DIPLOMARBEIT

Zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

über das Thema

Downloadverträge als Verträge sui generis? – Die Erfassung digitaler Inhalte in der Verbraucherrechterichtlinie

vorgelegt von

Daniela Schenk

Am Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik

Betreuerin: Univ.-Prof. Mag. Dr. iur. Elisabeth Staudegger

Graz im Jänner 2014

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Datum Unterschrift

Vorwort

Der Gedanke für mein Diplomarbeitsthema kam mir bei einem Vortrag zur RL 2011/83/EU an der Karl-Franzens-Universität. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte ich zwar regelmäßig digitale Inhalte (vor allem Musik) aus dem Internet bezogen, mir jedoch keine näheren Gedanken zu meiner rechtlichen Stellung im Rahmen des abgeschlossenen Downloadvertrages gemacht. Die Tatsache, dass auf europäischer Ebene speziell für diesen Markt einschlägige Regelungen erlassen wurden, hatte mich nun neugierig gemacht, mehr über die Vorhaben der EU auf diesem Gebiet herauszufinden.

Die genderkonforme Schreibweise wurde in der vorliegenden Arbeit, durch Verwendung des Binnen-I, berücksichtigt.

Alle angeführten Links wurden am 18.01.2014 auf ihre Aktualität überprüft.

Die Zitierweise folgt den Vorgaben der NZR, abrufbar unter: http://www.ridaonline.at/zitiermaster/Index.a5w. Soweit die NZR keine Regelungen vorsehen, wurde für europarechtliche Dokumente die Zitierweise von *Keiler/Bezemek* leg cit[2] (2010) herangezogen.

Zuletzt möchte ich meinen Dank aussprechen. Ich möchte mich recht herzlich bei meiner Betreuerin, Univ.-Prof. Mag. Dr. iur. Elisabeth Staudegger, für ihre Bemühungen und ihre Geduld bedanken. Bedanken möchte ich mich ebenso bei Nadine Probst für Ihre Hilfestellungen bei jeglichen Zitierfragen. Des Weiteren bedanke ich mich generell bei den MitarbeiterInnen der EU-Servicestelle Europe Direct für ihre stets kompetenten Antworten. Ein herzliches Dankeschön möchte ich auch an Frau Giesemann (wissenschaftliche Referentin des IMCO-Ausschusses) und Herrn Hon.-Prof. Dr. iur. Johannes Stabentheiner aussprechen.

Meiner lieben Familie gebührt an dieser Stelle ebenso ein großes Dankeschön für ihre mentale Unterstützung während meiner gesamten Studienzeit. Besonderer Dank gilt meinem Freund, Thomas. Sein stets positiver Zuspruch und sein sorgfältiges Lektorat haben mir bei der Abfassung dieser Arbeit ungemein geholfen.

Inhaltsverzeichnis

Ehrenwörtliche Erklärung ..... *ii*

Vorwort ..... *iii*

Inhaltsverzeichnis ..... *iv*

Abkürzungsverzeichnis ..... *vii*

1 Einleitung *1*

2 Technische Grundlagen des Downloads *6*

2.1 Der Download in Grundzügen **6**

2.2 Die Datenübertragung im Internet **7**

2.3 Internet-Zugangsnetze **8**

2.3.1 Medientypen 8

2.3.1.1 Koaxialkabel 8

2.3.1.2 Kupfer 9

2.3.1.3 Glasfaser 9

2.3.2 Internetzugriff 10

2.3.2.1 Schmalband 11

2.3.2.2 Breitband 12

2.3.3 Drahtlose Internetverbindung 13

2.4 Berechnung der Downloadgeschwindigkeit **14**

2.4.1 Informationsdarstellung in Computersystemen 14

2.4.2 Berechnungsbeispiele 15

2.5 Der Weg zum Download im Internet **16**

2.6 Kommunikation in Netzwerken **17**

2.7 Das ISO/OSI-Referenzmodell **18**

2.8 Das Ergebnis des Downloads **19**

2.9 Technische Beschränkungen des Downloads **20**

2.10 Die Zukunft des Downloads **22**

3 Digitale Inhalte in RL 2011/83/EU – Downloadverträge als Verträge sui generis? *25*

3.1 Allgemeine Ausführungen zur RL 2011/83/EU **25**

3.2 Die vertragsrechtliche Qualifikation digitaler Inhalte in RL 2011/83/EU **27**

3.3 Die Bezugnahme auf digitale Inhalte in der Entstehungsphase der RL 2011/83/EU ... 30

3.3.1 Arbeiten der Kommission in Hinblick auf die Entstehung des Kommissionsvorschlages ... 30

3.3.1.1 Anhörungsverfahren der Kommission ... 30

3.3.1.2 Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher ... 33

3.3.1.3 Ergänzungen und weitere Dokumente der Kommission ... 35

3.3.2 Stellungnahmen ... 37

3.3.2.1 Stellungnahme des AdR ... 37

3.3.2.2 Stellungnahme des EWSA ... 37

3.3.3 Erörterungen im Rat der europäischen Union ... 37

3.3.3.1 Kompromisstext zum Kommissionsvorschlag ... 40

3.3.3.2 Presseverlautbarungen des Rates der europäischen Union ... 41

3.3.4 Konferenz „Verbraucherrechte beim Erwerb digitaler Inhalte“ ... 41

3.3.5 Mitteilung der Kommission über den elektronischen Handelsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern in der EU ... 44

3.3.6 Stellungnahmen des europäischen Parlaments ... 44

3.3.6.1 Die Behandlung digitaler Inhalte in den Vorarbeiten des IMCO-Ausschusses ... 45

3.3.6.2 Stellungnahme des EP in 1. Lesung am 23. und 24.03.2011 ... 51

3.3.7 Studie der EK zur vertragsrechtlichen Behandlung von digitalen Inhalten ... 52

3.3.8 Trilog und Finale ... 54

3.3.8.1 Trilogverhandlungen ... 54

3.3.8.2 Stellungnahme des EP in 1. Lesung am 23.06.2011 ... 55

3.3.8.3 Annahme durch den Rat und Unterzeichnung durch EP und Rat ... 56

3.3.9 Umsetzungsstand der RL 2011/83/EU in Österreich ... 56

3.3.10 Zusammenfassung und eigene Meinung ... 57

3.3.11 Tabellarische Darstellung der Materialien zur RL 2011/83/EU ... 61

4 Verordnungsvorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht ... 65

4.1 Allgemeine Ausführungen zum Verordnungsvorschlag ... 65

4.2 Die Behandlung digitaler Inhalte im Verordnungsvorschlag ... 67

4.2.1 Sachlicher Anwendungsbereich ... 67

4.2.2 Gratisdownloads ... 72

4.2.3 Abhilfemaßnahmen bei Leistungsstörungen ... 73

4.2.4 Vertragsrechtliche Qualifikation ... 74

4.3 Das Zusammenspiel von RL 2011/83/EU und dem Verordnungsvorschlag ... 77

5 Die vertragliche Qualifikation von Downloadverträgen in der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“ ... 79

5.1 Die EuGH-Entscheidung „UsedSoft“ ... 79

5.1.1 Sachverhalt ... 79
5.1.2 Entscheidung des EuGH ... 80
5.1.2.1 Erschöpfung des Verbreitungsrechts ... 80
5.1.2.2 Zulässigkeit der Vervielfältigungen durch den/die ErwerberIn der „Gebrauchtlizenz“. 83

5.2 Auswirkungen auf das nationale Recht in Hinsicht auf die vertragsrechtliche Qualifizierung von Downloadverträgen ... 84
5.2.1 Allgemeine Ausführungen ... 84
5.2.2 Lehrmeinungen zur Auswirkung auf die vertragsrechtliche Behandlung von Computerprogrammen ... 86
5.2.3 Lehrmeinungen zur Auswirkung auf die vertragsrechtliche Behandlung von anderen digitalen Inhalten ... 89

5.3 Das Zusammenspiel der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“ und RL 2011/83/EU.... 92

6 Conclusio ... 94

7 Literaturverzeichnis ... 96

8 Anhang ... 111

Abkürzungsverzeichnis

AGV	außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag/geschlossene Verträge
App	Application software
ASP	Application Service Providing
BEUC	Europäischer Verbraucherverband (Bureau Européen des Unions de Consommateurs)
CESL	Common European Sales Law
dbzgl	diesbezüglich
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DRM	Digital Rights Management
DSL	Digital Subscriber Line
E-Commerce	Electronic-Commerce
ECON-Ausschuss	Ausschuss für Wirtschaft und Währung (Economic and Monetary Affairs)
FAV	Fernabsatzvertrag/-verträge
GB	Gigabyte
GD SANCO	Generaldirektion Gesundheit und Verbraucher
GEKR	Gemeinsames europäisches Kaufrecht
HFC	Hybrid Fiber Coax
IKT	Informations- und Kommunikationstechnik
IMCO-Ausschuss	Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (Internal Market and Consumer Protection)
ISDN	Integrated Services Digital Network

ISO/OSI-Modell	International Standardization Organization / Open System Interconnection
ISP	Internet Service Provider
JURI-Ausschuss	Rechtsausschuss (Legal Affairs)
iSv	im Sinne von
Kbit/s	Kilobit pro Sekunde
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
LTE	Long Term Evolution
MB	Megabyte
Mbit/s	Megabit pro Sekunde
OMA-DRM	Open Mobile Alliance-Digital Rights Management
PECL	Principles of European Contract Law
Rat	Rat der europäischen Union
RL-E	Richtlinien-Entwurf
SaaS	Software as a Service
TPM	Trusted platform module
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
URL	Uniform Ressource Locator
USB	Universal Serial Bus
VO-E	Verordnungs-Entwurf
WAWAN	Wide Area Wireless Access Networks
WLAN	Wireless Local Area Network

1 Einleitung

Gerade in der heutigen Zeit scheint der elektronische Handel keinen Abbruch zu erleiden, sondern vielmehr an Bedeutung zu gewinnen. Der hierfür entstandene Fachterminus „E-Commerce“ ist allseits bekannt und umfasst im weiteren Sinne jegliche Handelsbeziehung unter Einsatz von IKT.[1]

Diese Arbeit beschränkt sich auf Downloadverträge und erfasst somit nicht per se jeglichen Warenhandel im Internet. Das zweite Kapitel ist, aufgrund der Spezialisierung auf Downloadverträge, der technischen Abhandlung des Downloadvorganges gewidmet.

Die Auseinandersetzung mit der rechtlichen Behandlung derartiger Verträge auf europäischer Ebene ist durchaus begrüßenswert, denn gerade Downloadverträge erfreuen sich wachsender Beliebtheit. So wird seit 2002 jährlich eine Umfrage von Statistik Austria durchgeführt, die sich mit dem Thema „IKT-Einsatz in Haushalten“ beschäftigt.[2] Im Jahr 2011 wurden österreichische KonsumentInnen unter anderem gefragt, ob Sie digitale Inhalte bezogen haben, und wenn ja, welche digitalen Inhalte gekauft wurden. Von den knapp 3.000 befragten Online-ShopperInnen haben 21 % Computersoftware und Computerspiele heruntergeladen. Hierbei handelt es sich um den meistbezogenen digitalen Inhalt, gefolgt von Filmen und Musik mit 11 %. 7 % der Befragten gaben an, E-Books, Zeitschriften, Zeitungen und E-Learning Materialien herunterzuladen.[3] Interessant ist auch, dass nicht nur die jüngere Bevölkerungsschicht diesen modernen Weg beschreitet: Es werden zwar Filme und Lieder vorwiegend von Jugendlichen und jungen Erwachsenen zwischen 16 und 24 Jahren bezogen, Software und Computerspiele werden jedoch in so gut wie jeder Altersgruppe heruntergeladen.[4] Im Jahr 2012 lag der Fokus der Umfrage auf dem M-Commerce (Fachterminus für einen Vertragsabschluss über mobile Endgeräte[5]). Hierbei stellte sich heraus, dass von 377 Befragten rund 62 % digitale Inhalte via Smartphone, Mobiltelefon oder andere mobile Endgeräte gekauft haben.[6] Dieses Ergebnis ist mE nicht verwunderlich, wenn man das breite Angebot an Apps (zB Apple App Store, Google Play)

---

[1] *Janisch*, Vertragsrechtliche Aspekte des E-Commerce, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht[3] (2012) 63 (67).
[2] *Statistik Austria*, IKT-Einsatz in Haushalten – Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in Haushalten 2011, 15 <http://www.statistik.at/web_de/dynamic/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/publdetail?id=305&listid=305&detail=499>.
[3] *Statistik Austria*, IKT-Einsatz in Haushalten – 2011, 35.
[4] *Statistik Austria*, IKT-Einsatz in Haushalten – 2011, 68.
[5] *Janisch* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 63 (67).
[6] *Statistik Austria*, IKT-Einsatz in Haushalten – Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in Haushalten 2012, 68 <http://www.statistik.at/web_de/dynamic/statistiken/informationsgesellschaft /ikt-einsatz_in_haushalten/publdetail?id=305&listid=305&detail=559>.

im digitalen Binnenmarkt betrachtet. Überdies ist auch der Musikdownload auf das Handy attraktiv, da man sich dadurch ein weiteres portables Gerät erspart.

Die rechtliche Behandlung von digitalen Inhalten auf EU-Ebene resultiert aus der Digitalen Agenda für Europa. Im Rahmen der Digitalen Agenda hat es sich die EU zum Ziel gesetzt, den digitalen Binnenmarkt zu fördern. Daher werden auch einschlägige Rechtsvorschriften, die vor allem den grenzüberschreitenden Internethandel fördern sollen, erlassen. Sowohl Anbieter von Inhalten und Diensten als auch KonsumentInnen soll dabei ein EU-weit einheitlicher Rechtsschutz im Urheber- und Verbraucherrecht gewährt werden.[7]

Laut der im Rahmen der digitalen Agenda veröffentlichten Umfrageergebnisse der Europäischen Kommission[8] bezogen im Jahr 2011 rund 15 % der EU-BürgerInnen digitale Inhalte via Download. Österreich liegt an dieser Stelle mit insgesamt 15 % genau im Durchschnitt.[9] Aktuellere Ergebnisse für das Jahr 2012 bzw 2013 sind leider noch nicht verfügbar. Den stärksten Umsatzzuwachs im digitalen Vertrieb verzeichnet Musik: In diesem Bereich werden bereits 30 % der weltweiten Käufe via Download getätigt. Bei anderen digitalen Inhalten, wie Filmen, eBooks, Zeitungen oder Zeitschriften, entwickelt sich der digitale Vertrieb zurückhaltender: Insgesamt werden nur 6 % dieser Medien online erworben.[10] Bekannte Anbieter digitaler Inhalte sind Amazon, iTunes und der Google Play Store.

Zentrales Thema dieser Diplomarbeit ist die rechtliche Behandlung des Downloadvertrages in Hinsicht auf die Umsetzung der RL 2011/83/EU[11]. Der Grund für die Spezialisierung ist die explizite Behandlung von Downloadverträgen in RL 2011/83/EU, die im Oktober 2011 veröffentlicht wurde. Generell umfasst RL 2011/83/EU Verträge über digitale Inhalte, die auf einem materiellen Datenträger (zB auf einer CD oder DVD) bereitgestellt werden, und Verträge über digitale Inhalte die via Download bezogen werden. Das heißt, dass unabhängig davon, ob bspw Musik heruntergeladen wird oder eine CD gekauft wird, RL 2011/83/EU anwendbar ist. Für Downloadverträge wird nun aber in ErwG 19 RL 2011/83/EU ausgeführt, dass Verträge über digitale Inhalte, die nicht auf einem materiellen

[7] KOM (2012) 784 endg.
[8] In den nachfolgenden Ausführungen: EK.
[9] <http://digital-agenda-data.eu/charts/country-ranking-table-on-a-thematic-group-of-indicators#chart={"indicator-group":"ecommerce","ref-area":"AT","time-period":"2011"}>.
[10] IP/12/1151.
[11] 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 L 2011/304, 64.

Datenträger bereitgestellt werden, „für die Zwecke dieser Richtlinie“ nicht als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag qualifiziert werden sollen. Nicht erwähnt wird jedoch, welchem Vertragstypus nun Downloadverträge zuzuordnen sind und ob diese Ausführungen Auswirkungen auf die nationale Vertragstypisierung haben. Somit ist ein wesentlicher Teil dieser Arbeit die Recherche über die Motivationsgründe der EU-Gesetzgeber zur expliziten vertragsrechtlichen Behandlung von Downloadverträgen. Dies erfolgt in Kapitel drei. In dieser Arbeit werden unter dem Begriff „digitale Inhalte“ immer jene digitalen Inhalte verstanden, die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, sondern via Download bezogen werden. Falls auf jene digitalen Inhalte Bezug genommen wird, die auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, wird dies ausdrücklich erwähnt.

Neben RL 2011/83/EU wurden auf europäischer Ebene weitere Rechtsakte, die sich explizit mit Downloadverträgen befassen, gesetzt. Zum einen handelt es sich um den Verordnungsvorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht[12], der ebenfalls im Oktober 2011 veröffentlicht wurde. Verträge über digitale Inhalte werden hier weitgehend dem Kaufvertrag gleichgestellt. Der Verordnungsvorschlag wird in Kapitel vier näher erläutert. Zum anderen wurde in der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“[13] vom Juli 2012 festgestellt, dass eine dauerhafte Überlassung eines Computerprogrammes gegen Entgelt als Kaufvertrag zu qualifizieren ist. Dieser Entscheidung wird ein eigenes Kapitel (Kapitel fünf) mit einer Erläuterung der Auswirkungen auf das nationale Recht gewidmet. Fraglich ist nun einerseits, wie der ErwG 19 RL 2011/83/EU, in dem Verträge über digitale Inhalte explizit nicht als Kaufvertrag bezeichnet werden, mit dem Verordnungsentwurf zusammenpasst, der, wie bereits erläutert wurde, Verträge über digitale Inhalte faktisch dem Kaufvertrag gleichstellt. Andererseits scheint die Erwähnung in RL 2011/83/EU auch dem Ergebnis der EuGH-Entscheidung zu widersprechen, da hier ein Kaufvertrag über den Erwerb eines Computerprogrammes angenommen wurde. Innerhalb eines Jahres hat sich somit auf EU-Ebene zur vertragsrechtlichen Qualifizierung von digitalen Inhalten einiges getan. Gegenstand dieser Arbeit ist somit auch, herauszufinden, wie bzw ob diese Rechtsakte zusammenpassen.

[12] KOM (2011) 635 endg.

[13] EuGH 03.07.2012, C-128/11 (UsedSoft) = MR-Int 2012, 34 (*Walter*) = ecolex 2012/368, 905 (*Anderl*).
Siehe dazu *Staudegger*, Zulässigkeit und Grenzen des Handels mit “Gebrauchtsoftware“, jusIT 2012/57, 127; *Kulka*, EuGH zum Handel mit “gebrauchter Software“: Geburtsstunde eines blühenden Geschäftszweigs?, ÖBl 2012/58, 244 und *Schmitt*, Der Online-Vertrieb von Software nach dem EuGH-Urteil „Used Soft“, MR 2012, 256.

In dieser Arbeit wird die urheberrechtliche Komponente der verschiedenen Arten digitaler Inhalte nicht näher behandelt. Untersuchungsgegenstand ist somit nicht das geistige Werk des digitalen Inhaltes, sondern der digitale Inhalt an sich.

Für die vertragsrechtliche Behandlung aller digitalen Inhalte, die via Download bezogen werden, sind jedoch zwei Verwertungsrechte des Urhebers maßgeblich und werden daher bereits in der Einleitung erläutert.

Zum einen handelt es sich hierbei um das Verbreitungsrecht, das dem Urheber das ausschließliche Recht gewährt, Werkstücke zu verbreiten (§ 16 Abs 1 UrhG). Das Verbreitungsrecht wird durch den Erschöpfungsgrundsatz gem § 16 Abs 3 UrhG[14] beschränkt. Kommt es nämlich zu einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts, ist das vertragsgegenständliche Werk vom/von der ErwerberIn weiterveräußerbar. Gerade für den Erwerb digitaler Inhalte ist diese Bestimmung von besonderer Bedeutung, da in Lizenzverträgen für Software und in AGB für den Erwerb anderer digitaler Inhalte regelmäßig die Weiterveräußerung untersagt wird. Dies erfolgt in der Praxis, indem nicht das Eigentum am digitalen Inhalt übertragen wird, sondern ein Nutzungsrecht eingeräumt wird.[15] Die Frage der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Inhalte wird in Kapitel fünf ausführlich behandelt.

Zum anderen wird beim Download regelmäßig eine Vervielfältigung gem § 15 UrhG vorgenommen, dh der digitale Inhalt wird beim Download kopiert (näheres hierzu in Kapitel zwei). Beim Vervielfältigungsrecht muss nun zwischen Computerprogrammen und anderen digitalen Inhalten unterschieden werden. Die für den Download vom Anbieter notwendige Vervielfältigung bedarf bei digitalen Inhalten (außer Computerprogrammen) nicht der Zustimmung des Urhebers, insoweit § 42 Abs 4 (Vervielfältigung zum privaten Gebrauch) die Vervielfältigung für den privaten Gebrauch von einer Zustimmung des Urheberrechteinhabers freistellt. Anders verhält es sich beim Download von Computerprogrammen, da hierfür gesonderte Regelungen im UrhG bestehen. Gem § 40d Abs 1 UrhG ist das Recht auf eine Privatkopie iSv § 42 UrhG ausgeschlossen, sodass bereits der Download die Zu-

[14] Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBl 111/1936 idF I 50/2013.

[15] Vgl <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/at/terms.html>, auffindbar unter Punkt B. Nutzungsbedingungen des iTunes Stores unter der Überschrift „iTunes Store Dienst“ und „Geistiges Eigentum“: untersagt wird eine Weiterveräußerung des Dienstes, wobei als Dienst die Möglichkeit der Erwerbung einer Nutzungslizenz für digitale Inhalte von iTunes verstanden wird; <http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=dsvrt_availability_tou?ie=UTF8&nodeId=200687300> auffindbar unter 2. Digitale Inhalte: in 2.1 wird ein Nutzungsrecht gewährt, 2.2 schließt eine Veräußerung aus.

stimmung des Urhebers benötigt.[16] Auf diesen beiden Verwertungsrechten (Verbreitungs- und Vervielfältigungsrecht) gründet nun der für digitale Inhalte oftmals gewählte Lizenzvertrag des Anbieters digitaler Inhalte. Im Rahmen dieses Vertrages wird, wie bereits erwähnt wurde, kein Eigentum übertragen, sondern es werden Nutzungsrechte am digitalen Inhalt gewährt. In Hinsicht auf die Vertragsterminologie ist anzumerken, dass der Begriff „Lizenz" nicht dem Urheberrecht entstammt. Das Urheberrecht kennt im Rahmen der Rechteübertragung nämlich nur das Werknutzungsrecht gem § 24 Abs 1 Satz 2 (Einräumung des ausschließlichen Rechts an Werken) und die Werknutzungsbewilligung gem § 24 Abs 1 Satz 1 (schuldrechtlich wirkende Bewilligung aller oder einzelner Verwertungsarten).[17]

Schuldrechtlich handelt es sich beim Lizenzvertrag um einen atypischen Vertrag, oder Vertrag sui generis. Das bedeutet, dass kein gesetzlich normierter Vertragstyp (zB Kauf- oder Werkvertrag) des ABGB vorliegt, sondern ein neuer Vertragstyp. Die Möglichkeit, neben den gesetzlich vorgeformten Vertragstypen neue zu schaffen, ist eine Konsequenz der Vertragsfreiheit im Schuldrecht.[18]

Gerade aus dem Aspekt heraus, dass in Österreich kein Vertragstypenzwang herrscht und Verträge über digitale Inhalte, aufgrund der verschiedenen Vertragsgestaltungsmöglichkeiten, auch generell unterschiedlichen Vertragstypen zugeordnet werden,[19] scheinen die Ausführungen der RL 2011/83/EU umso interessanter. Zu hinterfragen ist auch, ob Downloadverträge, wenn sie iSd RL keinen Kauf- oder Dienstleistungsvertrag darstellen sollen, womöglich als Lizenzvertrag zu qualifizieren sind. Ziel dieser Arbeit ist es, wie bereits erwähnt wurde, die einschlägigen Rechtsakte der EU, die sich mit Downloadverträgen beschäftigen, zu analysieren. Der Fokus liegt hier auf RL 2011/83/EU, um herauszufinden, welche Pläne der EU-Gesetzgeber auf diesem Gebiet hat, da dies selbstredend die zukünftige vertragsrechtliche Behandlung der Downloadverträge in Österreich prägt.

Im letzten Kapitel werden die Ergebnisse nochmals zusammengefasst, wobei auch die Aktualität der EU-Rechtsmaßnahmen hinsichtlich neuer technologischer Entwicklungen thematisiert wird.

---

[16] Vgl *Appl/Schmidt*, Zweitverwertung gebrauchter Digitalgüter, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 591 (593).
[17] *Staudegger*, Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht[3] (2012) 135 (146).
[18] *Barta*, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2004) 311.
[19] Vgl *Aicher* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB[3] § 1053 Rz 52 (2000).

2 Technische Grundlagen des Downloads

Aufgrund des Spezifikums dieser Arbeit, die sich ausschließlich auf Downloadverträge an sich bezieht und nicht jede Art von Vertragsabschluss im Internet umfasst, scheint es sinnvoll, vorab zu klären, was genau unter dem Begriff Download zu verstehen ist. Daher soll dieses Kapitel in Grundzügen den Vorgang des Downloads aus technischer Sicht beleuchten, um das notwendige Verständnis zur Behandlung dieses Themas aufzubauen und sich in der Folge über rechtliche Erörterungen in Hinsicht auf Downloadverträge und deren explizite Behandlung in RL 2011/83/EU ein besseres Bild machen zu können. Überdies finden sich in diesem Kapitel aktuelle Studienergebnisse zur Verfügbarkeit von Internetzugangsnetzen.

2.1 Der Download in Grundzügen

Unter dem Begriff Download wird im Grunde die Übermittlung von Daten von einem Server auf einen lokalen Client, bspw den eigenen PC verstanden. Das begriffliche Gegenstück zum Download ist der sogenannte Upload, hierbei werden von einem Client Daten auf den Server geladen.[20] Die Übertragung der Daten erfolgt über ein Netzwerk. In der Regel handelt es sich hierbei, va in Hinblick auf Downloadverträge, um das Internet.[21] Als Netzwerk werden mehrere selbständige Systeme (idR Computer), die miteinander verbunden sind, bezeichnet. Durch diese Verbindungen können die einzelnen Systeme miteinander kommunizieren. Das Internet ist ein weltumspannender Netzwerkverbund, da mehrere Netzwerke miteinander in Verbindung stehen und keine gemeinsame Verwaltung erfolgt. Begrifflich lässt sich das Internet auch als für jedermann zugänglich definieren, da das Pendant, das Intranet, ein Netzwerk mit einem definierten BenutzerInnenkreis ist.[22] Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auch das Peer-to-Peer-Netz (P2P) erwähnt: Anders als beim Client-Server-Modell sind in P2P-Netzen alle Rechner gleichberechtigt, dh, es können Daten untereinander ausgetauscht werden, ohne dass auf einen Server zugegriffen wird. Der Zugriff erfolgt direkt auf die einzelnen Rechner des P2P-Netzes.[23]

[20] <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Download-download.html>.
[21] <de.wikipedia.org/wiki/Download>.
[22] *Sonntag*, Informationstechnologie: Grundlagen, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht[3] (2012) 1 (25).
[23] <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Peer-to-Peer-Netz-P2P-peer-to-peer-network.html>.

Grafisch lässt sich der Vorgang des Downloads in einfacher Weise wie folgt darstellen:

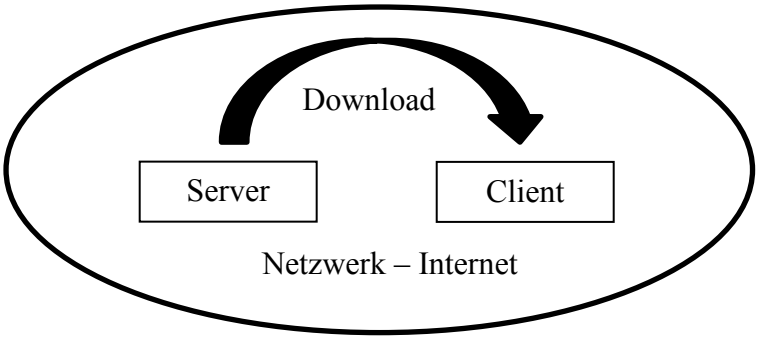

Abb 1: Vorgang des Downloads [24]

2.2 Die Datenübertragung im Internet

Das Internet ist ein Paketvermittlungsnetz, dh die Datenübertragung erfolgt durch die sogenannte Paketvermittlung.[25] Im Wesentlichen bedeutet das, dass Daten vom Sender in Pakete zerteilt und beim Empfängergerät wieder zusammengesetzt werden. Im Internet werden Daten von einem Endsystem zu einem anderen übertragen. Als Endsysteme, auch Hosts genannt, werden jene Geräte bezeichnet, die an das Internet angeschlossen sind, bspw PCs, Smartphones oder Laptops. Um Daten zwischen Endgeräten transportieren zu können, bedarf es Kommunikationsleitungen (diese werden in Kapitel 2.3.1 näher beschrieben) und Paket-Switches.[26] Paket-Switches leiten Datenpakete an das gewünschte Übertragungsziel weiter, ein Router fungiert bspw als Paket-Switch.[27] Damit ein Router bestimmen kann, an welchen Zielort ein Datenpaket gelangen soll, enthält jedes Datenpaket seine Zielortadresse. Die Zielortadresse befindet sich im Paket-Header, quasi dem Kopf des Paketes, und wird durch eine Reihe von Bits dargestellt. Dadurch kommt das Paket an den richtigen Ort und wird auch wieder richtig zusammengesetzt.[28] Bei einem Paketvermittlungsnetz besitzt nicht jede/r BenutzerIn seine/ihre eigene Leitung, sondern es können mehrere BenutzerInnen über eine Leitung auf das Internet zugreifen.[29] Wird eine Internetverbindung über eine Telefonleitung hergestellt, wird für den Datentransport ein Modem benötigt, das durch Signalinterpretationen eine Datenübertragung über die Telefonleitung ermöglicht.[30] Das ist notwendig, da eine Telefonleitung im Grunde nicht für die Paketvermittlung gedacht war, sondern eine konstante Verbindung darstellt. Diese Art der Verbin-

[24] In Anlehnung an <de.wikipedia.org/wiki/download>.
[25] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke. Der Top-Down Ansatz[5] (2012) 46.
[26] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 23.
[27] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 25.
[28] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 53.
[29] *Cisco Press,* Handbuch Netzwerktechnologien[3] (2001) 84.
[30] *Cisco Press,* Netzwerktechnologien[3], 87.

dung wird auch als Leitungsvermittlung bezeichnet.[31] Eine konstante Verbindung benötigt das Paketvermittlungsnetz jedoch nicht, da die Datenpakete ohne eine Leitung zu reservieren ins Netz geschickt werden und meist unterschiedliche Routen wählen, bevor sie am Zielort wieder zusammengefügt werden. Dadurch wird die Leistungsfähigkeit des Paketvermittelnden Netzes gesteigert, da eine einzelne Datenübertragung somit nicht die Nutzung der Netzwerkleitung für andere BenutzerInnen blockiert.[32] Überdies führt die Möglichkeit zur gemeinsamen Nutzung von Leitungen zu einer Kostenreduktion für Internetdiensteanbieter und folglich auch zu einer Preisminderung für KundInnen gegenüber einer Variante mit einer konstanten Leitung für jede/n BenutzerIn.[33]

2.3 Internet-Zugangsnetze

Um einen Download über das Internet durchführen zu können, bedarf es selbstredend Zugang zu diesem globalen Netzwerk. Im vorigen Kapitel wurde bereits im Zusammenhang mit der Paketvermittlung die Möglichkeit des Internetzugriffs über die Telefonleitung erläutert. Der Internetzugang über eine Telefonleitung wird von Telefongesellschaften (zB A1, Tele2) zur Verfügung gestellt. Eine weitere Möglichkeit ist die Herstellung einer Internetverbindung über das Kabelfernsehnetz (zB UPC). Die Art des Internetzugangs bedingt unterschiedliche physikalische Trägermedien zur Herstellung einer Internetverbindung. In diesem Abschnitt soll daher näher erläutert werden, welche Medientypen zur Datenübertragung verwendet werden können.

2.3.1 Medientypen

Es wurde bereits erwähnt, dass Daten über Kommunikationsleitungen übertragen werden. Es gibt unterschiedliche Arten von Kommunikationsleitungen, die Daten in unterschiedlicher Geschwindigkeit transportieren können. Somit bestimmt die Art der Kommunikationsleitung auch die Geschwindigkeit eines Downloadvorganges.[34]

2.3.1.1 Koaxialkabel

Erfolgt die Internetverbindung über ein Kabelfernsehnetz, ist das verwendete Trägermedium meist das Koaxialkabel. Ein Koaxialkabel besteht aus zwei Kupferleitern. Koaxialkabel ermöglichen aufgrund ihrer Konstruktion hohe Übertragungsgeschwindigkeiten.[35] Es können, abhängig von der Ausführung, die von dem/der NetzbetreiberIn bestimmt wird, Über-

[31] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 46.
[32] *Dye/McDonald/Rufi*, Netzwerkgrundlagen. CCNA Exploration Companion Guide (2008) 49.
[33] *Cisco Press,* Netzwerktechnologien[3], 84.
[34] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 23.
[35] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 42.

tragungsgeschwindigkeiten über 120 Mbit/s erreicht werden.[36] Kabelinternetanschlüsse sind nur bei Bestehen eines Kabelfernsehnetzes im Haushalt verfügbar. Im Dezember 2012 wurde von der OECD eine Studie zur Verbreitung der Breitbandtechnologien durchgeführt, der zufolge 30,8 % der OECD-Mitgliedstaaten über einen Internetanschluss per Kabelmodem verfügen.[37]

2.3.1.2 Kupfer

Die Herstellung einer Internetverbindung über Kupferdrähte ist die günstigste und meistgenutzte Variante. Telefonleitungen bestehen in der Regel aus Kupferdrähten. Je nach der Dicke des Kupferdrahtes und der Entfernung zwischen Sender und Empfänger können unterschiedliche Übertragungsgeschwindigkeiten erreicht werden.[38] Um das bestehende Kupfernetz bestmöglich zu nutzen, arbeiten Internetdiensteanbieter engagiert an der Verbesserung der Übertragungsgeschwindigkeit. Einer der Vorreiter in diesem Bereich ist A1. A1 hat es Anfang 2012 geschafft, die Datenrate auf 70 Mbit/s zu verdoppeln. Derzeit wird an einem Projekt gearbeitet („G.Fast"), das es ermöglichen soll, über das „klassische" Kupfernetz Übertragungsraten von bis zu 1 Gbit/s zu erreichen. Der Haken ist, das eine derart hohe Übertragungsrate nur in einer sehr geringen Entfernung von max 100 m möglich sein wird. Dieses Problem soll durch eine Kombination von Glasfaser- und Kupfernetz gelöst werden. Konkret kommt die Internetverbindung via Glasfaser ins Gebäude („Fiber-to-the-Building") und geht dort in das bestehende Netz aus Kupferleitungen über.[39]

2.3.1.3 Glasfaser

Durch den Einsatz von Glasfaser können enorme Bitraten von bis zu 100 Gbit/s oder mehr erreicht werden.[40] Wie der Name schon sagt, besteht ein Glasfaserkabel aus langen, dünnen Fasern, die durch geschmolzenes Glas erzeugt werden. Die Datenübertragung über ein Glasfaserkabel erfolgt über Lichtimpulse. Dadurch können gegenüber einer elektrischen Übertragung (Kupfer- bzw Koaxialkabel) höhere Bandbreiten erzeugt werden.[41] Des Weiteren kommt es bei Glasfasernetzen über eine längere Distanz (bis zu 100 km) kaum zu Signalverlusten.[42] Trotz der überzeugenden Vorteile steckt das Glasfasernetz in Österreich noch in den Kinderschuhen. Der Grund dafür sind die enormen Investitionskosten für diesen Medientyp. Europaweit kostet der Ausbau mehrere Hundert Milliarden Euro. Dennoch

[36] <http://de.wikipedia.org/wiki/Kabelmodem>.
[37] <http://www.oecd.org/internet/broadband/oecdbroadbandportal.htm>.
[38] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 42.
[39] <http://derstandard.at/1371171278285/A1-verspricht-1Gbits-ueber-klassisches-Kupfernetz>.
[40] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 43.
[41] <http://de.wikipedia.org/wiki/Glasfaser>.
[42] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 43.

müssen diese Investitionen getätigt werden um wettbewerbsfähig bleiben zu können, da in anderen Ländern bereits sehr hohe Anschlussraten bestehen. In Litauen ist bspw fast jeder dritte Haushalt an ein Glasfasernetz angeschlossen. Frankreich ist im Ausbau des Glasfasernetzes ebenso einer der führenden Staaten in Europa.[43] In Österreich ist man im Glasfaserausbau jedoch nicht untätig. Die Telekom Austria tätigt seit 2009 Investitionen in den Ausbau des Glasfasernetzes. Die Investitionskosten betrugen bis dato rd eine Mrd Euro. Ziel ist es, bis 2015 rund zwei Drittel aller Haushalte und Betriebe in Österreich mit dem Glasfasernetz abzudecken.[44] Der Ausbau der Glasfasernetze wird vor allem aufgrund der neuen Arten der Internetnutzung, wie etwa Streaming- und Cloud-Computing-Dienste (siehe Kapitel 2.10), notwendig, da die bestehende Infrastruktur einer zunehmenden Datenflut nicht mehr gewachsen ist.[45]

2.3.2 Internetzugriff

Im Jahr 2013 hatten laut der Umfrage „IKT-Einsatz in Haushalten“ rd 81 % der befragten Haushalte Zugang zum Internet.[46] Im Jahr 2002 waren es immerhin nur 34 %.[47] Der Zugriff auf das Internet erfolgt über einen Schmalband- oder Breitbandanschluss.[48] Die beiden Internetanschlussmöglichkeiten unterscheiden sich in ihrer Technologie und ihrer Bandbreite. Die Bandbreite ist jene Menge an Daten, die innerhalb eines gewissen Zeitraumes über ein Medium übermittelt werden kann. Grundsätzlich wird die Bandbreite in Bit pro Sekunde gemessen. Aufgrund der stetig wachsenden Bandbreite ist heutzutage aber die Angabe in Megabit pro Sekunde geläufiger.[49] Für den/die InternetnutzerIn ist die Bandbreite entscheidend, da sie, einfach ausgedrückt, die Geschwindigkeit der Internetverbindung bestimmt und in Folge auch für die Downloadgeschwindigkeit essentiell ist. An dieser Stelle sei auch erwähnt, dass von Internetdienstanbietern getätigte Angaben zur Bandbreite immer die höchstmöglich erreichbare Bandbreite enthalten. Diese kann jedoch nicht an jedem Ort gleichermaßen erreicht werden, da die zu erreichende Bandbreite vor

[43] <http://www.computerwelt.at/news/wirtschaft-politik/infrastruktur/detail/artikel/oesterreich-staerkere-anstrengungen-im-glasfaserausbau-erforderlich/>.
[44] <http://diepresse.com/home/techscience/mobil/1441450/Telekom-Austria-und-KPN-buendeln-Glasfasernetze>.
[45] <http://futurezone.at/netzpolitik/glasfaser-oesterreich-weit-abgeschlagen/24.562.565>.
[46] *Statistik Austria*, Haushalte mit Computer und Internetzugang 2013, <http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/>.
[47] *Statistik Austria*, IKT-Einsatz in Haushalten – 2012, 19.
[48] <http://de.wikipedia.org/wiki/Internet#Technik>.
[49] *Dye/McDonald/Rufi*, Netzwerkgrundlagen, 364.

allem von der Entfernung des/der NutzerIn zur nächstgelegenen Vermittlungsstelle abhängt.[50]

2.3.2.1 Schmalband

Vor dem Aufkommen der Breitbandverbindungen war der Zugang über einen Schmalbandanschluss von größerer Bedeutung. Laut Statistik Austria verfügten im Jahr 2013 nur mehr knapp 10 % der Befragten mit Internetzugang über einen Schmalbandanschluss,[51] im Jahr 2006 waren es immerhin noch rd 37 % der Befragten.[52] Schmalbandverbindungen können über ein Analogmoden, ISDN oder mit mobilen Schmalbandverbindungen (mittels Modem oder Datenkarte via Computer oder über das Handy) hergestellt werden.[53] Der Internetzugang über ein Analogmodem erfolgt über eine Telefonleitung und entspricht dem leitungsvermittelnden Netz, dh während aufrechter Internetverbindung kann über diese Telefonleitung kein Gespräch geführt werden. Die Datenübertragungsrate eines Analogmodems beträgt bis zu 56 Kilobit pro Sekunde (Kbit/s), gegenüber Breitbandverbindungen ist diese Bandbreite eher gering und führt somit zu längeren Datenübertragungszeiten.[54] Der Anschluss über ISDN wird von Telefongesellschaften anhand eines Kommunikationsprotokolls angeboten, das die Datenübertragung in Telefonnetzen ermöglicht.[55] ISDN (Integrated services digital network) ist ein Digitalnetz, das mehrere Dienste (Telefon, Telefax, Datenübertragung) umfasst. Bei einer ISDN-Verbindung wird ebenso die Leitungsvermittlung verwendet. Jedoch stehen dem/der EndnutzerIn mindestens zwei Basiskanäle zur Verfügung, die jeweils über eine Bandbreite von 64 Kbit/s verfügen. EndnutzerInnen können in diesem Fall zwei Dienste (zB Telefonieren und Internetsurfen) gleichzeitig nutzen, da es zwei oder mehr Kanäle gibt, die über eine Telefonleitung zur Verfügung gestellt werden.[56] Das ist, neben der höheren Bandbreite und somit einer schnelleren Datenübertragung, ein weiterer Vorteil gegenüber einem Analogmodem.

---

[50] <http://www.wallstreet-online.de/ratgeber/elektronik-und-technik/internet/die-bandbreite-im-internet>.
[51] *Statistik Austria*, Internetverbindungen der Haushalte 2013, <http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/>.
[52] *Statistik Austria*, IKT-Einsatz – Ergebnisse der Europäischen Erhebungen über den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen und in Haushalten 2006, 25 <http://www.statistik.at/web_de/dynamic/statistiken/informationsgesellschaft/publdetail?id=17&listid=17&detail=413>.
[53] <http://de.wikipedia.org/wiki/Internet#Technik>; *Statistik Austria*, IKT-Einsatz in Haushalten – 2012, 21.
[54] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 34 f.
[55] *Cisco Press,* Netzwerktechnologien[3], 1024.
[56]<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/integrated-services-digital-network-ISDN.html>.

2.3.2.2 Breitband

Breitbandverbindungen verfügen, wie der Name schon sagt, über eine hohe Bandbreite und führen somit zu einer Erhöhung der Internetgeschwindigkeit.[57] Es gibt keinen generellen Schwellenwert für die Definierung einer Breitbandverbindung, die österreichische Regulierungsbehörde geht aber davon aus, dass eine Breitbandverbindung ab 144 Kbit/s beginnt.[58] Im Jahr 2013 hatten laut Statistik Austria österreichweit knapp 80 % aller Befragten (rund 3400 Haushalte) einen Breitbandanschluss via DSL, mit Hilfe eines lokalen Funknetzes (WLAN) oder durch mobiles Breitband (mittels Modem oder Datenkarte via Computer oder über das Handy).[59] Die von Eurostat zur Verfügung gestellten Ergebnisse zur Verbreitung von Breitbandverbindungen (verfügbar bis zum Jahr 2012), im Auftrag der Digitalen Agenda, ermöglichen einen internationalen Vergleich. Europaweit verfügt Österreich mit 77 % über eine überdurchschnittliche Breitbanddichte. Der Durchschnittswert der Haushalte mit Breitbandinternetverbindungen, bezogen auf alle 28 Mitgliedstaaten, beträgt 72 %. Spitzenreiter in Bezug auf Breitbandverbindungen sind die skandinavischen Länder, England und Island. In diesen Ländern haben 84 % bis 93 % der Haushalte Zugang zu einer Breitbandinternetverbindung, wobei Island den höchsten Wert mit 93 % verzeichnet.[60] Der Kommissionsvorschlag zur RL 2011/83/EU wurde bereits im Jahr 2008 gemacht.[61] In dieser Zeit verfügten laut Eurostat europaweit durchschnittlich 48 % der Haushalte über einen Internetzugang mit Breitbandverbindung. Österreich lag dabei mit 54 % etwas über dem Durchschnittswert.[62] Allgemein lässt sich aufgrund dieser Statistiken wohl kaum von der Hand weisen, dass die Zahl der Breitbandverbindungen in Haushalten weiterhin tendenziell steigen wird. Aufgrund der Zielvorgaben der Digitalen Agenda ist auch Österreich bestrebt, die Zahl der Breitbandanschlüsse und die Bandbreite weiter zu erhöhen. Seit Jänner 2013 unterstützt ein neu eingerichtetes Breitbandbüro im BM für Verkehr und Infrastruktur Unternehmen und Gemeinden beim Ausbau der Breitbandverbindungen im ländlichen Raum. Des Weiteren wird eine flächendeckende Bandbreitenerhöhung auf 100 Mbit/s bis 2020 angestrebt.[63] Derzeit verfügen insgesamt 99 % der Haushalte mit Breitbandanschluss über ein Breitband-Zugang mit mindestens 1 Mbit/s. Von diesen 99 % haben 85 % der

---

[57] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 35.
[58] <http://de.wikipedia.org/wiki/Breitband-Internetzugang>.
[59] *Statistik Austria*, Internetverbindungen der Haushalte 2013.
[60]<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=de&pcode=tin00073&plugin=1>.
[61] KOM (2008) 614 endg.
[62]<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=de&pcode=tin00073&plugin=1>.
[63] <http://www.bmvit.gv.at/bbb/index.html>.

Haushalte Zugang zu einer Bandbreite von mehr als 4 Mbit/s und nur knapp mehr als die Hälfte der österreichischen Haushalte (55 %) könnten mit einer Bandbreite von mehr als 30 Mbit/s im Internet surfen. Rund 50 % der ÖsterreicherInnen haben Zugang zu einem Breitbandanschluss mit bis zu 100 Mbit/s.[64] Das bedeutet aber nicht, dass die verfügbare Bandbreite auch genutzt wird, denn höhere Bandbreiten sind auch verhältnismäßig teurer. Würde man bspw über den Internetdiensteanbieter A1 einen Breitbandanschluss mit 100 Mbit/s (soweit dies am jeweiligen Standort möglich ist) bestellen, betragen die monatlichen Kosten rund € 45,00.[65] Technisch lässt sich eine Breitbandverbindung via DSL herstellen. Es kommt eine Modemtechnologie zum Einsatz, die es zulässt, über herkömmliche Telefonleitungen Verbindungen mit einer höheren Übertragungsrate herzustellen. Die höhere Bandbreite wird hierbei durch eine Entfernungsbeschränkung zwischen Anwender- und ISP-Modem ermöglicht.[66] Die momentan bekannteste DSL-Technik ist ADSL. Up- und Downloadgeschwindigkeit sind bei ADSL asymmetrisch, konkret ist die Downloadgeschwindigkeit höher als die Uploadgeschwindigkeit, das macht ADSL ideal für das Internetsurfen.[67] Wird eine Breitbandinternetverbindung mit einem HFC-Zugangsnetz (Erweiterung des Kabelnetzes für Kabelfernsehen) hergestellt, bedarf es hierfür spezieller Kabelmodems.[68] Mit der wachsenden Zahl an Breitbandverbindungen, steigt auch die Intensität der Internetnutzung, da schnelle Internetverbindungen das Surfen im Internet gleichsam attraktiver gestalten.[69]

2.3.3 Drahtlose Internetverbindung

Eine drahtlose Internetverbindung kann über Wireless LAN (WLAN) oder über Wide Area Wireless Access Networks (WAWAN) hergestellt werden. Eine WLAN-Verbindung wird in kurzer Entfernung (wenige Meter) zu einer Basisstation eingerichtet. HeimanwenderInnen, die mehrere PCs in einem Haushalt haben, nutzen meist eine WLAN-Verbindung, um ihre Endgeräte drahtlos über eine Basisstation (ein drahtloser Router oder ein Wireless Access Point[70]) mit dem Internet zu verbinden. Bei einer WAWAN-Verbindung, so wie sie ua bei Smartphones oder Tablets genutzt wird, befindet sich die Basisstation direkt beim Internetdienstanbieter. Eine Verbindung kann über mehrere zehn Kilometer hergestellt

[64] <http://www.bmvit.gv.at/bbb/bbversorgung/index.html>.
[65] <http://www.a1.net/kombis/Internet-Optionen>, auf der Website von A1 wird von einer Glasfaser Power Verbindung gesprochen. Gemeint ist damit aber nicht ausschließlich eine Verbindung über das Trägermedium Glasfaser. Somit können auch Haushalte die Kupferleitungen haben, dieses Angebot nutzen.
[66] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 36 f.
[67] <http://de.wikipedia.org/wiki/Asymmetric_Digital_Subscriber_Line>.
[68] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 37.
[69] <http://www.innovation-marketing.at/index_newsaktuell_4_n6__1_0_b313_.html>.
[70] <http://de.wikipedia.org/wiki/Wireless_Local_Area_Network>.

werden. Als Einwahlverbindung wird hierbei nicht das Telefonnetz benutzt, sondern die Mobilfunkinfrastruktur. Durch Mobilfunknetze der sogenannten dritten Generation (3G) ist es möglich, drahtlos und durch paketvermittelnde Datenübertragung im Internet zu surfen.[71] Smartphones verfügen in der Regel über UMTS (Mobilfunkstandard der dritten Generation[72]). Somit kann ohne ein weiteres Gerät eine Internetverbindung hergestellt werden. Tragbare Computer (Notebook, Tablets) beinhalten entweder ein UMTS-Modem oder können mittels Datenkarte oder USB-Stick hierzu aufgerüstet werden.[73] Gegenwärtig wird am Ausbau des zukünftigen 4G-Netzes mit dem Mobilfunkstandard LTE gearbeitet. Der österreichische Mobilfunkbetreiber A1 Telekom Austria (neben T-Mobile Austria mit 31 % Marktanteil einer der großen Mobilfunkbetreiber mit 40 % Marktanteil im Jahr 2012[74]) hat österreichweit bereits eine 30 %ige Netzabdeckung im 4G-Netz erreicht. LTE verfügt über eine Bandbreite von bis zu 150 Mbit/s und eignet sich somit besonders für Onlinespiele, Videotelefonate oder Cloud Computing.[75] Laut Eurostat nutzten im Jahr 2012 21 % der ÖsterreicherInnen das Mobilfunknetz zur Herstellung einer Internetverbindung auf tragbaren Computern, EU-weit lag der Durchschnitt bei 11 %.[76] Generell ist das Wachstumspotential des mobilen Datenverkehrs enorm. Die mobile Datenübertragungsmenge verdoppelt sich jährlich. Zwischen 2012 und 2018 wird der mobile Datenverkehr sogar zwölfmal mehr werden.[77]

2.4 Berechnung der Downloadgeschwindigkeit

Nach einer Einführung über die Internetzugangsmöglichkeiten und deren Bandbreiten, wird in diesem Kapitel an konkreten Beispielen die Downloadgeschwindigkeit berechnet.

2.4.1 Informationsdarstellung in Computersystemen

Der zum Download bestimmte digitale Inhalt besteht aus einer Ansammlung von Daten. Diese Daten sind binär codiert, das bedeutet, sie beruhen auf zwei möglichen Zuständen: „Ein“ oder „Aus“ (elektronische Schalter im Computer sind „Ein“ oder „Aus“). Die Ziffern 1 und 0 repräsentieren diese Zustände, wobei 1 meist dem Status „Ein“ und 0 meist dem Status „Aus“ entspricht.[78] Die kleinste Informationseinheit, die einen solchen Zustand

[71] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 39 f.
[72] <http://de.wikipedia.org/wiki/Universal_Mobile_Telecommunications_System>.
[73] <http://de.wikipedia.org/wiki/UMTS-Datenkarte>.
[74] <http://www.connect.de/ratgeber/netztest-oesterreich-2012-datennutzung-1432212.html>.
[75] <http://futurezone.at/digitallife/14102-a1-lte-hat-marktreife-erreicht.php>.
[76] <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=isoc_cimobi_dev&lang=de>.
[77] *Ericsson*, Ericsson Mobility Report, 10 <http://www.ericsson.com/res/docs/2012/ericsson-mobility-report-november-2012.pdf>.
[78] *Sonntag* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 1 (4).

(0 oder 1) repräsentieren kann, wird in der Informatik als Bit (binary digit) bezeichnet.[79] Alle Daten müssen ein binäres Format aufweisen, damit Computer diese verarbeiten bzw interpretieren können. So, wie sich der Mensch zur Kommunikation der Sprache bedient, benötigen also Rechner für den Informationsaustausch binär codierte Daten. Damit diese Daten in für den Menschen verständlicher Information dargestellt werden können, werden Bits in Form eines Coderahmens aneinandergereiht und ergeben dadurch ein bestimmtes Zeichen.[80] Der ASCII-Coderahmen ermöglicht beispielsweise die Darstellung von 128 Zeichen, da für diesen Code 7 Bits verwendet werden und aufgrund der 2 möglichen Zustände 0 und 1 somit 2^7 Zeichendarstellungen erfolgen können.[81]

2.4.2 Berechnungsbeispiele

Um ein besseres Verständnis von der Wichtigkeit einer hohen Bandbreite für Internetdownloads zu bekommen, wird in diesem Kapitel die Downloadgeschwindigkeit mit unterschiedlichen Bitraten, also Bandbreiten, berechnet.

Dezimalpräfixe werden zur Berechnung herangezogen (Bsp Mega = 10^6).[82] Als Beispiele für die Berechnung dienen ein Lied mit 5 MB und ein Film mit 2 GB. Diese werden in den Berechnungsbeispielen mit einem 56-Kbps-Modem (Schmalbandverbindung), einer Breitbandverbindung mit 8 Mbit/s und mit 100 Mbit/s heruntergeladen. Folgend wird die Berechnung des Downloads mit dem 56-Kbps-Modem dargestellt und die Ergebnisse der jeweiligen anderen Downloadvarianten tabellarisch dargestellt.

Ein 56-Kbps-Modem verfügt, wie der Name schon sagt, über eine Bandbreite von 56 Kbit/s. Wie bereits erwähnt wurde, bestehen Daten aus einer Vielzahl von Bits, wobei 8 Bits ein Byte ergeben.[83] Ein Lied mit 5 MB (Megabyte) besteht somit aus 40 Megabit. Da in diesem Beispiel aber nur Kilobit pro Sekunde heruntergeladen werden können, müssen die 40 Megabit mit 1.000 multipliziert werden, um die Anzahl der Kilobit zu erhalten. Somit besteht eine 5-MB-Datei aus 40.000 Kilobit. Für den Download einer 5-MB-Datei über ein 56-Kbps-Modem werden somit 40.000 / 56 = 714,29 Sekunden oder umgerechnet 11,9 Minuten benötigt. Der Downloadvorgang eines Filmes mit einer Datengröße von 2 GB über ein 56-Kbps-Modem dauert 79,36 Stunden (umgerechnet 3,3 Tage!), da 2 GB umge-

[79] <http://de.wikipedia.org/wiki/Bin%C3%A4rcode>.
[80] *Sonntag* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 1 (5 f).
[81] *Werner*, Nachrichtentechnik[7] (2010) 152.
[82] <http://de.wikipedia.org/wiki/Byte#Bedeutungen_von_Dezimal_und_Bin.C3.A4rpr.C3.A4fixen_f.C3.BCr_gro.C3.9Fe_Anzahlen_von_Bytes>.
[83] <http://de.wikipedia.org/wiki/Byte#Bedeutungen_von_Dezimal_und_Bin.C3.A4rpr.C3.A4fixen_f.C3.BCr_gro.C3.9Fe_Anzahlen_von_Bytes>.

rechnet 2.000 MB, 2.000 MB umgerechnet 2.000.000 KB und somit 16.000.000 Kbit ergeben.

	56-Kbps-Modem	Breitband 8 Mbit/s	Breitband 100 Mbit/s
5-MB-Lied	11,90 Minuten	5,0 Sekunden	0,40 Sekunden
2-GB-Film	3,31 Tage	33,33 Minuten	2,66 Minuten

Diese Berechnungen verdeutlichen, dass Downloadvorgänge mit großem Datenvolumen über eine Schmalbandverbindung wohl kaum interessant sind. Es wird hierbei auch veranschaulicht, warum es zur Förderung des digitalen Binnenmarktes wichtig ist, in den Breitbandausbau zu investieren. Der Bezug von digitalen Inhalten mit einem größeren Datenvolumen über das Internet wäre ohne eine Erhöhung der Bandbreiten, wie diese Berechnungen zeigen, wohl kaum attraktiv.

2.5 Der Weg zum Download im Internet

Bis jetzt wurde noch nicht behandelt, auf welche Art und Weise Downloads im Internet für den/die KonsumentIn zugänglich gemacht werden. Dies erfolgt durch das World Wide Web (kurz: WWW), eine Nutzungsart des Internets. Hierbei werden dem/der InternetnutzerIn zumeist HTML-Dokumente (Webseiten werden in der Sprache HTML, Hypertext Markup Language, erstellt[84]) zur Verfügung gestellt, welche diese/r mithilfe eines Browsers (zB Microsoft Internet Explorer, Mozilla Firefox) nach Belieben abrufen kann.[85] Auf Webseiten wird Information bspw anhand von Bildern und Text angeboten[86] und oft auch die Möglichkeit eines Downloadgeschäftes für den/die KonsumentIn eröffnet. In diesem Zusammenhang ist letztendlich der Browser für die Interpretation von Daten in für den Menschen verständliche Information zuständig, da ein Computer, wie bereits erwähnt wurde, nur Daten verarbeiten kann.

Ein Download wird durch die Eingabe eines URLs (Uniform Resource Locator), also der Webadresse, im Webbrowser, einen Klick auf den hierzu vorgesehenen Link oder durch einen eigenständigen Downloadmanager (Programm zum Herunterladen von Daten[87]) initiiert. Ein URL ist eine Webadresse, die aus dem Protokoll (zB HTTP), aus dem Serverna-

[84] *Dye/McDonald/Rufi*, Netzwerkgrundlagen, 124.
[85] *Sonntag* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 1 (34).
[86] *Bruns*, EDI und Electronic Commerce: Definitionen, informationstechnologische Grundlagen und Normen, in Geis (Hrsg), Rechtsaspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs: Auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Kryptographietechnologien: Digitale Signatur und Verschlüsselung, Rechtliche Rahmenbedingungen (1999) 127 (132).
[87] <http://de.wikipedia.org/wiki/Download-Manager>.

men und aus der Datei, die heruntergeladen werden soll, besteht.[88] Will man bspw ein Lied von Amazon downloaden, muss folgende Webadresse aufgerufen werden: http://www.amazon.de/MP3-Musik-Downloads/b/ref=sa_menu_mp3_str?ie=UTF8&node =77195031. Diese besteht hier aus dem Protokoll (http), dem Servernamen (www.amazon.de) und dem Pfad zur angeforderten Webseite (MP3-Musik-Downloads/b/ref=sa_menu_mp3_str?ie=UTF8&Node=77195031). Wie aus diesem Bsp ersichtlich wird, kann der Pfad zur angeforderten Webseite auch etwas länger sein. Alternativ kann daher durch alleinige Eingabe des Servernamens, hier www.amazon.de (die Eingabe des Protokolls ist im Webbrowser nicht notwendig), die gewünschte Webseite durch Verlinkungen aufgerufen werden.

2.6 Kommunikation in Netzwerken

Jegliche Kommunikation zwischen Computern basiert auf dem Einsatz von Protokollen, wobei Computer durch Datenübermittlung miteinander kommunizieren. Diese Protokolle stellen eine „*technische Vereinbarung über die Methode der Datenübermittlung*“[89] dar, geben Auskunft darüber, wie zu übertragende Daten aufgebaut sein müssen, und geben die Reihenfolge vorzunehmender Maßnahmen bei diversen Ereignissen vor.[90] Durch den Einsatz von Protokollen wird somit die Datenübertragung zwischen verschiedenen Computern standardisiert. Zur Datenübertragung bedarf es des Einsatzes verschiedener Protokolle, die unterschiedliche Aufgaben zu erfüllen haben. Dieser Vorgang kann mit Hilfe des ISO/OSI-Referenzmodells veranschaulicht werden.[91] Mit dem ISO/OSI-Referenzmodell wird der Weg der Daten vom Sender- zum Empfängergerät beschrieben, wobei sieben Schichten und ihre jeweiligen Aufgaben zur Modellierung verwendet werden. Das ISO/OSI-Referenzmodell wurde im Jahre 1984 von der International Standardization Organisation (ISO) entworfen, daher rührt auch der Name ISO/OSI-Referenzmodell.[92]

[88] *Dye/McDonald/Rufi*, Netzwerkgrundlagen, 124.
[89] *Sonntag* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 1 (26).
[90] *Sonntag* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 1 (26).
[91] *Degen/Deister*, Computer- und Internetrecht. Vertragsgestaltung E-Commerce und Datenschutz (2009) Rz 12.
[92] *Cisco Press*, Netzwerktechnologien[3], 42.

2.7 Das ISO/OSI-Referenzmodell

Grafisch lässt sich das siebenschichtige Modell wie folgt darstellen:

7. Anwendung	Anwendung
6. Darstellung	
5. Kommunikation	
4. Transport	Datenübertragung
3. Netzwerk	
2. Sicherung	
1. Physikalisch	

Abb 2: ISO/OSI-Referenzmodell[93]

Die Aufgabe der physikalischen Schicht oder Bitübertragungsschicht besteht in der Übertragung der Bits über einen geeigneten Kanal (zB Leitung aus Kupfer, Glas oder Luft bei WLAN) zwischen Knoten.[94] Unter einem Knoten versteht man ein an der Netzwerkkommunikation teilnehmendes Gerät[95], wie bspw einen Router.[96] In der Sicherungsschicht werden „*Abschnitte des Bitstroms*“[97] in Frames gebündelt. Ein solcher Frame umfasst sodann mehrere Hundert oder Tausend Bytes.[98] Frames sind sozusagen Datenübertragungsrahmen und vermitteln die für den Datenempfang erforderlichen „Steuerinformationen“.[99] Die Frames werden weitertransportiert und durch Fehlererkennungsmechanismen kontrolliert, um eine vollständige Übertragung gewährleisten zu können.[100] In der Netzwerk- oder Vermittlungsschicht erfolgt die Adressierung im Netzwerk. Router können dadurch bestimmen, wie die Datenpakete weitergeleitet werden sollen, um die Zieladresse zu erreichen. Das Internetprotokoll (IP) ist für diese Adressierung zuständig. Die Aufgabe der Transportschicht ist im Grunde die Sicherstellung einer fehlerfreien Datenübertragung. Vor dem Datentransport findet eine weitere Aufteilung der Daten statt. Dies ist ua wichtig, um dem Empfangsgerät nicht mehr Daten auf einmal zu übermitteln, als es verarbeiten kann. Die hierzu notwendige Verwaltung der Datenübertragung wird als Flusssteuerung bezeichnet. TCP (Transmission Control Protocol) ist das für den Download im Internet gängige Protokoll.[101] Die Kommunikationsschicht, auch Sitzungsschicht genannt, konstruiert Sit-

[93] *Cisco/Press*, Netzwerktechnologien[3], 43.
[94] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 75.
[95] *Cisco/Press*, Netzwerktechnologien[3], 1048.
[96] *Degen/Deister*, Computer- und Internetrecht, Rz 9.
[97] *Degen/Deister*, Computer- und Internetrecht, Rz 16.
[98] *Degen/Deister*, Computer- und Internetrecht, Rz 16.
[99] *Dye/McDonald/Rufi*, Netzwerkgrundlagen, 326.
[100] *Degen/Deister*, Computer- und Internetrecht, Rz 16.
[101] *Cisco/Press*, Netzwerktechnologien[3], 51.

zungen (Dialoge) zwischen den Netzwerkgeräten und sorgt für deren Aufrechterhaltung.[102] In der Kommunikationsschicht sind Protokolle implementiert, die die Diensteanforderungen und Diensteantworten der Netzwerkgeräte abstimmen.[103] Die Darstellungsschicht sorgt im Grunde dafür, dass die übermittelten Daten einer Anwendungsschicht „*von der Anwendungsschicht eines anderen Systems gelesen werden können*“[104]. Hierfür werden bspw Codier- und Konvertierfunktionen eingesetzt.[105] Die Anwendungsschicht ist die oberste Schicht des ISO/OSI-Modells. Hierbei handelt es sich um eine Schnittstelle der Softwareanwendung (zB Browser) zu den darunter liegenden Schichten des ISO/OSI-Modells. Für den Vorgang des Downloads werden in dieser Schicht Protokolle wie HTTP oder FTP eingesetzt. HTTP wird verwendet, um Webseiten aufzurufen, und FTP hat zur Aufgabe, Dateien zwischen Computersystemen zu übermitteln.[106] Wie bereits erwähnt wurde, dient das ISO/OSI-Modell zur Veranschaulichung der Datenübertragung. Zur Komplettierung ist an dieser Stelle auch das TCP/IP-Modell zu nennen. Das TCP/IP-Modell baut lediglich auf vier Schichten auf, wobei die letzten drei Schichten des ISO/OSI-Modells in der Anwendungsschicht des TCP/IP-Modells zusammengefasst werden. Anhand des ISO/OSI-Modells kann eine Datenübertragung allgemeiner erklärt werden. Das TCP/IP-Modell hingegen ist eine spezialisierte Darstellung in Bezug auf Computernetzwerke, allen voran das Internet.[107]

2.8 Das Ergebnis des Downloads

Nach Abschluss des Downloads befindet sich eine Softwarekopie auf dem Datenträger (zB Festplatte) des/der KäuferIn, da der digitale Inhalte weiterhin am Server verfügbar bleibt.

Ebenfalls ist es möglich, dass kein Download auf einen Datenträger vorgenommen wird, sondern eine Echtzeitübertragung erfolgt. Diese Art des Downloads in Echtzeit, auch Streaming genannt, wird neben dem klassischen Download ebenso von RL 2011/83/EU erfasst.[108] Beim Streaming wird, bevor mit der Ausgabe der Audio- oder Videodatei begonnen wird, diese nicht zur Gänze auf einen Datenträger heruntergeladen, sondern Daten der Datei werden fortlaufend während des Abspielens vom Client empfangen (Store-and-

[102] *Dye/McDonald/Rufi*, Netzwerkgrundlagen, 107.
[103] *Cisco/Press*, Netzwerktechnologien[3], 51 f.
[104] *Cisco/Press*, Netzwerktechnologien[3], 52.
[105] *Cisco/Press*, Netzwerktechnologien[3], 52.
[106] *Kurose/Ross*, Computernetzwerke[5], 75.
[107] *Degen/Deister*, Computer- und Internetrecht, Rz 10 f.
[108] ErwGr 19 RL 2011/83/EU.

Forward-Verfahren). Die Datei selbst jedoch ist auf einem Server gespeichert und wird nur lokal (im Cache) zwischengespeichert.[109]

Bei digitalen Inhalten handelt es sich um Software, die im Gegensatz zur Hardware (bauliche Komponenten eines Computers) nicht anfassbar ist. Unter dem Überbegriff Software werden sämtliche Computerprogramme und Daten eingeordnet.[110] Grundsätzlich wird mit dem Begriff Software ein Computerprogramm assoziiert, im weiteren Sinne fällt aber jeglicher Content ebenfalls darunter.[111] Der moderne Begriff Content umfasst Mediendateien, die über Massenmedien (zB Internet) vertrieben werden (in diesem Zusammenhang spricht man von Paid Content). Eine Ansammlung von meist inhaltlich zusammengehörigen Daten wird als Datei bezeichnet. Musikdateien, Textdateien, Bilddateien und ebenso Videodateien lassen sich als Mediendateien unter den Begriff Content einordnen. Wie bereits erläutert wurde, müssen Dateien in Form eines digitalen Codes vorliegen, damit ein Computer diese verarbeiten kann.[112] Digitaler Content besteht somit aus einem digitalen Code.[113] Nach Abschluss eines Downloads verfügt man physikalisch gesehen über digitalen Code. RL 2011/83/EU verwendet nicht den englischen Begriff „digitaler Content", sondern das deutsche Synonym, und spricht somit von digitalen Inhalten.

Zusammenfassend kann nun festgehalten werden, dass aufgrund der Beschaffenheit digitaler Inhalte in Form eines digitalen Codes, der beim Datentransport kopiert und in einzelne Pakete zerlegt wird, ein Kunde beim Download digitaler Inhalte stets eine mit dem Original völlig idente Softwarekopie erwirbt.[114]

2.9 Technische Beschränkungen des Downloads

Digitale Inhalte können mühelos vervielfältigt werden (Copy-and-paste). Um die Verbreitung digitaler Inhalte kontrollieren zu können, bedienen sich Anbieter daher oftmals der DRM-Systeme.

Es handelt sich hierbei um eine digitale Rechteverwaltung unter der jegliche technische Maßnahmen, die die Verwendung digitaler Inhalte kontrollieren, verstanden werden.[115] Technisch wird DRM durch kryptographische Verfahren umgesetzt. Einfach ausgedrückt bedeutet das, dass digitale Inhalte verschlüsselt werden. Eine Nutzung bedingt daher die

[109] <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Streaming-Media-streaming-media.html>.
[110] *Burgstaller/Hadeyer*, Recht in der Informationsgesellschaft[2] (2008) 223.
[111] *Staudegger* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 135 (140).
[112] <de.wikipedia.org/wiki/Medieninhalt>.
[113] *Staudegger*, Vortrag im Seminar: Rechtsinformatik: IT-Recht (Kaufen wir Content?) am 01.10.2012.
[114] *Cichon*, Internetverträge. Verträge über Internet-Leistungen und Ecommerce (2000) 227.
[115] *Sonntag* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 1 (24 f).

vorherige Entschlüsselung des digitalen Inhaltes. Der hierzu notwendige Schlüssel wird in die Software oder in standardisierte Zusatzhardware (bspw TPM, realisiert durch einen Mikrochip, der bei Softwaremanipulationen den Zugriff auf den Schlüssel verweigert[116]) des Endgerätes eingebunden. Eine Entschlüsselung erfolgt nur bei Einhaltung der Restriktionen, die die Nutzungslizenz vorgibt.[117] Bekannte DRM-Systeme sind Windows Media DRM, OMA DRM und Fairplay.[118] Windows Media DRM wird für digitale Filme und Musik verwendet. Der Windows Media Player prüft hier vor dem Abspielen des digitalen Inhalts, ob ein gültiges Mediennutzungsrecht, gemeint ist damit die Lizenz zur Nutzung des Inhalts, erworben wurde. Eine Wiedergabe, eine Synchronisation auf ein tragbares Gerät oder ein Brennen der Datei auf einen optischen materiellen Datenträger (bspw CD, DVD) wird somit nur ermöglicht, wenn eine gültige Nutzungslizenz vorliegt.[119] Die Überprüfung eines gültigen Mediennutzungsrechtes erfolgt aus technischer Sicht, indem im Header der Datei DRM-spezifische Metadaten gespeichert werden. Diese Metadaten ermöglichen eine eindeutige Kennung des digitalen Inhaltes und der Nutzungsrechte daran. Die Überprüfung der Mediennutzungsrechte erfolgt sodann über eine Webseite deren URL ebenso im Header der Datei gespeichert ist.[120] Das OMA-DRM System wird in Mobiltelefonen eingesetzt. Mittels kryptografischer Verfahren können neben Audio- und Videodateien auch Spiele, Fotos, Klingeltöne und Streaming-Media-Dienste geschützt werden.[121] FairPlay ist das von Apple verwendete DRM-System.[122] Um iTunes-Produkte beziehen zu können, muss ein Nutzungs-Account (Apple-ID) erstellt werden.[123] iTunes-Produkte dürfen insgesamt fünfmal auf autorisierte Computer kopiert werden. Die Autorisierung erfolgt über die Apple-ID. Die Übertragung von diesen 5 Konten (autorisierte Computer) auf kompatible Endgeräte (iPhone, iPod, iPad des/derselben NutzerIn) wird nicht limitiert.[124] Während Apple im Musikbereich den DRM-Schutz langsam löst und somit nutzerfreundlich agiert (bei iTunes-Plus-Produkten [Musiktitel und Musikvideos[125]] wird FairPlay nicht

---

[116] <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/trusted-platform-module-TPM.html>.
[117] *Mayrhofer*, Technische Hintergründe für das rechtliche Handeln im Internet, in Mayrhofer/Plöckinger (Hrsg), Aktuelles zum Internetrecht (2006) 1 (10 f).
[118] Vgl <http://de.wikipedia.org/wiki/Digitale_Rechteverwaltung>.
[119] <http://windows.microsoft.com/de-de/windows-vista/windows-media-player-drm-frequently-asked-questions>, auffindbar unter den Punkten: Was sind Mediennutzungsrechte?, Wie verwendet der Player Mediennutzungsrechte?.
[120] <http://msdn.microsoft.com/de-at/library/windows/desktop/dd757564(v=vs.85).aspx>.
[121] <http://technical.openmobilealliance.org/Technical/release_program/drm_v2_0.aspx>.
[122] <http://de.wikipedia.org/wiki/FairPlay>.
[123] <https://appleid.apple.com/de/>.
[124] <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/at/terms.html>, auffindbar unter Punkt B. Nutzungsbedingungen des iTunes Stores, Nutzungsregeln Punkt (ii-iii).
[125] <http://support.apple.com/kb/HT1711?viewlocale=de_DE>.

angewendet),[126] bleibt der Marktriese bei anderen digitalen Inhalten seinem DRM-basierten Vertrieb treu. Dies wird gerade bei eBooks oftmals als störend empfunden,[127] denn Apple iBooks können trotz der Verwendung des offenen EPUB-Standards nur auf den Apple-Geräten iPhone, iPod touch oder iPad gelesen werden.[128] Generell ist der DRM-Schutz im Zusammenhang mit eBooks sehr einschränkend. Aufgrund der unterschiedlichen eBook-Formate gibt es kaum eBook-Reader, die alle Formate unterstützen. Amazon nutzt bspw das eBook-Format AZW, welches nur auf einem Amazon Kindle eReader gelesen werden kann. DRM-Maßnahmen können problematisch werden, wenn eBooks und eReader nicht von dem gleichen Anbieter stammen. Denn auch, wenn das eBook-Format vom eReader unterstützt wird, kann es dennoch passieren, dass sich das eBook nicht öffnen lässt, da der Reader die Verschlüsselung nicht umgehen kann.[129] Bei Software und Videospielen ist die Nutzung generell an einen Produktschlüssel gebunden, sodass der digitale Inhalt nur nach erfolgreicher Autorisierung (Aktivierung durch Eingabe des erworbenen Produktschlüssels) genutzt werden kann. Mit einem Produktschlüssel können unterschiedlich viele Installationen vorgenommen werden, wobei die genaue Anzahl von den Lizenzbedingungen des jeweiligen Anbieters abhängt.[130]

2.10 Die Zukunft des Downloads

Ein gegenwärtiger Trend ist die Nutzung von digitalen Inhalten in der sogenannten „Cloud“. Mit dem Begriff „Cloud“ soll verdeutlicht werden, dass Dienste nach Bedarf aus einer „virtuellen Wolke“ abgerufen werden können. NutzerInnen benötigen somit nur mehr ein Endgerät (zB PC, Laptop) mit entsprechendem Betriebssystem und einer Internetverbindung zur Nutzung von Cloud-Diensten. Computerprogramme, Unterhaltungsmedien (Musik, Filme) und virtueller Speicher (der nach Bedarf erweitert werden kann) können sodann von einem oder mehreren Cloud-Servern bezogen werden.[131] Führende IT-Konzerne wie Apple, Google, Microsoft oder Amazon haben dieses Geschäft schon vor Jahren erkannt und bieten die Nutzung ihrer digitalen Inhalte neben dem „klassischen Download“ auch in der Cloud an. Apple-Gründer *Steve Jobs* propagierte die iCloud, als praktische Alternative, um überall und mit jedem Gerät auf digitale Inhalte zugreifen zu

[126] <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/at/terms.html>, auffindbar unter Punkt B. Nutzungsbedingungen des iTunes Stores, Nutzungsregeln Punkt (vi).
[127] Vgl<http://www.e-book-news.de/requiem-fur-drm-ibooks-kopierschutz-fairplay-erstmals-gehackt/>.
[128] <https://itunes.apple.com/de/app/ibooks/id364709193>.
[129] Vgl <http://www.sparwelt.de/schnaeppchen/ratgeber/e-book-formate-und-nutzungsrechte>.
[130] Vgl <http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=hp_left_sib?ie=UTF8&nodeId=200687220>, zur Frage: Kann ich Inhalte auf mehrere Rechner herunterladen und installieren?.
[131] *Wiesauer/Artmann/Sametinger*, Aus allen Wolken fallen. Risiken des Cloud Computings, lex:itec 2011 H 1, 22 (22).

können, ohne dass es eines lästigen Hin- und Herspeicherns von einem Endgerät zu einem anderen bedarf.[132] Das neueste Attribut der iCloud ist die seit August 2013 verfügbare Cloud-Funktion für Filme. In Österreich sind mit dieser Ergänzung nun alle Dienste von Apple (neben den schon bestehenden Cloud-Funktionen für Musik, Apps und eBooks) über die Cloud verfügbar.[133] Doch nicht nur Apple investiert in dieses Vertriebsmodell. Google hat im Jahr 2012 seine Cloud „Drive" gestartet.[134] Der Internetgigant Amazon ist ebenso führend im Cloud-Geschäft. Aktuell wird am Ausbau des Cloud-Dienstes gearbeitet, wobei hierzu eigens ein Software-Entwicklungszentrum mit dem Schwerpunkt Cloud Computing in Deutschland eingerichtet wird.[135] Microsoft steht diesem Trend nicht nach und bietet bspw mit Office365 die Möglichkeit, Office-Programme online zu mieten, anstatt diese einmalig gegen Entgelt herunterzuladen.[136] Diese exemplarische Aufzählung gegenwärtiger Cloud-Dienste in Österreich verdeutlicht, dass VerbraucherInnen zunehmend mit diesem Geschäftsmodell konfrontiert werden.

Die Cloud fungiert als Umgebung, in der Service Provider ihre Dienste anbieten können. Somit benötigen diese keine eigene Infrastruktur, sondern verwenden die in der Cloud zur Verfügung gestellte Infrastruktur. NutzerInnen beziehen digitale Inhalte somit beim Cloud Computing nicht direkt vom Anbieter, sondern aus der Cloud des Cloud-Betreibers. Die Inhalte werden jedoch vom Service Provider in die Cloud geladen.[137]

Ein Nutzungsmodell, das dem Cloud Computing ähnelt, ist SaaS (Software as a Service).[138] Als Ausgangspunkt für die Definition von SaaS wird ASP (Application Service Providing), als das Vorgängermodell von SaaS, erläutert.[139] Beim ASP stellt der Provider Softwareanwendungen (Applications) über ein Netzwerk, zB das Internet, zur Verfügung. Der/die NutzerIn kann sodann auf die Software zugreifen und diese nutzen, ohne dass eine Installation auf dem Rechensystem des/der NutzerIn erfolgt, da diese auf den Servern des Application Service Providers abläuft. Indirekt wird dadurch auch die Hardware des Providers genutzt, da die Software auf dessen Rechnern läuft.[140] Sowohl bei ASP als auch bei

---

[132] <http://futurezone.at/b2b/cloud-computing-dreikampf-um-die-milliarden/24.567.640/print>.
[133] <http://futurezone.at/produkte/itunes-cloud-fuer-filme-startet-in-oesterreich/24.600.491>.
[134] <http://futurezone.at/produkte/die-wichtigsten-cloudspeicher-im-vergleich/24.579.270>.
[135] <http://futurezone.at/b2b/amazon-eroeffnet-software-entwicklungszentrum/24.595.752>.
[136] <http://futurezone.at/b2b/cloud-computing-dreikampf-um-die-milliarden/24.567.640/print>.
[137] *Hermann*, Cloud Computing. Eine Einführung, lex:itec 2011 H 2-3, 29 (29).
[138] *Staudegger* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 135 (153).
[139] *Manhardt*, Der „Software as a Service"- Vertrag. Vertragsrechtliche Aspekte neuer Formen der Softwareüberlassung (2012) 6.
[140] *Fallenböck/Trappitsch*, Application Service Providing (ASP) – rechtlich betrachtet, MR 2002, 3 (3).

SaaS erfolgt somit keine dauerhafte Speicherung beim/bei der NutzerIn, sondern die Software wird vom Service Provider zur Verfügung gestellt.

Cloud-Systeme können SaaS-Angebote implizieren. Ein Bsp hierfür wäre Google Docs, ein Textverarbeitungsprogramm, das über die Cloud „Google Drive“ angeboten wird.

Bedingt durch die wachsende Präsenz von Cloud Computing-Diensten setzt sich die EK aktuell mit der Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen für Cloud Computing-Dienste auseinander. Durch die Schaffung einheitlicher Regelungen im Urheberrecht (Kommissionsvorschlag für eine RL über die kollektive Rechteverwertung,[141] Grünbuch über audiovisuelle Werke[142]), Datenschutz (Kommissionsvorschlag für eine Datenschutz-Grundverordnung[143]) und Vertragsrecht (Verordnungsvorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht[144]) soll das Vertrauen von NutzerInnen und damit das wirtschaftliche Wachstum von Cloud-Diensten in der EU gefördert werden.[145]

Aufgrund des zunehmenden Angebots von Cloud-Diensten und der Schaffung geeigneter rechtlicher Rahmenbedingungen stellt der Onlineabruf von digitalen Inhalten, neben dem klassischen Download, daher eine zukunftsträchtige Alternative dar.

[141] KOM (2012) 372 endg.
[142] GRÜNBUCH über den Online Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427 endg.
[143] KOM (2012) 11 endg.
[144] KOM (2011) 635 endg.
[145] KOM (2012) 529 endg, 8 ff.

3 Digitale Inhalte in RL 2011/83/EU – Downloadverträge als Verträge sui generis?

3.1 Allgemeine Ausführungen zur RL 2011/83/EU

RL 2011/83/EU ist das Ergebnis einer dreijährigen Verhandlung der EU-Gesetzgeber, die keinesfalls einfach war. Dies zeigt sich an den zahlreichen Änderungsanträgen (rund 2.500!) die in der Verhandlungszeit eingebracht wurden. Mit RL 2011/83/EU werden RL 93/13/EWG[146] und RL 99/44/EG[147] abgeändert und RL 85/577/EWG[148] und RL 97/7/EG[149] aufgehoben. RL 99/44/EG und RL 97/7/EG werden in dieser Arbeit weitere Berücksichtigung finden, da es hierzu in den Vorarbeiten zur RL 2011/83/EU Diskussionen zur Ausweitung des Anwendungsbereiches auf digitale Inhalte gab. Die anderen beiden RL hingegen sind für die Thematisierung der rechtlichen Qualifikation von Downloadverträgen nicht relevant und werden daher nicht weiter behandelt. RL 2011/83/EU soll dazu beitragen, den grenzüberschreitenden Handel zu fördern, indem auf Unionsebene Verbraucherrechte statuiert werden, die, sofern die RL nichts anderes bestimmt, dem Vollharmonisierungsprinzip (Art 4) unterliegen. Dadurch können national keine Regelungen, die über den Mindeststandard der RL hinausgehen, erlassen werden. Im Wesentlichen werden in der RL die allgemeinen Informationspflichten für Verbraucherverträge und die besonderen Informationspflichten für FAV und AGV geregelt (Kapitel II und III). Überdies enthält die RL Bestimmungen über das Widerrufsrecht bei FAV und AGV (Kapitel III) und sonstige Verbraucherrechte (Kapitel IV).

Konkrete Bestimmungen über digitale Inhalte finden sich weder in RL 97/7/EG (die mit RL 2011/83/EU aufgehoben wird), noch in RL 99/44/EG (die mit RL 2011/83/EU abgeändert wird). Diese haben somit als Novum in RL 2011/83/EU Eingang in die rechtliche Behandlung gefunden. Besondere Bestimmungen für digitale Inhalte finden sich in der RL bei den Informationspflichten des/der UnternehmerIn und im Widerrufsrecht. Speziell für digitale Inhalte werden die vorvertraglichen Informationspflichten ausgeweitet. VerbraucherInnen müssen vom/von der UnternehmerIn über die Funktionsweise digitaler Inhalte

[146] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29.
[147] Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten es Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12.
[148] Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 1985/372, 31.
[149] Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl L 1997/144, 19.

und der implementierten DRM-Maßnahmen informiert werden (Art 6 Abs 1 lit r). Des Weiteren sind, falls notwendig, Hinweise zur Interoperabilität (Zusammenarbeit) mit Hard- und Software zu geben, soweit der/die UnternehmerIn darüber Bescheid weiß bzw darüber Bescheid wissen müsste (Art 6 Abs 1 lit s). Neu ist auch das für digitale Inhalte eigens normierte Widerrufsrecht. Es besteht ein 14-tägiges Widerrufsrecht ab Vertragsabschluss für Downloadverträge (Art 9 Abs 2 lit c), soweit mit der Ausführung (dh dem Download) nicht mit ausdrücklicher Zustimmung des/der VerbraucherIn und seiner/ihrer Kenntnisnahme, dass er/sie mit dieser Zustimmung des Widerrufsrechts verlustig wird, begonnen wurde (Art 16 lit m). Art 14 Abs 4 lit b normiert hierzu, dass VerbraucherInnen bei nicht ausdrücklicher Zustimmung (lit i) oder fehlender zur Kenntnisnahme (lit ii) ein Widerrufsrecht haben, wobei keine Rückleistungspflicht besteht. Die erlangte Leistung ist somit bei Ausübung des Widerrufsrechts gratis.

Art 14 Abs 4 lit b iii normiert ferner, dass eine Bestätigung zu übermitteln ist. Wurde lediglich letzteres unterlassen, schlägt *Unger* vor, ein Widerrufsrecht vorzusehen, obwohl die Voraussetzungen für Art 16 lit m und daher der Verlust des Widerrufsrechts gegeben sind, da es sich hierbei wohl um ein Redaktionsversehen handle.[150] *Lurger* stellt den Sinngehalt von Art 14 Abs 4 lit iii auf die Teilleistungen ab, denn Art 16 lit m gilt in diesem Falle nicht. Demzufolge bestünde ein Gratisbezug von digitalen Inhalten nur bei Lieferung einer Teilleistung ohne Übermittlung der Bestätigung.[151]

Überdies sind die Bestimmungen des Kapitels IV anwendbar, soweit es in der Norm angeordnet wird. Dementsprechend gelten Art 19 „Entgelte für Zahlungsmittel“ (UnternehmerInnen dürfen nur die tatsächlich anfallenden Kosten für Zahlungsmittel an den/die VerbraucherIn verrechnen), Art 21 „Telefonische Kommunikation“ (VerbraucherInnen müssen bei telefonischer Kontaktaufnahme mit dem/der UnternehmerIn über dessen/deren Telefonleitung nicht mehr als den Grundtarif zahlen) und Art 22 „Zusätzliche Zahlungen“ (Extrazahlungen sind nur bei ausdrücklicher Zustimmung des/der VerbraucherIn zu leisten) auch für digitale Inhalte.

[150] *Unger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270 (301 f).
[151] *Lurger*, Widerrufsrechte, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 53 (87).

3.2 Die vertragsrechtliche Qualifikation digitaler Inhalte in RL 2011/83/EU

Von der RL werden sämtliche Verträge, die zwischen einem/r UnternehmerIn und einem/r VerbraucherIn geschlossen werden, erfasst (Art 3 Abs 1), also auch Downloadverträge. In Art 2 finden sich Definitionen für den Kauf- und Dienstleistungsvertrag. Ein Kaufvertrag (Art 2 Z 5) liegt vor, wenn ein/e UnternehmerIn gegen Entgelt dem/der VerbraucherIn das Eigentum an Waren überträgt. Als Waren werden bewegliche, körperliche Gegenstände verstanden (Art 2 Z 3). Handelt es sich bei einem Rechtsgeschäft iSd RL nicht um einen Kaufvertrag, liegt gem Art 2 Z 6 ein Dienstleistungsvertrag vor, demzufolge sich der/die UnternehmerIn zur Dienstleistung gegen Entgelt für den/die VerbraucherIn verpflichtet. Für digitale Inhalte findet sich folgende Definition (Art 2 Z 11) in der RL: „*Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden*“.[152] ErwG 19 führt hierzu aus, dass der Begriff „digitale Inhalte“ unabhängig von der Art des Zugriffs zu verstehen ist. Sämtliche Daten, die durch Download, Streaming oder auf einem körperlichen Datenträger erworben werden, fallen somit unter diesen Begriff. An dieser Stelle wird ausdrücklich festgehalten, dass die RL generell für Verträge über digitale Inhalte zur Anwendung kommt. In weiterer Folge wird jedoch für die vertragsrechtliche Qualifikation nach der Art der Bereitstellung differenziert:

> *„Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten sollten in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen. Werden digitale Inhalte auf einem körperlichen Datenträger wie einer CD oder einer DVD bereitgestellt, sollten diese als Waren im Sinne dieser Richtlinie betrachtet werden. Vergleichbar mit Verträgen über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, oder über die Lieferung von Fernwärme, sollten Verträge über digitale Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, für die Zwecke dieser Richtlinie weder als Kaufverträge noch als Dienstleistungsverträge betrachtet werden.“*[153]

Verträge über digitale Inhalte, die auf einem materiellen Datenträger (zB CD, DVD) bereitgestellt werden, fallen unter den Warenbegriff und sind somit als Kaufvertrag zu klassifizieren. Wird kein materieller Datenträger übertragen, so wie es beim Download und Streaming der Fall ist, kommt die RL zur Anwendung, jedoch sind derartige Verträge kein

[152] Art 2 Z 11 RL 2011/83/EU.
[153] ErwGr 19 RL 2011/83/EU.

Kauf- und kein Dienstleistungsvertrag. Da in der RL nur diese beiden Vertragstypen näher definiert werden, bleiben die Fragen offen, um welchen Vertragstyp es sich nun bei Downloadverträgen handeln soll und ob eine derartige Einschränkung der Vertragsklassifizierung Auswirkungen auf das nationale Recht hat.

In der Literatur sind Ausführungen hierzu spärlich gesät. *Unger* führt dbzgl aus, dass es den Mitgliedstaaten, iSd des ErwG 19, freisteht, die Bereitstellung digitaler Inhalte via Download, Streaming oder Cloud Computing als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag oder als einen anderen Vertragstyp zu klassifizieren. Es handelt sich somit nicht um eine Einschränkung der Vertragstypen. Damit soll der unterschiedlichen rechtlichen Behandlung von Downloadverträgen in den Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden.[154] *Lurger* vertritt ebenso die Meinung, dass die in ErwG 19 vorgenommene Beschränkung der Vertragstypen keinen Einfluss auf die nationale vertragsrechtliche Qualifikation von Downloadverträgen hat.[155] Der in ErwG 19 normierte Ausschluss vom Kauf- oder Dienstleistungsvertrag gründet, ihr zufolge, in der Sonderbehandlung von Downloadverträgen hinsichtlich der in der RL normierten Informationspflichten und des Widerrufsrechts und hat keine weitreichendere Bedeutung.[156] *Grundmann* erachtet den Zweck der Aufnahme digitaler Inhalte in der Schaffung eines sinnvollen Vertragsrechtsregimes für diese (durch die Gleichbehandlung von digitalen Inhalten hinsichtlich der Informationspflichten, unabhängig von der Bereitstellung auf einem Datenträger). Die umstrittene vertragsrechtliche Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte werde in der RL offen gelassen.[157] *Wendehorst* hingegen steht der Einschränkung der vertragsrechtlichen Qualifikation in ErwG 19 kritisch gegenüber. Der in der RL vorgenommene Ausschluss vom Waren- und Dienstleistungsbegriff stellt ihrer Meinung nach die Möglichkeit nationaler Typisierung als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag zukünftig insoweit in Frage, als der Unionsgesetzgeber womöglich *„eine authentische Interpretation der Begriffe «Ware» und «Dienstleistung» vorgenommen haben könnte“*.[158] *Cap* erachtet die besondere Behandlung von Downloadverträgen in der RL und die Ausführungen des ErwG 19 als eine Kategorisierung als „Vertrag

[154] *Unger*, ZEuP 2012, 270 (300).
[155] *Lurger* in Bydlinski/Lurger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, 53 (62).
[156] *Cap*, Diskussionsbericht, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 21 (23).
[157] *Grundmann*, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie. Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013/2, 53 (60).
[158] *Wendehorst*, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, in FS Griss (2011) 717 (725 f).

sui generis“. Sie äußert sich jedoch nicht dazu, ob dadurch eine Typisierung als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag im nationalen Recht unterbunden wird.[159]

Aus den differierenden Lehrmeinungen lässt sich keine eindeutige Aussage über den Sinn bzw die vertragsrechtlichen Folgen des ErwG 19 für das österreichische Recht machen. Im folgenden Kapitel wird daher die Entstehungsphase der RL 2011/83/EU näher beleuchtet, um einen Hinweis auf die Auslegung der in ErwG 19 vorgenommenen Aussagen zu finden. Überdies wird die Bezugnahme auf digitale Inhalte an sich hervorgehoben, da derartige Bemerkungen womöglich helfen, die Intention der vertragsrechtlichen Typisierung des ErwG 19 zu verstehen.

RL 2011/83/EU wurde im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gem Art 294 AEUV erlassen. Demzufolge unterbreitet die EK den Gesetzgebungsvorschlag und übermittelt diesen an den Rat der Europäischen Union[160] und das Europäische Parlament[161]. Das EP legt in erster Lesung seinen Standpunkt fest und übermittelt diesen an den Rat. Falls der Rat den Standpunkt des EP billigt, ist das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen und der betreffende Rechtsakt erlassen, ansonsten kommt es zu einer Rücküberweisung des Rechtsaktes an das EP und einer zweiten Lesung.

RL 2011/83/EU wurde bereits in 1. Lesung beschlossen. Ermöglicht wurde dies durch eine enge Zusammenarbeit zwischen Rat, EP und EK im Rahmen geführter Triloge außerhalb des formalen Gesetzgebungsverfahrens.[162] Durch diese informellen Treffen, die im Einklang mit Art 294 AEUV stehen,[163] konnte nach drei Jahren eine Einigung erzielt werden.

[159] *Cap*, Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 1 (16 f) ebenso *Cap* in Bydlinski/Lurger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, 21 (22).
[160] In den nachfolgenden Ausführungen: Rat.
[161] In den nachfolgenden Ausführungen: EP.
[162] Rat 11984/11, 2.
[163] ABl C 2007/145, 5.

3.3 Die Bezugnahme auf digitale Inhalte in der Entstehungsphase der RL 2011/83/EU

3.3.1 Arbeiten der Kommission in Hinblick auf die Entstehung des Kommissionsvorschlages

Im Zuge der Ausarbeitung des Richtlinienentwurfes[164] wurden Anhörungsverfahren durchgeführt. Diese werden im Folgenden mit Fokus auf die Erwähnung digitaler Inhalte näher behandelt.

3.3.1.1 Anhörungsverfahren der Kommission

Im Rahmen des Anhörungsverfahrens der EK wurde am 08.02.2007 das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vorgelegt.[165] Im Grünbuch finden sich erste Überprüfungsergebnisse und ausgewählte Fragen zu möglichen Regelungsoptionen. InteressentInnen hatten etwas mehr als drei Monate Zeit, sich zu den Sachfragen zu äußern. Als eine der zentralen Sachfragen behandelte die EK die neuen Entwicklungen am Markt und wies auf die zunehmende Bedeutung *„der Digitaltechnik und der digitalen Dienstleistungen (z.B. Musik-Download)"*[166] hin. An dieser Stelle wurde auch schon die Problematik aufgezeigt, dass, im Gegensatz zum Kauf materieller Güter, über die erworbenen Rechte beim Erwerb digitaler Inhalte oftmals Unklarheiten bestehen.[167] Explizit erwähnt wurde auch, dass UnternehmerInnen durch Lizenz- und Nutzungsvereinbarungen jegliche Haftung für Mängel oder Vertragswidrigkeiten ausschließen könnten, da *„Computersoftware und elektronische Daten"*[168] nicht von RL 99/44/EG erfasst werden. Im Rahmen der Konsultation fand sich dahingehend die Frage, ob die Anwendbarkeit der RL 99/44/EG auf digitale Inhalte ausgeweitet werden soll. Als Überlegungsgründe für eine Ausweitung der Anwendbarkeit nannte die EK wiederum den ansteigenden „Verbrauch" digitaler Inhalte und damit verbundene Haftungs- und Garantiefragen und führte hierzu aus, dass bereits mehrere Verbraucherbeschwerden zB im Zusammenhang mit Musikdownloads aus dem Internet oder Downloads von Software oder digitalen Inhalten auf Handys erhoben wurden. Die EK hielt jedoch fest, dass eine Ausweitung der Anwendbarkeit der RL 99/44/EG in Hinblick auf digitale Inhalte spezifischer Bestimmungen bedarf, da ein/e VerbraucherIn in der Regel eine Lizenz erwirbt und nicht die Software

[164] In den nachfolgenden Ausführungen: RL-E.
[165] GRÜNBUCH zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 endg.
[166] GRÜNBUCH, KOM (2006) 744 endg, 6.
[167] GRÜNBUCH, KOM (2006) 744 endg, 6.
[168] GRÜNBUCH, KOM (2006) 744 endg, 7.

selbst.[169] Aus den Ergebnissen der Befragung ging hervor, dass sich VertreterInnen aus dem Wirtschaftssektor (wobei hierbei Anbieter digitaler Inhalte maßgeblich beteiligt waren) überwiegend (59 %) gegen eine Ausweitung aussprachen. Begründet wurde diese abweisende Haltung ua mit der Problematik der Kompatibilität von Software mit Hardware, sodass bei Fehlfunktionen nicht automatisch auf die mangelhafte Qualität der Software geschlossen werden kann.[170] Des Weiteren wurde vorgebracht, dass nicht die Software an sich, sondern Softwarelizenzen erworben werden und eine Klassifikation als Verbrauchsgut daher nicht passend erscheine.[171] Abseits der überwiegend negativen Haltung der Wirtschaftsverbände wurde eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von den restlichen an der Befragung teilnehmenden AkteurInnen (öffentliche Behörden, Verbraucherverbände, JuristInnen, AkademikerInnen und andere TeilnehmerInnen) begrüßt. Insgesamt sprachen sich 11 % der Befragten konkret für eine Ausweitung der RL auf digitale Inhalte aus und 50 % favorisierten eine Ausweitung auf andere Vertragstypen, unter die in der Umfrage auch Verträge über digitale Inhalte fielen.[172] Zahlreiche öffentliche Behörden und Verbraucherverbände gaben jedoch zu bedenken, dass eine bloße Ausweitung des Anwendungsbereichs der RL auf digitale Inhalte nicht ausreiche. Überdies könnte es erforderlich sein, dass bestehende Rechtsinstrumente angepasst werden müssen (explizite RL/VO wurden nicht genannt) oder spezifische neue Regelwerke geschaffen werden sollen.[173] Ebenso findet sich in der Stellungnahme des EWSA zum Grünbuch der Hinweis, dass eine „*Anwendung der Grundsätze des Besitzstandes auf das schnell wachsende und kaum regulierte digitale Umfeld*“ befürwortet wird.[174]

Im Rahmen des Anhörungsverfahrens veröffentlichte die EK überdies ein Anhörungspapier zur RL 97/7/EG.[175] InteressentInnen hatten wiederum die Möglichkeit, zu ausgewählten Fragen in Bezug auf RL 97/7/EG ihre Meinung kundzutun. Im Zusammenhang mit den in Art 3 RL 97/7/EG normierten Ausnahmen vom Anwendungsbereich, wurde gefragt ob diese in Hinblick auf neue Marktentwicklungen, zB Musikdownloads, und neue Technolo-

[169] GRÜNBUCH, KOM (2006) 744 endg, 27.
[170] GHK/CIVIC/BUREAU VAN DIJK, Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis. Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium, 90 f <http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf>.
[171] GHK/CIVIC/BUREAU VAN DIJK, Preparatory Work, 92.
[172] GHK/CIVIC/BUREAU VAN DIJK, Preparatory Work, 29.
[173] GHK/CIVIC/BUREAU VAN DIJK, Preparatory Work, 92.
[174] St (EWSA) ABl C 2007/256, 27 (Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz).
[175] EK, Working document of the commission, Responses to the consultation on distance selling directive 97/7/EC contained in communication 2006/514/EC, <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/dist_sell/sum_responses_consultations_en.pdf>.

gien (als Bsp wurde hier M-Commerce genannt) geändert, erweitert oder aufgehoben werden sollten. Zusammengefasst kann aus den Ergebnissen der Umfrage herausgelesen werden, dass Wirtschaftsverbände einer Ausweitung der Anwendbarkeit der RL kritisch gegenüberstanden, während Konsumentenverbände dies grundsätzlich begrüßten. Für den Bereich des M-Commerce wurde von mehreren Wirtschaftsverbänden eine Ausnahmeregelung gefordert. Als Argumente wurden der geringe Transaktionswert (gemeint ist damit wohl der meist geringe wirtschaftliche Wert von Apps und Musik) und die Tatsache der leichten Kopierbarkeit digitaler Inhalte genannt. Von einem Mitgliedstaat und einer Körperschaft des öffentlichen Rechts kam die Forderung zur Anpassung der Informationspflichten in Bezug auf neue Technologien (hierbei ging es um die Problematik der geringen Darstellungsfläche vor allem bei Handy-Displays).[176] Neben Bedenken zur Einhaltung der Informationspflichten in Art 4 RL 97/7/EG, galt dem in Art 6 RL 97/7/EG normierten Widerrufsrecht ein besonderes Interesse. Eine Ausweitung der Anwendbarkeit des Widerrufsrechts für digitale Inhalte würde nämlich zu einem gesetzlichen Rücktrittsrecht führen. In Bezug auf eine Anwendbarkeit des Rücktrittsrechts forderten beide Interessensvertretungen eine klare Regelung, wobei sich Konsumentenverbände generell für eine Anwendung aussprachen und Wirtschaftsverbände dies strikt ablehnten.[177]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass digitale Inhalte von Beginn an in die Diskussion eingebunden waren. Im Grünbuch findet sich der Hinweis, dass digitale Dienstleistungen ua Musikdownloads sind. Dies könnte mE eine Andeutung für die Qualifizierung von digitalen Inhalten als Dienstleistungsvertrag sein. Überdies wurde im Grünbuch ausgeführt, dass mit digitalen Inhalten eine Lizenz und nicht die Sache selbst erworben wird und es somit für eine Aufnahme digitaler Inhalte in RL 99/44/EG Sonderregelungen bedürfe. Eine Klassifizierung von digitalen Inhalten als „Verbrauchsgut“ hatte die EK somit wohl nicht im Sinn. Vielmehr räumte sie im Grünbuch digitalen Inhalten ein Art Sonderstellung ein, da eine Anwendbarkeit der RL 99/44/EG thematisiert wurde, jedoch nicht in Hinblick auf die Klassifizierung von digitalen Inhalten als „körperliche Gegenstände“. Ebenso auffallend ist die negative Haltung von Wirtschaftsverbänden, digitale Inhalte als Verbrauchsgut iSd RL 99/44/EG zu betrachten, wobei dieser Vorschlag bei den restlichen TeilnehmerInnen auf Zustimmung stieß. In Hinblick auf eine mögliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der RL 97/7/EG fand sich kein Hinweis zur vertragsrechtlichen Qualifikation. Auffällig war hier die gesonderte Bedachtnahme auf die Technologie des M-

[176] EK, Working document 2006/514/EC, 3 f.
[177] EK, Working document 2006/514/EC, 10.

Commerce, die va Wirtschaftsverbänden in Hinblick auf eine Stärkung der Verbraucherrechte Sorge bereitete. Aus den Ausführungen der Vorarbeiten wird jedenfalls ersichtlich, dass generell ein Regelungsbedarf in Bezug auf digitale Inhalte gesehen wurde, wobei die rechtliche Behandlung auf Unstimmigkeiten stieß, da sich wohl zwei Lager gebildet hatten: Jenes der Wirtschaftsverbände, die anscheinend den Status quo favorisierten und jenes der Verbraucherverbände, die eine Ausweitung des Verbraucherschutzes auf digitale Inhalte begrüßten.

3.3.1.2 Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher[178]

Als Resultat der Überprüfung *„des gemeinsamen Besitzstandes im Verbraucherrecht"*[179] wurde schlussendlich am 08.10.2008 der RL-E veröffentlicht. Durch den Vorschlag sollten vier RL[180] zu einer einzigen RL zusammengefasst werden. Die primäre Intention dieses Vorschlages war es, einheitliche Regelungen für alle Mitgliedstaaten einzuführen, um den grenzüberschreitenden Handel mit Waren und Dienstleistungen zu fördern. Um diesem Ziel gerecht werden zu können, beruhte der RL-E auf dem Prinzip der Vollharmonisierung.[181] Der Vorschlag gliederte sich in sieben Kapitel, wobei sich in Kapitel I Begriffsdefinitionen fanden und in Kapitel II und III Informationspflichten für UnternehmerInnen. In Kapitel III wurde auch das Widerrufsrecht geregelt. In Kapitel IV wurde RL 99/44/EG eingeflochten, daher wurde in diesem Kapitel das Gewährleistungsrecht geregelt. Überdies fanden sich Bestimmungen über den Risikoübergang bei Warenlieferungen und Schadenersatz bei Vertragswidrigkeit. Kapitel IV sollte nur auf Kaufverträge Anwendung finden. Das Kapitel V enthielt Bestimmungen über missbräuchliche Vertragsklauseln.[182] Kapitel VI enthielt allgemeine Vorschriften und in Kapitel VII folgten die Schlussbestimmungen. Explizite Regelungen für digitale Inhalte fanden sich im RL-E nicht. In der Begründung des RL-E fand sich lediglich ein Hinweis der wachsenden Bedeutung des Internethandels im In- und Ausland (dies wurde nochmals in ErwG 5[183] erwähnt).[184] In Bezug auf FAV wurde in ErwG 12[185] ausgeführt, dass unter diesem Begriff sämtliche Kauf- und Dienstleistungsverträge unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmittel (zB Internet) zu sub-

[178] KOM (2008) 614 endg.
[179] KOM (2008) 614 endg, 2.
[180] RL 85/577/EWG, RL 93/13/EWG, RL 97/7/EG und RL 1999/44/EG.
[181] KOM (2008) 614 endg, 6 f.
[182] KOM (2008) 614 endg, 10.
[183] KOM (2008) 614 endg, 13.
[184] KOM (2008) 614 endg, 7.
[185] KOM (2008) 614 endg, 14.

sumieren seien. Interessant sind die Ausführungen in ErwG 34: *„Bei Fernabsatzverträgen über die Erbringung von Dienstleistungen, deren Erfüllung bereits während der Widerrufsfrist beginnt (z. B. Datensätze, die der Verbraucher in dieser Zeit herunterlädt), wäre es ebenfalls unbillig, wenn der Verbraucher den Vertrag widerrufen dürfte“*.[186] Zur Komplettierung des Satzes wird angemerkt, dass ein Widerrufsrecht dann ausgeschlossen werden sollte, wenn ein/e VerbraucherIn der Erfüllung des Vertrages unter Verzicht auf sein/ihr Rücktrittsrecht ausdrücklich zustimmt. Abseits dieser Ausführungen fand sich keine gesonderte Erwähnung digitaler Inhalte in den ErwG. Die Begriffsbestimmungen in Art 2 enthielten eine Definition des Kaufvertrages (Z 3) und des Dienstleistungsvertrages (Z 5), eine Definition des Begriffes digitaler Inhalte fehlte. Als Kaufvertrag wurde jeder Vertrag, dem ein Warenkauf zugrunde lag, verstanden. Ein Dienstleistungsvertrag lag vor, wenn es sich nicht um einen Kaufvertrag handelte und eine Dienstleistung zu erbringen war. Waren wurden iSd RL-E als bewegliche, körperliche Gegenstände definiert. Unter den normierten Ausnahmen vom Warenbegriff wurden digitale Inhalte nicht erwähnt.[187]

Auffallend ist, dass digitale Inhalte, trotz der gesonderten Behandlung in den Vorarbeiten, im RL-E kaum berücksichtigt wurden. Eine Erwähnung ist im RL-E lediglich in ErwG 34 zu finden. Hier wird von Datensätzen gesprochen. Im technischen Teil dieser Arbeit wurde bereits erörtert, dass Datenpakete heruntergeladen werden, sodass der Begriff Datensatz aus technischer Sicht an dieser Stelle nicht als Synonym verwendet werden kann. In der englischen Fassung findet sich aber die korrekte Definition „data files“, also Dateien. Diese Ausführung ist aber mE nicht restriktiv auszulegen, sodass nicht nur der Download von Dateien an sich (ohne Bedachtnahme auf Computerprogramme) gemeint ist, da bereits im Grünbuch (siehe Kapitel 3.3.1.1) von Computersoftware und Daten gesprochen wurde. Eine unterschiedliche Behandlung von digitalen Inhalten wurde im Zusammenhang mit dem Rücktrittsrecht nur für digitale Inhalte im Bereich des M-Commerce thematisiert. Dies spricht mE dafür, dass mit der Formulierung des ErwG 34 generell auf alle digitalen Inhalte Bedacht genommen wurde. Interessant ist hier nun die Qualifizierung als Dienstleistung. Eine derartige Ausführung fand sich bereits im Grünbuch. Gerade in Bezug auf das Rücktrittsrecht bei Verträgen über digitale Inhalte wurde in den Vorarbeiten zur RL (explizit im Anhörungspapier zur RL 97/7/EG[188]) eine ausdrückliche Regelung gefordert. Womöglich wurde damit versucht, diesem Wunsch zumindest in einem ErwG nachzukommen, wobei

[186] KOM (2008) 614 endg, 17 f.
[187] KOM (2008) 614 endg, 23.
[188] EK, Working document 2006/514/EC.

dies wohl nicht als ausdrückliche Regelung gesehen werden kann. Die Anwendbarkeit des RL-E auf Verträge über digitale Inhalte zwischen einem/r VerbraucherIn und einem/r UnternehmerIn war mE aufgrund der Ausführungen in ErwG 34 gegeben. Vertragsrechtlich müssten derartige Verträge somit als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag qualifiziert werden, da der RL-E gem Art 3 Abs 1[189] diese Vertragstypen umfasste, wobei mE aufgrund der oben ausgeführten Schilderungen die Qualifikation als Dienstleistungsvertrag angedacht war.

In der Literatur findet man zur vertragsrechtlichen Qualifikation von Downloadverträgen im RL-E nur vereinzelt Hinweise. *Docekal* vertrat die Meinung, dass ein Software-Lizenzvertrag als Dienstleistungsvertrag iSd RL-E zu qualifizieren wäre.[190] *Unger* bejahte die Anwendbarkeit des RL-E auf Computersoftware und Dateien und ging noch weiter, indem er ausführte, dass bei Bereitstellung auf einem körperlichen Datenträger ein Kaufvertrag zustande käme und bei einer anderen Art der Bereitstellung, wie Download oder Streaming, ein Dienstleistungsvertrag geschlossen würde. Nähere Erläuterungen, zur Differenzierung zwischen Kauf- und Dienstleistungsvertrag aufgrund der Bestimmungen im RL-E fanden sich im Beitrag nicht.[191] Im RL-E selbst wurde diese Abgrenzung nicht ausdrücklich vorgenommen. *Schulte-Nölke* vertrat hierzu eine andere Ansicht. Er führte in seinem Informationsgutachten für den IMCO-Ausschuss aus, dass Downloadverträge nicht Regelungsgegenstand des RL-E sein sollten.[192]

3.3.1.3 Ergänzungen und weitere Dokumente der Kommission

In der Zusammenfassung der Folgenabschätzung (diese wurde gemeinsam mit dem RL-E an den Rat und das EP übermittelt) wurden nochmals alle durchgeführten Anhörungsverfahren aufgelistet. In diesem Dokument wurde überdies hervorgehoben, dass UnternehmerInnen wegen der unterschiedlichen Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten der Verkauf ins Ausland erschwert wird. Aufgrund des in Art 6 Abs 2 VO (EG) 593/2008[193] statuierten Mindestschutzniveaus für Verbraucherverträge darf das Recht des Verbraucherstaates nämlich nicht durch Vereinbarung unterschritten werden. Gelöst sollte dieses Problem durch eine gemeinsame Rechtsgrundlage auf EU-Ebene werden. Daher wurde der RL-E

[189] KOM (2008) 614 endg, 25.
[190] *Docekal*, Der Richtlinienentwurf Verbraucherrechte – Reparatur notwendig!, in Reiffenstein/Blaschek (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch (2009) 57 (65).
[191] *Unger*, ZEuP 2012, 270 (299).
[192] PE 447.502, *Schulte-Nölke*, Ad-hoc-Informationspapier zur vorgeschlagenen Verbraucherrechtsrichlinie: Kapitel I - Begriffsbestimmungen, 19.
[193] Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6.

von der EK vorgeschlagen. Eine gesonderte Bezugnahme auf den digitalen Markt fand sich in der Zusammenfassung jedoch nicht.[194]

In der Presseverlautbarung wurde darauf hingewiesen, dass mit dem RL-E eine Anpassung der Rechtsvorschriften auf neue technische Entwicklungen (zB M-Commerce) vorgenommen wurde.[195] Gemeint war damit wohl die Beschränkung der Informationspflichten für Telekommunikationsmittel mit begrenzter Anzeigefläche im RL-E (Art 11 Abs 3).[196] Erwähnt wurde auch, dass sämtliche Verträge zwischen VerbraucherInnen und UnternehmerInnen abgedeckt würden, wobei der RL-E Kauf- und Dienstleistungsverträge umfasste.[197] Dies untermauert mE die These, dass der RL-E Verträge über digitale Inhalte jedenfalls als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag qualifizierte und keine andere Vertragsform angedacht war, wobei, wie bereits erwähnt wurde, aufgrund der Ausführungen in den Vorarbeiten und in ErwG 34 eine Qualifikation des Downloadvertrages als Dienstleistungsvertrag naheliegend war.

Es wurde eine weitere Zusammenfassung der Folgenabschätzung zum RL-E an Rat und EP übermittelt. Zu digitalen Inhalten (in der Zusammenfassung fanden sich hierzu die Begriffe Software und Daten) wurde ausgeführt, dass gesonderte Regelungen aufgrund eines Informationsmangels (aus den Konsultationen zum Grünbuch ging hervor, dass vor einer gesetzlichen Regelung weitere Informationen gesammelt werden müssten) zu diesem Zeitpunkt nicht in der Folgenabschätzung berücksichtigt werden konnten.[198]

Unter jenen Unterlagen, die an Rat und EP übermittelt wurden, befand sich ein weiteres umfangreiches Arbeitsdokument. In diesem Dokument wurden zahlreiche rechtliche Problemfelder in Bezug auf Verbraucherverträge behandelt. Die Technologie des M-Commerce wurde erneut in Hinblick auf die Problematik der Informationsdarstellung (aufgrund der kleinen Displays) erwähnt.[199] Überdies fand sich wiederum der gesonderte Hinweis, dass Wirtschaftsverbände einen Ausschluss des Widerrufsrechts der Dienstleistungen, die über M-Commerce bezogen werden, forderten.[200] Downloads, die über das Handy bezogen werden, waren somit in Bezug auf das Widerrufsrecht ein Diskussionsthema.

[194] AP (EK) SEK (2008) 2545 (Richtlinie über die Rechte der Verbraucher).
[195] IP/08/1474.
[196] KOM (2008) 614 endg, 29.
[197] IP/08/1474.
[198] AP (EK) SEK (2008) 2544, 22 (Richtlinie über die Rechte der Verbraucher).
[199] AP (EK) SEK (2008) 2547, 170 (Richtlinie über die Rechte der Verbraucher).
[200] AP (EK) SEK (2008) 2547, 172.

3.3.2 Stellungnahmen

Der AdR und der EWSA gaben ihre Stellungnahmen zum RL-E ab. Während die Stellungnahme des EWSA auf Beschluss des Rates erfolgte, wurde die Stellungnahme des AdR in Eigeninitiative abgegeben.[201]

3.3.2.1 Stellungnahme des AdR

In der Stellungnahme des AdR wurden digitale Inhalte nicht thematisiert. Es wurde lediglich darauf hingewiesen, dass der Regelungsinhalt in Bezug auf FAV noch weiterer Erläuterung und Anpassung bedürfe. Überdies wurde ausdrücklich festgehalten, dass im Zuge weiterer Verhandlungen sowohl auf ein hohes Verbraucherschutzniveau als auch auf die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen zu achten wäre. Gesondert Bedacht genommen wurde auch auf die Verbraucherinformationen, bei deren Gestaltung in den Verhandlungen ein Augenmerk auf Verständlichkeit und Einfachheit gelegt werden sollte. Diese eher allgemeinen Ausführungen konnten zwar in den folgenden Verhandlungen auch für digitale Inhalte von Relevanz sein (man bedenke den in den Vorarbeiten geschilderten Interessenskonflikt zwischen Verbraucher- und Unternehmervertretungen in Bezug auf digitale Inhalte), der Ausschuss der Regionen sah jedoch offensichtlich keinen gesonderten Regelungsbedarf für digitale Inhalte.[202]

3.3.2.2 Stellungnahme des EWSA

Die Stellungnahme des EWSA enthielt einige Verbesserungsvorschläge zum RL-E. Es wurde ua empfohlen, von einer vollständigen Harmonisierung abzugehen. Definitionen sollten verbessert und besser koordiniert werden, wobei hier keine gesonderte Bezugnahme auf digitale Inhalte zu finden war. Generell fand sich in der Stellungnahme kein Hinweis auf eine vertragsrechtliche Behandlung digitaler Inhalte oder überhaupt eine Erwähnung dieser.[203]

3.3.3 Erörterungen im Rat der europäischen Union

Der RL-E wurde erstmals unter französischem (2. Halbjahr 2008) und tschechischem (1. Halbjahr 2009) Vorsitz in der Ratsarbeitsgruppe „Verbraucherschutz und -information“ behandelt.[204] In der Ratstagung „Wettbewerbsfähigkeit“ am 28.05.2009 wurde ein Fortschrittsbericht über die Arbeiten zum RL-E präsentiert.[205] In diesem Fortschrittsbericht

[201] Rat 16121/09, 2 f.
[202] St (AdR) ABl C 2009/200, 76 (Rechte der Verbraucher).
[203] St (EWSA) ABl C 2009/317, 54 (Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher).
[204] Rat 16121/09, 3.
[205] Rat 10058/09, 4.

wurden digitale Inhalte nicht thematisiert, es fanden sich aber Hinweise auf weitere Dokumente zu den Vorarbeiten.[206] Zum einen handelte es sich hierbei um einen Vermerk des Generalsekretariats an die Ratsarbeitsgruppe (vom 19.03.2009), der Änderungsvorschläge für die Kapitel I bis III des RL-E enthielt. Downloadverträge wurden in diesen Änderungsvorschlägen nicht konkret behandelt. Es wurde nur in Bezug auf das Rücktrittsrecht die Ausnahmeregelung für Datensätze, die während der Widerrufsfrist heruntergeladen werden (ErwG 33b), aus dem RL-E übernommen.[207] Zum anderen wurde auf ein Diskussionspapier (vom 13.05.2009) des Vorsitzes (Tschechien), in dem bestimmte Aspekte erläutert wurden, die in der Ratsarbeitsgruppe weiter behandelt werden sollten, hingewiesen. Es fanden sich wiederum keine Ausführungen zu digitalen Inhalten. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs wurde gefordert, dass die RL für alle Vertragstypen gelten sollte und nicht ausschließlich für Kauf- und Dienstleistungsverträge, wobei die Bestimmungen des Kapitels IV (Risikoübergang, Gewährleistung, Schadenersatz) nur für Kaufverträge anwendbar sein sollten.[208] In diesem Zusammenhang wurde auch vorgeschlagen, in der RL generell von einem sog „Konsumentenvertrag“ zu sprechen, der als entgeltlicher Vertrag zwischen einem/r UnternehmerIn und einem/r KonsumentIn definiert werden sollte.[209] Am 18.06.2009 wurde der RL-E aufgrund eines Vermerkes des Vorsitzes (Tschechien) im AStV behandelt, wobei der Fokus auf allgemeinen Problemfeldern, wie etwa dem Harmonisierungsgrad, dem Anwendungsbereich (hier wurden konkrete Verträge genannt, die einer Sonderbehandlung bedürfen, Downloadverträge waren aber nicht darunter) und der Informationspflichten lag.[210] Es wurde wiederum an keiner Stelle Bezug auf digitale Inhalte genommen. Basierend auf diesen Vorarbeiten wurden vom Vorsitz Fragen ausgearbeitet, die in der Ratstagung am 03. und 04.12.2009 behandelt werden sollten. Am 25.11.2009 wurden die zu erörternden Fragen vom AStV an den Rat übermittelt.[211] Downloadverträge wurden, so wie es auch in den Vorarbeiten der Fall war, nicht erwähnt. Es wurde lediglich betont, dass im Zusammenhang mit FAV spezifische Vorschriften für die Informationspflichten und das Widerrufsrecht notwendig seien.[212] In den folgenden Ratstagungen verhielt es sich mit der Präsenz von digitalen Inhalten in Protokollen ähnlich wie in den Vorarbeiten. Es fanden sich vor allem zu Beginn der Verhandlungen keinerlei Erwähnungen.

[206] Rat 10163/09, 4, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[207] Rat 7775/09, 13, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[208] Rat 9833/09, 6, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[209] Rat 9833/09, 10.
[210] Rat 11158/09, 4 ff, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[211] Rat 16121/09, 1.
[212] Rat 16121/09, 5.

Im Folgenden werden die Tagungen dennoch kurz erläutert, um die chronologische Abhandlung des RL-E beizubehalten. In der Tagung „Wettbewerbsfähigkeit" des europäischen Rates am 03. und 04.12.2009 wurde der RL-E, unter dem Vorsitz Schwedens, thematisiert. Im Tagungsprotokoll wurde hierzu festgehalten, dass sich der Rat auf vier Fragen (die der Vorsitz ausgearbeitet hatte) konzentrierte, nämlich den Anwendungsbereich der FAV und AGV, das Widerrufsrecht, Kaufverträge und damit verbundene Verbraucherrechte und die Unanwendbarkeit der RL für bestimmte Verträge. Die in dieser Orientierungsaussprache erzielten Ergebnisse bildeten die Grundlage für die weitere Prüfung des Vorschlags in den Vorbereitungsgremien des Rates.[213] Am 25. und 26.05.2010 wurde der RL-E erneut, unter spanischem Vorsitz, in der Ratstagung „Wettbewerbsfähigkeit" erläutert. Die zu behandelnden Fragen konzentrierten sich auf den Grad der Harmonisierung der Vorschriften.[214] Der weitgehende Vollharmonisierungsansatz rief Skepsis bei den Mitgliedstaaten und Verbraucherorganisationen hervor. Konkret wurde befürchtet, dass dies zu einer Absenkung des Verbraucherschutzniveaus in den Mitgliedstaaten führen könnte, die bis dato eher großzügige Verbraucherschutzvorschriften in Geltung haben.[215] In der Ratstagung „Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz" am 07.06.2010 (unter spanischem Vorsitz) fand sich im Protokoll der Hinweis, dass die deutsche Delegation eine Button-Lösung zur Eindämmung von Kostenfallen im Internet vorgeschlagen hatte, die gerade beim Anbot digitaler Inhalte von dubiosen UnternehmerInnen auftreten. Dadurch sollten KonsumentInnen vor Vertragsabschluss über etwaige Kosten informiert werden. Weitere Ausführungen wurden in Bezug auf digitale Inhalte jedoch nicht gemacht.[216] Ein weiteres Mal wurde der RL-E, unter ungarischem Vorsitz, am 24.01.2011 in der Ratstagung „Landwirtschaft und Fischerei" behandelt.[217] In dieser Tagung wurde ein Kompromisstext[218] zum RL-E mit qualifizierter Mehrheit vom Rat angenommen und somit zur Verhandlung mit dem EP freigegeben.[219] Die Ausarbeitung des Kompromisstextes erfolgte unter französischem, tschechischem, schwedischem und belgischem Vorsitz. Der AStV unterstützte den Vorschlag mit qualifizierter Mehrheit.[220]

[213] Rat 17038/09, 7.
[214] ADD 10410/10, 3.
[215] Rat 9480/10, 5.
[216] Rat 10856/10, 15; Rat 10604/10, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[217] Rat 5415/11.
[218] Rat 16933/10.
[219] ADD 5708/11, 3.
[220] Rat 16933/10, 2.

3.3.3.1 Kompromisstext zum Kommissionsvorschlag

Der in der Ratstagung am 24.01.2011 präsentierte Kompromisstext enthielt eine Reihe von Änderungen, die im Folgenden in Bezug auf digitale Inhalte näher behandelt werden. Auffallend ist zu Beginn, dass der Kompromisstext nur mehr zwei RL, konkret RL 85/577/EWG und RL 97/7/EG, umfassen sollte (ErwG 1 und 2).[221] Digitale Inhalte (als Bsp wurden Computerprogramme, Spiele und Musik genannt) hatten in ErwG 10d Einzug gefunden und wurden darin ausdrücklich vom Warenbegriff iSd Kompromisstextes ausgenommen, wenn sie durch Herunterladen bezogen werden, weil sie in diesem Fall nicht als körperlicher Gegenstand zu werten wären. Erfolgt die Übertragung digitaler Inhalte über einen Datenträger, so fielen diese sehr wohl unter den Warenbegriff. Zur vertragsrechtlichen Qualifikation fand sich lediglich der Hinweis, dass Verträge über digitale Inhalte, die durch Herunterladen aus dem Internet von einer/m VerbraucherIn bezogen werden, *„für die Zwecke dieser Richtlinie als Vertrag gelten, der in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fällt"*[222]. Welche Art von Vertrag dies nun sein sollte, wurde an dieser Stelle nicht erwähnt. Des Weiteren wurde das Widerrufsrecht für digitale Inhalte ausgeschlossen und angemerkt, dass die EK überprüfen sollte, ob weitere Regelungen hierfür notwendig seien.[223] In Art 2 fanden sich Begriffsbestimmungen, wobei der Bezug digitaler Inhalte via Download iSd Kompromisstextes nicht als Kaufvertrag (gem Art 2 Z 3) zu qualifizieren war, da dieser laut Legaldefinition ein Eigentumsrecht an „Waren" verschaffte.[224] Die Anwendbarkeit des Warenbegriffs wurde jedoch verneint.[225] Es fand sich im Kompromisstext wiederum eine Generalklausel zugunsten des Dienstleistungsvertrages (Art 2 Z 5), der alle entgeltlichen Verträge umfassen sollte, die nicht als Kaufvertrag zu werten seien, wenn eine Dienstleistung erbracht werde oder deren Erbringung zugesagt werde.[226] Fraglich ist nun, ob das Herunterladen von digitalen Inhalten für den Rat eine Dienstleistung darstellte. In Art 19 Abs 1 lit j (Art 19 regelte die Ausnahmen vom Widerrufsrecht) wurde ausgeführt, dass für Dienstleistungsverträge, die durch Herunterladen aus dem Internet erfüllt werden, bei ausdrücklicher Zustimmung vor Leistungserbringung kein Widerrufsrecht besteht.[227] An dieser Stelle findet man somit eine Bezugnahme auf die vertragsrechtliche Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte. Diese wurden iSd Kompromisstextes als

[221] Rat 16933/10, 3.
[222] Rat 16933/10, 8.
[223] Rat 16933/10, 8.
[224] Rat 16933/10, 23.
[225] Rat 16933/10, 8.
[226] Rat 16933/10, 24.
[227] Rat 16933/10, 41.

Dienstleistungsvertrag qualifiziert. Schade ist, dass aus den zuvor behandelten Vorarbeiten des Rates keine Informationen hinsichtlich der gesetzlichen Normierung digitaler Inhalte zu finden sind, obwohl diese schlussendlich gesonderte Erwähnung im Kompromisstext genossen.

3.3.3.2 Presseverlautbarungen des Rates der europäischen Union

Zu den soeben behandelten Ratstagungen wurden Presseverlautbarungen mit den wesentlichen Informationen der Tagungen veröffentlicht. In der Presseverlautbarung zur Tagung am 03. und 04.12.2009 wurden der elektronische Handel und die technische Entwicklung auf diesem Gebiet als eines der zu behandelnden Problemfelder definiert, wobei nicht gesondert auf digitale Inhalte Bezug genommen wurde.[228] In der Presseverlautbarung zur Tagung am 25. und 26.05.2010 wurde erläutert, dass das zentrale Thema der Ratstagung der Harmonisierungsgrad des RL-E war. Die rechtliche Behandlung digitaler Inhalte wurde wiederum nicht thematisiert.[229] Interessant sind die Ausführungen der Pressemitteilungen zur Ratstagung am 24.01.2011. Während in einer Pressemitteilung generell über die Einigung des Rates auf einen Kompromisstext geschrieben wurde,[230] fand sich in einer weiteren Pressemitteilung endlich ein expliziter Hinweis auf digitale Inhalte. Diese sollten, wie es auch aus den Ausführungen des Kompromisstextes zum Widerrufsrecht (Art 19 Abs 1 lit j) herauszulesen war, nicht als Waren iSd Kompromisstextes gelten. Verträge über digitale Inhalte fielen aber dennoch in den Geltungsbereich des Kompromisstextes, wobei in der Pressemitteilung ausdrücklich festgehalten wurde, dass der Download von digitalen Inhalten als Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren sei. Konkret hieß es in der Pressemitteilung: Der Dienstleistungsvertrag wird auf elektronischem Wege abgeschlossen, wobei mit der Ausführung sofort, durch den Download, begonnen wird. In diesem Falle wird dem/der VerbraucherIn das Widerrufsrecht untersagt.[231]

3.3.4 Konferenz „Verbraucherrechte beim Erwerb digitaler Inhalte“

Unter der Überschrift „*Nicht die Gesetzgebung betreffende Tätigkeiten*“ fand sich im Protokoll des Rates (zur Tagung am 03. und 04.12.2009) der Hinweis, dass am 03. und 04.11.2009 eine Konferenz zum Thema „Verbraucherrechte beim Erwerb digitaler Inhalte“ abgehalten worden war.[232] In der schriftlichen Information des Vorsitzes gab es hierzu eine Zusammenfassung der Tagung. Diese wurde von der EK und dem Ratsvorsitz Schweden

[228] Press 365 (17076/09), 9 f.
[229] Press 136 (10123/10), 11.
[230] Press 8 (5432/11), 13.
[231] Press 7 (5426/11), 2, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[232] Rat 17038/09, 10.

initiiert und in Stockholm abgehalten. Vortragende waren Mitglieder der Wirtschaftsverbände und Verbraucherverbände, JuristInnen und die damalige EU-Kommissarin für Verbraucherpolitik, *Maglena Kuneva*.[233] Neben der Zusammenfassung des Vorsitzes gab es zur Konferenz überdies einen Kurzbericht des EP. In diesem Bericht wurden die einzelnen Vorträge zusammengefasst dargestellt. *Kuneva* sprach sich, aufgrund des Wachstumspotenzials, für eine gesetzliche Regelung digitaler Inhalte aus,[234] wies aber darauf hin, dass entsprechende Regelungen im RL-E aufgrund eines Informationsmangels zum damaligen Zeitpunkt fehlten.[235] Die Vortragenden behandelten verschiedene Aspekte iZm digitalen Inhalten. Die Anwendbarkeit der RL 99/44/EG wurde im Vortrag einer Juristin aufgrund der Vielzahl an Nutzungsbedingungen (zB Kompatibilität, Möglichkeit der Weiterverarbeitung), die für digitale Inhalte gelten, verneint. Konkret könne ihrer Meinung nach die Vorgabe der RL 99/44/EG, dass VerbraucherInnen eine Qualität und Leistung erwarten können, die bei gleichartigen Produkten üblich ist,[236] für digitale Inhalte nicht angewendet werden, da es aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen (Kompatibilität mit Hard- und Software des/der NutzerIn, Möglichkeit der Weiterverarbeitung digitaler Inhalte) nicht möglich sei, festzustellen, welche Qualität und Leistung VerbraucherInnen üblicherweise erwarten können.[237] Im Vortrag der Strategieberaterin des europäischen Verbraucherverbandes kam die Forderung, dass KonsumentInnen besser über die Interoperabilität digitaler Inhalte informiert werden sollten und bei mangelhafter Information ein gesetzliches Rücktrittsrecht eingeräumt werden sollte. Sie kritisierte, dass im RL-E keine Haftung für digitale Inhalte vorgesehen wurde.[238] Gemeint ist damit, dass die Bestimmungen der RL 99/44/EG, die in Kapitel IV des RL-E geregelt wurden, gem Art 21 RL-E nur für Waren galten,[239] wobei Art 2 Z 4 Waren als bewegliche, körperliche Gegenstände normierte.[240] Im RL-E erfolgte keine Qualifikation von digitalen Inhalten als Waren. Im Folgevortrag kam von einer Vertreterin der Unternehmerseite (Microsoft) der Hinweis, dass Software aufgrund der Programmierung von Menschenhand und des unterschiedlichen Einsatzes von NutzerInnen nie fehlerfrei sein könne.[241] In den folgenden Vorträgen wurde sowohl von Mitgliedern der Verbraucher- als auch der Unternehmerverbände

[233] Rat 16616/09, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[234] IMCO_CM(2009)430703, 4 f.
[235] IMCO_CM(2009)430703, 8.
[236] Art 2 Abs 2 lit d RL 99/44/EG.
[237] IMCO_CM(2009)430703, 6.
[238] IMCO_CM(2009)430703, 7.
[239] KOM (2008) 614 endg, 33.
[240] KOM (2008) 614 endg, 4.
[241] IMCO_CM(2009)430703, 8.

mehrmals erwähnt, dass für digitale Inhalte womöglich ein gesondertes Regelungsinstrument von Vorteil wäre.[242] Im letzten Vortrag fand sich hierzu von einem Juristen (*Peter Rott,* er hat überdies eine Studie für BEUC verfasst, siehe Kapitel 3.3.6.1) auch der Hinweis, dass digitale Inhalte aufgrund ihrer Verschiedenartigkeit nicht in einer einzigen Regelung behandelt werden sollten. Eine allgemeine vertragsrechtliche Abgrenzung sollte daher weder auf Unionsebene noch auf nationaler Ebene vorgenommen werden. Der Bezug digitaler Inhalte wurde in diesem Vortrag in drei Kategorien unterteilt. Erstens der Verkauf digitaler Inhalte, der dem/der VerbraucherIn eine unbegrenzte Nutzung ermöglichen soll (zB Musikdownload), zweitens die Vermietung, die eine begrenzte Nutzung digitaler Inhalte auf bestimmte Zeit ermöglicht (zB das Mieten von Serverraum). Als dritte Kategorie wurden digitale Dienstleistungen genannt (zB Datenbankzugang).[243] *Jacqueline Minor*, damalige Direktorin der GD SANCO, betonte, dass es für VerbraucherInnen, unabhängig von der Art des Erwerbes digitaler Inhalte (auf einem materiellen Datenträger oder digital), keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung geben sollte. Die Problematik der Durchsetzung dieses gleichgestellten Rechtsschutzes liege aber darin, dass bei digitalen Inhalten der Urheberrechtsschutz und die DRM-Maßnahmen berücksichtigt werden müssten.[244]

Aus den Ratsprotokollen lässt sich nicht herauslesen, warum der Rat in seinem Kompromisstext Downloadverträge aus der Anwendung des Kaufrechts ausgeschlossen hat und eine vertragsrechtliche Zuweisung als Dienstleistungsvertrag vornahm. Dass die rechtliche Behandlung digitaler Inhalte Beachtung genoss, lässt sich aber aufgrund der soeben erläuterten Konferenz, die, wie eingangs erwähnt wurde, unter dem Ratsvorsitz Schweden und der EK initiiert wurde, erschließen. Ein großer Diskussionspunkt war die Anwendbarkeit von Rechtsbehelfen auf digitale Inhalte bei Schlechterfüllung (Gewährleistung). Hier gingen die Meinungen auseinander und die Lager teilten sich erneut in eine befürwortende Verbrauchervertreterseite und eine eher ablehnende Unternehmerseite. ME hat der Rat mit der Einführung des ErwG 10d eindeutig Position zugunsten der Unternehmervertreter bezogen, da Downloadverträge generell vom Warenbegriff ausgeschlossen wurden. Eine Differenzierung nach der Art des Bezuges (dauerhafte oder zeitlich begrenzte Überlassung oder bloßer Zugang) von digitalen Inhalten, so wie es in der Konferenz vorgeschlagen wurde, wurde nicht vorgenommen. Die Intention des Rates war es mE, die Bestimmungen

[242] IMCO_CM(2009)430703, 9 ff.
[243] IMCO_CM(2009)430703, 13.
[244] IMCO_CM(2009)430703, 10 f.

des Kapitels IV (Gewährleistung, Garantie, Schadenersatz) und das Widerrufsrecht für Downloadverträge unanwendbar zu machen. Dies wurde zum einen durch den Ausschluss vom Warenbegriff umgesetzt, da dadurch Kapitel IV unanwendbar wurde. An dieser Stelle muss aber auch erwähnt werden, dass gerade jene Diskussionspunkte in der Tagung über das Gewährleistungsrecht keinen expliziten Ausschluss vom Warenbegriff im Kompromisstext benötigt hätten, da die Bestimmungen über Gewährleistung, Garantien und Schadenersatz in Kapitel IV ohnedies vom Rat gestrichen wurden. Zum anderen wurde mit der Normierung als Dienstleistungsvertrag in Art 19 das Widerrufsrecht ausgeschlossen. Durch die Definition von Downloadverträgen als Dienstleistungsvertrag ließ der Rat auch Spielraum zur rechtlichen Behandlung von Downloadverträgen in den Mitgliedstaaten offen, da durch diese Qualifizierung die Rechtsposition des/der ErwerberIn von digitalen Inhalten unklarer war, als sie es bei einer Qualifizierung als Kaufvertrag wäre.

3.3.5 Mitteilung der Kommission über den elektronischen Handelsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern in der EU

Im Protokoll des Rates zur Tagung am 03. und 04.12.2009 wurde erwähnt, dass die EK eine Mitteilung über den grenzüberschreitenden elektronischen Handelsverkehr an den Rat übermittelt hatte.[245] In dieser Mitteilung wurde der grenzüberschreitende Warenverkauf analysiert. Rechtliche Hemmnisse, die dazu führen, dass UnternehmerInnen nicht grenzüberschreitend verkaufen, wurden aufgezeigt (zB unterschiedliche Verbraucherschutzvorschriften und Bestimmungen über die Mehrwertsteuer in den einzelnen Mitgliedstaaten). Digitale Inhalte fanden in dieser Mitteilung keine Erwähnung, es wurde auf physische Güter Bedacht genommen.[246]

3.3.6 Stellungnahmen des europäischen Parlaments

Das EP hat sich parallel zu den Tätigkeiten des Rates mit dem RL-E beschäftigt. Der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz[247] wurde als federführender Ausschuss vom Präsidenten des EP ausgewählt und somit mit der Ausarbeitung eines Berichts für die 1. Lesung im EP beauftragt. Überdies übermittelten der Ausschuss für Wirtschaft und Währung[248] und der Rechtsausschuss[249], als assoziierter Ausschuss[250], ihre Stellungnahmen an den federführenden Ausschuss.

[245] Rat 17038/09, 10.
[246] KOM (2009) 557 endg.
[247] In den nachfolgenden Ausführungen: IMCO-Ausschuss.
[248] In den nachfolgenden Ausführungen: ECON-Ausschuss.
[249] In den nachfolgenden Ausführungen: JURI-Ausschuss.

3.3.6.1 Die Behandlung digitaler Inhalte in den Vorarbeiten des IMCO-Ausschusses

Ein erster Hinweis auf digitale Inhalte findet sich im Arbeitsdokument des IMCO-Ausschusses vom 04.05.2009, in dem die Folgenabschätzung der EK (siehe Kapitel 3.3.1.3) analysiert wurde. Aufgrund dessen wurden wiederum verschiedene Akteure vom IMCO-Ausschuss konsultiert.[251] Die Ergebnisse der Konsultationen glichen jenen der Vorarbeiten zum RL-E. Verbraucherorganisationen kritisierten den Ausschluss digitaler Inhalte, da der Vorschlag dadurch zukünftigen Entwicklungen nicht gerecht werden könnte. Hingegen wurde der Ausschluss von Unternehmerseite mit dem Argument, dass Produkte, die einer Lizenz unterliegen, nicht als Waren qualifiziert werden sollten, begrüßt.[252]

Der ECON-Ausschuss verfasste zunächst einen Entwurf zur Stellungnahme, wobei wiederum der Ausschluss digitaler Inhalte, aufgrund der wachsenden Präsenz dieses Marktes, bedauert wurde. Zudem wurde die Befürchtung geäußert, dass ein Verabsäumen einer entsprechenden Regelung in der RL zukünftige legislative Maßnahmen notwendig machen würde.[253] Aus diesem Grund fand sich ein Regelungsvorschlag zur Ausweitung des Warenbegriffs auf bewegliche und unbewegliche körperliche Gegenstände. Dies führte jedoch nicht zu einer Einbeziehung digitaler Inhalte an sich, da in der Begründung ausgeführt wurde, dass Waren ebenso digitale Inhalte oder Dienste beinhalten können (zB Kauf einer Software-CD mit Update-Services). Ein Hinweis, dass Downloadverträge an sich (also nicht mit körperlichen Waren verbundene digitale Inhalte) als Waren gelten, wurde an dieser Stelle nicht vorgenommen.[254] Unter den darauf folgenden Änderungsanträgen fand sich aber ein Vorschlag für einen ErwG 12a, in dem aufgrund der zunehmenden Bedeutung dieses Marktes klargestellt wurde, dass digitale Produkte, bspw „Downloads und Software“, Waren seien.[255] In der Stellungnahme des ECON-Ausschusses wurden die Ausführungen in Bezug auf digitale Inhalte aus dem Entwurfstext übernommen.[256] Eine formale Auffälligkeit zu den Arbeiten des ECON-Ausschusses sei noch erwähnenswert. In der Überschrift des Entwurfes als auch in der eigentlichen Stellungnahme wurde von einem Vorschlag für eine Verordnung gesprochen. Dies hatte laut Auskunft des ECON-Ausschusses keine nähere Bedeutung, es handelte sich lediglich um einen Übersetzungs-

[250] IMCO und JURI-Ausschuss waren somit gleichermaßen am Gesetzgebungsprozess beteiligt.
[251] IMCO_DT(2009)423778, 2.
[252] IMCO_DT(2009)423778, 5.
[253] ECON_PA(2010)439439, 4.
[254] ECON_PA(2010)439439, 6.
[255] ECON_AM(2010)442948, 7.
[256] ECON_AD(2010)439439, 8 ff.

fehler. Somit war es zu keinem Zeitpunkt die Intention des ECON-Ausschusses, eine andere Rechtsgrundlage vorzuschlagen.[257]

Im Entwurf einer Stellungnahme des JURI-Ausschusses fanden sich hinsichtlich einer Einbeziehung digitaler Inhalte bzw einer vertragsrechtlichen Qualifikation dieser keine Änderungsanträge.[258] Anders sah es bei den darauf folgenden Änderungsanträgen zum Entwurfstext aus. Die Ausführungen des RL-E in Bezug auf Downloadverträge wurden aus ErwG 34 gestrichen (siehe Kapitel 3.3.1.2).[259] Interessant ist der Vorschlag des ErwG 60a: „*Digitale Waren, die dem Verbraucher in digitaler Form übermittelt werden und bei denen der Verbraucher die Möglichkeit erhält, sie dauerhaft oder auf eine Art und Weise zu nutzen, die dem physischen Besitz einer Ware ähnlich ist, und die er auch auf seinem Computer speichern kann, sollten wie Waren im Sinne der für Kaufverträge anwendbaren Bestimmungen behandelt werden*".[260] Des Weiteren wurde ausgeführt, dass das Produktformat für den Verbraucherschutz unerheblich ist, da VerbraucherInnen „online und offline" derselbe Rechtsschutz zustehen sollte.[261] Sinngemäß wurde auch eine Anpassung des Warenbegriffes vorgeschlagen, indem immaterielle Güter in die Definition (Änderungsvorschlag für Art 2 Z 4) aufgenommen wurden.[262] In die tatsächliche Stellungnahme des JURI-Ausschusses hatten es jene ambitionierten Vorhaben, digitale Inhalte als Waren zu qualifizieren, nicht geschafft. Im Grunde passierte genau das Gegenteil. Der zuvor dargelegte Vorschlag für einen ErwG 60a fand sich in der Stellungnahme nicht wieder. Stattdessen enthielt die Stellungnahme einen ErwG 10a mit gänzlich konträrem Inhalt: „*Digitale Inhalte,* […] *die nicht auf einen materiellen Datenträger gebrannt sind, gelten nicht als materielle Gegenstände. Sie gelten somit nicht als Waren im Sinne dieser Richtlinie".*[263] Des Weiteren wurde ausgeführt, dass „*das Herunterladen digitaler Inhalte aus dem Internet durch einen Verbraucher* […] *für die Zwecke dieser Richtlinie als Abschluss eines Vertrages, der in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fällt*"[264] zu qualifizieren sei. Welche Art von Vertrag das sein sollte blieb aber offen. Dieses, im Verhältnis zu den Änderungsanträgen, konträre Ergebnis ist nicht verwunderlich, da die Änderungsanträge aufgrund des Entwurfes der Berichterstatterin von den Mitgliedern des JURI-Ausschusses verfasst wur-

[257] E-Mail-Korrespondenz mit Herrn Scheuren, Mitarbeiter des ECON-Ausschusssekretariats (25.09.2013).
[258] JURI_PA(2010)445885.
[259] JURI_AM(2010)450756, 21.
[260] JURI_AM(2010)450756, 32.
[261] JURI_AM(2010)450756, 32.
[262] JURI_AM(2010)450756, 36.
[263] JURI_AD(2011)445885, 11 f.
[264] JURI_AD(2011)445885, 11 f.

den. In der darauffolgenden Abstimmung nahmen aber auch andere politische Gruppen (neben der JURI-Ausschussgruppe) teil, sodass es in diesem Fall in Bezug auf die rechtliche Behandlung digitaler Inhalte zu einem ganz anderen Resultat kam.[265]

Der IMCO-Ausschuss hat am 25.06.2010 seinen Berichtsentwurf veröffentlicht, wobei Regelungen für digitale Inhalte vorerst ausgespart wurden.[266] In den darauf folgenden Änderungsanträgen im Ausschuss fanden sich jedoch einige Regelungsvorschläge in Bezug auf digitale Inhalte. Erstmals wurde in ErwG 7, der ua differenzierte Regelungen zum Verbraucherschutz in den Mitgliedstaaten als Hindernis für den Binnenmarkt darlegte, neben dem Download Bezug auf die Technologie des Webstreaming genommen, denn in diesen Bereichen (sowohl Download als auch Streaming) würden sich Probleme der Rechtszersplitterung deutlich zeigen.[267] Der Vorschlag für einen ErwG 8a hielt fest, dass Waren zunehmend „*in immaterieller digitaler Form gekauft oder heruntergeladen*“ werden und auch als Waren definiert werden sollten.[268] In ErwG 11i fand sich der mit ErwG 60a im Entwurfstext des JURI-Ausschusses idente (siehe hierzu die Ausführungen in diesem Kapitel) Änderungsantrag. Ein weiteres Mal wurde in ErwG 12a festgehalten, dass Downloads und Software, bei dauerhafter oder einer dem physischen Besitz ähnlichen Nutzung, als Waren iSd RL zu behandeln wären.[269] Im Vorschlag für einen ErwG 15a wurde nun auch ausdrücklich festgehalten, dass die Bestimmungen für Kaufverträge für den Bezug digitaler Waren anwendbar seien.[270] Dementsprechend wurde auch die Definition des Warenbegriffs in Art 2 Z 4 angepasst. Es wurde vorgeschlagen, den Begriff „digitale Produkte“ in Art 2 Z 4 aufzunehmen. Begründet wurde dies damit, dass dadurch Zweifel über die Anwendbarkeit der RL auf den Handel mit Software ausgeräumt werden könnten und die Bestimmungen für Kaufverträge (Gewährleistung) für den Bezug digitaler Inhalte anwendbar wären. Alternativ fanden sich Vorschläge, in den Warenbegriff „immaterielle Sachen“ aufzunehmen. Dies wurde auch damit begründet, dass dadurch die Gewährleistungsbestimmungen für digitale Inhalte zur Anwendung kämen. Hier wird in der Begründung aber auch ausgeführt, welche Art von Bezug digitaler Inhalte dem Warenbegriff unterläge, nämlich digitale Güter, die zur dauerhaften Verwendung, durch einmaligen Download, gegen Entgelt bezogen werden. Als Argument für die Ausweitung des Warenbegriffs wurde ausgeführt, dass VerbraucherInnen unabhängig vom Format des Produkts (digitaler

[265] E-Mail-Korrespondenz mit Herrn Keys, Verwaltungsrat des JURI-Ausschusses (17.10.2013).
[266] IMCO_PR(2010)442789.
[267] IMCO_AM(2010)450954, 15.
[268] IMCO_AM(2010)450954, 21.
[269] IMCO_AM(2010)450954, 34.
[270] IMCO_AM(2010)450954, 53.

Inhalt oder materielles Gut) oder des Kaufvorganges (Download oder herkömmlicher Kaufvorgang) den gleichen Verbraucherschutz erhalten sollten.[271] In Bezug auf die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen in Art 26 des RL-E[272] fand sich sogar ein eigener Regelungsvorschlag für digitale Inhalte. Art 26 lit cb (lit c des RL-E regelte den Anspruch auf Vertragsrücktritt, wenn die Waren nicht vertragsgemäß sind[273]) sah einen Ersatzanspruch oder die Rückzahlung des Preises für digitale Inhalte vor, wenn diese verspätet oder nicht innerhalb einer angemessenen Frist heruntergeladen werden können.[274] Das Wahlrecht sollte jedoch dem/der VerkäuferIn unterliegen.[275]

Die Regelungsvorschläge des IMCO-Ausschusses wurden von der Empfehlung des europäischen Verbraucherverbandes (BEUC) geprägt. Dieser hatte bereits im Juni 2010 eine Empfehlung zur rechtlichen Behandlung digitaler Inhalte in der RL abgegeben, die auf den Forschungsergebnissen einer in Auftrag gegebenen Studie (durchgeführt von *Peter Rott*) basierten. In der Empfehlung wurde ausgeführt, dass der Bezug digitaler Inhalte die Eigenschaften eines Kaufvertrages aufweise. Digitale Inhalte werden durch einmalige Transaktion an den/die KonsumentIn via Download geliefert, wobei diesem/r ein unbegrenztes Nutzungsrecht eingeräumt wird. Bei derartigen Verträgen werde laut dem Gutachten das Eigentum, so wie es bei Erwerb eines digitalen Inhaltes auf einem materiellen Datenträger erfolgt, übertragen. Die Problematik der Anwendbarkeit des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes wurde mit der Argumentation gelöst, dass der Erschöpfungsgrundsatz keine Auswirkung auf die Qualifikation als Kaufvertrag hat. Der/die VerbraucherIn erhält ein dem Eigentum gleichendes, dauerhaftes Nutzungsrecht und daher wäre die Beschränkung des Weiterveräußerungsrechts für die vertragsrechtliche Qualifikation unerheblich. Dies wurde jedoch mit der Argumentation untermauert, dass ein Weiterverkauf von Downloads durch den/die KonsumentIn unwahrscheinlich wäre. Durch etwaige Eigentumsbeschränkungen via DRM-Maßnahmen sei es laut der Studie ebenso nicht möglich, die Qualifikation als Kaufvertrag auszuschließen. Des Weiteren wurde festgehalten, dass ein Lizenzvertrag ein zusätzliches Element zum Kaufvertrag sein kann und daher die Anwendbarkeit des Kaufrechts, vor allem in Bezug auf die Gewährleistungsbehelfe, nicht beschränkt ist bzw diesem im Wege steht. Kurz gesagt zielte die Empfehlung eindeutig auf die Normierung der Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts für Downloadverträge ab.

[271] IMCO_AM(2010)450954, 141 ff.
[272] KOM (2008) 614 endg, 35.
[273] KOM (2008) 614 endg, 35.
[274] IMCO_AM(2010)452545, 46.
[275] IMCO_AM(2010)452545, 53.

Aus diesem Grund sollte der Vertragstypisierung als Kaufvertrag der Vorrang gegeben werden. Konkret wurde daher vorgeschlagen, unkörperliche Sachen in die Definition des Warenbegriffes aufzunehmen, um die Anwendung des Gewährleistungsrechts zu ermöglichen. Die Gleichstellung mit dem Kaufvertrag solle aber nur unter den zuvor genannten Voraussetzungen (einmalige Transaktion und dauerhafte Nutzungsmöglichkeit) erfolgen. Jegliche Downloadverträge, die eine bloß vorübergehende Bereitstellung des digitalen Inhalts umfassen (zB SaaS, ASP, Streaming), wären daher nicht als Kaufvertrag zu qualifizieren.[276]

Während nun der JURI-Ausschuss eher der allgemeinen Ausrichtung des Rates folgte, wurde im IMCO-Ausschuss vor der Abstimmung über den Ausschussbericht eine gegenteilige Lösung für Downloadverträge angestrebt. Da die rechtliche Handhabung von digitalen Inhalten offensichtlich unklar war, gab der IMCO-Ausschuss ein Informationsgutachten in Auftrag, welches kurz vor der Abstimmung über den Bericht des IMCO-Ausschusses publiziert wurde. *Schmidt-Kessel* beantwortete in diesem Gutachten Fragen des IMCO-Ausschusses. Zur Frage, ob Downloadverträge überhaupt in der RL behandelt werden sollten oder doch lieber in einem optionalen Regelungsinstrument (hier wurde der DCFR ausdrücklich genannt, siehe Kapitel 4.1), führte *Schmidt-Kessel* aus, dass beide Regelungsinstrumente Bestimmungen über digitale Inhalte vorsehen sollten. Ein Ausschluss aus der RL würde dazu führen, dass Mitgliedstaaten auf diesem Rechtsgebiet (gemeint ist der Anwendungsbereich der RL) weiterhin frei Regelungen treffen könnten und somit der grenzüberschreitende digitale Binnenmarkt (aufgrund des Art 6 Abs 2 VO (EG) 593/2008) nicht gefördert würde.[277] Verträge über digitale Inhalte könnten in der RL nicht generell einem Vertragstyp zugeordnet werden. *Schmidt-Kessel* riet, nach der Art der vertraglichen Ausgestaltung, also je nachdem, ob der Vertragszweck eine dauerhafte Überlassung (zB Download auf den eigenen PC), eine zeitweise Gebrauchsüberlassung (zB die Überlassung einer Software zu Testzwecken gegen Entgelt) oder eine bloße Bereitstellung (zB Online-Zeitungsdatenbank, Streaming, ASP) sei, zu differenzieren.[278] Für Downloadverträge, die auf eine dauerhafte Überlassung abzielen, sollte in der RL das Kaufrecht anwendbar gemacht werden, indem die Einschränkung der Körperlichkeit in der Definition des Warenbegriffes gestrichen wird.[279] Zur rechtlichen Zuordnung in der RL von Verträgen, die nicht

[276] *Beuc*, Digital Products. How to include them in the proposal for a consumer rights directive, 5 f <http://www.beuc.org/custom/2010-00506-01-E.pdf>.
[277] PE 451.491, *Schmidt-Kessel*, The application of the Consumer Rights Directive to digital content, 11.
[278] PE 451.491, 4.
[279] PE 451.491, 14.

auf eine dauerhafte Überlassung abzielen, wurde im Gutachten nicht geraten. Es wurde lediglich im Zusammenhang mit digitalen Inhalten, die online bereitgestellt werden, angedeutet, dass es sich hierbei um Dienstleistungen handelt.[280] Der Autor riet aber von einer rechtlichen Zuordnung als Dienstleistungsvertrag ab, da KonsumentInnen dadurch wiederum über ihre Rechte im Unklaren wären.[281] In Bezug auf die Anwendbarkeit des Kaufrechts wurde in den Ausführungen nur auf die Vorteile, die sich daraus für den/die KonsumentIn ergeben, Bedacht genommen (gesetzlich verankerte Abhilfemöglichkeiten bei Leistungsstörungen).[282] Auffallend ist, dass auf die Problematik des Eigentumserwerbes bei digitalen Inhalten nicht näher eingegangen wurde, obwohl die Besonderheit des Lizenzelementes (hinsichtlich des zum Download notwendigen Vervielfältigungsrechts und der Frage der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Inhalte) von Downloadverträgen im Gutachten Erwähnung fand.[283] In Bezug auf den Erschöpfungsgrundsatz könnte dies mE daran liegen, dass der RL-E in der Definition des Kaufvertrages das Element der Eigentumsübertragung nicht vorsah (siehe Kapitel 3.3.1.2). Dennoch bleibt die Studie mE die Frage, in welchem Verhältnis Kauf- und Lizenzvertrag nun stehen, schuldig.

Am 01.02.2011 wurde der Bericht im IMCO-Ausschuss angenommen und somit für die 1. Lesung im Parlament freigegeben. Neben den bereits ausgeführten Schilderungen aus den Stellungnahmen des JURI- und des ECON-Ausschusses wurden in der Endfassung des IMCO-AB Regelungen für digitale Inhalte nur mehr komprimiert erwähnt. Es fand sich ein Vorschlag für einen ErwG 11e demzufolge digitale Inhalte, die „*in digitaler Form übermittelt werden und bei denen der Verbraucher die Möglichkeit erhält, sie dauerhaft oder auf eine Art und Weise zu nutzen, die dem physischen Besitz einer Ware ähnelt*“, als Waren qualifiziert werden. Diese unterlagen somit den RL-Bestimmungen über Kaufverträge.[284] Der im RL-E enthaltene ErwG 34 (siehe hierzu Kapitel 3.3.1.2) wurde nicht geändert.[285] Der Warenbegriff in Art 2 lit 2a wurde auf immaterielle Sachen, die auf einer dem physischen Besitz ähnlichen Art und Weise genutzt werden können, ausgeweitet.[286] Das Ergebnis der Abstimmung entsprach den Ergebnissen des in Auftrag gegebenen Gutachtens und der Empfehlung des BEUC.

[280] PE 451.491, 4.
[281] PE 451.491, 5.
[282] PE 451.491, 2.
[283] PE 451.491, 6.
[284] P7_A(2011)0038, 13.
[285] P7_A(2011)0038, 22.
[286] P7_A(2011)0038, 41.

3.3.6.2 Stellungnahme des EP in 1. Lesung am 23. und 24.03.2011

Am 23.03.2011 fand eine Aussprache im EP über den RL-E statt, wobei als Verhandlungsgrundlage der vom IMCO-Ausschuss erarbeitete AB diente.[287] In der Plenardebatte wurde nochmals die Aufnahme digitaler Inhalte vom ECON-Ausschuss beglückwünscht.[288] Eine Schattenberichterstatterin des IMCO-Ausschusses (Fraktion der Grünen) betonte ebenfalls die Notwendigkeit dieser Maßnahme mit der Argumentation, dass Waren nicht nur physische Güter seien, sondern auch das geistige Eigentum in Form eines Musik- oder Softwaredownloads als Ware zu qualifizieren sei.[289] Am 24.03.2011 wurde über den AB mit einfacher Mehrheit abgestimmt und eine Rücküberweisung an den federführenden Ausschuss vom EP gebilligt.[290] In der hierzu geführten Plenardebatte fand sich wiederum der Hinweis, dass die Einbeziehung digitaler Inhalte für die Fraktion der Grünen von besonderem Interesse war.[291] In den Ausführungen zur Abstimmung über den AB wurde erwähnt, dass der im Wortlaut mit ErwG 10a (der digitale Inhalte generell vom Warenbegriff ausschloss) des JURI-Ausschusses idente Änderungsantrag 263[292] zurückgenommen wurde.[293] In der vom EP gebilligten Fassung waren somit die Bestimmungen, die digitale Inhalte als Waren qualifizierten und das zugrunde liegende Vertragsverhältnis dem Kaufvertrag zuordneten (ErwG 11e[294], Art 2 lit 2a[295]), geblieben. Die Legaldefinition des Kaufvertrages umfasste die entgeltliche Eigentumsübertragung an einer Ware (Art 2 lit 5a[296]). Interessant ist, dass auch ErwG 34[297] in seiner Stammfassung erhalten wurde, wo doch an dieser Stelle im Zusammenhang mit Datensätzen die ein/e VerbraucherIn herunterlädt von Dienstleistungen gesprochen wurde. Da in Art 19 Abs 1 lit ha[298] ein Ausschluss des Widerrufsrechts mit Beginn des Downloads digitaler Inhalte normiert wurde, ohne eine Qualifikation als Dienstleistungsvertrag vorzunehmen, ist jene Bemerkung im ErwG 34 mE als redaktionelles Versehen erhalten geblieben.

[287] ABl C 2011/169E, 1 (12).
[288] P7_CRE(2011)03-23 (20), 102.
[289] P7_CRE(2011)03-23 (20), 104 f.
[290] ABl C 2011/169E, 27 (38).
[291] P7_CRE(2011)03-24, 135.
[292] P7_AMA(2011)0038, das Dokument ist nicht einzeln abrufbar, der Änderungsantrag 263 findet sich im Dokument mit den Änderungsanträgen 260-264 auf S 5.
[293] ABl C 2011/169E, 27 (58).
[294] P7_TA(2011)0116, 8.
[295] P7_TA(2011)0116, 37.
[296] P7_TA(2011)0116, 39.
[297] P7_TA(2011)0116, 19.
[298] P7_TA(2011)0116, 76.

3.3.7 Studie der EK zur vertragsrechtlichen Behandlung von digitalen Inhalten

Es wurde bereits erwähnt, dass die EK zur Frage der vertragsrechtlichen Behandlung von digitalen Inhalten Studien in Auftrag gegeben hatte.[299] Laut Auskunft von Europe Direct handelte es sich hierbei um drei Studien, die im Jahr 2011 veröffentlicht wurden.[300] Im Folgenden wird auf die Endstudie näher eingegangen, da diese die Ergebnisse der vorangegangen zwei Studien impliziert. Die Studie wurde an der Universität Amsterdam durchgeführt und enthält Vorschläge zur rechtlichen Behandlung von digitalen Inhalten für zukünftige Gesetzgebungsakte der EU.[301] Die Regelungsvorschläge wurden auf der Basis von nationalen Reporten der Mitgliedstaaten Finnland, Frankreich, Deutschland, Ungarn, Italien, Niederlande, Spanien und England über die rechtliche Behandlung digitaler Inhalte gemacht. Überdies wurde ein Report von den USA übermittelt.[302] Für die Entwicklung der Regelungsvorschläge wurde der DCFR (siehe Kapitel 4.1) herangezogen, da zur Zeit der Durchführung der Studie auf EU-Ebene kein einheitlicher Regelungsrahmen im Verbraucherrecht bestand, auf den die Regelungen für digitale Inhalte aufbauen konnten. Der RL-E, mit dem (zumindest partiell) versucht wurde, EU-weit einheitliche Regelungen für digitale Inhalte im Verbraucherschutz zu statuieren, befand sich zum Zeitpunkt der Durchführung der Studie noch in der Verhandlungsphase (1. Lesung des EP). Aufgrund der unterschiedlichen Meinungen, die sich in den Diskussionen des RL-E zur Behandlung digitaler Inhalte gebildet hatten, war es den VerfasserInnen der Studie nicht möglich, den RL-E als Basis heranzuziehen. Die Regelungsvorschläge dieser Studie bezogen sich daher auf den DCFR. Der Einfluss der Studie auf dieses Regelwerk wird in Kapitel vier behandelt. Die unterschiedliche Behandlung digitaler Inhalte im Diskussionsprozess zur RL 2011/83/EU wurde aber bereits in der Studie thematisiert.[303] Der Begriff „digitale Inhalte“ wurde iSd Studie trägerunabhängig gebraucht und umfasst somit auch digitale Inhalte, die mittels eines körperlichen Datenträgers übertragen werden. Diese Definition hatte sich aus den Ergebnissen der nationalen Reporte entwickelt, da hierbei festgestellt wurde, dass für die

[299] IMCO_CM(2009)430703, 11.
[300] Telefonat mit Europe Direct und E-Mail-Korrespondenz (23.09.2013).
[301] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, 6 f <http://bookshop.europa.eu/en/digital-content-contracts-for-consumers-pbDS0313064/;pgid=y8dIS7GUWMdSR0EAlMEUUsWb0000D0na6EW9;sid=idOI7AquxHqI71jGV9wWS2iLjgCOPw19jwA=?CatalogCategoryID=zQoKABstlL0AAAEjCpEY4e5L>.
[302] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 11.
[303] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 12.

Frage, ob digitale Inhalte vertragskonform sind und Rechtsbehelfe bei Leistungsstörungen bestehen, die Art der Bereitstellung digitaler Inhalte nicht entscheidend sei.[304]

Für die rechtliche Behandlung digitaler Inhalte wurden in der Studie drei Optionen ausgearbeitet:

1. Anwendung der traditionellen Differenzierung zwischen Gütern und Dienstleistungen (basierend auf den vier Grundfreiheiten der EU) auf digitale Inhalte
2. Qualifizierung von Verträgen über digitale Inhalte als Dienstleistung
3. Qualifizierung von Verträgen über digitale Inhalte als Vertrag sui generis

Die erste Option würde darauf abstellen, dass klassische Regelungen für Dienstleistungs- und Kaufverträge soweit wie möglich auf Verträge über digitale Inhalte angewendet werden, indem man gewisse digitale Inhalte als Waren und andere als Dienstleistungen qualifiziert. Der Vorteil, der sich hieraus ergeben würde, wäre, dass dadurch vertraute Rechtsbegriffe (Ware, Dienstleistung) Verwendung finden würden. Dieser Standpunkt wurde in der 1. Lesung am 24.03.2011 vom EP vertreten, welches die dauerhafte Übertragung von digitalen Inhalten via Download dem Warenbegriff zuordnete und somit die Anwendung des Kapitels IV (Gewährleistung, Garantie, Risikoübergang) auf Downloadverträge erweiterte.[305]

Die zweite Option würde dazu führen, dass alle Verträge über digitale Inhalte als Dienstleistung qualifiziert werden, dadurch würden aber weiterhin Unsicherheiten in Bezug auf die anwendbaren Rechtsmittel bestehen. Diesem Konzept folgte, laut der Studie, der Rat.[306] Genau genommen differenzierte der Rat in der Bereitstellung, da nur Downloadverträge an sich vom Warenbegriff ausgeschlossen wurden, während digitale Inhalte, die auf einem materiellen Datenträger bereitgestellt werden, ausdrücklich dem Warenbegriff unterlagen.

Die dritte Option wäre, digitale Inhalte eben nicht einem Vertragstyp zuzuordnen, sondern eine Art Vertrag sui generis zu generieren, in dem bestimmte, auf die digitale Wirtschaft zugeschnittene Regeln erlassen werden, die aber keine Einschränkung der Anwendung eines Vertragstyps vornehmen. Der Vorteil dieser Option wäre, dass auf technische Entwicklungen eingegangen werden kann. Der Nachteil, der sich hieraus ergeben könnte, ist,

[304] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 11.
[305] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 172 f.
[306] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 173.

dass womöglich neue Vertragstypen normiert werden, die wiederum zu Rechtsunsicherheiten führen. In der Studie wurde dieser Ansatz präferiert. Durch die Schaffung gesetzlicher Rahmenbedingen würden VerbraucherInnen, unabhängig von der Kategorisierung des Vertragstyps, Rechtsschutz genießen.[307]

3.3.8 Trilog und Finale[308]

3.3.8.1 Trilogverhandlungen

Nach Rücküberweisung an den federführenden Ausschuss trafen sich Vertreter der EK, des Rates und des EP (IMCO- und JURI-Ausschuss[309]) zu sog „Trilogverhandlungen". Die Intention dieser Treffen war es, einen Kompromisstext auszuarbeiten, um bereits in 1. Lesung eine Einigung zu erzielen und somit eine 2. Lesung mit einem damit verbundenen Vermittlungsverfahren vermeiden zu können.[310] Während das EP den Download digitaler Inhalte dem Kaufvertrag zuordnete, vertrat der Rat in seinem Kompromisstext die Meinung, dass derartige Verträge als Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren seien.

Der Ratsvorsitz (Ungarn) führte in seinem Vermerk an den AStV für die geplante zweite Trilogverhandlung aus, dass die Ausweitung des Warenbegriffs auf immaterielle Güter nicht akzeptiert würde. Begründet wurde dies mit den unterschiedlichen Klassifizierungen von Verträgen über digitale Inhalte in den Mitgliedstaaten. Eine vertragsrechtliche Zuordnung als Dienstleistungs- oder Kaufvertrag würde daher zu Widersprüchen mit den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten führen. Daher wäre es besser, ohne Vornahme einer vertragsrechtlichen Kategorisierung, in den einzelnen Bestimmungen des RL-Textes gesondert auf digitale Inhalte Bezug zu nehmen. In diesem Zusammenhang wurde somit auch die Qualifizierung als Dienstleistungsvertrag vom Rat aufgegeben.[311] Überdies wurde die Definition digitaler Inhalte, so wie sie nun in der RL zu finden ist (Art 2 Z 11 RL 2011/83/EU), vorgeschlagen.[312] Nach der vierten Trilogverhandlung erarbeitete der Ratsvorsitz, basierend auf den informellen Treffen, weitere Änderungsvorschläge zu seiner allgemeinen Ausrichtung. ErwG 10d des Kompromisstextes (siehe Kapitel 3.3.3.1) wurde derart umformuliert, dass er bis auf ein paar formale Unterschiede dem ErwG 19 der RL

[307] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 173 f.
[308] *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, „klassisches" Verbraucherschutzrecht, ÖJZ 2011/111, 1045 (1047).
[309] E-Mail-Korrespondenz mit Amelie Giesemann, Wissenschaftliche Referentin von Andreas Schwab (Berichterstatter des federführenden Ausschusses): laut ihrer Information nahmen beide Ausschüsse an den Trilogverhandlungen teil. (10.10.2013).
[310] Rat 11984/11, 2.
[311] Rat 8992/11, 10, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[312] Rat 8992/11, 17.

2011/83/EU entspricht.[313] Zur sechsten und letzten Trilogverhandlung fand sich ein Vermerk des Ratsvorsitzes an den AStV, dass das EP vorschlug, die nunmehr in Art 30 RL 2011/83/EU normierte Berichterstattungspflicht der EK speziell auf digitale Inhalte auszuweiten. Demzufolge sollten die Bestimmungen der RL, insbesondere jene über digitale Inhalte und das normierte Widerrufsrecht, in einem Bericht der EK (bis 13.12.2016) bewertet werden.[314] Die Umformulierung des ErwG 10d wurde in den Trilogverhandlungen gebilligt, da sich dieser im endgültigen Kompromisstext des Rates vom 10.06.2011 wiederfand.[315]

3.3.8.2 Stellungnahme des EP in 1. Lesung am 23.06.2011

Am 23.06.2011 wurde über den Änderungsantrag 265[316] abgestimmt. Im Änderungsantrag fand sich ein ErwG 10i der inhaltlich dem ErwG10d des Rates glich.[317] Der Änderungsantrag 265 basierte auf den Trilogverhandlungen. Er wurde in der Plenartagung angenommen und als neuer Standpunkt des EP festgelegt.[318] Den Trilogverhandlungen entsprechend werden digitale Inhalte nun nicht mehr als Waren qualifiziert, und ErwG 19 der den Bezug digitaler Inhalte weder als Kauf- noch als Dienstleistungsvertrag bezeichnet, wurde in die RL aufgenommen.[319] In der schriftlichen Aufzeichnung der Plenardebatte finden sich keine weiteren Ausführungen zur vertragsrechtlichen Behandlung digitaler Inhalte.[320] Auf Anfrage der Verfasserin beim IMCO-Ausschuss, dessen Regelungsvorschläge eindeutig auf eine Zuordnung von Downloadverträgen als Kaufvertrag abzielten, wurde mitgeteilt, dass die Einführung des ErwG 19 nicht als Kapitulation der Rechtsposition des IMCO-Ausschusses zu sehen ist. Es wurde wiederum bestätigt, dass auf eine eindeutige Zuordnung als Kaufvertrag, aufgrund der unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten, verzichtet wurde. Mitgliedstaaten hätten dadurch weiterhin die Möglichkeit, Downloadverträge als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren. ErwG 19 bezieht sich daher nur auf die Terminologie der Begriffe Kauf- und Dienstleistungsvertrag in der RL, da für digitale Inhalte gesonderte Regelungen (Informationspflichten, Widerrufsrecht) in die RL aufgenommen wurden.[321] Überdies wurden die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen

[313] Rat 10481/11, 24, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[314] Rat 11218/11, 5, nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[315] Rat 11427/11, 6.
[316] P7_AMA(2011)0038.
[317] P7_AMA(2011)0038, 6.
[318] ABl C 2011/241E, 12 (50).
[319] EP-PE_TC1-COD(2008)0196, 10.
[320] P7_CRE(2011)06-23, 66.
[321] E-Mail-Korrespondenz mit Amelie Giesemann, Wissenschaftliche Referentin von Andreas Schwab (Berichterstatter des federführenden Ausschusses) (10.10.2013).

aus der RL gestrichen, sodass die Hauptintention des EP zur Qualifizierung von Downloadverträgen als Kaufvertrag ohnedies wegfiel. Der Standpunkt des EP ist nun, wie bereits erwähnt wurde, das Ergebnis des Trilogs zwischen Rat, EP und EK vom 06.06.2011. Hierbei handelt es sich somit inhaltlich um den endgültigen Rechtsakt.[322]

3.3.8.3 Annahme durch den Rat und Unterzeichnung durch EP und Rat

Nach erzielter Einigung im Trilog wurden im Folgenden nur mehr die formalen Schritte zur Rechtsetzung eingehalten. Am 10.10.2011 wurde der in 1. Lesung des Parlaments angenommene Kompromisstext vom Rat in 1. Lesung mit qualifizierter Mehrheit gebilligt. Die rechtliche Behandlung digitaler Inhalte wurde nicht gesondert thematisiert.[323] Die Bestimmungen über digitale Inhalte entsprechen dem Standpunkt des EP, sodass ErwG 19 sich unverändert im angenommen Text des Rates befindet. Am 25.10.2011 kam es schlussendlich zur Unterzeichnung der RL 2011/83/EU durch EP und Rat. Am 22.11.2011 wurde die RL im Amtsblatt der EU veröffentlicht.[324] Gem Art 28 Abs 1 RL 2011/83/EU haben die Mitgliedstaaten bis zum 13.12.2013 Zeit, um die notwendigen legislativen Maßnahmen zur Umsetzung der RL zu treffen. Diese sind auf alle von der RL erfassten Verträge, deren Abschluss nach dem 13.06.2014 erfolgt, anzuwenden (Art 28 Abs 2 RL 2011/83/EU).

3.3.9 Umsetzungsstand der RL 2011/83/EU in Österreich

Der ME zur Umsetzung der RL 2011/83/EU wurde bereits Mitte November 2012 fertiggestellt, jedoch noch nicht zur Begutachtung versendet. Daher ist es derzeit auch nicht möglich, den ME einzusehen. Der in der RL statuierte Umsetzungstermin mit 13.12.2013 (Art 28 Abs 1) kann somit, laut Auskunft des BMJ, keinesfalls eingehalten werden. Ob sich die Umsetzung der RL bis zum Inkrafttretenstermin am 13.06.2014 (Art 28 Abs 2) ausgeht, bleibt abzuwarten.[325] Eine gesonderte Bedachtnahme auf die vertragsrechtliche Qualifizierung von digitalen Inhalten ist aber nicht geplant. Dies wäre zum jetzigen Zeitpunkt wenig sinnvoll, da auf europarechtlicher Ebene bereits weitere Gesetzesinitiativen zur Behand-

[322] P7_TA(2011)0293, 3 f.
[323] Press 359 (15321/11), 21; Press 354 (15257/11), nur in der englischen Sprachfassung verfügbar.
[324] ABl L 2011/304, 64.
[325] E-Mail-Korrespondenz mit Herrn Dr. Stabentheiner, Leiter der Abteilung für Schuld- und Sachenrecht einschließlich des Verbraucherschutzrechts im BMJ (25.09.2013).

lung digitaler Inhalte existieren.[326] Gemeint ist damit der Verordnungsvorschlag über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht (siehe Kapitel vier).[327]

3.3.10 Zusammenfassung und eigene Meinung

Der Werdegang der vertragsrechtlichen Behandlung von Downloadverträgen wurde zum einen von der Anwendbarkeit der gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen und zum anderen von der Anwendbarkeit des Widerrufsrechts bestimmt. Erstes führte zur Thematik, ob Downloadverträge als Kaufvertrag qualifiziert werden sollten. Zweites bedingte im Zusammenhang mit dem Ausschluss des Widerrufrechts die Frage, ob Downloadverträge als Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren seien.

Das Faktum, dass RL 99/44/EG nicht auf digitale Inhalte anwendbar ist, wurde bereits im Zuge der Ausarbeitung des RL-E thematisiert. Das Problem ist, dass in Art 1 Abs 2 lit b Verbrauchsgüter als bewegliche, körperliche Gegenstände normiert werden. Während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens zur RL 2011/83/EU gab es nie einen Dissens in Bezug auf die Qualifizierung von digitalen Inhalten als unkörperliche Güter, sodass ohne eine Ausweitung des Anwendungsbereiches der RL 99/44/EG keine Anwendung der gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen auf Unionsebene möglich wäre. Überdies ist das zugrundeliegende Vertragsverhältnis der RL 99/44/EG ein Kaufvertrag (Art 2 Abs 1). Aus diesem Grund wurde in den Vorarbeiten auch immer wieder diskutiert, ob Downloadverträge als Kaufvertrag qualifiziert werden können (siehe hierzu die Studien von *Schmidt-Kessel* und *Rott* [BEUC-Gutachten] in Kapitel 3.3.6.1; ebenso wird dieses Thema bereits im Anhörungsverfahren der EK thematisiert, siehe hierzu Kapitel 3.3.1.1).

In Österreich wurde die RL nicht derart einschränkend umgesetzt. In den §§ 922 ff ABGB wird lediglich auf bewegliche Sachen Bezug genommen, die Voraussetzung der Körperlichkeit findet sich im Normtext nicht wieder. In den Erläuterungen wird überdies ausgeführt, dass die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen nicht nur für Kaufverträge, sondern auch für andere Vertragstypen anwendbar seien.[328] Inwieweit nun für digitale Inhalte ein Gewährleistungsanspruch nach österreichischem Recht besteht, soll in dieser Arbeit aber nicht näher behandelt werden.

---

[326] *Stabentheiner*, Zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in Österreich, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 127 (158 f).
[327] KOM (2011) 635 endg.
[328] ErlRV 422 BlgNR XXI. GP, 13.

Ein weiteres Diskussionsthema in den Vorarbeiten zur RL war die Anwendbarkeit bzw Nichtanwendbarkeit des Widerrufsrechts für digitale Inhalte. Hier war es von Bedeutung, ob Verträge über digitale Inhalte als Dienstleistungsvertrag normiert werden sollten. Art 6 Abs 3 RL 97/7/EG schließt nämlich das Widerrufsrecht bei Dienstleistungen, mit deren Ausführung innerhalb von sieben Werktagen mit Zustimmung des/der VerbraucherIn begonnen wird, aus. Die Bestimmungen der RL 97/7/EG wurden in den §§ 5a–5j KSchG[329] umgesetzt. In § 5f KSchG findet sich keine ausdrückliche Ausnahme für Downloadverträge. *Handig* spricht sich für eine Qualifizierung als Dienstleistungsvertrag iSd KSchG aus, sodass gem § 5f Z 1 kein Rücktrittsrecht besteht, da beim Download sofort mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen wird. Die Dienstleistung besteht aus seiner Sicht in der Bereitstellung der Software im Internet zum Download.[330] Unabhängig von der Qualifikation als Dienstleistung wird der Ausschluss des Rücktrittsrechts in der Lehre alternativ unter § 5f Z 3 subsumiert, demzufolge kein Rücktrittsrecht bei verderblichen oder für die Rücksendung ungeeigneten Waren besteht. Die Nicht-Eignung zur Rücksendung wird hierbei durch die besondere Missbrauchsgefahr bei digitalen Inhalten gerechtfertigt.[331]

Aus den Vorarbeiten zum RL-E wurde ersichtlich, dass die EK Downloadverträge dem Dienstleistungsvertrag zuordnete. Eine Qualifikation als Kaufvertrag wurde aufgrund des Lizenzerwerbes, anstatt des Erwerbes einer körperlichen Sache, ausgeschlossen. Die EK sparte jedoch in ihrem RL-E vorerst konkrete Regelungen aus. Es wurde lediglich in ErwG 34 ein Hinweis zur vertragsrechtlichen Qualifikation als Dienstleistungsvertrag gegeben. Diese eher vorsichtige Herangehensweise wurde wohl aufgrund der Unstimmigkeiten, die die vertragsrechtliche Behandlung digitaler Inhalte in den Umfrageergebnissen zum Grünbuch an den Tag gelegt hatte, gewählt.

Die Differenzierung nach der Art der Bereitstellung digitaler Inhalte wurde bereits in der allgemeinen Ausrichtung des Rates vorgenommen. Digitale Inhalte wurden in ErwG 10d vom Warenbegriff ausgenommen, sofern diese nicht auf einem materiellen Datenträger bereitgestellt werden. Aus den Vorschriften über das Widerrufsrecht ging hervor, dass der Rat Downloadverträge als Dienstleistungsvertrag qualifizierte. Durch diese Normierung bezog man eindeutig Position zugunsten der Unternehmervertreter, da dadurch das Widerrufsrecht (bei vorheriger Zustimmung zur Durchführung des Downloads) versagt wurde.

[329] Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl 140/1979 idF I 50/2013.
[330] *Handig*, Rücktrittsrecht für Verbraucher auch bei Downloads?, ecolex 2007, 19 (21); zust *Maimer*, Rücktrittsrecht bei App-Käufen?, MR 2012, 47 (48).
[331] *Janisch* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 63 (101).

Die Bestimmungen über das Gewährleistungsrecht wurden zwar aus dem Kompromisstext gestrichen, sodass ein eindeutiger Ausschluss der Anwendbarkeit der gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen auf Downloadverträge durch die Qualifikation als Dienstleistungsvertrag nicht erfolgte. Die Qualifikation als Kaufvertrag hätte aber die Anwendbarkeit der RL 99/44/EG auf EU-Ebene eröffnet. Durch die Qualifikation als Dienstleistungsvertrag wurde die Anwendbarkeit der RL 99/44/EG je nach Umsetzung der RL auf die nationale Ebene verlegt.

Das EP wählte zur vertragsrechtlichen Qualifikation einen ganz anderen Weg, der von der Empfehlung des BEUC und von dem in Auftrag gegebenen Gutachten geprägt wurde. Die Anwendung des Kaufrechts wurde für entgeltliche, einmalige Downloads, die eine dauerhafte Verwendung ermöglichen, eröffnet. Bei allen anderen Downloadverträgen (zB Streaming, Cloud Computing) wurde keine vertragsrechtliche Qualifikation vorgenommen. Sowohl in der Empfehlung des BEUC als auch im Gutachten für den IMCO-Ausschuss wurde festgehalten, dass Verträge über digitale Inhalte nicht generell einem Vertragstyp zugeordnet werden können. Daher nahm das EP auch die Einschränkung auf diese Downloadverträge vor. Die Intention war es, die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen auf derartige Downloadverträge anwendbar zu machen und so den Verbraucherschutz zu erhöhen.

In den Trilogverhandlungen kam es schlussendlich zur Normierung des ErwG 19 RL 2011/83/EU. Sowohl der Rat als auch das EP nahmen von einer vertragsrechtlichen Qualifikation Abstand. Durch die Normierung, dass Verträge über digitale Inhalte weder als Kauf- noch als Dienstleistungsvertrag iSd RL zu qualifizieren sind, wird zum Ausdruck gebracht, dass die Mitgliedstaaten derartige Verträge weiterhin autonom klassifizieren können. Die RL sieht lediglich Rahmenbedingungen in Bezug auf das Widerrufsrecht und die Informationspflichten vor. Diese Vorgehensweise basiert auf den Ergebnissen der Studie der EK, die zur Behandlung von Downloadverträgen in der RL eine Art Vertrag sui generis-Regime vorschlug (siehe Kapitel 3.3.7), sodass auf EU-Ebene Rahmenbedingungen geschaffen werden, die vertragsrechtliche Qualifikation jedoch den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.

Aufgrund der Vertragsautonomie und der unterschiedlichen Qualifizierung von Downloadverträgen in Österreich ist die Schaffung von Rahmenbedingungen mE einer generellen vertragsrechtlichen Typisierung von Downloadverträgen vorzuziehen. Schade ist jedoch, dass sich in der RL nur mehr „Überreste“ der ambitionierten Vorhaben zur Normie-

rung der Rechte an digitalen Inhalten finden. Lediglich die Informationspflichten und das Widerrufsrecht wurden angepasst. Inwiefern ein quasi nicht bestehendes Widerrufsrecht bei Erfüllung der Informationspflichten und angepasste vorvertragliche Informationspflichten KonsumentInnen in Zukunft eine bessere Rechtsposition verschaffen, sei dahingestellt. Gerade die ausdrückliche rechtliche Statuierung von Gewährleistungsbehelfen für digitale Inhalte hätte einen wesentlichen Mehrwert für KonsumentInnen gehabt. An dieser Stelle war der Ansatz des EP mE aber überschießend, da eine Typisierung als Kaufvertrag mit einer Normierung in der RL, dass durch den Kaufvertrag das Eigentum am immateriellen Gut übertragen wird, Probleme in Bezug auf die Anwendbarkeit des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes aufwirft. Gerade der Einwand, dass mit digitalen Inhalten eine Lizenz und nicht die Sache selbst erworben wird, wurde in den Vorarbeiten, vor allem von Unternehmervertretern, gebracht. In der Praxis wird das Eigentum an digitalen Inhalten regelmäßig rechtlich durch Lizenzvereinbarungen und faktisch durch DRM-Maßnahmen beschränkt. ME hätte daher eine derartige Normierung, ohne konkrete Regelungen in Bezug auf den Eigentumserwerb, für Verwirrung gesorgt. Eine Normierung von Rahmenbedingungen für Gewährleistungsbehelfe ohne eine vertragliche Typisierung vorzunehmen, wäre hier der geschicktere Weg gewesen. Jedoch war die Normierung des Gewährleistungsrechts, abseits der Thematisierung der Anwendbarkeit für digitale Inhalte, ohnedies heftig umstritten, sodass zum Wohle des Abschlusses der drei Jahre andauernden Verhandlungen generell auf die Aufnahme in die RL verzichtet wurde.

Abschließend ist nun festzuhalten, dass das Ergebnis der untersuchten Rechtsfrage dieses Kapitels ist, dass RL 2011/83/EU keine Einschränkungen in Bezug auf die vertragsrechtliche Qualifikation von Downloadverträgen in den einzelnen Mitgliedstaaten vorsieht. Diese werden in der RL, der Empfehlung der Studie der EK entsprechend, als Vertrag sui generis behandelt.

3.3.11 Tabellarische Darstellung der Materialien zur RL 2011/83/EU

Datum	Organ / Institution	Titel/ Dokumentnummer	Digitale Inhalte behandelt (ja/nein)	Art der Behandlung: Vertragstyp (VT), Gewährleistung (GL), Widerrufsrecht (W)
08.02.2007	EK	Grünbuch, KOM (2006) 744	Ja	GL
27.10.2007	EWSA	Stellungnahme zum Grünbuch, ABl C 2007/256, 27	Nein	
06.11.2007	EK	GHK/CIVIC/BUREAU VAN DIJK, Analytical Report on the Green Paper	Ja	GL, VT
-	EK	Working Document 2006/514/EC, Responses to Consultation on Directive 97/7/EC	Ja	W
08.10.2008	EK	RL-E, KOM (2008) 614	Ja (aber nur in einem ErwG)	W
08.10.2008	EK	Arbeitsdokument, SEK (2008) 2545	Nein	
08.10.2008	EK	Presseverlautbarung, IP/08/1474	Nein	
08.10.2008	EK	Arbeitsdokument, SEK (2008) 2544	Nein	
08.10.2008	EK	Arbeitsdokument, SEK (2008) 2547	Ja	W
22.04.2009	AdR	Stellungnahme, ABl C 2009/200, 76	Nein	
04.05.2009	EP (IMCO)	Arbeitsdokument, IMCO_DT(2009)423778	Ja	VT
13.05.2009	Rat	Diskussionspapier, Rat 9833/09	Nein	
19.05.2009	Rat	Vermerk Generalsekretariat an Ratsarbeitsgruppe, Rat 7775/09	Nein	
25.05.2009	Rat	Fortschrittsbericht, Rat 10163/09	Nein	
26.05.2009	Rat	Tagung 28.-29.05.2009, Rat 16121/09	Nein	
18.06.2009	Rat	Vermerk des Vorsitzes an den AStV, Rat 11158/09	Nein	
22.10.2009	EK	Mitteilung über den grenzüberschreitenden elektronischen Handelsverkehr, KOM (2009) 557	Nein	

Datum	Organ / Institution	Titel/ Dokumentnummer	Digitale Inhalte behandelt (ja/nein)	Art der Behandlung: Vertragstyp (VT), Gewährleistung (GL), Widerrufsrecht (W)
17.11.2009	EP	Zusammenfassung der Tagung „Verbraucherrechte beim Erwerb digitaler Inhalte“, IMCO_CM(2009)430703	Ja	VT, GL, W
26.11.2009	Rat	Tagung 03.-04.12.2009 - Orientierungaussprache, Rat 10058/09	Nein	
26.11.2009	Rat	Tagung 03.-04.12.2009 – Vermerk des AdR, Rat 16121/09	Nein	
26.11.2009	Rat	Zusammenfassung der Tagung „Verbraucherrechte beim Erwerb digitaler Inhalte“, Rat 16616/09	Ja	VT, GL, W
21.12.2009	Rat	Protokollentwurf zur Ratstagung 03.-04.12.2009, Rat 17038/09	Nein	
23.12.2009	EWSA	Stellungnahme, ABl C 2009/317, 54	Nein	
06.01.2010	Rat	Pressemitteilung, Press 365 (17076/09)	Nein	
10.05.2010	EP (ECON)	Entwurf einer Stellungnahme, ECON_PA(2010)439439	Ja	VT, GL
12.05.2010	Rat	Tagung 25.-26.05.2010 – Orientierungaussprache, Rat 9480/10	Nein	
04.06.2010	Rat	Information der deutschen Delegation, Kostenfallen im Internet, Rat 10604/10	Nein	
06.2010	Beuc	Empfehlung	Ja	VT, GL
11.06.2010	EP (ECON)	Änderungsanträge, ECON_AM(2010)442948	Ja	VT, GL
22.06.2010	Rat	Pressemitteilung, Press 136 (10123/10)	Nein	
25.06.2010	EP (IMCO)	Entwurf eines Berichts, IMCO_PR(2010)442789	Nein	
24.08.2010	EP (JURI)	Entwurf einer Stellungnahme, JURI_PA(2010)445885	Nein	
01.10.2010	EP (ECON)	Stellungnahme, ECON_AD(2010)439439	Ja	VT, GL

Datum	Organ / Institution	Titel/ Dokumentnummer	Digitale Inhalte behandelt (ja/nein)	Art der Behandlung: Vertragstyp (VT), Gewährleistung (GL), Widerrufsrecht (W)
13.10.2010	EP (JURI)	Änderungsanträge, JURI_AM(2010)450756	Ja	VT, GL
25.10.2010	EP (IMCO)	Änderungsanträge, IMCO_AM(2010)450954	Ja	VT, GL
25.10.2010	EP (IMCO)	Änderungsanträge, IMCO_AM(2010)452545	Ja	GL
26.10.2010	Rat	Addendum zum Protokollentwurf zur Ratstagung 25.-26.05.2010, ADD 10410/3	Nein	
30.11.2010	Rat	Protokollentwurf zur Ratstagung 07.-08.06.2010, Rat 10856/10	Nein	
10.12.2010	Rat	Kompromisstext, Rat 16933/10	Ja	VT, W
01.2011	EP	Gutachten, EP 451.491	Ja	VT, GL
21.01.2011	Rat	Liste der A-Punkte zur Ratstagung 24.01.2011, Rat 5415/11	Nein	
24.01.2011	Rat	Pressemitteilung, Press 7 (5426/11)	Ja	VT, W
24.01.2011	EP (JURI)	Stellungnahme, JURI_AD(2011)445885	Ja	VT, GL
09.02.2011	Rat	Pressemitteilung, Press 8 (5432/11)	Nein	
22.02.2011	EP (IMCO)	Bericht, P7_A(2011)0038	Ja	VT, GL
23.03.2013	EP	Protokoll der Plenardebatte, P7_CRE(2011)03-23	Ja	VT, GL
24.03.2011	EP	Protokoll der Plenardebatte, P7_CRE(2011)03-24	Ja	Allgemeine Erwähnung
24.03.2011	EP	Abänderungen des EP in 1. Lesung, P7_TA(2011)0116	Ja	VT, GL
18.04.2011	Rat	Vorbereitung zur Trilogverhandlung, Rat 8992/11	Ja	VT
03.05.2011	Rat	Addendum zum Protokollentwurf zur Ratstagung 24.01.2011, ADD 5708/11	Nein	
30.05.2011	Rat	Vorbereitung zur Trilogverhandlung, Rat 10481/11	Ja	VT

Datum	Organ / Institution	Titel/ Dokumentnummer	Digitale Inhalte behandelt (ja/nein)	Art der Behandlung: Vertragstyp (VT), Gewährleistung (GL), Widerrufsrecht (W)
01.06.2011	EK	Studie der EK (University of Amsterdam)	Ja	VT, GL, W
08.06.2011	Rat	Analyse des Kompromisstextes, Rat 11218/11	Ja	W
09.06.2011	EP	Sitzungsprotokoll 23.03.2011, ABl C 2011/169E, 1	Nein	
09.06.2011	EP	Sitzungsprotokoll 24.03.2011, ABl C 2011/169E, 27	Nein	
10.06.2011	Rat	Finaler Kompromisstext, Rat 11427/11	Ja	VT, W
16.06.2011	EP	Änderungsantrag 265, Abstimmung in 1. Lesung, P7_AMA(2011)0038	Ja	VT, W
23.06.2011	EP	Standpunkt des europäischen Parlaments, P7_TA(2011)0293	Ja	VT
23.06.2011	EP	Protokoll der Plenardebatte, P7_CRE(2011)06-23	Nein	
28.06.2011	Rat	Ergebnis der 1. Lesung des EP, Rat 11984/11	Nein	
19.08.2011	EP	Sitzungsprotokoll 23.06.2011, ABl C 2011/241E, 12	Nein	
10.10.2011	Rat	Pressemitteilung, Press 359 (15321/11)	Nein	
10.10.2011	Rat	Pressemitteilung, Press 354 (15257/11)	Nein	

4 Verordnungsvorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht[332]

4.1 Allgemeine Ausführungen zum Verordnungsvorschlag

Nur einen Tag, nachdem RL 2011/83/EU vom Rat gebilligt wurde (10.10.2011), präsentierte die EK einen Verordnungsvorschlag über ein „gemeinsames europäisches Kaufrecht", kurz GEKR (engl CESL).[333] Somit wurde noch während der Trilogverhandlungen zur RL 2011/83/EU zwischen Juni und Oktober 2011 (an denen die EK beteiligt war), an einem VO-E gearbeitet, der ebenso Vorschriften über digitale Inhalte enthält.

Der VO-E ist das Ergebnis eines rund 20 Jahre andauernden Entwicklungsprozesses zur Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts.[334] Die „Commission on European Contract Law", bestehend aus einem Kreis renommierter ExpertInnen aus den Mitgliedstaaten, entwickelte zunächst die PECL (Principles of European Contract Law), also Grundsätze eines Europäischen Vertragsrechts. Aufbauend auf diese Arbeit wurde Ende 2008, als Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, der DCFR (Draft Common Frame of Reference) fertiggestellt. Der DCFR wurde von einer internationalen Expertengruppe, die von der EK beauftragt wurde, Rechtsrecherchen zur Erarbeitung des gemeinsamen Referenzrahmens durchzuführen, erarbeitet. Der DCFR umfasst Unternehmer- und Verbraucherverträge.[335] Im Herbst 2009 wurde der DCFR als rd 6.500 Seiten umfassendes Werk in sechs Bänden veröffentlicht.[336] Digitale Inhalte finden hier lediglich im Zusammenhang mit dem besonderen Widerrufsrecht Erwähnung.[337] Schlussendlich wurde ab April 2010 daran gearbeitet, aus den umfangreichen Bestimmungen des DCFR ein kompaktes Europäisches Vertragsrecht zu erarbeiten. Das Ergebnis ist der VO-E über ein gemeinsames europäisches Vertragsrecht, kurz das GEKR.[338] Im VO-E hat nun die rechtliche Behandlung digitaler Inhalte Einzug gefunden. Somit ist der VO-E, neben RL 2011/83/EU, das zweite Rechtssetzungsinstrument der EU, das sich mit dem Erwerb digitaler Inhalte befasst. Die Einbeziehung

[332] KOM (2011) 635 endg.
[333] In den nachfolgenden Ausführungen: VO-E (Verordnungs-Entwurf).
[334] *Staudegger* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 135 (157).
[335] GRÜNBUCH Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg, 3.
[336] *Staudegger* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 135 (157).
[337] *Study Group on a European Civil Code/Acquis Group*, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, 204 <http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf>, in der Regelung II – 5:201 in Abs 3 lit d (ii) wird das Widerrufsrecht für Audio- und Videodateien und Computerprogramme die via Download bezogen werden, ausgeschlossen.
[338] *Staudegger* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 135 (158).

digitaler Inhalte in den VO-E basiert auf der Leitinitiative der Digitalen Agenda für Europa, die vorsieht, dass mit der Statuierung eines gemeinsamen Vertragsrechts dazu beigetragen werden soll, den digitalen Binnenmarkt zu fördern.[339]

Der räumliche Anwendungsbereich des VO-E umfasst primär grenzüberschreitende Verträge (Art 4 Z 1),[340] wobei auch Verträge zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten erfasst werden sollen (ErwG 14). Überdies ist eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf rein inländische Sachverhalte möglich (ErwG 15).[341] Der persönliche Anwendungsbereich erfasst Verträge zwischen UnternehmerInnen und VerbraucherInnen, und UnternehmerInnen und KMUs (weniger als 250 MitarbeiterInnen und Jahresumsatz von max 50 Mio Euro, oder Jahresbilanzsumme von max 43 Mio Euro[342]). Hier ist ebenso eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Verträge zwischen Unternehmen, von denen keines ein KMU ist, möglich (ErwG 21).[343] Vom sachlichen Anwendungsbereich werden gem Art 5 lit a-c Kaufverträge (Eigentumsübertragung an Waren gegen Entgelt [Art 2 lit k][344]), verbundene Dienstleistungsverträge (Dienstleistungsverträge, die aufgrund eines dem VO-E unterliegenden Vertragstyps über Waren oder digitale Inhalte erbracht werden, zB Installierung, Wartung [Art 2 lit m][345]) und Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte (nähere Ausführungen finden sich im nächsten Kapitel), erfasst.[346]

Anders als bei RL 2011/83/EU soll durch den VO-E aber nicht das bestehende innerstaatliche Recht verändert werden, da es sich um ein fakultatives Rechtsinstrument handelt.[347] Die Intention dieses Vorschlages ist es, neben den bestehenden Vertragsrechtsregelungen der Mitgliedstaaten eine Art zweites Vertragsrecht-Regelwerk für alle Mitgliedstaaten zu schaffen,[348] dem sich die Vertragspartner freiwillig unterwerfen können.[349] Laut VO-E muss das GEKR zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden, damit es zur Anwendung gelangt, wobei an die Art der Vereinbarung iZm Verbraucherverträgen strenge Anforderungen geknüpft sind (ErwG 22).[350] Eine Aufnahme in die AGB reicht nicht aus, VerbraucherInnen müssen der Vereinbarung ausdrücklich zustimmen (bei Vertragsab-

[339] GRÜNBUCH, KOM (2010) 348 endg, 4.
[340] KOM (2011) 635 endg, 28.
[341] KOM (2011) 635 endg, 20.
[342] ABl L 2003/124, 36 (39).
[343] KOM (2011) 635 endg, 21.
[344] KOM (2011) 635 endg, 26.
[345] KOM (2011) 635 endg, 26 f.
[346] KOM (2011) 635 endg, 29.
[347] KOM (2011) 635 endg, 6.
[348] KOM (2011) 635 endg, 4.
[349] KOM (2011) 635 endg, 6.
[350] KOM (2011) 635 endg, 21.

schluss im Internet durch Anklicken eines Buttons[351]). Überdies muss dem/der VerbraucherIn vor Vertragsabschluss ein Standardinformationsblatt übermittelt werden (ErwG 23).[352] Kommt es zu einer gültigen Vereinbarung, gilt das GEKR laut VO-E und innerstaatliches Recht kommt nicht zur Anwendung, es sei denn, der VO-E enthält keine einschlägigen Bestimmungen. Nicht geregelt werden bspw das Sachenrecht und das Recht des geistigen Eigentums (ErwG 27).[353]

Inhaltlich umfasst der VO-E den gesamten Lebenszyklus eines Vertrages. Der Vorschlag gliedert sich in VIII Teile, wobei in Teil I allgemeine Grundsatzbestimmungen (ua Vertragsfreiheit, Formfreiheit) statuiert sind. Teil II regelt das Zustandekommen eines bindenden Vertrages (ua die vorvertraglichen Informationspflichten und das Widerrufsrecht), Teil III den Vertragsinhalt (ua unfaire Vertragsbestimmungen). In Teil IV finden sich Regelungen hinsichtlich der Verpflichtungen und Abhilfemöglichkeiten der Parteien eines Kaufvertrages oder eines „Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte" (ua Käufer- und Verkäuferpflichten, Abhilfemaßnahmen des/der KäuferIn). Teil V hat denselben Regelungsgehalt wie Teil IV, mit speziellen Vorschriften für verbundene Dienstleistungen. In Teil VI wird das Schadenersatzrecht geregelt, in Teil VII die Rückabwicklung bei Vertragsbeendigung und schlussendlich enthält Teil VIII Verjährungsbestimmungen.[354]

Derzeit befindet sich der VO-E in Verhandlung. Am 25.09.2013 wurde der Bericht des federführenden Ausschusses (JURI-Ausschuss) vorgelegt, wobei die Endversion dieses Berichts leider noch nicht zur Verfügung steht. Die 1. Lesung des EP ist vorläufig für den 24.02.2014 geplant.[355]

4.2 Die Behandlung digitaler Inhalte im Verordnungsvorschlag

4.2.1 Sachlicher Anwendungsbereich

In Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich wurde bereits erwähnt, dass der VO-E für Verträge über digitale Inhalte vereinbart werden kann. Im VO-E wird dieser Vertragstyp sehr komplex geregelt (Art 5 lit b). Erfasst werden Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, die:

- unabhängig von der Art der Bereitstellung (materieller Datenträger oder digital)

[351] *Csoklich*, Vertragsabschluss nach dem GEKR/CESL, AnwBl 2013, 334 (340).
[352] KOM (2011) 635 endg, 22.
[353] KOM (2011) 635 endg, 22 f.
[354] KOM (2011) 635 endg, 35 ff.
[355] <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0284(COD)&l=en>.

- eine Speicherung, Verarbeitung, Wiederverwendung oder den Zugang zu digitalen Inhalten ermöglichen (ErwG 17 nennt hier ausdrücklich den Download als Bsp[356]),
- die gegen Bezahlung eines Entgelts oder gratis erfolgt.[357]

Es wurde bereits in Kapitel 3.3.7 ausgeführt, dass die EK eine Studie zur Behandlung digitaler Inhalte in Auftrag gab, die auf das Regelwerk des DCFR aufbaut. Die Definition digitaler Inhalte im VO-E (Art 2 lit j[358]) wurde mit Änderungen aus der Studie übernommen. Im Folgenden werden daher die Ausführungen der Studie zum sachlichen Anwendungsbereich von Verträgen über digitale Inhalte dargelegt. Ein konkreter Definitionsvorschlag für digitale Inhalte findet sich in der Studie nicht. Es wird hierzu aber vorgeschlagen, dass keine konkreten Zugriffsmöglichkeiten in die Legaldefinition aufgenommen werden sollen, da dies womöglich dazu führen könnte, dass Normen aufgrund technischer Entwicklungen rasch obsolet werden.[359] In Art 5 lit b wird daher, der Empfehlung der Studie entsprechend, ausgeführt, dass digitale Daten unabhängig von der Art der Bereitstellung, dh egal ob sie auf einem materiellen Datenträger bereitgestellt werden oder nicht, dem VO-E unterliegen (ebenso ErwG 17[360]).[361]

Welche Downloadverträge nun konkret vom VO-E erfasst werden, wird in Art 2 lit j in den Begriffsbestimmungen aufgelistet. Die Definition digitaler Inhalte im VO-E ist wesentlich exakter als die der RL 2011/83/EU und lautet wie folgt: „*Daten, die – gegebenenfalls auch nach Kundenspezifikation – in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video-, Audio-, Bild- oder schriftliche Inhalte* [Kategorie 1], *digitale Spiele* [Kategorie 2], *Software* [Kategorie 3] und *digitale Inhalte, die eine Personalisierung bestehender Hardware oder Software ermöglichen* [Kategorie 4]“.[362] Die unterstrichenen Ausführungen wurden aus der Studie übernommen. Die Kategorie der Kundenspezifikation stammt nicht aus der Studie. In der Studie wurden aber zwei weitere Vertragstypen aufgelistet, die nicht in den VO-E übernommen wurden. Zum einen sind das Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, die von einem Unternehmen in einem Netzwerk verfügbar gemacht werden.[363] Gemeint sind damit IT-Strategien wie SaaS oder Cloud Computing. An dieser Stelle wird in der Studie auch betont, dass es sich hierbei um eine eigene Kategorie von

[356] KOM (2011) 635 endg, 20.
[357] KOM (2011) 635 endg, 29.
[358] KOM (2011) 635 endg, 26.
[359] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 175.
[360] KOM (2011) 635 endg, 20.
[361] KOM (2011) 635 endg, 29.
[362] KOM (2011) 635 endg, 26, Hervorhebung durch Unterstreichung seitens der Verfasserin.
[363] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 174.

Verträgen handelt (als fünfte von sechs Kategorien in der Studie).[364] Zum anderen werden soziale Netzwerke (zB Facebook, LinkedIn[365]) als eigene Vertragskategorie genannt.[366] Diese beiden Vertragstypen finden sich nicht im VO-E. Bei den von der Studie übernommenen Vertragstypen wird in der Studie zur Kategorie 1 ausgeführt, dass davon der Download, aber auch Streaming, Onlinemagazine und Datenbanken (zB Eurostat) erfasst werden.[367] Kategorie 2 umfasst iSd Studie Onlinespiele, die eine aktive Interaktion des/der VerbraucherIn mit dem digitalen Inhalt fordern (zB das Onlinespiel World of Warcraft).[368] Als Softwareverträge (Kategorie 3) werden in der Studie Verträge über System-Software (zB Betriebssysteme), Entwicklungsumgebungen (zur Programmierung von Computerprogrammen) und Anwendersoftware (zB Office) verstanden. Zur Kategorie 4 wird in der Studie ausgeführt, dass damit Verträge gemeint sind, deren Vertragsgegenstand Hard- oder Software quasi persönlich macht, als Bsp werden Verträge über Klingeltöne oder Bildschirmschoner genannt.[369] Art 2 lit j enthält überdies einen Katalog von Ausnahmen, wobei an dieser Stelle nicht näher auf alle Ausnahmen eingegangen wird. Im Wesentlichen wurde der Ausnahmenkatalog des VO-E aus der Studie übernommen, wobei eine Abweichung interessant ist. Digitale Inhalte, die von VerbraucherInnen erstellt werden (User Generated Content zB YouTube, Flickr, Wikipedia[370]), werden im VO-E ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen,[371] während die Studie diesen Vertragstyp inkludiert.[372]

Es ist fraglich, ob die Definition des VO-E ebenso einen derart weitreichenden Anwendungsbereich wie die Studie im Sinn hat. Dies ist vor allem bei IT-Strategien wie Cloud Computing oder SaaS nicht eindeutig, da diese in der Studie ausdrücklich als Vertragstyp angeführt werden, jedoch im VO-E keine explizite Erwähnung finden.

Söbbing führt zum sachlichen Anwendungsbereich des VO-E aus, dass digitale Dienste, wie Cloud Computing oder SaaS nicht vom VO-E erfasst sind. Er begründet dies damit, dass Art 5 lit b statuiert, dass der/die NutzerIn die Daten wiederverwenden kann, wobei hier keine Einschränkung auf einen bestimmten Vertragszeitraum erfolgt. Einer zeitweisen Bereitstellung, wie bei Cloud Computing oder SaaS, stünde daher der Wortlaut des Art 5

[364] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 176 f.
[365] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 177.
[366] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 174.
[367] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 176.
[368] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 176.
[369] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 176.
[370] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 177.
[371] KOM (2011) 635 endg, 26.
[372] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 174.

lit b entgegen. Des Weiteren nennt er unter den Ausnahmen des Art 2 lit j Spielverträge in virtuellen Welten, wobei keine näheren Ausführungen gemacht werden, aus welcher Ausnahmebestimmung diese Annahme gründet.[373] Eine konkrete Normierung dieser Vertragsart findet sich im Ausnahmenkatalog nämlich nicht. *Wendehorst* negiert die Anwendbarkeit des VO-E auf Cloud-Computing-Verträge ebenfalls. Überdies ist ihrer Meinung nach jegliches Streaming nicht vom VO-E erfasst. Sie begründet dies zum einen damit, dass in der englischen Version des VO-E in Art 5 lit b der „Zugang" eine Alternative zur Verarbeitung darstellt („*which can be stored, processed or accessed, and re-used*"[374]), während die deutsche Fassung den bloßen Zugang als Alternative zu den anderen drei Nutzungsmöglichkeiten darstellt. Somit würde ihr zufolge die deutsche Version Verträge, die bloß eine Zugangsmöglichkeit umfassen, inkludieren (ua einmaliges Streaming, Cloud Computing), die englische Version dies aber nicht vorsehen. Zum anderen scheint, ihrer Meinung nach, eine Ausweitung auf derartige Vertragstypen unvereinbar mit der Gleichstellung des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte mit dem Kaufvertrag in Teil IV des VO-E (siehe Kapitel 4.2.3). Überdies deute ein Änderungsantrag des JURI-Ausschusses, demzufolge Cloud Computing ausdrücklich in den Anwendungsbereich aufgenommen werden soll, darauf hin, dass derartige Verträge derzeit nicht vom VO-E erfasst sind.[375]

Im Änderungsantrag 10 des JURI-Ausschusses wurde vorgeschlagen, Speicherdienstleistungen im Rahmen des Cloud Computing ausdrücklich in den materiellen Anwendungsbereich aufzunehmen, um klarzustellen, dass Speicherdienstleistungen in der Cloud verbundene Dienstleistungen darstellen.[376] Ein weiterer Änderungsantrag hält fest, dass Verträge über Cloud Computing, die einem Kaufvertrag ähneln (Download aus der Cloud), und insbesondere die vorübergehende Speicherung von digitalen Inhalten (als verbundene Dienstleistung) in der Cloud, erfasst sein sollen.[377] Ob diese Änderungsanträge in den Bericht des JURI-Ausschusses aufgenommen wurden, kann derzeit nicht beantwortet werden, da der Bericht noch nicht öffentlich verfügbar ist.

[373] *Söbbing*, Die Auswirkungen des geplanten EU-Kaufrechts auf IT-Verträge, MR-Int 2012, 55 (56 f).
[374] COM (2011) 635 final, 25.
[375] *Wendehorst*, Der Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, AnwBl 2013, 345 (346).
[376] JURI_PR(2013)505998, 14.
[377] JURI_PR(2013)505998, 12.

In einer Mitteilung der EK zum Thema Cloud Computing wird festgehalten, dass der VO-E auch einige Aspekte des Cloud Computing abdeckt, wobei an dieser Stelle nur auf die allgemeine Definition des Art 2 lit j Bezug genommen wird.[378]

Die Studie, in der all diese thematisierten Vertragstypen erfasst sind, beinhaltet teilweise Bemerkungen zu Verträgen über die Zurverfügungstellung digitaler Inhalte. In Bezug auf die Erfüllung der Lieferverpflichtung wird ausgeführt, dass eine gesonderte Behandlung von Downloadverträgen, in der digitale Inhalte zur Verfügung gestellt werden (zB Onlinespiele, Cloud Computing) nicht notwendig ist, wenn in der Formulierung der Norm nicht auf die Sachherrschaft abgestellt wird.[379] Art 94 Abs 1 lit a VO-E normiert dementsprechend, dass die Lieferverpflichtung erfüllt ist, wenn dem/der VerbraucherIn die Kontrolle über die digitalen Inhalte übertragen wird.[380] Mit dem Terminus „Kontrollübertragung" soll daher die physische Sachherrschaft technikneutraler dargestellt werden. Hinsichtlich des Risikoübergangs normiert Art 142 Abs 2 VO-E, dass der Gefahrenübergang mit der Übertragung der Kontrolle über digitale Inhalte auf den/die VerbraucherIn erfolgt[381] (nach Abschluss des Downloads). Diese Formulierung basiert wiederum auf dem Regelungsvorschlag der Studie, wobei sich in der Studie ein wesentlicher Passus befindet, der nicht in den VO-E übernommen wurde. Der Risikoübergang bezieht sich laut der Formulierung der Studie nur auf „einmalige, dauerhafte" Downloadverträge. Bei anderen Vertragstypen zB Streaming-Verträgen würde das Unternehmen nach wie vor haftbar bleiben, da die Kontrollmöglichkeit bei diesem liegt und es somit zu keinem Risikoübergang kommt.[382] Hinsichtlich der Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes zur Feststellung der Vertragsmäßigkeit wird in der Studie vorgeschlagen, für Verträge über die Zurverfügungstellung digitaler Inhalte (dh bei einer nicht einmaligen, dauerhaften Übertragung) eigens zu normieren, dass der/die UnternehmerIn während der gesamten Vertragslaufzeit vertragskonforme digitale Inhalte liefern muss.[383] Diese Bestimmung findet sich im VO-E nicht. Art 105 Z 4 sieht nur vor, dass im Falle einer notwendigen Aktualisierung die digitalen Inhalte während der Vertragslaufzeit vertragsgemäß sein müssen.[384]

Inwiefern der aktuelle Regelungsvorschlag nun alle Vertragstypen umfassen soll, ist mE nicht eindeutig ersichtlich. Gesonderte Regelungsvorschläge, sowie es die Studie teilweise

[378] KOM (2012) 529, endg, 13.
[379] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 215 f.
[380] KOM (2011) 635 endg, 87.
[381] KOM (2011) 635 endg, 107.
[382] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 216 f.
[383] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 220.
[384] KOM (2011) 635 endg, 92.

vorsieht, fehlen im VO-E. Jedoch soll der Regelungsvorschlag des VO-E laut Kommissionsmitteilung Cloud Computing-Verträge zumindest teilweise abdecken. Es lässt sich aus den zuvor erwähnten Änderungsanträgen des Ausschusses auch erahnen, dass diese Thematik sicherlich Gegenstand weiterer politischer Diskurse sein wird und exakterer Determinierung bedarf.

4.2.2 Gratisdownloads

Ein Novum im VO-E ist, dass auch unentgeltliche Verträge über digitale Inhalte erfasst sind. In ErwG 18 wird dazu ausgeführt, dass digitale Inhalte häufig als eine Art Draufgabe zu erworbenen Waren oder Dienstleistungen gratis bereitgestellt werden. Um diese digitalen Inhalte zu erlangen, kann es notwendig sein, persönliche Informationen zugänglich zu machen, oder es wird keine Gegenleistung gefordert, da die Bereitstellung als Marketingstrategie dient.[385] Das Kriterium der Unentgeltlichkeit in Art 5 lit b kommt ebenso aus der Studie. In der Studie wird dieses Kriterium damit begründet, dass digitale Inhalte nicht ausschließlich in Form eines entgeltlichen Vertrages bezogen werden, sondern überdies andere „Formen der Bezahlung" zur Anwendung gelangen. Dies können virtuelle Währungen sein. Darunter fällt aber auch die Zurverfügungstellung von persönlichen Daten, die ebenso einen Geldwert repräsentieren kann, wenn die Daten für Marketingzwecke (gezielte Werbung) genutzt werden oder entgeltlich weitergegeben werden. Die Aufnahme von „Gratisverträgen" wird mit der Notwendigkeit einer zeitgemäßen Ausweitung des Entgeltbegriffs auf andere Bezahlungsformen gerechtfertigt.[386] Ein Bsp aus der Praxis für den Gratis-Bezug digitaler Inhalte ist der Cloud Service von Amazon, der beim Kauf einer Musik-CD die Möglichkeit bietet, die erworbenen Lieder als digitale Inhalte im MP3-Format unentgeltlich in die Cloud zu laden und auf den eigenen PC herunterzuladen. Die Bekanntgabe weiterer Informationen ist hierfür nicht notwendig. Dieser Service dient somit wohl eher als Marketingstrategie, indem sich Amazon mit zusätzlichen Services für den/die KundIn als attraktive Kaufquelle präsentiert.

Grundsätzlich sind die Bestimmungen des Kaufrechts auch für diese Verträge anwendbar. Jene Bestimmungen, für die der Entgeltcharakter von Bedeutung ist, wurden mit entsprechenden Normierungen ergänzt. Bspw wird in Art 123 Abs 2 die Hauptverpflichtung zur Entgeltzahlung des/der KäuferIn für Gratisdownloads negiert.[387] Art 100 lit g normiert, dass in Bezug auf die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte, hinsichtlich der Erwartun-

[385] KOM (2011) 635 endg, 20.
[386] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 177 f.
[387] KOM (2011) 635 endg, 100.

gen des/der KonsumentIn, zu beachten ist, ob digitale Inhalte bezahlt wurden oder nicht.[388] In der Studie wird hierzu erläutert, dass an Gratisdownloads geringere Erwartungen hinsichtlich der Qualität und Funktionalität gestellt sind, da kein Entgelt geleistet wurde.[389] In Art 107 findet sich dementsprechend eine Einschränkung der gewährleistungsrechtlichen Behelfe. Für Gratisdownloads kann nur Schadenersatz (bei Schäden am Eigentum, einschließlich Hard- und Software) begehrt werden.[390] Im Falle einer Vertragsbeendigung ist bei entgeltlichen Downloadverträgen gem Art 173 Z 4 der Wert, der durch die Nutzung der digitalen Inhalte erspart wurde, zu ersetzen. Bei Gratisdownloads erfolgt gem Art 173 Z 6 keine Rückabwicklung des Vertrags, da ohnedies kein Geldwert besteht.[391]

4.2.3 Abhilfemaßnahmen bei Leistungsstörungen

In Teil IV des VO-E werden die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien für Kaufverträge und „Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte“ geregelt. Gem Art 87 ist der Vertrag, verschuldensunabhängig, nicht erfüllt, wenn digitale Inhalte nicht oder verspätet bereitgestellt werden (lit b) oder nicht vertragsgemäß bereitgestellt werden (lit d).[392] Die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte wird in den Art 99 ff geregelt, wobei an dieser Stelle eine Gleichstellung mit dem Kaufvertrag erfolgt (die Bestimmungen gelten sowohl für Waren als auch für digitale Inhalte).[393] Als Abhilfemaßnahmen bei Nichterfüllung der Verpflichtungen des/der VerkäuferIn, stehen dem/der KäuferIn digitaler Inhalte gem Art 106 Abs 1 Verbesserung oder Austausch (lit a), Preisminderung (lit d) und Wandlung (lit c) zu. Überdies kann der/die KäuferIn die eigene Leistung zurückhalten, bis der Vertrag erfüllt ist (lit b). Des Weiteren besteht ein Recht auf Schadenersatz (lit e).[394] Für digitale Inhalte finden sich hierzu keine gesonderten Bestimmungen (außer der bereits erwähnten Bestimmung [Art 107] für Gratisdownloads). Diese Vorgehensweise wurde auch von der Studie vorgeschlagen, da zwar uU nicht alle Regelungen für digitale Inhalte anwendbar sind, aber aufgrund der Fülle an Abhilfemaßnahmen die Möglichkeit besteht, eine konforme Abhilfemaßnahme auszuwählen. So können laut der Studie zB bei Zugangsproblemen zu digitalen Inhalten die Gewährleistungsbehelfe Verbesserung oder Austausch weniger hilfreich sein. In diesen Fällen kann man aber zu anderen Abhilfemaßnahmen wie Preisminderung, Wandlung und ggf Schadenersatz greifen. Gesonderter Regelungsbedarf wäre

[388] KOM (2011) 635 endg, 90.
[389] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 180.
[390] KOM (2011) 635 endg, 94.
[391] KOM (2011) 635 endg, 120 f.
[392] KOM (2011) 635 endg, 83.
[393] KOM (2011) 635 endg, 89 ff.
[394] KOM (2011) 635 endg, 93.

nur in Bezug auf eine etwaige Vertragsrückabwicklung notwendig, da eine Rückgabe bei digitalen Inhalten nicht möglich ist.[395] Diesbezüglich finden sich entsprechende Regelungen im VO-E (siehe Kapitel 4.2.2).

4.2.4 Vertragsrechtliche Qualifikation

In Bezug auf die vertragsrechtliche Qualifikation wird in der Studie die Vorgehensweise präferiert, die Bestimmungen über den Kaufvertrag, soweit möglich, auf Verträge über digitale Inhalte auszuweiten. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollen derartige Verträge jedoch nicht als Kaufvertrag bezeichnet werden, da dies zu Problemen mit dem zugrundeliegenden Warenbegriff (als körperliche Sache) führen könnte. Das Problem bestünde nämlich dahingehend, dass bei einer Normierung als Kaufvertrag nur digitale Inhalte, die auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, erfasst wären.[396] Dieser Ansatz wurde im VO-E offensichtlich auch verfolgt, da Verträge über digitale Inhalte nicht als Kaufvertrag bezeichnet werden, sondern eben als „Verträge über digitale Inhalte". Dennoch wird, so wie es die Studie vorschlägt, der Anwendungsbereich des Kaufrechts, soweit möglich, für Verträge über digitale Inhalte eröffnet (siehe Kapitel 4.2.3).

Aufgrund der ambitionierten Bemühungen, Verträge über digitale Inhalte dem Kaufvertrag möglichst gleichzustellen, drängt sich die Frage auf, wie die Problematik des Eigentumserwerbes an digitalen Inhalten im VO-E gelöst wird. Gerade bei diesem Thema entfernt man sich von den Bestimmungen des Kaufvertrages (Art 2 lit k normiert den Kaufvertrag als entgeltlichen Vertrag, der zum Eigentumsübergang von dem/der VerkäuferIn auf den/die KäuferIn führt[397]) und geht den umgekehrten Weg, indem nicht auf die rechtliche Komponente (Eigentumsübertragung) abgestellt wird, sondern auf die faktische Komponente, nämlich der Bereitstellung digitaler Inhalte (Art 2 lit j, siehe Kapitel 4.2.1).[398] Zur rechtlichen Komponente (Übertragung einer Lizenz) findet sich ein Hinweis in Art 91 lit d, demzufolge von dem/der VerkäuferIn sichergestellt werden muss, dass der/die KäuferIn zur Nutzung der digitalen Inhalte berechtigt ist.[399] Wie zuvor erwähnt wurde, wird in der Studie geraten, digitale Inhalte wegen des Fehlens eines physischen Mediums nicht als Kaufvertrag zu definieren, da die Eigentumsübertragung an digitalen Inhalten in der Regel vertraglich ausgeschlossen wird. Aus diesem Grund scheitert, laut der Studie, die Bezeichnung als Kaufvertrag, da die Übertragung des Eigentums eine Hauptverpflichtung des/der

[395] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 228 ff.
[396] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 178.
[397] KOM (2011) 635 endg, 26.
[398] *Wendehorst*, AnwBl 2013, 345 (346).
[399] KOM (2011) 635 endg, 86.

UnternehmerIn darstellt. Eine Normierung der Eigentumsübertragung lehnt die Studie jedoch ab, da dadurch Rechtsunsicherheiten für NutzerInnen und UnternehmerInnen in Bezug auf die erworbenen bzw zu übertragenden Rechte entstehen könnten. Gemeint ist damit, dass aufgrund des Fehlens eines Datenträgers bei digitalen Inhalten nicht klar ist, woran ein Eigentum übertragen wird. Es wird befürchtet, dass bei einer Eigentumsübertragung an digitalen Inhalten eine Analogie auf die Übertragung des Eigentums am geistigen Werk erfolgt. Die Möglichkeit, Eigentum an digitalen Inhalten zu erwerben, könnte laut Studie sogar dazu führen, dass bei digitalen Inhalten, die auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, ebenso durch Analogie des Tatbestandes, das geistige Eigentum mitübertragen wird. Der/die NutzerIn soll daher anstatt des Eigentums ein Nutzungsrecht erwerben und dies soll auch ausdrücklich normiert werden.[400] Demzufolge wurde in den VO-E der zuvor erwähnte Art 91 lit d als eine der Hauptverpflichtungen des/der VerkäuferIn aufgenommen.[401] Die Intention der Gewährung eines Nutzungsrechts anstatt einer Eigentumsübertragung ist offensichtlich, dass damit jegliche Bedenken in Bezug auf die Übertragung des geistigen Eigentums, das alleinig dem Urheber zusteht, an digitalen Inhalten beseitigt werden.

Art 5 lit b[402] sieht nun aber vor, dass Verträge über digitale Inhalte, unabhängig von ihrer Bereitstellung auf einem materiellen Datenträger, vom Anwendungsbereich erfasst werden. Während nun Downloads in Bezug auf den Eigentumserwerb, wenn man den Ausführungen der Studie folgt, nicht dem Kaufvertrag gleichzusetzen sind, bleibt die Frage offen, wie es sich mit Verträgen über digitale Inhalte, die auf einem materiellen Datenträger bereitgestellt werden, verhält. Art 91 lit b[403] sieht nämlich als Hauptleistungspflicht des/der VerkäuferIn die Übertragung des Eigentums am materiellen Datenträger, auf dem die digitalen Inhalte bereitgestellt werden, vor. Um dem zuvor geschilderten Problem, dass damit eine Übertragung des geistigen Eigentums am digitalen Inhalt inkludiert sein könnte, entgegenzuwirken, wird, dem Vorschlag der Studie entsprechend, in Art 102 Abs 4 iVm Abs 2[404] normiert, dass der/die VerkäuferIn keine vertragliche Verpflichtung hat, digitale Inhalte zu liefern, die frei von Rechten und Ansprüchen aus geistigem Eigentum Dritter sind, wenn diese Rechte dem/der KonsumentIn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt waren oder bekannt sein müssten. Laut der Studie verletzt der/die VerkäuferIn daher seine/ihre

[400] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 217 f.
[401] KOM (2011) 635 endg, 86.
[402] KOM (2011) 635 endg, 29.
[403] KOM (2011) 635 endg, 86.
[404] KOM (2011) 635 endg, 90 f.

Vertragsverpflichtung nur, wenn Rechte des Urhebers durch den/die KonsumentIn durch regelmäßigen Gebrauch der Ware oder der in Übereinstimmung mit dem Vertrag bestimmungsgemäßen Nutzung verletzt wurden und der/die VerkäuferIn einen entsprechende Warnung unterlassen hat.[405]

Folgt man den Ausführungen der Studie, die für die Normierung des VO-E in Bezug auf digitale Inhalte maßgebend waren, wird beim Download digitaler Inhalte kein Eigentum iSd VO-E erworben. Hier besteht die Verpflichtung des/der VerkäuferIn in der Einräumung eines Nutzungsrechts. Beim Erwerb digitaler Inhalte auf einem materiellen Datenträger wird eben an diesem Eigentum erworben, am darauf gespeicherten digitalen Inhalt erhält man jedoch ein Nutzungsrecht. Der/die KonsumentIn soll hier anscheinend damit rechnen müssen, dass kein Eigentumserwerb am digitalen Inhalt erfolgt (Art 102 Abs 4 VO-E). Unklar ist mE ob der/die KonsumentIn nun aufgrund vertragsrechtlicher Bestimmungen über seine/ihre „beschränkten Eigentumsrechte" Kenntnis erlangen soll, oder dieses Wissen grundsätzlich von einem/r DurchschnittskonsumentIn vorausgesetzt wird.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch, dass bei Verträgen über digitale Inhalte, die auf einem materiellen Datenträger erworben werden, eine Eigentumsübertragung zu erfolgen hat (siehe Art 2 lit k und Art 91 lit b VO-E), der VO-E aber gerade das Sachenrecht und das Recht des geistigen Eigentums aus dem Anwendungsbereich herausnimmt (ErwG 27).[406] Ob es sich bei Downloadverträgen, ausgehend davon, dass kein Kaufvertrag iSd VO-E vorliegt, um Lizenzverträge handelt, wird im VO-E nicht thematisiert, da ja generell für Downloadverträge und Verträge über digitale Inhalte auf einem materiellen Datenträger der gesonderte Vertragstyp „Verträge über digitale Inhalte" besteht.

[405] *University of Amsterdam*, Digital content contracts for consumers, 219.
[406] *Staudegger*, jusIT 2012/57, 127 (131 f); ebenso *Zimmermann*, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JBl 2012, 2 (15), der näheren Untersuchungsbedarf in Bezug auf die Gleichstellung von Kaufverträgen mit Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte sieht.

4.3 Das Zusammenspiel von RL 2011/83/EU und dem Verordnungsvorschlag

Es finden sich bereits in den Vorarbeiten zur RL 2011/83/EU Hinweise des JURI-[407] und des IMCO-Ausschusses[408], dass die Regelungen der RL und des DCFR (dessen Regelungen als Basis für den VO-E herangezogen wurden) miteinander abgestimmt werden müssen. Dementsprechend enthält der VO-E in Art 13 Abs 1 lit h-i[409] kongruente Vorschriften zu Art 6 Abs 1 lit r-s RL 2011/83/EU bezüglich der Informationspflichten für digitale Inhalte. Ebenso wird in Art 40 Abs 3 lit d des VO-E[410] das Widerrufsrecht mit Beginn des Downloads bei ausdrücklicher Zustimmung und zur Kenntnisnahme des Widerrufverlustes, entsprechend dem Art 16 lit m RL 2011/83/EU, unterbunden. Die Regelungen des Art 14 Abs 4 lit b RL 2011/83/EU (Gratisbezug) finden sich in Art 45 Abs 6 lit b VO-E[411] wieder.

Der VO-E geht nun aber im Regelungsumfang wesentlicher weiter als RL 2011/83/EU und umfasst den „Lebenszyklus eines Vertrages“ (von den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts bis hin zu den Abhilfemaßnahmen). Verträge über digitale Inhalte werden, soweit möglich, dem Kaufvertrag gleichgestellt, aber nicht als solcher bezeichnet (siehe Kapitel 4.2.4). Es zeigte sich bereits in den Vorarbeiten zur RL 2011/83/EU, dass eine Klassifizierung von Downloadverträgen als Kaufvertrag schwer durchsetzbar ist (in den Trilogverhandlungen sprach sich der Rat strikt gegen eine derartige Klassifizierung aus). Der VO-E erfasst daher Downloadverträge, ebenso wie RL 2011/83/EU, als eine Art Vertrag sui generis. Der Ansatz für Downloadverträge, die Bestimmungen über den Kaufvertrag (in Bezug auf RL 99/44/EG) anzuwenden, wurde bereits in RL 2011/83/EU vom EP verfolgt, dieses Vorhaben konnte aber in einer RL, deren Vorschriften obligatorisch umzusetzen sind, nicht durchgesetzt werden. Der VO-E, als fakultatives Instrument, hat hier womöglich bessere Chancen, da er nicht in das bestehende Vertragsrecht eingreift und somit uU auf weniger Widerstand stößt.

Als Ergebnis des in Kapitel drei behandelten ErwG 19 RL 2011/83/EU wurde festgehalten, dass mit ErwG 19 die Klassifizierung von Downloadverträgen als Kaufvertrag nicht ausgeschlossen werden sollte. Daher ergibt sich auch kein Widerspruch zu den Vorschriften des VO-E der Downloadverträge im Grunde dem Kaufvertrag gleichstellt. Abschließend kann

[407] JURI_DT(2009)423804, 2; JURI_AD(2011)445885, 4.
[408] IMCO_DT(2010)439177, 10.
[409] KOM (2011) 635 endg, 46.
[410] KOM (2011) 635 endg, 61.
[411] KOM (2011) 635 endg, 64 f.

daher festgehalten werden, dass beide Rechtsetzungsinstrumente denselben Ansatz verfolgen, nämlich Rahmenbedingungen für Downloadverträge zu schaffen, ohne eine vertragsrechtliche Typisierung auf europarechtlicher Ebene durchzuführen.

Während RL 2011/83/EU konkrete Vorgaben, die ins nationale Recht umzusetzen sind, enthält, bietet der VO-E ein optionales Vertragsrechtsregelwerk. Obwohl er einige Novitäten in Bezug auf Downloadverträge enthält (ua Einbeziehung von Gratisdownloads, gesetzliche Anwendbarkeit der Abhilfemaßnahmen) bleibt die Frage offen, inwiefern UnternehmerInnen dieses Regelwerk, aufgrund des fakultativen Charakters, tatsächlich in Anspruch nehmen werden. Ein etwaiger Mehrwert für VerbraucherInnen hängt daher wohl vom „goodwill" der UnternehmerInnen ab. Überdies handelt es sich um einen Gesetzesentwurf, daher kann sich der Regelungsrahmen für Downloadverträge auch noch ändern.

Sowohl RL 2011/83/EU (Art 30) als auch der VO-E (Art 15 Abs 2[412]) enthalten Berichtspflichten der EK über die Anwendung der Rechtssetzungsinstrumente in Bezug auf digitale Inhalte. Dadurch soll künftigen Entwicklungen von Downloadverträgen Rechnung getragen werden, indem bei Bedarf angepasste bzw neue Rechtsvorschriften erlassen werden. Dieser Hinweis zeigt eindeutig, dass Downloadverträge auf EU-Ebene weiterhin besondere Aufmerksamkeit genießen.

[412] KOM (2011) 635 endg, 32.

5 Die vertragliche Qualifikation von Downloadverträgen in der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“[413]

5.1 Die EuGH-Entscheidung „UsedSoft“

Neben den gesetzgeberischen Prozessen wurde die vertragsrechtliche Behandlung von Downloadverträgen auf europäischer Ebene auch in der Rsp behandelt. Im Juli 2012 hatte sich der EuGH in seiner Entscheidung „UsedSoft“ mit der Frage der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf Computerprogramme zu befassen. In den Vorarbeiten zur RL 2011/83/EU und auch in der Kommissionsstudie zur Statuierung des VO-E wurde die Problematik der Normierung als Kaufvertrag aufgrund urheberrechtlicher Schranken (Erschöpfungsgrundsatz) immer wieder thematisiert, sodass diese Entscheidung als richtungsweisend für die vertragsrechtliche Qualifikation von Downloadverträgen zu erachten ist.

5.1.1 Sachverhalt

Die „Oracle International Corp.“ ist eine Computerprogrammherstellerin die ihre Software selbst vertreibt. Sie hat das ausschließliche urheberrechtliche Nutzungsrecht an diesen Programmen. Die Software wird zu 85 % via Download vertrieben. Der/die KundIn lädt die sog „Client-Server-Software“ auf den eigenen Rechner (Server) herunter und erhält durch einen Lizenzvertrag das unbefristete Nutzungsrecht einer bestimmten Anzahl von NutzerInnen auf ihrem Arbeitsplatz (Client) Zugriff zu gewähren. Überdies ermöglicht Oracle ihren KundInnen, im Rahmen eines Software-Pflegevertrages „Patches“ (Programme zur Fehlerbehebung) und „Updates“ (Softwareaktualisierung) herunterzuladen. Ein Lizenzpaket (Volumenlizenz) der streitgegenständlichen Datenbanksoftware von Oracle umfasst 25 NutzerInnen-Lizenzen. Wird nun bspw für 27 NutzerInnen die Lizenz benötigt, müssen zwei Lizenzpakete erworben werden.[414]

Die „UsedSoft GmbH“ erwarb von Oracle-KundInnen nicht mehr benötigte Lizenzpakete oder Teile der Lizenzpakete, wenn der Umfang der NutzerInnen-Lizenzen den Bedarf des/der ErsterwerberIn überstieg (zB 20 NutzerInnen-Lizenzen werden benötigt und 5 NutzerInnen-Lizenzen verkauft). UsedSoft bewarb die Softwareprodukte bereits im Jahre 2005 im Rahmen einer Sonderaktion und wies dabei auf die Aktualität der Software hin,

[413] EuGH 03.07.2012, C-128/11.
[414] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 20 ff.

die durch die fortwirkenden Software-Pflegeverträge garantiert sei.[415] KundInnen von UsedSoft hatten die Möglichkeit weitere NutzerInnen-Lizenzen (um mehr als 25 NutzerInnen anbinden zu können) zu erwerben, wenn die Software bereits am Server gespeichert war. Andernfalls (also für KundInnen, die die Software noch nicht am Server gespeichert hatten) wurde die Software nach Erwerb der „Gebrauchtlizenz“ von der Internetseite von Oracle heruntergeladen.[416] In den Lizenzverträgen, die Oracle mit ihren KundInnen abschloss, fand sich folgender Passus: *„Mit der Zahlung für Services haben Sie ausschließlich für Ihre internen Geschäftszwecke ein unbefristetes, nicht ausschließliches, nicht abtretbares und gebührenfreies Nutzungsrecht für alles, was Oracle entwickelt und Ihnen auf der Grundlage dieses Vertrages überlässt“*.[417] Oracle erhob Klage gegen UsedSoft (die mit der Software der Klägerin handelte) beim LG München I und stützte sich dabei auf das absolute Abtretungsverbot (das nicht abtretbare Nutzungsrecht verbiete eine Vervielfältigung durch die ErwerberIn der „Gebrauchtlizenz“) in ihren Lizenzverträgen. Sowohl das LG München I, als auch das Berufungsgericht, OLG München, entschieden zugunsten der Klägerin Oracle. Im Revisionsverfahren entschied sich der BGH zur Vorlage dreier Fragen zur Vorabentscheidung an den EuGH.[418] Die erste und die dritte Frage nahmen auf die Vervielfältigungshandlungen im Rahmen des Downloads der Software durch den/die ErwerberIn der Gebrauchtlizenz Bezug. Es stellte sich die Frage, ob der/die ErwerberIn im Falle einer eingetretenen Erschöpfung auch als „rechtmäßiger Erwerber“ iSd des Art 5 Abs 1 RL 2009/24/EG[419] anzusehen ist, da er/sie damit befugt wäre die notwendigen Vervielfältigungen zur bestimmungsgemäßen Nutzung (Download, Laden in den Arbeitsspeicher) vorzunehmen. In der zweiten Frage des BGH hatte der EuGH zu beantworten, ob der Erschöpfungsgrundsatz gem Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG auch bei Downloads anwendbar ist.

5.1.2 Entscheidung des EuGH

5.1.2.1 Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Zuerst beantwortete der EuGH die zweite Frage. Der Erschöpfungsgrundsatz ist in Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG geregelt. Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist davon abhängig, ob das zugrundliegende Vertragsverhältnis zwischen Oracle und ihren KundInnen als

[415] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 24 f.
[416] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 26.
[417] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 23.
[418] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 34.
[419] Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 1991/122, 42, kodifiziert durch Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 2009/111, 16.

„Erstverkauf einer Programmkopie“ iSd Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG zu werten ist.[420] Der EuGH stützte sich hierbei auf sein in stRsp gefestigtes Auslegungsmonopol (unter Verweis auf C-5/08 [Infopaq],[421] C-34/10 [Brüstle][422] und C-510/10 [DR und TV2 Danmark][423]) und nahm, den Schlussanträgen des GA folgend,[424] eine unionsrechtliche Qualifikation des Begriffes Kaufvertrag vor, damit Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG („Erstverkauf der Programmkopie“) überhaupt angewendet werden kann. Diese Vorgehensweise sei notwendig, da der Wortlaut des Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG in Bezug auf die Bedeutung des Begriffes „Verkauf“ nicht auf das nationale Recht verweist und dadurch vermieden werden kann, dass durch unterschiedliche nationale Auslegung der RL Rechteinhaber unterschiedlichen Rechtschutz in den Mitgliedstaaten genießen.[425] Verkauf iSd RL sei daher „*eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt*“.[426] Bezogen auf den gegenständlichen Fall führte der EuGH nun aus, dass aufgrund der Gewährung eines dauerhaften Nutzungsrechts durch Herunterladen der Kopie und Abschluss eines Lizenzvertrages gegen Zahlung eines Entgelts, das dem Rechteinhaber eine Vergütung des wirtschaftlichen Wertes seiner/ihrer Werkkopie ermöglicht, ein Eigentumserwerb und folglich ein Erstverkauf vorliege.[427] Dem Einwand Oracles, dass ein Lizenzvertrag vorläge, und somit Vertragsinhalt nur ein Nutzungsrecht am Programm, nicht aber das Programm selber wäre,[428] entgegnete der EuGH, dass die vertragsrechtliche Typisierung die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes nicht ausschließt. Das Herunterladen der Kopie und die Rechteeinräumung durch Abschluss des Lizenzvertrages bilden nämlich ein „unteilbares Ganzes“, sodass beide Vorgänge gemeinsam für die Vertragskategorisierung entscheidend seien. Das Herunterladen der Kopie wäre nämlich sinnlos, wenn diese danach nicht genutzt werden dürfte, deswegen seien diese Vorgänge rechtlich untrennbar.[429] Zur vertragsrechtlichen Typisierung hielt der EuGH, der Ansicht des GA folgend,[430] fest, dass der Begriff „Verkauf“ iSd des Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG einer weiten Auslegung bedarf, damit der Erschöpfungsgrundsatz nicht einer eingeschränkten Wir-

[420] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 38.
[421] EuGH 16.07.2009, C-5/08 (Infopaq) (Elf Wörter) = jusIT 2009/62, 133 (*Staudegger*).
[422] EuGH 18.10.2011, C-34/10 (Brüstle) = ZTR 2012, 55 (*Metzler*).
[423] EuGH 26.04.2012, C-510/10 (DR und TV2 Danmark) = MR-Int 2013, 29 (*Walter*).
[424] GA 24.04.2012, C-128/11 (UsedSoft) Rz 51.
[425] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 39 ff.
[426] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 42.
[427] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 45.
[428] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 43.
[429] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 44.
[430] GA 24.04.2012, C-128/11 Rz 59.

kung unterliege und Parteien diesen lediglich mit der Vertragsbezeichnung (Lizenzvertrag statt Kaufvertrag) umgehen könnten.[431] Oracle und die EK wendeten ein, dass das Anbieten des Downloads auf der Internetseite des Urheberrechteinhabers eine „öffentliche Zugänglichmachung“ nach Art 3 Abs 1 RL 2001/29/EG[432] darstelle, die keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts bewirkt.[433] Der EuGH hielt diesem Einwand zwei Argumente entgegen. Erstens sei die RL 2009/24/EG lex specialis zur RL 2001/29/EG, da in Art 1 Abs 2 lit a RL 2001/29/EG normiert wird, dass gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen über den Schutz von Computerprogrammen unberührt bleiben. Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts würde daher auch eintreten, wenn im gegenständlichen Fall eine „öffentliche Zugänglichmachung“ nach Art 3 Abs 1 RL 2001/29/EG vorläge, da eben Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG die lex specialis sei.[434] Zweitens stelle sich die Frage der „öffentlichen Zugänglichmachung“ in diesem Fall nicht, da ein Eigentum an der Programmkopie übertragen wurde. Gestützt auf Art 6 Abs 1 WCT[435] werde durch Eigentumsübertragung die öffentliche Zugänglichmachung zu einer Verbreitungshandlung iSd Art 4 Abs 2 RL 2001/29/EG, die eine Erschöpfung herbeiführen kann.[436] Von Oracle, der EK[437] und mehreren nationalen Regierungen[438] kam der Einwand, dass Erschöpfung nur an materiellen Gütern eintreten könne. Der EuGH führte hierzu aus, dass diesem Einwand die Formulierung des Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG entgegenstehe, da hier von einer „Programmkopie“ die Rede ist. Eine Unterscheidung zwischen Körperlichkeit oder Unkörperlichkeit wird an dieser Stelle nicht vorgenommen.[439] Die Abweichung zur RL 2001/29/EG, bezogen auf ErwG 28 RL 2001/29/EG, demzufolge das Verbreitungsrecht der Kontrolle über „in Gegenständen verkörperten Werken“ dient und ErwG 29 RL 2001/29/EG, der festhält, dass sich die Frage der Erschöpfung bei Online-Diensten nicht stellt, sei laut EuGH der Ausdruck eines anderen Regelungswillens des Unionsgesetzgebers.[440] Überdies sei die Veräu-

[431] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 49.
[432] Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10.
[433] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 50.
[434] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 51.
[435] WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) Genf (1996), BGBl III 22/2010, in Österreich und Deutschland in Kraft seit 14.03.2010, Art 6 Abs 1 normiert das Verbreitungsrecht: Die Urheber von Werken der Literatur und Kunst haben das ausschließliche Recht zu erlauben, dass das Original und Vervielfältigungsstücke ihrer Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.
[436] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 52.
[437] GA 24.04.2012, C-128/11 Rz 42.
[438] GA 24.04.2012, C-128/11 Rz 38, Einwände wurden von der spanischen, französischen, irischen und italienischen Regierung vorgebracht.
[439] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 55.
[440] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 60.

ßerung eines Computerprogramms durch Download bzw durch Übergabe eines materiellen Datenträgers, unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz, wirtschaftlich und funktionell vergleichbar.[441] Die Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf körperliche Kopien würde zu einer Besserstellung jener Urheberrechteinhaber führen, die ihre Werke digital verbreiten. Dies „*ginge über das zur Wahrung des spezifischen Gegenstands des fraglichen geistigen Eigentums Erforderliche hinaus*“.[442] Schließlich musste sich der EuGH noch zu dem Einwand Oracles, dass mit dem Software-Pflegevertrag und den damit verbundenen Softwareaktualisierungen neue Programmkopien erzeugt werden, die nicht der Erschöpfung unterliegen, äußern.[443] Der EuGH stellte hierzu fest, dass die „Patches“ und „Updates“ Bestandteile der ursprünglichen Kopie seien und daher von dem/der ErwerberIn zeitlich unbeschränkt genutzt werden könnten. Aus diesem Grund erstrecke sich die Erschöpfungswirkung auch auf die aktualisierte bzw verbesserte Version des Computerprogramms und könne von späteren ErwerberInnen ebenso genutzt werden.[444] Der EuGH sah nun aber Einschränkungen vor. Der/die WeiterverkäuferIn müsse seine/ihre eigene Kopie unbrauchbar machen, da ansonsten das Vervielfältigungsrecht gem Art 4 Abs 1 lit a RL 2009/24/EG verletzt würde. Das bedeutet, dass eine Aufspaltung der Volumenlizenzen (wie im gegenständlichen Fall) nicht zulässig ist, da in diesem Fall sowohl der/die WeiterverkäuferIn als auch der/die ErwerberIn der Gebrauchtlizenz über die Programmkopie verfügen würden. Ein Erwerb zusätzlicher Nutzungslizenzen um den Kreis der BenutzerInnen ausweiten zu können, ist daher nicht von der Erschöpfungswirkung erfasst.[445] Bezogen auf den Einwand Oracles, dass eine Überprüfung, ob eine Kopie tatsächlich unbrauchbar gemacht wurde, schwierig sei, wies der EuGH ausdrücklich auf die Möglichkeit zur Anwendung technischer Schutzmaßnahmen (siehe Kapitel 2.9), bspw Produktschlüssel, hin.[446]

5.1.2.2 Zulässigkeit der Vervielfältigungen durch den/die ErwerberIn der „Gebrauchtlizenz“

Die Zulässigkeit der Vervielfältigung wurde vom EuGH, abweichend von den Schlussanträgen des GA,[447] bejaht. Gem Art 5 Abs 1 RL 2009/24/EG braucht der/die rechtmäßige

[441] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 61.
[442] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 63.
[443] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 64.
[444] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 67 f.
[445] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 69 ff.
[446] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 79, 87.
[447] GA 24.04.2012, C-128/11 Rz 98, der die Möglichkeit der Vervielfältigung zur bestimmungsgemäßen Nutzung gem Art 5 Abs 1 RL 2009/24/EG nur auf diejenigen, die bereits über die Kopie verfügen, beschränkt. Eine Vervielfältigung um die Kopie überhaupt zu erhalten, sei daher nicht von der bestimmungsgemäßen Nutzung erfasst.

ErwerberIn der Programmkopie für Vervielfältigungshandlungen, die zur „bestimmungsgemäßen Nutzung“ notwendig sind, nicht die Erlaubnis des Urheberrechteinhabers. Um das Computerprogramm bestimmungsgemäß nutzen zu können, muss dieses vervielfältigt, nämlich heruntergeladen, werden. Der/die ErwerberIn der „gebrauchten Lizenz“ ist somit auch rechtmäßige/r ErwerberIn, da andernfalls der Erschöpfungsgrundsatz wirkungslos wäre. Eine Software kann nämlich nur durch Vervielfältigung verbreitet werden. Die Zulässigkeit des Vervielfältigungsrechts bezieht sich auch auf jede/n weitere/n ErwerberIn.[448]

5.2 Auswirkungen auf das nationale Recht in Hinsicht auf die vertragsrechtliche Qualifizierung von Downloadverträgen

5.2.1 Allgemeine Ausführungen

In Österreich erschöpft sich das Verbreitungsrecht gem § 16 Abs 3 UrhG an „Werkstücken“. Durch diese Terminologie wäre die Körperlichkeit von Software Voraussetzung, um eine Erschöpfungswirkung eintreten zu lassen. Aufgrund der EuGH-Entscheidung ist nun aber geklärt, dass sich das Verbreitungsrecht auch an unkörperlichen Sachen erschöpfen kann.

Die Zuordnung von Software als körperliche oder unkörperliche Sache ist in Österreich umstritten.[449] § 292 ABGB normiert, dass körperliche Sachen nur jene sind, die in die Sinne fallen (damit sind die menschlichen Sinne zB Sehen, Tasten gemeint[450]), ansonsten handelt es sich um unkörperliche Sachen.

Software und Daten im Allgemeinen sind nur unter Zuhilfenahme von Hardware (dem Bildschirm) mit den Sinnen wahrnehmbar. Faktisch existieren sie durch Ladungszustände (siehe Kapitel 2.4.1), diese kann der Mensch aber weder sehen noch ertasten.[451] Daher hat sich die herrschende Rechtsmeinung etabliert, dass Software und Daten im Allgemeinen unkörperlich sind.[452] Aus urheberrechtlicher Sicht müsste daher § 16 Abs 3 UrhG, dessen

[448] EuGH 03.07.2012, C-128/11 Rz 82 ff.
[449] *Kisslinger* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Kommentar zum ABGB. Klang-Kommentar[3] § 292 Rz 15 ff (2008).
[450] *Kisslinger* in Klang-Kommentar[3] § 292 Rz 1.
[451] *Schmitt*, Der Fall "UsedSoft" und seine vertrags- und urheberrechtlichen Implikationen, in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013) 247 (248).
[452] *Ertl/Wolf*, Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991) 78 ff und 115; *Andréewitch/Steiner*, Outsourcing – Herausgabe der Daten bei Vertragsbeendigung, ecolex 2005, 358 (359); *Eccher* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ § 292 Rz 1 (2010).

Wortlaut unkörperliche Sachen nicht umfasst, im Wege der Analogie ausgeweitet werden, um eine RL-konforme Interpretation iSd EuGH-Urteils zu ermöglichen.[453]

Aus sachenrechtlicher Sicht bedürfen die Ausführungen der Entscheidung, in Bezug auf die Eigentumsübertragung durch Kauf, ebenso näherer Betrachtung. Der Kaufvertrag ist in § 1053 ABGB geregelt und normiert, dass eine „Sache“ gegen Entgelt jemand anderem überlassen wird. Aufgrund des weiten Sachbegriffs in § 285 ABGB, der alles, was von der Person zu unterscheiden ist, als Sache normiert, sind unkörperliche Sachen jedenfalls auch Gegenstand des Kaufrechts. Gem § 1053 S 2 bildet der Kaufvertrag den Titel (Verpflichtungsgeschäft) zur Erwerbung des Eigentums (Verfügungsgeschäft). Der Gesetzeswortlaut des § 1053 ABGB steht einem Eigentumserwerb an unkörperlichen Sachen nicht entgegen, da keine Differenzierung des Sachbegriffs vorgenommen wird. § 353 ABGB normiert sogar ausdrücklich, dass an körperlichen und unkörperlichen Sachen Eigentum begründet werden kann. An dieser Stelle muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die hM[454] entgegen dem Gesetzeswortlaut dingliche Rechte, und somit auch das Eigentumsrecht, auf körperliche Sachen beschränkt. In diesem Zusammenhang werden unkörperliche Sachen als Rechte betrachtet, Modus ist in diesem Fall nicht die Übergabe, sondern die Zession gem der §§ 1392 ff ABGB. Würden nun die sachenrechtlichen Vorschriften des Eigentumsrechts zur Anwendung kommen, wären jene Vorschriften über die Zession überflüssig. *Ertl* kritisiert diese Vorgehensweise insoweit, als dadurch „andere unkörperliche Sachen“, wie etwa Software, ebenfalls aus der Anwendbarkeit des Sachenrechts rausfallen.[455] Wie bereits erwähnt wurde, steht der Gesetzeswortlaut einem Eigentumserwerb jedoch nicht entgegen.

F. Bydlinski führt in Bezug auf den Kauf unkörperlicher Sachen aus, dass die Eigentumsverschaffungspflicht bei unkörperlichen Sachen wegfällt, Kaufgegenstand sei damit die „faktische Nutzung“ der unkörperlichen Sache.[456] *Aicher* qualifiziert den Erwerb von Standardsoftware sogar ausdrücklich als „Kauf“, bei Überlassung dieser auf Dauer und zur freien Verfügung, schließt aber zugleich eine Vollrechtsübertragung aus.[457]

---

[453] *Schmitt*, MR 2012, 256 (259); *Rüffler*, Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11, 52 (58), der bereits vor vier Jahren und daher unabhängig von der EuGH-Entscheidung, eine Ausweitung für möglich und notwendig hielt.
[454] *Iro*, Bürgerliches Recht. Band IV: Sachenrecht[4] (2010) Rz 1/10 und Rz 4/1; *Spielbüchler* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB[3] § 292 Rz 3 (2000).
[455] *Ertl/Wolf*, Software im Zivilrecht, 115.
[456] *F. Bydlinski* in Klang (Hrsg), ABGB IV/2[2] § 1053 S 108 (1978).
[457] *Aicher* in ABGB[3] § 1053 Rz 52.

Der EuGH qualifiziert nun den „Verkauf“ eines Computerprogramms für alle Mitgliedstaaten bindend als:

- Übertragung des Eigentums
- an einer körperlichen oder unkörperlichen Sache
- gegen Entgelt.

An dieser Stelle ist zu beachten, dass gem § 425 ABGB der Erwerb des Eigentums nicht durch den Titel erwirkt ist. Es bedarf überdies einer rechtlichen Übergabe und Übernahme, dem Verfügungsgeschäft. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, in diesem Fall der Kaufvertrag, ist daher vom dinglichen Verfügungsgeschäft zu trennen (Trennungsprinzip).[458] Der EuGH nimmt eine Eigentumsübertragung als Tatbestandsmerkmal für den Kauf an. Diese unionsrechtliche Definition ist zwar mit dem ABGB vereinbar, da gem § 353 ABGB auch unkörperliche Sachen Gegenstand des Kaufvertrages sein können, jedoch ergibt sich aus den §§ 425 und 1053 S 2 ABGB, dass der Kaufvertrag keine Eigentumsübertragung bedingt, sondern den Titel zur Eigentumserwerbung bildet. Eine Eigentumsübertragung aus dem Titelgeschäft normiert das Gesetz somit nicht.

5.2.2 Lehrmeinungen zur Auswirkung auf die vertragsrechtliche Behandlung von Computerprogrammen

Die vom EuGH vorgenommene unionsrechtliche Definition des „Verkaufs“ hat für Kritik gesorgt. *Staudegger* bemerkt hierzu, dass die Kompetenz zur unionsweiten Auslegung nicht aus einem legislativen Akt hervorgeht, sondern aus der Rsp des EuGH. In diesem Zusammenhang sei zu hinterfragen, wo die Grenzen dieses Auslegungsmonopols liegen. Konkret wird kritisiert, dass ein zivilrechtliches Kernthema („Kauf“) ohne ein näheres Zitat, lediglich mit dem Hinweis, dass es sich hierbei um eine „allgemein anerkannte Definition“ handle, vom EuGH unionsweit verbindlich definiert wird.[459] *Ohly* bemängelt in diesem Zusammenhang, dass der EuGH sich in seiner Definition weder auf RL 99/44/EG, noch auf den VO-E des GEKR[460] (siehe Kapitel vier) stützt. Fraglich sei auch, wie sich diese Definition mit einem Rechtskauf vereinbaren lässt, da an die Eigentumsübertragung angeknüpft wird.[461] *Haberstumpf* führt hierzu aus, dass Gegenstand des Kaufvertrages das ist, was die Parteien vereinbaren. In diesem Fall wollte Oracle, wie es aus dem Lizenzver-

[458] *Riss*, Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts - neue Gedanken zu einer alten Streitfrage. Ein Beitrag zur Lehre von der dinglichen Einigung, ÖBA 2010, 215 (220).
[459] *Staudegger*, jusIT 2012/57, 127 (129).
[460] KOM (2011) 635.
[461] *Ohly*, Europarecht. Urheberrecht, JZ 2013/1, 37 (43).

trag hervorgeht, aber definitiv kein Eigentum übertragen. Aus diesem Grund sei die Beurteilung des EuGH unzulässig.[462] *Staudegger* kritisiert ebenso die Umdeutung des erklärten Willens der Parteien. Vertragsgegenstand sei eindeutig die Nutzungsrechtseinräumung an der Software, durch die Umdeutung werde grundlos in die Vertragsautonomie eingegriffen. Denn in diesem Fall hätte eine dauerhafte Lizensierung für die Annahme eines Verkaufs ebenso gereicht, da Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG nur von „Erstverkauf“ (ohne Abstellen auf eine Eigentumsübertragung) spricht. Beim Softwareerwerb werde zivilrechtlich das Benutzungsrecht erworben und nicht die Programmkopie, daher könne somit auch allenfalls das Benutzungsrecht gekauft werden.[463] *Schmitt* führt hierzu ebenso aus, dass im Zusammenhang mit einer Datei von Eigentumsübertragung zu sprechen, verstörend wirkt, da eine Datei immer nur als Kopie übertragen werden kann (siehe hierzu Kapitel 2.8). Tatsächlich werde daher ein Rechtepaket übertragen und die Daten werden, einem Werkvertrag ähnlich (durch Bearbeitung/Gestaltung des Materials, also der Ladungszustände am Gerät des/der ZweiterwerberIn, wird die Nutzung der Software möglich), kreiert.[464] Die vom EuGH gewählte Vorgehensweise hat natürlich auch auf die Vertragstypisierung Auswirkung, da der Lizenzvertrag bei Einräumung eines unbefristeten Nutzungsrechts in einen Kaufvertrag umgedeutet wird. Ersterer existiert faktisch in diesem Vertragsverhältnis nicht mehr bzw ist die Bezeichnung als Lizenzvertrag nicht zutreffend.[465]

Walter erweitert das für die Anwendbarkeit des Art 4 Abs 2 2009/24/EG zugrundeliegende Vertragsverhältnis des Kaufvertrages auch auf andere Verträge, die auf eine Eigentumsübertragung abstellen (zB Tausch, Schenkung). Er begründet dies damit, dass sich das Verbreitungsrecht gem Art 4 Abs 2 RL 2001/29/EG auch durch eine „andere erstmalige Eigentumsübertragung“ erschöpft. In diesem Fall werde die konkrete Vorschrift der RL 2009/24/EG durch RL 2001/29/EG ergänzt.[466]

Obwohl die Veräußerung von Computerprogrammen unter den Voraussetzungen des EuGH-Urteils rechtlich möglich ist, muss an dieser Stelle bedacht werden, dass dieser Ver-

[462] *Haberstumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht. Warum der Ansatz des EuGH einen falschen Weg zeigt, CR 2012/9, 561 (562).
[463] *Staudegger*, jusIT 2012/57, 127 (131); zust *Bisset*, Der Erschöpfungsgrundsatz und Software – Auch auf andere digitale Inhalte anwendbar?, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 597 (600).
[464] *Schmitt* in Staudegger/Thiele, Geistiges Eigentum, 247 (260 f).
[465] *Schmitt* in Staudegger/Thiele, Geistiges Eigentum, 247 (254); *Schneider/Spindler*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht? Das Urteil des EuGH vom 3.7.2012 – Rs C-128/11 – „UsedSoft“ Gebrauchtsoftware, CR 2012/8, 489 (489); *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software. Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 2012/10, 642 (645).
[466] *Walter* zu EuGH C-128/11, MR-Int 2012, 34 (41).

äußerung womöglich faktische Schutzmaßnahmen (auf deren Zulässigkeit der EuGH ausdrücklich hinweist) entgegenstehen (siehe Kapitel 2.9). Hierbei kann es sich um einen Kopierschutz oder etwa um einen Produktschlüssel handeln. Die Frage inwieweit Softwareanbieter verpflichtet werden können, derartige Maßnahmen im Falle eines Weiterverkaufs aufzuheben, damit eben diese rechtlich zulässige Weiterveräußerung überhaupt stattfinden kann, wird in der EuGH-Entscheidung offen gelassen und somit wohl Gegenstand folgender Entscheidungen werden.[467] Überdies führt der Einsatz von DRM-Maßnahmen zu dem Ergebnis, dass der Eigentumserwerb an der „Sache“ Computerprogramm zwar möglich ist, diese jedoch ohne Zustimmung des Rechteinhabers zu weiteren Nutzungsvereinbarungen unbenutzbar bleibt.[468]

Gesonderte Erwähnung verdient auch die vom EuGH vorgenommene Ausweitung der Erschöpfungswirkung auf Software-Pflegeverträge. Diese werden quasi vom Kaufvertrag miterfasst. Insoweit ist aber unklar, wann ein Software-Pflegevertrag nicht mehr dem Kaufvertrag zuzurechnen ist. In der Lehre wird hierzu die Meinung vertreten, dass der Software-Pflegevertrag dann nicht mehr erfasst ist, wenn dieser gesondert vergütet werden muss oder eine sehr umfangreiche Modifikation der Software vorgenommen wird.[469]

Zu guter Letzt ist die praktische Bedeutsamkeit der vieldiskutierten EuGH-Entscheidung zu hinterfragen. *Anderl* misst der Entscheidung bezogen auf die Entwicklung des Marktes geringere Bedeutung zu, da es durch Vertriebsmodelle wie SaaS oder Cloud-Computing (siehe Kapitel 2.10) zu keiner dauerhaften Rechteeinräumung kommt, sondern mietvertragsähnliche, zeitlich beschränkte, Nutzungsrechte eingeräumt werden. Ebenso können Softwareanbieter einer Erschöpfungswirkung entgehen, indem bspw ein laufendes Entgelt, statt einer Einmalzahlung verlangt wird. Überdies kann eine Weiterveräußerung erschwert werden, indem der Umfang von Volumenlizenzen erhöht wird, da eine Aufspaltung ja nicht zulässig ist.[470] Durch kleinere Lizenzpakete könnte der „Gebrauchthandel“ natürlich flexibler und bedarfsgenauer stattfinden. Der Vorteil an umfangreichen Volumenlizenzen ist jedoch, dass diese wahrscheinlich gegenüber „kleineren“ Volumenlizenzen kostengünstiger sind.[471] ME wird der Preisvorteil durch umfangreichere Volumenlizenzen im Allgemeinen zu hinterfragen sein, da UnternehmerInnen, die nur ein paar NutzerInnenlizenzen

[467] *Kulka*, ÖBl 2012/58, 244 (247).
[468] *Staudegger* in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht[3], 135 (150).
[469] *Schmitt* in Staudegger/Thiele, Geistiges Eigentum, 247 (257 f); *Schneider/Spindler*, CR 2012/8, 489 (493) in FN 50.
[470] *Anderl* zu EuGH C-128/11, ecolex 2012/368, 905 (907 f).
[471] *Hartmann*, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, GRUR Int 2012/11, 980 (986).

brauchen, so gezwungen würden, ein Lizenzpaket zu erwerben, das nur teilweise genutzt wird und auch nicht aufgespaltet werden darf. Auch *Kulka* betont in diesem Zusammenhang, dass das vom EuGH vorgenommene Verbot der Aufspaltung von Volumenlizenzen den Handel mit „Gebrauchtlizenzen“ deutlich hemmt.[472]

5.2.3 Lehrmeinungen zur Auswirkung auf die vertragsrechtliche Behandlung von anderen digitalen Inhalten

Die gegenständliche EuGH-Entscheidung behandelt die Erschöpfungswirkung an einem Computerprogramm iSd RL 2009/24/EG. Als Konsequenz können die Ergebnisse der Entscheidung nicht ohne weiteres auf digitale Inhalte ausgeweitet werden, da RL 2009/24/EG gem Art 1 Abs 1 nur für Computerprogramme gilt. In Bezug auf eine Erschöpfungswirkung anderer digitaler Inhalte, wie etwa e-Books, Musik oder Filme, ist daher zu hinterfragen, ob diese gem Art 4 Abs 2 RL 2001/29/EG eintritt.

Anderl weitet die Anwendbarkeit des Urteils auf jeglichen Onlinevertrieb aus (explizit bezieht er sich auf Online-Musikstores), ohne diese Ansicht näher zu begründen.[473] *Appl/Schmidt* sprechen sich ebenso für eine Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Güter aus. Aufgrund der vom EuGH vorgenommenen Gleichstellung des körperlichen und unkörperlichen Vertriebes von Software, wäre es sinnvoll, dass dasselbe auch für andere digitale Inhalte, die unkörperlich vertrieben werden, gelten müsse. Das Verbreitungsrecht erschöpfe sich dabei an dem konkret erworbenen digitalen Inhalt.[474] Als Argument für die Ausweitung der Entscheidung wird auch ins Treffen geführt, dass die Software an sich nicht alleine aus einem Computerprogramm besteht, sondern ebenso andere Werkarten, wie bspw Texte und Grafiken, enthalten sind. Eine Einschränkung der EuGH-Entscheidung würde daher dazu führen, dass zwar das Computerprogramm an sich von der Erschöpfung erfasst wäre, nicht jedoch Komponenten des Programmes.[475] *Kulka* weist in Bezug auf die Ausweitung der Entscheidung auf die begriffliche Problematik hin, da Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG von der Erschöpfungswirkung an der „Programmkopie“ spricht, während Art 4 Abs 2 RL 2001/29/EG an der Körperlichkeit haftet und den Begriff „Vervielfältigungsstück“ verwendet.[476] Überdies führt ErwG 28 RL 2001/29/EG zum Erschöpfungsgrundsatz aus, dass sich dieses auf ein „in einem Gegenstand verkörpertes Werk“ bezieht. *Schmitt* sieht eine Anwendbarkeit nur bei einer großzügigen Auslegung des

[472] *Kulka*, ÖBl 2012/58, 244 (246).
[473] *Anderl* zu EuGH C-128/11, ecolex 2012/368, 905 (907).
[474] *Appl/Schmidt* in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer, Abstraktion und Applikation, 591 (596).
[475] *Appl/Schmidt* in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer, Abstraktion und Applikation, 591 (595).
[476] *Kulka*, ÖBl 2012/58, 244 (247).

Wortlautes der RL 2001/29/EG. Zum einen muss die Erschöpfungswirkung an „diesem Gegenstand“, so wie es Art 4 Abs 2 RL 2001/29/EG normiert, genauso ausgelegt werden wie der Passus „diese Kopie“ in Art 2 Abs 4 RL 2009/24/EG, damit die notwendige Vervielfältigung vom Wortlaut erfasst wird. Zum anderen muss, trotz des problematischen Sachcharakters von digitalen Inhalten (siehe Kapitel 5.2.1), entweder eine Körperlichkeit angenommen werden, oder trotz Unkörperlichkeit, eine extensive Auslegung der Begriffe „Gegenstand“ bzw „Vervielfältigungsstück“ des Art 4 Abs 2 RL 2001/29/EG erfolgen.[477] *Hartmann* führt mE zutreffend aus, dass in Bezug auf die Auslegung der Begriffe der RL 2001/29/EG zu bedenken ist, dass der Gesetzgeber zu dieser Zeit, aufgrund schlechterer Internetverbindungen, kaum mit dem Onlinevertrieb digitaler Güter konfrontiert war (siehe hierzu Kapitel 2.3.2.2). Ein Ausschluss des Erschöpfungsgrundsatzes wegen mangelnder Körperlichkeit wäre daher nicht zeitgemäß. Das Hauptargument zur Ausweitung läge aber im Hinweis des EuGH, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Gleichbehandlung von körperlichen und unkörperlich vertriebenen Programmkopien fordert. Durch den erzielten Erlös wird unabhängig davon, um welchen digitalen Inhalt es sich handelt (Computerprogramm oder andere digitale Inhalte), das Verwertungsinteresse des Urheberrechteinhabers abgegolten. *Hartmann* befürwortet aus diesen Gründen eine Anwendbarkeit der Entscheidung auf andere digitale Inhalte.[478] Die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Inhalte stößt, neben den bereits ausgeführten Lehrmeinungen, generell auf Zustimmung.[479] Digitale Inhalte werden bei einer Weitergabe, ebenso wie Computerprogramme, vervielfältigt, der Erschöpfungsgrundsatz führt nun aber nur zu einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts, nicht aber zu einer Erschöpfung des Vervielfältigungsrechts.

In der EuGH-Entscheidung wurde geklärt, dass der/die ZweiterwerberIn die für die Nutzung notwendige Vervielfältigung (den Download) vornehmen darf. Hier tritt nun bei anderen digitalen Inhalten ein Problem in Bezug auf eine Ausweitung der Entscheidung auf. Für Computerprogramme gilt gem Art 5 Abs 1 RL 2009/24/EG, umgesetzt durch § 40d Abs 2 UrhG, dass eine Vervielfältigung zulässig ist, soweit dies für die bestimmungsgemäße Nutzung des/der rechtmäßigen ErwerberIn notwendig ist. Der EuGH hat festgestellt, dass die Kopie auch vom/von der ZweiterwerberIn, als die durch den zulässigen Weiter-

[477] *Schmitt* in Staudegger/Thiele, Geistiges Eigentum, 247 (264).
[478] *Hartmann*, GRUR Int 2012/11, 980 (984).
[479] Vgl *Bisset* in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 597 (604); *Nopp/Hötzendorfer*, Zweitverwertung von C-128/11 (UsedSoft): Die Folgen für andere Gebrauchtmärkte juristisch und ökonomisch betrachtet, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 605 (607); Die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes für eBooks bejahend: *Streit/Jung*, E-Books im österreichischen Recht, MR-Int 2012, 6 (11 f).

verkauf zur Nutzung berechtigte Person, vervielfältigt werden darf. Für andere digitale Inhalte gilt diese Bestimmung nicht. Es ist lediglich die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch gem Art 5 Abs 2 RL 2001/29/EG bzw § 42 UrhG anwendbar. Eine Weitergabe digitaler Inhalte an ZweiterwerberInnen wäre daher nur möglich, wenn der/die ErsterwerberIn auch das gesetzliche Vervielfältigungsrecht von dem Urheberrechteinhaber zugesprochen bekäme, was in der Praxis nicht der Fall ist.

Schmitt sieht eine Möglichkeit zur zulässigen Vervielfältigung des/der ZweitererwerberIn in Art 5 Abs 1 RL 2001/29/EG, umgesetzt durch § 41a UrhG, der bestimmte Vervielfältigungen von der Zustimmung des Urheberrechteinhabers freistellt. Hierfür ist zum einen nötig, dass die Nutzung des digitalen Inhaltes aufgrund des Eintrittes der Erschöpfungswirkung rechtmäßig ist. Zum anderen muss die Vervielfältigung (Download) als begleitend oder flüchtig bewertet werden. Flüchtigkeit wird von ihm aufgrund der Dauer des Downloadvorganges verneint. Eine „begleitende“ Vervielfältigung könnte mit dem Argument bejaht werden, dass die Vervielfältigungshandlung keine eigene Bedeutung hat, sondern nur zum Zwecke der Verbreitung, „begleitend“ durch den Download, erfolgt.[480]

Andere digitale Inhalte werden auch in Hinblick auf die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen unterschiedlich behandelt. Der rechtliche DRM-Schutz ist bei Computerprogrammen schwächer ausgeprägt, da § 90b UrhG Umgehungsmaßnahmen durch den/die UserIn nicht sanktioniert. Bei allen anderen Werkarten wird gem § 90c Abs 1 Satz 1 die Umgehung durch den/die UserIn verboten.[481] Ein Weiterverkauf anderer digitaler Inhalte steht somit auch vor der Hürde rechtlich zulässiger DRM-Maßnahmen, da diese nicht entfernt werden dürfen. Gerade bei eBooks deren DRM-Maßnahmen, wie im technischen Teil erläutert wurde, sehr einschränkend ausgestaltet werden, wäre der Weiterverkauf durch DRM-Maßnahmen sogar gewissermaßen reglementiert, da nur jene Personen potentielle KäuferInnen sein können, die auch über das passende Lesegerät verfügen.

Eine Ausweitung der EuGH-Entscheidung auf jeglichen digitalen Inhalt ist aufgrund der soeben geschilderten Ausführungen zwar nicht ausgeschlossen, jedoch kann an dieser Stelle keine eindeutige Bejahung erfolgen, da für digitale Inhalte (außer Computerprogramme) RL 2009/24/EG nicht anwendbar ist und somit eine andere rechtliche Ausgangslage besteht. Eine Ausweitung der EuGH-Entscheidung hätte für KundInnen natürlich einen positiven Effekt in Bezug auf den wirtschaftlichen Wert des erworbenen digitalen Inhaltes.

[480] *Schmitt* in Staudegger/Thiele, Geistiges Eigentum, 247 (264).
[481] Vgl *Appl/Schmidt* in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer, Abstraktion und Applikation, 591 (594).

Durch Weiterverkauf bestünde die Möglichkeit den Gebrauchtwert des digitalen Inhaltes zu realisieren. Gerade bei teuren digitalen Inhalten, wie etwa einem Computerspiel oder einem eBook, ist eine Einschränkung der Weiterveräußerung auch mit einem finanziellen Verlust (bezogen auf den Wiederverkaufswert) verbunden, da das gleiche erworbene Gut auf einem materiellen Datenträger sehr wohl verkauft werden könnte. ME ist aber zu bedenken, dass eine generelle Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes zu strengeren DRM-Maßnahmen führen könnte, deren rechtliche Zulässigkeit der EuGH bestätigt hat. Eine derartige Entwicklung könnte dazu führen, dass KundInnen den Erwerb materieller Güter gegenüber dem digitalen Inhalt vorziehen und somit die Entwicklung des digitalen Binnenmarkts auf diesem Gebiet stagniert.

5.3 Das Zusammenspiel der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“ und RL 2011/83/EU

Im Gegensatz zur RL 2011/83/EU, die keine vertragsrechtliche Qualifikation von Downloadverträgen vornimmt (siehe Kapitel 3.3.10), wird in der EuGH-Entscheidung gerade dies getan. Zu beachten ist aber, dass aufgrund der EuGH-Entscheidung keine generelle Vertragstypisierung für Downloadverträge erfolgt. Es wird nur der Erwerb von Computerprogrammen, bei dauerhafter Überlassung gegen Entgelt, als Kaufvertrag mit Eigentumsübertragung qualifiziert. Dieser Ansatz erinnert an die Vorgehensweise des EP im Rahmen der Vorarbeiten zur RL 2011/83/EU, denn auch das EP wollte bei dauerhafter Überlassung des digitalen Inhaltes gegen Entgelt einen Kaufvertrag mit Eigentumsübertragung normieren. Dieser Ansatz bezog sich auf jeglichen digitalen Inhalt und nicht nur auf Computerprogramme. Zu beachten ist nun aber, dass die Motivationsgründe der beiden EU-Institutionen verschieden waren. Das EP hatte nämlich mit der Normierung des Kaufvertrages eindeutig die Anwendbarkeit der RL 99/44/EG im Sinn. Der EuGH aber hatte sich mit einer anderen Rechtsfrage, nämlich der Erschöpfungswirkung, auseinanderzusetzen. Um eine Anwendbarkeit des Art 4 Abs 2 RL 2009/24/EG bejahen zu können, muss ein „Erstverkauf“ erfolgen. Die problematische Annahme des EuGH, dass Kauf per se eine Eigentumsübertragung bedingt (RL 2009/24/EG nimmt darauf nicht Bezug und spricht nur von „Erstverkauf“), wurde bereits in Kapitel 5.2.2 erläutert. Der EuGH sprach sich für eine Erschöpfungswirkung und damit für eine Qualifizierung als Kaufvertrag aus. In RL 2011/83/EU war eine Normierung als Kaufvertrag nicht möglich, da hierfür die Positionen des Rates und des EP zu kontrovers waren. Überdies wurde es, bedingt durch die Studie der EK, für sinnvoller erachtet, auf Unionsebene keine Typisierung vorzunehmen. An dieser Stelle muss auch angemerkt werden, dass sich gerade die EK, als Initiatorin der Geset-

zesvorschläge, in den Schlussanträgen des GA (siehe Kapitel 5.1.2.1) gegen eine Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Sachen aussprach. Man bedenke, dass RL 2011/83/EU die vertragsrechtliche Typisierung aufgrund der unterschiedlichen Vorschriften in den Mitgliedstaaten nicht vornahm. Der EuGH war hier nun weniger rücksichtsvoll und statuierte eine unionsrechtliche Vertragstypisierung bei Vorliegen der in diesem Kapitel erläuterten Voraussetzungen. Abschließend ist daher festzuhalten, dass die EuGH-Entscheidung RL 2011/83/EU zwar nicht widerspricht, da diese die vertragsrechtliche Normierung von Downloadverträgen als Kaufvertrag nicht ausschließt. Jedoch lässt RL 2011/83/EU die vertragsrechtliche Typisierung in den Mitgliedstaaten generell unberührt. Der EuGH wiederum nimmt eine unionsrechtliche Vertragstypisierung vor und greift überdies mit der unionsrechtlichen Definition des Kaufvertrages, die eine Eigentumsübertragung am Computerprogramm bedingt, in das Kernvertragsrecht der Mitgliedstaaten ein.

6 Conclusio

Im Technikteil dieser Arbeit (siehe Kapitel zwei) wurde erläutert, dass die Internetverbindungen durch Ausbau des Breitbandnetzes ständig verbessert werden, sodass auch die Zahl der Downloads weiter steigen wird. Im Besonderen betrifft das die Mobilfunktechnologie, der ein großes Wachstumspotential zugeschrieben wird. Umso wichtiger ist es daher, dass auch der europäische Gesetzgeber diese Entwicklung erkannt hat, dementsprechend Regelungsmaßnahmen setzt und so das Wachstum des digitalen Binnenmarktes fördert.

Durch RL 2011/83/EU und den VO-E für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht werden KonsumentInnen, unabhängig von der nationalen vertragsrechtlichen Qualifizierung von Downloadverträgen, Schutzrechte eingeräumt. Durch diese von der Studie der EK geprägten Vorgehensweise ist die Statuierung eines Regelungsrahmens auf europarechtlicher Ebene auch wesentlicher einfacher, da sich im Zuge der Entstehungsphase der RL 2011/83/EU gezeigt hat, dass eine Vertragstypisierung von Downloadverträgen für sehr viel Diskussionsstoff sorgt. Während die Versuche, Downloadverträge dem Kaufrecht zuzuordnen, in RL 2011/83/EU scheiterten, wurde mit dem VO-E, trotz Verzicht auf eine vertragsrechtliche Zuordnung als Kaufvertrag, die Möglichkeit zur Anwendung der Bestimmungen des Kaufrechts geschaffen. Hierbei ist aber zu beachten, dass es sich um ein fakultatives Rechtsinstrument handelt und der tatsächliche Regelungsumfang noch nicht absehbar ist, da sich der VO-E noch in der Begutachtungsphase befindet.

Im Ergebnis werden nun in RL 2011/83/EU die Informationspflichten und das Widerrufsrecht für Downloadverträge für VerbraucherInnen EU-weit einheitlich geregelt. Der VO-E für das gemeinsame europäische Kaufrecht geht einen Schritt weiter und bietet überdies die Möglichkeit zur Anwendung von Abhilfemaßnahmen bei Leistungsstörungen an erworbenen digitalen Inhalten an. Die Tendenz, digitale Inhalte wie materielle Güter zu behandeln und denselben Rechtsschutz zu gewähren, ist somit unübersehbar.

In dieses Bild der Schaffung von Rahmenbedingungen für digitale Inhalte, ohne in das nationale Vertragsrecht einzugreifen, scheint die EuGH-Entscheidung „UsedSoft“ nicht zu passen. Die EK sprach sich sogar ausdrücklich gegen eine Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes aus. In den Vorarbeiten zur RL 2011/83/EU wurde die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes kaum thematisiert, obwohl das EP Downloadverträge, bei denen der digitale Inhalt am PC gespeichert wird, als Kaufvertrag, mit dem Eigentum übertragen wird, qualifizieren wollte. Zentrales Thema war in RL 2011/83/EU die Anwendbarkeit des

Kaufrechts für digitale Inhalte in Bezug auf Abhilfemaßnahmen bei Schlechterfüllung. Etwaige Eigentumsbeschränkungen aufgrund urheberrechtlicher Schranken (Erschöpfungsgrundsatz, DRM-Maßnahmen) wurden im Diskussionsprozess kaum berücksichtigt. In den Trilogverhandlungen zur RL verzichtete das EP schlussendlich auf eine Vertragstypisierung.

Was nun aber alle drei in dieser Arbeit behandelten EU-Akte gemeinsamen haben ist die Gleichstellung der Rechtsposition von NutzerInnen, egal ob sie digitale Inhalte online oder offline erwerben. Auf EU-Ebene zeichnet sich eindeutig der Trend ab, Downloads, die eine dauerhafte Nutzung des digitalen Inhaltes ermöglichen, dem Kaufvertrag gleichzusetzen, wobei der europäische Gesetzgeber versucht, dies mit einem „Vertrag sui generis-Regime“ zu ermöglichen. Die EuGH-Entscheidung „UsedSoft“ hat an dieser Stelle eine konkrete unionsrechtliche Klassifizierung als Kaufvertrag mit Eigentumsübertragung vorgenommen, wenn ein Computerprogramm gegen Entgelt dauerhaft übertragen wird. Die Auswirkungen der Entscheidung auf andere digitale Inhalte bleiben abzuwarten.

Aktuell entwickelt sich der Trend vom klassischen dauerhaften Download auf den eigenen Datenträger hin zu Streamingtechnologien. Die Formulierungen der RL 2011/83/EU sind hier möglichst technikneutral, da sowohl der Download als auch das Streaming, erfasst werden. Aus den Formulierungen des VO-E zum gemeinsamen europäischen Kaufrecht ist nicht eindeutig erkennbar, ob derartige Verträge erfasst sind. Die „UsedSoft“-Entscheidung ist nur bei Gewährung eines dauerhaften Nutzungsrechts anwendbar.

Der Fokus dieser Arbeit lag auf der vertragsrechtlichen Behandlung von Downloadverträgen in RL 2011/83/EU, daher ist als abschließendes Ergebnis folgendes festhalten: Die vertragsrechtliche Qualifikation von Downloadverträgen ließ der Gesetzgeber in der RL unberührt, sodass die im Titel dieser Arbeit gestellte Rechtsfrage bejaht werden kann.

In RL 2011/83/EU werden Downloadverträge als Vertrag sui generis behandelt.

7 Literaturverzeichnis

Monographien

Barta Heinz, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (Facultas Verlag 2004)

Burgstaller Peter/Hadeyer Christian, Recht in der Informationsgesellschaft[2] (Lex:itec Burgstaller – Kolmhofer OEG 2008)

Cichon Caroline, Internetverträge. Verträge über Internet-Leistungen und Ecommerce (Verlag Dr. Otto Schmidt Köln 2000)

Cisco Press, Handbuch Netzwerktechnologien[3] (Markt+Technik Verlag 2001)

Degen Thomas A./Deister Jochen, Computer- und Internetrecht. Vertragsgestaltung E-Commerce und Datenschutz (Richard Boorberg Verlag 2009)

Dye Mark A./McDonald Rick/Rufi Antoon W., Netzwerkgrundlagen. CCNA Exploration Companion Guide (Addison-Wesley Verlag 2008)

Ertl Gunter/Wolf Eike, Die Software im österreichischen Zivilrecht (Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac 1991)

Iro Gert, Bürgerliches Recht. Band IV: Sachenrecht[4] (Springer 2010)

Kurose James F./Ross Keith W., Computernetzwerke. Der Top-Down Ansatz[5] (Pearson Studium 2012)

Manhardt Sandra, Der „Software as a Service"- Vertrag. Vertragsrechtliche Aspekte neuer Formen der Softwareüberlassung (LexisNexis 2012)

Werner Martin, Nachrichtentechnik[7] (Vieweg + Teubner Verlag 2010)

Sammelwerke

Bydlinski Peter/Lurger Brigitta (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (Verlag Manz 2012)

Geis Ivo (Hrsg) Rechtsaspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs: Auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Kryptographietechnologien: Digitale Signatur und Verschlüsselung, Rechtliche Rahmenbedingungen (AWV 1999)

Jahnel Dietmar/Mader Peter/Staudegger Elisabeth (Hrsg), IT-Recht[3] (Verlag Österreich 2012)

Mayrhofer Michael/Plöckinger Oliver (Hrsg), Aktuelles zum Internetrecht (proLibris 2006)

Reiffenstein Maria/Blaschek Beate (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch (Verlag Österreich 2009)

Schweighofer Erich/Kummer Franz/Hötzendorfer Walter (Hrsg), Abstraktion und Applikation. Tagungsband des 16. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums. IRIS 2013 (books@ocg.at 2013)

Staudegger Elisabeth/Thiele Clemens (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (NWV Verlag 2013)

Beiträge aus Sammelwerken

Appl Clemens/Schmidt Marlene, Zweitverwertung gebrauchter Digitalgüter, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 591

Bisset Katharina, Der Erschöpfungsgrundsatz und Software – Auch auf andere digitale Inhalte anwendbar?, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 597

Bruns Werner F.C., EDI und Electronic Commerce: Definitionen, informationstechnologische Grundlagen und Normen, in Geis (Hrsg), Rechtsaspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs: Auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Kryptographietechnologien: Digitale Signatur und Verschlüsselung, Rechtliche Rahmenbedingungen (1999) 127

Cap Verena, Diskussionsbericht, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 21

Cap Verena, Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 1

Docekal Ulrike, Der Richtlinienentwurf Verbraucherrechte – Reparatur notwendig!, in Reiffenstein/Blaschek (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch (2009) 57

Janisch Sonja, Vertragsrechtliche Aspekte des E-Commerce, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht[3] (2012) 63

Lurger Brigitta, Widerrufsrechte, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 53

Mayrhofer Michael, Technische Hintergründe für das rechtliche Handeln im Internet, in Mayrhofer/Plöckinger (Hrsg), Aktuelles zum Internetrecht (2006) 1

Nopp Clemens/Hötzendorfer Walter, Zweitverwertung von C-128/11 (UsedSoft): Die Folgen für andere Gebrauchtmärkte juristisch und ökonomisch betrachtet, in Schweighofer/Kummer/Hötzendorfer (Hrsg), Abstraktion und Applikation (2013) 605

Schmitt Thomas Rainer, Der Fall "UsedSoft" und seine vertrags- und urheberrechtlichen Implikationen, in Staudegger/Thiele (Hrsg), Geistiges Eigentum. Jahrbuch 2013 (2013) 247

Sonntag Michael, Informationstechnologie: Grundlagen, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht[3] (2012) 1

Stabentheiner Johannes, Zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in Österreich, in Bydlinski/Lurger (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 127

Staudegger Elisabeth, Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen, in Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht[3] (2012) 135

Aufsätze in Zeitschriften

Andréewitch Markus/Steiner Gerald, Outsourcing – Herausgabe der Daten bei Vertragsbeendigung, ecolex 2005, 358

Csoklich Peter, Vertragsabschluss nach dem GEKR/CESL, AnwBl 2013, 334

Fallenböck Markus/Trappitsch Michael, Application Service Providing (ASP) – rechtlich betrachtet, MR 2002, 3

Grundmann Stefan, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie. Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013/2, 53

Haberstumpf Helmut, Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht. Warum der Ansatz des EuGH einen falschen Weg zeigt, CR 2012/9, 561

Handig Christian, Rücktrittsrecht für Verbraucher auch bei Downloads?, ecolex 2007, 19

Hartmann Thomas, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, GRUR Int 2012/11, 980

Hermann Eckehard, Cloud Computing. Eine Einführung, lex:itec 2011 H 2-3, 29

Hoeren Thomas/Försterling Matthias, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software. Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 2012/10, 642

Kulka Andreas, EuGH zum Handel mit "gebrauchter Software": Geburtsstunde eines blühenden Geschäftszweigs?, ÖBl 2012/58, 244

Maimer Katharina, Rücktrittsrecht bei App-Käufen?, MR 2012, 47

Ohly Ansgar, Europarecht. Urheberrecht, JZ 2013/1, 37

Riss Olaf, Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts - neue Gedanken zu einer alten Streitfrage. Ein Beitrag zur Lehre von der dinglichen Einigung, ÖBA 2010, 215

Rüffler Friedrich , Ist der Handel mit gebrauchter Software urheberrechtlich zulässig?, ÖBl 2008/11, 52

Schmitt Thomas Rainer, Der Online-Vertrieb von Software nach dem EuGH-Urteil "UsedSoft", MR 2012, 256

Schneider Jochen/Spindler Gerald, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht? Das Urteil des EuGH vom 3.7.2012 – Rs C-128/11 – „UsedSoft“ Gebrauchtsoftware, CR 2012/8, 489

Söbbing Thomas, Die Auswirkungen des geplanten EU-Kaufrechts auf IT-Verträge, MR-Int 2012, 55

Stabentheiner Johannes/Cap Verena, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie. Werdegang, Geltungsbereich, „klassisches“ Verbraucherschutzrecht, ÖJZ 2011/111, 1045

Staudegger Elisabeth, Zulässigkeit und Grenzen des Handels mit "Gebrauchtsoftware", jusIT 2012/57, 127

Streit Georg/Jung Sascha, E-Books im österreichischen Recht, MR-Int 2012, 6

Unger Oliver, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270

Wendehorst Christiane, Der Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, AnwBl 2013, 345

Wiesauer Andreas/Artmann Eveline/Sametinger Johannes, Aus allen Wolken fallen. Risiken des Cloud Computings, lex:itec 2011 H 1, 22

Zimmermann Reinhard, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JBl 2012, 2

Glossen

Anderl Axel zu EuGH C-128/11, ecolex 2012/368, 905

Walter Michel M. zu EuGH C-128/11, MR-Int 2012, 34

Festschriften

Schenk Brigitte/Lovrek Elisabeth/Musger Gottfried/Neumayr Matthias (Hrsg), Festschrift für Irmgard Griss (Jan Sramek Verlag 2011)

Beiträge in Festschriften

Wendehorst Christiane, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, in FS Griss (2011) 717

Kommentare

Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/Vonkilch Andreas (Hrsg), Kommentar zum ABGB. Klang-Kommentar^{3} (Manz 2008)

Klang Heinrich (Hrsg), ABGB IV/2^{2} (Verlag Österreich 1978)

Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund (Hrsg), Kommentar zum ABGB^{3} (Springer 2010)

Rummel Peter (Hrsg), Kommentar zum ABGB^{3} (Manz 2000)

Judikatur

EuGH

EuGH 03.07.2012, C-128/11 (UsedSoft)

EuGH 26.04.2012, C-510/10 (DR und TV2 Danmark)

EuGH 18.10.2011, C-34/10 (Brüstle)

EuGH 16.07.2009, C-5/08 (Infopaq)

Schlussanträge des GA

GA 24.04.2012, C-128/11 (UsedSoft)

Materialien

Nationales Recht

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 946/1811 idF I 179/2013

Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBl 111/1936 idF I 50/2013

Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl 140/1979 idF I 50/2013

ErlRV 422 BlgNR XXI. GP, 13

Unionsrecht

Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV), C-326/47

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 L 2011/304, 64

Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10

Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten es Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12

Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl L 1997/144, 19

Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29

Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 1991/122, 42, kodifiziert durch Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 2009/111, 16

Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 1985/372, 31

Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6

Völkerrecht

WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) Genf (1996), BGBl III 22/2010

Veröffentlichungen in den Amtsblättern der EU

ABl C 2011/169E, 1

ABl C 2011/169E, 27

ABl C 2011/241E, 12

ABl L 2011/304, 64

ABl C 2007/145, 5

ABl L 2003/124, 36

Kommissionsdokumente

AP (EK) SEK (2008) 2547 (Richtlinie über die Rechte der Verbraucher)

AP (EK) SEK (2008) 2545 (Richtlinie über die Rechte der Verbraucher)

AP (EK) SEK (2008) 2544 (Richtlinie über die Rechte der Verbraucher)

GRÜNBUCH über den Online Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM (2011) 427

GRÜNBUCH Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg

GRÜNBUCH zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 endg

IP/08/1474

IP/12/1151

KOM (2012) 784 endg

KOM (2012) 529 endg

KOM (2012) 372 endg

KOM (2012) 11 endg

KOM (2011) 635 endg

KOM (2009) 557 endg

KOM (2008) 614 endg

Stellungnahmen

St (EWSA) ABl C 2009/317, 54 (Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher)

St (AdR) ABl C 2009/200, 76 (Rechte der Verbraucher)

St (EWSA) ABl C 2007/256, 27 (Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz)

Dokumente des Rates

ADD 5708/11

ADD 10410/10

Press 7 (5426/11)

Press 8 (5432/11)

Press 136 (10123/10)

Press 365 (17076/09)

Press 354 (15257/11)

Press 359 (15321/11)

Rat 5415/11

Rat 7775/09

Rat 8992/11

Rat 9480/10

Rat 9833/09

Rat 10058/09

Rat 10163/09

Rat 10481/11

Rat 10604/10

Rat 10856/10

Rat 11158/09

Rat 11218/11

Rat 11427/11

Rat 11984/11

Rat 16121/09

Rat 16616/09

Rat 16933/10

Rat 17038/09

Dokumente des EP

ECON_AD(2010)439439

ECON_AM(2010)442948

ECON_PA(2010)439439

EP-PE_TC1-COD(2008)0196

IMCO_AM(2010)450954

IMCO_AM(2010)452545

IMCO_CM(2009)430703

IMCO_DT(2009)423778

IMCO_DT(2010)439177

IMCO_PR(2010)442789

JURI_AD(2011)445885

JURI_AM(2010)450756

JURI_DT(2009)423804

JURI_PA(2010)445885

JURI_PR(2013)505998

P7_A(2011)0038

P7_AMA(2011)0038

P7_CRE(2011)03-23 (20)

P7_CRE(2011)03-24

P7_CRE(2011)06-23

P7_TA(2011)0116

P7_TA(2011)0293

PE 447.502, *Schulte-Nölke Hans*, Ad-hoc-Informationspapier zur vorgeschlagenen Verbraucherrechtsrichtlinie: Kapitel I – Begriffsbestimmungen

PE 451.491, *Schmidt-Kessel Martin*, The application of the Consumer Rights Directive to digital content

Online Ressourcen

Beuc, Digital Products. How to include them in the proposal for a consumer rights directive, <http://www.beuc.org/custom/2010-00506-01-E.pdf>

GHK/CIVIC/BUREAU VAN DIJK, Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis. Analytical Report on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis submitted by the Consumer Policy Evaluation Consortium, <http://ec.europa.eu/consumers/rights/detailed_analysis_en.pdf>

Ericsson, Ericsson Mobility Report, 10 <http://www.ericsson.com/res/docs/2012/ericsson-mobility-report-november-2012.pdf>

EK, Working document of the commission, Responses to the consultation on distance selling directive 97/7/EC contained in communication 2006/514/EC, <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/dist_sell/sum_responses_consultations_en.pdf>

Statistik Austria, Haushalte mit Computer und Internetzugang 2013, <http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/>

Statistik Austria, Internetverbindungen der Haushalte 2013 <http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/>

Statistik Austria, IKT-Einsatz in Haushalten – Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in Haushalten 2012, <http://www.statistik.at/web_de/dynamic/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/publdetail?id=305&listid=305&detail=559>

Statistik Austria, IKT-Einsatz in Haushalten – Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in Haushalten 2011,

<http://www.statistik.at/web_de/dynamic/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/publdetail?id=305&listid=305&detail=499>

Statistik Austria, IKT-Einsatz – Ergebnisse der Europäischen Erhebungen über den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen und in Haushalten 2006, <http://www.statistik.at/web_de/dynamic/statistiken/informationsgesellschaft/publdetail?id=17&listid=17&detail=413>

Study Group on a European Civil Code/Acquis Group, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, 204 <http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf>

University of Amsterdam, Digital content contracts for consumers. Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts, 6 f <http://bookshop.europa.eu/en/digital-content-contracts-for-consumers-pbDS0313064/;pgid=y8dIS7GUWMdSR0EAlMEUUsWb0000D0na6EW9;sid=idOI7AquxHqI71jGV9wWS2iLjgCOPw19jwA=?CatalogCategoryID=zQoKABstlL0AAAEjCpEY4e5L>

<http://www.a1.net/kombis/Internet-Optionen>

<http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=hp_left_sib?ie=UTF8&nodeId=200687220>

<http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=dsvrt_availability_tou?ie=UTF8&nodeId=200687300>

<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/at/terms.html>

<https://appleid.apple.com/de/>

<http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=isoc_cimobi_dev&lang=de>

<http://www.bmvit.gv.at/bbb/bbversorgung/index.html>

<http://www.bmvit.gv.at/bbb/index.html>

<http://www.computerwelt.at/news/wirtschaft-politik/infrastruktur/detail/artikel/oesterreich-staerkere-anstrengungen-im-glasfaserausbau-erforderlich/>

<http://www.connect.de/ratgeber/netztest-oesterreich-2012-datennutzung-1432212.html>

<http://derstandard.at/1371171278285/A1-verspricht-1Gbits-ueber-klassisches-Kupfernetz>

<http://diepresse.com/home/techscience/mobil/1441450/Telekom-Austria-und-KPN-buendeln-Glasfasernetze>

<http://digital-agenda-data.eu/charts/country-ranking-table-on-a-thematic-group-of-indicators#chart={"indicator-group":"ecommerce","ref-area":"AT","time-period":"2011"}>

<http://www.e-book-news.de/requiem-fur-drm-ibooks-kopierschutz-fairplay-erstmals-gehackt/>

<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0284(COD)&l=en>

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=de&pcode=tin00073&plugin=1>

<http://futurezone.at/b2b/amazon-eroeffnet-software-entwicklungszentrum/24.595.752>

<http://futurezone.at/b2b/cloud-computing-dreikampf-um-die-milliarden/24.567.640/print>

<http://futurezone.at/digitallife/14102-a1-lte-hat-marktreife-erreicht.php>

<http://futurezone.at/netzpolitik/glasfaser-oesterreich-weit-abgeschlagen/24.562.565>

<http://futurezone.at/produkte/die-wichtigsten-cloudspeicher-im-vergleich/24.579.270>

<http://futurezone.at/produkte/itunes-cloud-fuer-filme-startet-in-oesterreich/24.600.491>

<http://www.innovation-marketing.at/index_newsaktuell_4_n6__1_0_b313_.html>

<https://itunes.apple.com/de/app/ibooks/id364709193>

<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Download-download.html>

<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/integrated-services-digital-network-ISDN.html>

<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Peer-to-Peer-Netz-P2P-peer-to-peer-network.html>

<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Streaming-Media-streaming-media.html>

<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/trusted-platform-module-TPM.html>

<http://msdn.microsoft.com/de-at/library/windows/desktop/dd757564(v=vs.85).aspx>

<http://www.oecd.org/internet/broadband/oecdbroadbandportal.htm>

<http://www.sparwelt.de/schnaeppchen/ratgeber/e-book-formate-und-nutzungsrechte>

<http://support.apple.com/kb/HT1711?viewlocale=de_DE>

<http://technical.openmobilealliance.org/Technical/release_program/drm_v2_0.aspx>

<http://www.wallstreet-online.de/ratgeber/elektronik-und-technik/internet/die-bandbreite-im-internet>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Asymmetric_Digital_Subscriber_Line>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Bin%C3%A4rcode>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Breitband-Internetzugang>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Byte#Bedeutungen_von_Dezimal_und_Bin.C3.A4rpr.C3.A4fixen_f.C3.BCr_gro.C3.9Fe_Anzahlen_von_Bytes>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Digitale_Rechteverwaltung>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Download>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Download-Manager>

<http://de.wikipedia.org/wiki/FairPlay>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Glasfaser>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Internet#Technik>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Kabelmodem>

<de.wikipedia.org/wiki/Medieninhalt>

<http://de.wikipedia.org/wiki/UMTS-Datenkarte>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Universal_Mobile_Telecommunications_System>

<http://de.wikipedia.org/wiki/Wireless_Local_Area_Network>

<http://windows.microsoft.com/de-de/windows-vista/windows-media-player-drm-frequently-asked-questions>

8 Anhang

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Vorgang des Downloads, in Anlehnung an <de.wikipedia.org/wiki/download>

Abbildung 2: ISO/OSI-Referenzmodell, *Ford*, Netzwerktechnologien[3], 43

Vorträge

Staudegger Elisabeth, Vortrag im Seminar: Rechtsinformatik: IT-Recht (Kaufen wir Content?) am 01.10.2012