

Rolf H. Weber / Dominic Oertly

## **E-Commerce und Sharing Economy in der Europäischen Union**

### **Ein vertragsrechtlicher Überblick**

---

End of 2015 – in the course of the digital internal market strategy – the European Commission has introduced a reform package for a modernised contract law in e-commerce. Within this, the updated regulation for online retailing and the providing of digital content are paramount. Truly worth discussing are the regulatory aspects of scopes, conformity and legal remedies in particular, being critically evaluated hereafter. Moreover, the article examines the current developments around the sharing economy in the European Union as well as the corresponding future legal environment. (ah)

---

Category: Articles

Region: Switzerland

Field of law: IT-Law; E-Commerce

Citation: Rolf H. Weber / Dominic Oertly, E-Commerce und Sharing Economy in der Europäischen Union, in: Jusletter IT 22 September 2016

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Modernisiertes Vertragsrecht im E-Commerce
  - 2.1. Wachstum und Hindernisse im E-Commerce
  - 2.2. Neue Richtlinienentwürfe
3. Vertragsrechtliche Aspekte des Online-Handels mit Waren
  - 3.1. Anwendungsbereich
  - 3.2. Vertragsmässigkeit
  - 3.3. Rechtsbehelfe
  - 3.4. Fristen und Beweislast
4. Vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte
  - 4.1. Anwendungsbereich
  - 4.2. Vertragsmässigkeit
  - 4.3. Rechtsbehelfe
  - 4.4. Fristen und Schadenersatz
5. Sharing Economy im EU-Recht
  - 5.1. Auslegeordnung
  - 5.2. Marktzugangsanforderungen
  - 5.3. Arbeitsverhältnisse und Steuern
  - 5.4. Haftung und Verbraucherschutz
6. Ausblick

### 1. Einleitung

[Rz 1] Am 6. Mai 2015 hat die Europäische Kommission ihre digitale Binnenmarktstrategie vorgestellt<sup>1</sup>. Die Errichtung eines vernetzten digitalen Binnenmarktes in Europa hatte der heutige Präsident der Europäischen Kommission, Jean-Claude Juncker, bereits im Jahr 2014 als eine wesentliche Priorität hervorgehoben<sup>2</sup>. Weil die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) nicht als gesonderter Wirtschaftszweig, sondern als Grundlage innovativer und moderner Wirtschaftssysteme zu verstehen sind, erscheint ein digitaler Binnenmarkt in Europa als unumgänglich<sup>3</sup>. Die Strategie der Europäischen Kommission beinhaltet drei wesentliche Säulen, die zu einem funktionierenden Binnenmarkt beitragen sollen<sup>4</sup>:

- *Säule I*: Verbesserter Online-Zugang für Verbraucher und Unternehmen zu Waren und Dienstleistungen in Europa;
- *Säule II*: Schaffung sachgerechter Bedingungen für florierende digitale Netze und Dienste;
- *Säule III*: Ausschöpfung des Wachstumspotenzials der digitalen Wirtschaft in Europa.

[Rz 2] Zu diesen drei Säulen hat die Europäische Kommission 16 unterschiedliche Massnahmen erarbeitet, die teilweise bereits umgesetzt sind oder spätestens bis Ende 2016 vorzuliegen haben. Im Rahmen der ersten Säule stellt die Europäische Kommission fest, dass die wesentlichen Unterschiede zwischen Online- und Offline-Umgebung zu beseitigen sind, damit der grenzüber-

---

<sup>1</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN> (alle Internetadressen zuletzt abgerufen am 27. Juli 2016).

<sup>2</sup> JEAN-CLAUDE JUNCKER, Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel, 2014, [https://ec.europa.eu/priorities/publications/president-junckers-political-guidelines\\_de](https://ec.europa.eu/priorities/publications/president-junckers-political-guidelines_de).

<sup>3</sup> Vgl. dazu EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 3.

<sup>4</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 4.

schreitende Online-Handel nicht länger Behinderungen erfährt<sup>5</sup>. Demnach sollen Normen zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Online-Handels dazu beitragen, dass Verbraucher und Unternehmen verstärkt daran partizipieren<sup>6</sup>. Im Bereich des digitalen Vertragsrechts in der Europäischen Union (EU) bestehen derzeit erst mindestharmonisierte Vorgaben, was die Europäische Kommission mit ihrer Strategie zu ändern gedenkt<sup>7</sup>; die entsprechenden Reformvorschläge bilden einen wesentlichen Eckpfeiler dieses Beitrages.

[Rz 3] Weil «gleiche» vertragsrechtliche Regelungen nicht ausreichen, um einen funktionierenden digitalen Binnenmarkt zu gewährleisten, erachtet die Europäische Kommission eine raschere und kohärentere Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts im E-Commerce ebenso als wesentliches Element<sup>8</sup>. Zudem hält sie Bestimmungen für notwendig, die sachgerechte und gut funktionierende Paketzustelldienste<sup>9</sup> gewährleisten und die Unterbindung von ungerechtfertigtem Geoblocking ermöglichen<sup>10</sup>. Die Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa sieht noch weitere Massnahmen vor (z.B. ein modernes Urheberrecht, die Überprüfung der Satelliten- und Kabel-Richtlinie sowie neue Vorgaben zur Mehrwertsteuer), mit welchen die Ziele der ersten Säule erreicht werden sollen<sup>11</sup>.

[Rz 4] Im Rahmen der zweiten Säule stehen neben der Reform der EU-Telekommunikationsvorschriften<sup>12</sup> und einer Überprüfung des Rechtsrahmens für audiovisuelle Medien<sup>13</sup> namentlich die Analyse der Rolle von Online-Plattformen im Vordergrund der Diskussion, was es hernach im Zusammenhang mit der Sharing Economy zu vertiefen gilt<sup>14</sup>. Ferner sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass die Ziele der dritten Säule sich auf den Aufbau einer adäquaten Datenwirtschaft und der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit durch Interoperabilität und Normung bezüglich der Infrastrukturen konzentrieren<sup>15</sup>.

## 2. Modernisiertes Vertragsrecht im E-Commerce

### 2.1. Wachstum und Hindernisse im E-Commerce

[Rz 5] Im Dezember 2015 publizierte die Europäische Kommission ihr Massnahmenpaket für ein modernes (Online-)Vertragsrecht in Europa<sup>16</sup>. Damit möchte sie das vorhandene Potenzial des elektronischen Handels freisetzen. Im Jahr 2015 erreichte der Business-to-Consumer (B2C)

---

<sup>5</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 4.

<sup>6</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 4 ff.

<sup>7</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 5.

<sup>8</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 5 f.

<sup>9</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 6.

<sup>10</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 6 f.

<sup>11</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 7 ff.

<sup>12</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 10 ff.

<sup>13</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 12.

<sup>14</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 12 ff.; zur Sharing Economy vgl. hinten Ziff. 5.

<sup>15</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 15 ff.; vgl. dazu auch ROLF H. WEBER, *Competitiveness and Innovation in the Digital Single Market*, *European Cybersecurity Journal*, Volume 2, Issue 1, 2016, 72 ff.

<sup>16</sup> 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, 9. Dezember 2015, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-633-DE-F1-1.PDF>.

E-Commerce innerhalb der EU einen Wert von €455.3 Mrd., was einer Wachstumsrate von rund 13.3% gegenüber der Vorjahresperiode entspricht<sup>17</sup>. Indessen darf dieser Prozentsatz nicht darüber hinweg täuschen, dass sich das Wachstum im Vergleich zu den vorangegangenen Jahren verlangsamt hat; im Jahr 2016 wird noch ein Wachstum von etwa 12% erwartet<sup>18</sup>. Mit Blick auf den stationären Einzelhandel in der EU, der im Jahr 2015 lediglich um 1.0% zunahm<sup>19</sup>, erscheint zwar das derzeitige Wachstum im E-Commerce als sehr beachtenswert. Dennoch ist der Anteil des E-Commerce am gesamten Einzelhandelssektor in Europa mit 8.4% bedeutend niedriger als z.B. in den USA (12.7%)<sup>20</sup>.

[Rz 6] Eine Erhebung im Jahre 2014 hat gezeigt, dass 37% der Einzelhändler in ihrem EU-Heimmarkt Produkte verkauften, während nur 12% der Einzelhändler auch Produkte grenzüberschreitend in andere EU-Staaten absetzten<sup>21</sup>. Ein vergleichbares Bild zeigt sich auf der Gegenseite: 44% der Verbraucher in der EU tätigten Online-Käufe in ihrem eigenen Land, indessen nahmen rund dreimal weniger Verbraucher auch grenzüberschreitende Transaktionen vor (15%)<sup>22</sup>. Demnach ist es das Ziel der Europäischen Kommission, die Hürden für den grenzüberschreitenden elektronischen Handel in der EU sowohl für die anbietenden Unternehmen als auch für die Verbraucher abzubauen.

[Rz 7] Als Haupthindernisse für die Ausbreitung der Online-Geschäftstätigkeiten erachtet STAUDENMAYER als Vertreter der Europäischen Kommission namentlich die Unterschiede im Verbrauchervertragsrecht und ein Mangel an klaren Rechten bei digitalen Inhalten<sup>23</sup>. Diese Einschätzung lässt sich mit einer Studie untermauern, die zum Ergebnis kam, dass 39% der befragten Unternehmen deshalb auf den grenzüberschreitenden E-Commerce in der EU verzichten, weil die nationalstaatlichen Vertragsrechte allzu unterschiedlich seien<sup>24</sup>. Diese Erkenntnis findet mit Blick auf die Studie, auf welche sich auch die Europäische Kommission abstützt, teilweise Kritik, weil nur 396 Händler befragt wurden<sup>25</sup>. In der Tat gibt es davon abweichende Studien, welche nicht die rechtliche Fragmentierung, sondern viel eher die praktischen Aspekte – wie z.B. bestehende Sprachbarrieren, die Besorgnis über die Sicherheit der persönlichen und finanziellen Daten oder fehlendes Vertrauen in die reibungslose Abwicklung der Transaktionen – als wesentliche Hindernisse einstufen<sup>26</sup>.

---

<sup>17</sup> European B2C E-Commerce Report 2016, 4, 21, <http://www.ecommerce-europe.eu/news-articles/press/2016/05/european-b2c-e-commerce-turnover-forecast-to-reach-the-500-billion-mark-thisyear>.

<sup>18</sup> In den Jahren 2011-2014 betrug die Wachstumsraten 18.4%, 17.7%, 22.0% und schliesslich 13.6%, vgl. dazu European B2C E-Commerce Report 2016 (Fn. 17), 21.

<sup>19</sup> European B2C E-Commerce Report 2016 (Fn. 17), 4.

<sup>20</sup> Diese Zahlen beziehen sich auf das Jahr 2015, vgl. <http://www.retailresearch.org/onlinereetailing.php>.

<sup>21</sup> Flash Eurobarometer 396, Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection, 2015, 27.

<sup>22</sup> EUROSTAT, Erhebung zur IKT-Nutzung in Haushalten und durch Einzelpersonen, 2014.

<sup>23</sup> DIRK STAUDENMAYER, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Verträgen über digitalen Inhalt und Online-Warenhandel, 2016, 1, <https://www.bundestag.de/blob/422100/af6f72a64b501ba8124894b99e080975/staudenmayer-data.pdf>.

<sup>24</sup> Flash Eurobarometer 396 (Fn. 21), 43.

<sup>25</sup> CARSTEN FÖHLISCH, Stellungnahme zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes vom 25. April 2016, 2, [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/AbteilungenReferate/IB6\\_VA\\_Digitales\\_Vertragsrecht\\_Stellungnahme\\_Trusted\\_Shops\\_AG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/AbteilungenReferate/IB6_VA_Digitales_Vertragsrecht_Stellungnahme_Trusted_Shops_AG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>26</sup> Export-Weltmeister Deutschland? Nicht im E-Commerce. Was britische E-Commerce-Händler deutschen voraus haben, <http://www.techtag.de/wp-content/uploads/2015/10/OCCExportweltmeister-Deutschland-Nicht-im-ECommerce.pdf>; dabei wurden rund 3'000 Händler befragt, vgl. FÖHLISCH (Fn. 25), 2. Ebenfalls diese «praktischen» Barrieren als massgebend erachtend vgl. MICHAEL STÜRNER, Stellungnahme zu den Kommis-

[Rz 8] Einer aktuellen Studie vom Mai 2016 zufolge sind die rechtlichen Gegebenheiten massgebend für die bestehenden Hürden bei EU-weiten Online-Aktivitäten, doch erscheinen auch andere Probleme als nicht unerheblich<sup>27</sup>. Nicht selten wird eine allzu hohe Regulierungsdichte als Hemmnis angeführt, weil neue Regelungen ganz allgemein schwierig zu «verarbeiten» seien<sup>28</sup>. Unabhängig davon, welche Ursachen nun überwiegen, steht zweifellos fest, dass für den grenzüberschreitenden E-Commerce in der EU nicht zu übersehene Barrieren bestehen. Schätzungen zufolge könnte die Beseitigung der Hindernisse zwischen 8 und 13 Millionen zusätzliche Kunden dazu bringen, in anderen EU-Ländern einzukaufen. Überdies ist davon auszugehen, dass rund 120'000 Unternehmen neue grenzüberschreitende Aktivitäten im Bereich des E-Commerce entfalten würden<sup>29</sup>.

## 2.2. Neue Richtlinienentwürfe

[Rz 9] Das Massnahmenpaket der Europäischen Kommission beinhaltet Richtlinienentwürfe zu Verträgen über den Online-Handel mit Waren<sup>30</sup> (OHRL-E) sowie zur Bereitstellung digitaler Inhalte<sup>31</sup> (DIRL-E) mit je rund 20 Artikeln. Die beiden Richtlinienentwürfe beruhen teilweise auf einem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. Oktober 2011, der in dieser Form jedoch nicht weiter verfolgt wird<sup>32</sup>. Die Richtlinienentwürfe zielen darauf ab, das digitale Vertragsrecht in der EU zu harmonisieren.

[Rz 10] Diesem Ziel entsprechend hat sich die Europäische Kommission in beiden Richtlinien dazu entschieden, den sog. «Vollharmonisierungsansatz» zu wählen<sup>33</sup>. Im Unterschied zum Konzept der Mindestharmonisierung, bei welchem die Mitgliedstaaten über den in der Richtlinie zugrunde gelegten Mindestinhalt hinaus weitergehende Regelungen erlassen können, ist dies bei vollharmonisierten Richtlinien nicht möglich<sup>34</sup>. Dennoch belässt die Europäische Kommission mit dem Rechtsetzungsinstrument der Richtlinie den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum bei der Umsetzung der EU-Regeln, was einen wesentlich schwächeren Eingriff in das nationa-

---

sionsvorschlägen COM(2015) 634 und COM(2015) 635 im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundesages, 4, <https://www.bundestag.de/blob/422106/efd7cdf67eb00e2c82d577d7c480bcfb/stuerner-data.pdf>.

<sup>27</sup> Zu den weiteren Hindernissen gehören z.B. das jeweils anwendbare Steuerrecht (inkl. MwSt.) oder die Logistik, vgl. dazu Cross-Border-E-Commerce Barometer 2016, 13 ff., <http://www.ecommerce-europe.eu/press/2016/european-online-merchants-still-face-barriers-when-selling-abroad>; zu beachten gilt jedoch auch hier, dass nur verhältnismässig wenige Händler befragt wurden.

<sup>28</sup> Vgl. dazu FÖHLISCH (Fn. 25), 1 f. mit dem Hinweis, dass allein seit 2008 fünf massgebende Novellierungen des europäischen Fernabsatzrecht erfolgten.

<sup>29</sup> Mitteilung (Fn. 16), 6; vgl. dazu STAUDENMAYER (Fn. 23), 1 f.

<sup>30</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM(2015) 635 final, 9. Dezember 2015, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-635-DE-F1-1.PDF>.

<sup>31</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final, 9. Dezember 2015, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-634-DE-F1-1.PDF>.

<sup>32</sup> Anhang zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM(2014), 910 final, 13, [http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp\\_2015\\_withdrawals\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_de.pdf).

<sup>33</sup> Art. 3 OHRL-E und Art. 4 DIRL-E.

<sup>34</sup> Zum Begriff vgl. MATTHIAS WAGNER, Das Konzept der Mindestharmonisierung, Berlin 2001, 18 ff.

le Recht bedeutet, als dies bei einer Verordnung der Fall wäre<sup>35</sup>. Zudem erhöht die Wahl von Richtlinien als Instrumente der Normierung die Chancen der Verwirklichung des Projektes<sup>36</sup>.

[Rz 11] Die Europäische Kommission ist der Ansicht, dass die Vollharmonisierung für sämtliche Marktteilnehmer des digitalen Binnenmarktes gleiche rechtliche Voraussetzungen zu schaffen vermöge, die Kosten für die anbietenden Unternehmen senke und zur Rechtssicherheit beitrage<sup>37</sup>. Der Ansatz der Vollharmonisierung findet verbreitet Zustimmung<sup>38</sup>; indessen ist darauf hinzuweisen, dass auch bei einer Vollharmonisierung weiterhin Spielraum bei der Umsetzung für die Mitgliedstaaten besteht, was sich insbesondere bei der Verbraucherrechte-Richtlinie (VRRRL)<sup>39</sup> zeigen lässt. Während diese z.B. in Frankreich, Italien und teilweise auch in Österreich in Verbraucherschutzgesetzen umgesetzt wurde, findet sich die Umsetzung in Deutschland vorwiegend im allgemeinen Vertragsrecht<sup>40</sup>. Dennoch ist der vollharmonisierende Ansatz mit Blick auf die Rechtssicherheit zu begrüßen.

### 3. Vertragsrechtliche Aspekte des Online-Handels mit Waren

#### 3.1. Anwendungsbereich

[Rz 12] Der Vorschlag der Richtlinie zum Online-Warenhandel basiert im Grundsatz auf der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (VKRL)<sup>41</sup>. Vom Anwendungsbereich erfasst sind Fernabsatzverträge zwischen einem Verkäufer und einem Verbraucher, welche Waren zum Gegenstand haben<sup>42</sup>. Indessen gilt die Richtlinie weder für Fernabsatzverträge über die Erbringung von Dienstleistungen (Art. 1 Abs. 2 OHRL-E) noch für Verträge über dauerhafte Datenträger mit digitalen Inhalten, wenn diese Datenträger ausschliesslich der Übermittlung digitaler Inhalte dienen (Art. 1 Abs. 3 OHRL-E). Dies hat zur Konsequenz, dass z.B. CDs oder DVDs, welche als Träger von digitalem Inhalt zu qualifizieren sind, nicht in deren Anwendungsbereich fallen, sondern dem Richtlinien-vorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte unterliegen<sup>43</sup>.

---

<sup>35</sup> Bei einer Verordnung wären sehr viele detaillierte und umfassende Regelungen erforderlich gewesen, welche unmittelbare Rechtswirkungen in den Mitgliedstaaten verursacht hätten, vgl. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, 1 ff., die mit 99 Artikeln ausgiebig geregelt ist.

<sup>36</sup> MARTIN SCHMIDT-KESSEL ET AL., Die Richtlinien-vorschläge des Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1, in: GPR 1/2016, 3.

<sup>37</sup> Erwägungsgründe Nr. 8 und 9 OHRL-E.

<sup>38</sup> Dazu FÖHLISCH (Fn. 25), 1; GERALD SPINDLER, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 534 final 2015/0287 (COD), 3, <https://www.bundestag.de/blob/420320/f592286ecb85f113710d7bd40bd92b47/spindler-data.pdf>; HDE HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND, Stellungnahme, EU-Vertragsrecht für den Fernabsatz von Sachgütern und die Bereitstellung digitaler Inhalte (2015/0288/EG und 2015/0287/EG) vom 27. April 2016, 4, [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/AbteilungenReferate/IB6\\_VA\\_Digitales\\_Vertragsrecht\\_Stellungnahme\\_HDE\\_1.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/AbteilungenReferate/IB6_VA_Digitales_Vertragsrecht_Stellungnahme_HDE_1.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>39</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. L 304 vom 22. November 2011, 64 ff.

<sup>40</sup> Vgl. dazu STÜRNER (Fn. 26), 2 f.

<sup>41</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 vom 7. Juli 1999, 12 ff.

<sup>42</sup> Art. 1 und 2 OHRL-E.

<sup>43</sup> Erwägung 13 und Art. 1 Abs. 3 OHRL-E.

[Rz 13] Die Ausscheidung von CDs und DVDs aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie zum Online-Warenhandel hätte für Händler zur Folge, dass sie je nach verkauftem Produkt unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen beachten müssten<sup>44</sup>. Werden z.B. Filmdateien zum Download und DVDs zum Verkauf angeboten, fände der Richtlinienvorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte Anwendung. Bietet derselbe Händler zusätzlich Fernsehgeräte an, würden für diese Produkte die Vorgaben des Richtlinienvorschlags zum Online-Kauf gelten. Ist der Händler nicht nur im elektronischen Handel tätig, sondern verfügt er auch über Filialen, sind für diese Verkäufe – wie bereits heute der Fall – die jeweilige nationale Umsetzungsgesetzgebungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zu beachten.

[Rz 14] Mit Blick auf das heute stark verbreitete Konzept des sog. «Omni-Channel»<sup>45</sup> erscheint es als problematisch, dass im stationären Handel geschlossene Verträge nicht von denselben rechtlichen Rahmenbedingungen erfasst sind. Aufgrund dieser Tatsache würde für einen Kauf – je nachdem, ob der Kunde die Ware über das Internet bestellt oder in der Filiale des Händlers erwirbt – ein unterschiedlicher Rechtsrahmen zur Anwendung kommen<sup>46</sup>.

[Rz 15] Aus wettbewerbspolitischer Sicht stellt sich deshalb die Frage, ob die Einführung eines neuen digitalen Vertragsrechts ohne Miteinbezug des stationären Handels nicht dazu führt, dass kleine stationäre Anbieter auf ein ganzheitliches Vertriebskonzept verzichten<sup>47</sup>. Diese potenziellen Hindernisse stehen im Widerspruch zu den Absichten der Europäischen Kommission, welche ja grundsätzlich Unterschiede zwischen Online- und Offlinehandel beseitigen möchte<sup>48</sup>. Ferner ist zu bezweifeln, ob damit tatsächlich das wirtschaftliche Potenzial des grenzüberschreitenden E-Commerce optimal ausgenutzt wird.

[Rz 16] Diesen Erkenntnissen zufolge lässt sich feststellen, dass sich die Rechtsfragmentierung im vorgeschlagenen digitalen Vertragsrecht – welche sich bis anhin über die unterschiedlichen EU-Staaten hinweg erstreckte – nicht auflöst, sondern lediglich in die Mitgliedstaaten selbst verlagert<sup>49</sup>. Wie bereits skizziert, käme es nämlich je nach gewähltem Verkaufskanal bzw. je nach Produkt zu einer Zersplitterung der einschlägigen Vertragsrechte. Neben den zusätzlichen Lasten, die der Anbieter aufgebürdet erhielte, liesse sich eine solche Situation auch dem Verbraucher gegenüber nur schwer transparent darstellen<sup>50</sup>. Demzufolge wäre es wünschenswert, wenn die Europäische Kommission ihre Richtlinienvorschläge so modifizieren würde, dass eine Kohärenz mit den Vorgaben zum stationären Handel hergestellt wird.

---

<sup>44</sup> Ausführlich dazu vgl. HDE HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND (Fn. 38), 6.

<sup>45</sup> Omni-Channel bedeutet, dass die Online- und Offlineverkaufskanäle des Händlers zusammenwachsen, um den Kunden ein ganzheitliches Shopperlebnis zu ermöglichen. Ein typisches Beispiel für den Omni-Channel ist das Modell «click & collect», wo der Verbraucher ein Produkt online bestellt und dieses dann in der Filiale des Händlers abholt; zum Begriff des Omni-Channel vgl. <http://omnichannel.me/what-is-omnichannel/>.

<sup>46</sup> Kritisch dazu HDE HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND (Fn. 38), 5 f., der darauf hinweist, dass der diesbezügliche Mehraufwand für den Handel erheblich wäre.

<sup>47</sup> Vgl. dazu HDE HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND (Fn. 38), 5.

<sup>48</sup> Zu den entsprechenden Absichten der Europäischen Kommission vgl. vorne Ziff. 1.

<sup>49</sup> Vgl. dazu FÖHLISCH (Fn. 25), 2 f.

<sup>50</sup> FÖHLISCH (Fn. 25), 2.

### 3.2. Vertragsmässigkeit

[Rz 17] Die Vorgaben für die Vertragsmässigkeit der Waren finden sich in Art. 4 ff. OHRL-E. Der Richtlinienvorschlag verbindet objektive mit subjektiven Kriterien und entspricht inhaltlich den Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>51</sup>. In subjektiver Hinsicht ist vorgesehen, dass der Verkäufer die Waren «hinsichtlich der Quantität, Qualität und Beschreibung den vertraglichen Anforderungen zu entsprechen haben» (Art. 4 Abs. 1 lit. a OHRL-E). Zudem muss sich die Ware für einen vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen und jene Eigenschaft wie auch Tauglichkeit besitzen, welche sich aus den vorvertraglichen Erklärungen ergeben (Art. 4 Abs. 1 lit. b und c OHRL-E). Bestehen keine ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen, sind die objektiven Kriterien im Sinne von Art. 5 OHRL-E massgebend<sup>52</sup>. Indessen ist unklar, ob die sehr extensiv geregelten objektiven Anforderungen überhaupt noch (ausreichend) Platz für subjektive Kriterien belassen<sup>53</sup>.

[Rz 18] Der Zeitpunkt für die Feststellung der Vertragsmässigkeit (bzw. Vertragswidrigkeit) ist im Vertragsrecht ein wesentlicher Aspekt. Gemäss Art. 8 OHRL-E tritt der entsprechende Zeitpunkt beim Gefahrenübergang ein; dieser liegt in der Regel vor, wenn der Verbraucher die Kontrolle über die bestellten Waren erlangt<sup>54</sup>. Abweichend von diesem Grundsatz differenziert Art. 8 Abs. 2 OHRL-E für Waren, die einer Montage bzw. einer Installation bedürfen, danach, wer die entsprechenden Arbeiten auszuführen hat. Muss der Verkäufer die Arbeiten erledigen, geht die Gefahr mit deren Abschluss über. Muss hingegen der Verbraucher die entsprechende Montage oder Installation durchführen, erfolgt der Gefahrenübergang innerhalb einer «angemessenen Frist» oder spätestens nach 30 Tagen. Selbst wenn die zweite Variante das Vertragsgleichgewicht zuungunsten des Verkäufers zu verschieben droht<sup>55</sup>, erscheint dies mit Blick auf die (überschaubare) Frist von 30 Tagen als vertretbar.

### 3.3. Rechtsbehelfe

[Rz 19] Sind die zugestellten Waren nicht vertragsgemäss, hat der Verbraucher bereits nach geltendem EU-Recht einen Anspruch darauf, dass ein vertragsgemässer Zustand hergestellt wird<sup>56</sup>. Eine Hierarchie von Abhilfemöglichkeiten sieht vor, dass der Verbraucher zuerst eine Ersatzlieferung oder eine Nachbesserung zu verlangen berechtigt ist. In einem allfälligen zweiten Schritt kann der Verbraucher eine Herabsetzung des Kaufpreises verlangen oder gar vom Vertrag zurücktreten. Die Mindestharmonisierung der einschlägigen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat zur Folge, dass nicht in allen EU-Mitgliedstaaten ein entsprechendes «Abhilferegime» umgesetzt wurde<sup>57</sup>. Die acht betreffenden Mitgliedstaaten kennen zwar teilweise eine Hierarchie, se-

---

<sup>51</sup> Das entsprechende «Scharnier» zwischen den subjektiven und den objektiven Kriterien ist in Art. 4 Abs. 2 OHRL-E verankert; vgl. dazu FÖHLISCH (Fn. 25), 4.

<sup>52</sup> OHRL-E (Fn. 30), 17.

<sup>53</sup> STÜRNER (Fn. 26), 6.

<sup>54</sup> Vgl. dazu OHRL-E (Fn. 30), 17.

<sup>55</sup> STÜRNER (Fn. 26), 7.

<sup>56</sup> Vgl. dazu Art. 3 VKRL.

<sup>57</sup> Keine oder nur eine modifizierte Abhilfehierarchie kennen Irland, Griechenland, Grossbritannien, Kroatien, Litauen, Portugal, Slowenien und Zypern; e contrario dazu vgl. OHRL-E (Fn. 30), 6.

hen gleichzeitig aber auch andere, gleichwertige Rechtsbehelfe vor, oder verfügen über gar keine Rangordnung der Rechtsbehelfe<sup>58</sup>.

[Rz 20] Der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission legt eine zweistufige Hierarchie der Rechtsbehelfe für sämtliche Mitgliedstaaten fest (Art. 9 und 11 OHRL-E). Demnach wird es für die grosse Mehrheit der europäischen Verbraucher keine Änderungen geben. Indessen hat diesbezüglich insbesondere die britische Seite Widerstand signalisiert, weil das parallele 30-tägige «right to reject» nicht länger aufrechterhalten werden könnte<sup>59</sup>. Auch das Widerrufsrecht von 14 Tagen im Online-Handel, das in Art. 9 ff. VRRRL verankert ist, vermöge diesen Umstand insofern nicht auszugleichen, als das Widerrufsrecht lediglich vorsehe, dass die gelieferte Ware getestet, nicht aber benutzt werde<sup>60</sup>. Aus diesem Grunde erscheint die Kritik der Briten zwar als sachgerecht, mit Blick auf den «Brexit» ist ihr vorliegend jedoch nur eine geringe Relevanz einzuräumen<sup>61</sup>.

[Rz 21] Der vorgeschlagenen Richtlinie zufolge soll der Verbraucher in einem allfälligen zweiten Schritt auch bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit die Möglichkeit haben, vom Vertrag zurückzutreten<sup>62</sup>, was einen Unterschied zur EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (Art. 6 Abs. 3 VKRL) darstellt. Ferner ist auffallend, dass der Entwurf das Verhältnis der Rechtsbehelfe zum Schadenersatzrecht nicht normiert. Unklar ist, ob die Mitgliedstaaten nach wie vor (zusätzliche) Regelungen zum Schadenersatz verankern dürfen oder ob dies mit Blick auf den Vollharmonisierungsansatz nicht möglich ist<sup>63</sup>. Weil indessen der Schadenersatz im Richtlinienentwurf über die Bereitstellung digitaler Inhalte ausdrücklich normiert ist<sup>64</sup>, erscheint die Folgerung als sachgerecht, dass im Bereich des Online-Warenhandels nach wie vor die nationalen Gesetzgeber darüber entscheiden können, ob solche Bestimmungen zu verankern sind.

### 3.4. Fristen und Beweislast

[Rz 22] Gemäss Art. 5 Abs. 2 VKRL können die EU-Mitgliedstaaten vorsehen, dass der Verbraucher innerhalb von zwei Monaten nach Feststellung eines Mangels den Verkäufer über die Vertragswidrigkeit informieren muss, damit er seine Rechtsbehelfe wahrnehmen kann. Ein Blick in

---

<sup>58</sup> In Grossbritannien ist es z.B. möglich, bei einer mangelhaften Ware innerhalb von 30 Tagen vom Vertrag zurückzutreten oder alternativ den Ersatz oder die Reparatur der Ware zu verlangen (Consumer Rights Act 2015 vom 26. März 2015, Sections 19 (3), 20). Eine freie Wahl der Rechtsbehelfe kennen namentlich die Verbraucher in Litauen (Art. 6.334 Civilinis Kodeksas vom 18. Juli 2000) und in Portugal (Art. 4 Decreto-Lei n° 67/2003 de 8 de Diarrio da Republica n° 83 vom 8. April 2003, 2280), vgl. NIKO HÄRTING/PATRICK GÖSSLING, Online-Kauf in der EU – Harmonisierung des Kaufgewährleistungsrechts in: CR 2016, 166.

<sup>59</sup> Vgl. dazu BOB SCHMITZ, EU-Richtlinienentwurf über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren / Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz im Bundestag am 11. Mai 2016, 6 f., <https://www.bundestag.de/blob/420564/7466e486b714579adcfff53160459313/schmitz-data.pdf>.

<sup>60</sup> SCHMITZ (Fn. 59), 7, weist zutreffend darauf hin, dass Mängel, die nicht offensichtlich sind, in der Regel erst durch eine «richtige» Benutzung zu erkennen sind.

<sup>61</sup> Im Referendum über den Verbleib des Vereinigten Königreiches in der EU vom 23. Juni 2016 entschied das Stimmvolk mit 51.9% ihrer Wähler, aus dem Staatenverbund auszutreten, vgl. dazu [http://www.bbc.com/news/politics/eu\\_referendum/results](http://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results). Sobald der Austritt zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU ausverhandelt sein wird, werden auch die entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen der EU für das Vereinigte Königreich keine Geltung mehr haben.

<sup>62</sup> Erwägungsgrund 29 der OHRL-E (Fn. 30).

<sup>63</sup> Vgl. dazu FÖHLISCH (Fn. 25), 6.

<sup>64</sup> Vgl. hinten Ziff. 4.4.

die jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetzgebungen zeigt ein heterogenes Bild: Während 12 Mitgliedstaaten eine Frist von 2 Monaten kennen, haben fünf Mitgliedstaaten längere und 11 Mitgliedstaaten gar keine entsprechenden Fristen vorgesehen<sup>65</sup>. Der Richtlinienvorschlag sieht diese Rügepflicht nicht mehr vor; vielmehr soll es ausreichend sein, den Anspruch innerhalb der zweijährigen Gewährleistungsfrist geltend zu machen<sup>66</sup>. Demnach hätte dieser Vorschlag für 17 – ohne das Vereinigte Königreich 16 – Mitgliedstaaten zur Konsequenz, dass die jeweiligen nationalen Gesetzgebungen anzupassen wären.

[Rz 23] Mit Bezug auf die Gewährleistungsfrist ist festzustellen, dass deren Regelung in vielen Mitgliedstaaten zu keinen Veränderungen führen würde. Die EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sieht in Art. 5 Abs. 1 VKRL für Mängel, welche bereits zum Zeitpunkt der Lieferung vorliegen, eine Frist von mindestens zwei Jahren vor. 23 der insgesamt 28 nationalen Gesetzgeber haben eine entsprechende 2-jährige Gewährleistungsfrist festgelegt, während die übrigen Mitgliedstaaten alternative Fristen bzw. Konzepte gewählt haben<sup>67</sup>. Der Vorschlag der Europäischen Kommission, «flächendeckend» eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren einzuführen (Art. 14 OHRL-E), ist sachgerecht, weil eine Heterogenität in diesem Bereich negative Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden E-Commerce zu zeitigen droht<sup>68</sup>. Dennoch hätte eine entsprechende Vollharmonisierung zur Folge, dass in gewissen Staaten das Verbraucherschutzniveau herabzusetzen wäre, was jedoch mit Blick auf einen funktionierenden digitalen Binnenmarkt vernachlässigbar erscheint.

[Rz 24] Als wesentliche Neuerung des vorliegenden Richtlinienvorschlages ist eine verlängerte Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers von neu zwei Jahren zu nennen. Aufgrund der Beweislastumkehr obliegt es dem Verkäufer innert dieser Frist nachzuweisen, dass ein entsprechender Mangel bei Ablieferung der Ware nicht bestand (Art. 8 Abs. 3 OHRL-E). Im Unterschied dazu beträgt die entsprechende Frist bei der EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie lediglich 6 Monate, was 25 Mitgliedstaaten in ihr nationales Recht umgesetzt haben<sup>69</sup>. Die Ausweitung auf zwei Jahre soll dazu beitragen, die Rechtssicherheit anzuheben, die Verbraucher besser aufzuklären und den Unternehmen unionsweit einheitliche Vorgaben zur Verfügung zu stellen<sup>70</sup>.

[Rz 25] Im Rahmen eines aktuellen Urteils des EuGH hat die zuständige Generalanwältin festgehalten, dass der Verkäufer im Zeitpunkt der Lieferung grundsätzlich mehr und detailliertere Informationen über die Sache und deren Beschaffenheit haben dürfte als der Verbraucher<sup>71</sup>. Im entsprechenden Verfahren führt der EuGH aus, dass der Verbraucher lediglich den Beweis zu erbringen habe, dass die Sache mangelhaft sei; ein Beweis für den Grund der Mangelhaftigkeit

---

<sup>65</sup> Während z.B. die Mitgliedstaaten mit der höchsten Bevölkerungsdichte (Deutschland und Frankreich) keine diesbezüglichen Fristen kennen, ist in Dänemark und Schweden innerhalb einer angemessenen Frist sowie in der Slowakei erst innerhalb von sechs Monaten zu informieren; für einen Überblick vgl. OHRL-E (Fn. 30), 7.

<sup>66</sup> Erwägungsgrund 25 der OHRL-E (Fn. 30); vgl. dazu HÄRTING/GÖSSLING (Fn. 58), 167.

<sup>67</sup> Schweden sieht für sämtliche Waren eine dreijährige Gewährleistungsfrist vor (§ 23 Konsumentköpplag vom 6. September 1990). In Finnland und den Niederlanden richtet sich diese nach der Lebenserwartung des Produktes, weshalb sie oft als «unbegrenzt» bezeichnet wird, vgl. dazu HÄRTING/GÖSSLING (Fn. 58), 169. In Irland und dem Vereinigten Königreich bestehen zwar keine Mindestgewährleistungsfristen, dennoch sind die Verbraucherrechte durch eine Verjährungsfrist begrenzt, innerhalb derer die Ansprüche vor Gericht geltend zu machen sind; für eine Übersicht vgl. OHRL-E (Fn. 30), 7.

<sup>68</sup> Ebenfalls in diese Richtung vgl. HÄRTING/GÖSSLING (Fn. 58), 169.

<sup>69</sup> Eine längere Frist zur Beweislastumkehr kennen Frankreich, Portugal und Polen; vgl. OHRL-E (Fn. 30), 7; HÄRTING/GÖSSLING (Fn. 58), 169.

<sup>70</sup> Erwägungsgrund 26 der OHRL-E (Fn. 30); SCHMITZ (Fn. 59), 2.

<sup>71</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 27. November 2014 – Rs. C-497/13, Rz. 88.

ist nicht notwendig<sup>72</sup>. Der Verkäufer kann jedoch nach wie vor den Einwand erheben, dass der Mangel bei der Auslieferung noch nicht vorgelegen habe; in einem solchen Fall würde die Beweislast wiederum beim Verbraucher liegen<sup>73</sup>. Dennoch ist zu vermuten, dass die neue Regelung faktisch einer gesetzlichen Garantie von zwei Jahren gleichkäme, was in der Praxis zu erheblichen Problemen führen könnte<sup>74</sup>. Im Vergleich zu den stationären Händlern ist diese Regelung für Online-Händler insoweit nachteilig, als die Beweislastumkehr für diesen Vertriebskanal 18 Monate länger wäre, was sich objektiv nicht rechtfertigen lässt<sup>75</sup>. Ferner ist damit exemplarisch belegbar, dass Omni-Channel-Händler mit fragmentierten Gewährleistungsrechten zu kämpfen haben<sup>76</sup>.

[Rz 26] Offensichtlich ist, dass die vorgeschlagene Regelung das Verbraucherschutzniveau anheben würde, was eigentlich nicht der (primären) Zielsetzung der Richtlinie entspricht<sup>77</sup>. In diesem Kontext ist die Frage aufzuwerfen, ob die Sorgfalt des Verbrauchers unter der neuen Regelung «leiden» würde, was jedoch mit Blick auf die bisherigen Erfahrungen zu verneinen ist<sup>78</sup>. Positiv hervorzuheben ist, dass die Unternehmen möglicherweise zur Berücksichtigung langlebiger Produkte angespornt sind, was nachhaltigere Verbrauchsmuster und eine sog. Kreislaufwirtschaft fördert<sup>79</sup>. Demnach lassen sich in der Regelung gewisse Nachhaltigkeitsgesichtspunkte im Sinne des Umweltschutzes erkennen<sup>80</sup>.

## 4. Vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte

### 4.1. Anwendungsbereich

[Rz 27] Der (sachliche) Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlages zur Bereitstellung digitaler Inhalte ist extensiv umschrieben. Das wesentlichste Kriterium ist der Begriff des digitalen Inhalts, welcher in Art. 2 Abs. 1 lit. a DIRM-E verankert ist. Danach bezeichnet dieser Begriff namentlich Daten, welche in einer digitalen Form hergestellt und bereitgestellt werden, was Video- und Audioinhalte, digitale Spiele, Software und auch sonstige «Anwendungen» mitumfasst. Zudem fallen «Dienstleistungen, welche die Erstellung Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden» (Art. 2 Abs. 1 lit. b DIRM-E), und «Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen» (Art. 2 Abs. 1 lit. c DIRM-E), ebenfalls in den Anwendungsbereich dieses Entwurfes der Europäischen Kommission.

---

<sup>72</sup> Urteil des EuGH vom 4. Juni 2015 – Rs. C-497/13, Rz. 70.

<sup>73</sup> SCHMITZ (Fn. 59), 3.

<sup>74</sup> Vgl. HÄRTING/GÖSSLING (Fn. 58), 169; zur zweijährigen «Haltbarkeitsgarantie» vgl. STÜRNER (Fn. 26), 10.

<sup>75</sup> HDE HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND (Fn. 38), 7; STÜRNER (Fn. 26), 10, verweist darauf, dass die Qualität der Ware nicht vom gewählten Vertriebskanal abhängen kann.

<sup>76</sup> Vgl. bereits vorne Ziff. 3.1; ebenfalls dazu vgl. FÖHLISCH (Fn. 25), 5.

<sup>77</sup> Gemäss Erwägungsgrund 11 OHRL-E (Fn. 30) betreffen die Bestimmungen der Richtlinie lediglich Elemente, welche mit Blick auf die Überwindung der vertragsrechtlichen Hindernisse im digitalen Binnenmarkt wesentlich sind; vgl. dazu FÖHLISCH (Fn. 25), 5.

<sup>78</sup> In Portugal, das die 2-jährige Beweislastumkehr bereits seit März 2008 kennt, haben sich befürchtete Missbrauchsszenarien nicht bewahrheitet; vgl. dazu SCHMITZ (Fn. 59), 4.

<sup>79</sup> Vgl. dazu Erwägungsgrund 23 der OHRL-E (Fn. 30) sowie SCHMITZ (Fn. 59), 4.

<sup>80</sup> SCHMIDT-KESSEL ET AL. (Fn. 36), 14; fraglich bleibt, ob diese Richtlinie dafür den «richtigen» Platz bietet.

[Rz 28] Das breite Begriffsverständnis zeigt auf, dass der Richtlinienvorschlag jegliche Dienste, welche mit Blick auf digitale Inhalte eine Rolle spielen könnten, erfassen möchte: Dabei handelt es sich namentlich um Datenbanken, soziale Netzwerke (z.B. *Facebook*), elektronische Auktions- und Handelsplattformen (z.B. *Amazon* oder *eBay*), Blogging-Umgebungen (z.B. *Twitter*) oder auch Streaming-Dienste (z.B. *Netflix*) sowie Daten für den 3D-Drucker<sup>81</sup>. Der Grund für dieses extensive Begriffsverständnis liegt darin, dass die Europäische Kommission den raschen technologischen Entwicklungen angemessen Rechnung tragen möchte und sicherstellen will, dass der Begriff nicht schon bald wieder überholt ist<sup>82</sup>. Obwohl ein Ausschluss für persönlich erbrachte Dienstleistungen vorgesehen ist (Art. 3 Abs. 5 lit. a DIRL-E), sind die Sharing Economy-typischen Vermittlerplattformen (z.B. *Airbnb* oder *Uber*) regelmässig vom Begriff erfasst, weil sie die entsprechenden Dienstleistungen nicht selbst erbringen<sup>83</sup>.

[Rz 29] Ein Ausschluss besteht zudem für «embedded» Digital Content, bei welchem digitale Inhalte in eine Ware integriert werden und damit zwar deren fester Bestandteil sind, aber lediglich eine untergeordnete Funktion ausüben<sup>84</sup>. Diesbezüglich könnten sich Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben, die insbesondere mit Blick auf das Internet der Dinge (*Internet of Things, IoT*) als problematisch einzustufen sind. Diese Feststellung gilt um so mehr, als die Europäische Kommission ausdrücklich festhält, dass digitale Inhalte im Rahmen des *IoT* zwar sehr relevant sind, es jedoch als angezeigt erscheine, diesbezügliche Fragen der Haftung und der Verträge zwischen Maschinen nicht im vorgeschlagenen Richtlinienvorschlag zu regeln<sup>85</sup>. Hingegen ist die Art der Datenübertragung nicht einschlägig, weshalb auch CDs und DVDs vom Richtlinienvorschlag erfasst sind (Art. 3 Abs. 3 DIRL-E)<sup>86</sup>. Ferner ist für die Anwendung der geplanten Richtlinie unerheblich, ob die digitalen Inhalte on- oder offline verkauft werden<sup>87</sup>.

[Rz 30] Eine wichtige Neuerung gegenüber bisher Bekanntem zeigt sich in Art. 3 Abs. 1 DIRL-E; demnach wird der Anwendungsbereich auf Verträge erstreckt, welche als Gegenleistung personenbezogene oder andere Daten zum Gegenstand haben<sup>88</sup>. Die Europäische Kommission stellt klar, dass Informationen über Personen oder Marktteilnehmer einen mit Geld vergleichbaren Wert haben<sup>89</sup>. Findet die Datenverarbeitung lediglich statt, um vertragliche oder gesetzliche Pflichten erfüllen zu können, ist der vorliegende Richtlinienvorschlag nicht anwendbar (Art. 3 Abs. 4 DIRL-E)<sup>90</sup>. Weil nur solche kostenlose digitale Dienste zu erfassen sind, welche eine per-

---

<sup>81</sup> Erwägungsgrund 16 DIRL-E (Fn. 31); GERALD SPINDLER, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze, Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, in: MMR 2016, 148; ausführlich zum 3D-Druck vgl. ROLF H. WEBER/LENNART CHROBAK, «Aus eins mach zehn»: Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht in Zeiten des 3D-Drucks, in: Jusletter IT 22. September 2016, Rz. 1 ff.

<sup>82</sup> Erwägungsgrund 11 DIRL-E (Fn. 31).

<sup>83</sup> SPINDLER (Fn. 81), 148; zur Sharing Economy vgl. hinten Ziff. 5.

<sup>84</sup> Erwägungsgrund 11 DIRL-E (Fn. 31); SPINDLER (Fn. 81), 148.

<sup>85</sup> Erwägungsgrund 17 DIRL-E (Fn. 31); differenzierend dazu vgl. SPINDLER (Fn. 81), 148.

<sup>86</sup> Erwägungsgrund 11 DIRL-E (Fn. 31); kritisch vgl. vorne Ziff. 3.1.

<sup>87</sup> SPINDLER (Fn. 81), 149.

<sup>88</sup> Vgl. JOACHIM BOKOR, Die Richtlinienvorschläge zu Verträgen über digitalen Inhalte und Online-Warenhandel, 1 ff., <http://www.bundestag.de/blob/422554/6f0bd347b413226ad2ffe992dc5cfa9f/bokor-data.pdf>.

<sup>89</sup> Erwägungsgrund 13 DIRL-E (Fn. 31).

<sup>90</sup> Im Rahmen der vertraglichen Pflichten ist namentlich an Angaben zum geografischen Standort zu denken, die für das sachgemässe Funktionieren mobiler Anwendungen oft erforderlich ist, vgl. Erwägungsgrund 14 DIRL-E (Fn. 31); SPINDLER (Fn. 81), 149. Offen ist z.B. die Frage, ob sich als aktuelles Beispiel das kostenlose Mobile Game «Pokémon Go» heranziehen liesse, das eine erweiterte Realität als Spielumgebung nutzt (augmented reality) und durch GPS die Standortdaten des Spielers ermittelt, um ihn auf einer virtuellen Spielkarte zu positionieren, die auf Google Maps basiert; vgl. <http://www.pokemongo.com/de-de/explore/>.

sönliche Registrierung des Nutzers erfordern, soll namentlich die Einwilligung in das Setzen von Cookies den Anwendungsbereich nicht eröffnen<sup>91</sup>.

[Rz 31] Gemäss Art. 3 Abs. 5 DIRL-E sind spezifische Verträge ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Dabei handelt es sich namentlich um elektronische Kommunikationsdienste (z.B. *Access Providing*), Gesundheitsdienstleistungen, Glücksspiele oder Finanzdienstleistungen<sup>92</sup>. Demnach sind insbesondere Bezahldienste wie *Paypal* nicht erfasst, was mit Blick auf die entsprechende Regulierung im Finanzmarktrecht als sachgerecht erscheint<sup>93</sup>. Auch Kryptowährungen (z.B. *Bitcoin*) fallen nicht in den Anwendungsbereich, was insofern bemerkenswert ist, als diese bisher nur eine fragmentarische Regulierung erfahren haben<sup>94</sup>. Zudem hält Art. 3 Abs. 6 DIRL-E fest, dass sich der Richtlinienvorschlag bei Verträgen, die neben der Bereitstellung digitaler Inhalte zusätzliche Elemente enthalten, nur auf die Aspekte des digitalen Inhaltes fokussiert<sup>95</sup>. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Entwurf in personeller Hinsicht auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern anzuwenden wäre (Art. 2 Abs. 3 DIRL-E).

[Rz 32] Selbst wenn die skizzierten Unklarheiten und Abgrenzungsfragen der Rechtssicherheit nicht dienlich sind, ist der breite (sachliche) Anwendungsbereich mit Blick auf den rasanten technologischen Fortschritt grundsätzlich zu begrüssen<sup>96</sup>. Dennoch erschiene es als sachgerecht, insbesondere mit Blick auf den immer bedeutsameren «embedded» Digital Content und die kostenlosen digitalen Inhalte, modifizierte Lösungsansätze zu erarbeiten, damit in diesem Bereich künftig transparente rechtliche Rahmenbedingungen bestehen.

## 4.2. Vertragsmässigkeit

[Rz 33] Gemäss Art. 6 DIRL-E sind digitale Inhalte als vertragsgemäss einzustufen, wenn sie den vertraglichen (subjektiven) und gesetzlichen (objektiven) Anforderungen entsprechen, die als Richtschnur für die zu beurteilende Qualität heranzuziehen sind. Zunächst stellt Art. 6 Abs. 1 lit. a DIRL-E auf die vertraglich vereinbarten Inhalte und die vorvertraglichen Informationspflichten ab<sup>97</sup>. Deshalb hält STAUDENMAYER fest, dass die digitalen Inhalte in erster Linie den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen müssen<sup>98</sup>. Dadurch lässt sich auch verhindern, dass

---

<sup>91</sup> Erwägungsgrund 14 DIRL-E (Fn. 31); weil z.B. auch Open Source-Software oder sonstige Open Access-Anwendungen in der Regel ohne persönliche Registrierung zu beziehen sind, würden diese nicht in den vorliegenden Anwendungsbereich fallen; eingehend dazu vgl. SPINDLER (Fn. 81), 150.

<sup>92</sup> Vgl. dazu Art. 3 Abs. 5 lit. b-e DIRL-E.

<sup>93</sup> Die sog. «PSD II» regelt eine grosse Vielfalt an elektronischen Finanzdienstleistungen, womit eine entsprechende Regulierung bereits besteht, vgl. dazu Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl. L 337 vom 23. Dezember 2015, 35 ff.

<sup>94</sup> Immerhin sind die Anbieter und Vermittler von Bitcoin oft durch die MiFiD II-Richtlinie erfasst, vgl. Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, 349 ff.; vgl. dazu SPINDLER (Fn. 81), 150.

<sup>95</sup> Aufgrund dieser Rechtslage ist zu befürchten, dass eine entsprechende Trennung im konkreten Sachverhalt nur schwer vorzunehmen ist, vgl. dazu SPINDLER (Fn. 81), 150 f.

<sup>96</sup> Ebenfalls in diese Richtung vgl. SPINDLER (Fn. 81), 148 f.

<sup>97</sup> Vorvertragliche Informationspflichten können sich aus den nationalen Vorgaben ergeben, die insbesondere gestützt auf Art. 5 VRRRL umzusetzen waren, vgl. STÜRNER (Fn. 26), 14.

<sup>98</sup> STAUDENMAYER (Fn. 23), 3.

Widersprüche mit dem Urheberrecht entstehen; der Anbieter soll sich nicht in einer Situation wiederzufinden, bei welcher er von Gesetzes wegen etwas zu leisten hat, wozu er aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen mit dem Rechteinhaber oder (früheren) Lizenznehmern nicht im Stande ist<sup>99</sup>. Dieser Regelungsansatz will dazu beitragen, dass innovative Start-Up Unternehmen nicht eingeschränkt sind, weiterhin neue Beta-Versionen von entsprechenden digitalen Inhalten auf den Markt zu bringen<sup>100</sup>. Selbst wenn subjektive Kriterien im Vordergrund der Vertragsmässigkeit stehen, muss der Vertrag aber auch gewisse Mindestelemente (z.B. Funktionsumfang, Sicherheit oder Zugänglichkeit) abdecken (Art. 6 Abs. 2 DIRL-E)<sup>101</sup>.

[Rz 34] Ferner müssen die digitalen Inhalte für jene Zwecke geeignet sein, welche der Verbraucher anstrebt und der Anbieter zur Kenntnis genommen hat (Art. 6 Abs. 1 lit. b DIRL-E). Fraglich ist, ob eine damit verbundene Zustimmung des Anbieters auch konkludent erfolgen kann<sup>102</sup>. Mit Blick auf die mehrfach einsetzbaren digitalen Inhalte und Dienstleistungen möchte SPINDLER die diesbezüglichen Massstäbe der Zustimmung nicht allzu tief ansetzen, weil diesfalls ein für den Anbieter unkalkulierbares Risiko zu befürchten wäre<sup>103</sup>. Diese Einschätzung trifft insofern zu, als die vom Richtlinienvorschlag vorgesehene Regelung als verbraucherfreundlich einzustufen ist, was nicht dazu führen darf, dass dem Anbieter unverhältnismässige Hürden bei der Bereitstellung von digitalen Inhalten auferlegt werden.

[Rz 35] Als «Spezialität» legt der vorliegende Entwurf fest, dass die entsprechenden digitalen Inhalte während der gesamten Vertragslaufzeit vertragsgemäss sein müssen (Art. 6 Abs. 3 DIRL-E). Zudem sieht Art. 6 Abs. 4 DIRL-E vor, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die aktuellste Version des digitalen Inhalts zur Verfügung zu stellen ist. Selbst wenn Art. 6 Abs. 1 lit. d DIRL-E die Tatsache berücksichtigt, dass diese Inhalte den Anforderungen des Vertrags entsprechend zu aktualisieren sind, sieht der Richtlinienvorschlag keine Pflicht zur kontinuierlichen Aktualisierung vor. Demnach ist es den Parteien überlassen, entsprechende Vereinbarungen zu treffen<sup>104</sup>. Hat die Zurverfügungstellung der digitalen Inhalte in Form einer Integration in die bestehende Hardware zu erfolgen, sind daraus entstandene Mängel, die dem Anbieter anzulasten sind, ebenfalls als Vertragswidrigkeit einzustufen (Art. 7 DIRL-E)<sup>105</sup>. Aus diesem Grunde ist festzustellen, dass die Vertragsmässigkeit nicht nur im Zeitpunkt der Bereitstellung, sondern auch bei der «Vervollständigung» einer Integration von digitalen Inhalten vorzuliegen hat<sup>106</sup>.

[Rz 36] Analog zum Richtlinienvorschlag über den Online-Warenhandel liegt die Beweislast auch beim Entwurf über die Bereitstellung digitaler Inhalte beim Anbieter (Art. 9 DIRL-E). Dennoch besteht insofern ein gewichtiger Unterschied, als die Beweislastumkehr aufgrund der fehlenden Abnutzung zeitlich nicht limitiert ist<sup>107</sup>. Zudem sieht Art. 9 Abs. 2 DIRL-E eine Ausnahme für

---

<sup>99</sup> Vgl. STAUDENMAYER (Fn. 23), 3.

<sup>100</sup> Zum Ganzen vgl. STAUDENMAYER (Fn. 23), 3.

<sup>101</sup> Darüber hinaus erschiene es als sachgerecht, auch datenschutzrechtliche Grundsätze – wie z.B. die Datensparsamkeit – als Mindestelemente implementiert zu wissen, dazu vgl. SPINDLER (Fn. 81), 151.

<sup>102</sup> Dabei wäre z.B. an eine kommentarlose Bereitstellung digitaler Inhalte zu denken, vgl. STÜRNER (Fn. 26), 14.

<sup>103</sup> SPINDLER (Fn. 81), 151.

<sup>104</sup> Vgl. dazu SPINDLER (Fn. 81), 152.

<sup>105</sup> Ausführlich zur Vertragswidrigkeit bei inkompatiblen Systemumgebungen vgl. GERALD SPINDLER, Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität, Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, in: MMR 2016, 219.

<sup>106</sup> Vgl. dazu STÜRNER (Fn. 26), 15.

<sup>107</sup> Im Entwurf zum Online-Warenhandel beträgt die Frist zur Beweislastumkehr 2 Jahre, vgl. vorne Ziff. 3.4.

jene Fälle vor, in welchen der Anbieter nachweist, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers zu den digitalen Inhalten nicht kompatibel ist und der Verbraucher vor Vertragsabschluss darüber in Kenntnis gesetzt wurde. Der Gehalt der damit verknüpften Pflicht des Verbrauchers, für die Feststellung der digitalen Umgebung mit dem Anbieter zusammenzuarbeiten, erscheint indessen zumindest als unklar<sup>108</sup>. Zudem bestehen Schwierigkeiten, wenn im Nachhinein einzelne Sicherheitslücken auftreten: Liegen die Sicherheitslücken zum Zeitpunkt der Bereitstellung bereits vor, hat der Anbieter für sie einzustehen. Treten diese indessen erst durch eine Veränderung der digitalen Umgebung auf, ist der Sachverhalt gegenteilig zu beurteilen<sup>109</sup>.

### 4.3. Rechtsbehelfe

[Rz 37] Stellt der Anbieter die digitalen Inhalte nicht vertragsgemäss bereit, was eine Verletzung seiner Hauptpflicht bedeutet, hat der Verbraucher ein Recht zur sofortigen Beendigung des Vertrages (Art. 11 DIRM-E)<sup>110</sup>. Liegt eine nicht schwerwiegende Vertragsverletzung vor, finden die in Art. 12 DIRM-E normierten Rechtsbehelfe Anwendung. Demnach hat der Verbraucher Anspruch auf kostenlose Herstellung des vertragsgemässen Zustands, sofern dies nicht unmöglich, unverhältnismässig oder rechtswidrig ist (Art. 12 Abs. 1 DIRM-E). Von einem unverhältnismässigen Aufwand ist wohl bei geringwertigen Apps auszugehen<sup>111</sup>, was aus der Perspektive der (nicht selten «kleinen») Anbieter als sachgerecht erscheint. Wenn die angesetzte Frist für eine Nacherfüllung verstreicht, kann der Verbraucher gemäss Art. 12 Abs. 3 DIRM-E eine anteilmässige Minderung des Kaufpreises einfordern<sup>112</sup> oder den Vertrag beenden.

[Rz 38] Eine Beendigung des Vertrages, die sich in einem Rücktritt oder einer Kündigung manifestieren kann, ist jedoch nur dann möglich, wenn die Vertragswidrigkeit den Funktionsumfang, die Interoperabilität oder andere wesentliche Leistungsmerkmale digitaler Inhalte (z.B. Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit) beeinträchtigt (Art. 12 Abs. 5 DIRM-E)<sup>113</sup>. Diese Regelung ist insofern problematisch, als Fälle ausgeklammert werden, bei welchen sich geringfügige Leistungsstörungen kumulieren<sup>114</sup>. Mit Blick auf Sinn und Zweck der vorliegenden Norm erschiene es somit als sachgerecht, dass viele kleine Störungen eine erhebliche Leistungsstörung darzustellen

---

<sup>108</sup> Ebenfalls in diese Richtung vgl. STÜRNER (Fn. 26), 15.

<sup>109</sup> Für die Beurteilung wäre jeweils die Frage zu analysieren, in welchem Zeitpunkt ein Sicherheitsrisiko aufgetreten ist. Ist z.B. ein digitaler Inhalt an sich nicht mit einem Risiko behaftet, obwohl ein solches (potentiell) durch den Einsatz einer Software auftritt, wären keine Gewährleistungsansprüche denkbar, vgl. SPINDLER (Fn. 81), 152. Daraus ist ersichtlich, dass sehr schwierige (Sachverhalts-)Fragen abzuklären wären.

<sup>110</sup> Bei Dauerschuldverhältnissen ist zu beachten, dass eine nur «kurzfristige» Unterbrechung nicht als schwerwiegende Vertragsverletzung zu qualifizieren ist, vgl. Erwägungsgrund Nr. 35 DIRM-E (Fn. 31). Die Frage, was als kurzfristig zu gelten vermag, wäre je nach konkretem Einzelfall zu entscheiden; zu dieser Auslegungsschwierigkeit vgl. SPINDLER (Fn. 105), 220.

<sup>111</sup> Diese Erkenntnis ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 lit. a/b DIRM-E; vgl. dazu SPINDLER (Fn. 105), 221.

<sup>112</sup> Eine entsprechende Kaufpreisminderung ist jedoch nur unter der Voraussetzung möglich, dass die digitalen Inhalte gegen Geld und nicht gegen Daten zur Verfügung gestellt wurden.

<sup>113</sup> Die entsprechenden Leistungsmerkmale sind nur zu beachten, wenn sie nach Art. 6 Abs. 1 und 2 DIRM-E erforderlich sind.

<sup>114</sup> Eine Beendigung bei häufigen aber nur geringfügigen Leistungsstörungen sieht der Richtlinienentwurf nicht vor, vgl. dazu SPINDLER (Fn. 105), 221; Wiederum lässt sich das Mobile Game «Pokémon Go» als Anschauungsbeispiel heranziehen, bei welchem die Frage im Raum stehen würde, ob die aktuell häufigen, aber nur kurzfristigen Serverausfälle – die Anwendung des Richtlinienvorschlages vorausgesetzt – eine Vertragsbeendigung rechtfertigen würden; zu den Störungen vgl. <http://downdetector.com/status/pokemon-go>.

len vermögen<sup>115</sup>. Immerhin stellt die Europäische Kommission fest, dass unter Umständen nur jener Teil des Vertrages kündbar ist, welcher (vertragswidrige) digitale Inhalte zum Gegenstand hatte, was namentlich bei gemischten Verträgen oder Dauerschuldverhältnissen einschlägig sein könnte<sup>116</sup>.

[Rz 39] Beendet der Verbraucher einen entsprechenden Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte, sind unterschiedliche Rechtsfolgen denkbar. Der Richtlinienvorschlag bietet durchaus neuartige Vorschläge, welche teilweise mit den Rechtsfolgen in der EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) zu vergleichen sind<sup>117</sup>. Art. 13 Abs. 1 DRL-E sieht vor, dass eine Vertragsbeendigung formlos möglich ist, ohne ein bestimmtes Kommunikationsmedium wählen zu müssen. Spätestens 14 Tage nachdem die Mitteilung über die Vertragsbeendigung den Anbieter erreicht hat, muss dieser insbesondere den Kaufpreis zurückerstatten (Art. 13 Abs. 2 lit. a DRL-E). Ist die Gegenleistung für die Bereitstellung der digitalen Inhalte nicht in Geld, sondern in Form von Daten erfolgt, hat der Anbieter die Nutzung der Daten gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. b DRL-E zu unterlassen<sup>118</sup>. Zudem hat der Anbieter dem Verbraucher die bereitgestellten Daten innerhalb einer angemessenen Frist und in einem gebräuchlichen Datenformat kostenlos zur Verfügung zu stellen (Art. 13 Abs. 2 lit. c DRL-E). Die damit verknüpfte Datenportabilität, welche bereits in Art. 20 EU-DSGVO Eingang gefunden hat, nimmt in dieser Hinsicht eine wichtige Rolle ein, was zu begrüßen ist<sup>119</sup>.

#### 4.4. Fristen und Schadenersatz

[Rz 40] Wie bereits skizziert, enthält der vorliegende Richtlinienvorschlag keine bestimmte Gewährleistungsfrist<sup>120</sup>. Gemäss der Europäischen Kommission rechtfertigt die nicht vorhandene Abnutzung und die Tatsache, dass digitale Inhalte oft nur temporär zur Verfügung gestellt würden, diesen eher «untypischen» Regelungsansatz<sup>121</sup>. Dennoch bleibt es den Mitgliedstaaten vorbehalten, nationalstaatliche Verjährungsfristen zu berücksichtigen, um mit Blick auf entstehende vertragliche Ansprüche Rechtssicherheit herzustellen. Demnach ist festzuhalten, dass die Gewährleistungsfrist zwar unlimitiert ist, in der Regel aber Verjährungsfristen bestehen dürften, welche diese Ansprüche verjähren lassen. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass mit diesem Regelungsansatz neue Wege beschritten werden, was aus der Perspektive eines zukunftsorientierten Gesetzgebers als positiv zu vermerken ist.

[Rz 41] Im Unterschied zum Richtlinienvorschlag über den Online-Warenhandel sieht Art. 14 DRL-E einen Schadenersatzanspruch des Verbrauchers ausdrücklich vor. Im Falle einer «Nichtleistung» oder der «Nichteinhaltung» des Vertrages hat der Verbraucher entsprechende Haftungsansprüche, die sich auf jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrau-

---

<sup>115</sup> Ebenfalls in diese Richtung vgl. SPINDLER (Fn. 105), 221.

<sup>116</sup> Erwägungsgrund Nr. 42 DRL-E (Fn. 31); vgl. dazu SPINDLER (Fn. 105), 221.

<sup>117</sup> SPINDLER (Fn. 105), 221.

<sup>118</sup> Im Gegensatz zu Daten, welche der Verbraucher mit anderen Nutzern zusammen erzeugt hat, sind seine selbst erstellten Daten von dieser Vorgabe mitumfasst, vgl. dazu SPINDLER (Fn. 105), 221 f.

<sup>119</sup> Unklar bleibt indessen, ob – im Gleichlauf mit der EU-Datenschutz-Grundverordnung – «lediglich» personenbezogene Daten erfasst sind, vgl. SPINDLER (Fn. 105), 222.

<sup>120</sup> Vgl. vorne Ziff. 4.2.

<sup>121</sup> Vgl. dazu DRL-E (Fn. 31), 14.

chers erstrecken und darauf abzielen, den bisherigen Zustand wiederherzustellen. Nicht völlig geklärt ist jedoch, ob der Vollharmonisierungsansatz des Richtlinienentwurfes auch Schäden ausserhalb der digitalen Umgebung des Verbrauchers mitumfasst, oder ob in diesem Bereich weitergehende Regelungen durch die nationalstaatlichen Gesetzgeber denkbar sind<sup>122</sup>. Die Beschränkung auf Schäden in der digitalen Umgebung lässt die Folgerung zu, dass Regelungen ausserhalb der digitalen Umgebung weiterhin möglich sind<sup>123</sup>.

## 5. Sharing Economy im EU-Recht

### 5.1. Auslegeordnung

[Rz 42] Während vieler Jahre stand insbesondere die Übertragung des Eigentums im Zentrum ökonomischer Austauschprozesse. Indessen ist seit einiger Zeit die sog. Sharing Economy, welche das gemeinsame Nutzen und Teilen von Ressourcen beschreibt, im Aufwind<sup>124</sup>. Am Ursprung dieser Sharing Economy finden sich der Tausch und das Teilen im privaten Bereich; es ist an Situationen zu denken, in welchen sich Nachbarn Gegenstände ausleihen und damit teilen<sup>125</sup>. Diesbezüglich hat BENKLER in einem grundlegenden Beitrag namentlich das Prinzip der Fahrgemeinschaft als ein Beispiel grossflächiger Teilungsmöglichkeiten von privaten Dingen untersucht<sup>126</sup>. Er qualifiziert die Kooperationsbereitschaft als ökonomisch relevanten Produktionsfaktor und stellt das Teilen auf die Basis sozialer Bindungen<sup>127</sup>. Daraus wird ersichtlich, dass der soziale Aspekt des Teilens auch eine wichtige Grundlage der heutigen Geschäftsmodelle rund um die Sharing Economy darzustellen vermag.

[Rz 43] Selbst wenn dieser Leitgedanke bei den kommerziell getriebenen Angeboten nach wie vor eine gewisse Rolle einnimmt, steht in der Regel das ökonomische Interesse der Marktakteure im Vordergrund<sup>128</sup>. Die Vorreiter dieser Sharing Economy finden sich namentlich bei der Vermietung von Unterkünften (*Airbnb*<sup>129</sup>) und im Bereich der Personenbeförderung (*Uber*<sup>130</sup>). Die ökonomische Bedeutung der Sharing Economy-Industrie nimmt stetig zu: Gemäss Erhebungen betrug der globale Umsatz der in der Sharing Economy tätigen Unternehmen im Jahre 2015 bereits rund \$ 15 Mrd.; bis in das Jahr 2025 wird gar ein Anstieg auf \$ 335 Mrd. erwartet<sup>131</sup>. Die

---

<sup>122</sup> STÜRNER (Fn. 26), 17.

<sup>123</sup> Kritisch zu diesem engen Verständnis vgl. MARTIN SCHMIDT-KESSEL ET AL., Die Richtlinienentwürfe des Kommissions zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2, in: GPR 2/2016, 69.

<sup>124</sup> HEIDI DITTMANN/BJÖRN A. KUCHINKE, Ordnungswirtschaftliche Aspekte der Sharing Economy, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Stuttgart 2015, 243.

<sup>125</sup> CHRISTIAN SOLMECKE/BONNY LENGERSDORF, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy, in: MMR 2015, 493.

<sup>126</sup> YOCHAI BENKLER, Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production, *The Yale Law Journal*, Vol. 114, 2004, 281 ff.

<sup>127</sup> BENKLER (Fn. 126), 277; vgl. dazu PHILIPP GINTHÖR, Freiheit und Verantwortung im Lichte virtueller Sittlichkeit, Wien 2013, 146.

<sup>128</sup> Vgl. dazu SOLMECKE/LENGERSDORF (Fn. 125), 494.

<sup>129</sup> *Airbnb* wurde im Jahre 2008 gegründet und betreibt eine Online-Plattform zur Buchung und Vermietung von Unterkünften, vgl. <https://www.airbnb.com/>.

<sup>130</sup> *Uber* startete im Jahre 2010 und betreibt einen sog. Online-Vermittlungsdienst für Fahrdienstleistungen, vgl. <https://www.uber.com/>.

<sup>131</sup> Vgl. PricewaterhouseCoopers (PwC), *The Sharing Economy*, Consumer Intelligence Series, 2015, 14, <https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwccconsumerintelligenceseriesthesharingeconomy.pdf>.

Entstehung neuartiger Geschäftsmodelle im Rahmen der Sharing Economy ist für bereits etablierte Marktakteure eine zunehmende «Bedrohung». Exemplarisch sei die seit rund 100 Jahren aktive Hotelkette *Hilton* erwähnt, die im Juli 2016 in 102 Ländern über 4'600 Hotels und 765'000 Hotelzimmer unterhielt<sup>132</sup>. Im Vergleich dazu bot die Plattformbetreiberin *Airbnb* zum selben Zeitpunkt rund 2'000'000 Unterkünfte in 191 Ländern an<sup>133</sup>, obwohl diese über keine «Betteninfrastruktur» verfügt. Ferner zählte *Airbnb* im Jahre 2014 rund 425'000 Gäste im Durchschnitt pro Nacht, was eine 22% höhere Auslastung darstellte, als dies bei der Hilton-Gruppe der Fall war<sup>134</sup>.

[Rz 44] Den rechtlichen Herausforderungen, die sich aus der Ökonomie des Teilens zweifellos ergeben, erscheint der bisherige, fragmentierte Rechtsrahmen in der EU noch nicht gewachsen zu sein. Die Unklarheit, wie die Gesetze auf die Geschäftstätigkeiten der Sharing Economy anzuwenden sind, zeigt sich exemplarisch anhand der zahlreichen gerichtlichen Verbote, die bisher ergangen sind<sup>135</sup>. Auch wenn viele Chancen in den Bereichen Wachstum, Beschäftigung und Effizienzsteigerung ersichtlich sind, bestehen nach wie vor offene Fragen im Kontext der Regulierungsparameter<sup>136</sup>. Die Europäische Kommission hat diese Tatsache erkannt und (folgerichtig) die Sharing Economy sowohl in der Strategie zum Digitalen Binnenmarkt als auch in einer Strategie, welche den Binnenmarkt grundsätzlich ausbauen will, angesprochen<sup>137</sup>. Gestützt darauf ist die Europäische Agenda für eine kollaborative Wirtschaft vom 2. Juni 2016 entstanden, die unterschiedliche Themenkomplexe aufgreift, um den Mitgliedstaaten eine Hilfestellung zur Auslegung der nationalstaatlichen Gesetzgebung in Bezug auf das europäische Recht zu geben<sup>138</sup>.

## 5.2. Marktzugangsanforderungen

[Rz 45] Die Europäische Kommission erachtet die Frage, ob und – wenn ja – in welchem Masse Plattformen der Sharing Economy Marktzugangsanforderungen zu erfüllen haben, als wesentlich. Dabei könnten Genehmigungen, Zulassungspflichten oder Mindestanforderungen im Bereich der Qualität eine wichtige Rolle spielen<sup>139</sup>. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit entsprechender Anforderungen ist zu beachten, dass diese verhältnismässig und gerechtfertigt sein müssen. Zudem ist der jeweilige Dienst samt seinen Besonderheiten zu berücksichtigen, ohne dass ein Geschäftsmodell bevorzugt wird<sup>140</sup>. Die Europäische Kommission weist darauf hin, dass

---

<sup>132</sup> Vgl. dazu <http://www.hiltonworldwide.com/about/>.

<sup>133</sup> Vgl. dazu <https://www.airbnb.ch/about/about-us>.

<sup>134</sup> PwC (Fn. 131), 14.

<sup>135</sup> Beispielhaft sei das deutsche Verfahren rund um den Fahrdienst «UberPop» erwähnt, bei welchem die von Uber bereitgestellte Plattform beförderungswillige Kunden und private Fahrer, die mit ihrem eigenen Fahrzeug unterwegs sind, zusammenbringt. In einem Urteil von Anfang 2015 entschied das Landgericht Frankfurt, den Fahrdienst in ganz Deutschland zu verbieten (LG Frankfurt a.M. vom 18. März 2015, Az. 3-08 O 136/14, 3-08 O 136/14, 3-8 O 136/14, 3-8 O 136/14). Dieses Urteil hat das Oberlandesgericht Frankfurt kürzlich bestätigt (OLG Frankfurt a.M. vom 9. Juni 2016, Az. 6 U 73/15).

<sup>136</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 14.

<sup>137</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 1), 14; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen, COM(2015) 550 final, 4 f., <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-550-DE-F1-1.PDF>.

<sup>138</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, COM(2016) 356 final, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2001\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_de.htm).

<sup>139</sup> Zum Ganzen vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 3.

<sup>140</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 3.

regulatorische Eingriffe seitens der nationalstaatlichen Behörden oft mit einem überwiegenden Interesse begründet würden<sup>141</sup>.

[Rz 46] Gemäss der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, welche in Art. 49 ff. bzw. in Art. 56 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>142</sup> normiert sind, sowie der massgebenden Dienstleistungs-Richtlinie (DRRL)<sup>143</sup>, sollten Dienstleistungserbringer nur dann Marktzugangsanforderungen «befürchten» müssen, wenn sie nicht diskriminierend sind und der Erreichung eines einschlägigen und im Allgemeinwohl liegenden Interesses dienen<sup>144</sup>. Zudem ist wesentlich, dass nicht mehr Anforderungen auferlegt werden, als zwingend erforderlich sind; die Massnahmen müssen demnach verhältnismässig sein<sup>145</sup>. Um diesen europarechtlichen Vorgaben einerseits gerecht zu werden und andererseits die Besonderheiten der Geschäftsmodelle der Sharing Economy sachgemäss zu berücksichtigen, empfiehlt die Europäische Kommission insbesondere die Implementierung von Bewertungs- und Beurteilungssystemen<sup>146</sup>.

[Rz 47] Darüber hinaus stellt die Europäische Kommission fest, dass sowohl mengenmässige Beschränkungen als auch absolute Verbote einer Tätigkeit lediglich als letzte Mittel im Sinne einer *ultima ratio* zu erachten seien<sup>147</sup>. Wie bereits skizziert, ist der Fahrdienst UberPop namentlich in Deutschland verboten<sup>148</sup>. Seit Mai 2016 bestehen zudem in Berlin Genehmigungspflichten für *Airbnb*: Wer keine offizielle Genehmigung der Stadt für Vermietungen über *Airbnb* vorweisen kann, muss mit Bussgeldern bis zu €100'000 rechnen. Ein Blick nach Übersee macht deutlich, dass auch in den USA – dem Heimmarkt der meisten (erfolgreichen) Sharing Economy Unternehmen – Einschränkungen bestehen. Beispielhaft sei die Stadt New York erwähnt, welche die Vermietung über *Airbnb* teilweise verboten hat<sup>149</sup>. Mit Blick auf solche Regulierungen stellt sich die Frage, ob nicht mildere Massnahmen als ein Verbot möglich gewesen wären, bzw. ob ein solches Tätigkeitsverbot verhältnismässig ist. Der Europäischen Kommission zufolge lassen sich z.B. Verbote einer kurzfristigen Vermietung von Wohnraum nur schwer rechtfertigen, weil eine entsprechende Nutzung auch auf bestimmte Tage im Jahr beschränkt werden könnte<sup>150</sup>. Demnach ist der von Berlin gewählte Ansatz insofern sachgemäss, als das Genehmigungserfordernis ein im Verhältnis zum Verbot milderes Mittel darstellt<sup>151</sup>.

---

<sup>141</sup> Zu diesen im öffentlichen Interesse liegenden Ziele gehören namentlich die Wahrung der öffentlichen Sicherheit, der Schutz von Touristen, Gesundheitsschutz oder die Bekämpfung von Steuerhinterziehung, vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 4.

<sup>142</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, 47 ff.

<sup>143</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 vom 27. Dezember 2006, 36 ff.

<sup>144</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 4.

<sup>145</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 4.

<sup>146</sup> Damit liesse sich das Risiko eines schädigenden Verhaltens eines Marktteilnehmers eindämmen und allfällige Informationsasymmetrien gegenüber dem Verbraucher verringern, vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 4 f.

<sup>147</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 4.

<sup>148</sup> Vgl. bereits vorne Ziff. 5.1.

<sup>149</sup> Vgl. dazu SOLMECKE/LENGERSDORF (Fn. 125), 495; einer aktuellen Meldung zufolge möchte der Senat in New York Angebote über *Airbnb* gar vollständig verbieten, vgl. <http://www.computerbild.de/artikel/cb-News-Internet-Senat-New-York-Airbnb-Wohnungen-15810259.html>.

<sup>150</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 5.

<sup>151</sup> Bei einer notwendigen Genehmigung ist jedoch zwingend darauf zu achten, dass die Bedingungen zu deren Erlangung klar, objektiv und verhältnismässig sind und die Erhebung der Kosten angemessen ausfällt; vgl. dazu Art. 10 und 11 DRL sowie EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 5.

[Rz 48] Im Rahmen der Beurteilung der Marktzugangsanforderungen hat die Frage, ob die Dienstleistungen kommerziell oder nur gelegentlich angeboten werden, eine herausragende Bedeutung<sup>152</sup>. Erlangen die zuerst privaten Transaktionen später einen kommerziellen Charakter, ist es mit Blick auf einen fairen Wettbewerb sachgerecht, wenn diese zusätzliche Vorgaben erfüllen müssen<sup>153</sup>. Weil aber solche zusätzlichen Anforderungen durchaus eine «Belastung» für den jeweiligen Marktakteur darstellen können, ist ein realistisch festgesetzter Schwellenwert unabdingbar. Entsprechend transparente Rahmenbedingungen wären für die involvierten Marktteilnehmer eine wichtige Hilfestellung.

[Rz 49] Die Implementierung von Marktzugangsanforderungen der Plattformen selbst unterliegt bereits im heutigen EU-Recht gewichtigen Einschränkungen. Werden über die Plattform «in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfänger erbrachte Dienstleistung»<sup>154</sup> angeboten, liegt eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft vor, welche keinen Zulassungs- oder vergleichbaren Anforderungen unterliegen kann<sup>155</sup>. Treten die Plattformbetreiber jedoch auch als Erbringer von zusätzlichen Dienstleistungen auf, sind branchenspezifische Genehmigungs- oder Zulassungsanforderungen grundsätzlich denkbar. Um die Frage zu beurteilen, ob ein Plattformbetreiber gewisse Dienstleistungen auch selbst anbietet, erscheint insbesondere die Prüfung folgender Kriterien bzw. Fragen als sachgerecht<sup>156</sup>:

- *Eigentum*: In wessen Eigentum befinden sich die zur Erbringung der Dienstleistungen notwendigen Güter?
- *Vertragsbedingungen*: Legt die Plattform die (wesentlichen) vertraglichen Bedingungen fest, welche zwischen dem Anbieter und dem Nutzer der Leistung zu gelten haben?
- *Preisgestaltung*: Setzt der Plattformbetreiber den Endpreis, welcher der Nutzer zu bezahlen hat, selbst fest?

[Rz 50] Sind diese Fragen allesamt zu bejahen, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Plattformbetreiber einen wesentlichen Einfluss auf die Anbieter ausübt, was wohl zur Folge hätte, dass ihm die zugrunde liegenden Dienstleistungen zugerechnet würden<sup>157</sup>. Davon abzugrenzen sind indessen blosser Unterstützungsleistungen, die sich als Ergänzung ansehen lassen. Mit Blick auf Dienste im Bereich der Kurzzeitvermietung – womit namentlich *Airbnb* gemeint sein dürfte – hält die Europäische Kommission fest, dass dabei (lediglich) von Diensten der Informationsgesellschaft auszugehen ist, sofern die Preisgestaltung dem Anbieter überlassen ist und die angebotenen Nächtigungsmöglichkeiten nicht im Eigentum des Plattformbetreibers stehen; dies

---

<sup>152</sup> Der Zeitpunkt, in welchem der «Übertritt» von einem privaten zu einem kommerziellen Dienstleistungserbringer erfolgt, regelt das EU-Recht nicht ausdrücklich. Zur diesbezüglichen Beurteilung ist die Anwendung unterschiedlicher Kriterien, wie z.B. von branchenspezifischen Schwellenwerten, denkbar; vgl. dazu EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 5 f.

<sup>153</sup> DITTMANN/KUCHINKE (Fn. 124), 258.

<sup>154</sup> Vgl. dazu Art. 1 Abs. 1 lit. b der 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, ABl. L 241 vom 17. September 2015, 1 ff.

<sup>155</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 6 unter Hinweis auf Art. 2 lit. a und Art. 4 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehr, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABl. L 178 vom 17. Juli 2000, 1 ff.

<sup>156</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 7.

<sup>157</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 7.

muss auch dann gelten, wenn die Plattform möglicherweise Versicherungsdienstleistungen (im Sinne von Unterstützungsleistungen) anbietet<sup>158</sup>.

### 5.3. Arbeitsverhältnisse und Steuern

[Rz 51] Die Sharing Economy hat viele neue Beschäftigungsmöglichkeiten hervorgebracht, was in arbeitsrechtlicher Hinsicht gewisse Unsicherheiten mit sich bringt. Neben dem umstrittenen Sozialschutzniveau stellt sich namentlich die Frage, ob die Beschäftigten als Arbeitnehmer oder Selbständige zu qualifizieren sind<sup>159</sup>. Obwohl die Regelung des Arbeitsrechts grundsätzlich den Nationalstaaten überlassen ist, setzt das EU-Recht gewisse Mindeststandards.

[Rz 52] Das entsprechende Arbeitsrecht auf supranationaler Ebene gilt lediglich für sog. «Arbeitnehmer». Gemäss Rechtsprechung des EuGH besteht das zentrale Kriterium eines Arbeitsverhältnisses darin, «dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält»<sup>160</sup>. Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, bedarf in der Praxis einer Prüfung von insbesondere drei Kriterien<sup>161</sup>:

- *Vergütung*: Im Rahmen der Vergütungsfrage lässt sich insbesondere eruieren, ob jemand freiwillig oder zu Arbeitszwecken eine Dienstleistung erbringt. Wird keine Vergütung ausgerichtet, spricht dies offensichtlich gegen eine Arbeitstätigkeit.
- *Art der Arbeit*: Dieses Kriterium ist als erfüllt anzusehen, wenn der Dienstleistungserbringer einer echten und tatsächlichen Tätigkeit von wirtschaftlichem Wert nachgeht. Ist die Arbeit nur von marginalem Wert oder geringem Umfang, liegt eher keine Beschäftigung vor.
- *Abhängigkeitsverhältnis*: Aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt sich, dass eine Weisungsgebundenheit im Sinne eines Abhängigkeitsverhältnisses erfüllt sein muss. Dieses Kriterium liegt vor, wenn die fragliche Person aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Plattformbetreiber nicht frei wählen kann, welche Dienste sie erbringen möchte.

[Rz 53] Die Erfüllung dieser Kriterien ist wesentlich, um als Arbeitnehmer im EU-rechtlichen Sinne zu gelten. Ein Blick in die heutige Praxis zeigt, dass namentlich bei *Uber* oft die Frage diskutiert wird, ob die Fahrer als Selbständigerwerbende oder als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind<sup>162</sup>. Massgeblich ist somit, wie stark die Kontrolle ist, welche *Uber* über ihre Fahrer ausüben kann. Insoweit hat die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) kürzlich entschieden, dass die entsprechenden Fahrer von *Uber* als Arbeitnehmer zu qualifizieren seien, weil kein Unternehmerrisiko, wohl aber eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit vorliege<sup>163</sup>. Mit Blick auf die skizzierten Kriterien bleibt abzuwarten, in welche Richtung sich diese Frage in der EU entwickelt.

---

<sup>158</sup> Zum Ganzen vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 7 f.

<sup>159</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 12 ff.

<sup>160</sup> Urteil des EuGH vom 3. Juli 1986 – Rs. C-66/85, Rz. 17.

<sup>161</sup> Zu den nachfolgenden Kriterien vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 14 f.

<sup>162</sup> <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/fahrdienst-app-aus-den-usa-uber-fahrer-wehren-sich-gegen-arbeitsbedingungen-1.2356294>.

<sup>163</sup> <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/die-suva-bittet-uber-zur-kasse/story/30124905>.

[Rz 54] Eng mit der Frage der Arbeitsverhältnisse verwoben sind steuerrechtliche Fragestellungen. Die neuen Geschäftsmodelle der Sharing Economy haben bereits mehrfach dazu geführt, dass erhebliche Schwierigkeiten bei der Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte aufgetreten sind bzw. für die Besteuerung wesentliche Informationen über den Dienstleistungserbringer gefehlt haben<sup>164</sup>. Die Europäische Kommission fordert die Mitgliedstaaten dazu auf, «ausgewogene Verpflichtungen und gleiche Wettbewerbsbedingungen» anzustreben; vergleichbare Dienstleistungen seien (funktional) ähnlich zu besteuern<sup>165</sup>. Sie weist zudem darauf hin, dass die Sharing Economy auch erhebliche Erleichterungen zu bieten vermag, was die Steuereintreibung betrifft. Diesbezüglich ist Estland insofern ein Vorbild, als eine enge Zusammenarbeit zwischen den Plattformen und den Steuerbehörden besteht, um die Besteuerung der Fahrer erheblich zu vereinfachen<sup>166</sup>. Eine flächendeckende Einführung solcher Systeme könnte zudem die Schwarzarbeit eindämmen, welche (auch) im Bereich von Sharing Economy vorzukommen scheint<sup>167</sup>.

[Rz 55] Grundsätzlich erachtet die Europäische Kommission eine Verringerung des Verwaltungsaufwandes als zielführend, um das Phänomen der Sharing Economy sachgerecht zu erfassen<sup>168</sup>. Namentlich ein effizienter Austausch zwischen Plattformbetreibern, Behörden und Dienstleistungserbringern könnte dazu beitragen, Kosten erheblich zu senken. Demnach plädiert die Europäische Kommission für gemeinsam vereinbarte Standards, welche eine einheitliche Behandlung steuerrechtlicher Belange zu gewährleisten vermögen<sup>169</sup>. Die Mehrwertsteuerrechtliche Analyse weist mit Blick auf Sharing Economy nur geringe Eigenheiten auf, weshalb diese vorliegend nicht weiter vertieft wird.

#### 5.4. Haftung und Verbraucherschutz

[Rz 56] Mit Blick auf die Haftungsregelungen ist festzuhalten, dass die wesentlichen Vorgaben zur vertraglichen und ausservertraglichen Haftung den EU-Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben. Diskussionswürdig ist indessen die Frage, ob das sog. «Haftungsprivileg», welches Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zugrunde liegt, auf die in der Sharing Economy aktiven Plattformbetreiber anwendbar ist. Entscheidend ist insoweit die rechtliche und tatsächliche Einordnung der entsprechenden Tätigkeit; handelt es sich (lediglich) um Hosting-Dienste, kann ein Ausschluss der Haftung begründet sein.

[Rz 57] Einer aktuellen Mitteilung der Europäischen Kommission zufolge, welche Online-Plattformen und den digitalen Binnenmarkt zum Gegenstand hat, stellt die Aufrechterhaltung dieses Haftungsprivilegs einen wesentlichen Eckpfeiler für die Weiterentwicklung der digitalen Wirt-

---

<sup>164</sup> Ausführlich vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 15 f.

<sup>165</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 15.

<sup>166</sup> Demnach werden die Transaktionen zwischen den Nutzern und den Fahrer der Plattform elektronisch registriert. Die für die Steuerbehörde notwendigen Daten werden jeweils im Anschluss direkt an das Steueramt versendet, welche ihrerseits die Steuerformulare für die Steuerzahler ausfüllen. Zum Ganzen vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 16.

<sup>167</sup> SOLMECKE/LENGERSDORF (Fn. 125), 497.

<sup>168</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 16.

<sup>169</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 16.

schaft in der EU dar<sup>170</sup>. Selbst wenn dieser Haftungsausschluss noch lange weiter bestehen sollte, haben sich die Plattformbetreiber in der Sharing Economy darauf zu besinnen, dass dieser nur auf die Erbringung von Hosting-Diensten beschränkt ist und sich nicht auf weitere Tätigkeiten erstreckt<sup>171</sup>.

[Rz 58] Darüber hinaus ruft die Europäische Kommission die Plattformbetreiber ausdrücklich dazu auf, irreführende oder gefälschte Bewertungen auf ihren Portalen unverzüglich zu löschen; solche Handlungen hätten für ausschliessliche Hosting-Dienste nicht automatisch zur Konsequenz, dass bei ihnen nicht mehr von passiven Tätigkeiten ausgegangen würde<sup>172</sup>. Diese Feststellung ist insofern von Bedeutung, als daran das Bestehen des Haftungsausschlusses geknüpft ist. Liegt dieser nicht vor, könnte sich für einen Plattformbetreiber von Unterkünften z.B. die Frage stellen, wer bei entsprechenden Schäden in der Unterkunft haftet. In diesem Zusammenhang stehen Räume zur Diskussion, welche als Pop-Up Bordelle oder als Sets für pornographische Filme missbraucht wurden<sup>173</sup>. In der Praxis finden sich nicht selten entsprechende Zusatzversicherungen, welche gegen einen kleinen Aufpreis gebucht werden können<sup>174</sup>.

[Rz 59] Der Verbraucherschutz ist im Kontext der Sharing Economy insofern «speziell», als die Grenzen zwischen Unternehmen und Verbrauchern verschwimmen. Demzufolge ist es im Unterschied zu vielen anderen Bereichen nicht von vornherein offensichtlich, welche Partei schutzbedürftig ist<sup>175</sup>. Das EU-Verbraucherrecht ist für jene Plattformbetreiber relevant, welche als Gewerbetreibende zu qualifizieren sind und mit Verbrauchern in den Geschäftsverkehr treten<sup>176</sup>. Die Anbieter der zugrunde liegenden Leistungen sind ebenfalls Gewerbetreibende, sofern sie im Rahmen der handwerklichen, gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln<sup>177</sup>. Demnach stellt sich insbesondere die Frage, wann der Anbieter einer sog. «Peer-to-Peer-Dienstleistung» als Gewerbetreibender zu gelten hat. Folgende Kriterien sind in Betracht zu ziehen<sup>178</sup>:

- *Umsatz*: Je höher der erzielte Umsatz des Dienstleistungsanbieters ist, desto gerechtfertigter ist die Annahme, dass der Status eines Gewerbetreibenden vorliegt; entscheidend ist, ob sich der Umsatz aus mehreren oder nur aus einer Tätigkeit ergibt.
- *Gewinnorientierung*: Eine Absicht, Gewinn zu erzielen, lässt sich als taugliches Indiz heranziehen; wenn hingegen lediglich der Austausch von Besitz oder Fähigkeiten im Vordergrund steht, ist wohl nicht von einem Gewerbetreibenden auszugehen.
- *Häufigkeit der Dienstleistungen*: Wenn eine bestimmte Dienstleistung nicht nur gelegentlich, sondern immer wieder verrichtet wird, besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass jemand als gewerbetreibend einzustufen ist.

---

<sup>170</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt, Chancen und Herausforderungen für Europa, COM(2016) 288 final, 8 ff., <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-288-DE-F1-1.PDF>.

<sup>171</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 9.

<sup>172</sup> Vgl. dazu EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 9.

<sup>173</sup> Zu diesen Beispielen vgl. SOLMECKE/LENGERSDORF (Fn. 125), 495.

<sup>174</sup> Als Beispiel findet sich namentlich bei Airbnb eine sog. «Gastgeber-Garantie» über CHF 900'000, vgl. <https://www.airbnb.ch/guarantee>.

<sup>175</sup> Zum Ganzen vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 10.

<sup>176</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 10.

<sup>177</sup> Dabei handelt es sich um die «klassische» Definition des Gewerbetreibenden, vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 10.

<sup>178</sup> Zu den nachfolgenden Kriterien vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 10 f.

[Rz 60] Die Prüfung der skizzierten Kriterien ermöglicht es in der Regel, eine sachgerechte Beurteilung vorzunehmen. Neben dieser Analyse ist darauf hinzuweisen, dass im Kontext des EU-Verbraucherrechts auch verschiedene Informationspflichten zu beachten sind, die sich aus den nationalstaatlichen Gesetzgebungen ergeben und materiell auf den massgebenden Richtlinien beruhen<sup>179</sup>. Darüber hinaus sind zwingend die Vorgaben über den Schutz personenbezogener Daten einzuhalten, welche sich aus der aktuellen EU-Datenschutz-Grundverordnung ergeben und ab dem 25. Mai 2018 Geltung haben werden (Art. 99 Abs. 2 EU-DSGVO). Letztlich weist die Europäische Kommission (ein weiteres Mal) darauf hin, dass sowohl Beurteilungs- und Bewertungssysteme als auch Gütesiegel vertrauensbildende Massnahmen darstellen, welche im Rahmen der Sharing Economy vermehrt einzusetzen sind<sup>180</sup>.

## 6. Ausblick

[Rz 61] Die Strategie für einen digitalen Binnenmarkt aus dem Jahre 2015 als Kernstück und Basis der bisher ergangenen Reformvorschläge ist grundsätzlich zu begrüssen. Insbesondere die Modernisierung des digitalen Vertragsrechts ist mit Blick auf die bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Hindernisse im grenzüberschreitenden E-Commerce unabdingbar. Dennoch weisen die präsentierten Richtlinienvorschläge verschiedene Probleme auf, welche es im Rahmen einer Überarbeitung auszumerzen gilt.

[Rz 62] Der Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfes über die vertragsrechtlichen Aspekte des Online-Warenhandels ist insofern unbefriedigend, als bestimmte digitale Inhalte, die auf einem dauerhaften Datenträger vorhanden sind, davon nicht erfasst sind. Zudem würden im stationären Handel geschlossene Verträge nicht denselben rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen. Die Umsetzung dieser Vorschläge hätte demnach zur Folge, dass die bereits vorliegende Rechtsfragmentierung im digitalen Vertragsrecht, die sich bis anhin über die verschiedenen EU-Staaten hinweg erstreckte, in die Mitgliedstaaten selbst verlagern würde. Weil damit ein wichtiges Ziel der Europäischen Union – das Wachstum des grenzüberschreitenden elektronischen Handels ankurbeln – nicht sachgemäss berücksichtigt würde, ist ein kohärenter Anwendungsbereich anzustreben.

[Rz 63] Hingegen erscheinen die vorgesehenen Vorgaben über die Vertragsmässigkeit der Waren als nachvollziehbar. Das vorgeschlagene «Abhilferegime» ist insofern zu unterstützen, als viele Staaten dieses bereits heute in ihre nationalstaatliche Gesetzgebung implementiert haben und damit keine Änderungen vorzunehmen hätten. Nicht sachgemäss ist jedoch die Nicht-Normierung des Schadenersatzanspruchs, weil ein solcher Verzicht eine Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Demgemäss wäre es wünschenswert, wenn eine entsprechende Norm zusätzlich vorgesehen würde. Mit Blick auf die Fristen und die Beweislastumkehr fällt auf, dass künftig eine 2-jährige Frist zugunsten des Verbrauchers gelten soll. Diese erhebliche Verlängerung im Vergleich zum geltenden Recht erscheint als wenig sachgerecht, weil damit offensichtlich und in einer unverhältnismässigen Art und Weise das Verbraucherschutzniveau angehoben würde, was eigentlich gar kein Ziel des entsprechenden Richtlinienvorschlages darstellt.

---

<sup>179</sup> Dabei handelt es sich insbesondere um Art. 6 VRRL, Art. 22 DRRL und Art. 5 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

<sup>180</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 12.

[Rz 64] Im Rahmen des Richtlinienvorschlages über die vertragsrechtlichen Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte erscheint (ebenfalls) namentlich der Anwendungsbereich als diskussionsbedürftig. Die sehr breite Umschreibung des Begriffs der digitalen Inhalte ist aufgrund der raschen technologischen Entwicklungen zwar grundsätzlich zu begrüßen, dennoch entsteht damit eine Vielzahl an Unklarheiten, welche der Rechtssicherheit nicht dienlich sind. Insbesondere wären Abgrenzungsschwierigkeiten beim «embedded» Digital Content zu befürchten, was mit Blick auf die aufstrebenden IoT-Anwendungen als problematisch einzustufen ist. Die geplante Ausweitung der Richtlinie auf Gegenleistungen, die in Form von Daten erfolgen, ist im Wissen der umfangreichen kostenlosen digitalen Inhalte, die in der Praxis vorzufinden sind, ebenfalls im Grundsatz als positiv zu werten. Dennoch bestehen diesbezüglich viele (kleine) Ausnahmen, was deren Anwendung in der Praxis als kompliziert erscheinen lässt.

[Rz 65] Bei der Beurteilung der Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte ist insbesondere auffallend, dass diese während der gesamten Vertragslaufzeit vorliegen muss. Bei einer nicht vertragsgemäßen Bereitstellung der digitalen Inhalte greifen je nach Konstellation unterschiedliche Rechtsbehelfe, die in ihrer Gesamtheit als sinnvoll zu betrachten sind. Als sehr interessant sind die Parallelen zur EU-Datenschutz-Grundverordnung hervorzuheben, die zeigen, dass eine ganzheitliche Betrachtungsweise des Rechtsrahmens (teilweise) angestrebt wird. Zudem ist die ausdrückliche Normierung eines Schadenersatzanspruches insofern hilfreich, als damit für Rechtssicherheit gesorgt wird.

[Rz 66] Gesamthaft gesehen bestehen insbesondere beim Richtlinienvorschlag über den Online-Warenhandel noch diverse Mängel, die zwingend zu eliminieren sind. Es scheint jedoch, als hätte dies die Europäische Kommission bereits erkannt: Nach der Anhörung der Rechtsexperten im Deutschen Bundestag zeigte sie sich einsichtig und liess verlauten, im Herbst 2016 einen überarbeiteten Richtlinienvorschlag vorlegen zu wollen<sup>181</sup>. Der Entwurf zur Bereitstellung digitaler Inhalte weist ebenfalls noch an diversen Stellen Anpassungsbedarf auf; dennoch sind die diesbezüglichen Mängel geringfügiger als im Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel.

[Rz 67] Die Sharing Economy entspricht einem aufstrebenden Trend mit einer exponentiell wachsenden ökonomischen Bedeutung. Weil die rechtlichen Vorgaben in der EU noch nicht vollständig auf die daraus entstehenden (neuen) Geschäftsmöglichkeiten ausgerichtet sind, hat die Europäische Kommission rechtliche Auslegungshilfen zur Verfügung gestellt, was positiv zu vermerken ist. Im Bereich der Marktzugangsanforderungen empfiehlt sie den Mitgliedstaaten, die allgemein vorliegenden Marktzugangsvoraussetzungen zu überprüfen und zu modernisieren. Unabhängig vom Geschäftsmodell sind die Marktteilnehmer künftig vom vorliegenden Regulierungsaufwand zu entlasten<sup>182</sup>.

[Rz 68] Mit Blick auf die Arbeitsverhältnisse schlägt die Europäische Kommission vor, eine Prüfung der Angemessenheit der nationalen arbeitsrechtlichen Vorgaben vorzunehmen und Orientierungshilfen zur Anwendbarkeit des nationalen Rechtes betreffend Sharing Economy zur Verfügung zu stellen<sup>183</sup>. Die Besteuerung von Marktakteuren der Sharing Economy hat künftig einfacher vor sich zu gehen; zudem sind die Mitgliedstaaten dafür verantwortlich, gleiche und faire

---

<sup>181</sup> <http://www.shopbetreiber-blog.de/2016/07/04/neues-online-kaufrecht-stellungnahme-von-dr-foehlich-im-deutschen-bundestag/>.

<sup>182</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 8.

<sup>183</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 15.

Wettbewerbsbedingungen zu schaffen<sup>184</sup>. Weil die Haftung vorwiegend in den Mitgliedstaaten geregelt ist, liegt der Fokus insbesondere darauf, dass die Plattformbetreiber freiwillig gegen illegale Online-Inhalte vorgehen und weiterhin Bewertungssysteme implementieren, die das Vertrauen in die Sharing Economy nachhaltig stärken<sup>185</sup>.

[Rz 69] Abschliessend ist festzuhalten, dass die zahlreichen gerichtlichen Verfahren rund um die Unternehmen, welche im Bereich der Sharing Economy aktiv sind, exemplarisch aufzeigen, dass diese neuen Möglichkeiten (noch) nicht als Chance, sondern eher als Bedrohung wahrgenommen werden. Ein gesellschaftliches Umdenken gepaart mit adäquaten rechtlichen Rahmenbedingungen sollte jedoch künftig dazu beitragen, dass alle involvierten Parteien von den unzweifelhaft herausragenden Chancen der Sharing Economy zu profitieren vermögen.

---

ROLF H. WEBER, em. Professor für Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich und Rechtsanwalt (Bratschi Wiederkehr & Buob AG in Zürich), Rämistrasse 74/38, 8001 Zürich, CH, Rolf.weber@rwi.uzh.ch; <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/weberr/person.html>.

DOMINIC OERTLY, MLaw, Assistent und Doktorand, Lehrstuhl Prof. Rolf H. Weber, Rämistrasse 74/38, 8001 Zürich, CH.

---

<sup>184</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 17.

<sup>185</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 138), 9, 12.