte“ in einem gesonderten Abschnitt des Besonderen Teils des Schuldrechts mit der Vertragstypenlehre des BGB kaum vereinbar, die gerade nicht an die Qualität des Rechtsobjekts, sondern an die Leistungshandlung – Kauf, Miete, Pacht, Herstellung – anknüpft.⁸ Darüber hinaus ist die vertragsrechtliche Realität in der digitalen Welt zu vielgestaltig, als dass sich die zu regelnden Sachverhalte durch einen einheitlichen Vertragstyp mit notwendig schnell veraltenden Vorschriften erfassen ließen.⁹ Und schließlich legt das Regelungsregime der zukünftigen Digitale Inhalte-Richtlinie selbst, die zwischen „einmalige[r] Bereitstellung“¹⁰, der „fortlaufende[n] Bereitstellung über einen Zeitraum“¹¹ sowie „Dienstleistungen“¹² differenziert und damit auf die Grundtypen des Kauf-, Miet- sowie des Werkvertrages¹³ verweist, eine Orientierung an den klassischen Vertragstypen des BGB nahe.

Prima vista hat sich damit die dogmatische Diskussion mit Blick auf eine sachgerechte vertragstypologische Einordnung der Verträge über digitale Inhalte und möglicher Umsetzungsstrategien des deutschen Gesetzgebers erledigt. Ein näherer Blick auf Rechtspraxis und Judikatur lässt an diesem Befund indes Zweifel aufkommen. So bereitet die vertragsrechtliche Qualifizierung selbst alltäglicher Anwendungsfälle „digitaler Verträge“¹⁴ – etwa über die

4 Beschlüsse des 71. Deutschen Juristentages 2016, A.I. 2., S. 1 f., abrufbar unter https://www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf.

5 *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. A 88, 91.

6 *Faust*, NJW-Beil. 2/2016 zu Heft 24, 29, 29.

7 Justizministerium NRW (Hrsg.), Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 2017, S. 11, 225 f., 251 f.

8 So *Gsell*, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Fn. 1), S. 85, 89; *Faust*, Gutachten (Fn. 5), S. A 15 f., A 89; *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 475, 477 ff.; *Stieper*, in: FS Helmut Köhler, 2014 (Fn. 1), S. 729, 742. Eingehend hierzu unten IV. 2. b).

9 *Faust*, Gutachten (Fn. 5), S. A 59.

10 Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

11 Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

12 Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie.

13 Ebenso *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 237; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 61. Hierzu bereits *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 479.

14 Im Folgenden wird für Verträge über die *Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen* aus Gründen der Praktikabilität dort, wo dies sinnvoll erscheint,

Nutzung des *WhatsApp-Dienstes* und anderer *sozialer Netzwerke*, über *Cloud Computing* und *Streaming-Anwendungen* – und damit die Bestimmung des anwendbaren Normprogramms nach wie vor ganz erhebliche Schwierigkeiten. Denn die Vielzahl der Vertragskonstellationen in der digitalen Welt lässt sich nur schwer einem bestimmten Vertragstyp zuordnen. Die Qualifizierung als typengemischter oder atypischer Vertrag ist die Regel.¹⁵ Gleichzeitig soll nach der Digitale Inhalte-Richtlinie jedenfalls für das Leistungsstörungsrecht und die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ein einheitliches Regelungsregime Anwendung finden. Dies spricht eigentlich für eine konzeptionelle Abkopplung des Gewährleistungsrechts von einer an Vertragstypen orientierten Dogmatik.¹⁶ Die darin bereits in Umrissen erkennbaren Konturen eines allgemeinen, vertragstypübergreifenden Gewährleistungsrechts entsprechen zudem einer jüngeren Entwicklungstendenz im Europäischen Privatrecht.¹⁷

Und schließlich zeigt nicht zuletzt die lebhafte Diskussion¹⁸ der vertragsrechtlichen Herausforderungen der Digitalisierung, dass das Rechtsobjekt „digitale Inhalte“ offenkundig Besonderheiten aufweist, die es nicht nur nach der Art, sondern auch seinem Wesen nach – man denke etwa nur an Reproduzierbarkeit, Veränderbarkeit, Vernetzung, multipolare Rechtsbeziehungen¹⁹ – von den Rechtsobjekten der analogen Welt unterscheidet. Und damit möglicherweise die Etablierung eines eigenständigen Regelungsregimes des digitalen Vertragsrechts – gegebenenfalls auch mit eigenen, an spezifische Leistungshandlungen anknüpfenden „digitalen Vertragstypen“²⁰ – rechtfertigt.²¹ Das gilt umso mehr, als sich die punktuelle Umsetzung der Richtlinie entlang der

alternativ der Begriff der „digitalen Verträge“ verwendet. Ebenso *Staudenmayer*, ZEuP 2016, 801, 801.

- 15 Vgl. nur BGH, 4. 3. 2010 – III ZR 79/09, BB 2010, 1047 m. BB-Komm. *Schirmbacher*, NJW 2010, 1449, Rn. 187 (zu den zum Kreis der Internet-Provider-Verträge gehörenden Vertragsgestaltungen: „atypische oder gemischte Verträge“); OLG München, 17. 9. 2018 – 18 W 1383/18, NJW 2018, 3119, Rn. 17 (zum *Social Media-Vertrag*, hier: *Facebook*: „Vertrag sui generis mit miet-, werk- und dienstvertraglichen Elementen“).
- 16 Für eine entsprechende Umsetzungsstrategie *Weller*, in: *Weller/Wendland* (Hrsg.), *Digital Single Market: Bausteine eines digitalen Binnenmarktes*, 2019, S. 123. Hierzu eingehend unten IV. 4.
- 17 *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2611.
- 18 Vgl. nur die Nachweise in Fn. 1.
- 19 Näher *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 231 ff. sowie unten IV. 2. b) bb).
- 20 Zu dieser Umsetzungsoption näher unten IV. 3.
- 21 So etwa für Verträge mit „datengetriebener Gegenleistung“ *Metzger*, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, AcP 216 (2016), 817, 837 („dürften diese Verträge nun allesamt einem einzigen, neuartigen Vertragstypus zuzuordnen sein“); *Specht*, *Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?*, JZ 2017, 763, 770 („Ein eigener Typus von Verträgen mit datengetriebener Gegenleistung scheint insofern zumindest eine Überlegung wert zu sein.“). Eingehend zu dieser Umsetzungsoption unten IV. 2.

bekanntesten Vertragstypen des BGB als „aufwändig und kompliziert“,²² „mühsam und fehleranfällig“²³ gestaltet. Die Bewältigung der vertragsrechtlichen Herausforderungen der Digitalisierung erweist sich damit als keinesfalls triviales vertragsdogmatisches Problem.

Die aufgezeigten Aspekte präjudizieren dabei freilich noch kein Ergebnis, indizieren jedoch nicht unerheblichen Diskussionsbedarf. Vor diesem Hintergrund werden im folgenden Beitrag die dogmatischen Auswirkungen der Digitale Inhalte-Richtlinie im Kontext der Vertragstypenlehre und mögliche disruptive Effekte auf das deutsche Schuldrecht untersucht. In einem ersten Schritt wird zunächst der Rechtsrahmen der Digitale Inhalte-Richtlinie in seinen Grundstrukturen in den Blick genommen (II.). Es folgt ein rechtsvergleichender Blick auf die Regelungen in den Niederlanden und Großbritannien (III.). In einem dritten Schritt werden sodann mögliche Umsetzungsoptionen aus vertragsdogmatischer Perspektive diskutiert (IV.). Abschließend wird der Ertrag der Diskussion im Hinblick auf eine sachgerechte Umsetzungsstrategie des Gesetzgebers bewertet und ein Ausblick auf die zukünftige Entwicklung des *digitalen Vertragsrechts* gewagt (V.).

II. Der Rechtsrahmen der Digitale Inhalte-Richtlinie

Der Kommissionsvorschlag für eine Digitale Inhalte-Richtlinie tritt mit keinem geringeren Anspruch an als dem Ziel, einen harmonisierten Rechtsrahmen für das *digitale Vertragsrecht*, ein sektoriell einheitliches Gewährleistungsrecht für Verträge über digitale Güter zu schaffen. Mit der Anerkennung einer datenbezogenen Gegenleistung legt er zugleich die Grundlage für ein noch fortzuentwickelndes europäisches Datenschuldrecht.²⁴ Er ist Teil der im Mai 2015 von der europäischen Kommission vorgestellten Strategie für einen Digitalen Binnenmarkt²⁵ und stößt mit seinem Regelungsansatz weitgehend in rechtliche *terra incognita* vor. Denn die Mehrzahl der mitgliedstaatlichen

22 Gsell, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Fn. 1), S. 85, 99.

23 Weller (Fn. 16), S. 131. Ähnlich M. Stürmer, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 und COM(2015) 635 im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 4. 5. 2016, S. 13 („geradezu systemsprengendes Potential“).

24 Hierzu Schmidt-Kessel/Grimm, ZfPW 2017, 84, 102 ff.; Sattler, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, 1036, 1036 ff. sowie zuletzt Ackermann, Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik, ZEuP 2018, 741, 768.

25 Mitteilung der Kommission: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM(2015) 192 endg.; Commission Working Staff Document, A Digital Single Market Strategy for Europe: Analysis and Evidence, SWD(2015) 100 final.

Rechtssysteme sieht bislang keine spezifischen Regelungen für Verträge über digitale Inhalte vor.²⁶

Im Kontext der europäischen Vertragsrechtsentwicklung ist der Richtlinienentwurf kennzeichnend für den von der Kommission nach dem Scheitern des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK)²⁷ nunmehr verfolgten Ansatz einer sektorspezifischen, jedoch punktuell begrenzten Vollharmonisierung.²⁸ Nach Art. 4 ist die Digitale Inhalte-Richtlinie vollharmonisierend angelegt, wenngleich dieser Grundsatz durch Ausnahmen in wichtigen Kernbereichen – etwa den Gewährleistungs- und Verjährungsfristen (Art. 11 Abs. 2, 3 Digitale Inhalte-Richtlinie) – wieder durchbrochen wird. Darüber hinaus ist der Regelungsbereich des Richtlinien-vorschlags punktuell begrenzt. Geregelt werden lediglich „Aspekte“ des vertragsrechtlichen Regelungsregimes für die Bereitstellung digitaler Inhalte: Hierzu gehören etwa der *Inhalt der geschuldeten Leistung* durch Legaldefinition von Rechtsobjekt (digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen)²⁹ und Leistungshandlung (Bereitstellung),³⁰ das *Mängelgewährleistungsrecht* (Abhilfen bei Vertragswidrigkeit)³¹ einschließlich der Regelung der Anforderungen an die *Vertragsmäßigkeit* der Leistung,³² den für die Vertragsmäßigkeit relevanten *Zeitpunkt*,³³ die *Gewährleistungs- und Verjährungsfristen*,³⁴ die *Beweislastverteilung*,³⁵ die *Rückabwicklung*³⁶ beendeter Verträge, *Änderungen*³⁷ digitaler Inhalte sowie Vorschriften zur *Migration* und *Portabilität* von Nutzerdaten.³⁸

Aber auch diese ausgewählten Systembereiche wurden keiner vollständig lückenlosen Regelung unterworfen. So klammert die Richtlinie etwa das Scha-

26 Ausnahmen bilden etwa Großbritannien mit dem *Consumer Rights Act 2015* (CRA) und die Niederlande, die in Art. 7:5 Abs. 5 Burgerlijk Wetboek (BW) den Erwerb digitaler Inhalte in den Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs einbeziehen. Zum CRA näher *Twigg-Flesner*, Consolidation rather than Codification – or just Complication? – The UK’s Consumer Rights Act 2015, ZEuP 2019, 170, 188 ff.

27 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. 10. 2011, KOM (2011) 635 endg.

28 Hierzu *Gsell*, ZEuP 2018, 501, 504 f.; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 2, 3 f.; *Wendland*, GPR 2016, 8, 9.

29 Art. 2 Nr. 1, 2 Digitale Inhalte-Richtlinie.

30 Art. 5 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie.

31 Art. 13–16 Digitale Inhalte-Richtlinie.

32 Art. 6–9 Digitale Inhalte-Richtlinie.

33 Art. 11 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

34 Art. 11 Abs. 2 Sätze 2–3, Abs. 3 Satz 2 Digitale Inhalte-Richtlinie.

35 Art. 12, 14 Abs. 6 Satz 2 Digitale Inhalte-Richtlinie.

36 Art. 16–17 Digitale Inhalte-Richtlinie.

37 Art. 19 Digitale Inhalte-Richtlinie.

38 Art. 16 Abs. 4 Digitale Inhalte-Richtlinie.

densersatzrecht, das in Art. 14 des Kommissionsentwurfs immerhin noch eine – wenngleich fragmentarische – Regelung erfahren hatte,³⁹ nunmehr vollständig aus der Richtlinie aus.⁴⁰ Zum erklärten Regelungsziel des Richtlinienetzgebers, durch die Schaffung eines harmonisierten Rechtsrahmens für den digitalen Binnenmarkt „die größten vertragsrechtlichen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel [zu] beseitigen“,⁴¹ die ja gerade in den Unterschieden des nationalen Vertragsrechts begründet sind, mag dieser Ansatz freilich nicht so recht passen. Ob sich mit einem Regelungskonzept, das eine grundsätzlich hohe, jedoch durch Ausnahmen durchbrochene Harmonisierungsintensität mit einem lückenhaften Regelungsbereich kombiniert, tatsächlich jener für ein substantielles Maß an Verbrauchervertrauen erforderliche einheitliche Rechtsrahmen für das digitale Vertragsrecht herstellen lässt, darf bezweifelt werden.

1. Europäisches Vertragsrecht und Privatrechtsdogmatik

Der Richtlinienvorschlag macht den Mitgliedstaaten nur hinsichtlich des Inhalts der für die einzelnen Systembereiche vorgesehenen Regelungen verbindliche Vorgaben. Die dogmatische Ausgestaltung der Rechtsnatur und damit die vertragstypologische Einordnung der *Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen* etwa als Kauf-, Dienst- und Mietverträge oder als Verträge *sui generis* bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, was die Richtlinie noch einmal ausdrücklich bekräftigt.⁴² Gleichwohl kommt auch der Richtlinienvorschlag naturgemäß nicht ohne eine zumindest implizite dogmatische Grundstruktur, ohne ein inneres System aus, das den Regelungen auf einer Metaebene als inhaltliches Konzept letztlich zugrunde liegt.

39 Vgl. Art. 14 Abs. 1 Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsentwurf): „Der Anbieter haftet dem Verbraucher für jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers, die durch die Nichteinhaltung des Vertrags oder die nicht erfolgte Bereitstellung der digitalen Inhalte verursacht wurde. Der Schadensersatz hat den Verbraucher so weit wie möglich in die Lage zu versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn die digitalen Inhalte ordnungs- und vertragsgemäß bereitgestellt worden wären.“

40 ErwGr. 10, 73 Satz 4 Digitale Inhalte-Richtlinie. Vgl. hierzu auch den Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 14, ErwGr. 9, sowie den Vorschlag für einen neu einzufügenden Erwägungsgrund auf S. 34 Fn. 66 („Die Richtlinie regelt nicht etwaige Ansprüche auf Entschädigung für Schäden, die dem Verbraucher durch die Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte oder der digitalen Umgebung oder durch die Nichtbereitstellung der digitalen Inhalte entstanden sind.“).

41 Digitale Inhalte-RLV, KOM (2015) 634, S. 2.

42 ErwGr. 12 Digitale Inhalte-Richtlinie. Ebenso bereits der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 14, Fn. 31 sowie der Digitale Inhalte-RLV, KOM (2015) 634, S. 7.

Der Versuch, gleichsam im Wege der „Dekompilierung“ aus den anwendbaren Normen und den Erwägungsgründen europäischen Sekundärrechts eine Dogmatik des digitalen Vertragsrechts zu rekonstruieren, ist freilich kein leichtes Unterfangen und auch methodisch nicht über alle Zweifel erhaben. Er begegnet vor allem drei wesentlichen Hindernissen:

- 1) dem Problem mangelnder *Dogmen- und Theoriebildung* in der europäischen Privatrechtsdogmatik,
- 2) dem Problem mangelnder *Kohärenz* sowie
- 3) der Gefahr der *Projektion*.

(1) Mangelnde Dogmen- und Theoriebildung in der europäischen Privatrechtsdogmatik

Die erste Hürde besteht in der durch seine spezifische Struktur bedingten Dogmenferne des unionalen Privatrechts. So liegt dem europäischen Sekundärrecht typischerweise kein in sich widerspruchsfreies, kohärentes dogmatisches Regelungskonzept zu Grunde.⁴³ Dies gilt auch dort, wo die Kommission – wie dies etwa für einzelne Teilbereiche der Digitale Inhalte-Richtlinie der Fall gewesen sein mag – etwa mit Blick auf das System der Abhilfen oder die begriffliche Bestimmung digitaler Inhalte auf unter wissenschaftlicher Begleitung erstellte Modellregelungen (Europäischer Referenzrahmen⁴⁴) oder sogar prospektive Normtexte (Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht⁴⁵) zurückgreifen konnte. Denn die Grundstrukturen eines digitalen Vertragsrechts in Europa waren bislang noch nicht Gegenstand eingehender dogmatischer Diskussion. Auch wenn die Kommission auf normative Vorlagen als „Toolbox“ oder „Steinbruch“ zurückgreifen konnte, so ist doch das System des Gewährleistungsrechts der vorgeschlagenen Digitale Inhalte-Richtlinie als solches ohne Vorbild.

(2) Mangelnde Kohärenz

Der Versuch dogmatischer Systembildung scheidet darüber hinaus häufig bereits an den in den Rechtstexten selbst angelegten inneren Widersprüchen, die auf logischer Ebene nicht auflösbar sind. So scheint die Richtlinie mit dem nahezu durchgehend anzutreffenden Binom der „digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistung“ als Bezugsobjekt der Bereitstellung (vgl. vor allem Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie) beide Begriffe als Rechtsobjekt zu qualifizieren, während die in Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie – indes

43 Zur Problematik näher *Jansen*, in: Alexy (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung*, 2005, S. 29 ff.

44 *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke*, DCFR (Outline Edition), 2009. Vgl. auch die 2008 erschienene Interim Outline Edition: *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, 2008.

45 KOM (2011) 635 endg.

nicht vollständig – vollzogene Herauslösung des Begriffs der *Dienstleistung* aus jenem der *digitalen Inhalte*⁴⁶ auf den ersten Blick eigentlich für eine Qualifizierung als Leistungshandlung spricht.⁴⁷ Das Problem ist freilich nicht neu, sondern auch im „analogen“ europäischen Vertragsrecht mit seinem Begriffspaar der „Waren und Dienstleistungen“ virulent, das die feinsinnigen Differenzierungen deutscher Vertragsrechtsdogmatik nur eingeschränkt abzubilden vermag. Einer dogmatisierenden Systembildung im Wege der Deduktion sind damit deutlich Grenzen gesetzt.

(3) Gefahr der Projektion

Und schließlich ist der Versuch einer systembildenden Erschließung europäischen Sekundärrechts naturgemäß der nahezu unvermeidbaren Gefahr der Projektion ausgesetzt, da der Zugriff auf supranationales Recht stets aus der Perspektive mitgliedstaatlicher Vertragsrechtsdogmatik erfolgt. Unionale Privatrechtsdogmatik ist damit stets mit dem Risiko verbunden, im pragmatisch kodifizierten Sekundärrecht dogmatische Strukturen erkennen zu wollen, die der europäische Gesetzgeber seiner Regelung jedenfalls nicht bewusst zugrunde gelegt hat.

Für die Umsetzung in nationales Recht wie auch für die Fortentwicklung der europäischen Vertragsrechtsdogmatik ist freilich im ersten Zugriff eine Durchdringung, Strukturierung und Systematisierung des Normstoffs unerlässlich. Die genannten *caveats* vorausgeschickt, soll die vorgeschlagene Digitale Inhalte-Richtlinie im Folgenden in ihren Grundstrukturen holzschnittartig in den Blick genommen werden.

2. Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen

a) Begriffliche Erweiterung auf der Rechtsobjektebene

Hatte der ursprüngliche Kommissionsvorschlag⁴⁸ noch den Rechtsbegriff der *digitalen Inhalte* als zentralen Bezugspunkt in den Mittelpunkt des zukünftigen Rechtsrahmens für ein digitales Vertragsrecht gestellt, so geht der deutlich überarbeitete Richtlinienentwurf konzeptionell einen neuen Weg.⁴⁹ An die Stelle der „digitalen Inhalte“ als Bezugsobjekt der Bereitstellungshandlung tritt nun das Binom der *digitalen Inhalte oder der digitalen Dienstleistung*, das die bisherige Terminologie flächendeckend ersetzt. Der Richtlinienentwurf knüpft damit an das für das europäische Vertragsrecht kennzeichnende Begriffspaar

46 Kritisch mit Blick auf die Einbeziehung der Dienstleistungen in den Rechtsobjektbegriff der digitalen Inhalte *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55. So noch Art. 2 Nr. 1a) – c) des Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsvorschlag).

47 In diesem Sinn wohl *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 236 f. Näher hierzu unten II. 2. a) aa).

48 KOM (2015) 634.

49 Ebenso bereits der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15.

der *Waren und Dienstleistungen* (vgl. nur Art. 207 Abs. 1 AEUV) an, was zumindest terminologisch eine Integration „digitaler Verträge“ in das bestehende System des europäischen Vertragsrechts erlaubt.

Dieser Ansatz ist insoweit folgerichtig, als der Begriff der „digitalen Inhalte“ in der dualistischen Systematik „der Waren und Dienstleistungen“ an die Stelle des Warenbegriffs tritt und diesen auch funktional substituiert. Gegenüber dem Kommissionsvorschlag, der in Art. 2 Nr. 1 lit. b) – c) Digitale Inhalte-RLV Dienstleistungen noch als Teilmenge digitaler Inhalte definiert hatte, gewinnt der *Dienstleistungsbegriff* in Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie nun eine eigenständige Bedeutung. Er bleibt freilich *Rechtsobjekt*, das gleichwertig neben jenem der *digitalen Inhalte* steht.⁵⁰ Deutlich wird dies nicht nur in der über den gesamten Richtlinienvorschlag hinweg durchgehaltenen Erweiterung des Bezugsobjekts der „digitalen Inhalte“ um den Begriff der „digitalen Dienstleistungen“, sondern bereits in der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie, der in einem neu eingefügten Unterabschnitt⁵¹ den Begriff der digitalen Dienstleistung auf systematisch gleichrangiger Ebene mit digitalen Inhalten⁵² legaldefiniert.

aa) Dienstleistungen als Rechtsobjekt?

Konzeptionell sind die mit der neuen Begrifflichkeit verbundenen Änderungen im verabschiedeten Richtlinienentwurf weniger weitreichend, als das Maß der redaktionellen Bearbeitung des ursprünglichen Kommissionsvorschlags zunächst vermuten lässt. Denn an der Qualifikation der digitalen Dienstleistung als Rechtsobjekt, d. h. als Bezugspunkt der vertraglich geschuldeten Leistungshandlung, hat sich nichts geändert. Den im Schrifttum zu Recht geforderten Schritt, den Begriff der Dienstleistung aus jenem der digitalen Inhalte herauszulösen und dem Bereitstellungs-begriff zuzuordnen,⁵³ hat der Rat nicht vollzogen. Eine solche Lösung wäre dogmatisch stimmiger und hätte zudem keinen beschränkenden Einfluss auf den Anwendungsbereich.⁵⁴

bb) Dienstleistungsverträge und Vertragstypenlehre

Denn der Begriff der *Dienstleistung* erfasst nach seinem herkömmlichen sprachlichen Sinngehalt vor allem die vertraglich geschuldete *Leistungshandlung*. Er steht – aus der freilich angreifbaren Perspektive deutscher Vertragsdogmatik – systematisch auf gleicher Ebene wie die geschuldeten Leistungen als Vertragsgegenstand bei Kauf, Miete und Werkvertrag, nämlich Eigentumsverschaffung und Übergabe (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), Gebrauchsüberlas-

50 Insoweit kritisch gegenüber dem Kommissionsvorschlag *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55. Zum Verhältnis beider Rechtsbegriffe bereits *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 478.

51 Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie.

52 Art. 2 Nr. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

53 *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55.

54 Ebenso *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55.

sung (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB) und Werkherstellung (§ 631 Abs. 1 Hs. 1 BGB). Rechtsobjekt wären dann allein die „digitalen Inhalte“ als Funktionsäquivalent zum Sach- (§ 90 BGB) oder Warenbegriff (Art. 2 Nr. 3 Verbraucherrechtlinie⁵⁵).⁵⁶

Die Vertragstypen konkretisieren die geschuldete Leistungshandlung und bestimmen damit auf idealtypische Weise, was mit den einzelnen in Bezug genommenen Rechtsobjekten konkret geschehen soll. Der vertragstypische Pflichtenkreis wird durch das Zusammenspiel von *Rechtsobjekt* (z. B. Sachen, Rechte) und *Leistungshandlung* (Eigentumsverschaffung, Gebrauchsüberlassung, Werkherstellung) als einheitlicher Vertragsgegenstand bestimmt, der dem jeweiligen Vertragstyp sein ganz unverwechselbares Gepräge verleiht. Die Ausdifferenzierung der Vertragstypen ergibt sich dabei vor allem durch Unterschiede in der Leistungshandlung, nicht dagegen mit Blick auf die in Bezug genommenen Rechtsobjekte. Insofern wäre zumindest aus der vertragsdogmatischen Perspektive des deutschen Privatrechts die Qualifizierung der Dienstleistung als Rechtsobjekt ein Systembruch.⁵⁷

Etwas anderes gilt nur dann, wenn man die Forderung des Dienstleistungsberechtigten als Eigentumsobjekt des Eigentumsrechts und damit als Rechtsobjekt sieht.⁵⁸ Dies setzt indes die Verkehrsfähigkeit von Dienstleistungen voraus, was den Rechtskauf der auf Dienstleistung gerichteten Forderung und die Übertragung durch Abtretung oder sonstigen Forderungsübergang impliziert.⁵⁹ Ein solches Verständnis scheint freilich im hohen Maße konstruiert und hätte eine Doppelung der schuldrechtlichen Ebenen wie auch der Rechtsbehelfe im Fall von Leistungsstörungen zur Folge.⁶⁰

Die Schwierigkeiten, Verträge über Dienstleistungen in das Gefüge von Rechtsobjekt und vertraglich geschuldeten Handlungen des Rechtssubjekts dogmatisch stimmig einzuordnen, sind in der besonderen Natur der Dienstleistungen selbst begründet. Anders als der Kaufvertrag ist der Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen jedenfalls in der Regel nicht auf die Verfügung über ein bestimmtes Rechtsobjekt gerichtet. Es ist im Grunde die

55 Richtlinie 2011/83/EU vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher.

56 Zur Funktionsäquivalenz der digitalen Inhalte als Rechtsobjekt *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 226; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 54; *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 475.

57 Zum Inhalt der Dienstleistungspflicht *Wendehorst*, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006), 205, 248 ff. Zur schuldrechtlichen Forderung auf Tätigwerden als relevantem Rechtsobjekt des Dienstvertrages *Hösch*, Eigentum und Freiheit, 2000, S. 137 f.

58 Vgl. nur *Hösch* (Fn. 57), S. 13. Ebenso *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55. Zum Rechtsobjektbegriff *Wendehorst*, in: Alexy (Fn. 43), S. 71 ff.

59 In diesem Sinne *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 55.

60 So würde etwa neben den Rechtskauf als Verpflichtungsgeschäft der Abtretungsvertrag als Verfügungsgeschäft mit entsprechender Doppelung der Sekundärleistungsansprüche treten.

Dienstleistung selbst, die geschuldet wird, ohne jedoch als solche Rechtsobjekt zu sein. Das Fehlen eines Rechtsobjekts im herkömmlichen Sinn ist für Verträge über Dienstleistungen geradezu charakteristisch. Dies setzt voraus, dass man das Hilfskonstrukt der Qualifikation der auf eine bestimmte Dienstleistung gerichteten Forderung als Rechtsobjekt außer Betracht lässt.⁶¹ Eine vertragsdogmatische Qualifikation des Dienstvertrages ohne Rückgriff auf die schuldrechtliche Ebene und das Forderungsrecht als Platzhalter für die Rolle des Rechtsobjekts ist freilich nicht ohne weiteres möglich.

b) Digitale Dienstleistungen, Art. 2 Nr. 2

Einen Ausweg aus dem Dilemma könnte allerdings Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie weisen. Danach handelt es sich bei digitalen Dienstleistungen um Dienstleistungen, die dem Verbraucher die *Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung* von Daten in digitaler Form oder den *Zugang zu solchen Daten* ermöglichen (Art. 2 Nr. 2 lit. a Digitale Inhalte-Richtlinie) oder die eine *gemeinsame Nutzung* von oder *jede sonstige Interaktion mit Daten* in digitaler Form ermöglichen, die vom Verbraucher oder von anderen Nutzern dieser Dienstleistung hochgeladen oder erstellt wurden (Art. 2 Nr. 2 lit. b Digitale Inhalte-Richtlinie). Ausweislich des Erwägungsgrundes 19 der Richtlinie gehören hierzu etwa *Software as a Service*-Anwendungen, die in einer *Cloud Computing*-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden und die eine „gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele“⁶² ermöglichen. Charakteristisch für *digitale* Dienstleistungen ist daher der Bezug zu *digitalen Inhalten* und damit zu *dem* zentralen Rechtsobjekt der digitalen Vertragsrechtsordnung. Vertraglich geschuldete Handlung ist hier das Zurverfügungstellen des *Zugangs* zu digitalen Inhalten und die Ermöglichung bestimmter Nutzungsformen, etwa von Cloudhosting-Diensten (Dropbox), sozialen Medien (Facebook, WhatsApp, Instagram, LinkedIn, Audio- (Spotify) und Video-streaming-Angeboten (Netflix) sowie *Software as a Service*-Anwendungen (Gmail, Google Docs).

Alternativ könnte man auch die für entsprechende Anwendungen erforderliche *Softwarearchitektur* als digitalen Inhalt und damit als Bezugsobjekt digitaler Dienstleistungen im Sinne des Art. 2 Nr. 2 lit. a) und lit. b) Digitale Inhalte-Richtlinie qualifizieren.⁶³ Rechtsobjekt wäre dann die Software selbst (z. B. dezidierte Plattformsoftware), die der Dienstleister zur Verfügung stellt und die dann erst den Zugang zu den eigentlich relevanten digitalen Inhalten (Nutzerdaten, Textnachrichten, Audio- und Videodateien)

61 Hierzu Hösch (Fn. 57), S. 137f.

62 ErwGr. 19 Satz 2 Digitale Inhalte-Richtlinie. Ebenso bereits der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 4, Fn. 2.

63 So der Ansatz von Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, GPR 2016, 54, 55 zum Kommissionsvorschlag KOM (2015) 634.

ermöglicht. Im erstgenannten Fall liegt der Fokus auf der Bereitstellung der zu verarbeitenden *digitalen Inhalte* als Rechtsobjekt, im letztgenannten Fall auf der *Software* des digitalen Dienstes als Medium der Zugangseröffnung. Welche konstruktive Variante man auch wählt: In beiden Fällen lassen sich digitale Dienstleistungen durch die Einbeziehung digitaler Inhalte als Rechtsobjekt kohärent in das bestehende System der Vertragsdogmatik einordnen. Dies gilt umso mehr, als der Kompromisstext in einem Erläuterungsvorschlag für die Erwägungsgründe freiberufliche Dienstleistungen wie Übersetzungsleistungen und Dienstleistungen von Architekten, die vom Anbieter zwar unter Einsatz digitaler Mittel, aber häufig persönlich erbracht werden, aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausscheidet.⁶⁴ Verwerfungen ergeben sich mit Blick auf Wortlaut und Systematik des Richtlinienvorschlags, der digitale Dienstleistungen offensichtlich dem Rechtsobjektbegriff zuschlägt. Für eine weitere Klärung werden im Folgenden der Begriff der digitalen Inhalte sowie der Bereitstellungsbegriff als Bausteine des von der Richtlinie entworfenen Rechtsrahmens eines digitalen Vertragsrechts näher in den Blick genommen.

c) Digitale Inhalte, Art. 2 Nr. 1

Art. 2 Nr. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie enthält eine bewusst breit⁶⁵ formulierte Legaldefinition für den Rechtsbegriff der digitalen Inhalte als zentralem Rechtsobjekt der digitalen Vertragsrechtsordnung. Erfasst sind sämtliche Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, wobei beispielhaft auf Videos, Audiodateien, Anwendungen, digitale Spiele und sonstige Software verwiesen wird.

Angesichts der Funktionsäquivalenz des Begriffs der digitalen Inhalte mit dem Warenbegriff⁶⁶ scheint der Richtlinienvorschlag damit konzeptionell *digitale Inhalte* als drittes neben *Sachen* und *Immaterialgüter* tretendes Rechtsobjekt zu konzipieren,⁶⁷ was eine mühelose begriffliche Integration in die bestehende Privatrechtsdogmatik erlauben würde. Kennzeichnend für digitale Inhalte als Zuweisungsobjekt subjektiver Rechte ist allerdings ihre strukturelle *Dreigliedrigkeit*, aus der sich unterschiedliche rechtliche Zuweisungsebenen ergeben, die wiederum auf jeweils verschiedene Regelungssysteme hin ausgerichtet sind. So lässt sich Information nach dem von

64 ErwGr. 27 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie. Ebenso bereits der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 9, Fn. 19.

65 Näher zum „fast schon extrem zu nennenden Anwendungsbereich“ *Spindler*, MMR 2016, 147, 148.

66 Hierzu bereits *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 477, 479.

67 So *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 478. Hierzu *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 226, der digitale Inhalte als dreiteilige technische Artefakte mit unterschiedlichen Zuweisungsebenen konstruiert.

Zech entwickelten Modell auf semantischer, syntaktischer oder struktureller Ebene abgrenzen.⁶⁸ Während

1. die *semantische Ebene* (*content layer*, Bedeutungsebene, d.h. die Information als solche) als Anknüpfungspunkt immaterialgüterrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte dient und
2. die *syntaktische Ebene* (*code layer*, Zeichenebene, d.h. die Daten) den Bezugspunkt der Verkehrsfähigkeit bildet,
3. ist die *Strukturebene* (*physical layer*, d.h. die auf einem Datenträger verkörperten Daten als abgespeicherte *Dateien*) Gegenstand eigentumsrechtlicher Rechtszuweisung.

Bedeutung hat die Ausdifferenzierung der einzelnen Zuweisungsebenen vor allem für die Bestimmung des Inhalts der vertraglich geschuldeten Leistungspflichten bei der Bereitstellung nicht auf einem Datenträger verkörperter⁶⁹ digitaler Inhalte in sonstiger Weise, d.h. etwa durch *Download* oder durch Nutzung von *Cloud Computing* und *Streaming-Diensten*.⁷⁰ Hier stellt sich die Frage, ob die Bereitstellung als Leistungshandlung über die Ermöglichung des Downloads auch die Übertragung eines Nutzungsrechts an dem verkörperten Werk umfasst.⁷¹ Anders gewendet, ob mit der Inbezugnahme digitaler Inhalte als Rechtsobjekt neben der Strukturebene auch die urheberrechtlich ausgerichtete semantische Ebene einbezogen und als *essentiale negotii* vom Parteiwillen mit erfasst ist. Problematisch ist das vor allem dann, wenn nicht mehr ohne Weiteres von einem Gleichlauf vertraglicher und urheberrechtlicher Nutzungsregime ausgegangen werden kann, wie dies etwa bei der Bereitstellung digitaler Inhalte auf körperlichen Datenträgern der Fall ist.⁷² Hier wendet die Rechtsprechung jedenfalls bei der Veräußerung von Standardsoftware die Vorschriften über den Sachkauf im Sinne des § 433 BGB an. Bei der Bereitstellung von Client-Software kann die lizenzrechtlich zulässige Nutzung dagegen vertraglich beschränkt werden, nach neuerer Rechtsprechung des BGH sogar mit dinglicher Wirkung.⁷³ Eine Integration der digitalen Inhalte als Rechtsobjekt in die

68 *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 35 ff., 43. Zu ähnlichen Konzepten vgl. *Lessig*, The Future of Ideas, 2002, 23 f.; *Benkler*, From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access, 52 Fed. Comm. L. J. (2000) 561, 562.

69 Dass Daten stets einer strukturellen Verfassung bedürfen und daher – auch bei der Bereitstellung durch Download oder Streaming – notwendig auf einem Datenträger verkörpert sind (etwa im RAM eines Computers oder auf der Festplatte des Servers), bleibt bei dieser Differenzierung aus Gründen der Praktikabilität außer Betracht.

70 Hierzu *Haberstumpf*, Haberstumpf: Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793, 797 ff.; *Zech*, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud – Das Verhältnis von Urheber- und Vertragsrecht bei Verträgen über den Werkkonsum per Cloud-Computing, ZUM 2014, 3, 5 ff.

71 Eingehend zur Problematik *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 231.

72 Näher *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 231.

73 BGH, 6. 10. 2016 – I ZR 25/15, WRP 2017, 320, ZUM 2017, 236, 242, Rn. 46.

bestehende Vertragsrechtsdogmatik ist damit nicht mehr ohne disruptive Effekte auf das geltende Schuldrecht möglich. Erforderlich ist eine Berücksichtigung der semantischen und damit der urheberrechtlichen Ebene innerhalb des Pflichtenkanons datenschuldrechtlicher Leistungshandlungen.⁷⁴

3. Der Bereitstellungs begriff, Art. 5 Abs. 2

Der Inhalt der vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht des Anbieters ergibt sich aus dem Begriff der *Bereitstellung* als zentralem Anknüpfungspunkt. Die Vorschrift hat in der Richtlinie eine umfassende, systematisch und sprachlich leider missglückte Überarbeitung erfahren. Dabei wurde sie von einer bloßen, noch in der Liste des Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsvorschlag) verorteten Begriffsbestimmung⁷⁵ zu einer komplexen Regelung aufgewertet, die in Art. 5 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie nun auch systematisch einen eigenständigen Platz gefunden hat. Nach Art. 5 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie hat der Anbieter seine Pflicht zur Bereitstellung erfüllt, wenn

- a) die *digitalen Inhalte*⁷⁶ oder jedes *Mittel*, die/das für den Zugang zu den digitalen Inhalten oder deren Herunterladen geeignet ist, dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung *zur Verfügung gestellt* oder *zugänglich gemacht* worden ist;⁷⁷
- b) die *digitale Dienstleistung* dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung *zugänglich gemacht* worden ist.⁷⁸

74 Näher *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793, 797 ff., 801 ff.; *Zech*, ZUM 2014, 3, 5 ff.

75 Nach Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsvorschlag) „bezeichnet der Ausdruck ... ‚Bereitstellung‘ die Verschaffung des Zugangs zu oder die Zurverfügungstellung von digitalen Inhalten“.

76 Die deutsche Version des Kompromisstextes vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15 sah hier noch den Begriff der „digitalen Dienstleistung“ vor. Allerdings dürfte es sich hierbei, wie ein Blick insbesondere auf die englische und französische Sprachfassung zeigt, die in Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-RLV-K ausschließlich auf „*digital content*“ bzw. „*contenu numérique*“ verweisen, ganz offensichtlich um ein Übersetzungsversehen handeln.

77 Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-RLV-K (Kompromisstext) hatte hier statt des Begriffspaares der *Zurverfügungstellung* und *Zugänglichmachung* noch auf den neu eingefügten Tatbestand des „Empfangs“ abgestellt. Die Rückkehr zu dem auch im Kommissionsvorschlag gebräuchlichen Binom der *Zurverfügungstellung* und *Zugänglichmachung* ist mit Blick auf die mit einer einheitlichen und nicht überbordend vielfältigen Begrifflichkeit verbundenen stärkeren inhaltlichen Kohärenz des Normtextes zu begrüßen. Vgl. noch Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-RLV-K (Kompromisstext): „die *digitalen Inhalte* 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“. Hervorhebungen durch den Verfasser.

78 Hervorhebungen durch den Verfasser.

Im Vergleich zur Vorgängerregelung des Kommissionsvorschlags in Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV, der den Begriff der Bereitstellung noch als „die *Verschaffung des Zugangs* zu oder die *Zurverfügungstellung* von digitalen Inhalten“ definiert hatte, enthält der deutlich umfangreichere Richtlinienentwurf in Art. 5 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie zwei wesentliche Änderungen:

1. So werden die Anforderungen an die vertragsgemäße Bereitstellung als Leistungshandlung in Art. 5 Abs. 2 lit. a) und lit. b) Digitale Inhalte-Richtlinie zunächst für *digitale Inhalte* sowie für *digitale Dienstleistungen* jeweils eigenständig geregelt.
2. Das Begriffspaar der *Zugangverschaffung* und *Zurverfügungstellung* des Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsvorschlag) wird darüber hinaus als Konkretisierung der vertraglich geschuldeten Leistungshandlung nunmehr teilweise getrennt und differenziert den digitalen Inhalten sowie den digitalen Dienstleistungen als Rechtsobjekt zugewiesen. Die noch im Kompromisstext des Rates umschreibend und passiv vom Verbraucher als Leistungsempfänger her definierte Anforderung an die Bereitstellung digitaler Inhalte in Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-RLV-K (*Empfang*⁷⁹ der digitalen Inhalte oder der Vorrichtung zur Zugangverschaffung durch den Verbraucher oder der von diesem bestimmten Einrichtung) wurde im endgültigen Richtlinienentwurf erfreulicherweise aufgegeben. Wie im Kommissionsvorschlag⁸⁰ wird die vom Anbieter geforderte Hauptleistungspflicht in Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-Richtlinie nunmehr als aktive Leistungshandlung im Sinne des *Zugangverschaffung* oder *Zurverfügungstellung* definiert, was die Natur der Leistungserbringung präziser zum Ausdruck bringt.

Nach der gleichwohl sprachlich wie gesetzestechnisch etwas umständlich geratenen Regelung des Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-Richtlinie hat der Anbieter seine Verpflichtung zur Bereitstellung erfüllt, wenn die *digitalen Inhalte*⁸¹ oder *jedes Mittel*,⁸² das für den Zugang zu den digitalen Inhalten oder deren Herunterladen geeignet ist, dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist. Die Richtlinie enthält mit der Zurverfügungstellung oder Zugänglichmachung *digitaler Inhalte* (Alt. 1) oder der *Zugangs- und Downloadvorrichtung* (Alt. 2) zwei Bereitstellungsalternativen.

79 Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-RLV-K (Kompromisstext). Ähnlich die englische und französische Sprachfassung: „is received“, „est reçu“.

80 Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsvorschlag): „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck ... ‚Bereitstellung‘ die Verschaffung des Zugangs zu oder die Zurverfügungstellung von digitalen Inhalten“.

81 Vgl. hierzu bereits die Anmerkungen oben in Fn. 77.

82 Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-RLV-K (Kompromisstext) sah hier noch den Begriff der „Vorrichtung“ vor. Vgl. zum Normtext oben Fn. 76.

a) Digitale Inhalte

aa) *Digitale Inhalte als Gegenstand der Bereitstellungshandlung (Alt. 1)*

Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) Alt. 1 hat der Unternehmer seine Verpflichtung zur Bereitstellung erfüllt, wenn die *digitalen Inhalte*⁸³ dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung *zur Verfügung gestellt* oder *zugänglich gemacht* worden sind. Die Regelung knüpft mit dem Begriffspaar der *Zurverfügungstellung* oder *Zugangverschaffung* an die Vorgängervorschrift des Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV an und erfasst damit das Einräumen sowohl beschränkter wie auch umfassender Verfügungsmacht. Der Begriff der *Zurverfügungstellung* zielt dabei vor allem auf Fälle, in denen die digitalen Inhalte dem Verbraucher *einmalig*⁸⁴ durch eine Reihe einzelner Bereitstellungen⁸⁵ im Rahmen eines kaufähnlichen Austauschvertrages auf einem Datenträger (z. B. DVD, USB-Stick) oder durch Bereitstellung eines Download-Links dauerhaft überlassen werden. Erfasst wird das Einräumen umfassender Verfügungsmacht und die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten.⁸⁶ Die *Zugangverschaffung* betrifft dagegen in der Regel die zeitlich begrenzte, jedoch *fortlaufende* Gebrauchsüberlassung⁸⁷ im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses und damit vor allem mietähnliche Situationen, wie etwa Abonnementmodelle für Anwendungssoftware sowie Streaming-Angebote.⁸⁸

bb) *Zugangs- oder Downloadvorrichtung als Gegenstand der Bereitstellungshandlung (Alt. 2)*

Die zweite Bereitstellungsalternative sieht in Art. 5 Abs. 2 lit. a) Alt. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie vor, dass dem Verbraucher ein für den Zugang zu den digitalen Inhalten und deren Herunterladen geeignetes *Mittel* zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist. Die Regelung trägt dem Grundsatz der Medienneutralität sowie dem Anliegen eines denkbar weiten Anwendungsbereichs der Richtlinie Rechnung und stellt klar, dass etwa auch das Zurverfügungstellen entsprechender Software (z. B. eines separaten *downloaders*) oder die Verschaffung des Zugangs zu Onlineportalen als Bereitstellungshandlung genügen, sofern diese den Zugang zu digitalen Inhalten gewähren oder ihren Download ermöglichen. Um mit der raschen technologischen

83 Vgl. zur deutschen Version des Kompromisstextes vom 1. 6. 2017 Fn. 76.

84 Vgl. zu dieser Differenzierung Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie sowie den Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 24, Fn. 52.

85 Art. 11 Abs. 1 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

86 In diesem Sinne zu Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsvorschlag) Wendland, GPR 2016, 8, 13. Zustimmung Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, GPR 2016, 54, 56.

87 Vgl. Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

88 Ebenso Grünberger, AcP 218 (2018), 213, 237 sowie der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 24, Fn. 52.

Entwicklung Schritt zu halten und die Regelungen zukunftsfest zu gestalten, sollte die Richtlinie nach den begleitenden Erläuterungen „unabhängig von der Art des für die Datenübermittlung oder die Bereitstellung des Zugangs verwendeten Datenträgers für alle digitalen Inhalte und digitalen Dienstleistungen gelten“.⁸⁹

Erfasst werden sollen damit sämtliche Formen der Übermittlung digitaler Inhalte etwa „auf einem physischen Datenträger, das Herunterladen auf Geräte des Verbrauchers, Web-Streaming oder die Ermöglichung des Zugangs zu Speicherkapazitäten für digitale Inhalte oder zur Nutzung von sozialen Medien“.⁹⁰ Entsprechend genügt es nach der zweiten Bereitstellungsalternative des Art. 5 Abs. 2 lit. a) Alt. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie, dass das dem Verbraucher zur Verfügung zu stellende oder zugänglich zu machende *Mittel* „für den Zugang zu den digitalen Inhalten oder deren Herunterladen geeignet ist“. Die hierin angesprochenen Begriffe des *Zugangs* und des *Herunterladens* lassen sich dabei der Sache nach gleichfalls auf das Begriffspaar der *Zugangsverschaffung* und *Zurverfügungstellung* in Art. 2 Nr. 10 Digitale Inhalte-RLV zurückführen. Das Begriffspaar bildet damit für beide Bereitstellungsalternativen des Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-Richtlinie die maßgebliche Konkretisierung der Leistungshandlung. In zeitlicher Hinsicht sind dabei sowohl zeitlich beschränkte (*Zugangsverschaffung*)⁹¹ als auch dauerhafte Verfügungen des Verbrauchers über digitale Inhalte (*Zurverfügungstellung*, „*Herunterladen*“) und damit miet- und kaufähnliche Situation gleichermaßen erfasst.⁹²

cc) Empfangszuständigkeit

Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) Digitale Inhalte-Richtlinie hat der Anbieter seine Bereitstellungsverpflichtung erfüllt, sobald die digitalen Inhalte (Alt. 1) oder die Zugangs- und Downloadvorrichtung (Alt. 2) dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung *zur Verfügung gestellt* oder *zugänglich gemacht* worden sind. Die Vorschrift trägt damit der Tatsache Rechnung, dass der Anbieter nicht für Handlungen und Unterlassungen der Betreiber entsprechender Einrichtungen (z. B. elektronischer Plattformen, Email- und Cloud-Speicherdiensten) verantwortlich ist. Stellt der Verbraucher dem Anbieter etwa eine E-Mail-Adresse zur

89 Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 4, Fn. 2.

90 Ebenda.

91 Allerdings sind auch Konstellationen denkbar, in denen dem Verbraucher ein dauerhafter *Zugang* zu den digitalen Inhalten verschafft wird und der Anbieter damit für den Verbraucher gleichsam die Funktion eines diesen Zugang gewährleistenden „Treuhanders“ erfüllt. So überzeugend *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 56.

92 Zur vergleichbaren Problematik mit Blick auf den Kommissionsvorschlag KOM (2015) 634 *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 56; *Wendland*, GPR 2016, 8, 13.

Verfügung, an die entsprechende digitale Inhalte versandt werden sollen, so genügt die Bereitstellung dieser Einrichtung. Dies soll jedoch dann nicht gelten, wenn die Einrichtung vom Anbieter kontrolliert wird, mit diesem vertraglich verbunden ist oder vom Anbieter als einzig mögliche Wahl bestimmt wird.⁹³

b) Digitale Dienstleistungen: Zugangsverschaffung

Für digitale *Dienstleistungen* genügt gem. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Digitale Inhalte-Richtlinie für die Erfüllung der Bereitstellungsverpflichtung des Anbieters, dass diese dem Verbraucher oder der von ihm bestimmten Empfangseinrichtung zugänglich gemacht wurden. Dies entspricht dem spezifischen Charakter von Dienstleistungsverträgen, die anders als kaufähnliche Rechtsgeschäfte nicht auf die Übertragung von Ausschließlichkeitsrechten hin angelegt sind, so dass eine *Zurverfügungstellung* naturgemäß ausscheidet.

4. Vertragstypbezogene Differenzierungen

Ebenso wie bereits der Kommissionsvorschlag⁹⁴ überlässt auch der Richtlinienentwurf die vertragstypologische Einordnung der Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen etwa als „Kaufverträge, Dienstleistungsverträge, Mietverträge oder Verträge sui generis“⁹⁵ den Mitgliedstaaten. Ganz ohne eine zumindest konzeptionelle Differenzierung kommt freilich auch die Richtlinie nicht aus. Entsprechend differenziert der Richtlinienentwurf in Art. 11 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie zwischen Verträgen über „eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen“ und Verträgen, die „fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum“ vorsehen, d. h. der Sache nach zwischen *dauerhafter* und *vorübergehender* Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen. Aufgrund der Sonderstellung der Dienstleistungen, die dogmatisch eine eigene Kategorie bilden⁹⁶ und sich nicht in das durch Kauf und Miete idealtypisch vorgeprägte Schema der Übertragung eigentumsähnlicher Rechtspositionen und bloßer Gebrauchsüberlassung einordnen lassen, ergeben sich im Kern drei Fallkonstellationen:⁹⁷

- die *dauerhafte* Bereitstellung digitaler Inhalte,
- die *vorübergehende* Bereitstellung digitaler Inhalte sowie
- die Bereitstellung digitaler *Dienstleistungen*.

93 ErwGr. 41 Satz 6 Digitale Inhalte-Richtlinie.

94 Digitale Inhalte-RLV, KOM (2015) 634, S. 7.

95 ErwGr. 12 Satz 2 Digitale Inhalte-Richtlinie. Ebenso bereits der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 14, Fn. 31.

96 Vgl. hierzu bereits oben, II. 2. a) aa) sowie II. 2. b).

97 Ebenso *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 236; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 61. Anders *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82, 84, von einer „Zweiteilung“ ausgehend.

a) Dauerhafte Bereitstellung digitaler Inhalte („Kauf“)

Die erste Fallgruppe betrifft kaufähnliche Konstellationen, die auf eine dauerhafte und endgültige Überlassung digitaler Inhalte und der an diesen bestehenden Nutzungsrechte gerichtet sind. Im Normtext des Richtlinienvorschlags ist diese Fallgruppe vom *Empfang* digitaler Inhalte nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) Alt. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie sowie dem Empfang einer für das „Herunterladen“ geeigneten Vorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Alt. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie erfasst. Gem. Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie ist es hierfür unerheblich, ob der Vertrag „eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen“ vorsieht. Für die Abgrenzung zu mietähnlichen Konstellationen ist entscheidend, „dass die Verbraucher danach unbefristeten Zugang auf und unbefristete Nutzungsrechte für die digitalen Inhalte und digitalen Dienstleistungen haben“.⁹⁸

aa) Dauerhafte Verfügungsbefugnis und Ausschließlichkeitsrechte

Kennzeichnend für diese Leistungsart eines kaufähnlichen Erwerbs ist die Übertragung einer *umfassenden* und *dauerhaften Verfügungsbefugnis* über die digitalen Inhalte. Da der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz an die dauerhafte Überlassung anknüpft, ist hiermit typischerweise die Übertragung von *Ausschließlichkeitsrechten* sowie das Einräumen einer *Weiterveräußerungsbefugnis* verbunden. Verfügungsbeschränkende Rechte Dritter führen nach Art. 10 Digitale Inhalte-Richtlinie zu mangelnder Vertragsmäßigkeit der Bereitstellung. Die Haftung des Anbieters für Vertragswidrigkeit ist dabei nach Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie auf den Zeitpunkt der Bereitstellung beschränkt. Eine darüber hinausgehende Qualitätsverantwortung besteht ebenso wenig wie die Möglichkeit der Kündigung, die lediglich für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen „über einen bestimmten Zeitraum“ (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 Digitale Inhalte-Richtlinie) oder für eine „festgelegte Vertragslaufzeit“ (ErwGrd. 57 Satz 3 Digitale Inhalte-Richtlinie) und damit für die mietähnliche Konstellationen der zweiten Fallgruppe vorgesehen ist.

bb) Software-Updates als dogmatisches Problem

Allerdings lässt der Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie, der zu den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit auch Sicherheitsaktualisierungen zählt, mit Blick auf eine nachwirkende Verpflichtung des Anbieters zur kontinuierlichen Bereitstellung von Updates durchaus Interpretationsspielraum zu. Danach müssen die digitalen Inhalte und Dienstleistungen „der Quantität, den Eigenschaften und den Leistungsmerkmalen –

98 ErwGr. 56 Satz 3 Digitale Inhalte-Richtlinie. Ähnlich der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 24, Fn. 52, wonach es darauf ankommen soll, „dass der Verbraucher anschließend die Möglichkeit hat, für einen unbegrenzten Zeitraum auf die digitalen Inhalte zuzugreifen und sie zu nutzen“.

darunter Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und *Sicherheit* – entsprechen, die bei digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen derselben Art *üblich* sind und die der Verbraucher ... vernünftigerweise *erwarten kann*⁹⁹ Letztlich soll es hier nach Erwägungsgrund 44 Satz 3 der Richtlinie auf die *vertragliche Vereinbarung* der Parteien ankommen.¹⁰⁰ Der im Vergleich zum Kompromisstext des Rates¹⁰¹ mit Blick auf eine Aktualisierungspflicht deutlich zurückhaltender formulierte Text der Richtlinie legt nahe, dass nachwirkende Aktualisierungspflichten in kaufähnlichen Situationen ausgeschlossen sind.¹⁰²

Dafür spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass die Annahme einer Aktualisierungspflicht das kaufrechtlich konstruierte Konzept der *einmaligen* dauerhaften Bereitstellung um eine dauerschuldrechtliche Komponente ergänzen würde, was Friktionen mit dem Rechtsfolgenregime der Gewährleistungsrechte zur Folge hätte. So fehlen für Minderung und Rücktritt Regelungen auf Rechtsfolgenseite, die eine Berücksichtigung vertragswidrig fehlender Software-Aktualisierungen erlauben würden.¹⁰³ So ist etwa völlig unklar, wie fehlende Updates bei der Berechnung des Minderungsbetrages berücksichtigt werden sollen. Darüber hinaus wäre ein Rücktritt aufgrund fehlender Updates – möglicherweise nach mehreren Jahren der Nutzung – kaum verhältnismäßig.¹⁰⁴ Dies würde dem Verbraucher faktisch ein mit der Natur des Kaufvertrages kaum zu vereinbarendes „Kündigungsrecht“ einräumen und dem Kauf-

99 Art. 8 Abs. 1 lit. b) Digitale Inhalte-Richtlinie. Hervorhebungen durch den Verfasser.

100 ErwGr. 44 Satz 3 Digitale Inhalte-Richtlinie: „Die nicht erfolgte Bereitstellung von vertraglich vereinbarten Aktualisierungen sollte als Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen betrachtet werden.“

101 Art. 6a Abs. 1 lit. a) Digitale Inhalte-RLV-K (Kompromisstext) hatte hier noch „Sicherheitsaktualisierungen“ zu jenen Merkmalen digitaler Inhalte und Dienstleistungen gezählt, die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Vgl. auch Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 19, Fn. 43 („Bei der objektiven Prüfung der Vertragsmäßigkeit sollte zudem die Frage zugrunde gelegt werden, ob der Anbieter ein gleichbleibend sicheres Funktionieren der digitalen Inhalte oder der digitalen Dienstleistung gewährleistet, indem er die erforderlichen Aktualisierungen, die für gleichartige digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen üblich sind, zur Beseitigung neu auftretender sicherheitsbezogener Gefahren und Schwachstellen so lange bereitstellt, wie dies unter Berücksichtigung der Bestimmungen und der Art des Vertrags notwendig ist. Werden beispielsweise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen kontinuierlich über einen bestimmten Zeitraum bereitgestellt, gilt diese Verpflichtung weiterhin so lange, wie die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher zur Verfügung stehen oder zugänglich sind.“

102 Ebenso *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62, jedoch mit Verweis auf eine entsprechende Mehrdeutigkeit des Normtextes. Anders *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82, 88.

103 Hierzu *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82, 88.

104 Ebenso *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82, 88.

vertrag damit Dauerschuldcharakter verleihen.¹⁰⁵ Denkbar wären allenfalls verschuldensunabhängige Ansprüche auf Mangelfolgeschäden,¹⁰⁶ die allerdings außerhalb des Anwendungsbereichs des Richtlinienvorschlags liegen.¹⁰⁷ Die grundsätzliche Annahme einer nachwirkenden Aktualisierungspflicht des Anbieters in kaufähnlichen Konstellationen *dauerhafter Bereitstellung* ist mit dem Gewährleistungsregime der Richtlinie kaum vereinbar. Gesichert ist hier freilich nichts. Umso deutlicher wird, dass der vertragstypologischen Einordnung entsprechender Fallkonstellationen für eine dogmatisch kohärente Umsetzung in nationales Recht ganz erhebliche Bedeutung zukommt.

b) Vorübergehende Bereitstellung digitaler Inhalte („Miete“)

Die zweite Fallgruppe betrifft miet- und pachtähnliche Konstellationen, die auf eine vorübergehende Bereitstellung und damit auf die Gebrauchsüberlassung digitaler Inhalte gerichtet sind. Zu ihr gehören sowohl befristete als auch unbefristete, aber kündbare Nutzungsverhältnisse.¹⁰⁸ Diese Fallgruppe ist im Richtlinienentwurf durch den Begriff der Zugangsverschaffung nach Art. 5 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie erfasst. Daneben enthält der Richtlinienvorschlag zahlreiche auf die „fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum“¹⁰⁹ hin abgestimmte Sondervorschriften etwa zur Beweislast (Art. 12 Abs. 3 Digitale Inhalte-Richtlinie), zur Abhilfe bei Vertragswidrigkeit (Art. 14 Abs. 5 Satz 2 Digitale Inhalte-Richtlinie), zu den Pflichten des Anbieters (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 Digitale Inhalte-Richtlinie) und des Verbrauchers (Art. 17 Abs. 3 Digitale Inhalte-Richtlinie) bei Vertragsbeendigung sowie zur Kündigung bei einer Änderung der digitalen Inhalte (Art. 19 Abs. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie). Ob die Gebrauchsüberlassung die Übertragung der digitalen Inhalte mit anschließender Löschungspflicht des Verbrauchers bei Vertragsbeendigung erfordert (z.B. bei der Kündigung eines Software-Abonnements) oder die bloße Nutzungsmöglichkeit ohne Verschaffungspflicht genügt, hängt von der konkreten Nutzungssituation und der Vereinbarung der Parteien, d.h. regelmäßig von den AGB des Anbieters ab.¹¹⁰

Für die Fortentwicklung der europäischen Vertragsrechtsdogmatik ist der Richtlinienvorschlag insoweit von größerer Bedeutung, als die bislang eher

105 In diesem Sinne auch *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82, 88.

106 So *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82, 88.

107 Das Schadensersatzrecht, das in Art. 14 Digitale Inhalte-RLV (Kommissionsvorschlag) immerhin noch – wenngleich lückenhaft – geregelt war, wurde nun vollständig aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie entfernt, vgl. Art. 3 Abs. 10 sowie ErwGr. 73 Satz 4 Digitale Inhalte-Richtlinie. Ebenso bereits der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15 in Art. 3 Abs. 9 sowie auf S. 34, Fn. 66.

108 *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 61.

109 Art. 11 Abs. 3 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

110 Für beide Möglichkeiten im Rahmen einer Gebrauchsüberlassung *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62.

vernachlässigten Gebrauchsüberlassungen nun erstmals außerhalb des Urheberrechts¹¹¹ und des Anwendungsbereichs der Teilzeitnutzungsrichtlinie¹¹² eine eigenständige, vom Dienstleistungsbegriff klar abgegrenzte¹¹³ unionsrechtliche Regelung erfahren.¹¹⁴ Eine Abkehr von dem das unionale Vertragsrecht weitgehend beherrschenden Binom der „Waren und Dienstleistungen“ entspricht zudem der wachsenden Bedeutung der *contracts of use* in der digitalen Wirtschaft, wie dies etwa in dem sich derzeit vollziehenden Wechsel zu Abonnementverträgen bei Standardsoftware sichtbar wird.¹¹⁵

c) Bereitstellung digitaler Dienstleistungen

Die dritte Fallgruppe betrifft mit der Bereitstellung digitaler Dienstleistungen schließlich Konstellationen, die im deutschen Recht vor allem werkvertragsrechtlich abgebildet werden.¹¹⁶ Erfasst werden sollen nach dem Erwägungsgrund 19 der Richtlinie etwa digitale Dienstleistungen, welche „die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugriff auf sie ermöglichen, einschließlich *Software-as-a-Service*, wie die gemeinsame Nutzung von *Video- oder Audioinhalten* und andere Formen des

111 Vgl. Art. 2 Abs. 1a) der Richtlinie 2006/115/EG vom 12. 12. 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums („Vermietung“ ist die zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung zu unmittelbarem oder mittelbarem wirtschaftlichen oder kommerziellen Nutzen“).

112 Richtlinie 2008/122/EG vom 14. 1. 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen. Vgl. insbesondere Art. 2 Abs. 1a) der Richtlinie.

113 So wurden Gebrauchsüberlassungen im Europäischen Vertragsrecht bislang weitgehend als Dienstleistungen qualifiziert, vgl. nur Art. 3 lit. c) Hs. 2 Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG sowie EuGH, 10. 3. 2005 – Rs. C-336/03, *easyCar*, EuZW 2005, 245, EWS 2005, 188, Rn. 22 ff., 31 (Qualifizierung von Automietverträgen als Dienstleistungen). Vgl. aber die gesonderte Bezugnahme auf Vermietungen in Art. 3 Abs. 1 Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG („Vermietung“), Art. 3 Abs. 2 lit. a) Haustürwiderrufs-Richtlinie 85/577/EWG („Miete“), in Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2006/115/EG zum Vermietrecht und Verleihrecht, sowie der Sache nach auch in Art. 2 Abs. 1 lit. a) Teilzeitnutzungs-Richtlinie 2008/122/EG.

114 Hierzu *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 56.

115 In bestimmten Segmenten ist derzeit ein Wechsel von den bislang üblichen Einzelizenzen hin zu Abomodellen erkennbar, mit steigender Tendenz. So überstieg etwa der durch Microsoft Office 365-Abonnementverträge erzielte Umsatz im 4. Quartal 2017 jenen aus dem Verkauf traditioneller Microsoft Office-Suiten, <https://arstechnica.com/information-technology/2017/07/microsoft-4q17-office-365-revenue-surpasses-traditional-licenses/>.

116 Ebenso *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 236. Eingehend zum Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und im Europäischen Privatrecht sowie zu strukturellen Parallelen und Unterschieden zum Werkvertragsrecht *Wendeborst*, AcP 206 (2006) 205, 233, 239 ff., 281 ff. Vgl. auch *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, 2007, S. 10 ff., 15 ff.

Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden“.¹¹⁷

Im Einzelfall kann freilich die Abgrenzung insbesondere zur vorübergehenden Bereitstellung („Miete“) Schwierigkeiten bereiten.¹¹⁸ Vertragsdogmatisch unterscheiden sich die Regelungen im Richtlinienentwurf zur Bereitstellung digitaler Dienstleistungen gegenüber den ersten beiden Fallgruppen („Kauf“ und „Miete“) vor allem darin, dass sie der Normtext – dem überkommenen Waren-Dienstleistung-Dualismus entsprechend – gemeinsam mit den digitalen Inhalten auf der Rechtsobjektebene verortet.¹¹⁹ Das im Richtlinienentwurf allgegenwärtige Begriffspaar der „digitalen Inhalte und Dienstleistungen“ darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Entwurf der Sache nach mit der *Bereitstellung digitaler Dienstleistungen* konzeptionell von einem dritten Grundtypus datenschuldrechtlicher Verträge in der digitalen Welt ausgeht, der als *tertium* neben kauf- und mietähnliche Konstellation tritt. Im Normtext des Richtlinienentwurfs hat die Bereitstellung digitaler Dienstleistungen in Art. 5 Abs. 2 lit. b) Digitale Inhalte-Richtlinie eine eigenständige Regelung erfahren, die an die Zugangsverschaffung als relevanter Leistungshandlung anknüpft.

d) Zusammenfassung

Mit seinem Vorschlag für eine Digitale Inhalte-Richtlinie intendiert der europäische Gesetzgeber nichts weniger als die Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens für Verträge über digitale Güter. Die zu erlassene Richtlinie sieht ein umfassendes System der Mängelgewährleistungsrechte vor, das weitgehend abschließend sämtliche Vertragskonstellationen in der digitalen Welt erfassen soll. Wenngleich der Richtlinienentwurf auf eine ausdrückliche Vertragstypisierung verzichtet und die vertragsdogmatische Einordnung der Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte den Mitgliedstaaten überlässt, trifft der Normtext notwendigerweise vertragstypbezogene Differenzierungen. Konzeptionell geht der Richtlinienentwurf von drei Grundvertragstypen aus, die im Wesentlichen 1) die *dauerhafte* und 2) die *vorübergehende* Bereitstellung *digitaler Inhalte* sowie die 3) Bereitstellung digitaler *Dienstleistungen* und damit nach deutschem Recht idealtypisch als kauf-, miet- und werkvertragsähnlich zu qualifizierende Konstellationen erfassen.¹²⁰

117 Ähnlich bereits der Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 4, Fn. 2. Hervorhebungen durch den Verfasser.

118 Für die Qualifizierung von *software as a service* (SaaS)-Verträgen als mietähnlich ausgestalteter vorübergehender Bereitstellung, allerdings noch auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags, *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62.

119 Hierzu eingehend oben II. 2. a).

120 Die Systematisierung der drei im Richtlinienentwurf vorgesehenen Grundvertragstypen dient freilich nur einer ersten, groben Orientierung und verweist auf die idealtypische Ähnlichkeit mit den traditionellen Vertragstypen des „analogen“

III. Rechtsvergleichende Perspektive: England und die Niederlande

Mit der Schaffung eines umfassenden Rechtsrahmens für den Erwerb digitaler Inhalte und Dienstleistungen stößt die Richtlinie weithin in *terra incognita* vor. Nur wenige Mitgliedstaaten haben spezielle Regelungen für den Erwerb digitaler Güter erlassen. Hierzu zählen das Vereinigte Königreich und die Niederlande, die mit dem Consumer Rights Act 2015 (CRA) sowie der Einbeziehung „digitaler Verträge“ in den Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs nach Art. 7:5 Abs. 5 Burgerlijk Wetboek (BW) sonderprivatrechtliche Vorschriften für den Rechtsverkehr mit digitalen Gütern vorsehen. Bevor der Blick auf mögliche Umsetzungsstrategien des deutschen Gesetzgebers gerichtet wird, soll das Mosaik der Thematik durch einen rechtsvergleichenden Ausblick auf die *lex lata* im englischen und niederländischen Recht vervollständigt werden.

1. Digitales Vertragsrecht in England: Der Consumer Rights Act 2015

Der britische Gesetzgeber hatte mit dem Consumer Rights Act 2015 das ambitionierte Anliegen verbunden, den unübersichtlichen Wildwuchs der auf eine Vielzahl von Einzelgesetzen verteilten verbraucherrechtlichen Vorschriften zu ordnen, zu systematisieren, in einem einheitlichen Verbraucherschutzgesetz zugänglich zu machen. Entsprechend sind die in einem eigenen Abschnitt („Chapter 3: Digital Content“) zusammengefassten Regelungen über die vertragsrechtlichen Aspekte der Bereitstellung digitaler Güter eingebettet in eine umfassende Kodifikation des „analogen“ Verbrauchervertragsrechts.

Der sonderprivatrechtliche Rahmen des *Chapter 3* enthält mit der Bestimmung der erfassten vertragsrechtlichen Konstellationen („Sec. 33: contracts covered“) zunächst eine Regelung des sachlichen Anwendungsbereichs.

33 Contracts covered by this Chapter

- (1) This Chapter applies to a contract for a trader to supply digital content to a consumer, if it is supplied or to be supplied for a price paid by the consumer.
- (2) This Chapter also applies to a contract for a trader to supply digital content to a consumer, if
 - (a) it is supplied free with goods or services or other digital content for which the consumer pays a price, and
 - (b) it is not generally available to consumers unless they have paid a price for it or for goods or services or other digital content.
- (3) The references in subsections (1) and (2) to the consumer paying a price include references to the consumer using, by way of payment, any facility for which money has been paid.

Schuldrechts. Im geltenden Recht lassen sich entsprechende Fallkonstellationen bislang nur als typengemischte Verträge darstellen.

- (4) A trader does not supply digital content to a consumer for the purposes of this Part merely because the trader supplies a service by which digital content reaches the consumer ...

Die Regelung der Sec. 3 CRA ist insoweit bemerkenswert, als der dogmatische Zugang zu Verträgen über digitale Güter von der vertragstypspezifischen Differenzierung, die der CRA in Sec. 3 (2) für die analoge Welt durchaus vorsieht, vollständig entkoppelt wurde. Stattdessen geht Sec. 33(1) CRA von einem vertragstypübergreifenden Ansatz aus, der sich von der überkommenen Dogmatik, die mit dem *sales contract*, dem *contract for the hire of goods*, dem *hire-purchase agreement* sowie dem *contract for transfer of goods* durchaus klar definierte Vertragstypen kennt, vollständig losgelöst hat. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist der Tatbestand der Bereitstellung („supply“) digitaler Inhalte unabhängig davon, ob dies dauerhaft, zeitlich beschränkt und unter Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten erfolgt. Insoweit entspricht der grundsätzliche dogmatische Zugang jenem der Digitale Inhalte-Richtlinie, die in Art. 5 Abs. 2 mit dem Bereitstellungsbegriff einem systematisch ähnlichen und auch wortlautidentischen Ansatz („supply of of digital content and digital services“) folgt. Allerdings sieht der Normtext der Digitale Inhalte-Richtlinie spezifische Regelungen, etwa in Art. 11 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 Satz 1 Digitale Inhalte-Richtlinie vertragstypspezifische Differenzierungen für Fälle der dauerhaften oder vorübergehenden Bereitstellung digitaler Güter vor, die im CRA in dieser Form fehlen.

Im Übrigen entspricht der Regelungsansatz des CRA mit speziellen Vorschriften etwa über die Vertragsmäßigkeit der Leistung („Sec. 34 Digital content to be of satisfactory quality“), die Abhilfen des Verbrauchers (Sec. 42–46 CRA) jenem der Digitale Inhalte-Richtlinie, wobei der CRA zusätzlich auch Schadensersatzansprüche regelt („Sec. 46 Remedy for damage to device or to other digital content“). Insgesamt erscheint die Digitale Inhalte-Richtlinie im Vergleich zu Chapter 3 des CRA präziser, kompakter, übersichtlicher und im Ganzen durchdachter. So stellt sich für den Rechtsanwender mit Blick auf den Verzicht des CRA auf jegliche vertragstypbezogenen Differenzierungen etwa die Frage, auf welchen Zeitpunkt für die Vertragsmäßigkeit der Leistung bei endgültigen oder vorübergehenden Bereitstellungen abzustellen ist. Praktische Schwierigkeiten dürfte darüber hinaus die Tatsache bereiten, dass digitale Dienstleistungen vom sachlichen Anwendungsbereich des Chapter 3 schlicht nicht erfasst sind, so dass hier wohl die Regelungen für „analoge“ Dienstleistungen des Chapter 4 Anwendung finden.

2. *Digitales Vertragsrecht in den Niederlanden: Art. 7:5 Abs. 5 Burgerlijk Wetboek (BW)*

Einen alternativen Weg hat der niederländische Gesetzgeber mit der Regelung des Art. 7:5 Abs. 5 Burgerlijk Wetboek (BW) beschritten. Danach wer-

den Verträge über digitale Inhalte schlicht in den Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs einbezogen.

„Art. 7:5 Abs. 5 Burgerlijk Wetboek (BW):

Met uitzondering van de artikelen 9, 11 en 19a, zijn de bepalingen over consumentenkoop van overeenkomstige toepassing op de levering van elektriciteit, warmte en koude en gas, voor zover deze niet voor verkoop gereed zijn gemaakt in een beperkt volume of in een bepaalde hoeveelheid, alsmede op de levering van stadsverwarming en op de levering van *digitale inhoud* die niet op een materiële drager is geleverd, maar die wel is geïndividualiseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend, aan een natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit.

Mit Ausnahme der Artikel 9, 11 und 19a gelten die Bestimmungen über den Absatz von Verbrauchern sinngemäß für die Lieferung von Elektrizität, Wärme und Kälte sowie für Gas, sofern sie nicht zum Verkauf in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge vorbereitet werden, sowie für die Lieferung von Fernwärme und für die Lieferung von *digitalen Inhalten*, die nicht auf einem materiellen Datenträger bereitgestellt werden, sondern individualisiert sind und über die die tatsächliche Leistung ausgeübt werden kann, an eine natürliche Person, die außerhalb ihres kommerziellen Geschäfts, Handwerks oder beruflicher Tätigkeit tätig ist.“¹²¹

Dass sich die mit der Bereitstellung digitaler Güter verbundenen vertragsrechtlichen Probleme vermeintlich elegant gleichsam im Wege der Verweisung lösen ließen, erscheint gerade im Vergleich zu den differenzierten Regelungen der Digitale Inhalte-Richtlinie wie auch des CRA indes zweifelhaft. Entsprechend kritisch ist die Einführung der Vorschrift im Schrifttum begleitet worden.¹²² Mit Blick auf die sich aus der Digitale Inhalte-Richtlinie ergebende Umsetzungsverpflichtung wird sich freilich auch der niederländische Gesetzgeber mit der Frage der Schaffung komplexerer Sonderregelungen für digitale Inhalte auseinandersetzen haben.

IV. Umsetzungsoptionen

Vor diesem Hintergrund stellt sich im – nach dem aktuellen Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens wahrscheinlichen – Fall der Verabschiedung der Richtlinie die Frage nach einer sinnvollen Umsetzungsstrategie. Der deutsche

¹²¹ Hervorhebungen durch den Verfasser.

¹²² Loos, Consumer Sales in the Netherlands after Implementation of the Consumer Rights Directive and with a View to the Future Common European Sales Law, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2014-12, 9; Neppelenbroek, Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud, Nederlands Juristenblad 2014, 2260; Jeloscsek/van Druenen, De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand, Tijdschrift voor Internetrecht 2013, 36, 41 ff.

Gesetzgeber wird dabei mit der Herausforderung konfrontiert, ein hochkomplexes, die Kernbereiche des Schuldrechts betreffendes Regelwerk so in das gewachsene System des BGB integrieren zu müssen, dass disruptive Effekte auf die Binnenkohärenz des Schuldrechts vermieden werden. Gleichzeitig soll ein umfassender Rechtsrahmen für Verträge über digitale Güter entstehen, der den Anforderungen der Praxis an ein leistungsfähiges digitales Vertragsrecht gerecht wird. Denkbar sind vier Umsetzungsstrategien, die im Folgenden näher betrachtet werden sollen.

1. Option 1: Punktuelle Anpassung der bestehenden Vertragstypen

Die auf den ersten Blick minimalinvasive Handlungsalternative besteht in der punktuellen Anpassung und Ergänzung der Vorschriften der bestehenden Vertragstypen des BGB. Konkret wären dabei etwa das Kauf-, Miet-, Werk- und Dienstvertragsrecht sowie die Normenkomplexe der Leihe, der Pacht und des Tauschs um spezielle Regelungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte zu ergänzen. Diesen Weg hat der 71. Deutsche Juristentag im Anschluss an das Gutachten von Faust¹²³ beschritten und ihm ist der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“¹²⁴ gefolgt. In ihren Beschlüssen hat sich die Abteilung Zivilrecht des 71. Deutschen Juristentages für weitreichende Anpassungen des geltenden Rechts durch eine „generelle Neuregelung von Verträgen über digitale Dienste“¹²⁵ ausgesprochen.

Vorgeschlagen werden etwa die Einführung einer § 453 Abs. 1 BGB entsprechenden Regelung für Miet- und Werklieferungsverträge, spezielle *Kündigungsfristen* für Mietverträge über digitale Inhalte, die Einführung einer Pflicht des Anbieters zur *Rückgabe* nutzereigener digitaler Inhalte bei Vertragsbeendigung, Konkretisierungen der *Hauptleistungspflichten* des Anbieters (Erbringung der Dienste nach dem Stand der Technik), eine Beschränkung der Rügeobliegenheit des § 377 HGB, eine § 363 BGB ersetzende Regelung der Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung, eine umfassende Regelung des Rechts der *Dauerschuldverhältnisse* bei digitalen Diensten einschließlich des Leistungsstörungenrechts (*Wahlrecht* für Dienstleister, Ausschluss des Rechts auf *Selbstvornahme*, *Minderungsrecht* auch für dienstvertragsähnliche Konstellationen), ein ordentliches dreimonatiges *Kündigungsrecht*, eine entsprechende Geltung der Verjährungsvorschrift des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, nachwirkende Nebenpflichten zur *Datenmigration*, eine entsprechende Geltung der Vergütungspflicht des § 612 Abs. 2 BGB bei Verträgen über digitale Dienste sowie spezielle Regelungen für Verträge, in denen die Gegenleistung

123 Faust, Gutachten (Fn. 6), S. A 88, A 91, *ders.*, NJW-Beil. 2/2016, 29, 29.

124 Justizministerium NRW (Hrsg.), Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 2017, S. 11, 225 f., 251 f.

125 Beschlüsse des 71. Deutschen Juristentages 2016, A. IV. 23, S. 8 ff. abrufbar unter https://www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf.

in der *Nutzung von Daten* besteht. Die Einführung eines eigenen Vertragstyps für digitale Inhalte im BGB wurde dagegen abgelehnt.¹²⁶

Der Blick auf die vom 71. DJT konkret ins Auge gefassten Anpassungen des geltenden Rechts zeigt, dass der Umsetzungsbedarf über lediglich punktuelle Neuregelungen doch deutlich hinausgeht.¹²⁷ Für die Mehrzahl der im Besonderen Teil des Schuldrechts geregelten Typenverträge ist danach das bestehende Regelungsregime um Sondervorschriften für digitale Inhalte und Dienstleistungen als Leistungsgegenstand zu ergänzen. Dabei wären vielfache Wiederholungen und komplexe Verweisungen unvermeidlich.¹²⁸ Beides ist fehleranfällig und mühsam.¹²⁹ Zudem kommt auch diese Lösung nicht ohne eine nach dem *Rechtsobjekt* differenzierende Sonderregelung für digitale Inhalte und Dienstleistungen aus. Damit wird letztlich doch jene Situation geschaffen, die man eigentlich vermeiden wollte¹³⁰ – dies allerdings durch Insellösungen im Rahmen eines jeden Vertragstyps, was letztlich eine Zersplitterung des auf Verträge über digitale Güter geltenden Rechts zur Folge hat.

2. Option 2: Vertrag über digitale Inhalte und Dienstleistungen

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob den spezifischen Besonderheiten „digitaler Verträge“ durch einen am Rechtsobjekt anknüpfenden Regelungsansatz nicht deutlich besser Rechnung getragen wird. Danach wäre das BGB um ein spezielles Regelungsregime für Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen zu ergänzen. Dies könnte gesetzestechnisch durch die vom 71. Deutschen Juristentag erwogene, jedoch letztlich wieder verworfene Möglichkeit der Einführung eines neuen Vertragstyps der *Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen* (Option 2), die Ergänzung der bestehenden Vertragstypen um *digitale Versionen* (Option 3) oder die Integration eines Sonderregimes für Verträge über digitale Inhalte oder Dienstleistungen als Leistungsgegenstand im *Allgemeinen Teil des Schuldrechts* um (Option 4) erfolgen.

Unabhängig davon, welchen der drei ausdifferenzierten Umsetzungsoptionen man letztlich wählt, begegnet ein solcher – primär an das *Rechtsobjekt* als Leistungsgegenstand anknüpfender – Ansatz einer Reihe vertragsdogmatischer Einwände.

126 Ebenda, A.I. 2., S. 1 f.

127 Ebenso Grünberger, AcP 218 (2018), 213, 238.

128 Hierzu Gsell, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Fn. 1), S. 85, 98.

129 Vgl. nur Weller (Fn. 16), S. 131.

130 Zur Begründung des vom DJT favorisierten Ansatzes vgl. nur Faust, NJW-Beil. 2/2016, 29, 29; Faust, Gutachten (Fn. 5), S. A 15f., A 89. In diesem Sinne auch Gsell, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Fn. 1), S. 85, 94.

a) Beeinträchtigung der Binnenkohärenz des Schuldrechts

So könnte es etwa dort zu Wertungswidersprüchen mit bestehenden Vorschriften des Besonderen Schuldrechts kommen, wo diese von den Vorgaben der Richtlinie abweichen, ohne dass dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.¹³¹ Das betrifft insbesondere das in Art. 14 Abs. 4 Alt. 1, Abs. 5 Digitale Inhalte-Richtlinie vorgesehene Minderungsrecht im Falle der Vertragswidrigkeit der Leistung, das auch digitale Dienstleistungen im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie und damit Vertragskonstellation erfasst, die nach deutschem Recht als Dienstvertrag gem. § 611 BGB zu qualifizieren sind.¹³² Das Dienstvertragsrecht des BGB sieht jedoch kein Minderungsrecht vor.¹³³ Die Einführung eines eigenständigen Minderungsrechts für digitale Dienstleistungen könnte daher, so ein möglicher Einwand, die Binnenkohärenz des Vertragsrechts des BGB insgesamt beeinträchtigen.¹³⁴

Dem ließe sich freilich entgegenhalten, dass sich digitale Dienstleistungen doch ganz erheblich von den auf eine persönliche Leistungserbringung ausgehenden Dienstverträgen im Sinne des § 611 BGB unterscheiden, bei denen der unmittelbare, persönliche Einsatz im Vordergrund steht.¹³⁵ Ist der Dienstvertrag des BGB vor allem durch Nichtgegenständlichkeit und persönliche Leistungserbringung gekennzeichnet, so gilt dies für digitale Dienstleistungen gerade nicht. Wie eingangs gezeigt wurde, besteht die Charakteristik digitaler Dienstleistungen gerade in ihren Bezug zu digitalen Inhalten als Rechtsobjekt und immateriellem Leistungsgegenstand.¹³⁶ Aufgrund der Funktionsäquivalenz von digitalen Inhalten und Sachen im Sinne des § 90 BGB sind Verträge über digitale Inhalte gerade durch ihre immaterielle Gegenständlichkeit geprägt. Unterscheiden sich die zu regelnden typisierten Sachverhalte in grundlegender Weise, so ist eine abweichende Regelung jedoch nicht nur gerechtfertigt, sondern unter Umständen sogar geboten.

Dies gilt umso mehr, als das Fehlen eines Minderungsrechts bei Dienstverträgen alles andere als unumstritten ist und in Rechtsprechung und Schrifttum zum Teil kühne Konstruktionen entwickelt wurden, um doch noch zu einem

131 So *Gsell*, in: Kindl/Vendrell/*Gsell* (Fn. 1), S. 85, 98.

132 Zu diesem Einwand *Gsell*, in: Kindl/Vendrell/*Gsell* (Fn. 1), S. 85, 99 (Beeinträchtigung der Binnenkohärenz des Vertragsrechts des BGB).

133 Hierzu *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, 2007, S. 383 ff., 412 ff.; *Wendehorst*, AcP 206 (2006) 205, 277 f.; *Schlechtriem*, Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung, in: Helms/Neumann/Caspers/Sailer/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Das neue Schuldrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 9, 27 f.

134 So *Gsell*, in: Kindl/Vendrell/*Gsell* (Fn. 1), S. 85, 99.

135 Vgl. nur *Wendehorst*, AcP 206 (2006) 205, 226; MünchKomm/*Müller-Glöge*, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 78. Grundlegend *Fleischmann*, Die freien Berufe im Rechtsstaat, 1970, S. 33 ff.; *Herschel*, Freier Beruf und Arbeitsverhältnis, 1964.

136 Hierzu oben II. 2. a) aa).

Minderungsrecht zu gelangen.¹³⁷ Vor diesem Hintergrund könnte die Umsetzung der Digitale Inhalte-Richtlinie Anlass bieten, gleichsam *en passant* und überschießend bestehende Regelungslücken im Dienstvertragsrecht durch die Einführung eines Minderungsrechts zu schließen, so dies denn als erstrebenswert erachtet wird.¹³⁸ Die Binnenkohärenz des Schuldrechts wäre gewährleistet und die Umsetzungsgesetzgebung Anlass für eine fruchtbare und möglicherweise überfällige Fortentwicklung des Besonderen Schuldrechts des BGB. Allerdings wird sich die Problematik, wenn überhaupt, nur für einen Teil der von der Digitale Inhalte-Richtlinie erfassten Vertragskonstellationen stellen, da digitale Dienstleistungen i. S. v. Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie nach deutschem Recht vor allem werkvertraglich zu qualifizieren sind.¹³⁹ Das Werkvertragsrecht sieht aber mit § 638 BGB ein Minderungsrecht vor.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass sich Wertungswidersprüche zu dem geltenden Schuldrecht bei allen Umsetzungsoptionen in ähnlicher Weise stellen. Auch wenn sich der Gesetzgeber im Anschluss an die Empfehlungen des 71. DJT dazu entschließen sollte, eine Umsetzung entlang der überkommenen Vertragstypen des BGB durch Einführung entsprechender Sondervorschriften für digitale Dienste vorzunehmen, müsste er der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 14 Abs. 4 Alt. 1, Abs. 5 Digitale Inhalte-Richtlinie nachkommen und ein entsprechendes Minderungsrecht für die insoweit betroffenen Typenverträge vorsehen. Der Einwand gestörter Binnenkohärenz betrifft daher der Sache nach weniger die Wahl geeigneter Umsetzungsstrategien als vielmehr den Inhalt der Richtlinie selbst.¹⁴⁰ Dieser wird im Fall ihres Inkrafttretens jedoch als *datum* hinzunehmen sein.

Und schließlich ist die Angleichung nationaler Rechtsvorschriften an unio-nale Vorgaben im Wege der Harmonisierung naturgemäß dem Einwand dis-

137 Vgl. nur LG Karlsruhe, 28. 4. 2005 – 8 O 362/04, NJW-RR 2005, 1507 Rn. 16 ff. (objektiver Minderwert als Schadenersatz in Korrektur der Differenzhypothese); MünchKomm/Ernst, 8. Aufl. 2019, § 326 BGB Rn. 37 (§ 326 Abs. 1 Satz 2 BGB); Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 68 f. (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 und §§ 441 Abs. 3, 323 Abs. 5 Satz 2 BGB analog); Hirte, Berufshaftung, 1996, S. 370 ff. (werkvertragliche Qualifikation); W.-H. Roth, Der Vergütungsanspruch bei schlechter Leistung im Recht der freien Berufe (I) – Teil A – Das Recht zur Verweigerung der Vergütung, VersR 1979, 494, 498 ff. (Modifizierung des § 628 Abs. 1 BGB). Zum Ganzen Tillmanns, Strukturfragen des Dienstvertrages, 2007, S. 383 ff., 412 ff.; Wendehorst, AcP 206 (2006) 205, 233, 239 ff., 278 f.

138 Hierzu Wendehorst, AcP 206 (2006) 205, 279 (die Einführung eines flexiblen, die Elemente von Kündigung, Restitution und Minderung kombinierenden Instruments ist bedenkenswert).

139 So auch Grünberger, AcP 218 (2018), 213, 237; Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, GPR 2016, 54, 61; Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475, 479. Hierzu bereits oben II. 4. c).

140 Dies gilt freilich unter der Prämisse, dass die Umsetzung der Digitale Inhalte-Richtlinie nicht zugleich zum Anlass einer überschießenden Neuordnung des Dienstvertragsrechts genommen wird.

ruptiver Effekte auf die Kohärenz mitgliedstaatlichen Rechts ausgesetzt. Inhaltliche Divergenzen zwischen europäischen Vorgaben und nationalem Recht bilden den Regelfall, nicht die Ausnahme. Eine Harmonisierung des Vertragsrechts ist ohne disruptive Interferenzen mit der nationalen Vertragsrechtsdogmatik daher kaum möglich.

b) Systemkonflikt mit der Vertragstypenordnung des BGB

Gewichtiger erscheint jedoch ein zweiter Einwand: So steht die Einführung eines eigenständigen Vertragsrechts für digitale Güter in direktem Konflikt mit dem System der an *Leistungsbehandlungen* und gerade nicht an *Rechtsobjekte* anknüpfenden Vertragstypologie des BGB. Die überkommenen Vertragstypen differenzieren nicht danach, welches Gut den Gegenstand des Vertrags bildet, sondern vielmehr danach, was mit diesem Gut geschehen soll.¹⁴¹ Die Vertragstypen des BGB sind handlungs-, nicht objektbezogen. Ebenso wenig wie es spezielle Typenverträge für Autos, Pferde, Grundstücke oder Rechte gebe, so der Einwand, könne man nun plötzlich an das Rechtsobjekt anknüpfen und einen eigenen Typus des *Vertrages über digitale Inhalte* schaffen.¹⁴² Vielmehr seien die Vorgaben der Richtlinie entlang der Vertragstypen des BGB umzusetzen, die danach unterscheiden, ob es um eine dauerhafte Übertragung (Kauf), eine zeitweise Gebrauchsüberlassung (Leihe, Miete, Pacht) und um die Herstellung eines Gutes geht (Werkvertrag) oder ob lediglich ein Bemühen (Dienstvertrag) geschuldet ist.¹⁴³

aa) Rechtsobjektbezogener Regelungsansatz der Richtlinie

Der Systemkonflikt zwischen der handlungsbezogenen Vertragstypologie des BGB und dem objektbezogenen Ansatz eines autonomen digitalen Vertragsrechts scheint *prima vista* der Schaffung eines eigenständigen Regelungsrahmens für Verträge über digitale Güter tatsächlich als nur schwer unüberwindbares Hindernis entgegenzustehen. Allerdings lässt ein Blick auf die gegenwärtige Diskussion wie auch auf das bis heute andauernde Ringen um eine sachgerechte dogmatische Bewältigung der vielfältigen Vertragsgestaltungen in der digitalen Welt doch Zweifel an der Unumstößlichkeit der Inkompatibilitätsthese aufkommen.

Betrachtet man die Fülle der Vorschläge des DJT zur „punktuellen Umsetzung“ der Vorgaben der Digitale Inhalte-Richtlinie einmal näher, so kommt man nicht umhin zuzugeben, dass mit ihnen – vielleicht entgegen der ursprünglichen Intention – in das Gewebe der Typenverträge des BGB in der

141 In diesem Sinne bereits *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 475, 477 ff. Ebenso *Faust*, Gutachten (oben Fn. 5), S. A 15f., A 89; *Gsell*, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Fn. 8), S. 85, 94.

142 So *Gsell*, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Fn. 1), S. 85, 94. Ebenso *Faust*, Gutachten (Fn. 5), S. A 15f., A 89; *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 475, 477 ff.; *Stieper*, in: FS Helmut Köhler (Fn. 1), S. 729, 742.

143 *Gsell*, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Fn. 1), S. 85, 94.

Sache am Ende doch das Muster eines eigenständigen Vertragsrechts für all jene Verträge eingewoben wird, die auf digitale Inhalte und Dienstleistungen als Rechtsobjekt bezogen sind. Das kann mit Blick auf den Umsetzungsauftrag der Richtlinie letztlich auch nicht anders sein. Wenn der deutsche Umsetzungsgesetzgeber ohnehin gezwungen ist, der Sache nach eine Sonderregelung für Verträge über digitale Güter zu schaffen, dann wäre es freilich methodenehrlicher, rechtsklarer und transparenter, das Umsetzungsrecht vertragsdogmatisch konsequent in einem eigenständigen Abschnitt des Besonderen Teils des BGB zu normieren.

bb) Besonderheiten digitaler Inhalte und Dienstleistungen

Das spezifisch auf digitale Inhalte und Dienstleistungen als Rechtsobjekt bezogene Leistungsstörungenrecht und verwandte Systembereiche aus der im Grunde nicht ganz passenden überkommenen Vertragstypologie des BGB auszugliedern und systematisch eigenständig zu regeln, wäre im Grunde auch sachgerecht. Denn wenn das jahrzehntelange, bis heute andauernde Ringen um die rechtliche Bewältigung der vielfältigen Vertragsgestaltungen in der digitalen Welt eines gezeigt hat, dann doch dies, dass sich Verträge über digitale Güter ganz erheblich vom Leistungsaustausch in der analogen Welt unterscheiden. Die Spezifika digitaler Inhalte – Immaterialität, unbegrenzte Reproduzierbarkeit, fortdauernde Veränderbarkeit, Stückkostendegression und Skaleneffekte¹⁴⁴ – und der auf sie bezogenen Verträge – häufig internationale, multipolare, vernetzte und komplexe Vertragsstrukturen¹⁴⁵ – unterscheiden sich doch in einem Maße von beweglichen Sachen und Rechten als Rechtsobjekten, dass eine eigenständige rechtliche Regelung nicht nur gerechtfertigt, sondern auch sinnvoll und geboten erscheint.

cc) Inkompatibilität der klassischen Vertragsstypologie des BGB

Dies gilt umso mehr, als die überkommene Vertragsdogmatik bei der Bewältigung der rechtlichen Probleme der digitalen Welt doch deutlich an ihre Grenzen stößt. Das BGB, so zeigt der Blick auf die Rechtslage *de lege lata*, bildet die Vertragsverhältnisse in der digitalen Welt schlicht nicht ab. Die für bewegliche Sachen und Rechtsgüter als Rechtsobjekt entwickelte Vertragstypologie des BGB ist mit den Rechtsobjekten der digitalen Welt überfordert. Die Folge ist eine die Rechtssicherheit in weitem Umfang beeinträchtigende Dysfunktionalität des analogen Vertragsrechts, die in den bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten und der nahezu ausnahmslosen Einordnung „digitaler Verträge“ als atypische oder typengemischte Verträge zum Ausdruck kommt. Das zentrale Problem besteht dabei – wie im vorangegangenen Abschnitt deutlich geworden ist – vor allem darin, dass sich weder „digitale Verträge“ als Gan-

144 Zu einer alternativen Differenzierung vgl. *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 231 ff., die teilweise etwas andere Schwerpunkte setzt.

145 Näher *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2610.

zes noch einzelne Leistungen eindeutig einem der im BGB geregelten klassischen Vertragstypen zuordnen lassen. Wenn dies so ist, dann stellt sich umso mehr die Frage, ob eine Umsetzung der Richtlinie entlang der klassischen Vertragstypen des BGB tatsächlich sinnvoll wäre. Ein solcher Ansatz würde nämlich die bestehenden Abgrenzungsprobleme perpetuieren und möglicherweise sogar verschärfen. Denn nun stellt sich nicht nur die Frage der präzisen Abgrenzung der einzelnen Vertragstypen zueinander, sondern auch jene einer richtlinienkonformen Auslegung. Ob dem Regelungsanliegen des Richtliniengesetzgebers, einen sicheren Rechtsrahmen für die Vertragsverhältnisse in der digitalen Welt zu schaffen, damit tatsächlich gedient wäre, ist zweifelhaft.

dd) Einheitliches Gewährleistungsrecht für digitale Güter

Wenn letztlich der Zufall über die höchst umstrittene und höchst unsichere Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zu einem bestimmten Vertragstyp und somit über die anwendbaren Vorschriften entscheidet, das Gewährleistungsrecht der Digitale Inhalte-Richtlinie – von einigen Sondervorschriften für Gebrauchsüberlassungen und Dienstleistungen abgesehen¹⁴⁶ – jedenfalls im Grundsatz auf leistungsbezogene Differenzierungen verzichtet, dann ist damit die Frage aufgeworfen, ob die primäre Anknüpfung an eine bestimmte Leistungshandlung, wie sie die klassische Vertragstypenlehre vornimmt, tatsächlich der richtige Zugang zur Bewältigung der Vertragsverhältnisse in der digitalen Welt sein kann. Einen alternativen Weg hat der Richtliniengesetzgeber mit dem Rechtsrahmen der Digitale Inhalte-Richtlinie selbst aufgezeigt. Zwar stellt die Richtlinie in ihren Erwägungsgründen klar, dass ihre Integration in die Strukturen des nationalen Rechts Sache der Mitgliedstaaten bleibt.¹⁴⁷ Doch enthält sie nichts weniger als eine umfassende und – sieht man einmal vom nicht erfassten Schadenersatzrecht ab – weitgehend vollständige Kodifikation des Gewährleistungsrechts für digitale Güter. Dies entspricht der im Europäischen Privatrecht erkennbaren Tendenz eines einheitlichen, gemeinsame Strukturen betonenden Vertragsrechts, in dem auf Typenverträge bezogene Differenzierungen vermehrt in den Hintergrund treten.¹⁴⁸

Eine solche sektoriell geltende Kodifikation ist, wie der Englische *Consumer Rights Act*¹⁴⁹ zeigt, international nicht ungewöhnlich und auch das deutsche Recht kennt etwa mit dem Wohnraummietrecht (§§ 549 ff. BGB) an das Rechtsobjekt als Vertragsgegenstand anknüpfende Sonderregelungen, ohne dass dem systemsprengende Wirkung zukäme. In gleicher Weise hätte ein Nebeneinander leistungshandlungs- und rechtsobjektbezogener Regeln-

146 Hierzu oben II. 4.

147 Kompromisstext des Rates vom 1. 6. 2017, Dok. 9901/17 ADD 1, 15251/15, S. 14, Fn. 31. Ebenso schon Digitale Inhalte-Richtlinie, KOM (2015) 634, S. 7.

148 Hierzu *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2611. Für eine stärkere Betonung allgemeiner und gemeinsamer Strukturen des Gewährleistungsrechts ebenfalls *Weller* (Fn. 16), S. 130 ff.

149 Näher *Twigg-Flesner*, ZEuP 2019, 170, 188 ff.

gen, letztlich zweier paralleler und autonomer Systeme des besonderen Leistungsstörungsrechts, keine disruptiven Auswirkungen auf die Funktionalität der Rechtsanwendung. Anders gewendet wäre der mit der Einführung eines „Vertrages über digitale Inhalte und Dienstleistungen“ verbundene Makel vor allem auf der Ebene dogmatischer Ästhetik zu verorten, wenn man ihn denn überhaupt als einen solchen gelten lassen will. Denn ob man einen entsprechenden Abschnitt im Besonderen Teil des Schuldrechts als systemwidrigen Fremdkörper oder als notwendiges, durch Sachgründe gerechtfertigtes Sonderregime für Rechtsgeschäfte in der digitalen Welt ansieht, ist letztlich eine Frage der Perspektive. *De lege lata* kennt das BGB, wie etwa die Vorschriften über das Wohnraummietrecht (§§ 549ff. BGB) und den Viehkauf (§ 481 BGB a.F.)¹⁵⁰ zeigen, grundsätzlich beides. Und der Sache nach gehen auch die Vorschläge des DJT in diese Richtung. Wenn dem so ist, dann spricht auch vertragsdogmatisch nichts dagegen, das vom Richtliniengesetzgeber geforderte Umsetzungsrecht nicht im Rahmen der bestehenden Vertragstypen etwa über den „Kauf digitaler Inhalte“ zu regeln, sondern auch systematisch in einem eigenständigen Abschnitt des Besonderen Teils des BGB zusammenzufassen.

3. Option 3: Digitale Grundvertragstypen

Allerdings kommt auch die Digitale Inhalte-Richtlinie nicht ganz ohne an die Leistungshandlung anknüpfende Differenzierungen aus. Indem sie zwischen den Grundkonstellationen der 1) *dauerhaften* und 2) *vorübergehenden* Bereitstellung digitaler Inhalte sowie 3) der Bereitstellung *digitaler Dienstleistungen* unterscheidet, knüpft sie an die drei Grundvertragstypen des *Kaufs*, der *Miete* und des *Werkvertrags* an.¹⁵¹ Schon mit Blick auf die von der Richtlinie vorgesehenen Sonderregelungen für Dauerschuldverhältnisse¹⁵² und Dienstleistungen¹⁵³ ist eine Ausdifferenzierung entlang dieser drei digitalen Vertragstypen sinnvoll. Damit wäre im Übrigen auch ein Gleichlauf mit dem System der klassischen Vertragstypologie des BGB hergestellt und der bestehende Systemkonflikt abgemildert. Dogmatische Friktionen bestünden nun lediglich in der Existenz eines auf bestimmte digitale Rechtsobjekte bezogenen Leistungsstörungsrechts, das gleichsam als Paralleluniversum oder Enklave im Besonderen Teil des Schuldrechts residiert, jedoch mit der Ausdifferenzierung in digitale Grundvertragstypen intern den gleichen Strukturprinzipien folgt wie die übrige Vertragstypologie des BGB. Der Vorteil gegenüber einer punktuellen Umsetzung der Richtlinie (Option 1) bestünde in der sys-

150 In der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung. Die Vorschrift wurde im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung aufgehoben.

151 Eingehend hierzu bereits oben II. 4.

152 Vgl. nur Art. 12 Abs. 3, Art. 14 Abs. 5 S. 2, Art. 16 Abs. 1 S. 2, Art. 17 Abs. 3, Art. 19 Abs. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie. Näher oben II. 4. b).

153 Vgl. Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie. Näher oben II. 4. c).

tematischen Geschlossenheit und der Reduzierung auf lediglich drei speziell auf *digitale Inhalte und Dienstleistungen* zugeschnittene Grundvertragstypen, was das bestehende *Dauerproblem* der Abgrenzungsschwierigkeiten und rechtssicheren Zuordnung der anwendbaren Vorschriften vermeidet.

4. Option 4: Ergänzung des Allgemeinen Teils des Schuldrechts

Die bislang diskutierten Umsetzungsoptionen betrafen ausschließlich den Besonderen Teil des Schuldrechts. Denkbar wäre allerdings noch ein vierter Weg, den *Matthias Weller* vorgeschlagen hat: die Einbettung der wesentlichen Umsetzungsvorschriften der Richtlinie *en bloc* in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts.¹⁵⁴ Dabei würde der Umsetzungsgesetzgeber auf eine dogmatische Anpassung weitgehend verzichten. Der Zugriff auf die anwendbaren Vorschriften würde dann in einem ersten Schritt wie gewohnt zunächst über die klassischen Vertragstypen des Besonderen Teils des Schuldrechts erfolgen. In einem zweiten Schritt wäre das auf diese Weise festgestellte Recht sodann mit den Vorgaben der Richtlinie abzugleichen. Gegenüber einer Richtlinienumsetzung durch punktuelle Verankerung der Vorgaben entlang der bestehenden Vertragstypen spricht für diesen Ansatz vor allem der Vorteil größerer Methodenklarheit und Transparenz.¹⁵⁵ Darüber hinaus umgeht er den fehlerträchtigen und umständlichen Weg der Schaffung punktueller Sonderregime für eine Vielzahl einzelner Vertragstypen.

Ganz ohne dogmatische Friktionen kommt – wie freilich alle Umsetzungsoptionen – auch dieser Weg nicht aus. So stellt sich gerade mit Blick auf den notwendigen Abgleich mit den Vorgaben der Richtlinie für den Rechtsanwender regelmäßig die Frage, welche Regelungen der Richtlinie als anwendbares Recht eigentlich im Einzelnen heranzuziehen sind, da sich die Rechtsbegriffe des Richtlinien textes und des BGB nicht ganz decken. Relevant wird das Problem etwa mit Blick auf den Begriff der *digitalen Dienstleistung* im Sinne des Art. 2 Nr. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie, die nach deutschem Recht in der Regel nicht dienst-, sondern werkvertraglich zu qualifizieren ist. Darüber hinaus ist der Rechtsanwender auch hier gezwungen, den Vertrag oder – bei Anwendung der Kombinationsmethode auf typengemischte Verträge – eine konkrete Leistungspflicht zunächst einem bestimmten Vertragstyp zuzuordnen. Gerade das bereitet im Kontext der Vertragsverhältnisse in der digitalen Welt jedoch häufig besondere Schwierigkeiten. Die für „digitale Verträge“ traditionell hoch umstrittene Vertragstypenzuordnung bleibt daher für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach wie vor relevant. Denn das Gewährleistungsrecht der Digitale Inhalte-Richtlinie vermag die bestehenden Unterschiede zwischen den Typenverträgen aufgrund bestehender interner und externer Lücken nicht vollständig auszugleichen.

154 *Weller* (Fn. 16), S. 130ff.

155 Hierzu *Weller* (Fn. 16), S. 131.

V. *Bewertung und Ausblick*

Betrachtet man die möglichen Umsetzungsoptionen einmal näher, so zeigen sich zunächst überraschende Gemeinsamkeiten. Alle vier Ansätze folgen im Kern einem an das *Rechtsobjekt* und nicht an die Leistungshandlung anknüpfenden Regelungsansatz und schaffen damit – zum Teil entgegen der ursprünglichen Intention¹⁵⁶ – letztlich ein *Sonderprivatrecht für digitale Güter*. Das gilt auch für die vom 71. DJT favorisierte Umsetzungsstrategie punktueller Ergänzungen der bestehenden Vertragstypen des BGB.¹⁵⁷ Indem die Regelungen eines jeden Typenvertrages um Sondervorschriften für digitale Inhalte und Dienstleistungen ergänzt werden, wird der Systemkonflikt zwischen leistungshandlungsbezogener Vertragstypologie des BGB und rechtsobjektbezogenem Umsetzungsrecht der Digitale Inhalte-Richtlinie in die Struktur ausdifferenzierter Vertragstypen des Besonderen Teils des Schuldrechts hineingetragen.

Im Unterschied zu den übrigen Regulierungsoptionen findet sich das vom Gesetzgeber umzusetzende *digitale Sonderprivatrecht* hier nun nicht systematisch geschlossen an einem Ort, sondern als Komplex ausdifferenzierter Inselösungen verteilt über die einzelnen Typenverträge des Besonderen Schuldrechts. In das Gewebe der traditionellen Vertragstypen des BGB wird dabei das Muster eines eigenständigen Vertragsrechts für *digitale Güter als Rechtsobjekt* eingewoben, das im Grunde im Systemkonflikt zur klassischen, an die Leistungshandlung anknüpfenden Vertragstypenlehre steht. Die Wahrung schuldrechtlicher Binnenkohärenz durch sonderprivatrechtliche Normierung der Umsetzungsvorschriften innerhalb des Rechts der Typenverträge ist dabei lediglich virtuell. Dem äußeren Anschein einer die Vertragstypologie des BGB auf den ersten Blick kaum berührenden Anpassung bestehender Vorschriften steht der Sache nach eine umfassende, über weite Teile des Besonderen Teils des Schuldrechts zerstreute Regelung des Gewährleistungsrechts für digitale Güter gegenüber.

Ob die damit verbundene Zersplitterung des eigentlich strukturell und thematisch zusammenhängenden *digitalen Vertragsrechts* einer an den Grundsätzen der Rechtsklarheit und Praktikabilität orientierten Rechtsanwendung zuträglich ist, erscheint zweifelhaft. Dies gilt umso mehr, als eine Kette typenspezifischer Inselösungen kaum ohne fehleranfällige Verweisungen und mühsame Wiederholungen auskommen dürfte. Darüber hinaus bietet eine Umsetzung entlang der überkommenen Typenverträge keine Lösung für das strukturelle Grund- und Dauerproblem „digitaler Verträge“: die Schwierigkeiten bei der Ermittlung der anwendbaren Vorschriften. Denn als typen-

156 Vgl. nur die Beschlüsse des 71. Deutschen Juristentages 2016, A.I. 2., S. 1 f., abrufbar unter https://www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf sowie oben I. sowie IV. 1.

157 Hierzu oben IV. 1. m. w. N.

gemischte Verträge lassen sie sich gerade keinem der gängigen Vertragstypen des BGB eindeutig zuordnen. Die vielfältigen Vertragskonstruktionen der digitalen Wirtschaft werden vom BGB *de lege lata* nicht erfasst. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist damit eine häufig vom Zufall und den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängige Wertungsfrage.

Die Dysfunktionalität mit Blick auf die rechtliche Erfassung der Vertragswirklichkeit in der digitalen Welt ließe sich umgehen, wenn man für die rechtliche Behandlung der Verträge über digitale Güter einen Rückgriff auf die im Grunde nicht passenden klassischen Vertragstypen des BGB vermeidet und das – nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers ohnehin geltende – Sonderprivatrecht für „digitale Verträge“ ohne den Umweg über die überkommene Vertragstypologie unmittelbar zur Anwendung bringt. Die konzeptionelle Abkopplung des Gewährleistungsrechts von einer primär an den traditionellen Vertragstypen orientierten Dogmatik, die allgemeine, vertragsübergreifende Strukturen des Leistungsstörungsrecht verstärkt in den Vordergrund rückt, entspricht zudem jüngeren Entwicklungstendenzen im Europäischen Privatrecht.

Angesichts der in der Richtlinie selbst angelegten leistungshandlungsbezogenen Differenzierungen¹⁵⁸ wird dies nicht über einen einzigen neuen Vertragstyp für Verträge über digitale Güter, sondern über die drei digitalen Grundvertragstypen *dauerhafter* und *kontinuierlicher* Bereitstellung digitaler Inhalte sowie der Bereitstellung *digitaler Dienstleistungen* erfolgen müssen.¹⁵⁹ Damit bleibt es am Ende doch bei dem klassischen System einer an die Leistungshandlung anknüpfenden Vertragstypologie. Dies freilich integriert in ein *Sonderprivatrecht* für digitale Verträge und ausdifferenziert in eigene *digitale Vertragstypen*, die den Anforderungen der vielfältigen Vertragsgestaltungen in der digitalen Welt deutlich besser gerecht werden als die überkommenen Typenverträge des BGB. Eine systematisch geschlossene Regelung des digitalen Vertragsrechts als Sondermaterie des Bürgerlichen Rechts fände ihre Rechtfertigung nicht zuletzt in den Spezifika digitaler Inhalte und Dienstleistungen als Rechtsobjekt.¹⁶⁰ Zu verorten wären die Regelungen aufgrund ihres Inhalts – sie enthalten im Kern ein nach digitalen Vertragstypen ausdifferenziertes rechtsobjektspezifisches Gewährleistungsrecht – im Besonderen Teil des Schuldrechts.

Für welche der vier möglichen Umsetzungsstrategien sich der Gesetzgeber im Fall des Inkrafttretens der Richtlinie letztlich entscheiden wird, ist bislang offen. Für die Wahl einer sachgerechten Umsetzungsstrategie ist ein nüchterner Blick auf die bestehenden Handlungsalternativen geboten. Der Befund, dass sich die Umsetzungsoptionen der Sache nach weniger in ihrem Grundansatz als im Modus der Umsetzung – *systematisch einheitliche* oder über die

158 Hierzu oben II. 4.

159 Näher oben IV. 3.

160 Hierzu oben IV. 2. b) bb).

klassischen Vertragstypen verteilte Normierung – unterscheiden, dürfte die Diskussion auf die hier im Kern interessierende vertragsdogmatische Grundfrage zurückführen: die Frage nach einer sinnvollen, dogmatisch kohärenten Integration von Sonderprivatrecht in die gewachsene Struktur des Bürgerlichen Rechts.

An der Einsicht, dass der Umsetzungsgesetzgeber an der Schaffung materiellen Sonderprivatrechts letztlich nicht vorbeikommt, dürften mit Blick auf den Inhalt der Richtlinie kaum mehr Zweifel bestehen. Vor diesem Hintergrund könnte eine systematisch geschlossene Umsetzung der Digitale Inhalte-Richtlinie innerhalb des Besonderen Teils des Schuldrechts möglicherweise die methodisch sauberere und vertragsdogmatisch kohärentere Umsetzungsalternative darstellen. Die klassischen Vertragstypen des BGB blieben unangetastet, die Binnenkohärenz des (analogen) Schuldrechts gewahrt, auf systemwidrige Sondervorschriften innerhalb des autonomen Systems der bestehenden Typenverträge würde verzichtet. Die Chancen, dass sich eine solche Lösung für die dogmatische Integrität des Schuldrechts gegenüber zersplitternden Insellösungen über die bestehenden Vertragstypen hinweg als verträglicher erweist, stünden dabei nicht einmal so schlecht.