

**Projektgruppe „Mobile Endgeräte“**

der AG Wirtschaftlicher Verbraucherschutz in der Länderarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz (LAV)

**Bericht**

**zum Beschluss der 21. LAV (TOP 11) „Hohes Niveau der Verbraucherrechte bei der Nutzung mobiler Endgeräte sichern“**

**und**

**zum Beschluss der 9. VSMK (TOP 38) „Stärkung des Verbraucherschutzes beim mobilen Einkauf“**

**und**

**zum LAV-Umlaufbeschluss 8/2013**

**Stand: 20. März 2014**

### **Handlungsfelder für die Projektgruppe zum Beschluss der LAV:**

„Die LAV sieht in der zunehmenden Verbreitung und Nutzung mobiler Endgeräte großes Potential für die Verbraucherinnen und Verbraucher und den Handel. Gleichzeitig hält es die LAV für erforderlich, bestehende rechtliche Regelungen im Hinblick auf erforderliche Anpassungsbedarfe an die technischen und tatsächlichen Gegebenheiten mobiler Endgeräte zu überprüfen. Insbesondere soll die verbrauchergerechte Ausgestaltung von Nutzungs- und Datenschutzbedingungen von App-Stores und mobilen Angeboten überprüft werden.

Die AG Wirtschaftlicher Verbraucherschutz der LAV wird gebeten, bis zur nächsten LAV einen **Bericht zur Überprüfung** nach Ziffer 1 vorzulegen und **Vorschläge für erforderliche Maßnahmen** zu erarbeiten.“

### **Beschluss der 9. Verbraucherschutzministerkonferenz zu TOP 38 „Den Verbraucherschutz beim mobilen Einkauf stärken“:**

1. Die Verbraucherschutzministerinnen, -minister, -senatorin und -senatoren der Länder sprechen sich dafür aus, dass bei der Konstruktion mobiler Endgeräte und ihrer Betriebssystemsoftware das „Privacy-by-Design“-Prinzip stärker berücksichtigt wird, um damit in den Grundeinstellungen den höchsten Grad an Datenschutz zu gewährleisten. Die Bundesregierung wird gebeten, sich auf europäischer Ebene für weitere Verbesserungen einzusetzen und dabei die künftigen Ergebnisse der LAV AG Wirtschaftlicher Verbraucherschutz zu berücksichtigen.

2. Die Verbraucherschutzministerkonferenz stellt fest, dass es teilweise bei Herstellern von Geräten, Betreibern von App-Stores und den Entwicklern von Apps Defizite im Rahmen der Nutzung ihrer Produkte beziehungsweise ihrer Dienste hinsichtlich transparenter, mediumgerechter und verständlicher Informationen gibt und hält hier eine entsprechende und umfassende Aufklärung über die Rechte der Nutzer für erforderlich. Die Länderarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz wird gebeten, entsprechende Handlungsempfehlungen der 10. Verbraucherschutzministerkonferenz vorzulegen und bei deren Ausarbeitung insbesondere Folgendes zu prüfen:

- ob ein Ausgleich für das beim Kauf digitaler Güter mit Beginn des Downloads erlöschende Widerrufsrecht eingerichtet werden kann, z. B. durch das Anbieten von Demoversionen,
- wie das Angebot an Gütesiegeln zur Orientierung über verbraucher- und datenschutzfreundliche Endgeräte, Apps und M-Commerce-Dienste ausgebaut werden kann,
- wie besondere Sicherheitsanforderungen beim Bezahlen via Smartphone umgesetzt und entsprechend ausgebaut werden können,
- ob und welche zusätzlichen Anforderungen an Geo-Lokalisierung erforderlich sind,
- wie Verbraucherbildung im digitalen Verbraucherschutz gestärkt werden kann und
- wie entsprechende Informations- und Aufklärungskampagnen in diesem Bereich ausgebaut werden können.

## Gliederung

<b>GLIEDERUNG</b> .....	<b>3</b>
<b>A. HINTERGRUND</b> .....	<b>6</b>
<b>1. LAV- und VSMK- Beschlüsse</b> .....	<b>6</b>
<b>2. Vorgehen</b> .....	<b>7</b>
<b>B. EINLEITUNG</b> .....	<b>9</b>
<b>I. Allgemeiner Teil</b> .....	<b>9</b>
<b>II. Rechtliches Grundproblem des M-Commerce</b> .....	<b>10</b>
<b>C. ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>12</b>
<b>D. ANPASSUNGSBEDARF UND HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN</b> .....	<b>17</b>
<b>I. Informationspflichten</b> .....	<b>17</b>
1. Problemstellung.....	17
2. Handlungsmöglichkeiten .....	17
a) Darstellung mittels Symbolen.....	18
b) Praktische Umsetzung im Hinblick auf Vollharmonisierung der Verbraucherrechterichtlinie .....	18
aa) Verbraucherrechterichtlinie grundsätzlich vollharmonisierend .....	18
bb) Artikel 6 Absätze 1 und 4 der Verbraucherrechterichtlinie .....	18
cc) Zwischenergebnis.....	19
c) Bewertung durch die Projektgruppe .....	19
3. Handlungsempfehlung.....	20
<b>II. Parallelproblematik bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und     Datenschutzbestimmungen</b> .....	<b>20</b>
1. Problemstellung.....	20
2. Handlungsmöglichkeiten .....	21
3. Handlungsempfehlungen.....	23
<b>III. Datenschutz</b> .....	<b>25</b>
1. Problemstellung und Handlungsmöglichkeiten .....	25
a) Einwilligung.....	25
aa) Fehlende Einwilligung .....	25
bb) pauschale Einwilligung – differenzierte Einwilligung ermöglichen .....	25
b) Kopplungsverbot.....	26
c) Einsehbarkeit, welche Daten, wann wo und von wem gespeichert werden .....	28
d) privacy-by-design/-default in Datenschutz-Grundverordnung.....	28
e) Geolokalisierung .....	28
f) Bei Apps .....	29
2. Handlungsempfehlungen.....	29
<b>IV. Internationalisierung</b> .....	<b>31</b>
1. Problemstellung.....	31
2. Handlungsmöglichkeiten .....	31

3. Handlungsempfehlung.....	32
<b>V. Gütesiegel .....</b>	<b>32</b>
1. Problemstellung.....	32
2. Handlungsmöglichkeiten .....	33
3. Handlungsempfehlung.....	34
<b>VI. Widerrufsrecht bei digitalen Inhalten (z.B. Apps) .....</b>	<b>34</b>
1. Problemstellung.....	34
2. Handlungsmöglichkeiten .....	36
3. Handlungsempfehlung.....	38
<b>VII. Verbraucherbildung im digitalen Verbraucherschutz und der Ausbau von Informations- und Aufklärungskampagnen .....</b>	<b>38</b>
1. Problemstellung.....	38
2. Handlungsmöglichkeiten .....	39
3. Handlungsempfehlung.....	41
<b>VIII. Mobile Payment.....</b>	<b>41</b>
1. Problemstellung.....	41
2. Handlungsmöglichkeiten .....	42
3. Handlungsempfehlung.....	43
<b>IX. In-App-Käufe.....</b>	<b>44</b>
1. Problemstellung.....	44
2. Handlungsmöglichkeiten .....	44
3. Handlungsempfehlung.....	44
<b>X. Review-Systeme bei Bewertungen .....</b>	<b>44</b>
1. Problemstellung.....	44
2. Handlungsmöglichkeiten .....	45
3. Handlungsempfehlung.....	45
<b>XI. Mängelrechte .....</b>	<b>45</b>
<b>E. DARSTELLUNG DES IST-ZUSTANDS: TATSÄCHLICHE UND RECHTLICHE MAßNAHMEN .....</b>	<b>46</b>
<b>I. Rechtliche Grundlagen des M-Commerce .....</b>	<b>46</b>
<b>II. Allgemeine Informations- und Gestaltungspflichten von M-Commerce-Anbietern .....</b>	<b>47</b>
1. Anbieterkennzeichnung .....	47
2. Preisangaben .....	49
3. Telekommunikationsrechtliche Informationspflichten .....	50
4. E-Commerce-rechtliche Informations- und Gestaltungspflichten.....	51
a) Vorvertragliche fernabsatzrechtliche Informationspflichten des M-Commerce Anbieters .....	53
b) Vertragliche fernabsatzrechtliche Informationspflichten des M-Commerce Anbieters .....	56
5. Änderungen durch Verbraucherrechterichtlinie.....	57
a) Artikel 6 Absatz 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 4 VRRL .....	59
b) Art. 246a § 3 EGBGB.....	62
c) Regelung im Richtlinienentwurf.....	63
d) Zusammenfassung .....	63

<b>III.</b>	<b>Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....</b>	<b>64</b>
<b>IV.</b>	<b>Rückgabe- und Widerrufsrecht .....</b>	<b>66</b>
	1. Grundsätzliche Geltung .....	66
	2. Widerrufsrecht bei Apps .....	66
	3. Änderungen durch Verbraucherrechterichtlinie .....	66
<b>V.</b>	<b>Gewährleistungsrechte .....</b>	<b>67</b>
<b>VI.</b>	<b>Datenschutz.....</b>	<b>67</b>
	1. Datenschutzrechtliche Besonderheiten.....	67
	a) Anwendbare datenschutzrechtliche Vorschriften.....	67
	b) Datenschutzrechtliche Informationspflichten .....	69
	2. Datenschutz-Grundverordnung .....	71
	3. Geo-Lokalisierung .....	71
	a) Lokalisierung über das Mobilfunknetz („Cell-of-Origin-Methode“).....	72
	b) Lokalisierung über WLAN und GPS .....	73
<b>VII.</b>	<b>Besonderheiten bei Apps .....</b>	<b>75</b>
	1. Was sind Apps? .....	75
	2. Vertrieb von Apps.....	75
	a) App-Verkauf.....	76
	aa) Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Betreiber.....	76
	(1) Vertragsparteien.....	77
	(2) Inhalt der Vertragsbeziehung .....	77
	bb) Rechtsbeziehung zwischen Betreiber und Nutzerinnen und Nutzern.....	78
	(1) Vertragsparteien.....	78
	(2) Inhalt der Vertragsbeziehung .....	79
	(3) Einbeziehung der AGB.....	79
	(4) Allgemeine Informationspflichten.....	80
	(5) Fernabsatzrechtliche Informationspflichten .....	81
	cc) Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Nutzer .....	81
	b) In-App-Verkäufe.....	82
	3. Sonderform: Kostenlose Apps .....	83
	a) Vertragsparteien .....	84
	b) Inhalt der Vertragsbeziehung .....	84
	4. Datenschutz .....	85
	a) Vertrieb von Apps – anwendbares Recht.....	85
	b) Nutzung von Apps .....	86
<b>VIII.</b>	<b>Nicht-legislative Initiativen .....</b>	<b>87</b>
	1. Gütesiegel.....	87
	2. Reputationssysteme für Smartphone Apps.....	87
	3. Tests .....	87
	a) PC-Welt .....	87
	b) Stiftung Warentest 11/2012 „Shopping Apps: Nur zwei sind sicher und gut“ .....	87
	c) Initiative der App Store Betreiber .....	88
	4. Informationsangebote im Mobile Commerce .....	88
	5. Aufklärung von Kindern und Jugendlichen.....	88
<b>IX.</b>	<b>Mobile Payment.....</b>	<b>88</b>
<b>X.</b>	<b>Marktortprinzip.....</b>	<b>89</b>
<b>F.</b>	<b>ANLAGE NTIA BERICHT.....</b>	<b>90</b>

## **A. Hintergrund**

### **1. LAV- und VSMK- Beschlüsse**

Aufgrund eines auf der 21. Sitzung der LAV im Februar 2013 unter TOP 11 gefassten Beschlusses sollen die bestehenden rechtlichen Regelungen im Hinblick auf erforderliche Anpassungsbedarfe an die technischen und tatsächlichen Gegebenheiten mobiler Endgeräte überprüft werden. Insbesondere sollte dabei eine verbrauchergerechte Ausgestaltung von Nutzungs- und Datenschutzbedingungen von App-Stores und mobilen Angeboten überprüft werden. Die AG Wirtschaftlicher Verbraucherschutz wurde zunächst darum gebeten, bis zur 22. Sitzung LAV einen Bericht vorzulegen und Vorschläge für Maßnahmen zu erarbeiten.

Zur Bearbeitung dieses Auftrages hat die AG Wirtschaftlicher Verbraucherschutz eine Projektgruppe mit Mitgliedern aus Brandenburg (Leitung), Baden-Württemberg, Hamburg und Hessen eingesetzt.

In Ergänzung des genannten LAV-Beschlusses hat die 9. Verbraucherschutzministerkonferenz im Mai 2013 unter TOP 38 Ziffer 2 festgestellt, dass es bei Herstellern von Geräten, Betreibern von App Stores und den Entwicklern von Apps teilweise Defizite im Rahmen der Nutzung ihrer Produkte beziehungsweise ihrer Dienste hinsichtlich transparenter, mediumgerechter und verständlicher Informationen gibt und eine entsprechende und umfassende Aufklärung über die Rechte der Nutzer für erforderlich gehalten. Der Arbeitsauftrag der Projektgruppe wurde darauf um folgende Punkte erweitert:

- ob ein Ausgleich für das beim Kauf digitaler Güter mit Beginn des Downloads erlöschende Widerrufsrecht eingerichtet werden kann, z. B. durch das Anbieten von Demoversionen,
- wie das Angebot an Gütesiegeln zur Orientierung über verbraucher- und datenschutzfreundliche Endgeräte, Apps und M-Commerce-Dienste ausgebaut werden kann,
- wie besondere Sicherheitsanforderungen beim Bezahlen via Smartphone umgesetzt und entsprechend ausgebaut werden können,
- ob und welche zusätzlichen Anforderungen an Geo-Lokalisierung erforderlich sind,
- wie Verbraucherbildung im digitalen Verbraucherschutz gestärkt werden kann und
- wie entsprechende Informations- und Aufklärungskampagnen in diesem Bereich ausgebaut werden können.

Aufgrund des erweiterten Prüfauftrages wird der Bericht zur 23. LAV im Frühjahr 2014 vorgelegt.

## 2. Vorgehen

Zur Erfüllung des Arbeitsauftrages fand am 18. April 2013 ein erstes Projektgruppentreffen in Stuttgart statt. Inhaltlich wurde auf der Grundlage eines vom Projektgruppenvorsitz erstellten Gliederungsentwurfs die thematische Schwerpunktsetzung besprochen und einzelne Arbeitsaufträge vergeben.

Zur weiteren Abstimmung fand am 27. August 2013 eine Telefonkonferenz statt.

Am 22. Oktober 2013 fanden eine Expertenanhörung und eine weitere Projektgruppensitzung in Potsdam statt. Angehört wurden:

- Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv)
- Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. (BITKOM)
- Trusted Shops
- Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V. (SRIW)

App-Store-Betreiber (Apple und Google) sowie Facebook, als Betreiber des Facebook-App-Stores, konnten für eine Teilnahme an der Anhörung nicht gewonnen werden.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) ist „die Stimme der Verbraucher“ und vertritt ihre Interessen gegenüber, Politik, Wirtschaft und Zivilgesellschaft.

BITKOM ist das Sprachrohr der IT-, Telekommunikations- und Neue-Medien-Branche. BITKOM vertritt mehr als 2.100 Unternehmen, davon über 1.300 Direktmitglieder. Hierzu gehören fast alle Global Player sowie 900 leistungsstarke Mittelständler und zahlreiche gründergeführte, kreative Unternehmen. Die BITKOM-Mitglieder erwirtschaften 140 Milliarden Euro Umsatz und exportieren Hightech im Wert von 50 Milliarden Euro. BITKOM repräsentiert damit ca. 90 Prozent des deutschen ITK-Markts

Das 1999 gegründete Unternehmen Trusted Shops ist Europas Marktführer bei der Zertifizierung von Onlineshops. Trusted Shops überprüft die Händler nach mehr als 100 Einzelkriterien wie Bonität, Preistransparenz, Kundenservice und Datenschutz und vergibt daraufhin sein Gütesiegel. Außerdem bietet Trusted Shops dem Verbraucher einen Käufererschutz für seine Einkäufe bei zertifizierten Händlern.

Der SRIW e.V. ist ein gemeinnütziger Verein, dessen satzungsgemäßes Ziel die Förderung von Verbraucherschutz und Datenschutz vorwiegend durch Instrumente der Selbstregulierung ist. Mitglieder sind neben dem BITKOM die Unternehmen Deutsche Telekom, Deutsche Post, Google, Microsoft, Nokia, Cyclomedia, Panolife und Encourage Directories.

Im Mittelpunkt der Anhörung standen die Themen Widerrufsrecht für Apps, Anforderungen an Gütesiegel, adäquate Darstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Datenschutzbedingungen und Informationspflichten.

Ausgehend von einer Analyse der bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen unter Einbeziehung der aktuellen gesetzgeberischen Aktivitäten auf nationaler wie europäischer Ebene (E.) hat die Projektgruppe Lösungsansätze zur Verbesserung des Schutzes von Verbraucherinnen und Verbrauchern im Bereich des M-Commerce untersucht und unterbreitet hierzu Handlungsvorschläge (D.).

Soweit der Bericht Vorschläge für gesetzgeberische Maßnahmen enthält, sollen diese als Grundlage für Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen verwendet werden.

## B. Einleitung

### I. Allgemeiner Teil

Laut der ARD/ZDF-Online-Studie 2013 ist der Internetkonsum im vergangenen Jahr drastisch gestiegen, wobei die Ausweitung des Internetkonsums auf die gestiegene Nutzung mobiler Endgeräte und die zunehmende Bedeutung der Unterwegsnutzung zurückzuführen ist.<sup>1</sup> Im Jahr 2012 wurden in Deutschland bereits rund 27 Millionen Smartphones und zwei Millionen Tablets mit SIM Karte verwendet.<sup>2</sup> Laut dem Branchenverband BITKOM besitzen 40 Prozent der Bundesbürger über 14 Jahren ein Smartphone. Bei den 14 bis 29-Jährigen sind es sogar fast zwei Drittel (60 Prozent). Laut der von BITKOM in 2013 durchgeführten Studie „Trends im E-Commerce“ haben 51 Prozent der Smartphone-Nutzer schon einmal Einkäufe über das Handy erledigt. Bei den Warenkategorien wird der Erwerb von kostenpflichtigen Apps für das Mobiltelefon per Download (35 Prozent) am häufigsten genannt. Darauf folgen Produkte (22 Prozent), der Download von Musik (17 Prozent) und der Kauf, beziehungsweise die Buchung einer Dienstleistung (10 Prozent) sowie der Kauf von Spielen als Download (10 Prozent). Bis zum Jahr 2016 sollen bereits über 50 Millionen Smartphones und sieben Millionen Tablets im Einsatz sein.<sup>3</sup> Für das Jahr 2015 wird erwartet, dass 90% aller Europäer über ein derartiges Gerät verfügen werden.<sup>4</sup> Laut einer Umfrage zur Nutzung von Diensten mit dem Mobiltelefon in den Jahren 2008-2011 gaben in den Jahren 2008 und 2009 9% der Befragten an, auf ihrem Mobiltelefon online Produkte einzukaufen. Für das Jahr 2011 haben dies bereits 31% der Befragten angegeben (+244%). 28% erledigten Bankgeschäfte (+133% gegenüber 2009) und 20% kauften Tickets für Zug, Nahverkehr und Flüge (+233% gegenüber 2008).<sup>5</sup> Der Markt unterliegt also einem enormen Wachstum und Wandel.

Verbraucherinnen und Verbraucher können mit ihren mobilen Endgeräten Waren- und Dienstleistungsangebote prüfen, Preise vergleichen, Bestellungen erteilen und bezahlen, Informations- und Unterhaltungsprogramme nutzen sowie Kommunizieren und spielen.

Die gültigen rechtlichen Anforderungen schaffen ein recht hohes Niveau des Verbraucherschutzes im Bereich E-Commerce. Dieses gilt grundsätzlich auch im Bereich mobiler Anwendungen und Endgeräte (M-Commerce).

In einzelnen Bereichen stellen sich jedoch vor dem Hintergrund der – aus Platzgründen – eingeschränkten Darstellungsmöglichkeiten auf mobilen Endgeräten, der Komplexität und fehlenden Transparenz vieler Apps sowie fehlender privacy-by-design-Architektur und fehlender privacy-by-default-Einstellungen erhebliche Schwierigkeiten für die Verbraucherinnen und Verbraucher.

Im mobilen Zeitalter verlieren Ländergrenzen an Bedeutung: Ob die kürzlich gekaufte App von einem Entwickler in Deutschland oder in Indien programmiert wurde und der nächste

<sup>1</sup> : <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/fileadmin/Onlinestudie/PDF/Eimeren.pdf> S. 386

<sup>2</sup> Solon (2012): Mobile Data Growth: How German Mobile Traffic Will Grow by 2014, zitiert nach Büllingen (2012): "Mobile Commerce via Smartphone & Co.", S. 10

<sup>3</sup> Ders.

<sup>4</sup> Arthur D. Little, Exane Parisbas Prognose (2012), S. 21, zitiert nach Büllingen (2012): "Mobile Commerce via Smartphone & Co.", S. 11

<sup>5</sup> Büllingen (2012): "Mobile Commerce via Smartphone & Co.", S. 9

Kauf per Smartphone bei einem Anbieter aus Deutschland oder der Schweiz erfolgt, ist für viele Verbraucherinnen und Verbraucher nicht von Bedeutung. Relevant für sie ist hingegen die Tatsache, dass sich internationale Anbieter dabei nicht immer an deutsche Datenschutzstandards halten.<sup>6</sup> Die Big Player im Bereich der App-Stores, Google und Apple, sind internationale Unternehmen mit Hauptsitz in den Vereinigten Staaten von Amerika. Daher scheinen nationale Regelungen nicht ausreichend, um Nutzerinnen und Nutzer, die Apps herunterladen und diese auf ihren mobilen Endgeräten nutzen, ausreichend schützen zu können. Ein gangbarer Weg könnte daher sein, die Europäische Kommission zu bitten, sich für international verbindliche Standards einzusetzen.

Der im Sommer 2013 von der National Telecommunications and Information Administration (NTIA) in den Vereinigten Staaten USA erstellte freiwillige Verhaltenskodex<sup>7</sup>, der App-Programmierern empfiehlt, Nutzerinnen und Nutzer zu informieren, welche Daten durch die App auf Smartphones und Tablets ausgelesen und an welche Werbeunternehmen diese Daten weitergegeben werden, ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, kann aber eine gesetzliche Regelung nicht ersetzen.

## II. Rechtliches Grundproblem des M-Commerce

Insbesondere die im Vergleich zum E-Commerce wesentlich kleineren Bildschirmgrößen von mobilen Endgeräten mit ihren verringerten Darstellungsmöglichkeiten und die damit verbundene schlechte Lesbarkeit erschweren eine rechtskonforme Umsetzung der zahlreichen gesetzlichen Informationspflichten im M-Commerce.

Ein immer wiederkehrendes rechtliches Grundproblem des M-Commerce ist die Frage, wie die zahlreichen gesetzlichen Informationspflichten, denen die Anbieter, egal ob von E-Commerce- oder von M-Commerce-Angeboten unterliegen, angesichts der wesentlich kleineren Bildschirmgrößen von mobilen Endgeräten und den hieraus resultierenden Schwierigkeiten bei der Darstellung umfassender (rechtlicher) Texte rechtskonform umgesetzt werden können.

Einerseits haben M-Commerce-Anbieter – angefangen von der telemedienrechtlichen Anbieterkennzeichnung und den nach der PAngV vorgeschriebenen Preisangaben über die E-Commerce-, fernabsatz- und AGB-rechtlichen Informationspflichten einschließlich Widerrufsbelehrung bis hin zu den datenschutzrechtlichen Informationspflichten – umfangreiche Informationspflichten gegenüber den Nutzerinnen und Nutzern einzuhalten. Allein die fernabsatzrechtliche Widerrufsbelehrung besteht aus mindestens 2.000 bis 2.500 Zeichen, die telemedienrechtliche Anbieterkennzeichnung aus 300 bis 800 Zeichen und eine telemedienrechtliche Datenschutzerklärung liegt bei 2.000 bis 5.000 Zeichen.

Insgesamt wird ein Informationsumfang von 5.500 bis zu 11.000 Zeichen angenommen, wobei übliche AGB mit einem Umfang von durchschnittlich zwischen 3.000 und 16.000 Zeichen noch nicht berücksichtigt sind.

Zudem sind die gesetzlichen Pflichtinformationen „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ (Anbieterkennzeichnung gemäß § 5 Abs. 1 TMG), „leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar“ (Preisangaben gemäß § 1 Abs. 6 PAngV), „klar und verständlich“ (E-Commerce-rechtliche und fernabsatzrechtliche

<sup>6</sup> <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/mobile-commerce-studie-vzbv-2012.pdf> Ziffer (19)

<sup>7</sup> Verfügbar unter: [http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xchg/digitalrechte/hs.xsl/75\\_2849.htm?back=index.htm&backtitle=Startseite](http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xchg/digitalrechte/hs.xsl/75_2849.htm?back=index.htm&backtitle=Startseite)

Informationspflichten gemäß § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB sowie § 312g Abs. 2 BGB bzw. § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 1 EGBGB) etc., insgesamt lesbar und ohne unzumutbare Anstrengungen verständlich, zu erteilen.

Andererseits stehen M-Commerce-Anbietern hierfür aber lediglich die technisch beschränkten Darstellungsmöglichkeiten von längeren (rechtlichen) Texten auf mobilen Endgeräten zur Verfügung. Eine Widerrufsbelehrung müsste mit dem Handy dreizehn- bis siebzehnmals gescrollt werden, was nicht mehr zumutbar sein dürfte, mit dem Smartphone vier- bis fünfmal, was wohl zumutbar sein dürfte.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund läge es nahe, wegen der technischen Schwierigkeiten die gesetzlichen Informationspflichten für den M-Commerce einzuschränken bzw. zu erleichtern. Das wurde in der Literatur immer wieder vertreten und vom Gesetzgeber gefordert.<sup>9</sup> Der Wortlaut einiger gesetzlicher Regelungen lässt indes u.U. Raum für eine M-Commerce-spezifische Auslegung und Umsetzung der Informationspflichten. Nach § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 1 EGBGB sind die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten etwa „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“ zu erfüllen.<sup>10</sup>

Da heute jedes E-Commerce-Angebot gleichzeitig auch ein M-Commerce-Angebot ist, erstreckt sich der Anwendungsbereich der M-Commerce-spezifischen Regelungen nicht nur auf spezifische M-Commerce-Angebote, die eigens für die Nutzung über mobile Endgeräte bereit gehalten werden, sondern auch auf jedes andere E-Commerce- und/oder Internetangebot, unabhängig davon, ob dessen Anbieter eine Nutzung durch die Verbraucherinnen und Verbraucher über mobile Endgeräte beabsichtigt hat oder nicht. Die rechtlichen Anforderungen des M-Commerce gelten nach der Rechtsprechung sogar dann, wenn der Anbieter gar nicht weiß, dass seine Angebote auch mobil abgerufen werden können. So hat das LG Köln<sup>11</sup> entschieden, dass ein Anbieter auf der Online-Handelsplattform eBay auch dann für die Einhaltung der gesetzlichen Pflichtangaben u.a. betreffend die telemedienrechtliche Anbieterkennzeichnung und die fernabsatzrechtliche Widerrufsbelehrung verantwortlich ist, wenn er nicht weiß, dass seine allgemein bei eBay eingestellten Angebote automatisch auch über das eBay-WAP-Portal bereit gehalten werden.

M-Commerce-Anbieter haben sicherzustellen, dass die rechtlichen Anforderungen des M-Commerce auf allen mobilen Endgerätetypen, mit denen ihre Angebote abgerufen werden können, erfüllt sind. Angesichts der Verschiedenheit der genutzten mobilen Endgeräte – angefangen von WAP-Handys mit sehr kleinen Bildschirmen und einfachster technischer Ausstattung bis hin zu modernen Smartphones mit größeren großen Bildschirmen und Tablets mit relativ großen Bildschirmen ist das keine leichte Aufgabe.

<sup>8</sup> Vgl. zur Frage, wie viele Bildschirmseiten bzw. wie viele Male Scrollen zumutbar sind, nur den Überblick bei Rose/Taegeer, K&R 2010, 159 (162) mwN.

<sup>9</sup> So zuletzt Müller-ter Jung/Kremer, BB 2010, 1874 ff.; Börner/König, K&R 2011, 92 ff. jeweils mwN.

<sup>10</sup> juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.2 Rz. 165

<sup>11</sup> LG Köln, Urt. v. 6.8.2009 – 31 O 33/09

## **C. Zusammenfassung**

### **I. Informationspflichten**

Sowohl für die Verbraucherinnen und Verbraucher als auch für die Unternehmen sind die aktuellen Regelungen die Informationspflichten betreffend als nicht zufriedenstellend zu betrachten. Die Projektgruppe empfiehlt, sich für eine Vereinfachung der gesetzlichen Informationspflichten auszusprechen. Auf europäischer Ebene soll geprüft werden, wie etwa eine grafische Darstellung mittels Symbolen die textliche Gestaltung ersetzen oder ergänzen kann. Es sollen keine neuen Informationspflichten geschaffen werden. Dies wurde auch in der Expertenanhörung deutlich: Im Vordergrund des Tätigwerdens soll die Frage stehen, wie die bestehenden Informationspflichten bzw. die erleichterten Informationspflicht gemäß der Verbraucherrechterichtlinie auf mobilen Endgeräten und gut nachvollziehbar und leicht verständlich für Verbraucherinnen und Verbraucher umgesetzt werden können. Stellen sich aufgrund heute nicht vorhergesehener Entwicklungen neue Informationsbedürfnisse heraus, sollen etwaige neue Informationspflichten auf ihre Erforderlichkeit hin überprüft werden. Das derzeitige Niveau soll nicht abgesenkt werden. Es gilt weiter zu prüfen, ob eine Selbstverpflichtung für mehr Transparenz und Klarheit durch die Unternehmen selbst oder einer Zertifizierung der App-Store-Anbieter durch unabhängige Anbieter möglich und zielführend ist.

### **II. AGB und Datenschutzbestimmungen**

Die Projektgruppe empfiehlt, eine Vereinfachung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzbestimmungen im Sinne der genannten Projekte anzustrengen. Gefördert werden sollen „maschinenlesbare“ AGB, die es ermöglichen, dass der Browser der Nutzerin / des Nutzers oder ein Dritter – entsprechend den Voreinstellungen der Nutzerin / des Nutzers – die AGB in ihren Kernbereichen mit den Voreinstellungen abgleicht und dem Nutzer eine Rückmeldung gibt, inwieweit die gestellten AGB von seinen Vorstellungen abweichen. Die Projektgruppe regt eine Diskussion auf Bundes- und EU-Ebene über die Einführung von Symbolen an, die es Verbraucherinnen und Verbrauchern erlauben, „auf einen Blick“ die wesentlichen Inhalte von AGB und Datenschutzbedingungen zu erkennen.

### **III. Datenschutz**

Die Projektgruppe empfiehlt, bei den Verhandlungen um eine Neuregelung des Datenschutzes für das Folgende einzutreten:

- Gerätehersteller und Diensteanbieter sollen über die Aktivität einzelner Module (z.B. GPS, Bluetooth, WLAN etc.) im mobilen Endgerät informieren
- Die Gerätekonfiguration soll so ausgestaltet sein, dass das Ein- und Ausschalten besonderer Features (z.B. GPS-Modul, Bluetooth-Schnittstelle) einfach ist und diese nicht im Hintergrund, sondern nur bewusst aktiviert werden können.
- Eine explizite und abgestufte Abfrage der Zustimmung zur Weitergabe personenbezogener Daten bei der Installation ergänzt um Auskunftspflichten. Wenn ein

Diensteanbieter persönliche Daten verarbeiten will, soll er die Nutzerinnen und Nutzer fragen, ob sie mit Verarbeitung und Weitergabe ihrer Daten einverstanden sind.

- Transparenz für die Nutzerinnen und Nutzer hinsichtlich der Übermittlung von Identifikationsnummern, Standortdaten, Kalender, und Kontakte; Information über (den Zweck der) jeweiligen Datennutzung sowie die Möglichkeit, diese selbst (auch im Nachhinein) zu ändern bzw. zu kontrollieren.
- Anbieter sollen in verständlicher Sprache, kostenfrei und schnell mitteilen, welche Daten sie in welchen Kontexten verarbeiten und diese Daten auf Anfrage auf elektronischem Weg aushändigen.
- Die Betreiber der sog. App-Stores müssen ihre Verantwortung für die Durchsetzung gesetzlicher Standards, die Qualitätssicherung der angebotenen Apps und die Einhaltung von Kunden- und Datenschutz stärker wahrnehmen.
- Datenschutzbedingungen sollen leicht verständlich formuliert sein. Statt seitenlanger und unverständlicher allgemeiner Bedingungen sollen standardisierte Symbole Zustimmung oder Ablehnung vereinfachen. Diese können durch Kurzinformationen in Textform ergänzt werden.
- Anbieter sollen nur dann Nutzungsprofile erstellen dürfen, wenn die Nutzerinnen und Nutzer dem aktiv zustimmen.
- Datenweitergabe an datenverarbeitende Unternehmen (z.B. Google, Apple etc.) und sonstige Stellen (v.a. Behörden) aus Drittstaaten: Daten, die innerhalb der EU erhoben und verarbeitet wurden, sollen unabhängig vom Sitz der verantwortlichen Stelle nur auf der Grundlage europäischen Rechts an Stellen außerhalb der EU weitergegeben dürfen und nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Durchsetzung des europäischen Rechts durch ein entsprechendes Rechtshilfeabkommen zwischen der EU / dem betroffenen Mitgliedstaat und dem Drittstaat sichergestellt ist.
- Zukunftstaugliche Definitionen: Alle Informationen, die direkt oder indirekt einer Person zugeordnet werden oder dafür benutzt werden können, eine Person aus einer Menge von Menschen herauszufiltern, müssen als personenbezogene Daten gelten und müssen geschützt werden. Dies ist gerade in Zeiten von „Big Data“ wichtig, in denen mehr und mehr Datensätze zusammengeführt, kombiniert und ausgewertet werden können.
- Privacy by Design/Privacy by Default: Unternehmen müssen ihre Angebote möglichst datensparsam konzipieren und mit den datenschutzfreundlichsten Voreinstellungen anbieten. Ein starkes Prinzip der Zweckbindung bedeutet, dass nur die Daten erhoben werden, die zur Erbringung des Dienstes benötigt werden, und dass die einmal erhobenen Daten auch nur zu diesem Zweck verwendet werden. Außerdem muss es die Möglichkeit geben, Dienste anonym und unter Pseudonym zu nutzen. Die Einwilligung zur Nutzung / Erhebung von Daten muss durch die Nutzerinnen und Nutzer aktiv per opt-in erteilt werden und darf nicht voreingestellt (opt-out) sein.

- Abfragen müssen konkret formuliert sein. „Darf die App auf Ihre Fotos zugreifen?“ stellt nicht klar, was tatsächlich mit den Fotos geschehen soll bzw. warum dieser Zugriff notwendig ist. Formulierungen wie Einsehen, Speichern, Übertragen, Nutzen etc. sind genauer.
- Wünschenswert wäre eine differenzierte Einwilligung, die es ermöglicht, gegenüber Anbietern und Dritten („personelle Einwilligung“) und hinsichtlich einzelner Daten („sachliche Einwilligung“), wie die Nutzung des Adressbuchs oder der Standortdaten, getrennte Erklärungen abzugeben.

Um das Koppelungsverbot AGB – Datenschutzbedingungen zu verschärfen, regt die Projektgruppe an, die im Referentenentwurf des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken geplante Ergänzung des § 308 BGB vorzunehmen.

#### **IV. Internationalisierung**

Die Projektgruppe schlägt vor, bei den Verhandlungen um eine Neuregelung des Datenschutzes auf europäischer Ebene im Hinblick auf die fortschreitende Internationalisierung das Folgende zu beachten:

- Erforderlich ist ein einheitlicher Rechtsrahmen. Ein „Race to the Bottom“ in Mitgliedsstaaten mit schwacher Rechtsdurchsetzung soll in Zukunft nicht mehr möglich sein. Bei Verstößen gegen die Datenschutzgrundverordnung gegenüber Bürgern eines Mitgliedsstaates soll (auch) die Behörde des betroffenen Mitgliedsstaates zuständig sein und nicht nur die für den Unternehmenssitz zuständige Datenschutzbehörde. Dann könnte die Rechtsdurchsetzung für die Bürger eines Mitgliedstaates auch nach ihren jeweiligen nationalen Standards erfolgen.
- Unternehmen und sonstige Stellen, die ihre Dienste innerhalb der EU anbieten bzw. personenbezogene Daten innerhalb der EU erheben, die Daten aber außerhalb der EU verarbeiten, müssen künftig den Datenschutzregelungen der Europäischen Union unterliegen (so genanntes Marktortprinzip). Für eine wirksame Durchsetzung des europäischen Rechts gegenüber den betreffenden Unternehmen / Stellen müssen entsprechende Rechtshilfeabkommen mit den jeweiligen Drittstaaten existieren.

#### **V. Gütesiegel**

Nach Auffassung der Projektgruppe muss Ziel sein, einen verbindlichen Standard / Kriterienkatalog zu entwickeln und ein europäisches Gütesiegel zu etablieren, das M-Commerce typische Schwierigkeiten, wie Darstellung, Verständlichkeit, Transparenz und Datenschutz berücksichtigt. Die Projektgruppe empfiehlt daher, den Beschluss der 8.VSMK zu TOP 36 zu bekräftigen und um die Bitte zu ergänzen auch M-Commerce spezifische Anforderungen zu berücksichtigen. Es soll zusätzlich geprüft werden, ob eine Selbstverpflichtung der App-Anbieter entsprechend dem Verhaltenskodex der NTIA erreicht werden kann.

#### **VI. Widerrufsrecht bei Apps**

Langfristig empfiehlt die Projektgruppe, die Verbraucherrechterichtlinie bei einer möglichen künftigen Revision um ein vollwertiges Widerrufsrecht für Apps und Software zu ergänzen.

Die Projektgruppe empfiehlt ergänzend bis zu einer Revision der Verbraucherrechterichtlinie die freiwillige Schaffung einer Regelung zu Testversionen bei Apps durch die Unternehmen zu erreichen.

## **VII. Verbraucherbildung im digitalen Verbraucherschutz und der Ausbau von Informations- und Aufklärungskampagnen**

Die Projektgruppe regt an, dass die Verbraucherschutzressorts von Bund und Ländern das Thema „Digitale Welten“ im o.g. Sinne auch im Rahmen ihres Einsatzes für eine umfassende Verbraucherbildung noch stärker berücksichtigen. Alle Akteure (Bund, Länder, Schulen, Verbraucherzentralen und Wirtschaft) sollen dazu einen Beitrag leisten.

Ferner regt die Projektgruppe an, bei der Förderung der Verbraucherzentralen einen stärkeren Fokus in diesem Bereich zu setzen.

Die Projektgruppe empfiehlt, die bereits vorhandenen Bildungs- und Informationsangebote für Verbraucherinnen und Verbraucher sukzessive im Sinne der o. g. Möglichkeiten auszubauen und anzupassen.

## **VIII. Mobile Payment**

Die Projektgruppe empfiehlt, im Bereich des Mobile Payments für folgende Änderungen einzutreten:

- Das Haftungsrisiko für unautorisierte Zahlungen darf nicht bei den Verbraucherinnen und Verbrauchern liegen.
- Die beim Online Banking geltenden Sicherheitsstandards (sogenannte Zwei-Stufen-Authentifizierung) müssen auch beim Mobile Payment zur Anwendung kommen.
- Nutzungsbedingungen verschiedener Anbieter müssen vergleichbar sein.
- Transaktionen müssen nutzerfreundlich, transparent und nachkontrollierbar abgewickelt werden.
- Stärkung von Verbraucherinformation und –bildung zur Sicherheit und Kompatibilität verschiedener Zahlungssysteme

## **IX. In-App-Käufe**

Nach Auffassung der Projektgruppe handelt es sich bei der Problematik unbeabsichtigter In-App-Käufe um die Folge einer nicht gesetzeskonformen Umsetzung der Button Lösung. Ein legislativer Handlungsbedarf ergibt sich damit nicht.

Die Projektgruppe empfiehlt eine verstärkte Behandlung der Problematik der In-App-Käufe in der Verbraucherbildung –und beratung im Bereich der digitalen Medien.

## **X. Review-Systeme bei Bewertungen**

Die Projektgruppe empfiehlt für transparentere Regeln zum „Review“ von Bewertungen hinsichtlich Missbrauchs einzutreten. Im Hinblick auf die besondere Verantwortung der Unternehmen sollen diese eng in einen Prozess miteinbezogen werden.

## **D. Anpassungsbedarf und Handlungsempfehlungen**

### **I. Informationspflichten**

#### **1. Problemstellung**

Das Grundproblem des M-Commerce, der eingeschränkte Raum zur Darstellung, manifestiert sich besonders im Bereich der Informationspflichten. Vor diesem Hintergrund läge es nahe, die gesetzlichen Informationspflichten für den M-Commerce einzuschränken. Das wurde aus nachvollziehbaren Gründen in der Literatur immer wieder vertreten und vom Gesetzgeber gefordert. Auch die Rechtsprechung macht grundsätzlich keinen Unterschied zwischen E-Commerce und M-Commerce.

Lange gab es keine gesetzlichen Sonderregelungen für den M-Commerce. Dies ändert sich mit dem 13. Juni 2014. In Umsetzung des Art. 8 Abs. 4 Verbraucherrechterichtlinie (innerstaatlich umgesetzt in Art. 246a §§ 3 und 4 n.F. EGBGB) wird die Anzahl der unmittelbar zur Verfügung zu stellenden Pflichtinformationen im Fernabsatz bei Mobilgeräten jedenfalls einschränkt und bezüglich der übrigen Informationen die Möglichkeit eröffnet, diese „in geeigneter Weise“ – also z.B. durch Angabe einer gebührenfreien Telefonnummer oder eines Hypertext-Links – zu erteilen.

Ähnliche (und weitergehende) Erleichterungen wären nach Auskunft des BITKOM e. V. auch in anderen Bereichen, die die Art, wie Informationspflichten darzustellen sind betreffen, wünschenswert.

Alle Experten bezeichneten in der Anhörung vom 22. Oktober 2013 die derzeit bestehende Situation hinsichtlich Informationspflichten als „lose-lose“ Situation für die Verbraucherinnen und Verbraucher sowie für die Unternehmen. Umfang, Regelungsdichte und Übersichtlichkeit stünden in keinem angemessenen Verhältnis zueinander. Eine Überarbeitung der Darstellung sei dringend geboten, wobei herausgestellt wurde, dass es keine weiteren / zusätzlichen Informationspflichten geben soll.

Im Rahmen der Umsetzung der Button-Lösung zum 1. August 2012 in Deutschland wurden als Vorgriff zur Verbraucherrechterichtlinie u.a. die Informationspflichten ausgeweitet. Der Fokus sollte auf die für die Nutzerin / den Nutzer bzw. die Kaufentscheidung wesentlichen Angaben gelegt werden; diese sollten der Nutzerin / dem Nutzer prägnant zur Verfügung gestellt werden, mit der Möglichkeit des elektronischen Verweises (Link o.ä.) auf weitere Angaben, die für die durchschnittliche Nutzerin / den durchschnittlichen Nutzer für die Kaufentscheidung oder die Entscheidung zur Nutzung eines mobilen Angebots eine untergeordnete Rolle spielen.

#### **2. Handlungsmöglichkeiten**

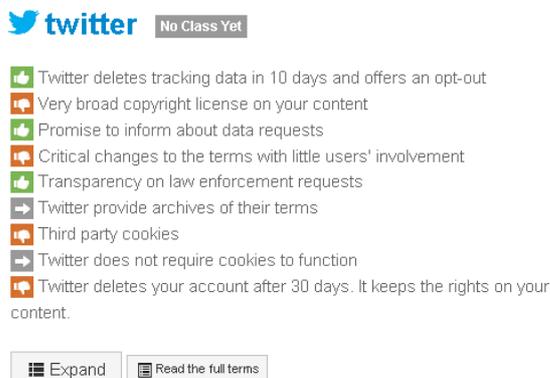
Wie einleitend erläutert, ist eine Option die Einschränkung des Umfangs der Informationspflichten für den Bereich M-Commerce. Hiermit wird jedoch die Möglichkeit der Verbraucherinnen und Verbraucher, sich vor Vertragsschluss über wesentliche Vertragsbestandteile zu informieren, eingeschränkt. Dieser Weg wird jedoch durch die VRRl beschränkt: Artikel 246a § 3 Satz 2 EGBGB sieht vor, dass weitere Angaben nach Artikel 246a § 1 durch den Unternehmer in geeigneter Form unter Beachtung von § 4 Absatz 3 zugänglich gemacht werden. Damit werden umfangreiche Erläuterungen und Informationen von der Darstellung ausgenommen und sind nur per Hyperlink erreichbar. Hier stellt sich aber wiederum das

Mobile-Commerce typische Problem der Wahrnehmbarkeit auf kleinen Displays. Das Problem wird also nur verlagert.

### a) Darstellung mittels Symbolen

Eine übersichtlichere Darstellung könnte mittels Symbolen erfolgen. Kernbereiche von Informationspflichten könnten in klarer und übersichtlicher Form zusammengefasst und in Form von Bullet-Points im Sinne einer Aufstellung „Ihre Rechte und Pflichten“ dargestellt werden. Hinsichtlich einer möglichen Form, soll nachfolgend auf das Internetprojekt <http://tos-dr.info> verwiesen werden. Dieses hat es sich zur Aufgabe gemacht, die Nutzungsbedingungen großer Internetunternehmen zu überprüfen. Die Ergebnisse werden stichpunktartig zusammengefasst und bewertet und geben so einen Überblick über die Vor- und Nachteile der Vertragsbedingungen. Dieses Beispiel soll hier nur der Veranschaulichung dienen, wie eine kompakte Darstellung der Informationspflichten erfolgen könnte. Eine Bewertung der Bedingungen ist ausdrücklich nicht Ziel der Projektgruppe.

Abbildung: <http://tos-dr.info/#twitter> (abgerufen am 28.01.2013, 11:42 Uhr):



### b) Praktische Umsetzung im Hinblick auf Vollharmonisierung der Verbraucherrechterichtlinie

#### aa) Verbraucherrechterichtlinie grundsätzlich vollharmonisierend

Das Umsetzungsgesetz für die Verbraucherrechterichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU) wurde in Deutschland im Sommer 2013 verabschiedet. Die neuen Regelungen werden EU-weit ab dem 13. Juni 2014 gelten. Deutschland hat die sogenannte Button-Lösung – als Teil der Verbraucherrechterichtlinie – bereits mit Wirkung zum 1. August 2012 umgesetzt.

Derzeit läuft die praktisch-technische Umsetzung dieser Bestimmungen. Da die Verbraucherrechterichtlinie einem Vollharmonisierungsansatz folgt, ist eine abweichende nationale Regelung im Anwendungsbereich der Richtlinie grundsätzlich nicht möglich. Durch einzelne Öffnungsklauseln wurde den Mitgliedstaaten jedoch ein Spielraums eingeräumt.

#### bb) Artikel 6 Absätze 1 und 4 der Verbraucherrechterichtlinie

Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 verlangt eine Information des Verbrauchers in „klarer und verständlicher Weise“. Artikel 8 Absatz 1 verlangt, dass die Informationen der Verbraucherin / dem Verbraucher in klarer und verständlicher Sprache in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung gestellt werden müssen. Die aufgrund Artikel 8 Absatz 4 verkürzten, verbleibenden vorvertraglichen Pflichtinformationen sollen gemäß Art. 8 Abs. 4 Satz 2 Verbraucherrechterichtlinie „in geeigneter Weise im Einklang mit Art. 8 Abs. 1 Verbraucherrechterichtlinie“ dargestellt werden.

Möglicherweise ergäbe sich hier ein Spielraum für den Gesetzgeber, nationale Regelungen zu fassen. Allerdings begegnet dieser Ansatz aus Sicht der Projektgruppe rechtlichen Bedenken, da grundsätzlich nur innerhalb der vorgesehenen Öffnungsklauseln Abweichungen möglich sind und eine solche für diesen Themenbereich nicht explizit vorhanden ist. Dagegen spricht ferner, dass sich Erwägungsgrund 36 der Richtlinie recht genau mit der Problematik auseinandersetzt. Erwägungsgrund 36 der Verbraucherrechterichtlinie schlägt hierzu vor, die Verbraucherinnen und Verbraucher beispielsweise durch Angabe einer gebührenfreien Telefonnummer oder eines Links zu einer Webseite des Unternehmers, auf der die einschlägigen Informationen unmittelbar abrufbar und leicht zugänglich sind, auf eine andere Informationsquelle zu verweisen. Damit dürfte künftig ein nach derzeit geltendem Recht grundsätzlich nicht zulässiger Verweis der Verbraucherinnen und Verbraucher auf ein anderes Kommunikationsmittel möglich werden.

### **cc) Zwischenergebnis**

Im Sinne der Rechtssicherheit sollten die perspektivischen Überlegungen für Änderungen der Bestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie daher auf EU-Ebene angeregt – etwa im Zuge einer Revision der Richtlinie – werden.

### **c) Bewertung durch die Projektgruppe**

Aus der Expertenanhörung ergab sich, dass eine Standardisierung für Kurzinformationen für sowohl für Unternehmen als auch für Verbraucherinnen und Verbraucher Sinn ergibt. Es wurde aber darauf hingewiesen, dass ein „One size fits all“ bei den Informationspflichten praktisch schwierig wäre, insbesondere auch deswegen, weil Unternehmen international agieren, Kurzinformationen, die bspw. durch Zeichen / Piktogramme dargestellt werden könnten, in verschiedenen Kulturkreisen unterschiedlich interpretiert werden könnten. Dieser Einschätzung der angehörten Experten schließt sich die Projektgruppe an und hält eine Flexibilität in Form eines Katalogs für denkbar, aus dem dann die jeweils passende Konstruktion ausgewählt werden könnte. Es sollte daher auf kulturelle Unterschiede geachtet und eine neutrale, allgemein verständliche und selbsterklärende Form gewählt werden.

Um aufgrund der Dynamik des M-Commerce bzw. E-Commerce-Marktes insgesamt ein ständiges „Hinterherlaufen“ des Gesetzgebers hinter neuen technischen Entwicklungen zu vermeiden müsste die Gestaltung zukunftsfest erfolgen und kann somit nicht abschließend sein.

In seiner Stellungnahme zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie vom 17. April 2013 kritisierte der vzbv grundsätzlich:

„Da immer mehr online Einkäufe über mobile Endgeräte getätigt werden, darf das Erfordernis, die Informationspflichten den begrenzten Darstellungsmöglichkeiten anzupassen, nicht zu einer allgemeinen Absenkung des Verbraucherschutzniveaus führen. Es ist paradox, dass gerade in einer Vertragsschlusssituation, in der der Verbraucher i.d.R. nicht seine ganze Konzentration auf das abzuschließende Geschäft richtet, er z.T. wichtige Vertragsinformationen erst suchen muss. Hier muss über eine Alternative zum überkommenen und anerkanntermaßen wenig zielführenden Informationspflichtensystem nachgedacht werden.“

Diese Ansicht wird von der Projektgruppe geteilt. Dies unterstreicht aus Sicht der Projektgruppe den Handlungsbedarf. Auf europäischer Ebene ist ein Prozess anzustoßen, der über Inhalt, Umfang und Darstellung von Informationspflichten grundsätzlich neu denkt.

### **3. Handlungsempfehlung**

Sowohl für die Verbraucherinnen und Verbraucher als auch für die Unternehmen sind die aktuellen Regelungen die Informationspflichten betreffend als nicht zufriedenstellend zu betrachten. Die Projektgruppe empfiehlt, sich für eine Vereinfachung der gesetzlichen Informationspflichten auszusprechen. Auf europäischer Ebene soll geprüft werden, wie etwa eine grafische Darstellung mittels Symbolen die textliche Gestaltung ersetzen oder ergänzen kann. Es sollen keine neuen Informationspflichten geschaffen werden. Dies wurde auch in der Expertenanhörung deutlich: Im Vordergrund des Tätigwerdens soll die Frage stehen, wie die bestehenden Informationspflichten bzw. die erleichterten Informationspflicht gemäß der Verbraucherrechterichtlinie auf mobilen Endgeräten und gut nachvollziehbar und leicht verständlich für Verbraucherinnen und Verbraucher umgesetzt werden können. Stellen sich aufgrund heute nicht vorhergesehener Entwicklungen neue Informationsbedürfnisse heraus, sollen etwaige neue Informationspflichten auf ihre Erforderlichkeit hin überprüft werden. Das derzeitige Niveau soll nicht abgesenkt werden. Es gilt weiter zu prüfen, ob eine Selbstverpflichtung für mehr Transparenz und Klarheit durch die Unternehmen selbst oder einer Zertifizierung der App-Store-Anbieter durch unabhängige Anbieter möglich und zielführend ist.

## **II. Parallelproblematik bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzbestimmungen**

### **1. Problemstellung**

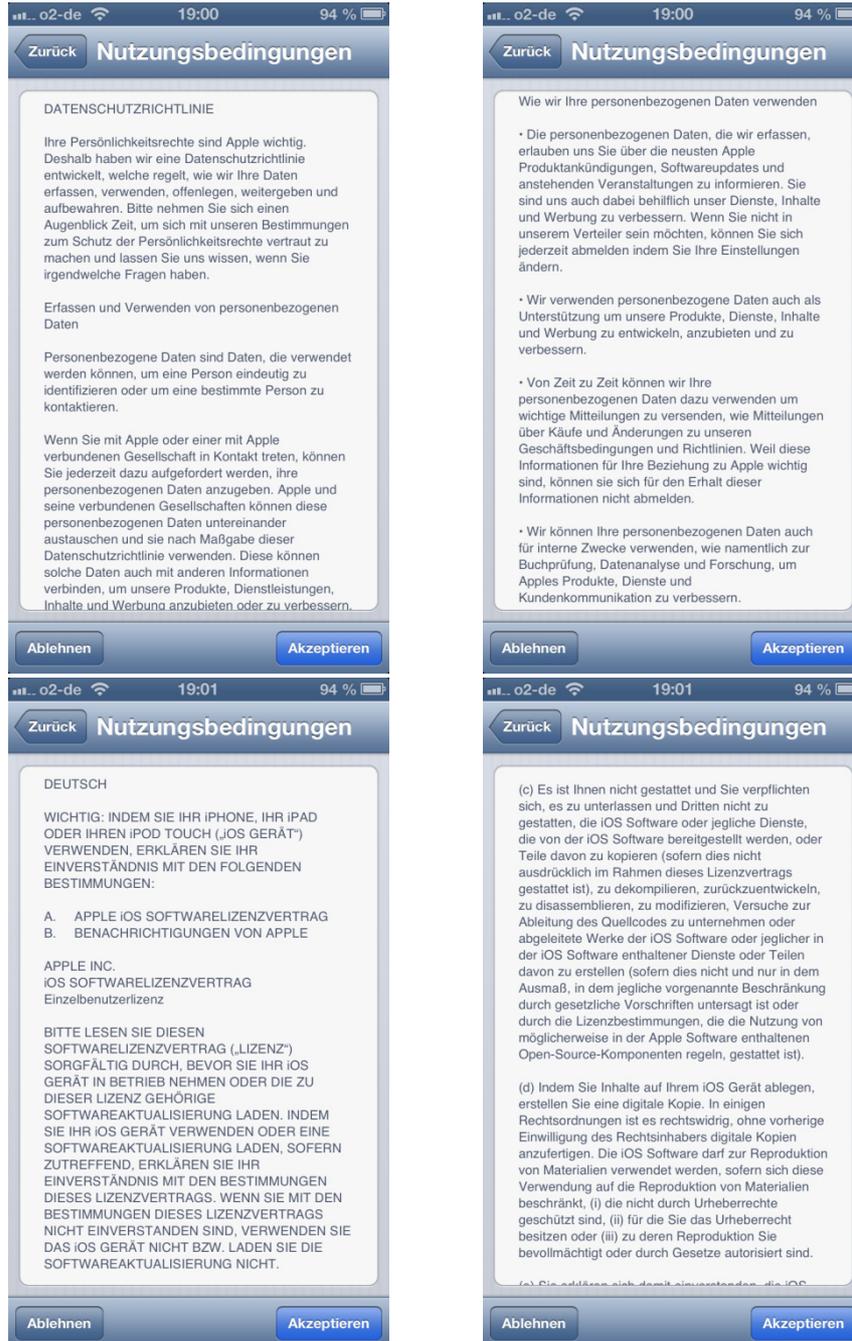
Die Problematik der beschränkten Darstellungsmöglichkeiten zeigt sich auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzbestimmungen. Eine rechtskonforme Darstellung der AGB auf mobilen Endgeräten gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird größten Teils immer noch für unmöglich, zumindest aber für sehr problematisch gehalten.<sup>12</sup> Jedoch kann der Gesetzgeber aufgrund der Privatautonomie und aufgrund der Vielzahl möglicher Fallkonstellationen keine Vorgaben hinsichtlich des Inhalts machen. Insofern bleibt er grundsätzlich auf das bewährte System der §§ 305 ff BGB beschränkt. In der Literatur werden verschiedene rechtliche sowie gestalterische bzw. technische Lösungsansätze erörtert.

Zur Veranschaulichung der Problematik enthält die nachfolgende Darstellung einen Auszug aus den Nutzungsbedingungen und der Datenschutzbestimmungen von Apple, wie sie auf einem handelsüblichen mobilen Endgerät (iPhone) dargestellt werden. Die Texte erreichen in etwa eine Länge von 60 DIN A4 Seiten.

---

<sup>12</sup> MüKoBGB/Basedow, § 305 BGB Rz. 69; Leupold/Glossner/Glossner, Teil 2 Rz. 129 f.; Bremer, CR 2009, 12 (14).

## Abbildung: AGB und Datenschutzbedingungen von Apple auf einem Smartphone



Eine konzentrierte Erfassung der schwierigen Rechtstexte mit vielen unklaren Formulierungen ist für den durchschnittlichen Betrachter kaum leistbar.

## 2. Handlungsmöglichkeiten<sup>13</sup>

In rechtlicher Hinsicht könnte eine Erweiterung § 305a BGB helfen, der in besonderen Fällen eine Einbeziehung von AGB auch ohne Einhaltung der in § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB geregelten Erfordernisse (ausdrücklicher Hinweis und zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme) vorsieht. So können AGB gemäß § 305a Nr. 2b) BGB durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,

<sup>13</sup> Nach Klinger in Handbuch Versandhandelsrecht

Telekommunikation, Post und Eisenbahnen in Verträge über Telekommunikations-, Informations- und andere Dienstleistungen einbezogen werden, wenn diese unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden. Diese auf Telekommunikations- und Mehrwertdienste zielende Ausnahmvorschrift findet im Bereich des M-Commerce vor allem auf den per Premium-SMS abgewickelten Vertrieb von Klingeltönen, Handy-Logos, Hintergrundbildern etc. Anwendung. Andere Mehrwertdienste sind hingegen schon nicht dem M-Commerce zuzurechnen. Auch andere M-Commerce-Angebote wie der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über WAP-Seiten oder mobile Websites fallen nicht unter § 305a Nr. 2b) BGB, weil sie überwiegend nicht noch während der Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden<sup>14</sup> und als Telemediendienste vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Vorschrift schon von vorneherein nicht von deren Anwendungsbereich erfasst sind.

Nach Ansicht der Projektgruppe darf den Nutzerinnen und Nutzern die Möglichkeit der Kenntnisnahme in weiteren Fällen nicht genommen werden, da dies nicht zur Rechtssicherheit beiträgt.

Ein weiterer rechtlicher Lösungsansatz könnte der individualvertragliche Verzicht der Nutzerinnen und Nutzer auf die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme der AGB i.S.d. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB sein. Ein solcher Verzicht soll zwar grundsätzlich möglich sein, sofern es sich um einen zwischen Anbieter und Nutzerin / Nutzer ausgehandelten Verzicht handelt.<sup>15</sup> Allerdings werden sich jeweils individualvertraglich ausgehandelte Verzichte mit den Nutzerinnen und Nutzern im Massengeschäft des M-Commerce kaum praktikabel realisieren lassen. Zudem besteht die Gefahr, dass von M-Commerce-Anbietern vorformulierte Verzichtserklärungen wiederum AGB darstellen. Schließlich setzt auch ein Aushandeln von Verzichten voraus, dass die Nutzerinnen und Nutzer zumindest Gelegenheit haben, sich die AGB auf dem Bildschirm anzusehen, so dass nichts gewonnen ist.

Das Umsetzungsgesetz zur Verbraucherrechterichtlinie sieht vor, dass AGB über einen Link zu erreichen sein können. Da es so bei den Darstellungsschwierigkeiten auf den kleinen Bildschirmen von mobilen Endgeräten verbliebe, wenn diesem Link bzw. Hinweis wiederum mit mobilen Endgeräten gefolgt würde, müsste die Webseite mit den AGB von den Nutzern über stationäre Endgeräte aufgerufen und gelesen werden. Dieser Lösungsansatz hätte jedoch wieder einen nicht praktikablen Medienbruch zur Folge.

Ein weiterer gestalterischer bzw. technischer Lösungsansatz ist, die AGB inhaltlich und sprachlich auf das Wesentliche zu reduzieren und einen verlinkten Index voranzustellen, um den Umfang der AGB so gering wie möglich zu halten und diese besser zu gliedern sowie den Nutzerinnen und Nutzern ein genaueres und schnelleres Navigieren in den AGB zu ermöglichen (z. B. mit Sprungmarken).<sup>16</sup> Dadurch kann grundsätzlich erreicht werden, dass die AGB auch auf den kleinen Bildschirmen von mobilen Endgeräten übersichtlich und gut lesbar i.S.d. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB dargestellt werden. Gelingt es, die AGB auf einen

<sup>14</sup> Lehmann/Meents/Nordmann, Kap. 16 Rz. 28 in Handbuch Versandhandelsrecht

<sup>15</sup> Lehmann/Meents/Nordmann, Kap. 16 Rz. 26; Bremer, CR 2009, 12 (15) jeweils mwN;

<sup>16</sup> vgl. in diese Richtung auch die Ergebnisse des Forschungsprojekts McLaw an der Universität Oldenburg, online unter <http://www.privatrecht.uni-oldenburg.de/19411.html>; Lehmann/Meents/ Nordmann, Kap. 16 Rz. 23 f.; Leupold/Glossner/Glossner, Teil 2 Rz. 131

Umfang von nicht mehr als 2.500 Zeichen zu verkürzen, was durchaus möglich ist<sup>17</sup>, lässt sich der Scrollaufwand mit mobilen Endgeräten ab einer Bildschirmdiagonale von etwa 2,2 Zoll in zumutbaren Grenzen halten. M-Commerce-Anbieter müssen dabei jedoch beachten, dass durch die inhaltliche und sprachliche Reduzierung der AGB-Klauseln keine u.U. AGB-rechtswidrigen Intransparenzen oder Unverständlichkeiten und erst recht keine wettbewerbsrechtswidrigen Irreführungsgefahren erzeugt werden.<sup>18</sup>

### 3. Handlungsempfehlungen

Konsumentenscheidungen setzen voraus, dass wesentliche Rechte von Verbraucherinnen und Verbrauchern auf einen Blick verständlich erkennbar sind. Im Gegensatz zu den gesetzlich vorgegebenen Informationspflichten sind die Anbieter im Hinblick auf die Gestaltung ihrer AGB und Datenschutzbedingungen freier.

Daneben haben sich bereits Anbieter wie die Website <http://tosdr.org> (siehe oben) entwickelt, die Nutzungsbedingungen bekannter, global agierender Anbieter auf ihrer Nutzerfreundlichkeit untersuchen und eine bedarfsgerechte Aufbereitung von Informationen zu den wesentlichen Regelungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen bieten.

Ein ähnliches Konzept wird im Bereich der creative-commons Lizenzen verfolgt, wo einfach und überblicksartig der Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte dargestellt wird:

**Abbildung: [cc symbole] (abgerufen am 28.01.2013, 11:42 Uhr:**



Bei diesen Projekten werden teilweise Bewertungen vorgenommen. Eine Bewertung der einzelnen Bedingungen soll aber nach Meinung der Projektgruppe nicht Ziel einer Neuregelung sein. Solche „Checks“ sollten unabhängigen Dritten vorbehalten sein. Eine Bewertung der AGB durch das sie stellende Unternehmen selbst kann und soll nicht verlangt werden

Der Gesetzgeber kann keine Vertragsbedingungen vorgeben. Dagegen sprechen grundsätzliche rechtliche Freiheiten wie die Privatautonomie. Eine sinnvolle Differenzierung zwischen allen denkbaren Vertragsgestaltungen wäre auch praktisch nicht möglich.

Denkbar ist jedoch die Vorgabe eines Katalogs von besonders wesentlichen Bestimmungen, die besonders präsent dargestellt werden sollen. Im Projekt „McLaw“ der Universität Oldenburg<sup>19</sup> wurde ein automatisiertes Verfahren, dass beim Einkauf mit dem mobilen

<sup>17</sup> Vgl. dazu die Ergebnisse des Forschungsprojekts McLaw an der Universität Oldenburg, online unter <http://www.privatrecht.uni-oldenburg.de/19411.html>; vgl. auch Rose/Taeger, K&R 2010, 159 (162); Rose, Die rechtskonforme Darstellung der Widerrufsbelehrung im M-Commerce, 2010, S. 2 ff.

<sup>18</sup> Bremer, CR 2009, 12 (14) mwN; Lehmann/Meents/Nordmann, Kap. 16 Rz. 23.

<sup>19</sup> <http://www.uni-oldenburg.de/wire/rechtswissenschaften/privatrecht/projekt-mclaw/>

Endgerät die gestellten AGB des Anbieters mit voreingestellten Präferenzen des Kunden abgleicht, entwickelt. Das vielversprechende Projekt endete jedoch Ende 2010.

Im Rahmen dieses Projektes wurde ein Katalog von Regelungen erarbeitet, der dem Gesetzgeber als Grundlage dienen könnte. Auf folgenden Bereichen könnte dabei der Fokus liegen:

**Abbildung: Typischerweise in Onlineshop durch AGB geregelte Einzelprobleme**

**Geltungsbereich:**

- Beschränkung auf bestimmte Länder
- Beschränkung auf Verbraucher
- Beschränkung auf Online-Verträge

**Vertragsschluss**

- Bestellung als bindendes Angebot
- Bestimmung des Annahmeaktes
- Annahmefrist

**Preise, Kosten, Zahlungsbedingungen**

- Kaufpreis enthält Umsatzsteuer
- Preisanpassungsklausel
- Abweichende Fälligkeit
- Zahlungsweise
- Aufrechnungsbeschränkung
- Verzugszinsen
- Versandkosten

**Lieferbarkeit und Lieferfristen**

- örtliche Lieferbegrenzung
- Mengenbegrenzung
- Ersatzlieferung
- Lieferfrist
- Liefervorbehalt

**Widerrufsrecht u.ä.**

- Kauf auf Probe
- Rücksendung statt Widerruf
- Rücksendungskosten

**Haftung**

- Beschränkung der Haftung für Mängel
- Mängelanzeige
- Beschränkung der Haftung für Schäden

**Datenschutz – Bonitätsprüfung**

- Vorbehalt Bonitätsprüfung
- Vorbehalt Marketing

**Weitere Klauseln**

- Eigentumsvorbehalt
- Rechtswahl

**Allgemeine Geschäftsbedingungen im Projekt McLaw der Universität Oldenburg<sup>20</sup>**

Allgemeine Geschäftsbedingungen, wie sie im Onlinehandel verwendet werden, haben nach den Erhebungen des Projekts McLaw einen Umfang zwischen 3000 und 16000 Zeichen. [...] Allerdings gibt es Anbieter, die aus Gründen der Einheitlichkeit auf ihre im E-Commerce verwendeten ausführlichen AGB auch im M-Commerce nicht verzichten wollen.

<sup>20</sup> <http://www.uni-oldenburg.de/wire/rechtswissenschaften/privatrecht/projekt-mclaw/>

Für derartige AGB, die meist mehr als 10000 Zeichen umfassen, ist eine zumutbare Darstellung auf dem Handy auch weiterhin nicht möglich. Für dieses Problem hat das Projekt McLaw ein automatisiertes Verfahren entwickelt, beim Einkauf mit dem Handy die gestellten AGB des Shops mit den voreingestellten Präferenzen des Kunden abzugleichen. Das Geschäft kann dann ohne weiteres mobil zustande kommen, wenn der jeweilige Anbieter nur solche Klauseln verwendet, mit denen sich der Kunde generell einverstanden erklärt hat. Ein solcher automatisierter Abgleich ist nur auf Grundlage eines standardisierten AGB-Katalogs möglich, aus dem die Anbieter ihre AGB auswählen und für den die Kunden ihre Präferenzen (akzeptabel oder nicht akzeptabel) vorab am PC für alle künftigen mobilen Geschäfte festlegen. Das Projekt hat einen solchen Katalog sowie die erforderliche Technik entwickelt und erprobt.

### Ergebnis:

Die Projektgruppe empfiehlt, eine Vereinfachung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzbestimmungen im Sinne der genannten Projekte anzustrengen. Gefördert werden sollen „maschinenlesbare“ AGB, die es ermöglichen, dass der Browser der Nutzerin / des Nutzers oder ein Dritter – entsprechend den Voreinstellungen der Nutzerin / des Nutzers – die AGB in ihren Kernbereichen mit den Voreinstellungen abgleicht und dem Nutzer eine Rückmeldung gibt, inwieweit die gestellten AGB von seinen Vorstellungen abweichen. Im Hinblick auf den weiter zunehmenden grenzüberschreitenden Handel regt die Projektgruppe eine Diskussion auf Bundes- und EU-Ebene über die Einführung von Symbolen an, die es Verbraucherinnen und Verbrauchern erlauben, „auf einen Blick“ die wesentlichen Inhalte von AGB und Datenschutzbedingungen zu erkennen.

## **III. Datenschutz**

### **1. Problemstellung und Handlungsmöglichkeiten**

#### **a) Einwilligung**

##### **aa) Fehlende Einwilligung**

Da es sich bei den meisten Apps, wie bereits erläutert, nicht ausschließlich um Software handelt, sondern um Software plus einen Online-Dienst im Hintergrund (z. B. Nachrichten, Fahrpläne, Wetter, Karten und andere), sind sie rechtlich als Telemedien einzustufen. Demnach sind erweiterte Anforderungen an sie zu stellen. Obwohl das Bundesdatenschutzgesetz es vorsieht, wird die Nutzerin / der Nutzer in den wenigsten Apps darüber aufgeklärt, welche Daten von ihr / ihm wofür erhoben, übermittelt, verarbeitet, gespeichert und weitergegeben werden.<sup>21</sup> Eine Einwilligung zur Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe personenbezogener Daten wird häufig nicht eingeholt. Dies stellte das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste, das im Jahr 2012 durch den Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. mit der Durchführung der Studie „Mobile Commerce via Smartphone & Co.“<sup>22</sup> beauftragt wurde, fest. So ist im Gutachten unter Zusammenfassung, Ziffer 19 zu lesen, dass Verstöße gegen das Bundesdatenschutzgesetz weit verbreitet seien, indem weder das Prinzip der Datenvermeidung und Datensparsamkeit umgesetzt noch eine Einwilligung zur Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe von personenbezogenen Daten eingeholt werde.

##### **bb) pauschale Einwilligung – differenzierte Einwilligung ermöglichen**

(1)

<sup>21</sup> <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/mobile-commerce-studie-vzbv-2012.pdf> S. VI

<sup>22</sup> <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/mobile-commerce-studie-vzbv-2012.pdf>

In der Regel erfolgt die Einwilligung der Nutzerin / des Nutzers zur Datenschutzerklärung pauschal bei der Installation einer App, ihrem Kauf oder bei der Gerätekonfiguration. Hier muss sichergestellt werden, dass Nutzerinnen und Nutzer bewusst und informiert in die Erklärung einwilligen. Ferner sind Abfragen zur Datennutzung teilweise unklar formuliert. „Darf „App-xy“ auf Ihre Kontakte zugreifen?“ „Darf die App auf Ihre Fotos zugreifen?“ – Was mit Zugriff gemeint ist, erschließt sich nicht. Damit kann ein Auslesen, das Speichern neuer Bilder oder Übertragen sowie Auswerten gemeint sein.

Erforderlich scheint daher eine Verpflichtung zur vollständigen Information über die beabsichtigte Erhebung und den Zugriff auf personenbezogene Daten wie Standortdaten oder den Kalender. Auch bei der Übermittlung von Daten (an Dritte) müssen die Nutzerinnen und Nutzer frei entscheiden können, ob lediglich der Vertragspartner oder auch Dritte seine Daten nutzen dürfen. Darüber hinaus müssen die Nutzerinnen und Nutzer die Möglichkeiten haben, eine Nutzung von Daten, die nicht für den Betrieb der App erforderlich ist, gänzlich zu unterbinden.

(2)

Mit der Nutzung einzelner Apps auf Facebook gewähren die Nutzerinnen und Nutzer den Anbietern umfangreiche Rechte, zum Beispiel auf ihre Kontakte und Daten von Freunden. Teilweise lassen sich die Apps sogar die Möglichkeit einräumen, im Namen der Nutzerin / des Nutzers posten zu können. Derzeit können die Nutzerinnen und Nutzer nur pauschal zustimmen. Lehnen sie ab, ist eine Verwendung der App auf Facebook nicht möglich. Die Lösung wäre daher eine abgestufte Abfrage. Mithilfe einer solchen Abfrage können die Nutzerinnen und Nutzer den Apps individuelle und abgestufte Rechte einräumen und haben so eine bessere Kontrolle über ihre Daten sowie eine mögliche Datenweitergabe an Dritte. Um dies realisieren zu können wäre es wünschenswert, dass die differenzierte Einwilligung gegenüber Anbietern und Dritten („personelle Einwilligung“) sowie hinsichtlich einzelner Daten („sachliche Einwilligung“) erfolgend sein kann.

### **b) Kopplungsverbot**

Ferner gibt es Anbieter, bei denen die Einwilligung zur Datenschutzerklärung an die Zustimmung zu den AGB gekoppelt ist. Eine Koppelung von Einwilligungen zu anderen Vertragszwecken an die Nutzung bestimmter Dienste darf nicht möglich sein. Diese Problematik wurde bereits in einem Positionspapier<sup>23</sup> des vzbv angesprochen:

Hoheit der Nutzerinnen und Nutzer über die Verwendung der persönlichen Daten:

Nutzer müssen grundsätzlich darüber informiert und nach ihrer Einwilligung gefragt werden, ob und welche persönlichen Daten für welchen Zweck erhoben und verwendet und/oder an Dritte übermittelt werden dürfen. Die Einwilligung muss gesondert erfolgen und aktiv erteilt werden. Eine Koppelung von Einwilligungen zu anderen Vertragszwecken an die Nutzung bestimmter Dienste ist nicht zulässig. Eine für die Nutzer nicht erkennbare automatische Datenerhebung muss ausgeschlossen sein. Die Nutzer haben das Recht, jederzeit Auskunft in einer für sie verständlichen Weise

<sup>23</sup> <http://www.vzbv.de/10694.htm>

über ihre gespeicherten Daten zu verlangen. Personenbezogene Daten müssen nach Erfüllung des Nutzungszwecks vom Anbieter unverzüglich gelöscht werden. Die Nutzer müssen die praktische Möglichkeit erhalten, das bestehende Recht auf Löschung gespeicherter Daten jederzeit selbst auszuüben beziehungsweise die Löschung veranlassen zu können sowie eine entsprechende Bestätigung zu erhalten.

Gemäß § 28a BDSG, ist es schon heute nicht zulässig, die Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer zu anderen Vertragszwecken an die Nutzung bestimmter Dienste zu koppeln:

§ 28a BDSG:

„(3a) Wird die Einwilligung nach § 4a Absatz 1 Satz 3 in anderer Form als der Schriftform erteilt, hat die verantwortliche Stelle dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen, es sei denn, dass die Einwilligung elektronisch erklärt wird und die verantwortliche Stelle sicherstellt, dass die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben.

(3b) Die verantwortliche Stelle darf den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen nach Absatz 3 Satz 1 abhängig machen, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung ist unwirksam.“

[...]

Um das Koppelungsverbot AGB – Datenschutzbedingung zu verschärfen, regt die Projektgruppe an, eine Regelung wie im Referentenentwurf des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken einzuführen. Vorgesehen war, an § 308 BGB folgende Nummer 9 anzufügen:

§ 308 Nummer 9 BGG – Entwurf

„9. (Datenschutzrechtliche Einwilligung)

eine Bestimmung im Zusammenhang mit einem Vertrag, durch die der Vertragspartner des Verwenders einwilligt, dass seine Daten durch den Verwender oder einen Dritten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden können, obwohl dies für die Zwecke des Vertrages nicht erforderlich ist, es sei denn, der Vertragspartner

a) wird in der Bestimmung darauf hingewiesen,

aa) welche Folgen es hat, wenn er die Einwilligung verweigert, und

bb) ob und wie er die Einwilligung widerrufen kann,

b) hat in der Bestimmung zu ergänzen, ob er die Einwilligung erteilt oder verweigert und

c) könnte, wenn er auf die vertragliche Leistung angewiesen ist, einen vergleichbaren Vertrag in zumutbarer Weise auch ohne eine solche Einwilligung mit dem Verwender oder einem Dritten schließen.“

Zum Hintergrund sei hier auf die vorgesehene Gesetzesbegründung verwiesen:

„In § 308 Nummer 9 BGB-E soll ein spezielles AGB-rechtliches Klauselverbot für vorformulierte datenschutzrechtliche Einwilligungen, die im Zusammenhang mit Verträgen stehen, geschaffen werden. Das Klauselverbot soll spezielle Anforderungen für vorformulierte Einwilligungen aufstellen, durch die gewährleistet werden soll, dass die Einwilligenden bewusst und frei über die Einwilligung entscheiden können.

Das Klauselverbot soll spezielle Anforderungen für vorformulierte Einwilligungen aufstellen, durch die gewährleistet werden soll, dass die Einwilligenden bewusst und frei über die Einwilligung entscheiden können. Es soll die bisherige Inhaltskontrolle von Einwilligungen anhand der Generalklausel nicht vollständig erset-

zen, sondern nur einige Aspekte der bisherigen Inhaltskontrolle konkretisieren. Einwilligungen, die nach dem neuen Klauselverbot nicht unwirksam sind, können auch weiterhin nach § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB unwirksam sein, wenn sie den Einwilligenden aus anderen Gründen entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies gilt zum Beispiel für Einwilligungen, die die Zwecke der Datenerhebung und Datenverwendung nicht klar und verständlich bestimmen. Solche Einwilligungen sind auch weiterhin nach § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie gegen das Transparenzgebot nach § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB verstoßen.“

### **c) Einsehbarkeit, welche Daten, wann wo und von wem gespeichert werden**

Schließlich ist es für die Nutzerinnen und Nutzer nicht jederzeit erkennbar, wer ihre Daten erhebt, verarbeitet und nutzt, in welcher Form Daten beim Anbieter gespeichert werden, wann, wofür und wie lange Daten verarbeitet und genutzt werden und wie eine Datenlöschung vollzogen werden kann. National scheint dieses Problem nicht lösbar, da es sich bei den Betreibern von App-Stores in der Regel um Unternehmen handelt, die ihren Sitz außerhalb von Deutschland bzw. der Europäischen Union haben und entsprechend der geltenden gesetzlichen Regelungen unterschiedliche Datenschutzrechte greifen, auf die der deutsche Gesetzgeber keinen Einfluss hat (siehe unten zum Rechtsrahmen beim Datenschutz). Es bedarf somit entsprechenden Regelungen (u. a. in der EU-Datenschutzgrundverordnung) sowie Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung.

### **d) privacy-by-design/-default in Datenschutz-Grundverordnung**

Unternehmen müssen ihre Angebote möglichst datensparsam konzipieren und mit den datenschutzfreundlichsten Voreinstellungen anbieten. Ein starkes Prinzip der Zweckbindung bedeutet, dass nur die Daten erhoben werden, die zur Erbringung des Dienstes benötigt werden. Außerdem muss es die Möglichkeit geben, Dienste anonym und unter Pseudonym zu nutzen.

Es soll die jeweils datenschutzfreundlichste Architektur gewählt werden (privacy-by-design). In der Standardeinstellung gewähren Apps, Programme und sonstige Einstellungen großzügig Zugriff auf die Daten der Nutzerinnen und Nutzer. Diese sind damit gezwungen, mittels „opt-out“ die Voreinstellungen auf das von ihnen gewünschte Maß zu begrenzen. Untersuchungen haben gezeigt, dass Nutzerinnen und Nutzer dies aber häufig nicht tun, weil es zu umständlich ist. Folglich werden die Voreinstellungen häufig beibehalten. Damit gewähren Nutzerinnen und Nutzer jedoch u. U. Zugriff auf ihre Daten und ermögliche möglicherweise auch eine Weitergabe an Dritte. Verbraucherinnen und Verbrauchern muss es daher möglich sein, differenzierte Einwilligungen zu geben und diese jederzeit und einfach ihrem Bedarf anzupassen (privacy-by-default).

### **e) Geolokalisierung**

Die Nutzung von Geo-Diensten nimmt immer weiter zu. Nutzerinnen und Nutzer können von kostenloser Navigation, standortbasierter Werbung, der Suche nach Haltestellen des ÖPNV etc. profitieren.

Problemfelder entwickeln sich überall dort, wo die Geolokalisierung oder die daraus gewonnenen Daten ohne Wissen und ohne Zustimmung der Verbraucherinnen und Verbraucher (weiter) genutzt werden. Die Grenze zwischen Problem und tolerierter bzw. gewünsch-

ter Geolokalisierung ist dabei individuell unterschiedlich. Was der Eine für gut befindet, weil es ihm Vergleiche für ein gesuchtes Produkt während des Shoppingbummels bietet, kann für jemand anderen schon ein Zuviel an Werbung sein.

Daher ist ein generelles Verbot der Nutzung von Geolokalisierung für die zielgerichtete Werbekommunikation aus Sicht der Projektgruppe zu weit gehend.

Problematisch zu sehen sind insbesondere die Erstellung von Bewegungsprofilen ohne Wissen und ohne Möglichkeit, dies zu verhindern sowie die langfristige Nutzung solcher Daten. Oft fehlt es den Nutzerinnen und Nutzern an Kenntnis darüber, wie und wofür ihre Daten „über das Gerät hinaus“ genutzt werden.

### **f) Bei Apps**

Bei der Nutzung von Apps bestehen in der Praxis erhebliche datenschutzrechtliche Defizite. Diese wurden mit dem Beschluss des Düsseldorfer Kreises „Datenschutzgerechte Smartphone-Nutzung ermöglichen!“ vom 4./5.5.2011 zu Recht beanstandet. App-Anbieter sind daher zum einen gehalten, gegenüber den Nutzerinnen und Nutzern ihren datenschutzrechtlichen Informationspflichten gemäß § 13 Abs. 1 TMG nachzukommen, insbesondere über Art, Umfang sowie Zwecke der Datenerhebungen und Empfänger der Datenübermittlungen zu unterrichten, und keine heimlichen Datenerhebungen oder -übermittlungen vorzunehmen.<sup>24</sup> Entsprechende Datenschutzhinweise müssten schon auf den App-Angebotsseiten vor Download und Installation der Apps erfolgen, was momentan im Apple-App-Store nicht und im Google-Play-Store nur rudimentär der Fall ist,<sup>25</sup> spätestens jedoch vor der ersten Nutzung der jeweiligen App. Insoweit gelten keine anderen Anforderungen wie bei herkömmlichen M-Commerce-Angeboten. Zum anderen müssen App-Anbieter für sämtliche Datenerhebungen und -verarbeitungen, die nicht für die bestimmungsgemäße Nutzung der jeweiligen App erforderlich sind, insbesondere für Datenverarbeitungen zu Werbezwecken oder Datenübermittlungen an Dritte, gemäß §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG entsprechende vorherige Einwilligungen der Nutzer einholen. Auch das müsste schon auf den App-Angebotsseiten geschehen, spätestens jedoch vor der ersten Nutzung der jeweiligen App.

## **2. Handlungsempfehlungen**

Die Projektgruppe empfiehlt, bei den Verhandlungen um eine Neuregelung des Datenschutzes für das Folgende einzutreten:

- Gerätehersteller und Diensteanbieter sollen über die Aktivität einzelner Module (z.B. GPS, Bluetooth, WLAN etc.) im mobilen Endgerät informieren
- Die Gerätekonfiguration soll so ausgestaltet sein, dass das Ein- und Ausschalten besonderer Features (z.B. GPS-Modul, Bluetooth-Schnittstelle) einfach ist und diese nicht im Hintergrund, sondern nur bewusst aktiviert werden können.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch den Beschluss des Düsseldorfer Kreises v. 4./5.5.2011, S. 1 f., online unter <http://www.datenschutz-hessen.de/tb40k10.htm#entry3689>.

<sup>25</sup> Einer Vereinbarung zwischen der kalifornischen Generalstaatsanwältin und u.a. Apple und Google v. 22.2.2012 zufolge soll bald jede App eine Datenschutzerklärung enthalten, vgl. Funke, CR 2012, R27.

- Eine explizite und abgestufte Abfrage der Zustimmung zur Weitergabe personenbezogener Daten bei der Installation ergänzt um Auskunftspflichten. Wenn ein Diensteanbieter persönliche Daten verarbeiten will, soll er die Nutzerinnen und Nutzer fragen, ob sie mit Verarbeitung und Weitergabe ihrer Daten einverstanden sind.
- Transparenz für die Nutzerinnen und Nutzer hinsichtlich der Übermittlung von Identifikationsnummern, Standortdaten, Kalender, und Kontakte; Information über (den Zweck der) jeweiligen Datennutzung sowie die Möglichkeit, diese selbst (auch im Nachhinein) zu ändern bzw. zu kontrollieren.
- Anbieter sollen in verständlicher Sprache, kostenfrei und schnell mitteilen, welche Daten sie in welchen Kontexten verarbeiten und diese Daten auf Anfrage auf elektronischem Weg aushändigen.
- Die Betreiber der sog. App-Stores müssen ihre Verantwortung für die Durchsetzung gesetzlicher Standards, die Qualitätssicherung der angebotenen Apps und die Einhaltung von Kunden- und Datenschutz stärker wahrnehmen.
- Datenschutzbedingungen sollen leicht verständlich formuliert sein. Statt seitenlanger und unverständlicher allgemeiner Bedingungen sollen standardisierte Symbole Zustimmung oder Ablehnung vereinfachen. Diese können durch Kurzinformationen in Textform ergänzt werden.
- Anbieter sollen nur dann Nutzungsprofile erstellen dürfen, wenn die Nutzerinnen und Nutzer dem aktiv zustimmen.
- Datenweitergabe an datenverarbeitende Unternehmen (z.B. Google, Apple etc.) und sonstige Stellen (v.a. Behörden) aus Drittstaaten: Daten, die innerhalb der EU erhoben und verarbeitet wurden, sollen unabhängig vom Sitz der verantwortlichen Stelle nur auf der Grundlage europäischen Rechts an Stellen außerhalb der EU weitergegeben dürfen und nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Durchsetzung des europäischen Rechts durch ein entsprechendes Rechtshilfeabkommen zwischen der EU / dem betroffenen Mitgliedstaat und dem Drittstaat sichergestellt ist.
- Zukunftstaugliche Definitionen: Alle Informationen, die direkt oder indirekt einer Person zugeordnet werden oder dafür benutzt werden können, eine Person aus einer Menge von Menschen herauszufiltern, müssen als personenbezogene Daten gelten und müssen geschützt werden. Dies ist gerade in Zeiten von „Big Data“ wichtig, in denen mehr und mehr Datensätze zusammengeführt, kombiniert und ausgewertet werden können.
- Privacy by Design/Privacy by Default: Unternehmen müssen ihre Angebote möglichst datensparsam konzipieren und mit den datenschutzfreundlichsten Voreinstellungen anbieten. Ein starkes Prinzip der Zweckbindung bedeutet, dass nur die Daten erhoben werden, die zur Erbringung des Dienstes benötigt werden, und dass die einmal erhobenen Daten auch nur zu diesem Zweck verwendet werden. Außerdem muss es die Möglichkeit geben, Dienste anonym und unter Pseudonym zu nutzen. Die Einwilligung zur Nutzung / Erhebung von Daten muss durch die Nutzerinnen und Nutzer aktiv per opt-in erteilt werden und darf nicht voreingestellt (opt-out) sein.

- Abfragen müssen konkret formuliert sein. „Darf die App auf Ihre Fotos zugreifen?“ stellt nicht klar, was tatsächlich mit den Fotos geschehen soll bzw. warum dieser Zugriff notwendig ist. Formulierungen wie Einsehen, Speichern, Übertragen, Nutzen etc. sind genauer.
- Wünschenswert wäre eine differenzierte Einwilligung, die es ermöglicht, gegenüber Anbietern und Dritten („personelle Einwilligung“) und hinsichtlich einzelner Daten („sachliche Einwilligung“), wie die Nutzung des Adressbuchs oder der Standortdaten, getrennte Erklärungen abzugeben.

Um das Koppelungsverbot AGB – Datenschutzbedingungen zu verschärfen, regt die Projektgruppe an, die im Referentenentwurf des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken geplante Ergänzung des § 308 BGB vorzunehmen.

#### **IV. Internationalisierung**

##### **1. Problemstellung**

Werden Daten in Deutschland durch eine verantwortliche Stelle, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union ihren Sitz hat, erhoben, verarbeitet oder genutzt, so bestimmt § 1 Abs. 5 S. 1 des Bundesdatenschutzgesetzes, dass das deutsche Datenschutzrecht keine Anwendung findet. Erhebt und speichert beispielsweise ein Unternehmen mit Sitz in Irland Daten in Deutschland, so ist irisches Datenschutzrecht einschlägig und die irische Datenschutzbehörde zuständig. Der Hintergedanke dabei ist, dass angenommen wird, dass alle Mitgliedsstaaten ein hohes Datenschutzniveau haben und es europäischen Unternehmen leicht gemacht werden soll, in anderen Mitgliedsstaaten tätig zu werden, ohne alle datenschutzrechtlichen Vorschriften kennen zu müssen.

Hat ein europäisches Unternehmen dagegen eine Niederlassung in Deutschland, so gilt das deutsche Datenschutzrecht auch gegenüber diesem Unternehmen, sofern die Erhebung, Verarbeitung oder Speicherung durch eine Niederlassung in der Bundesrepublik erfolgt. Beim Cloud Computing interessiert dabei die Frage, ob ein Rechenzentrum im Inland, auf dem Daten verwaltet werden und auf dem Anwendungen bereitgestellt werden, bereits als Niederlassung zu qualifizieren ist. Tatsächlich legen Erwägungsgrund 19 der europäischen Datenschutzrichtlinie sowie die deutsche Gewerbeordnung dies nahe, da sie im Wesentlichen lediglich eine feste Einrichtung und eine gewerbliche Tätigkeit voraussetzen. Damit ist deutsches Datenschutzrecht auch dann anwendbar, wenn ein europäisches Unternehmen sich eines Rechenzentrums in Deutschland bedient.

Für außereuropäische Unternehmen, beispielsweise solche in den USA, gilt das Territorialitätsprinzip. Das bedeutet, dass bei einer Datenverarbeitung in Deutschland auch deutsches Recht anwendbar ist. Dabei genügt laut Art. 4 Abs 1 lit. c) der europäischen Datenschutzrichtlinie bereits, dass das Unternehmen auf „Mittel zurückgreift“, die sich im Mitgliedsstaat befinden. Dies lässt den Schluss zu, dass nicht einmal ein Rechenzentrum nötig ist, sondern bereits das Hochladen von Dateien durch den Benutzer aus Deutschland auf einen amerikanischen Server deutsches Datenschutzrecht für anwendbar erklärt.

##### **2. Handlungsmöglichkeiten**

Aufgrund eines fehlenden einheitlichen Datenschutzrechts können sich Unternehmen durch Wahl des Sitzlandes auch das für sie geltende Datenschutzrecht aussuchen (sog. Forum-

Shopping). Dies bringt ein undurchsichtiges Geflecht verschiedener Regelungen und unterschiedlicher Ansprechpartner bei der Rechtsdurchsetzung für Nutzerinnen und Nutzer mit sich. Eine Vereinheitlichung ist rein national nicht erreichbar, da es sich bei den Betreibern von App-Stores in der Regel um Unternehmen handelt, die ihren Sitz außerhalb von Deutschland bzw. der Europäischen Union haben. Im Hinblick auf die aktuell geplante Datenschutzgrundverordnung verbietet sich eine nationale Lösung ohnehin. Einfluss kann daher nur auf europäischer Ebene genommen werden.

Neben der Frage des Rechtsrahmens ist für die Betroffenen auch die Frage der Rechtsdurchsetzung von Bedeutung. Welche Behörde der richtige Ansprechpartner ist entscheidet nicht nur über das anwendbare Recht, sondern beispielsweise auch über die Sprache, in der kommuniziert wird.

### **3. Handlungsempfehlung**

Die Projektgruppe schlägt vor, bei den Verhandlungen um eine Neuregelung des Datenschutzes auf europäischer Ebene das Folgende zu beachten:

- Erforderlich ist ein einheitlicher Rechtsrahmen. Ein „Race to the Bottom“ in Mitgliedstaaten mit schwacher Rechtsdurchsetzung soll in Zukunft nicht mehr möglich sein. Bei Verstößen gegen die Datenschutzgrundverordnung gegenüber Bürgern eines Mitgliedsstaates soll (auch) die Behörde des betroffenen Mitgliedsstaates zuständig sein und nicht nur die für den Unternehmenssitz zuständige Datenschutzbehörde. Dann könnte die Rechtsdurchsetzung für die Bürger eines Mitgliedstaates auch nach ihren jeweiligen nationalen Standards erfolgen.
- Unternehmen und sonstige Stellen, die ihre Dienste innerhalb der EU anbieten bzw. personenbezogene Daten innerhalb der EU erheben, die Daten aber außerhalb der EU verarbeiten, müssen künftig den Datenschutzregelungen der Europäischen Union unterliegen (so genanntes Marktortprinzip). Für eine wirksame Durchsetzung des europäischen Rechts gegenüber den betreffenden Unternehmen / Stellen müssen entsprechende Rechtshilfeabkommen mit den jeweiligen Drittstaaten existieren.

## **V. Gütesiegel**

Zu prüfen ist gemäß den Beschlüssen von LAV und VSMK, wie das Angebot an Gütesiegeln zur Orientierung über verbraucher- und datenschutzfreundliche Endgeräte, Apps und M-Commerce-Dienste ausgebaut werden kann.

### **1. Problemstellung**

Im Bereich der App-Stores ist es mittlerweile üblich, dass Kundenbewertungen einen großen Anteil an der Kaufentscheidung über eine App haben. Mittels Textmitteilungen und/oder einer Sternvergabe können potentielle Kunden einen Eindruck vom Leistungsumfang und der Qualität der App erhalten.

Eine unabhängige Bewertungsinstanz existiert nicht. Zwar gibt es vereinzelt Tests. Es existieren jedoch keine festen Kriterien, die eine App oder ein M-Commerce-Angebot vergleichbar bewerten. Die angesprochenen Kundenbewertungen sind subjektiv gefärbt, ferner fehlt es den Nutzerinnen und Nutzern meist an einem Überblick darüber, ob eine App zum Beispiel unverhältnismäßig viele Daten sammelt oder Ressourcen nutzt. Sie bewerten eher, ob die App hilfreich für ihren Alltag ist oder Spaß und Unterhaltung bringt.

## 2. Handlungsmöglichkeiten

Im Rahmen einer Gütesiegel-Studie, die vom Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg in Auftrag gegeben wurde, sollten, bekannte und seriöse Gütesiegel in Deutschland und Europa für den Online-Handel identifiziert werden. Untersucht wurden Gütesiegel für den Online-Handel, d. h. Gütesiegel die Online-Shops umfassend testen, nicht hingegen Gütesiegel, die nur Teilbereiche zertifizieren, wie zum Beispiel den Datenschutz oder die Bezahlart. Ferner sollte aufgezeigt werden, was diese leisten. Im Rahmen der Studie wurde ein Katalog von Kriterien erarbeitet, die die Anbieter von Internetgütesiegeln einhalten sollten. Aufgrund des zunehmend grenzüberschreitenden Online-Handels, des gemeinsamen Binnenmarktes in der Europäischen Union und einer Vielzahl von bestehenden Gütesiegeln in den Mitgliedstaaten kam die Studie zu dem Ergebnis, dass eine EU-weite Regelung erforderlich wäre.

Im Jahr 2012 fasste die Verbraucherschutzministerkonferenz der Länder und des Bundes auf ihrer 8. VSMK zu TOP 36 den Beschluss, dass nach ihrer Auffassung die Europäische Kommission zunächst EU-weite Qualitätsstandards für Online-Gütesiegel erarbeiten und in der Praxis anwenden sollte. Die Ergebnisse der von Baden-Württemberg in Auftrag gegebenen Studie könnten hierfür als Grundlage dienen.

Im Rahmen der Studie wurden folgende Kriterien als besonders hilfreich identifiziert:

- Qualität
- Transparenz
- Schutz vor unautorisiert verwendeten Siegeln
- Regelmäßige Überprüfung der Shops durch den Gütesiegelanbieter
- Sanktionen
- Kundenservice

Als optionale Kriterien, die wünschenswert in Hinblick auf ein hohes Verbraucherschutzniveau wären, wurden diese Kriterien definiert:

- Garantieleistung des Gütesiegelanbieters
- Zusammenarbeit mit Schlichtungsstellen
- Überprüfung von Solvenz und der Gegebenheiten vor Ort
- Mehrsprachige Informationen und Mitarbeiter

Für einen umfassenden Verbraucherschutz darf es dabei keine Rolle spielen, ob Verbraucherinnen und Verbraucher online von ihrem heimischen Computer einkaufen oder unterwegs per Smartphone oder Tablet shoppen.

Die Projektgruppe hat diskutiert, ob hinsichtlich der großen Menge Apps mit teils unklaren Leistungsumfang und Inhalt eine Einzelprüfung und Zertifizierung überhaupt möglich ist: Angesichts der Vielzahl von Apps halten die Experten der Anhörung eine Einzelfallprüfung für praktisch unmöglich. Allenfalls grundlegende Voraussetzungen seien überprüfbar. Eine detailgenaue Prüfung werfe praktische sowie haftungsrechtliche Fragen auf. Ein Gütesiegel für Apps sei nur sinnvoll auf der Ebene der App-Store-Anbieter, da die in der Regel die Bedingungen vorgeben, nach denen Apps programmiert werden müssen.

Von den Experten der Wirtschaftsvertreter (Trusted Shops / D 21) wurde angemerkt, dass die Haftung für die Vergabe von Gütesiegeln für einzelne Apps hinsichtlich der Masse der Apps nicht zumutbar sei.

Ergänzt werden könnte ein solches Vorgehen mit einer Selbstverpflichtung. Um das heimliche Datensammeln von Apps zu begrenzen, haben die National Telecommunications and Information Administration (NTIA) der USA einen freiwilligen Verhaltenskodex<sup>26</sup> erstellt. Dieser empfiehlt App-Programmierern, Nutzerinnen und Nutzer darüber zu informieren, welche Daten eine App auf Smartphones und Tablets ausliest und an welche Werbeunternehmen die Daten weitergegeben werden. Die Selbstverpflichtung ist ein erster Schritt, aber er reicht bei Weitem nicht aus. Dieser Selbstverpflichtung können sich Unternehmen unterwerfen. Selbstregulierungen können zwar die Inhalte von Gesetzen konkretisieren, aber diese nicht ersetzen.

### 3. Handlungsempfehlung

Nach Auffassung der Projektgruppe muss Ziel sein, einen verbindlichen Standard / Kriterienkatalog zu entwickeln und ein europäisches Gütesiegel zu etablieren, das M-Commerce typische Schwierigkeiten, wie Darstellung, Verständlichkeit, Transparenz und Datenschutz berücksichtigt. Die Projektgruppe empfiehlt daher, den Beschluss der 8.VSMK zu TOP 36 zu bekräftigen und um die Bitte zu ergänzen auch M-Commerce spezifische Anforderungen zu berücksichtigen. Es soll zusätzlich geprüft werden, ob eine Selbstverpflichtung der App-Anbieter entsprechend dem Verhaltenskodex der NTIA erreicht werden kann.

## VI. Widerrufsrecht bei digitalen Inhalten (z.B. Apps)

Gemäß dem Beschluss der VSMK ist zu prüfen, ob ein Ausgleich für das beim Kauf digitaler Güter mit Beginn des Downloads erlöschende Widerrufsrecht eingerichtet werden kann, z. B. durch das Anbieten von Demoversionen.

### 1. Problemstellung

Grundsätzlich besteht auch bei Downloads ein Widerrufsrecht. Dieses erlischt aber, wenn die Ausführung (also das Laden der Daten) bereits begonnen hat, der Verbraucher dieser zuvor ausdrücklich zugestimmt hat und der Verbraucher zur Kenntnis genommen hat, dass er sein Widerrufsrecht durch die Ausführung verliert.

Die Grundlagen hierfür finden sich in § 356 Abs. 5 BGB und Artikel 16 lit m. der VRRL

#### § 356 Abs. 5 BGB

Das Widerrufsrecht erlischt bei einem Vertrag über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten auch dann, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags begonnen hat, nachdem der Verbraucher

1. ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt und
2. seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er durch seine Zustimmung mit Beginn der Ausführung des Vertrags sein Widerrufsrecht verliert.

**Art. 16 lit. m der Richtlinie lautet:**

<sup>26</sup> [http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xchg/digitalrechte/hs.xsl/75\\_2849.htm](http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xchg/digitalrechte/hs.xsl/75_2849.htm); siehe Anlage

“Die Mitgliedstaaten sehen bei Fernabsatzverträgen ... kein Widerrufsrecht ... vor, wenn digitale Inhalte geliefert werden, die nicht auf einen materiellen Datenträger geliefert werden, wenn die Ausführung bereits begonnen, der Verbraucher dieser Ausführung zuvor ausdrücklich zugestimmt und zur Kenntnis genommen hat, dass er hierdurch sein Widerrufsrecht verliert.”

Mit dieser neuen Ausnahme bedarf es keiner Unterscheidung mehr, ob Downloads im Sinne des Fernabsatzrechtes eine Ware oder eine Dienstleistung sind.

Digitale Inhalte werden in Art. 2 Nr. 11 definiert als „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden.“

Eine ausführlichere Erklärung des Begriffs gibt Erwägungsgrund 19 der Richtlinie. So heißt es dort:

“Digitale Inhalte bezeichnen Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, wie etwa Computerprogramme, Anwendungen, Spiele, Musik, Videos oder Texte, unabhängig davon, ob auf sie durch Herunterladen oder Herunterladen in Echtzeit, von einem materiellen Datenträger oder in sonstiger Weise zugegriffen wird. Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten sollten in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen. Werden digitale Inhalte auf einem materiellen Datenträger wie einer CD oder einer DVD bereitgestellt, sollten diese als Waren im Sinne dieser Richtlinie betrachtet werden. [.]

Für derartige Verträge sollte der Verbraucher ein Widerrufsrecht haben, es sei denn, er hat während der Widerrufsfrist dem Beginn der Erfüllung zugestimmt und zur Kenntnis genommen, dass er infolgedessen sein Widerrufsrecht verliert. [.]“

Fraglich ist, wie die ausdrückliche **Zustimmung** der Verbraucherin / des Verbrauchers aussehen muss, damit die zweite Voraussetzung erfüllt ist. Denkbar ist hier, dass es ausreicht, dass die Verbraucher / der Verbraucher einen Button betätigt, auf dem bspw. steht „Jetzt mit dem Download beginnen“. Denkbar ist aber auch, dass es – wie häufig im Bereich des Datenschutzes zur Einwilligung vertreten wird – erforderlich ist, dass die Verbraucherin / der Verbraucher in einem zweistufigen Verfahren seine Zustimmung erklären muss. Dies könnte so ausgestaltet sein, dass er zunächst ein Häkchen setzen muss, mit dem er zustimmt, dass mit der Ausführung begonnen werden soll und dann erst durch Betätigen einer Schaltfläche der Download tatsächlich beginnt. Begründet wird diese Zweistufigkeit im Datenschutzrecht mit dem Schutz vor Übereilung.

Unabhängig von der Ausgestaltung der Zustimmung muss die Verbraucherin / der Verbraucher **Kenntnis** erlangen, dass er sein **Widerrufsrecht verliert**, wenn mit der Ausführung begonnen wird. Diese Information ist in unmittelbarer Nähe zu der Schaltfläche zu erteilen, die für den Beginn des Downloads betätigt werden muss.

Wurde dann auch tatsächlich mit dem Download kann der Verbraucher einen Vertrag über einen Download nicht mehr widerrufen.

Die konkrete praktische Umsetzung des § 356 Abs. 5 Nummer 2 BGB ist nach Aussage der Experten der Expertenanhörung noch nicht abgeschlossen und kann daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht weiter beurteilt werden.

Allerdings läuft das Widerrufsrecht auch nach der Neuregelung praktisch ins Leere, da die Verbraucherin / der Verbraucher, nicht, wie etwa im Versandhandel üblich, die Ware zunächst prüfen kann, sondern schon unter den o. g. Voraussetzungen das Widerrufsrecht erlischt, bevor die App auch nur ein einziges Mal geöffnet werden konnte. Gegenüber der

alten Rechtslage bei der Software und andere digitale Güter (z. B. Musik) als Ware zu behandeln waren, deren Erwerb als Kaufvertrag zu qualifizieren ist, das Widerrufsrecht grundsätzlich Anwendung findet und nur dann ausnahmsweise nicht besteht, wenn die Ware nicht zur Rücksendung geeignet ist (§ 312 d Abs. 4 Nr. 1 Alt.3 BGB) ist dies nur eine scheinbare Verbesserung.

## 2. Handlungsmöglichkeiten

Die Expertenanhörung ergab ein geteiltes Bild: SRIW sieht bei niedrigpreisigen Apps keinen Bedarf für ein Widerrufsrecht, da kleinere Beträge wie 99 Cent nicht wehtun würden. Bitkom verweist auf das Missbrauchsrisiko, die Gefahr von Raubkopien, das Erfordernis von Schutzmaßnahmen sowie die Gefahr von Preiserhöhungen. Das Erfordernis eines Widerrufsrechts würde sich bei Bedarf im Markt herausbilden. Eine gesetzliche Regelung sollte es nach der Auffassung von Bitkom nicht geben und sei auch nicht nötig.

Bitkom verweist ferner auf die Kommentare von Nutzerinnen und Nutzern in Bewertungsportalen, die vzbv jedoch hinsichtlich Ihrer Aussagekraft (im Hinblick auf gefälschte Produktbewertungen) kritisch beurteilt. vzbv hält es für erforderlich, das Widerrufsrecht auch auf andere digitale Inhalte wie Apps zu erstrecken. Darüber hinaus merkt der vzbv an, dass die meist relativ niedrigen Kosten einer App keine Begründung für die Verweigerung eines Widerrufsrechts sein.

Problematisch sieht vzbv die Kontrolle, ob die App nach dem Widerruf wirklich gelöscht wird. Eine Testphase für die Nutzerinnen und Nutzer wäre aber aus Sicht der vzbv sowie der Projektgruppe wünschenswert.

BITKOM e. V. überreichte im Nachgang zur Expertenanhörung folgende Stellungnahme:

### Stellungnahme BITKOM

Das Widerrufsrecht im Fernabsatz dient dazu, jedem Verbraucher zu ermöglichen, eine Ware auf dieselbe Art und Weise zu prüfen wie in einem Ladengeschäft (vgl. Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie – Richtlinie 97/7/EG). Bei digitalen Gütern (darunter auch verkörperten, die in einem Ladengeschäft verkauft werden) liegt es aber in der Natur der Sache, dass eine Prüfungsmöglichkeit vor Ort im Sinne einer sinnlichen Wahrnehmung nicht gegeben ist. Dies gilt nicht nur für Software, sondern beispielsweise auch für Musik oder Filme. In App Stores gibt es dagegen umfangreiche Beschreibungen, Bewertungen und Rezensionen von anderen Nutzern, Screenshots, teilweise auch Videos, anhand derer die Nutzer sich einen guten Eindruck verschaffen können. Ein Widerrufsrecht für solche digitalen Güter, darunter auch Apps, würde daher zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des stationären gegenüber dem Fernabsatzhandel führen.

Nach Auffassung des BITKOM e.V. bestehen **Missbrauchsrisiken**. So könnten Nutzer Apps zur Lösung einzelner Aufgaben (beispielsweise Apps zum „Scannen“ von Dokumenten mittels der Fotokamera des Geräts, Apps zu einmalig stattfindenden Events, nach denen das Widerrufsrecht ausgeübt werden könnte), erwerben und anschließend die Bestellung innerhalb einer solchen Testzeitspanne widerrufen. Der Kunde hat dann aus dem eigentlichen Wert bereits den Nutzen gezogen.

Darüber hinaus **würde das Raubkopieren von Apps deutlich erleichtert werden**, indem ein Vervielfältigungsstück jeder App zunächst kostenfrei heruntergeladen werden könnte. Dies würde Anbieter dazu bringen, stärker auf für den Verbraucher häufig umständliche

und auch sonst nachteilige technische Schutzmaßnahmen („DRM“) zu setzen, um der stark erhöhten Missbrauchsgefahr entgegen zu wirken.

Ein bekannter App Store bietet inzwischen trotz dieser Bedenken eine 15-Minuten-Testphase als kundenfreundlichen Kompromiss an, da die weit überwiegende Mehrzahl der Rückgaben nach Erfahrung des Anbieters in diesem Zeitraum erfolgte. Im Falle einer gesetzlichen Verpflichtung wäre ein Anbieter aber nicht in der Lage, im verhältnismäßig jungen mobilen Markt flexibel mit Missbrauchsszenarien umzugehen.

Auch müssten mögliche Rückgaben aufgrund eines Widerrufsrechts in der **Preisgestaltung für Apps berücksichtigt werden, was das Preisniveau insgesamt anheben würde** und somit nachteilig für Verbraucher wäre. Bisher werden die meisten Apps zu sehr geringen Preisen angeboten.

Den dargestellten Missbrauchsszenarien, insbesondere in Bezug auf nichtautorisierte Kopien, ist der Gesetzgeber bei „herkömmlichen“, auf einem Datenträger verkörperten digitalen Inhalten begegnet, indem er das Widerrufsrecht bei „Audio- oder Videoaufzeichnungen oder Software, die vom Verbraucher entsiegelt worden sind“ (Art. 6 Abs. 3 Fernabsatzrichtlinie, zukünftig in Art. 16 lit. i) Verbraucherrechterichtlinie – Richtlinie 2011/83/EU) ausgeschlossen hat. Es erschließt sich nicht, weshalb von dieser Wertung bei Apps abgewichen werden sollte.

Diese Position steht im Übrigen im Einklang mit der Verbraucherrechterichtlinie des europäischen Gesetzgebers (s. die Art. 16 lit. m) sowie deren innerstaatliche Umsetzung in § 356 Abs. 5 n.F. BGB), die unter der Voraussetzung der Einhaltung bestimmter Informationspflichten statt einer Überregulierung einen realitätsgerechten faktischen Ausschluss des Widerrufsrechts für digitale Inhalte – darunter auch Apps – vorgesehen hat (die Ausgestaltung wird mit Inkrafttreten der deutschen Umsetzung am 13.06.2014 zusammen fallen). Dabei wurde bewusst auf eine Voll- statt die bisherige Mindestharmonisierung gesetzt, um den grenzüberschreitenden Handel auch zugunsten der Verbraucher zu erleichtern. Es würde einen Rückschritt für den darstellen, wenn wiederum eine Vielzahl an unterschiedlichen Regulierungen an den Nutzer- und Anbieterinteressen vorbei abgebildet werden müssten.

Die Projektgruppe ist der Ansicht, dass ein wirksames Widerrufsrecht für Apps erforderlich ist. Die VRRL sieht das Erlöschen des Widerrufsrechtes unter den o.g. Bedingungen vor. Die Verbraucherinnen und Verbraucher bedürfen jedoch –nach Meinung der Projektgruppe – wie beim Erwerb körperlicher Waren einer Testmöglichkeit. Sie sind nicht weniger schutzwürdig als beim sonstigen Online-Shopping. Das Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher nach Gleichbehandlung ist besonders schutzwürdig. Ferner würde eine solche Regelung zur Rechtsvereinfachung und –vereinheitlichung beitragen, indem die komplizierte Regel-Ausnahme-Konstruktion entfiel. Eine Kontrolle, ob eine App weiter verwendet wird, ist technisch machbar (etwa durch Kopierschutzmaßnahmen oder die Bindung an das Kundenkonto). Ein Ausprobieren einer App entspricht nach der Auffassung der Projektgruppe dem Anprobieren eines online gekauften Pullovers zuhause. Eine Ungleichbehandlung verkompliziert die Rechtslage für Verbraucherinnen und Verbraucher unnötig.

Manche App-Anbieter gewähren den Nutzerinnen und Nutzern ein freiwilliges Rückgaberecht. So können beim Google Play Store bereits heute gekaufte Apps und Spiele innerhalb von 15 Minuten nach dem Kauf zurückgegeben und komplett erstattet werden. Diese freiwillige Regelung könnte –statt eines echten Widerrufsrechts- als best-practise- Beispiel dienen und im Hinblick auf den starken Zuwachs bei der Nutzung von Apps als Grundlage einer gesetzlichen Regelung dienen.

Ferner verliert Software grundsätzlich durch den Download nicht an Wert. Vielmehr sehen die Unternehmer die Gefahr, dass die Verbraucherin / der Verbraucher womöglich eine Kopie behält und somit die App kostenlos erhält. Dies ist jedoch nach Meinung der Projektgruppe mittels Kopierschutzmaßnahmen oder Bindung an einen Account ein eher theoretisches Problem.

Da eine Änderung der Verbraucherrechterichtlinie nur langfristig erfolgen kann ist bis dahin ein Ausgleich erforderlich. Den Verbraucherinnen und Verbrauchern soll alternativ ein Ausgleich für die fehlende Möglichkeit der Rückgabe einer App nach deren Download anzubieten. Ein solcher Ausgleich könnte etwa in der Verpflichtung der Unternehmer begründet werden, den Verbraucherinnen und Verbrauchern eine Demoversion der Dateien (sei es Software oder App) anzubieten. Diese könnte dergestalt sein, dass man die Funktionsweise der App beispielsweise einen oder zwei Tage testen kann, als eingeschränkte Version oder Voll-Version. Nach dem Test-Zeitraum würde automatisch ein Fenster eingeblendet, mittels dessen die Verbraucherin / der Verbraucher gefragt wird, ob sie / er die App unwiderruflich kaufen will. Entscheidet er/sie sich gegen einen Kauf läuft der Testzugang ab und die App/Software kann nicht mehr genutzt werden. Ein solches Verfahren wird heute bereits schon bei PC-Computerspielen angewendet. Bei dem Computer-Spiel „World of Warcraft“ steht dem Nutzer eine 30-Tage-Testversion zur Verfügung. Wenn diese Testphase abgelaufen ist, kann der Nutzer das Spiel nicht weiter ausführen. Das Spiel funktioniert erst wieder, wenn der Nutzer einen entsprechenden Kauf einer Nutzungslizenz tätigt. Auch bei der Leihe von eBooks wird ein ähnliches Verfahren bereits praktiziert.

### **3. Handlungsempfehlung**

Langfristig empfiehlt die Projektgruppe, die Verbraucherrechterichtlinie bei einer möglichen künftigen Revision um ein vollwertiges Widerrufsrecht für Apps und Software zu ergänzen.

Die Projektgruppe empfiehlt ergänzend bis zu einer Revision der Verbraucherrechterichtlinie die freiwillige Schaffung einer Regelung zu Testversionen bei Apps durch die Unternehmen zu erreichen.

## **VII. Verbraucherbildung im digitalen Verbraucherschutz und der Ausbau von Informations- und Aufklärungskampagnen**

Es soll geprüft werden, wie Verbraucherbildung im digitalen Verbraucherschutz gestärkt werden kann und wie entsprechende Informations- und Aufklärungskampagnen in diesem Bereich ausgebaut werden können.

### **1. Problemstellung**

Der Bedarf an Orientierung und Informationen für die Verbraucherinnen und Verbraucher im Bereich des Mobile-Commerce ist sowohl durch die schnellen technischen Entwicklungen als auch die sich laufend verändernden Geschäftsmodelle sehr groß.

Information ist der Schlüssel zu eigenständigen Entscheidungen – dies gilt gerade bei der Fülle der Angebote und Produkte in der digitalen Welt. Im Zuge der Digitalisierung der Gesellschaft kann die Verbraucherin / der Verbraucher digitale Güter wie Apps, Music-Songs, Software und Spiele kaufen. Um sich angesichts dieser Angebotsfülle im Konsumenten-

dschungel zu Recht zu finden, benötigen Verbraucherinnen und Verbraucher daher eine Art Navigationssystem. Aufklärung spielt in diesem Zusammenhang eine ganz entscheidende Rolle. Da die digitalen Güter nahezu untrennbar mit dem Internet verbunden sind, muss eine verstärkte Aufklärung über dieses Medium stattfinden. Gleichwohl müssen Verbraucherinnen und Verbraucher auch auf alt hergebrachten Informationswegen (u. a. durch Printmaterialien oder auf Veranstaltungen) informiert werden. Das Angebot von Informationsangeboten muss ausgebaut und erfolgreiche Projekte (bspw. von einem Land auf das andere) übertragen werden, damit die Verbraucherinnen und Verbraucher informiert agieren und kaufen und nicht unbewusst Kaufentscheidungen treffen, die sie nachher bereuen. Oftmals werden Apps auch kostenlos angepriesen. Um dann den Funktionsumfang zu erweitern fallen weitere Kosten an. Diese sog. In-App-Käufe erfolgen teils nicht gesetzeskonform (siehe unten). Den Verbraucherinnen und Verbrauchern fehlt aufgrund dieser Intransparenz das Bewusstsein, hier einem Geschäftsmodell zu begegnen, das zunächst mit kostenloser Nutzung wirbt, bei dem jedoch eine tatsächliche Nutzung nur nach dem Kauf von Erweiterungen möglich ist.

## **2. Handlungsmöglichkeiten**

Verbraucherschutz und Verbraucherpolitik haben als Ziel mündige Verbraucherinnen und Verbraucher, die selbstbestimmt ihren Konsum ausleben und dabei ihre Bedürfnisse selbstbestimmt zufrieden stellen. Zur Erreichung dieses Zieles müssen die Verbraucherinnen und Verbraucher nicht nur die Produkte und rechtlichen Rahmenbedingungen, sondern gerade im Bereich des M-Commerce auch die technischen Verfahren der eingesetzten Geräte und Software sowie die damit verbundenen Risiken kennen.

Um diese benötigte Verbraucherkompetenz zu erwerben, bedarf es daher – neben einer adäquaten Verbraucherinformation – einer umfangreichen Verbraucherbildung. Bislang erfolgt der Kompetenzerwerb häufig noch per learning-by-doing bzw. per „Nachbarschaftshilfe“. Dies ist aber keine geregelte Kompetenzvermittlung, da der Zugang zu den wichtigen Informationen nicht jedem im gleichen Umfang möglich ist und Kompetenz so sehr unterschiedlich erworben wird. Kenntnisse in der sicheren Anwendung der mobilen Endgeräte müssen in der Schule und im außerschulischen Bereich vermittelt werden.

So vielfältig die Wege und das Niveau der Verbraucherkompetenz im digitalen Leben sind, so vielfältig sind auch die Sicherheitsphilosophien. Während die einen ein sehr hohes Schutzniveau wünschen, sehen andere keinen Unterschied mehr zwischen privat und öffentlich in der digitalisierten Welt. Andere Nutzerinnen und Nutzer werden aus mehr oder weniger Unkenntnis, verbunden mit einem Konsumzwang, die Unsicherheiten hinsichtlich des Verbraucher- und Datenschutzes akzeptieren. Weiterhin kommt erschwerend hinzu, dass die technologische Entwicklung unentwegt voran schreitet und sich somit auch die technischen Kompetenzen der Nutzerinnen und Nutzer permanent weiterentwickeln müssen.

Die bereits bestehenden Informationsangebote der Deutschen Stiftung Verbraucherschutz wie die Videospotserie „Verbraucherschutz in 100 Sekunden“, die bestimmte Themenfelder aus Sicht der Verbraucherinnen und Verbraucher einfach und komprimiert erklären, sollten um den digitalen Bereich erweitert werden. Dies gilt insbesondere für Themen wie Online-Shopping, Mobile Payment, Datenschutz im Internet sowie um das Thema Apps. Inhalt, Funktionsweise und Risiken von Apps müssen so beleuchtet werden, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher aufgeklärt sind und gefahrlos eine Kaufentscheidung treffen können.

nen. Eine geeignete Plattform zur Aufklärung über das Thema Mobile Commerce wäre u. a. die Seite „Surfer haben Rechte“. Die Plattform fußt auf dem Projekt „Verbraucherrechte in der digitalen Welt“, welches am 1. Januar 2009 durch den Verbraucherzentrale Bundesverband gestartet wurde. Ziel des Projektes ist es, die Verbraucherinnen und Verbraucher zu befähigen, sich sicher im Internet zu bewegen und aktiv teilzunehmen. Der Verbraucherzentrale Bundesverband führt dafür eine Aufklärungs- und Informationskampagne sowie die rechtliche Überprüfung von Internetangeboten durch. Auf der Seite [www.surfer-haben-rechte.de](http://www.surfer-haben-rechte.de) findet sich für Verbraucherinnen und Verbraucher sowie für Multiplikatoren seit Sommer 2009 ein breites Informationsangebot rund um den digitalen Verbraucherschutz. Die Seite wurde 2010 mit dem „Klicksafe-Preis für Sicherheit im Internet“ ausgezeichnet. Mit der Verleihung des Preises werden herausragende Leistungen zur Steigerung der Sicherheit bei der Nutzung des Internet ausgezeichnet und als Vorbild bekannt gemacht. Das Projekt wurde vom Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz finanziell gefördert. Surfer haben Rechte kooperiert mit dem Projekt Verbraucher sicher online, das an der Technischen Universität Berlin angesiedelt ist.

Eine Einbindung des Themas Mobile Commerce in bereits bestehende Bildungsprojekte in den Ländern, die sich an Kinder und Jugendliche, junge Familien oder Eltern richten, scheint zudem sinnvoll. In Hessen könnte dieser Baustein etwa in das Projekt „Durchblick gehört dazu“ aufgenommen werden. Dieses Gemeinschaftsprojekt dient zur Stärkung der Alltagskompetenzen junger Menschen. Damit Jugendliche und junge Erwachsene lernen, ihren Alltag zu meistern, haben die Verbraucherzentrale Hessen (VZH) und DHB-Netzwerk Haushalt, Landesverband Hessen (DHB) mit finanzieller Unterstützung des Hessischen Verbraucherschutzministeriums ein Bildungsangebot für Jugendliche und junge Erwachsene entwickelt. Dort wird ihnen Wissen in rechtlichen, finanziellen oder gesundheitlichen Fragen vermittelt und sie lernen Verantwortung für sich, die Umwelt und viele weitere Bereiche des Alltags zu übernehmen. Rund 20 zielgruppengerechte Bildungsmodule stehen hier zur Verfügung. Die Palette der Themen umfasst zum Beispiel: Fallen im Internet, Stromsparen und Altersvorsorge. Zur Erweiterung sollten entsprechende Gespräche geführt werden.

Das bisher vom BMELV getragene Projekt „Klarheit und Wahrheit“ aus dem Lebensmittelsektor (Portal [lebensmittelklarheit.de](http://lebensmittelklarheit.de)) könnte auf Felder wie den digitalen Verbraucherschutz ausgedehnt werden. Aufgrund des neuen Ressortzuschnitts auf Bundesebene ist dies aber von der künftigen Fortführung abhängig. Denkbar ist ein App-Check-Portal, bei welchem die Apps hinsichtlich verschiedener Kriterien beleuchtet werden (Kostenpflichtig/kostenlos, Zielgruppe, Betriebssystem, Sprache, Entwickler, Kundenservice, verbraucherfreundliche Darstellung der AGB). Betreiber könnte der Verbraucherzentrale Bundesverband sein. Verbraucher sollten die Möglichkeit haben, Apps vorzuschlagen, die vom Betreiber geprüft werden. Zudem sollte der Betreiber eigeninitiativ Apps aus den verschiedenen Bereichen (Bsp. Bildung/Unterhaltung/Essen/Finanzen/Spiele/Musik, etc.) prüfen und vorstellen, ähnlich der privat(-wirtschaftlich) betriebenen Seite [www.check-app.de](http://www.check-app.de) oder der für den Gesundheitsbereich vom Nordrhein-Westfälischen Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter betriebenen Seite [www.appcheck.de](http://www.appcheck.de).

Besonderer Informations- und Aufklärungsbedarf im Bereich Mobile-Commerce besteht für Kinder und Eltern. So ergab eine im August 2013 von dem Verbraucherzentrale Bundesverband veröffentlichte Umfrage, dass Kinder-Apps oft nicht kinderfreundlich sind. Einer der Hauptkritikpunkte der Untersuchung: kostenlos angepriesene Apps seien in Wahrheit oft

kostenpflichtig – die kostenlose Variante bei Spielen halte nur einige Minuten an, danach sei ein Kauf unumgänglich. Ein Klick der Kinder und schon wird Geld über die Prepaid-Karte, das Kundenkonto oder die Telefonrechnung abgebucht, von wenigen Cent bis im hohen zweistelligen Bereich. Die Tatsache, dass das Angebot kostenpflichtig ist, ist vielen Kindern, aber auch Eltern oft nicht bewusst. Oftmals in die Apps integrierte Werbung verleite Kinder ebenso dazu, Anwendungen auszuführen, die sie gar nicht bewusst ausführen wollten, wie zum Beispiel die Teilnahme an sozialen Medien. Hier fehlt es in der Fläche an gezielten Informationen für Eltern und Kinder/Jugendliche.

### **3. Handlungsempfehlung**

Die Projektgruppe regt an, dass die Verbraucherschutzressorts von Bund und Ländern das Thema „Digitale Welten“ im o.g. Sinne auch im Rahmen ihres Einsatzes für eine umfassende Verbraucherbildung noch stärker berücksichtigen. Alle Akteure (Bund, Länder, Schulen, Verbraucherzentralen und Wirtschaft) sollen dazu einen Beitrag leisten.

Ferner regt die Projektgruppe an, bei der Förderung der Verbraucherzentralen einen stärkeren Fokus in diesem Bereich zu setzen.

Die Projektgruppe empfiehlt, die bereits vorhandenen Bildungs- und Informationsangebote für Verbraucherinnen und Verbraucher sukzessive im Sinne der o. g. Möglichkeiten auszubauen und anzupassen.

## **VIII. Mobile Payment**

### **1. Problemstellung**

Im Hinblick auf die Frage der Datensicherheit soll ermittelt werden, wie besondere Sicherheitsanforderungen beim Bezahlen via Smartphone umgesetzt und entsprechend ausgebaut werden können.

Für eine erfolgreiche Etablierung von Mobile Payment-Angeboten ist Vertrauen unerlässlich. Laut der GfK-Studie aus dem Jahr 2011 würden sich die Verbraucherinnen und Verbraucher in Sachen Mobile Payment am sichersten bei Finanzdienstleistern – speziell Banken – fühlen. Von den in Deutschland befragten Verbraucherinnen und Verbraucher gaben 86 Prozent an, dass sie Banken als Mobile Payment-Anbieter Vertrauen gegenüber bringen. Einer Kooperation von Banken und Mobilnetzbetreibern als Anbieter von Mobile Payment würden 74 Prozent der Deutschen vertrauen.

Zugleich ist mangelndes Vertrauen in die Sicherheit der existierenden Mobile Payment-Verfahren das größte Hemmnis seitens der Verbraucherinnen und Verbraucher, Mobile Payment-Verfahren zu verwenden.<sup>27</sup> In einer repräsentativen Umfrage der Beratungsgesellschaft Faktenkontor sowie des Marktforschers Toluna aus dem Jahr 2012 gaben nur acht Prozent an, dass sie der Meinung sind, dass Bezahlverfahren, die über das Handy genutzt werden, sicher sind. 17 Prozent antworteten mit „ja, wahrscheinlich“, wo hingegen 32 Prozent „nein, wahrscheinlich nicht“ und 35 Prozent „nein, bestimmt nicht“ angaben.

<sup>27</sup> <http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xbcr/digitalrechte/mobile-commerce-studie-vzvb-2012.pdf> S. 40

Gerade in Zeiten von Prism, Tempora & Co. ist fraglich, wie sicher Daten sind bzw. wie einfach diese ausgelesen werden können. Dies kann zufolge haben, dass sensible Daten wie eine PIN möglicherweise in den Besitz von unbefugten Dritten gelangen. Darüber hinaus besteht die Gefahr der Profilbildung, da in der Regel für jeden Zahlungsvorgang Ort und Zeit des Einkaufs registriert werden und so Nutzungsgewohnheiten ausgewertet werden können. Unabhängig von der aktuellen Diskussion rund um die NSA sind solche Nutzerdaten für Unternehmen interessant, da sie so zielgenau Werbung für die Verbraucherinnen und Verbraucher bereitstellen können.

Aufgrund der Tatsache, dass sich Mobile Payment in Deutschland noch nicht etabliert hat, aber verschiedene Mobile Payment-Systeme auf den Markt drängen bzw. in der nächsten Zeit auf den Markt drängen werden, bleibt abzuwarten, wie diese sich in der Praxis behaupten und durchsetzen werden und ob sie seitens der Verbraucherinnen und Verbraucher auf Akzeptanz stoßen werden.

Gerade die NFC-Technologie scheint erfolgsversprechend. Es werden diesbezüglich Aktivitäten im Banken-, Mobilfunk- und Internetsektor zur Einführung von Mobile Payment-Lösungen beobachtet.<sup>28</sup> Dies allein genügt jedoch nicht, da ein Markterfolg neben einer entsprechenden Akzeptanz seitens der Verbraucherinnen und Verbraucher auch von der Verbreitung von NFC-fähigen Smartphones abhängt. Um die Zeit zu überbrücken, bis alle Smartphones NFC-fähig sind, werden von den Netzbetreibern derzeit Übergangskonzepte ausgearbeitet. So könnten beispielsweise durch den Einsatz NFC-fähiger Speicherkarten im SD- und im Micro-SD-Format mobile Endgeräte nachträglich NFC-fähig gemacht werden.

Mit der neuen Zahlungsdiensterichtlinie wird zukünftig wird zudem die Zahlungsabwicklung über Telekommunikationsdienstleister beschränkt werden. Dies soll nur noch als Nebendienstleistung zulässig sein, z. B. wohl noch für Klingeltöne. Die Abwicklung von Zahlungen für Musik, Apps, für digitale Spiele etc. über SMS oder sonstige Zahlungsmittel soll dann der aufsichtsrechtlichen Genehmigung bedürfen.

## **2. Handlungsmöglichkeiten**

Viele Verbraucherinnen und Verbraucher sind (noch) skeptisch, was den Einsatz von Mobile Payment angeht. Dennoch werden Mobile Payment-Anwendungen zunehmend an Bedeutung im alltäglichen Zahlungsverkehr gewinnen. Um das Vertrauen bei Verbraucherinnen und Verbrauchern zu stärken und eine risikoarme Nutzung zu ermöglichen, darf keinesfalls das Haftungsrisiko für unautorisierte Zahlungen auf diese abgewälzt werden. Gerade in Anfangszeiten kann nicht ausgeschlossen werden, dass vereinzelt Fehlfunktionen, Funktionsausfälle oder Sicherheitslücken auftreten deshalb muss in diesen Fällen klar geregelt sein, dass das Haftungsrisiko bei den Anbietern und nicht bei den Nutzerinnen und Nutzern liegt.

Ferner müssen die beim Online Banking geltenden Sicherheitsstandards (sogenannte Zwei-Stufen-Authentifizierung) auch beim Mobile Payment zur Anwendung kommen. Gemäß der geltenden Richtlinie 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass ein Zahlungsvorgang unverändert nur dann als auto-

---

<sup>28</sup> Ders. S. 41

risiert gilt, wenn die Zahlende / der Zahlende dem Zahlungsvorgang zugestimmt hat. Fehlt die Zustimmung (Zustimmung in vereinbarter Form), gilt der Zahlungsvorgang als nicht autorisiert. Diese Regelung gilt unverändert im aktuellen Vorschlag für eine Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (COM(2013) 547 final). Da Mobile Payment-Dienstleistungen (mit Ausnahme der unter Artikel 3 Buchstabe I fallenden Konstellationen) nicht aus dem Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs ausgenommen wurden, gelten künftig für Zahlungen per Mobile Payment im Wesentlichen die gleichen gesetzlichen Vorgaben wie für den Bereich des Online-Bankings. Zur Einhaltung dieser Vorgaben bedarf es der Schaffung und Fortentwicklung angemessener Authentifizierungsstandards speziell für den Bereich des Mobile Payment.

Unerlässlich scheint außerdem, dass standardisierte Verfahren entwickelt werden, die es Verbraucherinnen und Verbrauchern ermöglichen, ihren Anbieter frei zu wählen und vergleichbaren Nutzungsbedingungen vorzufinden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass Nutzerinnen und Nutzer ihr bevorzugtes Zahlungsmedium möglichst überall nutzen möchten, was ebenfalls die Etablierung von standardisierten Verfahren unumgänglich macht. Laut einem Bericht<sup>29</sup> des Steinbeis Research Centers for Financial Services erreichen europaweite Standards und folglich hohe Reichweiten bis dato nur Zahlungssysteme der Finanzwirtschaft.

Wie oben dargestellt, ist die Entwicklung bei Authentifizierungs- und Standardisierungstechniken stark im Fluss. Aus Sicht der Projektgruppe könnte ein erster verbraucherpolitischer Schritt auch darin bestehen, die Verbraucherinformation und -bildung speziell zur Sicherheit (in Bezug auf die Autorisierung, die Datenübermittlung und den eigentlichen Geldtransfer) der derzeit auf dem Markt befindlichen Mobile Payment-Lösungen sowie zu ihrer Kompatibilität mit verschiedenen Endgeräten der Nutzerinnen und Nutzer zu verstärken. Die Schaffung eines nach dem Stand der Technik laufend aktualisierten Kriterienkatalogs für "sichere" Mobile Payment Anwendungen und ein damit zusammenhängendes Gütesiegel würde zusätzlich für Transparenz für die Verbraucherinnen und Verbraucher sorgen.

### **3. Handlungsempfehlung**

Die Projektgruppe empfiehlt, im Bereich des Mobile Payments für folgende Änderungen einzutreten:

- Das Haftungsrisiko für unautorisierte Zahlungen darf nicht bei den Verbraucherinnen und Verbrauchern liegen.
- Die beim Online Banking geltenden Sicherheitsstandards (sogenannte Zwei-Stufen-Authentifizierung) müssen auch beim Mobile Payment zur Anwendung kommen.
- Nutzungsbedingungen verschiedener Anbieter müssen vergleichbar sein.
- Transaktionen müssen nutzerfreundlich, transparent und nachkontrollierbar abgewickelt werden.
- Stärkung von Verbraucherinformation und -bildung zur Sicherheit und Kompatibilität verschiedener Zahlungssysteme

<sup>29</sup> [http://www.steinbeis-research.de/pdf/Zusammenfassung\\_Mobile\\_Payment-wohin\\_geht\\_die\\_Reise.pdf](http://www.steinbeis-research.de/pdf/Zusammenfassung_Mobile_Payment-wohin_geht_die_Reise.pdf) S. 1

## **IX. In-App-Käufe**

### **1. Problemstellung**

Sog. In-App-Käufe (Käufe innerhalb einer App – etwa Erweiterungen, Abonnements, Extras in Spielen etc.) werfen eine Reihe von Problemen auf. Es ist möglich aus einer laufenden Anwendung heraus Erweiterungen dieser zu erwerben. Manche Spiele werden beispielsweise kostenlos abgegeben. Um dann einen weiteren Spielerfolg zu erreichen, werden den Nutzerinnen und Nutzern innerhalb des Spiels Angebote gemacht, weitere Leben, Erweiterungen etc. entgeltpflichtig zu erwerben. Im Einzelnen sei auf die Ausführungen zu In-App-Käufen im Teil E verwiesen.

Die amerikanische FTC hatte Apple beispielsweise<sup>30</sup> Verstöße gegen das US-Gesetz FTC Act<sup>31</sup> vorgeworfen. Demnach konnten Kinder für einen Zeitraum von 15 Minuten, nachdem ihre Eltern eine App gekauft hatten, ohne Eingabe des Passworts und damit ohne Wissen ihrer Eltern weitere In-App-Käufe vornehmen. Bei der Passwortabfrage habe Apple seine Nutzer nicht auf dieses Zeitfenster aufmerksam gemacht. Apple habe mehrere zehntausend Beschwerden erhalten, so die FTC weiter. Als Beispiel nennt sie einen Verbraucher, dessen Tochter in der App "Tap Pet Hotel" 2600 Dollar ausgegeben habe. In anderen Fällen hätten Kinder in Apps wie "Dragon Story" und "Tiny Zoo Friends" für mehr als 500 Dollar eingekauft.

Die in der Regel ohne weitere Einstellung möglichen In-App-Käufe wurden von vzbv und der PG kritisch gesehen. Der Kauf sei „zu einfach“. Dass die Buttonlösung hier häufig nicht gesetzeskonform umgesetzt wird, wurde auch von den Experten nicht klar bestritten.

### **2. Handlungsmöglichkeiten**

In Form der Button-Lösung bestehen grundsätzlich wirksame rechtliche Bedingungen auch für In-App-Käufe. Es mangelt aber an Ihrer technischen Umsetzung. Grundbedingung muss aber sein, dass für jeden einzelnen Kauf ein Passwort erfragt wird und eine ausdrückliche Zustimmung im Sinne der Button Lösung erfolgt.

### **3. Handlungsempfehlung**

Nach Auffassung der Projektgruppe handelt es sich bei der Problematik unbeabsichtigter In-App-Käufe um die Folge einer nicht gesetzeskonformen Umsetzung der Button Lösung. Ein legislativer Handlungsbedarf ergibt sich damit nicht.

Die Projektgruppe empfiehlt eine verstärkte Behandlung der Problematik der In-App-Käufe in der Verbraucherbildung –und beratung im Bereich der digitalen Medien.

## **X. Review-Systeme bei Bewertungen**

### **1. Problemstellung**

Von den Experten wurde die Wichtigkeit von Kundenbewertungen für die Kaufentscheidung hervorgehoben. Zugleich wurden jedoch seitens des vzbv Zweifel an der Verlässlichkeit vieler Bewertungen und Bewertungsportale geäußert. Die Wirtschaftsvertreter bemängelten die zurückhaltende Strafverfolgung hinsichtlich Betrug und Beleidigungsdelikten. Ganze

<sup>30</sup> <http://www.zdnet.de/88181261/unautorisierte-in-app-kaeufe-apple-erstattet-kunden-mindestens-325-millionen-dollar/>

<sup>31</sup> <http://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act>

„Teams von Anwälten“ gingen solchen Verstößen insbesondere im Hinblick auf einen unlauteren Wettbewerb nach.

## **2. Handlungsmöglichkeiten**

Kundenbewertungen wird mittlerweile eine große Relevanz zugemessen. Viele Kunden verlassen sich hierauf. Jedoch sind solche Bewertungen zu einem recht hohen Anteil gefälscht.<sup>32</sup> Teilweise stellen sie ein Produkt besonders negativ oder besonders positiv dar. Gerade für die Abgabe einer besonders positiven Bewertung können bereits Firmen beauftragt werden, die sich darauf spezialisiert haben. Verbraucherinnen und Verbraucher sollten jedoch die Gewähr für eine möglichst objektive Bewertung haben.

Ein Mehr an Sicherheit könnte durch sog. „authentifizierte“ (oder bestätigte) Käufe erfolgen: Produkte sollen auf Händlerseiten nur dann bewertet werden können, wenn die Kundin / der Kunde sie tatsächlich bei diesem Händler gekauft hat.

Hier sind aber vor allem die Händler selbst gefragt. Gesetzliche Vorgaben in diese Richtung greifen stark in den Grundsatz der Privatautonomie ein. Straf- und Privatrechtlich existieren bereits Werkzeuge.

## **3. Handlungsempfehlung**

Die Projektgruppe empfiehlt für transparentere Regeln zum „Review“ von Bewertungen hinsichtlich Missbrauch einzutreten. Im Hinblick auf die besondere Verantwortung der Unternehmen sollen diese eng in einen Prozess miteinbezogen werden.

## **XI. Mängelrechte**

Den Experten sind keine Probleme in der Durchsetzung von Mängelrechten bei Apps bekannt. Die Anbieter zeigen sich in der Regel kulant und erstatten den Kaufpreis oder liefern zeitnah Updates.

Einzig problematisch erscheint dem vzbv, dass häufig unklar ist, ob ein Hard- oder Softwareproblem vorliegt. Software soll ausnahmslos dem Kaufrecht unterfallen.

Nach Meinung der Expertengruppe handelt es sich hierbei aber um ein Beweisproblem.

Die Projektgruppe sieht daher für den Bereich der Mängelrechte keinen Handlungsbedarf.

---

<sup>32</sup> etwa 30% - FR Online vom 16. August 2013 - <http://www.fr-online.de/recht/-gefaelschte-bewertungen-im-internet-erkennen-produkte-kommentar,21157310,24027562.html>

## E. Darstellung des Ist-Zustands: Tatsächliche und rechtliche Maßnahmen

### I. Rechtliche Grundlagen des M-Commerce

Der M-Commerce berührt eine Vielzahl rechtlicher Anforderungen. Es handelt sich um eine Querschnittsmaterie, die eine ganze Reihe von Rechtsgebieten mit den jeweils zugehörigen rechtlichen Regelungen umfasst.

Hierzu gehören insbesondere

- das Telekommunikationsrecht mit dem Telekommunikationsgesetz (TKG),
- das Telemedienrecht mit dem Telemediengesetz (TMG),
- das allgemeine Vertrags- und AGB-Recht
- das Fernabsatz- und E-Commerce-Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) und das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB),
- die Preisangabenverordnung (PAngV),
- das Wettbewerbsrecht mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),
- das Kennzeichenrecht mit dem Markengesetz (MarkenG),
- das Urheberrecht mit dem Urheberrechtsgesetz (UrhG)
- und das Datenschutzrecht mit dem TKG, dem TMG und dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

Das Recht des M-Commerce ist von dem Grundsatz geprägt, dass grundsätzlich die gleichen rechtlichen Anforderungen gelten wie für den E-Commerce. Eine spezifische Auslegung und Umsetzung der für den E-Commerce geltenden Anforderungen greift aber beispielsweise bei der Frage nach den beschränkten Darstellungsmöglichkeiten von AGB und Belehrungen. M-Commerce-spezifische Sachverhalte, die keine Entsprechung im E-Commerce haben, betreffen Apps und standortbasierte Services.

M-Commerce-Anbieter müssen sicherstellen, dass die rechtlichen Anforderungen des M-Commerce auf allen mobilen Endgeräten, mit denen ihre Angebote abgerufen werden können, erfüllt sind. Angesichts der Verschiedenheit der genutzten mobilen Endgeräte – etwa im Hinblick auf die Displaygröße, das genutzte Betriebssystem sowie die genutzte Software – muss ein großer Aufwand betrieben werden.

Die Abgrenzung des M-Commerce zu den mittels mobiler Endgeräte durchgeführten (Tele-)Kommunikations- sowie Mehrwertdiensten ist nicht trennscharf. So fallen zwar mobile (Tele-)Kommunikationsdienste wie Mobilfunk- und Sprachtelefonie, SMS und mit mobilen Endgeräten versandte E-Mails nicht in den Bereich M-Commerce.<sup>33</sup> Das Gleiche gilt auch für die meisten mobilen Mehrwertdienste, wie bspw. Auskunftsdienste oder per Mehrwertdienst-Rufnummern erbrachte Premium-Dienste. Dem M-Commerce zugerechnet werden hingegen jedoch per Premium-SMS bestellte Klingeltöne oder auch sonstige per SMS oder E-Mail geschlossene Verträge. Per Sprachtelefonie geschlossene Verträge wiederum sind nicht auf mobile Endgeräte beschränkt und unterfallen daher nicht dem M-Commerce.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Lehmann/Meents/Nordmann, Kap.Kapitel 16 Rz. 1 in Handbuch Versandhandelsrecht

<sup>34</sup> Klinger in Handbuch Versandhandelsrecht Kap. 4B Rn. 73

## II. Allgemeine Informations- und Gestaltungspflichten von M-Commerce-Anbietern

M-Commerce-Anbieter unterliegen je nach Ausgestaltung ihrer Angebote und deren rechtlicher Einordnung allgemeinen Informations- und Gestaltungspflichten. Hierzu gehören insbesondere die telemedienrechtlichen Pflichten zur Anbieterkennzeichnung nach § 5 TMG, die Pflichten zur Preisangabe nach der PAngV, die telekommunikationsrechtlichen Informationspflichten nach dem TKG, die Informationspflichten für Dienstleistungserbringer nach der Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung (DL-InfoV) und die E-Commerce-rechtlichen Informations- und Gestaltungspflichten nach § 312g BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB.

### 1. Anbieterkennzeichnung

Um Nutzer über ihre Identität zu informieren, sind M-Commerce-Anbieter verpflichtet, für ihre Angebote die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TMG aufgezählten einzelnen Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten. Voraussetzung ist, dass es sich bei den für die Nutzung über mobile Endgeräte bereit gehaltenen Angeboten der M-Commerce-Anbieter um geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemediendienste i.S.d. § 5 Abs. 1 TMG handelt. Zu den Telemediendiensten zählen gemäß § 1 Abs. 1 TMG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 RStV (Rundfunkstaatsvertrag) sind. Somit sind die meisten M-Commerce-Angebote als Telemediendienste einzuordnen. Das gilt für über WAP (Wireless Application Protocol)-Portale bzw. WAP-Seiten abrufbare M-Commerce-Angebote, wie bspw. Musikstücke und sonstige Internetinhalte, genauso wie für die vielfältigen Angebote des Mobile Web, insbesondere mobile Websites mit Online-Shops, Online-Auktionen, redaktionellen Inhalten, Unterhaltungs- und Serviceangeboten, Social Media sowie Online-Gaming-Angebote. Auch Apps und standortbasierte Services gehören überwiegend zu den Telemediendiensten. Keine Telemediendienste, sondern telekommunikationsgestützte Dienste gemäß § 3 Nr. 25 TKG sind hingegen per (Premium-9 SMS bestellte sowie per WAP-Download abgewickelte M-Commerce-Angebote wie sie für den Vertrieb von Klingeltönen, Handy-Logos etc. immer noch typisch sind.<sup>35</sup> Wenn lediglich die Bestellungen und/oder die Vertragsschlüsse per SMS oder E-Mail über mobile Endgeräte stattfinden, die Vertragsabwicklung jedoch offline erfolgt, liegt ebenfalls kein Telemediendienst, sondern ein reiner Telekommunikationsdienst gemäß § 3 Nr. 24 TKG vor. Geschäftsmäßig i.S.d. § 5 Abs. 1 TMG werden Telemediendienste schon dann erbracht, wenn sie auf einer nachhaltigen Tätigkeit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht beruhen, sich also nicht nur auf private Gelegenheitsgeschäfte beschränken. Das ist bei M-Commerce-Angeboten kommerzieller Anbieter durchweg der Fall.<sup>36</sup>

Der Großteil der Apps ist damit nicht nur ein einfaches Stück Software, sondern gleichzeitig ein Informations- und Kommunikationsdienst. Apps, die während ihrer Nutzung Informationen austauschen, gelten als Telemedien im Sinne von § 1 Absatz 1 Satz 1 TMG. Gemäß § 5 Absatz 1 Nummer 1- 7 TMG haben Diensteanbieter für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien, folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten (Impressumpflicht):

<sup>35</sup> Vgl. dazu ausführlich Taeger/Rose, K&R 2007, 233 (234 ff.).

<sup>36</sup> Oelschlägel/Bauer – Handbuch Versandhandelsrecht Rn. 113 ff.

**§ 5 Absatz 1 Nummer 1- 7 TMG:**

1. den Namen und die Anschrift, unter der sie niedergelassen sind, bei juristischen Personen zusätzlich die Rechtsform, den Vertretungsberechtigten und, sofern Angaben über das Kapital der Gesellschaft gemacht werden, das Stamm- oder Grundkapital sowie, wenn nicht alle in Geld zu leistenden Einlagen eingezahlt sind, der Gesamtbetrag der ausstehenden Einlagen,
2. Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihnen ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post,
3. soweit der Dienst im Rahmen einer Tätigkeit angeboten oder erbracht wird, die der behördlichen Zulassung bedarf, Angaben zur zuständigen Aufsichtsbehörde,
4. das Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister oder Genossenschaftsregister, in das sie eingetragen sind, und die entsprechende Registernummer,
5. soweit der Dienst in Ausübung eines Berufs im Sinne von Artikel 1 Buchstabe d der Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (ABl. EG Nr. L 19 S. 16), oder im Sinne von Artikel 1 Buchstabe f der Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG (ABl. EG Nr. L 209 S. 25, 1995 Nr. L 17 S. 20), zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/38/EG der Kommission vom 20. Juni 1997 (ABl. EG Nr. L 184 S. 31), angeboten oder erbracht wird, Angaben über
  - a) die Kammer, welcher die Diensteanbieter angehören,
  - b) die gesetzliche Berufsbezeichnung und den Staat, in dem die Berufsbezeichnung verliehen worden ist,
  - c) die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und dazu, wie diese zugänglich sind,
6. in Fällen, in denen sie eine Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27a des Umsatzsteuergesetzes oder eine Wirtschafts-Identifikationsnummer nach § 139c der Abgabenordnung besitzen, die Angabe dieser Nummer,
7. bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die sich in Abwicklung oder Liquidation befinden, die Angabe hierüber.

Da § 5 Abs. 1 TMG anders als z.B. Art. 246 § 1 EGBGB von seinem Wortlaut her keine dem jeweils eingesetzten Kommunikationsmittel entsprechende Erfüllung der Informationspflichten vorsieht, scheidet eine generelle Berücksichtigung der medienspezifischen Besonderheiten des M-Commerce bei den formellen Anforderungen der Anbieterkennzeichnung aus. Auch die Rechtsprechung wendet § 5 Abs. 1 TMG grundsätzlich ohne Einschränkung auf M-Commerce-Angebote an.<sup>37</sup> Es ist allerdings eine M-Commercespezifische Auslegung im Rahmen der einzelnen formellen Anforderungen der Anbieterkennzeichnung vorzunehmen. Die Pflichtinformationen gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TMG müssen leicht erkennbar sein. Sie sollten mit klaren Bezeichnungen wie „Anbieterkennzeichnung“, „Impressum“ oder „Kontakt“ versehen sein. Es ist ferner erforderlich, dass sie an gut wahrnehmbarer Stelle stehen und ohne langes Suchen aufgefunden werden können, d. h. sie müssen für die Nutzerinnen und Nutzer leicht und effektiv wahrnehmbar sein.

Verletzt der M-Commerce-Anbieter die Pflichten zur Anbieterkennzeichnung gemäß § 5 Abs. 1 TMG, setzt er sich Ansprüchen, insbesondere Unterlassungsansprüchen, von Verbraucherschutz- und Wettbewerbsverbänden sowie Mitbewerbern nach dem UKlaG bzw. dem UWG aus. Diese können für den M-Commerce-Anbieter kostenpflichtige Abmahnungen und Unterlassungsklagen nach sich ziehen. Bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln droht außerdem gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 TMG ein Bußgeld bis zu 50.000 Euro. Ein Anbieter haftet auch dann für die Einhaltung der Pflichten zur Anbieterkennzeichnung, wenn er nicht weiß, dass seine Angebote auch mobil abgerufen werden können, oder wenn auf seine Angebote mit anderen mobilen Endgeräten als beabsichtigt zugegriffen wird.

<sup>37</sup> Vgl. LG Köln, Urt. v. 6.8.2009 – 31 O 33/09

## 2. Preisangaben

M-Commerce Anbieter unterliegen den Pflichten zur Preisangabe nach der Preisangabenverordnung (PAngV). Gemäß § 1 Abs. 1 PAngV erstreckt sich der Anwendungsbereich der PAngV auf sämtliche M-Commerce-Angebote, bei denen den Verbraucherinnen und Verbrauchern im geschäftlichen Verkehr Waren oder Leistungen angeboten werden (Produktangebote) oder bei denen gegenüber den Verbraucherinnen und Verbrauchern für solche Angebote unter Angabe von Preisen geworben wird (Werbung mit Preisangaben). Erfasst sind somit alle Angebote der über mobile Endgeräte abrufbaren Online-Shops, Online-Auktionen und sonstigen entgeltlichen M-Commerce-Angeboten, aber auch Maßnahmen des M-Marketing, bei denen konkrete Produktangebote beschrieben und/oder (konkrete) Preise angegeben werden.

Im Einzelnen gilt / ist zu berücksichtigen:

- Gemäß § 1 Abs. 2 PAngV sind M-Commerce-Anbieter, da sie Waren und Leistungen im Fernabsatz anbieten, zusätzlich verpflichtet anzugeben, dass die ausgewiesenen Preise die Umsatzsteuer und sonstigen Preisbestandteile bereits enthalten, z.B. durch den Hinweis inklusive Umsatzsteuer sowie die Information, ob zusätzliche Liefer- und Versandkosten anfallen und – wenn dies der Fall ist – deren Höhe.
- Grundsätze der Preisklarheit- und Preiswahrheit
- Die Rechtsprechung verlangt, dass die Preisangabenverordnung ohne Einschränkung auf M-Commerce-Angebote angewendet wird und Anbieter sich auf die verschiedenen technischen Gegebenheiten einstellen.<sup>38</sup>
- Der Wortlaut von § 1 Absatz 6 Satz 2 PAngV („Wer zu Angaben nach dieser Verordnung verpflichtet ist, hat diese dem Angebot oder der Werbung eindeutig zuzuordnen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar zu machen.“) lässt grundsätzlich Interpretationsspielraum
- Hervorhebung von Endpreisen gemäß § 1 Absatz 6 Satz 3 PAngV

### Rechtsfolgen bei Verstößen:

Die Preisangabenverordnung ist anerkanntermaßen eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Dies hat zur Folge, dass ein Verstoß gegen Regelungen der Preisangabenverordnung zugleich einen Verstoß gegen das UWG darstellt. Dies wiederum führt dazu, dass die nach dem UWG Anspruchsberechtigten ihre Ansprüche gegen den Rechtsverletzer geltend machen können. Dies betrifft vor allem Abmahnungen von Konkurrenten und Verbraucherschutzverbänden.

Im Übrigen ergibt sich aus § 10 PAngV, dass bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen die Pflichten aus § 1 PAngV eine Ordnungswidrigkeit vorliegt, die mit einer Geldbuße verbunden sein kann.

<sup>38</sup> Vgl. LG Hannover, Urteil vom 21.6.2005 – 14 O 158/04, CR 2006, 529 m. Anm. Möglich; vgl. auch LG Köln, Urteil vom 6.8.2009 – 31 O 33/09 m. zust. Anm. Krieg, jurisPR-ITR 1/2010 Anm. 4; OLG Hamm, Urteil vom 20.5.2010 – I-4 U 225/09, CR 2010, 609 = K&R 2010, 591 m. zust. Anm. Dittrich

### 3. Telekommunikationsrechtliche Informationspflichten

„Das TMG enthält keine abschließende Regelung des Begriffs ‚Telemedien‘. Entsprechend der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Satz 1 gilt es für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach dem TKG, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des TKG oder Rundfunk nach § 2 RStV des Rundfunkstaatsvertrages sind.“<sup>39</sup>

Unter Berücksichtigung des Vorgesagten umfasst der Begriff der Telemedien damit alle Informations- und Kommunikationsdienste, die nicht Telekommunikation im engeren Sinne oder Rundfunk sind, praktisch also jeden Online-Auftritt. Der Begriff ist weit auszulegen<sup>40</sup>. Während das TMG auf eine exemplarische Aufzählung verzichtet, war eine solche noch in § 2 Abs. 2 TDG (Teledienstegesetz) enthalten, das am 1. März 2007 aufgehoben wurde. Die Gesetzesbegründung zum TMG (BT-Drucks. 16/3078, 13) zählt u.a. Online-Angebote von Waren- und Dienstleistungen mit unmittelbaren Bestellmöglichkeiten, Informationsdienste (z.B. Wetter- oder Börsendaten), elektronische Presse, Fernseh-/Radiotext, Video auf Abruf oder Internet-Suchmaschinen auf. Telemedien sind damit typischerweise Online-dienste, wie Internetsuchmaschinen<sup>41</sup>, Websites privater und gewerblicher Anbieter<sup>42</sup>, Online-Shops oder Online-Auktionshäuser. Auch eine bloße Werbung für Waren ohne unmittelbare Bestellmöglichkeit und sonstige Interaktionsmöglichkeiten ist als Teledienst anzusehen<sup>43</sup>. Unerheblich ist dabei, wie der Diensteanbieter das Angebot bewerkstelligt. Auch derjenige, der selbst nicht über einen eigenen Server verfügt, sondern fremde Speicherkapazitäten nutzt, bietet Telemedien an, sofern er über den Inhalt und das Bereithalten des Dienstes bestimmen kann<sup>44</sup>. Telemedien sind weiter Bewertungsforen<sup>45</sup>, Informationsdienste, Telebanking, Telespiele (Online-Games), Meinungsforen<sup>46</sup>, Chatrooms oder Blogs, darunter auch Microblogging-Dienste wie Twitter oder WAP-Portale, über die automatisch alle im Internet vorhandenen Angebote über mobile Endgeräte abrufbar sind<sup>47</sup>, aber auch audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, wie etwa Podcasts oder Video-on-demand-Angebote<sup>48</sup>.

Da das TKG nur auf solche M-Commerce-Angebote anwendbar ist, die nicht als Telemediendienste i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG, sondern als telekommunikationsgestützte Dienste gemäß § 3 Nr. 25 TKG einzuordnen sind, soll hier eine weitere Darstellung unterbleiben. Dies betrifft insbesondere den Vertrieb von Klingeltönen, Handy-Logos, Hintergrundbildern etc., der typischerweise per Premium-SMS oder als WAP-Download abgewickelt wird.<sup>49</sup> Premium-SMS-Dienste, also kostenpflichtige SMS-Mehrwertdienste, gehören zu den sog. Kurzwahldiensten i.S.d. § 3 Nr. 11a und b TKG,<sup>50</sup> die wiederum den telekommunikationsgestützten Diensten gemäß § 3 Nr. 25 TKG zugeordnet werden.<sup>51</sup>

<sup>39</sup> Jan D. Müller-Broich, Telemediengesetz 1. Auflage 2012, Rn 2

<sup>40</sup> vgl. Liesching/Sieber, MMR Beil. 8/2007, 4

<sup>41</sup> Liesching/Siebert, MMR Beil. 8/2007, 4 ff

<sup>42</sup> OLG Düsseldorf, MMR 2008, 682, 683

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf, aaO; OLG Frankfurt/M., MMR 2007, 379

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf, MMR 2008, 682, 683

<sup>45</sup> BGH, MMR 2009, 608, 609 – spickmich.de

<sup>46</sup> OLG Hamburg, ZUM 2009, 417, 418 – Long Island Ice Tea

<sup>47</sup> vgl. LG Köln, 6.8.2009 – 31 O 33/09

<sup>48</sup> vgl. BT-Drucks. 16/3078, 13

<sup>49</sup> Vgl. zur Einordnung des Klingeltonvertriebs als telekommunikationsgestützter Dienst ausführlich Taeger/Rose, K&R 2007, 233 (235 f.).

<sup>50</sup> Vgl. dazu nur Spindler/Schuster/Holznapel/Ricke, § 3 TKG Rz. 16; vgl. auch Taeger/Rose, K&R 2007, 233 ff.; Härting/Kuon, ITRB 2007, 98 f

<sup>51</sup> 3 Vgl. dazu ausführlich Taeger/Rose, K&R 2007, 233 (234 ff.); vgl. auch Spindler/Schuster/Ditscheid/Rudloff, § 45I TKG Rz.

#### 4. E-Commerce-rechtliche Informations- und Gestaltungspflichten

M-Commerce-Anbieter müssen wie E-Commerce-Anbieter die E-Commerce-rechtlichen Informations- und Gestaltungspflichten nach § 312g BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB befolgen, wenn sie sich zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen Telemedien (Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr) bedienen.

Sie setzen sich aus weiteren spezifisch den elektronischen Geschäftsverkehr betreffenden

- vorvertraglichen Informationspflichten nach § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB,
- den (technischen) Gestaltungspflichten nach § 312g Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BGB und
- den Informations- und Gestaltungspflichten der sog. Button-Lösung nach § 312g Abs. 2 und 3 BGB zusammen.

Die Informations- und Gestaltungspflichten gemäß § 312g BGB kommen zur Anwendung, wenn sich ein Unternehmer zum Vertragsschluss eines Telemediendienstes bedient.

Nach § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB haben M-Commerce-Anbieter den Nutzern rechtzeitig vor Abgabe von deren Bestellung folgende **vorvertragliche** Informationen zu erteilen:

- über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen,
- darüber, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss vom M-Commerce-Anbieter gespeichert wird und ob er dem Nutzer zugänglich ist,
- darüber, wie der Nutzer mit den zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabebefehle vor Absendung der Bestellung erkennen und berichtigen kann,
- über die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen, und
- über sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der M-Commerce-Anbieter unterwirft, sowie über die Möglichkeit eines elektronischen Zugangs zu diesen Kodizes.

Die einzelnen Informationen sind den Nutzerinnen und Nutzern gemäß § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB klar und verständlich mitzuteilen. Dieses Transparenzgebot umfasst zum einen inhaltliche Anforderungen, wie z.B. nachvollziehbare Formulierungen. Zum anderen schließt es auch formelle Anforderungen ein. Die Informationen müssen von ihrem Umfang, Aufbau und Druckbild her übersichtlich sowie gut erkennbar und lesbar dargestellt sein.<sup>52</sup> Das führt wieder zu der Frage der rechtskonformen Umsetzbarkeit dieser formellen Anforderungen auf mobilen Endgeräten, dem rechtlichen Grundproblem des M-Commerce. In Rechtsprechung und Literatur wird das Problem für die E-Commerce-rechtlichen Informationspflichten nicht speziell diskutiert. Die E-Commerce-rechtlichen Pflichtinformationen sind in

<sup>52</sup> Ganzen MüKoBGB/Wendehorst, § 312g BGB Rz. 72 ff.; Spindler/Schuster/ Spindler/Anton, § 312e BGB Rz. 12; juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.2 Rz. 101 ff. jeweils mwN.

ihrem Umfang ähnlich überschaubar wie die Anbieterkennzeichnung und können an verschiedenen Stellen in den Bestellvorgang integriert werden.

Nach § 312g Abs. 1 Nr. 1, 3, und 4 BGB sind M-Commerce-Anbieter ferner verpflichtet, folgende technische Gestaltungen einzuhalten:

- Zurverfügungstellung angemessener, wirksamer und zugänglicher technischer Mittel, mit deren Hilfe der Nutzer Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann (§ 312g Abs. 1 Nr. 1 BGB),
- unverzügliche Bestätigung des Zugangs der Bestellung des Nutzers auf elektronischem Wege (§ 312g Abs. 1 Nr. 3 BGB) und
- Möglichkeit für den Nutzer, die Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern (§ 312g Abs. 1 Nr. 4 BGB).

Bei der Bestellbestätigung gemäß § 312g Abs. 1 Nr. 3 BGB und beim Erfordernis der Abrufbarkeit sowie der Speicherbarkeit der Vertragsbestimmungen einschließlich AGB bei Vertragsschluss gemäß § 312g Abs. 1 Nr. 4 BGB tritt wieder das rechtliche Grundproblem des M-Commerce auf.

In der Praxis genügt es, den Nutzerinnen und Nutzern die Vertragsbestimmungen einschließlich AGB zusammen mit der Bestellbestätigung oder der Vertragsannahme per E-Mail zuzusenden.<sup>53</sup>

Mit der Übersendung per E-Mail ist gleichzeitig die Pflicht zur Übermittlung der Vertragsbestimmungen einschließlich AGB in Textform gemäß § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 2 Abs. 1 Sätze 1 Nr. 2 und 2 Nr. 1 EGBGB erfüllt. Nach § 312g Abs. 2 und 3 BGB müssen M-Commerce-Anbieter darüber hinaus die am 1.8.2012 in Kraft getretenen neuen Informations- und Gestaltungspflichten der Button-Lösung beachten. Diese sollen Verbraucherinnen und Verbraucher besser vor ungewollten entgeltlichen Verträgen, sog. Kosten- und Abfallen, im elektronischen Geschäftsverkehr schützen.

In § 312g Abs. 2 BGB wird geregelt, dass M-Commerce-Anbieter Verbraucherinnen und Verbrauchern die fernabsatzrechtlich (ohnehin) zu erteilenden vorvertraglichen Informationen gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 und Nr. 5, 7 und 8 EGBGB zu den wesentlichen Merkmalen der Ware oder Dienstleistung, zur etwaigen Mindestlaufzeit des Vertrags, zum Gesamtpreis und zu ggf. zusätzlich anfallenden Liefer-, Versand- und sonstigen Kosten unmittelbar vor Abgabe der Bestellung klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung zu stellen haben. Die Anforderung, dass die genannten wesentlichen Vertragsinformationen unmittelbar vor Abgabe der Bestellung zu geben sind, beinhaltet sowohl einen engen zeitlichen als auch einen engen räumlich-funktionalen Zusammenhang zwischen den Informationen und der Abgabe der Bestellung. In räumlicher Hinsicht müssen die wesentlichen Vertragsinformationen nach der Gesetzesbegründung bei üblicher Bildschirm-auflösung gleichzeitig mit der zur Abgabe der Bestellung üblicherweise verwendeten

<sup>53</sup> Vgl. juris-PK-BGB/Junker, § 312e BGB Rz. 83 ff. mwN; vgl. auch MüKoBGB/Wendehorst, § 312g BGB Rz. 108.

Schaltfläche zu sehen sein, ohne dass der Verbraucher scrollen, einen Link aufrufen oder ein gesondertes Dokument herunterladen muss. Hierbei stellt sich erneut das rechtliche Grundproblem des M-Commerce. Das Gleiche gilt für die Anforderung, dass die wesentlichen Vertragsinformationen klar und verständlich in hervorgehobener Weise zu erteilen sind. Nach der Gesetzesbegründung ist damit neben der inhaltlichen und sprachlichen Eindeutigkeit insbesondere ein hervorgehobenes, unübersehbares Layout mit gut erkennbarer Schrift gemeint.

#### **a) Vorvertragliche fernabsatzrechtliche Informationspflichten des M-Commerce Anbieters**

Damit Nutzerinnen und Nutzer eine informierte Entscheidung treffen können, müssen M-Commerce-Anbieter wie E-Commerce-Anbieter ferner die vorvertraglichen Informationspflichten nach § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 1 EGBGB erfüllen.

Nach Art. 246 § 1 EGBGB sind M-Commerce-Anbieter verpflichtet, den Nutzerinnen und Nutzern rechtzeitig vor Abgabe von deren Vertragserklärung zahlreiche vorvertragliche Informationen zur Verfügung zu stellen. Die für den M-Commerce relevanten Informationen finden sich in Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 12 EGBGB. Sie lassen sich inhaltlich in unternehmensspezifische (Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EGBGB), produkt- und dienstleistungsspezifische (Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 7 EGBGB) sowie vertragsspezifische (Art. 246 § 1 Abs. Nr. 5, 6, 8 bis 12 EGBGB) Informationen einteilen. Nicht sämtliche Informationen sind für alle Fernabsatzverträge verpflichtend. Einige der Informationen, wie z.B. Mindestvertragslaufzeiten oder Leistungsvorbehalte, sind nur anzugeben, wenn die Voraussetzungen bei dem konkreten M-Commerce-Angebot vorliegen. In der Regel ist die Angabe folgender Informationen erforderlich

- die Identität des M-Commerce-Anbieters, das öffentliche Unternehmensregister, bei dem der M-Commerce-Anbieter eingetragen ist, sowie die zugehörige Registernummer,
- die ladungsfähige Anschrift des M-Commerce-Anbieters sowie bei juristischen Personen, Personenvereinigungen oder -gruppen auch der Name eines Vertretungsberechtigten,
- die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung,
- der Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern und sonstiger Preisbestandteile,
- ggf. zusätzlich anfallende Liefer- und Versandkosten sowie etwaige weitere Steuern oder Kosten,
- der Zeitpunkt, zu welchem der Vertrag zustande kommt,
- die Mindestlaufzeit des Vertrags, wenn dieser eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat,
- die Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung,
- das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie dessen Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung und die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe.

Eine der wichtigsten vorvertraglichen Informationspflichten ist die Unterrichtung der Nutzerinnen und Nutzer über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB. Da die Informationspflicht sowohl den Fall

umfasst, dass ein Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht, als auch den Fall, dass ein solches nicht besteht, ist zunächst zu prüfen, ob ein Widerrufs- oder Rückgaberecht gemäß § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 355 bzw. 356 BGB gegeben ist oder nicht. Ein Widerrufs- oder Rückgaberecht ist nicht gegeben, wenn entweder die Vorschriften über Fernabsatzverträge nach den Ausnahmeregelungen des § 312b Abs. 3 und 4 BGB bereits insgesamt keine Anwendung finden oder wenn nach den Ausnahmeregelungen des § 312d Abs. 4 und 5 BGB ein Fernabsatzvertrag vorliegt, der vom Widerrufs- oder Rückgaberecht ausgenommen ist. Gerade im Bereich des M-Commerce existieren derartige Ausnahmefälle. Wenn für das konkrete M-Commerce-Angebot kein Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht, ist der M-Commerce-Anbieter gehalten, die Nutzerinnen und Nutzer ausdrücklich hierüber zu unterrichten. Besteht ein Widerrufs- oder Rückgaberecht, sind die Nutzerinnen und Nutzer hierüber und über die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung, insbesondere den Namen und die Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe zu unterrichten.

Die vorvertragliche Informationspflicht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB ist jedoch von den daneben zu erfüllenden Pflichten zur Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht (in Textform) nach Art. 246 § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EGBGB i. V. m. Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB und nach § 355 Abs. 2 und 3 BGB i. V. m. § 360 Abs. 1 und 2 BGB zu unterscheiden. Nur eine Verletzung dieser Informationspflichten ist in § 355 BGB sanktioniert. Eine Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB bleibt insoweit folgenlos.

Die vorvertraglichen Pflichtinformationen sind den Nutzern gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 EGBGB in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich zur Verfügung zu stellen. Damit statuiert Art. 246 § 1 EGBGB ein medien-spezifisches Transparenzgebot. Dass die Pflichtinformationen „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“ zur Verfügung zu stellen sind, trägt den tatsächlichen, insbesondere technischen Besonderheiten und Beschränkungen einzelner Medien Rechnung, denn eine Präsentation von Informationen ist nicht bei allen Kommunikationsmitteln in gleicher Weise möglich.<sup>54</sup> Aus der Formulierung „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“ folgt zugleich, dass die Informationen in dem Kommunikationsmittel zur Verfügung gestellt werden müssen, mit dem der Vertragsschluss erfolgen soll. Ein Verweis der Verbraucherinnen und Verbraucher auf ein anderes Kommunikationsmittel ist grundsätzlich nicht möglich.

Das medien-spezifische Transparenzgebot des Art. 246 § 1 EGBGB schreibt eine klare und verständliche Zurverfügungstellung der Informationen vor. Wie beim E-Commercerrechtlichen Transparenzgebot des § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB werden hiervon inhaltliche Anforderungen, insbesondere eine verständliche Sprache, nachvollziehbare Formulierungen etc. und formelle Anforderungen umfasst. Formell müssen die Informationen hinsichtlich ihrer Platzierung und ihres Umfangs, Aufbaus und Druckbilds übersichtlich, gut wahrnehm-

<sup>54</sup> juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.2 Rz. 100; vgl. auch Spindler/Schuster/ Micklitz/Schirmbacher, § 312c BGB Rz. 25 ff. mwN, die von „mediengerechter Information“ sprechen.

bar und gut lesbar dargestellt sein.<sup>55</sup> Das bereitet im M-Commerce angesichts der kleinen Bildschirme von mobilen Endgeräten, insbesondere Smartphones, mit ihren technisch beschränkten Darstellungsmöglichkeiten teilweise erhebliche Schwierigkeiten.

Somit stellt sich auch hier das rechtliche Grundproblem des M-Commerce. Während die Rechtsprechung Art. 246 § 1 EGBGB bislang grundsätzlich uneingeschränkt auch auf M-Commerce-Angebote anwendet und von den M-Commerce-Anbietern verlangt, sich auf die technischen Gegebenheiten einzustellen,<sup>56</sup> tritt die Literatur aufgrund des im Wortlaut des Art. 246 § 1 EGBGB verankerten medienspezifischen Transparenzgebots überwiegend für eine generelle Berücksichtigung der medienspezifischen Besonderheiten des M-Commerce bei den formellen Anforderungen ein und befürwortet Modifikationen bei deren Umsetzung.<sup>57</sup>

Es wird diskutiert, ob M-Commerce-Anbieter zur klaren und verständlichen Darstellung der Pflichtinformationen des Art. 246 § 1 EGBGB ggf. unter Inkaufnahme eines Medienbruchs (Physischer oder virtueller Wechsel des informationstragenden Mediums innerhalb eines Informationsbeschaffungs- oder –verarbeitungsprozesses) auf ihre allgemeinen bzw. eigens hierfür vorgehaltene Webseiten im Internet verweisen oder verlinken können.

Das OLG Hamm hält pauschale Verweise auf Webseiten zur Erfüllung der Informationspflichten für nicht ausreichend.<sup>58</sup> Zum einen seien wie im E-Commerce gut wahrnehmbare und aussagekräftige („sprechende“) Links erforderlich, zum anderen dürften – auch im M-Commerce – die Pflichtinformationen nicht über ein anderes Kommunikationsmittel, also z.B. Webseite statt WAP-Seite oder stationäres statt mobiles Endgerät, zur Verfügung gestellt werden.<sup>59</sup>

Da es nicht für jede Bildschirmgröße abgestufte Anforderungen geben kann, wird für den Umfang der formellen Anforderungen auf das durchschnittliche, handelsübliche mobile Endgerät abgestellt. Die Rechtsprechung verlangt, dass die gesetzlichen Informationspflichten auf allen mobilen Endgeräten und Endgerätetypen, mit denen auf die M-Commerce-Angebote zugegriffen werden kann, gleichermaßen erfüllt werden müssen.

Eine rechtskonforme Darstellung der vorvertraglichen Pflichtinformationen nach Art. 246 § 1 EGBGB wird teilweise für unmöglich gehalten.<sup>60</sup>

Wie bei der Einbeziehung von AGB werden verschiedene rechtliche Lösungsansätze diskutiert, die von einer Reduzierung der Informationspflichten über einen Verzicht der Nutzerinnen und Nutzer auf die Erteilung von Informationen vor Vertragsschluss bis zum vorherigen Abschluss eines Rahmenvertrags gemäß § 312b Abs. 4 BGB mit Hilfe eines anderen

<sup>55</sup> Vgl. MüKoBGB/Wendehorst, § 312c BGB Rz. 85; Spindler/Schuster/Micklitz/Schirnbacher, § 312c BGB Rz. 31; juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.2 Rz. 104 jeweils mwN

<sup>56</sup> Vgl. LG Köln, Urt. v. 6.8.2009 – 31 O 33/09, BeckRS 2010, 12670; OLG Hamm, Urt. v. 16.6.2009 – 4 U 51/09, K&R 2009, 813; OLG Hamm, Urt. v. 20.5.2010 – I-4 U 225/09, CR 2010, 609; OLG Frankfurt, Beschl. v. 6.11.2006 – 6 W 203/06, CR 2008, 259.

<sup>57</sup> Vgl. juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.2 Rz. 168; juris-PK-BGB/Junker, § 312c BGB Rz. 24 mwN; Spindler/Schuster/Micklitz/Schirnbacher, § 312c BGB Rz. 62b; vgl. ausführlich zum Meinungsstand hinsichtlich der Auslegung des Transparenzgebots des Art. 246 § 1 EGBGB im M-Commerce auch Rose, in Taeger/Wiebe, Von AdWords bis Social Networks – Neue Entwicklungen im Informationsrecht, 2008, S. 415 (423 f., 426 ff.).

<sup>58</sup> Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 16.6.2009 – 4 U 51/09, K&R 2009, 813

<sup>59</sup> Vgl. LG Köln, Urt. v. 6.8.2009 – 31 O 33/09

<sup>60</sup> Müller-ter Jung/Kremer, BB 2010, 1874 (1877)

Kommunikationsmittels, z.B. per Post oder aber ein stationäres Endgerät, zur Vermeidung der Informationspflichten bei den folgenden Einzelvertragsschlüssen reichen.<sup>61</sup>

Diese Lösungsansätze vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Art. 246 § 1 EGBGB lässt keine Reduzierung der Informationspflichten, sondern lediglich eine M-Commerce-spezifische Darstellung der Pflichtinformationen zu. Auch ein Verzicht der Nutzerinnen und Nutzer auf die Informationserteilung ist gemäß § 312i BGB, der abweichende Vereinbarungen zum Nachteil der Verbraucherinnen und Verbraucher untersagt, von Gesetzes wegen nicht möglich.<sup>62</sup> Der vorherige Abschluss eines Rahmenvertrags gemäß § 312b Abs. 4 BGB über ein anderes Kommunikationsmittel führt zu unerwünschten Medienbrüchen. Mit der Umsetzung der VRRRL wird nun der Umfang der Darstellung auf bestimmte Informationen beschränkt und eine Linksetzung ermöglicht. Das Problem der beschränkten Darstellbarkeit dieser Informationen bleibt aber erhalten.

### **b) Vertragliche fernabsatzrechtliche Informationspflichten des M-Commerce Anbieters**

M-Commerce-Anbieter haben neben den vorvertraglichen Informationspflichten auch die vertraglichen Informationspflichten nach § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 2 EGBGB zu erfüllen, um den Nutzerinnen und Nutzern die fernabsatzrechtlichen Pflichtinformationen bei und nach Vertragsschluss dauerhaft zur Verfügung zu stellen.

Die vertraglichen Informationspflichten finden gemäß Art. 246 § 2 Abs. 2 EGBGB jedoch keine Anwendung auf Dienstleistungen, die unmittelbar durch den Einsatz eines Fernkommunikationsmittels erbracht werden, sofern diese Dienstleistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber des Fernkommunikationsmittels abgerechnet werden. Diese hauptsächlich für Mehrwertdienste wie Auskunft- oder Faxabrufdienste geltende Vorschrift nimmt im Bereich des M-Commerce vor allem den per Premium-SMS abgewickelten und abgerechneten Vertrieb von Klingeltönen, Handy-Logos, Hintergrundbildern etc. von den vertraglichen Informationspflichten aus. Nutzerinnen und Nutzer müssen sich gemäß Art. 246 § 2 Abs. 2 Satz 2 EGBGB in diesem Fall aber über die Anschrift der Niederlassung des Anbieters informieren können, bei der sie Beanstandungen vorbringen können. Von den vertraglichen Informationspflichten nicht ausgenommen sind hingegen Downloads von Software, Musik, Videos sowie sonstigen Informationen und standortbasierten Services, sofern sie nicht ausnahmsweise von Mobilfunkanbietern (erbracht und) abgerechnet werden.

Nach Art. 246 § 2 Abs. 1 EGBGB sind M-Commerce-Anbieter verpflichtet, den Nutzerinnen und Nutzern eine Vielzahl von vertraglichen Informationen, darunter nochmals die vorvertraglichen Pflichtinformationen gemäß Art. 246 § 1 EGBGB sowie weitere Informationen wie die Vertragsbestimmungen einschließlich AGB in Textform mitzuteilen.

Im Einzelnen handelt es sich hierbei um

<sup>61</sup> Müller-ter Jung/Kremer, BB 2010, 1874 (1877 ff.) m.w.N.

<sup>62</sup> Müller-ter Jung/Kremer, BB 2010, 1874 (1878)

- die Vertragsbestimmungen, d.h. die individuellen Vereinbarungen, insbesondere die konkrete Bestellung, einschließlich der AGB,
- die vorvertraglichen Pflichtinformationen gemäß Art. 246 § 1 Nr. 1 bis 12 EGBGB,
- die vertraglichen Kündigungsbedingungen einschließlich etwaiger Vertragsstrafen, wenn der Vertrag ein Dauerschuldverhältnis ist, das für eine längere Zeit als ein Jahr oder für unbestimmte Zeit geschlossen wurde,
- Angaben zu einem etwaigen Kundendienst und die geltenden Gewährleistungs- und ggf. Garantiebedingungen.

Die vertraglichen Pflichtinformationen müssen den Nutzerinnen und Nutzern gemäß Art. 246 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in Textform mitgeteilt werden. Nach § 126b BGB ist hierfür eine Urkunde oder eine andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Form erforderlich. Die bloße Anzeige der vertraglichen Pflichtinformationen auf dem Bildschirm in Form von mobilen Webseiten oder WAP-Seiten reicht nicht aus.<sup>63</sup> Angesichts der Fülle der vertraglichen Pflichtinformationen und der technisch beschränkten Darstellungsmöglichkeiten der kleinen Bildschirme von mobilen Endgeräten, insbesondere von Smartphones, würde das im M-Commerce ohnehin erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Das Textformerfordernis ist vielmehr erst dann erfüllt, wenn die Pflichtinformationen tatsächlich heruntergeladen und gespeichert oder ausgedruckt wurden.

M-Commerce-Anbieter sind nach Art. 246 § 2 Abs. 3 Satz 2 EGBGB außerdem verpflichtet, folgende Informationen in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form, bspw. durch Fett- und/oder Großdruck, mitzuteilen, soweit die Informationen in den Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB enthalten sind:

- Die ladungsfähige Anschrift des M-Commerce-Anbieters und bei juristischen Personen den Namen des Vertretungsberechtigten,
- die Angaben zum Widerrufs- oder Rückgaberecht,
- die Angaben zu einem etwaigen Kundendienst und die geltenden Gewährleistungs- und ggf. Garantiebedingungen.

Verletzt der M-Commerce-Anbieter die vertraglichen Informationspflichten nach § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 2 EGBGB beginnt gemäß § 312d Abs. 2 BGB die Widerrufs- bzw. Rückgabefrist nicht vor Erfüllung der vertraglichen Informationspflichten aus Art. 246 § 2 EGBGB. Auch die Dauer der Widerrufs- bzw. Rückgabefrist und das Erlöschen des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts sind gemäß § 355 Abs. 2 bis 4 BGB von der ordnungsgemäßen Erfüllung der Pflicht zur Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht in Textform abhängig. Darüber hinaus bestehen gegen den M-Commerce-Anbieter Unterlassungsansprüche nach dem UKlaG und dem UWG.

## 5. Änderungen durch Verbraucherrechterichtlinie

Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, welches die sog. Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) in nationales Recht umsetzt, tritt am 13. Juni

<sup>63</sup> Vgl. dazu und auch zu einer etwaigen Ausnahme bei Speicherung der Informationen in einem passwortgeschützten Kundenbereich der Website nach der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.2 Rz. 176; Börner/König, K&R 2011, 92 (94, 96 f.) jeweils mwN.

2014 in Kraft. Verbunden sind hiermit gerade im Bereich des M-Commerce zahlreiche Änderungen. Basierend auf dem Grundsatz der Vollharmonisierung werden im Wesentlichen die Fernabsatz-Richtlinie<sup>64</sup> und die Haustürgeschäfte-Richtlinie<sup>65</sup> zusammengefasst.

Die vorvertraglichen Informationen, die Unternehmen Verbraucherinnen und Verbrauchern vor Abschluss eines Fernabsatzvertrags gemäß Art. 6 VRRL zu erteilen haben, werden europaweit vereinheitlicht. Im Vergleich zu den bisherigen Informationspflichten ist der Katalog der Pflichtinformationen nur minimal geändert und ausgeweitet worden. Hervorzuheben ist, dass die Pflichtinformation über die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) VRRL nur in dem für das Kommunikationsmittel und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang erfolgen muss. Insofern kann also durch eine Verkürzung der betreffenden Informationen auf die technisch beschränkten Darstellungsmöglichkeiten von mobilen Endgeräten Rücksicht genommen werden.

Den technischen Beschränkungen des M-Commerce Rechnung tragen soll vor allem die in Art. 8 Abs. 4 VRRL geregelte Anpassung der formellen Anforderungen an die vorvertraglichen Informationspflichten, wenn der Fernabsatzvertrag mittels eines Kommunikationsmittels geschlossen wird, auf dem für die Darstellung der Informationen nur begrenzter Raum bzw. begrenzte Zeit zur Verfügung steht. Zwar sehen Art. 6 Abs. 1 VRRL und Art. 8 Abs. 1 VRRL – ganz ähnlich wie Art. 246 § 1 Abs. 1 EGBGB – grundsätzlich vor, dass den Verbraucherinnen und Verbrauchern die vorvertraglichen Pflichtinformationen in klarer und verständlicher Weise bzw. in klarer und verständlicher Sprache in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung gestellt werden müssen. Das stellt zunächst einmal keine Änderung zur bisherigen Rechtslage dar. Ausweislich des Erwägungsgrundes 36 der VRRL wollte der europäische Gesetzgeber jedoch mit der VRRL ausdrücklich u.a. auch das Problem der „beschränkten Anzahl der Zeichen auf bestimmten Displays von Mobiltelefonen“ lösen und hat deshalb die Spezialregelung des Art. 8 Abs. 4 VRRL geschaffen. Danach haben Unternehmer, wenn der Fernabsatzvertrag mittels eines Kommunikationsmittels geschlossen wird, auf dem für die Darstellung der vorvertraglichen Informationen nur begrenzter Raum bzw. begrenzte Zeit zur Verfügung steht, über das jeweilige Kommunikationsmittel vor Vertragsabschluss zumindest die vorvertraglichen Informationen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a), b), e), h) und o) VRRL zu erteilen, d.h. die Angaben zu den wesentlichen Merkmalen der Waren oder Dienstleistungen, der Identität des Unternehmers, dem Gesamtpreis, dem Widerrufsrecht und ggf. der Vertragslaufzeit sowie den Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge (erleichterte Informationspflichten). Die restlichen vorvertraglichen Informationen gemäß Art. 6 Abs. 1 VRRL sind den Verbrauchern nach Art. 8 Abs. 4 Satz 2 VRRL „in geeigneter Weise im Einklang mit Art. 8 Abs. 1 VRRL“ zur Verfügung zu stellen. Mit dieser insbesondere auf eine rechtskonforme Umsetzbarkeit der fernabsatzrechtlichen vorvertraglichen Informationspflichten im M-Commerce zielenden Spezialregelung wird für M-Commerce-Anbieter der Umfang der zur Verfügung zu stellenden vorvertraglichen Pflichtinformationen deutlich reduziert. Das führt zu Erleichterungen für den M-Commerce und zumindest im Bereich der fernabsatzrechtlichen

<sup>64</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19

<sup>65</sup> Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372 v. 31.12.1985, S. 31

vorvertraglichen Informationspflichten – für andere Bereiche gilt die Spezialregelung nicht – zu einer Verringerung des rechtlichen Grundproblems des M-Commerce.

Allerdings ist der genaue Anwendungsbereich des Art. 8 Abs. 4 VRRL unklar, da offen bleibt, auf welchen mobilen Endgeräten für die Darstellung der vorvertraglichen Pflichtinformationen nur „begrenzter Raum“ zur Verfügung steht. Dass damit nicht alle mobilen Endgeräte gemeint sein können, geht aus Erwägungsgrund 36 der VRRL hervor, der nur von „bestimmten Displays von Mobiltelefonen“ spricht. Insofern lässt sich gegenwärtig nicht rechtssicher abgrenzen, auf welche mobilen Endgeräte Art. 8 Abs. 4 VRRL Anwendung findet und auf welche nicht.<sup>66</sup> Ferner bleibt auch ungewiss, wie M-Commerce-Anbieter die restlichen vorvertraglichen Pflichtinformationen gemäß Art. 8 Abs. 4 Satz 2 VRRL „in geeigneter Weise im Einklang mit Art. 8 Abs. 1 VRRL“ erteilen sollen.<sup>67</sup> Erwägungsgrund 36 der VRRL schlägt hierzu vor, die Verbraucherinnen und Verbraucher beispielsweise durch Angabe einer gebührenfreien Telefonnummer oder eines Links zu einer Webseite des Unternehmers, auf der die einschlägigen Informationen unmittelbar abrufbar und leicht zugänglich sind, auf eine andere Informationsquelle zu verweisen. Dies geschieht unter Inkaufnahme eines Medienbruchs, der früher (siehe oben) so in der Regel nicht akzeptiert war.

Was die vertraglichen Informationspflichten angeht, entspricht Art. 8 Abs. 7 VRRL im Großen und Ganzen den bisherigen Regelungen in Art. 5 der Fernabsatz- Richtlinie. Unternehmer sind gemäß Art. 8 Abs. 7 VRRL verpflichtet, den Verbraucherinnen und Verbrauchern eine Bestätigung des geschlossenen Vertrags einschließlich aller vorvertraglichen Informationen gemäß Art. 6 Abs. 1 VRRL, soweit sie diese den Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht bereits vor Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger haben zukommen lassen, innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsschluss, spätestens bei Lieferung der Waren oder bevor die Ausführung der Dienstleistung beginnt, auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Zu den dauerhaften Datenträgern, die in Art. 2 Nr. 10 VRRL definiert sind, gehören nach Erwägungsgrund 23 der VRRL insbesondere Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten oder die Festplatten von Computern sowie E-Mails. Insofern dürfte sich gegenüber der derzeitigen Pflicht zur Mitteilung der vertraglichen Pflichtinformationen in Textform und deren praktischen Handhabung durch Zusendung der Pflichtinformationen per E-Mail nicht viel ändern.

#### **a) Artikel 6 Absatz 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 4 VRRL**

Für den Bereich des Mobile Commerce wurde eine Einschränkung des Umfangs der Pflichtinformationen vorgenommen:

Pflichtinformation über die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) VRRL müssen nur in dem für das Kommunikationsmittel und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang erfolgen. Insofern kann also durch eine Verkürzung der betreffenden Informationen auf die technisch beschränkten Darstellungsmöglichkeiten von mobilen Endgeräten Rücksicht genommen werden. Artikel 6 Absatz

<sup>66</sup> Vgl. zu der insoweit Art. 8 Abs. 4 VRRL entsprechenden Regelung des Art. 11 Abs. 3 des Kommissionsvorschlags der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, KOM (2008) 614 endg., ausführlich Rose/Taeger, K&R 2010, 159 (163), die als „ersten tastenden Versuch“ als Grenze eine Bildschirmdiagonale von (unter) 2,2 Zoll vorschlagen.

<sup>67</sup> Vgl. zu der insoweit Art. 8 Abs. 4 VRRL entsprechenden Regelung des Art. 11 Abs. 3 des Kommissionsvorschlags der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, KOM (2008) 614 endg., ausführlich Rose/Taeger, K&R 2010, 159 (164).

1 Satz 1 verlangt darüber hinaus jedoch eine Information in „klarer und verständlicher Weise“.

Gemäß Erwägungsgrund 36 lagen dem europäischen Gesetzgeber der VRRl für die vorgenannte Regelung folgende Erwägungen zugrunde:

„Bei Fernabsatzverträgen sollten die Informationspflichten so angepasst werden, dass den technischen Beschränkungen, denen bestimmte Medien unterworfen sind, Rechnung getragen werden kann, wie zum Beispiel der beschränkten Anzahl der Zeichen auf bestimmten Displays von Mobiltelefonen oder dem Zeitrahmen für Werbespots im Fernsehen. In diesen Fällen sollte sich der Unternehmer an Mindestanforderungen hinsichtlich der Information halten und den Verbraucher an eine andere Informationsquelle verweisen, beispielsweise durch Angabe einer gebührenfreien Telefonnummer oder eines Hypertext-Links zu einer Webseite des Unternehmers, auf der die einschlägigen Informationen unmittelbar abrufbar und leicht zugänglich sind. Die Pflicht zur Information darüber, dass der Verbraucher die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat, wenn die Waren aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht auf dem normalen Postweg zurückgesendet werden können, gilt als erfüllt, wenn der Unternehmer etwa einen Beförderer (beispielsweise den, den er mit der Warenlieferung beauftragt hat) und einen Preis für die Rücksendung der Waren angibt. In den Fällen, in denen die Kosten für die Rücksendung der Waren vom Unternehmer vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, beispielsweise weil der Unternehmer nicht anbietet, die Rücksendung der Waren selbst zu organisieren, sollte der Unternehmer erklären, dass Kosten zu entrichten sind und diese Kosten hoch sein können, einschließlich einer vernünftigen Schätzung der Höchstkosten, die auf den Kosten der Lieferung an den Verbraucher basieren könnte.“

Das Problem der „beschränkten Anzahl der Zeichen auf bestimmten Displays von Mobiltelefonen“ soll durch die Spezialregelung des Art. 8 Abs. 4 VRRl gelöst werden:

„Wird der Vertrag mittels eines Fernkommunikationsmittels geschlossen, auf dem für die Darstellung der Informationen nur begrenzter Raum bzw. begrenzte Zeit zur Verfügung steht, so hat der Unternehmer über das jeweilige Fernkommunikationsmittel vor dem Abschluss des Vertrags zumindest diejenigen vorvertraglichen Informationen zu erteilen, die

- die in Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a, b, e, h und o genannten wesentlichen Merkmale der Waren oder Dienstleistungen,
- die Identität des Unternehmers,
- den Gesamtpreis,
- das Widerrufsrecht,
- die Vertragslaufzeit  
und
- die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge

betreffen. Die anderen in Artikel 6 Absatz 1 genannten Informationen hat der Unternehmer dem Verbraucher in geeigneter Weise im Einklang mit Absatz 1 dieses Artikels zu erteilen.“

Die in Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a, b, e, h und o genannten wesentlichen Merkmale der Waren oder Dienstleistungen sind:

[...]

(1) Bevor der Verbraucher durch einen Vertrag im Fernabsatz oder einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag oder ein entsprechendes Vertragsangebot gebunden ist, informiert der Unternehmer den Verbraucher in klarer und verständlicher Weise über Folgendes:

- a) die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, in dem für das Kommunikationsmittel und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang;
- b) die Identität des Unternehmers, beispielsweise seinen Handelsnamen;
- c) die Anschrift des Ortes, an dem der Unternehmer niedergelassen ist, und gegebenenfalls seine Telefonnummer, Faxnummer und E-Mail-Adresse, damit der Verbraucher schnell Kontakt zu ihm aufnehmen und effizient mit ihm kommunizieren kann, sowie gegebenenfalls die Anschrift und die Identität des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt;
- d) falls diese von der gemäß Buchstabe c angegebenen Anschrift abweicht, die Geschäftsanschrift des Unternehmers und gegebenenfalls die Geschäftsanschrift des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt, an die sich der Verbraucher mit jeder Beschwerde wenden kann;
- e) den Gesamtpreis der Waren oder Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben, oder in den Fällen, in denen der Preis aufgrund der Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Versandkosten und alle sonstigen Kosten, oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzliche Kosten anfallen können. Im Falle eines unbefristeten Vertrags oder eines Abonnement-Vertrags umfasst der Gesamtpreis die pro Abrechnungszeitraum anfallenden Gesamtkosten. Wenn für einen solchen Vertrag Festbeträge in Rechnung gestellt werden, umfasst der Gesamtpreis ebenfalls die monatlichen Gesamtkosten. Wenn die Gesamtkosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, ist die Art der Preisberechnung anzugeben;
- f) die Kosten für den Einsatz der für den Vertragsabschluss genutzten Fernkommunikationstechnik, sofern diese nicht nach dem Grundtarif berechnet werden;
- g) die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, den Termin, bis zu dem sich der Unternehmer verpflichtet, die Waren zu liefern oder die Dienstleistung zu erbringen, und gegebenenfalls das Verfahren des Unternehmers zum Umgang mit Beschwerden;
- h) im Falle des Bestehens eines Widerrufsrechts die Bedingungen, Fristen und Verfahren für die Ausübung dieses Rechts gemäß Artikel 11 Absatz 1 sowie das Muster-Widerrufsformular gemäß Anhang I Teil B;
- i) gegebenenfalls den Hinweis, dass der Verbraucher im Widerrufsfall die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat und bei Fernabsatzverträgen die Kosten für die Rücksendung der Waren, wenn die Waren aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht auf dem normalen Postweg zurückgeschickt werden können;
- j) den Hinweis, dass, falls der Verbraucher das Widerrufsrecht nach Erklärung eines Verlangens gemäß Artikel 7 Absatz 3 oder Artikel 8 Absatz 8 ausübt, der Verbraucher verpflichtet ist, dem Unternehmer einen angemessenen Betrag gemäß Artikel 14 Absatz 3 zu leisten;
- k) in Fällen, in denen gemäß Artikel 16 kein Widerrufsrecht besteht, den Hinweis, dass der Verbraucher nicht über ein Widerrufsrecht verfügt, oder gegebenenfalls die Umstände, unter denen der Verbraucher sein Widerrufsrecht verliert;
- l) den Hinweis auf das Bestehen eines gesetzlichen Gewährleistungsrechts für die Waren;
- m) gegebenenfalls den Hinweis auf das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienst, Kundendienstleistungen und gewerblichen Garantien;
- n) gegebenenfalls den Hinweis auf bestehende einschlägige Verhaltenskodizes gemäß Artikel 2 Buchstabe f der Richtlinie 2005/29/EG und darauf, wie Exemplare davon erhalten werden können;
- o) gegebenenfalls die Laufzeit des Vertrags oder die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge;
- p) gegebenenfalls die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit dem Vertrag eingeht;
- q) gegebenenfalls den Hinweis auf die Tatsache, dass der Unternehmer vom Verbraucher die Stellung einer Kautionsleistung oder die Leistung anderer finanzieller Sicherheiten verlangen kann, sowie deren Bedingungen;
- r) gegebenenfalls die Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte;

s) gegebenenfalls — soweit wesentlich — die Interoperabilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software, soweit diese dem Unternehmer bekannt ist oder vernünftigerweise bekannt sein dürfte;

t) gegebenenfalls die Möglichkeit des Zugangs zu einem außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren, dem der Unternehmer unterworfen ist, und die Voraussetzungen für diesen Zugang.

(2) Absatz 1 gilt auch dann für Verträge über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, von Fernwärme oder von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden.

(3) Im Falle einer öffentlichen Versteigerung können anstelle der in Absatz 1 Buchstaben b, c und d genannten Informationen die entsprechenden Angaben des Versteigerers übermittelt werden.

(4) Die Informationen nach Absatz 1 Buchstaben h, i und j können mittels der Muster-Widerrufsbelehrung gemäß Anhang I Teil A gegeben werden. Die Informationspflicht des Unternehmers gemäß Absatz 1 Buchstaben h, i und j ist erfüllt, wenn der Unternehmer dieses Informationsformular zutreffend ausgefüllt dem Verbraucher übermittelt hat.

## b) Art. 246a § 3 EGBGB

Umgesetzt wurden die o.g. Regelungen im Wesentlichen durch Art. 246a § 3 EGBGB:

### Art. 246a § 3 EGBGB

Soll ein Fernabsatzvertrag mittels eines Fernkommunikationsmittels geschlossen werden, das nur begrenzten Raum oder begrenzte Zeit für die dem Verbraucher zu erteilenden Informationen bietet, ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher mittels dieses Fernkommunikationsmittels zumindest folgende Informationen zur Verfügung zu stellen:

1. die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen,
2. die Identität des Unternehmers,
3. den Gesamtpreis oder in den Fällen, in denen der Preis aufgrund der Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung,
4. gegebenenfalls das Bestehen eines Widerrufsrechts,
5. gegebenenfalls die Vertragslaufzeit und die Bedingungen für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses.

Die weiteren Angaben nach § 1 hat der Unternehmer dem Verbraucher in geeigneter Weise unter Beachtung von § 4 Absatz 3 zugänglich zu machen. Diese sind:

### § 1 Informationspflichten

(1) Der Unternehmer ist nach § 312d Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichtet, dem Verbraucher folgende Informationen zur Verfügung zu stellen:

1. die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen in dem für das Kommunikationsmittel und für die Waren und Dienstleistungen angemessenen Umfang,
2. seine Identität, beispielsweise seinen Handelsnamen sowie die Anschrift des Ortes, an dem er niedergelassen ist, seine Telefonnummer und gegebenenfalls seine Telefaxnummer und E-Mail- Adresse sowie gegebenenfalls die Anschrift und die Identität des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt,
3. zusätzlich zu den Angaben gemäß Nummer 2 die Geschäftsanschrift des Unternehmers und gegebenenfalls die Anschrift des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt, an die sich der Verbraucher mit jeder Beschwerde wenden kann, falls diese Anschrift von der Anschrift unter Nummer 2 abweicht,
4. den Gesamtpreis der Waren oder Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben, oder in den Fällen, in denen der Preis auf Grund der Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Versandkosten und alle sonstigen Kosten, oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können,
5. im Falle eines unbefristeten Vertrags oder eines Abonnement-Vertrags den Gesamtpreis; dieser umfasst die pro Abrechnungszeitraum anfallenden Gesamtkosten und, wenn für einen solchen Vertrag Festbeträge in Rechnung gestellt werden, ebenfalls die monatlichen Gesamtkosten; wenn die Gesamtkosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, ist die Art der Preisberechnung anzugeben,
6. die Kosten für den Einsatz des für den Vertragsabschluss genutzten Fernkommunikationsmittels, sofern dem Verbraucher Kosten berechnet werden, die über die Kosten für die bloße Nutzung des Fernkommunikationsmittels hinausgehen,
7. die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, den Termin, bis zu dem der Unternehmer die Waren liefern oder die Dienstleistung erbringen muss, und gegebenenfalls das Verfahren des Unternehmers zum Umgang mit Beschwerden,
8. das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts für die Waren,
9. gegebenenfalls das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienst, Kundendienstleistungen und Garantien,
10. gegebenenfalls bestehende einschlägige Verhaltenskodizes gemäß Artikel 2 Buchstabe f der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richt-

linien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22) und wie Exemplare davon erhalten werden können,

11. gegebenenfalls die Laufzeit des Vertrags oder die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge,
12. gegebenenfalls die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit dem Vertrag eingeht,
13. gegebenenfalls die Tatsache, dass der Unternehmer vom Verbraucher die Stellung einer Kautions- oder die Leistung anderer finanzieller Sicherheiten verlangen kann, sowie deren Bedingungen,
14. gegebenenfalls die Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte,
15. gegebenenfalls, soweit wesentlich, Beschränkungen der Interoperabilität und der Kompatibilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software, soweit diese Beschränkungen dem Unternehmer bekannt sind oder bekannt sein müssen, und
16. gegebenenfalls, dass der Verbraucher ein außergerichtliches Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren, dem der Unternehmer unterworfen ist, nutzen kann, und dessen Zugangsvoraussetzungen.“

Artikel 246a § 4 Absatz 3:

Bei einem Fernabsatzvertrag muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung stellen. Soweit die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden, müssen sie lesbar sein, und die Person des erklärenden Unternehmers muss genannt sein. Abweichend von Satz 1 kann der Unternehmer dem Verbraucher die in § 3 Satz 2 genannten Informationen in geeigneter Weise zugänglich machen.

### c) Regelung im Richtlinienentwurf

Ursprünglich war in der Richtlinie folgende Regelung vorgesehen:

„Wird der Vertrag mittels eines Datenträgers geschlossen, auf dem für die Darstellung der Informationen nur begrenzter Raum bzw. begrenzte Zeit zur Verfügung steht, so hat der Gewerbetreibende auf dem jeweiligen Datenträger vor dem Abschluss des Vertrags zumindest diejenigen Informationen zu erteilen, die die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a und c genannten wesentlichen Merkmale des Produkts und den Gesamtpreis betreffen. Die anderen in den Artikeln 5 und 7 genannten Informationen hat der Gewerbetreibende dem Verbraucher in geeigneter Weise im Einklang mit Absatz 1 zu erteilen.“

Artikel 5 Absatz 1:

Vor dem Abschluss eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrags informiert der Gewerbetreibende den Verbraucher über Folgendes, sofern sich diese Informationen nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben:

- a) die wesentlichen Merkmale des Produkts in dem für den Träger und das Produkt angemessenen Umfang;
- b) Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden, wie sein Handelsname und gegebenenfalls Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden, für den er handelt;
- c) der Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben oder in den Fällen, in denen der Preis aufgrund der Beschaffenheit des Produkts vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Zustellkosten oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzliche Kosten anfallen können;
- d) die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, falls diese Bedingungen von den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt abweichen;
- e) gegebenenfalls das Bestehen eines Widerrufsrechts;
- f) gegebenenfalls das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen und gewerblichen Garantien;
- g) gegebenenfalls die Laufzeit des Vertrags oder die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge;
- h) gegebenenfalls die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit dem Vertrag eingeht;
- i) die Tatsache, dass der Gewerbetreibende vom Verbraucher die Stellung einer Kautions- oder die Leistung anderer finanzieller Sicherheiten verlangen kann, sowie deren Bedingungen.

### d) Zusammenfassung

Mit dieser insbesondere auf eine rechtskonforme Umsetzbarkeit der fernabsatzrechtlichen vorvertraglichen Informationspflichten im M-Commerce zielenden Spezialregelung wird für M-Commerce-Anbieter der Umfang der zur Verfügung zu stellenden vorvertraglichen Pflichtinformationen deutlich reduziert. Das führt zu Erleichterungen für den M-Commerce und zumindest im Bereich der fernabsatzrechtlichen vorvertraglichen Informationspflichten

– für andere Bereiche gilt die Spezialregelung nicht – zu einer Verringerung des rechtlichen Grundproblems des M-Commerce.

Durch die Senkung des Umfangs gesetzlicher Informationspflichten für den Bereich M-Commerce wird die Möglichkeit des Verbrauchers, sich vor Vertragsschluss über wesentliche Vertragsbestandteile zu informieren, eingeschränkt. Artikel 246a § 3 Satz 2 sieht vor, dass weitere Angaben nach Artikel 246a § 1 durch den Unternehmer in geeigneter Form unter Beachtung von § 4 Absatz 3 zugänglich gemacht werden. Damit werden umfangreiche Erläuterungen und Informationen ausgenommen und sind nur per Hyperlink erreichbar. Hier stellt sich aber wiederum das M-Commerce typische Problem der Wahrnehmbarkeit auf kleinen Displays.

Während die Rechtsprechung Art. 246 § 1 EGBGB bislang grundsätzlich uneingeschränkt auch auf M-Commerce-Angebote anwendet und von den M-Commerce-Anbietern verlangt, sich auf die technischen Gegebenheiten einzustellen<sup>68</sup>, tritt die Literatur aufgrund des im Wortlaut des Art. 246 § 1 EGBGB (a.F.) verankerten medienspezifischen Transparenzgebots überwiegend für eine generelle Berücksichtigung der medienspezifischen Besonderheiten des M-Commerce bei den formellen Anforderungen ein und befürwortet Modifikationen bei deren Umsetzung.<sup>69</sup>

Diese Auffassung ist nunmehr Gegenstand von Artikel 246a § 4 Absatz 3:

„Bei einem Fernabsatzvertrag muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung stellen. Soweit die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden, müssen sie lesbar sein, und die Person des erklärenden Unternehmers muss genannt sein. Abweichend von Satz 1 kann der Unternehmer dem Verbraucher die in § 3 Satz 2 genannten Informationen in geeigneter Weise zugänglich machen.“

### **III. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Auch im M-Commerce werden auf Anbieterseite sehr häufig Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) eingesetzt. Möchten M-Commerce-Anbieter den mit den Nutzerinnen und Nutzern geschlossenen Vertragsverhältnissen ihre eigenen AGB zugrunde legen, müssen diese bei Vertragsschluss gemäß §§ 305 Abs. 2, 305a BGB wirksam in den jeweiligen Vertrag mit den Nutzern einbezogen werden. Werden die Einbeziehungsvorgaben der §§ 305 Abs. 2, 305a BGB nicht oder fehlerhaft umgesetzt, führt dies dazu, dass die AGB nicht Bestandteil des jeweiligen Vertrags werden. Einzelne vorformulierte Vertragsbedingungen werden auch dann kein Vertragsbestandteil, wenn sie den inhaltlichen Anforderungen der §§ 305c, 307 ff. BGB nicht entsprechen und deshalb unwirksam sind. Die Voraussetzungen einer Einbeziehung von AGB in den Vertrag und deren inhaltliche Anforderungen entsprechen dabei grundsätzlich denen des E-Commerce.

<sup>68</sup> Vgl. LG Köln, Urt. v. 6.8.2009 – 31 O 33/09, BeckRS 2010, 12670; OLG Hamm, Urt. v. 16.6.2009 – 4 U 51/09, K&R 2009, 813; OLG Hamm, Urt. v. 20.5.2010 – I-4 U 225/09, CR 2010, 609; OLG Frankfurt, Beschl. v. 6.11.2006 – 6 W 203/06, CR 2008, 259.

<sup>69</sup> Vgl. juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.2 Rz. 168; juris-PK-BGB/Junker, § 312c BGB Rz. 24 mwN; Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher, § 312c BGB Rz. 62b; vgl. ausführlich zum Meinungsstand hinsichtlich der Auslegung des Transparenzgebots des Art. 246 § 1 EGBGB im M-Commerce auch Rose, in Taeger/Wiebe, Von AdWords bis Social Networks – Neue Entwicklungen im Informationsrecht, 2008, S. 415 (423 f., 426 ff.).

### Hinweis auf AGB

Voraussetzung einer wirksamen Einbeziehung ist damit der ausdrückliche Hinweis nach § 305 Abs. 2 BGB bei Vertragsschluss und die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Im E-Commerce wird das in der Regel dadurch realisiert, dass ein unmittelbar über der Bestellschaltfläche angeordneter gut sichtbarer Link mit einer klaren Bezeichnung zu den AGB führt. Dies ist auch ohne weiteres auf den M-Commerce übertragbar.

### Möglichkeit der Kenntnisnahme

Nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss den Nutzerinnen und Nutzern ferner bei Vertragsschluss die Möglichkeit verschafft werden, den Inhalt der AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen. Hierbei stellt sich wiederum das Grundproblem des M-Commerce hinsichtlich der beschränkten Darstellungsmöglichkeiten. Dieses erscheint hier aufgrund des Umfangs von AGB zwischen rund 3.000 bis 16.000 Zeichen neben der Parallelproblematik bei den Informationspflichten am eindeutigsten, denn die einzubeziehenden AGB müssen gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf mobilen Endgeräten ebenfalls übersichtlich und gut lesbar sein. Legt man zugrunde, dass ein etwa zehnmaliges Scrollen<sup>70</sup> noch zumutbar ist, ist diese Zumutbarkeit unter den geschilderten Bedingungen schwer erreichbar. Trotz des technischen Fortschritts der mobilen Endgeräte wird eine rechtskonforme Darstellung der AGB gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB größten Teils immer noch für unmöglich, zumindest aber für sehr problematisch gehalten.<sup>71</sup>

### Einverständnis der Nutzerinnen und Nutzer

Gemäß § 305 Abs. 2 BGB müssen die Nutzer mit der Geltung der AGB des M-Commerce-Anbieters einverstanden sein. Dieses Einverständnis kann auch konkludent erklärt werden und liegt in der Regel vor, wenn den Verbraucherinnen und Verbrauchern die Kenntnisnahme der AGB nach den vorstehenden Voraussetzungen in zumutbarer Weise möglich war und es zum Vertragsschluss gekommen ist.

In der Regel müssen die Nutzerinnen und Nutzer durch Anklicken einer entsprechenden Schaltfläche oder einer vergleichbaren aktiven Handlung ihr Einverständnis zu den AGB erklären (Opt-in).

### Inhaltliche Anforderungen

AGB müssen, um wirksamer Vertragsbestandteil zu werden, den inhaltlichen (Wirksamkeits-)Anforderungen der §§ 305c, 307 ff. BGB entsprechen. Im Hinblick auf die inhaltlichen Anforderungen an AGB im M-Commerce gibt es im Vergleich zum E-Commerce keine Besonderheiten.

<sup>70</sup> Vgl. hierzu nur den Überblick bei Rose/Taeger, K&R 2010, 159 (162) mwN

<sup>71</sup> Vgl. nur MüKoBGB/Basedow, § 305 BGB Rz. 69; Leupold/Glossner/Glossner, Teil 2 Rz. 129 f.; Bremer, CR 2009, 12 (14).

Beim *Transparenzgebot* gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach AGB unwirksam sind, wenn sie nicht klar und verständlich formuliert werden, ergeben sich gewisse Parallelen und Überschneidungen mit der zumutbaren Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB. Auch das Transparenzgebot verlangt u.a., dass die AGB übersichtlich gestaltet und in gut lesbarer Schriftgröße dargestellt sein müssen und nicht unangemessen lang sein dürfen. Insoweit bestehen im M-Commerce die gleichen Schwierigkeiten und Lösungsansätze wie bereits vorstehend ausgeführt.

#### **IV. Rückgabe- und Widerrufsrecht**

##### **1. Grundsätzliche Geltung**

Grundsätzlich gelten im M-Commerce dieselben Regelungen hinsichtlich des Rückgabe- und Widerrufsrechts wie im E-Commerce.

##### **2. Widerrufsrecht bei Apps**

Nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 Alt. 3 BGB ist kein Widerrufs- oder Rückgaberecht gegeben, wenn die Waren aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind. Dies gilt insbesondere, wenn eine „rückstandsfreie“ Rücksendung der Waren nicht möglich ist. Zu diesen nicht „rückstandsfrei“ rückgebbaren Waren zählen gemäß herrschender Meinung vor allem digitale Werke, wie z. B. eBooks, Online-Zeitungen, Musik- oder Video-Dateien, Software und sonstige Daten, soweit sie als Waren eingeordnet sowie heruntergeladen und gespeichert werden können, kurz sämtliche Downloads.<sup>72</sup> Damit sind auch von Nutzerinnen und Nutzern kostenpflichtig auf ihre mobilen Endgeräte heruntergeladene Apps erfasst sein.

Über das Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts haben die Betreiber der App Stores die Nutzer gemäß § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB zu informieren.

##### **3. Änderungen durch Verbraucherrechterichtlinie**

Die bisher nicht höchstrichterlich geklärte Frage eines Widerrufsrechts beim Kauf von digitalen Inhalten im Internet findet sich nunmehr im § 356 Abs. 5 BGB:

Ist über den (möglichen) Verlust des Widerrufsrechts zu informieren, muss sinnvollerweise auch über das zumindest zeitweilig bestehende Widerrufsrecht belehrt werden. Zunächst besteht nach § 312g Absatz 1 BGB ein Widerrufsrecht (entsprechend Art. 9 Abs. 2 lit. c) VRRRL). Bei derartigen Verträgen über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten, erlischt das Widerrufsrecht nunmehr, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrages begonnen hat, nachdem die Verbraucherin / der Verbraucher ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrages vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt und seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er durch seine Zustimmung mit Beginn der Ausführung des Vertrages sein Widerrufsrecht verliert (entsprechend Art. 16 lit. m) VRRRL). Wichtig ist hier die ausdrückliche Bestätigung. Diese muss im Rahmen des Bestellablaufes in irgendeiner, nicht näher definierten, Form gewährleistet werden. Da die VRRRL ausweislich ihres Erwägungsgrunds 19 bei online bereitgestellten digitalen Inhalten nicht danach

<sup>72</sup> MüKoBGB/Wendehorst, § 312d BGB Rz. 26; juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 4.1 Rz. 202; Spindler/Schuster/Micklitz/Schirnbacher, § 312d BGB Rz. 16 jeweils mwN.

unterscheidet, ob diese als Waren oder Dienstleistungen einzuordnen sind, und auch nicht danach, ob „auf sie durch Herunterladen oder Herunterladen in Echtzeit (Streaming) (...) oder in sonstiger Weise zugegriffen wird“, dürfte das Widerrufsrecht für sämtliche in irgendeiner Form entgeltlich online bereitgestellten digitalen Inhalte ausschließbar sein.

Aufgrund der VRRRL erhält der Verbraucher künftig auch beim Erwerb digitaler Inhalte, zum Beispiel bei Musik- oder Videodownloads, ein Widerrufsrecht eingeräumt, solange er mit dem Herunterladen noch nicht begonnen hat.

## **V. Gewährleistungsrechte**

Nach der BGH-Rechtsprechung<sup>73</sup> zu Software finden bei Apps/Music-Downloads die Gewährleistungsrechte des Kaufrechts gemäß BGB Anwendung. Nach der Rechtsprechung findet das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts Anwendung, wenn es sich um Standardsoftware handelt, die dauerhaft überlassen wurde. Das ist bei Apps und Musik-Downloads der Fall. Wenn die App somit nicht funktioniert oder im Laufe der Zeit fehlerhaft ist, kann die Verbraucherin / der Verbraucher sich auf seine Gewährleistungsrechte berufen.

Die App Store-Betreiber sind (nach der hier vertretenen Ansicht) im Fall von Sach- oder Rechtsmängeln einer App gegenüber dem Nutzer gemäß §§ 434 ff BGB gewährleistungspflichtig. Bei Sachmängeln sind die Betreiber demnach zur Mängelbeseitigung oder Lieferung einer mangelfreien App verpflichtet. Hiervon abweichende Regelungen in den Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App Stores, insbesondere hinsichtlich der in den iTunes Store Dienstleistungsbedingungen und den Google Play-Nutzungsbedingungen enthaltenen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen sowie die diesbezüglichen Verweise auf die App-Anbieter, werden AGB-rechtlich und nach § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB als unwirksam sein angesehen.<sup>74</sup>

## **VI. Datenschutz**

### **1. Datenschutzrechtliche Besonderheiten**

M-Commerce-Anbieter unterliegen bereichsspezifischen und/oder allgemeinen datenschutzrechtlichen Anforderungen. Wie im E-Commerce stellen auch im M-Commerce die datenschutzrechtlichen Informationspflichten der Anbieter, die in der Praxis durch Erteilung entsprechender Datenschutzhinweise umgesetzt werden, eine der zentralen datenschutzrechtlichen Anforderungen dar.

#### **a) Anwendbare datenschutzrechtliche Vorschriften**

Wegen der für den M-Commerce typischen Überlagerung von Diensten, Inhalten und Angeboten aus den Bereichen Telekommunikation, Internet und „Offline-Welt“ können auf M-Commerce-Angebote sowohl die bereichsspezifischen datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG und/oder des TMG als auch die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften des BDSG Anwendung finden. Die jeweiligen Anwendungsbereiche dieser drei Datenschutzregime lassen sich grob anhand des sog. Schichtenmodells abgrenzen.

<sup>73</sup> BGH vom 23.07.2009 - VII ZR 151/08

<sup>74</sup> Kremer, CR 2011, 769 (771); Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (56 f.).

Transportebene – technische Übermittlung, Signalübertragung: TKG  
 Diensteebene – elektronische Interaktion: TMG  
 Inhaltsebene – Speicherung und Verwendung von Daten (z.B. Vertrag): BDSG

Danach gelten für die sog. Transportebene, d.h. die Ebene des technischen Übermittlungsvorgangs bzw. der Signalübertragung, die datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG. Für die sog. Diensteebene, auf der die elektronische Interaktion stattfindet, gelten die datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG. Für die sog. Inhaltsebene, auf der die Speicherung und Verwendung von Daten ohne Bezug zu Vorgängen auf der Transport- oder Diensteebene stattfindet, wie z. B. Verträge über die Lieferung physischer Waren, gelten die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften des BDSG.<sup>75</sup>

Da die meisten M-Commerce-Angebote, insbesondere WAP-Angebote, Angebote des Mobile Web, Apps und standortbasierte Services, in der Regel als Telemediendienste i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG einzuordnen sind, sind die maßgeblichen datenschutzrechtlichen Vorschriften solche des TMG, also den §§ 11ff TMG.

Die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften des BDSG greifen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG nur dann, wenn die bereichsspezifischen Vorschriften des TKG oder des TMG für eine konkrete Datenverwendung keine speziellere Regelung enthalten. Das ist in Abgrenzung zu den datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG insbesondere bei sog. Inhaltsdaten der Fall. Hierbei handelt es sich um solche Daten, die zwar mit Hilfe von Telemediendiensten erhoben und transportiert werden, aber nicht der Bereitstellung eines Telemediendienstes, sondern, wie z.B. bei einer Buchbestellung in einem Online-Shop die Adressdaten des Bestellers, der Abwicklung eines „Offline-Vorgangs“, im Beispiel der Buchlieferung, dienen.<sup>76</sup>

Die Vorschriften des TKG, des TMG und des BDSG basieren auf den gleichen datenschutzrechtlichen Grundsätzen. Hierzu gehört vor allem der Grundsatz des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, der sowohl in § 12 Abs. 1 TMG als auch in § 4 Abs. 1 BDSG festgeschrieben ist:

Danach sind Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen personenbezogener Daten nur zulässig, soweit eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat.

Die wichtigsten gesetzlichen Erlaubnistatbestände sind die § 14 Abs. 1 TMG bzw. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG, wonach M-Commerce-Anbieter personenbezogene Daten der Nutzer erheben, verarbeiten und nutzen dürfen, soweit dies für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses erforderlich ist. Ähnliches ist in § 95 TKG geregelt. Verkehrs- bzw. Nutzungsdaten, also personenbezogene Daten, die, wie z.B. die Telefonnummer oder andere Identifikationsmerkmale der Nutzerin / des Nutzers, der Beginn und das Ende der jeweiligen Nutzung oder Angaben zum vom Nutzer in Anspruch genommenen Telekommunikations- bzw. Telemediendienst, für die Inanspruchnahme von Telekommunikations- bzw. Telemediendiensten und deren Abrechnung erforderlich sind,

<sup>75</sup> juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 9 Rz. 39 mwN

<sup>76</sup> juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 9 Rz. 164 f. mwN

dürfen von M-Commerce-Anbietern auf Grundlage der §§ 96 Abs. 1, 97 TKG bzw. § 15 Abs. 1, 2, 4 und 5 TMG erhoben und verwendet werden.

Auch bei Vorliegen eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands dürfen M-Commerce-Anbieter jedoch nach dem sog. Erforderlichkeitsprinzip immer nur die für den festgelegten Zweck, z. B. für die Vertragsabwicklung, notwendigen Daten erheben und verarbeiten.

Ferner unterliegen die erhobenen personenbezogenen Daten der Nutzer gemäß § 12 Abs. 2 TMG bzw. § 28 Abs. 2 BDSG dem sog. Zweckbindungsgebot, was bedeutet, dass die Daten grundsätzlich nur zu dem Zweck verarbeitet werden dürfen, zu dem sie erhoben wurden. Jede Zweckänderung bedarf prinzipiell einer separaten datenschutzrechtlichen Legitimation, sei es eines einschlägigen gesetzlichen Erlaubnistatbestands einer Einwilligung der Betroffenen. Die Einwilligung kann unter den Voraussetzungen der § 94 TKG, § 13 Abs. 2 TMG bzw. § 28 Abs. 3a BDSG von den Nutzerinnen und Nutzern auch elektronisch eingeholt werden.

Ein weiterer datenschutzrechtlicher Grundsatz ist das Gebot der Datensparsamkeit und -vermeidung, das in § 13 Abs. 6 TMG und in § 3a BDSG verankert ist. Zu den tragenden Säulen des Datenschutzrechts gehört schließlich auch das datenschutzrechtliche Transparenzgebot, das sich insbesondere in den datenschutzrechtlichen Informationspflichten der Anbieter gemäß § 93 Abs. 1 TKG, § 13 Abs. 1 TMG bzw. § 4 Abs. 3 BDSG niederschlägt.

#### **b) Datenschutzrechtliche Informationspflichten**

M-Commerce-Anbieter sind nach § 13 Abs. 1 TMG – ggf. ähnlich auch nach § 93 Abs. 1 TKG bzw. § 4 Abs. 3 BDSG – verpflichtet die Nutzerinnen und Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten in allgemein verständlicher Form zu unterrichten.

Inhalte der Datenschutzhinweise hängen stark von der Ausgestaltung des jeweiligen M-Commerce-Angebots ab. Sie müssen die Nutzerinnen und Nutzer wahr, vollständig und detailliert darüber informieren, wer in welcher Weise und für welche Zwecke welche ihrer personenbezogenen Daten erhebt, verarbeitet und nutzt sowie ob eine Datenverarbeitung außerhalb der EU stattfindet.

Um dieser Informationspflicht nachzukommen, müssen grundsätzlich folgende Angaben gemacht werden:

- zur verantwortlichen Stelle der Datenerhebung und -verarbeitung sowie zu deren Datenschutzbeauftragten,
- zu den konkret erhobenen personenbezogenen Daten,
- zu automatisierten Datenerhebungen und Datenübermittlungen, wie z. B. Datenerhebungen
- durch Analysetools der M-Commerce-Anbieter oder durch mobile Endgeräte veranlasste Datenübermittlungen an Dritte,
- zu ggf. eingesetzten Cookies,
- zu ggf. verwendeten Plugins von Social Media, wie z.B. dem Facebook Like-Button,
- zu etwaigen Datenübermittlungen an Dritte,
- zu eventuellen datenschutzrechtlichen Einwilligungen und deren Widerrufbarkeit,

- zur Dauer der Datenspeicherung,
- zur Datensicherheit
- und zu den datenschutzrechtlichen Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsrechten der Nutzer.

Nach § 13 Abs. 1 TMG sind die Datenschutzhinweise den Nutzern in allgemein verständlicher Form zu erteilen. Konkrete Form und Gestaltung der Datenschutzhinweise liegen mangels näherer Regelung in § 13 Abs. 1 TMG im Ermessen der Anbieter.<sup>77</sup> Die Datenschutzhinweise müssen gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 TMG bei Beginn des Nutzungsvorgangs erteilt werden und gemäß § 13 Abs. 1 Satz 3 TMG jederzeit abrufbar sein.

Hierbei stellt sich hierbei wiederum das rechtliche Grundproblem des M-Commerce: Zum einen können Links auf die Datenschutzhinweise, die sich in der Fußzeile befinden nur durch mehrmaliges Scrollen erreicht werden. Zum anderen können die Datenschutzhinweise selbst infolge ihres Umfangs von Nutzerinnen und Nutzern mit mobilen Endgeräten nicht mehr mit zumutbarem Aufwand scrollbar sein.

In der Literatur<sup>78</sup> werden verschiedene Lösungsansätze diskutiert:

Bei länger andauernden Nutzerbeziehungen könnten die Datenschutzhinweise, unter Inkaufnahme eines Medienbruchs im Rahmen der Registrierung mit Hilfe eines anderen Kommunikationsmittels, z. B. per Post oder über ein stationäres Endgerät, gegeben werden.

Auch ein Link oder Hinweis auf eine Webseite, auf der die Datenschutzhinweise bereit gehalten werden und die von den Nutzern – wiederum unter Inkaufnahme eines Medienbruchs – über stationäre Endgeräte aufgerufen und gelesen werden müsste, erscheint möglich.

Ein weiterer Lösungsansatz ist, die Datenschutzhinweise inhaltlich und sprachlich auf das Erforderliche zu reduzieren und so kurz wie möglich zu fassen. Wenn sich der M-Commerce-Anbieter auf die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten zur Vertragsabwicklung beschränkt und nicht mehr automatisierte Datenerhebungen durchführt als technisch unbedingt erforderlich, sollte eine Darstellung der Datenschutzhinweise in zumutbarem Umfang auch auf den kleinen Bildschirmen von mobilen Endgeräten möglich sein.

Zusätzlich könnten die Datenschutzhinweise übersichtlich gegliedert und mit einem vorangestellten verlinkten Index versehen sein.

Verletzt der M-Commerce-Anbieter die datenschutzrechtlichen Informationspflichten nach § 13 Abs. 1 TMG können die Datenerhebungen unzulässig sein. Bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verstoß gegen § 13 Abs. 1 TMG, wenn der M-Commerce-Anbieter die Nutzerinnen und Nutzer nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet, droht außerdem gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 2 TMG ein Bußgeld. Eine Verletzung der Informationspflichten des § 13 Abs. 1 TMG stellt hingegen keine unlautere Wettbewerbshandlung nach dem UWG

<sup>77</sup> Vgl. juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 9 Rz. 202 f.

<sup>78</sup> Baur Handbuch Versandhandelsrecht Rn. 242 ff.

dar, da die Rechtsprechung § 13 Abs. 1 TMG als eine wertneutrale Ordnungsvorschrift einordnet.<sup>79</sup>

## 2. Datenschutz-Grundverordnung

Im Januar 2012 hat die EU-Kommission einen Entwurf für eine sogenannte Datenschutz-Grundverordnung vorgelegt („Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“ KOM(2012) 11 endg.). Der Verordnungsvorschlag bildet das Kernstück einer umfassenden Reform des europäischen Datenschutzrahmens und soll die aus dem Jahre 1995 stammende EU-Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG ablösen.

Inhaltlich orientiert sich der Entwurf nach wie vor an der Richtlinie aus dem Jahr 1995, nimmt jedoch zahlreiche Neuerungen vor, die stellenweise langjährige verbraucherpolitische Forderungen aufgreifen. So sollen Unternehmen, die keinen Sitz in der Europäischen Union haben, sich an europäische Datenschutzregelungen halten müssen, wenn sie sich mit ihren Produkten oder Dienstleistungen an EU-Verbraucher wenden (sogenanntes Marktortprinzip). Europaweit eingeführt werden sollen nun auch das sogenannte Recht auf Vergessenwerden (sogenannter digitaler Radiergummi) durch Löschung personenbezogener Daten (zum Beispiel bei Widerruf der Einwilligung zur Datenverarbeitung), das Recht auf Datenübertragbarkeit beziehungsweise Datenportabilität von einer automatisierten Anwendung (beispielsweise „Umzug“ der Daten von einem sozialen Netzwerk zu einem anderen), die Verpflichtung zum Datenschutz durch Technik (Privacy-by-Design) sowie die Pflicht zu datenschutzfreundlichen Voreinstellungen (Privacy-by-Default). Im Bereich der mobilen Endgeräte sind insbesondere die Punkte Privacy-by-Design sowie Privacy-by-Default von Bedeutung, da diese Grundprinzipien bereits bei der Programmierung / Entwicklung von Apps eingehalten werden müssen. Wenn die Datenschutz-Grundverordnung in der geschilderten Art in Kraft tritt, würde sie für alle datenverarbeitenden Unternehmen gelten. Bis dahin wäre ein möglicher Ansatz, um die Einhaltung dieser Grundprinzipien gewährleisten zu können, die App-Store-Betreiber diesbezüglich in die Pflicht zu nehmen.

Zu begrüßen ist, dass gemäß dem Kommissionsentwurf datenschutzfreundliche Voreinstellungen verpflichtend werden sollen. Im Bereich der mobilen Endgeräte bedeutet dies, dass die App-Grundeinstellungen das höchste Schutzniveau gewährleisten sollen und Apps so entwickelt werden müssen, dass nur die Daten der Nutzerinnen und Nutzer übertragen werden, die für den Dienst unmittelbar notwendig sind.

## 3. Geo-Lokalisierung

PCs, Smartphones und Tablets lassen sich lokalisieren. Dieses geschieht entweder über die IP-Adresse, das Mobilfunknetz oder über das GPS-Modul des Gerätes. Während sich mit der IP-Adresse und über das Mobilfunknetz nur ein ungefährender Standort ermitteln lässt, sprich die genutzte Funkzelle, wird mit aktiviertem GPS-Modul eine Genauigkeit von wenigen Metern erreicht. Die Lokalisierung über das GPS-Modul kann am Smartphone jederzeit deaktiviert werden, während die Lokalisierung über die IP-Adresse (durch die IP-Adresse ist jeder mit dem Internet verbundene Computer auffindbar, da sie einzigartig ist). im ver-

<sup>79</sup> juris-PK-Internetrecht/Heckmann, Kap. 9 Rz. 212 f. mRsprN

decken erfolgen kann und von den Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht beeinflussbar ist.

Die Geolokalisierung ermöglicht den Diensteanbietern die verschiedensten Serviceangebote. Diese reichen von der gezielten Platzierung von Werbung für in der Nähe liegende Geschäfte, Apps für die Suche bestimmter Geschäfte oder Örtlichkeiten sowie Staumeldungen während der Autofahrt bis hin zur ungewollten Erstellung von Bewegungsschemata. Bereits an den vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten der Geolokalisierung ist zu erkennen, dass dieses Werkzeug viele Vorteile für die alltägliche Nutzung durch die Verbraucherinnen und Verbraucher in sich birgt.

Für die Nutzung von standortbasierten Services geltend grundsätzlich dieselben Anforderungen an die allgemeinen Informations- und Gestaltungspflichten, die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten sowie das Widerrufs- und Rückgaberecht. Das gilt ebenso, wenn sie Bestandteil von Apps sind.

Im Hinblick auf den Datenschutz gibt es jedoch einige Besonderheiten:

**a) Lokalisierung über das Mobilfunknetz („Cell-of-Origin-Methode“)**

Nach der prinzipiellen Abgrenzung der anwendbaren datenschutzrechtlichen Vorschriften anhand des bereits erläuterten Schichtenmodells unterliegt die über Mobilfunknetze und somit auf der Transportebene abgewickelte Erhebung, Verarbeitung und Übermittlung von Standortdaten durch die Mobilfunkanbieter grundsätzlich den datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG, während die weitere Verarbeitung und Nutzung der übermittelten Standortdaten durch die Anbieter von standortbasierten Services auf der Dienste- bzw. Anwendungsebene stattfindet und deshalb grundsätzlich in den Anwendungsbereich der datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG fällt.<sup>80</sup>

Rechtsgrundlage für die Erhebung und Verarbeitung der Standortdaten der Nutzerinnen und Nutzer durch die Mobilfunkanbieter bei netzbasierten Lokalisierungsverfahren ist § 98 Abs. 1 TKG. Diese Vorschrift regelt die Verarbeitung von Standortdaten i.S.d. § 3 Nr. 19 TKG, also von in Telekommunikationsnetzen erhobenen, die Standorte von Nutzerendgeräten angegebenden Daten, zu Zwecken sog. Dienste mit Zusatznutzen i.S.d. § 3 Nr. 5 TKG, also solcher Telekommunikationsdienste, die über die Übermittlung von Nachrichten hinausgehen. Entgegen seines Wortlauts erfasst § 98 Abs. 1 TKG auch die Erhebung von Standortdaten für Dienste mit Zusatznutzen.<sup>81</sup> Gemäß § 98 Abs. 1 TKG dürfen Mobilfunkanbieter Standortdaten von Nutzerinnen und Nutzern entweder nur anonymisiert – was im Rahmen von standortbasierten Services kaum möglich ist – oder mit vorheriger Einwilligung des jeweiligen Mobilfunkteilnehmers, also desjenigen, mit dem der Mobilfunkanbieter den entsprechenden Vertrag geschlossen hat, erheben und verarbeiten. Die erforderliche Einwilligung der Mobilfunkteilnehmer unterliegt den Anforderungen des § 94 TKG und ist jederzeit widerrufbar. Die Einwilligung muss nicht bei jeder Erhebung und Verarbeitung von Standortdaten erklärt werden, sondern kann auch vorab im Rahmen eines Vertrages, insbesondere des Mobilfunkvertrages, erfolgen.

<sup>80</sup> Bremer, CR 2009, 12 (13); Lehmann/Meents/Nordmann, Kap. 16 Rz. 158

<sup>81</sup> Jandt, MMR 2007, 74 (75)

Auch für die **Übermittlung der Standortdaten** der Nutzerinnen und Nutzer von den Mobilfunkanbietern an die Anbieter der standortbasierten Services gilt § 98 Abs. 1 TKG. Grund hierfür ist, dass die Übermittlungen von den Mobilfunkanbietern initiiert werden.<sup>82</sup> Die Mobilfunkanbieter benötigen daher für die Übermittlung der Standortdaten ebenfalls eine vorherige Einwilligung der Mobilfunkteilnehmer. Werden Standortdaten an Dritte übermittelt, müssen die Einwilligungen gemäß § 98 Abs. 1 Satz 4 TKG abweichend von § 94 TKG ausdrücklich, gesondert und schriftlich erteilt werden.

Die anschließende Verarbeitung und Nutzung der Standortdaten der Nutzerinnen und Nutzer im Rahmen der standortbasierten Services durch die Anbieter dieser Dienste erfolgt dann nach herrschender Meinung auf Grundlage von § 15 Abs. 1 TMG. Denn bei den standortbasierten Services handelt es sich gewöhnlich um Telemediendienste i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG.<sup>83</sup> Außerdem verlassen die Standortdaten den Bereich der technischen Übermittlungsebene und werden für die Erbringung der standortbasierten Services auf der Dienste- bzw. Anwendungsebene eingesetzt.<sup>84</sup> Soweit die Standortdaten der Nutzerinnen und Nutzer erforderlich sind, um die Inanspruchnahme des jeweiligen standortbasierten Services zu ermöglichen, kann ihre Verarbeitung und Nutzung auf den gesetzlichen Erlaubnistatbestand des § 15 Abs. 1 TMG gestützt werden. Das dürfte bei standortbasierten Services der Regelfall sein, so dass es insoweit grundsätzlich keiner Einwilligung der Nutzer bedarf. Allerdings sind die Anbieter von standortbasierten Services gehalten, die Nutzerinnen und Nutzer gemäß § 13 Abs. 1 TMG über Art, Umfang und Zweck der Verarbeitungen und Nutzungen von Standortdaten und etwaige Übermittlungen von Standortdaten an Dritte zu informieren. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass es in der Literatur eine nicht ganz zu vernachlässigende Meinung gibt, die § 98 Abs. 1 TKG auch auf die Verarbeitung und Nutzung von Standortdaten durch Anbieter von standortbasierten Services anwenden will, insbesondere um etwaige Wertungswidersprüche zwischen der Verarbeitung von Standortdaten durch Telekommunikations- und Telemediendiensteanbieter zu vermeiden.<sup>85</sup>

#### **b) Lokalisierung über WLAN und GPS**

Bei diesen Lokalisierungsverfahren werden die personenbezogenen Standortdaten der Nutzerinnen und Nutzer unmittelbar von den Anbietern der standortbasierten Services erhoben und dann verarbeitet und genutzt.

Gemäß der prinzipiellen Abgrenzung der anwendbaren datenschutzrechtlichen Vorschriften anhand des Schichtenmodells unterliegt demnach die von der bzw. für die Dienste- bzw. Anwendungsebene der standortbasierten Services erfolgende Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Standortdaten durch die Anbieter der standortbasierten Services auf den ersten Blick grundsätzlich den datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG.<sup>86</sup>

Auch die herrschende Meinung hat als Rechtsgrundlage für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Standortdaten der Nutzer durch die Anbieter von standortbasierten Services bei terminalbasierten Lokalisierungsverfahren bislang § 15 Abs. 1 TMG herangezogen.<sup>87</sup> Denn zum einen sind standortbasierte Services in der Regel als Telemediendienste

<sup>82</sup> Jandt, MMR 2007, 74 (76) mwN

<sup>83</sup> Ders.

<sup>84</sup> Ders.

<sup>85</sup> Rammos, K&R 2011, 692 (696) mwN

<sup>86</sup> Bremer, CR 2009, 12 (13)

<sup>87</sup> Jandt/Schnabel, K&R 2008, 723 (725 f., 728); Bremer, CR 2009, 12 (13)

i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG einzuordnen und zum anderen wurden die über GPS oder WLAN ermittelten Standortdaten der Nutzerinnen und Nutzer überwiegend nicht als Standortdaten gemäß § 3 Nr. 19 TKG angesehen, da sie nicht in einem (öffentlichen) Telekommunikationsnetz i.S.d. § 3 Nr. 27 TKG erhoben werden. Somit wurde die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Standortdaten durch die Anbieter von standortbasierten Services gemäß § 15 Abs. 1 TMG ohne vorherige Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer für zulässig gehalten, soweit sie zur Inanspruchnahme des jeweiligen Angebots erforderlich ist.

Mit Inkrafttreten der TKG-Novelle am 10. Mai 2012 wurde die Definition der Standortdaten in § 3 Nr. 19 TKG jedoch erweitert und umfasst jetzt auch Daten, die von einem Anbieter eines Telekommunikationsdienst erhoben werden.

Darunter dürften auch GPS- oder WLAN-(Standort-)Daten fallen, die nicht über ein (öffentliches) Telekommunikationsnetz, sondern über die mobilen Endgeräte der Nutzer erhoben bzw. von diesen selbst ausgesendet werden.<sup>88</sup> Da es bei standortbasierten Services nicht selten zu Verarbeitungen von Standortdaten kommen dürfte, wird empfohlen<sup>89</sup>, die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Standortdaten, die durch terminalbasierte Lokalisierungsverfahren wie GPS oder WLAN gewonnen werden, zum Gegenstand einer entsprechenden Einwilligung der Nutzer zu machen.<sup>90</sup> Ferner sollen die Nutzerinnen und Nutzer bei jeder Standortfeststellung hierauf noch einmal per Textmitteilung, etwa in Form eines entsprechenden Pop-ups hingewiesen werden.

Bei standortbasierten Services, die über Apps angeboten werden, werden die Nutzer zum Teil vor Download der Apps oder vor Erhebung von insbesondere über GPS ermittelten Standortdaten um ihr Einverständnis gebeten. Die entsprechenden vorformulierten Einwilligungserklärungen sind jedoch häufig nach §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG bzw. §§ 98 Abs. 1, 94 TKG und §§ 305c, 307 BGB nicht bestimmt genug und scheinen mithin unwirksam.

#### § 98 Standortdaten

(1) Standortdaten, die in Bezug auf die Nutzer von öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten verwendet werden, dürfen nur im zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen erforderlichen Umfang und innerhalb des dafür erforderlichen Zeitraums verarbeitet werden, wenn sie anonymisiert wurden oder wenn der Teilnehmer dem Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen seine Einwilligung erteilt hat. In diesen Fällen hat der Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen bei jeder Feststellung des Standortes des Mobilfunkendgerätes den Nutzer durch eine Textmitteilung an das Endgerät, dessen Standortdaten ermittelt wurden, zu informieren. Dies gilt nicht, wenn der Standort nur auf dem Endgerät angezeigt wird, dessen Standortdaten ermittelt wurden. Werden die Standortdaten für einen Dienst mit Zusatznutzen verarbeitet, der die Übermittlung von Standortdaten eines Mobilfunkendgerätes an einen anderen Teilnehmer oder Dritte, die nicht Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen sind, zum Gegenstand hat, muss der Teilnehmer abweichend von § 94 seine Einwilligung ausdrücklich, gesondert und schriftlich gegenüber dem Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen erteilen. In diesem Fall gilt die Verpflichtung nach Satz 2 entsprechend für den Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen. Der Anbieter des Dienstes mit Zusatznutzen darf die erforderlichen Bestandsdaten zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus Satz 2 nutzen. Der Teilnehmer muss Mitbenutzer über eine erteilte Einwilligung unterrichten. Eine Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden.

(2) Haben die Teilnehmer ihre Einwilligung zur Verarbeitung von Standortdaten gegeben, müssen sie auch weiterhin die Möglichkeit haben, die Verarbeitung solcher Daten für jede Verbindung zum Netz oder für jede Übertragung einer Nachricht auf einfache Weise und unentgeltlich zeitweise zu untersagen.

jeweils mwN; vgl. hinsichtlich Location Based Services in Form von Apps auch Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (64).

<sup>88</sup> Pokutnev/Schmid, CR 2012, 360 (365); Roßnagel/Johannes/Kartal, K&R 2012, 244 (250) jeweils mwN

<sup>89</sup> Praxistipp im Handbuch für Versandhandelsrecht (Rn. 326)

(3) Bei Verbindungen zu Anschlüssen, die unter den Notrufnummern 112 oder 110 oder der Rufnummer 124 124 oder 116 117 erreicht werden, hat der Diensteanbieter sicherzustellen, dass nicht im Einzelfall oder dauernd die Übermittlung von Standortdaten ausgeschlossen wird.

(4) Die Verarbeitung von Standortdaten nach den Absätzen 1 und 2 muss auf das für die Bereitstellung des Dienstes mit Zusatznutzen erforderliche Maß sowie auf Personen beschränkt werden, die im Auftrag des Betreibers des öffentlichen Telekommunikationsnetzes oder öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes oder des Dritten, der den Dienst mit Zusatznutzen anbietet, handeln.

## **VII. Besonderheiten bei Apps**

### **1. Was sind Apps?**

Apps sind eine Sonderform des M-Commerce: Sie sind Gegenstand und Vertriebskanal und werden über sog. App-Stores mit mehreren Beteiligten vertrieben. „Im Vergleich zu herkömmlicher (Anwendungs-)Software sind Apps dadurch charakterisiert, dass es sich in der Regel um kleine und eher einfache Anwendungsprogramme handelt, die auf die Hard- und Software-Umgebung des jeweiligen mobilen Endgeräts, insbesondere auf dessen jeweiliges Betriebssystem, zugeschnitten und damit jeweils plattformabhängig für die verschiedenen mobilen Betriebssysteme wie Apples iOS oder Googles Android ausgestaltet sind.“<sup>91</sup>

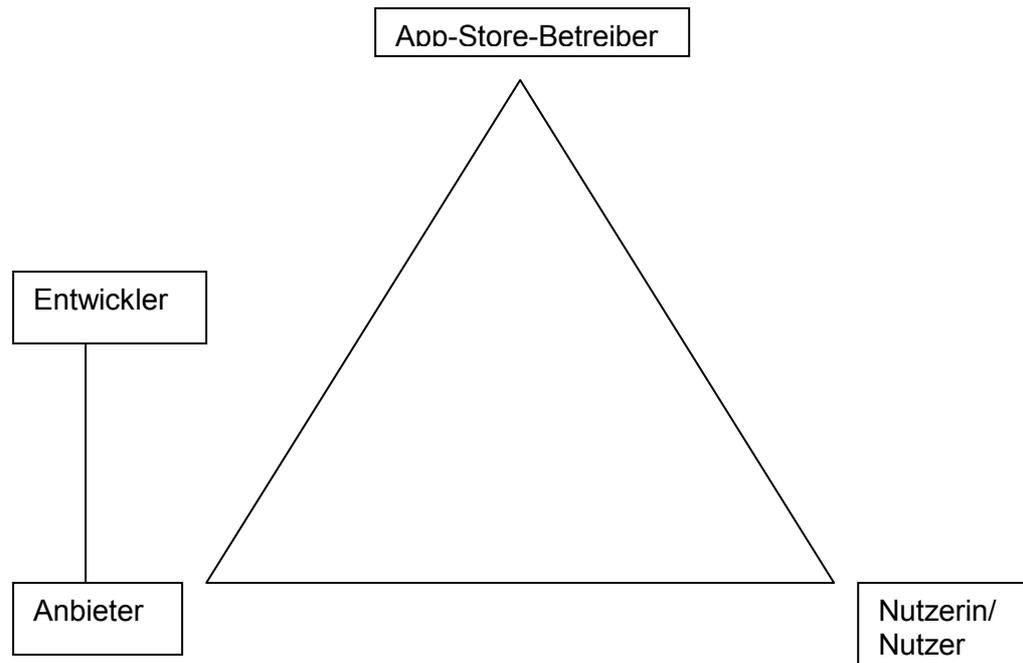
### **2. Vertrieb von Apps**

Hinsichtlich des Vertriebs von Apps sind zu unterscheiden

- der Verkauf einer App („App-Sale“),
- die Verkäufe innerhalb einer App (App-Erweiterungen - „In-App-Sale“ oder auch in-App-Käufe genannt),
- der Vertrieb kostenloser Apps.

Innerhalb dieser Konstellationen ist wiederum nach den Rechtsbeziehungen der einzelnen Beteiligten untereinander zu differenzieren. Beteiligt sind in der Regel der Anbieter der Apps und/ oder der App-Erweiterungen, der Betreiber des App-Stores und die Nutzerin/ der Nutzer der App bzw. der App-Erweiterung. Nachfolgend soll daher zunächst dargestellt werden, welche Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten bestehen und auf welcher Grundlage diese geschlossen und behandelt werden.

<sup>91</sup> Klinger in Handbuch Versandhandelsrecht Rn. 86



### a) App-Verkauf

Im Mittelpunkt der Darstellung soll die weit überwiegende Konstellation betrachtet werden, dass Apps Dritter (Anbieter) über den App-Store an die Verbraucherinnen und Verbraucher bzw. die Nutzerinnen und Nutzer vertrieben werden. Hierbei stellt sich zunächst die nicht ohne Weiteres zu beantwortende Frage, wer Vertragspartner der Nutzerin / des Nutzers wird – der Anbieter der App oder der App-Store-Betreiber?

Von der Beantwortung dieser Frage hängt nicht nur die inhaltliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten ab, sondern auch die Frage, wer für die verkaufte App verantwortlich ist.

Der Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer ist insbesondere bei Mängeln der App gewährleistungspflichtig. Er hat ferner die allgemeinen Informations- und Gestaltungspflichten eines M-Commerce-Anbieters, wie zum Beispiel die Pflichten zur Anbieterkennzeichnung nach § 5 TMG, die Pflichten zur Preisangabe nach der PAngV und die E-Commerce-rechtlichen Informations- und Gestaltungspflichten nach § 312g BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB zu erfüllen. Ferner muss er den fernabsatzrechtlichen Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1 und 2 EGBGB nachkommen und ist ggf. Adressat eines Widerrufs- oder Rückgaberechts der Nutzerinnen und Nutzer gemäß § 312d i.V.m. §§ 355 ff. BGB.

#### aa) Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Betreiber

Die Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Betreiber wird nicht individuell ausgehandelt, sondern einseitig vom App-Store-Betreiber anhand einer vorgegebenen Nutzungs- und Lizenzbedingung bestimmt. In diesen Bedingungen sind die technischen, inhaltlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Entwicklung der Apps, deren Vertrieb über die App-Stores und die Nutzung der App-Stores durch die Anbieter festgelegt. Eine Zustimmung ist Voraussetzung zum (legalen) Vertrieb über den App-Store. Folglich nehmen diese Regelwerke eine zentrale Rolle ein.

Die wichtigsten sind:

- für den Apple App Store das „iOS Developer Program License Agreement (iDPLA)<sup>92)</sup>
- für den Google Play Store die „Android Market – Vereinbarung für den Entwicklervertrieb“<sup>93</sup>

### (1) Vertragsparteien

Hinsichtlich der vertragsrechtlichen Stellung des App Store-Betreibers, also der Frage, ob der App Store-Betreiber oder der Anbieter der App Vertragspartner der Nutzer wird, treffen das iDPLA bei Apple und die Android Market-Vereinbarung für den Entwicklervertrieb bei Google unterschiedliche Regelungen:

Gemäß Ziff. 1.1 (ii) und Exhibit A des Schedule 2 zum iDPLA möchte Apple für App-Anbieter in Deutschland als „commissionaire“ tätig werden. Nach deutschem Rechtsverständnis bestünde zwischen den Anbietern der Apps und Apple demnach ein Kommissionsvertrag nach §§ 383 ff HGB.<sup>94</sup> Infolgedessen käme der (Kauf-)Vertrag über die jeweilige App unmittelbar zwischen Apple als Kommissionär und der Nutzerin / dem Nutzer als Käufer ohne Beteiligung des App-Anbieters als Kommittent zustande. Apple fungierte dabei als mittelbarer Stellvertreter, sprich Apple verkauft die Apps zwar im Interesse und auf Rechnung der Anbieter, jedoch in eigenem Namen.<sup>95</sup> Damit wäre Apple Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer.

Die Android Market-Vereinbarung für den Entwicklervertrieb von Google deutet hingegen darauf hin, dass die Anbieter ihre Apps unmittelbar an die Nutzerinnen und Nutzer vertreiben. Eine Kommissionsabrede zwischen Google und dem Anbieter wie im iDPLA fehlt. Damit wäre im Falle des Google Play Stores der App-Anbieter Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer.

### (2) Inhalt der Vertragsbeziehung

Sowohl das iDPLA (Ziff. 15.11) als auch die Android Market-Vereinbarung für den Entwicklervertrieb (Ziff. 15.7) enthalten Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln zugunsten des Orts der Niederlassung des App-Store-Betreibers, wodurch in beiden Fällen kalifornisches Recht zur Anwendung kommt und ein Gerichtsstand in Kalifornien (USA) besteht.

Es besteht kein Anspruch auf Aufnahme einer App in den App Store sowie kein Anspruch auf Aufrechterhaltung des App-Vertriebs über den App Store.

Gemäß Ziff. 11, 13 und 14 iDPLA bzw. Ziff. 11, 12 und 13 der Android Market-Vereinbarung für den Entwicklervertrieb schließen die Betreiber des App-Stores jegliche Haftung und Gewährleistung aus und lassen sich, soweit gesetzlich zulässig, von sämtlichen Schäden, Verpflichtungen, Ansprüchen etc., insbesondere von etwaigen Gewährleistungsansprüchen durch die Nutzerinnen und Nutzer, freistellen. Die Wirksamkeit dieser Haftungsausschlüsse

<sup>92</sup> Das iDPLA ist nur nach vorheriger Registrierung als Entwickler unter <http://developer.apple.com/appstore/guidelines.html> abrufbar

<sup>93</sup> Die Android Market – Vereinbarung für den Entwicklervertrieb ist unter <http://www.android.com/de/developer-distribution-agreement.html> abrufbar.

<sup>94</sup> Vgl. Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (53); Kremer, CR 2011, 769 (774).

<sup>95</sup> Vgl. näher Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (53).

und Freistellungen gegenüber den Verbraucherinnen und Verbrauchern wäre nach deutschem AGB-Recht unwirksam.<sup>96</sup>

### **bb) Rechtsbeziehung zwischen Betreiber und Nutzerinnen und Nutzern**

Die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App-Stores bestehen regelmäßig aus mehreren einzelnen Bedingungswerken, deren Zusammenhang häufig nicht einfach zu durchschauen ist. Die für den Apple App-Store geltenden Verkaufs- und Nutzungsbedingungen, die „iTunes Store Dienstleistungsbedingungen“, setzen sich aus den Verkaufsbedingungen für sämtliche Stores von Apple, den Nutzungsbedingungen des iTunes Stores, den Nutzungsbedingungen des Mac App-Stores, des App-Stores und des iBook-Stores sowie den Datenschutzrichtlinien zusammen. Die für den Google Play-Store bzw. den dort integrierten Android-Market geltenden Verkaufs- und Nutzungsbedingungen, die „Google Play-Nutzungsbedingungen“, bestehen aus eben diesen Google Play-Nutzungsbedingungen, den Google-Nutzungsbedingungen, den Geschäfts- und Programmgrundsätzen von Google Play und den Datenschutzbestimmungen von Google.

#### **(1) Vertragsparteien**

Nicht eindeutig ist die Rechtslage im Hinblick auf die Frage, ob der jeweilige App-Store-Betreiber oder aber der Anbieter der App Vertragspartner der Nutzerin / des Nutzers werden.

So heißt es in den iTunes Store Dienstleistungsbedingungen von Apple etwa einerseits:

„iTunes verkauft Ihnen eine Lizenz zur Nutzung der Softwareprodukte, die über den Mac App Store und den App Store verfügbar sind (...).“,

andererseits aber auch

„Sie wissen, dass, wenn Sie ein Dritt-Produkt von iTunes erwerben, Sie eine bindende Vereinbarung direkt mit dem Veröffentlicher des Dritt-Produktes abschließen, der Ihre Nutzung des Dritt-Produktes regelt; iTunes ist nicht Partei der Lizenzvereinbarung zwischen Ihnen und dem Veröffentlicher bezüglich dieses Dritt-Produktes. Der Veröffentlicher eines Dritt-Produktes ist ausschließlich für dieses Dritt-Produkt, den darin enthaltenen Inhalte, für etwaige Mängelrechte, soweit solche Mängelrechte nicht ausgeschlossen wurden, und für jegliche Ansprüche, die Sie oder ein anderer bezüglich dieses Dritt-Produktes haben könnten, verantwortlich.“

Tendenziell soll damit wohl eher der App-Anbieter Vertragspartner der Nutzerin / des Nutzers sein und Apple bloß eine Vermittlerrolle einnehmen.<sup>97</sup> Dies weicht jedoch von der bereits ausgeführten Formulierung in der iDPLA ab.

In den GooglePlay-Nutzungsbedingungen stand lange Zeit:

„Einige dieser Produkte können von Google angeboten werden, während andere von Dritten, die nicht mit Google verbunden sind, verfügbar gemacht werden. Sie erkennen an,

<sup>96</sup> Vgl. dazu ausführlich Kremer, CR 2011, 769 (773 f.).

<sup>97</sup> In diese Richtung auch Kremer, CR 2011, 769 (770); Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (50, 55)

dass Google nicht für Produkte auf Google Play verantwortlich ist, die nicht von Google stammen.“

Auch das deutete eher darauf hin, dass der App-Anbieter Vertragspartner der Nutzerin / des Nutzers sein soll. Eindeutig waren indes auch diese Regelungen nicht. Erst vor Kurzem hat Google in Ziff. 2(b) der Google Play-Nutzungsbedingungen in diese Richtung eine klarere Regelung getroffen.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist umstritten, wer Vertragspartner ist, da sich aus den jeweiligen Vertragsbedingungen kein eindeutiges Bild ergibt. Im Zweifel werden die Nutzer insgesamt wohl eher davon ausgehen, dass **Apple der Vertragspartner** ist, zumal sie auch mit Apple die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen geschlossen und dort ihre Kreditkarten- oder sonstigen Zahlungsdaten hinterlegt haben.<sup>98</sup> Auch im Hinblick auf den Google Play Store können Nutzerinnen und Nutzer annehmen, dass nicht der App-Anbieter, sondern **Google der Vertragspartner** ist.<sup>99</sup>

## (2) Inhalt der Vertragsbeziehung

Anders als in der Beziehung zwischen Anbieter und App-Store Betreiber unterliegen die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen, bei denen es sich regelmäßig um B2C-AGB (Business to Customer) handelt, jedoch deutschem Recht und mithin auch der Vertragstypik und der AGB-rechtlichen Kontrolle des BGB. Die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App-Stores enthalten zumeist eine Rechtswahlklausel zugunsten der Anwendbarkeit deutschen Rechts. Das gilt insbesondere für die iTunes–Store–Dienstleistungsbedingungen von Apple und die Google Play-Store-Nutzungsbedingungen.

Folgt man der herrschenden Meinung, die die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware gegen ein einmaliges Entgelt kaufvertraglich einordnet<sup>100</sup>, kann auch der dauerhafte entgeltliche Erwerb von Apps als (Anwendungs-)Software für mobile Endgeräte als Kaufvertrag gemäß § 433 BGB qualifiziert werden. Hiervon abweichende Regelungen in den Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App-Stores, die den Nutzerinnen und Nutzern, wie z. B. die iTunes-Store-Dienstleistungsbedingungen, lediglich (eingeschränkte) Lizenzen zur Nutzung der Apps einräumen, begegnen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB erheblichen Bedenken.<sup>101</sup>

## (3) Einbeziehung der AGB

Neben den AGB-rechtlich problematischen Regelungen zum Vertragstyp bzw. -gegenstand und den Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen unterliegen die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App-Stores auch ansonsten erheblichen AGB-rechtlichen Bedenken. So ist bereits fraglich, ob die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen jeweils wirksam gemäß § 305 Abs. 2 BGB in die Vertragsbeziehungen mit den Nutzerinnen und Nutzern einbezogen werden. Ferner begegnen zumindest die Regelungen in den iTunes-Store-

<sup>98</sup> So im Ergebnis auch Kremer, CR 2011, 769 (771); Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (54 ff.), der insoweit dann stark auf das im iDPLA geregelte Kommissionsverhältnis zwischen den App-Anbietern und Apple abstellt.

<sup>99</sup> In diese Richtung wohl auch Kremer, CR 2011, 769 (771), der bei allen wichtigen App Stores davon ausgeht, dass der Betreiber Vertragspartner der Nutzer ist; vgl. zur etwaigen Anfechtungsmöglichkeit der Nutzer gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB wegen Irrtums über die Identität des Vertragspartners Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (56).

<sup>100</sup> Redeker, IT-Recht, Rz. 523 ff. mwN

<sup>101</sup> Kremer, CR 2011, 769 (771)

Dienstleistungsbedingungen zu der Frage, wer Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer ist, infolge ihrer Unklarheit und Widersprüchlichkeit schon wegen Intransparenz gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB Bedenken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit.<sup>102</sup> Insbesondere die Apple-iTunes-Store-Dienstleistungsbedingungen mit ihrem unübersichtlichen Aufbau, ihrer Länge und ihren teilweise nur schwer nachvollziehbaren Formulierungen weisen auch darüber hinaus zahlreiche intransparente Regelungen i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auf.<sup>103</sup> Schließlich dürften die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App-Stores nicht wenige weitere Regelungen zugunsten der Betreiber, wie z.B. weitgehende Nutzungseinschränkungen für den App-Store und die Apps oder weitgehende Kündigungs- oder Änderungsmöglichkeiten des Vertrags enthalten, die einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 305c, 307 ff. BGB nicht standhalten. Folglich kommen in den Vertragsbeziehungen zwischen den App-Store-Betreibern und den Nutzerinnen und Nutzern gemäß § 306 Abs. 2 BGB weitgehend die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der §§ 433 ff. BGB zur Anwendung.

#### (4) Allgemeine Informationspflichten

Die Betreiber der App-Stores haben, wie alle M-Commerce Anbieter, die allgemeinen Informations- und Gestaltungspflichten einzuhalten.

Bei den Pflichten zur Anbieterkennzeichnung nach § 5 TMG ist zwischen der **Anbieterkennzeichnung** für den App-Store, der ggf. davon abweichenden separaten Anbieterkennzeichnung für die einzelnen App-Angebote bzw. App-Verkäufe im App-Store und der etwaigen Anbieterkennzeichnung für die (Nutzung der) App selbst zu unterscheiden.<sup>104</sup>

Als elektronischer Informations- und Kommunikationsdienst und damit Telemediendienst i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG unterliegt zunächst der App Store einer Impressumspflicht<sup>105</sup> Weder im Apple-App-Store noch im Google-Play-Store findet sich indes eine Anbieterkennzeichnung. Auch auf den App-Angebotsseiten des Apple-App-Stores und des Google-Play-Stores befinden sich keine Anbieterkennzeichnungen, weder eine Anbieterkennzeichnung des jeweiligen App-Anbieters noch eine Anbieterkennzeichnung des jeweiligen App-Store-Betreibers. Eine solche separate Anbieterkennzeichnung für die einzelnen App-Angebote bzw. App-Verkäufe in den App Stores wäre jedoch erforderlich, wenn es sich bei den einzelnen App-Angeboten um eigenständige Telemediendienste i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG handelte. Ähnlich wie z. B. auf der Online-Auktions-Plattformen eBay wäre das der Fall, wenn Drittangebote vorlägen, konkret also die App-Anbieter selbst Verkäufer ihrer Apps wären. Da im Apple App Store und im Google Play Store allerdings nicht die App-Anbieter, sondern die App Store-Betreiber Verkäufer der angebotenen Apps sind, bedürfte es neben der (fehlenden) Anbieterkennzeichnung für den App-Store keiner separaten Anbieterkennzeichnungen auf den App-Angebotsseiten. Schließlich können auch die (über die App Stores verkauften) Apps selbst eine Anbieterkennzeichnung gemäß § 5 TMG benötigen, vorausgesetzt sie sind als Telemediendienst i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG zu qualifizieren.

Apps als bloße (Anwendungs-)Software für mobile Endgeräte erfüllen diese Voraussetzung zunächst nicht.<sup>106</sup> Bereits wenn Apps aber online Daten austauschen, um beispielsweise

<sup>102</sup> Kremer, CR 2011, 769 (771)

<sup>103</sup> Kremer, CR 2011, 769 (772)

<sup>104</sup> Vgl. ansatzweise Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 ff.

<sup>105</sup> Ders.

<sup>106</sup> Ders.

weitere Inhalte oder Funktionalitäten zu laden, oder wenn Apps noch etwas weitergehend elektronische Informations- oder Kommunikationsdienste wie etwa Navigationsdienste, Social Media oder Online-Shops bereit halten, stellen sie gemäß § 1 Abs. 1 TMG Telemediendienste dar, die nach § 5 TMG impressumspflichtig sind.<sup>107</sup> Anzugeben sind dann die nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TMG erforderlichen Informationen des jeweiligen App-Anbieters. Für die Umsetzung der Pflichten zur Anbieterkennzeichnung auf den u.U. kleinen Bildschirmen von mobilen Endgeräten gelten insoweit die gleichen Anforderungen wie im M-Commerce allgemein.

Hinsichtlich der **Preisangabepflichten** bestehen nach der PAngV keine Unterschiede zwischen E- und M-Commerce. Es gelten daher die diesbezüglich bereits getätigten Ausführungen.

Auch hinsichtlich der E-Commerce-rechtlichen Informations- und Gestaltungspflichten bestehen grundsätzlich keine Unterschiede zu M-Commerce Angeboten.

Sowohl im Apple-App-Store als auch im Google-Play-Store werden weder die vorvertraglichen Informationspflichten gemäß § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB, beispielsweise die Erteilung von Informationen über die einzelnen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen, eingehalten noch die obligatorischen technischen Gestaltungen gemäß § 312g Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BGB (Bestellübersicht zur Korrektur von Eingabefehlern, Bestellbestätigung und Abrufbarkeit sowie Speicherbarkeit der Vertragsbestimmungen) befolgt.<sup>108</sup>

#### **(5) Fernabsatzrechtliche Informationspflichten**

Die Betreiber der App-Stores müssen als Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer beim Verkauf der Apps die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1 und 2 EGBGB beachten. In dieser Hinsicht ergeben sich keine relevanten Unterschiede zum M-Commerce im Allgemeinen. Weder die vorvertraglichen Pflichtinformationen nach § 312 c Absatz 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 1 1 EGBGB (insbesondere das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts) noch die vertraglichen Informationspflichten nach § 312c Absatz 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 2 EGBGB werden von Apple und Google erfüllt.<sup>109</sup>

#### **cc) Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Nutzer**

Unter der Annahme, dass die App-Store-Betreiber Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer werden, kommt zwischen diesen und den Anbietern der Apps keine unmittelbare Vertragsbeziehung zustande.

##### **(1) Grundsätzlich keine Rechtsbeziehung**

Eine solche entsteht nur dann, wenn es eine zusätzliche Vereinbarung gibt. Nach dem iDPLA von Apple und der Android-Market-Vereinbarung für den Entwicklervertrieb von Google ist es möglich, ein sog. End User License Agreement (EULA) über die (urheberrechtliche) Nutzung der Apps zu schließen.

<sup>107</sup> vgl. ausführlich zur Einordnung von Apps als Telemediendienst und/oder Telekommunikationsdienst Kremer, CR 2012, 438 (440 f.).

<sup>108</sup> Handbuch Versandhandelsrecht Rz. 281 Kap. 4 B

<sup>109</sup> Handbuch Versandhandelsrecht Rz. 283 Kap. 4 B

## (2) Wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit

Es wird aber diskutiert, ob die App-Anbieter unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten für die Einhaltung der gesetzlichen Informations- und Gestaltungspflichten (mit-)verantwortlich sein könnten:

Die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit etwa für die Verletzung der Pflichten zur Anbieterkennzeichnung oder zur Preisangabe oder die Verletzung der fernabsatzrechtlichen vertraglichen Informationspflichten trifft gemäß § 8 Abs. 1 UWG nicht nur den (unmittelbaren) Verletzer bzw. Täter, hier also den Betreiber des App-Stores, sondern gemäß § 8 Abs. 2 UWG u.U. auch dasjenige Unternehmen, für das ein Beauftragter tätig ist. Beauftragter i.S.d. § 8 Abs. 2 UWG ist jeder, der, ohne Mitarbeiter zu sein, für das Unternehmen eines anderen aufgrund eines vertraglichen oder anderen Rechtsverhältnisses tätig und dergestalt in die betriebliche Organisation eingliedert ist, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Unternehmen zugutekommt, andererseits aber dem Unternehmen ein bestimmender und durchsetzbarer Einfluss jedenfalls auf die beanstandete Tätigkeit eingeräumt ist.<sup>110</sup> Im Rahmen eines Kommissionsvertrags – wie er zumindest zwischen den App-Anbietern und Apple vorliegen dürfte – kann der Kommissionär, hier also der App-Store-Betreiber, Beauftragter des Kommittenten, hier also des App-Anbieters, i.S.d. § 8 Abs. 2 UWG sein.<sup>111</sup>

Sehr fraglich ist allerdings, ob die App-Anbieter einen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss auf die Gestaltung der App-Angebote einschließlich der Umsetzung der gesetzlichen Informations- und Gestaltungspflichten auf den App-Angebotsseiten den App-Stores haben. Mit anderen Worten werden die App-Anbieter die App Stores weder tatsächlich noch rechtlich dazu anhalten können, die gesetzlichen Informations- und Gestaltungspflichten in den App Stores umzusetzen.

Von daher sollte auch keine wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit nach § 8 Abs. 2 UWG gegeben sein.

### b) In-App-Verkäufe

Die Fragen nach den Vertragsparteien, der vertragsrechtlichen Stellung der App Store-Betreiber und der Erfüllung der gesetzlichen Informations- und Gestaltungspflichten stellt sich bei In-App-Verkäufen erneut. Bei In-App-Verkäufen kaufen Nutzer aus bereits erworbenen bzw. heruntergeladenen Apps heraus über die App Stores Erweiterungen.

Die Rechtsbeziehungen zwischen den **Anbietern der App-Erweiterungen und den App Store-Betreibern** werden wiederum durch die von den App Store-Betreibern vorgegebenen Nutzungs- und Lizenzbedingungen – beim Apple App Store durch das iDPLA und beim Google-Play-Store durch die Android-Market-Vereinbarung für den Entwicklervertrieb – bestimmt. Nach dem iDPLA und dessen Attachment 2 („Additional Terms for Use of the In App Purchase API“), in dem ergänzende spezifische Regelungen zu den In-App-Verkäufen enthalten sind, dürfen sowohl In-App-Verkäufe als auch In-App-Abonnements nur aus einer

<sup>110</sup> Köhler/Bornkamm/Köhler, § 8 UWG Rz. 2.41 mwN

<sup>111</sup> Köhler/Bornkamm/Köhler, § 8 UWG Rz. 2.45 mwN.

zuvor gekauften oder kostenlos heruntergeladenen App heraus getätigt und nur innerhalb der jeweiligen App genutzt werden.

Der Google-Play-Store ermöglicht ebenfalls In-App-Verkäufe, wobei diese dort lediglich der In-App-Bezahlung als Bezahlmethode für App-Erweiterungen gesondert behandelt werden.

Auch hinsichtlich der Rechtsbeziehungen zwischen den **App-Store-Betreibern und den Nutzerinnen und Nutzern** gelten für In-App-Verkäufe die gleichen Verkaufs- und Nutzungsbedingungen wie für App-Verkäufe. Im Apple-App-Store also die iTunes-Store-Dienstleistungsbedingungen, die die In-App-Verkäufe den App-Verkäufen im Wesentlichen gleich stellen, und im Google-Play-Store die Google-Play-Nutzungsbedingungen.

Wer Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer wird ist auch bei In-App-Verkäufen nicht eindeutig. Da die Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App-Store-Betreiber in diesem Punkt nicht vollständig klar und teilweise sogar widersprüchlich sind (s. o.), wird in der Literatur auch zur Ermittlung des Vertragspartners der Nutzer bei In-App-Verkäufen gemäß §§ 133, 157 BGB auf den objektiven Empfängerhorizont der Nutzer und deren Wahrnehmung sowie Verständnis vom Erwerbsvorgang der In-App-Verkäufe abgestellt.<sup>112</sup>

Es wird diskutiert, dass sich die Abwicklung des In-App-Kaufs aus Nutzersicht genau gleich darstellt wie beim Erstkauf bzw. -bezug der App, zu der die Nutzerin / der Nutzer die Erweiterung erwerben möchte. Sowohl die Bezahlung der App-Erweiterung als auch deren Übermittlung auf das mobile Endgerät des Nutzers erfolgen auch bei In-App-Verkäufen über den jeweiligen App Store. Hinzu kommt, dass sowohl die Plattform von Apple als auch der Google Play Store Einstellungen bereit halten, mit denen die In-App-Verkäufe gesperrt werden können.

Insgesamt wird daher vertreten, dass im Zweifel App-Store-Betreiber wie Apple bzw. Google und nicht die Anbieter der App-Erweiterungen die Vertragspartner sind. Letztlich kommt es aber auf den Einzelfall an und eine pauschalisierende Betrachtung ist nicht geboten.

Folglich sind die App-Store-Betreiber nicht nur den Nutzerinnen und Nutzern im Fall von Sach- oder Rechtsmängeln als gewährleistungspflichtig anzusehen, sondern auch für die Einhaltung der gesetzlichen Informations- und Gestaltungspflichten, insbesondere der Pflichten zur Anbieterkennzeichnung nach § 5 TMG, der Pflichten zur Preisangabe nach der PAngV, der E-Commerce-rechtlichen Informations- und Gestaltungspflichten nach § 312g BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB und der fernabsatzrechtlichen Informationspflichten gemäß § 312c 1 BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1 und 2 EGBGB.

Wie bei den App-Verkäufen ist nicht auszuschließen, dass die Anbieter der App-Erweiterungen unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten für die Einhaltung der gesetzlichen Informations- und Gestaltungspflichten durch die App Stores (mit-)verantwortlich sind.

### 3. Sonderform: Kostenlose Apps

<sup>112</sup> Klinger in Handbuch Versandhandelsrecht Rn. 293

Häufig werden Apps kostenlos vertrieben. Auch bei dieser Vertriebskonstellation ist die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten sowie die vertragsrechtliche Stellung der App Store-Betreiber zu klären.

#### **a) Vertragsparteien**

Aussagen darüber, wer in diesem Fall Vertragspartner der Nutzerin / des Nutzers wird, sind in den Nutzungs- und Lizenzbedingungen enthalten:

Das iDPLA und dessen Schedule 1, das spezifische Regelungen zum Vertrieb von kostenlosen Apps enthält, kann, auch wenn im Gegensatz zum Vertrieb von kostenpflichtigen Apps einige Regelungen eher darauf hindeuten, dass Apple beim Vertrieb von kostenlosen Apps als „agent“ für den App-Anbieter und damit als dessen Stellvertreter i.S.d. § 164 Abs. 1 BGB auftreten möchte, im Ergebnis wie beim Vertrieb von kostenpflichtigen Apps dahingehend ausgelegt werden, dass ein Kommissionsvertrag nach §§ 383 ff HGB zwischen App-Anbieter und Apple besteht, Apple also als Vertragspartner der Nutzerin / des Nutzers auftreten soll.<sup>113</sup>

Die Android-Market-Vereinbarung für den Entwicklervertrieb unterscheidet hingegen nicht zwischen dem Vertrieb kostenpflichtiger und dem Vertrieb kostenloser Apps. Mangels Kommissionsabrede deutet sie eher darauf hin, dass der App-Anbieter der Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer sein soll.

#### **b) Inhalt der Vertragsbeziehung**

Die Rechtsbeziehung zwischen den App-Store-Betreibern und den Nutzerinnen und Nutzern der kostenlosen Apps unterliegen den von den App-Store-Betreibern gestalteten Verkaufs- und Nutzungsbedingungen der App Stores. Für den Apple App Store gelten also die iTunes-Store-Dienstleistungsbedingungen und für den Google-Play-Store die Google Play-Nutzungsbedingungen.

Werden Apps in den App-Stores kostenlos vertrieben, liegt dem Erwerbsvorgang ein Schenkungsvertrag nach § 516 Abs. 1 BGB zugrunde. Dieser wird gemäß § 518 Abs. 2 BGB mit dem Bewirken der Leistung, also dem vollständigen Download der App auf das mobile Endgerät des Nutzers, wirksam.<sup>114</sup> Da Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer die Betreiber der App-Stores sind, kommen die Schenkungsverträge in diesem Rechtsverhältnis zustande. Gewährleistungsansprüche seitens der Nutzerinnen und Nutzer bestehen hier jedoch nur im Rahmen der beschränkten Haftung des Schenkungsrechts nach §§ 521, 523, 524, 526 BGB. Werden im Rahmen von In-App-Angeboten kostenpflichtige Käufe getätigt gilt wiederum das oben gesagte.

Als Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer und als Anbieter der kostenlosen Apps sind die App-Store-Betreiber grundsätzlich auch für die Einhaltung der gesetzlichen Informations- und Gestaltungspflichten verantwortlich. Inwieweit diese bei einem Schenkungsvertrag überhaupt zu erfüllen sind, ist umstritten. Zu beachten sind jedenfalls die Pflichten zur Anbieterkennzeichnung nach § 5 TMG, da auch die Angebote kostenloser Apps und

<sup>113</sup> Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (57 f.).

<sup>114</sup> Kremer, CR 2011, 769 (771); Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (59).

kostenlose Apps selbst Telemediendienste i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG sind bzw. sein können. Nicht anwendbar beim Vertrieb von kostenlosen Apps sind hingegen die Pflichten zur Preisangabe nach der PAngV.<sup>115</sup>

Die E-Commerce-rechtlichen Informations- und Gestaltungspflichten nach § 312g BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB und die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1 und 2 EGBGB sind nicht anwendbar, da Schenkungsverträge – auch nach dem Sinn und Zweck der fernabsatz- und E-Commerce-rechtlichen Regelungen – wohl nicht zu den E-Commerce- und Fernabsatzverträgen i.S.d. §§ 312g Abs. 1 Satz 1 bzw. 312b Abs. 1 Satz 1 BGB gehören.

#### **4. Datenschutz**

##### **a) Vertrieb von Apps – anwendbares Recht**

Beim Vertrieb von Apps ist, da die App-Store-Betreiber durchgängig im Ausland ansässig sind, zunächst die Frage nach dem anwendbaren nationalen Datenschutzrecht zu klären.

§ 1 Abs. 5 BDSG differenziert hierbei zwischen verantwortlichen Stellen, die ihren Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU oder des EWR haben und auf die nach dem sog. Sitzlandprinzip das nationale Datenschutzrecht ihres jeweiligen Sitzes Anwendung findet, und verantwortlichen Stellen, die ihren Sitz außerhalb der EU bzw. des EWR haben, jedoch im Inland personenbezogene Daten erheben, verarbeiten oder nutzen und daher nach dem sog. Territorialitätsprinzip dem BDSG unterliegen.

Weil die App-Store-Betreiber als Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer und Anbieter hinsichtlich der beim Verkauf der Apps und App-Erweiterungen erhobenen und verarbeiteten personenbezogenen Daten der Nutzerinnen und Nutzer auch verantwortliche Stelle i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG sind,<sup>116</sup> kommt es auf deren jeweiligen Sitz an:

Im Fall des Apple-App-Stores, der von der in Luxemburg ansässigen iTunes S.à.r.l. betrieben wird, ist daher luxemburgisches Datenschutzrecht anwendbar, im Fall des Google-Play-Stores, der von der in den USA ansässigen Google Inc. betrieben wird, deutsches Datenschutzrecht.

Die Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts unterstellt, sind die App-Store-Betreiber als verantwortliche Stellen i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zuständig. Da App-Stores Telemediendienste i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG sind, kommen in erster Linie die datenschutzrechtlichen Vorschriften der §§ 11 ff. TMG zur Anwendung. Gemäß § 14 Abs. 1 TMG sind die App-Store-Betreiber ohne vorherige Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer berechtigt, die für die Abwicklung der Verträge über die Apps bzw. App-Erweiterungen erforderlichen personenbezogenen Nutzerdaten, bspw. Namen, E-Mail-Adressen und Zahlungsdaten der Nutzerinnen und Nutzer zu erheben und zu verarbeiten. Für weitergehende Datenverarbeitungen, insbesondere Datenverarbeitungen zu Werbezwecken oder Datenübermittlungen an Dritte einschließlich der App-Anbieter,

<sup>115</sup> Bamberger/Roth/Masuch, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1.5.2012, § 312g BGB Rz. 4; aA MüKoBGB/Wendehorst, § 312g BGB Rz. 18

<sup>116</sup> Feldmann, in Taeger/Wiebe, Die Welt im Netz – Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, 2011, S. 47 (61 f.).

benötigen App-Store-Betreiber gemäß §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG in der Regel entsprechende vorherige Einwilligungen der Nutzer.<sup>117</sup> Diesen kommt damit eine zentrale Rolle zu.

Auch die datenschutzrechtlichen Informationspflichten gemäß § 13 Abs. 1 TMG über die in App Stores vorgenommenen (weiteren) (automatisierten) Datenerhebungen, Datenverarbeitungen, insbesondere Datenübermittlungen, und Datennutzungen dürften infolge zu ungenauer und/oder unvollständiger Angaben oftmals nicht eingehalten sein.<sup>118</sup>

Aufgrund der nicht eindeutig geklärten Rechtslage, wer Vertragspartner ist, wird in der Praxis, für den Fall dass nicht die App-Store-Betreiber, sondern die App-Anbieter als Vertragspartner der Nutzerinnen und Nutzer und damit als verantwortliche Stellen i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG angesehen werden, sie zumindest aber für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Verpflichtungen (mit-)verantwortlich gemacht werden, App-Anbietern empfohlen<sup>119</sup>, „alle ihnen möglichen und zumutbare Maßnahmen zu ergreifen, um auf die datenschutzrechtskonforme Umsetzung ihrer App-Angebote in den App Stores hinzuwirken“.

### **b) Nutzung von Apps**

Zur Ermittlung des anwendbaren Rechts kommt es gemäß § 1 Abs. 5 BDSG wiederum auf den Sitz des Vertragspartners an, da bei der Nutzung von Apps, soweit die genutzte App ein Telemediendienst i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG ist und die App-Anbieter als Diensteanbieter i. S. d. § 13 Abs. 1 TMG bzw. als verantwortliche Stellen i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG anzusehen sind.

Die Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts unterstellt, sind die App-Anbieter als Diensteanbieter i.S.d. § 13 Abs. 1 TMG bzw. verantwortliche Stellen i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG verpflichtet, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften, insbesondere der vorrangig geltenden §§ 11 ff. TMG, sicher zu stellen. Soweit für die bestimmungsgemäße Nutzung einer App die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten von Nutzern erforderlich ist, können solche Datenerhebungen und -verarbeitungen gemäß §§ 14 oder 15 TMG als Bestands- oder Nutzungsdatenerhebungen bzw. -verarbeitungen gerechtfertigt sein. Das ist z. B. bei Verkaufs-Apps hinsichtlich der Nutzerdaten, die für die Abwicklung der über die Verkaufs-Apps geschlossenen Verträge notwendig sind, der Fall oder bei Social Media-Apps hinsichtlich der Login-Daten der Nutzerinnen und Nutzer.

Allerdings erheben und verarbeiten viele Apps personenbezogene Daten von Nutzern, die für den Betrieb der jeweiligen App nicht erforderlich sind. So werden von Apps beispielsweise die Gerätekennungen der mobilen Endgeräte, die diesen, wie bspw. der sog. Unique Device Identifier (UDID) bei Apple-Endgeräten, meistens fest zugeordnet sind, ausgelesen. Ferner werden etwa Benutzungsstatistiken der Apps oder die Mobilfunkanbieter der Nutzerinnen und Nutzer erhoben. Häufig kommt es auch vor, dass Apps ohne Wissen der Nutzerinnen und Nutzer personenbezogene Daten, wie z.B. Kontaktdaten aus Telefon- oder Adressbüchern der mobilen Endgeräte, Standortdaten oder Daten aus der Nutzung von Apps, beispielsweise Zielangaben aus Navigations-Apps oder die mit Barcode- oder QR-Code-Scannern erfassten Informationen, an die App-Anbieter oder an Dritte, etwa Werbenetz-

<sup>117</sup> Vgl. ders.

<sup>118</sup> Vgl. dazu etwa die Untersuchung von App Stores durch die Stiftung Warentest im Frühjahr 2011, test 8/2011, S. 42 (44 ff.), sowie ders. in test 11/2012 „Shopping Apps: Nur zwei sind sicher und gut“]

<sup>119</sup> Praxistipp – Klinger in Oelschläger/Bauer – Handbuch Versandhandelsrecht Rn. 310

werke oder Analysedienste, übertragen. Solche heimlichen Datenübertragungen finden zudem nicht selten unverschlüsselt und/oder nicht anonymisiert statt.<sup>120</sup>

## **VIII. Nicht-legislative Initiativen**

### **1. Gütesiegel**

Vielen Verbraucherinnen und Verbrauchern in der Europäischen Union fehlt nach wie vor das nötige Vertrauen, um Waren online über das Internet zu bestellen, wobei das Vertrauen in inländische Händler in der Regel größer ist als in ausländische.<sup>121</sup> Gütesiegel können daher im Bereich E-Commerce von Bedeutung sein. [So gaben beispielsweise mehr als die Hälfte der Baden-Württemberger, die im Rahmen des Süddeutschen Verbrauchermonitors 2010 befragt wurden, an, dass ein Gütesiegel eines von mehreren Entscheidungskriterien sei.] Jedoch gleicht kein Gütesiegel dem anderen, einige verdienen die Bezeichnung Gütesiegel nicht und darüber hinaus gibt es gefälschte sowie frei erfundene Gütesiegel.

Bereits 2010 hatte das Europäische Parlament die Etablierung eines europäischen Gütesiegels für sichere Webseiten vorgeschlagen, das Verbraucherinnen und Verbraucher, die grenzüberschreitend online in der EU einkaufen, die Zuverlässigkeit und Qualität von Waren garantieren würde. Auf Grundlage dieses Vorschlages des Europäischen Parlaments hat das Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg eine Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa in Auftrag gegeben. Ziel der Studie war, bekannte und seriöse Gütesiegel in Deutschland und Europa für den Online-Handel zu identifizieren und aufzuzeigen, was diese leisten. Untersucht wurden Gütesiegel für den Online-Handel, d. h. Gütesiegel die Online-Shops umfassend testen, nicht hingegen Gütesiegel, die nur Teilbereiche zertifizieren, wie zum Beispiel den Datenschutz oder die Bezahlart. Der Schwerpunkt der Untersuchung lag darauf, wie Gütesiegelanbieter Verbraucherinnen und Verbrauchern konkret helfen, wenn ein Problem mit einem Internethändler auftritt.

### **2. Reputationssysteme für Smartphone Apps**

Das Center of Internet an Society der Stanford University<sup>122</sup> beurteilt auf der Website [whatapp.org](http://whatapp.org) Smartphone Apps, Web Apps, Browser und Soziale Netzwerke hinsichtlich Datenschutz, Sicherheit und Offenheit.

### **3. Tests**

#### **a) PC-Welt**

PC-Welt testet Apps auf Nutzerfreundlichkeit, Sicherheit, Design, Systemanforderungen, Funktionalitäten, Informationen zum Support und in-App-Werbung. Bei gutem Abschneiden wird ein Gütesiegel vergeben.

#### **b) Stiftung Warentest 11/2012 „Shopping Apps: Nur zwei sind sicher und gut“**

Die Tester haben untersucht, ob die Apps (Fokus: Apps von Online-Händlern) die Privatsphäre der Nutzerinnen und Nutzer wahren oder ob sie sensible Daten unberechtigter-

<sup>120</sup> Vgl. zum Ganzen etwa die Untersuchung von Apps durch die Stiftung Warentest im Frühjahr 2012, in der festgestellt wurde, dass von 63 untersuchten Apps 37 Apps entweder unnötig, ungefragt, unverschlüsselt und/oder nicht anonymisiert personenbezogene Daten von Nutzern übertragen, test 6/2012, S. 38 ff.; vgl. dazu auch den Beschluss des Düsseldorf Kreises v. 4./5.5.2011, S. 1, online unter <http://www.datenschutz-hessen.de/tb40k10.htm#entry3689>.

<sup>121</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-718\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-718_de.htm)

<sup>122</sup> <http://cyberlaw.stanford.edu/>

weise an Dritte weiterreichen. Die Tester haben auch geprüft, wie gut Kunden über die Apps im Angebot stöbern können und wie es nach dem Kauf mit dem Bezahlen klappt.

### c) Initiative der App Store Betreiber<sup>123</sup>

Apple, Google, Microsoft, RIM, HP und Amazon vereinbarten im Februar 2012 die Gewährleistung von Mindestanforderungen beim Datenschutz. Nutzerinnen und Nutzer müssen darüber aufgeklärt werden, welche Daten gesammelt werden und was mit ihnen geschieht. Abgesehen davon, dass die Vereinbarung dieser Unternehmen hinter europäischen Standards zurückbleibt, ist eine Umsetzung noch nicht absehbar.

## 4. Informationsangebote im Mobile Commerce

In mehreren Bundesländern (u.a. Baden-Württemberg, Bayern, Hessen) gibt es bereits von der Landesregierung eingerichtete Informationsportale, die Themen aufbereiten, die für die Verbraucherinnen und Verbraucher Relevanz besitzen (Verbraucherportal Baden-Württemberg, Verbraucherinformationssystem Bayern, VerbraucherFenster Hessen). Teilweise werden in den Portalen bereits die Themen Mobile Commerce, Mobile Shopping und Apps aufgegriffen. Es gilt, dieses Informationsangebot weiter auszubauen.

## 5. Aufklärung von Kindern und Jugendlichen

Eine direkte Konfrontation der Kinder und Jugendlichen mit dem Thema, etwa über den Schulunterricht ist ein sinnvoller Weg, um für das Thema zu sensibilisieren. Das Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg (MLR) schreibt beispielsweise gemeinsam mit dem baden-württembergischen Ministerium für Kultus, Jugend und Sport (KM) sowie der Verbraucherkommission einen Verbraucherschutzpreis für Schulen aus. Der Verbraucherschutzpreis richtet sich an alle Schülerinnen und Schüler der allgemein bildenden Schulen in Baden-Württemberg, die Themen zum Verbraucherschutz in der digitalen Welt bearbeiten. Die möglichen Themen reichen vom Datenschutz in sozialen Netzwerken über Kostenfallen im Internet oder bei SMS-Abos sowie rechtlichen Regelungen beim Download von Musik bis hin zu Handyverträgen und der Nutzung von Apps mit Smartphones und Tablets.

Zudem veranstaltet das Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg für Lehrkräfte sowie für Lehramtsanwärter in Kooperation mit dem Ministerium für Kultus, Jugend und Sport Fortbildungen zum Verbraucherschutz in der digitalen Welt. Mitte Juli 2013 fand beispielsweise eine schulartübergreifende Tagung zum Thema „Social Media – ein Thema in der Lehrer- und Verbraucherbildung“ am Staatlichen Seminar für Didaktik und Lehrerbildung Nürtingen statt. Eventuell könnte dies in anderen Bundesländern ebenso durchgeführt werden, um Kinder und Jugendliche mit Themen der digitalen Welt vertraut zu machen und sie für Risiken und Gefahren zu sensibilisieren.

## IX. Mobile Payment

Unter Mobile Payment werden Zahlungsvorgänge verstanden, die Verbraucherinnen und Verbraucher mithilfe mobiler Endgeräte bzw. mobiler Techniken durchführen. Um solche Transaktionen durchzuführen, setzen die Zahlende / der Zahlende und / oder die Zahlungsempfängerin / der Zahlungsempfänger Funktechnik (bspw. NFC-Technik = Near-Field-Communication) ein. Mithilfe der Funktechnik werden Transaktionen initiiert, autori-

<sup>123</sup> <http://heise.de/-1440957>

siert und realisiert. Mobile Payment ist sowohl bei Geschäften vor Ort (z. B. in Geschäften, an Verkaufsautomaten) als auch bei Online-Geschäften anwendbar. Potenzial sehen Experten vor allem beim Mobile Payment-Verfahren bei Einkäufen in Geschäften oder an Verkaufsautomaten (sogenannte Mobile Proximity Payments bzw. Mobile Point-of-Sale-Payments).<sup>124</sup>

Laut einer GfK-Studie<sup>125</sup> aus dem Jahr 2011 sind Mobile Payment-Angebote weltweit gefragt. Zwar habe sich der GfK-Studie zufolge Mobile Payment in Deutschland noch nicht etabliert, dennoch fänden die Hälfte der deutschen Verbraucherinnen und Verbraucher Mobile Payment-Angebote reizvoll. Einer repräsentativen Umfrage<sup>126</sup> des Branchenverbandes BITKOM vom Juni 2013 zufolge, gibt es Nutzerinnen und Nutzer, die gerne sämtliche Zahlungsgeschäfte digital vornehmen würden und das Portemonnaie durch das so genannte Mobile Wallet auf dem Smartphone & Co. ersetzen würden. So kann sich von allen befragten Deutschen jeder siebte (14 Prozent) vorstellen, auf sein Portemonnaie komplett zu verzichten und nur noch mit dem Smartphone zu bezahlen; bei den Besitzern eines Smartphones ist es sogar jeder fünfte (21 Prozent).

Einige Experten skizzieren sogar langfristige Szenarien mit einem kompletten Ersatz der Geldbörse inklusive aller Debit-, Kredit- und Kundenkarten durch Mobile Payment Dienste.

Je nachdem wie eng oder weit der Begriff Mobile Payment gefasst wird, schätzt das Marktforschungsunternehmen Gartner das weltweite Mobile Payment-Volumen in einer Prognose für das Jahr 2012 auf 171 Mrd. USD.<sup>127</sup> Vom Jahr 2011 auf das Jahr 2012 erfolgte ein Anstieg von 62 Prozent.

Gemäß des E-Payments-Barometers 2013<sup>128</sup> ergibt sich seitens der Anbieter bezogen auf Mobile Payment folgendes Bild für Deutschland:

- 13 Prozent der Händler bieten ihren Kundinnen und Kunden im Geschäft die Möglichkeit, kontaktlos (per Karte oder Mobiltelefon) zu bezahlen.
- Nur 25 Prozent der Händler lehnen kontaktlose Bezahlverfahren ab, 43 Prozent können sich vorstellen, diese Verfahren einzusetzen, 32 Prozent können sich vorstellen, diese vielleicht einzusetzen.
- 40 Prozent der befragten Händler sind der Ansicht, dass bis 2018 Zahlungen mithilfe normaler Karten hinter die kontaktlose Bezahlung zurückfallen werden.

## X. Marktortprinzip

Unter dem sogenannten Marktortprinzip wird der Grundsatz verstanden, demnach die rechtlichen Spielregeln des Landes eingehalten werden müssen, auf dessen Markt das Angebots eines Unternehmens gerichtet ist. Das gilt auch für Internethändler. So hat das LG Karlsruhe in seinem Urteil vom 16.12.2011 (14 O 27/11 KfH III) entschieden, dass auch ein Anbieter, der in den Niederlanden ansässig ist, sich mit seinem Angebot aber an den deutschen Markt richtet, die in Deutschland geltenden rechtlichen Spielregeln einhalten muss.

<sup>124</sup> <http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xbcr/digitalrechte/mobile-commerce-studie-vzbv-2012.pdf> S. 32

<sup>125</sup> [http://www.gfk.com/imperia/md/content/presse/pressemitteilungen\\_2011/110517\\_mobile-payment\\_dfin.pdf](http://www.gfk.com/imperia/md/content/presse/pressemitteilungen_2011/110517_mobile-payment_dfin.pdf)

<sup>126</sup> [http://www.bitkom.org/de/presse/8477\\_76410.aspx](http://www.bitkom.org/de/presse/8477_76410.aspx)

<sup>127</sup> <http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xbcr/digitalrechte/mobile-commerce-studie-vzbv-2012.pdf> S. 44

<sup>128</sup> [http://www.ibi.de/files/E-Payment-Barometer\\_1-2013.pdf](http://www.ibi.de/files/E-Payment-Barometer_1-2013.pdf)

## **F. Anlage NTIA Bericht**

NTIA July 25, 2013 Redline Draft 1

### **SHORT FORM NOTICE CODE OF CONDUCT TO PROMOTE TRANSPARENCY IN MOBILE APP PRACTICES**

#### **I. Preamble: Principles Underlying the Code of Conduct**

Below is a voluntary Code of Conduct for mobile application (“app”) short notices developed through the Multi-Stakeholder Process on Application Transparency convened by the United States Department of Commerce. The purpose of the short form notices is to provide consumers enhanced transparency about the data collection and sharing practices of apps that consumers use. This code does not apply to software that a consumer does not interact directly with or to inherent functions of the device. This code also does not apply to apps that are solely provided to or sold to enterprises for use within those businesses.

This Code of Conduct incorporates guidance from privacy, civil liberties, and consumer advocates, app developers, app publishers, and other entities across the mobile ecosystem. The transparency created by displaying information about application practices in a consistent way as set forth in this code is intended to help consumers compare and contrast data practices of apps. These short notices seek to enhance consumer trust in app information practices without discouraging innovation in mobile app notice or interfering with or undermining the consumer’s experience.

This preamble explains the goals of the Code of Conduct and provides some guidance to developers regarding implementation. However, it does not impose operational requirements beyond those set forth in Sections II., III., and IV. below.

Where practicable, app developers are encouraged to provide consumers with access to the short notice prior to download or purchase of the app.

When appropriate, some app developers may elect to offer short form notice in multiple languages.

App developers should be aware that there are other Fair Information Practices (FIPs) beyond transparency; app developers are encouraged to adhere to the full set of FIPs. This Code of Conduct addresses short form notices about collection and sharing of consumer information with third parties. App developers should be aware that California’s Online Privacy Protection Act and other privacy laws may also require app developers to post a long form privacy policy. Because long form consumer privacy policies constitute a generally accepted best practice, app developers are encouraged to post a long form privacy policy.

Before committing to follow this Code of Conduct, app developers should review their data practices, consider platform requirements, if any, and consider carefully whether they can fulfill all operational requirements, which are set forth below in Sections II., III., and IV., be-

cause commitment may create legal responsibilities. Adopting these principles does not guarantee compliance with any specific state, federal, or international laws or best practices.

## II. Short Form Notices

App developers and publishers that voluntarily elect to enhance transparency by adopting a short form notice as provided in this Code shall describe in the notice:

- (a) the collection of types of data listed in Section II.A whether or not consumers know that it is being collected;
- (b) a means of accessing a long form privacy policy, if any exists;
- (c) the sharing of user-specific data, if any, with third parties listed in Section II.B as defined below; and
- (d) the identity of the entity providing the app.

These practices shall be set forth in “short form notices” that convey the information described in Sections II.A and B to app users in a consistent manner that is easy for consumers to read and understand.

The following elements must be displayed in text. An icon may be used along with the text. The short form notice shall employ a mechanism that facilitates ready consumer access to explanatory information (“parentheticals”). The parentheticals explain the bolded terms listed in Sections II.A and B. The parentheticals may be modified as described in Sections III. A-F.

### A. Data Collected

The short form notice shall state which of the following data categories the app collects:

- **Biometrics** (information about your body, including fingerprints, facial recognition, signatures and/or voice print.)
- **Browser History** (a list of websites visited)
- **Phone or Text Log** (a list of the calls or texts made or received.)
- **Contacts** (including list of contacts, social networking connections or their phone numbers, postal, email and text addresses)
- **Financial Info** (includes credit, bank and consumer-specific financial information such as transaction data.)
- **Health, Medical or Therapy Info** (including health claims and other information used to measure health or wellness.)
- **Location** (precise past or current location of where a user has gone.)
- **User Files** (files stored on the device that contain your content, such as calendar, photos, text, or video.)

The short form notice need not disclose incidental collection of the above data elements if the data element is actively submitted by a user through an open field and the user is not encouraged to submit that specific data element.

If an app as one of its functions permits the purchase of goods or services and does not otherwise passively collect financial information without advance consumer notice, the short form notice is not required to list collection of financial information unless the consumer chooses to make a purchase in which such information is collected or that collection represents a material change from the app's previous short form notice.

Data is deemed to be collected only if transmitted off of the device.

## **B. Data Shared**

The short form notice shall state whether the app shares user-specific data with any category of third-party entity that falls within any of the following categories:

- **Ad Networks** (Companies that display ads to you through apps.)
- **Carriers** (Companies that provide mobile connections.)
- **Consumer Data Resellers** (Companies that sell consumer information to other companies for multiple purposes including offering products and services that may interest you.)
- **Data Analytics Providers** (Companies that collect and analyze your data.)
- **Government Entities** (Any sharing with the government except where required by law or expressly permitted in an emergency.)
- **Operating Systems and Platforms** (Software companies that power your device, app stores, and companies that provide common tools and information for apps about app consumers.)
- **Other Apps** (Other apps of companies that the consumer may not have a relationship with.)
- **Social Networks** (Companies that connect individuals around common interests and facilitate sharing.)

Short form notice is not required for sharing consumer data with third party service providers where a contract between the app and the third party explicitly: (i) limits the uses of the data provided by the app to the third party solely to provide a service to or on behalf of the app; and, (ii) prohibits the sharing of the consumer data with subsequent third parties. User-specific data does not include aggregated or otherwise substantively deidentified information that does not include any of the user's personally identifying information, and would not allow that identifying information to be inferred.

## **C. Exceptions to Short Form Notice of Collection and Sharing**

1. Short form notice is not required for collection or sharing of data that is not identified or that is otherwise promptly de-identified as long as reasonable steps are taken to prevent the data from being re-associated with a specific individual or device. App developers shall be deemed to take such reasonable steps if they:
  - (a) take reasonable measures to de-identify the data;
  - (b) commit not to try to re-identify the data; and
  - (c) contractually prohibit downstream recipients of data with whom they have contracts from trying to re-identify the data or from disclosing the data to any other person who has not agreed by contract not to re-identify the data.
  
2. The most common app collection and sharing activities for operational purposes as listed below in (a)-(g) are exempt from the short notice requirements in Sections II.A and B, and include those activities necessary to:
  - (a) maintain, improve or analyze the functioning of the app;
  - (b) perform network communications;
  - (c) authenticate users;
  - (d) cap the frequency of advertising;
  - (e) protect the security or integrity of the user or app;

- (f) facilitate legal or regulatory compliance; or
- (g) allow an app to be made available to the user on the user's device.

3. With regard to the collection by the app of data listed in II. A or the sharing of data with any category of third party listed in II.B, the short form notice need not disclose the collection or sharing if the entity providing the notice does not affirmatively authorize such collection or sharing and does not have actual knowledge of, or deliberately avoid obtaining actual knowledge of, such collection or sharing before it occurs. After an app developer or publisher has actual knowledge of such collection or sharing, it must promptly either take reasonable steps to prevent collection or sharing that is inconsistent with its short form notice or modify its short form notice to make an appropriate disclosure.

### **III. Short Form Design Elements**

Given the different screen sizes, form factors, User Interface ("UI") options and range of sensors available on devices, short form notice implementations may vary. This Code of Conduct allows and encourages flexibility and innovation in short form notice, provided that the notice, consistent with the design of the app, implements the following elements:

- A. All data categories as described in II.A, and all entities as described in II.B are listed in text that may be accompanied by or include an icon or symbol that conveys or attracts attention to the information.
- B. A short form notice may display more specific descriptions of the data elements collected or of the entities with which information is shared. That information may be conveyed in larger or smaller font than the font of the data element or entity categories.
- C. A short form notice may list the categories in Sections II.A and II.B that do not apply in smaller text, or otherwise distinguish the non-applicable categories from applicable categories.
- D. If an app neither collects categories of data from II.A, nor shares with any entities listed in II.B, nor collects categories or shares with any entities (other than the data collection and disclosures excepted in II. C) , the short form notice may clearly set forth in its short form notice that it "does not collect," "does not share," or "does not collect or share" in lieu of listing the categories or entities.
- E. Where practicable, the short form notice should display the information required under Sections II.A and II.B in a single screen.
- F. A short form notice shall enable consumers ready access to explanatory information as set forth in this Code of Conduct's "parentheticals" that explains the applicable terms set forth in Sections II.A and II.B.
- G. Text and font shall be distinct so as to easily stand out from the page background.
- H. A short notice shall be readily available from the application.
- I. This Code of Conduct encourages but does not require presentation of a short form notice prior to installation or use of the application.
- J. App developers that materially change their data collection or data sharing practices in a way that results in expanded or unexpected collection or disclosure of data shall notify consumers and may be required to obtain consent in order to satisfy the requirements under Section 5 of the Federal Trade Commission Act.
- K. Companies who endorse this code may test a notice with consumers before or during implementation. If that user testing, performed in good faith, shows significant and demonstrable improvement in consumer ease of use or understanding when the short form notice

lists only the data elements from the list in II.A that are collected and only the entities listed in II.B with which data is shared or who are authorized to collect data, then those endorsers shall have the option to comply with the Code by displaying only the data elements that are collected, and only the entities with which data elements are shared or who are authorized to collect data.

#### **IV. Linkage to Data Usage, Terms of Use and/or Long Form Privacy Policies**

In addition to implementing short form notices, participating app developers and publishers shall provide consumers ready access to each participating app's data usage policy, terms of use, or long form privacy policy, as applicable, and if any exists. Participating app developers and publishers should include an explanation of the app's data retention policy, if any exists.