

Friedrich Niggemann*

Die Anwendung der CISG auf Verträge über digitale Inhalte – Einfluss der RL (EU) 2019/770 und 2019/771

Die Diskussion über die Anwendung des Wiener Kaufrechts – CISG¹ – auf Verträge mit digitalen Inhalten wird seit 30 Jahren geführt.² Die internationale Rechtsprechung hat sich bereits zu Teilaspekten geäußert. Während lange Zeit die Anwendung des CISG auf Softwareverträge im Fokus stand, hat sich die Erörterung seit ein paar Jahren auch mit der Anwendung des CISG auf Verträge über Daten beschäftigt. Ziel dieses Beitrags ist es, den Meinungsstand darzustellen (I) und dann einen eigenen Standpunkt zu entwickeln (II). Dabei ist die Frage der normativen Eignung des CISG für Verträge mit digitalen Inhalten von großer Bedeutung. Dies soll hier anhand der beiden EU-Richtlinien 2019/770 über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen (im folgenden auch „DIRL“)³ und der RL (EU) 2019/771 über bestimmte Aspekte des Warenkaufs (im folgenden auch „WKRL“)⁴, beide vom 20.5.2019, überprüft werden (III). Diese Richtlinien sind die ersten Regelwerke, die sich speziell mit einigen vertragsrechtlichen Besonderheiten digitaler Produkte und Daten beschäftigen. Ein Vergleich ist unter diesem Gesichtspunkt also reizvoll. Auch wenn beide RL für Verbraucherverträge gelten, enthalten sie gewichtige Vorgaben darüber, was bei diesen neuartigen Verträgen als ausgewogen angesehen wird; bei einer auf B2B Verträge ausgerichteten Regelung wären so detaillierte Vorgaben wohl nicht vorgesehen worden. Dabei sind aber speziell Verbraucherschützende Bestimmungen als solche zu berücksichtigen.

I. Die Rechtsprechung und die Literaturmeinungen zur Anwendung der CISG auf Verträge mit digitalen Inhalten

1. Rechtsprechung

Das CISG findet nach seinem Art. 1 Abs. 1 auf internationale Kaufverträge über Waren Anwendung. Weder der Begriff der „Ware“ noch der des „Kaufvertrags“ sind in dem Übereinkommen definiert. Dieses Problem ist der Gegenstand aller bisher dazu ergangenen Gerichtsentscheidungen.

Die Rechtsprechung zur Anwendung des CISG auf Verträge mit digitalen Inhalten beschränkt sich auf sechs Entscheidungen; die Urteile, in denen es um Computerhardware geht, sind wesentlich zahlreicher.⁵ Die Ausweitung der Warenbegriffs auf unkörperliche Gegenstände wird in drei Entscheidungen des OLG Koblenz, des LG München und der HK Zürich unter Rückgriff auf die beiden ersten Auflagen des Schlechtriem-Kommentars begründet.⁶ Dort wird „Ware“ als jeder Gegenstand definiert, der handelbar ist.⁷ Im Urteil der

HK Zürich vom 17.2.2000⁸ und in einem weiteren der Rechtsbank Midden-Niederland vom 25.3.2015⁹ wird auf die Präambel des Übereinkommens verwiesen; die Entwicklung des internationalen Handels rechtfertige, auch nicht körperliche Sachen unter den Begriff der Ware zu subsumieren. Im Urteil des Obersten Bundesgerichts von Österreich vom 21.6.2005¹⁰ werden die vorher von diesem Gericht bei Anwendung des österreichischen Rechts entwickelten Abgrenzungsmerkmale, nach denen ein Softwarevertrag als Kaufvertrag behandelt wird,¹¹ mit dem Begriff der Sache vermengt, ohne dass Besonderheiten des CISG erörtert würden.¹² In diesem Urteil wird auch darauf abgestellt, dass das Programm mittels eines körperlichen Mediums geliefert wurde. Die Rechtsbank Midden-Niederland¹³ sieht das aber nicht als erforderlich an.

In zwei Entscheidungen ging es um angepasste Software. Das Appellationsgerichts Gent¹⁴ lässt die Anwendung des CISG an Art. 3 Abs. 2 CISG scheitern; in einem Urteil des Handelsgerichts Zürich wurde die 50 % Regel des Art. 3 Abs. 2 CISG nicht überschritten.¹⁵ Man kann aus beiden Entscheidungen im Umkehrschluss folgern, dass auch diese Gerichte Software als „Sache“ im Sinne des Art. 1 CISG behandeln. Soweit der Begriff des Kaufvertrages streitig war, stützen sich alle Entscheidungen¹⁶ auf dieselbe Begründung: Unter Anwendung von Art. 8 Abs. 1 CISG komme es nicht auf die Bezeichnung des Vertrages in den Vertragsdokumenten an. Wenn dem

* Dr. Friedrich Niggemann, Avocat honoraire – Rechtsanwalt, Alérion Avocats Paris.

- 1 UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980, BGBl. 1989 II 588.
- 2 Diedrich RIW 1993, 441; Pace Int'l L Rev. 1996, 303.
- 3 ABl. 2019 L 136, 1.
- 4 ABl. 2019 L 136, 28.
- 5 Wir haben zu diesem Zweck die CISG Online Datenbank der Universität Basel, <https://www.cisg-online.ch>, ebenso wie die Datenbanken der Pace University, UNILEX und CISG France geprüft; in der Datenbank der Universität Basel sind die Entscheidungen auch nach Warenkategorien aufrufbar; wir haben dabei 35 Urteile über Hardware gefunden, die jedoch keinen Bereich unseres Themas behandeln.
- 6 LG München 8.2.1995 – 8 HKO 24667/93, CISG Online, 131; OLG Koblenz 17.9.1993 – 2 U 282/93, CISG Online, 91; HG Zürich 17.2.2000 – HG 980472, CISG Online, 637.
- 7 Von Caemmerer/Slechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht/Herber, 1990, und Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht/Herber, 2. Aufl. 1995, beide Art. 1 Rn. 21.
- 8 S. Fn. 6.
- 9 Rechtsbank Midden-Niederland 25.3.2015 – No. C/16/364668 / HA ZA 14–217, CISG Online, 1586; Dazu Magnus ZEuP2017, 140 (148) zustimmend.
- 10 OGH Österreich 21.6.2005 – 5 Ob 45/05, CISG Online, 1047.
- 11 S. Fn. 18.
- 12 OGH Österreich (Fn. 10).
- 13 Fn. 9.
- 14 Cour d'appel de Ghent/Belgien 24.11.2004 – 1998/AR/2613, CISG Online, 966.
- 15 HG Zürich (Fn. 6).
- 16 LG München 8.2.1995 (Fn. 6); OGH Österreich 21.6.2005 (Fn. 10); Rechtsbank Midden-Niederland (Fn. 9); OGH Österreich 5.7.2001 – 6 Ob 117/01g, CISG Online, 535.

Erwerber der Ware auch ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht übertragen worden sei, sei dies einem Kauf gleichzusetzen, soweit die Nutzung auf Dauer gewährt wird und gegen eine einmalige Zahlung erfolgt. Sie folgen damit den Entscheidungen der Obergerichte in Deutschland, Österreich und der Schweiz zum jeweils nationalen Recht. Nach der „Compiler“ Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1987¹⁷ haben sowohl der österreichische OGH¹⁸ als auch das Schweizer Bundesgericht¹⁹ die üblichen Lizenzvereinbarungen dann als Kaufverträge behandelt, wenn die Nutzung auf Dauer gewährt wurde und nur eine Zahlung (und nicht, wie bei Lizenzverträgen die Regel periodisch) erfolgte. Genau diese Kriterien finden sich auch in den Entscheidungen zum CISG.

Im französischen Recht hat die Rechtsprechung bei Standardprogrammen („progiciel“) Kaufrecht angewendet²⁰ bei angepassten Programmen („lociciel“) überwiegt die Qualifikation als Werkvertrag.²¹ Voraussetzung für die Annahme eines Kaufvertrages ist auch, wie in den anderen Ländern, dass die Nutzung auf Dauer übertragen wird.²² Die Eigentumsfrage wird in diesem Zusammenhang nicht aufgeworfen. Die Rechtsprechung ist jedoch sehr stark einzelfallabhängig. Urteile zur Anwendung der CISG auf Computerprogramme gibt es nicht.

Lediglich in einem Fall stand die Frage einer Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit durch ein Verbot des Weiterverkaufs in Rede. Die Rechtbank Midden-Nederland²³ hielt diese Einschränkung unter Berufung auf die EuGH-Entscheidung „Used Software“²⁴ für unwirksam. Damit hatte der Erwerber die Möglichkeit des Weiterverkaufs und so eine ausreichende Nutzungsmöglichkeit. Es geht in allen Urteilen bis auf das des Appellationsgerichts Gent²⁵ um Verträge über Software alleine. Eine Verbindung zwischen dem Verkauf von Hardware als einer körperlichen Sache und der Software, die eine einheitliche Behandlung nahelegen würde, war also nicht gegeben. Die Entscheidungen betreffen ausschließlich Software, also Computerprogramme, die für das Funktionieren von Rechnern oder anderen digitalen Geräten (z. B. Smartphones, Smartwatches) erforderlich sind. Es gibt also wenigstens funktional einen klaren Bezug zur Hardware. Andere elektronische oder digitale Waren oder Elemente ((Art. 2 Abs. 5 b) WKRL) waren bisher nicht Gegenstand von Gerichtsentscheidungen zum CISG.

Man kann also durchaus von einer gefestigten Rechtsprechung sprechen, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass kein Urteil (bis auf das Erfordernis eines Speichermediums²⁶) eine andere Meinung vertritt und sie aus fünf verschiedenen europäischen Ländern stammen. Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Einordnung der Verträge nach nationalem Recht unter das anscheinend so ähnliche CISG ist offensichtlich.

2. Meinungen in der Literatur

Auch die herrschende Meinung in der Literatur behandelt Standardsoftware als Ware.²⁷ Das Erfordernis eines Trägermediums wird nur noch vereinzelt vertreten.²⁸ Was die Frage nach dem Vertragscharakter angeht, teilt man die Meinung der Rechtsprechung, dass die Übertragung eines auf Dauer angelegten Nutzungsrechts ausreichen soll, wenn dies gegen eine einmalige Zahlung erfolgt.²⁹ Dabei kann es unseres Erachtens nicht auf eine einmalige Zahlung ankommen; entscheidend ist vielmehr, ob mehrmaligen Zahlungen periodische Nutzungen gegenüberstehen oder ob es sich um eine Teilzahlung handelt.³⁰ Lediglich *Sono* wendet sich gegen eine

Anwendung der CISG auf nicht körperliche Gegenstände.³¹ Er begründet dies aber nicht mit dem unkörperlichen Charakter von Software oder Daten, sondern damit, dass diese Gegenstände nur mittels einer Lizenz übertragen würden. Er trägt also der oben behandelten Auslegung der Verträge keine Rechnung.

Bei „angepasster“ Software bröckelt die Meinungsfront; einige halten das CISG hier schon nicht mehr für anwendbar.³² Andere sehen richtigerweise, dass dies eine Frage des Art. 3 Abs. 2 CISG ist; diese Frage stellt sich logisch erst, nachdem die Wareneigenschaft von Software festgestellt wurde.³³

Die Erweiterung des Warenbegriffs auf Daten wird in der Kommentarliteratur weitgehend gar nicht behandelt. Lediglich *Magnus* befürwortet die Anwendung des CISG auf digitale Waren.³⁴ Nur die Autoren, die sich speziell mit diesem Thema beschäftigt haben, befürworten eine Gleichbehand-

-
- 17 Urt. vom 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135.
 18 OGH 14.10.1997 – 5 Ob 504/96 (5 Ob 505/96), SZ 70/202; OGH 26.6.2002 – 7 Ob 94/02 b.
 19 Schw. Bundesgericht 27.8.1997, BGE 124 III 456.
 20 Lamy, Droit du numérique/Warusefel, 2022, Nr. 1497 ff. (1502) mwN; Huet, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 322, Contrats informatiques, contenu et typologie, 2013, Rn. 103 ff. (114/115).
 21 Lamy, Droit du numérique, 2022, Nr. 1498 f.; Huet, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 322, Contrats informatiques, contenu et typologie, 2013, Rn. 116, jeweils mwN.
 22 Huet, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 322, Contrats informatiques, contenu et typologie, 2013, Rn. 115 mwN.
 23 S. Fn. 9.
 24 EuGH 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:2012:407.
 25 Fn. 14.
 26 Der österr. OGH hält einen physischen Datenträger für erforderlich, vgl. Fn. 10; anders das HG Zürich, Fn. 6.
 27 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 38; Staudinger/Magnus, 2018, CISG Art. 1 Rn. 44; MüKoHGB/Mankowski, 5. Aufl. 2021, CISG Art. 1 Rn. 27; BeckOK BGB/Saenger, 4. Aufl. 2020, CISG Art. 1 Rn. 8; MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 1 Rn. 19 f.; Graf v. Westphalen/Thüsing VertrR/AGB-Klauselwerke/Hoeren, Stand März 2022, Rn. 67 und Rn. 82; Auer-Reinsdorff/Conrad IT- und DatenschutzR-HdB, 3. Aufl. 2019, § 23 Kap. 5 Rn. 78; MAH IntWirtschaftsR § 7 Rn. 25; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 40; Eggen IHR 2017, 229 (231) mwN in Fn. 24; Schmitt, Intangible Goods als Leistungsgegenstand internationaler Online-Kaufverträge, 2003, S. 48, 82 f. Wulf, UN-Kaufrecht und E-Commerce, 2003, S. 54 f.; Hayward, UNSW Law Journal 2019, 878 (882, 886, 902); Munoz Unif. Law Rev. 2019, 281 (286/7); aA Sono Kritzer 2008, 512 (518, 526).
 28 Für die Notwendigkeit eines Speichermediums Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 38; Auer-Reinsdorff/Conrad IT- und DatenschutzR-HdB, 3. Aufl. 2019, § 23 Kap. 5 Rn. 78; darauf verzichteten Diedrich (Fn. 2), 329; Mankowski (Fn. 27); Hoeren (Fn. 27); Staudinger/Magnus (Fn. 27) Rn. 44; Eggen (Fn. 27), 231 mwN in Fn. 26; Wulf (Fn. 27), 54 f.; Schmitt (Fn. 27), 57; Munoz (Fn. 27), 287; s. a. Scheuch ZfVerglRwiss 2019, 375 (379), dort Fn. 28 und 29.
 29 Eggen (Fn. 27), 231; Munoz (Fn. 27), 286; Scheuch (Fn. 28), 393; Wulf (Fn. 27), 26/27; Schmitt (Fn. 27), 82.
 30 Ferrari (Fn. 27); in diesem Sinne auch Staudinger/Magnus, 2018, CISG Rn. 41 a.
 31 Sono (Fn. 27), 523.
 32 Hören, Mankowski, Auer-Reinsdorf, Ferrari, Magnus (alle Fn. 27); Sono (Fn. 27), 521.
 33 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Hachem CISG Anh. Art. 1 Rn. 6; Eggen (Fn. 27), 231.
 34 Staudinger/Magnus, 2018, CISG Rn. 44.

lung.³⁵ es werden Musik- und Spieldateien, Filme, E-Books,³⁶ aber auch „Rohdaten“ als Beispiele angeführt.³⁷

EGGEN³⁸ und HACHEM³⁹ halten nach der Öffnung der CISG auf Software eine weitere Unterscheidung zwischen Software und Daten nicht für richtig. Es gäbe keinen technischen Grund für eine unterschiedliche Behandlung.⁴⁰ Beide betonen aber, dass dann der Beschränkung auf Kaufverträge eine besondere Bedeutung zukommt.⁴¹ Daten würden auf so vielfältige Weise gehandelt, dass wegen der Öffnung auf der einen Seite hier eine klare Grenze gezogen werden müsse. SCHEUCH⁴² ist der Ansicht, das Hindernis des Art. 30 CISG sei bei Daten zu hoch; es gehe eben nicht um eine Eigentumsübertragung, sondern um etwas Anderes. Dieses Hindernis könne nur mit einer analogen Anwendung über Art. 7 Abs. 2 CISG überwunden werden. MUNOZ definiert „Software“ in einem engen Sinn⁴³ und befürwortet eine Einbeziehung von Softwareverträgen unter direkter Anwendung des Übereinkommens. Bei Verträgen über Daten geht dies seines Erachtens nur mittels einer ergänzenden Auslegung;⁴⁴ es bleibt dabei aber unklar, ob dies über Art. 7 Abs. 1 oder Abs. 2 CISG erfolgen soll. HAYWARD⁴⁵ nimmt eine von ihm selbst als „bold“ (wagemutig) bezeichnete Position ein. Er hinterfragt die technische Definition von Software und Daten und kommt zu dem Schluss, dass es nur einen funktionalen Unterschied gibt. Software diene dem Funktionieren eines Computers. Die Anwendung auf die so traditionell definierte Software hält er für „settled“.⁴⁶ Für andere digitale Produkte fordert er eine Lückenfüllung der CISG durch die Art. 7 Abs. 1 und 2⁴⁷ und prüft vor allem, ob die CISG eine funktionsfähige Normenstruktur für den „data trade“ bereithalte. Dies bejaht er nach einer eingehenden Prüfung.⁴⁸ Er betont, indem er sich auf Eggen beruft, die wichtige Grenzziehung durch den Begriff des Kaufvertrages.⁴⁹

II. Stellungnahme

Maßgebend sind die in Art. 7 Abs. 1 CISG enthaltenen Auslegungsziele und die dazu entwickelten Auslegungsmethoden.⁵⁰ Diese Ziele sind der internationale Charakter des Übereinkommens, aus dem die autonome Auslegung seiner Vorschriften folgt.⁵¹ Der internationale Charakter erfordert ebenfalls die Einheitlichkeit der Auslegung.⁵² Das auch insoweit angesprochene Merkmal des guten Glaubens spielt in unserem Zusammenhang keine Rolle.

Was die Methoden der Auslegung angeht, sind die Entstehungsgeschichte, die systematische Stellung und die Ergebnisse der Rechtsvergleichung zu prüfen. Schließlich werden wir die Eignung des Übereinkommens für digitale Waren mittels des Vergleichs des CISG mit den beiden EU-Richtlinien prüfen. Ob man diesen Blickwinkel als „teleologische“ Auslegung⁵³ als „systematische“⁵⁴ Interpretation bezeichnet, lassen wir dahinstehen.

1. Digitale Gegenstände und Daten als „Waren“

a) Der Begriff der Ware

Das CISG definiert den Begriff „Ware“ nicht. Anders als den des Kaufs enthält das Übereinkommen auch keine Anhaltspunkte für eine Auslegung in die eine oder andere Richtung.

Mit der in einigen der oben zitierten Urteile⁵⁵ unter Berufung auf die früheren Auflagen des Schlechtriem-Kommentars⁵⁶ vertretenen Ansicht, Waren seien alle Gegenstände, die gehandelt würden, verliert der Warenbegriff jede begriffliche

Schärfe und wird nur durch Art. 2 CISG begrenzt. In den beiden in den frühen 90er Jahren verfassten Auflagen dieses Kommentars werden auch bereits Computerprogramme genannt. Dem steht jedoch grundsätzlich die gesamte Struktur des Übereinkommens entgegen, das auf körperliche Sachen ausgerichtet ist.⁵⁷ Viele der Vorschriften des Übereinkommens finden bei unkörperlichen Gegenständen keine Anwendung. Wenn die Erweiterung des Warenbegriffs jedoch nur dazu führt, dass ein Teil des Abkommens überflüssig ist, der Rest jedoch sachgerechte Lösungen enthält, spricht das nicht gegen die Anwendung.

b) Systematische Auslegung

Was die Auslegung unter dem Aspekt des Normenzusammenhangs (systematische Auslegung) angeht, ist auf die Präambel und Art. 2 CISG einzugehen. Ob die Präambel des Übereinkommens die Anwendung auf Daten rechtfertigt oder sogar fordert,⁵⁸ ist durchaus fraglich. Die normative Bedeutung der Präambel ist umstritten.⁵⁹ Man kann vertreten, dass für Hardware und Software „einheitliche Bestimmungen“ gelten sollen, weil es stimmig ist, Hardware und Software dem gleichen rechtlichen Text zu unterwerfen. Bei Daten allein könnte die Anwendung des Übereinkommens durchaus Hindernisse im internationalen Handel beseitigen, weil es für Daten kein Abkommen gibt. Die Ziele der Präambel sind jedoch so allgemein, dass sie keine hinreichend konkrete Grundlage für eine Auslegung bilden. Vieles begegnet Hindernissen im internationalen Handel, ohne dass deshalb das CISG anzuwenden wäre.

35 Staudinger/Magnus, 2018, CISG Rn. 44; Hachem (Fn. 33); Eggen (Fn. 27), 231; Wulf (Fn. 27), 51 f.; Schmitt (Fn. 27), 49; Scheuch (Fn. 8), 385 ff.; Hayward UNSW Law Journal 2021, 878 (902), wo er Unterschiede hervorhebt, und 1482 ff. (1541), wo er nur noch von „practical problems“ bei der konkreten Anwendung spricht.

36 ZB Hayward UNSW Law Journal 2021, 884.

37 ZB Hayward UNSW Law Journal 2021, 884

38 Eggen 234; auch Wulf 54 und Schmitt 70 (beide oben Fn. 27).

39 Hachem (Fn. 33) Rn. 10 f.

40 Hayward (Fn. 33), 884 ff. weist zu Recht auf terminologische Unschärfen hin.

41 Eggen (Fn. 27), 231; Hachem (Fn. 33), Rn. 6 ff.

42 Scheuch (Fn. 28), 385.

43 Munoz (Fn. 27), Fn. 1 (Definition des Oxford Online dictionary). Seine enge Definition weicht zB von der recht weiten bei Sono ab, Munoz (Fn. 27), 521 f.

44 Munoz (Fn. 27), 285.

45 Munoz (Fn. 27), 900/901.

46 Hayward (Fn. 35), 884–886.

47 Hayward (Fn. 35), 896.

48 Hayward (Fn. 35), 1482 (1488).

49 Hayward (Fn. 35), 903.

50 S. insbesondere Staudinger/Magnus, 2018, CISG Art. 7 Rn. 11 ff; Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 7 Rn. 28 ff.

51 Staudinger/Magnus, 2018, Rn. 12.

52 Staudinger/Magnus, 2018, Rn. 36.

53 Staudinger/Magnus, 2018, Rn. 36.

54 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 7 Rn. 37 ff.

55 LG München 8.2.1995 – 8 HKO 24667/93, CISG Online, 131; OLG Koblenz 17.9.1993 – 2 U 282/93, CISG Online, 91; HG Zürich 17.2.2000 – HG 980472 CISG Online, 637; alle Fn. 6.

56 Von Caemmerer/Slechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht/Herber, 1990, und Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht/Herber, 2. Aufl. 1995, beide Art. 1 Rn. 21.

57 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 34.

58 So jedoch HG Zürich 17.2.2000 – HG 980472, CISG Online, 637; Rechtsbank Midden-Niederland 25.3.2015 – No. C/16/364668 / HA ZA 14–217, CISG Online, 1586 (s. Fn. 6 und 9).

59 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Präambel Rn. 1.

Die Ausschlüsse in Art. 2 lit. d), e), und f) CISG betreffen unterschiedliche Arten von Waren. In lit. (d) sind Wertpapiere und Zahlungsmittel und in (f) elektrische Energie ausgeschlossen. Wertpapieren und Zahlungsmitteln (Art. 2 d) CISG) wurden nach dem *Secretariat Commentary* ausgenommen, da sie in den nationalen Rechten anderen und teilweise zwingenden Vorschriften unterliegen und auch nicht überall als „goods“ angesehen würden.⁶⁰ Der Grund für den Ausschluss von Kaufverträgen über elektrische Energie trug einem Bedenken Rechnung, wonach der Rechtscharakter von elektrischer Energie in den Rechtsordnungen unterschiedlich gesehen werde und der Verkauf von Strom nach feststehenden Verträgen erfolge, so dass für eine Anwendung eines internationalen Abkommens kein Raum sei.⁶¹ Die fehlende Körperlichkeit wird weder bei Wertpapieren noch elektrischer Energie als Grund genannt. Nimmt man hinzu, dass Kaufverträge über Gas nicht in Art. 2 CISG erwähnt⁶² und die Ausnahmen des Art. 2 CISG eng auszulegen sind,⁶³ kann aus Art. 2 nur schwer ein Argument für den Ausschluss unkörperlicher Objekte konstruiert werden.⁶⁴

c) Historische Auslegung

Unter diesem Gesichtspunkt steht außer Frage, dass die CISG auf körperliche Sachen ausgerichtet und für diese konzipiert wurde.⁶⁵ Ob unkörperliche Gegenstände auch als „Ware“ gelten können, wurde bei den Beratungen der CISG noch nicht einmal angesprochen.⁶⁶ Ihre Anwendung auf unkörperliche Gegenstände ist damit aber nicht ausgeschlossen, es sei denn, es gäbe für einen solchen Ausschluss Gründe in der CISG selbst.

d) Einheitliche Auslegung

Unter diesem Blickwinkel⁶⁷ wurde oben auf die Rechtsprechung in fünf Mitgliedsstaaten hingewiesen (siehe I.1). Diese läuft darauf hinaus, das Übereinkommen auch auf Software anzuwenden. Doch besagt dies unmittelbar nur etwas für diese Art von Ware, nicht aber auch für Daten. Die von einigen Urteilen ausdrücklich angewendete extensive Auslegung erlaubt aber auch nicht, von vorne herein einen Unterschied zwischen Software und Daten zu machen.

Es gibt also kein durchschlagendes Argument, Daten den Warencharakter abzusprechen und Verträge über Daten von vorneherein von der Anwendung des CISG auszuschließen.⁶⁸ Damit kommt dem zweiten „gatekeeper“-Begriff, dem des Kaufvertrages, eine große Bedeutung zu.⁶⁹

2. Kauf oder eine andere Vertragsart

a) Der Begriff des Kaufs

Auch dieses Merkmal ist im CISG nicht definiert. Seine Auslegung kann sich jedoch an anderen Bestimmungen des Übereinkommens ausrichten, vor allem an Art. 30 und 51 CISG. Art. 30 verpflichtet den Verkäufer, die Ware zu liefern und das Eigentum daran zu übertragen. Der Käufer hat die Ware abzunehmen und den Kaufpreis zu zahlen, Art. 51 CISG.

Computerprogramme werden durch Übertragung eines Nutzungsrechts vermarktet. Das Eigentum am Programm verbleibt beim Hersteller; er verkauft oder lizenziert, je nach juristischer Qualifikation, Kopien seiner Arbeit.⁷⁰ Die Übertragung des Eigentums an einem Datenträger, auf dem das Programm gespeichert ist, ändert an der rechtlichen Einordnung nichts, da der Datenträger lediglich ein „*instrumentum*“ der Zurverfügungstellung ist. An ihm selbst besteht kein wirt-

schaftliches Interesse und er hat einen zu vernachlässigenden Wert.⁷¹ Der EuGH hat in seinem *UsedSoft-Urteil*⁷² das Herunterladen einer Kopie als den Erwerb des Eigentums an der (digitalen) Kopie angesehen. Wenn eine Kopie gegen eine entsprechende Vergütung dauerhaft nutzbar gemacht wird, handele es sich um die Übertragung von Eigentum an dieser Kopie.

Mit der gleichen Methodik haben die obersten Zivilgerichte in Deutschland, Österreichs und der Schweiz⁷³ auf Softwarelizenzverträge Kaufrecht direkt oder entsprechend angewendet, wenn dem Nutzer ein zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht gegen eine einmalige Zahlung eingeräumt wird. Sowohl im deutschen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), österreichischen (§ 1053 ABGB) wie auch dem Schweizer Recht (OR Art. 184) schuldet der Verkäufer die Übertragung des Eigentums.⁷⁴ Es ging in allen Fällen um Gewährleistung; das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht erschien der Sach- und Interessenlage am besten gerecht zu werden.⁷⁵ Die oben zitierten Urteile zur Anwendung des CISG auf Computersoftware⁷⁶ haben ohne Zögern aber auch ohne jeden interpretatorischen Aufwand diese Lösung auf das Übereinkommen übertragen. Man wird nicht umhinkommen, die gleichlaufenden nationalen Lösungen und die Rechtsprechung des EuGH auch für des CISG wirken zu lassen. Der internationale Charakter und die Einheitlichkeit der Anwendung verlangen, dieser Auslegung zu folgen. Die Interessenlage ist in internationalen Verträgen nicht anders als in nationalen. Im internationalen Kontext ist die kaufrechtliche Einordnung sogar von noch größerer Bedeutung, da die CISG alleine steht; das Scheitern der Anwendung des Übereinkommens führt zur Notwendigkeit, das anwendbare Recht zu bestimmen – ein ungleich größeres Risiko als die Wahl zwischen den nationalen Kauf- und Werkvertragsrechten.

Das Prinzip der am Wortlaut orientierten Auslegung⁷⁷ bleibt dabei allerdings auf der Strecke. Dies erscheint aber aus den

60 Commentary on the draft Convention on Contracts for the international Sale of Goods prepared by the Secretariat, Art. 2 Comment (7), in United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, New York 1991.

61 Commentary on the draft Convention on Contracts for the international Sale of Goods prepared by the Secretariat, Art. 2 Comment (10), in United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods.

62 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 46.

63 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 2 Rn. 5.

64 Scheuch (Fn. 28), 380.

65 S. nur Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 34 mwN in Fn. 152–156.

66 In keinem der Beiträge zu Art. 1 oder 2 wird diese Frage aufgeworfen, s. Secretariat Commentary, zu Art. 1 und 2; Report of the First Committee, Doc A/Conf.97/11, beide in United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, 1991.

67 Staudinger/Magnus, 2018, CISG Art. 7 Rn. 20 f.

68 Eggen, 231.

69 Eggen, 231.

70 Hoeren IT-VertragsR/Pinelli 84 ff.

71 Eggen, 231.

72 EuGH 3.7.2012, ECLI/EU2012:407.

73 S. Fn. 17, 18 und 19.

74 Die Rechtslage in den USA entspricht dem im Ergebnis, wurde aber auf gesetzgeberischem Wege durchgesetzt, vgl. Sono (Fn. 24), 524 unter Hinweis auf den Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA); Schmitt (Fn. 27), S. 59 f; Diedrich, Pace Int'l L Rev. 1996, 303 unter Hinweis auf Art. 2–105 UCC. Diese Publikationen sind schon älter und decken die Rechtsentwicklung seitdem nicht ab.

75 S. MüKoHGB/Mankowski, 5. Aufl. 2021, CISG Art. 1 Rn. 28.

76 S. Fn. 6, 9, 17, 18 und 19.

oben genannten Gründen gerechtfertigt, auch wenn die vom BGH in seiner Entscheidung vom 25.9.1991⁷⁸ für eine Auslegung praeter legem aufgestellten Anforderungen in diesem Fall nicht erfüllt sind. Vielleicht ist die vom BGH seinerzeit formulierte Anforderung auch zu einseitig.

Weiter könnte entgegenstehen, dass bei der Übertragung von Nutzungsrechten gerade im IT-Bereich dem Erwerber oft erhebliche Einschränkungen auferlegt werden; eine Nutzungsberechtigung kann ein deutliches Minus gegenüber der Eigentümerposition sein. Dieses Argument enthält Richtiges und weniger Überzeugendes. Auch bei der Übertragung von Eigentum muss der Erwerber Einschränkungen durch Rechte Dritter hinnehmen. Die Art. 41 und 42 CISG behandeln dieses Problem. Die Belastung mit Rechten Dritter ist also im Prinzip kein Hinderungsgrund. Allerdings greifen diese Rechte im IT-Bereich viel stärker ein und beschränken das Nutzungsrecht. Nutzungseinschränkungen etwa auf eine Anzahl von Nutzern, auf bestimmte Geräte, auch Verbote des Weiterverkaufs sind in vielen Verträgen zu finden.⁷⁹ Selbst wenn die Gerichte hiergegen zum Teil erfolgreich eingeschritten sind, bleiben andere bestehen.⁸⁰ Wenn man im Prinzip Eigentum und Nutzungsbefugnis gleichstellen will, muss die Stellung des Nutzungsberechtigten dauerhaft und eigentümerähnlich sein.⁸¹ Zu weitgehende Einschränkungen und solche die Dauer der Nutzung betreffend stehen der Gleichstellung von Nutzungs- mit Eigentümerstellung und damit dem Kaufcharakter entgegen.⁸²

b) Anwendung auf Datenvertragsrecht

Was die Anwendung des CISG auf Verträge über Daten angeht, so bleibt das stärkste Argument für deren Einbeziehung in das CISG, dass Software und Daten und sonstige digitale Objekte technisch keine Unterschiede aufweisen, die eine unterschiedliche Behandlung erfordern würden.⁸³ Während diejenigen, die eine Gleichbehandlung von Daten und Software fordern⁸⁴ eher auf den technischen Aspekt abstellen und die juristischen Unterschiede nicht behandeln, stellt Scheuch diese in den Vordergrund. Ob an Daten überhaupt Eigentum besteht, sei ungewiss. Computerprogramme seien in den §§ 69 a ff. UrhG und Datenbanken in den §§ 87 a ff. UrhG urheberrechtlich geschützt.⁸⁵ Damit habe der Urheber eine definierte Rechtsposition, die er auch übertragen könne. Dies unterscheide die Rechtslage von der bei Daten. Scheuch nimmt deshalb eine skeptische Haltung gegenüber einer extensiven Auslegung des Eigentumsbegriffs in Art. 31 CISG ein.⁸⁶ Er widersteht aber nicht der Versuchung, das CISG dennoch für anwendbar zu halten, und befürwortet eine analoge Anwendung. Bei den Beratungen des CISG habe dieses Problem noch nicht existiert. Das Übereinkommen sei ein „lebendes Vertragswerk“, das sich neuen Entwicklungen öffnen müsse. Es liege deshalb eine „planwidrige Lücke“ vor (Art. 7 Abs. 2 CISG), die durch eine analoge Anwendung geschlossen werden könne.⁸⁷ Diese lacuna sei auch eine interne und keine externe und führe deshalb nicht zu einer Ausweitung der Anwendung des Übereinkommens. Die rechtsvergleichende Interpretation, die Interessenanalyse sowie die systematische Auslegung sprächen für eine Anwendung auch auf Verträge über Daten, die eine dauerhafte und endgültige Nutzung zum Gegenstand haben.⁸⁸ Dieses Argument stützt sich darauf, dass der „Regelungsgegenstand“ des CISG im Sinne des Art. 4 Satz 1 CISG nicht verlassen würde. Bei dieser Argumentation besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses; wir würden eher davon sprechen, dass die der Eigentumsübertragung gleichge-

stellte Nutzung ein „minus“ und kein „aliud“ ist und deshalb unter die CISG fällt.

Wenn man daher eine Nutzungsübertragung grundsätzlich für ausreichend hält, ist die Unterscheidung zwischen Software und Daten eigentlich unerheblich; wenn beide als „Ware“ angesehen werden, ist die Frage der Anwendung des CISG bei einer ausreichenden Nutzungsübertragung beantwortet.

In der Praxis bedeutet das aber lediglich, dass Verträge über Daten unter das CISG fallen können; die Vielfalt der Erscheinungsformen und der möglichen Nutzungsformen ist jedoch so groß, dass man nicht mehr als eine prinzipielle Aussage treffen kann. Die Anwendung im Einzelfall ist offen.

III. Systematische Auslegung; neue Gesichtspunkte durch die beiden EU-RL?

1. Anwendungsbereich der RL im Vergleich zum CISG

Die Zuordnung der digitalen Elemente zum Kaufvertrag in der WKRL folgt einem ganz anderen Gedankengang. Sie findet auf Kaufverträge über bewegliche körperliche Gegenstände („Waren“) „mit digitalen Elementen“ Anwendung, d.h. solchen Waren, in die entweder digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen derart integriert sind, dass diese Waren ihre Funktionen ohne die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht erfüllen können (Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 (5) WKRL). Die DIRM 770/2019 ist hingegen auf alle Arten von Verträgen anwendbar, mit denen der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt (Art. 3 Abs. 1 DIRM). Der Begriff der „digitalen Inhalte“ wird in den beiden RL definiert als „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden“ (Art. 2 Zif. 1 DIRM und Art. 2 Zif. 6 WKRL).⁸⁹ Dieser Begriff ist der Oberbegriff, der die „digitalen Elemente“ umfasst.

Innerhalb des bisher vorliegenden Meinungsspektrums geht es entscheidend darum, ob das Erfordernis der Eigentumsübertragung des Art. 30 CISG erfüllt ist. Bei der Kategorie der digitalen Elemente wie in der WKRL definiert besteht immer eine Verbindung mit einem körperlichen Gegenstand, so dass

77 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Ferrari CISG Art. 7 Rn. 30; Staudinger/Magnus, 2018, CISG Art. 7 Rn. 15 ff.

78 BGH 25.9.1991, WM 1991, 2108.

79 Hoeren IT-VertragsR/Pinelli S. 104–120.

80 Hoeren IT-VertragsR/Pinelli S. 104–120; vgl. auch Hachem (Fn. 33), Rn. 9; Eggen, eBook – myBook oder yourBook?, Recht 2017, 109 (116).

81 Eggen (Fn. 27), 232; Hachem (Fn. 33), Rn. 7; Scheuch (Fn. 28), 393 ff.

82 Eggen (Fn. 27), 232.

83 S. 1.2. und Fn. 38 und 39.

84 Eggen (Fn. 27), 231; Hayward (Fn. 35), 1513.

85 Dieser Schutz besteht europaweit, RL 1996/9/EG vom 11.3.1996, ABl. L 770, 20 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken und die RL 2009/24/EG vom 23.4.2009, ABl. L 111, 16 (vorher RL 91/250/EU) über den Rechtsschutz von Computerprogrammen.

86 Scheuch (Fn. 28), 383 ff. Seine Argumente betreffen genauso Software wie Daten.

87 Scheuch (Fn. 28), 392 ff.

88 Scheuch (Fn. 28), 385.

89 Erwrgr. 14 der WKRL zählt auf Betriebssysteme (also Software), Anwendungen (Applikationen) und sogar digitale Dienstleistungen zur Erstellung, Verarbeitung und Speicherung von oder den Zugang zu Daten ebenso wie software-as-a-service-Funktionen (etwa bei Navigationssystemen).

die WKRL hier einen traditionellen Weg beschreitet. Da die WKRL an dem Merkmal eines körperlichen Gegenstandes festhält, werden bestimmte digitale Elemente in dieser Einordnung einbezogen. Die Funktion der körperlichen Sache ist das entscheidende Kriterium. Die Art der digitalen Elemente spielt hingegen keine Rolle; ihr Begriff ist viel weiter definiert als Software. Zudem werden digitale Dienstleistungen einbezogen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, in den Kaufvertrag auch Nebenverträge einzuschließen und so eine einheitliche rechtliche Behandlung sicherzustellen. Die Diskussion über die Einbeziehung von Software und Daten in das CISG hat diese Abgrenzung nie benutzt. Das gilt auch für die oben zitierten Urteile, sowohl in den verschiedenen nationalen Rechten als auch zum CISG. Wir halten diese Zuordnung für erwägenswert. Ihre Anwendung würde aber eine neue Diskussion im Rahmen des CISG zu der Frage erfordern, unter welchen Voraussetzungen begleitende Verträge qua Sach- und Funktionszusammenhang unter das Übereinkommen fallen können.⁹⁰

2. Vergleich im Einzelnen

a) Wenige Unterschiede; Überwiegen des Kaufrechts

Ein Vergleich beider RL ergibt überraschend geringe Unterschiede zwischen ihnen. Dies gilt nicht nur für die Definition der Vertragsmäßigkeit und die Abhilfen, sondern auch für die Behandlung von Rechten Dritter (Rechtsmängel). Die Definitionen gleichen sich ebenfalls, was sich schon daraus erklärt, dass dadurch Widersprüche vermieden werden. Es ist sicherlich zutreffend zu sagen, dass sich die Kaufrechtsstruktur auch bei der DIRM durchgesetzt hat.⁹¹

b) Gewährleistung

Die Gewährleistungsvorschriften (Vertragsmäßigkeit und Abhilfen) der beiden RL unterscheiden sich strukturell wenig von dem CISG. Zwar wird der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung (Art. 25 CISG) nicht verwendet, aber die Gradierung zwischen den verschiedenen Abhilfen ähnelt der CISG sehr stark. Hier merkt man, dass das CISG einen starken Einfluss auf das europäische Recht ausübt.⁹² Man muss also die Unterschiede im Detail suchen.

Die RL sehen eine Bereitstellungspflicht von Aktualisierungen (einschließlich von Sicherheitsaktualisierungen) vor, Art. 7 Abs. 3 WKRL und Art. 8 Abs. 2 DIRM. Die WKRL verlangt in Art. 7 Abs. 2 (a) eine Bereitstellung während eines Zeitraums, der die Vertragsmäßigkeit sicherstellt, und in 7 Abs. 2 (b) bei einer Verpflichtung zur fortlaufenden Bereitstellung während dieses Zeitraums, wenn er länger ist; sonst während zwei Jahren.

Es ist schwierig, die Aktualisierungspflicht in das System des CISG einzuordnen. Auch wenn bereits mehrfach geurteilt wurde, dass dauerhafte Ware eine gewisse Zeit gebrauchsgerecht bleiben muss,⁹³ so unterscheiden sich beide Fragen, da die Ware bei einer Aktualisierungspflicht ursprünglich vertragsgemäß war und erst später mangels einer Aktualisierung die Produktsicherheit oder bestimmte Funktionen verliert. Eine Aktualisierungspflicht könnte jedoch unter Art. 30 CISG als Zusatzpflicht subsumiert werden,⁹⁴ was die gleichen Rechtsfolgen wie eine fehlende Vertragsmäßigkeit nach sich ziehen kann⁹⁵

Eine weitere Hürde stellt der Zeitpunkt der Vertragsmäßigkeit bei fortlaufender Bereitstellung dar. Die Vertragsmäßigkeit

muss unter dem CISG (Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Art. 66 ff.) wie bei den beiden RL (Art. 11 Abs. 1 DIRM und Art. 10 Abs. 1 WKRL) bei Lieferung bzw. bei Bereitstellung gegeben sein. Der Verkäufer haftet für Vertragswidrigkeiten, die innerhalb von zwei Jahren nach Lieferung auftreten (Art. 11 Abs. 2 Unterabsatz 2 DIRM und Art. 10 Abs. 1 WKRL). Wenn digitale Inhalte oder Dienstleistungen fortlaufend bereitgestellt werden, haftet der Verkäufer ebenfalls für eine Vertragswidrigkeit, die während einer Zweijahresfrist ab Lieferung auftritt (Art. 10 Abs. 2 WKRL). Im Rahmen der DIRM gibt es keine feste Frist bei fortlaufender Bereitstellung (Art. 11 Abs. 3 DIRM). Vielmehr haftet der Unternehmer während der Zeit, in der die Pflicht zur fortlaufenden Bereitstellung fort dauert. Unter beiden RL läuft also keine neue Frist ab Bereitstellung oder Aktualisierung.⁹⁶ Die RL vermischen damit Vertragsmäßigkeit und Gewährleistungsfrist. Die Vertragsmäßigkeit wird zumindest bei Aktualisierungen und Updates dauernd geschuldet. Bei einer dauernden Bereitstellung oder bei Updates ist die Gewährleistungsfrist nur die Restzeit zwischen dem Ende der Bereitstellungs-/Updatezeit und der zwei Jahresfrist. Sie ist damit variabel. Gegebenenfalls ist die Bereitstellungsfrist sogar länger als die „Gewährleistungsfrist“. Subsumiert man die Verletzung der Aktualisierungspflicht unter Art. 36 Abs. 2 CISG, kann man einige diese Schwierigkeiten umgehen. Die Vertragsverletzung ereignet sich im Zeitpunkt der Unterlassung der Aktualisierung; eine Untersuchungs- oder Rügepflicht besteht erst ab dann. Art. 39 Abs. 1 CISG findet in allen Fällen der fehlenden Vertragsgemäßheit⁹⁷ und damit auch in Fällen einer Aktualisierungspflicht Anwendung.

In diesem Zusammenhang stellt Art. 39 Abs. 2 CISG ein Problem dar. Die zweijährige Ausschlussfrist⁹⁸ des Art. 39 Abs. 2 CISG beginnt mit tatsächlicher Übergabe der Sache. Sie kann nur dadurch überwunden werden, dass es eine vertragliche Garantiefrist gibt, die mit der 2 jährigen gesetzlichen Frist unvereinbar ist. Bei fortdauernder Bereitstellung passt weder der Zeitpunkt des Beginns der Frist noch das Ende: Die „tatsächliche Übergabe“ ist schwer festzulegen. Bei Bereitstellung über einen Zeitraum von zwei Jahren bleibt dem Käufer nach Ablauf dieser Frist keine Zeit mehr zu agieren.

c) Verjährungsregeln

Das CISG regelt Verjährungsfragen nicht; dort, wo das Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf vom 14.6.1974⁹⁹ gilt, findet eine vierjährige Verjährungsfrist (Art. 8) Anwendung. Diese Frist beginnt mit der Übergabe bei fehlender Vertragsmäßigkeit (Art. 10 Abs. 2) oder mit

90 Zu den Problemen von sog. „Paketverträgen“ bei der Anwendung der beiden RL Lorenz NJW 2021, 2065 (2069 f.) und Wendehorst NJW 2021, 2913 (2914).

91 Schroeter ZVglRWiss 2016, 270 (279 ff.).

92 Schroeter ZVglRWiss 2016, 270 (279 ff.).

93 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Schwenzer CISG Art. 35 Rn. 14; wN und Rechtsprechung dort in Fn. 100.

94 Generell zu den sog. Zusatzpflichten Staudinger/Magnus, 2018, CISG Art. 30 Rn. 14–17.

95 Das CISG unterscheidet nur nach der Schwere der Vertragsverletzung; die Unterscheidung in Haupt- und Nebenpflichten ist ihm fremd; vgl. etwa Staudinger/Magnus, 2018, CISG Art. 30 Rn. 20.

96 WKRL Erwgr. 31; DIRM Ergwr. 47.

97 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Schwenzer CISG Art. 39 Rn. 5.

98 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Schwenzer CISG Art. 39 Rn. 23.

99 UN-Konvention vom 14.6.1974 und Ergänzungsprotokoll vom 11.4.1980, in Kraft getreten am 1.8.1988. Text und Liste der Mitgliedsstaaten abgedruckt in Schlechtriem/Schwenzer/Schröter CISG S. 1480.

dem Zeitpunkt einer Vertragsverletzung (Art. 10 Abs. 1). Auch hier ist es von Bedeutung, ob die Aktualisierungspflicht einen Mangel darstellt oder als Vertragsverletzung zu subsumieren ist. Den gerade dargestellten Schwierigkeiten begegnet das deutsche Recht durch spezielle Verjährungsvorschriften in den §§ 327 j und 475 e BGB, die die zweijährige Verjährungsfrist der §§ 327 j und 475 e BGB verlängern. Bei einer dauerhaften Bereitstellung, einer Aktualisierungspflicht und dem Auftreten eines Mangels innerhalb der Gewährleistungszeit wird sichergestellt, dass dem Verbraucher ab Leistungserbringung noch genügend Zeit für die Geltendmachung seiner Rechte verbleibt. Sie gelten allerdings nur bei Verbrauchergeschäften. Bei B2B Geschäften und bei Anwendung des deutschen Rechts bleibt es bei der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Diese Frist entspricht grosso modo den verlängerten Fristen in den beiden genannten §§ 327 j und 475 e BGB. Die Verjährung ist also gegenüber dem Art. 39 Abs. 2 CISG das geringere Problem.

d) Rechte Dritter; Datenschutz

Beide RL sehen textgleich (Art. 9 WKRL und Art. 10 DIRL) eine Gewährleistung/Haftung wegen Verletzung von Rechten Dritter vor. Diese Haftung ist wie die für subjektive und objektive Vertragsmäßigkeit verschuldensunabhängig und territorial unbeschränkt. Der Rechtsbegriff „Rechte Dritter“ ist nur insofern präzisiert als darunter „insbesondere Rechte des geistigen Eigentums“ fallen. Anstelle der Rechtsfolgen bei Vertragswidrigkeit in den Art. 14 ff. (DIRL) und 13 ff. (WKRL) können die nationalen Rechte eine Nichtigkeit oder Aufhebung des Vertrages vorsehen. Aus den Erwägungsgründen der DIRL ergibt sich, dass die RL die in der DSGVO enthaltenen Rechte unberührt lässt.¹⁰⁰ Diese stehen also neben den Rechten nach Art. 10 DIRL und 9 WKRL.

Die Unterschiede zu Art. 41 CISG sind gering: Dieser Artikel enthält den gleichen Grundsatz wie die Richtlinien, also eine verschuldensunabhängige, nicht exkulpationsfähige und territorial nicht begrenzte Haftung. Eine Gewähr wegen nur erhobener Ansprüche, eine Besonderheit der CISG, findet sich hingegen nicht.

Art. 42 CISG enthält eine gegenüber Art. 41 CISG dreifach eingeschränkte Haftung für Rechte Dritter aus gewerblichem oder anderem geistigem Eigentum. Zum einen wird ein Verschuldenserfordernis aufgestellt: Der Verkäufer haftet nur, wenn er diese Rechte bei Vertragsabschluss kannte oder über sie nicht in Unkenntnis sein konnte. Zudem ist die Haftung territorial beschränkt, da der Verkäufer nur für Rechte im Bestimmungsland und im Lande des Käufers haftet. Schließlich gilt Art. 42 CISG nur für gewerbliche oder geistige Eigentumsrechte, während die RL allgemein Rechte Dritter und nur als Beispielsfall das geistige Eigentum schützen.

Die europäische Rechtsordnung schützt Computerprogramme und Datenbanken durch das Urheberrecht¹⁰¹ (in Deutschland § 69 a ff. für Computerprogramme und § 87 a ff. UrhG für Datenbanken). Damit fallen sie unter den Schutz des Art. 42 CISG.¹⁰² Es besteht also bei Geltung der CISG ein wesentlich geringerer Schutz des Erwerbers; das mag bei B2B Geschäften ausreichen.

e) Sonderproblem: Personenbezogene Daten

Die CISG hat große Schwierigkeiten, den Schutz personenbezogener Daten in seinem System zu behandeln. Sie sind kein

gewerbliches oder geistiges Eigentum iSd Art. 42 CISG; eine analoge Anwendung scheitert u.E. an dem entgegenstehenden Wortlaut.¹⁰³ Art. 41 CISG schützt die von Rechten Dritter freie Übertragung des Eigentums; ein Eigentum an Daten ist (noch) nicht anerkannt.¹⁰⁴ Bei Datenschutzfragen geht es auch um Rechte der betroffenen Person. Das Widerrufsrecht ist auch strukturell ganz anders gelagert als die Rechte Dritter nach Art. 41 CISG, da bei einem Widerruf die Nutzung der Daten bis zur Erklärung des Widerrufs rechtmäßig bleibt (Art. 7 Abs. 3 DSGVO). Die Nichtanwendung der Art. 41 und 42 CISG entspricht auch dem System der beiden RL, die den Datenschutz nicht unter ihre Gewährleistungsvorschriften der Art. 10 DIRL und Art. 9 WKRL fassen, sondern unberührt lassen.¹⁰⁵ Wenn man entsprechend diesem Gedanken die Art. 41 und 42 CISG nicht anwenden würde, machte man den Weg für eine Anwendung des Art. 30 CISG frei.¹⁰⁶ Damit kann man flexibler auf Fälle reagieren, in denen der Verkäufer nicht hinreichend dafür gesorgt hat, dass die erforderlichen Einwilligungen vorliegen.

f) Kaufpreis

Beide Richtlinien behandeln aufgrund ihrer begrenzten Regelungsgegenstände die Verpflichtung zur Zahlung des (Kauf-)Preises nicht. Die Erwägungsgründe erklären diese Begriffe. Nach Art. 3 (1) Abs. 2 DIRL gilt sie auch, wenn der Verbraucher dem Unternehmer „personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt“. Sie enthält in Art. 2 Ziff. 7 auch eine Definition des Preises als „Geld oder eine digitale Darstellung eines Wertes, das bzw. die im Austausch für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen geschuldet wird“. Nach EG 23 der DIRL sind unter einer „digitale(n) Darstellung eines Wertes“ digitale Gutscheine oder E-Coupons, aber auch digitale Währungen zu verstehen, soweit sie nach nationalem Recht anerkannt sind. In EG 24 wird zur Zurverfügungstellung von persönlichen Daten ausgeführt, solche Verträge nähmen einen wichtigen Teil des Marktes ein. Aufgrund des Grundrechtsschutzes von persönlichen Daten seien diese keine „Waren“. Die DIRL ziele aber darauf ab, dass Rechtsbeziehungen als Verträge anerkannt werden, bei denen die Gegenleistung aus solchen Daten besteht, da nur so sichergestellt werden könne, dass der Verbraucher bei einer Schlechterfüllung durch den Unternehmer über Rechtsbehelfe verfüge. Der Vertragscharakter bei Bezahlung mit einer „digitalen Darstellung eines Wertes“ oder mit Daten bleibt offen (in diesem Sinne auch § 327 III BGB). Die WKRL enthält keinerlei Aussage zu dieser Problematik. Da die Anerkennung von persönlichen Daten als Gegenleistung nur erfolgt, um aus der Beziehung einen Vertrag zu machen, nicht aber um ihnen einen Geldwert zuzuerkennen, kann man aus den RL keine Hinweise für die CISG entnehmen,

100 Erwgr. 38–40.

101 S. Fn. 85.

102 Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Schwenzer CISG Art. 42 Rn. 4.

103 AA Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Hachem CISG Anh. Art. 1 Rn. 33; Schlechtriem/Schwenzer/Schröter/Schwenzer CISG Art. 42 Rn. 5 befürwortet für Persönlichkeits- und Namensrechte die analoge Anwendung von Art. 42, Datenschutzrechte werden von Schwenzer jedoch nicht angesprochen.

104 Hierzu für unseren Zusammenhang Scheuch (Fn. 28), S. 383.

105 Erwgr. 38–40 DIRL.

106 Wenn die beiden *leges speciales* der Art. 41 und 42 CISG nicht anwendbar sind, kann die Grundnorm des Art. 30 angewendet werden. Staudinger/Magnus, 2018, CISG Art. 41 Rn. 8 gegen OLG Dresden 21.3.2007, CISG Online, 1626.

dass eine Bezahlung mit Daten oder digitalen Darstellungen eines Wertes als „Preis“ iSd Art. 71 und 74 CISG gelten kann.¹⁰⁷

Geschäfte über Kryptowährungen stellen aufgrund des Art. 2 (d) CISG ein besonderes Problem dar. Sind sie der Gegenstand des Vertrages, fällt er dann nicht unter das CISG, wenn eine solche Währung als Zahlungsmittel anerkannt ist;¹⁰⁸ anderenfalls handelt es sich nicht um ein Zahlungsmittel iSd Art. 2 (d) CISG. Ob der Vertrag ansonsten unter das CISG fällt, hängt von seiner Ausgestaltung ab (insbesondere sofern ein Tauschvertrag in Betracht kommt). Die Zahlung des „Preises“ iSd Art. 53 CISG mit Kryptowährungen scheitert nicht an Art. 2 (d) CISG. Wenn die Parteien einer solchen Währung Geldfunktion zumessen, sollte das möglich sein.¹⁰⁹

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Erörterung der Eignung des CISG auf die hier untersuchten Kategorien von Waren ergibt, dass eine Anwendung möglich, das Übereinkommen aber nicht dafür gemacht ist. Auch wenn es wie viele gute Gesetze anpassungsfähig ist, sehen Verträge über digitale Inhalte Verpflichtungen vor, auf die das Übereinkommen nur mit Mühe passt.

Hinzu kommt, dass offensichtlich nur ein recht geringer Bedarf besteht. Die Anzahl der Gerichtsentscheidungen, in denen es um digitale Inhalte geht, ist bisher gering; sie erscheint noch geringer, wenn man sie zu der in Beziehung setzt, in denen es um Computerhardware geht.¹¹⁰ Die Gründe hierfür liegen wahrscheinlich auch in der Marktstruktur, die von großen Anbietern dominiert wird, die auch die Verträge vorgeben und die das CISG nicht vorsehen bzw. ausschließen.¹¹¹ Die Entwicklung hin zu Verträgen mit einem erheblichen Dienstleistungscharakter (SAS – software as a service) wird nicht zu einer vermehrten Anwendung des Übereinkommens führen.¹¹² Bei einer Öffnung für Verträge über Daten ist die Vielfalt der Nutzungen so groß, dass sich eine verallgemeinernde Stellungnahme verbietet.

Summary

The question whether the Vienna Sales Convention – CISG – applies to contracts about digital goods has been

discussed for 30 years. Court decisions of five European countries have applied it to contracts about software. They adopt the position that the term “goods” in Art.1 para. 1 CISG does not require them to be tangible objects. The term “sale” is construed in accordance with the national case law for this type of contract. Part of legal scholarship wants to extend CISG’s application even to contracts about data. This raises a number of issues about the principles of interpretation of the Convention. One of the questions to be considered is the appropriateness of CISG’s provisions for such contracts. The author uses EU Directives 770/2019 and 771/2019 about contracts for the supply of digital contents as a tool to examine the aptitude of CISG to govern such contracts. This leads to a rather skeptical conclusion.



Friedrich Niggemann

- 107 So auch Scheuch (Fn. 25), 415 ff. Er hält auch eine analoge Anwendung wegen der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 74 CISG für nicht möglich. Es läge dann wohl ein Tauschvertrag vor.
- 108 So Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Spohnheimer CISG Art. 2 Rn. 40: „Money means all lawful coins and paper money“; Eggen (Fn. 27), 236, fasst Kryptowährungen unter Art. 2 (d) CISG. Ihr Erwerb fällt also nicht unter die CISG; skeptisch Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Spohnheimer CISG Art. 2 Rn. 40; ablehnend Hayward (Fn. 35), 1518.
- 109 Eggen, *ibid.* (dort Fn. 115).
- 110 S. Fn. 5.
- 111 MüKoHGB/Mankowski, 5. Aufl. 2021, CISG Art. 1 Rn. 28.
- 112 So auch Eggen (Fn. 27), 237.