

Digitale Wirtschaft – Analoges Recht:
Braucht das BGB ein Update?

Gutachten

zum 71. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. Florian Faust, LL.M. (Michigan)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung
Bucerius Law School, Hamburg

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	1
II.	Verträge über digitale Inhalte	3
	1. Begriffsbestimmung	3
	2. Das Gebot der Medienneutralität.....	3
	3. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte.....	4
	a) Gegenstand des Vorschlags	4
	b) Fragwürdiger Regelungsansatz.....	5
	4. Daten als Entgelt.....	6
	a) Problem.....	6
	b) Das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot.....	7
	c) Minderjährigenschutz	8
	d) Verbraucherschutzrecht	12
	e) Haftungsmaßstab	13
	5. Inhalt der Schuldverhältnisse.....	16
	6. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	17
	7. Verbraucherverträge und besondere Vertriebsformen.....	18
	a) Grenzen der Vereinbarung von Entgelten	18
	b) Widerrufsrecht	20
	aa) Erlöschen des Widerrufsrechts.....	20
	bb) Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz.....	23
	cc) Entgelt in Form eines Rechts zur Datennutzung.....	23
	dd) Rückgewähr vom Verbraucher zur Verfügung gestellter Daten.....	23
	c) Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr:.....	24
	8. Erfüllung des Vertrags über digitale Inhalte.....	25
	9. Kauf- und Tauschverträge	25
	a) Anwendbarkeit des Kaufrechts.....	25
	b) Sachmängel.....	26
	aa) Begriff des Sachmangels.....	26
	bb) Relevanter Zeitpunkt.....	28
	cc) Beweislast	28
	c) Rechtsmängel.....	30
	d) Rechtsbehelfe.....	31
	aa) Grundsätze.....	31

bb) Rücktrittsfolgen.....	31
e) Abdingbarkeit	32
10. Mietverträge.....	33
a) Anwendbarkeit des Mietrechts	33
b) Gewährleistungsrecht	33
c) Pflege der digitalen Inhalte.....	33
d) Änderung der digitalen Inhalte	34
e) Vertragsbeendigung.....	35
f) Abdingbarkeit	36
11. Verträge über die Erstellung digitaler Inhalte	37
12. Sonstige Verträge in Bezug auf digitale Inhalte	37
III. Haftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet.....	38
1. Problem.....	38
2. Bestehen eines Schuldverhältnisses.....	38
a) Vertrag	39
b) Gesetzliches Schuldverhältnis	41
c) Keine Einschränkung durch § 675 Abs. 2 BGB.....	42
d) Maßgebliche Kriterien	42
3. Pflichten des Anbieters der unentgeltlichen Leistung	43
4. Bedarf für eine gesetzliche Regelung	44
IV. Schutz von Daten	45
1. Notwendigkeit eines Schutzes von Daten.....	45
2. Schutz innerhalb von Schuldverhältnissen	46
3. Schutz außerhalb von Schuldverhältnissen.....	46
a) Schutz nach geltendem Recht.....	46
aa) § 823 Abs. 1 BGB	46
(1) Eigentum.....	46
(2) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	48
(3) Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	48
bb) § 823 Abs. 2 BGB	49
cc) § 826 BGB.....	50
b) Zwischenbilanz: Erhebliche Schutzlücke.....	50
c) Möglichkeiten, die Schutzlücke zu schließen.....	51
aa) Schutz über § 823 Abs. 1 BGB	51
(1) Grundlagen	51
(2) Der mögliche Inhalt eines Rechts am eigenen Datenbestand.....	52

	(3) Vergleichbarkeit von Daten mit anerkannten absoluten Rechten.....	54
	bb) Schutz über § 823 Abs. 2 BGB	56
V.	Bilanz	58
VI.	Thesen	59
	1. Verträge über digitale Inhalte	59
	2. Haftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet	61
	3. Schutz von Daten	61

I. Einleitung

Aus der Sicht eines heutigen Jugendlichen, der mit seinen Freunden über Facebook und Twitter kommuniziert, Zeitung nur online liest, seine Fotos und Gedanken einer Cloud anvertraut und eine Schreibmaschine nur noch vom Hörensagen kennt, ist das Bürgerliche Gesetzbuch – vor mehr als 116 Jahren in Kraft getreten – uralte. Würde man einen der „Väter“ des BGB (auch das Fehlen von „Müttern“ zeigt sein Alter!) in die heutige Zeit versetzen, würde der wohl an Hexenwerk glauben, wenn er sieht, wie Menschen auf der Straße in kleine Kästchen sprechen oder durch das Herumwischen auf den glatten Oberflächen solcher Kästchen immer wieder andere Bilder und Texte zum Vorschein bringen. Kann denn ein Gesetz, das aus einer längst in den Geschichtsbüchern versunkenen Epoche stammt, noch Lösungen für die Probleme von heute bereithalten? Natürlich, das BGB war bei seiner Verkündung „up to date“, enthielt etwa von Anfang an eine Regelung über den „mittelst Fernsprechers“ gemachten Antrag (§ 147 Abs. 1 S. 2 BGB), und es ging behutsam mit der Zeit. So gesellte sich nach gut hundert Jahren zum Fernsprecher die „sonstige technische Einrichtung“, um auch Videokonferenzen, Chats und Ähnliches zu erfassen¹. Ja, inzwischen ist sogar die Rede von digitalen Inhalten (§ 312f Abs. 3 BGB), Telemedien (§ 312i Abs. 1 S. 1 BGB), Webseiten (§ 312j Abs. 1 BGB) und Schaltflächen (§ 312j Abs. 3 S. 2 BGB), auch wenn diese Begriffe dem ehrwürdigen BGB vom Europäischen Gesetzgeber gleichsam aufgezwungen wurden. Doch genügen solche eher punktuellen Änderungen, um das BGB „fit“ für die heutige „digitale Welt“ zu machen? Braucht es ein „Update“?

Dieser Frage widmet sich das vorliegende Gutachten. Es beschränkt sich entsprechend der gestellten Aufgabe darauf, das BGB auf seine Tauglichkeit für die digitale Welt zu untersuchen. Dementsprechend bleiben Fragen etwa aus dem Zivilprozessrecht einschließlich des Zwangsvollstreckungsrechts, aus dem Internationalen Privatrecht und aus dem Urheberrecht ausgeklammert. Die Problematik einer Weiterübertragung digitaler Inhalte, die durch die „UsedSoft“-Entscheidung des EuGH² große Brisanz gewonnen hat, ist vornehmlich urheberrechtlich geprägt und wird daher im Gutachten nicht behandelt. Aspekte des Datenschutzes werden nur im Rahmen des Themas „Daten als Entgelt“ gestreift.

Mit einem gewissen Bedauern musste ich auch auf Abschnitte zu einem „Sachenrecht der Daten“³ und zum „Digitalen Nachlass“⁴ verzichten – beide würden Stoff für ein ganzes Gutachten abgeben. Die Frage, ob ein Sachenrecht für Daten geschaffen werden sollte, kann nicht ohne eine fundierte Analyse des Zwangsvollstreckungsrechts und des Insolvenzrechts beantwortet werden. Aus meinen Ausführungen zum Schutz von Daten über § 823 Abs. 1 BGB (S. 54 ff.) ergibt sich allerdings, dass ich insofern skeptisch bin. Daten sind ein tatsächliches Phänomen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie unbeschränkt und ohne Qualitätsverlust kopiert werden können. Deswegen werden

¹ Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drucks. 14/4987, S. 21.

² EuGH, Urteil vom 3.7.2012, Rs. C-128/11, NJW 2012, S. 2565 ff. (UsedSoft/Oracle International); nachfolgend BGH, Urteil vom 17.7.2013, NJW-RR 2014, S. 360 ff. Dazu etwa *Hauck*, NJW 2014, S. 3616 ff.

³ Siehe etwa *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, S. 1137 (1139); *Dorner*, CR 2014, S. 617 ff.

⁴ Hierzu jüngst *Kutscher*, Der digitale Nachlass, 2015.

sie normalerweise nicht dadurch weitergegeben, dass der „Veräußerer“ die Daten wie ein dingliches Recht auf den Erwerber überträgt, sondern sie werden einfach vervielfältigt, der „Veräußerer“ erleidet also keine Einbuße, sofern er die Daten nicht – wozu keine Notwendigkeit besteht – bei sich löscht.⁵ Überdies können Daten nicht aus sich heraus existieren, sie bedürfen eines Speichermediums und können nur genutzt werden, indem auf dieses Speichermedium – gegebenenfalls mit Hilfe entsprechender Software – zugegriffen wird. Sie sind also durch ihre Hardware- und Systemabhängigkeit gekennzeichnet.⁶ Diese zwei Charakteristika wecken erhebliche Zweifel daran, ob Daten dazu taugen, zum Gegenstand sachenrechtlicher Regelungen gemacht zu werden. Sie können durch rein tatsächliches Handeln weitergegeben werden, wenn die betreffende Person Zugriff auf sie hat. Welchen Personen Zugriff zu gewähren ist und auf welche Weise sie mit den Daten verfahren dürfen, richtet sich nach den schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien. Die Begründung eines dinglichen Rechts scheint überflüssig.

Auch innerhalb des BGB konnte nicht allen Fragen nachgegangen werden, die einen Bezug zur „digitalen Welt“ haben. So bietet das Internet fraglos unendliche Möglichkeiten für Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Die Probleme, die sich insofern stellen, sind jedoch in aller Regel nicht Internet-spezifisch. Natürlich ist es praktisch hoch relevant und dogmatisch interessant, welche Aussagen etwa auf Bewertungsportalen – von „Trivago“ bis „MeinProf“ – zulässig sind, welche Pflichten den Portalbetreiber treffen, um Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu vermeiden, und wer gegebenenfalls für solche Verletzungen haftet. Doch unterscheidet sich die Sachlage insofern nicht fundamental von derjenigen bei Bewertungen in Zeitungen oder Büchern – es geht um die Subsumtion neuer Verletzungsformen, nämlich solcher im Internet, unter die allgemeinen Regeln. Es wäre nicht sachgerecht, für diese Verletzungsformen eigenständige Regeln zu schaffen und dadurch eine einheitliche Rechtsmaterie zu fragmentieren. Wenn Handlungsbedarf besteht, sollte das nur dazu führen, die allgemeinen Regeln zu ändern oder jedenfalls zu kodifizieren. In anderen Worten: Wenn das BGB im Bereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein „Update“ brauchen würde, so läge das nicht daran, dass durch das Internet neue Verletzungsformen möglich wurden, sondern daran, dass das BGB keine entsprechenden Regelungen enthält und/oder die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Regeln sich als nicht interessengerecht erwiesen haben. Es wäre dann wenig hilfreich, Regelungen nur für Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet aufzunehmen.

Ganz ähnlich verhält es sich mit Regelungen über das Wirksamwerden elektronischer Willenserklärungen. Wurde dieser Frage vor zwanzig Jahren große Aufmerksamkeit geschenkt⁷, hat sich heute zu Recht die Erkenntnis durchgesetzt, dass sich mit Hilfe einer Subsumtion unter den Zugangsbegriff des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB stimmige und interessengerechte Ergebnisse erzielen lassen. Hätte man vor zwanzig Jahren Sonderregeln geschaffen, hätte dies einzig zu einer Aufblähung des Allgemeinen Teils und zu einer Rechtszersplitterung geführt, aber keinerlei Gewinn gebracht. Das Gutachten konzentriert sich somit auf drei Problemfelder, in denen sich meiner Ansicht nach wirklich Fragen stellen, die für die digitale Welt spezifisch sind: Verträge über digitale Inhalte, die Haftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet und den Schutz von Daten.

⁵ Schmidt-Kessel, K & R 2014, S. 475.

⁶ Schmidt-Kessel, K & R 2014, S. 475.

⁷ Siehe etwa Burgard, AcP 195 (1995), S. 74 ff.

Dabei geht es jeweils nicht darum, umfassende Thesen für die Lösung der sich in der Rechtspraxis stellenden Probleme zu entwickeln, und noch viel weniger kann eine Antwort auf die Frage gegeben werden, wie etwa der Vertrag über die Teilnahme an Facebook rechtlich zu qualifizieren ist und ob bestimmte Bedingungen in diesem Vertrag wirksam sind. Ziel ist vielmehr, entsprechend dem Titel des Gutachtens zu ergründen, ob das BGB adäquate Regeln enthält, um derartige Fragen zu beantworten, oder ob seine Regeln geändert oder ergänzt werden müssen.

II. Verträge über digitale Inhalte

1. Begriffsbestimmung

Digitale Inhalte sind nach der etwas missverständlichen Legaldefinition in § 312f Abs. 3 BGB „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden“, und zwar unabhängig davon, ob diese Bereitstellung auf einem körperlichen Datenträger geschieht oder nicht. Nach dem Wortlaut von § 312f Abs. 3 BGB läge es zwar nahe, auch die Worte „nicht auf einem körperlichen Datenträger befindliche [Daten]“ in die Legaldefinition einzubeziehen und dementsprechend Daten auszuklammern, die im Zuge der Vertragsabwicklung auf einem Datenträger geliefert werden. Doch würde das nicht der Definition in Art. 2 Nr. 11 Verbraucherrechte-RL⁸ entsprechen, zu deren Umsetzung § 312f Abs. 3 BGB dient.⁹ Digitale Inhalte sind damit beispielsweise Computerprogramme, Anwendungen (Apps), Spiele, Musik, Videos oder Texte.¹⁰

2. Das Gebot der Medienneutralität

Digitale Inhalte können den Nutzern auf ganz unterschiedliche Weise zur Verfügung gestellt werden. Früher wurde ihnen in aller Regel ein Datenträger (eine Diskette oder eine CD-Rom) geliefert, auf dem die digitalen Inhalte gespeichert waren; bisweilen wurden die digitalen Inhalte auch unmittelbar auf den Rechner des Erwerbers aufgespielt. Heute sind solche Fälle eher die Ausnahme. Meist verschafft sich der Erwerber die digitalen Inhalte selbst, indem er sie aus dem Internet herunterlädt oder streamt.

Es ist nicht sinnvoll, die anwendbaren Regelungen davon abhängig zu machen, auf welche Weise dem Nutzer digitale Inhalte zur Verfügung gestellt werden. Die Sachprobleme, die sich stellen, sind unabhängig von der Art der Übermittlung.

⁸ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 304, S. 64 ff.

⁹ Siehe Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-RL, BT-Drucks. 17/12637, S. 55.

¹⁰ Siehe Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-RL, BT-Drucks. 17/12637, S. 55.

3. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte

a) Gegenstand des Vorschlags

Die Europäische Kommission hat am 9. Dezember 2015 einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vorgelegt (hier zitiert als Vorschlag Digitale-Inhalte-RL).¹¹ Der Richtlinien-vorschlag bezieht sich auf entgeltliche Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte für einen Verbraucher durch einen Unternehmer und enthält Regelungen über die Vertragsmäßigkeit, die Rechtsbehelfe des Verbrauchers und die Änderung und Beendigung solcher Verträge. Der Begriff der digitalen Inhalte ist dabei weiter als in der Verbraucherrechte-RL und in § 312f Abs. 3 BGB, da er nicht nur die Bereitstellung von Daten umfasst, sondern auch Dienstleistungen im Hinblick auf vom Verbraucher bereitgestellte Daten. Nach Art. 2 Nr. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL bezeichnet der Ausdruck „digitale Inhalte“

- a) Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software,
- b) Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, und
- c) Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen.

Diese Definition ist weit gefasst, „um den rasanten technologischen Entwicklungen Rechnung zu tragen und sicherzustellen, dass dieser Begriff nicht schon bald überholt ist“ (Erwägungsgrund 11 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL). Erfasst werden sollen etwa das Herunterladen oder Streamen von Filmen im Internet, die Cloud-Speicherung, soziale Medien und die Bereitstellung von Dateien für die visuelle Modellierung im Rahmen des 3D-Drucks.¹² Die Art und Weise, in der Daten zur Verfügung gestellt werden, soll bedeutungslos sein, da eine Differenzierung in diesem sich technologisch schnell wandelnden Markt nicht wünschenswert sei und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Anbieter geschaffen werden sollen. Erfasst wird daher nicht nur das Herunterladen von Daten auf Geräte des Verbrauchers, das Streamen oder die Ermöglichung des Zugangs zu auf dem Rechner des Anbieters gespeicherten Daten, sondern auch die Überlassung von Daten auf einem dauerhaften Datenträger wie etwa einer CD-Rom (Erwägungsgrund 11 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL). Dementsprechend soll Art. 1 Abs. 2 Buchst. b VerbrGüterKRL¹³ um eine Ausnahme für „dauerhafte[] Datenträger[] mit digitalen Inhalten, wenn diese Datenträger ausschließlich der Übermittlung digitaler Inhalte an den Verbraucher im Sinne der [Digitale-Inhalte-RL] dienen“, ergänzt werden.

Die vorgeschlagene Digitale-Inhalte-RL hätte nach ihrem Art. 4 vollharmonisierenden Charakter; das nationale Recht dürfte also auch keinen höheren Schutzstandard zugunsten des Verbrauchers

¹¹ COM(2015) 634 final, abrufbar über eur-lex.europa.eu.

¹² S. 13 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL.

¹³ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171, S. 12 ff.

festlegen. Allerdings regelt sie keineswegs alle Fragen, die sich im Zusammenhang mit Verträgen über digitale Inhalte stellen. Das Zustandekommen und die Wirksamkeit solcher Verträge sowie die Pflichten des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer sollen nach wie vor dem nationalen Recht unterliegen. Die Mitgliedstaaten sollen auch den in Art. 14 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL nur rudimentär ausgestalteten Schadensersatzanspruch näher regeln sowie ergänzende Vorschriften über die Folgen der Vertragsbeendigung erlassen können (Erwägungsgrund 10 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL). Ebenso bleibt es dem nationalen Recht überlassen, ob ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte als „Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag, Mietvertrag oder Vertrag *sui generis*“ anzusehen ist¹⁴ – angesichts der detaillierten Regelungen der Richtlinie hinsichtlich der Pflichten des Unternehmers dürfte dieser Frage freilich eher geringe Bedeutung zukommen.

Falls die vorgeschlagene Richtlinie in Kraft tritt, lässt sich die im Titel dieses Gutachtens gestellte Frage – „Braucht das BGB ein Update?“ – mit einem schlichten Ja beantworten: Unabhängig davon, ob das BGB in seiner geltenden Fassung adäquate Regelungen für die „digitale Welt“ bereithält, ist eine Änderung erforderlich, um den europarechtlichen Vorgaben zu genügen.

In diesem Gutachten kann der Richtlinienentwurf keiner umfassenden Kritik unterzogen werden. Noch viel weniger kann es darum gehen, Vorschläge für seine Umsetzung zu machen; dafür ist die Zeit erst reif, wenn feststeht, ob und mit welchem Inhalt der Vorschlag in Kraft treten wird. Der Vorschlag kann jedoch dazu dienen, Probleme zu identifizieren, die sich im Hinblick auf Verträge über digitale Inhalte stellen. In einem nächsten Schritt ist zu fragen, ob das BGB in seiner geltenden Fassung für diese Probleme eine adäquate Lösung bereithält. Nur wenn dies nicht der Fall ist oder die Lösung des Richtlinienentwurfs vorzugswürdig ist, ist ein „Update“ des BGB – sieht man von der eventuellen Notwendigkeit einer Richtlinienumsetzung ab – sinnvoll. Das Inkrafttreten der Richtlinie kann freilich dazu führen, dass die hier gemachten Vorschläge Makulatur werden, weil dem deutschen Gesetzgeber kein Spielraum mehr bleibt. Vielleicht können diese Vorschläge aber auch dazu anregen, Einfluss auf den europäischen Gesetzgeber zu nehmen, damit der Richtlinienentwurf noch entsprechend modifiziert wird.

b) Fragwürdiger Regelungsansatz

Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass eine Fragmentierung des Vertragsrechts in Verträge, die nur bestimmte Arten von Gütern betreffen, nicht erstrebenswert ist. Typischerweise stellen sich unabhängig von der Art des Gutes ganz ähnliche Fragen. Ein Vertrag wird nicht dadurch geprägt, auf welches Gut er sich bezieht, sondern dadurch, was mit diesem Gut geschehen soll.¹⁵ So wäre es etwa sinnlos, einen gesonderten Vertragstyp für „Autoverträge“ zu schaffen, der den Verkauf und die Vermietung von Kraftfahrzeugen, ihre Reparatur und ihre Verwahrung in einer Parkgarage einschließt – der Kauf eines Autos hat viel mehr mit dem Kauf eines Kühlschranks gemein als mit der Vermietung oder mit der Reparatur eines Autos. Insofern begegnet der Grundansatz des Vorschlags der Digitale-Inhalte-RL grundlegenden Bedenken, weil dieser lediglich daran anknüpft, dass ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte vorliegt (Art. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL). Damit werden nicht nur Verträge über die dauernde und über die zeitweilige Überlassung digitaler Inhalte im Ansatz denselben Regelungen unterworfen, sondern diese Regelungen

¹⁴ S. 7 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL.

¹⁵ Ebenso *Schmidt-Kessel*, K & R 2014, S. 475 (475, 477 ff.); ähnlich *Stieper*, in: Festschrift *Helmut Köhler*, 2014, S. 729 (742).

sollen auch für Verträge über Dienstleistungen im Zusammenhang mit digitalen Inhalten gelten (siehe S. 4). Auch innerhalb der Richtlinie wird nicht klar danach differenziert, was die vertragliche Leistung des Unternehmers ist.

Zu erwägen ist daher allenfalls, im Rahmen der existierenden Vertragstypen – also insbesondere des Kaufvertrags, des Mietvertrags, des Dienstvertrags und des Werkvertrags – Sondervorschriften im Hinblick auf digitale Inhalte zu schaffen. Auch dies ist jedoch nur insoweit sinnvoll, als solche Sondervorschriften einen nennenswerten Gewinn an Rechtsklarheit bringen. Deshalb ist es beispielsweise nicht wünschenswert, einen speziellen „Kaufvertrag für digitale Inhalte“ zu schaffen; schließlich gibt es auch keinen speziellen Autokaufvertrag, und die Sondervorschriften für den Viehkauf wurden im Zuge der Schuldrechtsreform aufgehoben.¹⁶ Nur dort, wo die Spezifika digitaler Inhalte besondere Sachprobleme aufwerfen, die eine Abweichung von den allgemeinen kaufrechtlichen Regeln oder deren Präzisierung erforderlich machen, sollten Sonderregeln geschaffen werden. Dasselbe gilt im Hinblick auf die anderen Vertragstypen.

Schließlich sollte nicht grundlegend zwischen Verbraucherverträgen und Verträgen zwischen anderen Vertragspartnern unterschieden werden, auch wenn bestimmte europarechtliche Vorgaben nur für Verbraucherverträge gelten. Denn die Sachfragen, die sich stellen, sind prinzipiell davon unabhängig, ob die Beteiligten Verbraucher oder Unternehmer sind. Nur dort, wo spezifisch Verbraucherschützende Gesichtspunkte maßgeblich sind, sollten Sonderregeln geschaffen werden. Diesem Ansatz ist der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der VerbrGüterKRL gefolgt, und er hat sich bewährt. Er sollte auch bei dem Erlass von Regeln hinsichtlich digitaler Inhalte maßgeblich sein.

4. Daten als Entgelt

a) Problem

Ein derzeit viel diskutiertes Thema ist „Daten als Entgelt“¹⁷: Der Nutzer einer im Internet angebotenen Leistung muss für diese zwar keine monetäre Vergütung zahlen. Um die Leistung in Anspruch nehmen zu können, muss er jedoch Daten eingeben, und der Anbieter der Leistung lässt sich das Recht einräumen, diese Daten etwa zu Werbezwecken zu verwenden.

So findet sich etwa auf der Startseite von Facebook der Satz „Facebook ist und bleibt kostenlos“.¹⁸ In Ziffer 2 der Zusatzbedingungen für Nutzer mit Wohnsitz in Deutschland¹⁹ heißt es dann aber: „Du erteilst uns die Erlaubnis, sofern du in den Privatsphäre-Einstellungen nichts anderes festgelegt hast, deinen Namen und dein Profilbild für kommerzielle, gesponsorte oder verwandte Inhalte (wie z. B. einer Marke, die dir gefällt), die von uns zur Verfügung gestellt oder gestaltet werden, einzusetzen.“

Google erfasst nach eigenen Aussagen „Informationen, um allen unseren Nutzern bessere Dienste zur Verfügung zu stellen – von der Feststellung grundlegender Aspekte wie zum Beispiel der Sprache, die Sie sprechen, bis hin zu komplexeren Fragen wie zum Beispiel der Werbung, die Sie besonders nützlich finden, den Personen, die Ihnen online am wichtigsten sind, oder den YouTube-

¹⁶ Siehe Fraktionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 205 ff.

¹⁷ Siehe etwa *Bräutigam*, MMR 2012, S. 635 ff.

¹⁸ <https://de-de.facebook.com/>, zuletzt abgerufen am 2.1.2016.

¹⁹ <https://www.facebook.com/terms/provisions/german/index.php>, zuletzt abgerufen am 2.1.2016.

Videos, die Sie interessant finden könnten.“ Als Beispiel wird angegeben: „Wenn Sie beispielsweise häufig Websites und Blogs zum Thema Gartenarbeit besuchen, sehen Sie beim Surfen im Web möglicherweise entsprechende Anzeigen. Und wenn Sie sich auf YouTube Videos zum Thema Backen ansehen, schalten wir unter Umständen mehr Anzeigen zu diesem Thema.“ Um personalisierte Werbung schalten zu können, wird auch der ungefähre Standort erfasst. Dazu wird auch der Inhalt von E-Mails automatisch ausgewertet.

Es fragt sich, ob in solchen Fällen darin ein Entgelt im zivilrechtlichen Sinn für die Leistung des Anbieters liegt, dass die Daten zur Verfügung gestellt werden oder dem Anbieter die Nutzung der Daten für bestimmte Zwecke gestattet wird. Der scheinbar kostenlosen Leistung des Anbieters würde dann in Wirklichkeit ein entgeltlicher Vertrag zugrunde liegen.

Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Erstens kann die Eingabe der Daten erforderlich sein, weil sich die Leistung ohne die Eingabe der Daten gar nicht erbringen lässt. So muss derjenige, der ein Preisvergleichsportal in Anspruch nehmen will, notwendig eingeben, nach welchem Produkt er sucht. Wer ein Hotel buchen will, muss zwangsläufig angeben, wann er wo übernachten will. Und der Hauptzweck von sozialen Netzwerken wie Facebook liegt darin, dort Informationen einzustellen, Fotos zu teilen und anzugeben, mit wem man „befreundet“ ist. Zweitens kann die Erbringung einer Leistung davon abhängig gemacht werden, dass der Nutzer Daten eingibt, die für die Erbringung der Leistung eigentlich nicht erforderlich sind. Die Daten müssen also eingegeben werden, weil der Anbieter sonst nicht willens ist, die Leistung zu erbringen. So kann etwa der Abruf eines Zeitungsartikels, die Berechnung einer Route oder das Abspielen eines Films davon abhängig gemacht werden, dass der Nutzer vorher seine E-Mail-Adresse eingibt. Diesem Fall steht es gleich, wenn die Eingabe der Daten zwar zur Leistungserbringung erforderlich ist, der Anbieter sich an diesen Daten aber Rechte einräumen lässt, die über das Erforderliche hinausgehen.

Im zweiten Fall liegt es weit näher, einen entgeltlichen Vertrag anzunehmen als im ersten: Wenn sich die betreffende Leistung des Anbieters auch ohne Eingabe der Daten erbringen ließe oder wenn dem Anbieter hinsichtlich der Daten mehr Rechte eingeräumt werden, als es zur Erbringung der Leistung erforderlich ist, erbringt der Nutzer durch die Eingabe oder Rechteeinräumung eine Art Gegenleistung für die Leistung des Anbieters. Insofern kommt den datenschutzrechtlichen Regelungen zentrale Bedeutung zu.

b) Das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot

Nach § 28 Abs. 3b BDSG darf der Abschluss eines Vertrags nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Vertragspartner in die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung einwilligt, wenn dem Vertragspartner ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung ist unwirksam, während der Vertrag wirksam bleibt²⁰. Danach wird es häufig unzulässig sein, die Einwilligung in die Datennutzung als „Entgelt“ zu verlangen. Die zentrale Frage ist insofern, ob der Vertragspartner eine gleichwertige vertragliche Leistung vom selben oder einem anderen Anbieter ohne

²⁰ Wolff, in: BeckOK-DatenSR, Edition 14, Stand: 1.8.2015, § 28 BDSG Rz. 179.

Einwilligung erhalten kann. Die Gleichwertigkeit bezieht sich dabei nur auf den Leistungsgegenstand²¹, so dass es nicht generell schadet, wenn das Alternativangebot kostenpflichtig ist. Dies ist allerdings unter dem Aspekt der Zumutbarkeit von Bedeutung.²²

Ein spezielles Koppelungsverbot für Telekommunikationsdienste findet sich in § 95 Abs. 5 TKG. In Art. 7 Abs. 4 des Vorschlags für eine Datenschutz-Grundverordnung (Vorschlag DS-GVO)²³ ist das Koppelungsverbot dagegen wesentlich weniger restriktiv ausgestaltet: Bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wird, sei der Frage größte Beachtung zu schenken, ob die Erfüllung eines Vertrags davon abhängig gemacht werde, dass der andere Teil eine Einwilligung zur Datenverarbeitung erteile, die über das für die Erfüllung des Vertrags Erforderliche hinausgehe. In Erwägungsgrund 34 heißt es, in einem solchen Fall sei zu vermuten, dass die Einwilligung nicht freiwillig erteilt wurde.

Ist die Einwilligung in die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten nach § 28 Abs. 3b S. 2 BDSG unwirksam, stellt sich die Frage nicht mehr, ob eine solche Einwilligung ein Entgelt für die Leistung des Anbieters darstellt. Es liegt dann, da der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt, ein unentgeltlicher Vertrag vor.

c) Minderjährigenschutz

Ob Daten ein Entgelt darstellen, kann unter dem Aspekt des Minderjährigenschutzes Bedeutung haben. Denn ein beschränkt Geschäftsfähiger (§§ 2, 106 BGB) kann nach § 107 BGB nur dann selbständig eine Willenserklärung abgeben und nach § 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB nur dann eine Willenserklärung selbständig in Empfang nehmen, wenn sie ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Dasselbe gilt gemäß § 1903 Abs. 3 S. 1 BGB und § 1903 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. mit § 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB in Bezug auf Betreute, zu deren Schutz ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist.

Es fragt sich, ob jegliche Berechtigung des Vertragspartners eines Minderjährigen, dessen personenbezogene Daten zu speichern, zu übermitteln oder zu nutzen, einen rechtlichen Nachteil darstellt, so dass ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Vertrag, der eine solche Berechtigung mit sich bringt, nicht ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schließen kann. Eine exakte Definition des Begriffs des rechtlichen Nachteils in §§ 107, 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB, unter die sich sämtliche Fälle präzise subsumieren lassen, ist bisher nicht gelungen.²⁴ Der BGH nimmt zu Recht an, dass auch Nachteile, die eine bloß mittelbare Folge des Geschäfts sind, relevant sein können, da die Interessen des beschränkt Geschäftsfähigen durch mittelbare Nachteile nicht notwendig weniger beeinträchtigt werden als durch unmittelbare.²⁵ Doch hält der BGH solche Nachteile für unschädlich, die ein typischerweise ganz unerhebliches Gefährdungspotential haben und deswegen eine Verweigerung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht rechtfertigen können. Hierin liege keine unzulässige wirtschaftliche Betrachtung. Denn dass das Gesetz auf die rechtliche statt

²¹ Wolff, in: BeckOK-DatenSR, Edition 14, Stand: 1.8.2015, § 28 BDSG Rz. 171.

²² Wolff, in: BeckOK-DatenSR, Edition 14, Stand: 1.8.2015, § 28 BDSG Rz. 174; Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 28 Rz. 46.

²³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), Kompromisstext vom 15.12.2015, abrufbar über www.consilium.europa.eu. Dokument Nr. 15039/15.

²⁴ Siehe Faust, Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, § 18 Rz. 15 ff.

²⁵ BGH, Beschluss vom 25.11.2004, BGHZ 161, 170 (178).

auf die wirtschaftliche Nachteiligkeit des Geschäfts abstelle, beruhe auf Gründen der Rechtssicherheit. Diese werde aber nicht beeinträchtigt, wenn lediglich eine geschlossene, klar abgegrenzte Gruppe von Rechtsnachteilen ausgesondert werde, die nach ihrer abstrakten Natur typischerweise keine Gefährdung mit sich bringe. Der BGH hat deshalb entschieden, die Verpflichtung zur Tragung der laufenden öffentlichen Grundstückslasten stelle keinen relevanten rechtlichen Nachteil dar.²⁶

Dieser Gedanke lässt sich auch im Hinblick auf die Berechtigung des Vertragspartners zur Nutzung von Daten fruchtbar machen. § 28 Abs. 1 BDSG erklärt die Datenerhebung und -speicherung für eigene Geschäftszwecke in begrenztem Umfang für zulässig, insbesondere wenn sie für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertrags mit dem Betroffenen erforderlich ist; eine ähnliche Regelung enthält Art. 6 Abs. 1 Buchst. b Vorschlag DS-GVO. Es handelt sich hier um eine klar abgegrenzte Fallgruppe. Der Gesetzgeber hat das Gefährdungspotential einer entsprechenden Datenerhebung und -speicherung offenbar als gering eingeschätzt, weil er die entsprechenden Maßnahmen generell und ohne Einwilligung des Betroffenen für zulässig erklärt hat. In der Tat drohen dem Minderjährigen hier keine Gefahren, vor denen er geschützt werden müsste, wird seinem Vertragspartner doch nur dasjenige gestattet, was erforderlich ist, damit er seine – unentgeltliche – Leistung gegenüber dem Minderjährigen erbringen kann. Führt der Abschluss eines Vertrags daher dazu, dass der Vertragspartner von Gesetzes wegen Befugnisse zur Datenerhebung und -verarbeitung erwirbt, so stellt dies keinen Nachteil dar, der eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich macht. Insofern ist allerdings darauf hinzuweisen, dass – entgegen vereinzelter Stimmen in der Literatur²⁷ – § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG nicht einschlägig ist, wenn zwar die Leistung im Internet auch ohne die betreffende Datenerhebung oder -speicherung erbracht werden könnte, der Anbieter dieser Leistung sie aber davon abhängig macht, dass ihm als Gegenleistung eine weitergehende Datenverarbeitung gestattet wird. Sinn von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG ist lediglich, ohne besondere Einwilligung die Abwicklung von Verträgen zu ermöglichen, die ohne Verarbeitung von Daten nicht sachgerecht abgewickelt werden können. Die Norm soll dagegen nicht Geschäftsmodelle fördern, bei denen Daten als Entgelt eingesetzt werden, indem sie es gestattet, durch einen (formlosen) Vertragsschluss sämtliche datenschutzrechtlichen Kautelen (z. B. § 4a Abs. 1 S. 3 und 4, § 28 Abs. 3a BDSG) zu umgehen.

Anders verhält es sich, wenn der Vertragspartner den Abschluss des Vertrags davon abhängig macht, dass der Minderjährige eine Einwilligung in Bezug auf die Nutzung seiner Daten erteilt, etwa eine Einwilligung gemäß § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG zur Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung. Hier liegt kein aus der Sicht des Gesetzgebers vernachlässigbares Gefährdungspotential vor, denn sonst hätte der Gesetzgeber keinen Anlass gehabt, eine Einwilligung des Betroffenen zu verlangen und diese Einwilligung überdies besonderen Formerfordernissen zu unterwerfen (§ 28 Abs. 3a BDSG). Dass der beschränkt Geschäftsfähige eine solche Einwilligung erteilen muss, stellt deswegen einen rechtlichen Nachteil dar, so dass der Vertrag der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf.

Insofern ist unerheblich, dass es nach herrschender Meinung hinsichtlich der Fähigkeit zur Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht auf die Geschäftsfähigkeit, sondern auf die

²⁶ BGH, Beschluss vom 25.11.2004, BGHZ 161, 170 (177 ff.). Kritisch *Schmitt*, NJW 2005, S. 1090 (1092 f.). Ablehnend *Röthel/Krackhardt*, Jura 2006, S. 161 (163 f.).

²⁷ *Bräutigam*, MMR 2012, S. 635 (640); *Weichert*, NJW 2001, S. 1463 (1467).

Urteils- und Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen ankommt.²⁸ Denn daraus folgt nur, dass ein nicht voll Geschäftsfähiger gegebenenfalls die Einwilligung wirksam abgeben kann. Die Fähigkeit eines nicht voll Geschäftsfähigen, eine bestimmte Leistung selbständig zu erbringen, spielt jedoch auch sonst im Rahmen der §§ 104 ff. BGB keine Rolle. So kann sich der nicht voll Geschäftsfähige etwa nicht ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters zur Leistung von Diensten verpflichten, auch wenn er diese Dienste faktisch durchaus allein erbringen könnte. Denn der Gesetzgeber will die Belastung des nicht voll Geschäftsfähigen mit einer Verpflichtung vermeiden. Nur wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger seine Leistung schon erbracht hat, so dass er bei Wirksamkeit des Vertrags keiner Verpflichtung mehr unterliegt, kann der Vertrag nach § 110 BGB wirksam werden. Eine entsprechende Anwendung dieser Norm auf die Einwilligung in die Nutzung von Daten des beschränkt Geschäftsfähigen kommt nicht in Betracht.²⁹ Denn § 110 BGB beruht auf der Vorstellung, dass der beschränkt Geschäftsfähige keinen Belastungen mehr ausgesetzt ist, wenn er die vertragsmäßige Leistung erbracht hat. Mit der Erteilung der Einwilligung in die Nutzung von Daten *beginnt* jedoch gerade die Belastung des beschränkt Geschäftsfähigen.

Es ist somit möglich, dass ein beschränkt Geschäftsfähiger eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung erteilt hat, aber der schuldrechtliche Vertrag, aufgrund dessen er das getan hat, mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksam (§ 108 Abs. 1 BGB) oder – nach Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter – endgültig unwirksam ist. Der Vertragspartner des beschränkt Geschäftsfähigen ist dann nicht zur Erbringung seiner Leistung verpflichtet und kann eine bereits erbrachte Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kondizieren oder nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz verlangen. Freilich werden Leistungen, die allgemein über das Internet offeriert werden, ohne dass dafür ein Preis verlangt wird, oft keinen Marktwert haben, und außerdem wird der beschränkt Geschäftsfähige häufig nicht mehr bereichert sein und deswegen die Herausgabe gemäß § 818 Abs. 3 BGB verweigern können. Umgekehrt kann der beschränkt Geschäftsfähige seine Einwilligung kondizieren und gemäß § 818 Abs. 1 und 2 BGB Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen verlangen, die der andere Teil aufgrund der Einwilligung gezogen hat. Dem Anspruch auf Nutzungsherausgabe dürfte freilich kaum praktische Bedeutung zukommen. Diese Folgen der fehlenden Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags scheinen durchaus angemessen.³⁰ Zwar verliert der beschränkt Geschäftsfähige die Vorteile aus dem Vertrag, doch bedarf er insofern keines Schutzes, da sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag jederzeit genehmigen kann, wenn er dies als für den Minderjährigen günstig ansieht. Dagegen kann der beschränkt Geschäftsfähige ein schutzwürdiges Interesse an der Kondiktion der datenschutzrechtlichen Einwilligung haben. Folge der Kondiktion ist nämlich, dass der Vertragspartner von der Einwilligung keinen Gebrauch mehr machen darf. Wie groß das Interesse des beschränkt Geschäftsfähigen an der Kondiktion ist, hängt deshalb davon ab, ob die Einwilligung auch bei Wirksamkeit des Vertrags widerruflich wäre; denn in diesem Fall bedarf es keiner Kondiktion.

²⁸ *Kühling*, in: BeckOK-DatenSR, Edition 14, Stand: 1.11.2015, § 4a BDSG Rz. 33; *Gola/Klug/Körffler*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4a Rz. 2a; *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4a Rz. 20 ff. Vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 30.6.2005, NJW-RR 2005, S. 1280 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 20.9.2012, WRP 2013, S. 375 ff.

²⁹ Ebenso *Bräutigam*, MMR 2012, S. 635 (637 f.).

³⁰ Anders *Bräutigam*, MMR 2012, S. 635 (638), der nicht auf die Kondizierbarkeit der Einwilligung eingeht.

Zwar wird die Einwilligung nach § 4a BDSG allgemein für widerruflich gehalten³¹; hiervon gehen auch § 28 Abs. 3a BDSG und § 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG aus, denen zufolge die verantwortliche Stelle bei einer Einwilligung in elektronischer Form sicherstellen muss, dass die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden kann. Dem Widerruf werden jedoch jedenfalls dann Grenzen gesetzt, wenn die Daten schon verarbeitet oder genutzt worden sind.³² So wird vertreten, dass ein Widerruf dann nicht möglich sei, wenn die Einwilligung Gegenstand eines Vertrags sei, weil dieser nicht einseitig rückgängig gemacht werden könne.³³ Bei fehlender Widerruflichkeit ist die Kondition der Einwilligung für den beschränkt Geschäftsfähigen die einzige Möglichkeit, die „Hoheit“ über seine Daten wieder zu erlangen. Es scheint durchaus sinnvoll, ihm trotz der Wirksamkeit der Einwilligung diese Möglichkeit einzuräumen, da Jugendliche, auch wenn sie die datenschutzrechtliche Altersgrenze überschritten haben, möglicherweise die mit der Einwilligung verbundenen Gefahren nicht in vollem Umfang absehen konnten³⁴.

Nach alledem führt das Auseinanderklaffen von datenschutzrechtlicher Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit zu durchaus sachgerechten Ergebnissen. Eine Anpassung der vertragsrechtlichen Regelungen an die auf den Einzelfall abstellende datenschutzrechtliche Regelung kommt ohnehin nicht in Betracht, da hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit aus Gründen der Rechtssicherheit starre Altersgrenzen gelten müssen und das Gesetz deshalb in Kauf nehmen muss, dass besonders vernünftigen und intelligenten Jugendlichen rechtliche Möglichkeiten versagt werden, die sie durchaus ausüben könnten. Eine Beseitigung der Diskrepanz zwischen datenschutzrechtlichen und vertragsrechtlichen Regelungen käme deshalb allenfalls in Betracht, wenn auch datenschutzrechtlich eine starre Altersgrenze gälte. Einen Schritt in diese Richtung geht Art. 8 Abs. 1 Vorschlag DS-GVO, nach dem Kinder – also Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben (Art. 4 Nr. 18 Vorschlag DS-GVO) – bis zum vollendeten sechzehnten Lebensjahr, denen direkt Dienste der Informationsgesellschaft angeboten werden, für die Einwilligung die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters benötigen. Die Altersgrenze kann durch das nationale Recht bis auf dreizehn Jahre abgesenkt werden. Allerdings ist durchaus zweifelhaft, ob dies als starre Altersgrenze zu verstehen ist, oder ob die Norm so zu verstehen ist, dass *jedenfalls* Kinder, die die Altersgrenze noch nicht erreicht haben, nicht selbständig einwilligen können, während bei älteren Kindern eine Einzelfallprüfung erfolgen muss³⁵. Für Letzteres spricht, dass die Erwägungsgründe 29, 46, 53 und 60a generell die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern (und nicht nur von Kindern unterhalb der Altersgrenze) hervorheben. Doch selbst wenn es sich um eine starre Altersgrenze handeln sollte, wäre eine Anpassung der §§ 104 ff. BGB verfehlt. Eine Sonderregelung im Recht der Geschäftsfähigkeit müsste die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für entbehrlich erklären, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger, der das datenschutzrechtlich relevante Alter erreicht hat, einen Vertrag schließt, der ihm als einzigen rechtlichen Nachteil eine datenschutzrechtliche Einwilligung abverlangt. Es ist nicht angebracht, das Recht der Geschäftsfähigkeit durch eine solche Sonderregel zu verkomplizieren. Punktuelle Sonderregelungen sollten

³¹ Art. 7 Abs. 3 Vorschlag DS-GVO gewährt demgegenüber dem Betroffenen das Recht, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen.

³² Kühling, in: BeckOK-DatenSR, Edition 14, Stand: 1.11.2015, § 4a BDSG Rz. 59; Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4a Rz. 38; Simitis, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4a Rz. 98 ff.

³³ Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4a Rz. 39.

³⁴ Vgl. Erwägungsgrund 53 S. 3 Vorschlag DS-GVO.

³⁵ So Gola/Schulz, ZD 2013, S. 475 (476).

nur dort geschaffen werden, wo ein zwingendes Bedürfnis für sie besteht. Das ist hier nicht der Fall. Denn – wie ausgeführt – schafft die Diskrepanz zwischen Vertragsrecht und Datenschutzrecht keine Probleme, sondern ermöglicht im Gegenteil nicht voll Geschäftsfähigen über das Vertragsrecht zusätzlichen Schutz angedeihen zu lassen. Auch Art. 8 Abs. 2 Vorschlag DS-GVO geht davon aus, dass die Wirksamkeit der Einwilligung in die Datennutzung und die Wirksamkeit eines Vertrags, durch den sich ein Minderjähriger zu einer solchen Einwilligung verpflichtet, nicht unbedingt einheitlich zu beurteilen sind.

d) Verbraucherschutzrecht

Ob es ein Entgelt darstellt, wenn der Nutzer einer Leistung deren Anbieter Daten zur Verfügung stellt und ihm die Nutzung gestattet, kann im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften von Bedeutung sein. Nach § 312 Abs. 1 BGB gelten nämlich die §§ 312-312h BGB nur für Verbraucherverträge – also Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (§ 310 Abs. 3 BGB) –, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. Zu diesen Normen zählen insbesondere die Regelungen über Informationspflichten (§§ 312a Abs. 2, 312d, 312f Abs. 2 und 3 BGB) und das Widerrufsrecht (§ 312g BGB) bei Fernabsatzverträgen.

Die Anwendbarkeit dieser Normen kann auch dann von Bedeutung sein, wenn der Verbraucher für die Leistung des Unternehmers kein anderes Entgelt erbringt, als seine Daten zur Verfügung zu stellen. So verpflichten etwa § 312a Abs. 2 S. 1 BGB i. V. mit Art. 246 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB und § 312d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. mit Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 EGBGB den Unternehmer dazu, den Verbraucher über die Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte, zu informieren. Auf das Widerrufsrecht kann es ankommen, wenn im konkreten Fall die datenschutzrechtliche Einwilligung, die der Verbraucher erteilt hat, nicht frei widerruflich ist (siehe insofern S. 11). Denn der Unternehmer muss dann im Fall des Widerrufs gemäß § 357 Abs. 1 BGB die Einwilligung „zurückgewähren“, kann also keinen Gebrauch mehr von ihr machen.

Doch kann letztlich dahingestellt bleiben, ob die Einwilligung in die Nutzung von Daten ein Entgelt i. S. von § 312 Abs. 1 BGB darstellt, da das Erfordernis der Entgeltlichkeit in dieser Norm nicht mit der Verbraucherrechte-RL in Einklang steht. Diese knüpft hinsichtlich der Informationspflichten (Art. 6 und 8 Verbraucherrechte-RL) und des Widerrufsrechts (Art. 9 Verbraucherrechte-RL) an das Vorliegen eines Fernabsatzvertrags an, den Art. 2 Nr. 7 Verbraucherrechte-RL definiert als „jeden Vertrag, der zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems geschlossen wird, wobei bis einschließlich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausschließlich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet wird/werden“. Und Art. 3 Abs. 1 S. 1 Verbraucherrechte-RL statuiert ausdrücklich, dass die Richtlinie „für jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden“, gilt. Das Erfordernis der Entgeltlichkeit findet sich nirgends, und auch die Ausnahmekataloge in Art. 3 Abs. 3 und in Art. 16 Verbraucherrechte-Richtlinie enthalten keine Regelung in Bezug auf unentgeltliche Verträge. Der deutsche Gesetzgeber hat das Merkmal der Entgeltlichkeit aus der Definition von „Kaufvertrag“ und „Dienstleistungsvertrag“ in Art. 2 Nr. 5 und 6 Verbraucherrechte-RL abgeleitet, die jeweils verlangen, dass der

Verbraucher für die Leistung des Unternehmers einen Preis zahlt.³⁶ Doch die Regelungen der Verbraucherrechte-RL über Informationspflichten und Widerrufsrechte gelten gerade nicht nur für Kauf- und Dienstleistungsverträge (vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. c, Art. 17 Verbraucherrechte-RL). Das Erfordernis einer entgeltlichen Leistung des Unternehmers in § 312 Abs. 1 BGB ist darum richtlinienwidrig³⁷ und muss aus dem BGB gestrichen werden. Es kommt dann nicht mehr darauf an, ob es ein Entgelt darstellt, wenn der Verbraucher dem Unternehmer die Nutzung von Daten gestattet. Bis zur Änderung von § 312 Abs. 1 BGB ist der Begriff der Entgeltlichkeit jedenfalls richtlinienkonform im weitestmöglichen Sinn auszulegen. Bei einer solchen Auslegung erfasst er auch das Zur-Verfügung-Stellen von Daten.³⁸ So hat auch der Rechtsausschuss angenommen, ein Entgelt i. S. von § 312 Abs. 1 BGB könne auch darin liegen, dass der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten mitteilt und in deren Speicherung, Nutzung oder Weitergabe einwilligt.³⁹ Eine Änderung des BGB speziell im Hinblick hierauf ist daher nicht erforderlich.

e) Haftungsmaßstab

Ob die Einwilligung in die Nutzung von Daten ein Entgelt darstellt, kann schließlich für die Haftung des Anbieters von Bedeutung sein. Das BGB enthält keine allgemeine Regelung hinsichtlich der Haftung in unentgeltlichen Verträgen, sondern nur einzelne Haftungsprivilegierungen, und überdies sind diese Privilegierungen unterschiedlich ausgestaltet: Organmitglieder, besondere Vertreter und Vereinsmitglieder, die für den Verein tätig sind und dafür nicht mehr als 720 € im Jahr erhalten, haften nach §§ 31a, 31b BGB nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Der Schenker (§ 521 BGB) und der Verleiher (§ 599 BGB) haften grundsätzlich nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, im Hinblick auf Sach- und Rechtsmängel – von Ausnahmen bei der Schenkung abgesehen – sogar nur bei Arglist (§§ 523, 524, 600 BGB). Der Verwahrer muss dagegen schon unterhalb der Schwelle der groben Fahrlässigkeit für eine Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt einstehen (§§ 690, 277 BGB). Die Haftung des Beauftragten (§§ 662 ff. BGB) wird nicht beschränkt. Es wäre zwar möglich, im Rahmen von § 276 Abs. 1 S. 1 BGB aus der Unentgeltlichkeit eines Vertrags generell eine mildere Haftung abzuleiten. Angesichts der fragmentarischen Regelungen im BGB, die offensichtlich an die Besonderheiten des jeweiligen Vertrags anknüpfen, verbietet sich jedoch eine generelle Privilegierung des unentgeltlich Handelnden.⁴⁰ Es kommt daher nicht darauf an, ob die Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung generell zur Entgeltlichkeit des betreffenden Vertrags führt.

³⁶ Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-RL, BT-Drucks. 17/12637, S. 45; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13951, S. 72. Ebenso *Ehmann/Forster*, GWR 2014, S. 163 (163 f.) und *Staudinger-Martinek*, ECKPfeiler des Zivilrechts 2014/2015, Rz. A 36. Zweifelnd *MünchKommBGB-Wendehorst*, 7. Aufl. 2016, § 312 Rz. 19.

³⁷ *Schmidt-Kessel*, K & R 2014, S. 475 (479); *Schürnbrand*, WM 2014, S. 1157 (1159 f.); *Schwab/Hromek*, JZ 2015, S. 271 (273 f.).

³⁸ *Brönneke/Schmidt*, VuR 2014, S. 3; *Buchmann*, K & R 2014, S. 369 (wenn mehr Daten erhoben oder eine weitergehende Einwilligung verlangt wird, als zur Erbringung der Leistung des Unternehmers erforderlich ist); *MünchKommBGB-Wendehorst*, 7. Aufl. 2016, § 312 Rz. 19; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 312 Rz. 3. A. A. *Spindler/Schuster-Schirnbacher*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 312 BGB Rz. 30.

³⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13951, S. 72.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 30.4.1959, BGHZ 30, 40 (46 f.) (Überführung eines Kfz); BGH, Urteil vom 8.1.1965, BGHZ 43, 72 (76 f.) (Gefälligkeitsfahrt); BGH, Urteil vom 9.6.1992, NJW 1992, S. 2474 (2475) (Überlassung eines Reitpferds); BGH, Urteil vom 24.9.2013, NJW-RR 2014, S. 733 Rz. 14 f. (Haftung einer Verwertungsgesellschaft); *MünchKommBGB-Koch*, 7. Aufl. 2016, § 521 Rz. 8; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 276 Rz. 45; *Soergel-Pfeiffer*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 276 Rz. 223.

Ob dem Anbieter digitaler Inhalte eine Haftungsprivilegierung zugute kommt, hängt somit davon ab, ob sich der betreffende Vertrag unter einen derjenigen Vertragstypen subsumieren lässt, bei denen das Gesetz eine Haftungsprivilegierung vorsieht. In Betracht kommt in erster Linie eine Schenkung, wenn etwa Programme, Filme oder andere Dokumente gratis aus dem Netz heruntergeladen werden können. Werden Programme und Dateien zur zeitlich befristeten Nutzung zur Verfügung gestellt, ist auch an eine Leihe zu denken. Die Frage nach der Haftungsprivilegierung wird sich insbesondere in Bezug auf Mangelfolgeschäden stellen, also auf Schäden an anderen Rechtsgütern des Nutzers. So kann etwa die unentgeltlich zur Verfügung gestellte Software den Rechner des Nutzers mit einem Virus infizieren und dort gespeicherte Daten zerstören. Über die Reichweite der Privilegierung in Bezug auf Mangelfolgeschäden herrscht Uneinigkeit. Es wird vertreten, dass insofern keinerlei Privilegierung eingreift⁴¹, dass die allgemeine Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit durch §§ 521, 599 BGB gilt⁴² und dass die für Sachmängel geltende Beschränkung der §§ 524, 600 BGB eingreift⁴³. Eine Klärung durch den Gesetzgeber wäre insofern wünschenswert. Doch kann sie nicht punktuell im Hinblick auf Verträge über digitale Güter erfolgen, sondern müsste Teil einer größeren Reform sein, die das Leistungsstörungenrecht von Leihe und Schenkung an die Schuldrechtsreform anpasst.

Welche Reichweite die Haftungsprivilegierung auch hat – es stellt sich die Frage, ob das dauernde oder zeitweise Zur-Verfügung-Stellen digitaler Inhalte eine Schenkung oder eine Leihe ist, so dass die Haftungsprivilegierung zur Anwendung kommt. Dies hängt davon ab, ob die Leistung des Anbieters unentgeltlich erfolgt (§§ 516 Abs. 1, 598 BGB). Hierfür ist erstens erforderlich, dass die Leistung objektiv unentgeltlich erfolgt, und zweitens, dass sich die Parteien über diese Unentgeltlichkeit einigen. Dabei liegt Entgeltlichkeit nicht nur vor, wenn die Zuwendung zu einer anderen Leistung im Gegenseitigkeitsverhältnis steht, sondern auch dann, wenn zwischen den beiden Leistungen eine konditionale oder eine kausale Verknüpfung besteht.⁴⁴ Im ersten Fall ist die Zuwendung bzw. das Recht, sie zu behalten, von einer Leistung des Zuwendungsempfängers abhängig, im zweiten Fall hat die Zuwendung rechtlich die Geschäftsgrundlage, dass dafür eine Verpflichtung eingegangen oder eine Leistung bewirkt wird⁴⁵. Die Leistung des Empfängers muss dabei nicht geldwerter oder vermögensrechtlicher Art sein, sondern kann auch immateriellen Charakter

⁴¹ Für die Schenkung: *Grundmann*, AcP 198 (1998), S. 457 (465 ff.); *Stoll*, JZ 1985, S. 384 (385 f.). Für die Leihe: *Palandt-Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 599 Rz. 2.

⁴² Für die Schenkung: *MünchKommBGB-Koch*, 7. Aufl. 2016, § 521 Rz. 7; *Soergel-Eckert*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 521 Rz. 9. Für die Leihe: *MünchKommBGB-Häublein*, 6. Aufl. 2012, § 599 Rz. 5; *Soergel-Heintzmann*, BGB, 13. Aufl. 2007, § 600 Rz. 2; *Staudinger-Reuter*, BGB, Neubearb. 2013, § 600 Rz. 3.

⁴³ Für die Schenkung: BGH, Urteil vom 2.7.1975, BGHZ 93, 23 (28) (Kartoffelpülpe); *Palandt-Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 524 Rz. 4; *Staudinger-Chiusi*, BGB, Neubearb. 2013, § 524 Rz. 4.

⁴⁴ Zur Schenkung: BGH, Urteil vom 17.1.1990, NJW-RR 1990, S. 386; *MünchKommBGB-Koch*, 7. Aufl. 2016, § 526 Rz. 27 f.; *Palandt-Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 516 Rz. 8; *Soergel-Eckert*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 516 Rz. 32; *Staudinger-Chiusi*, BGB, Neubearb. 2013, § 516 Rz. 44 ff. Zur Leihe: *Palandt-Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 598 Rz. 4; *Soergel-Heintzmann*, BGB, 13. Aufl. 2007, § 598 Rz. 5; *Staudinger-Reuter*, BGB, Neubearb. 2013, § 598 Rz. 4 ff.

⁴⁵ *Palandt-Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 516 Rz. 8; *MünchKommBGB-Koch*, 7. Aufl. 2016, § 516 Rz. 28; *Staudinger-Chiusi*, BGB, Neubearb. 2013, § 516 Rz. 47. Enger *Soergel-Eckert*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 516 Rz. 32.

haben.⁴⁶ Die Bezeichnung einer objektiv entgeltlichen Leistung als Schenkung oder Leihe kann diese nicht zur Schenkung oder Leihe machen.⁴⁷

Nach diesen Kriterien ist anzunehmen, dass die kostenlose Überlassung von digitalen Inhalten Schenkung oder Leihe ist, wenn sie zwar eine Erhebung oder Speicherung personenbezogener Daten des Empfängers voraussetzt, diese Erhebung und Speicherung aber nicht dasjenige Maß überschreitet, das datenschutzrechtlich ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig ist (vgl. zu § 107 BGB S. 9).⁴⁸

Überschreitet die Datenerhebung oder -speicherung dagegen das datenschutzrechtlich gestattete Maß und macht der Anbieter die Überlassung der digitalen Inhalte davon abhängig, dass der Empfänger eine datenschutzrechtliche Einwilligung erteilt, so stellt diese Einwilligung ein Entgelt für die Überlassung der digitalen Inhalte dar, und diese Überlassung ist deswegen keine Schenkung oder Leihe. Das gilt insbesondere für Einwilligungen in die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung gemäß § 28 Abs. 3 BDSG. Die Einwilligung bedeutet hier für den Anbieter der digitalen Inhalte einen Vorteil, den er durch das Geschäft zu erlangen sucht. Im Allgemeinen wird durch technische Vorrichtungen sichergestellt sein, dass der Nutzer erst auf die digitalen Inhalte zugreifen kann, wenn er die Einwilligung erteilt hat. Zwischen den beiden Leistungen liegt darum eine synallagmatische oder konditionale Verknüpfung vor. Aus diesem Grund kommt – bei der dauernden Überlassung – auch eine Schenkung unter Auflage (§ 525 BGB) nicht in Betracht. Denn bei einer solchen Schenkung darf keine wechselseitige Abhängigkeit zwischen den beiden Leistungen bestehen, sondern nur ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis der Leistung des Beschenkten, durch die die Auflage vollzogen wird, von der zuvor erfolgten Schenkung.⁴⁹ Dies ist hier nicht der Fall, weil die Überlassung der digitalen Inhalte von der Einwilligung abhängig gemacht wird. Im Übrigen ist für eine Schenkung unter Auflage charakteristisch, dass die Leistung zur Erfüllung der Auflage auf der Grundlage und aus dem Wert der Zuwendung erfolgt.⁵⁰ Auch das ist hier nicht der Fall.

Auch die Annahme einer gemischten Schenkung oder gemischten Leihe⁵¹, bei der der Wert der Gegenleistung hinter dem Wert der Leistung zurückbleibt und die Parteien sich darüber einig sind, dass die Leistung im Übrigen unentgeltlich erfolgt⁵², scheidet aus. Denn zum einen stellt die datenschutzrechtliche Einwilligung für den Anbieter der digitalen Inhalte durchaus einen erheblichen Vorteil dar, weil sie ihm ermöglicht, eigene Werbung passgenau zu platzieren oder durch fremde Werbung Einkünfte zu erzielen. Zum anderen sind seine Grenzkosten dafür, dem konkreten Nutzer die digitalen Inhalte zur Verfügung zu stellen, typischerweise minimal.

Mangels Unentgeltlichkeit liegt somit keine Schenkung oder Leihe vor, wenn die Überlassung von digitalen Inhalten von der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig gemacht

⁴⁶ BGH, Urteil vom 17.1.1990, NJW-RR 1990, S. 386.

⁴⁷ *Soergel-Eckert*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 516 Rz. 27.

⁴⁸ So wohl auch *Schmidt-Kessel*, K & R 2014, S. 475 (479 f.).

⁴⁹ RG, Urteil vom 7.3.1905, RGZ 60, 238 (241); *Staudinger-Chiusi*, BGB, Neubearb. 2013, § 525 Rz. 15.

⁵⁰ BGH, Urteil vom 2.10.1981, NJW 1982, S. 818 (819); *MünchKommBGB-Koch*, 7. Aufl. 2016, § 525 Rz. 4; *Palandt-Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 525 Rz. 7; *Soergel-Eckert*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 525 Rz. 9.

⁵¹ Vgl. *Staudinger-Reuter*, BGB, Neubearb. 2013, § 598 Rz. 3.

⁵² Siehe *Palandt-Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 516 Rz. 13.

wird.⁵³ Hieran ändert sich auch nichts, wenn der Anbieter seine Leistung mit Worten wie „kostenlos“ oder „gratis“ bewirbt. Die Haftungsprivilegierungen der §§ 521, 523 f., 599 f. BGB kommen somit nicht zur Anwendung.

Dies entspricht dem Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL. Sie gilt nach ihrem Abs. 3 Abs. 1 für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis (also gemäß Art. 2 Nr. 6 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL Geld, das im Austausch für bereitgestellte digitale Inhalte geschuldet wird) zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt. Erwägungsgrund 13 führt aus, dass eine Differenzierung nach der Art der Gegenleistung zu einer diskriminierenden Unterscheidung zwischen verschiedenen Geschäftsmodellen führen und Unternehmen einen ungerechtfertigten Anreiz bieten würde, digitale Inhalte vermehrt gegen Daten anzubieten. Und im folgenden Erwägungsgrund heißt es: „Die Richtlinie sollte nicht in Fällen gelten, in denen der Anbieter Daten verlangt, die er für die vertragsgemäße Funktionsweise digitaler Inhalte benötigt, beispielsweise Angaben zum geografischen Standort, die für das ordnungsgemäße Funktionieren einer mobilen Anwendung erforderlich sind. Ebenso wenig sollte die Richtlinie gelten in Fällen, in denen die Datenerhebung ausschließlich der Erfüllung rechtlicher Anforderungen dient, beispielsweise wenn die Registrierung des Verbrauchers zu Sicherheits- und Identifizierungszwecken gesetzlich vorgeschrieben ist. Diese Richtlinie sollte auch nicht in Fällen gelten, in denen der Anbieter Informationen einschließlich personenbezogener Daten wie z. B. die IP-Adresse oder sonstige automatisch generierte Informationen wie durch Cookies gesammelte und übermittelte Informationen erhebt, ohne dass der Verbraucher diese aktiv bereitstellt, wobei das Akzeptieren von Cookies durch den Verbraucher nicht als aktives Bereitstellen von Informationen zählt. Ebenso wenig sollte sie in Fällen gelten, in denen der Verbraucher ausschließlich zwecks Erlangung des Zugangs zu digitalen Inhalten Werbung ausgesetzt ist.“

Der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL verlangt also ebenso wie die hier vertretene Ansicht für das Vorliegen eines Entgelts ein aktives Handeln des Verbrauchers und nimmt in Fällen nach Art des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG Unentgeltlichkeit an. Auf Wertungen des Datenschutzrechts abzustellen verbürgt ein hohes Maß an Rechtssicherheit und entspricht dem Prinzip der Entgeltlichkeit, nach dem derjenige, der ein Entgelt leistet, etwas tut, was er nicht tun müsste (im Hinblick auf Daten: eine Einwilligung erteilt), und derjenige, der das Entgelt bekommt, etwas erhält, was er nicht ohnehin schon hat (im Hinblick auf Daten: das Recht zur Nutzung). Die hier befürwortete Datenschutzrechts-akzessorische Abgrenzung ist daher einer Abgrenzung mit Hilfe relativ vager Kriterien, wie sie der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL vornimmt, vorzuziehen.

Eine gesetzliche Regelung im BGB wäre insofern zwar möglich, ist aber nicht erforderlich. Als Standort würde sich der Untertitel „Begründung [von Schuldverhältnissen aus Verträgen]“ (§§ 311-311c BGB) anbieten.

5. Inhalt der Schuldverhältnisse

In Abschnitt 1 des Schuldrechts (Inhalt der Schuldverhältnisse, §§ 241-304 BGB) besteht kein Bedarf für Sonderregeln im Hinblick auf digitale Inhalte. Spezifika digitaler Inhalte, die etwa eine

⁵³ So wohl auch *Schmidt-Kessel*, K & R 2014, S. 475 (480).

Modifizierung der Regeln über den Gläubigerverzug (§§ 293-304 BGB) erfordern würden, sind nicht erkennbar.

Von Bedeutung kann sein, wo der Leistungsort für das Zur-Verfügung-Stellen digitaler Inhalte liegt, weil davon abhängt, wer das Übermittlungsrisiko trägt. Allerdings lassen sich digitale Inhalte normalerweise problemlos und ohne nennenswerte Kosten reproduzieren, wenn eine Übermittlung an den Nutzer fehlschlägt. Die Gefahrtragung dürfte deshalb allenfalls relevant werden, wenn entweder die Übermittlung verzögert wird oder die digitalen Inhalte bei der Übermittlung verändert werden und der Empfänger dies zunächst nicht erkennt und dadurch einen Schaden erleidet. Die Regelung des § 269 BGB, die im Zweifel das Übermittlungsrisiko dem Gläubiger auferlegt, scheint insofern durchaus sachgerecht. Im Übrigen ist sie durch das Abstellen auf den Inhalt des Schuldverhältnisses hinreichend flexibel. Der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL enthält keine explizite Regelung über die Gefahrtragung. Eventuell könnte dem Art. 5 Abs. 2 S. 2 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL, nach dem die Bereitstellung der digitalen Inhalte als erfolgt gilt, wenn sie der relevanten Person bereitgestellt wurden, die Regelung entnommen werden, dass der Unternehmer das Übermittlungsrisiko zu tragen hat.

Eine besondere Regelung hinsichtlich der Leistungszeit ist nicht erforderlich, da insofern für digitale Inhalte keine Besonderheiten gelten. Einer Ergänzung oder Modifizierung von § 270 BGB bedarf es darum nicht; die Leistung ist mangels abweichender Vereinbarung sofort fällig. Dies ordnet im Übrigen auch Art. 8 Abs. 2 S. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL an.

6. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Normen, die die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen regeln (§§ 305 Abs. 2, 305a, 305c Abs. 1, 310 Abs. 1 S. 1 BGB), sind auch im Hinblick auf online geschlossene Verträge über digitale Inhalte sachgerecht. Insbesondere ist es dabei problemlos möglich, die Voraussetzungen von § 305 Abs. 2 BGB zu erfüllen.

Zweifelhaft scheint das Verhältnis von § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB zu den Regeln über die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere weil gegenüber Unternehmern § 305 Abs. 2 BGB nicht gilt (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB): Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nur wirksam in den Vertrag einbezogen, wenn die für den elektronischen Geschäftsverkehr statuierten Anforderungen erfüllt sind? Nach herrschender Meinung, die sich auf die Gesetzesbegründung⁵⁴ stützt, statuiert § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB keine Voraussetzung für die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁵⁵ Hierfür spricht sowohl die systematische Stellung der Norm als auch die Tatsache, dass bei Abschluss eines Vertrags außerhalb des elektronischen Verkehrs die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch nicht voraussetzt, dass dem Kunden ein Exemplar der Allgemeinen Geschäftsbedingungen überlassen wird. Europarechtlich ist dies zulässig, da die Klausel-RL⁵⁶ die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht regelt und Art. 10

⁵⁴ Fraktionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 172.

⁵⁵ *Grigoleit*, NJW 2002, S. 1151 (1157); MünchKommBGB-Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312i Rz. 101; NomosK-BGB-Ring, 2. Aufl. 2012, § 312g Rz. 42; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 312i Rz. 8; *Staudinger-Thüsing*, BGB, Neubearb. 2013, § 312g Rz. 58.

⁵⁶ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95, S. 29 ff.

Abs. 3 E-Commerce-RL⁵⁷, zu dessen Umsetzung § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB dient, keine Sanktionen für die Verletzung der betreffenden Pflicht vorsieht, so dass diese dem nationalen Recht überlassen bleiben. Bedarf für eine gesetzliche Klarstellung besteht nicht.

Zur Inhaltskontrolle wird im Zusammenhang mit den einzelnen Vertragstypen Stellung genommen.

7. Verbraucherverträge und besondere Vertriebsformen

a) Grenzen der Vereinbarung von Entgelten

Nach § 312a Abs. 3 S. 1 BGB muss eine Vereinbarung, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, ausdrücklich geschlossen werden. Bei einem Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr⁵⁸ wird eine solche Vereinbarung nach § 312a Abs. 3 S. 2 BGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn der Unternehmer die Vereinbarung nicht durch eine Voreinstellung herbeiführt. Die Norm, die Art. 22 Verbraucherrechte-RL umsetzt, soll den Verbraucher davor schützen, bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts zu übersehen, dass er neben der von ihm gewollten Hauptleistung kostenpflichtige Nebenleistungen erwirbt. Zu denken ist etwa an den Fall, dass bei Buchung eines Flugs eine Rücktrittsversicherung „mitverkauft“ wird. Die Regierungsbegründung führt aus, dass nach bisher geltendem Recht der Verbraucher nur über die Anfechtung wegen Inhaltsirrtums (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) geschützt werde. Dabei sei allerdings die Kausalität fraglich, wenn sich die Fehlvorstellung des Verbrauchers nur auf eine geringe zusätzliche Zahlungspflicht beziehe. Außerdem sei im Falle einer Anfechtung der ganze Vertrag nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig; der Verbraucher werde also nicht nur von der Pflicht befreit, die nicht gewollte Nebenleistung zu bezahlen, sondern verliere zugleich den Anspruch auf die von ihm gewünschte Hauptleistung.⁵⁹ Beides trifft nicht zu. Da § 312a Abs. 3 S. 2 BGB voraussetzt, dass ein gesondertes Entgelt für eine Nebenleistung vereinbart werden soll, ist der Vertrag nämlich in Haupt- und Nebenleistung teilbar. Angefochten werden kann darum nur der irrtumsbehaftete Teil des Vertrags, also der auf die Nebenleistung bezogene. Der Rest des Vertrags bleibt nach § 139 BGB wirksam, weil der Unternehmer die Hauptleistung auch ohne die Nebenleistung angeboten hat und der Verbraucher nur die Hauptleistung erwerben wollte.⁶⁰ Da sich die Anfechtung nur auf die Nebenleistung bezieht, ist auch die Kausalität unproblematisch.

⁵⁷ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG Nr. L 178, S. 1 ff.

⁵⁸ Zweifelhaft ist, ob die Beschränkung auf Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr mit der Verbraucherrechte-RL vereinbar ist (dagegen MünchKommBGB-*Wendehorst*, 7. Aufl. 2016, § 312a Rz. 60). Dafür spricht, dass die deutsche Fassung der Richtlinie von „Voreinstellungen“ spricht, die nur bei elektronischen Erklärungen in Betracht kommen. In der englischen („by using default options“) und französischen („en ayant recours à des options par défaut“) Fassung stehen allerdings neutrale Ausdrücke. Der Bundesrat hat daher vorgeschlagen, die Beschränkung auf den elektronischen Geschäftsverkehr zu streichen (Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 17/12637, S. 87 [90]). Die Bundesregierung wies dies zurück, weil außerhalb des elektronischen Geschäftsverkehrs kein Bedürfnis für einen Schutz des Verbrauchers bestehe (Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/12637, S. 95 [97]).

⁵⁹ Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-RL, BT-Drucks. 17/12637, S. 53.

⁶⁰ Siehe *Palandt-Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 143 Rz. 2.

Die Norm ist sinnvoll, weil sie dazu beiträgt, Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr zu vermeiden. Bedenklich ist, dass die Bundesregierung offenbar sehr niedrige Anforderungen an eine ausdrückliche Vereinbarung stellt. Denn in der Gesetzesbegründung heißt es: „Auch allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine Verpflichtung des Verbrauchers zur Bezahlung einer Nebenleistung des Unternehmers beinhalten, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nach [§ 312a Abs. 3 S. 1 BGB] einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien.“⁶¹ Es soll also offenbar genügen, wenn der Verbraucher ausdrücklich der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustimmt, die eine Verpflichtung zur Bezahlung einer Nebenleistung des Unternehmers beinhalten. Das wird dem Schutzzweck der Vorschrift nicht gerecht.⁶² Denn Allgemeine Geschäftsbedingungen werden typischerweise vor Vertragsschluss nicht gelesen, so dass der Verbraucher sich gerade nicht bewusst für die Nebenleistung entscheidet; er würde lediglich durch § 305c Abs. 1 BGB geschützt. Der Bundesrat schlug eine Regelung vor, nach der bei Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen eine ausdrückliche Vereinbarung nur vorliegt, wenn der Verbraucher ihr gesondert und ausdrücklich zustimmt.⁶³ Die Bundesregierung lehnte diesen Vorschlag ab, weil das Erfordernis einer gesonderten und ausdrücklichen Zustimmung nicht praktikabel und neben der AGB-Kontrolle nicht erforderlich sei.⁶⁴ Angesichts dieser Gesetzesgeschichte sollte im Gesetzestext klargestellt werden, dass eine pauschale – wenn auch ausdrückliche – Zustimmung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers nicht genügt.

Verfehlt ist, dass der Verbraucher selbst dann keinen Anspruch auf die Nebenleistung erwirbt, wenn er seine – nicht ausdrückliche oder mit Hilfe einer Voreinstellung herbeigeführte – Zustimmung bewusst erteilt hat. Die Regierungsbegründung verweist insofern darauf, dass die Parteien die Vereinbarung über die Nebenleistung gemäß § 141 BGB bestätigen könnten⁶⁵, doch ist der Verbraucher insofern auf die Kooperation des Unternehmers angewiesen, und außerdem wird ihm häufig die Notwendigkeit einer Bestätigung gar nicht bewusst sein. Sachgerecht wäre es, dem Verbraucher ein Wahlrecht zu geben. Der Bundesrat schlug deshalb vor, dem Verbraucher eine Genehmigungsmöglichkeit einzuräumen.⁶⁶ Die Bundesregierung lehnte dies ab, weil hierfür kein Bedarf bestehe.⁶⁷ Die deutsche Regelung dürfte insofern gegen Art. 22 Verbraucherrechte-RL verstoßen. Denn dieser sieht als Rechtsfolge vor, dass *der Verbraucher* nicht gebunden ist, und außerdem widerspricht es eklatant dem Verbraucherschutzzweck der Norm, dem Verbraucher einen Anspruch auf die von ihm gewollte Leistung zu versagen. Die deutsche Norm muss daher geändert werden; bis dahin ist anzunehmen, dass sich der Unternehmer gemäß § 242 BGB wegen Rechtsmissbrauchs nicht darauf berufen kann, dass eine Nebenleistung, die vom Verbraucher zwar durch konkludente Erklärung, aber nicht entsprechend § 312a Abs. 3 BGB vereinbart wurde, nicht Vertragsbestandteil ist.

⁶¹ Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-RL, BT-Drucks. 17/12637, S. 53.

⁶² Ebenso MünchKommBGB-Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312a Rz. 57.

⁶³ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 17/12637, S. 87 (90).

⁶⁴ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/12637, S. 95 (97).

⁶⁵ Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-RL, BT-Drucks. 17/12637, S. 53. Ebenso Erman-Koch, BGB, 14. Aufl. 2014, § 312a Rz. 40.

⁶⁶ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 17/12637, S. 87 (90).

⁶⁷ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/12637, S. 95 (97).

b) Widerrufsrecht

aa) Erlöschen des Widerrufsrechts

Die Einräumung eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts ist bei Verträgen über digitale Inhalte im Hinblick auf die Widerrufsfolgen problematisch. Denn aufgrund des Widerrufs müssen die Parteien einander gemäß §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurückgewähren. Die Rückgewähr digitaler Inhalte ist jedoch wegen deren unbegrenzter Kopierbarkeit für den Unternehmer nicht von Interesse. Für ihn ist vielmehr entscheidend, dass der Verbraucher die digitalen Inhalte nicht mehr nutzen kann, weil er sich sonst durch einen Vertragsschluss und anschließenden Widerruf die digitalen Inhalte unentgeltlich verschaffen könnte.⁶⁸ Dem Interesse des Unternehmers ist also Genüge getan, wenn die digitalen Inhalte beim Verbraucher gelöscht werden oder der Verbraucher keinen Zugriff mehr auf sie hat. So sieht Art. 13 Abs. 2 Buchst. d Vorschlag Digitale-Inhalte-RL für den Fall der Vertragsbeendigung, in dem sich dasselbe Problem stellt, vor, dass der Verbraucher digitale Inhalte, die nicht auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt wurden, nicht mehr nutzen und Dritten zur Verfügung stellen darf, sie insbesondere löschen oder auf andere Weise unlesbar machen muss. Wurden die digitalen Inhalte auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt, muss der Verbraucher gemäß Art. 13 Abs. 2 Buchst. e Vorschlag Digitale-Inhalte-RL diesen auf Aufforderung des Anbieters zurücksenden und jede verwendbare Kopie löschen oder unlesbar machen; er darf solche Kopien nicht mehr nutzen und Dritten zur Verfügung stellen. Für den Unternehmer kann es freilich schwer zu kontrollieren sein, ob der Verbraucher wirklich sämtliche Kopien gelöscht oder unbrauchbar gemacht hat.

§ 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 6 BGB schließt daher in Übereinstimmung mit Art. 16 Buchst. i Verbraucherrechte-RL das Widerrufsrecht bei Ton- oder Videoaufnahmen und Computersoftware aus, wenn diese digitalen Inhalte in einer versiegelten Packung geliefert wurden und nach der Lieferung die Versiegelung entfernt wurde.

Werden digitale Inhalte i. S. von § 312f Abs. 3 BGB nicht auf einem körperlichen⁶⁹ Datenträger geliefert, erlischt das Widerrufsrecht gemäß § 356 Abs. 5 BGB, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags begonnen hat, nachdem der Verbraucher (1.) ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt, und (2.) seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er durch seine Zustimmung mit Beginn der Ausführung des Vertrags sein Widerrufsrecht verliert. Dies entspricht Art. 16 Buchst. m Verbraucherrechte-RL. Der Unternehmer wird hierdurch allerdings nur dann ausreichend geschützt, wenn er – falls der Verbraucher seine Zustimmung nicht erteilt – nicht vor Ablauf der Widerrufsfrist mit der Ausführung des Vertrags beginnen muss. Die Regelung wird darum von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB und von § 308 Nr. 1 Halbs. 2 BGB flankiert: Nach § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB, der Art. 9 Abs. 2 Buchst. c Verbraucherrechte-RL entspricht, beginnt die Widerrufsfrist bei der Lieferung von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger erfolgt, nicht erst mit der Lieferung, sondern schon mit Vertragsschluss (falls der Verbraucher ordnungsgemäß belehrt wurde). Und

⁶⁸ Vgl. *Schmidt-Kessel*, K & R 2014, S. 475 (480); *Schwab/Hromek*, JZ 2015, S. 271 (280).

⁶⁹ In §§ 312f Abs. 3, 356 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5, 357 Abs. 9 BGB wird ebenso wie in den entsprechenden Normen der Verbraucherrechte-RL der Ausdruck „körperlicher Datenträger“ verwendet, während es im Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL „dauerhafter Datenträger“ heißt.

nach § 308 Nr. 1 Halbs. 2 BGB scheitert ein Vorbehalt des Unternehmers, erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zu leisten, nicht am Klauselverbot des § 308 Nr. 1 BGB; nach dem Sinn der Norm kann ein solcher Vorbehalt auch nicht gemäß § 307 BGB unwirksam sein⁷⁰.

Auf welche Weise der Unternehmer geschützt wird, hängt somit davon ab, ob die digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden oder nicht. Bedenklich hieran ist, dass der Schutz nicht nur rechtstechnisch ganz unterschiedlich ausgestaltet ist, sondern dass er auch von unterschiedlicher Intensität ist: Im Fall der Online-Lieferung wird der Verbraucher durch die von § 356 Abs. 5 BGB verlangten Erklärungen eindringlich darauf hingewiesen, dass er auf sein Widerrufsrecht verzichten muss, wenn er die digitalen Inhalte sofort nutzen will. Bei Lieferung auf einem körperlichen Datenträger führt dagegen schon das Aufreißen der versiegelten Packung zum Verlust des Widerrufsrechts. In der Widerrufsbelehrung muss nicht auf die Folgen des Entsiegeln hingewiesen werden (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB i. V. mit Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB sowie Art. 6 Abs. 1 Buchst. h Verbraucherrechte-RL, jeweils i. V. mit der entsprechenden Muster-Widerrufsbelehrung). Ob der Verbraucher überhaupt vor den Folgen des Entsiegeln geschützt wird, hängt deshalb davon ab, was man unter „Versiegelung“ versteht.⁷¹ Genügt dafür das Einschweißen in eine Klarsichtfolie, kann jede Warnung des Verbrauchers unterbleiben. Verlangt man dagegen einen deutlichen Hinweis auf die Folge des Entsiegeln, wird ein hinreichender Verbraucherschutz gewährleistet, der allerdings immer noch hinter den Erfordernissen zurückbleibt, die nach § 356 Abs. 5 BGB für Online-Lieferungen gelten.

Dass die Ausgestaltung und vor allem die Intensität des Schutzes davon abhängt, ob digitale Inhalte auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden oder nicht, widerspricht dem Gebot der Medienneutralität und sollte geändert werden.⁷²

Die Übertragung der Anforderungen des § 356 Abs. 5 BGB auf die Lieferung von körperlichen Datenträgern würde erhebliche praktische Probleme aufwerfen. Denn die Neuregelung muss auch in Fällen praktikabel sein, in denen der Vertrag nicht online geschlossen wird und deshalb der Verbraucher die entsprechenden Erklärungen nicht einfach durch das Anklicken einer Schaltfläche abgeben kann. Gibt beispielsweise ein Verbraucher per Post eine Bestellung von CDs oder DVDs auf, müsste sich der Unternehmer – wiederum per Post – an den Verbraucher wenden und ihn zur Abgabe der Erklärungen auffordern. Diese Möglichkeit ist rein theoretisch. Der Unternehmer könnte sich auch nicht dadurch schützen, dass er sich gemäß § 308 Nr. 1 Halbs. 2 BGB vorbehält, erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zu leisten. Denn bei Fernabsatzverträgen über Waren beginnt die Widerrufsfrist gemäß § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht vor Erhalt der Waren. Ein Vorbehalt gemäß § 308 Nr. 1 Halbs. 2 BGB würde darum dazu führen, dass nie Fälligkeit eintritt, und ist deshalb nicht möglich.⁷³

Vorzugswürdig ist daher eine Regelung, die – im weitesten Sinn – auf ein Entsiegeln abstellt, d. h. auf eine Handlung, durch die sich der Verbraucher den Zugriff auf die digitalen Inhalte verschafft.

⁷⁰ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 308 Nr. 1 BGB Rz. 28. A. A. *MünchKommBGB-Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 308 Nr. 1 Rz. 24.

⁷¹ Siehe dazu *MünchKommBGB-Wendehorst*, 7. Aufl. 2016, § 312g Rz. 33; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 312g Rz. 9; *Schwab/Hromek*, JZ 2015, S. 271 (280 f.).

⁷² *Schmidt-Kessel*, K & R 2014, S. 475 (481).

⁷³ Regierungsentwurf für ein FernAbsG, BT-Drucks. 14/2658, S. 51; *MünchKommBGB-Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 308 Nr. 1 Rz. 24; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 308 Nr. 1 BGB Rz. 28.

Bei der Lieferung der digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger sollte – wie bisher – die Möglichkeit bestehen, dass die Packung versiegelt wird. Der Verbraucher hält dann die Packung in Händen, bevor er gegebenenfalls durch die Entsiegelung sein Widerrufsrecht verliert, und kann sich – ähnlich wie beim Kauf im Ladengeschäft – z. B. über die auf einer DVD enthaltenen Sprachfassungen und Untertitel informieren. Werden die digitalen Inhalte online zur Verfügung gestellt, muss es auf eine vergleichbare Handlung des Verbrauchers ankommen, die einerseits dazu führt, dass der Verbraucher auf die Inhalte zugreifen kann, und andererseits das Erlöschen des Widerrufsrechts bewirkt. Sichergestellt werden muss nur, dass dem Verbraucher bei Vornahme der Handlung – sei es das Entsiegeln einer Verpackung, sei es die Eingabe eines digitalen Codes oder das Anklicken einer Schaltfläche – bewusst ist, dass er infolge dieser Handlung sein Widerrufsrecht verliert. Dies kann etwa durch einen Aufdruck auf der versiegelten Packung, einen Hinweis bei Übersendung des digitalen Codes oder einer unmissverständlichen Beschriftung der Schaltfläche (etwa: „Verzicht auf das Recht zum Widerruf“, vgl. § 312j Abs. 3 S. 2 BGB) geschehen.

Bei online zur Verfügung gestellten digitalen Inhalten bietet sich hier eine sinnvolle Möglichkeit zur Effektivierung des Widerrufsrechts. Nach § 356 Abs. 5 BGB verliert der Verbraucher das Widerrufsrecht, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags begonnen hat, also mit dem Beginn des Streamens oder des Herunterladens. Der Verbraucher, der die digitalen Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist erhalten will, muss dadurch die „Katze im Sack“ kaufen. Der Sinn des Widerrufsrechts bei Fernabsatzgeschäften besteht aber darin, dem Verbraucher eine Prüfung der erworbenen „Sache“ zu ermöglichen (vgl. § 357 Abs. 7 Nr. 1 BGB). Dies lässt sich auch bei online zur Verfügung gestellten digitalen Inhalten problemlos einrichten: Abweichend von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB sollte die Widerrufsfrist nicht schon mit Vertragsschluss beginnen, sondern erst dann, wenn dem Verbraucher zumindest die Möglichkeit gegeben wurde, die digitalen Inhalte online zu erproben, indem er etwa einen kurzen Ausschnitt des erworbenen Films ansehen, einen kurzen Ausschnitt aus den erworbenen Musikdateien anhören oder die erworbene Software für eine kurze Zeit testen kann. Erst, nachdem er diese Möglichkeit hatte, sollte er sich unter Verzicht auf sein Widerrufsrecht vor Ablauf der Widerrufsfrist den endgültigen Zugriff auf die Leistung verschaffen können, indem er den digitalen Code eingibt oder die betreffende Schaltfläche anklickt.

Wenn der Einsatz von auf einem körperlichen Datenträger erworbenen digitalen Inhalten das Bestehen einer Internetverbindung voraussetzt, kann bei diesen Inhalten ebenso verfahren werden: Statt auf das Entsiegeln der Packung kommt es darauf an, ob der Verbraucher einen digitalen Code eingibt⁷⁴ oder eine Schaltfläche anklickt. Solange er das nicht tut, kann er die digitalen Inhalte nur zu Testzwecken nutzen; sobald er es tut, stehen sie ihm endgültig zur Verfügung, er verliert aber das Widerrufsrecht.

§ 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 6 BGB sollte somit beibehalten, aber um die Regelung ergänzt werden, dass auf dem Siegel in unmissverständlicher Weise darauf hingewiesen werden muss, dass die Entsiegelung zum Verlust des Widerrufsrechts führt. In § 312g Abs. 2 S. 1 BGB sollte ein weiterer Ausschlussgrund für Verträge über digitale Inhalte aufgenommen werden, unabhängig davon, ob sie auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden oder nicht: Das Widerrufsrecht ist bei

⁷⁴ Nach herrschender Meinung fallen derzeit digitale Siegel nicht unter § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 6 BGB, siehe *Buchmann, K & R* 2014, S. 369 (374); *Schirnbacher/Schmidt*, CR 2014, S. 107 (113); *Schwab/Hromek*, JZ 2015, S. 271 (281). A. A. *MünchKommBGB-Wendehorst*, 7. Aufl. 2016, § 312g Rz. 34.

solchen Verträgen ausgeschlossen, wenn der Verbraucher unmissverständlich auf elektronischem Weg erklärt, dass er auf sein Widerrufsrecht verzichtet und der Unternehmer die elektronischen Inhalte sogleich bereitstellen soll, und der Verbraucher vor Abgabe dieser Erklärung eine ausreichende Möglichkeit zur Erprobung der digitalen Inhalte hatte. § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB sollte dahingehend geändert werden, dass die Widerrufsfrist bei Verträgen, die die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten zum Gegenstand haben, erst beginnt, sobald der Verbraucher ausreichende Gelegenheit zur Erprobung der digitalen Inhalte hatte, spätestens wenn sie ihm endgültig zur Verfügung gestellt wurden. §§ 312f Abs. 3, 356 Abs. 5 BGB können dann gestrichen werden. Alle diese Änderungen des deutschen Rechts kommen freilich nur in Betracht, wenn vorher die Vorgaben der Verbraucherrechte-RL entsprechend geändert werden.

bb) Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz

Im Fall des Widerrufs eines Vertrags über die Lieferung digitaler Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger erfolgt, hat der Unternehmer gemäß § 357 Abs. 9 BGB keinen Anspruch auf Wertersatz. Das entspricht dem allgemeinen Prinzip, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs nicht zum Nutzungsersatz verpflichtet ist; siehe auch Art. 13 Abs. 4 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL. Änderungsbedarf besteht nicht, sofern man nicht dieses allgemeine Prinzip in Frage stellen will.

cc) Entgelt in Form eines Rechts zur Datennutzung

Besondere Probleme stellen sich, wenn der Verbraucher als Gegenleistung für die Lieferung digitaler Inhalte nicht eine Zahlung leistet, sondern dem Unternehmer Daten zur Verfügung stellt und ihm gestattet, diese zu nutzen. Da diese Nutzung das Recht des Verbrauchers auf informationelle Selbstbestimmung – je nach Art der Daten mehr oder weniger stark – tangiert und sich zwar für die Zukunft beenden, aber nicht für die Vergangenheit rückgängig machen lässt, ist es sinnvoll, dem Unternehmer die Nutzung erst dann zu gestatten, wenn ein Widerruf nicht mehr in Betracht kommt. Es sollte darum in § 355 BGB – etwa in einem Absatz 2a – angeordnet werden, dass der Unternehmer die Nutzung einer Gegenleistung, die nicht in Geld besteht, zu unterlassen hat, solange der Verbraucher zum Widerruf berechtigt ist. Eine derartige Norm würde sich zwar auch auf Gegenleistungen beziehen, die nichts mit Daten zu tun haben, wäre jedoch auch in solchen – in der Praxis wohl kaum vorkommenden – Fällen durchaus sachgerecht.

dd) Rückgewähr vom Verbraucher zur Verfügung gestellter Daten

Der Unternehmer muss im Fall des Widerrufs sämtliche Daten, die er vom Verbraucher erhalten hat, wieder diesem zur Verfügung stellen und bei sich löschen. Weiterhin speichern sollte er nur Daten können, wie sie auch bei Warenkaufverträgen gespeichert würden, also etwa die Information, dass der betreffende Vertrag geschlossen, widerrufen und rückabgewickelt wurde. Die Pflicht zur Rückgewähr und Löschung muss sowohl den Fall abdecken, dass dem Unternehmer die Nutzung der Daten als Entgelt für seine Leistung gestattet wurde, als auch den Fall, dass ihm die Daten zur Verfügung gestellt wurden, weil er sonst seine vertragliche Leistung nicht hätte erbringen können (vgl. S. 7). Im ersten Fall kann der Anspruch auf „Rückgabe“ der Daten und auf ihre Löschung aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB abgeleitet werden. Im zweiten Fall stellt die Überlassung der Daten keine Leistung an den Unternehmer dar, und deshalb kann § 355 Abs. 3 S. 1 BGB allenfalls analog

angewandt werden. Alternativ könnte man § 667 Alt. 1 BGB analog heranziehen. Eine gesetzliche Regelung ist zwar nicht zwingend erforderlich, aber sinnvoll, um diese unter dem Aspekt der informationellen Selbstbestimmung des Verbrauchers so zentrale Pflicht des Unternehmers zu betonen. Als Vorbild können die Regelungen in Art. 13 Abs. 2 Buchst. b und c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL dienen. Diese lauten:

„Beendet der Verbraucher den Vertrag, ...

b) hat der Anbieter alle Maßnahmen zu ergreifen, die erwartet werden können, um die Nutzung einer anderen Gegenleistung als Geld zu unterlassen, die der Verbraucher im Austausch für die digitalen Inhalte erbracht hat, sowie die Nutzung aller sonstigen Daten, die der Anbieter in Verbindung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte gesammelt hat, einschließlich der vom Verbraucher bereitgestellten Inhalte mit Ausnahme der Inhalte, die der Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt hat, die die Inhalte weiterhin nutzen;

c) hat der Anbieter dem Verbraucher die technischen Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann, die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, soweit der Anbieter diese Daten gespeichert hat. Der Verbraucher ist berechtigt, die Inhalte unentgeltlich, ohne erhebliche Unannehmlichkeiten, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem allgemein gebräuchlichen Datenformat wiederzuerlangen...“

Buchstabe b erfasst seinem Wortlaut nach allerdings alle Daten, die der Anbieter in Verbindung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte gesammelt hat, und damit auch die Information, dass die betreffende Transaktion stattgefunden hat. Diese Information muss der Unternehmer wie bei jedem anderen Vertrag weiterhin speichern können. Dies ist in der gesetzlichen Regelung klarzustellen.

c) Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr:

Durch §§ 312i und 312j BGB werden Vorgaben der E-Commerce-RL und der Verbraucherrechte-RL umgesetzt. Die Vorschriften sind weitgehend sachgerecht.

Hervorzuheben ist § 312j Abs. 3 BGB, der Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 Verbraucherrechte-RL umsetzt: Der Unternehmer muss die Bestellsituation so gestalten, dass der Verbraucher bei einer Bestellung, die ihn zu einer Zahlung verpflichtet, ausdrücklich bestätigt, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. Wenn die Bestellung über eine Schaltfläche erfolgt, muss diese gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein („Buttonlösung“). Verfehlt ist allerdings die Rechtsfolge, die § 312j Abs. 4 BGB an eine Verletzung dieser Pflicht knüpft: Ein Vertrag kommt dann nicht zustande. Es soll also nicht nur der Verbraucher, sondern auch der Unternehmer nicht an den Vertrag gebunden sein. Die Pflichtverletzung des Unternehmers führt somit dazu, dass der Verbraucher – der sich bei Abgabe seiner Bestellung möglicherweise durchaus über die resultierende Zahlungsverpflichtung im Klaren war oder den Vertrag trotz dieser Zahlungsverpflichtung als günstig ansieht – die Vorteile aus dem Vertrag verliert. Das ist nicht nur vom Ergebnis her inakzeptabel, sondern widerspricht auch Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL, der als Rechtsfolge eines Verstoßes vorsieht, dass *der Verbraucher* nicht an den Vertrag gebunden ist.

Derzeit ist daher anzunehmen, dass der Unternehmer sich nach § 242 BGB nicht darauf berufen kann, dass der Vertrag wegen seiner eigenen Pflichtverletzung nicht zustande gekommen ist; eine solche Berufung wäre rechtsmissbräuchlich.⁷⁵ Zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie genügt eine solche richtlinienkonforme Auslegung freilich nicht⁷⁶; das BGB muss daher geändert werden.

§ 312j Abs. 5 S. 1 BGB erklärt § 312j Abs. 2 bis 4 BGB für nicht anwendbar, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird, also durch E-Mail oder SMS⁷⁷. Umstritten ist, ob das mit der Verbraucherrechte-RL vereinbar ist, denn diese enthält keine entsprechende Ausnahme.⁷⁸ Die Norm sollte gestrichen werden.

8. Erfüllung des Vertrags über digitale Inhalte

Art. 5 Abs. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL ordnet an, dass der Unternehmer zur Erfüllung des Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte die digitalen Inhalte bereitstellen muss, und zwar entweder für den Verbraucher oder für einen vom Verbraucher für den Empfang der digitalen Inhalte bestimmten Dritten, der eine physische oder virtuelle Plattform betreibt, über die die digitalen Inhalte dem Verbraucher zur Verfügung gestellt werden oder dem Verbraucher Zugang zu den digitalen Inhalten verschafft wird. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung ins deutsche Recht ist überflüssig. Auf welche Weise ein Vertrag über digitale Inhalte zu erfüllen ist, ergibt sich aus dem Vertragsinhalt. Wenn die digitalen Inhalte in der vereinbarten Weise – etwa durch eine Möglichkeit, sie herunterzuladen, oder durch Streamen – zur Verfügung gestellt werden, wird dadurch der entsprechende Anspruch des Nutzers i. S. von § 362 Abs. 1 BGB erfüllt.

9. Kauf- und Tauschverträge

a) Anwendbarkeit des Kaufrechts

Ein Kaufvertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kaufgegenstand dem Käufer endgültig zur Verfügung gestellt wird. In Bezug auf digitale Inhalte liegt also ein Kauf vor, wenn die betreffenden Inhalte dem Käufer endgültig und zur dauernden Nutzung überlassen werden. Dass die digitalen Inhalte möglicherweise schnell veralten oder nicht mehr eingesetzt werden können, weil sie mit neuerer Hard- oder Software nicht mehr interagieren können (Interoperabilität), steht der Annahme eines Kaufs nicht entgegen.

Das Kaufrecht geht davon aus, dass der Käufer als Gegenleistung für die Verschaffung des Kaufgegenstands eine Geldleistung erbringt. Wenn der Erwerber digitaler Inhalte als Gegenleistung in die Nutzung seiner Daten einwilligt (siehe S. 6 ff.), liegt also kein Kauf vor. Doch sind nach § 480 BGB die Vorschriften über den Kauf entsprechend auf Tauschverträge anwendbar. Das Gleiche

⁷⁵ Ähnlich *Kirschbaum*, MMR 2012, S. 8 (11 f.); MünchKommBGB-Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312j Rz. 33; *Weiss*, JuS 2013, S. 590 ff. Zurückhaltender *Erman-Koch*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 312j Rz. 9; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 312j Rz. 8. Für eine Lösung über § 141 BGB *Raue*, MMR 2012, S. 438 (442 f.); dagegen *Weiss*, JuS 2013, S. 590 (591).

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-144/99, Slg. 2001, I-3541 Rz. 20 f. (Kommission/Niederlande).

⁷⁷ Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drucks. 17/7745, S. 12.

⁷⁸ Ohne Begründung für Europarechtskonformität *Erman-Koch*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 312j Rz. 11; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 312j Rz. 11. Eher dagegen *Janal*, WM 2012, S. 2314 (2318). Zweifelnd *Raue*, MMR 2012, S. 438 (440 f.).

muss hinsichtlich der „Kauf“-Leistung gelten, wenn die Gegenleistung nicht in der Verschaffung eines Gegenstands, sondern in der Erlaubnis der Datennutzung besteht.

§§ 433-452 BGB beziehen sich auf den Kauf von Sachen. Hierunter fällt jedenfalls auch der Erwerb digitaler Inhalte, die dem Erwerber durch Überlassung eines Datenträgers zur Verfügung gestellt werden.⁷⁹ Ob auch nicht auf einem Datenträger gespeicherte digitale Inhalte, die beispielsweise unmittelbar auf den Rechner des Erwerbers aufgespielt, vom Erwerber heruntergeladen oder gestreamt werden, Sachen im Sinne des Kaufrechts sind, war früher lebhaft umstritten. Dieser Streit hat seine Bedeutung verloren, weil seit der Schuldrechtsreform nach § 453 Abs. 1 BGB die Vorschriften über den Kauf von Sachen entsprechend auf den Kauf von sonstigen Gegenständen Anwendung finden.⁸⁰ Die „entsprechende“ Anwendung bietet dabei hinreichend Flexibilität, um die Besonderheiten digitaler Inhalte berücksichtigen zu können.

b) Sachmängel

aa) Begriff des Sachmangels

Im Mittelpunkt der kaufrechtlichen Normen steht die Mängelhaftung. § 434 BGB regelt ausführlich, wann eine Sache frei von Sachmängeln ist. Die dort genannten Kriterien lassen sich entsprechend (§ 453 Abs. 1 BGB) für die Beurteilung der Mangelfreiheit digitaler Inhalte heranziehen.

Primär kommt es nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darauf an, ob die Sache die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat. Diese Regelung ist auch in Bezug auf digitale Inhalte vollkommen sachgerecht. So stellt auch Art. 6 Abs. 1 Buchst. a Vorschlag Digitale-Inhalte-RL darauf ab, ob die digitalen Inhalte „hinsichtlich der Quantität, Qualität, Dauer und Version, des Funktionsumfangs, der Interoperabilität und sonstiger Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit den Anforderungen entsprechen, die sich aus dem Vertrag oder den vorvertraglichen Informationspflichten, die Bestandteil des Vertrags sind, ergeben“⁸¹. Ein Gewinn an Präzision ist mit der Aufzählung im Richtlinienvorschlag nicht verbunden.

Soweit keine Beschaffenheit vereinbart ist, muss sich die Kaufsache nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen. Hiermit sind Fälle gemeint, in denen sich die vertragliche Vereinbarung⁸² nicht auf einzelne Merkmale der Beschaffenheit bezieht, sondern darauf, dass die Sache für eine bestimmte Verwendung tauglich sein soll. Auch das passt für digitale Inhalte, etwa wenn die Parteien vereinbaren, dass die gekaufte Software sich in die „digitale Umgebung“ des Käufers einfügen oder sich für bestimmte Arbeiten, die der Käufer mit ihrer Hilfe ausführen will, eignen soll. Dies entspricht Art. 6 Abs. 1 Buchst. b Vorschlag Digitale-Inhalte-RL.

⁷⁹ Z. B. BGH, Urteil vom 14.7.1993, NJW 1993, S. 2436 (2437 f.); BGH, Urteil vom 15.11.2006, NJW 2007, S. 2394 Rz. 15.

⁸⁰ Siehe Fraktionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 242; *Bartsch*, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 247 (259); *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 523 ff.

⁸¹ Der Verweis auf die „vorvertraglichen Informationspflichten, die Bestandteil des Vertrags sind“, ist missglückt. Gemeint sind die vorvertraglichen Informationen die Bestandteil des Vertrags wurden; siehe die englische und die französische Fassung.

⁸² Siehe zum Erfordernis einer Vereinbarung auch in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB: *Faust*, in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.8.2014, § 434 Rz. 50 mit Nachweisen zum Meinungsstand.

Falls weder eine Beschaffenheit noch eine Verwendung vereinbart ist, kommt es nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB darauf an, ob sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Die Anwendung dieser Norm ist in Bezug auf digitale Inhalte nicht schwieriger als in Bezug auf Sachen. Zwar ist die Norm zwangsläufig offen gehalten und muss deshalb durch die Rechtsprechung konkretisiert werden. Doch gibt es hierzu keine Alternative, wenn man nicht endlose und letztlich doch unvollständige Kriterienkataloge schaffen will, die aufgrund der technischen Entwicklung schon nach kurzer Zeit veraltet sind. So beschränkt sich auch der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL auf eine relativ knappe Regelung: Nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL müssen digitale Inhalte den Anforderungen des Vertrags entsprechend mit Anleitungen bereitgestellt werden. Art. 6 Abs. 4 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL verlangt, dass die digitalen Inhalte mangels anderweitiger Vereinbarung der neuesten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfügbaren Version entsprechen. Und nach Art. 6 Abs. 2 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL müssen sie – sprachlich missglückt – „für die Zwecke geeignet sein, für die digitale Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden, einschließlich in Bezug auf ihren Funktionsumfang, ihre Interoperabilität und andere Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit“; dabei sei zu berücksichtigen, ob die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden und ob es internationale technische Normen gibt oder in Ermangelung solcher Normen anwendbare Verhaltenskodizes und bewährte Verfahren der Wirtschaft. Etwas problematisch hieran ist der Verweis auf die Gegenleistung, da sich der Preis eines Gutes frei am Markt bildet, ohne dass es dafür objektive Maßstäbe gibt. Maßgeblich sein kann daher nicht der konkret zwischen Verkäufer und Käufer vereinbarte Preis, sondern nur die Preisklasse. Denn durch die Positionierung eines Produkts im Hoch- oder Niedrigpreissektor werden Erwartungen der Käufer an das Produkt geweckt, und der Marktpreis spiegelt in einer funktionierenden Marktwirtschaft diese Erwartungen wider.⁸³ § 434 Abs. 1 S. 3 BGB und Art. 6 Abs. 2 Buchst. c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL erklären hinsichtlich der geschuldeten Qualität auch bestimmte öffentliche Erklärungen im Vorfeld des Vertragsschlusses für relevant; für digitale Inhalte spezifische Gesichtspunkte gibt es dabei nicht.

Ein Spezifikum digitaler Inhalte betrifft Art. 7 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL, nämlich ihre Integration, also gemäß Art. 2 Nr. 2 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL die Verbindung verschiedener Komponenten einer digitalen Umgebung in einer Weise, dass diese als koordiniertes Ganzes entsprechend ihrer Zweckbestimmung agieren. Der Integration digitaler Inhalte kommt zentrale Bedeutung zu, da etwa Software für sich genommen nutzlos ist und nur in Verbindung mit bestimmter Hardware und eventuell anderer Software verwendet werden kann. Art. 7 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL lautet: „Werden digitale Inhalte unsachgemäß in die digitale Umgebung des Verbrauchers integriert, ist jede hierdurch verursachte Vertragswidrigkeit als Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte anzusehen, wenn a) die digitalen Inhalte vom Anbieter oder unter seiner Verantwortung integriert wurden oder b) die digitalen Inhalte vom Verbraucher zu integrieren waren und die unsachgemäße Integration auf eine mangelhafte Anleitung ... zurückzuführen ist.“ Für beide Normen gibt es ein Pendant im BGB: Nach § 434 Abs. 2 S. 1 BGB ist ein Sachmangel auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Und nach § 434 Abs. 2 S. 2 BGB liegt ein Sachmangel bei

⁸³ *Faust*, in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.8.2014, § 434 Rz. 41, 60.

einer zur Montage bestimmten Sache vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden. Die Integration digitaler Inhalte in die digitale Umgebung (Art. 2 Nr. 8 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL) des Verbrauchers entspricht der Montage einer Sache, etwa dem Zusammenbauen eines Möbelstücks oder dem Anschließen einer Waschmaschine. Wenn der Anbieter digitaler Inhalte diese unsachgemäß in die digitale Umgebung des Verbrauchers integriert, liegt daher ein Mangel i. S. von § 434 Abs. 2 S. 1 BGB vor. Nimmt der Verbraucher die Integration selbst vor und misslingt dies aufgrund von Mängeln der Anleitung, ist § 434 Abs. 2 S. 2 BGB einschlägig. Einer Sonderregel für digitale Inhalte bedarf es nicht.

bb) Relevanter Zeitpunkt

§ 434 BGB stellt hinsichtlich der Freiheit von Sachmängeln auf den Gefahrübergang ab. Dieser erfolgt nach § 446 S. 1 BGB prinzipiell mit Übergabe der Kaufsache. Vor der Übergabe geht die Gefahr über, wenn der Käufer in Annahmeverzug gerät (§ 446 S. 3 BGB) oder wenn der Verkäufer bei einem Versendungskauf, der kein Verbrauchsgüterkauf ist (§ 474 Abs. 4 BGB⁸⁴), die Sache an die Transportperson ausliefert (§ 447 Abs. 1 BGB). All diese Regeln passen uneingeschränkt, wenn digitale Inhalte auf einem dauerhaften Datenträger geliefert werden. Werden sie online zur Verfügung gestellt, kommt ein Gefahrübergang nach § 447 Abs. 1 BGB von vornherein nicht in Betracht. Die Regelungen über den Annahmeverzug passen auch hier, etwa wenn der Käufer die ihm zur Verfügung gestellten Dateien nicht herunterlädt. Eine Übergabe im eigentlichen Sinn findet zwar bei online gelieferten digitalen Inhalten nicht statt, doch ist entsprechend (§ 453 Abs. 1 BGB) § 446 S. 1 BGB dann auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die digitalen Inhalte die Schnittstelle vom allgemeinen Netz zu demjenigen des Käufers oder des von ihm bestimmten Dritten (vgl. Art. 5 Abs. 1 Buchst. b Vorschlag Digitale-Inhalte-RL) passieren.

Art. 10 Buchst. b Vorschlag Digitale-Inhalte-RL stellt hinsichtlich der Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte auf den Zeitpunkt ihrer Bereitstellung ab, den Art. 5 Abs. 2 S. 2 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL wie folgt definiert: „Die Bereitstellung gilt als erfolgt, sobald die digitalen Inhalte dem Verbraucher oder dem von ihm bestimmten Dritten ... bereitgestellt worden sind, je nachdem, wem die Inhalte zuerst bereitgestellt wurden.“ Konkreter als die „Übergabe“ in § 446 S. 1 BGB ist das nicht.

cc) Beweislast

Nach § 363 BGB geht die Beweislast hinsichtlich der Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit der Kaufsache in dem Zeitpunkt auf den Käufer über, in dem er die Sache als Erfüllung annimmt.⁸⁵ Dies ist auch im Hinblick auf online zur Verfügung gestellte digitale Inhalte sachgerecht. Lädt etwa der Käufer die für ihn bereitgestellte Datei nicht herunter und beruft sich der Verkäufer darauf, der Käufer sei dadurch in Annahmeverzug geraten, so muss der Verkäufer beweisen, dass er ein ordnungsgemäßes Angebot i. S. der §§ 294 f. BGB gemacht hat. Da ein solches Angebot nur vorliegt, wenn die angebotene Leistung erfüllungstauglich ist, muss er beweisen, dass die zum

⁸⁴ Siehe dazu, dass § 447 Abs. 1 BGB entgegen dem Wortlaut von § 474 Abs. 4 BGB bei Verbrauchsgüterkäufen *nie* anwendbar ist, *Faust*, in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.8.2014, § 474 Rz. 46 f.

⁸⁵ Fraktionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 217; BGH, Urteil vom 23.11.2005, NJW 2006, S. 434 Rz. 20.

Download bereitgestellten digitalen Inhalte mangelfrei waren. Will umgekehrt der Käufer Gewährleistungsrechte geltend machen, weil sich die digitalen Inhalte bei ihm als mangelhaft erwiesen hätten, muss er die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang beweisen.

Eine Ausnahme hiervon statuiert § 476 BGB für Verbrauchsgüterkäufe: Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. Ob die Norm auf digitale Inhalte, die nicht auf einem dauerhaften Datenträger geliefert werden, anwendbar ist, ist zweifelhaft. Denn nach § 474 Abs. 1 S. 1 BGB muss sich ein Verbrauchsgüterkauf auf eine bewegliche Sache beziehen. Auch die VerbrGüterKRL gilt nur für bewegliche körperliche Gegenstände (Art. 1 Abs. 2 Buchst. b VerbrGüterKRL). Die Kommission ist offenbar der Ansicht, dass die VerbrGüterKRL für digitale Inhalte nur dann gilt, wenn diese auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert sind, denn sie will im Zuge der Schaffung der Digitale-Inhalte-RL den Anwendungsbereich der VerbrGüterKRL nur für solche digitale Inhalte beschränken (Art. 20 Abs. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL). Nach Erwägungsgrund 19 der Verbraucherrechte-RL sind digitale Inhalte nur dann als Waren anzusehen, wenn sie auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden. Andererseits kann nach deutschem Recht § 476 BGB auch dann für nicht auf einem dauerhaften Datenträger gespeicherte digitale Inhalte gelten, wenn die VerbrGüterKRL insofern nicht einschlägig ist. § 453 Abs. 1 BGB verweist für den Kauf sonstiger Gegenstände schlechthin auf die Vorschriften über den Sachkauf, und dazu gehört auch § 476 BGB. Das Gebot der Medienneutralität spricht ebenfalls dafür, die Beweislastverteilung nicht davon abhängig zu machen, ob digitale Inhalte auf einem dauerhaften Datenträger geliefert werden oder nicht. Nach ganz herrschender Meinung gilt § 476 BGB daher auch für den Kauf von Standardsoftware, die nicht auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt wird.⁸⁶ Dies ist auch sachgerecht, da sich auch bei Software ihre Fehlerhaftigkeit häufig erst während des Einsatzes herausstellt und da auch insofern der Unternehmer über ungleich bessere Erkenntnismöglichkeiten verfügt⁸⁷.

Zu erwägen ist, ob die Vermutung des § 476 BGB mit der Art des Mangels unvereinbar ist, wenn die fehlende Tauglichkeit der digitalen Inhalte darauf beruht, dass sie sich nicht in die digitale Umgebung des Verbrauchers einfügen. Auch insofern kann nicht danach unterschieden werden, auf welche Weise die digitalen Inhalte zur Verfügung gestellt wurden. Die Subsumtion kann der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Art. 9 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL enthält eine detaillierte Beweislastregelung. Nach Absatz 1 trägt der Verkäufer die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte im Zeitpunkt der Bereitstellung. Erwägungsgrund 32 rechtfertigt das mit dem besonderen Charakter hochkomplexer digitaler Inhalte und dem Umstand, dass der Verkäufer über bessere Fachkenntnisse verfügt und Zugang zu Know-how, technischen Informationen und High-Tech-Unterstützung hat. Das vermag nicht zu überzeugen. Die genannten Erwägungen treffen gleichermaßen auf technische

⁸⁶ *Erman/Grünwald*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 433 Rz. 12; *MüchKommBGB-Lorenz*, 7. Aufl. 2016, § 474 Rz. 10; *NomosK-BGB-Büdenbender*, 2. Aufl. 2012, § 474 Rz. 14; *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 531 f.; *Soergel-Wertenbruch*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 474 Rz. 60; *Staudinger-Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2014, § 474 Rz. 44.

⁸⁷ Vgl. Fraktionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 245.

Geräte wie Computer, Fernseher oder Autos zu. Es liegen also keine Gesichtspunkte vor, die gerade für digitale Inhalte eine andere Beweislastverteilung rechtfertigen. Auch digitale Inhalte können im Lauf der Zeit fehlerhaft werden, etwa durch Computerviren. Es wäre nicht angemessen, dem Verkäufer zeitlich unbegrenzt die Beweislast für die Mangelfreiheit bei Gefahrübergang aufzuerlegen. Den besseren Erkenntnis- und Dokumentationsmöglichkeiten des Verkäufers kann auch durch Auferlegung einer sekundären Darlegungslast Rechnung getragen werden.

Nach Art. 9 Abs. 2 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL trägt der Käufer die Beweislast, wenn der Verkäufer nachweist, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers in Bezug auf die Interoperabilität und andere technische Anforderungen der digitalen Inhalte nicht kompatibel ist, und wenn er den Verbraucher vor Vertragsschluss von diesen Anforderungen in Kenntnis gesetzt hat. Die Regelung ist nur vor dem Hintergrund sinnvoll, dass prinzipiell der Verkäufer die Beweislast trägt. Erwägenswert ist allenfalls, insofern eine Ausnahme von § 476 BGB zu machen. Doch dies sollte – wie ausgeführt – der Entscheidung der Rechtsprechung im konkreten Fall überlassen bleiben.

Art. 9 Abs. 3 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL ist ebenfalls als Ausnahme davon zu sehen, dass nach dem Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL an sich der Verkäufer die Beweislast trägt: „Der Verbraucher arbeitet mit dem Anbieter zusammen, soweit dies für die Feststellung der digitalen Umgebung des Verbrauchers notwendig und möglich ist. Die Pflicht zur Zusammenarbeit ist auf die technisch verfügbaren Mittel beschränkt, die für den Verbraucher den geringsten Eingriff darstellen. Kommt der Verbraucher seiner Pflicht zur Zusammenarbeit nicht nach, trägt er die Beweislast für die Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte.“ Wenn – wie hier vertreten – die Beweislast ab der Annahme als Erfüllung dem Verbraucher obliegt, erübrigt sich die Regelung. Sie könnte allenfalls im Rahmen von § 476 BGB relevant werden, und insofern genügen die allgemeinen Grundsätze über die sekundäre Darlegungslast und die Beweisvereitelung.

Somit ist festzustellen, dass es keiner besonderen Beweislastregeln in Bezug auf digitale Inhalte bedarf. Der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL verteilt die Beweislast zwar ganz anders als das BGB. Eine solche Beweislastverteilung ist jedoch weder durch Spezifika digitaler Inhalte geboten, noch scheint sie vom Ergebnis her vorzugswürdig. Schließlich brächte sie auch keinen so gewichtigen Gewinn an Präzision, dass die Schaffung einer Sonderregel im BGB gerechtfertigt wäre.

c) Rechtsmängel

Nach § 435 S. 1 BGB ist die verkaufte Sache frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Bei digitalen Inhalten kommt ein Rechtsmangel insbesondere deshalb in Betracht, weil der Käufer aufgrund von Immaterialgüterrechten Dritter – insbesondere Urheberrechten und Patenten – nicht die zur Nutzung der digitalen Inhalte erforderliche Rechtsposition erlangt. Insofern kann durchaus zweifelhaft sein, ob ein Rechts- oder ein Sachmangel vorliegt⁸⁸; wegen der weitestgehend identischen Rechtfolgen kann das aber in der Regel dahingestellt bleiben. Eine Sonderregelung für digitale Inhalte ist nicht veranlasst. Welche Rechtsposition der Verkäufer dem Käufer jeweils verschaffen muss, damit der Käufer die digitalen Inhalte in der vertragsgemäßen Weise nutzen kann, richtet sich nach den einschlägigen Normen des Immaterialgüterrechts.

⁸⁸ Siehe *Faust*, in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.8.2014, § 435 Rz. 11 f.; MünchKommBGB-Westermann, 7. Aufl. 2016, § 435 Rz. 4; *Staudinger-Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2014, § 435 Rz. 18 ff.

Dementsprechend enthält auch der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL nur eine sehr knappe Regelung über Rechtsmängel: Nach Art. 8 Abs. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL müssen die digitalen Inhalte zu dem Zeitpunkt ihrer Bereitstellung für den Verbraucher frei von Rechten Dritter – einschließlich frei von Rechten an geistigem Eigentum – sein.

d) Rechtsbehelfe

aa) Grundsätze

Die Rechtsbehelfe des Kaufrechts sind auch im Hinblick auf digitale Inhalte sachgerecht, unabhängig davon, ob diese auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt werden oder nicht. Der Käufer kann zunächst gemäß §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB Nacherfüllung verlangen, und zwar nach seiner Wahl entweder Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Prinzipiell erst nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung kann er zurücktreten (§§ 323, 437 Nr. 2 BGB), mindern (§§ 441, 437 Nr. 2 BGB), Schadensersatz statt der Leistung (§§ 281, 437 Nr. 3 BGB) oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§§ 284, 437 Nr. 3 BGB) verlangen.

Insbesondere ist es auch bei digitalen Inhalten sinnvoll, dem Käufer primär nur einen Anspruch auf Nacherfüllung zu gewähren. Dass das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung dem Käufer zusteht, belastet den Verkäufer bei digitalen Inhalten nicht mehr als bei Sachen. Gegebenenfalls wird er durch § 439 Abs. 3 BGB geschützt, nach dem der Verkäufer berechtigt ist, die gewählte Art der Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie ihm im Verhältnis zur anderen Art unverhältnismäßige Kosten verursachen würde (relative Unverhältnismäßigkeit).

Art. 12 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL sieht als Rechtsbehelfe im Fall der Vertragswidrigkeit – in der Terminologie des deutschen Rechts – Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung vor. Diese Rechtsbehelfe sind ganz ähnlich wie diejenigen des BGB ausgestaltet. Anders als im BGB ist kein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung vorgesehen. Das scheint durchaus sachgerecht, rechtfertigt jedoch keine Sonderregel.

bb) Rücktrittsfolgen

Im Fall des Rücktritts haben die Parteien einander gemäß § 346 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

Die Rückgewähr digitaler Inhalte ist dabei wegen ihrer unbeschränkten Kopierbarkeit problematisch. Sie setzt voraus, dass der Käufer die digitalen Inhalte bei sich löscht. Insofern stellt sich dasselbe Problem wie beim Widerruf (siehe S. 20 ff.). In Bezug auf den Rücktritt kann man dem Problem – anders als beim Widerruf – aber nicht dadurch begegnen, dass der Rücktritt ausgeschlossen wird, sobald die digitalen Inhalte dem Käufer zur Verfügung gestellt wurden. Freilich ist die Missbrauchsgefahr auch wesentlich geringer, da ein Rücktritt ohnehin voraussetzt, dass der Verkäufer nicht vertragsgemäß geleistet hat und die Vertragswidrigkeit nicht unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Der Käufer kann das Rücktrittsrecht also nicht dazu missbrauchen, sich die (mangelfreie) Leistung des Verkäufers auf Dauer ohne Entgelt zu sichern. Im Übrigen muss der Käufer nach § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB auch den Wert gezogener Gebrauchsvorteile vergüten.

Art. 13 Abs. 2 Buchst. d und e Vorschlag Digitale-Inhalte-RL verpflichten den Käufer, nach der Beendigung des Vertrags die Nutzung der digitalen Inhalte zu unterlassen und sie zu löschen oder auf andere Weise unlesbar zu machen. Art. 13 Abs. 4 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL ordnet an,

dass der Käufer nicht zum Nutzungsersatz verpflichtet ist. Dies führt dazu, dass der Käufer die digitalen Inhalte bis zum Rücktritt unentgeltlich nutzen kann. Das mag im Falle des Widerrufs sinnvoll sein, weil es dort nur um kurze Zeitspannen geht, sofern nicht der Unternehmer seine Pflicht zur Belehrung verletzt hat. Im Fall des Rücktritts ist dagegen der Verzicht auf einen Nutzungsersatzanspruch nicht sachgerecht. Bei Verbraucherverträgen – für die allein der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL gilt – mag er sich noch mit Verbraucherschutzwägungen rechtfertigen lassen. Allerdings sieht Erwägungsgrund 15 der VerbrGüterKRL vor, dass die Mitgliedstaaten eine Pflicht zum Nutzungsersatz anordnen können. Es sind keine Gründe erkennbar, warum das bei digitalen Gütern nicht der Fall sein sollte. Bei der Bemessung des Nutzungsersatzes ist selbstverständlich die Mangelhaftigkeit der digitalen Inhalte und die daraus resultierende Gebrauchsbeeinträchtigung zu berücksichtigen.⁸⁹

Besteht die Gegenleistung des Käufers nicht in der Zahlung von Geld, sondern darin, dass er dem Verkäufer Daten zur Verfügung stellt und ihm deren Nutzung gestattet, stellt sich auch insofern das Problem der Rückabwicklung. Die Leistung des Käufers liegt hier in der Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit. Diese kann für die Vergangenheit nicht in Natur herausgegeben werden. Der Verkäufer muss daher gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz leisten, wobei der Wert nach § 346 Abs. 2 S. 2 Halbs. 1 BGB auf der Basis der Leistung des Verkäufers zu bestimmen ist. Maßgeblich ist also der Wert der Möglichkeit des Käufers, die digitalen Inhalte während des betreffenden Zeitraums zu nutzen. Dieser Wert wird häufig schwer zu bestimmen sein. Gegebenenfalls muss das Gericht ihn schätzen. Eine Sonderregel ist insofern nicht erforderlich. Art. 13 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL sieht keinerlei Vergütung des Käufers für die Nutzung seiner Daten vor. Das mag angesichts der Tatsache, dass auch der Käufer nicht zum Nutzungsersatz verpflichtet ist, sachgerecht sein; in die Systematik des deutschen Rechts fügt es sich jedoch nicht ein.

Ab dem Rücktritt hat der Verkäufer die Nutzung aller ihm vom Käufer zur Verfügung gestellter Daten zu unterlassen und sämtliche Daten, die er vom Käufer erhalten hat, wieder diesem zur Verfügung zu stellen und bei sich zu löschen. Ebenso wie im Recht der Widerrufsfolgen sollte hierfür – eventuell durch einen Verweis auf das Recht der Widerrufsfolgen – eine gesetzliche Regelung geschaffen werden. Als Vorbild können Art. 13 Abs. 2 Buchst. b und c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL dienen. Siehe dazu S. 23 f.

e) Abdingbarkeit

Was die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen anbelangt, sind über Kaufverträge hinsichtlich digitaler Inhalte keine Sonderregeln erforderlich.

Soweit es sich um Verbrauchsgüterkäufe handelt, gilt § 475 BGB. Auch Art. 19 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL ordnet an, dass Vertragsklauseln für den Verbraucher nicht bindend sind, die die Anwendung nationaler Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie zum Nachteil des Verbrauchers ausschließen, davon abweichen oder deren Wirkungen abändern, bevor der Verbraucher dem Anbieter die Vertragswidrigkeit zur Kenntnis gebracht hat.

Für andere Verträge als Verbrauchsgüterkaufverträge ist § 444 BGB und vor allem das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen maßgeblich.

⁸⁹ Siehe BGH, Urteil vom 6.10.2005, NJW 2006, S. 53 Rz. 20 ff.; MünchKommBGB-Gaier, 7. Aufl. 2016, § 346 Rz. 26; Soergel-Lobinger, BGB, 13. Aufl. 2010, § 346 Rz. 53; Staudinger-Kaiser, BGB, Neubearb. 2012, § 346 Rz. 258.

Der Erlass besonderer Klauselverbote ist nur zu erwägen, soweit auch gesetzliche Sonderregeln im Hinblick auf digitale Inhalte angezeigt sind. Das ist nach der hier vertretenen Ansicht nur im Hinblick darauf der Fall, wie nach einem Rücktritt mit Daten zu verfahren ist, die der Käufer dem Verkäufer zur Verfügung gestellt hat. Ein entsprechendes Klauselverbot wäre für Verbrauchsgüterkäufe wegen § 475 BGB, der über § 437 Nr. 2 BGB auch vom Rücktrittsfolgenrecht abweichende Klauseln erfasst, bedeutungslos. Entsprechende Verträge zwischen Verbrauchern kommen in der Praxis nicht vor. Das Klauselverbot wäre also nur im unternehmerischen Geschäftsverkehr von Bedeutung, und zwar nicht nur dann, wenn es – wie § 308 Nr. 1a und 1b BGB – gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB auch im unternehmerischen Verkehr anwendbar wäre, sondern auch andernfalls, weil es als Leitbild für die Anwendung von § 307 BGB dienen würde. Erforderlich scheint ein derartiges Klauselverbot allerdings nicht, da der Pflicht zur Löschung und Herausgabe der Daten im Fall eines Rücktritts wegen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eine so hohe Bedeutung zukommt, dass Klauseln, die von ihr abweichen, offenkundig mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sind und deswegen nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind.

10. Mietverträge

a) Anwendbarkeit des Mietrechts

Entgeltliche Verträge über die Überlassung digitaler Inhalte auf Zeit sind als Mietverträge zu qualifizieren. Das Mietrecht des BGB geht zwar von der Miete einer Sache aus, die einschlägigen Normen passen jedoch auch für die Überlassung digitaler Inhalte auf Zeit. So hat der BGH auf einen Vertrag Mietrecht angewandt, bei dem der Anbieter auf seinem Server Software bereitstellt und dem Kunden gestattet, diese Software für eine begrenzte Zeit über das Internet oder andere elektronische Netze zu nutzen.⁹⁰ Es wäre sinnvoll, durch eine Norm nach Art von § 453 Abs. 1 BGB klarzustellen, dass Mietrecht auch hinsichtlich anderer Gegenstände als Sachen anwendbar sein kann.

Das Mietrecht sieht vor, dass der Mieter als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung eine Geldleistung erbringt. Wenn der Nutzer digitaler Inhalte als Gegenleistung (siehe S. 6 ff.) eine datenschutzrechtliche Einwilligung erteilt, liegt also keine Miete vor. Doch sind davon unabhängig in Bezug auf die Leistung des Anbieters mietrechtliche Normen anzuwenden.

b) Gewährleistungsrecht

Was die Anforderungen anbelangt, die digitale Inhalte erfüllen müssen, stellen sich insofern dieselben Fragen wie im Kaufrecht. Das Gewährleistungsrecht des Mietvertrags ist ebenso wie dasjenige des Kaufvertrags hinreichend flexibel, um den Besonderheiten digitaler Inhalte gerecht zu werden. Sonderregeln sind insofern nicht nötig.

c) Pflege der digitalen Inhalte

Fraglich ist, ob sich Besonderheiten aus dem Charakter des Mietvertrags als Dauerschuldverhältnis ergeben. Anders als bei einem Kaufvertrag muss die betreffende Sache bei einem Mietvertrag nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt – nämlich bei Gefahrübergang – den Anforderungen des

⁹⁰ BGH, Urteil vom 15.11.2006, NJW 2007, S. 2394 Rz. 12 ff. Siehe auch *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 596, und NJOZ 2008, S. 2917 (2922 f.).

Vertrags entsprechen, sondern der Vermieter muss sie nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand erhalten. Dem kommt bei digitalen Inhalten große Bedeutung zu, weil Software schnell veraltet, in relativ kurzen Abschnitten neue Versionen eines Programms erscheinen und sich ältere Programmversionen womöglich nicht mehr in die digitale Umgebung des Mieters einfügen und sich deshalb nicht mehr nutzen lassen.

Der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL orientiert sich allerdings strikt am Leitbild des Mietvertrags und lässt es genügen, dass die digitalen Inhalte während der Vertragslaufzeit in demjenigen Zustand erhalten werden, der den vertraglichen Anforderungen entspricht (Art. 6 Abs. 3, Abs. 10 Buchst. c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL); der Vermieter muss sie also nicht jeweils auf den neuesten Stand bringen (Erwägungsgrund 29: „aktuellste Version... , die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfügbar war“). Nur soweit dies den Anforderungen des Vertrags entspricht, also vertraglich vereinbart ist („as stipulated by the contract“, „comme prévu dans le contrat“), müssen sie gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. d Vorschlag Digitale-Inhalte-RL) aktualisiert werden.

Dies ist sachgerecht. Es sollte der Parteivereinbarung überlassen bleiben, ob der Vermieter regelmäßig Updates bereitstellen muss oder nicht. Denn eine entsprechende Pflicht liegt keineswegs stets im Interesse des Mieters, kann doch ein Update dazu führen, dass die digitalen Inhalte nicht mehr mit seiner – nicht aktualisierten – digitalen Umgebung interagieren und er sie deshalb nicht mehr nutzen kann, oder ihn dazu zwingen, sich in eine neue Bedienungsweise einzuarbeiten. Fehler, die die Eignung zum vertragsgemäßen Gebrauch in Frage stellen, muss der Vermieter während der Mietzeit auf jeden Fall beheben. So muss er insbesondere Sicherheitslücken, die während der Mietzeit offenbar werden, umgehend schließen.

d) Änderung der digitalen Inhalte

Fraglich ist nicht nur, ob der Vermieter – wie gerade erörtert – während der Mietdauer Veränderungen an den digitalen Inhalten vornehmen muss, sondern auch, ob er es darf. Er kann hieran ein großes Interesse haben, weil er nicht mehrere Versionen derselben Software parallel bereitstellen und pflegen will. Umgekehrt können solche Veränderungen den Mieter erheblich belasten, weil er sich an neue Funktionalitäten gewöhnen muss und eventuell die geänderten digitalen Inhalte nicht mehr mit seiner digitalen Umgebung interagieren. Das Mietrecht hält einschlägige Vorschriften nur für die Raummiete bereit (§§ 555a-555f, 578 Abs. 2 S. 1 BGB). Sie lassen sich auf die Miete digitaler Inhalte nicht übertragen.

Man könnte eine Regelung dieser Frage der Vereinbarung der Parteien überlassen. Faktisch würde das die Problematik in die AGB-Kontrolle verlagern. Da die Interessen des Mieters durch eine Änderung der digitalen Inhalte nachhaltig beeinträchtigt werden können, wäre eine strikte Kontrolle erforderlich. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte diese nicht nur im Rahmen des § 307 Abs. 1 und 2 BGB stattfinden, da es an einem gesetzlichen Leitbild fehlt, sondern es müssten entsprechende Klauselverbote geschaffen werden. Vorzugswürdig scheint es, eine – jedenfalls im unternehmerischen Geschäftsverkehr dispositive – gesetzliche Regelung zu schaffen, die dann im Rahmen der Kontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als Leitbild dienen kann.

Als Vorbild für eine solche Regelung kann Art. 15 Abs. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL dienen. Er lautet:

„Änderungen des Funktionsumfangs, der Interoperabilität und anderer wesentlicher Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit der digitalen Inhalte, die dem Vertrag zufolge im Laufe eines im Vertrag vorgesehenen Zeitraums bereitzustellen sind, können, soweit sie den Zugang des Verbrauchers zu den digitalen Inhalten oder deren Nutzung beeinträchtigen, vom Anbieter nur vorgenommen werden, wenn

- a) diese Möglichkeit im Vertrag vorgesehen ist,
- b) der Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist im Wege einer ausdrücklichen Mitteilung mittels eines dauerhaften Datenträgers von der Änderung benachrichtigt wurde,
- c) der Verbraucher innerhalb von mindestens 30 Tagen nach Eingang der Mitteilung den Vertrag beenden darf, ohne dass ihm hierdurch Kosten entstehen, und
- d) dem Verbraucher bei einer Beendigung des Vertrags nach Buchstabe c die technischen Mittel zur Verfügung gestellt werden, damit er alle von ihm bereitgestellten Inhalte gemäß Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe c wiedererlangen kann.“⁹¹

Diese Regelung ist sachgerecht, und zwar nicht nur für Verbraucherverträge. Indem sie eine vertragliche Vereinbarung der Änderungsmöglichkeit voraussetzt, wahrt sie den Grundsatz „pacta sunt servanda“ und schützt das Interesse des Mieters daran, während der gesamten Mietdauer die gemieteten digitalen Inhalte in unveränderter Form nutzen zu können. Entsprechende vertragliche Vereinbarungen sollten allerdings auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen können, sofern sie nicht für den Mieter ungünstigere Bedingungen vorsehen; denn eine Individualvereinbarung kommt aus praktischen Gründen kaum in Betracht. Von zentraler Bedeutung ist die Obliegenheit, den Mieter zu benachrichtigen, damit er sich auf die bevorstehende Änderung einstellen kann. Insofern sollte man verlangen, dass die Mitteilung nicht nur auf die bevorstehende Änderung hinweist, sondern auch deren Ausmaß beschreibt. So muss etwa angegeben werden, ob die Änderung voraussichtlich zu Problemen hinsichtlich der Interoperabilität der digitalen Inhalte führen wird, ob bisherige Funktionen der digitalen Inhalte entfallen werden und ob die Änderung eine grundlegende Anpassung der Bedienungsweise erfordern wird. Sinnvoll ist das Kündigungsrecht des Mieters. Er hat zwar durch die vertragliche Vereinbarung eine mögliche Änderung akzeptiert, kann aber bei Vertragsschluss deren Tragweite noch nicht abschätzen und sollte deshalb den Vertrag beenden dürfen.

e) Vertragsbeendigung

Das BGB enthält keine einschlägigen Kündigungsfristen. § 542 Abs. 1 BGB verweist auf die gesetzlichen Vorschriften, § 580a Abs. 3 BGB trifft nur eine Regelung für bewegliche Sachen, die sich allenfalls analog anwenden ließe. Doch ist die dort statuierte Frist von drei Tagen jedenfalls für eine Kündigung durch den Vermieter viel zu kurz, da der Mieter häufig auf die kontinuierliche Nutzung der digitalen Inhalte dringend angewiesen ist und sich aufgrund einer solchen Kündigung nach Alternativangeboten umsehen und dann möglicherweise mit einem erheblichen Bestand eigener Daten „umziehen“ muss.

⁹¹ Art. 13 Abs. 2 Buchst. c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL ist auf S. 24 abgedruckt.

Art. 16 Abs. 1 und 2 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL gestatten dem Verbraucher bei Verträgen, die unbefristet sind oder eine Laufzeit von mehr als zwölf Monaten haben, die Kündigung erst nach zwölf Monaten mit einer Frist von 14 Tagen; in Bezug auf eine Kündigung durch den Unternehmer findet sich keine Regelung.

Angesichts der erheblichen praktischen Bedeutung sollte die Frage im Gesetz geregelt werden. Für eine Kündigung durch den Vermieter sollte dabei eine Frist von mindestens 30 Tagen gelten (vgl. Art. 15 Abs. 1 Buchst. c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL), für eine Kündigung durch den Mieter kann die Frist wesentlich kürzer sein, da sie dem Vermieter typischerweise keine großen Umstände bereitet. Eine Mindestlaufzeit, wie sie Art. 16 Abs. 1 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL vorsieht, ist für eine Kündigung durch den Vermieter wegen der für den Mieter damit verbundenen Unannehmlichkeiten sachgerecht. Für eine Kündigung durch den Mieter sollte eine Mindestlaufzeit dagegen nur gelten, wenn sie vereinbart ist.

Als Folge der Vertragsbeendigung müssen dem Mieter Ansprüche auf Rückgewähr und Löschung seiner Daten zustehen; insofern gilt dasselbe wie im Widerrufsrecht (siehe S. 23 f.).

f) Abdingbarkeit

Es spricht manches dafür, die Normen des Mietrechts ebenso wie diejenigen des Kaufrechts (§ 475 BGB) im Rahmen von Verbraucherverträgen über digitale Inhalte zwingend auszugestalten. Art. 19 Vorschlag Digitale-Inhalte-RL sieht dies vor. Andererseits stellt § 475 BGB im deutschen Recht eine Anomalie dar, die auf dem Zwang zur Umsetzung der VerbrGüterKRL beruht. Weder in Bezug auf Mietverträge über bewegliche Sachen noch in Bezug auf Dienst- oder Werkverträge findet sich bislang eine entsprechende Norm, die selbst Individualvereinbarungen unmöglich macht. Es wäre deshalb nicht angemessen, ohne europarechtlichen Zwang gerade im Hinblick auf Mietverträge über digitale Inhalte die Vertragsfreiheit so drastisch zu beschränken. Dies sollte allenfalls im Rahmen einer umfassenden, für alle Verbraucherverträge geltenden Regelung geschehen. Es scheint jedoch bedenklich, die Privatautonomie so gravierend zu beschneiden. In der Praxis werden Vereinbarungen, die die Rechte von Mietern digitaler Inhalte ganz oder teilweise ausschließen, nahezu immer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein und deswegen der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen. Dies genügt auch zum Schutz von Verbrauchern.

Ein besonderes Klauselverbot sollte im Hinblick auf die Änderung digitaler Inhalte (siehe S. 34 f.) geschaffen werden. Diese Regelung ist für den Mieter so wichtig, dass Abweichungen von ihr einer besonderen Rechtfertigung bedürfen sollten. Andererseits sollte das Klauselverbot hinreichend flexibel sein, damit den Besonderheiten einzelner Arten von digitalen Inhalten Rechnung getragen werden kann. Es sollte deswegen in § 308 BGB ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit geschaffen werden, nach dem in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen unwirksam sind, in denen sich der Verwender vorbehält, im Rahmen eines entgeltlichen Vertrags auf Zeit überlassene digitale Inhalte unter geringeren als den gesetzlichen Voraussetzungen zu ändern, ohne dass ein die Abweichung sachlich rechtfertigender Grund vorliegt.

Ferner scheint es sinnvoll, ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit hinsichtlich einer Abweichung von den Kündigungsfristen zu schaffen.

Beide Klauselverbote sollten entsprechend der grundlegenden Regel des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht gelten. Es genügt, wenn sie im Rahmen von § 307 BGB Indizwirkung entfalten.

11. Verträge über die Erstellung digitaler Inhalte

Sehr umstritten ist, ob Verträge über die Erstellung von digitalen Inhalten Werkverträge sind oder gemäß § 651 BGB weitgehend Kaufrecht unterliegen.⁹² Für die Anwendung des Werkvertragsrechts spricht, dass sich § 651 BGB nur auf bewegliche Sachen bezieht und eine Verweisungsnorm nach Art von § 453 Abs. 1 BGB im Werkvertragsrecht fehlt. Die Anwendung von § 651 BGB wäre auch nicht sachgerecht. Denn die von ihm angeordnete Maßgeblichkeit des Kaufrechts beruht auf der Erwägung, dass bei der Lieferung herzustellender beweglicher Sachen der Warenumsatz, also die Übertragung von Eigentum und Besitz an einer Sache, im Vordergrund steht. Dies ist bei der Erstellung von digitalen Inhalten nicht der Fall, und zwar unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte dem Erwerber letztlich auf einem dauerhaften Datenträger oder in anderer Weise zur Verfügung gestellt werden. Im Vordergrund steht hier die geistige Leistung des Erstellers, ganz ähnlich wie bei der Erstellung von Bauplänen durch einen Architekten.

Das Werkvertragsrecht lässt sich auf die Erstellung von digitalen Inhalten ebenso anwenden wie auf die Herstellung sonstiger Werke, bei denen nicht die Verkörperung, sondern die geistige Leistung im Vordergrund steht (etwa Gutachten). Der Erlass besonderer gesetzlicher Regelungen ist nicht veranlasst. Ganz im Vordergrund steht die vertragliche Vereinbarung der Parteien, durch die festgelegt wird, was die zu erstellenden digitalen Inhalte leisten sollen. Meist wird das vorab in einem Pflichtenheft festgelegt, doch die Softwareentwicklung kann auch „agil“ erfolgen, d. h. anhand von Prototypen mit relativ kurzfristigen Zwischenzielen in Abstimmung mit dem Kunden.⁹³ Ferner empfiehlt es sich, im Hinblick auf während der Entwicklung erforderlich werdende Änderungen im Vertrag ein Änderungsverfahren vorzusehen.⁹⁴ Schließlich sollten die Parteien festlegen, ob dem Besteller auch eine Herstellungsdocumentation geliefert oder der Quellcode mitgeteilt werden muss.⁹⁵

12. Sonstige Verträge in Bezug auf digitale Inhalte

Die Bandbreite an Verträgen, die in Bezug auf digitale Inhalte geschlossen werden können, ist unbegrenzt. Von Softwarepflegeverträgen über Rechenzentrumsverträge, Access-Provider-Verträge und Verträge über die Nutzung von Datenbanken reicht die Spannweite bis zu Verträgen in Bezug auf die Teilnahme an Online-Spielen und sozialen Netzwerken.⁹⁶ Durch passgenau auf den betreffenden Vertragstyp zugeschnittene Normen lassen sich diese Verträge nicht erfassen, da sie zu vielgestaltig sind und sich die technischen Möglichkeiten und damit auch die Verträge im Hinblick auf ihre Nutzung so schnell weiterentwickeln, dass eine gesetzliche Regelung schon nach

⁹² Siehe BGH, Urteil vom 4.3.2010, BGHZ 184, 345 Rz. 21 („regelmäßig Werkvertrag“); *Bartsch*, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 247 (259 f.); *Fritzemeyer*, NJW 2011, S. 2918 ff.; *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 296 ff. (Werkvertrag, außer wenn der Kunde wie bei Standardsoftware nur ein einfaches Recht an der Software erhält; dann § 651 BGB analog), jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁹³ Siehe *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 302 ff.

⁹⁴ Siehe *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 424.

⁹⁵ Siehe hierzu *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rz. 315.

⁹⁶ Siehe die eingehende Darstellung bei *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012.

kurzer Zeit veraltet wäre. Das Allgemeine Schuldrecht bildet eine solide Basis für den rechtlichen Umgang mit solchen Verträgen. Im Übrigen gelangen die Regeln über atypische Verträge und typengemischte Verträge zur Anwendung⁹⁷, nach denen einzelne Normen aus dem Besonderen Schuldrecht herangezogen werden, die eine Lösung für spezifische Fragen bereithalten.

Letztlich wird die Rechtsprechung Regeln für einzelne häufiger vorkommende Vertragstypen herausarbeiten, wie sie es etwa im Hinblick auf Leasingverträge getan hat.⁹⁸ Auch insofern kommt der AGB-Kontrolle große Bedeutung zu.

Auch der Vorschlag der Digitale-Inhalte-RL verzichtet darauf, insofern konkrete Regeln aufzustellen. Er erfasst zwar auch Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, sowie Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen; diese Formen von Dienstleistungen werden – sprachlich unglücklich – als Fälle „digitaler Inhalte“ aufgezählt (Art. 2 Abs. 1 Buchst. b und c Vorschlag Digitale-Inhalte-RL). Doch unter den folgenden Regelungen findet sich keine, die speziell auf solche Dienstleistungen zugeschnitten ist, es geht eigentlich immer um das Bereitstellen von Daten, auch wenn sich viele Regelungen – wie etwa diejenigen über die Vertragsmäßigkeit – auf Dienstleistungen übertragen lassen.

III. Haftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet

1. Problem

Im Internet werden zahlreiche Dienste angeboten, von Suchmaschinen, Routenplanern, Preisvergleichsportalen und Währungsrechnern bis zu E-Mail-Diensten und sozialen Netzwerken. Sehr häufig ist für die Inanspruchnahme dieser Dienste weder eine monetäre Vergütung zu leisten noch ein Entgelt in Form der Einwilligung in die Datennutzung zu erbringen (siehe S. 6 ff.). Manche dieser Dienste bergen dennoch ein hohes Schadenspotential. So kann etwa die falsche Auskunft eines Routenplaners zu erheblichem Zeitverlust, höheren Benzinkosten und dem Versäumen wichtiger Termine führen. Infolge des Fehlers eines Währungsrechners kann der Nutzer Verträge schließen, die er so nicht schließen will. Der Verlust von E-Mails kann große wirtschaftliche Nachteile zur Folge haben. Und falsche Informationen auf Webseiten können zu gravierenden Sach- und Körperschäden führen.

2. Bestehen eines Schuldverhältnisses

Von zentraler Bedeutung ist, ob bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet ein Schuldverhältnis zwischen dem Anbieter der Leistung und dem Nutzer besteht. Denn im Rahmen eines Schuldverhältnisses haftet der Anbieter gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB prinzipiell für jeden Schaden, den er pflichtwidrig und in zu vertretender Weise verursacht hat, während sich

⁹⁷ Siehe den Überblick bei *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, vor § 311 Rz. 11 ff.

⁹⁸ Siehe etwa BGH, Urteil vom 4.3.2010, BGHZ 184, 345 Rz. 17 ff.

die Haftung außerhalb von Schuldverhältnissen in der Regel nach § 823 Abs. 1 BGB auf Schäden beschränkt, die auf der schuldhaften Verletzung absoluter Rechte beruhen; die Haftung für reine Vermögensschäden ist auf Ausnahmefälle (insbesondere §§ 823 Abs. 2, 826 BGB) beschränkt.

Ein Schuldverhältnis – sei es mit Leistungspflichten i. S. von § 241 Abs. 1 BGB, sei es lediglich mit Schutz- und Rücksichtnahmepflichten i. S. von § 241 Abs. 2 BGB – kann durch einen Vertrag (vgl. § 311 Abs. 1 BGB) oder kraft Gesetzes zustande kommen.

a) Vertrag

Maßgeblich dafür, ob die Parteien einen Vertrag schließen, ist ihr Wille, sich rechtlich zu binden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die jeweiligen Parteien tatsächlich einen entsprechenden Willen haben, sondern darauf, ob eine Partei annehmen darf, dass die jeweilige Gegenpartei Rechtsbindungswillen hat (Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB). Da bei der Inanspruchnahme von Leistungen im Internet keinerlei individueller Kontakt zwischen den Parteien stattfindet, sind bei dieser Auslegung Umstände des Einzelfalls irrelevant, und sie kann deswegen typisiert erfolgen.

Der Anbieter der Leistung hat die Möglichkeit, durch einen ausdrücklichen Hinweis klarzustellen, dass er sich bei der Erbringung der Leistung in keiner Weise rechtlich binden will. Ist dieser Hinweis so deutlich angebracht, dass ihn ein vernünftiger Nutzer nicht übersehen kann, dann ist er im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen und schließt das Zustandekommen eines Vertrags aus. Umgekehrt ist anzunehmen, dass sich der Anbieter rechtlich binden will, wenn der Nutzer durch das Anklicken einer Schaltfläche Nutzungsbedingungen zustimmen muss, bevor er die Leistung in Anspruch nehmen kann. Denn dies zeigt, dass der Anbieter das Verhältnis zum Nutzer rechtlich regeln will. Indem der Nutzer die Schaltfläche anklickt, bringt auch er seinen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck, so dass ein Vertrag zustande kommt.

Fehlt es an entsprechenden Hinweisen, ist jedenfalls dann vom Vorliegen von beiderseitigem Rechtsbindungswillen auszugehen, wenn die Nutzung der Leistung (wie etwa bei E-Mail-Diensten) die Einrichtung eines Nutzerkontos erfordert. Denn angesichts der intendierten längerfristigen Beziehung kann nicht angenommen werden, dass die Parteien lediglich im unverbindlichen Bereich eines Gefälligkeitsverhältnisses verbleiben wollen; sie werden vielmehr typischerweise davon ausgehen, dass ihre Beziehung – in welchem Umfang auch immer – rechtliche Relevanz besitzt.

Weniger klar ist die Lage, wenn die Nutzung des betreffenden Dienstes ohne Anmeldung möglich ist, der Nutzer anonym bleibt und sich die betreffende Beziehung der Parteien in einer einmaligen Leistung – wie etwa der Umrechnung eines bestimmten Betrags in eine andere Währung – erschöpft. Der BGH berücksichtigt eine Fülle verschiedener Kriterien, um zu ermitteln, ob die Parteien Rechtsbindungswillen haben oder lediglich ein Gefälligkeitsverhältnis vorliegt: die Art der Leistung, ihren Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, insbesondere für den Empfänger, die Umstände, unter denen sie erbracht wird, die dabei bestehende Interessenlage der Parteien, die Gefahr, in die der Begünstigte durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, sowie ein eigenes Interesse des Leistenden an der erbrachten Leistung.⁹⁹ Nach diesen Kriterien

⁹⁹ BGH, Urteil vom 22.6.1956, BGHZ 21, 102 (107).

dürfte bei der Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet normalerweise ein Rechtsbindungswille anzunehmen sein: Der Nutzer verlässt sich typischerweise darauf, dass die über das Internet erbrachte Leistung richtig ist, und macht sie häufig zur Grundlage eigener Dispositionen. Der Anbieter erbringt typischerweise die Leistung nicht aus altruistischen Motiven, sondern weil er dadurch Nutzer auf seine Seite locken will. Er will sie entweder motivieren, dort auch andere Leistungen gegen Entgelt in Anspruch zu nehmen, oder Einnahmen für auf seiner Seite platzierte Werbung erzielen, deren Höhe in aller Regel von der Zahl derjenigen abhängt, die auf die Seite zugreifen.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die von der Rechtsprechung herangezogenen Kriterien weitgehend auf eine Fiktion des Rechtsbindungswillens in Fällen hinauslaufen, in denen das Vorliegen eines Schuldverhältnisses der Billigkeit entspricht.¹⁰⁰ Ziel der Auslegung ist die Ermittlung desjenigen, was der Erklärende zum Ausdruck bringen wollte. Falls das Verhalten des Erklärenden nicht zum Ausdruck bringt, dass er altruistische Zwecke verfolgt, muss man davon ausgehen, dass er sich allein oder zumindest ganz vorrangig an seinen eigenen Interessen orientiert. Der Anbieter einer unentgeltlichen Leistung im Internet hat aber in aller Regel keinerlei Interesse daran, eine vertragliche Bindung einzugehen, weil daraus allein eine Verschärfung seiner Haftung resultieren würde.

Hieran vermag auch der Gedanke einer „interpretatio contra proferentem“, nach dem Auslegungszweifel zu Lasten desjenigen gehen, der die betreffende Erklärung formuliert hat, nichts zu ändern. Eine solche Auslegungsregel wird in § 305c Abs. 2 BGB für Allgemeine Geschäftsbedingungen statuiert. Inwieweit sie verallgemeinert werden kann, ist zweifelhaft. Eine generelle Verallgemeinerung wird ganz überwiegend abgelehnt¹⁰¹, doch wird die Erstreckung auf automatisierte Erklärungen befürwortet, weil diese sich wie Allgemeine Geschäftsbedingungen an einen unbestimmten Kreis potenzieller Empfänger richten¹⁰². Es scheint daher durchaus möglich, die Regel heranzuziehen, wenn zweifelhaft ist, ob der Anbieter einer unentgeltlichen Leistung im Internet Rechtsbindungswillen hat. Freilich kommt der Grundsatz der „interpretatio contra proferentem“ nur zur Anwendung, wenn nach Ausschöpfung aller zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten Auslegungszweifel bleiben.¹⁰³ Hieran wird es normalerweise fehlen, weil das Eigeninteresse des Anbieters so deutlich gegen die Annahme von Rechtsbindungswillen spricht, dass keine Unklarheit besteht.

Die Auslegung des Parteiverhaltens nach den allgemeinen Grundsätzen wird somit im Regelfall dazu führen, dass der Anbieter einer unentgeltlichen Leistung im Internet, die kein Anlegen eines Benutzerkontos erfordert und anonym in Anspruch genommen wird, keinen Rechtsbindungswillen hat und deswegen kein Vertrag zwischen ihm und dem Nutzer zustande kommt. Zwar scheint es wahrscheinlich, dass die Rechtsprechung aufgrund der von ihr angewandten Kriterien zum gegenteiligen Ergebnis kommt. Dies ist allerdings nur möglich, wenn man nicht danach fragt, was der Anbieter – vom objektiven Empfängerhorizont aus – *will*, sondern danach, was in dieser Situation

¹⁰⁰ Siehe *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 7.7. Wie die Rechtsprechung dagegen *Soergel-Wolf*, BGB, 13. Aufl. 1999, vor § 145 Rz. 87, 95 ff.

¹⁰¹ *MünchKommBGB-Busche*, 7. Aufl. 2015, § 157 Rz. 8; *Palandt-Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 133 Rz. 23; *Staudinger-Singer*, BGB, Neubearb. 2012, § 133 Rz. 63.

¹⁰² *MünchKommBGB-Busche*, 7. Aufl. 2015, § 133 Rz. 24; *Palandt-Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 133 Rz. 23; *Staudinger-Singer*, BGB, Neubearb. 2012, § 133 Rz. 63.

¹⁰³ *MünchKommBGB-Busche*, 7. Aufl. 2015, § 133 Rz. 24; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 305c Rz. 15.

billig ist, und dann einen entsprechenden Willen fingiert. Mit den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre ist das schwer vereinbar.

b) Gesetzliches Schuldverhältnis

Möglich scheint auch, dass durch die Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien begründet wird. Als Anknüpfungspunkt hierfür kommt § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Betracht, nach dem ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch durch „ähnliche geschäftliche Kontakte“ entsteht. Die zentrale Frage hierbei ist, worauf sich das „ähnlich“ bezieht.

§ 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB betreffen ausdrücklich vorvertragliche Schuldverhältnisse. Das spricht dafür, dass auch § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nur vorvertragliche Schuldverhältnisse erfasst, was die Anwendung dieser Ziffer auf die Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet in aller Regel ausschließen würde. Darauf deuten auch Aussagen in der Gesetzesbegründung hin: § 311 Abs. 2 BGB regle die Voraussetzungen für das Entstehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses, und Nummer 3 betreffe z. B. Fälle, in denen noch kein Vertrag angebahnt, ein solcher aber vorbereitet werden solle.¹⁰⁴

Andererseits kann das „ähnlich“ auch auf den zentralen Aspekt der Nummer 2 bezogen werden, nämlich darauf, dass der eine Teil dem anderen Teil ähnlich wie bei einem Rechtsgeschäft die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, ohne dass es darauf ankommt, ob dies im Hinblick auf eine etwaige künftige rechtsgeschäftliche Beziehung geschieht.¹⁰⁵ So soll nach *Canaris*, der als Mitglied der „Kommission Leistungsstörungenrecht“ an der Formulierung der Norm beteiligt war, die generalklauselartige Formulierung die Möglichkeit zur Weiterentwicklung offen halten. Als potentiellen Anwendungsfall der Norm nennt er ausdrücklich Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter ohne primäre Leistungspflicht.¹⁰⁶ Für eine solche weite Auslegung der Nummer 3 spricht, dass die Nummern 1 und 2 die vorvertraglichen Schuldverhältnisse weitgehend abdecken, so dass insofern für die Nummer 3 kaum ein Anwendungsbereich bleibt. Überdies sollten § 311 Abs. 2 und 3 BGB alle Fälle erfassen, in denen vor der Schuldrechtsreform eine Haftung aus *culpa in contrahendo* anerkannt war. Bestimmte Fallgruppen (wie etwa die Haftung für Schutzpflichtverletzungen bei Nichtigkeit eines Vertrags) lassen sich aber nur mit der Nummer 3 erfassen.

Es ist darum anzunehmen, dass § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB sich nicht nur auf vorvertragliche Schuldverhältnisse bezieht. Die Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet lässt sich dann problemlos unter die Norm subsumieren, weil derjenige, der eine solche Leistung in Anspruch nimmt, auf deren korrekte Erbringung vertraut und dadurch dem Erbringer der Leistung die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Interessen gewährt.

¹⁰⁴ Fraktionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 162 f.

¹⁰⁵ So *NomosK-BGB-Krebs*, 2. Aufl. 2012, § 311 Rz. 102; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 311 Rz. 24; *Staudinger-Bork*, BGB, Neubearb. 2015, vor § 145 Rz. 85; *Staudinger-Olzen*, BGB, Neubearb. 2015, § 241 Rz. 406; wohl auch *Soergel-Harke*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 311 Abs. 2, 3 Rz. 45. A. A. *Staudinger-Löwisch/Feldmann*, BGB, Neubearb. 2013, § 311 Rz. 109.

¹⁰⁶ *Canaris*, JZ 2001, S. 499 (520).

c) Keine Einschränkung durch § 675 Abs. 2 BGB

Häufig wird die Leistung, die unentgeltlich im Internet gewährt wird, darin liegen, dass dem Nutzer bestimmte Informationen zur Verfügung gestellt werden – sei es, dass sie allgemein bereitgestellt werden (wie in Wikipedia), sei es, dass sie speziell für ihn generiert werden (wie bei einem Routenplaner). Es fragt sich, ob in diesem Fall § 675 Abs. 2 BGB einer Haftung entgegensteht. Nach dieser Norm ist derjenige, der einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet. Freilich enthält die Norm den Vorbehalt, dass eine Verantwortlichkeit, die sich aus einem Vertragsverhältnis, einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergibt, nicht berührt wird. Die Norm bringt damit lediglich eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck: Eine Haftung für eine falsche Auskunft besteht nur, wenn es hierfür eine vertragliche oder gesetzliche Grundlage gibt. Sie lässt sich allenfalls als Auslegungsregel im Hinblick auf Gefälligkeitsauskünfte verstehen.¹⁰⁷

Schon die Gesetzesverfasser hielten den Abschluss stillschweigender Auskunftsverträge für möglich, insbesondere wenn die Auskunft gegen Entgelt oder kraft Gewerbes oder Berufs erteilt wird.¹⁰⁸ Dem ist der BGH in ständiger Rechtsprechung gefolgt. Maßgebliche Kriterien sind insbesondere, ob die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und ob der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig ist oder bei ihm ein eigenes wirtschaftliches Interesse im Spiel ist. Dass der Auskunftgeber keine Vergütung verlangt, soll kein entscheidendes Gewicht haben.¹⁰⁹ § 675 Abs. 2 BGB stellt daher keine Sperre für die Annahme eines Vertrags zwischen dem Nutzer und dem Anbieter des unentgeltlichen Dienstes dar.

Aber auch wenn man ein Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten nicht mit Hilfe der Annahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses, sondern über § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB konstruiert, steht § 675 Abs. 2 BGB aufgrund des Vorbehalts sonstiger gesetzlicher Bestimmungen nicht entgegen.¹¹⁰

d) Maßgebliche Kriterien

Unter welchen Umständen ein Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten anzunehmen ist, kann sowohl nach dem Ansatz der Rechtsprechung, die auf den Parteiwillen abstellt, als auch im Rahmen von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nur im Einzelfall entschieden werden.

Zentrale Bedeutung wird dabei der Frage zukommen, ob der Anbieter der Leistung ein wirtschaftliches Eigeninteresse verfolgt. Beziehen sich die Auskünfte auf von ihm entgeltlich angebotene Leistungen (Beispiel: Kochrezepte unter Verwendung vom Anbieter angebotener Zutaten, Fahrplan eines Verkehrsunternehmens) oder finanziert sich der Anbieter über auf den Seiten platzierte Werbung, spricht *prima facie* viel für die Annahme eines Schuldverhältnisses. Handelt es sich dagegen um Tipps oder Ratschläge, die ein Privatmann ohne kommerzielle Absicht im Netz be-

¹⁰⁷ Staudinger-Martinek, BGB, Neubearb. 2006, § 675 Rz. C 10. Dagegen: MünchKommBGB-Heermann, 6. Aufl. 2012, § 675 Rz. 113.

¹⁰⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (amtliche Ausgabe), Band II, 2. Aufl. 1896, S. 555.

¹⁰⁹ Z. B. BGH, Urteil vom 18.12.2008, NJW 2009, S. 1141 Rz. 8 ff.

¹¹⁰ Staudinger-Martinek, BGB, Neubearb. 2006, § 675 Rz. C 26 f.

reitstellt, dürfte normalerweise kein Schuldverhältnis vorliegen. Ein Grenzfall dürfte insofern Wikipedia sein. Einerseits verzichtet Wikipedia auf Werbung, wird von freiwilligen Mitarbeitern getragen und finanziert sich ausschließlich über Spenden. Andererseits handelt es sich um eine Organisation von weltweiter Bedeutung, der viele Nutzer – auch aufgrund der hohen Qualität des Gebotenen – großes Vertrauen entgegenbringen. Meines Erachtens spricht viel für die Annahme eines Schuldverhältnisses. „Feinsteuerung“ kann durch eine sachgerechte Bestimmung der aus diesem Schuldverhältnis entspringenden Pflichten betrieben werden.

Der zweite wichtige Faktor neben dem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Anbieters der Leistung ist die Art der Leistung und ihre Bedeutung für den Nutzer. Wenn die betreffende Leistung rein unterhaltenden Charakter hat und es ausgeschlossen scheint, dass der Nutzer aufgrund ihrer Inanspruchnahme weitere Dispositionen trifft, wird die Annahme eines Schuldverhältnisses normalerweise ausscheiden. Das ist insbesondere bei Texten, Fotos und Videos mit rein unterhaltendem Charakter und bei einfachen Spielen der Fall. Je eher dagegen die Leistung Anlass zu Dispositionen des Nutzers gibt und je gravierender deren Folgen für ihn sind, umso mehr spricht für die Annahme eines Schuldverhältnisses. So wird bei Informationen im Gesundheitsbereich oder bei Informationen über Wirtschaftsdaten in aller Regel ein Schuldverhältnis vorliegen.

3. Pflichten des Anbieters der unentgeltlichen Leistung

Wenn ein Schuldverhältnis vorliegt, muss geklärt werden, welche Pflichten aus diesem Schuldverhältnis resultieren. Insofern spielen wiederum die Faktoren eine Rolle, die schon über das Vorliegen eines Schuldverhältnisses entschieden haben: Je professioneller der Anbieter auftritt, je stärker er kommerzielle Interessen verfolgt und je wichtiger eine ordnungsgemäße Leistung für den Nutzer ist, umso weiter werden die Pflichten des Anbieters reichen. So stellt etwa nicht jede falsche Information eine vom Anbieter zu vertretende Pflichtverletzung dar, die ihn zum Schadensersatz verpflichtet. Selbst bei entgeltlich erworbenen Büchern liegt nicht in jedem inhaltlichen Fehler ein Mangel i. S. von § 434 Abs. 1 BGB.¹¹¹ Maßgeblich ist insofern zunächst, wie die Information präsentiert wird. Wenn der Anbieter erkennbar lediglich von Dritten erstellte Informationen referiert, ist er nicht notwendig verpflichtet, diese Informationen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Hat er Anlass, an der Richtigkeit einer Information zu zweifeln, muss er sie jedoch überprüfen und gegebenenfalls entfernen oder richtigstellen. Dies dürfte auch für Wikipedia gelten, deren Inhalt – wie für die Nutzer ohne weiteres ersichtlich ist – dezentral von einer Vielzahl ehrenamtlicher Autoren erstellt wird. Je wichtiger eine Information für den Nutzer ist, umso größer sind die Pflichten des Anbieters im Hinblick auf ihre Richtigkeit. Der Anbieter von Informationen im Gesundheitsbereich, die er nicht erkennbar lediglich referiert, muss in aller Regel sicherstellen, dass sie dem Stand der Wissenschaft entsprechen oder zumindest einen deutlichen Warnhinweis anbringen. Der Anbieter eines unentgeltlichen Routenplaners wird grundsätzlich dafür zu sorgen haben, dass die erstellten Routen korrekt sind, aber nicht gewährleisten müssen, dass jeweils die absolut günstigste Route ausgegeben wird und dass Änderungen im Straßennetz tagesaktuell berücksichtigt werden.

¹¹¹ Siehe *Faust*, in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.8.2014, § 434 Rz. 70.

Eine Leistungspflicht kann dem Anbieter einer unentgeltlichen Leistung im Internet nur im Rahmen eines vertraglichen Schuldverhältnisses auferlegt werden, nicht im Rahmen eines Schuldverhältnisses gemäß § 311 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Auch bei einem vertraglichen Schuldverhältnis ist insofern große Zurückhaltung zu wahren. Wird eine Leistung lediglich punktuell in Anspruch genommen, kommt ein Vertrag von vornherein nicht zustande, wenn die Leistung, die der Nutzer in Anspruch nehmen will, zu dem betreffenden Zeitpunkt nicht angeboten wird. Denn dem Nutzer ist ersichtlich, dass der Anbieter die betreffende Leistung momentan nicht erbringen will. Wird die Leistung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses erbracht, kommt die Annahme einer Leistungspflicht eher in Betracht. Für sie spricht umso mehr, je wichtiger die betreffende Leistung für den Nutzer ist. So spricht etwa bei einem E-Mail-Dienst mehr für die Annahme einer Leistungspflicht als bei einem sozialen Netzwerk, und bei diesem wiederum mehr als bei der Bereitstellung von Zeitungsartikeln für registrierte Nutzer. Auch soweit Leistungspflichten bestehen, sind normalerweise kurzzeitige Unterbrechungen durch Serverausfälle oder ähnliche Störungen hinzunehmen. Allgemeine Regeln lassen sich insofern nicht aufstellen. Sinnvollerweise wird der Anbieter einschlägige Klauseln in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen; dann stellt sich die Frage von deren Wirksamkeit. Zu messen sind sie insbesondere an § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, nach dem Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zweifel unwirksam sind, wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

4. Bedarf für eine gesetzliche Regelung

Bedarf für eine gesetzliche Regelung besteht meines Erachtens nicht. Die Annahme eines stillschweigenden Vertrags oder – nach vorzugswürdiger Ansicht – § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bietet die Möglichkeit, bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien zu konstruieren, wenn dies angemessen erscheint. Die Kriterien hierfür müssen von der Rechtsprechung konkretisiert werden. Eine gesetzliche Präzisierung müsste wegen der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Sachverhalte sehr allgemein bleiben und wäre deswegen wenig hilfreich. Denkbar wäre allenfalls eine Regelung, nach der „im Zweifel“ bei der Inanspruchnahme einer unentgeltlichen Leistung im Internet ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien begründet wird. Gewinn würde eine derartige Regelung jedoch kaum bringen, da auch bei ihrer Geltung jeweils sämtliche Umstände des Einzelfalls abgewogen werden müssten. Möglicherweise würde sie dazu führen, dass manche Anbieter aus Angst vor Haftungsrisiken keine unentgeltlichen Inhalte mehr im Netz bereitstellen. Es sollte daher auf sie verzichtet werden. Ähnliches gilt im Hinblick auf die aus einem Schuldverhältnis entspringenden Pflichten. Insofern ist eine Konkretisierung noch schwerer möglich als hinsichtlich des Entstehens eines Schuldverhältnisses. Eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, die nur die Rechtsprechung vornehmen kann, ist unabdingbar. Eine Regelung, die konkreter ist als § 241 Abs. 2 BGB, ist daher nicht möglich.

Im Übrigen ist zu beachten, dass die Frage der Schadensersatzhaftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen keineswegs neu ist. Unentgeltliche Leistungen sind zwar im Internet besonders häufig, aber keineswegs auf das Internet beschränkt. Die Frage der Abgrenzung von Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis stellt sich im Hinblick auf eine unüberschaubare

Vielzahl von Lebenssituationen, von der Mitnahme im Auto über das Beaufsichtigen fremder Kinder und die Einladung zu einer Party bis hin zu Auskünften im privaten und professionellen Bereich. Ob für die Richtigkeit einer Information gehaftet wird, muss nach einheitlichen Kriterien entschieden werden, unabhängig davon, ob diese Information im Internet oder an anderer Stelle zur Verfügung gestellt wird, etwa im redaktionellen Teil eines kostenlos verteilten Anzeigenblatts. Eine Regelung, die sich allein auf Leistungen im Internet bezieht, würde ohne sachlichen Grund einen Teilbereich aus einer einheitlichen rechtlichen Problematik herausbrechen und ist schon deshalb abzulehnen.

IV. Schutz von Daten

1. Notwendigkeit eines Schutzes von Daten

Daten repräsentieren heute sowohl für Privatpersonen wie für Unternehmen einen erheblichen Wert. Die Kundenliste eines Unternehmens, die Patientendatei eines Arztes, auf deren Grundlage er die Rechnungen erstellt, das Manuskript einer Wissenschaftlerin oder die Examensarbeit einer Studentin – sie sind für ihre Inhaber von existentieller Bedeutung, und ihr Verlust trifft diese Inhaber oft weit härter als der Verlust einer Sache, da sie nicht ohne weiteres ersetzbar sind. Die Rechtsordnung muss daher mit Hilfe von negatorischen Ansprüchen und vor allem von Schadensersatzansprüchen für einen hinreichenden Schutz von Daten sorgen.

Daten weisen allerdings die Besonderheit auf, dass sich der Berechtigte gegen ihren Verlust problemlos selbst durch die Anfertigung von Sicherungskopien schützen kann. Dies macht freilich den Schutz durch die Rechtsordnung nicht entbehrlich.

Zum einen kann der Verlust von Daten auch dann zu einem Schaden führen, wenn eine Sicherungskopie vorhanden ist. Häufig wird eine solche Kopie nämlich nicht kontinuierlich, sondern nur punktuell erstellt, so dass die seit der letzten Datensicherung vorgenommenen Änderungen endgültig verloren gehen können. Außerdem müssen verloren gegangene Daten erst mit Hilfe der Sicherungskopie rekonstruiert werden, was Kosten verursacht und zu einer Unterbrechung von Arbeits- oder Produktionsabläufen führen kann.

Zum anderen begründet das Unterlassen einer gebotenen Datensicherung zwar ein Mitverschulden i. S. von § 254 Abs. 2 Alt. 2 BGB¹¹², doch macht dies die Einräumung eines Schadensersatzanspruchs ebenso wenig obsolet wie andere Fälle des Mitverschuldens¹¹³. Zwar wird bei einer Verletzung der Obliegenheit zur Schadensabwendung oder -minderung derjenige Schaden, den der Geschädigte hätte vermeiden können, in aller Regel ihm auferlegt.¹¹⁴ Doch sind auch insofern alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere das Maß des beiderseitigen Verschuldens.¹¹⁵ So wird etwa bei vorsätzlicher Vernichtung von Daten das Unterlassen der Datensicherung in der Regel nicht dazu führen, dass der Geschädigte keinerlei Ersatz für den Schaden fordern

¹¹² OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.11.1995, NJW 1996, S. 200 (201); LG Konstanz, Urteil vom 10.5.1996, NJW 1996, S. 2662; *Meier/Wehlau*, NJW 1998, S. 1585 (1590).

¹¹³ *Faustmann*, VuR 2006, S. 260 (263 Fn. 34).

¹¹⁴ *Palandt-Grüneberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 254 Rz. 63.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 24.7.2001, NJW 2001, S. 3257 (3258); *Soergel-Ekkenga/Kuntz*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 254 Rz. 158; a. A. *MünchKommBGB-Oetker*, 7. Aufl. 2016, § 254 Rz. 76.

kann, den er durch ordnungsgemäße Sicherung vermeiden hätte können. Nach § 303a StGB ist das Löschen oder Verändern von Daten sogar strafbar. Die Möglichkeit der Eigensicherung schließt also nicht einmal diese schärfstmögliche Sanktion aus, und darum kann sie erst recht nicht die generelle Versagung von Schadensersatzansprüchen rechtfertigen.

Besondere gesetzliche Regeln hinsichtlich der Obliegenheit zur Datensicherung sind nicht erforderlich. Die allgemeine Regelung des § 254 Abs. 2 BGB gibt der Rechtsprechung die Möglichkeit, insofern einerseits allgemeine Grundsätze herauszuarbeiten und andererseits die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und dabei einer Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten Rechnung zu tragen.

2. Schutz innerhalb von Schuldverhältnissen

Innerhalb von Schuldverhältnissen sind Daten nach den allgemeinen Regeln geschützt. Gemäß § 241 Abs. 2 BGB muss jede Partei Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei nehmen; bei einer Verletzung dieser Pflicht haftet sie gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz. Der Schutz des § 241 Abs. 2 BGB hängt dabei nicht davon ab, ob ein absolutes Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB verletzt wird, sondern umfasst auch das Vermögen.¹¹⁶ Innerhalb von Schuldverhältnissen sind daher Schäden durch das unbefugte Löschen oder Verändern von Daten problemlos ersatzfähig. Der Inhalt der Schutzpflicht des § 241 Abs. 2 BGB lässt sich gesetzlich nicht konkretisieren. Es obliegt der Rechtsprechung, im Einzelfall zu entscheiden, ob z. B. ein Unternehmen, das eine fremde Computeranlage wartet oder neue Software darauf installiert, vorher eine Datensicherung vornehmen oder zumindest auf die Notwendigkeit einer solchen Datensicherung hinweisen muss¹¹⁷ oder ob ein E-Mail-Konto, das ein Vertragspartner für den anderen angelegt hat, gelöscht werden darf¹¹⁸.

3. Schutz außerhalb von Schuldverhältnissen

Außerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses werden Daten durch das Deliktsrecht geschützt. Es soll hier zunächst dargelegt werden, inwieweit ein Schutz nach geltendem Recht allgemein anerkannt ist. Auf dieser Basis kann festgestellt werden, ob Schutzlücken bestehen und wie diese gegebenenfalls am besten zu schließen sind.

a) Schutz nach geltendem Recht

aa) § 823 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB setzt die Verletzung eines absoluten Rechts voraus.

(1) Eigentum

Von den in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechten kommt nur das Eigentum in Betracht.

Daten selbst fallen nicht unter den Eigentumsbegriff, da Eigentum nur an Sachen i. S. von § 90 BGB und an Tieren (§ 90a BGB) bestehen kann, Daten aber mangels Verkörperung keine Sachen

¹¹⁶ Fraktionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 125.

¹¹⁷ Vgl. *Meier/Wehlau*, NJW 1998, S. 1585 (1586).

¹¹⁸ Vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 5.9.2012, NJW-RR 2013, S. 27 (28).

sind¹¹⁹. Der BGH nimmt zwar an, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen sei¹²⁰, doch geht es dabei nicht darum, ob an der Software Eigentum i. S. von § 823 Abs. 1 BGB besteht, sondern darum, ob auf die Überlassung von Software kauf- oder mietvertragliche Vorschriften anwendbar sind. Für den deliktsrechtlichen Schutz lässt sich hieraus nichts ableiten.

Deliktsrechtlich geschützt werden Daten jedoch über das Eigentum am Datenträger. Denn die Löschung oder Veränderung gespeicherter Daten ist nicht ohne physikalische Veränderung des Datenträgers möglich, unabhängig davon, auf welche Weise (z. B. magnetisch oder optisch) die Speicherung erfolgt ist. Die Löschung oder Veränderung von Daten stellt daher eine Verletzung des Eigentums am Datenträger dar.¹²¹ Dies ist unabhängig davon, ob der Datenträger beschädigt wird oder nicht, da die physische Veränderung einer Sache stets eine Eigentumsverletzung darstellt; so sieht der BGH etwa die Zerstörung der Ordnung einer Sachgesamtheit (wie einer Briefmarkensammlung oder eines Archivs) auch dann als Eigentumsverletzung an, wenn keine Einzelsache beschädigt wird¹²².

Steht der Datenträger nicht im Eigentum desjenigen, der durch den Verlust oder die Veränderung der Daten geschädigt wird, so kann dem Geschädigten ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des berechtigten Besitzes am Datenträger zustehen.¹²³ Denn auch der berechtigte Besitz an einer Sache wird durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Soll er eine bestimmte Nutzung der Sache – wie etwa das Speichern von Daten – ermöglichen und wird der Besitzer an dieser Nutzung durch eine rechtswidrige unmittelbare Einwirkung auf die Sache gehindert, so liegt eine Rechtsverletzung i. S. von § 823 Abs. 1 BGB vor.¹²⁴

Wenn derjenige, der durch den Verlust oder die Veränderung der Daten geschädigt wird, weder Eigentümer noch Besitzer des Datenträgers ist, ließe sich ein Schutz über § 823 Abs. 1 BGB, der durch das Eigentum oder den Besitz am Datenträger vermittelt wird, allenfalls mit Hilfe des Instituts der Drittschadensliquidation erreichen: Der Eigentümer oder berechtigte Besitzer des Datenträgers macht den Schaden, der durch den Verlust oder die Veränderung der Daten entsteht, gegenüber dem Schädiger im Wege der Drittschadensliquidation geltend und tritt dem Geschädigten den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ab oder gibt ihm den erhaltenen Schadensersatz heraus. Eine

¹¹⁹ OLG Dresden, Beschluss vom 5.9.2012, NJW-RR 2013, S. 27 (28); LG Konstanz, Urteil vom 10.5.1996, NJW 1996, S. 2662; AG Brandenburg, Urteil vom 22.4.2002, BeckRS 2002, 11438 Rz. 27; MünchKommBGB-*Stressemann*, 7. Aufl. 2015, § 90 Rz. 25; *Palandt-Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 90 Rz. 2; *Redeker*, NJOZ 2008, S. 2917 (2919); *Spickhoff*, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 233 (236 f.); *Staudinger-Jickeli/Stieper*, BGB, Neubearb. 2012, § 90 Rz. 12, 17. A. A. *Faustmann*, VuR 2006, S. 260 f.; wohl auch *Spindler*, NJW 2004, S. 3145 (3146), und in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.11.2013, § 823 Rz. 55.

¹²⁰ Z. B. BGH, Urteil vom 14.7.1993, NJW 1993, S. 2436 (2437 f.); BGH, Urteil vom 15.11.2006, NJW 2007, S. 2394 Rz. 15.

¹²¹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.11.1995, NJW 1996, S. 200 (201); *Bartsch*, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 247 (248); *Meier/Wehlau*, NJW 1998, S. 1585 (1588); MünchKommBGB-*Wagner*, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 165; *Soergel-Spickhoff*, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rz. 79; *Spickhoff*, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 233 (236); *Staudinger-Jickeli/Stieper*, BGB, Neubearb. 2012, § 90 Rz. 19; *Staudinger-Hager*, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823 Rz. B 60. A. A. LG Konstanz, Urteil vom 10.5.1996, NJW 1996, S. 2662; AG Brandenburg, Urteil vom 22.4.2002, BeckRS 2002, 11438 Rz. 27.

¹²² BGH, Urteil vom 26.2.1980, BGHZ 76, 216 (220).

¹²³ *Faustmann*, VuR 2006, S. 260 (261); *Spickhoff*, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 233 (237).

¹²⁴ BGH, Urteil vom 9.12.2014, NJW 2015, S. 1174 Rz. 17 f.

Drittschadensliquidation setzt jedoch nach allgemeiner Ansicht eine zufällige Schadensverlagerung voraus: Der Schaden muss infolge von Umständen, die aus Sicht des Schädigers „zufällig“ sind, nicht beim Inhaber des Schadensersatzanspruchs, sondern bei dem Dritten eintreten.¹²⁵ Im Fall der Löschung oder Veränderung von auf einem fremden Datenträger gespeicherten Daten liegt aber keine bloße Schadensverlagerung vor, weil der Eigentümer oder berechtigte Besitzer des Datenträgers durch den Eingriff selbst einen Schaden erleidet, etwa dadurch, dass er daran gehindert wird, mit Hilfe des Datenträgers Leistungen zu erbringen, zu denen er sich vertraglich verpflichtet hat (wie etwa die Speicherung fremder Daten), und dadurch Gewinn verliert.¹²⁶ Der Fall liegt nicht anders, als wenn ein Arbeitnehmer verletzt wird und sein Arbeitgeber durch den Ausfall dieses Arbeitnehmers einen Schaden erleidet.

(2) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Das Löschen oder Verändern von Daten kann einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen, das als sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ist¹²⁷. Ein umfassender Schutz von Daten lässt sich jedoch mit Hilfe dieses Rechts nicht erreichen. Wenn es sich um Daten einer Privatperson handelt, greift es von vornherein nicht ein. Aber auch bei betrieblichen Daten ist es keineswegs immer einschlägig.¹²⁸ Denn § 823 Abs. 1 BGB schützt dieses Recht nur gegen betriebsbezogene Eingriffe, d. h. Eingriffe, die sich – bei objektiver Betrachtung – spezifisch gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten. Eine bloß mittelbare Beeinträchtigung des Betriebs durch Verletzung einzelner dem Betrieb zugeordneter Rechtsgüter genügt zumindest dann nicht, wenn diese Verletzung nicht gezielt gegen die Grundlagen der betrieblichen Tätigkeit gerichtet ist.¹²⁹ Im Einzelnen ist die Abgrenzung unscharf. Die gezielte Löschung der Kundenkartei eines Unternehmens, um diesem Unternehmen zu schaden, dürfte durchaus einen betriebsbezogenen Eingriff darstellen. Eine Unterbrechung der Stromzufuhr durch Beschädigung einer allgemeinen Versorgungsleitung wird dagegen generell nicht als betriebsbezogener Eingriff angesehen¹³⁰, und hieran ändert sich auch nichts, wenn der Stromausfall zu einem Datenverlust führt¹³¹.

(3) Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

Das BVerfG hat ein Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) proklamiert.¹³² Die Integrität des informationstechnischen Systems sei angetastet, wenn „auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und

¹²⁵ BGH, Urteil vom 26.11.1968, BGHZ 51, 91 (94 f.) (Hühnerpest); MünchKommBGB-Oetker, 7. Aufl. 2016, § 249 Rz. 292; Palandt-Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, vor § 249 Rz. 105.

¹²⁶ Vgl. Faustmann, VuR 2006, S. 260 (262 f.).

¹²⁷ Palandt-Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 823 Rz. 133.

¹²⁸ Spickhoff, in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 233 (243).

¹²⁹ Siehe BGH, Urteil vom 21.4.1998, BGHZ 138, 311 (317); BGH, Urteil vom 11.1.2005, NJW-RR 2005, S. 673 (675).

¹³⁰ BGH, Urteil vom 9.12.1958, BGHZ 29, 65 (74).

¹³¹ LG Konstanz, Urteil vom 10.5.1996, NJW 1996, S. 2662.

¹³² BVerfG, Urteil vom 27.2.2008, NJW 2008, S. 822 Rz. 166 ff., 201 ff.

Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann ist die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen“.¹³³

Dieses Grundrecht ist – ebenso wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, aus dem es abgeleitet wird – ein sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB, dessen Verletzung einen Anspruch auf Schadensersatz begründet.¹³⁴ Daraus folgt jedoch nicht, dass jeder unbefugte Zugriff eines Dritten auf ein informationstechnisches System einen Schadensersatzanspruch auslöst. Denn bei § 823 Abs. 1 BGB wird – wie bei allen Schadensersatzansprüchen – der ersatzfähige Schaden durch den Schutzzweck der Norm beschränkt: Ersatzfähig sind nur Schäden, die in den Schutzbereich des von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsguts fallen.¹³⁵ Das BVerfG leitet das Grundrecht auf Integrität informationstechnischer Systeme aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ab und sieht es als Ergänzung von Art. 10 GG und Art. 13 GG an.¹³⁶ Daraus ergibt sich, dass die Integrität informationstechnischer Systeme nur deshalb geschützt wird, um die Vertraulichkeit des Systems zu gewährleisten. Schäden, die auf einem Zugriff auf ein informationstechnisches System resultieren, durch den die Vertraulichkeit dieses Systems weder verletzt wird noch verletzt werden soll, liegen deshalb nicht im Schutzbereich des Grundrechts.¹³⁷ Dies ist gilt insbesondere für Schäden durch das unbefugte Löschen von Daten.

bb) § 823 Abs. 2 BGB

§ 823 Abs. 2 BGB verpflichtet denjenigen zum Schadensersatz, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Die Norm ist ein „Transmissionsriemen“, der es ermöglicht, die Verletzung von außerhalb des BGB statuierten Verhaltensstandards mit zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen zu sanktionieren.¹³⁸ Ob sie einen Schutz gegen das unbefugte Löschen oder Verändern von Daten gewährt, hängt davon ab, ob es ein entsprechendes Schutzgesetz gibt.

Es gibt zahlreiche Gesetze in Bezug auf den Umgang mit fremden Daten. So regelt etwa das BDSG die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten (§ 1 Abs. 2 BDSG), § 13 TMG statuiert datenschutzrechtliche Pflichten der Dienstanbieter, also von Personen, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln (§ 2 S. 1 Nr. 1 TMG), und §§ 202a ff. StGB stellen das Ausspähen und Abfangen von Daten sowie die Datenhehlerei unter Strafe. Diese Normen sind in der Regel Schutzgesetze i. S. von § 823 Abs. 2 BGB.¹³⁹ Doch schützen sie nicht das Interesse des Berechtigten an der Integrität von Daten, sondern sein Interesse an ihrer Geheimhaltung. So soll das BDSG nach § 1 Abs. 1 BDSG den Einzelnen davor schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. § 202a StGB lässt es zwar genügen, dass sich der Täter Zugang zu den Daten verschafft, verlangt also keine Kenntnisnahme der Daten.¹⁴⁰ Er gilt jedoch

¹³³ BVerfG, Urteil vom 27.2.2008, NJW 2008, S. 822 Rz. 204.

¹³⁴ *Bartsch*, CR 2008, S. 613 (614 f.); *Roßnagel/Schnabel*, NJW 2008, S. 3534 (3535 f.).

¹³⁵ BGH, Urteil vom 22.4.1958, BGHZ 27, 137 (140 f.).

¹³⁶ Siehe BVerfG, Urteil vom 27.2.2008, NJW 2008, S. 822 Rz. 187 ff.

¹³⁷ Das berücksichtigen nicht: *Bartsch*, CR 2008, S. 613 (615); *Spindler*, in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.11.2013, § 823 Rz. 93; *Roßnagel/Schnabel*, NJW 2008, S. 3534 (3536).

¹³⁸ MünchKommBGB-Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 384; *Spickhoff*, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 233 (237 f.).

¹³⁹ *Palandt-Sprau*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 823 Rz. 65 zum BDSG.

¹⁴⁰ *Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 202a Rz. 18.

nur für besonders gesicherte Daten, erfasst nur vorsätzliches Verhalten (§ 15 StGB) und ist bei wichtigen Verletzungshandlungen – etwa der Zerstörung des Speichermediums – nicht einschlägig. Ein umfassender Schutz gegen das Löschen und Verändern von Daten lässt sich mit Hilfe von Normen, die das Persönlichkeitsrecht oder das Geheimhaltungsinteresse schützen, nicht erreichen. Selbst wenn sie die konkrete Verletzungshandlung erfassen, ist der entstandene Schaden über § 823 Abs. 2 BGB nur ersatzfähig, soweit er vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst ist. Der Schaden durch das bloße Löschen oder Verändern von Daten wird aber in der Regel nicht in den Schutzbereich von Normen fallen, denen es um den Schutz der Vertraulichkeit der Daten geht. Nach § 303a StGB ist es strafbar, rechtswidrig Daten, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden (§ 202a Abs. 2 StGB), zu löschen, zu unterdrücken, unbrauchbar zu machen oder zu verändern. Die Norm schützt das Interesse desjenigen, der ein unmittelbares Nutzungs- und Verfügungsrecht an den Daten hat, an der unversehrten Verwendbarkeit dieser Daten.¹⁴¹ Sie bezweckt also den individuellen Schutz des an den Daten Berechtigten und stellt darum ein Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB dar.¹⁴² Allerdings erfasst sie gemäß § 15 StGB nur vorsätzliches Verhalten und lässt deswegen große Schutzlücken.

cc) § 826 BGB

§ 826 BGB gewährt im Fall vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung einen Anspruch auf Schadensersatz. Da die Art der Schädigung nicht näher spezifiziert wird, erfasst die Norm auch das Löschen oder Verändern von Daten, etwa wenn jemand Daten eines Konkurrenten löscht, um diesem zu schaden. Das Erfordernis eines vorsätzlichen sittenwidrigen Verhaltens stellt allerdings eine hohe Hürde dar. Über § 826 BGB lässt sich daher nur in einem kleinen Teil der einschlägigen Fälle eine Schadensersatzpflicht begründen.

b) Zwischenbilanz: Erhebliche Schutzlücke

Es besteht eine erhebliche Schutzlücke in Bezug auf Daten, wenn diese auf einem Datenträger gespeichert sind, der weder im Eigentum noch im Besitz desjenigen steht, der durch das Löschen oder die Veränderung der Daten geschädigt wird. Dieser Fall ist praktisch häufig – man denke nur an E-Mails, die auf dem Server des Providers gespeichert sind, oder Dateien, die der Ersteller statt auf dem eigenen Rechner in einer Cloud speichert.

Derartige Daten sind zwar über § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 303a StGB und über § 826 BGB gegen vorsätzliche Eingriffe geschützt. Fahrlässige Eingriffe führen dagegen nur ausnahmsweise zu einem Schadensersatzanspruch, wenn nämlich erstens der Eingriff gegen ein Gesetz verstößt, das eigentlich einem anderen Zweck – nämlich der Verhinderung von Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht – dient, und zweitens der entstandene Schaden aufgrund besonderer Umstände vom Schutzzweck dieses Gesetzes gedeckt ist.

Zwar haftet der Betreiber des Speichermediums nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, wenn er gebotene Sicherheitsvorkehrungen unterlässt. Doch dies macht eine Haftung von Dritten, die für

¹⁴¹ Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 10/5058, S. 34; BayObLG, Urteil vom 24.6.1993, CR 1993, S. 779 (780); MünchKommStGB-Wieck-Noodt, 2. Aufl. 2014, § 303a Rz. 2 f.; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, StGB, 29. Aufl. 2014, § 303a Rz. 1.

¹⁴² AG Brandenburg, Urteil vom 22.4.2002, BeckRS 2002, 11438 Rz. 29; Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, S. 3534 (3536); Staudinger-Hager, BGB, Neubearb. 2009, § 823 Rz. G 42.

das Löschen oder die Entstellung von Daten verantwortlich sind, nicht entbehrlich. Zum einen wird sich der Betreiber des Speichermediums in manchen Fällen gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten können, zum anderen wird seine Haftung häufig beschränkt sein. So privilegiert § 44a TKG die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dadurch, dass er Haftungshöchstbeträge für ihre Verpflichtung zum Ersatz eines Vermögensschadens gegenüber Endnutzern (§ 3 Nr. 8 TKG) statuiert; denn eine unbeschränkte Haftung würde für diese Anbieter zu kaum abschätzbaren wirtschaftlichen Risiken führen¹⁴³. Die Norm findet auf sämtliche Schadensersatzansprüche Anwendung¹⁴⁴ und kommt selbst in Fällen grober Fahrlässigkeit zur Anwendung. Sie gilt freilich nur für Telekommunikationsdienste i. S. von § 3 Nr. 24 TKG, also für in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen.¹⁴⁵ Bei anderen Dienstleistungen ist außerhalb des unternehmerischen Geschäftsverkehrs (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB)¹⁴⁶ nach § 309 Nr. 7b BGB bei grober Fahrlässigkeit eine Haftungsbeschränkung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig. Im Übrigen richtet sich die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen nach § 307 BGB. Insofern ist vor allem die „Kardinalpflichten“-Rechtsprechung des BGH von Bedeutung, deren Ergebnisse schwer vorhersagbar sind.¹⁴⁷ Die Haftung des Betreibers des Speichermediums vermag deswegen die Lücke, die hinsichtlich der Haftung von Dritten bestehen, nicht zu schließen.

Die Schutzlücke ist angesichts des hohen materiellen wie immateriellen Werts, den Daten häufig verkörpern, äußerst misslich. Sie könnte dazu führen, dass rational handelnde Personen auf die externe Speicherung von Daten verzichten, obwohl diese häufig nicht nur Kosten spart, sondern auch neue Möglichkeiten zur Nutzung der Daten bietet, wie etwa den ortsunabhängigen Zugriff auf sie. Die Schutzlücke sollte daher geschlossen werden.

c) Möglichkeiten, die Schutzlücke zu schließen

Um die Schutzlücke zu schließen, könnte eine eigene Haftungsnorm geschaffen werden. Doch ist eine Anbindung an die deliktsrechtlichen Haftungstatbestände im BGB vorzugswürdig, um der überragenden Bedeutung von Daten für die digitale Gesellschaft Rechnung zu tragen und eine Zersplitterung des Haftungsrechts zu vermeiden. In Betracht kommt insofern entweder ein Schutz über § 823 Abs. 1 BGB, indem ein entsprechendes von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht geschaffen wird, oder ein Schutz über § 823 Abs. 2 BGB, indem ein entsprechendes Schutzgesetz geschaffen wird.

aa) Schutz über § 823 Abs. 1 BGB

(1) Grundlagen

Ein von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht kann entweder ohne Gesetzesänderung dadurch geschaffen werden, dass die Rechtsprechung es als sonstiges Recht im Sinne der Norm anerkennt,

¹⁴³ Siehe BR-Drucks. 551/97 S. 28 zur Vorgängernorm des § 7 TKV.

¹⁴⁴ *Ditscheid/Rudloff*, in: *Geppert/Schütz*, BeckTKG-Komm, 4. Aufl. 2013, § 44a Rz. 7.

¹⁴⁵ Im Einzelnen ist zweifelhaft, welche Dienste Telekommunikationsdienste sind. Siehe *Schütz*, in: *Geppert/Schütz*, BeckTKG-Komm, 4. Aufl. 2013, § 6 Rz. 25 ff.

¹⁴⁶ Im unternehmerischen Geschäftsverkehr hält der BGH jedenfalls einen vollständigen Haftungsausschluss für grobes Verschulden gemäß § 307 BGB für unwirksam (BGH, Versäumnisurteil vom 19.9.2007, NJW 2007, S. 3774 Rz. 11 ff.).

¹⁴⁷ Siehe *MünchKommBGB-Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 307 Rz. 70 ff., § 309 Rz. 26 ff.

so wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Oder der Katalog der Rechte in § 823 Abs. 1 BGB kann durch eine Gesetzesänderung um ein entsprechendes Recht ergänzt werden. Etliche Stimmen in der Literatur plädieren dafür, schon *de lege lata* ein „Recht am eigenen Datenbestand“ als sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB anzusehen.¹⁴⁸

Sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* kommt die Anerkennung eines Rechts am eigenen Datenbestand als Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB nur in Betracht, wenn sich ein solches Recht in die Systematik des § 823 Abs. 1 BGB einfügt. Die dort genannten Rechte – Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum – sind sämtlich sog. absolute Rechte, und dementsprechend besteht Einigkeit darüber, dass auch als sonstige Rechte i. S. der Norm nur absolute Rechte in Betracht kommen.¹⁴⁹ Kennzeichnend für solche Rechte sind die Zuweisungs- und die Ausschlussfunktion.¹⁵⁰ Beide Begriffe haben freilich nur geringe Unterscheidungskraft, weil auch bloß relative Rechte eine Güterzuordnung vornehmen und weil die Frage nach der Ausschlussfunktion eines Gutes in einen *circulus vitiosus* mündet, hängt die Möglichkeit, Dritte von der Nutzung eines Gutes auszuschließen, doch gerade von der Anerkennung dieses Gutes als absolutes Recht ab.¹⁵¹ Ob es sinnvoll ist, ein Recht am eigenen Datenbestand als absolutes Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB anzuerkennen, kann daher nicht dadurch geklärt werden, dass entschieden wird, ob dem Datenbestand ein Zuweisungsgehalt und eine Ausschlussfunktion innewohnen. Sinnvoll ist vielmehr, ihn mit anderen Rechtspositionen zu vergleichen, die als absolute Rechte anerkannt oder – umgekehrt – nicht anerkannt sind, und so zu ermitteln, ob er das typische Erscheinungsbild eines absoluten Rechts aufweist. Tragender Leitgedanke muss dabei sein, dass sich der Gesetzgeber gegen eine deliktsrechtliche Generalklausel entschieden hat und die Grundnorm des § 823 Abs. 1 BGB auf die Verletzung bestimmter Rechte beschränkt hat, um die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden auf besondere Fälle – insbesondere die Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB) und eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) – zu beschränken.

(2) Der mögliche Inhalt eines Rechts am eigenen Datenbestand

Um festzustellen, was der Inhalt eines Rechts am eigenen Datenbestand sein könnte, ist ein Vergleich mit Daten hilfreich, die nicht elektronisch oder magnetisch, sondern in unmittelbar wahrnehmbarer Form gespeichert sind, beispielsweise auf ein Blatt Papier geschrieben sind.

Ein absolutes Recht besteht zunächst im Hinblick auf das Speichermedium: das Eigentum oder der Besitz am Blatt Papier, an der Festplatte, dem USB-Stick oder dem sonstigen Speichermedium. Hierdurch wird jedoch nur derjenige geschützt, dem das absolute Recht am Speichermedium zusteht. Ein Schutz anderer Personen, die durch die Löschung oder Veränderung der Daten geschädigt werden, lässt sich so nicht erreichen.

¹⁴⁸ Bartsch, in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 247 (259); Faustmann, VuR 2006, S. 260 (262 f.) (nur in Bezug auf verkörperte Daten); Spindler, in: BeckOK-BGB, Edition 37, Stand: 1.11.2013, § 823 Rz. 93; Meier/Wehlau, NJW 1998, S. 1585 (1588 f.).

¹⁴⁹ Soergel-Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rz. 86; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823 Rz. B 124.

¹⁵⁰ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 375, 392; MünchKommBGB-Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 205; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823 Rz. B 124.

¹⁵¹ MünchKommBGB-Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 205 f.

Zweitens kommt ein absolutes Recht in Bezug auf die geistige Leistung in Betracht, die sich in den Daten manifestiert. Insofern ist das Recht zum Schutz des geistigen Eigentums einschlägig, insbesondere das Urheberrecht und – im Hinblick auf Computerprogramme (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG) – das Patentrecht. Auch insofern besteht kein Unterschied zwischen elektronisch oder magnetisch gespeicherten Daten und gedrucktem Text. Ein Schutz gegen die Löschung und Veränderung auf einem bestimmten Speichermedium gespeicherter Daten lässt sich so aber nicht erreichen. Zum einen wird häufig kein entsprechendes Immaterialgüterrecht bestehen, etwa bei einer Kundenkartei oder nicht selbst erstellten Computerprogrammen. Zum anderen kann das Löschen der Daten allenfalls unter ganz außergewöhnlichen Umständen eine Verletzung des Immaterialgüterrechts darstellen, etwa wenn dadurch das einzige vorhandene „Exemplar“ eines Werks zerstört wird, das Werk nicht mehr reproduzierbar ist und dadurch seine Verwertung vereitelt wird.¹⁵²

Damit Daten gegen ihre Löschung oder Veränderung über § 823 Abs. 1 BGB geschützt wären, müsste nicht nur der Inhalt der Daten als „Idee“ ein absolutes Recht darstellen, sondern die konkreten Daten selbst. Bezogen auf ein Buch würde das bedeuten, dass nicht nur das Eigentum oder der Besitz an der Sache „Buch“ und das im Buch abgedruckte Werk absolute Rechte sind, sondern auch der Inhalt jedes konkreten Exemplars des betreffenden Buches. Der bloße Inhalt eines Buches, unabhängig sowohl von der Verkörperung in der Sache „Buch“ als auch von dem abgedruckten Werk, stellt jedoch nichts dar, was sich als absolutes Recht fassen ließe.¹⁵³ Abstellen könnte man allenfalls auf die Möglichkeit, sich diesen Inhalt zunutze zu machen, indem er gelesen, abgeschrieben oder zur Grundlage eigenen Nachdenkens gemacht wird. Die Anerkennung eines entsprechenden absoluten Rechts würde jedoch bedeuten, die Möglichkeit der Nutzung einer Sache unabhängig von der Sache selbst zu verdinglichen. Konsequenterweise dürfte man so nicht nur im Hinblick auf die Verwendung von (in welcher Form auch immer) gespeicherten Daten verfahren, sondern müsste auch die Möglichkeit, Sachen in anderer Form zu nutzen, verdinglichen, etwa die Möglichkeit, ein Auto zu fahren, ein Musikinstrument zu spielen oder ein Gemälde zu betrachten. Mit der Grundwertung von § 823 Abs. 1 BGB wäre dies nicht vereinbar. Denn soweit die Nutzungsmöglichkeit auf einem dinglichen Recht an der Sache beruht, ist ihre Verdinglichung überflüssig, weil schon dieses dingliche Recht den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt. Die Verdinglichung wäre daher nur dann praktisch relevant, wenn auch obligatorische Nutzungsrechte geschützt würden. Es würde also ein Anspruch auf Nutzung als Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Ansprüche sind jedoch generell kein Schutzgut von § 823 Abs. 1 BGB, da sonst die Grundwertung des Deliktsrechts unterlaufen würde, das Vermögen nur unter restriktiven Voraussetzungen (insbesondere nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB) deliktsrechtlich zu schützen. Zwar wird

¹⁵² Die Frage wird in erster Linie in Bezug auf eine Zerstörung von Bauwerken durch den Eigentümer diskutiert. Heute nimmt die herrschende Meinung an, dass die Zerstörung eines Werkoriginals nicht nur eine Eigentumsverletzung, sondern auch ein Eingriff in das Urheberrecht sein kann: *Kroitzsch/Götting*, in: BeckOK-Urheberrecht, Edition 10, Stand: 1.10.2015, § 14 Rz. 24; *Dreier/Specht*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 97 Rz. 5; *Honscheck*, GRUR 2007, S. 944 (949 f.); *Richard/Junker*, GRUR 1988, S. 18 (23 f.); *Schack*, GRUR 1983, S. 56 (57); *Schmelz*, GRUR 2007, S. 565 ff. Dagegen KG, Urteil vom 22.5.1981, GRUR 1981, S. 742 (743) (Totenmaske); *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 14 Rz. 22 ff.; *Reber*, in: *Möhring/Nicolini*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2014, § 97 UrhG Rz. 3, und in: BeckOK-Urheberrecht, Edition 10, Stand: 1.7.2014, § 97 UrhG Rz. 3.

¹⁵³ Ähnlich MünchKommBGB-Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 165.

verbreitet die Forderungszuständigkeit als sonstiges Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.¹⁵⁴ Sie umfasst aber nur das Bestehen des Anspruchs, nicht dagegen seine Realisierbarkeit. Wer ein Gemälde zerstört, dessen Übereignung ein Dritter verlangen kann, der vereitelt zwar die Realisierung des Anspruchs auf Übereignung, verletzt aber kein absolutes Recht des Gläubigers. Ebenso wenig verletzt derjenige, der ein Schriftstück zerstört, ein absolutes Recht desjenigen, der einen Anspruch darauf hat, dass ihm der Inhalt des Schriftstücks mitgeteilt wird. Eine Regelung, nach der das Löschen von Daten ein absolutes Recht desjenigen verletzt, der lediglich aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Eigentümer oder Besitzer des Datenträgers auf diese Daten zugreifen kann, würde deshalb einen Fremdkörper innerhalb des Deliktsrechts bedeuten. Sie wäre deshalb in hohem Maße rechtfertigungsbedürftig. Entweder müssten Daten sich grundlegend von anderen Nutzungsmöglichkeiten unterscheiden und mit den anerkannten absoluten Rechten vergleichbar sein, oder es müsste eine nicht hinnehmbare Schutzlücke bestehen, wenn kein absolutes Recht an Daten anerkannt wird.

(3) Vergleichbarkeit von Daten mit anerkannten absoluten Rechten

Das Innehaben bestimmter Daten ist ein *tatsächliches* Phänomen. Daten genießen zwar unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten – insbesondere unter dem Aspekt des Urheberrechts und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – rechtlichen Schutz, aber die bloße Tatsache, dass jemand über bestimmte Daten verfügt (unabhängig davon, worauf diese sich beziehen), liegt ausschließlich im Bereich des Tatsächlichen. Insofern ähneln Daten dem Besitz. Dieser ist freilich in weit höherem Maße verrechtlicht als das Innehaben von Daten. So kann er auch anders als durch Realakt übertragen werden (§§ 854 Abs. 2, 857 BGB), wird besonders geschützt (§§ 859 ff., 1007 BGB), ist die Grundlage für Vermutungen (§§ 1006, 1117 Abs. 3, 1248, 1253 Abs. 2, 1362 BGB) und bildet eine Legitimationsgrundlage (§§ 851, 932, 969 BGB). Deshalb wird von der herrschenden Meinung der Besitz oder das Recht zum Besitz in gewissem Umfang als sonstiges Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt; die Einzelheiten sind umstritten.¹⁵⁵ Das bloße Innehaben von Daten wird zwar durch § 303a StGB geschützt, ist aber nicht annähernd so verrechtlicht wie der Besitz.

Ein grundlegender Unterschied zwischen dem Innehaben von Daten und den nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechten liegt darin, dass Daten unbeschränkt kopierbar sind, so dass identische Datensätze in beliebiger Zahl hergestellt werden können. Eine „Übertragung“ von Daten im eigentlichen Sinn findet in der Regel nicht statt: Eine Person kann zwar einer anderen durch einen Realakt (etwa das Aufspielen auf eine Festplatte) den faktischen Zugriff auf die Daten ermöglichen, verliert dadurch aber selbst diese Daten nicht, sondern behält sie in der ursprünglichen Form, sofern sie sie nicht durch einen *weiteren* Akt, zu dem keinerlei Notwendigkeit besteht, bei sich löscht. Bei den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten ist dies ganz anders; sie sind nicht unbeschränkt kopierbar. In Bezug auf das Leben, den Körper, die Gesundheit und die Freiheit versteht sich das von selbst, sind diese Rechte doch nicht einmal übertragbar. Aber auch das Eigentum an

¹⁵⁴ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 397 f.; MünchKommBGB-Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 224 f.; Soergel-Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rz. 88; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823 Rz. B 165. A. A. Erman-Schiemann, BGB, 14. Aufl. 2014, § 823 Rz. 36.

¹⁵⁵ Siehe Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 396 f.; MünchKommBGB-Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 220 f.; Soergel-Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rz. 98; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823 Rz. B 167 ff.

einer Sache kann nur *einer* Person (oder mehreren Personen gemeinschaftlich als Miteigentum oder Gesamthandseigentum) zustehen; soll eine Person Eigentum an einer bestimmten Sache hinzugewinnen, muss notwendig der bisherige Eigentümer eine entsprechende Einbuße hinnehmen. Ebenso verhält es sich bei den ungeschriebenen Rechten, die als sonstige Rechte i. S. von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt sind. Teils gilt für sie dasselbe wie für das Eigentum – etwa für beschränkte dingliche Rechte, den Besitz und gewerbliche Schutzrechte –, teils können sie nicht übertragen werden – wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder Familienrechte. Mitgliedschaftsrechte sind entweder unübertragbar (§ 38 BGB), oder ihre Übertragung führt zu einem Rechtsverlust des Übertragenden. Das Urheberrecht kann nicht übertragen werden (§ 29 Abs. 1 UrhG), der Inhaber kann lediglich mit dinglicher Wirkung Nutzungsrechte einräumen (§ 31 UrhG). Dadurch wird freilich kein neues, dem Urheberrecht gleichwertiges und von ihm unabhängiges Recht geschaffen, sondern nur ein von ihm abgeleitetes „Tochterrecht“ begründet.¹⁵⁶ Das Namensrecht (§ 12 BGB) ist entweder als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht übertragbar, oder seine Übertragung führt – wie bei der Firma (§§ 22 f. HGB) – zu einer Einbuße des Übertragenden. Zwar kann der Namensträger im Wege eines Lizenzvertrags anderen gestatten, seinen Namen zu benutzen, und dadurch die Zahl der Personen, die den betreffenden Namen verwenden, vermehren. Doch ist das nicht mit dem Kopieren von Daten zu vergleichen, weil der Dritte dadurch keine gleichwertige Rechtsposition erlangt: Er wird nicht Inhaber des Namensrechts, sondern erwirbt nach herrschender Meinung lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Nutzung des Namens¹⁵⁷, nach einer Mindermeinung eine beschränkte dingliche Rechtsmacht¹⁵⁸. Jedenfalls kann er nicht aus eigenem Recht seinerseits weiteren Personen die Nutzung des Namens gestatten, also weitere gleichwertige „Kopien“ erstellen. Allenfalls können Dritte ein *eigenes* Recht an einem bestimmten Namen erwerben.¹⁵⁹

Daten unterscheiden sich somit durch ihre unbeschränkte Kopierbarkeit grundlegend von absoluten Rechten. Es fehlt ihnen das Element der Rivalität, das für (übertragbare) absolute Rechte charakteristisch ist.

Hinzu kommt, dass es in vielen Fällen erhebliche Probleme machen würde, festzustellen, wem das Recht an bestimmten Daten zusteht. So hat der Gesetzgeber bezeichnenderweise in § 303a StGB die Fremdheit der veränderten Daten nicht zum Tatbestandsmerkmal gemacht, sondern nur auf die Rechtswidrigkeit der Veränderung abgestellt. Wenn etwa ein Lehrstuhlmitarbeiter im Auftrag des Lehrstuhlinhabers auf einem hochschuleigenen Rechner Vorlesungsmaterial erstellt – sollen die Daten dann der Hochschule, dem Lehrstuhlinhaber oder dem Lehrstuhlmitarbeiter zustehen? Mag man insofern in bestimmten Fällen noch – unabhängig davon, ob die Daten ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstellen – auf Wertungen des Urheberrechts (§§ 7 ff. UrhG) zurückgreifen können, so kommt dies jedenfalls bei der automatischen Aufzeichnung von Daten nicht mehr in Betracht. Wie verhält es sich etwa mit Daten, die ein Kraftfahrzeug automatisch im Fahrbetrieb aufzeichnet und die bei der Wartung in der Werkstatt ausgelesen werden können – sollen diese

¹⁵⁶ Siehe *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 29 Rz. 16; *Spindler/Schuster-Wiebe*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 31 UrhG Rz. 3.

¹⁵⁷ BGH, Urteil vom 23.9.1992, BGHZ 119, 237 (240); *Palandt-Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 12 Rz. 20; *Staudinger-Habermann*, BGB, Neubearb. 2013, § 12 Rz. 123.

¹⁵⁸ *Forkel*, NJW 1993, S. 3181 (3182 f.); *MünchKommBGB-Säcker*, 7. Aufl. 2015, § 12 Rz. 77, 80.

¹⁵⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 23.9.1992, BGHZ 119, 237 (241).

Daten dem jeweiligen Fahrer, dem Halter des Kraftfahrzeugs, dem Eigentümer des Kraftfahrzeugs, der – im Zeitpunkt der Speicherung noch gar nicht feststehenden – Werkstatt, die sie auslesen und nutzen will, oder gar dem Autohersteller zustehen, der durch die entsprechende Konstruktion des Fahrzeugs die Aufzeichnung veranlasst hat? Die Beispiele zeigen, dass mit der bloßen Aufnahme eines Rechts am eigenen Datenbestand in § 823 Abs. 1 BGB nicht viel gewonnen wäre. Der Gesetzgeber müsste vielmehr auch regeln, wem dieses Recht zustehen soll und – da es sich auf Daten jeder Art beziehen würde und deshalb zumindest nicht generell ein höchstpersönliches Recht wäre – auf welche Weise es übertragen wird. § 413 BGB, nach dem andere Rechte wie Forderungen übertragen werden, wäre insofern kaum eine sachgerechte Regelung, weil danach die Übertragung völlig unabhängig davon wäre, wer tatsächlich auf die Daten zugreifen kann. Der Gesetzgeber müsste also eine Art „Sachenrecht für Daten“ kreieren – und all das nur zu dem Zweck, einen deliktsrechtlichen Schutz von Daten zu schaffen, durch deren Löschung oder Veränderung jemand einen Schaden erleidet, der weder Eigentümer noch Besitzer des Speichermediums ist. Aufwand und Ertrag stünden völlig außer Verhältnis.

Ein „Recht am eigenen Datenbestand“ würde sich folglich nicht in § 823 Abs. 1 BGB einfügen. Es sollte daher weder von der Rechtsprechung als sonstiges Recht anerkannt noch durch eine Gesetzesänderung in den Katalog des § 823 Abs. 1 BGB aufgenommen werden.¹⁶⁰ Hierzu besteht auch deshalb keine Notwendigkeit, weil – wie gleich gezeigt werden wird – ein effektiver Schutz von Daten ohne dogmatische Verwerfungen mit Hilfe von § 823 Abs. 2 BGB erreicht werden kann.

bb) Schutz über § 823 Abs. 2 BGB

Über § 823 Abs. 2 BGB können Daten geschützt werden, indem ein entsprechendes Schutzgesetz erlassen wird. Die gegenwärtige Schutzlücke resultiert vor allen daraus, dass § 303a StGB wegen § 15 StGB nur das vorsätzliche Löschen oder Verändern von Daten erfasst. Zwar wäre es nicht sinnvoll, auch die fahrlässige Begehung unter Strafe zu stellen, da sich sonst ein Wertungswiderspruch zur Sachbeschädigung ergäbe, die nur bei Vorsatz strafbar ist. Doch würde es genügen, eine entsprechende Verhaltenspflicht als Schutzgesetz zu statuieren; dann würde gemäß § 823 Abs. 2 S. 2 BGB jede fahrlässige Verletzung dieser Pflicht einen deliktischen Schadensersatzanspruch auslösen.

Der Erlass eines Schutzgesetzes würde dem Berechtigten nicht nur über § 823 Abs. 2 BGB einen – verschuldensabhängigen – Anspruch auf Schadensersatz verschaffen, sondern auch analog § 1004 BGB einen – verschuldensunabhängigen – Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung. Denn § 1004 BGB, der sich seinem Wortlaut nach nur auf Beeinträchtigungen des Eigentums bezieht, wird analog nicht nur auf Beeinträchtigungen sonstiger absoluter Rechte i. S. von § 823 Abs. 1 BGB angewendet, sondern auch auf Beeinträchtigungen von Rechtsgütern, die durch ein Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB geschützt werden.¹⁶¹ Man muss daher ein absolutes Recht am eigenen Datenbestand auch nicht deshalb anerkennen, um einen negatorischen Schutz von Daten zu erreichen.

¹⁶⁰ Spickhoff, in: *Leible/Lehmann/Zech*, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 233 (244); *MünchKommBGB-Wagner*, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz. 165.

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 17.7.2008, NJW 2008, S. 3565 Rz. 13.

Das Schutzgesetz könnte sich an § 303a StGB orientieren. Dieser umfasst die Tathandlungen des Löschens, Unterdrückens, Unbrauchbar-Machens und Veränderns von Daten. Ein Löschen soll dabei vorliegen, wenn die Daten unwiederbringlich vollständig unkenntlich gemacht werden, ein Unterdrücken, wenn die Daten dem Zugriff Berechtigter entzogen und deshalb nicht mehr verwendet werden können, ein Unbrauchbar-Machen, wenn die Daten (z. B. durch zusätzliche Einfügungen) so in ihrer Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigt werden, dass sie nicht mehr verwendet werden können, und ein Verändern, wenn ihr Informationsgehalt oder Aussagewert geändert wird.¹⁶² Dass sich die Tathandlungen überschneiden, hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, um alle rechtswidrigen Beeinträchtigungen der Verwendbarkeit von Daten zu erfassen.¹⁶³ Eine entsprechende weite Formulierung empfiehlt sich auch für das neu zu schaffende Schutzgesetz, zumal dann bei dessen Anwendung auf die Erkenntnisse zu § 303a StGB zurückgegriffen werden kann. Wichtig ist insbesondere, dass das Schutzgesetz auch das bloße Unterdrücken von Daten erfasst, bei dem die Daten weder verändert noch gelöscht werden, sondern lediglich der Zugriff des Berechtigten darauf verhindert wird, z. B. durch Einrichten eines Passworts oder einer Programmsperre.

Auch bei der Schaffung eines Schutzgesetzes stellt sich freilich das Problem, die Person des Schadensersatzberechtigten zu bestimmen. Dieses Problem wäre jedoch weit weniger akut, als wenn ein Recht am eigenen Datenbestand als absolutes Recht anerkannt würde. Denn wegen der Zuordnungsfunktion absoluter Rechte muss sich der jeweilige Rechtsinhaber mit Sicherheit feststellen lassen, so dass insofern präzise Regelungen erforderlich sind. Die Bestimmung, wer durch ein bestimmtes Gesetz geschützt wird, ist dagegen wesentlich flexibler. Unproblematisch kann ein Gesetz dem Schutz mehrerer verschiedener Personen dienen, ohne dass eine „dingliche Mitberechtigung“ konstruiert werden muss. So kann man etwa im Hinblick auf automatisch gespeicherte Fahrzeugdaten (vgl. S. 55 f.) ohne weiteres annehmen, dass sowohl der Halter des Kraftfahrzeugs als auch die Werkstatt, die das Fahrzeug wartet, durch das Verbotsgesetz geschützt werden, weil die Erleichterung der Wartung in beider Interesse liegt. Dass im Zeitpunkt der Löschung der Daten noch gar nicht feststeht, welche Werkstatt dies sein wird, wirft dabei keine besondere Schwierigkeit auf, während die Annahme eines absoluten Rechts „desjenigen, den es angeht“, mit dem Wesen absoluter Rechte schwerlich vereinbar wäre. Im Übrigen muss man auch heute schon im Rahmen der Haftung aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 303a StGB bestimmen, wen das Verbot, Daten zu löschen und zu verändern, schützt. Im Strafrecht stellt sich das Problem hinsichtlich der Befugnis, den Strafantrag nach § 303c StGB zu stellen. Insofern wird allgemein angenommen, dass ein bloßes Interesse am Inhalt der gespeicherten Daten – etwa ein Beweisinteresse¹⁶⁴ – jemanden nicht zum Verletzten i. S. von § 77 Abs. 1 StGB macht¹⁶⁵, sondern es darauf ankommt, ob er zur „Verfügung“ über die Daten und zu ihrer Nutzung berechtigt ist.¹⁶⁶ Mit Hilfe ähnlicher Wertungen müsste bestimmt werden, wen ein Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB, das auch fahrlässige

¹⁶² Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 10/5058, S. 34 f.

¹⁶³ Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 10/5058, S. 34.

¹⁶⁴ MünchKommStGB-*Wieck-Noodt*, 2. Aufl. 2014, § 303a Rz. 4. Vgl. auch *Lenckner/Winkelbauer*, CR 1986, S. 824 (829).

¹⁶⁵ Anders wohl Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 10/5058, S. 34.

¹⁶⁶ *Weidemann*, in: BeckOK-StGB, Edition 29, Stand: 1.12.2015, § 303c Rz. 8; MünchKommStGB-*Wieck-Noodt*, 2. Aufl. 2014, § 303c Rz. 5; *NomosK-StGB-Zaczyk*, 4. Aufl. 2013, § 303c Rz. 5; *Schönke/Schröder-Stree/Hecker*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 303a Rz. 3, § 303c Rz. 3.

Verletzungen umfasst, schützt. Der Erlass eines solchen Schutzgesetzes würde daher insofern kein völlig neues Problem schaffen.

In welches Gesetz ein Schutzgesetz eingegliedert werden sollte, liegt nicht auf der Hand. Das nach seinem Titel scheinbar bestens geeignete Bundesdatenschutzgesetz verfolgt einen völlig anderen Zweck als den Schutz gespeicherter Daten, nämlich den Schutz des Persönlichkeitsrechts vor dem Umgang mit personenbezogenen Daten (§ 1 BDSG). Es wäre deshalb nicht sinnvoll, ein Gesetz zum Schutz gespeicherter Daten in das BDSG einzufügen, da sonst die Gefahr bestünde, dass auch diesem Gesetz eine datenschutzrechtliche Schutzrichtung unterstellt würde. Das Telekommunikationsgesetz und das Telemediengesetz sind ungeeignet, weil Daten auch außerhalb des Bereichs der Telekommunikation, der das Aussenden, Übermitteln und Empfangen von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen (§ 3 Nr. 22 TKG) umfasst, und der Telemedien i. S. von § 1 Abs. 1 S. 1 TMG geschützt werden müssen. Das Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz)¹⁶⁷ kommt nicht in Betracht, weil es lediglich andere Gesetze ändert. Am besten geeignet scheint das Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik.¹⁶⁸ Es regelt zwar lediglich die Aufgaben und Befugnisse eines Bundesamtes, das die Sicherheit in der Informationstechnik fördert (§ 3 BDIG). Aus diesen Aufgaben und Befugnissen folgt jedoch, dass das Gesetz zur Förderung der Sicherheit in der Informationstechnik einen breiten Ansatz verfolgt. So kann das Bundesamt etwa Warnungen vor Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und vor Schadprogrammen ausgeben (§ 7 Abs. 1 S. 1 Buchst. a und b BSIG) und informationstechnische Produkte und Systeme untersuchen (§ 7a BSIG). Eine Norm, die das Gebot aufstellt, elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeicherte Daten (vgl. §§ 202a Abs. 2, 303a StGB) nicht rechtswidrig zu löschen, zu unterdrücken, unbrauchbar zu machen oder zu verändern, würde sich daher von ihrem Schutzzweck her gut in das Gesetz einfügen. Dessen Bezeichnung müsste natürlich entsprechend angepasst werden.

V. Bilanz

Die Bilanz ist – abhängig vom jeweiligen Vorverständnis – frustrierend oder erfreulich. Wer vom Berufe unserer Zeit zur Gesetzgebung überzeugt ist und davon geträumt hat, einen „großen Wurf“ zu landen, um das altherwürdige Bürgerliche Gesetzbuch „fit“ für die digitale Welt zu machen, wird enttäuscht sein. Wer dagegen voller Hochachtung vor diesem Gesetzbuch und der Weisheit seiner Verfasser steht, wird glücklich sein, dass es auch diesen Test mit Bravour bestanden hat. Es hat sich erwiesen, dass es kein grundlegendes „Update“ braucht, sondern lediglich punktuelle Neuregelungen erforderlich sind, um den Anforderungen des Internet-Zeitalters gerecht zu werden.

Der Gesetzgeber sollte gar nicht versuchen, für gerade aktuelle tatsächliche Probleme besondere Normen zu schaffen – diese wären in kurzer Zeit überholt. Im rechtsgeschäftlichen Bereich kann es vielmehr der Privatautonomie der Parteien überlassen bleiben, die für ihren Vertrag passenden Regelungen zu treffen. Nur wo ein besonderer Bedarf für den Schutz Einzelner besteht, muss der Gesetzgeber tätig werden. Im Übrigen sollte man den Gerichten zutrauen, dass es ihnen gelingt,

¹⁶⁷ BGBl. 2015 I, S. 1324 ff.

¹⁶⁸ BGBl. 2009 I, S. 2821 ff., zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 21.12.2015, BGBl. I, S. 2408 ff.

neue Sachverhalte unter die alten Normen zu subsumieren und so einer sachgerechten Lösung zuzuführen.

Dem BGB ist zu wünschen, dass ihm die Umsetzung des Vorschlags für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte erspart bleibt. Nicht, weil die im Richtlinienvorschlag enthaltenen Regelungen schlecht wären – im Gegenteil, sie werden weitgehend zum selben Ergebnis führen wie die Normen des BGB. Sondern weil die Umsetzung des Vorschlags die Systematik des BGB sprengen würde, die nicht von tatsächlichen Phänomenen, sondern von Rechtsfragen ausgeht. Ein Gesetzbuch, das aus Abschnitten für Verträge über digitale Inhalte, Staubsauger, Autos, Getreide und Überraschungseier besteht, wäre ein Gräuel. Wehret den Anfängen!

VI. Thesen

1. Verträge über digitale Inhalte

1. Es ist nicht sinnvoll, die anwendbaren Regelungen davon abhängig zu machen, auf welche Weise dem Nutzer digitale Inhalte zur Verfügung gestellt werden (Gebot der Medienneutralität).
2. Eine Fragmentierung des Vertragsrechts in Verträge, die nur bestimmte Arten von Gütern betreffen, ist nicht erstrebenswert. Der Ansatz des Vorschlags der Digitale-Inhalte-RL, gemeinsame Regelungen für alle Verträge zu schaffen, die sich auf digitale Inhalte beziehen, ist deswegen fragwürdig. Eine sinnvolle Regelung darf nicht nach der Art des Gutes differenzieren, sondern muss danach differenzieren, welche Pflichten die Parteien in Bezug auf das betreffende Gut treffen sollen. Sonderregeln für digitale Inhalte sollten nur dort geschaffen werden, wo die Spezifika digitaler Inhalte besondere Sachprobleme aufwerfen. Auch zwischen Verbraucherverträgen und anderen Verträgen sollte nur dann unterschieden werden, wenn spezifisch verbraucherschützende Gesichtspunkte maßgeblich sind.
3. Ein Entgelt für eine im Internet erbrachte Leistung kann auch darin liegen, dass der Nutzer dem Anbieter Daten zur Verfügung stellt und ihre Nutzung gestattet. Derartige Vereinbarungen werden freilich häufig an dem Koppelungsverbot des § 28 Abs. 3b BDSG scheitern. Falls dies nicht der Fall ist, ist anhand der Regeln des Datenschutzrechts zu entscheiden, ob ein Entgelt vorliegt: Soweit die Datenerhebung und -nutzung ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig ist, erhält der Anbieter durch diese Datenerhebung und -nutzung kein Entgelt für seine Leistung. Soweit datenschutzrechtlich dagegen die Befugnis des Anbieters zur Erhebung und Nutzung von Daten des Nutzers von dessen Einwilligung abhängt, stellt die Erteilung dieser Einwilligung dagegen ein Entgelt für die Leistung des Anbieters dar. Anhand dieser Kriterien ist zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen abzugrenzen.
4. Die Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung stellt einen rechtlichen Nachteil i. S. von §§ 107, 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB dar. Ein beschränkt Geschäftsfähiger bedarf darum zum Abschluss eines entsprechenden Vertrags der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Dies gilt auch dann, wenn der beschränkt Geschäftsfähige die datenschutzrecht-

liche Einwilligung selbständig wirksam erteilen kann. Eine Anpassung der Normen des Minderjährigenrechts an die Grundsätze, die im Datenschutzrecht hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit gelten, ist nicht geboten.

5. Ob die Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ein Entgelt i. S. von § 312 Abs. 1 BGB darstellt, kann dahingestellt bleiben, da das Erfordernis der Entgeltlichkeit in dieser Norm europarechtswidrig ist und gestrichen werden muss.
6. Da nach dem BGB der unentgeltlich Handelnde nicht generell einem milderen Haftungsmaßstab unterliegt, ist es insofern unerheblich, ob in der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ein Entgelt liegt.
7. In § 312a Abs. 3 S. 1 BGB sollte klargestellt werden, dass eine pauschale – wenn auch ausdrückliche Zustimmung – zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers nicht für die Vereinbarung eines Zusatzentgelts genügt, und dass eine Vereinbarung, die den Anforderungen der Norm nicht genügt, nicht unwirksam ist, sondern lediglich den Verbraucher nicht bindet.
8. Es besteht die Gefahr, dass der Verbraucher digitale Inhalte, die ihm aufgrund eines Vertrags von einem Unternehmer zur Verfügung gestellt wurden, nach der Ausübung eines Widerrufsrechts nicht löscht und sich so dauerhaft unentgeltlich zueignet. Der Unternehmer muss insofern geschützt werden. Die derzeitige Ausgestaltung dieses Schutzes hängt davon ab, ob die digitalen Inhalte dem Verbraucher auf einem körperlichen Datenträger zur Verfügung gestellt wurden, und widerspricht somit dem Gebot der Medienneutralität. Es sollte eine Regelung geschaffen werden, nach der das Widerrufsrecht des Verbrauchers erlischt, wenn er sich nach Beginn der Widerrufsfrist durch eine Handlung wie das Entsiegeln einer Packung oder das Anklicken einer Schaltfläche Zugang zu den digitalen Inhalten verschafft und vor Vornahme dieser Handlung unmissverständlich darüber informiert wurde, dass die Handlung zum Erlöschen des Widerrufsrechts führt. Die Widerrufsfrist sollte bei digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger zur Verfügung gestellt werden, erst zu laufen beginnen, wenn dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben wurde, die digitalen Inhalte online zu erproben.
9. Es sollte angeordnet werden, dass der Unternehmer eine Gegenleistung, die nicht in Geld besteht (wie etwa das Recht, Daten des Verbrauchers zu nutzen), nicht nutzen darf, solange der Verbraucher zum Widerruf berechtigt ist. Ferner sollte eine gesetzliche Regelung im Hinblick auf die Rückgewähr von Daten geschaffen werden, die der Verbraucher dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Diese sollte nicht nur im Fall eines Widerrufs, sondern bei jeglicher Form der Vertragsbeendigung gelten.
10. § 312j Abs. 4 BGB muss geändert werden. Ein Vertrag nach § 312j Abs. 2 BGB muss auch dann zustande kommen, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus § 312j Abs. 3 BGB verletzt hat, aber der Verbraucher darf in diesem Fall durch den Vertrag nicht gebunden werden. § 312j Abs. 5 S. 1 BGB sollte gestrichen werden.
11. Die Verpflichtung, dem Erwerber digitale Inhalte endgültig gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen, unterliegt dem Kaufrecht, unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte auf einem

dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden und ob das Entgelt in einer Geldzahlung oder in der Einwilligung in die Nutzung von Daten liegt. Es ist nicht angezeigt, für Verträge über digitale Inhalte kaufrechtliche Sondernormen zu schaffen.

12. In das Mietrecht sollte eine Vorschrift aufgenommen werden, die § 453 Abs. 1 BGB entspricht. Ferner sollte geregelt werden, wann der Vermieter während der Mietdauer zur Änderung der vermieteten digitalen Inhalte berechtigt ist, und es sollten Kündigungsfristen für Mietverträge über digitale Inhalte festgesetzt werden.
13. Neue Vertragstypen sollten für Verträge im Hinblick auf digitale Inhalte nicht geschaffen werden.

2. Haftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet

14. Ob bei der Inanspruchnahme einer unentgeltlichen Leistung im Internet ein Schuldverhältnis zwischen dem Anbieter und dem Nutzer besteht, kann nur aufgrund aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Ein Schuldverhältnis kann durch einen Vertrag zustande kommen; insofern sollte allerdings die Fiktion eines entsprechenden Parteiwillens vermieden werden. Fehlt es an einem entsprechenden Parteiwillen, kann § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ein gesetzliches Schuldverhältnis begründen.
15. Bei der Bestimmung, welche Pflichten aus einem solchen Schuldverhältnis resultieren, sind insbesondere das Auftreten des Anbieters, die Bedeutung einer ordnungsgemäßen Leistung für den Nutzer und ein etwaiges kommerzielles Interesse des Anbieters zu berücksichtigen. Bedarf für eine gesetzliche Regelung besteht nicht.

3. Schutz von Daten

16. Innerhalb bestehender Schuldverhältnisse sind Daten nach geltendem Recht ausreichend geschützt. Eine erhebliche Schutzlücke besteht jedoch im Recht der unerlaubten Handlungen für den Fall, dass Daten auf einem Datenträger gespeichert sind, der weder im Eigentum noch im Besitz desjenigen steht, der durch das Löschen oder die Veränderung der Daten geschädigt wird. Diese Schutzlücke sollte angesichts des erheblichen Werts, den Daten für Privatpersonen wie für Unternehmen repräsentieren, geschlossen werden.
17. Ein „Recht am eigenen Datenbestand“ würde sich nicht in § 823 Abs. 1 BGB einfügen. Es sollte daher weder von der Rechtsprechung als sonstiges Recht anerkannt noch durch eine Gesetzesänderung in den Katalog des § 823 Abs. 1 BGB aufgenommen werden.
18. Daten sollten durch den Erlass eines Schutzgesetzes nach Art von § 303a StGB geschützt werden. Dieses Schutzgesetz sollte lediglich eine entsprechende Verhaltenspflicht statuieren; dann würde gemäß § 823 Abs. 2 S. 2 BGB jede fahrlässige Verletzung dieser Pflicht einen deliktischen Schadensersatzanspruch auslösen.