

71. Deutscher Juristentag

Digitale Wirtschaft – das Instrumentarium des Bürgerlichen Gesetzbuch genügt

Das BGB bedarf grundsätzlich keiner Anpassung an die heute zunehmend „digitale Welt“

Rechtsanwalt und Notar Dr. Claudius Dechamps, Frankfurt am Main

Thema der zivilrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages am 14. bis 15. September 2016 in Essen wird sein, ob die zunehmende Digitalisierung des Alltages es notwendig macht, das Bürgerliche Gesetzbuch dem anzupassen – ob es also eines „Updates“ des BGB wegen der zunehmend „digitalen Welt“ bedarf. Grundlage der Diskussion wird ein Gutachten von Prof. Dr. Florian Faust (Inhaber des Lehrstuhles für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School in Hamburg) mit dem Titel „Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?“ sein. Der Autor setzt sich als anwaltlicher Praktiker mit einigen Aspekten der Frage auseinander, ob als Antwort auf die zunehmende Bedeutung digitaler Leistungen und Sachverhalte das BGB der Anpassung bedarf (siehe zur Abteilung Zivilrecht auch in diesem Heft Blocher, AnwBl 2016, 612 und Graf von Westphalen, AnwBl 2016, 619).

„Das Internet verändert alles“. Das ist eine häufig gehörte These. Ein von Florian Faust für den 71. Deutschen Juristentag vorgelegte Gutachten beweist, dass sie – zumindest was das BGB und seine Eignung angeht, Rechtsprobleme der „digitalen Welt“ zu lösen – nicht richtig ist. Dankenswerterweise wendet sich Florian Faust gegen eine Fragmentierung des bürgerlichen Rechtes in allgemein geltende Vorschriften und solche, die speziell Digitales regeln. Florian Faust weist nach, dass es nicht sinnvoll ist, als Teil des BGB ein gesondertes Recht für Verträge und Rechtsverhältnisse zu schaffen, die digitale Inhalte zum Gegenstand haben und dass auch die Haftung für unentgeltlich im Internet angebotene Leistungen und der Schutz digitaler Daten – von wenigen Ausnahmen abgesehen – keine Ergänzungen oder Änderungen des BGB notwendig machen. Das Instrumentarium des BGB genügt. Soweit Florian Faust Änderungen oder Ergänzungen des BGB vorschlägt, beruhen diese, bis auf vier Vorschlägen, nicht auf „digitalen“ Besonderheiten, sondern auf allgemeinen Defiziten – Inkonsistenzen, Unklarheiten oder Widersprüchen zum EU-Recht – des BGB-Gesetzgebers, die bei „digitalen Sachverhalten“ möglicherweise deutlicher sichtbar werden, aber im Grunde mit der „digitalen Welt“ nicht wirklich etwas zu tun haben.

Aktueller Anlass, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das BGB im Hinblick auf die Digitalisierung des Alltages der Anpassung bedarf, ist der von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“ (der im Folgenden als „Richtlinienvorschlag“) zitiert wird.¹ Folge

der Richtlinie wäre wohl eine Fragmentierung des Vertragsrechtes² in der Weise, dass es ein gesondertes, vom allgemeinen Vertragsrecht des BGB abweichendes Recht für Verträge über digitale Inhalte geben würde, wobei zu den „digitalen Inhalten“ im Sinne des Richtlinienvorschlages auch Dienstleistungen gehören, die von einem Verbraucher bereitgestellte, digital erstellte, verarbeitete oder gespeicherte Daten oder die Nutzung von Daten zu Gegenstand haben, die andere Nutzer der Dienstleistung bereitstellen.³ Die im Richtlinienvorschlag angelegte Fragmentierung des Vertragsrechtes ist einer der wesentlichen Einwände gegen das beabsichtigte EU-Gesetzesvorhaben.⁴

I. Digitale Inhalte

Das BGB enthält an eher versteckter Stelle, nämlich in den Bestimmungen, die den Verbraucherschutz regeln (§§ 312 ff. BGB), eine Definition des Begriffes „digitale Inhalte“. Nach der Legaldefinition in § 312 f Abs. 3 BGB sind digitale Inhalte Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden.⁵ Die Definition des Begriffes ist ein Beispiel dafür, dass die Digitalisierung auch bisher schon nicht spurlos an dem BGB vorbeigegangen ist, auch wenn dies weniger dem Wunsch des BGB-Gesetzgebers, das BGB zu „modernisieren“, als der Notwendigkeit geschuldet ist, die Verbraucherrechte-Richtlinie umzusetzen.⁶

Die an digitale Inhalte anknüpfenden Rechtsfragen machen es nicht notwendig, das BGB zu ergänzen oder anzupassen. Florian Faust weist das in seinem für den Deutschen Juristentag vorgelegten Gutachten im Einzelnen und gut begründet nach. Auch für Phänomene, die für digitale Inhalte typisch sind, enthält das BGB in der geltenden Fassung adäquate Regelungen. Das gilt, wie Florian Faust erläutert, zum Beispiel für die Nutzung von Leistungen, die im Internet angeboten werden und bei denen die Gegenleistung darin besteht, dass der Nutzer dem Anbieter über das zur Ausführung der Leistungen notwendige Maß hinaus Daten mit dem Recht zur Nutzung zur Verfügung stellt.⁷ Sonderregeln für Minderjährige, die hinreichend urteils- und einsichtsfähig sind, um datenschutzrechtlich wirksam in die Verwendung ihrer (personenbezogenen) Daten einzuwilligen, die die nach § 107 BGB notwendige Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter entbehrlich machen, sind nicht indiziert.⁸

1 COM(2015) 634 final; abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=COM%3A2015%3A634%3AFIN>.

2 Faust, Gutachten A, Verhandlungen 71. Deutscher Juristentag Essen, Band I, 2016, Seite 15 und Seite 89.

3 Der im Richtlinienvorschlag definierte Begriff der „digitalen Inhalte“ geht über des in § 312 f Abs. 3 BGB legaldefinierten Begriff „digitale Inhalte“ hinaus: siehe Art. 2 (Begriffsbestimmungen) Nr. 1 lit. a) und b) des Richtlinienvorschlages.

4 Faust, a.a.O. Seite 15.

5 Der im BGB definierte Begriff „digitale Inhalte“ ist also enger, als der Begriff der „digitalen Inhalte“, der nach Richtlinienvorschlag gelten soll (siehe vorstehend bei Fußnote 3).

6 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates, ABI. 2011 L 304 Seite 64 ff.

7 Faust, a.a.O. Seite 16 ff.

8 Faust, a.a.O. Seite 23.

Auch die für Verbraucherverträge geltenden Bestimmungen der §§ 312 ff. BGB können ohne Einschränkungen und Modifikationen auf Verträge über digitale Inhalte angewandt werden. Nach § 312 Abs. 1 BGB sind die dem Verbraucherschutz dienenden Vorschriften der § 312a ff. BGB nur auf solche Verbraucherverträge anzuwenden, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. Wenn die Überlassung von Daten ein Entgelt im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB ist, gelten die dem Verbraucherschutz dienenden Bestimmungen der §§ 312a ff. BGB also auch für digitale Inhalte, für die der Unternehmer als Gegenleistung kein anderes Entgelt als die Überlassung von Daten mit dem Recht zu deren Nutzung fordert. Unentgeltlich ist die Leistung des Unternehmers hingegen unter anderem dann, wenn der Unternehmer insbesondere nach dem BDSG befugt ist, Daten zu verwenden⁹. Das Erfordernis eines Entgeltes in § 312 Abs. 1 BGB ist richtlinienkonform in einem möglichst weiten Sinn, also so auszulegen, dass auch die Überlassung von Daten grundsätzlich Entgelt sein kann.¹⁰ Die Verbraucherrechte-Richtlinie sieht wohl eine Einschränkung der Geltung der verbraucherschützenden Vorschriften der Richtlinie nur auf entgeltliche Verbraucherverträge nicht vor.¹¹ Die Anregung von *Florian Faust*, in § 312 Abs. 1 BGB das Erfordernis einer entgeltlichen Leistung des Unternehmers zu streichen, bezweckt also nicht, das BGB der „digitale Welt“ anzupassen, sondern die Bestimmung des § 312 Abs. 1 BGB richtlinienkonform zu gestalten.¹²

Auch für die Haftung des Anbieters digitaler Daten hat die Frage Bedeutung, ob die Bereitstellung von Daten und die Einwilligung zu deren Nutzung ein Entgelt ist. Mit dem Hinweis, dass das BGB kein einheitliches und generelles Haftungsprivileg für unentgeltliche Leistungen kennt und insbesondere für Mangelfolgeschäden, also bei Schäden an anderen Rechtsgütern des Nutzers streitig sei, wie weit bei unentgeltlichen Leistungen ein Haftungsprivileg reiche, hält *Florian Faust* zwar eine Klärung durch den Gesetzgeber für wünschenswert, stellt aber zugleich klar, dass das im Allgemeinen und nicht nur für Verträge über digitale Güter hilfreich wäre.¹³

Die Beispiele, dass das BGB ein ausreichendes Instrumentarium bietet, um Rechtsprobleme zu lösen, die sich aus digitalen Leistungen oder der Anbahnung oder Abwicklung von Rechtsgeschäften mittels elektronischer Medien ergeben, ließen sich fortsetzen. Insoweit sei auf das Gutachten verwiesen, das *Florian Faust* für den 71. Deutschen Juristentag vorgelegt hat. Charakteristisch für einen eventuellen, dennoch bestehenden Änderungsbedarf ist, dass er sich weniger aus den Eigenheiten digitaler Wirtschaftsgüter oder digitaler Leistungen ergibt, als aus per se wenig sinnvollen Regelungen oder aus Bestimmungen, die möglicherweise im Widerspruch zu Europäischem Recht stehen. Ein Beispiel seien die Vorschriften in § 312j Abs. 3 und Abs. 4 BGB. Bei im elektronischen Geschäftsverkehr¹⁴, also über das Internet abgeschlossenen Verträgen, aus denen der Besteller zu einer Zahlung verpflichtet werden soll, muss nach § 312j Abs. 3 BGB der Bestellvorgang so gestaltet sein, dass der Besteller ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Entsprechend den Vorgaben in Art. 8 Abs. 2 Unterabsatz 2 Satz 2 der detailverliebten Verbraucherrechte-Richtlinie ist in § 312j Abs. 3 vorgeschrieben, dass dann, wenn die Bestellung durch Anklicken einer Schaltfläche ausgelöst wird, die Schaltfläche „gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern ‚zahlungspflichtig bestellen‘ oder mit einer entspre-

chenden eindeutigen Formulierung“ beschriftet sein muss. Ist diese Verpflichtung nicht erfüllt, kommt kein Vertrag zustande. Folge ist, dass nicht nur der Verbraucher nicht zur Zahlung, sondern auch der Unternehmer nicht zur Erfüllung verpflichtet ist. *Faust* weist zu Recht darauf hin¹⁵, dass dieses Ergebnis weder dem durch § 312j BGB beabsichtigten Verbraucherschutz noch den Vorgaben der Verbraucherrechte-Richtlinie gerecht wird. Nach deren Art. 8 Abs. 2 Unterabsatz 2 Satz 3 ist Rechtsfolge der fehlenden Kennzeichnung allein, dass der Verbraucher durch den Vertrag nicht gebunden ist. Der Unternehmer bleibt verpflichtet. Aus diesen Gründen, also weil die Regelung nicht ihren Zweck erfüllt und eventuell nicht richtlinienkonform ist, hält *Faust* eine Änderung des § 312j Abs. 4 BGB für notwendig.¹⁶

II. Widerrufsrecht bei digitalen Inhalten

Der Vorschlag, das ohnehin schon filigrane und komplizierte Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen oder im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Verträgen um eine weitere Besonderheit für digitale Inhalte zu ergänzen, erscheint allerdings zweifelhaft.¹⁷

Nach § 312g Abs. 1 BGB steht Verbrauchern bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen¹⁸ ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Richtig ist, dass bei digitalen Inhalten das Widerrufsrecht wegfällt, bevor der Besteller die Möglichkeit hatte, die mittels solcher Verträge bestellten digitalen Inhalte so zu prüfen, wie das bei physischen Gegenständen – Büchern, Bekleidung oder dergleichen – möglich ist. Grund dafür sind die Regeln in §§ 312g und 356 BGB.

Nach § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB besteht ein Recht zum Widerruf nicht bei Verträgen über Ton- oder Videoaufnahmen oder Computerprogrammen, die in einer versiegelten Packung geliefert werden, wenn die Versiegelung nach der Lieferung entfernt worden ist. Gleiches muss wohl für andere digitale Inhalte, wie beispielsweise Datenbanken gelten, die auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, der versiegelt verpackt ist.¹⁹ Ein Hinweis, dass das Widerrufsrecht entfällt, wenn die Versiegelung entfernt wird, ist nicht notwendig.²⁰ Bei Verträgen über digitale Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, also etwa zum

9 *Faust* a.a.O. Seite 28 ff.

10 *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 312 Rdnr. 3; *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 312 Rdnr. 19.

11 *Wendehorst* a.a.O. Rdnr. 19: Ob die Eingrenzung von § 312 Abs. 1 BGB auf entgeltliche Verträge überhaupt mit der Verbraucherrechte Richtlinie vereinbar war, muss ... mit einem Fragezeichen versehen werden.

12 *Faust* a.a.O. Seite 25 mit Hinweis auf Schmidt-Kessel, K&R 2014 Seite 475, 479; *Schürnbrand WM* 2014 Seite 1157, 1159f; *Schwab/Hromek, JZ* 2015 Seite 271, 273f.

13 *Faust* a.a.O. Seite 27.

14 Ein „Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr“ ist nach der Legaldefinition in § 312i Abs. 1 Satz 1 BGB ein Vertrag über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, für dessen Abschluss sich der Unternehmer der Telemedien bedient.

15 *Faust* a.a.O. Seite 41

16 *Faust* a.a.O.

17 So aber *Faust* a.a.O. Seite 34 ff.

18 Was Fernabsatzverträge sind, ist in § 312c BGB definiert.

19 *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016 § 312g Rdnr. 32: „Der Begriff der Ton- und Videoaufzeichnung sowie der Computersoftware ist weit zu verstehen und umfasst die unterschiedlichsten Formen von Datenträgern ...“.

20 *Faust* a.a.O. Seite 36.

Download über das Internet bereitgestellt werden, erlischt das Widerrufsrecht hingegen nach § 356 Abs. 5 BGB bereits dann, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrages begonnen hat – also zum Beispiel die digitalen Inhalte zum Download freischaltet –, nachdem der Verbraucher ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrages vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt, und der Verbraucher bestätigt hat, dass ihm bekannt ist, dass er durch seine Zustimmung mit dem Beginn der Ausführung des Vertrages sein Widerrufsrecht verliert.²¹ Grund für beide Regelungen ist der Schutz des Unternehmers, der notwendig ist, weil der Verbraucher digitale Inhalte ohne Qualitätsverlust kopieren kann, wenn er erst einmal Zugriff auf sie hat.

Unschön an der unterschiedlichen Ausgestaltung des Widerrufsrecht für auf einem körperlichen Datenträger gelieferten digitalen Inhalten einerseits und nicht auf einem solchen Datenträger gelieferten digitalen Inhalten andererseits ist bereits, dass sie dem grundsätzlich gewünschten Gebot der Medienneutralität widerspricht.²² Richtig ist auch, dass der Verbraucher keine Möglichkeit hat, sich die erworbenen digitalen Inhalte anzusehen, bevor das Widerrufsrecht erlischt.²³ Das gilt sowohl für versiegelt auf einem Datenträger gelieferte wie online bereitgestellte digitale Inhalte.

Im Interesse der Medienneutralität mag noch sinnvoll sein, durch eine Ergänzung von § 312g Abs. 2 BGB vorzusehen, dass unabhängig davon, ob digitale Inhalte auf einem Datenträger oder unkörperlich bereitgestellt werden, das Widerrufsrecht wegfällt, wenn der Verbraucher unmissverständlich – gegebenenfalls auch elektronisch – erklärt, dass er auf sein Widerrufsrecht verzichtet und der Unternehmer die digitalen Inhalte sofort bereitstellen soll.²⁴ Weiter kompliziert wird das Widerrufsrecht jedoch, wenn, wie *Florian Faust* das vorschlägt, das Widerrufsrecht nur dann wegfallen soll, falls der Verbraucher die ausreichende Möglichkeit hatte, vor Abgabe der Erklärung die digitalen Inhalte zu erproben.²⁵ Eine solches zusätzliches Erfordernis hat weitere Zweifelsfragen zu Folge, mindestens die, unter welchen Bedingungen es dem Verbraucher ausreichend möglich war, die digitalen Inhalte zu erproben. Das Problem, dass ein Kunde sich auf eine Produktbeschreibung verlassen muss – und, weicht das gelieferte Produkt von der Beschreibung ab, gegebenenfalls auf Gewährleistungsansprüche angewiesen ist – besteht auch bei digitalen Inhalten, zum Beispiel einem Computerprogramm, dass ein Kunde in den Geschäftsräumen des Lieferanten erwirbt.

III. Digitale Inhalte als Sache

Größere Dringlichkeit, als es das Gutachten von *Florian Faust* erkennen lässt, dürfte der Frage zukommen, ob digitale Inhalte Sachen sind. Bedeutung hat diese Frage unter anderem im Werkvertragsrecht für die Frage der Verjährungsfrist, aber auch ganz allgemein dafür, ob das Werkvertragsrecht gilt oder nach § 651 BGB für einen Vertrag, der die Herstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand hat, das Kaufrecht gilt.

Nach allgemeiner Auffassung sind elektronische Daten und Computerprogramme keine Sachen. Ihnen fehlt die für eine Sache kennzeichnende abgrenzbare Körperlichkeit.²⁶ Sache hingegen sind Datenträger, auf denen digitale Inhalte gespeichert sind.

Sind digitale Inhalte an sich keine Sache, kann ein Vertrag, der die Herstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand hat, zum Beispiel ein Vertrag über die Entwicklung von Software, die Aufbereitung von Daten oder die Herstellung einer Datenbank, nur Werkvertrag sein. Auf einen solchen Vertrag kann nicht gemäß § 651 BGB das Kaufrecht angewandt werden. Das dürfte auch sinnvoll sein. Bei der Herstellung digitaler Inhalte steht nicht die mit einem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund.²⁷ Zudem enthält das Werkvertragsrecht die Regeln, die nützlich sind, wenn aus einem Vertrag die Herstellung digitaler Inhalte geschuldet ist. Würde das Werkvertragsrecht nicht gelten, müssten sie vertraglich vereinbart werden. Dazu gehört die im Werkvertrag kraft Gesetzes vorgesehene Abnahme des fertigen Werkes. Das Kaufrecht sieht hingegen per se keine Abnahme vor.

Besondere Bedeutung gewinnt die Frage, ob digitale Inhalte Sachen sind, für die für Werkleistungen geltende Frist, binnen deren Ansprüche wegen Mängeln verjähren. Nach § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB verjähren Gewährleistungsansprüche in Fällen, in denen die Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache Vertragsgegenstand ist, binnen zwei Jahren beginnend mit der Abnahme. Wären digitale Inhalte hingegen keine Sache im Sinne des § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB, würde nach § 364a Abs. 1 Nr. 3 BGB für die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen die regelmäßige Verjährungsfrist gelten, die nach § 195 BGB drei Jahre beträgt und die nach § 199 BGB am Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Das mag noch angehen, auch wenn diese Verjährungsfrist in einzelnen Fällen fast doppelt so lange wie die Verjährungsfrist sein kann, die sich aus § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB für Sachen ergibt.

Spannend wird die aus § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB resultierende Verjährung binnen der regelmäßigen Frist des § 195 in Fällen, in denen der Gläubiger keine Kenntnis von dem Gewährleistungsanspruch hat, beispielsweise weil ein Fehler zunächst nicht auftritt. Nach § 199 Abs. 4 BGB verjähren in einem solchen Fall Ansprüche erst in zehn Jahren von ihrer Entstehung an. Das ist eine für digitale Inhalte völlig unangemessene Frist.

21 Ergänzt wird die Bestimmung durch die Vorschriften der § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB und § 308 Nr. 1 Halbs. 2 BGB. Nach § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB beginnt bei einem Vertrag, der nicht auf einem körperlichen Datenträger befindliche digitale Inhalte zum Gegenstand hat, die Widerrufsfrist mit Vertragsschluss. Nach § 308 Nr. 1 Halbs. 2 BGB kann sich der Verwender von AGB wirksam vorbehalten, erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zu leisten.

22 *Faust* a.a.O. Seite 36.

23 *Faust* a.a.O. Seite 37: der Verbraucher, der digitale Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist erhalten will, muss die ‚Katze im Sack‘ kaufen.

24 *Faust* a.a.O. Seite 38.

25 *Faust* a.a.O. Seite 38.

26 *Stresemann*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 90 Rdnr. 25.

27 Das ist aber das Kriterium, das für die Abgrenzung des Werkvertrages von einem Vertrag wesentlich ist, auf den das Kaufrecht anzuwenden ist. Sprau, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 651 Rdnr. 4.

Im Ergebnis spricht einiges dafür – wenn der Gesetzgeber schon bemüht werden soll, das BGB der digitalen Welt anzupassen – gesetzlich klarzustellen, ob digitale Inhalte Sachen sind. Will man vermeiden, digitale Inhalte mangels einer körperlichen Abgrenzbarkeit zur Sache zu erklären, mag im Wege einer Fiktion geregelt werden, dass sie wie Sachen zu behandeln sind.

IV. Schutz von Daten

Florian Faust wirft in seinem Gutachten²⁸ die sicher berechtigte Frage auf, ob nach geltendem Zivilrecht der Inhaber digitaler Inhalte, insbesondere von Daten hinreichend geschützt ist, wenn Daten verloren gehen oder beschädigt werden. Das kann geschehen, wenn sie unzulässig gelöscht, verändert oder unbrauchbar gemacht werden.

Unproblematisch ist der Schutz von digitalen Inhalten, wenn ihre Speicherung oder sonstige Verarbeitung Gegenstand eines Vertragsverhältnisses ist. Dann stehen dem Inhaber der Daten gegen seinen Vertragspartner, der es zu vertreten hat, dass Daten verloren gehen oder beschädigt werden, die allgemeinen Ansprüche aus §§ 280, 281 BGB zu. Ist die Speicherung oder Verarbeitung von digitalen Inhalten nur Nebenpflicht aus einem Vertrag, ergibt sich der Schutz der Daten aus § 241 Abs. 2 BGB.²⁹ Nach dieser Vorschrift muss jede Partei Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Vertragspartners nehmen.

Mangels eines Vertragsverhältnisses unterliegen digitale Daten einem deliktsrechtlichen Schutz aus § 823 Abs. 1 BGB, wenn sie auf einem Datenträger gespeichert sind. Von den nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgütern kommt nur Eigentum in Betracht.³⁰ Eigentum an Daten ist aber dann nicht möglich, wenn sie keine Sachen im Sinne des § 90 BGB sind.³¹ Auf Datenträger gespeicherte Daten werden hingegen über das Eigentum am Datenträger geschützt. Ohne die physikalische Veränderung des Datenträgers ist es nicht möglich, die auf dem Datenträger gespeicherten Daten zu löschen oder zu verändern. Werden gespeicherte Daten gelöscht oder verändert, liegt darin zugleich die Verletzung des Eigentums am Datenträger, die nach § 823 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz zur Folge hat.³² Der Anspruch auf Schadensersatz steht jedoch nur dem Eigentümer oder Besitzer des Datenträgers zu, nicht aber dem Inhaber der Daten, wenn dieser weder Eigentümer noch Besitzer des Datenträgers ist. Eine Drittschadensliquidation scheidet aus, weil keine nur zufällige Schadensverlagerung vorliegt.³³

Als Lösung für das Problem, dass dem Inhaber von Daten, der nicht Eigentümer oder Besitzer des Datenträgers ist, auf dem die Daten gespeichert sind, und der auch keine Vertragsbeziehung zu dem Schädiger hat, kein zivilrechtlicher Schutz zusteht, schlägt *Florian Faust* einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem neu zu schaffenden Schutzgesetz vor.³⁴ Er regt an, in ein geeignetes Gesetz eine Norm einzufügen, die gebietet, elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeicherte Daten nicht rechtswidrig zu löschen, zu unterdrücken, unbrauchbar zu machen oder zu verändern.³⁵ Verletzt jemand diese Verpflichtung, könnte auch der Inhaber der betroffenen Daten einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem neuen Schutzgesetz geltend machen.

Florian Faust ist zuzustimmen, dass die von ihm ausgemachte Lücke im Schutz des Inhabers von Daten besteht. Die Lücke besteht mindestens dann, wenn man digitale Inhalte nicht als Sachen definiert. Der von *Faust* vorgeschlagene Weg erscheint mir aber unnötig umständlich. Wird schon eine Ergänzung des Gesetzes in Form eines neu geschaffenen Schutzgesetzes vorgeschlagen, könnte auch unmittelbar § 823 BGB um einen Absatz 3 (oder einen Absatz 1a) ergänzt werden, nach dem zum Schadensersatz verpflichtet ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeicherte Daten widerrechtlich löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert.

28 *Faust*, a.a.O.

29 *Faust*, a.a.O. Seite 71.

30 *Faust*, a.a.O. Seite 72.

31 Der Umstand, dass Eigentum nur an Sachen möglich ist, macht deutlich, dass die Klärung, ob Daten Sachen sind oder als Sachen gelten, bedeutsam ist.

32 *Faust* a.a.O. Seite 72 mit Hinweis auf OLG Karlsruhe, Urteil vom 7. November 1995, NJW 1996, 200, 201, *Bartsch*, in: Leible/Lehmann/Zech, Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, Seite 247, 248.

33 *Faust* a. a. O., Seite 73 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 29. November 1968, BGHZ 51 Seite 91, 94 f. – Hühnerpest; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rdnr. 289, 292; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016 vor § 249 Rdnr. 105. Eine Drittschadensliquidation kommt zudem in der Regel nur bei vertraglichen Ansprüchen in Betracht, nicht aber bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung; *Grüneberg*, a. a. O. Rdnr. 106.

34 *Faust* a.a.O. Seite 85 ff.

35 *Faust* a.a.O. Seite 87 f.



Dr. Claudius Dechamps, Frankfurt am Main
Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltsverein.de.