

Verbraucherrecht 2.0

Verbraucher in der digitalen Welt

Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen

Berlin, Dezember 2016
ISSN 2510-0084

Herausgeber:

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen
beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 18 580-0
Fax: +49 (0) 30 18 580-9525
E-Mail: info@svr-verbraucherfragen.de
Internet: www.svr-verbraucherfragen.de

Diese Veröffentlichung ist im Internet abrufbar.
© SVRV 2016

Mitglieder des SVRV

Prof. Dr. Lucia Reisch (Vorsitzende)

Professorin für Interkulturelle Konsumforschung und europäische Verbraucherpolitik an der Copenhagen Business School

Dr. Daniela Büchel (stellv. Vorsitzende)

Mitglied der Geschäftsleitung REWE für die Bereiche Human Resources und Nachhaltigkeit

Prof. Dr. Gerd Gigerenzer

Direktor der Abteilung „Adaptives Verhalten und Kognition“ und des Harding-Zentrums für Risikokompetenz am Max-Planck-Institut für Bildungsforschung in Berlin

Helga Zander-Hayat

Leiterin des Bereichs Markt und Recht bei der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen

Prof. Dr. Gesche Joost

Professorin für das Fachgebiet Designforschung an der Universität der Künste und Internetbotschafterin der Bundesregierung im Gremium der „Digital Champions“ der EU

Prof. Dr. Hans-Wolfgang Micklitz

Professor für Wirtschaftsrecht am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz

Prof. Dr. Andreas Oehler

Professor für Finanzwirtschaft an der Universität Bamberg und Direktor der Forschungsstelle Verbraucherfinanzen und Verbraucherbildung

Prof. Dr. Kirsten Schlegel-Matthies

Professorin für Haushaltswissenschaft an der Universität Paderborn

Prof. Dr. Gert G. Wagner

Professor für Empirische Wirtschaftsforschung und Wirtschaftspolitik an der Technischen Universität Berlin, Vorstandsmitglied des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung und Max Planck Fellow am MPI für Bildungsforschung

Mitarbeitende des SVRV

Leiter der Geschäftsstelle: Thomas Fischer, M.A.

Wissenschaftlicher Stab der Geschäftsstelle: Mathias Bug, Dr. Irina Domurath,
Dr. Christian Groß

Inhalt

Vorwort.....	3
Executive Summary	4
Teil I. Zielsetzung, Aufbau, Gedankengang des Gutachtens.....	8
I. Drei Ziele	8
II. Hintergrund und Aufgabenstellung des Gutachtens.....	8
III. Aufbau und Gedankengang des Gutachtens	9
Teil II. Die digitale Welt und ihre Bedeutung für die Verbraucherrechtspolitik	10
I. Rechtspolitischer Kontext	10
II. Grundsatzentscheidung über die Reichweite der Digitalisierung	12
1. Kontinuität.....	12
2. Disruption	14
III. Mögliche Konsequenzen aus der Debatte um Kontinuität vs. Disruption	16
Teil III. Rechtsbeziehungen in digitalen Dienstleistungen	18
I. Vertragsschluss	19
1. Informationen und Kopplung	19
2. Informationen: Einwilligung und AGB.....	20
3. Informationen und Gegenstand der Rechtsbeziehung	21
4. Sonderproblem IoT: Einsatz von E-Personen	22
II. Die Rolle von Online-Plattformen	24
1. Begriffliche Unschärfen.....	24
2. Problemmuster: Informationen, Anbieter, Haftung, Transparenz, Wettbewerb....	24
3. Beispiel: Health Apps.....	27
4. Stand der Reformdiskussion zu Plattformen	29
III. Verbraucherdatenschutz	32
1. Kopplungsverbot.....	33
2. AGB-Kontrolle von Datenschutzerklärungen.....	33
3. Personenbezogenheit der Daten & Datenschutz durch Technik	34
4. Einwilligung durch „Geschäftszwecke“	34
5. Internationale Datentransfers.....	34
IV. Entterritorialisierung und Rechtsdurchsetzung	35
1. Zu den Auswirkungen auf die Rechte des Verbrauchers.....	35
2. Individuelle Rechtsdurchsetzung	37
3. Kollektive grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung.....	39
4. Grenzüberschreitende behördliche Kooperation	42
V. Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen.....	45
1. Zur Information vor Eingehen der Rechtsbeziehung	46
2. Zur Koppelung von Diensten in der Vertragsschlussphase	47
3. Zum Umfang und der Rechtswirkung der Einwilligung	47
4. Zur Feststellung des Partners der Rechtsbeziehung.....	48

5.	Zum Gegenstand der Rechtsbeziehung.....	48
6.	Zu den Rechten aus der Rechtsbeziehung	50
7.	Zur Verbesserung der individuellen Rechtsdurchsetzung	51
8.	Zur Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung	51
9.	Zur geeigneten Form der Umsetzung der Vorschläge.....	52
10.	Zur Notwendigkeit einer evidenzbasierten Verbraucherpolitik	53
11.	Zur Kompetenzproblematik.....	53
Teil IV.	Algorithmen, Software-Agenten, Code, Big Data	54
I.	Algorithmen, Künstliche Intelligenz	55
1.	Verantwortlichkeiten	55
2.	Rechtliche Zuordnung.....	56
II.	Big Data, Informationsasymmetrie und Profiling	58
1.	Problemstellung	58
2.	Rechtliche Zuordnung.....	59
III.	Lösungsoptionen für die Regulierung von Algorithmen und Big Data	60
1.	Vorgaben im Bundesdatenschutzgesetz.....	60
2.	Vorgaben in der Datenschutzgrundverordnung.....	62
3.	Zu den drei Optionen eines regulatorischen Ansatzes	63
4.	Zur fehlenden Übertragbarkeit der technischen Regulierung	64
5.	Zu den Defiziten und Konsequenzen einer reaktiven Kontrolle	65
6.	Zu den begrenzten Möglichkeiten der Ko-Regulierung.....	66
7.	Zur Notwendigkeit eines Algorithmengesetzes	67
8.	Zur Kompetenzproblematik.....	67
Teil V.	Digitalagentur – Verankerung, Aufgaben, Kompetenzen.....	69
I.	Kompetenz- und Rechtsdurchsetzungsdefizite	69
II.	Ausländische Vorbilder.....	71
III.	Lösungsoptionen: zur Notwendigkeit einer Digitalagentur	74
1.	Zur Notwendigkeit unverzüglichen politischen Handelns.....	75
2.	Zur Institutionellen Verankerung der Digitalagentur.	75
3.	Zu den Aufgaben und Kompetenzen der Digitalagentur.....	76
4.	Zur Kompetenzproblematik.....	76

Vorwort

Im Zuge der Digitalisierung einer fortwährend steigenden Anzahl an Gütern und Dienstleistungen sind Verbraucherinnen und Verbraucher mit einer nie dagewesenen Umwälzung ihrer Lebens- und Konsumgewohnheiten konfrontiert: Die Grenzen zwischen Anbietern und Nachfragern verschwimmen – immer öfter finden sich Verbraucherinnen und Verbraucher selbst in der Rolle der Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen wieder. Regulierungsaufgaben, die bisher dem Staat vorbehalten waren, finden sich nun als Voreinstellungen in den Algorithmen privatwirtschaftlicher Unternehmen wieder.

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen hat sich die Aufgabe gestellt zu untersuchen, ob das Verbraucherrecht in seiner heutigen Form den Anforderungen der digitalen Welt Stand hält. Mit dem Titel „Verbraucherrecht 2.0“ plädiert der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen dafür, dass ein „Weiter so“ nicht möglich ist und das Verbraucherrecht dringend ein Update benötigt.

Das Gutachten baut auf den in diesem Jahr vergebenen externen Studien sowie Arbeitspapieren aus der SVRV Working Paper Series auf. Es ist eingebettet in die bereits erschienenen Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen zum Thema Digitalisierung in den Bereichen Handel, Finanzen, Gesundheit und Crowdfunding und ebnet den Weg für geplante Gutachten zu den Themen „Digitale Souveränität“ und „Consumer Scoring“.

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen dankt insbesondere Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, der die Federführung des vorliegenden Gutachtens übernommen hat, Prof. Gesche Joost und Frau Helga Zander-Hayat für ihre tatkräftige Unterstützung, Ass.-Prof. Dr. Kai Purnhagen, Prof. Dr. Peter Rott, Prof. Dr. Gerald Spindler, Ass.-Prof. Dr. Stefan Wahlen sowie Prof. Dr. Christiane Wendehorst, die ihre Expertise im Rahmen extern vergebenen Studien eingebracht haben und der Geschäftsstelle des SVRV, hier insbesondere Dr. Irina Domurath, für die inhaltliche und administrative Begleitung in der Abfassung des Gutachtens.

Berlin im Dezember 2016

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen

Executive Summary

I. Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen

1. Zur Information vor Eingehen der Rechtsbeziehung

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (SVRV) empfiehlt: (1) Der Unternehmer hat den Verbraucher auf je einer Seite (500 Wörter) über die relevanten datenschutzrechtlichen Vorgaben sowie über die AGB-Bestimmungen vor Vertragsschluss zu informieren. Diese Verpflichtung gilt auch für eventuelle Änderungen während des Vertrages. Der Unternehmer hat auf der einseitigen Information nachträgliche Änderungen drucktechnisch deutlich hervorzuheben. Die einseitige Information und deren Aktualisierung ist dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger i.S.d. § 126b BGB zu übermitteln. (2) Jede Änderung berechtigt den Verbraucher zum Rücktritt vom Vertrag, worauf hinzuweisen ist. (3) Verstöße gegen die Hinweispflicht sind zu sanktionieren.

2. Zur Koppelung von Diensten in der Vertragsschlussphase

Der SVRV empfiehlt die folgenden Informationspflichten festzulegen: (1) erwirbt der Verbraucher ein elektronisches Gerät mit einer vorinstallierten Software, muss er über den Preis des Geräts und der Software (getrennt) informiert werden. Die entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH ist im Wege der Änderung der EU Richtlinie zu korrigieren. (2) Die Finanzierung von digitalen Dienstleistungen durch Dritte ist dem Verbraucher gegenüber offenzulegen.

3. Zum Umfang und der Rechtswirkung der Einwilligung

Der SVRV empfiehlt: Datenschutzrechtliche und AGB-rechtliche Anforderungen an die Einwilligung sind gleichzustellen. Das Trennungs- und Transparenzgebot des Art. 7 Abs. 2 DSGVO ist auf die Einbeziehung von AGB zu übertragen. Als bindend vereinbart gelten nur die auf jeweils einer Seite (s. Forderung Nr. 1) niedergelegten Rechte und Pflichten.

4. Zur Feststellung des Partners der Rechtsbeziehung

Der SVRV empfiehlt: (1) Im Einklang mit dem Vorschlag Frankreichs muss der Plattformbetreiber genaue Angaben über die Funktion des Dienstes und den Charakter der Rechtsbeziehungen offenlegen; soweit die Plattform einen User Account verlangt, ist die Information vor Erstellung des Accounts zu übermitteln. (2) Im Einklang mit seiner faktischen Funktion muss der Plattformbetreiber eine Überwachungs- und Kontrollfunktion übernehmen, bei Verletzung dieser Pflichten haftet er gegenüber dem Verbraucher. (3) In der Sharing Economy sollte eine Regel eingeführt werden, nach der jeder, der kostenpflichtige Leistungen über eine Plattform anbietet, bis zum Beweis des Gegenteils als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB zu behandeln ist.

5. Zum Gegenstand der Rechtsbeziehung

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass es sich bei digitalen Dienstleistungen „as is“ um eine Rechtsbeziehung mit Rechten und Pflichten handelt.

Der SVRV empfiehlt, die Regelung der vor Eingehen der Rechtsbeziehung verbindlich zu übermittelnden Informationsblätter auf Dienstleistungen „as is“ zu erstrecken.

Der SVRV empfiehlt, die schwarze und graue Liste der verbotenen Klauseln um Klauseln zu ergänzen, die typischerweise in digitalen Zusammenhängen und insbesondere in Endnutzervereinbarungen zu finden sind.

Der SVRV empfiehlt, die Forschung zum möglichen Einsatz der Blockchain Technologie sowie zu den möglichen rechtlichen Konsequenzen bei Smart Contracts intensiv voranzutreiben.

Der SVRV empfiehlt, das Zusammenspiel von Datenschutzrecht, Urheberrecht und Privatrecht/Verbraucherrecht systematisch zu analysieren, weil nur eine holistische Perspektive die Möglichkeit eröffnet, generalisierende Regeln zu finden, die sich für die digitale Welt als erkenntnis- und handlungsleitend erweisen können. Aus Verbrauchersicht geht es kurzfristig höchstdringlich um die Abstimmung der AGB-Kontrolle mit dem Datenschutz- und dem Urheberrecht.

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass Privacy by Design und Privacy by Default sowie grundlegende IT-Sicherheitsmaßnahmen zur Definition der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB gehören.

6. Zu den Rechten aus der Rechtsbeziehung

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass das Recht auf Datenportabilität auch als Kündigungsrecht zu verstehen ist, mit Hilfe dessen der Verbraucher eine kostenfreie Rückübertragung und Löschung der Daten auf einem gängigen maschinenlesbaren und interoperablen Format verlangen kann.

Der SVRV empfiehlt, um dem Auseinanderfallen von Kaufvertrag und von Dritten bereitgestellten digitalen Inhalten entgegenzuwirken, dass ein Produktgewährleistungsanspruch gegen den Produzenten bzw. gegen den EU- Importeur eingeführt werden sollte, der dem Verbraucher gegenüber auch für die Bereitstellung von digitalen Drittleistungen haftet.

7. Zur Verbesserung der individuellen Rechtsdurchsetzung

Der SVRV regt an, dass Wirtschaft und Verbraucherverbände sich an der Ausarbeitung von Modellverträgen für digitale Dienstleistungen beteiligen, die nicht nur wesentliche Elemente des Inhaltes eines solchen Vertrages, sondern auch die Verbindung hin zu den Streitschlichtungsmechanismen sicherstellen.

Der SVRV regt an, die Auswirkungen privater kommerzieller Rechtsdurchsetzung auf die verbandlich unterstützte Rechtsdurchsetzung aufmerksam zu verfolgen.

8. Zur Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung

Der SVRV schließt sich dem Tenor des diesjährigen Verbraucherrechtstags an, auf dem für die Ergänzung des verbandlichen Rechtsschutzes durch eine behördliche Kontrolle (Digitalagentur) plädiert wurde. Nach englischem Vorbild wäre ergänzend an eine „super complaint“ zu denken, ein Verfahren, in dem die Verbände notfalls mit Hilfe eines Gerichts ein Tätigwerden der Behörde erzwingen könnten.

9. Zur geeigneten Form der Umsetzung der Vorschläge

Der SVRV spricht sich für eine Form der Umsetzung der Vorschläge aus, die den inneren Zusammenhang der vorgeschlagenen Regeln wahrt. Angesichts der politischen Sensibilität, die Eingriffe in das BGB mit sich bringen, sollten Korrekturen im BGB auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden. Konkret bestünde die Notwendigkeit, in die §§ 13 und 14 BGB eine Vermutungsregelung für geschäftliche Tätigkeiten einzuführen sowie die datenschutzrechtliche Einwilligung und die AGB-rechtliche Einwilligung aufeinander abzustimmen.

10. Zur Notwendigkeit einer evidenzbasierte Verbraucherpolitik

Der SVRV empfiehlt, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um eine evidenzbasierte Verbraucher-*Rechts*-Politik gestalten zu können.

11. Zur Kompetenzproblematik

Der Sachverständigenrat lässt sich von der Überzeugung leiten, dass es der Bundesrepublik Deutschland unbenommen ist, mittels eines politischen Vorstoßes und möglicherweise gemeinsam mit anderen Mitgliedstaaten die Europäische Kommission zum Handeln aufzurufen.

II. Lösungsoptionen für die Regulierung von Algorithmen

1. Vorgaben im Bundesdatenschutzgesetz

Der SVRV stellt fest, dass die geltende Regelung in § 28 b Bundesdatenschutzgesetz einen brauchbaren Ausgangspunkt für die Regulierung selbstlernender Algorithmen enthält.

2. Vorgaben in der Datenschutzgrundverordnung

Der SVRV stellt fest, dass die in der Datenschutzgrundverordnung vorhandenen rudimentären Ansätze zur Regulierung von Algorithmen nicht ausreichen und selbst hinter den Standard des § 28 b Bundesdatenschutzgesetz zurückfallen.

3. Zu den drei Optionen eines regulatorischen Ansatzes

Der SVRV stellt fest, dass für den Gesetzgeber theoretisch drei Möglichkeiten der Regulierung bestehen,

- *proaktiv* – *legality by design*: der Gesetzgeber verpflichtet die Unternehmen, zwingende rechtliche Vorgaben in die Entwicklung von Algorithmen zu integrieren;
- *reaktiv*: der Gesetzgeber beschränkt sich auf die Verpflichtung, dass Unternehmen in der Ausarbeitung von Algorithmen das Recht einhalten (was eigentlich selbstverständlich ist) und konzentriert sich auf eine *ex post* Kontrolle;
- *Mittelweg*: der Gesetzgeber erlässt eine Rahmengesetzgebung, die zwingende staatliche Vorgaben mit Selbstregulierung verbindet.

4. Zur fehlenden Übertragbarkeit der technischen Regulierung

Der SVRV stellt fest, dass die Regulierung von Algorithmen nicht mit den Mitteln und Techniken zur Regulierung von Industrieprodukten bewältigt werden kann.

1. Zu den Defiziten und Konsequenzen einer reaktiven Kontrolle

Der SVRV ist der Überzeugung, dass ein „Weiter so“ politisch keine ernsthafte Option ist. Die Politik ist aufgerufen, von der *de facto* praktizierten *ex post* Kontrolle Abstand zu nehmen und nach einer Regulierung zu suchen, die den Besonderheiten der Algorithmen gerecht wird.

2. Zu den begrenzten Möglichkeiten der Ko-Regulierung

Der SVRV hält fest, dass die vielerorts proklamierte Ko-Regulierung in Form einer prozeduralen staatlichen Rahmengesetzgebung für die Regulierung von Algorithmen modifiziert werden muss.

7. Zur Notwendigkeit eines Algorithmengesetzes

Der SVRV empfiehlt,

- (1) dass durch rechtliche Vorgaben sichergestellt werden muss, dass Algorithmen die Vorgaben des Verbraucherrechts, des Datenschutzrechts, des Anti-Diskriminierungsrechts und der digitalen Sicherheit berücksichtigen. Die zugrundeliegenden Parameter sind bei Algorithmen mit direktem Verbraucherkontakt transparent zu machen. Auch bei selbst-lernenden Algorithmen muss die rechtliche Verantwortlichkeit zuzuordnen sein und geltende Regelungen zum Konsumentenschutz müssen gewahrt bleiben;
- (2) dass Algorithmen durch standardisierte Offenlegungspflichten einem Kreis von Experten der Digitalagentur offengelegt werden, die per Stichprobe die rechtliche Unbedenklichkeit überprüfen. Hierzu sind standardisierte Verfahren des Software Engineering zu entwickeln;
- (3) daneben die Unternehmen zur Ausarbeitung eines Code of Conduct über die Verwendung von personenbezogenen Daten, künstlich Intelligenter Systeme und der Big Data Analyse aufzufordern.

8. Zur Kompetenzproblematik

Vorbehaltlich einer näheren Untersuchung geht der SVRV davon aus, dass die Kompetenz zur Ausarbeitung eines Algorithmengesetzes trotz der vollharmonisierten Datenschutzgrundverordnung in den Händen der Mitgliedstaaten liegt.

III. Lösungsoptionen: zur Notwendigkeit einer Digitalagentur

1. Zur Notwendigkeit unverzüglichen politischen Handelns

Der SVRV empfiehlt die Errichtung einer Digitalagentur, in der die bisherigen Kompetenzen im Zusammenhang mit digitalen Dienstleistungen gebündelt und ausgebaut werden.

2. Zur Institutionellen Verankerung der Digitalagentur.

Der SVRV spricht sich dafür aus, das Bundeskartellamt mit den Aufgaben zu betrauen, die für die Digitalagentur angedacht sind. So kann sichergestellt werden, dass die in sich zusammengehörenden Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft nicht unter sachfremden Gesichtspunkten auseinandergerissen werden.

3. Zu den Aufgaben und Kompetenzen der Digitalagentur

Der SVRV empfiehlt, die Digitalagentur mit allen notwendigen Aufgaben zu betrauen und ihr die notwendigen Ressourcen zu garantieren, um proaktiv Sach- und Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft zu untersuchen, Vorschläge auszuarbeiten, diese öffentlich zu diskutieren, gemeinsam mit der Wirtschaft und den Verbrauchern Verhaltenskodizes zu entwickeln sowie Empfehlungen und Vorschläge an den Gesetzgeber auszuarbeiten.

4. Zur Kompetenzproblematik

Der SVRV empfiehlt, ein Rechtsgutachten zur Frage der Verschmelzung von deutschen Behörden einzuholen, soweit diese auch mit der Um- und Durchsetzung von Aufgaben betraut sind, für die das EU Recht rechtlich zwingende institutionelle und prozedurale Vorgaben formuliert.

Teil I. Zielsetzung, Aufbau, Gedankengang des Gutachtens

I. Drei Ziele

Das vorliegende Gutachten will dreierlei leisten:

Erstens: die Diskussion um die Notwendigkeit einer Regulierung der digitalen Verbraucherdienstleistungen nachzuvollziehen und zu bewerten. Der SVRV nimmt hier die im Dezember 2015/Januar 2016 initiierte Diskussion zur Rolle und Funktion von digitalen Plattformen auf und erweitert sie um Fragen der Sharing Economy und des Internet der Dinge (Internet of Things, IoT). Wie sind die vielfältigen Regelungsvorschläge des Deutschen Juristentags, der EU Kommission und der an der Diskussion beteiligten Wissenschaftler¹ zu bewerten? Sind sie geeignet, das hehre Ziel der Sicherung der Autonomie der Verbraucher im digitalen Zeitalter zu erreichen?

Konkret: Wo besteht dringender Handlungsbedarf, die geltenden Regeln an die Herausforderungen der digitalen Welt unter holistischer Betrachtung anzupassen – vom Einstieg in die Rechtsbeziehungen bis zum Ausstieg aus den Rechtsbeziehungen?

Zweitens: einen Ausblick auf die drängenden Fragen und die sich abzeichnenden Probleme zu geben, die die fortschreitende Entwicklung digitaler Technologien im Bereich der Software-Agenten-Systeme, der Regulierung durch Algorithmen und der Möglichkeiten von Big Data mit sich bringen. Der SVRV sieht seine Aufgabe im Einklang mit dem ihm gegebenen Mandat darin, die Fragenkreise aufzuzeichnen und Problemlösungen anzudenken, um so eine Diskussion über politische Lösungen in Gang zu setzen. Darin liegt keine Parteinahme für die so genannten „Exzeptionalisten“², aber eine Einsicht in die Notwendigkeit, sich mit der Möglichkeit einer gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Disruption auseinanderzusetzen.

Konkret: Wäre eine gesetzliche Regulierung von Big Data in Form eines Algorithmengesetzes ein denkbarer Weg, um die Risiken für die Autonomie und die Souveränität des Verbraucher-Bürgers zu beherrschen?

Drittens: konkrete Vorschläge für die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in der digitalen Gesellschaft zu entwickeln. Jede zukünftige Regelung sollte mehr denn je ihre Realisierbarkeit im Auge behalten. Personalisierte Werbung ist für den jeweils Betroffenen nicht erkennbar, aber Verbraucher müssen ihre Rechte geltend machen. Wie soll das geschehen? Kollektive Rechtsdurchsetzung wird strukturell schwieriger. Im Mittelpunkt steht die gemeinsam von BMWi und BMJV³ favorisierte Vorstellung einer Digitalagentur, die zum einen Sachkompetenz bereitstellen und zum anderen die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung verbessern müsste.

Konkret: Wie sollte eine Digitalagentur beschaffen sein, welche Kompetenzen sollte sie haben und welche Aufgaben übernehmen, um die Rechte der Verbraucher sicherzustellen?

II. Hintergrund und Aufgabenstellung des Gutachtens

Deutschland folgt in der Verbraucherpolitik mehr oder weniger den aus der EU kommenden Impulsen. Im Verbraucherpolitischen Bericht der Bundesregierung werden im Bereich der

¹ In diesem Gutachten sind mit dem Plural immer alle Geschlechter gemeint.

² Als „Exzeptionalisten“ werden in der juristischen Diskussion Vertreter der Meinung bezeichnet, die eine Disruption proklamieren, siehe unter Teil II. III. 2. des Gutachtens.

³ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)/ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), BMWi/BMJV-Maßnahmenprogramm „Mehr Sicherheit, Souveränität und Selbstbestimmung in der digitalen Wirtschaft“

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Ma%C3%9Fnahmenprogramm_BMJV_BMWi.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

Digitale Verbraucherpolitik neue Geschäftsmodelle und potenzielle Risiken diskutiert, Grundsatzfragen werden aufgeworfen, aber nicht wirklich vertieft. Als Beleg mag der Maßnahmenkatalog des BMWi und des BMJV dienen.⁴ Dort wird mit keinem Wort auf Software-Agenten, ‚regulation by the Code‘ oder auf ‚Big Data‘ eingegangen, obwohl sich genau hier brennend zu beantwortende Fragen stellen.

Der SVRV hat 2015 grundlegende Arbeiten zu den Themenkomplexen Digitale Welt und Handel, Digitale Welt und Finanzen, Digitale Welt und Gesundheit geleistet, wobei die sich stellenden Rechtsfragen ausgeklammert wurden.⁵ Hieraus erklärt sich die Schwerpunktsetzung des hier vorliegenden Gutachtens 2016. Der SVRV wird seine Arbeit im Jahre 2017 fortsetzen und u.a. zu der umstrittenen Diskussion um den Wert der Daten und das Recht an den eigenen Daten Stellung beziehen.

In Vorbereitung für das Rechtsgutachten hat der SVRV im Jahre 2016 fünf externe Studien in Auftrag gegeben⁶:

1. *M. Schmidt-Kessel, M. Larch, K. Erler, B. Heid, A. Grimm*, Universität Bayreuth, Explorationsstudie zu vorhandenen und fehlenden Daten im Verbraucherschutzrecht;
2. *K. Purnhagen/St. Wahlen*, Universität Wageningen Niederlande, Der Verbraucherbegriff im 21. Jahrhundert, Verbraucherbürger und Verbraucherproduzent;
3. *Ch. Wendehorst*, Universität Wien, Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge, mit einer Marktstudie erstellt vom Institut für Innovation und Technik (iit), Berlin;
4. *G. Spindler*, Universität Göttingen, Regulierung durch Technik;
5. *P. Rott*, Universität Kassel, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert.

An internen Vorarbeiten aus dem Kreise des SVRV sind im Jahre 2016 die folgenden vier Working Papers zu nennen, die in das Gutachten eingeflossen sind:

1. *I. Domurath/L. Kosyra*, Verbraucherdatenschutz im Internet der Dinge, SVRV Working Paper Nr. 3;
2. *Ph. Schmechel*, Verbraucherdatenschutzrecht in der EU Datenschutz-Grundverordnung, SVRV Working Paper Nr. 4;
3. *I. Domurath*, Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie,, SVRV Working Paper Nr. 5;
4. *L. Adam/H.-W. Micklitz*, Information, Beratung und Vermittlung in der digitalen Welt, Rechtsfragen in Finanzen, Gesundheit und Handel, SVRV Working Paper Nr. 6.

III. Aufbau und Gedankengang des Gutachtens

Teil II geht auf die digitale Welt und Ihre Bedeutung für die Verbraucherrechtspolitik ein. Teil III behandelt die digitalen Dienstleistungen im Spiegelbild des Vertragsrechts, Teil IV die Zukunftsfragen von Algorithmen und Big Data. Im Teil V geht es um neue Formen einer institutionellen Verankerung. Teil III bis V folgen einem einheitlichen Analyseraster: (1) Identifizierung der Problemfelder, (2) Aufzeichnen des rechtlichen Status Quo unter Einschluss der in der politischen und akademischen Diskussion befindlichen Reformvorschläge, (3) Aufbereitung und Diskussion möglicher Lösungen.

⁴ BMWi/BMJV (op. cit. Fn 3)

⁵ Siehe unter Gutachten 2015 <http://www.svr-verbraucherfragen.de/dokumente/>.

⁶ Die Rechtsgutachten sowie die Working Papers sind auf der Homepage des SVRV unter <http://www.svr-verbraucherfragen.de/dokumente/> frei verfügbar.

Teil II. Die digitale Welt und ihre Bedeutung für die Verbraucherrechtspolitik

I. Rechtspolitischer Kontext

Für private Transaktionen zwischen Verbrauchern und Unternehmen ist das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) maßgebend, in das 2002 das Verbrauchervertragsrecht integriert wurde. Rechtspolitische Vorschläge, die auf tiefgreifende Änderungen des BGB abzielen, sind rechtspolitisch sensibel, rühren sie doch an den Grundfesten der Privatrechtsgesellschaft. Der Deutsche Juristentag (DJT) des Jahres 2016 hatte sich die Frage gestellt, ob das BGB im Zeitalter der Digitalisierung ein ‚Update‘ benötigt. Der Gutachter F. Faust⁷ hat kleinere Korrekturen im BGB vorgeschlagen, hält es jedoch grundsätzlich für möglich, Rechtsfragen der Digitalisierung⁸ mit dem etablierten und bewährten Instrumentenkasten des BGB zu bewältigen. Damit soll nicht gesagt werden, es gäbe keine kritischen Stimmen. Die überwiegende Mehrheit der Juristen will das Zusammenspiel von privater Rechtsdurchsetzung und gerichtlicher Kontrolle unangetastet lassen.⁹

Die einseitige Ausrichtung auf die gerichtliche Kontrolle verbraucherschutzrechtlicher Regelungen, wie sie heute gegeben ist, ist problematisch. Die Verbraucherrechtstage 2016 haben sich mit der Notwendigkeit und der Machbarkeit einer administrativen Kontrolle verbraucherschutzrechtlicher Regeln befasst.¹⁰ Die Mehrzahl der Vorträge befürwortet einen administrativen Ausbau der Rechtsdurchsetzung im wirtschaftlichen Verbraucherschutz, ganz unabhängig von den Herausforderungen der Digitalisierung, wobei die Instrumente behördlicher Rechtsdurchsetzung nicht das privatrechtlich organisierte Verbandsmodell ersetzen, sondern ergänzen soll. Für das deutsche Recht, für das Zivilrecht und für die deutsche Zivilrechtswissenschaft ist die Vorstellung einer behördlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, von unlauterer Werbung und darüber hinaus von Verbrauchervorschriften in regulierten Märkten höchst problematisch, weil sie an den Grundfesten einer Privatrechtsordnung rüttelt, in der Rechtsdurchsetzung mit Durchsetzung individueller Rechte vor Gerichten gleichgesetzt wird. Soweit es um die kollektive Rechtsdurchsetzung im Wege der Unterlassungsklage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und um unlautere Werbung geht, so das Credo, soll es bei dem etablierten Modell des Rechtsschutzes durch Gerichte bleiben.

Sicherlich haben sich die Gewichte über die letzten Jahre verschoben, im individuellen Rechtsschutz auf Betreiben der EU hin zu alternativen Formen der Streitbeilegung, im kollektiven Rechtsschutz hin zur größeren Beachtung von kollektiven Rechtsbehelfen jenseits der Unterlassungsklage, von der Bedeutung der der Unterlassungsklage vorgelagerten Unterlassungserklärung bis hin zur kontrovers diskutierten Einführung eines generellen kollektiven Schadensersatzanspruches. Die jetzige Legislaturperiode wird möglicherweise noch mit einem Vorschlag aufwarten, der nach den Vorstellungen des BMJV

⁷ Faust, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?* (Gutachten zum 71 DJT 2016).

⁸ ‚Im Sinne von Balkin, *The Path of Robotics Law*, *California Law Review* Circuti, Vol. 6, June 2015, S. 45: ‚we should try not to think about characteristics of technology as if these features were independent of how people use technology in their lives and in their social relations with others. Because the use of technology in social life evolves, and because people continually find new ways to employ technology for good or for ill, it may be unhelpful to freeze certain features of use at a particular moment and label them “essential.“

⁹ Für ein Plädoyer für die Kontinuität: Dechamps, *„Digitale Wirtschaft – das Instrumentarium des BGB genügt“*, (2016), *Anwaltsblatt*, S. 632; kritisch gegenüber einem ‚Weiter so‘: Graf v. Westphalen, *„Digitale Revolution- und das Recht bleibt wie es ist?“*, (2016), *Anwaltsblatt*, S. 619; Blocher, *„The next big thing – Blockchain-Bitcoin-Smart Contracts“*, (2016), *Anwaltsblatt*, S. 612.

¹⁰ Unter anderem von Brönneke/Micklitz/Rott. Eine Veröffentlichung der Vorträge unter der Herausgeberschaft von H. Schulte-Nölke ist in Vorbereitung.

auf die Erweiterung der Klagebefugnis der Verbände hinausläuft.¹¹ Ihnen soll neben der Unterlassungsklage auch die Möglichkeit einer kollektiv gebündelten Schadensersatzklage gegeben werden. Dieser Vorschlag bewegt sich im Rahmen des in Deutschland dominierenden Verbandsmodells.¹²

Kollektiver Rechtsschutz durch eine Verbraucherbehörde – ergänzend zum Verbandsmodell – würde zu einer zentralen Verschiebung der Kontrolle führen. Dies wäre nur dann sinnvoll, wenn es gelänge, die bestehenden und eingespielten Formen der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung mit der vorgeschlagenen behördlichen Kontrolle zu verbinden. Auch wenn behördliche Kontrollentscheidungen gerichtlich überprüft werden können und müssen, so zeigt doch der Blick in diejenigen Mitgliedstaaten der EU, die eine Verbraucherschutzbehörde mit Klagebefugnissen etabliert haben, dass die behördliche Kontrolle mit einer gewissen Entjustizialisierung, also einer reduzierten gerichtlichen Kontrolle einhergeht.¹³ Die amtierende Große Koalition tendiert dazu, das Bundeskartellamt mit der Kontrolle von AGB und UWG zu betrauen.

Im Zuge der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie der EU führte der deutsche Gesetzgeber 2000 den Verbraucherbegriff in das BGB ein. 2002 folgte die Aufnahme zentraler Regelungen des materiellen Verbraucherrechts in das BGB, nämlich: das AGB-Recht, die Regelung der Vertragsschlussmodalitäten (bei Direktvertrieb und Fernabsatz) sowie die Regelung besonderer Vertragstypen (Kaufrecht, Timesharing und Verbraucherkredit). Seither bilden diese Teile des BGB einen Quell ständiger gesetzgeberischer Unruhe. Die Ursache liegt in den Aktivitäten der EU, die mit der politischen Mehrheit der Mitgliedstaaten im Rücken seit den 1990er Jahren zu dem zentralen Motor der Entwicklung des Verbraucherrechts geworden ist. Ein Gutachter¹⁴ hatte auf dem DJT 2012 vorgeschlagen, das Verbraucherrecht aus dem BGB herauszunehmen und in einschlägigen Vorschriften in einem gesonderten Gesetzbuch zu kompilieren. Inzwischen mehren sich die Stimmen namhafter deutscher Rechtswissenschaftler, die diesen Vorschlag unterstützen.¹⁵ Tatsächlich ist das BGB seit 2002 zu einer ständigen Baustelle geworden, weil EU-rechtliche Vorgaben zum Haustürgeschäft, zum Fernabsatz, zum Verbraucherkredit, zum Timesharing und nun zum Reiserecht nach der Jahrtausendwende grundlegend umgestaltet wurden.

Diese Tendenz scheint sich in der aufbrandenden Diskussion um die Digitalisierung des BGB zu wiederholen. Sämtliche Vorschläge, soweit sie überhaupt eine Regelungsnotwendigkeit befürworten, zielen auf Änderungen der einschlägigen Regeln des BGB hin – etwa auf den Begriff des Verbrauchers, den Begriff des Eigentums, das Recht der AGB oder den Begriff der unerlaubten Handlung. Sie ziehen strukturlogisch die Notwendigkeit nach sich, das Recht der digitalen Dienstleistungen zu spalten. An sich Zusammengehörendes muss auseinander genommen und in die Kategorien des BGB integriert werden. Die Systematik des BGB genießt Vorrang vor der Rationalitätslogik des Sachgegenstandes. Diese Denkweise muss zu einer Verkürzung der Perspektive führen, weil das BGB mit seinem Kanon an Regeln die Möglichkeiten der rechtlichen Problembewältigung determiniert.

¹¹ Gesell/Meller-Hannich/Stadler, „Musterfeststellungsklage in Verbrauchersachen“, NJW-Aktuell, Standpunkt, Heft 5/2016, S. 14-15.

¹² Unter Verbandsmodell wird verstanden, dass die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Werbung in den Händen der Verbraucherverbände und der Verbände der Wirtschaft liegt.

¹³ Rott, *Rechtsvergleichende Aspekte der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherschutz*, Gutachten für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Az. V B1-7008-3-3-52 24/2016. Der Rechtsvergleich der AGB- und Lauterkeitskontrolle zeigt, dass Deutschland eine Ausnahmestellung einnimmt. Nirgendwo sonst gibt es derart viele Gerichtsverfahren und gerichtliche Entscheidungen wie in Deutschland. Ob ein Mehr an gerichtlichen Verfahren mit einem höheren Verbraucherschutz gleichzusetzen ist, steht auf einem anderen Blatt.

¹⁴ Micklitz, *Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?*, (Gutachten A zum 69. Juristentag 2012) S. 129.

¹⁵ Wagner, „Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Realität“, (2016), *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Heft 1, S. 87-120, S. 119.

Übersehen wird dabei, dass die europäische Datenschutzgrundverordnung und das sich abzeichnende Umsetzungsgesetz Überschneidungen zum Recht der AGB und zum Lauterkeitsrecht aufweisen.¹⁶ Man könnte sogar die These aufstellen, dass die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sich quer über das BGB legt und eine Rahmenordnung nicht nur für den Datenschutz, sondern für den Handel mit Daten bereithält. Mittelfristig könnte eine in sich geschlossene Regelung des Rechts der digitalen Dienstleistungen in ihrer Gesamtheit, mit allen verbundenen Fragen und Problemen des Vertrags- und des Deliktsrechts, als Komplementärgesetzgebung zur DSGVO möglicherweise eine Alternative sein. Im vorliegenden Gutachten geht es jedoch zunächst darum, zu ermitteln wo ein dringender Handlungsbedarf besteht, die geltenden Regeln an die Herausforderungen der digitalen Welt unter holistischer Betrachtung anzupassen. Betrachtet wird dabei der gesamte Prozess vom Einstieg des Verbrauchers in die Rechtsbeziehungen bis zum Ausstieg aus den Rechtsbeziehungen.

II. Grundsatzentscheidung über die Reichweite der Digitalisierung

Doch wäre es zu kurz gegriffen, die Herausforderungen der digitalen Gesellschaft auf die Frage zu reduzieren, ob ein möglicher Reformbedarf im BGB oder außerhalb des BGB anzusiedeln wäre. Notwendig ist die Öffnung der Perspektive über das BGB und die Rechtsbeziehungen hinaus, von der *Mikro*-Perspektive hin zur *Makro*-Perspektive, zur Frage, ob die digitale Gesellschaft einen anderen Rechtsrahmen benötigt, einen, der sich den Herausforderungen stellt, bevor sich die möglichen Probleme in vertraglichen oder quasivertraglichen Fragestellungen konkretisieren. Gefordert ist ein Blick über das Recht hinweg zu den Grundfragen von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Digitalisierung. Die fachübergreifende wissenschaftliche Diskussion über alle relevanten Disziplinen hinweg, die sich mit der Digitalisierung beschäftigt, zerfällt in zwei Lager: auf der einen Seite stehen diejenigen, die die Phänomene der Digitalisierung *nicht* als gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, politischen und philosophischen Umbruch beurteilen; denen treten diejenigen entgegen, die eine *Disruption* in der Entwicklung westlicher Industrie- und Dienstleistungsgesellschaften sehen.¹⁷

1. Kontinuität

Die Haltung des ‚Weiter so!‘ kommt in rechtlichen Stellungnahmen zum Ausdruck, die das sich verändernde gesellschaftliche Umfeld weitgehend ausblenden und die im Sinne klassischer Begriffsjurisprudenz den Begriff der digitalen Inhalte definieren und ihn anschließend auf die relevanten Rechtsfragen herunterbrechen, die da wären: Medienneutralität, Daten als Entgelt, Inhalt des Schuldverhältnisses, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherverträge und besondere Schuldverhältnisse, Erfüllung des Vertrages über digitale Inhalte, Kauf- und Werkverträge, Mietverträge sowie Verträge über die Erstellung digitaler Inhalte. Weitere Themen bilden die Haftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen und Schutz der Daten. Für jeden Komplex findet sich überbordende Literatur, die ständig weiter anschwillt und die sich in dem Für und Wider von Regelungsnotwendigkeit erschöpft. Der DJT 2016 hatte sich eine große Frage vorgenommen, sozusagen eine Jahrhundertfrage – wenn nicht angesichts des 21. Jahrhunderts und der Reichweite der Digitalisierung gar eine Jahrtausendfrage: Sind die aus dem 19. Jahrhundert stammenden Rechtsregeln für den Wirtschaftsverkehr prinzipiell geeignet, nach der industriellen Revolution in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts und dem Wandel von der Produktions- zur Konsum- und Dienstleistungsgesellschaft im 20.

¹⁶ So Schmechel, *Verbraucherdatenschutzrecht in der EU Grundverordnung*, SVRV Working Paper Nr. 4.

¹⁷ Außerordentlich hilfreich: Brownsword, *The E-Commerce Directive, Consumer Transactions, and the Digital Single Market: Questions of Regulatory Fitness, Regulatory Disconnection and Rule Discretion*, Vortrag gehalten auf der Secola Konferenz in Tartu 2016. Das Manuskript steht den Autoren zur Verfügung.

Jahrhundert nun auch die Herausforderungen der digitalen Gesellschaft im 21. Jahrhundert zu bewältigen?

Der DJT versteht sich als Sprachrohr aller deutschen, wenn nicht aller deutschsprachigen Juristen, Praktiker, Anwälte, Richter und Wissenschaftler. Die Teilnehmerzahl beim DJT 2016 im Bereich Zivilrecht blieb jedoch erschreckend hinter den hohen inhaltlichen Ansprüchen zurück. Je nach Standpunkt mag man die Bedeutung des DJT herunterspielen oder nach den Gründen für die geringe Teilnehmerzahl forschen. Tatsache ist, dass der DJT in seinem langen Bestehen die Grundeinstellung, wenn nicht gar die Grundstimmung der Juristen gut einzufangen gewusst hat, jedenfalls die „herrschende“ Grundeinstellung. Deshalb verdient es das Fazit des Gutachtens von F. Faust für den DJT 2016, herausgestellt zu werden, auch weil es von den Anwesenden mehrheitlich für gutgeheißen wurde:

These 13: Neue Vertragstypen sollten für Verträge im Hinblick auf digitale Inhalte nicht geschaffen werden.

These 17: Ein ‚Recht auf eigenen Datenbestand‘ würde sich nicht in § 823 Abs. 1 BGB einfügen. (statt dessen Neuregelung in § 303a StGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB)¹⁸

Keinesfalls ist damit das Ende der Diskussion erreicht. 2017 werden sich die Zivilrechtslehrer mit der identischen Thematik befassen. Man darf gespannt sein, wie die Vorträge und die Diskussionen ausfallen werden.¹⁹ Im Rahmen der hier beschriebenen „Grundsatzentscheidung“ geht es (noch) nicht um die im Detail überlegenswerten Vorschläge. Es geht vielmehr um die Frage, ob sich die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technologischen Umstände so verändert haben oder verändern werden, dass ein politischer Handlungsbedarf über bloße Randkorrekturen hinaus besteht. Eine ähnliche Zurückhaltung wie bei F. Faust findet sich in den vom Sachverständigenrat in Auftrag gegebenen Gutachten von K. Purnhagen/St. Wahlen,²⁰ Ch. Wendehorst²¹ und G. Spindler.²² Die Vorschläge, soweit solche vorgelegt werden, beschränken sich auf mögliche Ergänzungen der einschlägigen Passagen des BGB, des Verbraucherbegriffs, des AGB-Rechts und des Eigentumsbegriffs. Das gilt selbst dann, wenn der analytische Befund etwas anderes erwarten lässt. So diagnostiziert Ch. Wendehorst:

„Das Internet der Dinge führt zweifellos zu einer strukturellen Erosion von Eigentum und Besitz.“

Auf derselben Seite heißt es nur wenig später:

*„Insgesamt verliert der Verbraucher durch diese Entwicklung die Freiheit, die ihm Eigentum eigentlich vermitteln soll, und bringt ihn stattdessen wegen des gleichwohl bei Erwerb des IoT zu entrichtenden Kaufpreises in ein **noch stärkeres Abhängigkeitsverhältnis als wenn das gesamte Produkt nur gemietet gewesen wäre** (Hervorhebung im Original).“²³*

D.Post²⁴ hat eine solche Haltung als ‚unexceptionalist‘ bezeichnet und ihre Befürworter als Nicht-Exzeptionalisten bezeichnet. Danach sind online und offline Transaktionen möglichst

¹⁸ Das ist dann nachgerade ein klassischer Fall, wie das BGB formal in Takt bleibt, es keine Änderungen gibt, die relevanten Fragen aber in andere Regelungsbestände ausgelagert werden.

¹⁹ Diese werden im Archiv für Civilistische Praxis veröffentlicht werden.

²⁰ *Der Verbraucherbegriff im 21. Jahrhundert, Verbraucherbürger und Verbraucherproduzent*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, August 2016.

²¹ *Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2016.

²² *Regulierung durch Technik*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, November 2016.

²³ S. 52 des Gutachtens (op.cit. Fn. 1)

²⁴ Post, *In Search of Jefferson's Moose*, (OUP, 2015), S. 186.

gleich zu behandeln. Sie bedürfen im Prinzip keiner speziellen Regeln. Man denke nur an die EU Richtlinie 2001/83 über die Rechte des Verbrauchers, in dem Direkt- (Haustür-) und Distanzgeschäfte (Fernabsatz) so weit als irgend möglich angeglichen werden – und an die Schwierigkeiten, die diese Gleichstellung in der dogmatischen Feinabstimmung nach sich zieht.

Der Leitgedanke der Gleichbehandlung von online und offline Unternehmen durchzieht auch das „Grünbuch Digitale Plattformen“ des Bundeswirtschaftsministeriums²⁵ wie ein roter Faden. Dagegen wäre nichts einzuwenden, wenn die Gretchenfrage eine eindeutige Antwort erlaubte: Können offline und online Transaktionen gleichgestellt werden oder besteht zwischen beiden ein grundsätzlicher Unterschied, der eine Ungleichbehandlung nicht nur rechtfertigt, sondern geradezu erfordert? Allzu oft wird die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung ohne nähere Diskussion unterstellt, nicht zuletzt getragen von dem Leitgedanken eines einheitlichen Rechts, das für alle gleichermaßen gilt – eine bis heute mit guten Gründen prägende Maxime der französischen Revolution.

Die Nicht-Exzeptionalisten sind auch so genannte „Kontraktualisten“. Sie suchen die Bewältigung der Herausforderungen der Technik im Modell des Vertrages, der durch zwei Menschen einvernehmlich und autonom geschlossen wird. Die entscheidende Maxime ist Selbstverantwortung und Vertragsfreiheit, also Selbstregulierung an Stelle staatlicher Regulierung. Was für das Vertragsrecht gilt, muss im Prinzip auch in allen anderen einschlägigen Rechtsgebieten gelten. Damit geraten sektorale Regeln für das Internet, die Telekommunikation und die Energie ins Visier, die von der Europäischen Union in den letzten 30 Jahren so machtvoll vorangetrieben wurden. So wie sich die Grundregeln des Vertragsrechts erst über die Einbeziehung der Regeln zum Verbrauchsgüterkauf erschließen, verdeckt der Blick auf die horizontale Bedeutung des Kartellrechts oder des Lauterkeitsrechts die Vielfalt der Sonderregeln für regulierte Märkte und/oder die Verbraucher. Die Kraft des Allgemeinheitsanspruchs liegt ja gerade in seiner Rationalität. Jede Abweichung ist der Rechtfertigung unterworfen. Gerade das Telekommunikationsrecht führt im Zuge der Digitalisierung zu Verwerfungen, weil von den sektoralen Sonderregeln zentrale digitale Dienstleistungen ausgespart bleiben.²⁶ Die alles entscheidende Frage ist, ob die Digitalisierung eine neue Sichtweise erfordert, die ganz auf die Besonderheiten der digitalen Welt abstellt und die Veränderungen gegenüber der alten Welt und dem alten Recht in den Vordergrund stellt. Anders formuliert: Was ist, wenn das „Besondere“ das neue „Allgemeine“ wird oder wenn sich das Sonderrecht immer weiter ausbreitet und zu einer Fragmentierung des Rechts führt, die für das Allgemeine nur noch eine Auffangfunktion bereithält?²⁷

2. Disruption

Gibt es eine Disruption? Wird es eine geben? Wie wird sie sich präsentieren, als Evolution oder als Revolution? Diejenigen, die einen Bruch proklamieren, argumentieren, dass sich das Phänomen der Digitalisierung am besten in der Formel einfangen lässt: ‚from atoms to bits‘.²⁸ Vor der Digitalisierung bestand das Universum aus zwei Ebenen oder Schichten:

²⁵ Insbes. Schweitzer <<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gruenbuch-digitale-plattformen.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²⁶ Überzeugend Kapitel 4. Herausforderungen für das Telekommunikationsrecht <<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gruenbuch-digitale-plattformen.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²⁷ Luhmann und, ihm folgend, Teubner heben immer wieder die Unumkehrbarkeit der Ausdifferenzierung der Gesellschaft hervor, die sich in einem fragmentierten Recht niederschlägt. Teubner macht darüber hinaus deutlich, dass immer neue Spaltungen entstehen, s. „Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences“ (1998), 61 *Modern Law Review*, 1998, S. 11.

²⁸ Searle, *The Construction of Social Reality*, (Allan Lane the Penguin Press, 1995).

einer physikalischen und einer sozialen. Die physikalische besteht aus Atomen und umfasst alle materialen Dinge, Häuser, Autos, Menschen und Tiere. Die soziale Schicht umfasst all die Phänomene, die das Recht als immateriell bezeichnet wie Rechte, Unternehmen oder statusbezogene Regeln. Die Digitalisierung fügt eine dritte Ebene hinzu. In den Worten von A. Murray:²⁹ „*Much as atoms can be used in the physical world to construct everything from the human liver to an Airbus 380, bits are the basic building blocks of the information society.*”

M. Hildebrandt spricht von „new animism”,³⁰ der die „Onlife“-Welt charakterisiert.³¹ Sie schreibt:

“... our life world is increasingly populated with things that are trained to foresee our behaviours and pre-empt our intent. These things are no longer stand-alone devices; they are progressively becoming interconnected via the cloud, which enables them to share their ‘experience’ of us to improve their functionality. We are in fact surrounded by adaptive systems that display a new kind of mindless agency....The environment is thus becoming ever more animated. At the same time we are learning slowly but steadily to foresee that we are being foreseen, accepting that things know our moods, our purchasing habits, our mobility patterns, our political and sexual preferences and our sweet spots. We are on the verge of shifting from using technologies to interacting with them, negotiating their defaults, pre-empting their intent while they do the same to us.”³²

In dieser *Onlife*- (nicht *Online*-) Welt wird die Konsumtion von Produkten personalisiert, antizipatorisch und automatisiert. Sicherlich steht am Beginn der neuen Konsumwelt ein Vertrag oder zumindest die Aufnahme einer Rechtsbeziehung, der/die von einem Menschen über einen Service geschlossen/eingegangen wird. Von dem Moment des Eintritts in die digitale Welt übernimmt smarte Technologie das Geschehen. In *onlife* verwischen die Grenzen zwischen *off-line* und *on-line*, stärker noch die Unterscheidung zwischen Verbrauchertransaktionen, die von Menschen verhandelt werden und solchen, die von Softwareagenten gemanagt und durchgesetzt werden.

Man kann und muss sehr viel weiter gehen und die Frage aufwerfen, ob in der *Onlife*-Welt rechtliche Regulierung des Verbraucherschutzes durch smarte Technologien abgelöst werden wird. Statt Verbraucherschutz durch Recht und Gesetz, Verbraucherschutz durch Technik und Selbstregulierung oder noch prägnanter: Regulierung durch Technik. Hier verschieben sich die Perspektiven erneut. In den Vordergrund rücken Technologien wie *block chain*, *bitcoin* oder *smart contracts*, die sich außer in Randbereichen der Wirtschaft (*speed trading*) noch nicht wirklich etabliert haben und schon gar nicht im Verbraucherrecht Einzug gehalten haben. Die Einschätzungen über die Möglichkeiten, Recht durch Technik zu ersetzen, laufen weit auseinander. G. Spindler gibt eine vorsichtig skeptische Einschätzung, weil sich Recht nicht in die Schwarz-Weiß Logik der Software übersetzen lasse.³³ W. Blocher dagegen äußert sich geradezu euphorisch über die Perspektiven der Regulierung durch Technik, nicht zuletzt im Sinne der (Wieder)-Gewinnung von Autonomie bzw. von einer Umkehr der Rechtsbeziehungen – statt ‚b2c‘ nun ‚c2b‘.³⁴

Diejenigen, die grundlegende technologische und gesellschaftliche Veränderungen herannahen sehen, sind folgerichtig als *Exzeptionalisten* zu bezeichnen. Sie suchen das

²⁹ Murray, *Information Technology Law: The Law and Society*, 2nd ed. (OUP, 2013), S. 5.

³⁰ Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2015) viii.

³¹ Hildebrandt (op. cit. Fn.27), S. 8.

³² Hildebrandt (op. cit. Fn. 27), at viii-ix.

³³ Spindler, (op. cit. Fn. 22), ebenso Idelberger, *Connected Contracts Reloaded – Blockchains as Contractual Networks*, Vortrag gehalten auf der Secola Konferenz in Tartu 2016, Veröffentlichung in Vorbereitung.

³⁴ Blocher „The next big thing: Blockahin – Botcoin – Smart Contracts – Wie das disruptive Potential der Distributed Ledger Technology (nicht nur) das Recht fordern wird“ (2016), 8+9 *Anwaltsblatt*, S. 612.

„Neue“ und sehen eine veränderte Welt, in der Mensch und Technik in einem völlig andersartigen Verhältnis zueinander stehen. Sie fordern einen *Digitalen Code* „zur Sicherung der bürgerlichen Freiheiten im Internetkapitalismus“. ³⁵ Der im Jahre 2000 noch utopisch klingende *Cyberbutler*, ³⁶ der uns als ständige Hilfe zur Seite steht, ist längst Wirklichkeit geworden. Der Vertrag mit dem jeweiligen Service Provider ist allerdings oftmals ein Vertrag für Dekaden. Das Rechtssystem ist auf diese Dimension von Zeit nicht eingerichtet. Um diese Konsequenz zu ziehen, muss man nicht die Zukunft bemühen. Die meisten von uns rufen Google seit Jahren täglich auf, das gleiche gilt für Facebook. Google und Facebook verfügen über Daten unseres Lebens; diese sind die Grundlage ihres Geschäftsmodells. Verträge über digitale Dienstleistungen, soweit es Verträge im Sinne eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts sind, begründen ein Dauerschuldverhältnis, das neben den klassischen Typen Miete, Kredit und Energie steht. ³⁷

III. Mögliche Konsequenzen aus der Debatte um Kontinuität vs. Disruption

Welche Konsequenzen ergeben sich aus diesem Spannungsverhältnis zwischen Alt und Neu, zwischen Kontinuität und Disruption für den Gesetzgeber? Braucht es rechtliche Regelungen für den Vertrag, den der Verbraucher mit seinem Cyberbutler schließt? Braucht es mehr und tiefere Eingriffe des Gesetzgebers, um die Selbstregulierung oder die sich verselbständigende Selbstregulierung ex ante zu steuern? Falls ja, erweisen sich die Befürworter als *Regulierer*: Statt Vertragsfreiheit und Selbstregulierung geht es um Kontrolle und Aufsicht des Gesetzgebers ex ante, vielleicht gekoppelt an die Notwendigkeit, die Selbstregulierung ex post durch kompetente staatliche Agenturen zu korrigieren, soweit notwendig.

Wo steht die Europäische Kommission, wo der deutsche Gesetzgeber in seinen Planungen und Überlegungen? Die Europäische Kommission prescht mit starken Worten in der notwendigen Weiterentwicklung des Vertragsrechts vor. In der Mitteilung vom Mai 2015 heißt es imperativ: ³⁸

„Ein modernes Vertragsrecht für Europa. Das Potenzial des elektronischen Handels freisetzen.“

Später: ³⁹

„4. HANDELN, BEVOR ES ZU SPÄT IST Wir müssen jetzt die Online-Wirtschaft angehen...“

Der kommerzielle und technologische Wandel aufgrund der Digitalisierung schreitet nicht nur in der EU, sondern weltweit rasant voran. Die EU muss jetzt handeln, damit sichergestellt ist, dass die Wirtschaftsstandards und Verbraucherrechte dem allgemeinen EU-Recht entsprechen und damit ein hohes Maß an Verbraucherschutz gewährleistet ist und ein modernes, unternehmensfreundliches Umfeld entsteht. Es muss unbedingt ein Rahmen geschaffen werden, der die Nutzung der aus der Digitalisierung erwachsenden Vorteile ermöglicht und der sicherstellt, dass Unternehmen in der EU wettbewerbsfähiger werden und Verbraucher auf die hohen Verbraucherschutzstandards der EU vertrauen können. Wenn die EU jetzt

³⁵ Graf von Westphalen (op.cit. Fn. 3), S. 626, allerdings sehr stark von den Gefahren ausgehend, die die Digitalisierung für die Menschen heraufbeschwören (vor allem unter Bezugnahme auf Schirrmacher, *Technologischer Totalitarismus*, Suhrkamp Verlag, 2014).

³⁶ Ford, „Save the Robots: Cyber Profiling and Your So-Called Life“ (2000), 52 *Stanford Law Review*, S. 1572.

³⁷ Nogler/Reifner (Hg.), *Life Time Contracts*, <http://www.eusoco.eu/wp-content/uploads/2013/10/eusoco_book_outline.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

³⁸ Europäische Kommission, „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss - Ein modernes Vertragsrecht für Europa - Das Potenzial des elektronischen Handels freisetzen, COM(2015) 633 final, Brüssel, den 9.12.2015.

³⁹ KOM (2015) 633 final (op. cit. Fn 38).

handelt, kann sie die politische Entwicklung und die Standards mitbestimmen, nach denen sich dieser wichtige Teil der Digitalisierung vollziehen wird.“

Die Kommission hat es nicht bei Ankündigungen belassen. Im Dezember 2015 hat sie zwei Vorschläge unterbreitet, einen zur Regelung der Digitalen Inhalte, einen weiteren über Online-Kaufverträge über bewegliche Sachen.⁴⁰ Beide Vorschläge zielen auf eine Vollharmonisierung, beide sind Gegenstand einer intensiven rechtspolitischen und wissenschaftlichen Diskussion.⁴¹ Sie bewegen sich im Kanon der Fragen, die auch der Deutsche Juristentag aufgeworfen hat und die sich um die Bewältigung der digitalen Herausforderung mit Hilfe des Vertragsrechts ranken. Was verbirgt sich hinter den starken Worten? Ruft die EU eine neue Rechtsordnung aus?

R. Brownsword⁴² hat beide Vorschläge mit Blick auf die Unterscheidung von Nicht-Exzeptionalisten und Exzeptionalisten untersucht und ist zu dem Schluss gekommen, dass die Kommission zu den Nicht-Exzeptionalisten zu zählen ist. Schwerer noch wiegt aus verbraucherpolitischer Sicht, dass die Europäische Kommission mit Hilfe der beiden Vorschläge versucht, das bislang garantierte Verbraucherschutzniveau bei Online-Kaufverträgen im Interesse des Handels zurückzuschrauben. Konkret geht es um das Spannungsverhältnis zwischen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 99/44 und der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83, die den Direkt- und Fernabsatz regelt. Die beiden Vorschläge verschränken beide Richtlinien. Einmal mehr dient die viel kritisierte Vollharmonisierung dazu, das Schutzniveau zu reduzieren; dieses Mal allerdings geht es um das in europäischen Richtlinien garantierte Schutzniveau. Mit anderen Worten, der online Handel dient der Kommission dazu, das Verbraucherrecht für online und offline zu vereinheitlichen, und zwar zu Lasten der Verbraucher. Die neue Technologie und die proklamierte Notwendigkeit des Ausbaus des online Handels dienen als Legitimation.

Der Verbraucherpolitische Bericht der Bundesregierung 2016⁴³ geht auf die Grundsatzfrage – die Regulierung der ‚Onlife‘ Welt – nicht ein. Der Bericht formuliert jedoch ganz im Stile und im Sinne der Europäischen Kommission:

„Die Digitalisierung birgt unzweifelhaft auch wirtschaftliche Vorteile, sie stellt den Verbraucherschutz jedoch vor neue Herausforderungen. Es ist politische Gestaltungsaufgabe, durch Rahmenbedingungen für verbindliche und wirkungsvolle Verbraucherschutzstandards in der digitalen Welt zu sorgen. Dabei sind die Stärkung von Selbstbestimmung, die Gewährleistung von Wahlfreiheit und Transparenz, umfassende und verständliche Verbraucherinformationen und Sicherheit im Netz entscheidend. Das ist der Schlüssel zu mehr Verbrauchervertrauen, das für den Erfolg neuer Geschäftsmodelle sowie digitaler Innovationen erforderlich ist. Besondere Bedeutung besitzt dabei der Verbraucherdatenschutz.“

⁴⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM (2015) 634 final, Brüssel, den 9.12.2015; und Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, KOM (2015) 635 final, Brüssel, den 9.12.2015.

⁴¹ Die EUCML hat sich diesen Sachkomplex in einer Vielzahl von Beiträgen zu Eigen gemacht. Drei Bücher verdienen der besonderen Erwähnung: Wendehorst/Zöchling, *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt*, Wendehorst/Zöchling (Hrsg.) (Manz Verlag, 2016); Franceschi, *European Contract Law and the Digital Single Market, The Implications of the Digital Revolution*, (Intersentia Verlag, 2016), Schulze/Staudenmayer, *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, (Nomos Verlag, 2016).

⁴² Brownsword, *The E-Commerce Directive, Consumer Transactions, and the Digital Single Market: Questions of Regulatory Fitness, Regulatory Disconnection and Rule Redirection*, lecture given on 18th June 2016 at the SECOLA Conference in Tartu, Estonia, <http://www.secola.org/>.

⁴³ BT-Drucksache 18/9495, 25.8.2016, S. 10.

Zu den beiden Vorschlägen der Europäischen Kommission nimmt der Bericht nicht Stellung. In den angekündigten Maßnahmen der Bundesregierung finden sich keinerlei Hinweise zur Grundsatzproblematik, auch nicht zur Frage, ob es besonderer Regelungen für die digitalen Rechtsbeziehungen bedarf, um nur dieses Beispiel aus dem Kontext möglicher Regelungsansätze herauszugreifen. Die Bundesregierung beschränkt sich auf Detailkorrekturen, ähnlich wie ganz überwiegende Teile der Rechtswissenschaft.

Grundsätzlicher, weil in der Sache offener, scheint der Ansatz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie im Grünbuch digitale Plattformen zu sein.⁴⁴ Das mag auch am Charakter des Grünbuchs liegen, das eher Fragen aufwerfen will als Antworten zu geben. Diese werden erst mit dem im Frühjahr 2017 anstehenden Weißbuch erwartet. Ob sie exzeptionalistisch oder nicht-exzeptionalistisch ausfallen, wird sich zu erweisen haben. Aus der Sicht des Verbraucherschutzes besonders relevant sind die Fragen zum Leitbild ‚Datensouveränität‘ – Impulse für die Schaffung einer digitalen Privatautonomie und das Petitum für die Errichtung einer Digitalagentur:⁴⁵

„Eine Digitalagentur als hochleistungsfähiges und international vernetztes Kompetenzzentrum des Bundes könnte diese Aufgabenbereiche bearbeiten. Sie könnte andere Fachbehörden (wie Bundeskartellamt oder Verbraucherschutzstellen) im Digitalisierungsprozess begleitend unterstützen und auch Umsetzungshemmnisse für politische Strategien identifizieren und abbauen. So wie das Umweltbundesamt oder das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge kann eine neu zu schaffende Digitalagentur helfen, eine der zentralen gesellschaftlichen Herausforderungen zu meistern.“

Den Anstoß für letztere hatte das BMWi/BMJV-Maßnahmenprogramm „Mehr Sicherheit, Souveränität und Selbstbestimmung in der digitalen Wirtschaft - Herausforderungen und Handlungselemente für Gesellschaft, Wirtschaft und Verbraucher“ vom Herbst 2015 gegeben.⁴⁶ Datensouveränität, digitale Autonomie und Digitalagentur könnten je nach Interpretation und Ausrichtung zu Marksteinen für die Entwicklung eines digitalen Verbraucherrechts werden.

Teil III. Rechtsbeziehungen in digitalen Dienstleistungen

Die Mikroperspektive zielt auf die bekannten und sich häufenden Probleme des Verbraucherrechts unter Einschluss des Verbraucherdatenschutzrechts. Ins Visier rücken vier Themenbereiche, die sich an den gesellschaftlichen Fragen orientieren und nicht an einer, wie auch immer gearteten und vom Rechtssystem vorgegebenen, Zuordnung. Diese Themenbereiche sind jedoch nicht notwendigerweise als abschließend zu verstehen. Das IoT ist das vordergründige Phänomen, in dem sich Verbraucherrecht und Datenschutzrecht zunehmend verschränken. „A new dimension has been added to the world of information and communication technologies: from anytime, anyplace connectivity for anyone, we will now have connectivity for anything“.⁴⁷ Laut einem Bericht der britischen Regierung⁴⁸ waren schon allein im Jahr 2014 über 14 Milliarden Geräte weltweit mit dem Internet verbunden.

In dieser entterritorialisierten und von zeitlichen Kontexten losgelösten Konnektivität der Dinge entstehen zahlreiche Probleme. Beispielsweise werfen ethische Gedanken die

⁴⁴ Stand Mai 2016, im Frühjahr 2017 soll ein Weißbuch mit konkreten Vorschlägen folgen, S. 64.

⁴⁵ Faust (op. cit. Fn 7) S. 66.

⁴⁶ BMWi/BMJV (op. Cit. Fn 3).

⁴⁷ <http://www.itu.int/osg/spu/publications/internetofthings/InternetofThings_summary.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.11.2016).

⁴⁸ <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/409774/14-1230-internet-of-things-review.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.11.2016).

grundsätzliche Frage auf, wie wir Menschen handeln und uns verhalten sollen.⁴⁹ Die ethische Relevanz des IoT besteht in der Veränderung zentraler Begriffe durch die technische Seite der Vernetzung der Welt der Dinge mit der Lebenswelt. Die Kommunikation der Dinge bringt einen erheblichen Kontrollverlust für die Menschen mit sich. Daraus entstehen Fragen der sozialen Gerechtigkeit, des Vertrauens, der Verwischung von Kontexten, der mangelnden Neutralität sowie der Autonomie der Kunden, Verbraucher und Bürger.

Teil III hat die juristischen Fragestellungen, welche sich aus dieser entterritorialisierten Konnektivität ergeben, zum Gegenstand. Diese betreffen Vertragsschlüsse, Vertragspartner, Probleme der rechtlichen Einordnung von Handeln von Plattformen, Mängelhaftung, IT-Sicherheit und Datenschutz sowie Probleme der Rechtsdurchsetzung in entterritorialisierten Kontexten. Vor diesem Hintergrund werden folgende Problembereiche diskutiert:

- Fragen betreffend den Vertragsschluss und die Haftung,
- die Rolle und Funktion der Plattformen,
- Datenschutz und IT-Sicherheit und
- die Entterritorialisierung der Konsumtion. (Der Sitz des Unternehmens ist oft unbekannt; liegt er im Ausland, steht ein komplizierter Rechtsbaukasten bereit, der der Rechtswissenschaft viel, dem Verbraucher aber wenig bietet).

Teil III schließt mit einer Diskussion über umsetzbare Lösungsoptionen ab. In der Praxis bestimmen bisher die Unternehmen die Materie, mittels AGB, Werbung und Regulierung by Design. Seit kurzer Zeit haben die Juristen das Feld entdeckt. Das Ergebnis ist eine überbordende Vielzahl von Vorschlägen, wie bestimmte Rechtsfragen gelöst werden sollen oder nicht. Gesetzgeberische Reaktionen auf diese Entwicklung kamen bisher einzig von der EU in Form der DSGVO sowie dem Vorschlag von 2015 über digitale Inhalte in Verbraucherverträgen. In Deutschland hat sich der Juristentag mit der Thematik befasst; er konnte jedoch nicht wirklich zur Lösung der offenen Rechtsfragen beitragen.

I. Vertragsschluss

In diesem Abschnitt soll es um die zivilrechtlichen Problempunkte gehen, die sich im Zusammenhang mit IoT-Geräten stellen. Es geht dabei insbesondere um die Kopplung von Dienstleistungen, die Pflichten digitaler Diensteanbieter, wenn Leistungen ‚as is‘⁵⁰ angeboten und durch AGB geregelt werden sowie das besondere Problem der zivilrechtlichen Zurechnung von Willenserklärungen beim Einsatz automatischer Systeme im IoT.

1. Informationen und Kopplung

Hardware und Software

Beim Kauf von technischen Geräten ist Software heutzutage in der Regel vorinstalliert. Diese Kopplungspraktiken sind lauterkeitsrechtlich auch nicht per se ausgeschlossen; die Anlockungswirkung eines guten Angebots ist grundsätzlich eine erwünschte Folge des Leistungswettbewerbs.⁵¹ So hat der EuGH unlängst gegen die Unlauterkeit einer Vorinstallation von Software auf einem Computer entschieden. In dem Fall ging es um die Frage, ob fehlende Preisangaben für einzelne Programme eine irreführende Geschäftspraxis i.S.d. Art. 5 Abs. 4 Buchst. a und Art. 7 der Lauterkeitsrichtlinie 2005/29 darstellen. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass sich allein aus den fehlenden Preisangaben keine Irreführung ergebe, da das Fehlen einer Preisangabe für die einzelnen Programme weder

⁴⁹ Dieser Absatz basiert auf Haarkötter, „Eine neue Ethik für das Internet der Dinge?“, abrufbar unter <<https://www.bpb.de/dialog/netzdebatte/198471/eine-neue-ethik-fuer-das-internet-der-dinge>> (zuletzt abgerufen am 18.11.2016).

⁵⁰ Der Verbraucher hat keinen Einfluss auf die Leistung. Sie kann vom Anbieter jederzeit geändert werden.

⁵¹ Ohly, „Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?“, (2004), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Heft 11, S.889-900, S. 897, m.w.N.

dazu geeignet sei, den Verbraucher daran zu hindern, eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, noch dazu, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der Preis der einzelnen Programme sei damit keine wesentliche Information im Sinne von Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29 und seine fehlende Angabe keine Irreführung.⁵² Diese Auslegung ist angreifbar, weil sie die Rolle und Funktion des Art. 7 Abs. 4 verkennt, der im Vorfeld des Vertragsschlusses Transparenz nicht zuletzt deshalb verlangt, um Wettbewerb herzustellen. Eine informierte Entscheidung ist demnach eine, die nicht nur dem Verbraucher dient, sondern auch dem potenziellen Wettbewerb zwischen den Anbietern um die einzelnen Leistungsbestandteile des Preises.

Dienstleistungen und Daten

Im Zusammenhang mit digitalen Dienstleistungen, ob nun von Warenhändlern, App-Stores o.a. Plattformen erbracht, ist auch die viel diskutierte Frage der „Daten als Entgelt“ anzusprechen. Dieses Problem wird zum einen im Rahmen der Debatte um Verbrauchersouveränität diskutiert und in der Debatte um Datenschutz versus Datensouveränität reflektiert; zum anderen ergeben sich rechtliche Probleme bei der Charakterisierung von Verträgen und deren Beendigung. Im Folgenden stehen die verbraucherrechtlichen Probleme im Vordergrund.⁵³

Viele Verträge über digitale Dienstleistungen stellen sich als „unentgeltlich“ dar, sei es der Erwerb von kostenlosen „Apps“ oder die kostenlose Nutzung von Plattformen. Gleichzeitig basieren die meisten Geschäftsmodelle auf der Nutzung der Verbraucherdaten zur Optimierung von digitalen Dienstleistungen. Insofern drängt sich die Frage auf, ob von den Verbrauchern nicht doch eine Art Entgelt für die Nutzung der Apps oder Plattformen entrichtet wird und welche Auswirkungen dies für das Verbraucherschutzrecht hat.

§ 312 Abs. 1 BGB gibt vor, dass die §§ 312-312h BGB nur auf entgeltliche Verträge anwendbar sind, so dass „Daten als Entgelt“ eine Anwendbarkeit verschiedener Verbraucherschutzvorschriften zur Folge hätte. Allerdings ist diese Vorschrift wohl richtlinienwidrig.⁵⁴ Die Entgeltlichkeit kann auch Auswirkungen auf den Haftungsmaßstab haben (vgl. z.B. §§ 521, 599 BGB).⁵⁵ Die Haftungsmilderungen des BGB erscheinen jedoch zumindest für den Nutzungsvertrag zwischen Plattformbetreiber und Verbraucher nicht passend. Der typische „BGB-Vertragstyp“ wird nämlich regelmäßig im Verhältnis zwischen Anbieter und Verbraucher vorliegen.

2. Informationen: Einwilligung und AGB

Vor Eingehen eines Vertrages sind Verbraucher mit vielerlei verschiedenen Informationen konfrontiert. Die Probleme von Verbrauchern, sich durch diese Informationen durchzuarbeiten und sie zu verstehen, sind durch die Diskussionen um den Informationsüberfluss⁵⁶ zum Allgemeinplatz geworden.

Die Verwendung von AGB dient der Standardisierung und Strukturierung von Informationen. Damit soll der Zugang zum wirtschaftlichen System der Massenproduktion sowie des Massenabsatzes im Fernkaufsystem vereinfacht werden. Die rechtliche Klauselkontrolle basiert auf dem Verständnis, dass Verbraucher aufgrund einer strukturellen Ungleichheit

⁵² Case C-310/15, Vincent Deroo-Blanquart v. Sony Europe Limited, Rechtsnachfolgerin der Sony France SA, EU:C:2016:633.

⁵³ Der SVRV wird sich im Jahr 2017 mit dem Thema „Datensouveränität“ beschäftigen.

⁵⁴ Faust, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?*, (Gutachten zum 71. DJT 2016), S.A12.

⁵⁵ Faust, (op. cit. Fn. 52), S.A13.

⁵⁶ Die Diskussion hat seit ihren Anfängen in der Soziologie und Psychologie (s. Simmel, *Die Großstädte und das Geistesleben*, (1903) und Miller, „The magic number seven, plus or minus two: some limits on our capacity for processing information“, (1956), *Psychological Review*, S. 81-97) auch die Diskussionen in der ökonomisch-juristischen Literatur erreicht, s. z.B. Paredes, „Blinded by the Light: Information Overload and Its Consequences for Securities Regulation“, (2003), *Washington University Law Quarterly*, Bd. 81, S. 417.

keine Einwirkungsmöglichkeiten auf den Inhalt der AGB haben.⁵⁷ Allerdings sind die Grenzen der AGB-Kontrolle für einen effektiven Verbraucherschutz inzwischen bekannt. Unlängst hat die Europäische Kommission eine Studie zu Verbraucherproblemen bei AGB veröffentlicht, die bestätigt, dass ein Großteil der Verbraucher AGBs weder liest noch auf andere Weise von ihren Rechten Kenntnis erlangt.⁵⁸

3. Informationen und Gegenstand der Rechtsbeziehung

Viele digitale Dienstleistungen werden im Rahmen von dauerhaften Rechtsverhältnissen erbracht. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob und inwiefern Hersteller verpflichtet sind, über die Vertragslaufzeit hinweg Updates für die von ihnen hergestellte Software zur Verfügung zu stellen und ob und inwiefern Verbraucher dazu verpflichtet sind, diese zu installieren. Beim DJT 2016 wurde beschlossen, dass es keine Updatepflicht für Hersteller geben soll, da Verbraucher am Ende selbst entscheiden sollen, ob sie das Update überhaupt wollen.

Von diesem Grundsatz sollte es jedoch zumindest eine wichtige Ausnahme geben, die die IT-Sicherheit betrifft. Der Grund dafür ist die hohe Anfälligkeit von digitalen Dienstleistungen für Hacker-Attacken und Malware. Das liegt vor allem an den niedrigen Hersteller-Sicherheitsmechanismen, die zumeist auf ein Standard-Set von Default-Passwörtern zurückgreifen. Personalisierte Passwörter für IoT-Geräte wie Kühlschränke, Waschmaschinen, Fernseher etc. sind bisher kaum verbreitet und nicht üblich. Die Vulnerabilität des IoT-Gesamtnetzes wurde zuletzt durch die Distributed DoS-Attacke (Denial-of-Service) am 21. Oktober 2016 aufgezeigt, bei der Home Router und IoT-Geräte mit Malware infiziert wurden und dann Webseiten wie Twitter, PayPal und Airbnb durch vorgetäuschten Traffic lahm legten. Dies wurde möglich, weil die Malware ein sogenanntes „Botnet“ aus Millionen infizierten Computern formte, von dem aus gezielte Attacken auf einen der Hauptserver für viele Webseiten ausgingen.⁵⁹

System- und Programmupdates stellen potentielle Abwehrmaßnahmen gegen solche Malware dar. Im Rahmen einer möglichen Herstellerpflicht stellt sich die Frage, ob die Gewährleistung von IT-Sicherheit eine Kardinalpflicht im Schuldverhältnis gem. § 241 Abs. 2 BGB darstellt. Fest steht, dass die gesetzliche Verpflichtung zur IT-Sicherheit, inklusive Software-Pflege und Upgrades oder Updates, regelmäßig eine Schutzpflicht gemäß § 241 BGB ist.⁶⁰ Die Software-Pflege umfasst alle Dienstleistungen, die die erworbene Software funktionsfähig erhalten bzw. die Funktionsfähigkeit wiederherstellen.⁶¹

Allerdings folgt aus dem technischen Wandel, dem Software unterworfen ist, nicht ohne weiteres ein Dauer-Pflegevertrag.⁶² Eine gesetzliche Verpflichtung aus § 19 GWB kommt allenfalls bei einer marktbeherrschenden Stellung des Software-Lieferanten in Betracht. Ob sich eine Update-Verpflichtung aus § 242 BGB ergibt, ist umstritten. Auf der einen Seite könnte eine solche in Analogie zur Lieferungspflicht von Ersatzteilen für mindestens fünf Jahre folgen.⁶³ Dann kommt es immer noch darauf an, ob es sich bei der Pflege-

⁵⁷ Grundlegend hierzu Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, (Hermann Gentner Verlag, 1961).

⁵⁸ Elshout et al., *Study on Consumers' Attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs)*, Final report, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 21.03.2016, Brussels.

⁵⁹ zu den Risiken allgemein, s. Spindler, *Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären*, (Studie im Auftrag des BSI) S. 30ff.

⁶⁰ Schmidl, *Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung in Unternehmen*, Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), (3. Auflage 2016, C.H. Beck Verlag), Rn. 129 in § 28. Recht der IT-Sicherheit.

⁶¹ Moritz, *Computerrechtshandbuch Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, Kilian/Heussen (Hrsg.), (32. Ergänzungslieferung 2013, C.H. Beck Verlag), Rn 190ff. zu Mängelansprüchen bei Hardware- und Softwareverträgen.

⁶² So: Moritz, (op. cit. Fn. 61) Rn. 199 f. zu Mängelansprüchen bei Hardware- und Softwareverträgen.

⁶³ Hoeren, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, Graf von Westphalen/Thüsing (Hrsg.), (38. Ergänzungslieferung 2016, C.H. Beck Verlag), Rn. 77 zu IT-Verträge.

Dienstleistung lediglich um eine Nebenpflicht (nur Schadensersatzansprüche) oder um eine selbstständige vertragliche Verpflichtung (Anspruch auf Erfüllung) handelt.⁶⁴ Nach *H.-W. Moritz*⁶⁵ ergibt sich folgendes: Handelt es sich bei der Software-Pflege um eine unentgeltliche Leistung, ist in der Regel von einer bloßen Nebenpflicht auszugehen. Sobald der Kunde jedoch ein Entgelt entrichtet, wird es sich um eine Hauptleistungspflicht handeln. Unabhängig von dem Kriterium Entgelt ist von einer Hauptleistungspflicht auch dann auszugehen, wenn die Pflegevereinbarung ausdrücklich im Software-Überlassungsvertrag geregelt wurde.

Auf der anderen Seite ist zu fragen, ob dem Verbraucher die Pflicht obliegt, Malware-Angriffe abzuwehren, indem er wichtige System- und Programmupdates beschafft und installiert. *Spindler* bejaht eine solche Pflicht zumindest für automatisierte oder halb-automatische System- und Programmupdates, die durch einen im System verankerten Update-Dienst installiert werden können, da eine solche Installation wirtschaftlich zumutbar sei.⁶⁶

Das Zusammenspiel von Hersteller- und Verbraucherplichten für die Sicherheit des IT-Netzes und der von ihnen hergestellten und verwandten Geräte komplementiert die öffentlich-rechtliche Regulierung im Bereich der Produktsicherheit und der zivilrechtlichen Produkthaftung.

4. Sonderproblem IoT: Einsatz von E-Personen

Hinsichtlich des Abschließens und Inhalts von Verträgen im IoT muss geklärt werden, ob die Regelungen des BGB ausreichend sind, um Willenserklärungen von automatischen und autonomen Systemen oder Haftungsprobleme bei Mängeln und Schäden zu erfassen. Kann eine Waschmaschine mittels eines automatisch ausgelösten Bestellvorgangs eine Willenserklärung zum Kauf eines Waschmittels abgeben? Kann ein Kühlschrank für automatisierte, aber verfehlte Einkäufe haften? Kann ein selbstfahrendes Auto bei Unfällen haften?

Vertragsschluss: Willenserklärungen

Im IoT müssen grundsätzlich zwei verschiedene Systeme unterschieden werden: automatische Systeme, bei welchen der Nutzer das Ergebnis durch Festlegung der Parameter selbst bestimmt sowie autonome Systeme, die den Umfang ihres eigenen Verhaltens kontrollieren und ohne den Eingriff eines Nutzers handeln können.⁶⁷ Am Beispiel einer im ‚Smart Home‘ vernetzten Waschmaschine würde dies beispielsweise bedeuten: Bestellt die Waschmaschine bei Unterschreiten eines Füllstands selbstständig Waschmittel, das zuvor vom Nutzer ausgewählt wurde (in Bezug auf Auswahl z.B. der Marke, Größe der Verpackung und des Online-Shops), handelt es sich um ein automatisiertes System. Kann die Waschmaschine selbstständig Waschmittel ordern, handelt sie autonom.

Im Hinblick auf den Vertragsschluss dürften die Regelungen des BGB zunächst ausreichend sein, um seine Besonderheiten zu erfassen. Beim Beispiel der automatischen Waschmittelbestellung „durch die Waschmaschine“ handelt es sich im Prinzip um den umgekehrten Fall des Vertragsschlusses bei Warenautomaten.⁶⁸ Der Nutzer der Waschmaschine gibt ein antizipiertes Angebot §§ 133, 157 BGB ab, unter der Bedingung § 158 Abs. 1 BGB, der Funktionsfähigkeit, der Verfügbarkeit des konkreten Waschmittels beim konkreten Händler und ggf. auch zu einem bestimmten Preis. Dieses Angebot nimmt der

⁶⁴ Schmidl, *BGB-Schuldrecht Kommentar*, Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), 3. Auflage 2016, Nomos Verlag, Rn. 137 zu BGB Anhang IV zu §§ 535–580 a: Software-Vertragsrecht.

⁶⁵ Moritz, *Computerrechtshandbuch Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, Kilian/Heussen (Hrsg.), (32. Ergänzungslieferung 2013), Rn 196-197 zu Mängelansprüche bei Hardware- und Softwareverträgen.

⁶⁶ Spindler, *Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären*, (op. cit. Fn 59), S. 124ff.

⁶⁷ Sosnitza, „Das Internet der Dinge – Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht?“, (2016), *Computer und Recht*, Heft 11, S. 764-772, S. 765.

⁶⁸ Sosnitza, (op. cit. Fn.65) S. 766.

Online-Shop spätestens dann an §§ 133, 157 BGB, wenn er die Ware zum Kunden abschickt.

Deliktische Haftung

Für vertragliche Haftung ist die Art des zugrundeliegenden Vertrages mit dem jeweiligen Vertragspartner (zur Problematik der Plattformen mehr unten) ausschlaggebend. Für die Haftung des Produzenten sind insbesondere die Regelungen des § 823 BGB relevant. Danach hat der Hersteller im Rahmen des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen, dass Benutzer des Produktes (durch das Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produktes schafft der Händler eine Gefahrenquelle) oder Dritte nicht in ihren absoluten Rechten verletzt werden.⁶⁹ In diese Kategorie fallen Konstruktionsfehler, Fabrikationsfehler (darunter fallen auch IT-Sicherheitslücken),⁷⁰ Instruktionsfehler und Produktbeobachtungsfehler.⁷¹

Ein Konstruktionsfehler liegt bei einer fehlerhaften technischen Konzeption vor, wenn z.B. die Software des Smart Device so programmiert ist, dass eine vermeidbare Verletzung absoluter Rechte nicht verhindert wird.⁷² Fabrikationsfehler, darunter auch IT-Sicherheitslücken,⁷³ sind mangelhafte Fertigungen. Bei Instruktionsfehlern muss der Hersteller auch für Schäden einstehen, die dadurch eintreten, dass er die Verwender des Produkts pflichtwidrig nicht auf Gefahren hingewiesen hat, die sich trotz einwandfreier Herstellung aus der Verwendung der Sache ergeben können. Konstruktionsfehler sind beispielsweise IT-Sicherheitslücken. Um der Produktbeobachtungspflicht zu genügen, hat der Hersteller produktbezogene Informationen zu sammeln, die die Risikoeigenschaften des Produkts erkennen lassen. Lassen diese Informationen Schlussfolgerungen auf Gefahren des Produktes zu, hat der Hersteller zudem die aktive Pflicht notwendige Gefahrenminderungsmaßnahmen einzuleiten..⁷⁴

Problematisch ist die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB im Hinblick auf autonome Systeme, wenn kein Verschulden des Herstellers vorliegt. Lediglich bei mangelnder Sorgfalt käme eine Haftung in Betracht. Nach Ansicht von *Bräutigam* und *Klindt* könne für diese Fälle eine Parallele zur Gefährdungshaftung aus § 933 BGB (Tierhalterhaftung) gezogen werden.⁷⁵ Ob im Falle von Maschinenlernen eine vergleichbare Unberechenbarkeit vorliegt, ist jedoch zweifelhaft. Die Unberechenbarkeit der Entscheidungen des Systems wäre ausschlaggebende Voraussetzung für die Haftung desjenigen, der das System einsetzt. Hier kommt es entscheidend darauf an, inwiefern autonome System aufgrund der ihnen zugrundeliegende Algorithmen unvorhersehbare Entscheidungen treffen können oder ob sie aus einer Vielzahl von vorgegebenen Szenarien und Datensets das jeweils „Beste“ für ein neues, bisher nicht vorhergesehenes Handlungsszenario auswählen können. Entscheidend ist, wie der zugrundeliegende Algorithmus konstruiert ist. In Betracht gezogen werden muss, dass das Design eines maschinellen Systems auf der Generalisierung über die konkret eingegebenen Datensets hinaus beruht; sie bauen also ein Model aus Sample

⁶⁹ OLG Hamm, Urteil vom 21. 12. 2010 – 21 U 14/08; BGH, Urteil vom 31. 10. 2006 - VI ZR 223/05 (OLG Karlsruhe).

⁷⁰ Spindler, *beck-online.GROSSKOMMENTAR*, Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer (GesamtHrsg), Spickhoff (Hrsg.), Stand: 01.04.2016, C. H. Beck Verlag, Rn. 645 zu § 823 BGB.

⁷¹ Staudinger, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Schulze (Hrsg.), 9. Auflage 2017, Nomos Verlag, Rn. 172 zu § 823 BGB.

⁷² Die Haftung nach §§ 823 ff. BGB erstreckt sich auch auf Software, da es im Rahmen der § 823 ff. BGB nicht auf die Sacheigenschaft und somit nicht auf den Streit ankommt, ob Software eine Sache ist, vgl. Spindler, „IT-Sicherheit und Produkthaftung - Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer“, (2004), *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 44, S. 3145-3208, S. 3145.

⁷³ Conrad, *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, Auer-Reisdorff/Conrad (Hrsg.), (2. Auflage 2016, C.H. Beck Verlag), Rn. 382 zu § 33 Compliance, IT-Sicherheit, Ordnungsmäßigkeit der Datenverarbeitung.

⁷⁴ Nietsch, *Verbraucherrecht*, Tamm/Tonner (Hrsg.), (2. Auflage 2016, Nomos Verlag), Rn. 68 zu § 823 Abs. 1 BGB.

⁷⁵ Bräutigam/Klindt, „Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht“, (2016), *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 16, S. 1137-1142, S. 1139.

Inputs.⁷⁶ Dies bedeutet, dass sich Probleme für die rechtliche Interpretation von „Unberechenbarkeit“ ergeben, da der Algorithmus so erstellt wird, dass er zwar auf unvorhergesehene Ereignisse reagieren kann, diese Reaktion aber von den durch die Programmierer zuvor eingegebenen Daten und „Entscheidungspfaden“ abhängt.

II. Die Rolle von Online-Plattformen

Die Rechtsbeziehungen im IoT sind nicht nur wegen der beteiligten IT-Systeme kompliziert. Die unterschiedlichen Konstellationen der Vertragsparteien werfen weitere komplexe rechtliche Fragestellungen auf. Da Plattformen⁷⁷ als Intermediäre agieren können, die einen Vertragsschluss zwischen Anbietern und Nachfragern möglich machen und u.U. auch sogar aktiv mitgestalten, häufen sich die Unklarheiten über den Vertragspartner, die Art des eingegangenen Vertrages und Haftungsfragen.

1. Begriffliche Unschärfen

Die Vielzahl der Geschäftsmodelle von Plattformen ruft Fragen nach einer Kategorisierung dieser hervor. Eine einheitliche Definition des Plattformbegriffes gibt es nicht. Es gibt verschiedene Ansätze, die beispielsweise nach dem Zielgrund des Verbrauchers, nach ökonomischen Kriterien oder nach der Art des Angebots differenzieren. Eine genaue Kategorisierung der Portale aufgrund ihrer Komplexität, der Vielzahl der existierenden Geschäftsmodelle und der dadurch aufgeworfenen Verbraucherschutzprobleme fällt schwer. Gemeinsames Moment bleibt die Definition einer Plattform als Ort, der Angebot und Nachfrage zusammenbringt, wobei der Portalbetreiber eine Kontrollfunktion ausübt.⁷⁸

Damit soll die Notwendigkeit von Kategorisierungen nicht in Abrede gestellt werden. Funktionale Ansätze für eine Kategorisierung nach Materialität der Transaktion (Waren oder Dienstleistungen?), nach Vorliegen einer Besitzübertragung, nach Rollentausch zwischen Anbieter und Verbraucher oder Dauerhaftigkeit der Aktivitäten auf der Plattform sind durchaus hilfreich.⁷⁹ Soll es aber auch um andere Plattformen gehen, so kann sich das Spektrum der Funktionalitäten als zu klein, oder aber auch zu detailliert erweisen. Hier gelangt die traditionell binäre Funktionsweise von Rechtsnormen (Sachverhalt ist subsumierbar oder nicht) an ihre Grenzen. Digitale Plattformen agieren auf einem äußerst flexiblen, innovativen Wirtschaftssektor, der schnellem und ständigem Wandel unterworfen ist. Dies führt dazu, dass eine starre Kategorisierung und Definition von Plattformen weniger von Nöten ist, als eine erste Sammlung von Ansätzen, die zum rechtlichen Verständnis beitragen kann.

2. Problemmuster: Informationen, Anbieter, Haftung, Transparenz, Wettbewerb⁸⁰

Unabhängig von den begrifflichen Unschärfen von Plattformen, vereint sie eine Vielzahl von wiederkehrenden Problemen. Einige werden von bestehenden Rechtsnormen zumindest teilweise erfasst, andere nur schwer.⁸¹ Die Probleme lassen sich einteilen in

⁷⁶ Domingos, „A Few Useful Things to Know about Machine Learning“, University of Washington, <<https://homes.cs.washington.edu/~pedrod/papers/cacm12.pdf>> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016).

⁷⁷ Im Weiteren nutzen wir den Begriff ‚Plattform‘ synonym für Online-Plattformen. Eine Definition findet sich unter: BMWi, *Grünbuch Digitale Plattformen*, 2016. <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Digitale-Welt/Netzpoltik/digitale-plattformen.html> (zuletzt abgerufen am 30.11.2016). S. 27.

⁷⁸ Adam/Micklitz, *Information, Beratung und Vermittlung in der digitalen Welt, Rechtsfragen in Finanzen, Gesundheit und Handel*, SVRV Working Paper Nr. 6.

⁷⁹ So für die Sharing Economy Purnhagen/Wahlen, (op. cit. Fn 20), S.14.

⁸⁰ Dieser Abschnitt beruht auf Adam/Micklitz (op. Cit Fn 78).

⁸¹ Noch komplizierter würde das Geflecht der Rechtsbeziehungen, wenn man auch den Werbetreibenden als „vierten Akteur“ einbezöge. Auf diesen wären ähnliche Bestimmungen wie auf den Anbieter im Verhältnis zum Verbraucher anwendbar, insbesondere wettbewerbsrechtliche Bestimmungen wären zusätzlich zu berücksichtigen. Auch die Pflichten des Plattformbetreibers in Bezug auf die Einhaltung von Gesetzesrecht durch den Werbetreibenden könnte man erneut ansprechen.

Informationsprobleme betreffend die Kenntnis über die Identität des Vertragspartners und die Komplexität der Rechtsbeziehungen, die vertraglichen Pflichten und Haftungsprobleme sowie wettbewerbsrechtliche Probleme.

Informationsproblem: Kennen des Anbieters und seines Status‘

Für den Verbraucher ist aufgrund der Web-Auftritte und widersprüchlicher AGB teilweise nicht erkennbar, ob er einen Vertrag mit dem Plattformbetreiber oder dem Anbieter abschließt; oft ist sogar unklar, ob er überhaupt einen Vertrag abschließt. Regelmäßig ist die Nutzung einer Internetplattform mit dem Bereitstellen von Nutzungsbedingungen durch den Plattformbetreiber verbunden. Die Erstellung eines Nutzerkontos kann als Abschluss eines Nutzungsvertrages charakterisiert werden,⁸² zumindest wenn die Nutzung für den Verbraucher entgeltlich ist. Diese Konsequenz wird dem Verbraucher regelmäßig nicht bewusst sein.

Die Rechtmäßigkeit eines solchen Nutzungsvertrages kann aus verschiedenen Gründen hinterfragt werden. Zunächst einmal erfassen die Plattformbetreiber eine Anzahl von Haftungsfreistellungen, z.B. nach §10 Telemediengesetz (TMG) oder durch AGB, mit denen der Plattformbetreiber sich selbst von einer Einbeziehung in das Vertragsverhältnis Anbieter/Verbraucher ausschließt. Der Plattformbetreiber zeichnet sich in der Regel auch frei von der Pflicht, die Online-Strukturen in unveränderter Form permanent beizubehalten; auch eine willkürliche Sperrmöglichkeit zum Ausschluss der Nutzer ist keine Seltenheit. Diskussionsbedarf ergibt sich auch in Bezug auf den Willen des Verbrauchers zum Vertragsschluss, wenn er die verschiedenen Bedingungen nicht gelesen hat. Im Hinblick auf den Status des Anbieters kann es unklar sein, ob es sich um einen Verbraucher oder einen Unternehmer handelt. Das belastet nicht nur den Verbraucher, sondern auch den Anbieter, denn letzterer muss mit den vollen Sanktionen des Verbraucherschutzes rechnen, wenn er inzwischen die Unternehmerstellung erreicht hat.

Haftungsrechtliche Fragen im Dreieck zwischen Anbieter, Plattformbetreiber und Verbraucher

Ungeklärt sind haftungsrechtliche Fragen im Dreieck aus Anbieter, Plattformbetreiber und Verbraucher. Soll der Plattformbetreiber für die Erfüllung einiger Pflichten des Anbieters mitverantwortlich sein, zumindest für Verbraucherschutzpflichten? Oder soll er gar wie ein „zweiter Vertragspartner“ mithafteten wenn der Verbraucher den Anbieter nicht in die Haftung nehmen kann?⁸³

Selbst wenn man vom Vorliegen eines Nutzungsvertrages ausgeht, so ist dennoch fraglich, ob solche AGB einer Klauselkontrolle standhalten würden. Zunächst ist die Präsentation der AGB zu kritisieren (Einbeziehungskontrolle): Häufig wird die *Browse-wrap*-Methode verwendet, bei der die AGB über einen zusätzlichen Hypertext-Link zugänglich gemacht werden. Bei der *Web-wrap*-Methode dagegen ist noch ein weiterer Link zu suchen oder die AGB befinden sich an anderer Stelle auf den Seiten der Plattform. Eine überblicksartige Studie über britische Plattformen identifizierte solche Haftungsbegrenzungsklauseln.⁸⁴ Die Vertrags- und deliktsrechtliche Haftung wird nicht selten limitiert. Besonders beliebt sind Klauseln, die die Haftung für Computer-Versagen, Viren und andere technische Probleme limitieren. Auch Access-Klauseln, die es dem Plattformbetreiber erlauben, die Plattform nach Belieben abzuschalten oder dem Verbraucher den Zugang willkürlich zu verweigern, sind nicht selten. In einigen Fällen wurden Klauseln gefunden, die eine unilaterale Preisänderung

⁸² So Glossner, *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht*, Leupold u. a. (Hrsg.), (3. Auflage 2013, C.H. Beck Verlag), Rn. 358 in Teil 2: Das Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs; und auch für App Stores: Loos, „Standard Terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 10-15, S. 11.

⁸³ Zu dieser Problematik, s. Domurath, *Sachmängelhaftung in der Plattformökonomie*, SVRV Working Paper Nr. 3 .

⁸⁴ Riefa, *Consumer Protection and Online Auction Platforms – Towards a Safer Legal Framework* (Markets and the Law 2015), S. 125ff.

erlaubten. Auch Schiedsklauseln und exklusive Gerichtsstandvereinbarungen sind verbreitet. Diese Bestimmungen wirken im Haftungsfall zum Nachteil des Verbrauchers – ihre Wirksamkeit wird auf den Seiten vieler Plattformen anzuzweifeln sein.

Wettbewerb: Manipulierte Bewertungen

Viele Plattformen benutzen interne Bewertungssysteme zur Evaluierung von Produkten, Dienstleistungen, aber auch der Zuverlässigkeit von Anbietern, um das Vertrauen in ihre Dienstleistung zu erhöhen. Auf der einen Seite wird versucht, die Manipulation von Bewertungen durch die Plattformen selbst zu untersagen. 2012 entschied die britische „Advertising Standards Authority“ zum Beispiel, dass es irreführend sei, wenn das Portal „TripAdvisor“ damit werbe, dass seine Reise-Reviews von ‚echten Reisenden‘ kämen, obwohl der Plattformbetreiber sie nicht kontrolliert.⁸⁵ Auch das ‚Dimming‘ verstößt nach Ansicht der Kommission gegen die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie).⁸⁶ Das Bewertungssystem darf kein übertrieben positives Bild des Anbieters zeichnen.⁸⁷

Auf der anderen Seite gibt es inzwischen einen regelrechten Markt für die Manipulation von Online-Bewertungen. Der New York Attorney General Eric Schneiderman hat in einer 2013 begonnenen Offensive namens „Operation Clean Turf“ insgesamt 19 Unternehmen identifiziert, die auf Falschbewertungen spezialisiert waren.⁸⁸ Amazon verklagte bereits 1000 Nutzer für Falschbewertungen und auch einige Unternehmen, die sich Falschbewertungen zur Geschäftsgrundlage gemacht haben.⁸⁹

Aus Verbrauchersicht ist insbesondere problematisch, dass sich manipulierte Bewertungen nur schwer aufdecken lassen. Eine Alternative ist der „Reviewskeptic“⁹⁰ der Cornell Universität aus den USA, ein Algorithmus, der falsche Hotel-Reviews nach eigener Angabe mit 90%iger Wahrscheinlichkeit entdeckt. Wettbewerbsrechtlich ist es in der EU nach Nr. 22 des Anhangs I der UGP-Richtlinie untersagt, sich fälschlich als Verbraucher auszugeben – eine Vorschrift, die Anhaltspunkt für ein Verbot der Bewertungsfälschung sein könnte.⁹¹

Wettbewerb: Mangelnde Transparenz der Suchergebnisliste

Auch die mangelnde Transparenz der Suchergebnislisten wird vielfach kritisiert. Suchmaschinen können als passive „conduit“ Akteure (d.h., die nur Verbindungen zwischen den Internetnutzern schaffen), „editors“ (d.h., die wie die Redakteure einer Zeitung entscheiden, was sie zeigen und was nicht) oder „advisor“ (d.h., einem Berater, dem der

⁸⁵ ASA Complaint No. A11-166867, 1.2.2012, <https://www.asa.org.uk/Rulings/Adjudications/2012/2/TripAdvisor-LLC/SHP_ADJ_166867.aspx#.V586zK7lx69> (zuletzt abgerufen am 20. 10. 2016).

⁸⁶ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.05.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.136, <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20. 10. 2016).

⁸⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Februar 2013 – I-20 U 55/12, 20 U 55/12.

⁸⁸ Sie mussten Strafen zwischen 2.500 und 100.000 USD bezahlen. <<http://www.businessinsider.com/new-york-cracks-down-on-fake-yelp-reviews-2013-9?IR=T>> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016).

⁸⁹ <<https://www.theguardian.com/technology/2015/oct/18/amazon-sues-1000-fake-reviewers>> (zuletzt abgerufen am 20. 10.2016).

⁹⁰ <<http://reviewskeptic.com/>> (zuletzt abgerufen am 20.10. 2016).

⁹¹ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.140, <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10. 2016).

Nutzer ein gewisses Vertrauen für Vorschläge entgegenbringt) auftreten.⁹² „Search Engine Optimization“ verstärkt das Problem.⁹³

Durch die Vermischung von Werbung und Information oder durch unklare Ergebnislisten können Verbraucher in die Irre geführt werden.⁹⁴ In diesem Sinne hat das LG Berlin entschieden, dass durch Kommissionszahlungen beeinflusste Beliebtheits-Rankings eines Hotelbuchungsportals als irreführende Werbung unzulässig sind.⁹⁵ Ähnliches muss auch für Suchmaschinenergebnisse anderer Online-Portale gelten. Die Vermischung von Werbung und Information beeinträchtigt Verbraucher in ihrem Beurteilungsvermögen. Selbst wenn die Vorschriften des Wettbewerbsrechts Abhilfe schaffen können, so ist doch die Effektivität der Rechtsdurchsetzung anzuzweifeln: Sie wird den, nach dem UWG zuständigen, Verbraucherschutzinstitutionen und Mitbewerbern überlassen. Mit der zunehmenden Marktmacht der Plattformen könnte dies nicht mehr ausreichend sein.

3. Beispiel: Health Apps⁹⁶

Health Apps funktionieren, wie andere Apps auch, über ein dreipoliges Akteurssystem: App-Ersteller, App Store und Verbraucher treten zueinander in Rechtsbeziehungen. Daraus ergeben sich verschiedene Rechtsprobleme, insbesondere betreffend den richtigen Vertragspartner, die Wirksamkeit der AGB und Haftungsfragen, welche hier exemplarisch diskutiert werden.⁹⁷

Unklarheit über Vertragspartner

Welche vertraglichen Beziehungen entstehen zwischen den einzelnen Akteuren beim Erwerb einer Health App? Generell vertreiben die offiziellen App Stores von iOS und Windows Apps für ihre Betriebssysteme nur über ihre offiziellen Vertriebskanäle. Aufgrund ihrer Marktmacht kreieren viele Anbieter ihre Apps für iOS und Windows; in der Folge sind sie dazu gezwungen, die Geschäftsbedingungen für den Vertrieb in den offiziellen App Stores anzunehmen. Die folgende Analyse rückt den Apple App Store in den Vordergrund. Für andere Vertriebskanäle, wie Google Play, Microsoft Windows Phone Marketplace, BlackBerry App World oder *Amazon* AppStore for Android ergibt sich eine ähnlich komplizierte Gemengelage.⁹⁸

Die Bedingungen zwischen Apple und dem Anbieter der App sind detailliert im iOS Developer Program License Agreement geregelt (nachfolgend iOS Agreement). Danach gilt luxemburgisches Recht.⁹⁹ Apple nimmt in Bezug zum Anbieter einer kostenpflichtigen App die Stellung eines, nach luxemburgischen Recht geregelten, „commissionaires“, vergleichbar mit dem deutschen Kommissionär nach §§383 ff. HGB, ein, der im eigenen Namen für fremde Rechnung handelt.¹⁰⁰ Bei kostenlosen Apps ist Apple der „legal agent“ des Anbieters. Für den Vertrieb an Endnutzer in Deutschland ist Apple daher „commissionnaire“ nach

⁹² Siehe für eine genauere Auseinandersetzung Grimmelmann, „Speech Engines“, (2014), 93 *Minnesota Law Review*, S. 868-952.

⁹³ Siehe z.B. Schirnbacher/Engelbrecht, „Suchmaschinenoptimierung und (un)zulässige SEO-Maßnahmen“, (2015), *Computer und Recht*, Heft 10, S. 659-664.

⁹⁴ Mit diesem Ergebnis auch Scardamaglia/Daly, „Google, online search and consumer confusion in Australia“, (2016), 24 *International Journal of Law and Information Technology*, S. 203-228.

⁹⁵ LG Berlin, Beschluss vom 25. August 2011 – 16 O 418/11.

⁹⁶ Dieser Abschnitt beruht auf Adam/Micklitz (op. Cit. Fn 78).

⁹⁷ Der folgende Abschnitt beruht im Wesentlichen auf Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.) *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen*, Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.), (De Gruyter Verlag, 2013), Kap.3.

⁹⁸ Siehe für die anderen Anbieter Engelhard, *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen*, Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.), (De Gruyter Verlag, 2013), Rn. 177ff. und 302ff zu Kap.3.

⁹⁹ <https://developer.apple.com/programs/terms/ios/standard/ios_program_standard_agreement_2014_0909.pdf>, vgl. S. 47 (zuletzt abgerufen am 28. 11. 2016).

¹⁰⁰ Engelhard, *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen*, Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.), (De Gruyter Verlag, 2013), Rn. 180 zu Kap.3.

luxemburgischem Recht.¹⁰¹ Aus Anbieterperspektive ist der App Store als Vertreter Vertragspartner des Verbrauchers.

Allerdings widersprechen sich der Vertrag zwischen dem App Store und dem Anbieter (das iOS Agreement) und zwischen dem App Store und dem Verbraucher (die iTunes Nutzungsbedingungen). Der Verbraucher wird vermutlich meinen, mit dem Anbieter einen Vertrag abzuschließen. Allerdings findet sich nirgendwo ein Hinweis darauf, dass mit dem Anbieter ein Vertrag eingegangen werden soll, so dass der Verbraucher am Ende doch nur von einem Vertrag mit dem App Store ausgehen kann.¹⁰² Die Frage nach dem Vertragspartner lässt sich im Ergebnis nicht klar beantworten, was wiederum Konsequenzen für den Haftungsfall hat.

Unklare Rechtslage durch AGB des Apple App Stores

Die rechtlichen Unklarheiten werden größer, wenn die AGB des Apple App Stores analysiert werden.¹⁰³ Die Nutzungsbedingungen des App Stores verweisen auf deutsches Recht,¹⁰⁴ so dass §§ 305ff. BGB anwendbar sind.

Es ist jedoch beispielsweise unklar, ob die Nutzungsbedingungen für den Download einzelner Apps tatsächlich nach § 305 BGB einbezogen werden oder ob sie eine Rahmenvereinbarung im Sinne von §305 Abs. 3 BGB darstellen. Beide Varianten sind unschlüssig. Auf der einen Seite können sie nicht für den Erwerb einzelner Apps gelten, denn sie werden dem Verbraucher nur ein einziges Mal bei Erstellung seines iTunes-Kontos für den Apple App Store angezeigt. Beim Kauf einer einzelnen App werden sie weder erneut angezeigt, noch wird auf sie verwiesen. Wird davon ausgegangen, dass beim Download jeder einzelnen App ein neuer Vertrag mit dem App Store zustande kommt, sind für jeden einzelnen dieser Verträge die Nutzungsbedingungen für den Apple App Store nicht wirksam einbezogen.¹⁰⁵ Auf der anderen Seite ist auch die Einordnung der Nutzungsbedingungen als Rahmenvereinbarung, die für jeden App-Kauf zur Anwendung kommt, unschlüssig:¹⁰⁶ Dafür müsste Apple bei Eröffnung des iTunes-Kontos ausdrücklich auf die Nutzungsbedingungen und darauf hinweisen, dass diese immer zur Anwendung kommen, wenn eine App heruntergeladen wird. Wird auf die Verbraucherperspektive abgestellt, kann davon ausgegangen werden, dass die Erstellung dieses reinen „Zugangs“ nicht den Abschluss eines Rahmenvertrages für sämtliche folgende App-Downloads bedeutet. Jedoch ist nicht nur die Einbeziehung der Nutzungsbedingungen und ihre Geltung für welchen Vertrag (die Erstellung eines Kontos bei iTunes oder den Download einer App) unklar, sondern auch die Wirksamkeit der AGB selbst (ginge man von einer wirksamen Einbeziehung aus). Zwei Probleme fallen hier auf: die Unübersichtlichkeit der Nutzungsbedingungen und die der Haftungsausschlüsse.

Festzuhalten ist, dass die Nutzungsbedingungen des App Stores sich nicht nur auf den mobilen App Store beziehen, sondern auch auf für den iTunes Stores, den Mac App Store, den App Store für Apple TV, den iBook Store und den Apple Music Dienst gelten. In einem je nach Formatierung etwa 20 Seiten umfassenden Dokument finden sich die AGB für sechs verschiedene Angebote von Apple, eine Nummerierung der einzelnen Paragraphen fehlt. Einzelne Themen werden vermischt und das Dokument ist äußerst unübersichtlich.

¹⁰¹ Ziff. 7.1 iOS agreement iVm Schedule 1,§1 und Exhibit A zu Schedule 1.

¹⁰² Siehe ebenfalls Lachenmann, *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen*, Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.), (De Gruyter Verlag, 2013), Rn. 342 zu Kap. 3.

¹⁰³ Lachenmann, (op. cit. Fn. 101), Rn. 323 ff. zu Kap. 3.

ebenfalls dazu Loos, „Standard Terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store“, (2015), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 10-15.

¹⁰⁴ <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016), Abschnitt J „Anwendbares Recht“.

¹⁰⁵ So im Ergebnis Lachenmann, *Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen*, Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.), (De Gruyter Verlag, 2013), Rn. 318 zu Kap. 3.

¹⁰⁶ Dazu ebenfalls Lachenmann, (op. cit. Fn. 104), Rn. 319. zu Kap. 3.

4. Stand der Reformdiskussion zu Plattformen

Zwei Reformvorschläge sollen besondere Beachtung finden. Zum einen hat Frankreich der Europäischen Kommission im Notifikationsverfahren nach der Richtlinie 2015/1535/EU¹⁰⁷ und der inzwischen geänderten Richtlinie 98/34/EG¹⁰⁸ verschiedene Gesetzesentwürfe vorgelegt. Zum anderen hat die Research Group on the Law of Digital Services (RG Digital Services) einen Richtlinienentwurf zu ‚Online Intermediary Platforms‘ entworfen.¹⁰⁹

Informationsasymmetrien

Art. 19 und 20 des französischen Gesetzesentwurfs für eine digitale Republik betreffen allgemeine Informationspflichten von Online-Portalen. Danach muss die Plattform¹¹⁰

„ehrliche, klare und transparente Informationen über die allgemeinen Bedingungen für die Nutzung des von ihr angebotenen Vermittlungsdienstes und über die Modalitäten der Verlinkung, der Einstufung und der Auflistung der Inhalte, Waren oder Dienstleistungen, auf die über den Dienst zugegriffen werden kann, bereitstellen. Die Plattformen müssen das etwaige Bestehen einer Vertragsbeziehung oder einer Kapitalbeziehung zu den verlinkten Personen, eine eventuelle Vergütung der verlinkten Personen und gegebenenfalls den Einfluss dieser Vergütung auf die Einstufung der angebotenen Inhalte, Waren oder Dienstleistungen klar angeben.“

Art. 21 des Gesetzesentwurfs für eine digitale Republik betrifft speziell Bewertungsportale.¹¹¹ Nach der neuen Vorschrift, die in das französische Verbrauchergesetzbuch eingefügt werden soll, ist

„jede Person, deren Haupt- oder Nebentätigkeit darin besteht, Online-Kundenbewertungen zu sammeln, zu moderieren oder zu veröffentlichen dazu verpflichtet, korrekte, klare und transparente Informationen über die Modalitäten der Überprüfung der veröffentlichten Bewertungen zur Verfügung zu stellen. Sie hat anzugeben, ob die Bewertungen, die sie veröffentlicht hat, einer Überprüfung unterzogen wurden oder nicht und gegebenenfalls die Hauptmerkmale dieser Überprüfung zu spezifizieren.“

Der Gesetzesentwurf soll durch ein Dekret über die Informationspflichten speziell für Vergleichsportale konkretisiert werden.¹¹² Nach diesem Entwurf müssen alle Vergleichsportale in einer speziellen, für den Verbraucher leicht zugänglichen bzw. auffindbaren Rubrik genaue Angaben über die Funktion des Vergleichsdienstes liefern. Dargestellt werden sollen: (1) die Definition und verschiedenen Kriterien für die Einstufung

¹⁰⁷ Abl. 2015, L 241, Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

¹⁰⁸ Abl. 1998, L 204, Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

¹⁰⁹ Research Group on the Law of Digital Services, „Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 164-169.

¹¹⁰ Notifikationsnummer 2015/626/F, originalsprachiger Entwurfstext unter <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=626> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016).

¹¹¹ Notifikationsnummer 2015/630/F, originalsprachiger Entwurfstext unter <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=630> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016).

¹¹² Notifikationsnummer 2015/498/F, originalsprachiger Entwurfstext unter <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=498> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016).

der Angebote von Waren und Dienstleistungen; (2) das Bestehen oder Nichtbestehen einer Vertragsbeziehung oder Kapitalbeziehung zwischen den Vergleichsportalen und den verlinkten Gewerbetägigen; (3) das Bestehen oder Nichtbestehen einer von den verlinkten Gewerbetägigen bezahlten Vergütung an das Portal und ggf. den Einfluss dieser Vergütung auf die Einstufung der Angebote; (4) Einzelheiten über die Bestandteile des Preises sowie die Möglichkeit, dass zu diesem zusätzliche Gebühren hinzukommen; (5) ggf. eine Änderung der gewerblichen Garantien entsprechend den verglichenen Produkten; (6) erschöpfende oder nicht erschöpfende Angaben der verglichenen Angebote von Waren und Dienstleistungen und der Zahl der verlinkten Websites oder Unternehmen; (7) sowie Häufigkeit und Art der Aktualisierung der verglichenen Angebote. Auf den Seiten mit den Ergebnissen der Vergleichssuche sind ebenfalls Informationen bereitzustellen, nämlich nach welchem Kriterium die Ergebnisse aufgelistet worden sind und insbesondere auch, ob die Aufnahme in die Liste („Verlinkung“) kostenpflichtig war oder nicht.

Die Europäische Kommission hat den Gesetzesentwürfen nach Informationen der Gutachter widersprochen, allerdings ohne ihre entgegengesetzte Meinung zu veröffentlichen. Im Wesentlichen kritisierte sie, dass der durch die UGP-Richtlinie, aber auch die E-Commerce-Richtlinie bereits bestehende und vollharmonisierte Rechtsrahmen entgegenstünde. Unabhängig von der hier zu erkennenden Problematik der Vollharmonisierung ist fraglich, welchen Nutzen weitere Informationspflichten haben könnten. Die Sinnhaftigkeit von Informationspflichten ist nicht erwiesen¹¹³, und es ist fraglich, ob das französische Gesetz die Plattformökonomie nachhaltig beeinflussen wird. Insoweit es um die Erkennbarkeit des Vertragspartners geht, scheint jedoch eine Präzisierung sinnvoll.

In der Literatur wird derzeit der Entwurf einer *Plattformrichtlinie* diskutiert. An der Spitze steht die Research Group (RG) Digital Services mit ihrem Richtlinienentwurf.¹¹⁴ Nach den Vorstellungen der Forschungsgruppe für eine Plattformrichtlinie sollen, ähnlich wie bei dem französischen Gesetzesentwurf, bestimmte Offenlegungsvorschriften gelten. Die Autoren schlagen Informationspflichten vor, die über die vertragsrechtlichen Beziehungen zwischen Verbraucher, Anbieter und Plattformbetreiber aufklären sollen. Der Vorschlag lässt offen, wie die Information erfolgen soll. Man könnte zum Beispiel andeuten, dass sie im Falle einer Plattform mit User-Accounts direkt bei Account-Erstellung als einzelner Schritt gezeigt werden muss, zum Beispiel durch Piktogramme oder staatliche Bewertungssysteme.

Definition der Plattform

Der französische Gesetzgebungsentwurf sieht folgende Definition vor:

„Als Online-Plattformen werden gemäß diesem Artikel Tätigkeiten bezeichnet, die darin bestehen, Inhalte, Waren oder Dienstleistungen, die von Dritten angeboten oder online gestellt werden, einzustufen oder zu verlinken oder auf elektronischem Wege mehrere Teile im Hinblick auf den Verkauf einer Ware, der Erbringung einer Dienstleistung (auch kostenfrei) oder im Hinblick auf den Austausch oder das Teilen von Waren oder Dienstleistungen zu verknüpfen. Als Online-Plattformen werden Personen verstanden, die diese Tätigkeit gewerbsmäßig ausüben.“¹¹⁵

¹¹³ Ben-Shahar/Schneider, *More than you wanted to know*, (Princeton University Press 2014).

¹¹⁴ Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, „The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 3-10; Busch/Dannemann/Schulte-Nölke/Wieworowska-Domagalska/Zoll, „On the Law of Digital Services: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S.164-169.

¹¹⁵ Art. 19 des französischen Gesetzes über eine digitale Republik, Notifikationsnummer 2015/626/F im Notifikationsverfahren bei der Kommission, originalsprachiger Entwurfstext unter <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=626> (zuletzt abgerufen am 20. 10. 2016).

Artikel 2 des Richtlinienvorschlags der RG Digital Services definiert dagegen:

„'online intermediary platform' means an information society service accessible through the internet or by similar digital means which enables customers to conclude contracts with suppliers of goods, services or digital content. This does not include services which only identify relevant suppliers and which direct customers to those suppliers' websites or contact details".¹¹⁶

Damit hat der Vorschlag der RG Digital Services einen eher eingeschränkten Anwendungsbereich: Ansatzpunkt ist die Plattform als Vertragsabschlussort. Dies bedeutet, dass die reinen Bewertungsplattformen aus der Anwendung des Plattformgesetzes herausfallen, weil der Vertragsschluss zwischen Verbraucher und Anbieter hier meist in der realen Welt erfolgt. Am Ende steht man vor einer sehr differenzierten Regulierung für eine kleine Anzahl von Plattformen. Das ist insbesondere im Hinblick auf Art. 8 des Richtlinienvorschlags bedauerlich, denn diese Vorschrift über Bewertungssysteme wäre gut auf reine Bewertungsplattformen anwendbar.

Haftungsfragen

Das Problem der Haftung von Intermediären ist in der Rechtsordnung als solches nicht neu. Schon der mittelalterliche Marktplatz kann als Intermediär bezeichnet werden, der Angebot und Nachfrage zusammenführt. Sonderregeln bestehen für Makler sowie für Intermediäre im Reiserecht und bei Finanzdienstleistungen. Dennoch erscheint es angebracht, für die Internetportale nach einer eigenen Lösung zu suchen. Anders als im Verhältnis zum Makler, zum Reisevermittler oder zum Kreditvermittler bezahlt der Verbraucher auf den Portalen häufig nichts und schließt nicht einmal einen Nutzungsvertrag ab. Auch mit dem Agenturgeschäft sind die Vorgänge auf den Internetplattformen nicht pauschal vergleichbar: Der Kontext der Plattformökonomie fehlt dort. Wertpapier- und Versicherungsmärkte sind für den Verbraucher mit einem viel größeren Risiko behaftet als der wohl überwiegende Teil der Internetplattformen.

Das Richtlinienprojekt der RG Digital Services geht auf verschiedene Haftungsmöglichkeiten und Schutzpflichten ein.¹¹⁷ Was die eigenen Schutzpflichten des Plattformbetreibers gegenüber dem Verbraucher betrifft, so sieht das Richtlinienprojekt in Art. 7 eine Pflicht des Plattformbetreibers vor, sämtliche Kommunikation zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter unverzüglich weiterzuleiten, wenn er ein generelles Kommunikationssystem auf der Plattform vorgesehen hat. Zugang beim Plattformbetreiber soll für den Verbraucher auch gleich Zugang beim Anbieter bedeuten gemäss Art. 7 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags. Das erscheint sinnvoll, da insofern die Informationspflichten des Anbieters nicht durch den Plattformbetreiber konterkariert werden dürfen. Aber auch sonst wird dadurch die Vormachtstellung des Plattformbetreibers in angemessener Weise eingeschränkt. Art. 9 des Richtlinienvorschlags verlangt zum Schutz von Plattformnutzern (sowohl Verbrauchern als auch Anbietern), dass der Plattformbetreiber bei Kenntnis von kriminellem Verhalten oder Verhalten, das die körperliche Integrität, Privatsphäre, Eigentum oder Freiheit eines Nutzers beeinträchtigt, einzuschreiten hat. Das ist eine großzügige Erweiterung im Vergleich zur E-Commerce-Richtlinie, die grundsätzlich nur die Haftung für übermittelte Informationen betrifft. Die bestehende Haftungslücke würde dadurch geschlossen.

Weiterhin statuiert der Richtlinienvorschlag ein spezifisches Haftungssystem für den Plattformbetreiber. Grundnorm ist Art. 16 Abs. 1 des Vorschlags: Wer sich selbst

¹¹⁶ Busch/Dannemann/Schulte-Nölke/Wieworowska-Domagalska/Zoll, „On the Law of Digital Services: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 164-169.

¹¹⁷ Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, „The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 3-10; Busch/Dannemann/Schulte-Nölke/Wieworowska-Domagalska/Zoll, „On the Law of Digital Services: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 164-169.

grundsätzlich nur als Intermediär präsentiert, der haftet auch nicht. Ausnahmen sehen die Artikel 17-20 vor. Nach Art. 18 ist der Plattformbetreiber Mithaftender, wenn er einen besonderen Einfluss auf den Anbieter ausübt. Art. 19 des Vorschlags formuliert eine Haftung im Falle schadensverursachender, irreführender Äußerungen des Plattformbetreibers über Verbraucher, Anbieter, die angebotenen Waren oder Dienstleistungen sowie digitale Inhalte vor. Art. 20 bildet den fulminanten Schluss des Haftungsregimes und verlangt eine Haftung für Garantien, die der Plattformbetreiber über Anbieter/Verbraucher oder angebotene Waren oder Dienstleistungen gibt.

Ausblick

Wie ist das Richtlinienprojekt der RG Digital Services im Hinblick auf seine Haftungsregeln zu bewerten? Auf der einen Seite präsentiert es ein recht ausgewogenes Haftungsregime: Es führt keine generelle Verantwortung des Plattformbetreibers ein, sondern differenziert nach bestimmten Fällen. Mit Art. 14 könnte der Anbieterkennzeichnung auf den Plattformen ausreichend Rechnung getragen werden.¹¹⁸ Vergleiche zum Reiserecht bieten sich an:¹¹⁹ Art. 13 Abs. 1 Unterabsatz 2 der Pauschalreiserichtlinie¹²⁰ sieht die Möglichkeit einer Haftung des Reisevermittlers für die Erbringung der vertraglichen Pauschalreiseleistungen vor. Die Vorschläge erinnern an das Konzept der verbundenen Verträge nach §§ 358ff. BGB. Tatsächlich beruht der zwischen Anbieter und Verbraucher geschlossene Vertrag auf der Bereitstellung des nötigen virtuellen Umfeldes durch den Plattformbetreiber, der dafür zum unerlässlichen Intermediär geworden ist.¹²¹

Anstatt der Erweiterung des Kreises der eigenen Schutz- und Haftungspflichten der Plattformbetreiber kommt die Auferlegung von Überwachungs- und Kontrollpflichten in Betracht. So würden Plattformbetreiber nicht zum Haftungspartner, sondern eher in den Rang eines „Ansprechpartners“ gehoben werden. Dazu muss das freizeichnende System der E-Commerce-Richtlinie geändert werden. Eine Möglichkeit ist, wie es auch die europäische Kommission in ihren Leitlinien zur UGP-Richtlinie anspricht,¹²² die Pflicht zu einer Gestaltung der Plattformstrukturen, die den Einklang mit dem Verbraucherschutzrecht ermöglicht, oder sogar erzwingt – Art. 14 des Richtlinienvorschlags der RG Digital Services ist daher zu befürworten. Wenn der Anbieter bei der Registrierung gezwungen wird, einige Angaben nach dem Verbraucherschutzrecht zu machen, so kann die Plattform dessen Einhaltung mit Leichtigkeit kontrollieren. Im Falle einer rechtswidrigen Ausgestaltung der Plattform hätten die für die Rechtsdurchsetzung zuständigen Verbraucherorganisationen einen direkten Ansprechpartner. Auf die Plattformbetreiber kämen weniger Risiken zu als bei obigem Vorschlag einer echten Plattformrichtlinie.

III. Verbraucherdatenschutz

Das IoT und das Recht der digitalen Dienstleistungen lassen sich nicht ohne Ausführungen zum Datenschutzrecht diskutieren.¹²³ Ein sog. Privacy Sweep des Global Privacy

¹¹⁸ siehe im Kontext Schröder/Bühlmann, „Übernahme der Anbieterkennzeichnung durch den Portalbetreiber – ein Modell für Deutschland?“, (2012), *Computer und Recht*, Heft 5, S. 318-324.

¹¹⁹ Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, „The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 3-10, S. 8.

¹²⁰ Richtlinie (EU) 2015/2302.

¹²¹ Dieser Gedanke in Bezug auf die Verbindung von Verträgen und die Anwendung der UGP- und Verbraucherrechterichtlinie bei Loos, „Standard Terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 10-15, S. 11.

¹²² Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Stand 25.5.2016, SWD(2016) 163 final, COM(2016) 320, S.126f., <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016).

¹²³ Dieser Abschnitt beruht auf Schmechel, (*op. cit. Fn 16*) und Domurath/Kosyra, *Verbraucherdatenschutz im Internet der Dinge*, SVRV Working Paper Series Nr. 3.

Enforcement Networks,¹²⁴ bei dem 25 verschiedene Datenschutzbehörden untersucht haben, wie Unternehmen ihre Datenschutzbestimmungen an Verbraucher kommunizieren, hat herausgefunden, dass diese Aufklärung bei über 300 IoT-Geräten „alarmierend“ schlecht sei. Insbesondere geht es um die mangelnde Aufklärung von Verbrauchern über die Erhebung und Verarbeitung ihrer Daten und der entsprechenden Rechte.

Datenschutz spielt auf verschiedenen Ebenen der digitalen Dienstleistungen eine entscheidende Rolle. Dabei treten materiell-rechtliche Probleme auf, die strukturell teilweise den vertragsrechtlichen Problemen der digitalen Dienstleistungen ähneln, wie z.B. die Kopplung von Angeboten mit Daten oder AGB-Kontrolle von Datenschutzerklärungen. Datenschutzrechtliche spezifische Probleme sind in erster Linie die Erosion des Einwilligungserfordernisses sowie die Garantie von Datenschutz im internationalen Datenverkehr. Ausführungen zum problematischen Schutzniveau im transnationalen Bereich leiten zu Konsequenzen der Entterritorialisierung im digitalen Verbraucherrecht über (dazu unten IV.).

1. Kopplungsverbot

Wenn die Einwilligung in Datenverarbeitungsprozesse als zwingende Bedingung für die Durchführung eines Vertrages formuliert ist, obwohl der Verarbeiter die Daten dafür eigentlich nicht benötigt, wird die Freiwilligkeit der Einwilligung gem. Artikel 7 Abs. 4 und Erwägungsgrund 43 DSGVO in Frage gestellt. Artikel 7 Abs. 4 DSGVO geht über § 28 Abs. 3b Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) hinaus,¹²⁵ welcher nur die Kopplung der Einwilligung zu Adresshandel und Werbung mit Abschluss eines Vertrages betrifft.

Damit ist fraglich, ob das Kopplungsverbot die „Bezahlung“ mit eigenen Daten nicht eigentlich verbietet.¹²⁶ Zu überlegen ist, ob der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welcher im BDSG durch ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verfolgt wird, ggf. eine unterschiedliche Behandlung von Datenschutz- und Lauterkeitsrecht (in welchem es auf die Irreführung von Marktteilnehmern ankommt) erlaubt.¹²⁷

2. AGB-Kontrolle von Datenschutzerklärungen

Da Datenschutzerklärungen dem Verbraucher i.d.R. formularmäßig vorgelegt und akzeptiert werden und sich der Verbraucher oft in einer strukturell unterlegenen Verhandlungsposition befindet, werden sie auch einer Klauselkontrolle unterzogen. Im Datenschutzrecht wird bei struktureller Unterlegenheit die Freiwilligkeit der Einwilligung i.S.d. § 4 BDSG in Frage gestellt. Das Kopplungsverbot ist dahingehend zu verstehen, dass unterschwellige Drucksituationen vermieden werden sollen. Drucksituationen können auch unabhängig von einer Kopplung des Zugangs zu digitalen Dienstleistungen mit den Daten des Verbrauchers auftreten, etwa wenn der Verbraucher unter engen Zeitbedingungen handeln muss.

Die Kontrollierbarkeit von Datenschutzerklärungen nach Maßgabe des AGB-Rechts fördert zu Tage, dass einige Klauseln gem. der §§ 307, 308 BGB unwirksam sein könnten, da sie den Verbrauchern einseitige Prüf- und Kontrollpflichten bzgl. Änderungen der Klauseln auferlegen und weil sie, wegen mangelnder Aufklärung über die Weitergabe von Daten an Dritte, Verbraucher unangemessen benachteiligen.¹²⁸

¹²⁴ Informationen von der Website des irischen Datenschutzbeauftragten: <<https://www.dataprotection.ie/docs/23-9-2016-International-Privacy-Sweep-2016/i/1597.htm>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

¹²⁵ Kühling/Martini, „Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?“, (2016), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 12, S. 448-454, S. 451.

¹²⁶ Kritisch zum Kopplungsverbot: Schantz, „Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht“, (2016), *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 26, S. 1841-1847, S. 1845.

¹²⁷ So Domurath/Kosyra, (op. cit. Fn 123).

¹²⁸ Dazu Domurath/Kosyra, (op. cit. Fn 123), unter Punkt D. V.

3. Personenbezogenheit der Daten & Datenschutz durch Technik

Im Grunde geht es um die Frage, inwiefern digitale Dienstleister Daten von Verbrauchern erheben dürfen und welchen Regelungen diese Erhebungen unterliegen. Dies ist insbesondere relevant, wenn Verbraucher mit ihren Daten für vermeintlich kostenlose Dienstleistungen „bezahlen“. Anonymisieren die Dienstleister die Verbraucherdaten, ist das BDSG nicht mehr anwendbar. Sind die Daten nicht anonym, also beispielsweise nur pseudonymisiert oder direkt personenbezogen, ist ihre Erhebung und Verarbeitung den Bestimmungen des BDSG unterworfen.

Hier ist insbesondere das Potential von Technikmodellen relevant, die Datenschutz im Internet, bei digitalen Dienstleistungen und im IoT generell gewährleisten können, vor allem: Privacy by Design, Zertifizierung, Data protection compliance in Unternehmen etc. Privacy by Design beschreibt Privatsphärenschutz, der bereits in der Produktion von „privatsphäreninvasiven“ Geräten und Dienstleistungen berücksichtigt wird, insbesondere durch eingebaute Anonymisierungsmethoden. Alternativ soll pseudonymisiert werden, was bedeutet, dass der Personenbezug wieder hergestellt werden kann, zum Beispiel zur Wahrnehmung von Strafverfolgungsinteressen. Privacy by Default beschreibt eine technische oder organisatorische Grundeinstellung, die darauf ausgelegt ist, Datenschutzgrundsätze wie Datenminimierung wirksam umzusetzen und Betroffenenrechte zu schützen. Sowohl Privacy by Design als auch Privacy by Default sind nunmehr in Art. 25 der DSGVO festgehalten. Generell lässt sich beobachten, dass Datenschutz durch technische Maßnahmen immer mehr in den Vordergrund rückt.

4. Einwilligung durch „Geschäftszwecke“

Im Bereich der digitalen Dienstleistungen stellt sich insbesondere die Frage nach dem Legitimationsgrund der Datenerhebung. Die Datenerhebung und -verarbeitung kann über die Einwilligung gem. § 4 BDSG (Art. 6 Abs.1 lit. a DSGVO) oder über § 28 BDSG (Art. 6 I lit. b) DSGVO) legitimiert werden. Tendenziell besteht die Gefahr, dass Unternehmen anstelle von komplizierten Einwilligungslösungen die Datenerhebung und -verarbeitung über §28 BDSG ausweiten.¹²⁹ Das Einwilligungserfordernis sowie der Grundsatz der Datensparsamkeit könnte durch eine sich ausbreitende Anwendung des § 28 BDSG ausgehöhlt werden. Nicht bekannt ist, inwiefern der in den Datenschutzerklärungen angegebene Zweck tatsächlich auch ein Zweck ist, der zur Vertragsdurchführung notwendig ist. Empirische Untersuchungen fehlen weitgehend.

5. Internationale Datentransfers

Die Sicherstellung des Schutzes von Daten, die ins Ausland übermittelt werden, ist verbraucherpolitisch geboten. Verschiedene Initiativen sehen sich mit juristischen Hürden konfrontiert. Das Safe-Harbor-Abkommen zwischen der EU und den U.S.A. wurde vom EuGH in einer Aufsehen erregenden Entscheidung¹³⁰ für unwirksam erklärt. Auch der Nachfolger, das sog. Privacy Shield, ist bereits in die Kritik geraten. Es scheint aufgrund der zahlreichen Ausnahmen kein angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. Die Vermutung des angemessenen Datenschutzniveaus bei freiwilliger Teilnahme an der Zertifizierung droht ins Leere zu laufen. Betroffene haben nur mangelnde Rechtsschutzmöglichkeiten vor U.S.-Gerichten. Zu kritisieren ist, dass Datenschutzbehörden, u.a. kollektive Träger, von der Teilnahme an Schlichtungsverfahren ausgeschlossen sind.¹³¹ Eine vertragsrechtliche Alternative, der „Export-Import-Standardvertrag“, auf den viele Unternehmen (inklusive Facebook) bereits ihre internationalen Transfers stützen, wird von Datenschützern kritisch

¹²⁹ So auch Wendehorst, (op. cit. Fn 21), S. 50-52.

¹³⁰ Case C-362/14, Maximilian Schrems v. Data Protection Officer, EU:C:2015:650.

¹³¹ Für die Kritik am Privacy Shield, s. Art 29 Data Protection Working Party (2016) Opinion 01/2016 on the EU-U.S. Privacy Shield draft adequacy decision, adopted on 13 April 2016, 16/EN, WP 238, S.3, <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2016/wp238_en.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.11.2016).

beurteilt. Ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren wird momentan von der irischen Datenschutzbehörde vorbereitet.¹³²

IV. Entterritorialisierung und Rechtsdurchsetzung

Die Durchsetzung der Rechte der Verbraucher ruht auf zwei Säulen und einer Baustelle. Die erste Säule ist die der individuellen Rechtsdurchsetzung, die zweite die kollektive Rechtsdurchsetzung, vor allem durch die Verbraucherverbände im Wege der Unterlassungsklage. Die dritte, in Ansätzen erkennbare Säule ist die der behördlichen Rechtsdurchsetzung, die sich sukzessive, sozusagen von außen nach innen von der europäisch grenzüberschreitenden in die national deutsche Ebene verschiebt.

Die Digitalisierung der Wirtschaft, der Gesellschaft und des Rechts zeigt sich nicht nur in Defiziten des materiellen Rechts, sondern vor allem in Defiziten in den Institutionen, den Verfahren und den Instrumenten, die für die grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen. Die Rechtsdurchsetzung selbst, vor allem Fragen des kollektiven Rechtsschutzes, werden nicht nur in Deutschland, sondern in Europa und der Welt seit 20 Jahren diskutiert. Deutschland tastet sich mit großer Vorsicht an neue Formen der kollektiven Rechtsdurchsetzung heran. Im vorliegenden Gutachten geht es jedoch nicht um Rechtsdurchsetzung an sich oder um ihre Chancen und Risiken. Das Augenmerk ist ganz auf die digitale Wirtschaft und digitale Gesellschaft gerichtet und auf die spezifischen Besonderheiten, die sich mit der Digitalisierung für die Rechtsdurchsetzung stellen.

1. Zu den Auswirkungen auf die Rechte des Verbrauchers

G. Spindler/Ch. Thorun verweisen in ihrem Gutachten für die „Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.“¹³³ auf die Probleme der Rechtsdurchsetzung als eines der zentralen Probleme der digitalen Wirtschaft. Aus der Mikroperspektive der Rechtsbeziehungen gedacht, die der Verbraucher eingeht, um an der Digitalen Welt teilhaben zu können, ist die Entterritorialisierung der Rechtsbeziehungen und damit auch die Entterritorialisierung der Rechtsdurchsetzung allem Anschein nach **das alles entscheidende Problem**.

Zwar existieren keine validen empirischen Umfragen, die eine solche Einschätzung unterminieren. Doch drängt sich aus der Analyse der verfügbaren wissenschaftlichen Literatur der Eindruck auf, dass Verbraucher sich den Realitäten beugen: Teilhabe gegen eine Mischung aus Vertrauen und Fatalismus. Wollen Verbraucher an der digitalen Welt teilhaben, so geben sie nicht nur ihre Daten her, sie lassen sich auch auf Transaktionen ein, bei denen sie nicht übersehen, wer die Unternehmer sind, mit denen sie kommunizieren, was genau der Gegenstand ihrer Rechtsbeziehungen ist, geschweige denn, wo diese Unternehmen sitzen und wie sie zu ihrem Recht kommen, wenn der Unternehmer in der EU oder in einem außereuropäischen Ausland sitzt. Der EuGH spricht in jüngeren Urteilen, gerade auch im grenzüberschreitenden Kontext, von einem „geringeren Informationsstand, den der Verbraucher gegenüber dem Gewerbetreibenden besitzt“.¹³⁴ Da schwingt immer noch die Vorstellung mit, dass der Verbraucher sich über seine Rechte informiert. Im Kontext könnte der Verbraucher sich über seine Rechte in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmer informieren.

Unterstellt, die AGBs sind auf Deutsch verfügbar und weiter unterstellt, es gäbe einen solchen Verbraucher, so hätte er bei *Amazon* bis vor kurzem den folgenden Hinweis finden können:

¹³² http://www.europe-v-facebook.org/PA_MCs.pdf (zuletzt abgerufen am 15.11.2016).

¹³³ Vgl. <https://sriw.de/images/pdf/Spindler_Thorun-Eckpunkte_digitale_Ordnungspolitik_final.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016), zwischenzeitlich veröffentlicht unter Spindler/Thorun, „Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft: Handlungsempfehlung für eine digitale Ordnungspolitik“, (2016), *MultiMedia und Recht-Beilage*, Heft 1, S. 1-28.

¹³⁴ Case C-191/15, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl, EU:C:2016:612; Case C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v.OTP Jelzálogbank Zrt, EU:C:2015:262.

„Es gilt luxemburgisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.“

Nach Erlass des EuGH Urteils in der gleichnamigen Rechtssache heißt es nun in Klausel 14:

„Es gilt luxemburgisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts (CISG). Es wird die nicht-ausschließliche Gerichtsbarkeit der Gerichte des Bezirks Luxemburg Stadt vereinbart. Dies bedeutet, dass Sie Ansprüche im Zusammenhang mit diesen Nutzungsbedingungen, die sich aus Verbraucherschützenden Normen ergeben, wahlweise sowohl in Luxemburg als auch in dem EU-Mitgliedsstaat, in dem Sie leben, einreichen können. Die Europäische Kommission stellt eine Plattform zur Online-Streitbeilegung bereit, die Sie unter ... finden. Bitte [kontaktieren Sie uns](#) bei Fragen und Problemen direkt.“

Zum Vergleich – bei Facebook, Twitter und Google lauten die Rechtsstandsklauseln entsprechend:

Facebook:

„Du wirst jedweden Anspruch, Klagegegenstand oder Streitfall (Anspruch), den du uns gegenüber hast und der sich aus dieser Erklärung oder in Verbindung mit dieser bzw. mit Facebook ergibt, ausschließlich vor dem für den nördlichen Bezirk von Kalifornien zuständigen US-Bezirksgericht oder vor einem Staatsgericht in San Mateo County klären bzw. klären lassen, und du stimmst zu, dass du dich bei einem Prozess hinsichtlich aller derartigen Ansprüche der personenbezogenen Gerichtsbarkeit dieser Gerichte unterwirfst. Diese Erklärung sowie alle Ansprüche, die möglicherweise zwischen dir und uns entstehen, unterliegen den Gesetzen des Bundesstaates Kalifornien, und zwar unter Ausschluss der Bestimmungen des internationalen Privatrechts.“

Twitter:

„Diese Bedingungen stellen eine Vereinbarung zwischen Ihnen und Twitter International Company, einem irischen Unternehmen mit eingetragendem Sitz in The Academy, 42 Pearse Street, Dublin 2, Ireland, dar. Wenn Sie Fragen zu diesen Bedingungen haben, nehmen Sie bitte Kontakt zu uns auf.“

Google:

„Diese Nutzungsbedingungen und jegliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesen Nutzungsbedingungen unterliegen deutschem Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts. Diese Rechtswahl trifft keine Aussage hinsichtlich des Rechts, das auf den jeweiligen Dienst selbst anwendbar ist. Wenn Sie ein Verbraucher sind, gelten für sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesen Nutzungsbedingungen hinsichtlich des anwendbaren Gerichtsstandes die gesetzlichen Regelungen. Wenn Sie kein Verbraucher sind, ist der ausschließliche Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesen Nutzungsbedingungen Hamburg.“

Welchen Aussagewert haben solche Hinweise? Das Amazon Verfahren dient zur Erörterung der Problematik. Der Verbraucher, der Amazon, Facebook oder Twitter nutzt, lernt, dass nicht deutsches Recht, sondern luxemburgisches, kalifornisches bzw. irisches Recht gilt. Das mag ihn beunruhigen, weil es sich nicht um deutsches Recht handelt. Allerdings fragt P. Rott¹³⁵ in seiner Besprechung des EuGH Urteils leicht ironisch zu Recht, ob der Verbraucher besser informiert wäre, wenn sich der Hinweis auf das deutsche Recht bezöge, wie im Falle der Google AGB. Unter dem Ausschluss des UN-Kaufrechts wird er sich im Zweifelsfall nichts vorstellen können. In Zeiten, in denen die Verhaltensforschung Konjunktur hat, wäre es höchst interessant zu untersuchen, welche Assoziationen, Hoffnungen oder Ängste eine

¹³⁵ Rott, „Das IPR der Verbraucherverbandsklage“, (2016), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 19, S. 733-736, S. 733.

Rechtswahlklausel auslöst. Politisch arbeiten die Mitgliedstaaten und die EU daran, den Verbraucher von der Gleichwertigkeit der noch 28 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu überzeugen. Er soll sich durch das luxemburgische Recht genauso geschützt fühlen wie durch das deutsche Recht. Die Wahl deutschen Rechts mag also beruhigend wirken, jedenfalls beruhigender als die Wahl luxemburgischen Rechts. Wie verhält es sich, wenn statt des luxemburgischen Rechts amerikanisches oder indisches Recht gelten soll?

Eine interessante Frage für den Verbraucher wäre auch, ob er nach Wahl der Rechtsordnung, schon vorab auf eine mögliche Rechtsdurchsetzung verzichtet, und falls das der Fall sein sollte, wie sich dieser Vorabverzicht auf Gegenstand und Volumen der Internettransaktion auswirken würde? Anders herum: ist der Verbraucher bereit, bei Geltung des deutschen Rechts, Waren oder Dienstleistungen zu einem höheren Wert zu ordern?

In der Rechtswirklichkeit wird der berühmte Normalverbraucher sich um all diese Fragen nicht kümmern. Hindernisse, die sich dem Verbraucher in den Weg stellen, werden „weggeklickt“, um das eigentliche Ziel erreichen zu können. Zur Vermeidung von Missverständnissen: ein derartiges Verhalten ist hochrational. Der Aufwand, den der Verbraucher vorab betreiben müsste, um sich über die Konsequenzen im Klaren zu werden, wären bei weitem nicht durch das Risiko aufgewogen, das dem Verbraucher droht, wenn es zu Schwierigkeiten in der Abwicklung kommen sollte. Der Verzicht auf die Rechtsverfolgung ist eine notwendige, aber auch schlüssige Konsequenz. Dies umso mehr als ja in einer nicht bezifferbaren Anzahl von Fällen die Transaktion in geordneten Bahnen verläuft.

Trotz allem Vertrauen in ein ordnungsgemäßes Verhalten der Wirtschaft, gewürzt mit einem Schuss Fatalismus, bleibt ein Unbehagen beim Verbraucher. Es nimmt konkrete Formen an, wenn das Risikopotenzial eine gewisse Aufmerksamkeitsschwelle überschreitet, sei es durch die Art des Problems – unsichere Kinderspielzeuge – oder durch seine Verbreitung – die Ohnmacht gegenüber der Datenschutzpolitik transnationaler Konzerne. Wie sonst hätte der Rechtsstreit *Schrems gegen Data Protection Officer*¹³⁶ eine nahezu weltweite Beachtung finden können? Das Unbehagen schlummert und bricht Bahnen, wenn das Ereignis die Bürger zumindest emotional erreicht. Sehr schnell rücken dann die Träger der Rechtsdurchsetzung in den Vordergrund und die mehr oder weniger offen geäußerte Frage, ob sich die Träger ausreichend um die Rechte der Verbraucher jenseits des Nationalstaates kümmern, ob sie dem Verbraucher in der Durchsetzung seiner eigenen Rechte helfen bzw. ob sie ihn durch präventive Kontrolle vor möglichen Schäden bewahren. Die Vermutung liegt nahe, dass die Verbraucher, wenn sie denn gefragt werden, sich eher kritisch äußern würden, vor allem dann, wenn eine solche Befragung im Anschluss an ein verbraucherpolitisches Großereignis durchgeführt werden würde.

Nun ist es nicht so, dass die Politik in Deutschland und der EU nicht reagiert hätte. Sie hat im Zuge der Integration der Märkte mit dem Ausbau eines ganzen Arsenal von Rechtsmitteln reagiert, die eines gemeinsam haben: Sie stellen das Individuum in das Zentrum des Handelns. Verbraucher sollen ihre Rechte selbst verfolgen, auch jenseits der Grenzen. Innerhalb der EU ist ihnen in grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten der Gerichtsstand Deutschland garantiert, nicht jedoch die Anwendbarkeit nationalen Rechts. Die Frage ist, ob die bisherige Rechtspolitik die Ziele erreicht hat, der sie sich verschrieben hat; ob sich die Chancen und Möglichkeiten wirklich verbessert haben. Zweifel sind angebracht, auch wenn belastbare Daten fehlen. Anders wäre auch kaum zu erklären, warum die EU den individuellen Rechtsschutz unterhalb der Gerichte massiv ausbaut und warum die EU die kollektive Rechtsdurchsetzung im grenzüberschreitenden Bereich auf eine vollständig neue Grundlage stellen möchte.

2. Individuelle Rechtsdurchsetzung

Die Verschiebung weg von den Gerichten hin zu allen möglichen Formen der alternativen Streitbeilegung ist nicht neu. Sie ist dem Verbraucherrecht immanent und letztlich dem

¹³⁶ Case C-362/14, Maximilian Schrems v. Data Protection Officer, EU:C:2015:650.

Umstand geschuldet, dass mittels dieser Foren der Zugang zum Recht erleichtert und vereinfacht werden soll. Mit der digitalen Wirtschaft hat sich die Entwicklung jedoch weiter beschleunigt.

Der gesamte Online-Handel, unabhängig von der Art des Produkts und der angebotenen Dienstleistung, ist durchzogen von Instanzen der freiwilligen Streitbeilegung, von Verbänden der einschlägigen Wirtschaft und eingerichteten Schieds- und Schlichtungsstellen.¹³⁷ Bei Finanzdienstleistungen hat der Ombudsmann große Bedeutung erlangt. Mit dem Inkrafttreten des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes (VBSG) am 1.4.2016 wird das bislang außerordentlich heterogene und unübersichtliche freiwillige Streitbeilegungssystem in Deutschland auf eine einheitliche Grundlage gestellt. Das Bundesamt für Justiz hat inzwischen eine Liste der anerkannten Stellen veröffentlicht.¹³⁸ Den Anlass dazu haben zwei Gesetzeswerke der EU gegeben, die sog. ODR-Verordnung und die ADR-Richtlinie.¹³⁹

Der Grundgedanke ist, dass alle Formen der Streitbeilegung umfasst werden, private und staatliche, es sei denn, es handelt sich um bloße Kundenbeschwerdestellen oder sonstige Einrichtungen zur Beilegung von Streitigkeiten, die nur von einem einzigen Unternehmer oder von mit ihm verbundenen Unternehmen getragen oder finanziert werden oder die nur im Auftrag eines solchen Unternehmers oder von mit ihm verbundenen Unternehmen tätig werden, § 1 Abs. 2 VBSG. Die entscheidende Frage wird sein, welche der vielfältigen Mechanismen im Online-Handel unter diese Ausnahmeregelung fallen bzw. ob sich die Betreiber, selbst wenn sie die Ausnahmeregelung für sich in Anspruch nehmen könnten, zu einer Aufwertung bzw. Umstrukturierung entschließen. Die gesamte Struktur ist im Umbruch, und man darf gespannt sein, welchen Weg die Träger einschlagen. Unklar ist auch, was mit den von den Landesjustizverwaltungen anerkannten Gütestellen geschieht.¹⁴⁰

Die ODR Plattform soll als erste Anlaufstelle dienen. Den Parteien werden verschiedene Streitschlichtungsstellen vorgeschlagen, oder die Beschwerde wird direkt an eine solche weitergeleitet, wenn die Parteien sie vorher bestimmt haben. Die Mitgliedstaaten benennen Kontaktstellen, die die Parteien über die gewählte Schlichtungsstelle informieren sollen. Das anschließende Verfahren soll komplett online über die Plattform abgewickelt werden. Rein theoretisch ergeben sich neue Formen eines europaweiten Streitschlichtungsinstruments, die weit über die in der Verordnung festgeschriebene Zielsetzung hinausreichen. Umgesetzt sind die Vorgaben in den §§ 38-40 VBSG. § 38 VBSG regelt die Zusammenarbeit der Verbraucherschlichtungsstelle mit denjenigen Institution, die in Umsetzung der Richtlinie in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR für die außergerichtliche Beilegung vergleichbarer Streitigkeiten zuständig ist. § 39 VBSG benennt die Verbraucherschlichtungsstelle als Anlaufstelle für die Zusammenarbeit bei Online-Streitigkeiten. Nach § 40 VBSG übernimmt das BMJV die vom EU-Recht herrührende Verpflichtung, den Verbraucher in der Verfolgung seiner Rechte zu unterstützen. Das BMJV kann eine ‚juristische Person des Privatrechts‘, eine rechtsfähige Personengesellschaft oder eine andere geeignete Stelle mit dieser Aufgabe betrauen. Die Fach- und Rechtsaufsicht verbleibt bei dem BMJV.

Diese dünnen Vorschriften müssen nun mit Leben gefüllt werden. Ob auf diesem Wege tatsächlich erreicht werden kann, dass die Verbraucher in der EU und dem EWR sich der

¹³⁷ Vgl. die Nachweise bei Adam/Micklitz, (op. cit. Fn 78).

¹³⁸ Stand per 31.8.2016.

https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Verbraucherschutz/Liste_Verbraucherschlichtungsstellen.pdf?__blob=publicationFile&v=15 (zuletzt abgerufen am 24.11.2016) (zuletzt abgerufen am 28.11.2016).

¹³⁹ Abl. 2013, L 165, Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten).

¹⁴⁰ Vgl. Micklitz, „Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?“, (2012), *Neue Juristische Wochenschrift, Beilage*, Heft 3, S.77-81, S. 77 f.

Plattform bedienen, um Streitigkeiten ohne gerichtliche Hilfe beilegen zu können, wird sich zu erweisen haben.

Die Digitalisierung eröffnet aber auch neue Formen der Rechtsverfolgung, die sich im EU Recht und im nationalen Recht nicht widerspiegeln. Ein Beispiel ist die Durchsetzung der Fahrgastrechte mit Hilfe von kommerziell agierenden Intermediären, die gegen eine prozentuale Beteiligung die Rechte der Verbraucher wahrnehmen.¹⁴¹ Hier tummeln sich mehrere Anbieter.¹⁴² Sie kümmern sich in der Regel um eindeutige Fälle. Unbestreitbar verhelfen sie so vielen Verbraucher zu ihrem Recht, die sich sonst wohl gar nicht selbst kümmern würden. Deshalb ist die Erfolgsquote, mit der heftig geworben wird, auch so hoch. Der Anbieter flightrights beispielsweise macht nur die Entschädigungsansprüche wegen Flugverspätungen nach der entsprechenden Fluggastrechte-Verordnung (EG) Nr. 261/2004¹⁴³ geltend. Mit den risikobehafteten Fällen werden Verbraucher aber allein gelassen. Sie müssen die Verbraucherzentralen aufsuchen oder selbst einen Rechtsanwalt beauftragen. Man kann sich solche Modelle auch bei massenhaft fehlerhafter Falschberatung oder massenhafter Falschinformation vorstellen. Allerdings würde es dazu eindeutiger gesetzgeberischer Vorgaben bedürfen, die die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs klar und deutlich definieren und die auch über die Bemessung der Schadenshöhe keinen Zweifel lassen. In der Fluggastrechte-Verordnung hatte der EU Gesetzgeber Pauschalsummen definiert.

3. Kollektive grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung

Der Anstieg des grenzüberschreitenden Handels hat die Entterritorialisierung der Verbraucherprobleme befördert, lange bevor die Fragen der Digitalisierung die politische Agenda beherrschten. Im Vordergrund stehen seither Werbepraktiken und AGB. Die Mitgliedstaaten haben es der EU überlassen, einheitliche materielle Standards, entweder Minimalstandards in Bezug auf AGB oder Maximalstandards in Bezug auf kommerzielle Geschäftspraktiken zu entwickeln. Mit der Unterlassungsklage schuf die EU parallel zum materiellen Recht einen prozessualen „gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard“.¹⁴⁴ Jedes Mitgliedsland ist nach Maßgabe des sekundären Gemeinschaftsrechts verpflichtet, eine klagebefugte Einrichtung zu benennen; dies können ein Verbraucherverband und/oder eine Verbraucherbehörde sein. Die Richtlinie 98/27/EG (jetzt RiLi 2009/22) hob die verbandliche Rechtsdurchsetzung auf die europäische Ebene. Sie brauchte die wechselseitige Anerkennung der Klagebefugnis, überließ die Ausformulierung des Rechtsschutzinteresses jedoch den Mitgliedstaaten. Noch Ende der 90er Jahre setzte die Europäische Kommission große Hoffnungen auf die Verbraucherverbände als Akteure der Zivilgesellschaft. Nimmt man die Zahl der Klageverfahren zum Maßstab, so ist die Anzahl der grenzüberschreitenden Klagen in der EU gering geblieben. Eine gewisse Ausnahme zeigt sich dort, wo angrenzende Staaten dieselbe Sprache sprechen, wie Belgien und Frankreich oder Deutschland und Österreich.

Der wissenschaftliche Aufwand in der Behandlung der komplexen Rechtsfragen steht in keinem Verhältnis zur praktischen Bedeutung. Daran hat auch die Digitalisierung nichts geändert. Verbraucherverbände gehen gegen unfaire Geschäftsbedingungen oder unlautere bzw. irreführende Marktpraktiken der digitalen Marktführer aus der Perspektive des jeweiligen Landes vor, trotz des weitgehend vereinheitlichten materiellen Rechts und trotz der grenzüberschreitenden Klagebefugnis, die es den Verbänden ermöglicht, ihre Verbraucher

¹⁴¹ Vgl. dazu Rott, „Claims Management Services: An Alternative to ADR?“, (2016), *European Review of Private Law*, S.143-160.

¹⁴² Z.B. <<https://www.claimflights.de/impressum>> oder <http://www.flightright.de/?pk_campaign=aw-brand&date=250815a&g> (beide zuletzt abgerufen am 20.10.2015)

¹⁴³ Abl. 2004, L 46, Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91.

¹⁴⁴ Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, (4. Auflage. 2003, Nomos Verlag), § 30.11.

von aus dem EG-Ausland herrührenden Rechtsverletzungen zu schützen. Ein praktischer Grund mag darin liegen, dass heute die digitale Welt der Verbraucher von US-amerikanischen Konzernen bestimmt wird, die nicht in jedem Mitgliedsland eine eigene Niederlassung errichten. Problematisch aus der Sicht der Verbraucher sind Gerichtsstandsklauseln, Schiedsklauseln oder Rechtswahlvereinbarungen. Eine neue Runde der Diskussion hat Ryan Air eröffnet, weil die Fluglinie es ihren Nutzern untersagt, die Rechte aus der Fluggastverordnung an private Firmen abzutreten, die gegen einen festen prozentualen Anteil an der europaweit festgesetzten Entschädigung von bis zu 600 Euro die Ansprüche des Verbrauchers betreiben. Die im Einzelnen überaus komplexen Fragen und ihre Bedeutung für die Verbraucher in Deutschland sollen im Folgenden anhand der Rechtswahlklausel der Firma *Amazon* erklärt werden, die die Aufmerksamkeit des österreichischen Verbraucherverbandes auf sich gezogen hat.

Für international operierende Unternehmen steht an, ob sie mittels AGB – nicht mittels individueller Vereinbarung – die in der EU ansässigen Verbraucher zur ‚Wahl‘ des Rechts des Ortes des Geschäftssitzes des Unternehmens bewegen können. Kollisionsrechtlich gesprochen, müssen die Unternehmen diejenigen Mitgliedstaaten finden, in denen die in den AGB getroffene Rechtswahl nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 5 Rom I (Verordnung (EU) No. 593/2008 v. 17 Juni 2008) erlaubt ist. Nach unserer Kenntnis gibt es keinen Mitgliedstaat, der eine solche Form der Rechtswahl per se verbietet. Für alle Verbraucher in der EU würde sich der Rechtsschutz erst einmal auf das Sitzland des Unternehmens konzentrieren. Das Sitzland wäre mit der Funktion betraut, für dieses Unternehmen im Bereich der gesamten EU den materiellen Schutz als Mindeststandard zu konkretisieren. Ob Verbraucher aus anderen Staaten als dem Sitzland des Unternehmens den Schutz ihrer Heimatrechtsordnung behalten können, richtet sich nach dem in Art. 6 Abs. 2 Rom I verankerten Günstigkeitsprinzip. Die 28 Mitgliedsordnungen müssen materiell-rechtlich verglichen und implizit oder explizit bewertet werden. Einem solchen „Qualitäts“-Vergleich sind die Mitgliedstaaten ebenso wie die Kommission bislang aus dem Weg gegangen. Welches ist die „bessere“ Rechtsordnung, was sind die Kriterien für „besser“ im Bereich der Minimalharmonisierung und der Vollharmonisierung? Wer soll den Vergleich von jeweils einer Rechtsordnung mit 27 anderen vornehmen? Das sind rechtlich komplexe wie politisch sensitive Fragen, die die Grenzen des Machbaren schnell offensichtlich werden lassen.

Doch es geht um mehr. Prozessual wird mit der Zulässigkeit der Rechtswahl qua AGB dem Sitzland des Unternehmens die Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Minimalstandards für die Verbraucher der gesamten EU aufgebürdet. In einem föderalen Staat wie der Bundesrepublik ist eine solche Konsequenz in der Verfassung angelegt. In der EU mag sie erstrebenswert sein oder auch nicht. Anders als im materiellen Recht gibt es im Prozessrecht kein Günstigkeitsprinzip. Die EU Rechtsordnung und der EuGH gehen von der prinzipiellen Gleichwertigkeit der prozessualen Regeln aus. Dieser Grundsatz durchzieht die Rechtsprechung des EuGH seit dem Inkrafttreten des Brüsseler Abkommens von 1980. Die Auslegungsbefugnis des EuGH für das Kollisionsrecht (Rom I und Rom II, vorher das Römische Schuldrechtsübereinkommen von 19. Juni 1980 (EVÜ), in Kraft seit 1.4.1991)¹⁴⁵ ist erst jüngeren Datums. Die Grenzen der nationalen Autonomie in der Ausgestaltung des Verfahrens ergeben sich aus dem Grundsatz der Äquivalenz und der Effektivität.¹⁴⁶

Was aber soll geschehen, wenn sich herausstellt, dass ein Mitgliedsland die gesamte Bürde des Rechtsschutzes für die Verbraucher der EU tragen soll? Müssen die anderen Mitgliedstaaten diese klagebefugte Einrichtung finanzieren? Müssen die Verbraucherorganisationen grenzüberschreitend kooperieren? Müssen sie oder können sie es, wenn sie müssen? Gibt es eine EU rechtliche Verpflichtung der loyalen Zusammenarbeit weit über den Rahmen der Verordnung 2006/2004 hinaus? Was soll geschehen, wenn durch Unterausstattung der Rechtsschutz z.B. in Deutschland „erheblich

¹⁴⁵ Nachweise bei Reich u.a., *European Consumer Law*, (2. Auflage 2014, Intersentia Verlag), §§ 7.2-7.17.

¹⁴⁶ So zuletzt Case C-497/13, *Faber v. Autobedrijf Hazet Ochten*. EU:C:2015:357.

erschwert“ oder „nahezu unmöglich“ (das sind die Worte des EuGH in ständiger Rechtsprechung seit 1976)¹⁴⁷ gemacht wird, weil die Einrichtung nur auf dem Papier existiert? Gibt es dann eine subsidiäre nationale Zuständigkeit im Heimatland des Verbrauchers? Und wie verträgt sich eine solche faktische Situation, die vor den realen Gegebenheiten des Verbraucherprozessrechts in Europa nicht hergeholt erscheint,¹⁴⁸ mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes für Menschenrechte? Können, sollen, müssen Verbraucherverbände in Straßburg klagen, mit dem Argument, dass ihnen kein Recht auf Gehör gewährt wird?

Im grenzüberschreitenden Kontext verkompliziert sich die Rechtslage in Bezug auf die Verbandsklage erheblich, weil das prozessuale und das materielle Recht auseinanderfallen können, so jedenfalls, wenn man die Verbandsklage der Argumentationslogik des Kollisionsrechts unterwirft, was Art. 1 (2) der Richtlinie 98/27/EG (Art. 2(2) RiLi 2009/22) zu tun scheint. Führt das Kollisionsrecht zum Sitzland des Unternehmers muss der klagende Verband prüfen, ob die materiellen Vorgaben des gewählten Rechts zur AGB-Kontrolle zum Nachteil des Verbrauchers vom Heimatrecht abweichen. Abgesehen von der rein praktischen Schwierigkeit: Wer soll diese Aufgabe übernehmen? Der im Heimatland ansässige Verband oder das im Heimatland ansässige Gericht? Oder ein, von wem zu bezahlender Gutachter im Auftrag des Verbandes oder des Gerichts? Es stellt sich die Frage, inwieweit nationale klagebefugte Einrichtungen von einer solchen Auslegung des Kollisionsrechts in der Rechtsdurchsetzung „abgeschreckt“ werden. Die fatale Folge für die Rechtsdurchsetzung wäre im Extremfall, dass der an sich zuständige und befugte Verband von einer Klage Abstand nimmt, weil ihm ein Verfahren in Heimatland, das sich nach EU-ausländischen Recht beurteilt, zu aufwändig und zu kostenträchtig ist und der ebenfalls klagebefugte Verband im Sitzland des Unternehmens inaktiv bleibt, weil es ihm an einem Anreiz und den Ressourcen fehlt, sich für die Durchsetzung der Rechte der Verbraucher in der gesamten EU stark zu machen. Rechtsschutz fände in der Praxis nur noch statt, wenn das anwendbare Recht das nationale Recht des klagebefugten Verbandes ist.

Der EuGH hat in der *Amazon*-Entscheidung Rechtswahlklauseln nicht verboten, sondern ihre Zulässigkeit an die Bedingung geknüpft, dass der Unternehmer die Verbraucher qua AGB darauf hinweist, dass ihnen ein eventuell existierender höherer Rechtsschutz im Heimatland auch dann erhalten bleibt, wenn eine EU-ausländische Rechtsordnung gewählt worden ist. Mit dieser Entscheidung hat der EuGH den Verbraucherverbänden und den Verbrauchern Steine statt Brot gegeben. Verbraucherverbände sind eingeladen, weitere Prozesse zu führen, um herauszufinden, wie weit die Aufklärungspflicht der Unternehmen reicht. Die überaus delikate Frage, ob jetzt der Unternehmer die 28 Rechtsordnungen vergleichen und den Verbraucher gezielt informieren muss, hatte der Generalanwalt verneint; der EuGH hat sie jedoch offen gelassen. Schwer vorstellbar erscheint, dass der EuGH den Unternehmen die Last aufbürdet. Das würde bedeuten, dass der Hinweis auf die nach wie vor bestehenden besseren Rechte im Heimatland nur allgemein gefasst werden muss. Der Verbraucher findet dann in den AGB eine Information, mit der er wenig bis gar nichts anfangen kann. Da wäre es besser, wenn er erfahren würde, dass er im EU-Land X besser stünde als im EU-Land Y. Der vom EuGH mit Verve verkündete Gleichlauf von AGB-Verbandsklage und Individualverfahren hat im Ergebnis zur Folge, dass der Verbraucher in der Durchsetzung seiner Rechte auf sich allein gestellt bleibt. Geholfen wäre ihm nur mit einer einheitlichen klaren Lösung, auf die er sich einstellen kann. Was bleibt, ist ein gehöriges Maß an Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Umfang der Aufklärung in den AGBs und auf die Relevanz des Günstigkeitsprinzips in einem Individualverfahren.

Genau umgekehrt erlaubt die Digitalisierung, die kollektive Rechtsdurchsetzung der Verbraucherrechte effizienter zu organisieren, konkret in der Anmeldung von Ansprüchen, in

¹⁴⁷ Dazu Reich, *General Principles of EU Civil Law*, (Intersentia Verlag, 2013), § 4.3.

¹⁴⁸ Vgl. zu den Problemen der Rechtsdurchsetzung den Bericht des Consumer Justice Enforcement Forum II vom Mai 2016, <http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2016-051_cojef_ii-enforcement_of_consumer_rights.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016).

den Möglichkeiten der Standardisierung und der Informationssammlung. Auf der Verbraucherseite setzt die Wahrnehmung der Rechte Zugang und digitale Kompetenz, auf der Seite der institutionellen Träger digitale Kompetenz und digitale Infrastruktur voraus. Strukturell notwendig ist eine Verzahnung der bestehenden Rechtswelt mit der digitalen Lebenswelt. Die Entwicklung steht noch am Anfang, vor allem auch deswegen, weil die notwendige Voraussetzung für eine kollektive Klagewahrnehmung vom Gesetzgeber immer noch nicht geschaffen wurde. Allenfalls bliebe die Möglichkeit, die Sammelklage mit Hilfe der digitalen Technik zu aktivieren.

4. Grenzüberschreitende behördliche Kooperation

Um die Jahrtausendwende vollzog sich ein Bruch in der europäischen Verbraucherpolitik, der tiefe Spuren im europäischen Gesetzesrecht hinterließ. Seit dem Gipfel von Lissabon im Jahre 2000 steht europäisches Verbraucherrecht und europäische Verbraucherpolitik unter der Ägide ökonomischer Effizienz. Sichtbares Zeichen ist die Umpolung von der Minimal- auf die Vollharmonisierung in der Richtlinie 2005/29/EG, die gegen deutschen Widerstand ein Sonderrecht für die verbraucherbezogene Werbung schafft. Die Vernachlässigung der kollektiven Klagebefugnis der Verbände in der Neuordnung des Europäischen Internationalen Privatrechts in Rom I und Rom II ist ein weiteres Indiz. Die politisch nicht entschiedene Verortung der Verbandsklage im System forderte den EuGH im Fall *Amazon* zu einer Entscheidung von weitreichender Bedeutung für die Festlegung der Verantwortlichkeiten für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Binnenmarkt heraus.¹⁴⁹

Rückblickend betrachtet, ist ein anderes Dokument jedoch von weit größerer Bedeutung für die nun aus Europa immer mächtiger werdende Wendung hin zu einem behördlichen Verbraucherschutz: die Verordnung 2006/2004 über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Verbraucherschutz. Die Verordnung verpflichtet die Mitgliedstaaten und damit auch Deutschland zur Benennung einer staatlichen Instanz, die die Letztverantwortung für diese Zusammenarbeit trägt. Koordiniert wird die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Deutschland vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV), das als zentrale Verbindungsstelle fungiert. Das BMJV leitet in Deutschland eingehende Amtshilfeersuchen anderer Länder im Regelfall zur Prüfung und gegebenenfalls zur Abmahnung oder Klage weiter. So sind neben dem BMJV auch das Luftfahrt-Bundesamt, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, das Eisenbahn-Bundesamt und verschiedene Landesbehörden beteiligt. Deutschland hat mit großem Kraftaufwand in den Verhandlungen erreicht, dass die Verbraucherverbände (und die Wettbewerbszentrale) ebenfalls eingebunden werden. Vorrangig werden sie vom BMJV beauftragt, wenn im Interesse der Verbraucher aus anderen europäischen Staaten gegen deutsche Unternehmen vorgegangen werden soll.

Wie immer man auch die Zusammenarbeit beurteilen mag, markiert sie eine Wendemarke. Deutschland und Österreich sind die einzigen Mitgliedstaaten, in denen es keine staatlichen Behörden zur Kontrolle von missbräuchlichen AGB und unlauterer Werbung gibt, sondern diese Fragen über die Gerichte entschieden werden.

Über die praktische Bedeutung des vor zehn Jahren eingeführten Verfahrens lässt sich wenig Konkretes in Erfahrung bringen.¹⁵⁰ Immerhin hat das Netzwerk sicherlich den

¹⁴⁹ Siehe Micklitz/Reich, „Das IPR der Verbraucherverbandsklage gegen missbräuchliche AGB“, (2015), *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, Heft 4, S. 181-193, hier handelt es sich um ein vom VKI in Auftrag gegebenes Gutachten, das in den Prozess einfließt. Während der Generalanwalt Saugmandsgaard unserer Rechtsansicht folgt, Case C-191/15 VKI v. Amazon, EU:C:2016:388 bürdet der EuGH dem Verbraucher bzw. dem nationalen Gericht die Aufgabe auf, herauszufinden, ob im Einzelfall das nationale Recht den Verbraucher stärker schützt als das in den AGB ‚gewählte‘.

¹⁵⁰ Rott, *Rechtsvergleichende Aspekte der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherschutz*, Gutachten für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Az. V B1-7008-3-3-52 24/2016.

grenzüberschreitenden Austausch gefördert und damit auch die Erkennbarkeit grenzüberschreitender relevanter Verbraucherprobleme. Zu einer theoretisch möglichen vermehrten Klageaktivität hat die Verordnung nicht geführt. Ebenso wenig ist bekannt, welche Erfolge die Verordnung in der Durchsetzung der Verbraucherrechte konkret erreichen konnte. Am 25.5.2016 hat die EU Kommission nach einer Evaluierung der bisherigen Verordnung eine grundlegende Erweiterung der Kompetenzen der für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zuständigen Behörden vorgeschlagen.¹⁵¹ Dieser Entwurf, dessen Zukunft ungewiss ist, würde die behördliche Durchsetzung stärken, gerade auch in Bezug auf die zur Rechtsdurchsetzung benötigten Instrumente, die nun erstmalig eine Kompensationsregelung mitumschließen sollen. Behörden würden innerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung die Möglichkeit erhalten, kollektive Schäden der Verbraucher mit abzugelten. Besonderes Augenmerk gilt in dem Vorschlag der digitalen Wirtschaft. Die im Kontext entscheidenden Passagen sind im Folgenden in Fettdruck hervorgehoben.¹⁵²

Artikel 8

Mindestbefugnisse der zuständigen Behörden

(1) Jede zuständige Behörde verfügt über die für die Anwendung dieser Verordnung erforderlichen Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse und übt diese im Einklang mit dieser Verordnung und dem nationalen Recht aus.

(2) Jede zuständige Behörde verfügt mindestens über die folgenden Befugnisse und übt diese nach den Bedingungen des Artikels 9 aus, um

a) Zugang zu allen relevanten Dokumenten, Daten oder Informationen in Bezug auf einen Verstoß nach dieser Verordnung, in jeglicher Form oder jeglichem Format zu erhalten, **unabhängig von dem Medium, auf dem sie gespeichert, oder dem Ort, an dem sie aufbewahrt werden;**

b) die Bereitstellung aller relevanten Dokumente, Daten oder Informationen in jeglicher Form oder jeglichem Format, **unabhängig von dem Medium, auf dem sie gespeichert, oder dem Ort, an dem sie aufbewahrt werden**, durch jede natürliche oder juristische Person, einschließlich Banken, Internet-Diensteanbietern, Registern und Registrierungsstellen für Domainnamen und Anbietern von Hostdiensten zu verlangen, unter anderem zur Feststellung und Verfolgung von Daten- und Finanzströmen oder zur Feststellung der Identität der an Daten- und Finanzströmen beteiligten Personen, der Bankverbindung und des Besitzes von Webseiten;

c) von jeder Behörde, Stelle oder Agentur im Mitgliedstaat der zuständigen Behörde die Bereitstellung aller relevanten Informationen, Daten oder Dokumente in jeglicher Form oder jeglichem Format, **unabhängig von dem Medium, auf dem sie gespeichert, oder dem Ort, an dem sie aufbewahrt werden**, unter anderem zur Feststellung und Verfolgung von Daten- und Finanzströmen oder zur Feststellung der Identität der an Daten- und Finanzströmen beteiligten Personen, der Bankverbindung und des Besitzes von Webseiten zu verlangen;

d) die erforderlichen Prüfungen vor Ort vorzunehmen, einschließlich insbesondere der Befugnis, alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel betreten oder andere Behörden dazu auffordern zu dürfen zwecks Untersuchung, Beschlagnahme oder Erhalt von Kopien über Informationen, Daten oder Dokumente, **unabhängig von dem Medium, auf dem**

¹⁵¹ KOM (2016), 283 endg. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-283-DE-F1-1.PDF>> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016).

¹⁵² Art. 8, S. 30 KOM (2016), 283 endg. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-283-DE-F1-1.PDF>> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016).

sie gespeichert sind; alle Räumlichkeiten oder Informationen, Daten oder Dokumente für den erforderlichen Zeitraum und in dem für die Prüfung erforderlichen Ausmaß zu versiegeln; von jedem Vertreter oder Mitglied des Personals des betroffenen Händlers Erklärungen zu Sachverhalten, Informationen oder Dokumenten bezüglich des Gegenstands der Prüfung zu verlangen und die Antworten aufzuzeichnen;

e) Waren oder Dienstleistungen als Testeinkäufe zu erwerben, um Verstöße nach dieser Verordnung aufzudecken und Beweismaterial zu beschaffen;

f) Waren oder Dienstleistungen mit verdeckter Identität zu erwerben, um Verstöße nach dieser Verordnung aufzudecken und Beweismaterial zu beschaffen;

g) einstweilige Maßnahmen anzuordnen, um eine schwerwiegende und nicht wiedergutzumachende Schädigung der Verbraucher zu verhindern, **insbesondere die Sperrung einer Webseite, Domain oder einer ähnlichen digitalen Seite**, Dienstleistung oder eines Kontos;

h) Ermittlungen oder Verfahren zwecks Einstellung oder Verbot der Verstöße innerhalb der Union oder weitverbreiteten Verstöße von sich aus einzuleiten und gegebenenfalls Informationen über diese zu veröffentlichen;

i) von dem für den Verstoß innerhalb der Union oder weitverbreiteten Verstoß verantwortlichen Händler die Verpflichtung zu erhalten, den Verstoß einzustellen und **gegebenenfalls den Verbrauchern für die verursachte Schädigung Ausgleichszahlungen zu leisten**;

j) die Einstellung des Verstoßes von dem Händler schriftlich zu fordern;

k) die Einstellung oder das Verbot des Verstoßes erreichen;

l) **eine Webseite, Domain oder eine ähnliche digitale Seite**, Dienstleistung oder ein Konto oder einen Teil davon abzuschalten; dies schließt auch die Aufforderung an Dritte oder andere Behörden ein, solche Maßnahmen durchzuführen;

m) Sanktionen, einschließlich Geldbußen und Zwangsgelder, für Verstöße innerhalb der Union und weitverbreitete Verstöße sowie für die Nichterfüllung von Entscheidungen, Anordnungen, einstweiligen Maßnahmen, Verpflichtungen oder anderen nach dieser Verordnung ergriffenen Maßnahmen zu verhängen;

n) **den für den Verstoß innerhalb der Union oder weitverbreiteten Verstoß verantwortlichen Händler anzuweisen, Verbraucher, die in Folge eines Verstoßes geschädigt wurden, zu entschädigen, einschließlich unter anderem Ausgleichszahlungen, das Angebot an Verbraucher, den Vertrag zu beenden, oder andere Maßnahmen zur Sicherung des Rechtsschutzes für Verbraucher, die durch einen Verstoß geschädigt worden sind**;

o) **die Erstattung der durch den Verstoß erlangten Gewinne anzuordnen, einschließlich der Anordnung, dass diese Gewinne an die öffentliche Hand oder an einen durch die zuständige Behörde oder nach der nationalen Gesetzgebung benannten Begünstigten erstattet werden**;

p) abschließende Entscheidungen, einstweilige Maßnahmen oder Anordnungen zu veröffentlichen, einschließlich der Offenlegung der Identität des für den Verstoß innerhalb der Union oder weitverbreiteten Verstoß verantwortlichen Händlers;

q) **Verbraucher, Verbraucherorganisationen**, benannte Stellen und weitere betroffene Personen bezüglich der Wirksamkeit der vorgeschlagenen Verpflichtungen **bei der Einstellung des Verstoßes und der Beseitigung des daraus resultierenden Schadens zu konsultieren**.

Das weitere Schicksal des Entwurfs ist nicht bekannt. Tatsache ist, dass der Vorschlag, sollte er denn in dieser oder einer vergleichbaren Form umgesetzt werden, vielleicht erstmalig die Gelegenheit böte, der Entterritorialisierung der Verbraucherprobleme in der digitalen Welt adäquat zu begegnen und ein europäisches Pendant zur amerikanischen Class Action zu schaffen.

V. Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen

Jede Lösungsoption muss sich vordringlich daran orientieren, wie die Autonomie des Verbrauchers in der digitalen Welt erhalten werden kann: In der Vertragsanbahnungsphase, in der Situation des Vertragsschlusses, während der oft langen Dauer des Vertrages und auch nach der Kündigung des Vertrages. Geboten ist eine holistische Betrachtung, die sich nicht um juristisches Kästchendenken sorgt, sondern von den realen Problem her nach sinnvollen Lösungen sucht. Notwendig vermischen sich in einer solchen Analyse Privatrecht und öffentliches Recht, materielles (Datenschutzrecht, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Lauterkeitsrecht und Verbrauchervertragsrecht) und Verfahrensrecht (individuelle und kollektive Rechtsdurchsetzung national und international).

Die Bestandsaufnahme zeigt eine Reihe von gravierenden Problemen, die mit Hilfe des bestehenden Rechts nicht gelöst werden. Der Verbraucher sieht sich völlig neuen Vertriebsformen ausgesetzt. Die Anbieter verknüpfen den Verkauf eines Produkts mit der dazu funktionsnotwendigen Software. Derartige Koppelungen (dazu Nr. 2 unten) erschweren den Wettbewerb, wenn es möglich oder wünschenswert sein soll, dass Anbieter um die unterschiedlichen Teile konkurrieren. Die Kosten dieses Kopplungsgeschäfts müssen nicht offen gelegt werden. Der Zugang ist an die Preisgabe der persönlichen Daten gebunden. Deren Verarbeitung erfordert eine Einwilligung, die der Verbraucher regelmäßig erteilt, unabhängig von Inhalt und Umfang der mit der Datenschutzgrundverordnung gestiegenen rechtlichen Anforderungen. Umfang, Ausmaß und Reichweite der Einwilligung generell sind nicht offensichtlich und selbst wenn sie offen gelegt werden, in den Dimensionen nicht nachvollziehbar (dazu Nr. 3 unten). Vor 75 Jahren glaubte man, den ausufernden AGB mit einer Einbeziehungskontrolle Herr zu werden.¹⁵³ Nun wiederholt sich die Geschichte in den gesteigerten Anforderungen an die Einwilligung zur Datenverarbeitung.

Ist der Zugang zum Netz und zu den digitalen Dienstleistungen mit den eigenen Daten erkaufte, türmen sich Fragen über Fragen bezüglich der Rechtsbeziehungen auf, die der Verbraucher eingetht (dazu Nr. 1 unten). Ist es überhaupt eine Rechtsbeziehung? Wenn ja, was für eine? Ist es ein Vertrag oder eine Rechtsbeziehung *sui generis*? Wer ist der Vertragspartner bei Online-Geschäften (dazu Nr. 4 unten)? Wo sitzt der Vertragspartner? Was ist der Gegenstand des Vertrages (dazu Nr. 5 unten), wenn es nicht die Übertragung des Eigentums ist, sondern nur die Nutzung eines Rechts?¹⁵⁴ Welche Möglichkeiten bestehen, aus einem einmal geschlossenen Vertrag, der vielleicht zehn Jahre gedauert hat, wieder auszusteigen? Lassen sich die Daten des Verbrauchers technisch aus dem Datenbestand der Unternehmen, die seine Daten verarbeiten, herausdestillieren? Welche Ansprüche hat der Verbraucher gegen wen (dazu unten Nr. 6) wenn etwas schief läuft? Gegen den Verkäufer/Dienstleister, der oft genug im europäischen Ausland sitzt? Wie kommt er mit Hilfe eines Streitschlichtungsforums vor einem deutschen Gericht zu seinem Recht? Wer kontrolliert, ob in dieser digitalen Welt alles mit rechten Dingen zugeht?

Das vom Gesetz her vorgegebene Modell sieht so aus: Was die Verbraucher selbst und allein im Wege der individuellen Rechtsdurchsetzung nicht bewerkstelligen können, sollen die Verbraucherverbände richten (dazu Nr. 7 und Nr. 8 unten). Sie sollen die Marktpraktiken und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (grenzübergreifend) der Unternehmen kontrollieren. Sie müssen nicht nur über das Know-how verfügen, Rechtsregeln anzuwenden, sondern auch technologische Vorgänge, die hinter dem Recht den digitalen Dienstleistungen sehen, verstehen und einordnen. Dieser Politikansatz wird nicht durch eine Class Action flankiert, mit welcher die Verbraucherverbände oder auch einzelne Verbraucher oder Anwälte im Namen der Verbraucher gegen Missstände auf Schadensersatz klagen können. Das wichtigste und verbreitetste Mittel des kollektiven Rechtsschutzes ist die Unterlassungsklage, ein Stop-order Mechanismus, der sich darauf beschränkt, rechtswidrige Praktiken *ex nunc* zu verbieten, es aber *cum grano salis* wiederum dem einzelnen Verbraucher überlässt, wie und ob er einen Schadensersatz gegen den rechtswidrig

¹⁵³ Italien hat in seiner großen Reform des Codice Civile im Jahre 1942 auf diese Lösung gesetzt.

¹⁵⁴ Wendehorst, (*op. cit.* Fn 21).

handelnden Unternehmer geltend macht und durchsetzen kann. Die vorsichtigen Ansätze einer administrativen Sicherung der kollektiven Interessen der Verbraucher durch die BaFin und die Bundesnetzagentur bzw. im grenzüberschreitenden Bereich durch behördliche Netzwerke in der EU und in der OECD mögen einen Paradigmenwechsel indizieren. Im Moment fehlt jedoch eine geeignete Ergänzung des privatrechtlich organisierten Verbraucherschutzes durch eine Verbraucherbehörde mit allgemeinen Kompetenzen, gerade auch zur Entschädigung der betroffenen Verbraucher.¹⁵⁵

Der Sachverständigenrat sieht zwingenden Handlungsbedarf, die geltenden Regeln an die Herausforderungen der digitalen Welt anzupassen. Ganz in einer holistischen Perspektive gedacht, vom Einstieg in die Rechtsbeziehung bis zum Ausstieg aus den digitalen Rechtsbeziehungen, schlägt der SVRV folgende elf Maßnahmen vor, die vier unterschiedliche Formen der digitalen Rechtsbeziehungen¹⁵⁶ abdecken. Sie orientieren sich an dem Gebot der Rechtsklarheit und der Rechtsicherheit für den Verbraucher, eine hinreichende, aber auch eine notwendige Bedingung für die Wahrung seiner Autonomie.¹⁵⁷

Die Auflistung beschränkt sich auf die *wesentlichen* Forderungen, für welche *dringender* Handlungsbedarf besteht. Dazu gehören auch politikberatende Erwägungen, die sich mit der Umsetzung der Empfehlungen beschäftigen (dazu Nr. 9-11) Die Gründe, sowie die Details finden sich in den einschlägigen Teilen des vorliegenden Gutachtens, den vom SVRV in Auftrag gegebenen Fremdgutachten und den Working Papers, auf die verwiesen wird.

1. Zur Information vor Eingehen der Rechtsbeziehung

Der Verbraucher sieht sich vor Eingehen einer Rechtsbeziehung einer Flut von Informationen gegenüber. Eine Vielzahl von rechtlichen Informations- und Aufklärungspflichten soll sicherstellen, dass der Verbraucher die datenschutzrechtlichen Konsequenzen erkennt, sich mit dem Vertragsgegenstand und allen vertraglichen Rechten und Pflichten aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut macht und den Umfang und das Ausmaß der Endnutzervereinbarung realisiert. Der SVRV sieht es als notwendig an, in die Informationsregelungen eine klarere Struktur einzubeziehen, sie wenn möglich zu reduzieren und ihre Einhaltung über Sanktionsmechanismen zu sichern.

Als Vorbild kann die Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP) dienen. Auch der Entwurf der Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung)¹⁵⁸ weist den richtigen Weg. In beiden Verordnungen werden Mustervorlagen für Produktinformationsblätter vorgegeben, die von Unternehmen einheitlich angewendet werden müssen. Verstöße können mit verwaltungsrechtlichen Sanktion belegt werden und im Falle fehlerhafter Angaben zu einer zivilrechtlichen Haftung führen. Die

¹⁵⁵ Informationen zu den Tätigkeiten der CPC- und ICPEN-Netzwerke, s.

http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/consumer_protection_cooperation_network/index_en.htm, und

http://www.bmfv.de/DE/Verbraucherportal/Verbraucherinformation/ICPEN/ICPEN_node.html, (beide zuletzt abgerufen am 24.11.2016). Die Netzwerke tragen hauptsächlich Informationen zusammen (z.B. durch ‚Sweeps‘) und versuchen, Probleme durch direkte Verhandlungen mit den Unternehmen zu lösen.

¹⁵⁶ (1) die kostenfreien digitalen Dienstleistungen, (2) die Rolle und Funktion der online Plattformen in der Information, Beratung und Vermittlung, (3) die Entterritorialisierung der Konsumtion (der Sitz des Unternehmens ist oft unbekannt, liegt er im Ausland, steht ein komplizierter Rechtsbalken bereit, der der Rechtswissenschaft viel, dem Verbraucher wenig bietet) (4) das Internet der Dinge.

¹⁵⁷ Vgl. Rott, *Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, November 2016.

¹⁵⁸ Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung - TKTransparenzV), BT-Drs 18/1804 (Verordnung) vom 15.06.2016.

Aufbereitung der Information über den Datenschutz, über AGB und über die Endnutzervereinbarung (ENV) sollte einem standardisierten Muster folgen, dessen Struktur gemeinsam mit der Wirtschaft und den Verbraucherverbänden zu erarbeiten ist. Der Umfang und die sprachliche Verständlichkeit der Information sollten sich nach den kognitiven Fähigkeiten der Leser richten. Hierfür sollen innovative Gestaltungsmaßnahmen eingesetzt werden.

Digitale Rechtsbeziehungen sind auf Dauer angelegt. Das gilt mit Sicherheit für Dienstleistungen ‚as is‘. Damit ist bereits ein weites Spektrum von Dienstleistungen abgedeckt, von Google bis hin zu den sozialen Netzwerken. Die Rechte der Verbraucher lassen sich nur wahren, wenn während der Dauer und für den Fall einer möglichen Beendigung der Rechtsbeziehung zusätzliche Sicherungen eingebaut werden. Angesichts des wesentlichen Charakters der auf den über Informationsblätter übermittelten Informationen, muss der Verbraucher die Möglichkeit erhalten, bei Änderungen vom Vertrag zurückzutreten. Auf diese Möglichkeit ist er hinzuweisen. Sollte der Vertrag mit dem Einverständnis des Verbrauchers über Jahre fortgeführt werden, sollte dem Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt werden, vom Unternehmer ein Update zu verlangen, in welchem alle Änderungen auf einem Informationsblatt zusammengefasst sind und ihm zugänglich gemacht werden.

Der SVRV empfiehlt: (1) Der Unternehmer hat den Verbraucher auf je einer Seite (500 Wörter) über die relevanten datenschutzrechtlichen Vorgaben sowie über die AGB-Bestimmungen vor Vertragsschluss zu informieren. Diese Verpflichtung gilt auch für eventuelle Änderungen während des Vertrages. Der Unternehmer hat auf der einseitigen Information nachträgliche Änderungen drucktechnisch deutlich hervorzuheben. Die einseitige Information und deren Aktualisierung ist dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger i.S.d. § 126b BGB zu übermitteln. (2) Jede Änderung berechtigt den Verbraucher zum Rücktritt vom Vertrag, worauf hinzuweisen ist. (3) Verstöße gegen die Hinweispflicht sind zu sanktionieren.

2. Zur Koppelung von Diensten in der Vertragsschlussphase

Elektronische Geräte, die den Zugang zum Internet eröffnen, werden in der Regel mit vorinstallierter Software angeboten. Der Verbraucher kann die im Netz angebotenen Dienste nur nach vorheriger Registrierung abrufen. „There is not such thing as a free lunch“, oder nichts ist umsonst, auch nicht im Internet. Für eine funktionierende Marktwirtschaft ist entscheidend, dass der Verbraucher die einzelnen Kostenposten, wie den Preis für das elektronische Gerät, den Preis für die Software sowie den „Preis“ für eine vermeintlich kostenlos erbrachte Dienstleistung kennt. Einziges wettbewerbspolitisches Ziel ist es, die Leistungen im Rahmen des Möglichen zu entkoppeln. Ist diese Entkoppelung nicht möglich, sollte der Verbraucher zumindest die oben angesprochenen Kostenposten der verschiedenen Leistungen kennen. Soweit Dritte Unternehmen für die Werbung zahlen, ist deren Beitrag zur Finanzierung offenzulegen.

Der SVRV empfiehlt die folgenden Informationspflichten festzulegen: (1) erwirbt der Verbraucher ein elektronisches Gerät mit einer vorinstallierten Software, muss er über den Preis des Geräts und der Software (getrennt) informiert werden. Die entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH ist im Wege der Änderung der EU Richtlinie zu korrigieren. (2) Die Finanzierung von digitalen Dienstleistungen durch Dritte ist dem Verbraucher gegenüber offenzulegen.

3. Zum Umfang und der Rechtswirkung der Einwilligung

Die Datenschutzgrundverordnung formuliert in Art. 4 Nr. 11 DSGVO materielle Anforderungen an die vom Verbraucher zu erteilende Einwilligung, die allerdings nicht notwendig ausdrücklich, sondern auch konkludent oder in AGB erteilt werden kann. Im letzteren Falle kommt das Transparenz- und Trennungsgebot nach Maßgabe des Art. 7 Abs. 2 DSGVO zum Tragen, das weiterreicht als das geltende AGB-Recht. Der Grundgedanke

der Regelung der Datenschutzgrundverordnung ist auf das AGB-Recht zu übertragen.¹⁵⁹ Es ist nicht ersichtlich, warum an die Einwilligung in die Datenverarbeitung höhere Anforderungen gestellt werden als an die Einwilligung in Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die Informationen über die AGB-Bestimmungen müssen auf dem einseitigen Informationsblatt vermerkt werden, sie können wie bisher mit dem Ankreuzen einer Box vereinbart werden.¹⁶⁰

Der SVRV empfiehlt: Datenschutzrechtliche und AGB-rechtliche Anforderungen an die Einwilligung sind gleichzustellen. Das Trennungs- und Transparenzgebot des Art. 7 Abs. 2 DSGVO ist auf die Einbeziehung von AGB zu übertragen. Als bindend vereinbart gelten nur die auf jeweils einer Seite (s. Forderung Nr. 1) niedergelegten Rechte und Pflichten.

4. Zur Feststellung des Partners der Rechtsbeziehung

Soweit der Verbraucher rechtliche Transaktionen über eine Plattform tätigt, ist für ihn oftmals schwer erkennbar, ob er mit der Plattform eine vertragliche Beziehung eingeht oder nicht und welche Leistungen die Plattform anbietet (kostenlose Information, kostenlose oder kostenpflichtige Vermittlung oder kostenlose oder kostenpflichtige Beratung). In der Sharing Economy tritt das Problem hinzu, dass der Verbraucher nicht weiß, ob der Anbieter der Dienstleistung selbst Verbraucher oder ein Unternehmer ist. Hier ist durch eine Umkehrung der Beweislast Abhilfe zu schaffen. De facto üben die Plattformen bereits heute eine faktische Kontrollfunktion über die verfügbaren Informationen aus oder könnten es zumindest tun.¹⁶¹

Der SVRV empfiehlt: (1) Im Einklang mit dem Vorschlag Frankreichs muss der Plattformbetreiber genaue Angaben über die Funktion des Dienstes und den Charakter der Rechtsbeziehungen offenlegen; soweit die Plattform einen User Account verlangt, ist die Information vor Erstellung des Accounts zu übermitteln. (2) Im Einklang mit seiner faktischen Funktion muss der Plattformbetreiber eine Überwachungs- und Kontrollfunktion übernehmen, bei Verletzung dieser Pflichten haftet er gegenüber dem Verbraucher. (3) In der Sharing Economy sollte eine Regel eingeführt werden, nach der jeder, der kostenpflichtige Leistungen über eine Plattform anbietet, bis zum Beweis des Gegenteils als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB zu behandeln ist.

5. Zum Gegenstand der Rechtsbeziehung

Soweit es sich um digitale Dienstleistungen „as is“ handelt, ist eine Klarstellung des Gesetzgebers erforderlich, ob es sich um eine Vertragsbeziehung oder eine vertragsähnliche Rechtsbeziehung mit wechselseitigen Rechten und Pflichten handelt. § 312 Abs. 1 BGB, der für das Vorliegen eines Vertrages Entgeltlichkeit fordert, ist nicht nur mit dem EU Recht unvereinbar, sondern auch mit den Realitäten des Internet. Der Verbraucher bezahlt de facto die digitale Dienstleistung mit seinen Daten.

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass es sich bei digitalen Dienstleistungen „as is“ um eine Rechtsbeziehung mit Rechten und Pflichten handelt.

Bei digitalen Dienstleistungen „as is“ liegt die Bestimmung und die Änderung der zu erbringenden Leistungen in der Hand des Anbieters. Da es sich um eine Rechtsbeziehung handelt, gelten für Anbieter von Dienstleistungen „as is“ die identischen Anforderungen wie für den Anbieter von kostenpflichtigen Dienstleistungen. Sie müssen auf zwei Informationsblättern über die geplante Verarbeitung der Daten und den Gegenstand des über AGB definierten Vertrages sowie über jede Modifikation während der Dauer des Vertrags informieren.

¹⁵⁹ Siehe unter Teil III, I 2.

¹⁶⁰ Was sie derzeit kaum tun, s. bei Domurath/Kosyra, (op. Cit. Fn 123); Schmechel, (op. cit. Fn 16).

¹⁶¹ Adam/Micklitz (op. Cit Fn 78).

Der SVRV empfiehlt, die Regelung der vor Eingehen der Rechtsbeziehung verbindlich zu übermittelnden Informationsblätter auf Dienstleistungen „as is“ zu erstrecken.

Eine der tragenden Herausforderungen der digitalen Welt ist die „strukturelle Erosion des Eigentums“.¹⁶² Soweit der Verbraucher ein elektronisches Gerät erwirbt, bleibt das Sacheigentum funktionslos, solange das Gerät nicht mittels einer Software genutzt werden kann. Wesentlicher Gegenstand des Vertrages ist deshalb die Nutzungsmöglichkeit der auf dem elektronischen Gerät installierten Software. Deren Umfang wird über das Urheberrecht bestimmt und in Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkretisiert. Die Forderungen der Nutzerseite liegen unter dem Stichwort „fair use“ seit langem auf dem Tisch.

Der SVRV empfiehlt, die schwarze und graue Liste der verbotenen Klauseln um Klauseln zu ergänzen, die typischerweise in digitalen Zusammenhängen und insbesondere in Endnutzervereinbarungen zu finden sind.

Noch ungelöst sind die Fragen, die sich aus der Einführung von Smart Contracts ergeben. „Ein Smart Contract ist ein Programm, das einen intelligenten, selbst ausführenden Vertrag darstellt.“¹⁶³ Der Smart Contract kann direkt in die Blockchain Technologie implementiert werden. So kann die Abwicklung eines Vertrages elektronisch überwacht werden. Sachliche Gründe, für das Ausbleiben einer Ratenzahlung etwa, können im System nicht verarbeitet werden.

Der SVRV empfiehlt, die Forschung zum möglichen Einsatz der Blockchain Technologie sowie zu den möglichen rechtlichen Konsequenzen bei Smart Contracts intensiv voranzutreiben.

In der Konkretisierung des Gegenstandes der Rechtsbeziehungen laufen drei unterschiedliche Rechtsgebiete zusammen, die in ihren Rechtswirkungen nur sehr bedingt aufeinander abgestimmt sind: Datenschutzrecht, Urheberrecht und Zivil- bzw. Verbraucherrecht. Die weitreichende Auslagerung der Gesetzgebungskompetenz auf die EU hat den Prozess der sich überlappenden Regelungen beschleunigt. Datenschutz und Urheberrecht im Zusammenspiel bestimmen die Regeln der digitalen Wirtschaft und überlagern die klassischen zivilrechtlichen Regeln im BGB. Diese Entwicklung reicht über das Verbraucherrecht hinaus und betrifft b2c-Verträge. Zwar kommt das Verfahren vor allem im reinen Finanzsektor zum Einsatz (Kryptowährungen "Bitcoin" und "Ethereum"). Doch auch in anderen Bereichen wie der Energiewirtschaft gibt es in den USA erste Pilotprojekte mit Blockchains, um unter Ausschaltung der Energieversorger, dezentral den Handel mit Energie kostengünstiger direkt über die Erzeuger, z.B. die Prosumer zu gestalten.¹⁶⁴ Besonders virulent wird die Problematik durch den Einsatz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Dienstleistungsvertrag gestalten, die Endnutzervereinbarung prägen und datenschutzrechtliche Berührungspunkte aufweisen.¹⁶⁵

Der SVRV empfiehlt, das Zusammenspiel von Datenschutzrecht, Urheberrecht und Privatrecht/Verbraucherrecht systematisch zu analysieren, weil nur eine holistische Perspektive die Möglichkeit eröffnet, generalisierende Regeln zu finden, die sich für die digitale Welt als erkenntnis- und handlungsleitend erweisen können. Aus Verbrauchersicht geht es kurzfristig höchstdringlich um die Abstimmung der AGB-Kontrolle mit dem Datenschutz- und dem Urheberrecht.

In Sinne einer Zusammenführung von bislang getrennten Rechtsgebieten muss überdacht werden, ob und wie sich eine Gegenleistung „in Daten“ auf den Vertragsgegenstand auswirkt. Der SVRV wird im Sommer 2017 zu der Thematik gesondert Stellung nehmen.

¹⁶² Die Formulierung stammt von Wendehorst, (op. cit. Fn 21).

¹⁶³ Aus dem Gutachten Spindler, (op. cit. Fn 22) der auf Ethereum-Plattform verweist: <https://www.ethereum.org/> (zuletzt abgerufen am 06.09.2016).

¹⁶⁴ Die VZ NRW hat hierzu eine Kurzstudie und Positionspapier veröffentlicht <http://www.verbraucherzentrale.nrw/blockchain> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

¹⁶⁵ Wendehorst, (op. cit. Fn 21).

Ch. Wendehorst¹⁶⁶ argumentiert, dass die Missachtung der datenschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen aus Art. 25 DSGVO zum Datenschutz durch Technik als Sachmangel i.S.d. § 434 BGB anzusehen ist. Der gegenwärtige Sachmangelbegriff sei aber aufgrund seiner Ausrichtung auf die Funktionalität der gekauften Sache nicht geeignet, *Privacy by Design* und *Privacy by Default* als Kriterien der Vertragskonformität zu definieren. Nach G. Spindler¹⁶⁷ stellt eine grundlegende IT-Sicherheit von Produkten eine vertragswesentliche Schutz- und Nebenpflicht dar.

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass Privacy by Design und Privacy by Default sowie grundlegende IT-Sicherheitsmaßnahmen zur Definition der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB gehören.

6. Zu den Rechten aus der Rechtsbeziehung

Das Recht auf Datenübertragbarkeit ist im Nachgang der Google Entscheidung des EuGH in Art. 20 DSGVO eingeführt worden. Durch das Recht auf Datenübertragbarkeit sollen Verbraucher die Möglichkeit erhalten, mit dem Online-Profil z.B. eines sozialen Netzwerks mit einem einzigen Klick zu einem anderen umziehen zu können. Hier sind viele Fragen offen, die einer Vertiefung bedürfen: Wie ähnlich müssen sich die Netzwerke sein? Wie lässt sich Datenübertragbarkeit technisch bewerkstelligen? Wie sollen Rechte Dritte gewahrt werden? Wie lässt sich verhindern, dass mögliche Kosten als Ausschlussgrund in Anschlag gebracht werden? Völlig ungelöst ist die Verzahnung des Anspruchs auf Datenportabilität mit dem Vertragsrecht. Erneut müssen Datenschutzrecht und Vertragsrecht synchronisiert werden. Nach dem Wortlaut des Art. 20 DSGVO ist nicht eindeutig, ob der Verbraucher das Recht nur geltend machen kann, wenn er die Daten an einen anderen Anbieter übertragen will oder ob er die Rückübertragung der Daten auch an sich selbst verlangen kann, wenn er keinen Anbieterwechsel beabsichtigt. Genau diese Übertragung an sich selbst muss gewährleistet werden.

Der SVRV empfiehlt, klarzustellen, dass das Recht auf Datenportabilität auch als Kündigungsrecht zu verstehen ist, mit Hilfe dessen der Verbraucher eine kostenfreie Rückübertragung und Löschung der Daten auf einem gängigen maschinenlesbaren und interoperablen Format verlangen kann.

Besondere Rechtsfragen stellen sich im Internet der Dinge einmal durch den digitalen Inhalt des Vertrages (Interoperabilität, Sicherheit, Funktionalität, Maintenance, Updates, Patches, Privacy by Design sowie by Default); zum anderen durch das Auseinanderfallen des Kaufvertrages und eingebetteter digitaler Inhalte, ausgelagerter digitale Inhalte, Aktualisierungen digitaler Inhalte, digitale Dienstleistungen und Datenzugang, die regelmäßig von einem Dritten erbracht werden.¹⁶⁸ Beide Sachkomplexe werden intensiv diskutiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich aus der Sicht des Verbrauchers Kaufvertrag und von Dritten bereit gestellte digitale Inhalte als eine in sich geschlossene Einheit darstellen, auch wenn sie formal rechtlich getrennt sind. Weder Einheitsmodell, noch Agenturmodell, noch Garantiemodell führen zu zufriedenstellenden Lösungen, weil sie tendenziell den Händler/Verkäufer für Drittleistungen in Pflicht nehmen. Die Lösung könnte in der Einführung einer Produktgewährleistungshaftung liegen, die sich primär gegen den Produzenten eines technischen Gerätes richtet, der dem Verbraucher für die Bereitstellung der digitalen Drittleistungen haftet bzw. gegenüber dem in der EU ansässigen Importeur, der die Produkte aus dem EU-Ausland in die Europäische Union importiert.

Der SVRV empfiehlt, um dem Auseinanderfallen von Kaufvertrag und von Dritten bereitgestellten digitalen Inhalten entgegenzuwirken, dass ein Produktgewährleistungsanspruch gegen den Produzenten bzw. gegen den EU-

¹⁶⁶ Wendehorst, (*op. cit. Fn 21*)S. 68f.

¹⁶⁷ Spindler, *Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären*, (*op. cit. Fn 59*) insbesondere S. 12ff.

¹⁶⁸ Wendehorst, (*op. cit. Fn 21*).

Importeur eingeführt werden sollte, der dem Verbraucher gegenüber auch für die Bereitstellung von digitalen Drittleistungen haftet.

7. Zur Verbesserung der individuellen Rechtsdurchsetzung

In Umsetzung der ADR Richtlinie und der ODR Verordnung hat das VBSG einen einheitlichen Rahmen für die außergerichtliche Streitbeilegung geschaffen, national wie auch im EU Kontext. Angesichts des Umstandes, dass das Gesetz erst am 1.4.2016 in Kraft getreten ist, scheint es für eine Bewertung noch zu früh.¹⁶⁹ Die Funktionsweise der Schlichtungsstelle soll nach § 43 Abs. 2 VBSG bis zum 31.12.2020 begleitend evaluiert werden. Aus der Sicht des SVRV ist zentral, dass schon jetzt die notwendigen Vorkehrungen getroffen werden, um die in den Schlichtungsstellen zusammenlaufenden Informationen auswerten zu können. Diese Auswertung soll die Typologie der Rechtskonflikte, die beteiligten Unternehmen, die betroffenen Branchen und Produkte unterscheiden. Eine sogenannte Rechtspraxis ohne Recht soll vermieden werden, gerade dann, wenn sich die gespeicherten Daten im europäischen Ausland befinden. Auch wenn die außergerichtliche Streitbeilegung auf Kompromisse abzielt, so müssen auch diese vom Recht geleitet werden. Um das zu erreichen, müssen die in den Schlichtungsstellen generierten Informationen (und vor allem auch die Evaluierung) öffentlich gemacht werden. § 34 VSBG formuliert nur sehr unspezifische Vorgaben, die eine große Heterogenität erwarten lassen.¹⁷⁰

Modellverträge könnten dazu beitragen, digitale Verträge mit der Streitschlichtung zu finden. Wirtschaft und Verbraucherverbände könnten gemeinsam einen wesentlichen Beitrag zur Erhöhung der Rechtssicherheit leisten.

Der SVRV regt an, dass Wirtschaft und Verbraucherverbände sich an der Ausarbeitung von Modellverträgen für digitale Dienstleistungen beteiligen, die nicht nur wesentliche Elemente des Inhaltes eines solchen Vertrages, sondern auch die Verbindung hin zu den Streitschlichtungsmechanismen sicherstellen.

Der Fokus soll auf den neuen Formen der privaten Rechtsdurchsetzung liegen. Ein Beispiel ist die Durchsetzung der Fahrgastrechte mit Hilfe von kommerziell agierenden Intermediären, die gegen eine prozentuale Beteiligung die Rechte der Verbraucher wahrnehmen.¹⁷¹ Unbestreitbar verhelfen sie vielen Verbraucher zu ihrem Recht. Die Anbieter verfolgen aber nur eindeutige Fälle. Mit risikobehafteten Fällen werden Verbraucher allein gelassen oder an mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände verwiesen. Neuerdings schließen einige Luftverkehrsgesellschaften zudem die Möglichkeit der Abtretung an Intermediäre in ihren AGBs (s.o. Ryan Air) aus.

Der SVRV regt an, die Auswirkungen privater kommerzieller Rechtsdurchsetzung auf die verbandlich unterstützte Rechtsdurchsetzung aufmerksam zu verfolgen.

8. Zur Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung

Das deutsche Rechtsschutzsystem basiert an der Schnittstelle von Marktpraktiken und AGB allein auf einer privat organisierten kollektiven Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherverbände und durch Verbände der Wirtschaft. Soweit es um die Kontrolle AGB geht, fallen die Verbände der gewerblichen Wirtschaft de facto aus. Sie sind zwar klagebefugt, haben aber in den 40 Jahren seit der Einführung der Verbandsklage nur in seltenen Umständen von der Möglichkeit Gebrauch gemacht. So ruht die private Rechtsdurchsetzung bei dem vom Bund finanzierten Verbraucherzentrale Bundesverband und bei denjenigen Verbraucherzentralen, die von den Bundesländern mit ausreichenden

¹⁶⁹ Aus wissenschaftlicher Sicht siehe das Sonderheft der Zeitschrift Verbraucher und Recht zur Einführung des VSBG, 2016.

¹⁷⁰ Zu den Handlungsmöglichkeiten, die sich der Digitalagentur bieten, wenn sie von den Daten systematisch Gebrauch machen könnten, unter Teil V, III. 3.

¹⁷¹ Vgl. dazu Rott, "Claims Management Services: An Alternative to ADR?", (2016), *European Review of Private Law*, S. 143-160.

Mittel zur Wahrnehmung der Verbandsklagebefugnisse ausgestattet sind. Im Bereich des Lauterkeitsrechts bestreiten die Verbände der gewerblichen Wirtschaft etwa 2/3 der Verfahren, die jedenfalls zum Teil Verbraucherinteressen berühren. Das restliche Drittel entfällt auf die genannten Verbraucherverbände. Soweit sich Berührungspunkte zum Verbraucherdatenschutz geben, sind Verbraucherverbände seit 2016 befugt, im Wege der Unterlassungsklage gegen Unternehmen vorzugehen. Die primär Verantwortlichen sind aber die oftmals unterausgestatteten Datenschutzbehörden, auch wenn die Verbraucherverbände durch Verbandsklagen wesentlich zu einer Klärung der datenschutzrechtlichen Einwilligungsvoraussetzungen beigetragen haben.

Die grenzüberschreitende Verbandsklage spielt, trotz des erheblichen gesetzgeberischen Aufwands, in der Praxis kaum eine Rolle. Zu schwierig sind die Fragen der Jurisdiktion, des anwendbaren Rechts und der Vollstreckung eines deutschen Urteils im Ausland oder umgekehrt eines ausländischen Urteils im Inland. Die geltenden EU rechtlichen Regeln sind auf die kollektive Verbandsklage nicht zugeschnitten und werfen eine Vielzahl von Rechtsfragen auf für deren Klärung – neben den beauftragten Verfahren nach der Verordnung 2006/2004 über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Verbraucherschutz¹⁷² – die Verbraucherverbände ihre knappen Ressourcen nur bedingt einsetzen können. Deshalb identifizieren Verbraucherorganisationen der EU Mitgliedstaaten mit Hilfe der Europäischen Dachorganisation BEUC grenzüberschreitende Praktiken, gegen die die nationalen Verbände dann koordiniert vorgehen. Die grenzüberschreitenden behördlichen Netzwerke schließen diese Lücke nicht. Gründe hierfür sind unter anderem die fehlenden notwendigen Eingriffsbefugnisse jenseits der Unterlassungsklage.

Nach dem derzeitigen Stand der politischen Diskussion hat es den Anschein, als ob eine Lösung über den Ausbau des Bundeskartellamtes (BKartA) vollzogen werden könnte. Eine derartige Erweiterung hätte bei linearem Vollzug zur Folge, dass die vorhandenen Rechtsbehelfe des BKart auf die Kontrolle der Werbung und der AGB ausgedehnt würde. Gegenüber dem Abmahnverfahren und der Unterlassungsklage könnte das BKartA nach § 32 (2a) GWB die Rückerstattung wirtschaftlicher Vorteile anordnen. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Regelung, die sich auf Nachteile, die Verbraucher durch unzulässige Geschäftsbedingungen oder unlautere Werbung erleiden, ausdehnen ließe. Dies wäre ganz im Sinne des Art. 8 des Vorschlages der EU Kommission zur Änderung der Verordnung 2006/2004, der als Messlatte für die mindestens zur Verfügung zu stehenden Rechtsbehelfe dienen sollte. Diese Instrumente behördlicher Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz sollen keinesfalls die Arbeit der Verbraucherorganisationen ersetzen, können sie aber sinnvoll ergänzen. Es müsste jedoch gewährleistet sein, dass die Digitalagentur ihre Befugnisse zur Durchsetzung des Verbraucherrechts unabhängig und nicht geleitet von wirtschaftlichen oder politischen Erwägungen ausübt.

Der SVRV schließt sich dem Tenor des diesjährigen Verbraucherrechtstags an, auf dem für die Ergänzung des verbandlichen Rechtsschutzes durch eine behördliche Kontrolle (Digitalagentur) plädiert wurde. Nach englischem Vorbild wäre ergänzend an eine „super complaint“ zu denken, ein Verfahren, in dem die Verbände notfalls mit Hilfe eines Gerichts ein Tätigwerden der Behörde erzwingen könnten.

9. Zur geeigneten Form der Umsetzung der Vorschläge

Die vorgeschlagenen Lösungen berühren eine Vielzahl von gesetzlichen Regeln. Grund dafür ist die andere Regelungslogik der verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen des BGB sowie das Bemühen um eine Synchronisierung von Datenschutzrecht und AGB-Recht.

Der SVRV spricht sich für eine Form der Umsetzung der Vorschläge aus, die den inneren Zusammenhang der vorgeschlagenen Regeln wahrt. Angesichts der politischen Sensibilität, die Eingriffe in das BGB mit sich bringen, sollten Korrekturen im BGB auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden. Konkret bestünde die

¹⁷² Vgl. oben Teil III, IV.3 und 4.

Notwendigkeit, in die §§ 13 und 14 BGB eine Vermutungsregelung für geschäftliche Tätigkeiten einzuführen sowie die datenschutzrechtliche Einwilligung und die AGB-rechtliche Einwilligung aufeinander abzustimmen.

10. Zur Notwendigkeit einer evidenzbasierten Verbraucherpolitik

Der SVRV hat eine Explorationsstudie zu vorhandenen und fehlenden Daten im Verbraucherschutzrecht in Auftrag gegeben.¹⁷³ Unter Punkt VIII listet das Gutachten die lange Liste der Lücken auf und unterbreitet konkrete Vorschläge, wie diese Lücken zu schließen sind. Politisch belastbare Daten zum Verbraucherschutzrecht, über anlass- und projektbezogene Ergebnisse hinaus, gibt es so gut wie nicht. Besserung für den Bereich der von den Verbraucherzentralen der Länder durchgeführten Rechtsberatungen und Rechtsvertretungen verspricht die mit den Marktwächter-Projekten vorangetriebene Erfassung auf Grundlage europaweit einheitlicher Parameter. Für andere Bereiche existieren diese Bemühungen bislang aber nicht.

Der SVRV empfiehlt, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um eine evidenzbasierte Verbraucher-Rechts-Politik gestalten zu können.

11. Zur Kompetenzproblematik

Die vorgeschlagenen Lösungsoptionen berühren die Kompetenzordnung der Europäischen Union. Hier ist zwischen Richtlinien zu unterscheiden, die lediglich eine Minimalharmonisierung statuieren, wie die Richtlinie 93/13/EWG und die Richtlinie 88/44/EG Verbrauchsgüterkauf und solchen Richtlinien, die auf eine Vollharmonisierung zielen. Dies sind insbesondere die E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG, die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken und die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher. Nicht vollständig harmonisiert sind der Verbraucherbegriff und der Begriff des Unternehmers.

Die Versuche Frankreichs, Informationsregeln über Plattformen zugunsten der französischen Verbraucher zu verabschieden, sind auf Widerstand der Europäischen Kommission gestoßen. Gründe hierfür waren die Berührungspunkte mit dem Anwendungsbereich der E-Commerce Richtlinie sowie der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Im Lichte dieser Sichtweise ist mit Widerstand der Europäischen Kommission in Bezug auf folgende Vorschläge zu rechnen:

- Kopplung von Diensten,
- Informationsblatt Datenschutz,
- Feststellung des Vertragspartners,
- Kontroll- und Überwachungsfunktion der Plattformen,
- Fair use von urheberrechtlich geschützten Software-Programmen und eventuell
- Produktgewährleistungshaftung.

Im Wege eines Rechtsgutachtens sollte folgende Frage geklärt werden: Wie genau sollen die Lösungsoptionen gefasst werden, um einen Konflikt mit dem EU Recht so weit als möglich zu vermeiden und die nationale Handlungsautonomie zu stärken?

Der SVRV lässt sich von der Überzeugung leiten, dass es der Bundesrepublik Deutschland unbenommen ist, mittels eines politischen Vorstoßes und möglicherweise gemeinsam mit anderen Mitgliedstaaten die Europäische Kommission zum Handeln aufzurufen.

¹⁷³ *Schmidt-Kessel, Larch, Erler, Heid, Grimm*, Explorationsstudie zu vorhandenen und fehlenden Daten im Verbraucherschutzrecht, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Juni 2016.

Teil IV. Algorithmen, Software-Agenten, Code, Big Data

Die Makroperspektive bemüht sich darum, einen Ausblick auf die drängenden Fragen und die sich abzeichnenden Probleme zu geben, die die fortschreitende Entwicklung digitaler Technologien im Bereich der Software-Agenten-Systeme, der Regulierung durch Algorithmen und der Möglichkeiten von Big Data mit sich bringen. Um die Frage, wie die Begriffe definiert und voneinander abgegrenzt werden, gibt es eine Diskussion, die je nach Wissenschaftsdisziplin ganz eigene Schattierungen aufweist. Der SVRV verwendet die Begriffe wie folgt: „Code“¹⁷⁴ ist der Oberbegriff, der Programmiersprachen allgemein bezeichnet. Algorithmen sind Teil des Codes und werden in unterschiedlichen Programmiersprachen umgesetzt; sie beschreiben bestimmte Programmierlogiken. Software-Agenten sind Programme (basierend auf Code und spezieller auf Algorithmen), die relativ autonom agieren können, je nach Typus auf die Umwelt reagierend, „sozial“ mit anderen Agenten interagierend.

Der SVRV sieht seine Aufgabe im Einklang mit dem ihm gegebenen Mandat darin, die Fragenkreise aufzuzeichnen und Problemlösungen anzudenken, um so eine Diskussion über politische Lösungen in Gang zu setzen. Auf der übergeordneten Ebene der Digitalisierung lassen sich drei große Transformationsprozesse beobachten, die auf der Emergenz von selbstlernenden Algorithmen,¹⁷⁵ von Big Data und Transformationstechnologien beruhen. Diese großen Transformationsprozesse bieten den Verbrauchern bislang ungeahnte Möglichkeiten autonomen und sozialen Handelns über das Internet, aber sie produzieren auch neue Risiken für Verbraucher von bislang unbekanntem Ausmaß. Diese Transformationsprozesse haben das Potenzial

- den Zugang zu Waren und Dienstleistungen an diskriminierende Bedingungen zu knüpfen,
- unfaire Geschäftspraktiken zu ermöglichen, die nicht aus falschen Informationen herrühren, sondern aus dem besseren Verständnis des Verbraucherverhaltens,
- den Code des Internet willkürlich zu modifizieren, sofern die Algorithmen in den Rechtsbeziehungen nicht beschrieben werden, was heutzutage durchgängig nicht der Fall ist.

Seit *L. Lessigs* bahnbrechendem Artikel aus dem Jahre 1999 gibt es eine immer wieder neu aufbrandende Diskussion um die Regulierungsfähigkeit und die Regulierungsnotwendigkeit der selbst gesetzten Regeln der Wirtschaft, die den Zugang, die Funktionsfähigkeit und den Inhalt des Netzes dominieren. Heutzutage steht weniger der „Code“ im Vordergrund als die Frage, ob und inwieweit Algorithmen einer Regulierung unterworfen werden *können* und *sollen*. *Sollen* meint die politische Notwendigkeit oder Wünschbarkeit.

Der deutsche Gesetzgeber hat im nationalen Alleingang in § 28 b BDSG Regeln für Scoring aufgestellt. Man kann über das Für und Wider der politischen Notwendigkeit trefflich streiten, insbesondere über die Frage der Sinnhaftigkeit einer deutschen Regelung. Sollte sich jedoch die Notwendigkeit eines Eingriffs rechtfertigen lassen, scheint es wenig angebracht, auf die EU oder auf eine internationale, mit den USA, China, Russland und Indien abgestimmte Lösung zu hoffen. Auch eine internationale Diskussion lässt sich nur durch konkretes politisches Handeln in Gang bringen.

¹⁷⁴ Lessig, „The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach“, (1999), *Harvard Law Review* 113, S. 501-549, S. 506 Fn. 15; später Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* (New York: Basic 1999); *Lessig, Code V2* (New York: Basic 2006), S. 506 Fn. 15 refers to the software and the hardware that constitutes cyberspace as it is – or, more accurately the rules and instructions embedded in the software and hardware that together constitute cyberspace as it is...“.

¹⁷⁵ Sartor, „Cognitive Automata and the Law: Electronic Contracting and the Intentionality of Software Agents“, (2009), *17 Artificial Intelligence and Law*, S. 253; als ‘digital entities capable of executing autonomously the mandates assigned to them Chopra/White, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents* (The University of Michigan Press, 2011).

Von der politischen Notwendigkeit zu trennen ist die Frage der technischen Machbarkeit, des *Könnens*. Soweit Menschen hinter den Algorithmen stehen, scheint die Lösung einfach zu sein, sofern man bei Seite lässt, dass Programmierer und Juristen ihre jeweils eigene Sprache sprechen. Bei selbstlernenden Algorithmen stellen sich neue Hindernisse in den Weg. Dann geht es um nicht mehr und nicht weniger als um die Frage, inwieweit sich rechtliche Regeln in den binären Code des Internet übersetzen lassen. Für den Gesetzgeber vergleichsweise einfach zugänglich erscheint eine Regelung des Data Profiling. Die Datenschutzgrundverordnung hat sich der Thematik bereits angenommen. Doch scheint es auch hier, dass die Probleme tiefer liegen als in einer bloßen Offenlegung entsprechender Profiling Technologien.

I. Algorithmen, Künstliche Intelligenz

Aus rechtlicher Sicht ist entscheidend, ob sich die Verantwortlichkeiten bestimmen lassen. Genau das steht bei selbstlernenden Algorithmen zur Disposition. Hilfreich ist die Unterscheidung zwischen dem Design, das vom Software-Programm vorgegeben wird und der potenziell auszuführenden Handlung.

1. Verantwortlichkeiten

Das Softwareprogramm definiert das Design, aber nicht die potenziell auszuführende Handlung. Das folgende Beispiel mag den Unterschied zwischen den beiden Formen des Algorithmus verdeutlichen. Man stelle sich zwei Verkäufer vor, der eine in einem Kaufhaus, der andere auf einem Markt. Der Besitzer gibt dem Verkäufer die folgenden Instruktionen: Verkaufen Sie das Produkt X für Y Euro, das Produkt X1 für Y1 etc. Wenn das Produkt fehlerhaft ist, geben Sie 20% Rabatt. Das Ziel der Instruktion ist offensichtlich. Der Besitzer will alle denkbaren Möglichkeiten mit präzise gefassten Instruktionen einfangen. Es mag sein, dass sich der Verkäufer nicht an die vorgegebenen Regeln hält, aber dann setzt er sich über die Anweisungen hinweg. Der Besitzer eines Bazars wählt einen gänzlich anderen Ansatz. Ich habe für das Produkt X Y bezahlt, für X1 Y1. Machen Sie so viel Gewinn wie möglich. Sie können die Preise frei aushandeln. Wenn der potenzielle Käufer vermögend ist, beginnen Sie mit einem hohen Preis. Käufer mit X Nationalität mögen besonders gern Y Produkte, Frauen bevorzugen Y Produkte. Sie können Zugaben machen oder solche Versprechen. Mich interessiert nur, dass Sie so viel Gewinn wie möglich machen. In der zweiten Variante gibt der Verkäufer nur ein Ziel vor, die Mittel bleiben der Freiheit und der Kreativität des Verkäufers überlassen.

Die erste Konstellation lässt sich ex ante beurteilen, die letztere bedarf einer ex post Überprüfung, weil sich erst im Nachhinein feststellen lässt, wie der Verkäufer den Spielraum konkret ausgenutzt hat. Werden beide Aufgaben von Computersoftware übernommen, kommt es zur Gretchenfrage: derartige Handlungen sind rechtlich gesprochen nicht neutral. Sie können möglicherweise geltendes Recht verletzen, wenn sie von Menschen durchgeführt würden. Recht kann die Software-Agenten nicht direkt regeln, da Software-Agenten das Recht nicht „verstehen“ und nicht „lesen“ können. Das Recht müsste in den Software-Agenten einprogrammiert worden sein. Auf der anderen Seite sind Software-Agenten „fully designable“:¹⁷⁶ sie sind das, was der Programmierer aus ihnen gemacht hat. Wie das gemacht werden kann, wie und ob Programmiersprache und Rechtsprache überhaupt kompatibel sind oder gemacht werden könnten, ist eine Frage, die von den Computer- und den Rechtswissenschaften gemeinsam erforscht werden muss.

In der Praxis setzen Unternehmen Algorithmen ein zum Profiling von Verbrauchern, zum Design von Online-Informations- und Beratungsprogrammen über Finanzdienstleistungen (Robo-Advisor) bis zu Health Apps und zum Angebot von digitalen Dienstleistungen „as is“.¹⁷⁷ Die Spannbreite reicht weit: von simplen Algorithmen, die vier oder fünf Informationen

¹⁷⁶ Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms behind Money and Information* (Harvard University Press, 2015).

¹⁷⁷ Adam/Micklitz (op. Cit Fn 78).

abfragen und auf dieser Basis Informationen bereitstellen bis zu hochkomplexen Algorithmen, die den Internetnutzern die gesuchten Informationen zuspiesen und mit Werbung und Kaufangeboten verknüpfen. Verbraucher selbst könnten zu den Nutzern von Software-Agenten werden, sobald das Internet der Dinge konkrete Formen angenommen hat, etwa wenn die Kühlschränke im Supermarkt die Lebensmittel ordern.

2. Rechtliche Zuordnung

Für die Zuordnung der rechtlichen Verantwortung lässt sich die Principal Agent Theorie im Kontext fruchtbar machen. Soweit sich der Prinzipal identifizieren lässt, kennt das Recht kein Problem der Zuordnung. Im Kontext der Verabschiedung der E-Commerce Richtlinie tauchte die Frage auf, wie der automatisierte Versand einer Email rechtlich zu werten ist. Seinerzeit ging es vor allem um Fragen des Zugangs, wenn der Verbraucher (Besteller) eine automatisierte Antwort erhält. Diese Rechtsfragen gehören inzwischen der Geschichte an, weil sich die Zuordnung nicht ernstlich als schwierig erwies.¹⁷⁸ Schwieriger wird es bei der rechtlichen Beurteilung von selbst-lernenden Algorithmen. Hier geht es letztendlich um die Frage, wie sich künstliche Intelligenz (KI) auf das Rechtssystem auswirkt, ob die Zuordnung des Agenten zum Prinzipal durchbrochen wird, ob der Software-Agent selbst zum autonom handelnden Rechtssubjekt wird oder der Prinzipal, der den selbst-lernenden Algorithmus konfiguriert hat, der Letztverantwortliche bleibt. *Mit anderen Worten: wer ist der Prinzipal und wer ist der Agent?*

Sicherlich ist dies nicht der Ort, um die Diskussion um KI darzustellen, geschweige denn Stellung zu beziehen. Erwähnt sei nur, dass sich die akademische Diskussion durch zwei Defizite auszeichnet: Erstens verstehen KI-Experten das Recht nicht und Juristen verstehen die KI nicht; zweitens ist hier das Lagerdenken zwischen Exzeptionalisten und Nicht-Exzeptionalisten dominant, mit wenigen Ausnahmen.¹⁷⁹ Vorliegend geht es allein um die Frage, wie selbst-lernende Algorithmen zu beurteilen sind: Verändern selbst-lernende Algorithmen nur auf der Grundlage der Menge und der Art der verarbeiteten Daten ihre Ergebnisse oder verändern sie auch den Quellcode selbst?

Die Antwort scheint nicht einfach. Selbstlernend ist nicht gleichzusetzen mit der Veränderung oder gar dem Umschreiben des Quellcodes. Wie weit die ‚Autonomie‘ reicht, hängt wiederum vom Quellcode selbst ab. Die Problematik lässt sich an einem Beispiel erörtern:¹⁸⁰

„The algorithm’s task (stated by a user) is to display a commercial to 1000 people who have the highest chance of buying a product, say: insomnia pills. This is the human input. The programmer does not know what people will be “available” (how many, or what data will be available) when writing the algorithm. What the algorithm gets from the user is that insomnia pills are for people who cannot sleep. Self-learning process is the following: algorithm itself collects data about people and discovers patterns – people in age X on average sleep in hours Y-Z; stress causes insomnia; events x, y, z cause stress -> based on this, if someone is in age X and is not asleep in hours Y-Z and undergoes an event x or y or z, the program decides to display the commercial to such a person. Later, it evaluates its own choice by seeing how many of these people actually clicked the link. It might see that most of the people who clicked were living in the cities, or in northern countries, etc. It would add this to its database for the future etc. It generally learns a lot about people from observing what they do, how they respond to incentives etc. In this sense, when the algorithm gets the task “display the commercial to 1000 people having the highest chance of buying it” a few

¹⁷⁸ Micklitz, „Fernabsatz und e-commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“, (2001), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 5, S. 133-143.

¹⁷⁹ Es gibt Ausnahmen: Solum, „Legal Personhood for Artificial Intelligence“, (1991-1992), *North Carolina Law Review*, S. 1231 und Sartor, „Cognitive Automata and the Law: Electronic Contracting and the Intentionality of Software Agents“, (2009), *17 Artificial Intelligence and Law*, S. 253.

¹⁸⁰ Palka, phd Kandidat im 4. Jahr am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz.

months later, it can “decide” to show it to a completely different set of people, possibly in a more effective way. Even though no human re-programmed it. It did re-program itself in a manner foreseen by the programmer, but not in the direction foreseen (direction was ‘chosen’ by the soft itself). That is why ‘autonomous’ is not autonomous in a human sense. It is limited. But it is not merely automatic. Whether this is the change of the source code, or just modification of a database, depends on particular programming technique and our terminology – but at least for legal purposes, this does not matter that much. What matters is that the process was not merely ‘automatic’.”

Die Bedeutung der Unterscheidung resultiert aus dem Umstand, dass der Software-Agent eine Wahl treffen kann, die rechtlich nicht korrekt ist. Im Beispiel könnte das Szenario als verbotene Form der aggressiven Werbung zu beurteilen sein. Leicht abgewandelt könnte die getroffene Wahl als Diskriminierung nach Geschlecht oder ethnischer Zugehörigkeit zu beurteilen sein (höhere Preise denjenigen anbieten, die bereit sind, mehr zu bezahlen; Abkoppelung von potenziellen Adressaten einer Werbung aufgrund der politischen Meinung oder der sexuellen Orientierung). Das Anti-Diskriminierungsrecht¹⁸¹ wie auch das Lauterkeitsrecht¹⁸² setzt diesen Praktiken Grenzen. Die Möglichkeit der systemisch vorgegebenen Rechtsverletzung ist der entscheidende Grund, warum Algorithmen rechtlich eingebettet werden sollten. Derartige rechtswidrige Praktiken bleiben im Regelfall im Verborgenen. Dabei handelt es sich um keine Schimäre, wie erste empirische Studien zeigen.¹⁸³ Falls der selbstlernende Algorithmus „entscheidet“, Informationen nicht in ein bestimmtes Land zu geben, bleiben die potenziellen Nutzer vom Zugang abgekoppelt. Der Software-Agent operiert auf der Basis eines vordefinierten Ziels, das es zu erreichen gilt, aber der Software-Agent wählt die konkrete Handlungsoption selbst. Der Weg, wie der Software-Agent zu seiner Handlung gelangt, ist vorprogrammiert, aber niemand kann vorhersagen, was der Software-Agent konkret tun wird.

Neben dieser Binnenperspektive, dem Verhältnis zwischen Prinzipal und Agent, gilt es, den Netzwerkeffekt zu beachten. Die Komplexität der selbstlernenden Algorithmen basiert auf der Interaktion der Systeme, der Algorithmen untereinander in einer vernetzten Umgebung. Hier entsteht eine Emergenz, die die Verantwortung auf viele Akteure verteilt. Beispielsweise agiert in einer vernetzten Stadt eine Vielzahl von Sensoren und Systemen mit dem selbst fahrenden Auto. In Zukunft sind Systeme denkbar, die ihre Algorithmen selbst weiter entwickeln; Algorithmen schreiben dann Algorithmen.

¹⁸¹ Z.B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 19 Abs. 1: ‘Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse (...) ist unzulässig’. When EU Directives are concerned, see: Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin; and Directive 2004/113/EC, implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, prohibiting discrimination in access to goods and services, based on race and gender respectively, siehe auch Brownsword, *The E-Commerce Directive, Consumer Transactions, and the Digital Single Market: Questions of Regulatory Fitness, Regulatory Disconnection and Rule Redirection*, lecture given on 18th June 2016 at the SECOLA conference in Tartu, Estonia.

¹⁸² Vgl. Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, prohibiting ‘material distortion of the economic behaviour of consumers’ as ‘using a commercial practice to appreciably impair the consumer’s ability to make an informed decision, thereby causing the consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise’, which would fall under the late-night advertising example; see Brownsword, *The E-Commerce Directive, Consumer Transactions, and the Digital Single Market: Questions of Regulatory Fitness, Regulatory Disconnection and Rule Redirection*, lecture given on 18th June 2016 at the SECOLA conference in Tartu, Estonia.

¹⁸³ Sweeney, “Discrimination in Online Ad Delivery” (2013), *Communications of the ACM*, Vol. 56 No. 5, S. 44-54; Chander, “The Racist Algorithm?”, (2017), *115 Michigan Law Review*, Forthcoming UC Davis Legal Studies Research Paper No. 498.

Nun ist es nicht so, dass die Algorithmen sich sozusagen in einem rechtsfreien Raum befänden. Nur werden die Software-Agenten nicht explizit gesetzlich geregelt. Nach der geltenden Rechtslage werden Software-Agenten als Werkzeug der Person, des Unternehmens oder der Einrichtung angesehen, die hinter dem Algorithmus steht. Wenn immer ein Software-Agent diskriminierende, unlautere oder irreführende Marktpraktiken produziert, ist derjenige, der den Algorithmus in die Welt gesetzt hat, verantwortlich. Nach Lage der Dinge spielt das AGB-Recht, das Anti-Diskriminierungsrecht und vor allem das Lauterkeitsrecht eine tragende Rolle. Die einzige Sanktion, die das deutsche Recht vorsieht, ist ein stop-order Mechanismus, d.h. die inkriminierte Praxis wird ex nunc unterbunden.

So sieht es jedenfalls auf dem Papier aus. Da jedoch die von Software-Agenten initiierten Handlungen weitgehend im Verborgenen bleiben, ist das Risiko einer Aufdeckung des Rechtsverstößes gering. Damit sinkt notwendig die Bereitschaft der Unternehmen, sich an die rechtlichen Vorgaben zu halten. In der Terminologie der ökonomischen Analyse des Rechts bedeutet das: wenn die Kosten, rechtliche Vorgaben in den Algorithmus zu integrieren höher sind als ein potenzieller Verlust, der durch die Aufdeckung rechtswidrigen Handels erfolgt, werden Unternehmen wenig Anlass sehen, sich ex ante an die rechtlichen Regeln zu halten. Hieraus leitet sich die Forderung ab, dass sich Algorithmen, auch selbst lernende, an geltendes Recht zu halten haben. Der Transparenzgrundsatz für Algorithmen sollte gelten und die Einhaltung des Rechtsrahmens sollte überprüfbar sein.

II. Big Data, Informationsasymmetrie und Profiling

Weder für Big Data noch für Profiling gibt es die eine gültige Definition; vielmehr sind mehrere Definitionen im Umlauf. Für die vorliegenden Zwecke reicht eine einfache und pragmatische Handhabung. Danach wird Big Data als Technologie verstanden, die es erlaubt, unbegrenzte Mengen an Daten zu sammeln sowie zu verarbeiten, wobei die Daten deswegen zugänglich sind, weil sie von Teilnehmern ins Internet gestellt wurden und für deren Auswertung entsprechende technische Kapazitäten vorhanden sind.¹⁸⁴ Unter Profiling wird eine Technologie verstanden, die es ermöglicht, aus bereits existierenden Daten und Profilen auf ein individuelles Verhalten zurückzuschließen.¹⁸⁵ Art. 4 Nr. 4 DSGVO liefert eine Legaldefinition:

„Profiling“: Jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.“

1. Problemstellung

Informationsasymmetrie ist kein neues Problem. Das gesamte existierende Verbraucherrecht ruht auf der Vorstellung, dass durch staatlich vorgegebene Informationsregeln Asymmetrien beseitigt werden können. Trotz aller Kritik, vor allem von Seiten der Verhaltenswissenschaften, hält die Verbraucherpolitik an dem Paradigma fest, nicht zuletzt deswegen, weil unsere Gesellschaft zu Recht vom autonom handelnden und eigenverantwortlichen Rechtssubjekt ausgeht. An dieser Prämisse ändert die Notwendigkeit, zwischen Verbraucherleitbildern zu differenzieren, nichts. Niemand stellt das normative Leitbild der demokratischen Gesellschaften in Frage.

Die Verknüpfung von Erkenntnissen der Verhaltenswissenschaft mit Big Data und Profilierungstechnologien hat eine neue Form der Informationsasymmetrie hervorgebracht.

¹⁸⁴ Hildebrandt/Gaakeer, *Editors Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, (Springer Verlag, 2013).

¹⁸⁵ Hildebrandt/Gutwirth, *Editors Profiling the European Citizen Cross-Disciplinary Perspectives*, (Springer Verlag, 2008).

In der analogen Welt hat die Wirtschaft bessere Kenntnisse über das Produkt und den Markt. Verbraucherverhaltensforschung war bislang aufwendig, teuer und die Erkenntnisse waren nur bedingt nutzbar. Big Data und Profiling eröffnen der Wirtschaft die Möglichkeit, das Verbraucherverhalten gezielt auszuwerten, die Gründe für eine Entscheidung besser nachzuvollziehen und so den Verbraucher besser zu kennen als er sich selbst kennt oder gar kennen möchte.¹⁸⁶ Dieser Vorsprung erlaubt der Wirtschaft völlig neue Formen des Einsatzes gezielter Werbestrategien, die die bisherigen Kosten drastisch reduzieren und die Effizienz eingesetzter Werbemittel erhöhen.

Beispiel: man stellt sich jemanden mit folgendem Profil bei Google vor: Mann/Frau, 26-30 Jahre, Arbeitszeit 7-18 Uhr, kauft Arzneimittel online. Wenn die Person auf dem Smartphone eine Lokalisierung zulässt, weiß Google, wann die Person zu Hause ist, wie lange sie schläft und sich nicht bewegt. Google sieht auch, wenn die Person um 3 Uhr nachts aufwacht und das Handy zur Hand nimmt. Ein Anbieter von Schlafmitteln könnte Google beauftragen, sein Produkt in diesen Stunden Verbrauchern anzubieten, die Einschlafschwierigkeiten haben und zur Ablenkung im Internet browsen. Eine solche Transaktion wäre nicht das Resultat einer Informationsasymmetrie über das Produkt oder den Markt, sondern über die Art und Weise, die Bedingungen und die Tageszeit, unter denen der Verbraucher eine Entscheidung trifft. Der Unternehmer weiß, was der Verbraucher nicht weiß: dass er sich unter den gegebenen Bedingungen wie von Google prognostiziert, verhält.

2. Rechtliche Zuordnung

Die existierenden Schutzmechanismen des geltenden Verbrauchervertragsrechts erfassen diese Konstellation ebenso wenig wie die noch relativ junge Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, die der deutsche Gesetzgeber in das UWG integriert hat. Soweit es um die dem Vertragsschluss vorgelagerte Situation geht, ist nach geltendem Recht schon zweifelhaft, ob der Verbraucher einen Anspruch auf Information hat. Nach herrschendem Verständnis ist das Verbot der irreführenden Werbung oder des irreführenden Unterlassens nicht mit dem Anspruch des Verbrauchers gleichzusetzen, objektiv über die Qualitäten des Produkts oder der Dienstleistung informiert zu werden. Vorliegend geht es auch nicht um Informationen zum Produkt oder zur Dienstleistung. Für das Arzneimittelrecht bestehen ohnehin strenge Anforderungen, die den Spielraum für Werbung über das normale Maß hinaus einschränken. Der Anbieter von Schlafmitteln ist allein am Verhalten des Verbrauchers interessiert. Erst das Wissen um das Verhalten des Verbrauchers eröffnet neue Absatzmethoden.

Der ausgesprochen weite Begriff der Werbung in der Richtlinie und damit auch im deutschen Recht erlaubt es, eine am Verhalten orientierte Vermarktung unter die Anforderungen des Lauterkeitsrechts zu subsumieren. Nur dürfte der Verbraucher nach Maßgabe des geltenden Rechts keinen Anspruch darauf haben, dass das Angebot zum Kauf von Schlafmitteln nachts um 3.00 Uhr das Produkt einer ausgefeilten Auswertung seines Verhaltensprofils ist.¹⁸⁷ Es bleibt zudem die Frage, ob der Verbraucher, selbst wenn er im Moment des Kaufes hiervon Kenntnis hätte, sich anders verhalten würde oder ob er nicht gern von dem Angebot Gebrauch machen würde. Anders mag seine Entscheidung vielleicht dann aussehen, wenn er vorab jederzeit die Möglichkeit hätte, sich über sein bei Google gespeichertes Profil so zu informieren, dass Einflussnahme auf seine Daten, z.B. durch Löschung oder Änderung, möglich ist.

¹⁸⁶ Lunn, Regulatory Policy and Behavioural Economics, (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2014), <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264207851-en>> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016).

¹⁸⁷ Brownsword, *The E-Commerce Directive, Consumer Transactions, and the Digital Single Market: Questions of Regulatory Fitness, Regulatory Disconnection and Rule Redirection*, lecture given on 18th June 2016 at the SECOLA conference in Tartu, Estonia.

Die DSGVO räumt dem Verbraucher in Art. 13 und 15 Auskunfts- und Informationsansprüche ein, die sich gerade auch auf das Profiling erstrecken. Im Lichte des BDSG liegt es nahe, die DSGVO so zu verstehen, dass dem Verbraucher zumindest die Grundannahmen der Algorithmus-Logik mitgeteilt werden, die sich hinter dem Profiling verbirgt.¹⁸⁸ Das Unionsrecht vertraut auf die Kraft und das Durchsetzungsvermögen des Einzelnen. Er muss sich erst einmal des Problems bewusst werden, er muss seinen Anspruch geltend machen und er muss sich möglicherweise an ein Gericht wenden. Es bräuchte also nicht eines *Schrems*, sondern vieler *Schrems*. Ob eine Bündelung, selbst wenn sie gelänge, der skizzierten Informationsasymmetrie Herr werden kann, ist mehr als zweifelhaft. Hinzukommt, dass die DSGVO nicht vorsieht, dass die Datenschutzbehörden statt seiner selbst eingreifen. Da die Verarbeitung der Daten nicht verbindlich an allgemeine Anforderungen geknüpft wird, scheint den mit der Durchsetzung betrauten Datenschutzbehörden auch die Kompetenz zu fehlen, die eingesetzten Algorithmen an einem einheitlichen Maßstab zu messen und gegebenenfalls Korrekturen zu verlangen.

III. Lösungsoptionen für die Regulierung von Algorithmen und Big Data

Der Einsatz von Algorithmen und die Perspektiven selbstlernender Algorithmen, die den Quellcode fortschreiben, werfen Fragen von ganz anderer Reichweite auf als die Mikroperspektive der digitalen Dienstleistungen. Jetzt geht es nicht nur um die Wahrung der *Autonomie* des Verbrauchers, die die Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen anleiten sollten, sondern um *die Würde des Menschen* im Zeitalter der Künstlichen Intelligenz. Die Herausforderung der Politik liegt in der Antwort auf die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass selbstlernende Algorithmen ethisch verantwortlich „handeln“. Kann die Politik auf die Wirtschaft vertrauen, auf den Wettbewerb, auf eigenverantwortliches ethisches Handeln derjenigen, die die Entwicklung der künstlichen Intelligenz vorantreiben? Schwieriger noch: was soll geschehen, wenn KI sich „verselbständigt“? Wie soll ein sich selbst steuernder Prozess politisch, ethisch und rechtlich eingebettet werden?

Der SVRV sieht die Politik in der Pflicht. Die Frage ist nicht mehr, ob die Politik handeln muss, sondern wie ihr Handeln aussehen könnte. Notwendig ist, in die Algorithmen eine normative Komponente zu integrieren. Unter der großen Rubrik ‚Würde des Menschen‘ und seiner Autonomie ginge es im Verbraucherrecht um die Beachtung des Diskriminierungsverbotes, der Lauterkeit der Werbung, des Verbraucherdatenschutzrechts und fairer Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Ist diese Grundsatzfrage beantwortet – und der SVRV ist der Überzeugung, dass politisches Handeln nottut – so stellen sich der Umsetzung des Ziels eine ganze Reihe von Hindernissen in den Weg, die auf die unterschiedliche Rationalität von Recht und Technik zurückgehen.¹⁸⁹

1. Vorgaben im Bundesdatenschutzgesetz

Das gesetzgeberische Modell des 20. Jahrhunderts lautet, dass der Staat einen rechtlichen Rahmen für die Technik bereitstellt, innerhalb dessen die Wirtschaft ihre technischen Standards selbst entwickelt. Die Hersteller von technischen Produkten werden vom Gesetzgeber auf die Einhaltung des Standes der Technik und des Standes der Wissenschaft verpflichtet. Eine Schlüsselfunktion übernehmen dabei die Normungsorganisationen, die den vom Gesetzgeber gesetzten Rahmen ausfüllen. In Deutschland sind die Verbraucher über den DIN Verbraucherbeirat in die Normung eingebunden. Derart verabschiedete Normen genießen einen privilegierten Status. Hat der Hersteller die Normübereinstimmung seiner Produkte zertifiziert, entweder selbst oder von Dritten unabhängigen Einrichtungen (z.B. dem TÜV), so können die Produkte ohne weitere staatliche Kontrolle vermarktet werden. Kommt es doch zum Schadensfall wird vermutet, dass der Hersteller bis zum Beweis des Gegenteils

¹⁸⁸ So Schmechel, (*op. cit. Fn 16*) unter Berufung auf Paal, *Beck'sche Kompakt Kommentare Datenschutz-Grundverordnung*, Paal/Pauly (Hrsg.), C.H.Beck Verlag 2017, Rn. 31 zu Art. 13 DSGVO.

¹⁸⁹ Boer, *Legal Theory, Sources of Law, and the Semantic Web*, (IOS Press, 2009).

seinen rechtlichen Verpflichtungen nachgekommen ist. Cum grano salis hat die EU dieses Modell Mitte der 1980er Jahre für die technische Regulierung in Europa übernommen.

In § 28 b BDSG ist der Gesetzgeber einen etwas anderen Weg gegangen. Dort hat er insbesondere Kreditbüros auf die Einhaltung wissenschaftlich-mathematisch anerkannter Standards verpflichtet und ihnen dabei nicht den Weg der Verarbeitung besonders sensibler Daten im Sinne von § 3 Nr. 9 BDSG eröffnet. Die Vorschriften lauten.

§ 28b BDSG (Scoring)

Zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen darf ein Wahrscheinlichkeitswert für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen erhoben oder verwendet werden, wenn

*1. die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts genutzten Daten **unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind** (Hervorhebung SVRV),*

2. im Fall der Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts durch eine Auskunft die Voraussetzungen für eine Übermittlung der genutzten Daten nach § 29 und in allen anderen Fällen die Voraussetzungen einer zulässigen Nutzung der Daten nach § 28 vorliegen,

3.

4.

§ 3 Abs. 9 BDSG

(9) Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.

Vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist ein Verfahren gegen die Schufa anhängig, in dem es darum geht, ob die Schufa die Scoring-Algorithmen offenlegen muss. Der BGH hatte genau das verneint.¹⁹⁰ Über die Annahme der Verfassungsbeschwerde hat das Gericht noch nicht entschieden. Insoweit ist bislang jedenfalls nicht höchstrichterlich geklärt, welche Anforderungen an *wissenschaftlich anerkannte mathematisch-statistische Verfahren* zu stellen sind. Für sensible Daten setzt immerhin § 28 Abs. 8 i.V.m. Abs. 6 BDSG den Kriterien Grenzen, die für die Ermittlung des Score Wertes eingesetzt werden dürfen. Ungeklärt ist, inwieweit die Grenzlinien der § 19 und § 20 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz auf die Erhebung von Daten durchschlagen. Der amerikanische Equal Access Opportunity Act ist hier eindeutiger.¹⁹¹ Die Kontrolle über die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben liegt in den Händen der Datenschutzbehörden. Angesichts der relativ geringen mathematisch-technischen Komplexität des Scoring und der Möglichkeit der Zuordnung der Verantwortlichkeiten dürfte eine kompetente Überwachung gesichert sein.¹⁹²

Der SVRV stellt fest, dass die geltende Regelung in § 28 b Bundesdatenschutzgesetz einen brauchbaren Ausgangspunkt für die Regulierung selbstlernender Algorithmen enthält.

¹⁹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 28.1.2014 - VI ZR 156/13 (LG Gießen, AG Gießen) Gegen das Urteil des BGH ist eine Verfassungsbeschwerde unter dem Az. 1 BvR 756/14 beim BVerfG anhängig.

¹⁹¹ Vgl. Metz, "Scoring: New Legislation in Germany", (2012), 35 *Journal of Consumer Policy*, S. 297–305.

¹⁹² Vgl. oben Teil IV. III, 1.

2. Vorgaben in der Datenschutzgrundverordnung

Die Regelung in § 28 b BDSG lässt sich aber nicht auf selbst lernende Algorithmen übertragen, die *autonom* Programme fortschreiben, verändern und sich vernetzen. Die Amerikanische Federal Trade Commission hat die Problematik aufgegriffen und untersucht die Notwendigkeit und die Möglichkeit, die Transparenz zu erhöhen.¹⁹³ Konkrete Ergebnisse liegen nicht vor.

Die DSGVO befasst sich mit Algorithmen lediglich in Form eines individuellen Informations- und Auskunftsanspruchs. Diese Regelungstechnik ist aus der Richtlinie 2008/48/EG bekannt, in der die Verpflichtung zur verantwortlichen Kreditvergabe lediglich als Information konzipiert ist.¹⁹⁴

Art. 13 Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person

*Art. 13 (2) Zusätzlich zu den Informationen gemäß Absatz 1 stellt der Verantwortliche **der betroffenen Person** zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten folgende weitere Informationen zur Verfügung, die notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten:*

.....

*f) das Bestehen einer **automatisierten Entscheidungsfindung** (Hervorhebung SVRV) einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.*

Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person

*Art. 15 (1) **Die betroffene Person** hat das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden; ist dies der Fall, so hat sie ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten und auf folgende Informationen:*

.....

*h) das Bestehen einer **automatisierten Entscheidungsfindung** (Hervorhebung SVRV) einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.*

Artikel 9 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

(1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt

Die DSGVO formuliert aber, anders als § 28 b BDSG, *keine* rechtsverbindlichen Anforderungen an das Scoring, „abgesehen vom 71. Erwägungsgrund, nach dem *der für die Verarbeitung Verantwortliche **geeignete mathematische oder statistische Verfahren** für das Profiling verwenden (sollte)*. Gegenüber § 28b BDSG ergibt sich daher eine dreifache Einschränkung der Anforderungen an die Wirtschaft:

¹⁹³ Vgl. unten Teil V. II. Ausländischer Vorbilder.

¹⁹⁴ Weiter Abl. 2015 L 60 Richtlinie 2014/17 über Wohnimmobilienkredite für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

- die Vorgaben des 71. Erwägungsgrundes **sollten** eingehalten werden, nicht sollen und nicht müssen,
- die Vorgaben müssen **geeignet** sein und nicht notwendig „**wissenschaftlich**“,
- die Verfahren sollten **mathematisch oder statistisch** und nicht **mathematisch-statistisch** sein.

Üblicherweise werden Sachkomplexe, über die politisch keine Einigung erzielt werden konnte, in die Erwägungsgründe verschoben. In letzter Konsequenz hat dann der EuGH darüber zu befinden, inwieweit mathematisch-statistische Verfahren von den Unternehmen anzuwenden sind, was darunter zu verstehen ist, welcher Maßstab an die mathematischen oder statistischen Verfahren anzulegen sind bzw. was passiert, wenn die Unternehmen sich nicht an die Vorgaben aus dem 71. Erwägungsgrund halten. Wie sich dieses Absenken der Standards auf die Kompetenzverteilung auswirken wird, konkret, welcher Spielraum dem deutschen Gesetzgeber, angesichts der Vollharmonisierung, überhaupt verbleibt, wird getrennt zu erörtern sein.¹⁹⁵ Immerhin untersagt Art. 9 (1) DSGVO ähnlich dem BDSG die Verarbeitung sensibler Daten. Auf die Einschränkungen dieses Verbots soll hier nicht eingegangen werden.

Die Öffnung der DSGVO im 71. Erwägungsgrund hin zu einer Art allgemeiner Bindung der Wirtschaft ähnlich dem § 28 b BDSG kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass primärer Adressat der EU Vorgaben der Bürger ist, der seinen Informations- und Auskunftsanspruch durchsetzen muss, was nach Maßgabe des 63. Erwägungsgrunds jedoch nur gilt, wenn „*die Rechte und Freiheiten anderer Personen, etwa Geschäftsgeheimnisse oder Rechte des geistigen Eigentums und insbesondere das Urheberrecht an Software, nicht beeinträchtigen*“. Im Lichte des BDSG liegt es nahe, die DSGVO so zu verstehen, dass dem Verbraucher zumindest die Grundannahmen der Algorithmus-Logik mitgeteilt werden.¹⁹⁶ Je nach Ausgang des Verfahrens vor dem BVerfG könnten sich auch die Frage nach dem Verhältnis von EU-Recht und dem Grundgesetz stellen. Selbst wenn sich die deutsche – vielleicht gar verfassungsrechtlich aufgeladene - Rechtsposition europaweit durchsetzen lassen sollte, bleibt es für eine komplexe Problematik bei unionsrechtlich bescheidenen, weil ganz auf die Kraft und das Durchsetzungsvermögen des Einzelnen abstellenden Vorgaben.

Die Konsequenzen für die behördliche Rechtsdurchsetzung sind erheblich. Zwar muss sich auch das Profiling an den Vorschriften der DSGVO über die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten messen lassen. Nach Art. 58 Abs. 1a) DSGVO haben die Datenschutzbehörden auch die Aufgabe, insoweit die Anwendung dieser Verordnung zu überwachen und durchzusetzen. Dies betrifft die Grundsätze für die Datenverarbeitung, wie sie im II. Kapitel der DSGVO (Art. 5 bis 11) geregelt sind. Nicht eindeutig ist, ob die Überwachungspflicht auch für die eingesetzten Algorithmen gilt, die nur bei den Rechten der Betroffenen im III. Kapitel erwähnt werden und dann auch nur in den Erwägungsgründen, die nicht in Rechtskraft erwachsen. Selbst wenn eine solche Pflicht bestünde, fehlt es an einheitlichen Maßstäben, an denen sich die Behörden orientieren könnten.

Der SVRV stellt fest, dass die in der Datenschutzgrundverordnung vorhandenen rudimentären Ansätze zur Regulierung von Algorithmen nicht ausreichen und selbst hinter den Standard des § 28 b Bundesdatenschutzgesetz zurückfallen.

3. Zu den drei Optionen eines regulatorischen Ansatzes

Der SVRV stellt fest, dass für den Gesetzgeber theoretisch drei Möglichkeiten der Regulierung bestehen,

¹⁹⁵ Vgl. unter Teil V, III. 4.

¹⁹⁶ Schmechel, (*op. cit.* Fn 16) unter Berufung auf Paal, *Beck'sche Kompakt Kommentare Datenschutz-Grundverordnung*, Paal/Pauly (Hrsg.), C.H.Beck Verlag 2017, Rn. 31 zu Art. 13 DSGVO.

- **proaktiv – legality by design: der Gesetzgeber verpflichtet die Unternehmen, zwingende rechtliche Vorgaben in die Entwicklung von Algorithmen zu integrieren;**
- **reaktiv: der Gesetzgeber beschränkt sich auf die Verpflichtung, dass Unternehmen in der Ausarbeitung von Algorithmen das Recht einhalten (was eigentlich selbstverständlich ist) und konzentriert sich auf eine ex post Kontrolle;**
- **Mittelweg: der Gesetzgeber erlässt eine Rahmengesetzgebung, die zwingende staatliche Vorgaben mit Selbstregulierung verbindet.**

Diese werden im Folgenden kurz skizziert und bewertet.

4. Zur fehlenden Übertragbarkeit der technischen Regulierung

Soweit der Gesetzgeber *proaktiv* handeln will, läge es im Lichte von 100 Jahren Erfahrung nahe, die Wirtschaft an die Einhaltung der Regeln der Technik zu binden. In der Produktsicherheitsregelung ist folgender Dreiklang gesetzgeberisch und verfassungsrechtlich¹⁹⁷ etabliert: die allgemein anerkannten Regeln der Technik, der Stand der Technik, der Stand von Wissenschaft und Technik.¹⁹⁸ Schon auf den ersten Blick ist offensichtlich, dass der deutsche Gesetzgeber in § 28 b BDSG die Messlatte hoch angesetzt hat. Die Kreditinstitute müssen wissenschaftlich gesicherte Methoden zugrunde legen, nicht nur solche, die allgemein anerkannt und allgemein praktiziert werden, sondern solche, die sich an gesicherten wissenschaftlichen Standards messen lassen. Im Rahmen dieses Dreierschrittes hat sich ein Standard definiert – allgemein anerkannte Regeln der Technik für den Bereich der Konsumgüter, Stand der Wissenschaft und Technik für Arzneimittel. Soweit die Produkte einer Vormarktkontrolle unterliegen, die von staatlichen Behörden ausgeübt wird, sind diese verpflichtet, bei der Zulassung die Kompatibilität mit den zwingenden staatlichen Vorgaben zu überprüfen. Soweit eine solche Vormarktkontrolle fehlt, was bei allen technischen Konsumgütern aus guten Gründen der Fall ist, stellen entweder die Hersteller selbst oder autorisierte Zertifizierungsstellen die Überstimmung des Produkts mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik fest. Bezugspunkt für die Beurteilung sind in der Regel technische Normen, die von deutschen Normungsinstituten oder von den europäischen Normungseinrichtungen erarbeitet wurden. Innerhalb der EU sichert die Selbst- oder Dritt Zertifizierung den Herstellern (oder Importeuren) Zugang zum Binnenmarkt. Die Hersteller sind jedoch nicht verpflichtet, sich an den technischen Normen zu orientieren. Sie können den gesetzlich festgelegten Sicherheitsstandard auch durch alternative Methoden sicherstellen. Korrekturen erfolgen über das Haftungsrecht. Führen die Produkte zu Schäden, trotz Einhaltung der Standards, können die Gerichte, soweit sich dies als gerechtfertigt erweist, die Hersteller haftungsrechtlich in die Pflicht nehmen.

Übertragen auf die Digitalisierung könnte der Gesetzgeber zwingende Standards für die Ausarbeitung von Algorithmen festlegen. Denkbar wäre z.B. Art. 9 DSGVO – das Verbot und die Ausnahmen für die Verarbeitung sensibler Daten – in diesem Sinne umzuformulieren. So einfach und überzeugend eine solche Regelung auch scheinen mag, würde sie bestenfalls Fragen *automatischer* Programmierung durch Software-Agenten lösen, nicht jedoch die Programmierung durch *autonome* Software-Agenten. Insoweit kann die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben nur sichergestellt werden, wenn sie nicht nur in den Quellcode eingearbeitet werden, sondern auch bei jeder autonomen Veränderung automatisch mit berücksichtigt werden. Dazu müssten Rechtsregeln mit der Logik des „Code“ kompatibel

¹⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 8. August 1978 – 2 BvL 8/77.

¹⁹⁸ Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, (Heymanns Verlag, 1982),

Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier, „Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft“, (1988), *Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik*, Band 2, S. 523.

gemacht werden, der nur ja oder nein kennt, mit vage gefassten rechtlichen Generalklauseln jedoch nicht umgehen kann (z.B. „guter Glaube“ oder „gute Sitten“).

Überall auf der Welt sitzen Forscherteams an der Arbeit, die die Möglichkeiten eines *legality by design* erforschen. Die Meinungen über die Machbarkeit gehen auseinander. Konsequenz zu Ende gedacht, würde vollständige Kompatibilität verlangen, das Recht auf ja oder nein zu reduzieren und in die Ja/Nein Logik die Rechtsrealität zu integrieren. *Legality by Design* müsste so konzipiert sein, dass sich sämtlich mögliche Fallkonstellationen in Ja/Nein herunterbrechen ließen. Man könnte auch daran denken, in einen Algorithmus eine Option einzubauen, dass bei Unsicherheiten in der Realitätsbewältigung ein kompetenter Mensch eingeschaltet werden muss. Hier ist noch ein erheblicher Forschungsbedarf erkennbar. Es ist derzeit offen, ob eine solche Kompatibilität sich überhaupt technisch herstellen lässt.

Tatsächlich lässt sich im Verbraucherrecht auf der Normsetzungsebene die Tendenz zu Generalklauseln beobachten. Nicht zuletzt der Einzug des sozialen Schutzgedankens, des Schutzes des Schwächeren im Recht, hat die Zahl der Rechtsregeln, die die Parteien eines Vertrages an die Grundsätze des guten Glaubens, der guten Sitten und weniger spektakulär, an die Einhaltung vernünftiger und adäquater Regeln binden, exponentiell zugenommen. Dem politisch gewollten Maß an mehr Schutz in privaten Rechtsbeziehungen steht der Verlust an Rechtssicherheit entgegen. Immerhin ließe sich der Funktionslogik der Algorithmen insofern eine positive Seite abgewinnen als der Gesetzgeber gezwungen wäre, deutlicher als bisher zwischen einschränkungslos geltenden Verboten und solchen, die an vernünftige Maßstäbe gebunden sind, zu unterscheiden. Die Entwicklung schwarzer Listen im Lauterkeits- und im AGB-Recht, aber auch einschränkungslos geltende Diskriminierungsverbote legen für die Entwicklungsmöglichkeiten einer modernisierten Verbrauchergesetzgebung Zeugnis ab.¹⁹⁹ Selbst wenn sich eine Umorientierung im Verbraucherrecht durchsetzen ließe, bliebe immer noch eine Vielzahl von Regeln, bei denen schon die Norm selbst wegen der generalklauselartigen Formulierung einen erheblichen Interpretationsspielraum belässt. Neben erheblichen Zweifeln an der Verarbeitung komplexer Rechtsrealitäten, zielt die Kritik an der Machbarkeit der Umsetzung von Recht in Algorithmen vor allem auf die kaum vorstellbare Übersetzung von Generalklauseln in eine mathematische Programmiersprache.

Der SVRV stellt fest, dass die Regulierung von Algorithmen nicht mit den Mitteln und Techniken zur Regulierung von Industrieprodukten bewältigt werden kann.

5. Zu den Defiziten und Konsequenzen einer reaktiven Kontrolle

Die derzeitige Realität ist von einer rein *reaktiven* Kontrolle bestimmt. Die Unternehmen der digitalen Wirtschaft nutzen den Freiraum liberaler Marktgesellschaften, um eigenständig und eigenverantwortlich Algorithmen zu definieren. Inwieweit die existierenden Algorithmen die Vorgaben des geltenden Verbraucherrechts und des Diskriminierungsrecht beachten, um nur diese beiden Rechtsgebiete zu nennen, entzieht sich weitestgehend einer wie immer gearteten Kontrolle *ex post factum*. Der Grund ist schlicht: potenziell rechtswidrige Ergebnisse sind nur für den jeweiligen Adressaten zu erkennen, und auch das nur theoretisch.

Will man gleichwohl eine bloße *ex post* Kontrolle befürworten, bedürfte es zweierlei: (1) der Existenz einer Digitalagentur, die über die notwendigen technischen und rechtlichen Ressourcen verfügt, um die Vereinbarkeit von Recht und Technik überprüfen zu können und (2) einer Verpflichtung zur Offenlegung des Algorithmus mit allen seinen autonomen Modifikationen an einen geschlossenen Kreis von staatlichen Kontrolleuren.

Auf die Notwendigkeit einer Digitalagentur, gänzlich unabhängig von der Existenz eines Algorithmengesetzes, wird gesondert eingegangen.²⁰⁰ Jedenfalls ist es keine ernsthafte Option, die Dinge wie bisher einfach laufen zu lassen und auf die Selbstverantwortung der

¹⁹⁹ In diese Richtung weist das für den SVRV erstellte Gutachten von Rott, (op. cit. Fn 157).

²⁰⁰ Teil V.

Wirtschaft bzw. auf die selbstregulierende Kraft des Wettbewerbs zu vertrauen, ohne Registrierpflicht und ohne Pflicht zur Offenlegung der Algorithmen. Angesichts der Dimension der gesellschaftlichen Veränderungen, nicht nur der Wirtschaft, und den potenziellen Auswirkungen auf die Menschen, scheidet ein rein reaktives Vorgehen der Politik aus.

Der SVRV ist der Überzeugung, dass ein „Weiter so“ politisch keine ernsthafte Option ist. Die Politik ist aufgerufen, von der de facto praktizierten ex post Kontrolle Abstand zu nehmen und nach einer Regulierung zu suchen, die den Besonderheiten der Algorithmen gerecht wird.

6. Zu den begrenzten Möglichkeiten der Ko-Regulierung

Zwischen den beiden Extremen Vormarkt- und Nachmarktkontrolle lassen sich Verknüpfungsversuche von staatlicher und privater Regulierung verorten. Unausgesprochen liegt allen Überlegungen die Vorstellung zugrunde, dass sich Algorithmen ähnlich in den Griff bekommen lassen, wie die Gesundheits- bzw. Sicherheitsrisiken von Konsumgütern und den Maschinen und der Technik, die in der Produktion von Gütern eingesetzt werden.

Einen sorgfältig ausgearbeiteten Vorschlag für eine Ko-Regulierung haben G. Spindler und Ch. Thorun in ihrem Gutachten für die „Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.“ vorgelegt.²⁰¹ Der Grundgedanke ist, dass der (deutsche) Gesetzgeber eine Rahmengesetzgebung erlässt, die Mindestanforderungen hinsichtlich der Standardsetzung (klare Zielvorgaben, partizipativer Ansatz, Beschlussfassung, Transparenz, Finanzierung, kein Copyright der Normungsorganisation) sowie hinsichtlich der Durchsetzung der Standards (verbindliche Verpflichtungserklärung, Monitoring, Beschwerdemechanismen, Sanktionen) enthält.²⁰²

Spindler/Thorun diskutieren die Ko-Regulierung selbst nicht, um die Risiken automatisierter und selbstlernender Algorithmen durch Software-Agenten einzufangen. Sie testen ihren Vorschlag in vier Bereichen aus: Datenschutz, Unlauterer Wettbewerb, IT-Sicherheit, Haftungsrecht bzw. Telemedienrecht mit Bürgerlichem Recht und Nebengebieten (insbesondere Verbraucherschutzrecht). Ohne das Potenzial der Ko-Regulierung für die vier Bereiche von vornherein in Frage zu stellen, überwiegt allerdings die Skepsis an der Übertragbarkeit des von *Spindler/Thorun* vorgeschlagenen Modells auf die Regulierung von Algorithmen.

Schon die Versuche der EU, sich das eingespielte System von staatlicher Rahmensetzung und privater Standardsetzung für Dienstleistungen zu Nutze zu machen, erwiesen sich weitgehend als Fehlschlag. Mag man insoweit noch einwenden, dass es EU-weit an einer europäischen Gesetzgebung zur Standardisierung von Dienstleistungen fehlt,²⁰³ kommt in der digitalen Welt hinzu, dass schwer erkennbar ist, warum sich die digitale Wirtschaft freiwillig auf die Setzung von Standards einlassen sollte, die mehr sein könnten als allgemeine Leitlinien oder vielleicht Codes of practices. Die digitale Wirtschaft ist dynamisch, ständig tauchen neue Geschäftsmodelle auf, die regelmäßig mit Algorithmen verknüpft sind. Standardsetzung hat jedoch etwas Statisches. Private Standardsetzung tendiert dazu, Vergangenes festzuschreiben, jedenfalls insoweit als Standards Produkte umschreiben. Nimmt man als Beispiel die Health Apps,²⁰⁴ so stellt sich die Frage, warum die Firmen, die

²⁰¹ Vgl. <https://sriw.de/images/pdf/Spindler_Thorun-Eckpunkte_digitale_Ordnungspolitik_final.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.11.2016), zwischenzeitlich veröffentlicht unter Spindler/Thorun, „Die Rolle der Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft: Handlungsempfehlung für eine digitale Ordnungspolitik“, (2016), *MultiMedia und Recht Beilage*, Heft 6, S.1-28.

²⁰² In die identische Richtung zielt das Editorial von Busch, „Towards a ‘New Approach’ in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market“, (2016), *Journal of European Consumer and Market Law*, Volume 5, S. 197-232, S. 197.

²⁰³ Van Leeuwen, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law Paradoxes of Convergence*, (Bloomsbury 2017).

²⁰⁴ Adam/Micklitz (op. Cit Fn 78).

diese Leistungen anbieten, miteinander kooperieren sollten. Ihr wesentliches Geschäftsziel besteht ja gerade darin, sich von potenziellen Wettbewerbern abzusetzen. Die industrielle Welt der Produkte ist hingegen auf Standardsetzung angewiesen, weil sonst ihre Produkte nicht miteinander kompatibel sind. Dies gilt umso mehr als die Übersetzung des Rechts in die Sprache des Codes eine ganz erhebliche Investition bedeutet, an der vor allem ein öffentliches Interesse besteht.

Der SVRV hält fest, dass die vielerorts proklamierte Ko-Regulierung in Form einer prozeduralen staatlichen Rahmengesetzgebung für die Regulierung von Algorithmen modifiziert werden muss.

7. Zur Notwendigkeit eines Algorithmengesetzes

Der SVRV sieht einen dringenden politischen Handlungsbedarf, um die Autonomie der Verbraucher und ihre Würde in der digitalen Welt zu wahren. Der Einsatz von Algorithmen und die absehbare Weiterentwicklung selbstlernender Algorithmen in einer ständig sich weiter vernetzenden Welt berühren tief verwurzelte ethische Grundsätze unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens. Die deutsche Politik steht in der Verantwortung, sich dieser Herausforderung zu stellen. Es ist keine ernsthafte Alternative, die Dinge einfach wie bisher der Wirtschaft zu überlassen, die in ihren innovativsten Teilen zudem außerhalb Deutschlands angesiedelt ist. Handlungsbedarf besteht jetzt. In einer idealen Welt wäre das Forum für die Suche nach einer adäquaten Lösung die Europäische Union oder vielleicht besser noch die OECD und die Vereinten Nationen. Die Notwendigkeit zum Handeln kann nicht beliebig hinausgeschoben werden.

Der SVRV empfiehlt,

- (1) dass durch rechtliche Vorgaben sichergestellt werden muss, dass Algorithmen die Vorgaben des Verbraucherrechts, des Datenschutzrechts, des Anti-Diskriminierungsrechts und der digitalen Sicherheit berücksichtigen. Die zugrundeliegenden Parameter sind bei Algorithmen mit direktem Verbraucherkontakt transparent zu machen. Auch bei selbst-lernenden Algorithmen muss die rechtliche Verantwortlichkeit zuzuordnen sein und geltende Regelungen zum Konsumentenschutz müssen gewahrt bleiben;**
- (2) dass Algorithmen durch standardisierte Offenlegungspflichten einem Kreis von Experten der Digitalagentur offengelegt werden, die per Stichprobe die rechtliche Unbedenklichkeit überprüfen. Hierzu sind standardisierte Verfahren des Software Engineering zu entwickeln;**
- (3) daneben die Unternehmen zur Ausarbeitung eines Code of Conduct über die Verwendung von personenbezogenen Daten, künstlich Intelligenter Systeme und der Big Data Analyse aufzufordern**

8. Zur Kompetenzproblematik

Ein wohl absehbarer Konflikt mit der EU liegt in der Datenschutzgrundverordnung, die auf eine Vollharmonisierung abzielt. Die zitierten Informations- und Auskunftsansprüche der Art. 9, 13, 15 DSGVO rechtfertigen eine eventuelle Argumentation der Europäischen Kommission nicht, dass die DSGVO keinen Spielraum für die Ausarbeitung eines nationalen Algorithmengesetzes ließe. Weitreichender ist Art. 40 DSGVO und die dazu gehörige Formulierung im Erwägungsgrund 72:

Art. 40 Verhaltensregeln

- (1) Die Mitgliedstaaten, die Aufsichtsbehörden, der Ausschuss und die Kommission fördern die Ausarbeitung von Verhaltensregeln, die nach Maßgabe der Besonderheiten der einzelnen Verarbeitungsbereiche und der besonderen*

Bedürfnisse von Kleinunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen zur ordnungsgemäßen Anwendung dieser Verordnung beitragen sollen.

(2) Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, können Verhaltensregeln ausarbeiten oder ändern oder erweitern, mit denen die Anwendung dieser Verordnung beispielsweise zu dem Folgenden präzisiert wird a) faire und transparente Verarbeitung ...

(5) Verbände und andere Vereinigungen gemäß Absatz 2 des vorliegenden Artikels, die beabsichtigen, Verhaltensregeln auszuarbeiten oder bestehende Verhaltensregeln zu ändern oder zu erweitern, legen den Entwurf der Verhaltensregeln bzw. den Entwurf zu deren Änderung oder Erweiterung der Aufsichtsbehörde vor, die nach Artikel 55 zuständig ist. Die Aufsichtsbehörde gibt eine Stellungnahme darüber ab, ob der Entwurf der Verhaltensregeln bzw. der Entwurf zu deren Änderung oder Erweiterung mit dieser Verordnung vereinbar ist und genehmigt diesen Entwurf der Verhaltensregeln bzw. den Entwurf zu deren Änderung oder Erweiterung, wenn sie der Auffassung ist, dass er ausreichende geeignete Garantien bietet.

(9) Die Kommission kann im Wege von Durchführungsrechtsakten beschließen, dass die ihr gemäß Absatz 8 übermittelten genehmigten Verhaltensregeln bzw. deren genehmigte Änderung oder Erweiterung allgemeine Gültigkeit in der Union besitzen. Diese Durchführungsrechtsakte werden gemäß dem Prüfverfahren nach Artikel 93 Absatz 2 erlassen.

*Erwägungsgrund 72: Das Profiling unterliegt den Vorschriften dieser Verordnung für die Verarbeitung personenbezogener Daten, wie etwa **die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung oder die Datenschutzgrundsätze** (Hervorhebung SVRV). Der durch diese Verordnung eingerichtete Europäische Datenschutzausschuss (im Folgenden „Ausschuss“) sollte, diesbezüglich Leitlinien herausgeben können.*

Angesichts der offenen Formulierung in Art. 40 DSGVO und im Erwägungsgrund 72, verbunden mit der Tatsache, dass die DSGVO auch mathematische und statistische Verfahren der Profilierung erfasst, erscheint der Gedanke nicht fern, dass die Mitgliedstaaten die Regelungskompetenz für die rechtliche Regulierung von Algorithmen an die Union abgegeben haben. Dies betrifft jedenfalls den Bereich Datenschutz. Ein Algorithmengesetz zielt jedoch weit über die Formulierung von bloßen Datenschutzgrundsätzen hinaus. Im Kern geht es um die digitale Wirtschaftsordnung und die digitale Gesellschaftsordnung, für die die EU kein Mandat hat. Die EU kann nicht über die „Hintertür“ der datenschutzrechtlichen Regelung derart weit in die Zukunft der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung der Mitgliedsstaaten eingreifen und derart weitreichende Kompetenzen für sich reklamieren.

Vorbehaltlich einer näheren Untersuchung geht der SVRV davon aus, dass die Kompetenz zur Ausarbeitung eines Algorithmengesetzes trotz der vollharmonisierten Datenschutzgrundverordnung in den Händen der Mitgliedstaaten verblieben ist.

Teil V. Digitalagentur – Verankerung, Aufgaben, Kompetenzen

Schon im Recht der digitalen Dienstleistungen zeigen sich Defizite, die mit der vorhandenen institutionellen Struktur nicht zu bewältigen sind. Problematisch ist zum einen das Vertrauen des Gesetzgebers in die Verbraucher selbst und zum anderen in die Verbände, die mit Hilfe des Vertragsrechts, des AGB-Rechts und des UWG den Herausforderungen der digitalen Welt begegnen sollen. Die diesjährige Verbraucherrechtstagung²⁰⁵ hat in aller Deutlichkeit die Notwendigkeit untermauert, die vorhandene verbandliche Struktur um eine zweite Säule zu ergänzen. Thema des Verbraucherrechtstages war nicht die digitale Wirtschaft, sondern der Umgang und die Schlussfolgerung mit möglichen Durchsetzungsdefiziten. Nach Lage der Dinge hat es den Anschein, als ob die Verbraucherrechtsdurchsetzung beim Bundeskartellamt angegliedert werden könnten.²⁰⁶

In der digitalen Welt verschärfen sich die Durchsetzungsdefizite. Hier liegt ein weiterer Grund, der den Ausbau des Bundeskartellamtes rechtfertigt. Mit Blick auf die Rolle der Software-Agenten, die Regulierung durch den Code, sowie Big Data und Profiling hat die Zukunft vor allem die wissenschaftlichen Kompetenzdefizite im Blick, welche auf der Seite des Staates bestehen und den Herausforderungen der künstlichen Intelligenz begegnen können.

I. Kompetenz- und Rechtsdurchsetzungsdefizite

Kompetenzdefizite und Rechtsdurchsetzungsdefizite sollten streng voneinander getrennt werden. Kompetenzdefizite existieren auf staatlicher Seite, weil es keine Instanz gibt, in der die vielfältigen Aktivitäten deutscher Ministerien gebündelt und systematisiert werden. Rechtsdurchsetzungsdefizite verweisen auf die der digitalen Welt inhärenten Schwierigkeiten, den geltenden gesetzlichen Regeln zur Geltung zu verhelfen. Aus Verbrauchersicht geht es vor allem um das Lauterkeitsrecht, das AGB-Recht und das Anti-Diskriminierungsrecht.

Die bestehenden wissenschaftlichen Kompetenzdefizite in der neuen Welt der Software-Agenten, selbstlernender Algorithmen, Big Data und Profilierung, liegen auf der Hand.²⁰⁷ Im Kern geht es um den Aufbau von technischer Kompetenz durch und mit staatlichen Agenturen, um die Politik in einen Zustand zu versetzen, in welchem sie sich proaktiv in die weitere Entwicklung der digitalen Welt einschalten kann. Dies kann nur gemeinsam mit der Wissenschaft und der Wirtschaft gehen. Die Entwicklung eines Algorithmengesetzes ist vielleicht eine der großen Herausforderungen der nächsten Jahre. Doch bestehen noch große Unsicherheiten über die Entwicklung der künstlichen Intelligenz und vor allem über die Frage, ob und gegebenenfalls wie Programmiersprache und Rechtssprache miteinander verzahnt werden können. Aus der Sicht des SVRV besteht dringender politischer Handlungsbedarf, diese Lücke zu schließen. Dabei können ausländische Vorbilder herangezogen werden. In der Großen Koalition lässt sich die Bereitschaft zum Ausbau des Bundeskartellamtes – nicht nur in Bezug auf den Umbau zu einer Verbraucherbehörde, sondern auch unter Einbeziehung der Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft – erkennen. Diese Aufgabe kann nur gelingen, wenn sich das Bundeskartellamt neben der Rechtsdurchsetzung auch den in der Forschung offenen Fragen zuwendet und eine wissenschaftlich kompetente Politikberatung leistet. Hierzu müssen die notwendigen Ressourcen bereitgestellt werden.

Das zweite große Themenfeld bilden die Rechtsdurchsetzungsprobleme, die sich in der Welt der digitalen Wirtschaft weiter verschärfen. Die Schlagworte sind: Umgehung bestehender Regelungen, Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt, Individualisierung der Rechtsdurchsetzung, Zeitverschiebung zwischen gerichtlichen

²⁰⁵

http://www.bmjjv.de/DE/Ministerium/Veranstaltungen/Verbraucherrechtstage/Verbraucherrechtstage_node.html (zuletzt abgerufen am 28.11.2016).

²⁰⁶ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.11.2016.

²⁰⁷ Siehe dazu Teil IV des Gutachtens.

Entscheidungen und aktuell notwendiger Problemlösung und die oftmals grenzüberschreitende Dimension der Verbraucherprobleme, die ein Zusammengehen mit den Institutionen anderer Mitgliedstaaten notwendig macht.

Einige Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft funktionieren online besonders gut, weil sie analoges Recht umgehen (können). Robo-Advisor entgehen der Aufsicht der BaFin, Health Apps bieten nicht die visuellen Strukturen für die Einhaltung von Verbraucherschutzrecht und telemedizinische Projekte bewegen sich häufig in einer rechtlichen Grauzone. Um die Regelungslücken zu schließen, würde eine umfassende Aufgreifzuständigkeit Abhilfe schaffen. Die Rechtsdurchsetzung in der digitalen Wirtschaft ist schwieriger geworden: das liegt zum einen an der „Entterritorialisierung“ des Rechts im (globalisierten) Internet. Es liegt aber auch an der Möglichkeit, mit Hilfe von Algorithmen Werbung, Angebote, Preise und letztlich Verträge scheinbar individuell zu gestalten, obwohl sich hinter der Individualisierung eine Diskriminierung verbergen mag. Diese Diskriminierung hat nicht notwendig ein bestimmtes Individuum im Blick, sondern eine Gruppe von Individuen, die bestimmte, über Algorithmen determinierte Merkmale aufweisen. Aufdecken lassen sich diese Phänomene, wenn überhaupt, mit Hilfe einer staatlichen Instanz, die Unternehmen zur Offenlegung von Daten und zur Auskunft verpflichten kann.

Angesichts der Dimension der Probleme, die die digitale Welt aufwirft, kann nicht wie bisher auf die Verbraucher vertraut werden, die ihre Rechte individuell wahrnehmen und die vor Gerichten jahrelang um ihre Rechte kämpfen. Das politische Gewicht individueller Ansprüche, selbst wenn sie wie bei *Schrems* zu einem spektakulären Erfolg führen,²⁰⁸ hat nur eine begrenzte punktuelle Bedeutung und hilft nicht dem Kollektiv der Verbraucher. Hinzu tritt die Zeitverzögerung. Brennende Fragen sind durch Gerichte noch nicht geklärt.²⁰⁹ Die wenigsten der Geschäftsmodelle der Plattformen sind bislang in Kontakt mit staatlichen Durchsetzungsinstitutionen (Gerichten oder Behörden) gekommen. Man denke nur an die personalisierte Werbung und/oder die personalisierte Information.

Die privaten Verbraucherschutzverbände sind zur Rechtsdurchsetzung als alleinige Institution nicht in der Lage wie eine staatliche Behörde, der gegenüber die Unternehmen im Rahmen der dieser Behörde übertragenen Kompetenzen zur Offenlegung von Informationen verpflichtet sind, zu agieren. Hinzu tritt die Schwierigkeit, dass im transnationalen Kontext typischerweise staatliche Behörden mit der Rechtsdurchsetzung betraut sind, die sich untereinander austauschen und miteinander kooperieren.²¹⁰ Das gesamte EU Recht ist auf die Durchsetzung des Verbraucherrechts durch Behörden zugeschnitten. Nicht nur die von der EU forcierten sektoralen Behörden für regulierte Märkte, sondern auch die Ausrichtung der Rechtsdurchsetzung im grenzüberschreitenden Kontext haben die Gewichte innerhalb der Verantwortlichkeiten sukzessive verschoben.

Umgekehrt bieten sich über die Einschaltung von Plattformen in die alternative Streitbeilegung Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung, die nur von einer Behörde verantwortet werden können. Da mittelfristig über die Plattform alle Streitigkeiten laufen werden, lässt sich relativ einfach herausfiltern, wer diejenigen sind, die sich beschweren, wo sie herkommen, worüber sie sich beschweren, den Gegenstand, aber auch den Beschwerdegrund, fehlerhafte Information, fehlerhafte Aufklärung, fehlerhafte Beratung, sowie den Beschwerdegegner. So wird ein Datenpool geschaffen, aus dem sich sekundenschnell und punktgenau ermitteln ließe, welche Bank beispielsweise die meisten Beschwerden aus welchem Land von welchen Verbraucher generiert. Nicht nur der Streitschlichtungsmechanismus, auch der Beschwerdemechanismus und das Beschwerdemanagement der zuständigen Institutionen kann digitalisiert werden. Bei der BaFin lassen sich schon heute elektronische Verbraucherbeschwerden einlegen, die sich in

²⁰⁸ Case C-362/14, Maximilian Schrems v. Data Protection Officer, EU:C:2015:650.

²⁰⁹ Adam/Micklitz (op. Cit Fn 78).

²¹⁰ Nachweise zu Ausländischen Vorbildern unter Teil V. II.

einem solchen Sinne auswerten lassen.²¹¹ In Brasilien wird vom zuständigen Justizministerium aus den Beschwerden eine elektronische Datenbank erstellt. Jedes Jahr veröffentlicht das Ministerium eine Hitliste mit den Unternehmen, die am schnellsten oder verbraucherfreundlichsten reagiert haben.²¹² In Deutschland und in Europa sind bei derartigen Denkmodellen die Datenschutzregeln zu beachten, sowie die engen Grenzen, in denen die Verantwortlichen der „führenden“ Unternehmen genannt werden könnten. Datenschutz tritt in Konflikt mit effizientem Verbraucherschutz. Dies ist zwar keine neue Erkenntnis, aber eine, die im Zeitalter der Digitalisierung Dimensionen erreicht, wie sie bislang nicht vorstellbar waren.

Eine staatliche Behörde, die die notwendigen digitalen Kompetenzen einbringen kann und die sich aktiv in den Schutz der kollektiven Interessen der Verbraucher einschaltet, wäre ein entscheidender und zentraler Schritt, der in Deutschland überfällig ist. Dazu muss zweierlei gewährleistet sein: die Bereitstellung wissenschaftlicher Kompetenz zur Bewältigung der Fragen der digitalen Welt und die Existenz ausreichender Befugnisse, die der staatlichen Agentur die Möglichkeit geben, Praktiken zu unterbinden und Verbrauchern zur Schadenskompensation verhelfen. Der Vorschlag der EU zur Änderung der Verordnung 2006/2004 bietet für den Kompetenzkatalog entscheidende Anregungen.

II. Ausländische Vorbilder

Soweit ersichtlich gibt es für eine Digitalagentur einige Vorbild in der wesentlichen Welt. Am weitesten fortgeschritten scheint die Entwicklung in den Vereinigten Staaten und in Großbritannien.²¹³ Beiden ist gemein, dass die Thematik in die bereits existierenden Aufsichtsinstitutionen integriert wurde. Soweit bekannt, gibt es weltweit keine Digitalagentur als autonome und unabhängige Behörde.

In den USA ist die Thematik bei der Federal Trade Commission (FTC) angesiedelt, die aus drei Teilen besteht: Bureau of Competition, Bureau of Consumer Protection, und das Bureau of Economics. Die FTC ist als unabhängige Behörde mit weitreichenden Ermittlungs- und Regulierungsbehörden ausgestattet. Ursprünglich mit der Kontrolle des Wettbewerbs betraut, wurde der FTC im Zuge des Aufstiegs der Verbraucherpolitik in den letzten 60 Jahren auch der Verbraucherschutz übertragen. Innerhalb des Bureaus of Consumer Protection bestehen acht Abteilungen: Division of Privacy and Identity Protection (überwacht u.a. den Children's Online Privacy Protection Act), Division of Advertising Practices, Division of Consumer and Business Education, Division of Enforcement, Division on Marketing Practices (kämpft u.a. gegen high-tech/internet Betrug), Division of Consumer Response and Operation, Division of Financial Services sowie die Division of Litigation Technology and Analysis. Für unseren Kontext einschlägig, ist die Division of Litigation Technology and Analysis. Sie hat eine Schlüsselposition inne, wenn es um die Untersuchung und die Behandlung von Verbraucherfragen geht, bei denen die neuen Technologien im Vordergrund stehen.²¹⁴ Die Abteilung besteht aus sieben Einheiten: Digital Forensic Unit, E-Discovery Unit, Forensic Accountants, Honors Paralegals, Mobile/Internet Lab, Office of Technology Research and Investigation, Technology Planning.

Das Office of Technology Research and Investigation (OTech) wurde 2015 als Nachfolge der FTC's Mobile Technology Unit (MTU) geschaffen, die sich auf die Verbraucherfragen rund um die explosive Verbreitung des Mobilfunk kümmerte. MTU startete eine Reihe von

²¹¹ Für den Bereich Banken <<https://www.bafin.buergerservice-bund.de/bank.aspx>> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016).

²¹² <www.consumidor.gov.br> (zuletzt abgerufen am 20.10.2016).

²¹³ Grundsätzlich zu den Aufgaben Rott, *Rechtsvergleichende Aspekte der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherschutz*, Gutachten für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Az. V B1-7008-3-3-52 24/2016.

²¹⁴ <<https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-consumer-protection/our-divisions/division-litigation-technology>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

Untersuchungen, unter anderem zu mobilen Einkäufen,²¹⁵ Health Apps,²¹⁶ oder zum ‚mobile cramming‘, d.h. Marktpraktiken, bei denen dem Verbraucher Zusatzleistungen untergeschoben werden.²¹⁷ OTech ist breiter aufgestellt und soll das Verbraucherprofil der FTC schärfen. Das soll durch die Bereitstellung von Expertisen zur Datensicherheit, „Smart Cars“, „Smart Homes“, Transparenz von Algorithmen, neue Zahlungsmethoden, Big Data und Internet der Dinge sichergestellt werden.²¹⁸ OTech stellt technische Expertise für die FTC bereit, identifiziert und strukturiert relevante Forschungsprojekte und entwickelt neue Methoden der Verbraucherbeforschung.²¹⁹ Demnach übernimmt OTech eine Beratungsfunktion innerhalb der FTC. OTech unterstützt die FTC in ihrem Aufgabengebiet der Ermittlung relevanter Sachfragen und der Vorbereitung von Maßnahmen zur Regulierung der digitalen Wirtschaft. Bislang beschränkt sich OTech rein auf die wissenschaftliche Aufbereitung relevanter Felder der Digitalisierung.

In Großbritannien ist die Thematik bei der 2014 gegründeten Competition and Markets Authority (CMA) angesiedelt, die zwei bislang selbstständige Einrichtungen miteinander verschmelzt: das Office of Fair Trading, das mit der Kontrolle unlauterer Werbung und Allgemeiner Geschäftsbedingungen betraut war und die Wettbewerbs-(Kartellrechts-) Kommission. CMA beschäftigt 700 Personen, mit Dependancen in Schottland, Wales und Nordirland. Die CMA gliedert sich in sechs Abteilungen (Divisions): Corporate Services, Market and Merges, Enforcement, Legal Service, Policy and International, Economic Advisor. Ganz ähnlich der FTC ist die CMA mit umfangreichen Ermittlungs- und Regulierungsbefugnissen ausgestattet. Der Schwerpunkt liegt weniger auf der Regulierung als auf einer sogenannten ‚light touch‘ Politik, die von dem Versuch geprägt ist, die Eingriffe in die Wirtschaft auf ein minimales Maß zu beschränken.²²⁰ Ganz in diesem Sinne hat die CMA eine ganze Reihe von Richtlinien, Kommentaren und Stellungnahmen zur digitalen Wirtschaft erarbeitet. Aktuell liegt der Schwerpunkt auf dem sogenannten Open Banking. Hintergrund ist die neu gefasste EU Zahlungsrichtlinie. Open Banking soll es Bankkunden ermöglichen, ihre Daten mit neuen Dienstleistern zu teilen, die es dem Kunden ermöglichen, ihre Konten besser und übersichtlicher zu verwalten.²²¹ Für die Jahre 2016 und 2017 plant die CMA Projekte zu Online-Interviews, Datennutzung, Preisvergleich von Webseiten- alle geleitet von dem Versuch, den Nutzen für die Verbraucher und für die Unternehmen miteinander in Einklang zu bringen.²²²

2013 haben die Niederlande drei bislang selbstständige Behörden miteinander verschmolzen: die Competition Authority (NMA), die Post und Telecommunication Authority (OPTA) und die

²¹⁵ <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/whats-deal-federal-trade-commission-study-mobile-shopping-apps-august-2014/140801mobileshoppingapps.pdf>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²¹⁶ The most recent guidelines were conducted by FTC’s OTech together with Department of Health and Human Services’ Office of National Coordinator for Health Information Technology, Office for Civil Rights, and the Food and Drug Administration <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/04/ftc-releases-new-guidance-developers-mobile-health-apps>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²¹⁷ <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/07/ftc-recommends-mobile-industry-changes-combat-mobile-cramming>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²¹⁸ <<https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-consumer-protection/office-technology-research-investigation>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²¹⁹ <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/techftc/2015/03/booting-new-research-office-ftc>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²²⁰ Vgl. Rott, *Rechtsvergleichende Aspekte der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherschutz*, Gutachten für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Az. V B1-7008-3-3-52 24/2016.

²²¹ Im Einzelnen dazu bereits Oehler, *Digitale Welt und Finanzen. Formen des Crowdfunding: Handlungsbedarf für die Verbraucherpolitik*, SVRV Gutachten, http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/2016/10/Digitale-Welt-und-Finanzen_Crowdfunding.pdf

²²² <<https://www.gov.uk/government/consultations/competition-and-markets-authority-annual-plan-2016-to-2017>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

Consumer Authority (CA). Die neu gegründete ACM ist eine unabhängige Behörde mit weitreichenden Ermittlungs- und Kontrollbefugnissen. Sie beschäftigt mehr als 500 Personen und besteht aus sieben Abteilungen, in denen sich noch relativ stark die ursprünglich selbständigen Behörden wiederfinden lassen: Consumer Department, Energy Department, Telecommunication, Transport and Postal Services Department, Competition Department, Legal Department, Corporate Services Department, Health Care Taskforce. Die Zuordnung der Sach- und Rechtsfragen ergibt sich aus der institutionellen Verknüpfung mit der vormaligen OPTA. Das wäre so, als ob sich Deutschland dafür entscheiden würde, Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt zu verschmelzen. Das zuständige Department (Transport und Postal Services) befasst sich mit allen Fragen des Internets, Mobiltelefonen, Fernsehen, Radio und postalische Dienstleistungen, gerade auch unter Einbeziehung dessen, was im Kontext dieses Gutachtens als das Recht der digitalen Dienstleistungen bezeichnet wird.²²³

Welche Schlüsse können nun aus den ausländischen Vorbildern für die Errichtung einer Digitalagentur gezogen werden? Grundsätzlich gilt, dass sich in einem Land entwickelte Modelle nicht so ohne weiteres auf ein anderes Land übertragen lassen. Jedes Land hat eine ganz eigene Geschichte und ein ganz eigenes Verständnis entwickelt, welche Rolle und Funktion staatliche Behörden in der Regulierung der Wirtschaft einnehmen sollen. Nach dem 2. Weltkrieg hatte Deutschland im Zuge der Neuordnung der Wirtschaft ein Kartellamt geschaffen, dessen Aufgaben – anders als in den drei genannten Ländern – nicht um den Verbraucherschutz erweitert wurde. Die Entscheidung für eine verbandliche Kontrolle von Werbepraktiken und Allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte notwendig die Ausrichtung allein auf die Rechtsdurchsetzung zur Folge. Verbraucherverbände können als private Organisationen der Zivilgesellschaft nicht mit Ermittlungsbefugnissen beauftragt werden.

Mit dem Ausbau des Kartellamts zu einer Verbraucherbehörde würde Deutschland einen überfälligen Schritt vollziehen, jedenfalls wenn man den Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten oder den Vereinigten Staaten als Maßstab heranzieht. Das würde gerade auch für die institutionelle Verknüpfung der beiden Felder Kartellrecht und Verbraucherrecht gelten. Soweit es um die digitale Wirtschaft geht, ist jedoch noch mehr als in der analogen Wirtschaft, die Aufteilung in die oben diagnostizierten Kompetenz- und Rechtsdurchsetzungsdefizite zu beachten. Deutschland und deutsche Behörden haben im Unterschied zu den USA, dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden keine vergleichbare Praxis entwickelt, wissenschaftlich fundierte Stellungnahmen, Kommentare und Empfehlungen zu einzelnen Fragen des Verbraucherrechts zu entwickeln. Das scheint sich gerade im Zuge der Digitalisierung zu ändern, wie die Zusammenarbeit von BMWI und BMJV im Umgang mit Plattformen belegt. Auch die vom BMJV geförderten Marktwächter „Digitale Welt“ und „Finanzmarktwächter“ weisen in diese Richtung. Sie beobachten den Markt, erfassen und werten auf empirischer Basis Verbraucherbeschwerden aus, analysieren sie und machen systematische Fehlentwicklung am Markt unter anderem auch durch gezielte wissenschaftlich basierte Untersuchungen sichtbar. Die Marktwächter informieren frühzeitig die zuständigen Aufsichtsbehörden – wie beispielsweise die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) oder die Bundesnetzagentur (BNetzA) – aber auch die Öffentlichkeit über ihre Ergebnisse.²²⁴ Die Marktwächter allein können aber das bereits näher beschriebene Defizit nicht auffangen.

Sollte der Umbau des Bundeskartellamtes vollzogen werden, so ist vor allem sicherzustellen, dass die notwendige Expertise im Bereich der digitalen Welt bereitsteht, nicht nur um das Verbraucherrecht in der digitalen Wirtschaft durchzusetzen, sondern auch, um Expertisen in neuen Sach- und Problemfeldern erstellen zu können, die die Politik in der Entscheidungsfindung unterstützen. Vieles spräche dafür, im BKartA eine dritte Säule einzuziehen oder jedenfalls eine eigene Abteilung zu schaffen, die zudem den Vorteil hätte,

²²³ <<http://wetten.overheid.nl/BWBR0020586/2016-08-11#Hoofdstuk1>> (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

²²⁴ Weitere Informationen zu den Marktwächtern unter <<http://www.marktwaechter.de/>>.

dass die Fragen der digitalen Wirtschaft übergreifend behandelt werden. Jedenfalls aber sollte nach amerikanischem Vorbild eine eigene Abteilung geschaffen werden, die in ihrem Aufgabengebiet getrennt von den beiden Säulen Kartellrecht und Verbraucherrecht operieren kann. Hier bleiben auch Großbritannien und die Niederlande hinter den USA zurück. Jenseits einer formalen institutionellen Verselbständigung eröffnet der Vergleich den Blick für ein weiteres bemerkenswertes Phänomen, das weniger mit der Digitalisierung der Wirtschaft als mit I-Government zu tun. Gerade in den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich fällt auf, dass die CMA und die ACM sich im Internet weniger über Organigramme und Zuständigkeiten präsentieren als über Personen und ihre fachlichen Kompetenzen, gerade für den Bereich der Digitalisierung.

III. Lösungsoptionen: zur Notwendigkeit einer Digitalagentur

Im Recht der Digitalen Dienstleistungen existiert ein *Rechtsdurchsetzungsproblem*. In der Welt der Software-Agenten, der Regulierung durch den Code und Big Data existiert zuvorderst das Problem fehlender staatlich gebündelter Sachkompetenz. Den Rechtsdurchsetzungsproblemen der digitalen Dienstleistungen lässt sich mit einem verbesserten Individualrechtsschutz und mit dem Umbau des Bundeskartellamts zu einer Verbraucherschutzbehörde zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes begegnen. Hierzu hat der SVRV Vorschläge unterbreitet (II. 7. zur individuellen Rechtsdurchsetzung, II: 8. zur kollektiven Rechtsdurchsetzung). Um den wirklich großen Herausforderungen der digitalen Welt, der künstlichen Intelligenz, den autonomen Algorithmen, der Regulierung durch den Code, Big Data und Profiling begegnen zu können, ist ein weiterer entscheidender politischer Schritt erforderlich: die Errichtung einer Digitalagentur, die so ausgestattet ist, dass sie zu einem digitalen Kompetenzzentrum werden kann, in dem die Diskurse zusammenlaufen, gebündelt und umgesetzt werden.

BMJV und BMWi haben sich eindeutig positioniert:²²⁵

Digitalagentur: Verbraucherschutz, Wettbewerb- und Marktregeln bündeln. Wirtschafts- und Verbraucherpolitik müssen sich auf der Höhe der Digitalisierung bewegen und mit der Veränderungsdynamik Schritt halten. Ein wichtiger Schritt dafür ist eine starke Aufsichtszuständigkeit. Die gegenwärtige Zersplitterung von Zuständigkeiten bei Aufsichtsbehörden und erst Recht das Fehlen von Zuständigkeiten hilft keinem der Marktbeteiligten. Für Wettbewerbs-, Markt- und Verbraucherfragen der Digitalisierung braucht es nicht nur eine Digitalagenda, sondern auch eine „Digitalagentur“. Mindestens aber muss das Profil bestehender Behörden geschärft werden.

Der Schwerpunkt muss auf den Aufbau von Sachkompetenz gelegt werden. Ohne Kompetenz keine Regulierung und keine Überwachung. Bisher fehlt es in Deutschland an einem solchen Kompetenzzentrum. Die Sach- und die Regulierungskompetenz ist nach Medienberichten über mehrere unterschiedliche Ministerien verteilt. Bei der Errichtung einer Digitalagentur stellen sich folgende Fragen:

- Soll die Digitalagentur institutionell selbständig sein oder Teil einer bestehenden Einrichtung werden. Sollen die Aufgaben der digitalen Welt dem Bundeskartellamt zugeschlagen werden oder soll eine selbständige Behörde geschaffen werden, die den Datenschutz integriert? Ist es eine Option, die Kompetenzen lediglich in einem Ministerium zu bündeln, nach dem Vorbild der EU Kommission ein separates Ministerium, das sich nur der digitalen Welt widmet, weitgehend unabhängig von Wirtschaft und Verbraucher?

225

https://www.bmjb.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Ma%C3%9Fnahmenprogramm_BMJB_BMWi.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 24.11.2016).

- Welche Kompetenzen soll die Digitalagentur erhalten? Investigativ und beratend oder auch regulierend? Wenn regulierend, soll sie auch Kompetenzen erhalten, Verbote auszusprechen, Sanktionen zu verhängen, nach amerikanischem Vorbild selbst Standards zu setzen und nach britischem den kollektiven Schaden der Verbraucher beitreiben?
- Wie soll die Zusammenarbeit mit den Verbraucherorganisationen in der Rechtsdurchsetzung gestaltet werden? Sollte die Digitalagentur ihre Ermittlungsergebnisse den Verbraucherzentralen auf Nachfrage überlassen, wenn die Digitalagentur selbst keine Maßnahmen ergreifen möchte? Soll es eine Kooperation mit dem Marktwächter Digitale Welt geben und wenn ja, wie soll diese ausgestaltet werden?
- Wie kann gewährleistet werden, dass die Digitalagentur ihre Befugnisse unabhängig, gegebenenfalls nach dem Vorbild der Bundesbeauftragten für den Datenschutz ausübt?

1. Zur Notwendigkeit unverzüglichen politischen Handelns

Die Niederlande, Großbritannien und die Vereinigten Staaten von Amerika haben bereits gehandelt. Diese Länder haben in die vorhandene Struktur der staatlichen Agenturen zur Überwachung des Wettbewerbes und des Verbraucherschutzes digitale Kompetenzzentren integriert. Eine ganze Reihe von Berichten zur Bewältigung aktuell oder langfristig auftretender Problemkomplexe, unter Anhörung der Wirtschaft und der Verbrauchervertreter, legen Zeugnis für das wachsende politische Engagement dieser Instanzen ab. Je nach Zuschnitt bereiten diese Behörden staatliche Maßnahmen vor, empfehlen der Regierung und dem Parlament einschlägige Maßnahmen oder erlassen diese selbst. Deutschland hinkt der Entwicklung hinterher. Die Nachteile für die Wirtschaft und für die Verbraucher sind offensichtlich und vielfältig von den verschiedensten Seiten dokumentiert.

Die Notwendigkeit zum politischen Handeln liegt auf der Hand. Die Entscheidung über die Errichtung einer Digitalagentur, in welcher Form auch immer, kann nicht herausgeschoben werden. Kein Ministerium, keine Behörde gibt gerne Kompetenz ab. Genau dieser Schritt ist jedoch notwendig, um zunächst einmal die Kräfte zu bündeln, um ermitteln zu können, welche Kompetenzdefizite bestehen. Notwendig ist ein Umdenken, die Ausbildung einer neuen administrativen Rechtskultur, in der die Einsicht vorherrschend ist, dass die derzeitige Zersplitterung der Kompetenzen in den Ministerien und die fehlenden Rechtsinstrumente zu einer effektiven Regulierung dringender Abhilfe bedürfen.

Der SVRV empfiehlt die Errichtung einer Digitalagentur, in der die bisherigen Kompetenzen im Zusammenhang mit digitalen Dienstleistungen gebündelt und ausgebaut werden.

2. Zur Institutionellen Verankerung der Digitalagentur.

Aus der Sicht des Verbraucherschutzes bieten sich für die Digitalagentur drei Möglichkeiten der Verankerung bzw. Ankoppelung an: das Bundeskartellamt, die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit oder die Errichtung einer selbständigen Behörde.

Im Zuge der Liberalisierung der Märkte hat die Europäische Union die Errichtung von Behörden massiv vorangetrieben. Zur Kontrolle und Aufsicht über die Telekommunikation, die Energie und die Finanzen und zur Kontrolle des Verbraucherrechts nur für den Bereich der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung. Die Bundesrepublik Deutschland hat mit der Bundesnetzagentur und der BaFin zwei Behörden geschaffen, die unter dem Druck des EU Rechts den Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen in ihr Mandat integriert haben. Gehandelt hat Deutschland nur insoweit die EU Vorgaben definiert. So fehlt es an einer Verpflichtung des Kraftfahrzeugbundesamtes, die Interessen der Verbraucher zu schützen.

Auch der Volkswagenskandal hat nicht gereicht, um eine Änderung des Mandats politisch zu verankern. Sollte der Plan der Bundesregierung Wirklichkeit werden, dem Bundeskartellamt den Verbraucherschutz zuzuschlagen, so bestünde erstmalig die Möglichkeit, nicht sektoral, sondern horizontal eine behördliche Kontrolle verbraucherschutzrechtlicher Regeln zu verankern.

In einer solchen Perspektive erscheint es jedenfalls aus Verbrauchersicht überzeugend, den gesamten Sachkomplex der digitalen Wirtschaft dem Bundeskartellamt zuzuschlagen. So könnten erhebliche Synergien zwischen den einzelnen Sachgebieten sichergestellt werden, die verloren gingen, wenn für jede Aufgabe eine separate Behörde errichtet würde. Dann müsste sichergestellt werden, dass das Bundeskartellamt neben der Kontrolle unlauterer Werbung und allgemeiner Geschäftsbedingungen auch Rechtsverstöße gegen das Gleichbehandlungsgesetz verfolgen kann. Gerade hier liegt ein bedeutender Problembereich, wie die Beispiele aus der digitalen Welt zeigen.

Dagegen erscheinen die weiteren Optionen eher problematisch. Die Errichtung einer separaten Behörde mag eher durchsetzbar sein, weil so alle Ministerien gleichermaßen Kompetenzen abgeben müssen, die in einer neuen Agentur gebündelt werden. Sie könnte sich aber als dysfunktional erweisen, weil die Bezüge zum Kartellrecht, zum Verbraucherrecht und zum Anti-Diskriminierungsgesetz fehlen. Die weitere Option, Datenschutz und digitale Aufgaben miteinander zu verschmelzen, scheint politisch noch schwieriger umsetzbar zu sein, weil im Datenschutz auch die Länder in die Kontrolle eingeschaltet sind. Man könnte auch daran denken, die Bundesnetzagentur aufzuwerten, was angesichts ihrer schon breit angelegten Zuständigkeit für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen jedoch problematisch erscheint.

Der SVRV spricht sich dafür aus, das Bundeskartellamt mit den Aufgaben zu betrauen, die für die Digitalagentur angedacht sind. So kann sichergestellt werden, dass die in sich zusammengehörenden Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft nicht unter sachfremden Gesichtspunkten auseinandergerissen werden.

3. Zu den Aufgaben und Kompetenzen der Digitalagentur

Mit einer Übertragung der Aufgaben an das Bundeskartellamt wäre sichergestellt, dass die vorhandenen Überwachungs- und Kontrollinstrumente auch in der digitalen Wirtschaft eingesetzt werden könnten. Das betrifft zunächst die Instrumente zur Rechtsdurchsetzung, die noch um den Kanon der Vorschläge zur Neufassung der Verordnung 2006/2004 zu ergänzen wären (vgl. II.8.).

Kompetenzdefizite bestehen in Bezug auf die der Rechtsdurchsetzung vorgelagerten Aufgaben. Die Digitalagentur muss die Möglichkeit erhalten, selbst Untersuchungen zu relevanten Teilfragen durchzuführen, Forschungen Dritter zu finanzieren, Vorschläge auszuarbeiten, diese mit der beteiligten Wirtschaft und den Verbraucher zu diskutieren, Verhaltenskodizes zu entwickeln und konkrete Maßnahmen in den Gesetzgebungsprozess einzubringen.

Der SVRV empfiehlt, die Digitalagentur mit allen notwendigen Aufgaben zu betrauen und ihr die notwendigen Ressourcen zu garantieren, um proaktiv Sach- und Rechtsfragen der digitalen Wirtschaft zu untersuchen, Vorschläge auszuarbeiten, diese öffentlich zu diskutieren, gemeinsam mit der Wirtschaft und den Verbrauchern Verhaltenskodizes zu entwickeln sowie Empfehlungen und Vorschläge an den Gesetzgeber auszuarbeiten.

4. Zur Kompetenzproblematik

Die Mitgliedsstaaten sind in der Organisation und Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung *prinzipiell* frei. Das betrifft sowohl die Frage, ob die Durchsetzung des Verbraucherrechts in die Hände der Verbände gelegt wird als auch den Umfang und die Reichweite der

Kompetenzen. Doch ist der Handlungsspielraum nicht unbegrenzt. Die Rechtsdurchsetzung muss sich am vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Gebot der Effektivität und der Äquivalenz orientieren. Die vielfältigen EU Richtlinien und EU Verordnungen enthalten institutionelle und prozedurale Vorgaben, die von den Mitgliedstaaten in der Umsetzung zu beachten sind.

Konkret stellt sich bei der Zusammenlegung von staatlichen Agenturen, die mit der Regulierung von sektoralen Märkten betraut sind, ein Problem, das zwischenzeitlich auch den Europäischen Gerichtshof erreicht hat: Das EU Recht verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Errichtung von unabhängigen Agenturen in der Kontrolle regulierter Märkte (Telekom, Energie, Finanzen, grenzüberschreitender Verbraucherschutz). Was genau unter unabhängig zu verstehen ist und inwieweit die von den EU Verordnungen und EU Richtlinien geforderte Unabhängigkeit infolge der Zusammenlegung von Behörden oder der Verschmelzung von Aufgaben gefährdet sein könnte, richtet sich allein nach der Art und Weise der institutionellen Verankerung.

Der SVRV empfiehlt, ein Rechtsgutachten zur Frage der Verschmelzung von deutschen Behörden einzuholen, soweit diese auch mit der Um- und Durchsetzung von Aufgaben betraut sind, für die das EU Recht rechtlich zwingende institutionelle und prozedurale Vorgaben formuliert.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen ist ein Beratungsgremium des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Er wurde im November 2014 vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, eingerichtet. Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen soll auf der Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse und unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Praxis das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Gestaltung der Verbraucherpolitik unterstützen.

Der Sachverständigenrat ist unabhängig und hat seinen Sitz in Berlin.

Vorsitzende des Sachverständigenrats ist Prof. Dr. Lucia Reisch.