

Schriftenreihe des
Instituts für Europäisches
Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V.



VIEW

38

Micklitz | Reisch | Joost | Zander-Hayat [Hrsg.]

Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt



Nomos

Schriftenreihe des
Instituts für Europäisches
Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V.

herausgegeben von
Prof. Dr. Hans-W. Micklitz

Band 38

Hans-Wolfgang Micklitz | Lucia A. Reisch
Gesche Joost | Helga Zander-Hayat (Hrsg.)

Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4187-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8456-9 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Im Jahr 2014 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (SVRV) errichtet. Der Sachverständigenrat hat sich als Schwerpunkt seiner Arbeit die Verbraucher in der digitalen Welt gesetzt. Der vorliegende Sammelband spiegelt die Arbeiten wider, die über einen Zeitraum von 18 Monaten initiiert wurden und die im Gutachten Verbraucherrecht 2.0 vom Dezember 2016 ihren rechtlichen Ausdruck fanden.

Vorliegend wird nicht das gesamte Gutachten des SVRV wiedergeben, sondern nur die wesentlichen Ergebnisse und die Handlungsempfehlungen für die Politik. Die Empfehlungen lassen sich in drei große Komplexe gliedern, die die Politik über die nächsten Jahre hinweg beschäftigen dürften: erstens die aus Verbrauchersicht notwendigen Anforderungen an die Regelung der *Rechtsbeziehungen in der digitalen Welt* – vom Vertragsschluss bis zur individuellen und kollektiven Rechtsdurchsetzung; zweitens die politisch dringend gebotene Diskussion um das Für und Wider eines *Gesetzes zur Kontrolle von Algorithmen*, das Recht und Technik verbindet; und drittens die Notwendigkeit der Errichtung einer *Digitalagentur*.

Neben der Kurzfassung des Gutachtens enthält der Band zwei Arten von Beiträgen: Zum einen sind es fünf externe *Gutachten*, die vom SVRV vergeben wurden, um Spezialfragen von Experten im Detail bearbeiten zu lassen und damit am Puls des jeweiligen Fachdiskurses zu sein. Zum zweiten handelt es sich um *Working Papers*, die vom SVRV selbst oder aus seinem Umfeld stammen und zu im Laufe der Erstellung des Gutachtens aufkommenden Spezialfragen entstanden sind.

Martin Schmidt-Kessel und sein Team haben die Schwächen offengelegt, die einer evidenzbasierten Verbraucherpolitik im Wege stehen. Noch zu schmal sind die statistischen Grundlagen über Verbraucherstreitigkeiten in Deutschland. Kai Purnhagen und Stefan Wahlen haben sich mit dem Verbraucherbegriff in der Sharing Economy auseinandergesetzt. Sie kontrastieren die sozialwissenschaftlichen Befunde mit dem existierenden Rechtsrahmen. Christiane Wendehorst beschäftigt sich mit den Defiziten des Verbraucherrechts im Internet der Dinge. Ein Schlüsselbefund ist die Aufweichung des Eigentums bei hybriden Produkten. Christiane Wende-

horst zeigt die Möglichkeiten auf, dieser Entwicklung mit Hilfe des Rechts entgegenzuwirken. Gerald Spindler geht auf die Grundsatzfragen der Regulierung durch Technik ein, ob und wie bzw. unter welchen Bedingungen Technik rechtliche Regulierung unterstützen oder gar ersetzen kann. Sein Gutachten legt die vielfältigen Forschungsdefizite offen, die sich um Algorithmen, smart homes und smart cars ranken. Peter Rott bettet die Fragen des Verbraucherschutzes in der digitalen Welt in die grundsätzliche Reformbedürftigkeit des Verbraucherrechts ein.

Eine weitere wichtige Informationsquelle für den Sachverständigenrat boten die Working Papers, die teilweise im Sachverständigenrat, teilweise unter Beteiligung von externen Wissenschaftlern entstanden sind. Andreas Oehler befasst sich mit den neuen Formen des Crowdfunding im Internet, Irina Domurath liefert eine Zusammenschau des Verbraucherrechts der Plattformökonomie, Leonie Adam und Hans-W. Micklitz suchen die sich verwischenden Grenzen von Information und Beratung durch Onlineplattformen rechtlich zu präzisieren und die Verantwortlichkeiten zu benennen. Philipp Schmechel formuliert die Grundlagen einer im Entstehen begriffenen neuen Rechtsdisziplin, dem Verbraucherdatenschutzrecht; und Lea Kosyra und Irina Domurath weisen auf die Schwachstellen in der Rechtsdurchsetzung des Verbraucherdatenschutzrechts hin.

Mit diesem Band wollen wir die unterschiedlichen Arbeiten, die zum Gutachten Verbraucherrecht 2.0. beigetragen haben, entsprechend würdigen und einem interessierten Fachpublikum zugänglich machen.

Hans-W. Micklitz, Lucia A. Reisch, Gesche Joost, Helga Zander-Hayat
Florenz, Kopenhagen, Berlin, Düsseldorf
Im September 2017

Inhalt

Lösungsoptionen	9
<i>Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (SVRV)</i>	
Verbraucher und Online-Plattformen	45
<i>Leonie Adam, Hans-W. Micklitz</i>	
Verbraucherrecht in der Plattformökonomie	103
<i>Irina Domurath</i>	
Datenschutz und Rechtsdurchsetzung	135
<i>Lea Kosyra, Irina Domurath</i>	
Digitale Welt und Finanzen	173
<i>Andreas Oehler</i>	
Der Verbraucherbegriff, § 13 BGB und die Sharing Economy	185
<i>Kai Purnhagen, Stefan Wahlen</i>	
Rechtsklarheit, Rechtsdurchsetzung und Verbraucherschutz	221
<i>Peter Rott</i>	
Verbraucherdatenschutzrecht in der EU-Datenschutz- Grundverordnung	265
<i>Philipp Schmechel</i>	
Wo gibt es verwertbare Daten zu Verbraucherstreitigkeiten?	303
<i>Martin Schmidt-Kessel, Mario Larch, Katharina Erler, Benedikt Heid, Anna Grimm</i>	
Regulierung durch Technik	333
<i>Gerald Spindler</i>	

Inhalt

Besitz und Eigentum im Internet der Dinge
Christiane Wendehorst

367

Lösungsoptionen

*Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (SVRV)**

A. Lösungsoptionen für das Recht der digitalen Dienstleistungen

Jede Lösungsoption für das Verbraucherrecht in der digitalen Welt muss sich vordringlich daran orientieren, wie die Autonomie des Verbrauchers¹ 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 Problemen 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 II. unten) erschweren den Wettbewerb, wenn es möglich oder wünschenswert sein soll, dass Anbieter um die unterschiedlichen Teile konkurrieren. Die Kosten dieses Kopplungsgeschäfts müssen nicht offengelegt werden. Der Zugang ist an die Preisgabe der persönlichen Daten gebunden. Deren Verarbeitung erfordert eine Einwilligung, die der Verbraucher regelmäßig erteilt, unabhängig von Inhalt

* Wiederabdruck der Kurzversion des Gutachtens des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen vom Dezember 2016, abrufbar unter: http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/Kurzfassung-Verbraucherrecht-2.0_Lösungsoptionen.pdf (zuletzt besucht am 1. August 2017).

¹ Die Sprache in diesem Text ist grundsätzlich geschlechtsneutral gemeint. Auf eine durchgehende Nennung beider Geschlechter wurde zugunsten der besseren Lesbarkeit verzichtet.

und Umfang der mit der Datenschutzgrundverordnung gestiegenen rechtlichen Anforderungen. Umfang, Ausmaß und Reichweite der Einwilligung generell sind nicht offensichtlich und selbst wenn sie offengelegt werden, in den Dimensionen nicht nachvollziehbar (dazu III. unten). Vor 75 Jahren glaubte man, den ausufernden AGB mit einer Einbeziehungskontrolle Herr zu werden.² 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 eingeht (dazu I. 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 IV. unten)? Wo sitzt der Vertragspartner? Was ist der Gegenstand des Vertrages (dazu V. unten), wenn es nicht die Übertragung des Eigentums ist, sondern nur die Nutzung eines Rechts?³ 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 VI.) 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 VII. und VIII. 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 der digitalen Dienstleistungen stehen, verstehen und einordnen. Dieser Politikansatz wird nicht durch eine Class Action flankiert, mit welcher die

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

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

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 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.⁴

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 Rechtsbeziehungen⁵ 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.⁶

-
- 4 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.bmju.de/DE/Verbrauch/portal/Verbraucherinformation/ICPEN/ICPEN_node.html, (beide zuletzt besucht am 1. August 2017). Die Netzwerke tragen hauptsächlich Informationen zusammen (z.B. durch ‚Sweeps‘) und versuchen, Probleme durch direkte Verhandlungen mit den Unternehmen zu lösen.
 - 5 (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 Rechtsbaukasten bereit, der der Rechtswissenschaft viel, dem Verbraucher wenig bietet) (4) das Internet der Dinge.
 - 6 Vgl. P. 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.

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 IX.–XI.). Die Gründe sowie die Details finden sich in den einschlägigen Teilen des Gutachtens des SVRV vom Dezember 2016,⁷ den vom SVRV in Auftrag gegebenen Fremdgutachten und den Working Papers, auf die verwiesen wird.

I. 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)⁸ weist den richtigen Weg. In beiden Verordnungen werden Mustervorlagen für Produktinformationsblätter vorgegeben, die von Unternehmen einheitlich angewendet werden müssen. Verstöße können mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen belegt werden und im Falle fehlerhafter Angaben zu einer zivilrechtlichen Haftung führen. Die Aufbereitung der Information über den Datenschutz, über AGB und über die Endnutzervereinbarung (ENV) sollte einem standardisierten Muster fol-

7 Abrufbar unter: <http://www.svr-verbraucherfragen.de/dokumente/verbraucherrecht-2-0-verbraucher-in-der-digitalen-welt/> (zuletzt besucht am 1. August 2017).

8 Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt (TK-Transparenzverordnung – TKTransparenzV), BT-Drs 18/1804 (Verordnung) vom 15.6.2016.

gen, 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.

II. 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 no 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.

III. 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 weiter reicht als das geltende AGB-Recht. Der Grundgedanke der Regelung der Datenschutzgrundverordnung ist auf das AGB-Recht zu übertragen.⁹ 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.¹⁰

Der SVRV empfiehlt: Datenschutzrechtliche und AGB-rechtliche Anforderungen an die Einwilligung sind gleichzustellen. Das Trennungs- und

⁹ Siehe unter Teil III, I 2.

¹⁰ Was sie derzeit kaum tun, s. bei I. Domurath/L. Kosyra, *Verbraucherdatenschutz im Internet der Dinge*, SVRV Working Paper Nr. 3; P. Schmechel, *Verbraucherdatenschutzrecht in der EU-Datenschutz-Grundverordnung*, SVRV Working Paper Nr. 4.

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.

IV. 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.¹¹

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.

V. Zum Gegenstand der Rechtsbeziehung

Soweit es sich um digitale Dienstleistungen „as is“ handelt, ist eine Klarstellung des Gesetzgebers erforderlich, ob es sich um eine Vertragsbezie-

11 L. Adam/H.-W. Micklitz, *Information, Beratung und Vermittlung in der digitalen Welt, Rechtsfragen in Finanzen, Gesundheit und Handel*, SVRV Working Paper Nr. 6.

hung 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 Internets. 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.

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“.¹² Soweit der Verbraucher ein elektronisches Gerät erwirbt, bleibt das Sach-Eigentum 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 intel-

12 Die Formulierung stammt von C. Wendehorst, *Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2016.

ligenten, selbst ausführenden Vertrag darstellt.“¹³ 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.¹⁴ Besonders virulent wird die Problematik durch den Einsatz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Dienstleistungsvertrag gestalten, die Endnutzervereinbarung prägen und datenschutzrechtliche Berührungspunkte aufweisen.¹⁵

Der SVRV empfiehlt, das Zusammenspiel von Datenschutzrecht, Urheberrecht und Privatrecht/Verbraucherrecht systematisch zu analysieren, weil nur eine holistische Perspektive die Möglichkeit eröffnet, generalisie-

13 Aus dem Gutachten G. Spindler, *Regulierung durch Technik*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, November 2016, der auf Ethereum-Plattform verweist: <<https://www.ethereum.org/>> (zuletzt besucht am 1. August 2017).

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

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

rende 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.

C. Wendehorst¹⁶ 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. Spindler¹⁷ 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.

VI. 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 Dritter gewahrt werden? Wie lässt sich verhin-

16 C. Wendehorst, *Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge*, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrates beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2016, S. 68f.

17 G. Spindler, *Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären*, (Studie im Auftrag des BSI) insbesondere S. 12ff.

dem, 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.¹⁸ 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.

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

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.

VII. 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.¹⁹ 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.²⁰

Modellverträge könnten dazu beitragen, digitale Verträge mit der Streit-schlichtung 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 Ver-

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

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

trages, sondern auch die Verbindung hin zu den Streitschlichtungsmechanismen sicherstellten.

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.²¹ Unbestreitbar verhelfen sie vielen Verbrauchern 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 aus.²²

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

VIII. 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 von 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 Mitteln zur Wahrnehmung der Verbandsklagebefugnisse ausgestattet sind. Im Bereich des Lauterkeitsrechts bestreiten die Verbände der gewerblichen Wirtschaft etwa zwei Drittel der Verfahren, die jedenfalls zum Teil Verbraucherinteressen betreffen. Das restliche Drittel entfällt auf die genannten Verbraucherverbände. Soweit

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

22 Ryan Air untersagt beispielsweise, 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, Artikel 15.4 der Ryanair AGB.

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 Verbraucherschutz – 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 BKartA auf die Kontrolle der Werbung und der AGB ausgedehnt würde. Gegenüber dem Abmahnverfahren und der Unterlassungsklage könnte das BKartA nach § 32 (Abs. 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.

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

X. Zur Notwendigkeit einer evidenzbasierten Verbraucherpolitik

Der SVRV hat eine Explorationsstudie zu vorhandenen und fehlenden Daten im Verbraucherschutzrecht in Auftrag gegeben.²³ 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

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

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.

XI. 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.

B. 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 „verselbstständigt“? 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.²⁴

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

I. 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 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 philoso-

phische 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.²⁵ 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.²⁶ 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.

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

II. 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. Konkrete Ergebnisse liegen nicht vor.

Die DSGVO befasst sich mit Algorithmen lediglich in Form eines individuellen Informations- und Auskunftsanspruchs. Diese Regelungstechnik

25 Vgl. BGH, Urteil vom 28.1.2014 – VI ZR 156/13. Gegen das Urteil des BGH ist eine Verfassungsbeschwerde unter dem Az. 1 BvR 756/14 beim BVerfG anhängig.

26 Vgl. R. Metz „Scoring: New Legislation in Germany“, 35 *Journal of Consumer Policy* (2012) 297.

ist aus der Richtlinie 2008/48/EG bekannt, in der die Verpflichtung zur verantwortlichen Kreditvergabe lediglich als Information konzipiert ist.²⁷

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*

27 Weiter ABl. 2015, L 60/34, Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

(*sollte*)“. Gegenüber § 28 b BDSG ergibt sich daher eine dreifache Einschränkung der Anforderungen an die Wirtschaft:

- 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 ist 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. Immerhin untersagt Art. 9 Abs. 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 „*die Rechte und Freiheiten anderer Personen, etwa Geschäftsgeheimnisse oder Rechte des geistigen Eigentums und insbesondere das Urheberrecht an Software, nicht beeinträchtigen*“ sollte. Im Lichte des BDSG liegt es nahe, die DSGVO so zu verstehen, dass dem Verbraucher zumindest die Grundannahmen der Algorithmus-Logik mitgeteilt werden.²⁸ 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

28 P. Schmechel, *Verbraucherdatenschutzrecht in der EU-Datenschutz-Grundverordnung*, SVRV Working Paper Nr. 4, unter Berufung auf B. P. Paal, *Beck'sche Kompakt Kommentare Datenschutz-Grundverordnung*, B. P. Paal/D. Pauly (Hrsg.), 2017 (C.H.Beck Verlag), Rn. 31 zu Art. 13 DS-GVO.

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.

III. 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.

Diese werden im Folgenden kurz skizziert und bewertet.