

DIGITALE INHALTE: FÜR EINE ZIELGENAUE UND KOHÄRENTE GESETZGEBUNG

Stellungnahme zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte – COM(2015) 634 endg.

Berlin, den 9. Januar 2017

*Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.*

*Team
Recht und Handel*

*Markgrafenstraße 66
10969 Berlin*

INHALTSVERZEICHNIS

DIGITALE INHALTE: FÜR EINE ZIELGENAUE UND KOHÄRENTE GESETZGEBUNG	1
ZUSAMMENFASSUNG	3
I. HARMONISIERUNGSGRAD	5
II. ANWENDUNGSBEREICH	6
1. Die Bedeutung von Smart Devices für den Verbraucheralltag der Zukunft..	6
2. Vertragsrechtliche Fragen bei digitalen Inhalten, die in körperliche Gegenständen integriert sind	6
3. Regelung von Smart Devices im Richtlinienentwurf	8
4. Vorschlag für den Gesetzgeber.....	9
III. MANGELBEGRIFF	10
IV. SPEZIELLE KONFORMITÄTSANFORDERUNGEN	11
1. Einbeziehung von dritten Parteien in die Leistungserbringung	11
2. Verstöße gegen das Datenschutzrecht als Mangel	12
3. Lieferung von Updates	12
4. Spielraum für den nationalen Gesetzgeber	13
V. VERTRAGSÄNDERUNGEN DURCH DEN ANBIETER	13
VI. DATENSCHUTZ	14
1. Anwendung des Gewährleistungsrechts auf Geschäftsmodelle des Bezahlens mit Daten.....	14
2. Verhältnis von Datenschutzrecht und Vertragsrecht.....	15
3. Anwendbarkeit der Richtlinie auf automatisierte Datenerhebungen	16

ZUSAMMENFASSUNG

Die Europäische Kommission hat im nunmehr dritten Anlauf, das Europäische Verbrauchsgüterkaufrecht grundlegend zu reformieren, zwei Richtlinienvorschläge vorgelegt: den Vorschlag COM(2015) 634 final über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte¹ und den Vorschlag COM(2015) 635 final über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren². Im vorliegenden Papier nimmt der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) Stellung zu dem Entwurf einer Richtlinie für digitale Inhalte.

Positiv ist hervorzuheben, dass der Richtlinienentwurf das „Bezahlen mit Daten“ als Gegenleistung im vertragsrechtlichen Sinne anerkennt und dass derartige Verträge dem Schutz des Gewährleistungsrechts unterliegen sollen.

In vielerlei Hinsicht besteht allerdings noch Verbesserungs- und Klärungsbedarf. Hierbei sind insbesondere folgende Punkte von Bedeutung:

- ❖ Die Richtlinie sollte dem Regelungsansatz der Mindestharmonisierung folgen anstatt der von der Kommission gewählten Vollharmonisierung. Die Richtlinie soll zahlreiche Fragen des Handels mit digitalen Inhalten zum ersten Mal auf europäischer Ebene regeln. Zugleich entwickelt sich die Digitalisierung mit rasanter Geschwindigkeit weiter. Diese Umstände lassen es umso sinnvoller erscheinen, durch das EU-Recht die Leitlinien für diese Entwicklung vorzugeben und den Mitgliedsstaaten die Freiheit zu lassen, in der konkreten Umsetzung ihre rechtlichen Regelungen den aktuellsten Entwicklungen anzupassen.
- ❖ Verbraucherprobleme im Bereich der Smart Devices und des Internets der Dinge sollten von der Richtlinie über digitale Inhalte und nicht nur vom Verbrauchsgüterkaufrecht erfasst werden. Smart Devices und das Internet der Dinge sind im Verbraucheralltag bereits heute präsent, mit steigender Tendenz. Dies bringt neben Vorteilen auch neue Probleme für Verbraucherinnen und Verbraucher³ mit sich. Diese sind größtenteils auf die besonderen Aspekte digitaler Inhalte zurückzuführen und darauf, dass digitale Inhalte in körperliche Gegenstände integriert sind und mit diesen eine Funktionseinheit bilden. Zu denken ist beispielsweise an die Frage, ob Anbieter von Smart Devices verpflichtet sein sollten, innerhalb einer gewissen Frist für die Funktionalität des Produkts relevante (Sicherheits)Updates kostenfrei zur Verfügung zu stellen. Dabei sollten Unsicherheiten über die Lokalisierung eines Problems – Hardware oder digitaler Inhalt? – und über die Identifizierung des richtigen Ansprechpartners vermieden und nicht zu Lasten der Verbraucher gelöst werden.

¹ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-634-DE-F1-1.PDF>.

² <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-635-DE-F1-1.PDF>.

³ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden nur der Begriff „Verbraucher“ verwendet. Die gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf weibliche und männliche Personen. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Doppelbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

- Der Mangelbegriff ist so zu gestalten, dass die berechtigten Erwartungen des Verbrauchers bei der Beurteilung der Vertragsgemäßheit maßgeblich sind. Der Richtlinienentwurf rückt die vertraglichen Vereinbarungen bei den Regelungen darüber, wann eine Sache als mangelhaft anzusehen ist, zu sehr in den Vordergrund. Verbraucher haben im Alltag oft nicht die Möglichkeit, über die Vertragsbedingungen, z.B. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit dem Anbieter zu verhandeln. Wenn diese Vertragsregelungen vorrangig darüber entscheiden, ob ein bestimmter Umstand als Mangel des Produkts anzusehen ist, können sich Händler in ihren AGB weitreichend von Haftung freizeichnen. Deshalb ist eine stärkere Begrenzung durch objektive Kriterien, etwa die berechtigten Erwartungen des Verbrauchers und die Eignung des Produkts für die gewöhnliche Verwendung, erforderlich. Dabei sollte am bewährten Mangelbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie festgehalten werden.
- Wegen der besonderen Eigenschaften von digitalen Inhalten sind spezielle Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu entwickeln. So stellt sich die Frage, inwieweit ein digitaler Inhalt mangelhaft ist, wenn bei seiner Bereitstellung gegen das Datenschutzrecht verstoßen wurde. Unklar ist, inwieweit der Anbieter verpflichtet ist, kostenlose Updates bereitzustellen und inwieweit die bereitgestellten Inhalte interoperabel sein müssen. Fraglich ist auch, welche Rechte Verbraucher bei komplexen Verträgen haben, die sowohl Hardware als auch Software umfassen.
- Schließlich stellen sich Fragen mit Blick auf die Behandlung von Geschäftsmodellen, bei denen Verbraucher Daten als Gegenleistung für einen digitalen Inhalt zur Verfügung stellen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfordert es, dass der Verbraucher der Datenverarbeitung jederzeit widersprechen kann. Unter dieser Prämisse sollten Modelle des „Bezahlens mit Daten“ nicht nur dann unter die Richtlinie fallen, wenn Verbraucher ihre Daten selbst bereitstellen, sondern auch dann, wenn der Anbieter diese in einem automatisierten Verfahren abrufen.

I. HARMONISIERUNGSGRAD

Bislang gibt es auf europäischer Ebene noch keine Regelung zur Gewährleistung für digitale Inhalte. Viele der tatsächlichen Probleme sind neu, und in den Mitgliedsstaaten existiert noch keine lange Erfahrung im rechtlichen Umgang mit ihnen. Die tatsächliche Entwicklung der Digitalisierung ist rasant, und es ist nahezu unmöglich, heute vorauszu sehen, wie die Lage in zwei, fünf oder zehn Jahren aussehen wird und welche Probleme sich dadurch ergeben.

Zudem ist der Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs sehr breit. Die Richtlinie soll Verträge über Software, urheberrechtlich geschützte digitale Inhalte wie CDs oder DVDs, Social Media-Anwendungen oder Cloud-Dienste in gleicher Weise erfassen. Die Richtlinie kann bei diesem breiten Anwendungsbereich nicht alle relevanten Fragen mit hinreichender Konkretheit regeln. Deutlich wird das etwa in den Passagen zur Vertragskonformität (s. u. Abschnitt IV, S. 11).

Es erscheint daher sinnvoll, dass der EU-Gesetzgeber für digitale Inhalte einen offenen gesetzgeberischen Ansatz wählt, der für Konkretisierungen und für Fortentwicklungen Raum lässt. Dem entspricht die Mindestharmonisierung besser als die von der EU-Kommission vorgeschlagene Vollharmonisierung. Statt starrer Regelungen, von denen die Mitgliedsstaaten weder nach unten noch nach oben abweichen dürfen, würde die Mindestharmonisierung ein verbindliches, europaweites Mindestniveau vorgeben, die Option auf konkretisierende und weiterreichende verbraucherfreundlichere nationale Gesetzgebung aber erhalten.

Auf diese Weise würde das Fenster für Innovation durch Wettbewerb der Rechtsordnungen offen gehalten. Die Mitgliedsstaaten wären frei darin, weitergehende, verbraucherfreundlichere Regelungen einzuführen und zu erproben mit dem Potenzial, dass die Regelungen gegenüber dem Mindestniveau nach der Richtlinie insgesamt vorzuziehen sind. Dabei könnten sich „best practices“ herausbilden, welche einen Beitrag zur stetigen Fortentwicklung der Rechtsordnung leisten können.

Sollte sich die von der EU-Kommission beabsichtigte Vollharmonisierung durchsetzen, so hieße das, dass Fortentwicklungen nur auf europäischer Ebene durch eine Novelle der Richtlinie möglich wären. Ein erneutes „Aufschnüren“ der gerade vorgelegten Richtlinie wäre in den kommenden Jahren unrealistisch – was bei der dynamischen Entwicklung der digitalen Märkte zu einem erheblichen Problem werden kann.

Die Richtlinie sollte auf dem Weg der Mindestharmonisierung nur grundlegende Leitlinien vorgeben und den Mitgliedsstaaten die Freiheit lassen, die sich rasch fortentwickelnde digitale Welt zeitgerecht mit adäquater Gesetzgebung zu begleiten.

II. ANWENDUNGSBEREICH

1. DIE BEDEUTUNG VON SMART DEVICES FÜR DEN VERBRAUCHERALLTAG DER ZUKUNFT

Digitale Inhalte werden häufig nicht isoliert an den Verbraucher weitergegeben, sondern integriert in einen körperlichen Gegenstand. In aller Regel werden PCs, Handys oder Tablets mit Betriebssystem und weiterer Software gekauft. Auch jenseits dieser klassischen Endgeräte durchdringt die Digitalisierung in Form des „Internet der Dinge“ zunehmend die bisher analoge Warenwelt.

Autos sind beispielsweise derzeit schon mit umfassender Bordelektronik ausgestattet. Zunehmend wird die Informationstechnologie im Auto nicht nur für Sicherheitszwecke oder zur Motorsteuerung eingesetzt, sondern dazu, das Auto und seine Insassen mit der Umwelt zu vernetzen – durch Kommunikation zwischen Autos (Car2Car) oder zwischen Auto und Umwelt (Car2X) und durch vielfältige Service- und Unterhaltungsangebote für die Insassen. Es wird prognostiziert, dass bis zum Jahr 2020 acht von zehn neuen Autos über Vernetzungstechnologien verfügen werden.⁴ In absehbarer Zukunft werden Fortschritte in der IT-Technologie automatisiertes und autonomes Fahren erlauben.

Auch außerhalb des Autos setzen sich Smart Devices immer mehr durch. Bereits für 2020 wird prognostiziert, dass mehr als 50 Milliarden Geräte mit dem Internet verbunden sind⁵ – längerfristig soll die Zahl der Smart Devices die der klassischen Endgeräte überholen.

2. VERTRAGSRECHTLICHE FRAGEN BEI DIGITALEN INHALTEN, DIE IN KÖRPERLICHE GEGENSTÄNDEN INTEGRIERT SIND

Die Integration von digitalen Inhalten in körperliche Gegenstände bringt neben vielen Vorteilen auch neue Probleme für den Verbraucher mit, die sich von denen der rein analogen Warenwelt unterscheiden.

In der Beratungspraxis der Verbraucherzentralen berichten Verbraucher z.B. immer wieder von Problemen mit multifunktionalen Endgeräten, für deren Betriebssystem keine Updates mehr bereitgestellt werden oder die bereits beim Kauf nur mit einem veralteten Betriebssystem ausgestattet waren. Dies kann dazu führen, dass für den Verbraucher wichtige Funktionen, etwa sicheres Mobile Payment, nicht möglich sind oder andere Schutzlücken bestehen, durch die der Verbraucher ausgespäht werden könnte. Dies birgt für Verbraucher enorme Sicherheitsrisiken, die sie letztlich dazu zwingen, ein neues Endgerät anzuschaffen. Insbesondere wenn Anbieter verpflichtet sind, stets die neueste Version einer App zur Verfügung zu stellen, Verbraucher aber nicht mit den erforderlichen Updates des Betriebssystems versorgt werden, führt dies im Ergebnis dazu, dass der Verbraucher die digitalen Inhalte nicht mehr nutzen kann.

Auch die Digitalisierung von Produkten über das Internet der Dinge führt zu neuartigen Problematiken. Das lässt sich bereits heute absehen, obwohl das Internet der Dinge noch am Anfang steht.

⁴ [Presseinformation von TNS Infratest vom 07.06.2016.](#)

⁵ <https://www.qivicon.com/assets/PDF/Deutsche-Telekom-QIVICON-Marktanalyse-Smart-Home.pdf>.

Die norwegische Verbraucherorganisation Forbrukerradet hat dies am Beispiel „smarter“, mit dem Internet verbundene Kinderspielzeuge, aufgezeigt. Die Puppen „My friend Cayla“ und „Hello Barbie“ haben etwa diverse vorprogrammierte Sätze in ihrem Repertoire, die konzerneigene Produkte oder Produkte von anderen Firmen, mit denen Marketingverträge bestehen, gegenüber den mit ihnen spielenden Kindern bewerben – oft ohne dass die Eltern dies ahnen.⁶ Die Anbieter der Spielzeuge behalten sich außerdem das Recht vor, die über das integrierte Mikrofon aufgenommenen und übermittelten Stimmdateien der Kinder⁷ oder hieraus extrahierte Daten⁸ an Dritte weiterzugeben, etwa zu Forschungs- und Marketingzwecken.⁹

Die Möglichkeit des Fernzugriffs durch die vorhandene Internetverbindung und die oftmals bestehende Abhängigkeit von der konstanten Dienstleistung durch den Anbieter des Produkts oder Dritte führt zu weiteren Problemen. Am nächsten liegt die Gefahr durch Hackerangriffe. Der Fall des zu Testzwecken geplant durchgeführten Hacks eines „smarten“ PKWs, während dieser sich auf offener Straße befand,¹⁰ zeigt dass Fragen der Produktsicherheit im digitalen Zeitalter eine neue Dimension erreicht haben.

In letzter Zeit kam es auch vermehrt zu Meldungen über Probleme mit Smart Home-Technologien, da der für die Steuerung der Gerätschaften zuständige Server vorübergehend ausgefallen war. In mindestens einem Fall war hiervon sogar das Öffnen und Schließen der Haustür betroffen – diese öffnete sich nicht mehr nach der Steuerung durch den Verbraucher, sondern rein zufällig.¹¹ Sofern für die Funktionsfähigkeit des Produktes Supportdienste von Drittanbietern von Nöten sind, stellt sich die Frage, wie der Verbraucher geschützt ist, falls der Drittanbieter den betreffenden Dienst nicht mehr anbietet oder sogar insolvent geht. In dem Fall könnte selbst ein am Vortag gekauftes Produkt wertlos, da funktionsuntüchtig werden.

Problematisch ist auch die Tatsache, dass Verbrauchern durch die Möglichkeit des Fernzugriffs das Fehlverhalten Dritter zur Last fallen kann. So könnte ein Hersteller den nötigen Support für ein Produkt einstellen, wenn der bei ihm kaufende Händler die Ware seinerseits nicht rechtzeitig bezahlt hat. Auf ein solches Verhalten hat der Verbraucher keinen Einfluss, gleichzeitig ist es für ihn schwierig, sich gegen die Folgen zur Wehr zu setzen. Bei entsprechender technischer Ausgestaltung könnte der Verbraucher außerdem ausgespäht werden. Schließlich ist es per Fernzugriff möglich, die Nutzbarkeit eines digitalen Inhalts einzuschränken oder aufzuheben, wenn der Verbraucher sich nicht an die Nutzungsbedingungen des Anbieters hält, wodurch beispielsweise die vom Anbieter unerwünschte private Weiterveräußerung des Inhalts verhindert werden kann.¹²

⁶ <http://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2016/12/toyfail-report-desember2016.pdf>, S. 23.

⁷ „Cayla“.

⁸ „Hello Barbie“.

⁹ <http://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2016/12/toyfail-report-desember2016.pdf>, S. 24.

¹⁰ https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/07/22/car-hacking-just-got-real-hackers-disable-suv-on-busy-highway/?utm_term=.b383c647b852.

¹¹ Meldung aus dem Marktwächter Frühwarnnetzwerk vom 04.11.2016.

¹² Vgl. hierzu und zu weiteren Verbraucherproblemen im Zusammenhang mit Smart Devices und dem Internet der Dinge: Christiane Wendehorst, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge, Studie und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, abrufbar unter <http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/2016/11/Wendehorst-Gutachten.pdf>.

3. REGELUNG VON SMART DEVICES IM RICHTLINIENENTWURF

Angesichts der fortschreitenden Verbreitung von Smart Devices und dem Internet der Dinge stellt sich die Frage, wann bei derartigen Produkten die Regelungen der Richtlinie über digitale Inhalte gelten und in welchen Fällen andere Regelungen, z.B. die über den Online-Verbrauchsgüterkauf, gelten sollen. Die Richtlinienentwürfe sehen folgendes Abgrenzungsschema vor:

- Sofern der körperliche Gegenstand nur Träger des digitalen Inhalts ist, gelten nur die Vorschriften der Richtlinie über digitale Inhalte (Art. 1 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs für den Online-Handel)
- Sofern der digitale Inhalt in einen körperlichen Gegenstand integriert, aber der Hauptfunktion dieses Gegenstandes untergeordnet ist, sollen die Regeln zu den digitalen Inhalten keine Anwendung finden (vgl. Erwägungsgründe 11 und 17 des Richtlinienentwurfs für digitale Inhalte)
- Ansonsten soll bei „gemischten Verträgen“, die neben der Bereitstellung digitaler Inhalte zusätzliche Elemente enthalten, die Richtlinie über digitale Inhalte nur für die Pflichten und Abhilfen der Parteien als Verbraucher und Anbieter digitaler Inhalte gelten (Art. 3 Abs. 6 des Richtlinienentwurfs über digitale Inhalte).

Es ist schwer vorherzusagen, inwieweit digitale Inhalte als „Hauptfunktion“ einer Ware eingestuft werden. Zum Teil dürfte eine generelle Zuordnung schon deshalb schwierig werden, weil je nach individueller Nutzung einmal die Hardwarefunktionen im Vordergrund stehen, einmal die digitalen Aspekte. Im Ergebnis wären für viele Smart Devices wie Connected Cars, Smart Home-Technologien und das Internet der Dinge nur die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs anwendbar. Das auf analoge Waren fokussierte Verbrauchsgüterkaufrecht hat, auch was den Vorschlag zum Online-Handel angeht, auf die Probleme, die durch die Digitalisierung der Produkte entstehen, keine ausreichenden Antworten. Wenn somit große Teile der den digitalen Verbraucheralltag prägenden Produkte nicht den Regelungen für die digitalen Inhalte unterliegen, die in diesen Fällen geltenden Bestimmungen aber keine ausreichenden Lösungen für die speziellen Problematiken solcher Produkte bereit halten, geht der Richtlinienentwurf an zentralen Verbraucherproblemen der Digitalisierung vorbei.

Zwar besteht aktuell im deutschen Recht grundsätzlich die Möglichkeit, für diese Fragen durch Rückgriff auf das allgemeine Zivilrecht eine Lösung zu finden. Dies gilt jedoch nicht in allen Fällen. Ob Anbieter von Smart Devices für eine gewisse Zeit zur Lieferung von Sicherheitsupdates verpflichtet sind, ist z.B. nicht eindeutig. Außerdem würde es zu Verwirrungen und Rechtsunklarheiten führen, wenn bei digitalen Aspekten von Smart Devices nationales Zivilrecht Anwendung finden würde, bei Geschäften über sonstige digitale Inhalte dagegen die europarechtlichen Vorschriften der Richtlinie über digitale Inhalte. Möglicherweise würde die Richtlinie den Rückgriff auf das nationale Zivilrecht auch sperren.

Daher wären Klarstellungen, bzw. die Schaffung expliziter gewährleistungsrechtlicher Ansprüche begrüßenswert. Der passende Platz dafür ist die Richtlinie über digitale Inhalte. Um dies zu ermöglichen, sollten Smart Devices grundsätzlich von der Richtlinie über digitale Inhalte erfasst werden. Dabei ist auch zu beachten, dass eine spezielle europarechtliche Regelung für digitale Aspekte von Smart Devices auf absehbare Zeit nicht zu erwarten ist, falls die Richtlinie in der vorliegenden Form in Kraft treten sollte. Hilfsweise sollte zumindest sichergestellt werden, dass der Rückgriff auf die allgemeinen nationalen zivilrechtlichen Vorschriften möglich bleibt.

Durch den weitgehenden Ausschluss von Smart Devices und dem Internet der Dinge aus dem Anwendungsbereich geht der Richtlinienentwurf an zentralen Verbraucherproblemen der Digitalisierung vorbei.

4. VORSCHLAG FÜR DEN GESETZGEBER

In den vorliegenden Entwürfen der Kommission könnte durch geringfügige Änderungen dafür gesorgt werden, dass digitale Inhalte auch dann vertragsrechtlich erfasst werden, wenn sie in einem körperlichen Gegenstand integriert sind. Im Ergebnis würden dann digitale Inhalte von der Richtlinie erfasst, unabhängig davon, in welchem Medium sie verkörpert sind – ob sie isoliert als Datensatz oder –strom Vertragsgegenstand sind, ob sie in einem Trägermedium verkörpert sind oder ob sie Teil eines beweglichen Gutes mit eigenem Funktionswert sind.

Hierfür sollten im Richtlinienentwurf für digitale Inhalte die Ausnahmen für IT-unterstützte Waren gestrichen werden, d.h. die Beschränkungen des Anwendungsbereichs für das Internet der Dinge (Erwägungsgrund 17) und für solche digitalen Inhalte, die in einem beweglichen Gegenstand integriert und der Hauptfunktion untergeordnet sind (Erwägungsgrund 11). Korrespondierend hierzu sollte auch im Entwurf für die Online-Kauf-Richtlinie Erwägungsgrund Nr. 13 gestrichen werden, wonach die Online-Kauf-Richtlinie auf IT-unterstützte Waren insoweit Anwendung findet, als die digitalen Inhalte in einen beweglichen Gegenstand integriert und der Hauptfunktion untergeordnet sind. Mit diesen geringfügigen Änderungen würde erreicht, dass sich das Verhältnis der beiden Richtlinienentwürfe zueinander nach der Vorschrift über gemischte Verträge richten (Art. 3 Abs. 6 des RL-E digitale Inhalte), und zwar in dem Sinne, dass sich die beiden Richtlinien überlappen und für ein Smart Device beide Richtlinien anwendbar sind, jeweils bezogen auf den Aspekt des Smart Device als digitaler Inhalt oder als körperlicher Gegenstand.

Die Abgrenzung, ob im konkreten Einzelfall der digitale Inhalt als betroffen angesehen werden kann oder ggf. die vorhandene Hardware, sollte gleichermaßen klar sowie einfach und praktikabel sein. Hierzu bietet sich eine Formulierung an, die dahin geht, dass bei Gütern mit integrierten digitalen Inhalten grundsätzlich die Richtlinie über den Handel mit digitalen Inhalten Anwendung findet, es sei denn der Anbieter weist nach, dass der Mangel in der Hardware des Produkts liegt.

Eine solche Regelung hätte den Vorteil, dass dem Verbraucher eine einfache Regelung an die Hand gegeben wird, die auch Zweifelsfälle abdeckt und die Beweislast auf den Händler überträgt. Tritt bei einem Smart Device ein Problem auf, kann der Verbraucher zunächst davon ausgehen, dass die (tendenziell günstigeren) Regeln über digitale Inhalte gelten. Dies ist solange der Fall, bis der Händler nachweist, dass das Problem ein Problem der Hardware ist. Nur in diesem Fall finden die die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf Anwendung.

Die vertragsrechtlichen Regelungen für digitale Inhalte sollten unabhängig davon gelten, in welchem Medium ein digitaler Inhalt verkörpert ist.

III. MANGELBEGRIFF

Digitale Inhalte unterscheiden sich in manchen Aspekten von körperlichen Gegenständen. Beispielsweise haben Datenschutz und Datensicherheit bei digitalen Inhalten eine stärkere Bedeutung, und urheberrechtliche Fragen stellen sich häufiger, etwa wenn unklar ist, ob der Anbieter eines digitalen Inhalts selbst urheberrechtlich den digitalen Inhalt weiter übertragen darf. Bezogen auf diese Besonderheiten sind neue vertragsrechtliche Regelungen sinnvoll (s. u. Abschnitt IV, S.11).

Im Grundsatz ist aber das Regelungsmodell der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durchaus geeignet, die Interessen von Verbrauchern abzudecken, wenn sie mit Mängeln bei digitalen Gütern zu tun haben. Insbesondere sollte bei Verträgen über digitale Inhalte der Mangelbegriff so weit wie möglich dem der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹³ entsprechen. Für die Frage, ob Güter vertragsgemäß sind oder nicht, sind hiernach insbesondere die berechtigten Erwartungen der Verbraucher relevant. Nach Art. 2 Abs. 1 d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kommt es für die Vertragsmäßigkeit darauf an, ob die Güter „eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann (...)“.

Diese Kombination aus subjektiven Vereinbarungen und ggf. korrigierenden objektiven Erwartungen hat sich im Gewährleistungsrecht bewährt und sollte beibehalten werden.

Demgegenüber schlägt die Europäische Kommission in ihrem Entwurf für eine Richtlinie über digitale Inhalte vor, die Frage der Vertragsmäßigkeit viel stärker in die Hände der Anbieter zu legen. Soweit der Vertrag hierzu Regelungen enthält, sollen sich die Anforderungen an die Vertragskonformität allein aus dem Vertrag ergeben. De facto würde das dazu führen, dass die Anbieter in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Zweckbestimmung digitaler Inhalte weitreichend bestimmen und beschränken können. Auf die gewöhnliche Gebrauchseignung kommt es nach Art. 6 Abs. 2 des Entwurfs nur an, „soweit der Vertrag nicht klar und umfassend die Anforderungen an diese Inhalte (...) bestimmt.“

In Erwägungsgrund 24 wird die Überbetonung der Anbieterinteressen bei der Frage der Vertragskonformität folgendermaßen gerechtfertigt: „Zur Förderung der Innovation im digitalen Binnenmarkt und um die technologischen Entwicklungen erfassen zu können, die sich im schnellen Wandel der Merkmale digitaler Inhalte widerspiegeln, ist es gerechtfertigt, von digitalen Inhalten in erster Linie zu verlangen, dass sie dem entsprechen, was vertraglich vereinbart wurde.“ Dies suggeriert, dass um der Innovationsgeschwindigkeit willen auch noch nicht voll funktionsfähige Beta-Versionen von digitalen Inhalten (kostenpflichtig) auf den Markt gebracht werden sollen. Ein solches Ergebnis würde allerdings in deutlichem Widerspruch zu der Intention der Kommission stehen, den digitalen Binnenmarkt durch mehr Rechtssicherheit und ein „hohes Schutzniveau“ für die Verbraucher (vgl. Erwägungsgrund Nr. 7) zu fördern.

Der Mangelbegriff der Richtlinie sollte dem der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie folgen und stärker auf die berechnete Verbrauchererwartung abstellen.

¹³ Richtlinie 1999/44/EG, zu finden unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044&from=DE>.

IV. SPEZIELLE KONFORMITÄTSANFORDERUNGEN

Der Mangelbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gibt naturgemäß keine konkreten Hinweise, welche Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit von digitalen Inhalten in den Punkten zu stellen sind, an denen sich digitale Inhalte von sonstigen Gütern unterscheiden und dementsprechend besonderer Regelungsbedarf besteht.

Der Kommissionsvorschlag für die Richtlinie über digitale Inhalte erwähnt einige der hierfür relevanten Aspekte mit den Stichworten Funktionsumfang, Interoperabilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit (Art. 6 Abs. 2). Allerdings sind die genannten Begriffe selbst erklärungsbedürftig. Sie werden nur beispielhaft erwähnt und in ein unübersichtliches Abwägungsschema mit verschiedenen Kriterien eingebettet: werden die digitalen Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt? Gibt es internationale technische Normen? Hat der Anbieter eine diesbezügliche öffentliche Erklärung abgegeben?

Andere wichtige Aspekte wie etwa Datenschutz und die Einbeziehung von dritten Parteien in die Leistungserbringung werden im Kommissionsvorschlag ausgespart, obwohl sie im Alltag eine wichtige Rolle spielen.

1. EINBEZIEHUNG VON DRITTEN PARTEIEN IN DIE LEISTUNGSERBRINGUNG

Bei vielen Smart Devices hängt die Funktionsfähigkeit davon ab, dass ein Dritter einen bestimmten Service fehlerfrei und kontinuierlich anbietet. Fällt beispielsweise der Server über den bestimmte Smart Home-Komponenten gesteuert werden aus, reichen die Probleme von Bequemlichkeitseinbußen, wie mangelnder Steuerbarkeit der Heizung aus der Ferne per App, bis hin zu sicherheitsrelevanten Vorgängen, etwa sich rein zufällig öffnenden und schließenden Haustüren.

Wird der entsprechende Dienst komplett eingestellt, kann dies zur dauerhaften Funktionsunfähigkeit des Produkts führen. Dies wäre besonders bei teuren und physisch langlebigen Produkten, etwa Waschmaschinen, Heizungsanlagen und Autos, fatal und wenig nachhaltig.¹⁴ Der Drittanbieter kann dabei auch eine Tochtergesellschaft des Produktanbieters sein, der sein Geschäft aus Gründen der Risikoverteilung aufspaltet.

Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, ob eine explizite Regelung dieser Problematik zur gerechten Risikoverteilung und Vermeidung von Schutzlücken erforderlich ist. Denkbar ist z.B. eine Regelung, wonach eine juristische oder natürliche Person dem Verbraucher gegenüber insgesamt für die Vertragskonformität der Leistung verantwortlich ist. Eine Aufteilung der Verantwortung nach Hardware- und Softwarekomponenten wäre dann rechtlich unerheblich; eine Verantwortungsdelegation für Teilaspekte der Vertragskonformität würde den Vertragspartner des Verbrauchers nicht entlasten, sondern er würde für diese Teilaspekte haften wie generell der Auftraggeber für das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen.

Bei Smart Devices darf die Einbeziehung von dritten Parteien in die Leistungserbringung nicht zulasten des Verbrauchers gehen.

¹⁴ Vgl. zur Gewährleistung bei langlebigen Produkten und den damit verknüpften Nachhaltigkeitsaspekten auch die Stellungnahme des vzbv zum Richtlinienentwurf COM(2015) 635 final (Online-Handel).

2. VERSTÖßE GEGEN DAS DATENSCHUTZRECHT ALS MANGEL

In Bezug auf den Datenschutz sollten datenschutzrechtliche Anforderungen in die Definition der Vertragsgemäßheit aufgenommen werden. Verstöße gegen die Bestimmungen des Datenschutzes sind im Zusammenhang mit digitalen Inhalten naturgemäß ein größeres Thema als bei rein analogen Produkten. Die Sanktionsmöglichkeiten des Verbrauchers sind allerdings beschränkt. Insbesondere fehlt es momentan an einer Schnittstelle zwischen dem Datenschutz- und dem Gewährleistungsrecht, durch welche der Verbraucher im Falle der Nichteinhaltung wichtiger Datenschutzstandards einen vertraglichen Anspruch auf diesbezügliche Nachbesserung hat.¹⁵ Die grundsätzliche Möglichkeit, die Datenverarbeitung durch Rückzug der Einwilligung zu beenden, hilft nur in den Fällen, in denen die Einwilligung die einzige Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung ist. Außerdem würde dem Verbraucher so erstmals ein genereller vertraglicher Anspruch auf z.B. Schadensersatz wegen einer Verletzung der Persönlichkeitsrechte zukommen.

Die Einhaltung des Datenschutzrechts sollte Bestandteil der Vertragskonformität sein.

3. LIEFERUNG VON UPDATES

Auch die Frage nach der Lieferung von Updates ist bisher nur ansatzweise geregelt. Es wird lediglich in Art. 6 Abs. 4 erwähnt, dass die digitalen Inhalte der neuesten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfügbaren Version entsprechen müssen, sofern nichts anderes vereinbart wurde. In Art. 15 wird noch festgelegt, in welchen Fällen der Anbieter Änderungen an den digitalen Inhalten vornehmen darf, welche den Zugang oder die Nutzung der Inhalte durch den Verbraucher beeinträchtigen. Inwiefern der Anbieter auch ohne explizite vertragliche Vereinbarung dazu verpflichtet ist, bestimmte Updates zu liefern, wird nicht erwähnt.

Dies kann aber gerade in Bezug auf nach Vertragsschluss entstehende Sicherheitsproblematiken entscheidend sein. Entsteht ein Sicherheitsproblem erst nach Vertragsschluss, kann dies den digitalen Inhalt und schlimmstenfalls das gesamte Endgerät unbrauchbar machen, solange kein entsprechendes Sicherheitsupdate installiert wird. Da nach der aktuellen Fassung des Entwurfs aber grundsätzlich nur die Aktualität des Inhalts zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich ist, hätte der Verbraucher keinen rechtlichen Anspruch auf die kostenfreie Lieferung eines solchen Updates. Hierdurch könnte ein erst vor kurzem erworbener digitaler Inhalt noch weit vor Ablauf der Gewährleistungsfrist unbrauchbar werden.

Es gibt außerdem auch Produkte, bei denen ein Betrieb aus rechtlichen Gründen nur dann möglich ist, wenn die dabei eingesetzten digitalen Inhalte auf dem aktuellen, bzw. dem gesetzlich geforderten Stand sind. Beispielsweise müssen „smarte“ Autos stets den rechtlichen Anforderungen an die Verkehrstauglichkeit genügen, um betrieben werden zu dürfen.

¹⁵ So auch C. Wendehorst in Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge, Teil 2: Wissenschaftliches Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 87.

Die kostenlose Lieferung zumindest sicherheitsrelevanter Updates muss Teil der Konformitätsanforderungen sein.

4. SPIELRAUM FÜR DEN NATIONALEN GESETZGEBER

Angesichts des breiten Anwendungsbereichs der Richtlinie und der rasanten Entwicklung der Digitalisierung dürfte es für den Gesetzgeber schwierig sein, die offenen Fragen hinsichtlich der Vertragskonformität digitaler Inhalte hinreichend konkret und mit dem Anspruch einer gewissen Dauerhaftigkeit zu beantworten. Daher sollte der EU-Gesetzgeber die Abwägungskriterien für die Beurteilung der Vertragsgemäßheit nur in allgemeiner Form definieren und im Übrigen dem nationalen Recht und der Rechtsprechung die Ausfüllung der Kriterien überlassen.

Die Anforderungen an die Vertragskonformität sollten EU-rechtlich nur dem Grundsatz nach geregelt werden und im Übrigen dem nationalen Recht überlassen werden.

V. VERTRAGSÄNDERUNGEN DURCH DEN ANBIETER

Art. 15 des Richtlinienentwurfs listet Bedingungen auf, unter denen der Anbieter den Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte hinsichtlich wesentlicher Leistungsmerkmale nach Vertragsschluss einseitig abändern kann. Dies ist im Wesentlichen der Fall, wenn der Vertrag dies vorsieht. Ferner muss der Verbraucher hierüber vor Vornahme der Änderung informiert werden und es muss ihm das Recht eingeräumt werden, innerhalb von 30 Tagen nach Eingang dieser Mitteilung den Vertrag zu beenden. Tut er dies, müssen ihm Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit denen er die von ihm bereitgestellten Inhalte in gewissem Umfang wiedererlangen kann. Des Weiteren muss der Verwender das gezahlte Entgelt anteilig zurückzahlen, bzw. die künftige Nutzung der Daten des Verbrauchers unterlassen.

Faktisch bedeutet das, dass ein Anbieter, der dem Verbraucher die Erbringung einer Leistung von einer bestimmten Qualität über einen bestimmten Zeitraum versprochen hat, aufgrund eines Änderungsvorbehalts in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen berechtigt wäre, sein Leistungsversprechen nach Vertragsschluss einseitig zu ändern.

Diese Vorschrift bedeutet gegenüber der aktuellen Rechtslage einen Rückschritt im Verbraucherschutz. Insbesondere fehlt es an einer Begrenzung der Änderungsbefugnis für Fälle, in denen dies dem Verbraucher nicht zuzumuten ist. Damit steht die Norm hinter § 308 Nr. 4 BGB und der entsprechenden europäischen Regelung¹⁶ zurück. Nach diesen Regelungen wäre eine Änderungsklausel im Vertrag nur dann zulässig, wenn die Interessenabwägung zu Gunsten des Anbieters ausgeht. Diese allgemeine Regelung wäre mit Art. 15 für den Bereich der digitalen Inhalte ausgehebelt. Das berechtigte Vertrauen des Verbrauchers, einen digitalen Inhalt, wie versprochen, über eine bestimmte Zeit in einer bestimmten Qualität zur Verfügung gestellt zu bekommen, wäre dann nicht mehr ausreichend geschützt.

¹⁶ Nr. 1 lit. j und k des Anhangs der Klauselrichtlinie 93/13/EWG.

Das Vertrauen der Verbraucher auf den unveränderten Bestand geschlossener Verträge darf nicht durch einseitige Vertragsänderungen seitens des Anbieters in Frage gestellt werden.

VI. DATENSCHUTZ

Es ist zu begrüßen, dass der Richtlinienentwurf Geschäftsmodelle, die auf eine kommerzielle Verwertung von Daten des Verbrauchers abzielen, explizit in den Anwendungsbereich einbezieht. Dadurch wird deutlich gemacht, dass Daten grundsätzlich die Gegenleistung im Rahmen eines vertraglichen Austauschverhältnisses sein können. Der wirtschaftliche Wert der vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Daten wird auch rechtlich anerkannt, indem die in Datenform erbrachte Leistung als vertragliche Gegenleistung gewertet wird. Dies hat wiederum zur Konsequenz, dass der Verbraucher im Falle einer unzureichenden Leistung seitens des Anbieters vertragliche Gewährleistungsrechte geltend machen kann.

1. ANWENDUNG DES GEWÄHRLEISTUNGSRECHTS AUF GESCHÄFTSMODELLE DES BEZAHLENS MIT DATEN

Die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts auf Verträge, bei denen der Verbraucher seine Gegenleistung in Daten erbringt, heißt, dass der Verbraucher insbesondere Nachbesserungen verlangen kann, wenn ein digitaler Inhalt nicht erwartungsgemäß funktioniert, etwa im Falle mangelhafter Zugänglichkeit von digitalen Services oder bei Sicherheitslücken.

Möglicherweise noch wichtiger ist die Option, im Falle einer Vertragswidrigkeit Schadensersatz zu verlangen. Der Richtlinienentwurf statuiert in Art. 14 einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadensersatz für „wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers“. Hiermit würden z.B. Fälle erfasst, in denen eine Softwareinkompatibilität die Funktionalität des Endgeräts beeinträchtigt, etwa wenn eine neue App das Betriebssystem eines Smartphones fortwährend zum Absturz bringt. In Betracht kommen auch Situationen, in denen eine Sicherheitslücke einen Hackerangriff ermöglicht. Neben der Befriedigung legitimer Interessen der Verbraucher würde so außerdem ein erheblicher Anreiz für Unternehmen geschaffen, die Qualität und Sicherheit ihrer Produkte weiter zu optimieren. Dies ist angesichts des immer deutlicher werdenden Handlungsbedarfs im Bereich der IT-Sicherheit¹⁷ sinnvoll und wichtig.

Wenn Verbraucher für einen digitalen Inhalt mit ihren Daten bezahlen, so sollen sie dieselben Rechte haben wie beim Zahlen mit Geld.

¹⁷ Vgl. zuletzt den Hacker-Angriff auf die Router der Deutschen Telekom Ende November 2016, der 900.000 Router zeitweise lahmlegte.

2. VERHÄLTNIS VON DATENSCHUTZRECHT UND VERTRAGSRECHT

So richtig im Prinzip die vertragsrechtliche Anerkennung von Geschäftsmodellen des Bezahls mit Daten ist, so problematisch sind die hiermit möglicherweise verbundenen Konsequenzen. Fraglich erscheint unter diesem Blickwinkel das Verhältnis der vorgeschlagenen vertraglichen Regelungen zur Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)¹⁸.

Zwar soll nach Art. 3 Nr. 8 des Richtlinienvorschlags der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten explizit unberührt bleiben. Allerdings ist es für die praktische Reichweite des Datenschutzes entscheidend, wie die Bestimmungen der DSGVO in Fällen des „Bezahls mit Daten“ zu interpretieren sind.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass im Sinne des Datenschutzrechts der Vertrag hinreichende Rechtsgrundlage für die Datenerhebung bei Geschäftsmodellen des „Bezahls mit Daten“ sei (Art. 6 Nr. 1 lit. b DSGVO). In der Konsequenz hieße das, dass der Verbraucher einen Vertrag, für den er mit Daten bezahlt, nur nach den im Vertrag beschriebenen Bedingungen beenden kann. Ein datenschutzrechtliches Widerspruchsrecht oder die Möglichkeit, seine Einwilligung in die Datenverarbeitung zu widerrufen, bestünde nicht, weil eine Einwilligung gar nicht erforderlich wäre. Auch die Europäische Kommission hat zeitweise diese Ansicht vertreten.

Inzwischen scheint sich aber bei den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Institutionen die Auffassung durchzusetzen, dass Geschäftsmodelle des Bezahls mit Daten in aller Regel datenschutzrechtlich nur auf der Grundlage einer Einwilligung zulässig sind und dass der Verbraucher somit die Möglichkeit hat, die Nutzung seiner Daten jederzeit durch Widerruf seiner Einwilligung zu beenden.

Nach Art. 6 Nr. 1 lit. b DSGVO ist die Verwendung von Daten rechtmäßig, wenn diese für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist. Während dieser Begriff klassischer Weise eng ausgelegt wird und bspw. die zur Lieferung von Waren nötigen Adressdaten meint, bezieht die weitergehende Auffassung auch die für die Aufrechterhaltung bestimmter Geschäftsmodelle wirtschaftlich erforderlichen Umstände mit ein. Diese Interpretation erscheint angesichts der hohen Grundrechtsrelevanz des Datenschutzes als außerordentlich problematisch, da sie dazu führen könnte, dass Verbraucher, die mit ihren Daten bezahlen, keinerlei Möglichkeit haben, die Herrschaft über diese Daten selbständig wiederzuerlangen.

Zu beachten ist allerdings, dass diese Frage grundsätzlich eine des Datenschutzrechts, also der Interpretation der Datenschutzgrundverordnung, ist. Die Richtlinie über den Handel mit digitalen Inhalten kann keine Aussage darüber treffen, wie die datenschutzrechtlichen Regelungen zu interpretieren sind und welchem Erlaubnistatbestand die jeweilige Datenverarbeitung unterfällt. Deshalb ist es wichtig, bei der Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung darauf zu achten, dass sich die hier skizzierte Lesart, dass beim „Bezahlen mit Daten“ zumeist die Rechtsgrundlage der (widerrufbaren) Einwilligung einschlägig ist, durchsetzt. Hierbei wird der Artikel-29-Gruppe eine wichtige Rolle zukommen. Bezüglich der Richtlinie ist auf die Verknüpfung mit der Datenschutzgrundverordnung zu achten. Hier sollte ein Ansatz gewählt werden, nach dem alle Geschäftsmodelle, bei denen Daten die Gegenleistung darstellen, den Regelungen der Richtlinie unterfallen. Anderenfalls sind Schutzlücken für den Verbraucher zu befürchten, da Fälle denkbar sind, in denen der Verbraucher mit seinen Daten „bezahlt“, die

¹⁸ Verordnung (EU) 2016/679, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=de>.

Datenverarbeitung aber auch aus anderen Gründen als einer Einwilligung gerechtfertigt ist, beispielsweise weil diese im öffentlichen Interesse liegt, etwa bei medizinischen Notfallapps. Auch in diesen Fällen sollte der Verbraucher den Schutz des Gewährleistungsrechts genießen.

Dem Verbraucher muss es jederzeit möglich bleiben, der Nutzung seiner Daten zu widersprechen.

3. ANWENDBARKEIT DER RICHTLINIE AUF AUTOMATISIERTE DATENERHEBUNGEN

Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Entwurf die Erlangung und Weiterverwendung von Daten nur dann als einer Geldzahlung entsprechende Gegenleistung anerkennt, wenn der Verbraucher diese „aktiv“ zur Verfügung stellt. Dies betrifft nicht nur jene automatisierten Datenerhebungen, die der Verbraucher kaum bemerken kann. Insbesondere das für die Wirtschaft hochgradig lukrative Sammeln von Daten mithilfe von Cookies kann nach der aktuellen Fassung nicht als Gegenleistung bewertet werden. Dies soll nach den Erwägungsgründen selbst dann gelten, wenn der Verbraucher sich mit der Verwendung von Cookies, beispielsweise durch das Klicken eines entsprechenden Buttons, einverstanden erklärt. Die Unterscheidung nach „vom Verbraucher aktiv bereitgestellten“ und „vom Anbieter erhobenen“ Daten überzeugt nicht. Wie bereits erwähnt, ist auch das Sammeln und Nutzen von Daten, die dem aktuellen Richtlinienentwurf nicht unterfallen, für die Wirtschaft attraktiv und weit verbreitet. Diese Fälle sollten daher ebenfalls dem Schutz der Richtlinie unterfallen.

Geschäftsmodelle des „Bezahlens mit Daten“ sollten auch dann von der Richtlinie erfasst werden, wenn der Anbieter die Daten des Verbrauchers in einem automatisierten Verfahren erhebt.