

Daten als Gegenstand von Leistung und Gegenleistung im UN-Kaufrecht

Alexander Scheuch*

ZVglRWiss 118 (2019) 375–421

Daten werden zu einem immer wichtigeren Gegenstand des Marktgeschehens. Zumindest für das UN-Kaufrecht kommt man an einer vertragstypologischen Qualifikation der zugrunde liegenden Geschäfte nicht vorbei, denn das CISG erfasst nur den Kauf von Waren. Der Datenhandel heutigen Ausmaßes stand seinen Verfassern im Jahr 1980 kaum vor Augen. Der Beitrag untersucht deshalb, unter welchen Voraussetzungen die Überlassung von Daten dem UN-Kaufrecht unterfallen kann. Dabei stellen sich grundlegende und über das CISG hinausreichende Fragen danach, was einen Kauf ausmacht und wie dieser zu anderen Vertragstypen abzugrenzen ist. In den Blick genommen wird zudem der umgekehrte Fall: Daten werden als Gegenleistung für die Lieferung einer Ware überlassen. Es zeigt sich, dass in solchen Fällen eine Anwendung des CISG in der Regel ausscheidet, da das Übereinkommen auf monetäre Gegenleistungen ausgelegt ist.

Data are becoming an increasingly important object of market activities. At least from a UN Sales Law perspective it is inevitable to classify the contracts concerned as the CISG only covers the sale of goods. In 1980, the CISG's drafters could hardly have imagined the present-day extent of data trading. Therefore, this article undertakes to examine under which circumstances the transfer of data can fall under the scope of UN Sales Law. In the process it will address some fundamental and overarching questions, such as what constitutes a sale and how sales are to be distinguished from other types of transactions. The article further considers the reverse scenario in which data are transferred in return for goods. It will become evident that in most cases an application of the CISG is ruled out as the Convention requires a monetary consideration.

Inhalt

I. Einführung	376
II. Daten als Leistungsgegenstand	379
1. Wareneigenschaft von Daten	379
2. Voraussetzungen der Einordnung als Kaufvertrag	392
3. Kein Ausschluss wegen überwiegenden Werk- bzw. Dienstleistungscharakters	402
4. Besonderheiten bei Beteiligung weiterer Parteien	410
5. Auswirkungen auf den Unternehmenskauf	412

* Der Verf. ist Akademischer Rat a. Z. am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (Lehrstuhl Prof. Dr. Ingo Saenger) und Mitglied einer interdisziplinären Arbeitsgruppe zu Daten im Jungen Kolleg der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste.

III. Daten als Gegenleistung	413
1. Ausscheiden unmittelbarer Anwendung des CISG	415
2. Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke	415
3. Mögliche Betrachtung als gegenseitige Kaufverträge samt Aufrechnung	417
4. Gemischte Gegenleistung	417
IV. Zusammenfassung und Ausblick	419

I. Einführung

Daten sind das „neue Öl“.¹ Der Erwerb von Öl kann dem Kaufrecht des BGB ebenso wie dem UN-Kaufrecht² unterfallen.³ Daraus ließe sich schlussfolgern: Die Vorschriften können auch den „Datenerwerb“ erfassen. Ganz so simpel, wie es dieser augenzwinkernd vorgetragene Syllogismus scheinen lassen möchte, liegen die Dinge nicht. Im deutschen Recht kann immerhin im Ausgangspunkt auf § 453 Abs. 1 BGB verwiesen werden. Die Norm unterstellt den Kauf sonstiger Gegenstände den Vorschriften über den Sachkauf.⁴ Jedenfalls für das UN-Kaufrecht bedarf die Frage, inwieweit der Erwerb von Daten erfasst wird, deutlich komplexerer Antworten. Es lohnt, den damit verbundenen Aufwand zu betreiben.

Denn der Zugriff auf Datenbestände ist heute für viele Unternehmen von grundlegender Bedeutung – eben darauf zielt das Bild vom Öl ab. In der öffentlichen Wahrnehmung dominiert die Nutzung personenbezogener Daten, etwa durch soziale Netzwerke und große Online-Unternehmen.⁵ Zugleich beeinflusst aber in Zeiten der Industrie 4.0 die Nutzung großer Mengen an Sensordaten – „Big Data“ – immer stärker die Abläufe in der Produktion.⁶ Sensoren in den Anlagen sammeln kontinuierlich Informationen zu Werten wie Temperatur, Druck oder Schwingungen und liefern somit die Basis für

1 S. etwa OECD, *Data-driven Innovation for Growth and Well-being*, 2014, S. 22, Rn. 45 m. w. N. (<https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>, abgerufen am 19. 8. 2019; das Abrufdatum gilt, sofern nicht anders angegeben, auch für alle folgenden Links).

2 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, BGBl. II 1989, 588 (im Folgenden: CISG).

3 Exemplarisch OLG Graz, 19. 6. 2013 – 5 R 62/13x, IHR 2014, 191 (Schweröl).

4 Zur Erfassung von Datenkäufen näher u. II. bei Fn. 23.

5 S. dazu u. III.

6 v. Baum/Appt/Schenk, *Die vernetzte Fabrik: Rechtliche Herausforderungen in der Industrie 4.0*, DB 2017, 1824, 1824 und 1826; Drexl/Hilty/Globocnik/Greiner/Kim/Richter/Slowinski/Surblyte/Walz/Wiedemann, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy"*, S. 2, Rn. 1 (https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Statement_Public_consultation_on_Building_the_EU_Data_Eco_2804_2017.pdf).

Analysen zur Verbesserung der Abläufe.⁷ Datenbasierte Optimierung kann zu enormen Effizienzsteigerungen und Einsparungen führen. Das Phänomen ist freilich nicht auf die Produktion beschränkt. Auch Einkauf, Vertrieb und Logistik können von „Big Data“-Analysen profitieren.⁸

Nicht zuletzt die EU-Kommission hat die Bedeutung von Maschinen- und Sensordaten erkannt.⁹ Derartige Daten werden zu einem immer wichtigeren Gegenstand des Marktgeschehens.¹⁰ Der privatautonome Handel mit Daten unterscheidet sich nach Einschätzung der Kommission nicht mehr von Geschäften über andere Gegenstände.¹¹ Freilich steckt der Datenhandel vielerorts noch in den Kinderschuhen.¹² Einzelne Datenmärkte und Datenmarktplätze haben sich aber bereits etabliert.¹³ Entsprechende Anbieter sprechen übrigens ausdrücklich von einem „Marktplatz für Monetarisierung und Kauf von Daten“. ¹⁴ Insbesondere junge sowie kleine und mittelgroße Unternehmen, deren eigene technische Infrastruktur für die Datenerzeugung nicht ausreicht, können sich auf solchen Wegen die benötigten Daten beschaffen.¹⁵ Auch Analysten benötigen Rohdaten als Grundlage für ihre Produkte. Für Werbetreibende ist ferner der Zugriff auf Kunden- und Adressdaten von großem Interesse.¹⁶ Auf der anderen Seite solcher Transaktionen können Unternehmen mit ihren „Datenvorräten“ zusätzliche Gewinne erzielen.¹⁷

7 *Sahl*, Daten als Basis der digitalen Wirtschaft und Gesellschaft, RDV 2015, 236, 238; *Ulbricht*, in: Dorschel (Hrsg.), Praxishandbuch Big Data, 2015, S. 242; s. auch *Willems*, Trading in Data: An Industry Perspective, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, 2017, S. 323.

8 *Sahl*, RDV 2015, 236, 237.

9 Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ vom 10. 1. 2017, COM(2017) 9 final, S. 9 (Zahlenmaterial auf S. 2).

10 *Denga*, Gemengelage privaten Datenrechts, NJW 2018, 1371, 1374.

11 S. Kommission, Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy vom 10. 1. 2017, SWD(2017) 2 final, S. 12: „like any other (physical) resource“.

12 *Schweitzer/Peitz*, Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?, NJW 2018, 275; vgl. auch Kommission (Fn. 11), SWD(2017) 2 final, S. 15 f.

13 Überblick bei Kommission (Fn. 11), SWD(2017) 2 final, S. 12, 17 f.; allg. auch *Bitter/Buchmüller/Uecker*, Datenmarktplätze, in: Hoeren (Hrsg.), Big Data und Recht, 2014, S. 124.

14 S. etwa <https://www.dawex.com/de/> (Hervorhebung durch Verf.).

15 *Hackenberg*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht (MMR-Hdb.), 38. EL März 2014, Teil 16.7 Rn. 37; *Schweitzer/Peitz*, NJW 2018, 275.

16 S. zu den datenschutzrechtlichen Grenzen *Brendle-Weith*, Datenhandel im Rahmen der Datenschutzgrundverordnung, VuR 2018, 331 ff.

17 Vgl. Kommission, Leitfaden für die gemeinsame Nutzung von Daten des Privatsektors in der europäischen Datenwirtschaft vom 25. 4. 2018, SWD(2018) 125 final S. 5.

Dass solche Geschäfte oft grenzüberschreitend ablaufen, liegt angesichts der fortschreitenden Globalisierung und des kostengünstigen „Transports“ von Daten nahe.¹⁸ Schon deshalb ist es von erheblicher Bedeutung, ob das UN-Kaufrecht als vorrangig zu berücksichtigendes Einheitsrecht¹⁹ diese Transaktionen erfasst. Das gilt erst recht, da zu den Konventionsstaaten auch besonders prominente Treiber der Datenwirtschaft wie die Vereinigten Staaten und die Volksrepublik China zählen. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Konvention im internationalen Geschäftsverkehr in aller Regel abgedeckt werde²⁰ – was zweifelhaft ist²¹ –, machte dies die Befassung mit der Frage nicht überflüssig. Die Antwort ist zumindest von Belang dafür, ob die Parteien bei der Vertragsgestaltung an einen entsprechenden Ausschluss des UN-Kaufrechts (Art. 6 CISG) denken müssen.

Im Folgenden wird daher der Frage nachgegangen, ob und inwieweit internationale Datentransaktionen dem Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts unterfallen. Es wird dabei die gängige Definition von Daten als „maschinenlesbar codierte Information[en]“²² zugrunde gelegt. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf Geschäften, bei denen eine Partei Daten „liefert“ und die Gegenseite dafür mit Geld zahlt (dazu II.). Als Prämisse wird unterstellt, dass der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des CISG (Art. 1 Abs. 1 lit. a oder b, Art. 2) eröffnet ist. Somit steht allein die Frage im Fokus, ob und wann der Datenerwerb als „Kaufvertrag über Waren“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG anzusehen ist. Die Untersuchung kommt in diesem Zusammenhang nicht umhin, sich eingehend mit der Abgrenzung des Kaufvertrags zu anderen Vertragstypen zu befassen. Abzustecken gilt es vor allem die Grenzen zu miet- und pachtähnlichen Konstruktionen sowie zum Werk- und Dienstvertragsrecht. Die Ergebnisse versprechen, auch über das CISG hinaus zur „Selbstvergewisserung“ über das Rechtsgeschäft Kauf beizutragen. Anschließend wendet sich der Blick der umgekehrten Konstellation zu: Der Käufer erwirbt einen Gegenstand, der ohne Weiteres unter den Warenbegriff der Konvention fällt, „bezahlt“ aber – zumindest teilweise – mit Daten. Auch hier fragt sich, ob das UN-Kaufrecht den Sachverhalt erfasst (dazu III.). Insofern gilt es grundlegende Fragen zum Verhältnis zwischen Kauf und Tausch zu klären.

18 Vgl. auch VO (EU) 2018/1807 vom 14. 11. 2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union.

19 S. Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger/Schulze, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 25 Rom I-VO Rn. 4.

20 Vgl. allgemein nur NK-BGB/Brand, 3. Aufl. 2019, Das anwaltliche Mandat im internationalen Schuldrecht Rn. 25; zu Softwareverträgen MünchKommHGB/Mankowski, 4. Aufl. 2018, Art. 1 CISG Rn. 28.

21 S. Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 16.

22 Sattler, in: Sassenberg/Faber (Hrsg.), Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2014, Teil 2 A., Rn. 3.

II. Daten als Leistungsgegenstand

Nach deutschem Recht kann der Erwerb von Daten gegen Geld, wie eingangs erwähnt, den allgemeinen kaufrechtlichen Regeln der §§ 433 ff. BGB unterfallen (§ 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB).²³ Das UN-Kaufrecht zieht seinen Anwendungsbereich indes enger als das Kaufrecht des BGB. Vor allem erfasst das Übereinkommen den Immobilienerwerb unstreitig nicht.²⁴ Gleiches gilt für den Forderungskauf.²⁵ Auch der Datenkauf könnte daher abweichend vom deutschen Recht zu behandeln sein.

Festzustellen ist zunächst, ob Daten *überhaupt* als Waren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG anzusehen und somit Gegenstand von Kaufverträgen nach dem CISG sein können (dazu 1.). Ist diese Frage positiv beantwortet, kann näher untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein auf Daten als Ware bezogener Geschäftsvorgang als Kauf im Sinne des UN-Kaufrechts zu qualifizieren ist (dazu 2.). Ferner sind die Regelungen des Art. 3 CISG zu beachten, die insbesondere die Abgrenzung zu Werkleistungen betreffen (dazu 3.). Anschließend ist kurz auf Besonderheiten bei Beteiligung von mehr als zwei Parteien einzugehen (dazu 4.). Den Schluss bilden Hinweise zu den Auswirkungen auf Unternehmenskäufe (5.).

1. Wareneigenschaft von Daten

Um Waren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG soll es sich nach autonomer Begriffsbestimmung²⁶ stets bei körperlichen, beweglichen Sachen handeln.²⁷ Nach der seit Langem herrschenden Auffassung zu Softwareverträgen soll jedenfalls der Erwerb eines konkreten beweglichen Datenträgers (z. B. Festplatte, Disk, USB-Stick) dem Abkommen unterfallen.²⁸ Selbst wenn man diese Sichtweise teilte und auf den Datenkauf übertragen wollte, wäre indes in praktischer Hinsicht wenig erreicht. Der Zwischenschritt des „Datenträgerer-

23 OLG Brandenburg, 10. 1. 2013 – 5 U 54/11, BeckRS 2013, 01597 (Kundendatensätze); OLG Düsseldorf, 17. 2. 2010 – I-17 U 167/09, BeckRS 2010, 09514 (Adressdaten); Staudinger/*Beckmann*, BGB, 2013, § 453 Rn. 37; Jauernig/*Berger*, BGB, 17. Aufl. 2018, § 453 Rn. 11; *Regenfus*, Informationsverschaffung und Rechtsfolgen falscher Informationen, NJW 2018, 2225, 2227.

24 Staudinger/*Magnus*, BGB, 2018, Art. 1 CISG Rn. 53; BeckOK-BGB/*Saenger*, 1. 2. 2019, Art. 1 CISG Rn. 7 m. w. N.

25 MünchKommBGB/*Huber*, 8. Aufl. 2019, Art. 1 CISG Rn. 16 m. w. N.

26 Dazu Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari*, CISG, 7. Aufl. 2019, Art. 1 Rn. 34 m. w. N.

27 Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 42; Kröll/*Mistelis*, CISG, 2. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 37; BeckOGK/*Wagner*, 1. 8. 2019, Art. 1 CISG Rn. 9 jeweils m. w. N.

28 OGH, 21. 6. 2005 – 5 Ob 45/05m, IHR 2005, 195; Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 44; BeckOK-BGB/*Saenger* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 8 m. w. N.; so selbst Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 1 Rn. 38, der bei nicht-datenträgergebundener Software die Gegenansicht vertritt.

werbs“ ist mittlerweile größtenteils durch die rein elektronische Übertragung ersetzt worden und wird voraussichtlich weiter an Bedeutung verlieren.²⁹ Zu beurteilen gilt es daher vor allem, ob der auf eine rein elektronische Datenübertragung gerichtete Vertrag ebenfalls eine Ware im Sinne des CISG betrifft.

Es ist zunächst zu reflektieren, welchem Zweck die verbreitete Beschränkung der Warendefinition auf bewegliche Sachen dient. Aus dem Anwendungsbereich des CISG ausgenommen werden soll auf diesem Wege nicht nur, wie angesprochen, der Immobiliärerwerb, sondern – neben dem ebenfalls schon erwähnten Forderungskauf – ganz allgemein der Erwerb von Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten.³⁰ Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs tangiert Datengeschäfte nicht. Daten selbst sind keine Rechte, sind sie doch gerade unabhängig von einer Anerkennung durch die Rechtsordnung.³¹ In ihren „Vorkommnissen“ sind Daten rein faktisch, physisch-real existent, beispielsweise als elektronischer Strom.³² Diese Eigenschaft ist für die Einstufung als Ware im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG freilich nur dann von Belang, wenn die Vorschrift so zu lesen ist, dass sie lediglich *negativ* Rechte (und Immobilien) aus dem Warenbegriff ausnehmen möchte. Eine gegensätzliche Lesart würde – positiv – einen als körperliche Sache zu qualifizierenden Gegenstand fordern. Elektronisch gespeicherte Daten wären für sich genommen außen vor.³³ Ein solches Abgrenzungsverständnis wird mitunter vertreten und nimmt folgerichtig beispielsweise auch den Transfer von Know-how aus der Domäne des UN-Kaufrechts aus.³⁴ Welchem Konzept gebührt der Vorzug?

29 Allgemein zu digitalen Inhalten *Faust*, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag: Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update, 2016, A 12; s. ferner *Sattler*, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, 1036, 1037; *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609.

30 Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 56; MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 29; BeckOK-BGB/*Saenger* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 8 m. w. N.

31 Vgl. *Peukert*, „Sonstige Gegenstände“ im Rechtsverkehr, in: Leible/Lehmann/Zech (Hrsg.), Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, S. 95 (96f. mit Fn. 9); bezüglich Informationen: *Hilbig*, Informationsabruf aus Onlinedatenbanken, ITRB 2007, 170.

32 Ausführlich zu immateriellen Gütern *Haberstumpf*, Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793, 795f., u. a. mit dem Hinweis, dass ein immaterieller Gegenstand zwar in einer Vielzahl von Erscheinungen vorkommen könne, aber nicht vielfach existiere; ferner *Faust* (Fn. 29), A 10; MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 20 (zu Software).

33 Allg. zum Sachbegriff treffend *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793, 794f.

34 So Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 1 Rn. 36, 38; beiläufig auch *Slechtriem/Schroeter* (Fn. 21), Rn. 75; inkonsequent (s.u. bei Fn. 45) BeckOGK/*Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 10.

a) Meinungsstand zu Software: ambivalentes Gleichbehandlungspostulat

Als erhellend erweist sich die umfangreiche Diskussion um Software als Vertragsgegenstand – erst recht, wenn man den Begriff der Software weit versteht.³⁵ Die Problematik, ob ohne Datenträger überlassene Software eine Ware darstellen kann, ist dabei sorgfältig von den Folgefragen zu scheiden, ob die konkrete Überlassung auf Basis eines Kaufs geschieht (dazu 2.) und ob werk- oder dienstvertragliche Elemente überwiegen (dazu 3.).³⁶ Der Warencharakter wird auch bei Software, die auf elektronischem Wege zur Verfügung gestellt wird, noch vereinzelt verneint.³⁷ Die inzwischen herrschende Auffassung drängt derlei Vorbehalte jedoch beiseite. Wenn der Kauf eines Datenträgers mit Software erfasst werde, könne für andere Übertragungswege nichts anderes gelten, da eigentlicher Vertragsgegenstand hier wie dort die Software sei und Differenzierungen je nach Übermittlungsart dem vom UN-Kaufrecht verfolgten Ziel der Rechtsvereinheitlichung zuwiderliefe.³⁸

Das Gleichbehandlungspostulat ist intuitiv schlüssig. Kaum bemerkt wird allerdings, dass es für sich genommen die Frage nach der Qualifikation von Software als Ware im Sinne des CISG nicht zu beantworten vermag. Eine Gleichbehandlung ließe sich nämlich ebenso erreichen, indem man sowohl den datenträgergebundenen Erwerb als auch die elektronische Übertragung *aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens ausnimmt*. Wenn es dem Erwerber gerade auf den unkörperlichen Gegenstand ankommt, dürfe es – so ließe sich argumentieren – auch keinen Unterschied machen, wenn dieser zufällig mithilfe einer körperlichen Sache (Datenträger) transferiert werde.³⁹ Dass ein solches Ergebnis keineswegs abwegig wäre, belegt nicht zuletzt der Anwendungsausschluss für Datenträger, die ausschließlich der Übermittlung

35 So etwa bei *Sono*, The Applicability and Non-Applicability of the CISG to Software Transactions, in: Andersen/Schroeter, Sharing international commercial law across national boundaries – FS Kritzer, 2008, S. 512.

36 Zutreffend MünchKommBGB/Huber (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 19.

37 Insb. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari (Fn. 26), Art. 1 Rn. 38; Härting, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 2809.

38 Endler/Daub, Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht, CR 1993, 601, 605; BeckOK-BGB/Saenger (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 8 m. w. N.; ganz ähnlich Eggen, Digitale Inhalte unter dem CISG, IHR 2017, 229, 231; MünchKommBGB/Huber (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 20; Staudinger/Magnus (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 44; MünchKommHGB/Mankowski (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 27; pauschal für eine Anwendbarkeit des CISG auf Software bereits OLG Koblenz, 17. 9. 1993 – 2 U 1230/91, RIW 1993, 934, 936; LG München I, 8. 2. 1995 – 8 HKO 24667/93 (juris, Rn. 15), wobei hier mutmaßlich noch per Datenträger übertragen wurde.

39 So u. U. *Sono*, in: FS Kritzer (Fn. 35), S. 512, 521; zum deutschen Recht Grünberger, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), 213, 230 sowie w. N. zur Diskussion bei Endler/Daub, CR 1993, 601, 602, die freilich selbst der Gegenansicht folgen.

digitaler Inhalte dienen, durch Art. 3 Abs. 4 lit. a Warenkauf-RL.⁴⁰ Auch in der deutschen Diskussion um die Einordnung von Softwareverträgen als Werklieferungsverträge im Sinne des § 650 BGB wird mitunter eine Gleichbehandlung gefordert, die gerade darauf hinausläuft, in diesen Fällen *nicht* von der Verschaffung einer beweglichen Sache auszugehen.⁴¹

Das Gleichbehandlungsargument belegt einzig, dass es für die Entscheidung über die Einordnung als Ware nicht – weder in die eine, noch in die andere Richtung – auf den konkret gewählten Übertragungsweg ankommt. Im Übrigen determiniert es die Lösung dagegen nicht. Dies gilt es stärker als bislang zu beachten. Ansonsten läuft man Gefahr, in eine Schlussfolgerungsspirale zu geraten, die letztlich unreflektiert alle „digitalen Güter“ dem CISG unterstellt,⁴² obwohl bereits das erste Glied in der Ableitungskette sachlich nicht belastbar ist.

Auch wenn sich die herrschende Meinung hauptsächlich des Gleichstellungsarguments bedient, scheint zugleich eine Präferenz für das „negative“ Abgrenzungsmodell mitzuschwingen: Weil Software – anders als Rechte – auf irgendeine Art physisch-real verkörpert sei, falle sie unter den Warenbegriff des Art. 1 Abs. 1 CISG.⁴³ Dieses Ergebnis kann dann im Grundsatz⁴⁴ für Know-how nicht anders ausfallen.⁴⁵ Es muss nur eingehender als durch einen bloßen Gleichbehandlungsschluss begründet werden, warum die Konvention auch unkörperliche, aber real vorkommende Gegenstände erfasst.

b) Ausscheiden unmittelbarer Anwendung des CISG

Es gilt, sich über den Weg der Auslegung zu nähern. Der Wortlaut⁴⁶ „Ware“ (in den maßgeblichen Sprachfassungen⁴⁷ etwa: „*goods*“, „*marchandises*“) erlaubt dabei keinen eindeutigen Schluss.⁴⁸ Dem Gedanken einer systemati-

40 RL (EU) 2019/771 vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (im Folgenden: Warenkauf-RL). Ähnlichkeiten bestehen auch zur Auffassung des BGH, auf rein geistige Leistungen sei selbst dann kein Kaufrecht anzuwenden, wenn diese ausnahmsweise verkörpert sind, BGH, 8. 2. 1978 – VIII ZR 20/77, BGHZ 70, 356, 359; dazu noch ausführlich unter II. 3. c).

41 Z. B. NK-BGB/*Raab*, 3. Aufl. 2016, § 651 Rn. 16 m. w. N.; ausführlich unter II. 3. b).

42 Exemplarisch *Eggen*, IHR 2017, 229, 231.

43 In diese Richtung MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 20; MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 27.

44 Wenn ein primär geistig-schöpferisches Werk betroffen ist, scheidet eine Anwendung des (UN-)Kaufrechts aus, s. u. II. 3. c).

45 MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 23; a. A. BeckOGK/*Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 10.

46 Zur Relevanz Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 7 Rn. 30 ff.

47 Dazu MünchKommBGB/*Gruber*, 8. Aufl. 2019, Art. 7 CISG Rn. 14 f.

48 Zutreffend *Diedrich*, Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge, RIW 1993, 441, 446; *Gössl*, Internetspezifisches Kollisionsrecht?, 2013, S. 98 f.; *Schmitt*, Intangible Goods in Online-Kaufverträgen und der Anwendungsbereich des CISG, CR 2001, 145, 147 f.; *Schrammen*, Grenzüberschreitende

schen Auslegung⁴⁹ folgend ist deshalb zu ermitteln, ob die Vorschriften des CISG auch auf real vorkommende, aber unkörperliche Gegenstände ausgerichtet sind. An dieser Stelle zeigt sich, dass sich eine vollständige Trennung zwischen Waren- und Kaufbegriff bei der Untersuchung, ob ein bestimmtes Gut Vertragsgegenstand im CISG sein kann, nicht durchhalten lässt. Was sich als Ware einordnen lässt, hängt eben entscheidend davon ab, ob sich das vom UN-Kaufrecht vorgesehene kaufrechtliche Pflichtenprogramm darauf anwenden lässt.

Diesbezüglich ist zu konstatieren, dass Art. 30 CISG als Pflicht des Verkäufers die Übertragung von Eigentum (englisch: „property“, französisch: „propriété“) voraussetzt. Zwar überlässt Art. 4 Satz 2 lit. b CISG eigentumsrechtliche Fragen ausdrücklich dem nach Kollisionsrecht berufenen nationalen Recht. Gemeint ist aber jedenfalls ein (wie auch immer geartetes) Ausschließlichkeitsrecht. Selbst bei einer großzügigen Interpretation des Eigentumsbegriffs, wie sie etwa der EuGH im urheberrechtlichen Kontext zum Softwarevertrieb angedeutet hat,⁵⁰ lässt sich beim elektronischen Datentransfer allerdings regelmäßig nicht von einer „Übereignung“ sprechen. Denn obschon eine lebhafte Diskussion zur Einführung von „Dateneigentum“ geführt wird⁵¹ – die Skepsis überwiegt mit guten Gründen⁵² –, besteht derzeit in aller Regel kein Ausschließlichkeitsrecht, welches dem Besteller der Daten bei elektronischer Übertragung in „eigentumsähnlicher“ Weise eingeräumt werden könnte.⁵³ Zumeist nicht in Betracht kommen vor allem ein urheberrechtlicher Schutz nach §§ 1, 2 UrhG, weil es an einer persönlichen geistigen Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG fehlt, Datenbankschutz nach §§ 87a ff. UrhG (auf Basis der RL 96/9/EG)⁵⁴ sowie ein (ohnehin primär auf Abwehr gerichteter) Schutz als Geschäftsgeheimnis (RL (EU) 2016/943;

Verträge im Internet, 2005, S. 222 ff.; *Wulf*, UN-Kaufrecht und eCommerce, 2003, S. 39.

49 Zur Relevanz dieser Auslegungsmethode s. nur Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 7 Rn. 37 ff.

50 EuGH, 3. 7. 2012 – Rs. C-128/11, *UsedSoft*, ECLI:EU:C:2012:407, NJW 2012, 2565, EWS 2012, 328, Rn. 42, 45.

51 Überblick bei Kommission (Fn. 11), SWD(2017) 2 final, S. 33 ff.; *Grützmacher*, Dateneigentum – ein Flickenteppich, CR 2016, 485 ff.; eingehend *Amstutz*, Dateneigentum, AcP 218 (2018), 438 ff.

52 *Drexel/Hilty/Globocnik/Greiner/Kim/Richter/Slowinski/Surblyte/Walz/Wiedemann* (Fn. 6), 4 ff. Rn. 8 ff.; *Kornmeier/Baranowski*, Das Eigentum an Daten – Zugang statt Zuordnung, BB 2019, 1219 ff.; *Stender-Vorwachs/Steegen*, Wem gehören unsere Daten?, NJOZ 2018, 1361, 1362 ff.; s. auch *Schweitzer/Peitz*, NJW 2018, 275, 278 ff.

53 S. zum Folgenden: Kommission (Fn. 9), COM(2017) 9 final, S. 11; v. *Baum/Appt/Schenk*, DB 2017, 1824, 1826; *Sahl*, RDV 2015, 236, 241 f.; *Sattler*, in: Sassenberg/Faber (Fn. 22), Teil 2 A. Rn. 7 ff.; *Spindler*, Gesellschaftsrecht und Digitalisierung, ZGR 2018, 17, 53 f.; für Analogie zu § 903 BGB dagegen *Hoeren*, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, 486 ff.

GeschGehG).⁵⁵ Das Fehlen von eigentumsähnlichen Ausschließlichkeitsrechten ist dabei keineswegs eine deutsche bzw. europäische Besonderheit; die Ausgangslage stellt sich etwa in den Vereinigten Staaten kaum anders dar.⁵⁶

Schon aus Art. 30 CISG lässt sich daher – abweichend von einer insbesondere zu Software verbreiteten Lesart⁵⁷ – schließen, dass das Übereinkommen nicht unmittelbar auf unkörperliche Gegenstände, die nicht Gegenstand mindestens eigentumsähnlicher Rechte sind, ausgerichtet ist.⁵⁸ Der Verweis auf die Abdingbarkeit von Art. 30 CISG⁵⁹ vermag an diesem Befund nichts zu ändern. Die Pflicht zur Eigentumsverschaffung können die Parteien zwar näher ausgestalten, beispielsweise durch Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts.⁶⁰ Auch in diesem Fall bleibt der Vertrag aber auf die Eigentumsübertragung gerichtet.⁶¹ Eine Abbedingung von Art. 30 CISG dergestalt, dass hierüber mittelbar der Anwendungsbereich des Abkommens erweitert würde, steht den Vertragsschließenden hingegen nicht zu.⁶² Die Parteien sind außerhalb des Anwendungsbereichs vielmehr auf eine Rechtswahl des UN-Kaufrechts verwiesen, die jedenfalls unter Geltung europäischen Kollisionsrechts lediglich zu einer Inkorporation als Vertragsklauseln führt.⁶³

54 Näher *Schmidt/Zech*, Datenbankherstellerschutz für Rohdaten?, CR 2017, 417 ff.

55 Das Erfordernis des wirtschaftlichen Wertes (§ 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG) kann auch eine ungeordnete Menge von Rohdaten durchaus erfüllen, s. *Alexander*, Gegenstand, Inhalt und Umfang des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach der Richtlinie (EU) 2016/943, WRP 2017, 1034, 1038; *Obly*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, GRUR 2019, 441, 443.

56 Zur EU und zur Schweiz s. etwa *Kieffer*, Datennutzung in der Automobilindustrie – Zuordnung und rechtlicher Schutz von Fahrzeugdaten, DB 2017, 2657, 2660; zur Lage in den USA s. Kommission (Fn. 11), SWD(2017) 2 final, S. 24.

57 *Eggen*, IHR 2017, 229, 231; *Schmitt*, CR 2001, 145, 148 f., die allerdings beide auf die Betrachtung der tatsächlichen Verfügungsmacht ausweichen müssen; für eine direkte Anwendung des CISG auch *MünchKommHGB/Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 27; *Wulf* (Fn. 48), S. 51 f.; wohl ebenso *Rechtbank Midden-Nederland*, 25. 3. 2015 – C/16/364668/HA ZA 14-217, CLOUT case 1586.

58 So zu Software auch *Sono*, in: FS Kritzer (Fn. 35), S. 512, 516; Rückschlüsse aus Art. 30 CISG ohne nähere Begründung ablehnend, aber im Ergebnis dennoch ähnlich *Gössl* (Fn. 48), S. 99 f., 103.

59 Etwa *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 604; *Green/Saidov*, Software as Goods, J.B.L. 2007, 161, 176.

60 *BeckOK-BGB/Saenger* (Fn. 24), Art. 30 CISG Rn. 5.

61 Das verkennen *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 604.

62 Insoweit zutr. *Sono*, in: FS Kritzer (Fn. 35), S. 512, 526: Über eine Abbedingung der Eigentumsverschaffungspflicht lasse sich keine Anwendung des CISG z. B. auf Mietverträge begründen.

63 Näher *MünchKommHGB/Mankowski* (Fn. 20), Art. 6 CISG Rn. 18 f.

c) Analoge Anwendung des CISG

In Betracht zu ziehen ist indes eine Anwendung des UN-Kaufrechts kraft Analogie. Die Methodik des CISG erlaubt den Analogieschluss als Mittel der Lückenfüllung.⁶⁴ Freilich beschränkt Art. 7 Abs. 2 CISG ein solches Vorgehen auf so genannte interne Lücken, das heißt solche innerhalb des Anwendungsbereichs des UN-Kaufrechts.⁶⁵ Das erscheint vorliegend auf den ersten Blick problematisch. Schließlich würde der Analogieschluss hier dazu dienen, den Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 CISG erst zu eröffnen. Nach Art. 7 Abs. 2 CISG kommt es indes für die Einstufung einer Lücke als „interne“ nur darauf an, ob das Übereinkommen den jeweiligen *Regelungsgegenstand* (im Sinne von Art. 4 Satz 1 CISG) umfasst.⁶⁶ Der Anwendungsbereich des CISG ist aber zweifellos eine vom Übereinkommen geregelte Materie. Methodische Vorbehalte gegen einen Analogieschluss bestehen daher nicht.

aa) Planwidrige Regelungslücke

Im ersten Schritt ist folglich festzustellen, ob sich die fehlende Inbezugnahme von nicht-körperlichen, aber real vorkommenden Kaufgegenständen als planwidrige Lücke – im Gegensatz zum beredten Schweigen⁶⁷ – darstellt. Ausgangspunkt für die Überlegungen ist die Erkenntnis, dass sich bis zur Verabschiedung des CISG im Jahr 1980 das Phänomen eigenständiger Software noch nicht allgemein herausgebildet hatte.⁶⁸ Den Schöpfern der Konvention stand ein elektronischer Datenverkehr heutigen Ausmaßes nicht vor Augen. Dahingehende Überlegungen spielten folglich weder in Wien noch bei den Vorarbeiten eine Rolle.⁶⁹ Die hier betroffene Kategorie unkörperlicher Gegenstände wurde demnach jedenfalls nicht bewusst dem Anwendungsbereich des CISG entzogen.

Entscheidend ist somit, ob die Konvention nach dem Willen ihrer Verfasser ausschließlich auf die 1980 bereits bekannten Formen von Handelsgegenständen anzuwenden sein soll. Einer solchen Deutung lässt sich das Verständnis entgegensetzen, dass es sich bei internationalen Übereinkommen um „lebende

64 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 7 Rn. 47 m.w.N.; MünchKommBGB/*Gruber* (Fn. 47), Art. 7 CISG Rn. 34; *Paal*, Methoden der Lückenfüllung: UN-Kaufrecht und BGB im Vergleich, ZVglRWiss 110 (2011), 64, 85, 88.

65 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 7 Rn. 43; MünchKommBGB/*Gruber* (Fn. 47), Art. 7 CISG Rn. 34.

66 Deutlich BeckOGK/*Bodenheimer*, 15. 8. 2018, Art. 7 CISG Rn. 19; MünchKommBGB/*Gruber* (Fn. 47), Art. 7 CISG Rn. 35.

67 Vgl. zum CISG *Paal*, ZVglRWiss 110 (2011), 64, 79 f., 88.

68 *Sono*, in: FS Kritzer (Fn. 35) S. 512. Das gilt erst recht für den rein elektronischen Handel mit Software; ähnlich zur Verbrauchsgüterkauf-RL von 1999(!) *Schmidt-Kessel*, Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz, K&R 2014, 475, 481.

69 *Diedrich*, RIW 1993, 441, 447 m.w.N.

Vertragswerke“ handelt, die mit tatsächlichen Veränderungen Schritt halten müssen.⁷⁰ Solche Aussagen bleiben in ihrer Begründung freilich vage. Greifbarer ist der Hinweis, die Präambel des CISG signalisiere „Offenheit für seinerzeit zukünftige wirtschaftliche Entwicklungen“, insbesondere durch technologischen Fortschritt.⁷¹ Diesem Gedanken ist beizupflichten. In der Tat geht die Präambel in ihrem kurzen Text gleich zweimal auf das Ziel, die „Entwicklung“ des internationalen Handels zu fördern, ein. Darin kommt der Anspruch zum Ausdruck, ein zukunftsfähiges Regelwerk zu schaffen, welches Wachstum und Fortschritt internationaler Handelsbeziehungen begleitet. Das setzt voraus, dass typische Gegenstände des Handels auch dann erfasst werden, wenn sie sich von den 1980 bekannten bzw. bedachten wesentlich unterscheiden. Ansonsten würde das Ziel, den globalen Handel durch Rechtssicherheit schaffende Einheitsregeln zu erleichtern, weitgehend aufgegeben. Mit diesem Ziel geht notwendigerweise ein liberales, offenes Verständnis des Warenbegriffs einher.⁷² Auch hinsichtlich Software bzw. sonstigen rein elektronisch vorliegenden Daten besteht ein Bewusstsein dafür, dass sich diese durch dauerhafte Überlassung monetarisieren lassen, so dass der Geschäftsverkehr wohl kaum nur beim Erwerb eines Datenträgers von „Ware“ sprechen würde.⁷³ Allgemein bestehen kaum Zweifel an der Ähnlichkeit von digitalen Inhalten und herkömmlichen Waren.⁷⁴ Einwenden ließe sich allenfalls, dass den Verfassern des CISG vornehmlich Distanzgeschäfte vor Augen standen und die unkörperliche Übertragung von Daten viele damit verbundene Probleme entfallen lässt.⁷⁵ Freilich sind damit allenfalls logistische Schwierigkeiten und deren Folgen eliminiert. Die vom UN-Kaufrecht angegangene Problematik des möglichen Konflikts sehr unterschiedlicher Regelungen in den Heimatrechtsordnungen der jeweiligen Parteien ist damit nicht gelöst. Der Transaktionsgegenstand „Daten“ ist folglich nicht so weit vom Vorstellungsbild der Konferenzteilnehmer in Wien entfernt, dass man konstatieren müsste, die Regeln des UN-Kaufrechts könnten in diesem Zusammenhang keinerlei sinnvollen Beitrag leisten. Zwar mögen sich aktuelle Vertragsmodelle vom Prototyp des Warenkaufvertrags entfernen. Doch erstens betrifft dies eine Fragestellung,

70 *Schwenzer/Kee*, Countertrade and the CISG, IHR 2009, 229, 233 zu der unter III. behandelten Frage des Tausches, wo das Argument freilich nicht verfängt.

71 MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 27; ähnlich bereits *Diedrich*, RIW 1993, 441 f.; *Schmitt*, CR 2001, 145, 149, 151.

72 *Schlechtriem*, Uniform Sales Law – The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany, Juridisk Tidskrift 1991/92, 1, 7; *Schrammen* (Fn. 48), S. 226; *Wulf* (Fn. 48), S. 49; a. A. *Gössl* (Fn. 48), S. 104 f.

73 Vgl. BeckOGK/*Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 15 zu Software; vgl. auch schon unter I.

74 So auch *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 477; s. auch Fn. 11.

75 *Gössl* (Fn. 48), S. 103; zum Hintergrund vgl. nur *Honsell/Siehr*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 2010, Präambel Rn. 5, 7.

die von der Diskussion um den Warenbegriff zu unterscheiden ist.⁷⁶ Und zweitens entspricht es der Zielrichtung des Übereinkommens eher, immerhin einen Teilbereich der Realität des internationalen Handels einheitlichen Regeln zu unterstellen, als vor bestimmten Phänomenen gänzlich zu kapitulieren.

Dass auf der Wiener Konferenz die Überzeugung vorherrschte, Fragen des geistigen Eigentums und Ähnliches sollten außen vor bleiben,⁷⁷ steht dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Denn für diesen Ausschluss existieren gute Gründe. In Bezug auf solche (Schutz-)Rechte ist nämlich ein Konflikt mit den nationalen Rechtsordnungen zu befürchten. Wo es – wie bei Daten – um faktische Positionen geht, stellt sich dieses Problem nicht in gleicher Weise. Allenfalls ließe sich auf die denkbaren Konflikte mit dem nationalen bzw. europäischen Datenschutzrecht verweisen. Das würde indes – ungeachtet des Umstandes, dass sich dieses Problem jedenfalls bei Maschinendaten ohne Personenbezug ohnehin nicht stellt – nicht überzeugen. Den Fall, dass ein Kaufgegenstand mit Rechten Dritter belastet ist, regelt das CISG gerade (Art. 41, 42 CISG). Die Vorbehalte richteten sich lediglich dagegen, die *Übertragung* solcher (Schutz-)Rechte ebenfalls zu regeln. Bei Daten spielt dieser Aspekt, wie soeben betont, keine Rolle.

Art. 1 Abs. 1 CISG sieht sich als „Bewerber“ um die Lückenfüllung für unkörperliche, physisch-real vorkommende Gegenstände allerdings Konkurrenz ausgesetzt. Art. 2 lit. f CISG enthält einen expliziten Anwendungsausschluss für den Kauf von Elektrizität. Diese Ausnahme könnte auf weitere unkörperliche Gegenstände zu erstrecken sein.⁷⁸ Wenn man es als Grund für den Ausschluss nach Art. 2 lit. f CISG ansieht, dass elektrischer Strom traditionell nicht als Ware angesehen wird, weil er „nicht nach einem Maß für Raum oder Gewicht gehandelt [wird], sondern in Kilo- oder Megawattstunden als eigener physikalischer Maßeinheit“⁷⁹, dann ist das für Software, Daten und Co. (Maßeinheit z. B.: Bytes) ebenfalls relevant. Allein mit dem technischen Hinweis, Daten seien nicht mit Elektrizität gleichzusetzen, da sie per Glasfaserkabel auch als Licht übertragen werden können,⁸⁰ lassen sich die dargestellten Be-

76 Dazu ausführlich II. 2. und 4. Insbesondere dürfte es im vorliegenden Kontext entgegen Gössl (Fn. 48), S. 103 f. nicht schaden, dass Verträge über unkörperliche Güter oft Regelungen über die spätere Nutzung durch den Verkäufer enthalten. Auch dies betrifft allenfalls die Vertragsqualifikation.

77 *Schlechtriem*, Juridisk Tidskrift 1991/92, 1, 7.

78 So vor allem *Fakes*, The Application of the United Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer, Software and Database Transactions, 3 Software L.J. (1989/90), 559, 586 betr. Online-Datenbanken; w.N. bei *Wulf* (Fn. 48), S. 40.

79 MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 2 CISG Rn. 38 m. w. N.

80 *Wenning*, Die Behandlung von Standardsoftware im Wiener Übereinkommen über den Warenkauf von 1980, JurPC 1995, 3458, 3463 zu Software.

denken dann nicht ausräumen. Allerdings gilt es zweierlei zu beachten: Erstens werden die Tatbestände des Art. 2 CISG verbreitet als enge, punktuelle Ausnahmen verstanden, die ihrerseits nicht analogiefähig sein sollen.⁸¹ Ihre Aussagekraft zum Warenbegriff des CISG wäre somit zumindest begrenzt, wenn man nicht sogar einen Schluss *e contrario* zieht.⁸² Zweitens wird als Motiv für den Ausschluss von Stromlieferungen aus dem UN-Kaufrecht auf angeblich verbreitete besondere Vertragsbedingungen in diesem Bereich verwiesen, auf die die Vorschriften des Abkommens nicht passen würden.⁸³ Folgt man dieser Herleitung, beruht Art. 2 lit. f CISG jedenfalls zu einem wesentlichen Teil auf Sondererwägungen, die sich auf andere immaterielle Gegenstände nicht übertragen lassen.

Es spricht folglich viel dafür, dass die Urheber des CISG 1980 auch den Erwerb unkörperlicher, physisch-realer Gegenstände wie Software und Daten der Konvention unterstellt hätten, wenn ihnen die künftige wirtschaftliche Bedeutung bewusst gewesen wäre. Art. 30 CISG ist indes zu eng formuliert, um die Übertragung solcher Gegenstände zu erfassen. Das Vorliegen einer planwidrigen Lücke lässt sich folglich bejahen.

bb) Vergleichbare Interessenlage

Um diese Lücke im Wege der Analogie zu Art. 1 Abs. 1 CISG schließen zu können, ist festzustellen, ob die Sachverhalte, welche das CISG unmittelbar erfasst, hinreichend vergleichbar mit dem ungeregelten Erwerb von Software, Daten usw. sind.⁸⁴ Mit anderen Worten: Passen die Vorschriften des UN-Kaufrechts auch auf den Erwerb solcher unkörperlichen Gegenstände?

Dass der Erwerb rein digitaler Inhalte⁸⁵ abstrakt betrachtet kaufrechtlichen Regelungen zugänglich ist, zeigen nationale Vorschriften wie § 453 BGB.⁸⁶ Solche Vorschriften taugen – auch unter Berücksichtigung des Gebots autonomer Auslegung im UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 1 CISG) – ebenso wie die euro-

81 Allgemein Kröll/*Spohnheimer*, CISG, 2. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 48; ähnlich *Nicolai*, Der Vertragstyp des UN-Kaufrechts, in: Andrés Santos/Baldus/Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, S. 259, 273; mit Bezug auf „intangible goods“ ebenso *Schmitt*, CR 2001, 145, 148.

82 Dies erwägend *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 605; *Gössl* (Fn. 48), S. 100; *Wulf* (Fn. 48), S. 40f.

83 S. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 2 Rn. 46 m.N., der diese Vorstellung indes kritisch hinterfragt; s. auch *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 2 CISG Rn. 50; zu besonderen Beweggründen ferner *Diedrich*, RIW 1993, 441, 446.

84 S. allg. *Paal*, ZVglRWiss 110 (2011), 64, 75 f.

85 Darunter fallen auch Datentransaktionen, vgl. *Druschel*, Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR), GRUR Int. 2015, 125. Zur Definition von digitalen Inhalten s. Art. 2 lit. l RL 2011/83/EU, § 312f. Abs. 3 BGB: „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden“.

86 S.o. II. mit Fn. 23.

päischen Entwürfe für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht⁸⁷ (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GEKR) und die Richtlinie über digitale Inhalte⁸⁸ zumindest als erstes Indiz.⁸⁹

Bei näherer Prüfung erscheint indes wiederum der Anknüpfungspunkt des Art. 30 CISG problematisch. Die Norm setzt nämlich neben der – per Analogie gegebenenfalls überwindbaren – Eigentumsverschaffungspflicht, wie auch Art. 31 bis 52 CISG, eine Lieferung voraus. Dieses Erfordernis passt bei näherem Hinsehen aber mit geringfügigen Anpassungen auch auf den Datentransfer. Durch elektronische Übertragung lässt sich eine faktische Verfügungsmacht des Erwerbers erreichen, die mit dem Besitz an körperlichen Sachen vergleichbar ist.⁹⁰ Nicht ohne Grund wird die Ansicht, die eine physische Verschaffung bei „*intellectual products*“ für unmöglich hält,⁹¹ kaum vertreten.

Auch das Gewährleistungsregime des CISG erweist sich als leistungsfähig, wenn es um die Behandlung von Mängeln an unkörperlichen Gegenständen geht. So können die Parteien etwa die Anforderungen an die vertragsgegenständlichen Daten selbst konkretisieren (Art. 35 Abs. 1 CISG) oder kann der Erwerber dem Datenlieferanten den Verwendungszweck mitteilen (Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG), um den Maßstab für die Mangelfreiheit festzulegen.⁹² Defizite in der Qualität der transportierten Informationen⁹³ oder hinsichtlich des Datenformats lassen sich in vergleichbarer Weise in den Griff bekommen wie entsprechende Defizite bei körperlichen Gegenständen. Auch nicht-eigentumsfähige Gegenstände können mit Rechtsmängeln im Sinne von Art. 41, 42 CISG behaftet sein. Bei personenbezogenen Daten kommen vor allem datenschutzrechtliche Einschränkungen, bei sonstigen Daten beispielsweise Daten-

87 Kommission, Vorschlag für eine VO über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. 10. 2011, KOM(2011) 635 endg. (im Folgenden: GEKR).

88 RL (EU) 2019/770 vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (im Folgenden: Digitale-Inhalte-RL), freilich ohne vertragstypologische Festlegung (s. ErwGr. 12).

89 Magnus, UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG, ZEuP 2017, 140, 148; vgl. auch Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475, 481, der eher umgekehrt Schlüsse aus dem UN-Kaufrecht zieht.

90 Schmitt, CR 2001, 145, 148; ähnlich Eggen, IHR 2017, 229, 233; vgl. zur tatsächlichen Weitergabe auch Faust (Fn. 29), A 10; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, 2012, Rn. 387.

91 So Kröll/Mistelis (Fn. 27), Art. 1 Rn. 38. Dass die dort erwähnten Studien nicht dem CISG unterfallen, hat dagegen nichts mit der fehlenden Möglichkeit einer „physical delivery“ zu tun, sondern allein mit dem – später benannten – Umstand, dass dort der geistig-schöpferische Charakter überwiegt (dazu u. II. 3. c)).

92 Vorschläge für entsprechende vertragliche Abreden bei Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 6 ff.

93 Dazu ausführlich Andrees/Bitter/Buchmüller/Uecker, Informationshaftung – Informationsqualität, in: Hoeren (Hrsg.), Big Data und Recht, 2014, S. 100 ff.; Hoeren, MMR 2016, 8 ff.

bankherstellerrechte Dritter in Betracht.⁹⁴ Allfällige Probleme bei der Datenübermittlung⁹⁵ lassen sich mithilfe der Art. 31 bis 33 CISG handhaben. Kommt es für die Mängelhaftung auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs an (Art. 36 Abs. 1 CISG) und haben die Parteien diesen nicht vertraglich festgelegt, stellt Art. 69 Abs. 1 Alt. 1 CISG auf die Übernahme der Ware durch den Käufer ab. Von einer Übernahme lässt sich bei elektronisch übermittelten Daten sprechen, wenn sie die Schnittstelle zum Netz des Bestellers passieren.⁹⁶ An die in Art. 69 Abs. 1 Alt. 2 CISG angesprochene Nichtabnahme zur Verfügung gestellter Ware lässt sich bei Daten etwa denken, wenn dem Besteller bereits eine Downloadadresse mitgeteilt worden ist. Das Fehlen hinreichender technischer Instruktionen zur Verwendung der übermittelten Daten steht dem Fehlen einer Bedienungsanleitung bei Sachen gleich. Für das UN-Kaufrecht bedeuten derlei Mängel kein Neuland.⁹⁷ Auch eine gegebenenfalls vereinbarte „Implementierung“ der Daten durch den Lieferanten in das System des Bestellers lässt sich unter dem CISG – sofern dieses trotz Art. 3 Abs. 2 CISG anwendbar ist⁹⁸ – nach den zum Sachkauf mit Montageverpflichtung entwickelten Regeln behandeln.⁹⁹

Einzig hinsichtlich der Rückgewähr nach einer Vertragsaufhebung (Art. 81 Abs. 2 CISG) ergibt sich eine gewisse Diskrepanz: Der Verkäufer einer zurückerstatteten körperlichen Sache kann sich sicher sein, dass der Käufer keinen Besitz mehr an der Sache hat. Der Datenlieferant hat diese Sicherheit nicht in jedem Fall. Der Umstand, dass er über die Daten verfügt, besagt nichts darüber, ob der Datenbesteller noch Zugriff hat. Daten sind ein nicht-rivales Gut – ihre Nutzung schließt die gleichzeitige, vollständige Nutzung durch andere nicht aus.¹⁰⁰ Dieser punktuelle Unterschied zieht freilich nicht die Tauglichkeit des gesamten UN-Kaufrechts als Regelwerk für den Erwerb von Daten in Zweifel. Die Rechtsfolge des Art. 81 Abs. 2 CISG dürfte beim Datenerwerb schlicht auf einen Lösungsanspruch des Datenlieferanten hinauslau-

94 Vgl. v. Baum/Appt/Schenk, DB 2017, 1824, 1827; Dorschel, in: Dorschel (Hrsg.), Praxishandbuch Big Data, 2015, S. 249. Zum Datenbankherstellerrecht bereits o. II. 1. b) mit Fn. 54. Im Fall der „datenschutzrechtlichen Belastung“ kommt u. U. auch eine Vertragsnichtigkeit nach nationalem Recht (Art. 4 Satz 2 lit. a CISG) in Betracht, vgl. OLG Frankfurt a. M., 24. 1. 2018 – 13 U 165/16, NJW-RR 2018, 887.

95 Vgl. dazu Hoeren, MMR 2016, 8, 9; Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 7.

96 So zu § 446 BGB bei digitalen Inhalten Faust (Fn. 29), A 46.

97 Vgl. nur MünchKommBGB/Gruber (Fn. 47), Art. 35 CISG Rn. 17.

98 Dazu u. II. 3. e).

99 Hierzu allg. MünchKommHGB/Mankowski (Fn. 20), Art. 3 CISG Rn. 12; s. auch Faust (Fn. 29), A 45.

100 Vgl. Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 1; OECD (Fn. 1), S. 22, Rn. 45 m. w. N.; Paal/Hennemann, Big Data im Recht – Wettbewerbs- und daten(schutz)-rechtliche Herausforderungen, NJW 2017, 1697, 1698; Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 276.

fen.¹⁰¹ Ohnehin können beim Sachkauf zumindest wirtschaftlich vergleichbare Probleme auftreten, wenn der Käufer vor der Vertragsaufhebung eine Kopie des Gegenstandes angefertigt hat.

An den letztgenannten Punkt lässt sich ganz allgemein anknüpfen. Dass Daten grundsätzlich beliebig vervielfältigt werden und Verkäufer und Käufer daher gleichzeitig (allein) über sie verfügen können, stellt zwar einen augenfälligen Unterschied zu körperlichen Gegenständen dar. Doch auch beim Kauf von Sachen kann es zu Situationen kommen, die sich jedenfalls in den wirtschaftlichen Konsequenzen ähneln. So besteht zwar beim Gattungskauf hinsichtlich des konkreten Gegenstandes Exklusivität. Zugleich existieren aber – teilweise millionenfach – typidentische Produkte, über die Dritte, der Verkäufer und im Falle der Herstellung von Kopien auch der Käufer selbst verfügen können. Auch wenig originelle, ubiquitäre Massengegenstände, die man aus einer nahezu beliebigen Vielzahl von Quellen beschaffen kann, unterfallen zweifellos dem Warenbegriff. Das Bestehen im vorgenannten Sinne „exklusiver“ Befugnisse erweist sich daher in wirtschaftlicher Hinsicht nicht als prägend für die Einstufung als „Ware“.¹⁰²

d) Zwischenfazit

Nach alldem ist festzuhalten: Unkörperliche, rein tatsächlich vorkommende und von der Rechtsordnung nicht mit besonderen Ausschließlichkeitsrechten belegte Gegenstände wie Daten unterfallen dem unmittelbaren Anwendungsbereich des CISG nicht. Es lässt sich nämlich entgegen der Art. 30 CISG zugrunde liegenden Konzeption kein Eigentum daran übertragen. Allerdings besteht insoweit eine planwidrige Regelungslücke. Die intendierte zukunfts-fähige Ausgestaltung der Konvention erfordert einen offenen Warenbegriff, der auch rein elektronisch zu übertragende Daten erfasst. Die Interessenlage ist insoweit vergleichbar mit dem Kauf körperlicher Gegenstände. Die Vorschriften des CISG lassen sich ganz überwiegend ohne Anpassungsprobleme auf den Datenerwerb anwenden. Insofern kann nicht die Rede sein von einem „*unique character of information [...], different from goodsbased commerce*“¹⁰³. Die Voraussetzungen für einen Analogieschluss sind erfüllt.

101 Vgl. Art. 17 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL (Fn. 88) sowie ErwGr. 72; zum deutschen Recht *Faust* (Fn. 29), A 50f.; zum GEKR (Fn. 87); *Druschel*, GRUR Int. 2015, 125, 136; ähnlich *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 479 zum Verbraucherwiderruf bei digitalen Inhalten. Durchsetzungsschwierigkeiten lässt sich evtl. durch technische Gestaltung als *Smart Contract* vorbeugen; vgl. dazu etwa *Schurr*, Anbahnung, Abschluss und Durchführung von Smart Contracts im Rechtsvergleich, ZVglRWiss 118 (2019), 257.

102 Ähnliche Erwägungen liegen zugrunde, wenn man auch dort von einem Kaufvertrag ausgeht, wo mit dem Zuwachs beim Besteller keine Vermögensminderung beim Lieferanten einhergeht; dazu u. II. 2. a).

103 So aber *Sono*, in: FS Kritzer (Fn. 35), S. 512, 525.

2. Voraussetzungen der Einordnung als Kaufvertrag

Ist die Weiche dahingehend gestellt, dass Daten – jedenfalls im Wege der Analogie – unter den Warenbegriff der Konvention subsumiert werden können, hängt deren Anwendung auf ein konkretes Geschäft über Daten davon ab, dass dieses als Kaufvertrag im Sinne des UN-Kaufrechts zu qualifizieren ist. Die Anforderungen leiten Rechtsprechung und Lehre mangels ausdrücklicher Definition aus dem Pflichtenkanon der Art. 30, 53 CISG ab: Die eine Partei muss sich dazu verpflichten, die Ware zu liefern und Eigentum daran zu übertragen, die andere Partei dazu, im Austausch Geld zu zahlen.¹⁰⁴ Dass beim rein digitalen Datentransfer die Übertragung von Eigentum bis auf Weiteres nicht denkbar ist, ist bereits im Zusammenhang mit dem Warenbegriff herausgestellt worden.¹⁰⁵ Weil aber die Anwendung der UN-kaufrechtlichen Vorschriften auf nicht-eigentumsfähige Gegenstände möglich und geboten ist, vermag allein dieser Umstand der Annahme eines Kaufvertrags nicht entgegenzustehen. Es ist vielmehr einzig konsequent, im Rahmen der Analogie zu Art. 1 Abs. 1 CISG auch hinsichtlich des Kaufvertrags auf die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung zu verzichten.

a) Unerheblichkeit einer Vermögenseinbuße auf Seiten des Verkäufers

Die Annahme eines Kaufs hindern könnte jedoch die schon angesprochene Charakteristik von Daten als nicht-rivales Wirtschaftsgut, bei dem nicht ausgeschlossen ist, dass neben dem Besteller auch der Lieferant weiterhin uneingeschränkt Zugriff darauf hat.¹⁰⁶ Wenn man Fälle der „Zuordnungsverdoppelung“ aus der Domäne des typischen Kaufvertrags ausnehmen wollte,¹⁰⁷ setzte ein Datenkauf voraus, dass der „Veräußerer“ die bei ihm befindlichen Daten im Anschluss löscht, das heißt, seinen eigenen Zugang beseitigt.¹⁰⁸ Zu Recht wird aber darauf verwiesen, dass nicht die Vermögenseinbuße beim Verkäufer durch Weggabe des Gegenstandes prägendes Merkmal des Kaufs ist, sondern der Vermögenszuwachs in Form des erworbenen Gegenstandes beim Käufer.¹⁰⁹ Man muss deshalb auch nicht per Kunstgriff darauf abheben, dass der

104 S. nur Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari (Fn. 26), Art. 1 Rn. 13 m.N. in Fn. 58, 60; MünchKommBGB/Huber (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 3.

105 S.o. II. 1. b).

106 S.o. II. 1. c) bb) mit Fn. 100.

107 So ansatzweise Specht (Fn. 90), Rn. 386 (eine Anwendung von Kaufrecht im Ergebnis gleichwohl für möglich haltend, Rn. 503 ff., 538); wohl auch Sono, in: FS Kritzer (Fn. 35), S. 512, 516; ähnlich, ohne Zusammenhang mit dem CISG, Druschel, GRUR Int. 2015, 125, 126.

108 Bei der Weiterveräußerung von Gebrauchtssoftware ist der Ersterwerber urheberrechtlich verpflichtet, seine eigene Programmkopie unbrauchbar zu machen, EuGH Rs. C-128/11, UsedSoft, ECLI:EU:C:2012:407, Rn. 70.

109 Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 795, 802 (der freilich – zusätzlich – darauf verweist, dass eine Vermögensminderung beim Verkäufer nicht in jedem Fall ausgeschlossen ist; darauf dürfte es aber nicht ankommen); ähnlich Schmitt, CR 2001, 145, 152.

Lieferant keine Herrschaft über die nunmehr beim Besteller vorhandene Datenkopie hat.¹¹⁰ Vielmehr ist zu betonen, worauf das Hauptinteresse des typischen Käufers gerichtet ist. Dieser möchte einen bestimmten Vermögensgegenstand hinzugewinnen. Dass der Verkäufer aus seiner Zugriffsposition verdrängt wird, ist lediglich notwendige Nebenfolge beim Erwerb körperlicher Gegenstände. Im Regelfall wäre es dem Käufer jedoch gleichgültig, wenn der Verkäufer vor der Übertragung eine identische Kopie des Gegenstandes erstellen und behalten würde. Für den alltäglichen Handel mit vertretbaren Sachen versteht sich das von selbst. Nur in Ausnahmefällen kommt es dem Käufer darauf an, einen bestimmten Sachtypus exklusiv nutzen zu können. Solche Sonderfälle können aber nicht als prägend für den Vertragstyp „Kauf“ angesehen werden. Auch der Verweis auf Rechtsprechung zum Leistungsbegriff im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsrechts (§ 2325 Abs. 3 BGB)¹¹¹ führt im vorliegenden Kontext nicht weiter. Denn dort geht es um die vorbehaltenene Nutzung eines Grundstücks und somit eines *rivalen* Wirtschaftsgutes. Für das deutsche Recht zeigen auch die Gesetzesmaterialien zu § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB, dass trotz „Zuordnungsverdoppelung“ ein Kauf vorliegen kann, wenn dort Know-how als Beispiel genannt wird.¹¹²

b) Endgültigkeit der Überlassung

In Abgrenzung insbesondere zu Miete und Pacht setzt ein Kaufvertrag im Sinne des CISG eine endgültige, nicht nur vorübergehende Überlassung voraus.¹¹³ Dieser Maßstab wird auch mit Blick auf den Erwerb von Know-how¹¹⁴ bzw. Software¹¹⁵ übernommen. Er entspricht dem zum europäischen und deutschen Recht betreffend digitale Inhalte überwiegend vertretenen Verständnis.¹¹⁶

110 So zu Software *Schmitt*, CR 2001, 145, 152. Dieses Argument versagt, wenn die Daten nur über eine Plattform des Lieferanten zugänglich sind, s. dazu u. II. 2. c).

111 *Specht* (Fn. 90), Rn. 386 Fn. 637 unter Verweis auf BGH, 27. 4. 1994 – IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395, 399.

112 BT-Drs. 14/6040, 242 I.Sp. A. A. *Specht* (Fn. 90), Rn. 494, für deren These, die Erfassung von Know-how sei eine nicht zu verallgemeinernde Ausnahme, die Gesetzesbegründung freilich nichts hergibt.

113 Vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 1 Rn. 27; BeckOK-BGB/*Saenger* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 5.

114 BeckOK-BGB/*Saenger* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 8; so auch Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 46.

115 *Eggen*, IHR 2017, 229, 232; vgl. auch BeckOGK/*Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 14.

116 *Faust* (Fn. 29), A 42; *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 479; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 54, 61; *Wendland*, Sonderprivatrecht für Digitale Güter, ZVglRWiss 118 (2019), 191, 211, 213; s. auch *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793, 801; *Specht* (Fn. 90), Rn. 503 ff., 538. Anders offenbar *Sattler*, JZ 2017, 1036,

Auch beim Transfer von Daten ist eine Abgrenzung vonnöten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Literatur, Politik und Praxis im Zusammenhang mit den hier untersuchten Geschäftsvorgängen Begriffe wie „Datenkauf“¹¹⁷ und „Lizenz“¹¹⁸ oftmals ohne klare Definition und Abgrenzung gebrauchen. Über die rechtliche Qualifikation des Vertrags entscheidet indes – wie bei der Frage, ob Softwareverträge dem CISG unterfallen – nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern die konkrete Ausgestaltung.¹¹⁹ Sonst wäre missbräuchlichen Gestaltungen Tür und Tor geöffnet.¹²⁰

Entscheidend ist nach dem eingangs Gesagten zunächst, ob die Datenüberlassung ohne zeitliche Beschränkung erfolgt; nur dann kann es sich um einen „Kauf“ handeln.¹²¹ Erfolgt die Überlassung endgültig, ist es, anders als es eine gebräuchliche Formulierung der Rechtsprechung nahelegt,¹²² auch unerheblich, ob der Kunde den Kaufpreis in einer Rate begleicht oder nicht.¹²³ Auch bei einer unbefristeten Überlassung von Daten muss freilich ein Kauf ausscheiden, wenn für den Überlassenden die Möglichkeit besteht, den Zugriff des Bestellers einseitig zu beseitigen. In diesen Fällen ist der Vertrag eben nicht darauf angelegt, die Daten endgültig beim Kunden zu belassen.¹²⁴ Abzustellen ist in diesem Zusammenhang stets auf die *rechtliche* Ausgestaltung der Datenüberlassung. Das heißt: Kann der Datennutzer *faktisch* auch nach Beendigung der Nutzungsbefugnis weiterhin auf die Daten zugreifen, macht allein dieser Umstand das Geschäft nicht zum Kauf. Vielmehr verletzt der Nutzer hier eine

1038, der eine Nähe zur Pacht sieht, da eine Übereignung unmöglich sei. Wegen § 453 BGB kann es indes nicht auf die Eigentumsfähigkeit ankommen.

117 S. etwa *Hoeren*, MMR 2016, 8: „Einkauf von Rohdaten“; Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 10: „data buyer“; s. zudem o. I. mit Fn. 14 zum Selbstverständnis entsprechender Handelsplattformen.

118 v. *Baum/Appt/Schenk*, DB 2017, 1824, 1827; *Graf v. Westphalen*, Contracts with Big Data: The End of the Traditional Contract Concept?, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, 2017, S. 245 ff.; auch entsprechende Anbieter sprechen von einem Lizenzvertrag, s. <https://www.dawex.com/de/blockchain-austausch-daten/>; vgl. auch Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 6: „licensing agreements“.

119 Rechtbank Midden-Nederland, 25. 3. 2015 – C/16/364668/HA ZA 14-217, CLOUT case 1586; zustimmend *Magnus*, ZEuP 2017, 140, 148.

120 Zu Software MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 28 m. N.; *Lookofsky*, „In Dubio pro Conventione?“ – Some Thoughts about Opt-Outs, Computer Programs and Pre-emption under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG), 13 Duke J. Comp. & Int'l. L. (2003), 263, 277 f.

121 Rechtbank Midden-Nederland, 25. 3. 2015 – C/16/364668/HA ZA 14-217, CLOUT case 1586.

122 S. etwa OGH, 21. 6. 2005 – 5 Ob 45/05m, IHR 2005, 195; Rechtbank Midden-Nederland, 25. 3. 2015 – C/16/364668/HA ZA 14-217, CLOUT case 1586.

123 So auch MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 21 mit Fn. 51. Die Zahlungsmodalitäten erlauben allenfalls mittelbar Rückschlüsse, s. bereits *Fakes*, 3 Software L.J. (1989/90), 559, 584.

124 Vgl. allg. *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793, 801 f.

miet- bzw. pachtvertragliche Rückgabe- bzw. Löschpflicht.¹²⁵ Dass der Möglichkeit von Pflichtverletzungen keine Bedeutung für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zukommt, versteht sich auch für die umgekehrte Konstellation: Wird eine endgültige Überlassung vereinbart, ist es für die Vertragstypbestimmung irrelevant, wenn dem Überlassenden im Einzelfall faktische Möglichkeiten verbleiben, den Datenzugriff des Nutzers einzuschränken bzw. zu sperren.¹²⁶ Es käme schließlich auch niemand auf den Gedanken, einen Sachkauf abzulehnen, wenn die Besitzverschaffung im Wege des Besitzkonstituts (§ 930 BGB) geschuldet ist. Dort verbleibt dem Verkäufer die faktische Möglichkeit, jederzeit durch Aufgabe des Mitlungswillens dem Käufer den Besitz wieder zu entziehen.

Nimmt man das Endgültigkeitskriterium ernst, lassen sich auch Befürchtungen entkräften, wonach die Anwendung des CISG auf unkörperliche Gegenstände die sprichwörtliche Büchse der Pandora öffnen würde.¹²⁷ Freilich bietet das Abstellen auf die Endgültigkeit des Datentransfers zugleich Raum für die Lieferantenseite, sich dem kaufrechtlichen Regime zu entziehen. So kann etwa bewusst eine Überlassung auf sehr lange Zeit vereinbart werden. Die Existenz dieser Gestaltungsoption sollte indes nicht zum Anlass genommen werden, das weitgehend formale zeitliche Abgrenzungskriterium aufzugeben und durch ein stärker materiell geprägtes zu ersetzen. In diese Richtung gehend wird vorgeschlagen, stets von einem Kauf auszugehen, wenn der Besteller innerhalb der Überlassungszeit über den unkörperlichen Gegenstand so disponieren kann wie ein Sachkäufer über einen Gegenstand mit begrenzter Lebensdauer.¹²⁸ Nicht nur provoziert dieses Kriterium schwerwiegende Abgrenzungsprobleme im Einzelfall. Auch hinkt der angestellte Vergleich. Unkörperliche Gegenstände sind, anders als viele körperliche Gegenstände (anschauliches Beispiel: Tierkauf¹²⁹), in ihrer Lebensdauer keinen zwingenden natürlichen Grenzen unterworfen. Die zeitliche Begrenzung der Überlassung stellt sich vielmehr stets als künstlich geschaffene Limitierung dar. Solche Fälle einer nicht schon in der Natur der Sache angelegten Begrenzung der Überlassungsdauer ordnet man indes bei körperlichen Gegenständen mit Recht Vertragstypen wie Miete, Pacht usw. zu. Ein Unterschied zur zeitlich begrenzten Datenüberlassung besteht lediglich darin, dass der „Datenüberlasser“ im Regelfall keiner Rückgewähr bedarf, um nach Überlassungsende den Zugriff auf die Daten (wieder) zu erlangen. Aufgrund der nicht-rivalen Natur verliert er

125 Vgl. *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 479; s. auch *Kieffer*, DB 2017, 2657, 2662 bei § 7 Nr. 4.

126 Vgl. u. II. 2. c).

127 So aber *Sono*, in: FS Kritzer (Fn. 35), S. 512, 526.

128 *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 41a unter Verweis auf Rechtbank Midden-Nederland, 25. 3. 2015 – C/16/364668/HA ZA 14-217, CLOUT case 1586.

129 Vgl. *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 48 m. w. N.

den Zugriff zumeist gar nicht erst. Im Ergebnis ergibt sich aber eine mit der Sachmiete in jeder Hinsicht vergleichbare Lage: Am Ende einer künstlich beschränkten Überlassungszeit steht dem Lieferanten der überlassene Gegenstand zur Verfügung. Es mag freilich aufhorchen lassen, dass die Ablehnung eines Kaufvertrags in den betrachteten Konstellationen damit begründet zu werden scheint, dass der Lieferant den Zugriff auf die Daten behält. War nicht festgestellt worden, dass das Fehlen einer Einbuße des Lieferanten die Qualifikation als Kaufvertrag gerade nicht hindert?¹³⁰ Es ergibt sich indes kein Widerspruch. Denn im Fall einer künstlich begrenzten Überlassungsdauer wird die Anwendung von Kaufrecht nicht durch den Umstand verhindert, dass der Lieferant die Daten anfänglich nicht aus der Hand gibt, sondern dadurch, dass er am Ende der Überlassungsdauer – gleich, ob *noch* oder *wieder* – Zugriff auf sie hat. Werden die Daten hingegen ohne künstliche Begrenzung überlassen, bleiben die anschließenden Zugriffsmöglichkeiten des Verkäufers ohne Bedeutung.

c) Unschädlichkeit der Abhängigkeit des Bestellerzugriffs von kontinuierlicher Mitwirkung des Lieferanten

Mit den vorstehend erarbeiteten Grundsätzen in den Griff bekommen lassen sich auch Vereinbarungen, nach denen zwar ein dauerhafter Datenzugriff geschuldet ist, dieser allerdings – nach dem Motto „*access over ownership*“¹³¹ – über eine faktisch vom Überlassenden beherrschte Plattform gewährt werden soll.¹³² Hinsichtlich der geplanten europäischen Regelungen zu digitalen Inhalten ist zutreffend angemerkt worden, dass ein „dauerhafte[r] Zugang zu Cloud-Diensten, der für das Funktionieren gekaufter digitaler Inhalte erforderlich ist“, kaufrechtlich „schwer zu fassen“ sei.¹³³ Im europarechtlichen Kontext kann man freilich die Vertragstypenzuordnung als „Frage der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit“ ansehen.¹³⁴ Der dauerhafte Cloud-Zugang lässt sich gegebenenfalls einem neuen Vertragstypus „Bereitstellung digitaler Inhalte“ zuschlagen.¹³⁵ Im Zusammenhang mit dem CISG entscheidet die Zuordnung zum Kaufrecht dagegen über „Sein oder Nichtsein“.

130 S. soeben II. 2. a).

131 *Gsell*, Der europäische Richtlinienentwurf zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte, ZUM 2018, 75, 80.

132 S. z. B. OLG Köln, 26. 2. 2016 – I-6 U 90/15, MMR 2016, 387 (Amazon); hierzu auch Justizministerium NRW, Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15. 5. 2017, S. 226.

133 *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2612.

134 *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793, 803.

135 So betr. das GEKR (Fn. 87) *Zech*, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, ZUM 2014, 3, 8; allgemein auch *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793, 803.

Eine Einstufung als Kaufvertrag im Sinne der Konvention ist im Grundsatz¹³⁶ gerechtfertigt.¹³⁷ Es sei in Erinnerung gerufen: Solange dem Besteller die Inhalte nach dem Vertrag endgültig zur Verfügung zu stellen sind, ändert die faktische Möglichkeit des Datenlieferanten zum Vertragsbruch, etwa durch Abschalten der Plattform, nichts an der Einstufung als Kaufvertrag.¹³⁸ Allgemein wird im Schrifttum anerkannt, dass auch in „kaufartigen Konstellationen“ die schlichte Zugänglichkeit der Inhalte genügen kann, wenn diese permanent gleichsam treuhänderisch für den Käufer gehalten werden.¹³⁹ Nur konsequent ist es deshalb, wenn in der Praxis Anbieter den Zugriff auf „gekaufte“ eBooks und Musiktitel selbst nach Schließung des Kundenkontos weiterhin gewähren.¹⁴⁰

d) Unschädlichkeit vertraglicher Nutzungsvorgaben und -beschränkungen

Die Qualifikation als Kaufvertrag in Zweifel ziehen könnten indes Nutzungsbeschränkungen, die der Vertrag mit Bezug auf die Daten vorsieht. So statuieren Verträge über die (obschon endgültige) Überlassung von Daten oftmals detaillierte Bedingungen für die Nutzung sowie Weitergabebeschränkungen.¹⁴¹ Der Lieferant der Daten kann sich auch vorbehalten, deren Verwendung durch den Kunden zu kontrollieren¹⁴² bzw. technisch nachzuverfolgen.¹⁴³ Fraglich ist, ob auch angesichts solcher (gegebenenfalls kumulierten) Vorgaben zum Datengebrauch durch den Erwerber noch von einem Kauf gesprochen werden kann.¹⁴⁴

136 Anders, wenn der Wert der Server-/Speicherdienstleistung ausnahmsweise den prägenden Vertragsteil ausmacht (Art. 3 Abs. 2 CISG, dazu ausführlich u. II. 3. e)), vgl. *Eggen*, IHR 2017, 229, 235; *BeckOGK/Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 14.

137 So u.Ü. auch *Eggen*, IHR 2017, 229, 231: gleichgültig, ob die Software auf dem Computer des Erwerbers gespeichert werde.

138 S.o. II. 2. b).

139 So zum Entwurf der Digitale-Inhalte-RL *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 56, 61: Kauf digitaler Inhalte sei auf dauerhafte „Übertragung *respektive* Verschaffung“ (Hervorhebung durch Verf.) gerichtet; ähnlich *Zech*, ZUM 2014, 3, 8: Kunde „kauft“ einen dauerhaften Anspruch auf Zugang; anders beiläufig *Stieper*, Digital ist besser – Die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstypus?, in: *Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl*, FS Köhler, 2014, S. 729, 741: Download müsse möglich sein.

140 Zu den Bedingungen von Amazon vgl. OLG Köln, I-6 U 90/15, MMR 2016, 387, 388.

141 Vgl. Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 7; *Kieffer*, DB 2017, 2657, 2662 (§§ 2, 5); ferner v. *Baum/Appt/Schenk*, DB 2017, 1824, 1827.

142 v. *Baum/Appt/Schenk*, DB 2017, 1824, 1827.

143 Vgl. Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 11.

144 Kritisch zur Annahme eines „sale of goods“ nach US-Recht etwa *Nimmer*, Images and Contract Law: What Law Applies to Transactions in Information, 36 Hous. L. Rev. (1999), 1, 4, 40; zutreffend auf Kaufähnlichkeit bestimmter Lizenzvereinbarungen hinweisend dagegen *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 604.

Bedenken ließen sich daraus herleiten, dass das CISG in Art. 30 die Übertragung des Vollrechts „Eigentum“ vor Augen hat. Damit ist freilich nicht gesagt, dass die Übertragung stets ohne Vorbehalt bestimmter Rechte durch den Verkäufer erfolgen müsste. Zwar ist Art. 41 Satz 1 CISG, der die Freiheit der Ware von Rechten Dritter vorschreibt, über seinen Wortlaut hinaus auch auf Rechte des Verkäufers auszudehnen. Doch dies betrifft nur den Fall *vertragswidrig* begründeter (insbesondere: Sicherungs-)Rechte.¹⁴⁵ Dass die gesetzlichen Eigentümerbefugnisse gegebenenfalls vertraglich erheblich eingeschränkt sind, ändert an der Qualifikation als Kauf nichts.¹⁴⁶ Im deutschen Recht ist das nicht anders. Dort ergibt sich aus §§ 137 Satz 2, 399 Alt. 2 BGB grundsätzlich¹⁴⁷ die Möglichkeit, Verfügungen durch den Käufer zu verbieten.

Für die geschuldete endgültige Verschaffung unkörperlicher Gegenstände im erweiterten Anwendungsbereich des CISG lassen sich die vorstehenden Erkenntnisse entsprechend heranziehen. Auch hier lässt sich nicht aus dem Begriff des „Kaufs“ herleiten, der Vertrag dürfe keinerlei Vorgaben zum Umgang mit der Sache durch den Käufer machen.¹⁴⁸ Anders als im *prima facie* ähnlich anmutenden Fall der außerordentlichen Kündigung eines Miet- bzw. Pachtvertrags haben sich die Parteien hier darauf verständigt, dass die Daten dem Besteller endgültig und nicht einseitig entziehbar zur Verfügung stehen sollen, sofern er sich pflichtgemäß verhält. Selbst wenn man hierin zugunsten des Lieferanten eine auflösende Bedingung erblicken möchte, handelt es sich um einen Kauf. Auflösend bedingte Kaufverträge kennt – trotz Fehlens ausdrücklicher Regelungen – auch das CISG.¹⁴⁹ Für bestimmte vertragliche Vorgaben zu Verfügungen des Käufers kann im Übrigen gerade bei dem ubiquitären Vertragsgegenstand „Daten“ ein besonderes Bedürfnis bestehen.¹⁵⁰ Es

145 BeckOGK/*Hachem*, 1. 9. 2018, Art. 41 CISG Rn. 15 m. w. N.

146 Vgl. etwa zur Beschränkung des Weiterverkaufs in bestimmte Staaten KGer St. Gallen, 13. 5. 2008 – BZ.2007.55, IHR 2009, 161.

147 Anders der zwingende (Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhR, 5. Aufl. 2019, § 17 UrhG Rn. 36) urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG; Art. 4 Abs. 2 RL 2001/29/EG).

148 *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 21), Rn. 87 (zu Software); zustimmend *Eggen*, IHR 2017, 229, 231; solche Beschränkungen bei Software als Indiz gegen einen Kauf wertend indes *Fakes 3 Software L.J.* (1989/90), 559, 584 f.; skeptisch zum deutschen Recht *Metzger*, Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019, 577, 585 f. – Wenn EuGH Rs. C-128/11, *UsedSoft*, ECLI:EU:C:2012:407 die vom Verkäufer vorgegebenen Veräußerungsbeschränkungen als unwirksam ansieht, setzt das gerade voraus, dass trotz der Vorgaben von einem Kauf auszugehen ist, vgl. *Stieper*, in: FS Köhler (Fn. 139), S. 729, 731, 743.

149 S. nur *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter*, CISG, 7. Aufl. 2019, Art. 14 Rn. 107.

150 *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793, 803; s. auch v. *Baum/Appt/Schenk*, DB 2017, 1824, 1827.

spricht auch nichts dagegen, wenn in diesen Fällen vereinbarte¹⁵¹ Unterlassungsgebote durch technische Sicherungen unterlegt werden.

Auch wer den vorstehend formulierten Grundgedanken zustimmt, ist freilich nicht vor problematischen Grenzfällen gefeit. Bestimmte Überlassungsbedingungen können im Einzelfall doch den Kaufcharakter des Geschäfts in Zweifel ziehen. Man denke etwa an den Fall, dass der Lieferant dem Besteller Daten zur einmaligen Nutzung zur Verfügung stellt, der Nutzungszeitpunkt aber im Belieben des Bestellers steht. Beispielhaft genannt sei die Überlassung von Vorlagedaten (etwa einer CAD-Datei zum 3D-Druck¹⁵²), wobei die Anzahl der Nutzungsvorgänge (im Beispiel: Drucke) vertraglich (und gegebenenfalls technisch gesichert) beschränkt ist. Hier ist die bei einem Kauf notwendigerweise geschuldete Endgültigkeit der Überlassung¹⁵³ fraglich. Die künstlich begrenzte Überlassung, nach deren Ende der Überlassende Zugriff auf den Gegenstand (die Datei) hat, wurde oben als mietähnlich qualifiziert.¹⁵⁴ Zu beachten ist freilich, dass es bei den dort besprochenen Konstruktionen stets um echte Befristungen im Sinne einer Zeitbestimmung (vgl. § 163 BGB) ging. Die Überlassung zur einmaligen Nutzung beinhaltet dagegen eine Art Bedingung,¹⁵⁵ weil es grundsätzlich im Belieben des Bestellers steht, ob er von dem Gegenstand überhaupt Gebrauch macht. Verkäuferseitige Bedingungen sollen aber nach dem oben Gesagten der Einordnung als Kauf grundsätzlich nicht entgegenstehen. Man mag intuitiv versucht sein, auf die Diskrepanz zu verweisen, dass das Ende der Überlassung in den dort besprochenen Fällen an das *vertragswidrige* Nutzerverhalten, hier im Gegensatz dazu an das *vertragsgemäße* Verhalten geknüpft ist. Allerdings lässt sich der Fall ohne Weiteres umbilden, indem das Ende der Nutzungsbefugnis nicht an den vertragsgemäßen ersten Ausdruck, sondern an vertragswidrige weitere Ausdrücke geknüpft wird. Die eigentliche Ursache für das „Störgefühl“, das sich in dem Beispielfall bei einer Qualifizierung als Kauf einstellt, dürfte anderswo zu finden sein. Für Unbehagen sorgt, dass die Dauerhaftigkeit der Überlassung gerade daran geknüpft ist, dass der Besteller von der Datei nicht in der eigentlich intendierten Weise Gebrauch macht. Er kann die Datei zwar endgültig behalten, dies

151 Vom Verkäufer *vertragswidrig* installierte Schutzmechanismen – etwa ein Kopierschutz (s. Schmidt-Kessel, K&R 2014, 475, 482) – begründen hingegen einen Mangel des Kaufgegenstandes.

152 Falls der Besteller einen maßgeschneiderten Entwurf in Auftrag gegeben hat (vgl. Oechsler, Produkthaftung beim 3D-Druck, NJW 2018, 1569), wird auch die Abgrenzung zum Werkvertrag (geistig-schöpferische Leistung) relevant. Bei näherem Hinsehen lässt sich die CAD-Datei wohl nicht bloß als Hülse für eine (auch anders vermittelbare) Designleistung, sondern als gebrauchsfertiger Gegenstand (vergleichbar mit Individualsoftware) ansehen. Das streitet für eine Anwendung des UN-Kaufrechts, ausführlich u. II. 3. c).

153 Dazu o. II. 2. b).

154 II. 2. b).

155 Vgl. zur Abgrenzung nach deutschem Recht BeckOGK/Reymann, 1. 7. 2019, § 163 BGB Rn. 7.

aber nur um den Preis ihrer praktischen Nutzlosigkeit. Die besondere Ausgangslage könnte nun dazu veranlassen, den Sachverhalt wertend den Konstellationen einer echten Befristung gleich- und somit dem Mietrecht zu unterstellen. Vor den Konsequenzen einer allzu starken Materialisierung der Abgrenzung zwischen Kauf und vorübergehender Überlassung ist indes oben schon gewarnt worden.¹⁵⁶ Man stünde stets vor der Herkulesaufgabe, den „eigentlichen“ Nutzungszweck des überlassenen Gegenstandes zu identifizieren. Beschränkungen, die sich auf diesen Zweck beziehen, stünden einer Einstufung als Kauf entgegen, sonstige Beschränkungen wären hingegen unerheblich. Welcher Gebrauch eines Gegenstandes wesentlich ist, kann sich aber von Einzelfall zu Einzelfall stark unterscheiden. Manchem Besteller mag es etwa viel stärker auf die Möglichkeit der Weitergabe an Dritte ankommen als auf die Eigennutzung. Kopierbeschränkungen müssten hier, entgegen den oben gefundenen Ergebnissen, die Qualifikation als Kauf hindern. Selbst wenn man sich im Einzelfall in der Lage fühlte, die Eigennutzung verhältnismäßig eindeutig als wesentlichen Zweck zu identifizieren, ergäben sich erhebliche Abgrenzungsprobleme. Was gilt, wenn die Nutzung einer CAD-Datei nicht auf einen einzigen Druckvorgang, sondern auf zehn, tausend oder zehntausend Vorgänge begrenzt ist? Es hängt vollständig von der konkreten Sachlage ab, ob es mehr oder weniger wahrscheinlich ist, dass der Besteller jemals die vom Lieferanten gesetzte „Limitierung“ erreicht und somit die weitere Nutzungsbeziehung verliert.

Solche Beispiele belegen, warum weitgehend formale Abgrenzungskriterien vorzuziehen sind. Die Grenze lässt sich zwischen Befristung und Bedingung ziehen. Demnach schadet einer Einstufung als Kauf nur die gewisse zeitliche Begrenzung der Überlassung. Die ungewisse Begrenzung durch Bedingungen, mag deren Eintritt auch noch so wahrscheinlich sein, steht hingegen nicht entgegen.

e) Unschädlichkeit der Vereinbarung von mehrfacher Datenüberlassung bzw. Updateverpflichtungen

Infolge der fortschreitenden Digitalisierung ist allgemein eine Tendenz weg vom einmaligen Austauschgeschäft hin zu Nutzungsverhältnissen „dauer-schuldähnlicher Prägung“ auszumachen.¹⁵⁷ Auch bei Daten geht es längst nicht immer um den singulären Erwerb eines bestimmten Datensatzes, sondern vielfach um die Einrichtung eines „Datenstroms“ zum Kunden.¹⁵⁸ Vor diesem Hintergrund ist es bedeutsam, ob das UN-Kaufrecht auch solche Konstellationen erfasst. Das wäre zu verneinen, wenn unter einem Kauf lediglich ein „einmaliges, endgültiges Austauschgeschäft“¹⁵⁹ zu verstehen wäre.

156 S. wiederum II. 2. b).

157 Gsell, ZUM 2018, 75, 80.

158 Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 6: „data stream“.

159 So Hilbig, ITRB 2007, 170 zum Erwerb von Informationen.

Im deutschen Recht ist seit Langem anerkannt, dass es, etwa bei Zeitschriftenabonnements, kaufrechtliche Dauerschuldverhältnisse geben kann.¹⁶⁰ Gleiches muss für solche digitalen Inhalte gelten, die im Fall des Einzelvertrags dem Kaufrecht unterfielen.¹⁶¹ Nicht anders liegen die Dinge im Rahmen des CISG. Auch eine Vereinbarung über sukzessive Lieferungen ist nach Art. 73 CISG eindeutig dem UN-Kaufrecht zuzuordnen.¹⁶² Ist bei einem Datengeschäft von vornherein vorgesehen, dass der Lieferant intervallweise bzw. auf Abruf oder „quasi-automatisch bei Bedarf“¹⁶³ Daten zur Verfügung zu stellen hat, ist eine solche Vereinbarung demnach von der Anwendung des Übereinkommens erfasst. Andere Gestaltungen werden sich oftmals als Rahmenverträge einordnen lassen, bei denen immerhin die einzelnen Käufe innerhalb dieser Beziehung dem CISG unterfallen.¹⁶⁴

Punktueller Fiktionen mit hergebrachten Vorstellungen vom Kaufvertrag sind gleichwohl nicht ausgeschlossen. Es erscheinen nämlich Fälle denkbar, in denen tatsächlich nur ein einmaliger Austausch stattfindet, der Kunde aber in der Folgezeit vom Verkäufer eine Aktualisierung der Daten verlangt, etwa wenn sich sicherheitsrelevante Änderungen ergeben.¹⁶⁵ Diese Konstellation hat naturgemäß beim Softwareerwerb noch stärkere Bedeutung. Sie bedeutet eine Herausforderung für das Kaufrecht, weil dieses für die Vertragsgemäßheit des Kaufgegenstandes in der Regel auf den Gefahrübergang abstellt (so auch Art. 36 Abs. 1 CISG).¹⁶⁶ Art. 8 Abs. 2 Digitale-Inhalte-RL und Art. 7 Abs. 3 Warenkauf-RL¹⁶⁷ halten indes eine Pflicht zur Vornahme von Aktualisierungen für möglich, wie sie jedenfalls nationalen Rechten wie dem deutschen bislang nicht zu entnehmen ist.¹⁶⁸ Im UN-Kaufrecht ließe sich eine „Updatepflicht“ allenfalls mit gewisser Phantasie aus Art. 36 Abs. 2 CISG herleiten. Nach dieser Vorschrift haftet der Verkäufer auch für eine nach Gefahrübergang eintretende Vertragswidrigkeit der Ware, wenn diese auf die Verletzung seiner Pflichten zurückzuführen ist. Unabhängig von der Frage, inwieweit die

160 BGH VIII ZR 20/77, BGHZ 70, 356, 358 m. w. N.

161 Vgl. zu Klingelton-Abonnements u.ä. *Zagouras*, Klingeltöne & Co. im Abonnement, MMR 2006, 511, 513; vgl. auch *Specht* (Fn. 90), Rn. 446.

162 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 1 Rn. 15 m. w. N.; Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 15.

163 Allgemein zu Art. 73 CISG MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 73 CISG Rn. 3.

164 S. MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 11; MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 22 i. V. m. 21.

165 Vgl. zum Aktualitätserfordernis bei Daten *Hoeren*, MMR 2016, 8, 11.

166 *Schrader/Engstler*, Anspruch auf Bereitstellung von Software-Updates?, MMR 2018, 356, 357; *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2612.

167 Zu den beiden Richtlinien s. Fn. 88 bzw. 40.

168 Näher *Riehm/Abold*, Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte, ZUM 2018, 82, 86 f.; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 ff.; *Wendland*, ZVglRWiss 118 (2019), 191, 212 f.

Norm überhaupt Verletzungen nach Gefahrübergang erfasst,¹⁶⁹ statuiert sie jedenfalls keine Pflichten, sondern setzt deren vertragliche Vereinbarung (Beispiele: Transport, Montage, Wartung¹⁷⁰) voraus. Art. 36 Abs. 2 CISG ist aber immerhin Beleg dafür, dass eine vertraglich vereinbarte Aktualisierungspflicht sich in das System des UN-Kaufrechts integrieren ließe. Haben die Parteien eines Datengeschäfts, welches für sich genommen als einmaliger Kauf konzipiert ist, eine solche Abrede getroffen, stellt dies also grundsätzlich nicht die Qualifikation als Kaufvertrag in Frage.¹⁷¹

f) Zwischenfazit

Die Vereinbarung der entgeltlichen Überlassung von Daten stellt einen Kaufvertrag im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG dar, wenn der Zugriff des Kunden dauerhaft bestehen soll und ihm nicht ohne sein Zutun wieder entzogen werden darf. Dass der Verkäufer weiterhin selbst Zugriff auf die Daten behält oder diese von vornherein nur über seine Plattform zugänglich sind, ändert dann an der Einstufung als Kauf ebenso wenig wie restriktive Vorgaben des Verkäufers zur Datennutzung durch den Käufer. Nicht nur der punktuelle Erwerb eines Datensatzes, sondern auch das „Abonnement“ eines kontinuierlichen Datenstroms kann dem UN-Kaufrecht unterfallen.

3. *Kein Ausschluss wegen überwiegenden Werk- bzw. Dienstleistungscharakters*

Art. 3 Abs. 1 CISG unterstellt Werklieferungsverträge¹⁷² dem Übereinkommen, wenn nicht der Besteller einen wesentlichen Teil der Grundstoffe zur Verfügung gestellt hat. Art. 3 Abs. 2 CISG nimmt hingegen diejenigen einheitlichen¹⁷³ Verträge vom Anwendungsbereich des Übereinkommens aus, bei denen Dienstpflichten des Lieferanten das kaufvertragliche Element überwiegen.¹⁷⁴ Letzteres soll nach vorherrschendem Verständnis etwa der Fall sein, wenn ein Kunde individualisierte Software bestellt, welche sodann in einem umfangreichen Prozess entwickelt werden muss.¹⁷⁵ Bei Verträgen über Datenmengen lassen sich durchaus vergleichbare Fälle bilden, vor allem wenn

169 Überblick m. w. N. bei BeckOK-BGB/Saenger (Fn. 24), Art. 36 CISG Rn. 4.

170 MünchKommBGB/Gruber (Fn. 47), Art. 36 CISG Rn. 6.

171 So auch Schmitt, CR 2001, 145, 153 f.; zum Entwurf der Digitale-Inhalte-RL ebenso Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, GPR 2016, 54, 68.

172 S. nur BeckOK-BGB/Saenger (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 2.

173 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari (Fn. 26), Art. 3 Rn. 12 m. w. N.

174 Im Regelfall ist auf das Wertverhältnis abzustellen, näher BeckOK-BGB/Saenger (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 6 m. w. N.; beachte aber auch BGH, 7. 12. 2017 – VII ZR 101/14, BGHZ 217, 103, RIW 2018, 294, Rn. 44.

175 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari (Fn. 26), Art. 1 Rn. 38; MünchKommBGB/Huber (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 22; MünchKommHGB/Mankowski (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 26, 28; BeckOK-BGB/Saenger (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 8.

nicht (nur) Rohdaten geliefert werden sollen, sondern (auch) Daten einer weiteren „Verarbeitungsstufe“ bzw. abgeleitete Analyseergebnisse.¹⁷⁶

a) Abgrenzung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 CISG

Die Auffassung, dass in solchen Fällen Art. 3 Abs. 2 CISG einschlägig ist, steht indes auf tönernen Füßen. Die Zusammenschau der beiden Absätze des Art. 3 CISG ergibt deutlich, dass Abs. 2 nur solche Dienste erfasst, die sich – wie etwa Montage oder Überwachung – nicht schon in der Produktion der Ware niederschlagen.¹⁷⁷ Für Arbeit, die in die Ware einfließt (und dort auch eingepreist wird¹⁷⁸), ist dagegen Abs. 1 vorrangig.¹⁷⁹ Als Konsequenz eben dieser systematischen Betrachtung gelangt eine Meinungsgruppe auch zur Einbeziehung von Individualsoftware in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts.¹⁸⁰

b) Identität des Warenbegriffs in Art. 3 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 CISG

Das auf das Verhältnis der beiden Absätze von Art. 3 CISG abzielende systematische Argument deckt sich mit der herrschenden Anschauung zum deutschen Recht, wonach Werk- oder Dienstleistungen, die in das Produkt münden, das Vorliegen eines Werklieferungsvertrags nach §§ 650, 433 ff. BGB nicht hindern.¹⁸¹ Dennoch wird auch im deutschen Recht die Bestellung von Individualsoftware überwiegend nicht über die Regelungen zum Werklieferungsvertrag (§ 650 BGB) dem Kaufrecht unterstellt, sondern dem Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB) zugeschlagen.¹⁸² Allerdings ist zu beachten, dass sich dieses Ergebnis im deutschen Recht schon aus § 650 BGB heraus plausibel begründen lässt. Die Vorschrift erfasst nämlich explizit nur beweg-

176 Zur Unterscheidung dieser Konstellationen s. etwa *Dorschel*, in: Dorschel (Fn. 94), 245 ff.; *Hoeren*, MMR 2016, 8.

177 *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 606; *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 21; *Schäfer*, Zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf Werklieferungsverträge, IHR 2003, 118, 120 f.; ebenso *MünchKommBGB/Huber* (Fn. 25), Art. 3 CISG Rn. 10 (der indes bei Art. 1 Rn. 22 Individualsoftwareverträge unter Art. 3 Abs. 2 CISG subsumiert); so auch *Sono*, in: FS Kritzer (Fn. 35), S. 512, 523 zu Software (freilich aus anderen Gründen eine Anwendung des CISG im Regelfall ablehnend).

178 Zutreffend *Kröll/Mistelis/Raymond*, CISG, 2. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 24.

179 Bedenklich vor diesem Hintergrund BGH VII ZR 101/14, Rn. 42 ff.; kritisch *Piltz*, Überwiegen nicht kaufrechtlicher Pflichten, IWRZ 2018, 78, 79 f.

180 *Diedrich*, RIW 1993, 441, 452; *Eggen*, IHR 2017, 229, 232 f.; im Ansatz ebenso *Green/Saidov*, J.B.L. 2007, 161, 170 f., aber im Ergebnis auf Umstände des Einzelfalles abhebend.

181 BGH, 23. 7. 2009 – VII ZR 151/08, BGHZ 182, 140, Rn. 25; NK-BGB/*Raab* (Fn. 41), § 651 Rn. 24 m.N. zur Gegenansicht.

182 Überblick m.w.N. bei *Bräutigam/Rücker*, Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion?, CR 2006, 361, 363; *Maume/Wilser*, Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge, CR 2010, 209, mit Fn. 1 f.

liche Sachen. Andere (etwa unkörperliche) Gegenstände sind, selbst wenn sie nach § 453 BGB ohne Weiteres Objekt eines Kaufs sein könnten, im Fall der Werklieferungssituation nach §§ 631 ff. BGB zu behandeln. Nicht verkörperte Software unterfällt den §§ 650, 433 ff. BGB schon aus diesem Grund nicht.¹⁸³ Noch herzustellende Software, die auf einem Datenträger übergeben werden soll, lässt sich mithilfe des – bei isolierter Betrachtung ambivalenten¹⁸⁴ – Gleichbehandlungspostulats ebenfalls aus dem Anwendungsbereich des § 650 BGB heraushalten: Da Software auch elektronisch übertragen werden kann, stellt sie selbst dann keine bewegliche Sache im Sinne der Vorschrift dar, wenn sie per CD, USB-Stick oder Ähnlichem übergeben wird.¹⁸⁵ An dieser Stelle muss man demnach noch nicht den überwiegend geistig-schöpferischen Entwicklungsprozess bei Individualsoftware argumentativ bemühen,¹⁸⁶ um einen „Ausweg“ aus § 650 BGB und der Anwendung des Kaufrechts zu finden. Für die Erhebung und Zusammenstellung von Daten gelten vergleichbare Grundsätze.¹⁸⁷

Im UN-Kaufrecht stellt sich die Ausgangslage anders dar. Der Wortlaut der Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 CISG unterscheidet nicht zwischen einem weiten Verständnis möglicher Kaufgegenstände (so § 453 BGB) und einer engen Kategorie der Gegenstände eines Werklieferungsvertrags (so § 650 BGB). Vielmehr ist beide Male schlicht von „Ware“ die Rede. Eine mit dem deutschen Recht vergleichbare Differenzierung ergäbe sich nur dann, wenn die hier befürwortete Ausweitung des Warenbegriffs im Wege der Analogie vor Art. 3 Abs. 1 CISG haltmache, man also den Begriff der Ware hier anders als in Art. 1 CISG nicht auch auf unkörperliche Gegenstände erstrecken wollte. Man müsste hierfür behaupten und belegen, dass der Warenbegriff in Art. 3 Abs. 1 CISG anders als in Art. 1 CISG nicht planwidrig zu eng ausfalle bzw. dass Art. 3 Abs. 1 CISG jedenfalls auf unkörperliche Gegenstände nicht „passe“. Für die Berechtigung einer solchen Differenzierung fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Auch unkörperliche Kaufobjekte können noch vom Verkäufer

183 Deutlich etwa *Maume/Wilser*, CR 2010, 209, 214; *Metzger*, Der neue § 651 BGB, AcP 204 (2004), 231, 247f.

184 Zur Kritik s. o. II. 1. a).

185 MünchKommBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 631 Rn. 142; *Junker*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2003/2004, NJW 2005, 2829, 2832; *Metzger*, AcP 204 (2004), 231, 248; NK-BGB/*Raab* (Fn. 41), § 651 Rn. 16. Freilich sieht BGH, 15. 11. 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 15 m. w. N. auf einem Datenträger gespeicherte Software als Sache im Sinne von § 90 BGB an. Diese Einordnung ist allerdings nur als historisch bedingtes Hilfskonstrukt aus der Zeit vor der Existenz von § 453 BGB zu erklären, näher *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 364f.; *Maume/Wilser*, CR 2010, 209, 210.

186 So aber z. B. *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, 2014, § 651 Rn. 16; für einen Überblick über die divergierenden und einander teils überlappenden Begründungsansätze s. *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 363; *Maume/Wilser*, CR 2010, 209, Fn. 2.

187 *Specht* (Fn. 90), Rn. 420.

herzustellen sein. Einer allzu starken Ausdehnung des UN-Kaufrechts zulasten des (nationalen) Werkvertragsrechts lässt sich auf anderem, dogmatisch überzeugenderen Weg begegnen. Das ist im Folgenden zu zeigen.

c) Ausschluss geistig-schöpferischer Leistungen aus dem Kaufrecht

Für die deutsche Vorschrift des § 650 BGB ist anerkannt, dass sie solche beweglichen Sachen nicht erfasst, die lediglich Transport- bzw. Kommunikationsmittel sind, um dem Besteller eine geistig-schöpferische Leistung des anderen Vertragsteils zugänglich zu machen; gemeint sind Substrate wie das Papier, auf dem der Architekt seine Planung oder der Sachverständige sein Gutachten übermittelt.¹⁸⁸ Gleiches muss auch für Prototypen gelten, deren Einsatzmöglichkeiten für den Besteller nebensächlich sind, weil er sie vorwiegend als „Kopiervorlage“ nutzen möchte; hier bildet die Konstruktionsplanung den eigentlichen Vertragsgegenstand und wird lediglich besonders plastisch kommuniziert.¹⁸⁹ Freilich ist im deutschen Recht der Verweis auf das geistig-schöpferische Element in all diesen Fällen streng genommen überflüssig. § 650 BGB greift nämlich schon deshalb nicht, weil es sich tatsächlich um eine – gleichsam zufällig verkörperte – immaterielle Leistung handelt.¹⁹⁰ Die Vorschrift ist bereits aus diesem Grund unanwendbar – unabhängig davon, ob die Leistung zusätzlich einen geistig-schöpferischen Charakter hat.¹⁹¹

Wichtig wird dieses Charakteristikum erst, wenn es dem Besteller nicht nur auf die immaterielle Leistung (bei nebensächlichem Übertragungsweg) ankommt, sondern auf die bewegliche Sache, das Substrat, selbst. So verhält es sich vor allem bei Werken der bildenden Kunst.¹⁹² Das Gemälde, die Statue usw. sind nicht bloß ein (ersetzbares) Transportmittel zur Gedankenübermittlung. Sie könnten daher – anders als das mit einem Gutachten bedruckte Papier – prinzipiell als Sachen im Sinne von § 650 BGB anzusehen sein. Gleichwohl steht nicht, wie von § 650 BGB vorausgesetzt, die Sacheigenschaft im Vordergrund, sondern der geistig-schöpferische Charakter. Die taugliche Abgrenzungsfrage lautet: Würde der Rechtsverkehr bei einer in der stofflichen Zusammensetzung und im Herstellungsverfahren identischen Kopie gleichwohl von einer anderen Sache sprechen, weil diese von einem anderen geistig-

188 MünchKommBGB/*Busche* (Fn. 185), § 650 Rn. 12; *Jauernig/Mansel*, BGB, 17. Aufl. 2018, § 650 Rn. 1; *Metzger*, AcP 204 (2004), 231, 247; *Staudinger/Peters/Jacoby* (Fn. 186), § 651 Rn. 16.

189 Zutreffend *Staudinger/Peters/Jacoby* (Fn. 186), § 651 Rn. 8; NK-BGB/*Raab* (Fn. 41), § 651 Rn. 15; vgl. auch OLG Hamm, 29. 10. 2012 – I-17 U 130/11, NJW-RR 2013, 213, 214.

190 S. soeben II. 3. b).

191 Am geistig-schöpferischen Charakter fehlt es etwa regelmäßig bei Rohdaten (dazu sogleich).

192 Zutreffender Ansatz bei *Metzger*, AcP 204 (2004), 231, 247; NK-BGB/*Raab* (Fn. 41), § 651 Rn. 15.

schöpferischen Urheber herrührt?¹⁹³ Bei zwei identisch aussehenden Werken verschiedener Künstler wäre dies zu bejahen. Ein entsprechender Vertrag wäre daher als Werk-, nicht als Werklieferungsvertrag einzustufen.¹⁹⁴

Die dargestellten Grundsätze zum deutschen Recht haben auch im UN-Kaufrecht ihre Daseinsberechtigung. So hat das OLG Köln bereits 1994 in zu treffender Weise die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 CISG auf einen schriftlichen Bericht verneint, der eine Marktanalyse enthielt, welche der Lieferant auf Basis des bei ihm vorhandenen Datenmaterials für den Besteller durchgeführt hatte.¹⁹⁵ Zu Recht rekurrierte das Gericht hierfür nicht auf Art. 3 Abs. 2 CISG, der wie ausgeführt andere Fälle im Sinn hat.¹⁹⁶ Es verneinte vielmehr schon die Wareneigenschaft des Berichts. Bemerkenswert ist, dass sich der Fall mit gleichem Ergebnis lösen lässt, wenn man auch unkörperliche Gegenstände analog Art. 1 Abs. 1 CISG in den Warenbegriff aufnimmt. In diesem Fall verfährt lediglich das – im deutschen Recht wegen § 650 BGB ausreichende – Argument nicht, die Leistung hätte dem Besteller ebenso gut auf unkörperlichem Wege verschafft werden können. Denn auch eine Übertragung per E-Mail kann grundsätzlich der analogen Anwendung des CISG unterfallen. Entscheidend ist im Bereich des UN-Kaufrechts vielmehr das bei § 650 BGB im vergleichbaren Fall noch überflüssige Argument, dass es sich bei einer Marktanalyse um eine geistig-schöpferische Leistung handelt. Auch wenn man das CISG erweiternd auf unkörperliche Übertragungsvorgänge wie E-Mail oder Download anwendet, dienen die übermittelten Daten hier lediglich als „unkörperliches Substrat“¹⁹⁷ zum Transport der Analyseleistung. Deshalb liegt selbst unter Berücksichtigung des per Analogie erweiterten Begriffs keine Kaufware vor, sondern eine Werkleistung, die nicht unter das Übereinkommen fällt.

193 Überzeugender Ansatz bei NK-BGB/*Raab* (Fn. 41), § 651 Rn. 15. Allerdings dürfte genauer nicht auf den Wert (der gleich sein kann), sondern auf die Verkehrsbeurteilung als „anders“ abzustellen sein, s. Hk-BGB/*Scheuch*, 10. Aufl. 2019, § 650 Rn. 2.

194 Im Ergebnis ebenso, aber ohne exakt differenzierende Begründung Münch-KommBGB/*Busche* (Fn. 185), § 650 Rn. 12; *Jauernig/Mansel* (Fn. 188), § 650 Rn. 1; *Staudinger/Peters/Jacoby* (Fn. 186), § 651 Rn. 16; *Palandt/Sprau*, BGB, 79. Aufl. 2019, § 650 Rn. 5. Die Anwendung von Kaufrecht erwägend dagegen *Metzger*, AcP 204 (2004), 231, 247f. unter Verweis auf die Weiterveräußerungsmöglichkeiten von Kunstwerken. Auch ein Gutachten lässt sich jedoch ggf. nach § 453 BGB weiterveräußern.

195 S. OLG Köln, 26. 8. 1994 – 19 U 282/93, RIW 1994, 970, 971; ebenso Münch-KommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 26, wenngleich unter nicht überzeugendem Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 CISG; zustimmend auch *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 46, der freilich „fixierte Forschungsergebnisse“ dem CISG unterstellen möchte (inkonsequent).

196 S. II. 3. a); auf Art. 3 Abs. 2 CISG abstellend dagegen *Schrammen* (Fn. 48), S. 231 f.

197 Dieses Bild mag zunächst paradox anmuten, dient jedoch der Veranschaulichung.

Ausgestattet mit diesen Grundlagen lassen sich verschiedene Modelle von Datengeschäften beurteilen. Werden beispielsweise aus einem Produktionsprozess resultierende Rohdaten, die in der Folge noch erhoben werden müssen, bestellt, betrifft dies im Ausgangspunkt eine Werklieferungssituation. Diese ist zwar nach deutschem Recht nicht unter §§ 650, 433 ff. BGB zu subsumieren, weil im diesem Sinne Daten keine beweglichen Sachen sind (selbst wenn dem Besteller der Datenträger verschafft wird). Das CISG kennt solche Vorbehalte unter der Prämisse der analogen Erstreckung auf unkörperliche Gegenstände nicht. Noch zu erzeugende Rohdaten können demnach der von Art. 3 Abs. 1 CISG angeordneten Anwendung des UN-Kaufrechts unterfallen. In der Regel wird es dem Besteller nämlich gerade auf die Daten an sich ankommen, etwa weil er mit diesen in seinem Betrieb entsprechende Algorithmen „füttern“ möchte. Die Rohdaten sind dann kein „Substrat“, das vorwiegend dazu bestimmt ist, eine geistige Schöpfungsleistung zu transportieren. Dass bei der Erhebung der Rohdaten gegebenenfalls Verfahren zur Anwendung gekommen sind, die ihrerseits erhebliche geistige Schöpfungskraft erfordern, ändert an der Anwendung des Kaufrechts nichts. Insoweit gilt nichts anderes als bei körperlichen Gegenständen. Auch hier ist Kaufrecht anzuwenden, selbst wenn der Gestaltung des Herstellungsablaufs, der Produktionsmaschinen usw. geistig-schöpferische Planungs- und Konstruktionsleistungen zugrunde liegen.¹⁹⁸

Wo hingegen die gelieferten Daten zum Beispiel die Ergebnisse einer Analyse enthalten, die der Besteller in Auftrag gegeben hat, stellen sie auch nach dem CISG keine Kaufware dar. Es liegt dann ein Werkvertrag vor, dessen Ergebnis dem Besteller lediglich mithilfe eines grundsätzlich „kauffähigen“ Gegenstandes zugänglich gemacht wird. Es besteht insoweit kein relevanter Unterschied zum schriftlichen Gutachten, das ebenfalls nicht dem CISG unterfiele. Gleiches gilt etwa, wenn ein beim Künstler in Auftrag gegebenes Literatur- oder Musikwerk (geistig-schöpferische Leistung) per E-Mail (Daten) zugänglich gemacht wird. An dem Ergebnis dürfte sich selbst dann nichts ändern, wenn der Gegenstand einer in Auftrag gegebenen Analyse wiederum Ausgangsdaten waren, das Endprodukt also eine Art „Datenderivat“¹⁹⁹ darstellt. Die Besonderheit besteht hier lediglich darin, dass sowohl der Analysegegenstand als auch das Transportmittel für die geistig-schöpferische Leistung jeweils Daten sind.²⁰⁰

Schwierigkeiten bereitet allenfalls die immer bedeutender werdende Konstellation, dass die Analyseleistung nicht primär von Menschen erbracht wurde, sondern durch künstliche Intelligenz, etwa im Rahmen maschinellen Ler-

198 BGH VII ZR 151/08, Rn. 25; NK-BGB/Raab (Fn. 41), § 651 Rn. 24 m. w. N.

199 Vgl. Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 276.

200 Zu den zusätzlichen Konsequenzen des Umstandes, dass die Ausgangsdaten vom Besteller herrühren, sogleich noch II. 3. d).

nens.²⁰¹ Ob hier wegen einer primär geistigen Leistung Werkvertragsrecht anzuwenden ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Vermittelt wird letzten Endes eine Maschinenleistung. Dass dieser im (gegebenenfalls fernen – man denke an selbstlernende Systeme) Ausgangspunkt eine menschliche Schöpfung zugrunde liegt, könnte wie bei der maschinellen Herstellung körperlicher Gegenstände²⁰² als unerheblich anzusehen sein.

Ein weiterer Grenzfall liegt schließlich in der Her- und Bereitstellung von individuell zusammengestellten Daten, die in der gelieferten Form im Unternehmen des Bestellers unmittelbar als „Programm“ anwendungsfähig sind. Das betrifft letztlich vor allem die Bestellung von Individualsoftware. Über deren UN-kaufrechtliche Einordnung wird seit Langem diskutiert. Letztlich stellt sich das Problem an dieser Stelle aber lediglich als Spezialfall von Datentransaktionen dar. Deshalb lässt sich mit den bisher in diesem Beitrag identifizierten Maßstäben operieren. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass eine identische Kopie des Computerprogramms – anders als die Kopie eines Kunstwerks – vom Rechtsverkehr regelmäßig nicht deshalb als „anderer Gegenstand“ eingeordnet würde, weil die Person des geistigen Urhebers von wesentlichem Belang wäre. Ein Ausschluss aus dem Kaufwarenbegriff des CISG könnte sich deshalb nur unter dem Gesichtspunkt ergeben, dass das Computerprogramm als bloße Transporthülle für die dahinterstehende Programmierleistung anzusehen ist. Doch würde diese Sichtweise wirklich die Parteiinteressen reflektieren? Näherliegen dürfte der Vergleich zu einer unter hohem geistig-schöpferischen Einsatz konstruierten Spezialmaschine. Dort ist es nach der typischen Interessenlage der Parteien gerade nicht Hauptvertragsinhalt, dass der Lieferant dem Besteller die „Konstruktionsidee“, verkörpert in der Maschine, verschafft (der Lieferant mag hinsichtlich einer solchen Offenlegung gar erhebliche Vorbehalte hegen). Vielmehr kommt es den Vertragsschließenden auf die Verschaffung des fertigen Gegenstandes an. Das ist, wie oben angedeutet, nur bei der Bestellung von Prototypen anders, wo die Parteien gerade eine Vermittlung der Konstruktionsplanung *anhand* des fertigen Gegenstandes bezwecken. Bei Software wird sich das Interesse des Bestellers im Regelfall jedoch vornehmlich darauf richten, ein funktionierendes, anwendungsfähiges Programm, nicht einen Einblick in dessen „Architektur“ zu erhalten.²⁰³

201 Zur urheberrechtlichen Dimension s. *Ory/Sorge*, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz?, NJW 2019, 710 ff.

202 Dazu soeben bei Fn. 198.

203 Ähnlich *Schweinoch/Roas*, Paradigmenwechsel für Projekte: Vertragstypologie der Neuerstellung von Individualsoftware, CR 2004, 326, 328; a.A. *Maume/Wilser*, CR 2010, 209, 211, die keinen Unterschied zwischen Individualsoftware und z.B. Architektenplanungen sehen. Der Unterschied besteht aber. Der Erstellung von Individualsoftware entspräche es eher, wenn der Architekt zusätzlich das Gebäude errichtete.

d) Möglicher Ausschluss nach Art. 3 Abs. 1 CISG a. E.

Mit der Feststellung, dass Verträge über noch zu erzeugende Daten dem UN-Kaufrecht analog Art. 3 Abs. 1 CISG unterstehen können, rückt auch die am Ende dieser Vorschrift befindliche Ausnahme in den Fokus. Ihr zufolge findet das CISG keine Anwendung, wenn der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Der Tatbestand kann bei der Bestellung von Daten relevant werden, wenn der Kunde das Ausgangsdatenmaterial selbst bereitstellt. Das können etwa Daten sein, die bei der eigenen Produktion angefallen sind.²⁰⁴ Wo nicht die Datenauswertung ohnehin als intellektuelle Leistung aus dem Warenkaufbegriff fällt,²⁰⁵ kann die Ausnahme in Art. 3 Abs. 1 CISG a. E. greifen. Zwar geht die wohl herrschende Auffassung davon aus, dass die vom Besteller beigesteuerten Stoffe nicht bloß immaterieller Natur sein dürfen (etwa Know-how oder Software).²⁰⁶ Anderes muss aber gelten, wo das CISG analog auf den Erwerb unkörperlicher Gegenstände angewendet wird. Dann ist es nur konsequent, spiegelbildlich auch unkörperliche Beiträge des Bestellers zu berücksichtigen.²⁰⁷ Um zu beurteilen, ob diese im Sinne der Vorschrift einen „wesentlichen Teil“ des Ausgangsstoffes betreffen, kann auf die hierzu allgemein entwickelten, aber im Einzelnen umstrittenen Grundsätze²⁰⁸ zurückgegriffen werden.

e) Möglicher Ausschluss nach Art. 3 Abs. 2 CISG

Es wurde oben eindringlich davor gewarnt, den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 CISG in unsystematischer Weise auszudehnen.²⁰⁹ Insbesondere ist die Problematik geistig-schöpferischer Leistungen nicht an dieser Regelung festzumachen. Dies bedeutet freilich nicht, dass der Norm im hier betroffenen Kontext jede Bedeutung abzusprechen wäre. Auf Dienstleistungen, die *nicht* in die Produktion des Kaufgegenstandes münden, ist die Vorschrift selbstredend anzuwenden.

Art. 3 Abs. 2 CISG schließt daher vor allem solche Datengeschäfte aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens aus, bei denen der Lieferant umfangreiche Pflichten hinsichtlich der „Implementierung“ der Daten in das System des Bestellers übernimmt und solcherlei Installations-, Support-, Schu-

204 Vgl. zu solchen Modellen etwa *Peschel/Rockstroh*, Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste, MMR 2014, 571 ff.

205 Dazu soeben II. 3. c).

206 MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 3 CISG Rn. 6; Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 14; BeckOK-BGB/*Saenger* (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 3 (jeweils m. w. N.).

207 Ähnlich *Eggen*, IHR 2017, 229, 232; *Schmitt*, CR 2001, 145, 153.

208 Dazu etwa m. w. N. Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 14, 16.

209 S.o. II. 3. a).

lungs- und/oder Überwachungsleistungen den Wert der Daten an sich überwiegen.²¹⁰ Dann besteht eine Ähnlichkeit mit Anlagenlieferverträgen, welche Art. 3 Abs. 2 CISG vornehmlich im Blick haben dürfte.²¹¹ Auch wenn ausnahmsweise die vom Lieferanten übernommene Speicherung der Daten den Schwerpunkt des Vertrags bildet, greift der Ausschluss nach Art. 3 Abs. 2 CISG.²¹² Vergleichbare Erwägungen sind für Datenbankverträge anerkannt.²¹³ Sofern hingegen die zusätzlichen Dienstpflichten das kaufvertragliche Übergewicht nicht beseitigen,²¹⁴ unterliegt der gesamte Vertrag dem UN-Kaufrecht; lediglich eventuelle Lücken betreffend die Behandlung der „Service-Aspekte“ sind nach den üblichen Grundsätzen des Art. 7 Abs. 2 CISG zu schließen.²¹⁵

f) Zwischenfazit

Der Umstand, dass der Lieferant die vertragsgegenständlichen Daten zunächst noch selbst erzeugen muss, steht der Anwendung des UN-Kaufrechts nicht entgegen. Es handelt sich um einen Werklieferungsvertrag im Sinne des Art. 3 Abs. 1 CISG. Dass Daten keine bewegliche Sache sind, schadet – anders als nach deutschem Recht (§ 650 BGB) – nicht, weil die Ausweitung des Kaufwarenbegriffs kraft Analogie sich auch bei Werklieferungssituationen auswirkt. Auch erhebliche Werkleistungen, die in die Produktion der Daten einfließen, stehen demnach der Anwendbarkeit des Übereinkommens nicht entgegen. Art. 3 Abs. 2 CISG ist insoweit nicht einschlägig. Allerdings fallen übermittelte Daten nicht in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, wenn sie lediglich als Träger einer geistig-schöpferischen (Werk-)Leistung fungieren. Insoweit entspricht die Rechtslage der unter dem BGB geltenden. Ein Ausschluss des UN-Kaufrechts kann sich ferner ergeben, wenn der Besteller das wesentliche Ausgangsdatenmaterial selbst zur Verfügung gestellt hat (Art. 3 Abs. 1 CISG a.E.) oder der Vertrag durch zusätzliche Dienst- bzw. Werkleistungen des Lieferanten außerhalb der Produktion geprägt ist (Art. 3 Abs. 2 CISG).

4. Besonderheiten bei Beteiligung weiterer Parteien

Die bisherigen Ausführungen haben sich ausschließlich mit bilateralen Vertragsbeziehungen befasst. Die fortschreitende Digitalisierung geht indes ein-

210 Vgl. für Software, Eggen, IHR 2017, 229, 233; Kröll/*Mistelis/Raymond* (Fn. 178), Art. 3 Rn. 24f.

211 *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 602, 606; s. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 3 Rn. 18 m.w.N.

212 Vgl. bereits o. II. 2. c) Fn. 136.

213 *Wulf* (Fn. 48), S. 35.

214 Das ist etwa für die Pflege von Software durch den Verkäufer bejaht worden, Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 23.

215 S. Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 11, 21, 29; allg. auch Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 3 Rn. 16.

her mit einem Trend weg von traditionellen Lieferketten hin zu „multipersonale[n] Vertragsstrukturen“.²¹⁶ Auch datenbezogene Geschäfte sind längst nicht immer nur zweipolig.²¹⁷

Soweit in solchen Konstellationen kein Geld fließt, sondern beispielsweise Daten auf Gegenseitigkeitsbasis geteilt werden, steht eine Anwendung des UN-Kaufrechts schon wegen der nicht-monetären Gegenleistung in Frage.²¹⁸ Zahlt hingegen ein Kunde für die Übermittlung von Daten, muss die Tatsache, dass mehr als zwei Personen am Zustandekommen des Geschäfts beteiligt sind, die Anwendbarkeit des CISG nicht ausschließen. So kommt auch bei Nutzung eines Datenmarktplatzes²¹⁹ ein Kaufvertrag zwischen Lieferant und Abnehmer zustande. Dass daneben jeweils vertragliche Beziehungen zum Plattformbetreiber bestehen, ist für die Anwendbarkeit des CISG irrelevant. Tritt der Dritte dagegen nicht bloß als Vermittler zwischen Datenanbieter und Interessent, sondern schlüpft er selbst, nach Erwerb der Daten vom Anbieter, in die Verkäuferrolle gegenüber dem Endkunden, handelt es sich schlicht um zwei Kaufverträge, die beide dem CISG unterliegen können.²²⁰ Wenig problematisch ist auch der Fall, dass auf einer Vertragsseite mehrere Personen stehen, etwa weil verschiedene Akteure an der Datenproduktion beteiligt waren und sich entschlossen haben, die Daten gemeinsam durch Verkauf zu verwerten.²²¹ Das Auftreten solcher Personenmehrheiten stört die Anwendung des CISG nicht.²²²

Schwierigkeiten bereitet indes eine andere Konstellation: Hier erwirbt jemand im internationalen Handelsverkehr einen Gegenstand, dessen anschließender Einsatz beim Käufer auf Dateninput angewiesen ist oder durch solchen Input jedenfalls verbessert wird. Die betreffenden Daten werden allerdings nicht vom Verkäufer, sondern von einem Dritten zur Verfügung gestellt. Wurde in diesem Fall der eigentliche Kaufgegenstand – man denke etwa an eine Maschine – mit der „Datenversorgung“ im Paket angeboten, kann fraglich sein, zwischen welchen Akteuren Vertragsbeziehungen verlaufen, die dem

216 *Gsell*, ZUM 2018, 75, 80; s. auch *Spindler*, ZGR 2018, 17, 52f.; *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2610.

217 S. nur Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 6; *Sahl*, RDV 2015, 236, 242.

218 Dazu ausführlich u. III.

219 Vgl. I bei Fn. 13.

220 Vgl. allg. MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 6; BeckOGK/*Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 7. Dies gilt, sofern jeweils der Anwendungsbereich des CISG im Übrigen eröffnet ist, vgl. MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 35.

221 Solche „Produzentenmehrheiten“ können sich insb. dort ergeben, wo Daten durch die Nutzung bestimmter Geräte oder Dienste generiert werden, vgl. Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 3; zur Problematik der Inhaberschaft im Sinne von § 2 Nr. 2 GeschGehG in diesen Fällen *Obly*, GRUR 2019, 441, 443.

222 *Schlechtriem/Schroeter* (Fn. 21), Rn. 240a.

CISG unterliegen. Das Problem gleicht dem beim Erwerb eines Computers mit Drittanbietersoftware²²³ bzw. von „*smart things*“²²⁴.

Auch aktuelle europäische Regelungsvorschläge halten für derlei Sachverhalte noch keine abschließend befriedigenden Lösungen bereit.²²⁵ Erst recht bleibt das UN-Kaufrecht von 1980 eindeutige Antworten schuldig. Gleichwohl lässt sich einstweilen mit dem vorhandenen Instrumentarium der Konvention arbeiten. Je nach Ausgestaltung erscheint es denkbar, dass der Kunde neben dem eigentlichen Kaufvertrag mit dem Verkäufer auch einen zusätzlichen (Sukzessiv-)Vertrag mit dem Datenlieferanten – gegebenenfalls vertreten durch den Verkäufer – schließt. Sind die übrigen Voraussetzungen erfüllt, insbesondere die Permanenz der Überlassung, greift auch insoweit UN-Kaufrecht. Hierzu dürfte indes regelmäßig zu fordern sein, dass sich tatsächlich eine abtrennbare Gegenleistung für die Daten ausmachen lässt. Ansonsten liegt es näher, die Datenlieferung in den Hauptkaufvertrag über die Maschine einzubeziehen und den Verkäufer auch insoweit als Verpflichteten anzusehen; dieser muss sich dann entsprechend beim Datenlieferanten eindecken, wobei Lieferung direkt an den Kunden vereinbart wird.²²⁶ Zum Vergleich lässt sich gar auf das eingangs des Beitrags zitierte Bild von Daten als Öl rekurren: Wenn beim Kauf einer Maschine die regelmäßige Belieferung mit Maschinenöl durch einen Dritten im Preis inbegriffen sein soll, erschiene es ebenfalls nicht sachwidrig, wenn der Maschinenverkäufer für Mängel des Öls einstehen müsste.

5. Auswirkungen auf den Unternehmenskauf

Unterstellt man eine Vielzahl von Datentransaktionen dem CISG, ergibt sich eine mittelbare Auswirkung im Bereich des Unternehmenskaufs. Dieser unterfällt nach einhelliger Auffassung nicht dem UN-Kaufrecht, wenn er sich im Wege des „*share deal*“, also durch Erwerb von Anteilen an der unternehmenstragenden Gesellschaft, vollzieht; denn dann liegt ein Rechtskauf vor.²²⁷ Den „*asset deal*“, bei dem der Unternehmensträger seine Vermögensgegen-

223 Dazu *Gsell*, ZUM 2018, 75, 80.

224 Dazu *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 285 ff.

225 S. *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 288 f.; *Gsell*, ZUM 2018, 75, 81; *Kalamees/Sein*, Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?, EuCML 2019, 13, 15 f.

226 Die dargestellten Lösungen entsprechen grob den von *Wendehorst*, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb – Sind die Richtlinienentwürfe vom 9. 12. 2015 fit für den digitalen Binnenmarkt?, in: *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016, S. 45, 60 ff., umrissenen „Agenturmodellen“ und „Einheitsmodellen“ zum Vertrieb hybrider Produkte.

227 S. nur *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 51 m. w. N. (erst recht im Fall verbriefter Anteile, Art. 2 lit. d CISG); *MünchKommHGB/Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 29; *BeckOGK/Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 16; zum Abschluss des Rechtskaufs eingangs II. mit Fn. 25.

stände auf den Erwerber überträgt, möchten manche Stimmen aus dem CISG ausnehmen.²²⁸ Die überzeugende herrschende Lehre differenziert: Wenn mehr als die Hälfte des Wertes aller veräußerten „Assets“ auf Waren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 CISG entfällt, soll der Unternehmenskaufvertrag dem UN-Kaufrecht unterstehen.²²⁹

Die zuletzt genannte Voraussetzung ist in der Praxis selten erfüllt.²³⁰ Mit wachsender wirtschaftlicher Bedeutung von Daten wird es indes künftig immer häufiger zum Kauf „datenintensiver“ Unternehmen kommen. Beispiele lassen sich heute schon, etwa bei Online-Shops und -Portalen sowie App-Betreibern, finden.²³¹ Bei solchen Unternehmen können die vorhandenen Datenbestände tatsächlich den wesentlichen Wert ausmachen.²³² Es ist konsequent, „asset deals“ über solche Unternehmen im Grundsatz dem UN-Kaufrecht zuzuschlagen. In der Praxis werden die Vertragsparteien freilich in aller Regel ein umfangreiches individuelles Gewährleistungsregime an die Stelle der gesetzlichen Regelungen treten lassen.²³³ Sie sollten sich dabei allerdings bewusst sein, dass das in zweiter Linie anwendbare dispositive Recht nicht – wie sonst – den Vorschriften des nationalen Rechts, sondern dem CISG zu entnehmen ist, sofern dessen Anwendung nicht abbedungen wird.

III. Daten als Gegenleistung

Das UN-Kaufrecht hat den Austausch „Ware gegen Geld“ vor Augen.²³⁴ Nach den bisherigen Ergebnissen kann die Konvention aber auch auf den Austausch „Daten gegen Geld“ Anwendung finden. Es fragt sich, ob sich – alternativ oder kumulativ – auch die Gegenleistung „Geld“ durch „Daten“ ersetzen lässt. Anders formuliert: Lässt sich das CISG auch auf die Geschäftsmodelle „Ware gegen Daten“ oder „Daten gegen Daten“ anwenden?

Der Einsatz von Daten als nicht-monetäre Gegenleistung stellt praktisch keine Unbekannte mehr dar. Es ist gar die Rede von Daten als „Währung der

228 So etwa Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Ferrari* (Fn. 26), Art. 1 Rn. 36; wohl auch *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 1 Rn. 7.

229 MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 18; *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 51; *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf durch Erwerb der Wirtschaftsgüter, ZVglRWiss 93 (1994), 353, 368 f.; *BeckOGK/Wagner* (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 16.

230 *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 51; *Merkt*, ZVglRWiss 93 (1994), 353, 369 f.

231 Zu datenschutzrechtlichen Problemen *Baranowski/Glaßl*, M&A im Internet: Transaktionen von Daten und Content, BB 2017, 199 ff.; *Härting*, Kundendaten beim Unternehmenskauf nach DSGVO, CR 2017, 724 ff.

232 *Baranowski/Glaßl*, BB 2017, 199, 200; vgl. auch § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB.

233 *Beisel*, in: *Beisel/Klump* (Hrsg.), Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 16 Rn. 21; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 1077.

234 S.o. II. 2 mit Fn. 104.

digitalen Ökonomie“.²³⁵ Die rechtswissenschaftliche Diskussion fokussiert vor allem die Hergabe von Daten, die auf die eigene Person bezogen sind, gegen digitale Inhalte wie Apps oder den Zugang zu sozialen Netzwerken.²³⁶ Das EU-Richtlinienrecht greift die Thematik auf, wenn es die Bereitstellung personenbezogener Daten der Zahlung von Geld weitgehend gleichstellt.²³⁷ In der Folge ergeben sich komplexe Fragestellungen mit Blick auf das Verhältnis von Schuldrecht und Datenschutzrecht.²³⁸ Diese Dimension blendet der vorliegende Beitrag bewusst aus. Es gilt nämlich für das UN-Kaufrecht vorrangig zu klären, ob Daten *überhaupt* Gegenstand der Gegenleistung sein können. Diese Frage betrifft gleichermaßen nicht-personenbezogene Daten. Obwohl der EuGH einen Personenbezug recht großzügig annimmt,²³⁹ fehlt ein solcher jedenfalls bei den wirtschaftlich durchaus bedeutsamen reinen²⁴⁰ Sensor- bzw. Maschinendaten.

Denkbare Szenarien für den Einsatz solcher Daten als Gegenleistung lassen sich rasch finden: So mag der Erwerber einer Maschine keinen bzw. einen niedrigeren Kaufpreis in Geld zahlen, wenn er verspricht, dem Veräußerer anschließend die beim Einsatz der Maschine erzeugten Daten zur Verfügung zu stellen.²⁴¹ Auch der Austausch von Daten hat praktische Bedeutung.²⁴² Be-

235 S. Hoeren, MMR 2016, 8; ähnlich *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 479: „Parallelwährung“; *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2610: „alternative[s] Zahlungsmittel“.

236 Exemplarisch *Hacker*, Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148 ff.; *Metzger*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 83 ff.; *Specht*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763 ff.

237 So v. a. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL (Fn. 88); s. auch Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments von 17. 4. 2019 zur Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)), unter Art. 3 Abs. 1a.

238 Exemplarisch *Sattler*, JZ 2017, 1036, 1039 ff. Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann den wahren Wert darstellen, näher *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 832; *Specht*, JZ 2017, 763, 764 f., 768. Probleme bereitet ihr Widerruf, s. *Specht*, JZ 2017, 767 f.; *Graf v. Westphalen/Wendehorst*, Hergabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte – Gegenleistung, bereitzustellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt?, BB 2016, 2179, 2187.

239 EuGH, 19. 10. 2016 – Rs. C-582/14, Breyer, ECLI:EU:C:2016:779, NJW 2016, 3579; dazu etwa *Schweitzer/Peitz*, NJW 2018, 275, 278.

240 Auch Sensor- oder Maschinendaten können mitunter Rückschlüsse auf persönliche Verhältnisse erlauben, s. nur *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 219.

241 Zur Wahl zwischen datensparsamen und datenübermittelnden Geräten vgl. Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 3; *Becker*, Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 2017, 170, 178 f.

242 Zur Relevanz bei Industrie 4.0-Projekten *Spindler*, ZGR 2018, 17, 53 f.

reits aus anderen Gründen scheitern dürfte eine Anwendung des UN-Kaufrechts hingegen, wenn transferierte Daten als Gegenleistung für eine vom Gegenüber zu erstellende Analyse dieser Daten gedacht sind.²⁴³ Sofern nicht in der Analyse ohnehin eine geistig-schöpferische Werkleistung zu erblicken ist, hat hier jedenfalls der Besteller den wesentlichen Stoff für das „Datenprodukt“ selbst zur Verfügung gestellt (Art. 3 Abs. 1 CISG a. E.).²⁴⁴

1. Ausscheiden unmittelbarer Anwendung des CISG

Für die aufgezeigten Fälle bleibt die Frage: Erlaubt das UN-Kaufrecht die Ersetzung von Geld durch Daten oder fallen solche Konstruktionen von vornherein aus seinem Anwendungsbereich? Eine unmittelbare Anwendung des Abkommens scheitert jedenfalls nicht zwingend am Wortlaut der Art. 54 ff. CISG, die von Kaufpreiszahlung (englische Fassung: „pay the price“) sprechen. Der Begriff des „Preises“ dürfte zwar vornehmlich mit Geld assoziiert werden, ist aber für eine weite Interpretation als „Gegenleistung“ durchaus offen.²⁴⁵ Dass Art. 2 lit. d CISG den Tausch von Zahlungsmitteln aus dem Anwendungsbereich ausschließt, besagt über den Tausch von Waren ebenfalls noch nichts.²⁴⁶ Allerdings wäre die Anwendung der Minderungsvorschriften (Art. 50 CISG) beim Tausch mit Problemen behaftet.²⁴⁷ Einer unmittelbaren Anwendung des UN-Kaufrechts stehen jedenfalls die Vorschriften der Art. 78, 84 Abs. 1 CISG entgegen.²⁴⁸ Diese behandeln die Verzinsung des Kaufpreises und unterstellen somit deutlich, dass die Kaufpreisschuld nach dem Übereinkommen stets in Geld zu begleichen ist.

2. Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke

Demzufolge ist wiederum eine analoge Anwendung des CISG zu erwägen. Für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke betreffend den „Kauf von Daten“ wurde oben darauf verwiesen, dass die Verfasser das Übereinkommen bewusst für künftige Entwicklungen offen gestalten wollten.²⁴⁹ Der Gedankengang ließe sich in ähnlicher Form für den „Kauf mit Daten“ nachvollziehen.²⁵⁰ Auch die Bedeutung dieses Geschäftstypus war auf der Wiener Konferenz noch nicht absehbar.

243 Vgl. das bei Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 9 vorgestellte Modell der Airbus-Plattform Skywise.

244 Dazu bereits o. II. 3. c), d).

245 Insoweit noch überzeugend *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 232.

246 A. A. Nicolai, in: Andrés Santos/Baldus/Dedek (Fn. 81), S. 267 f.

247 Nicolai, in: Andrés Santos/Baldus/Dedek (Fn. 81), S. 267 f.

248 Anders wohl *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 232 f., die zwar Art. 78 CISG erwähnen, diesen aber bei Tauschgeschäften offenbar unangewendet lassen möchten. Dass man gezwungen ist, bestehende Normen schlichtweg zu ignorieren, belegt indes, dass eine *unmittelbare* Anwendung des CISG nicht in Betracht kommt.

249 S. o. II. 1. c) aa).

250 S. *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 233; dazu bereits o. bei II. 1. c) aa) Fn. 70.

Dennoch besteht ein erheblicher Unterschied. Der Warenbegriff des CISG ist – ungeachtet des Ausschlusses von Rechten und Immobilien und der in Art. 2 CISG genannten Gegenstände – von Beginn an weit gefasst gewesen. Die Gegenleistung ist hingegen nicht auf beliebige Gegenstände, sondern gerade auf Geld als „allgemeines Tauschmittel im ökonomischen Sinn und allgemeiner Wertbemessungsindikator“²⁵¹ festgelegt. Diese Beschränkung auf Geldzahlungen war auch nicht etwa darin begründet, dass andere Gegenleistungen unbekannt gewesen wären. Der Warentausch ist ein uraltes Konzept. Man hätte die Konvention im Jahr 1980 ohne Weiteres darauf ausweiten können. Dann käme heute eine Einbeziehung von „Datenzahlungen“ in Betracht, weil auch insoweit die analoge Erstreckung des Warenbegriffs auf Daten zu beachten wäre.²⁵² Auf eine Einbeziehung des Warentausches in das Einheitskaufrecht hat man aber bewusst verzichtet, weil hierfür eigenständige Regelungen geschaffen werden sollten.²⁵³ Bei dem Schweigen des CISG zu Tauschkonstellationen handelt es sich folglich um ein beredtes²⁵⁴, dem nicht per Analogieschluss, sondern nur *de lege ferenda* beizukommen ist.²⁵⁵ Der Umstand, dass in den nationalen Rechtsordnungen Tausch und Kauf überwiegend gleichbehandelt werden (siehe etwa § 480 BGB),²⁵⁶ vermag an diesem Befund nichts zu ändern. Insbesondere wurde die traditionell strikte Trennung zwischen Kauf und Tausch im englischen Common Law erst 1982 – und somit zwei Jahre nach Verabschiedung des CISG – deutlich eingeebnet.²⁵⁷

Erfasst das Übereinkommen somit nach seiner Konzeption Tauschgeschäfte *insgesamt* nicht,²⁵⁸ kann für den speziellen Fall der „Bezahlung mit Daten“ ebenfalls keine planwidrige Regelungslücke angenommen werden. Dies wäre allenfalls dann zu erwägen, wenn sich Daten dahingehend von anderen

251 MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 15.

252 Die bei *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 835f. geäußerten Vorbehalte gegen die Annahme eines Tauschvertrags betreffen lediglich personenbezogene Daten und Leistungen mit Dauercharakter.

253 Eingehend m. w. N. Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 29; *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 231; s. ferner MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 9.

254 Zum Begriff *Paal*, ZVglRWiss 110 (2011), 64, 79f., 88.

255 Gute rechtspolitische Argumente bei *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 232; s. auch MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 9.

256 Darauf hinweisend *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 232.

257 Das legen *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 230f. selbst dar.

258 So die h. M.: *Ammann*, Bitcoin als Zahlungsmittel im Internet, CR 2018, 379, 381; *Eggen*, IHR 2017, 229, 232; Staudinger/*Magnus* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 29; MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 14; *Nicolai*, in: Andrés Santos/Baldus/Dedek (Fn. 81), S. 268; BeckOK-BGB/*Saenger* (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 5; a. A. etwa *Lurger*, Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegengeschäfte, ZfRV 1991, 415, 421. Schiedsgerichtliche Entscheidungen existieren für beide Auffassungen, s. m. N. *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 232.

Tauschgegenständen unterschieden, dass sie sich zu einem allgemein anerkannten Geldäquivalent entwickelt hätten. Eine solche Eigenschaft deuten zwar gelegentlich die in der jüngeren Literatur gebrauchten Begrifflichkeiten an („Währung“, „Zahlungsmittel“)²⁵⁹. Nichtsdestotrotz besteht kein Zweifel, dass Daten aktuell nicht die klassischen Geldfunktionen erfüllen; vor allem mangelt es an der Eignung als Universaltauschmittel.²⁶⁰

3. Mögliche Betrachtung als gegenseitige Kaufverträge samt Aufrechnung

Um trotz der bislang erzielten Ergebnisse zu einer Anwendung des CISG zu gelangen, könnte man versucht sein, nicht von einem einheitlichen Tausch von Daten gegen Sachen bzw. andere Daten auszugehen, sondern von gegenseitigen Kaufverträgen, bei denen die Geldzahlungsansprüche miteinander verrechnet werden.²⁶¹ Man sollte sich allerdings davor hüten, den Parteien eines als Einheit gedachten Vertrags diese Konstruktion unterzuschieben. Es drohte sonst eine Umgehung der bewussten Entscheidung des UN-Kaufrechts, Tauschgeschäfte auszusparsen. Durch eine künstliche Aufspaltung ließe sich jeder Tausch im Handumdrehen in einen Kauf verwandeln. Auch Autoren, die einer Einbeziehung von Tauschgeschäften in das UN-Kaufrecht positiv gegenüberstehen, wollen mit Zwei-Vertrags-Konstruktionen („*counter-purchases*“) offenbar vor allem zeitlich versetzte Vorgänge erfassen.²⁶² Jedenfalls wird man klare Indizien fordern müssen, um eine Aufspaltung annehmen zu können.²⁶³ Für die hier behandelten Fälle gilt daher: Haben sich die Parteien nicht explizit auf zwei Geschäfte – einen Kauf von Ware und einen gegenläufigen Kauf von Daten – geeinigt, spricht grundsätzlich nichts für eine Anwendung des CISG. Eine Ausnahme mag gelten, wenn ursprünglich eine Geldzahlung vereinbart war (Kauf) und diese erst aufgrund eines nachträglichen Entschlusses der Parteien durch eine Datenlieferung ersetzt wurde.²⁶⁴

4. Gemischte Gegenleistung

Zu beurteilen bleibt nunmehr noch der Fall, dass der für eine Sache in Geld zu zahlende Kaufpreis geringer ausfällt, weil dem Verkäufer künftig die Nutzungsdaten zugänglich gemacht werden sollen. Vielfach dürfte das UN-Kaufrecht derlei Konstellationen erfassen. Dem Datentransfer zum Verkäufer wird es oftmals schon am Gegenleistungscharakter fehlen, so dass letztlich ein klassischer Kauf („Ware gegen Geld“) vorliegt. Ist durch das Produktdesign von

259 S.o. III. mit Fn. 235.

260 Justizministerium NRW (Fn. 132), S. 199f.; *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475, 479.

261 S. MünchKommBGB/*Huber* (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 9; MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 15; *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229, 231.

262 *Schwenzer/Kee*, IHR 2009, 229f.; vgl. auch *Nicolai*, in: Andrés Santos/Baldus/De-dek (Fn. 81), S. 268.

263 Vgl. *Staudinger/Magnus* (Fn. 24), Art. 3 CISG Rn. 30.

264 Dazu allg. MünchKommHGB/*Mankowski* (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 15.

vornherein der Zugriff auf die Nutzungsdaten offengehalten, fällt es zumindest schwer, im Abgreifen der Daten durch den Verkäufer eine Leistung des Käufers zu erblicken.²⁶⁵ Auch die Digitale-Inhalte-RL verzichtet zwar auf das ursprünglich vorgesehene und kritisierte²⁶⁶ Erfordernis, dass der Nutzer seine Daten aktiv zur Verfügung stellen müsse; die RL soll indes explizit keine Anwendung finden auf Fälle, „in denen der Unternehmer nur Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt, es sei denn, der betreffende Sachverhalt gilt als Vertrag nach nationalem Recht“.²⁶⁷ Bei personenbezogenen Daten besteht die Besonderheit, dass auch bei Passivität des Betroffenen dessen Einwilligung vonnöten sein und man hierin eine Gegenleistung erblicken kann.²⁶⁸ Bei anderen Daten lässt sich hierauf nicht ausweichen.

Vorzugswürdig erscheint es einstweilen, schlicht zwischen dem Kauf eines günstigeren datenerhebenden Produkts und dem eines teureren datenerhebungsfreien Produkts²⁶⁹ zu unterscheiden. Gegenleistungsrelevanz hat der Datentransfer dann nicht. Als Kontrollerwägung mag zusätzlich die Frage dienen, ob der Verkäufer den Sachgebrauch durch den Käufer notfalls einklagen könnte, um in der Folge Nutzungsdaten zu erhalten. Das wird in aller Regel zu verneinen sein. Gegenleistung wäre also allenfalls die *Chance*, Daten zu erheben, falls solche anfallen. Problematisch ist außerdem, dass vielfach keine bilateralen Beziehungen betroffen sind. So wird es oftmals ein vom Verkäufer verschiedener Hersteller sein, der die Daten zur Nutzung (die gegebenenfalls ihrerseits durch vom Käufer verschiedene Dritte erfolgt, zum Beispiel Leasingnehmer) erhebt.²⁷⁰ Insofern besteht also auch ein gewisser Unterschied zum Angebot von digitalen Diensten, bei denen es überwiegend gerade der Anbieter (zum Beispiel der Betreiber eines sozialen Netzwerks) ist, der die Daten des Vertragspartners (Nutzers) abgreift.

Es bleibt den Parteien selbstredend unbenommen, die Gewährung der Nutzungsdaten privatautonom zur Gegenleistung zu erheben. Im Kontext der Industrie 4.0 erscheint es jedenfalls verglichen mit Verbrauchersachverhalten wahrscheinlicher, dass sich ein Kaufinteressent mit dem „*take it or leave it*“-Angebot²⁷¹ des Verkäufers hinsichtlich der Konditionen für die Datennutzung nicht begnügt, sondern in Verhandlungen einsteigt. Umgekehrt könnte der Verkäufer ein Interesse haben, den Kaufpreis für die Sache nur dann zu

265 Vgl. zum Verkehrsverständnis *Becker*, JZ 2017, 170, 174.

266 S. Justizministerium NRW (Fn. 132), 206; *Graf v. Westphalen/Wendehorst*, BB 2016, 2179, 2180f.; *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 821.

267 Digitale-Inhalte-RL (Fn. 88), ErwGr. 25.

268 Vgl. *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 821; s. bereits Fn. 238.

269 *Becker*, JZ 2017, 170.

270 Vgl. *Drexll/Hilty/Globocnik/Greiner/Kim/Richter/Slowinski/Surblyte/Walz/Wiedemann* (Fn. 6), S. 7 Rn. 14; *Kieffer*, DB 2017, 2657; vgl. zu multilateralen Rechtsbeziehungen o. II. 4.

271 So *Becker*, JZ 2017, 170, 174.

senken, wenn der Käufer sich zur Nutzung der Sache verpflichtet, so dass ein „Datenstrom“ zum Verkäufer tatsächlich gesichert ist. Ist danach im Einzelfall der Datentransfer tatsächlich einmal als echte Gegenleistung zu bewerten, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen für die Anwendung des CISG. Klar sein dürfte: Es handelt sich bei solchen Geschäften jeweils um einen gemischten Kauf-/Tauschvertrag. Sofern dieser dem UN-Kaufrecht unterfällt, muss das für den gesamten Vertrag gelten; bezüglich eventueller Lücken infolge des Tauschelements ist Art. 7 Abs. 2 CISG heranzuziehen.²⁷² Die Gretchenfrage, wann die Konvention beim gemischten Kauf/Tausch einschlägig ist, wird allerdings nicht einheitlich beantwortet, ohne dass die bestehenden Diskrepanzen offen thematisiert würde. So rekurren manche Autoren auf den Rechtsgedanken des Art. 3 Abs. 2 CISG.²⁷³ Folglich wäre UN-Kaufrecht anwendbar, wenn der Geldanteil der Gegenleistung den Datenanteil wertmäßig *überwiegt*. Eine andere Auffassung will solche Verträge hingegen – in Parallele zur gemischten Schenkung – schon dann dem CISG unterstellen, wenn immerhin ein (wenngleich geringer) Teil der Gegenleistung in Geld zu erbringen ist.²⁷⁴ Die letztgenannte Ansicht weist den Vorzug auf, die praktische Abgrenzung zu erleichtern. Allerdings überzeugt der Rückgriff auf die Grundsätze zur gemischten Schenkung nicht vollends. Es geht vorliegend nicht um die Abgrenzung von Verträgen mit Gegenleistung und solchen ohne Gegenleistung (so bei der Schenkung). Vielmehr sind verschiedene (Gegen-)Leistungsgegenstände voneinander abzugrenzen. Für diese Fälle enthält in der Tat Art. 3 Abs. 2 CISG den sachnäheren Gedanken.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Erstens: Daten sind kein Öl. Das gilt zumindest mit Blick auf das UN-Kaufrecht. Insbesondere Art. 30 CISG ist mit seiner Bezugnahme auf das Eigentum nicht auf den Transfer unkörperlicher Gegenstände ausgerichtet, an denen keine Ausschließlichkeitsrechte bestehen. Der Warenbegriff des Art. 1 Abs. 1 CISG ist allerdings im Wege der Analogie auf unkörperliche, aber gleichwohl physisch-real vorkommende Gegenstände zu erstrecken. Insoweit lässt sich in vielerlei Hinsicht auf die fruchtbare Diskussion zu Softwareverträgen zurückgreifen. Für die Einordnung einer Datentransaktion als Kauf im Sinne des CISG kommt es wesentlich darauf an, ob dem Besteller die Daten endgültig überlassen werden sollen. Das ist der Fall, wenn gemäß der Vereinbarung der Lieferant den unbefristeten Zugriff des Bestellers auf die Daten

272 Vgl. allg. BeckOGK/Wagner (Fn. 27), Art. 1 CISG Rn. 8.

273 So Staudinger/Magnus (Fn. 24), Art. 1 CISG Rn. 30; MünchKommHGB/Mankowski (Fn. 20), Art. 1 CISG Rn. 14.

274 MünchKommBGB/Huber (Fn. 25), Art. 1 CISG Rn. 9. Ähnlich scheinen Schwenger/Kee, IHR 2009, 229, 231 (m. w. N.) die h.A. zum Haager Kaufrecht zu deuten; vgl. auch Endler/Daub, CR 1993, 601, 602.

nicht einseitig beseitigen darf. Für Parteien, die der Einordnung als Kauf entgegen möchten, besteht an dieser Stelle Spielraum zur Vertragsgestaltung. Gemäß Art. 3 Abs. 1 CISG gelangt UN-Kaufrecht grundsätzlich auch dann zur Anwendung, wenn der Lieferant die Daten eigens für den Besteller „produziert“.

Zweitens: Daten sind kein Geld. Zwar häufen sich Transaktionen, bei denen Daten als Gegenleistung dienen. Das UN-Kaufrecht lässt den Tausch von Waren gegen andere Gegenstände als Geld jedoch bewusst außen vor. Mangels planwidriger Regelungslücke kommt eine analoge Anwendung auf das „Bezahlen mit Daten“ nicht in Betracht. Viele Fallgestaltungen, in denen der Verkäufer Zugriff auf Daten des Sachkäufers erhält, dürften indes als reguläre Kaufverträge im Sinne des CISG einzustufen sein.

Die vorstehende Untersuchung kann der Vielgestaltigkeit denkbarer Datengeschäfte allenfalls im Ansatz gerecht werden. Sie stellt den Versuch dar, die Regelungen einer im Jahr 1980 geschaffenen Konvention rund vierzig Jahre später auf einen Ausschnitt der aktuellen digitalen Wirklichkeit zu übertragen. Die Betrachtung bleibt Momentaufnahme. Die künftige Entwicklung der Datenwirtschaft mag die hier geäußerten Gedanken in Teilen obsolet werden lassen. Bis dahin versteht sich der vorliegende Beitrag allerdings als Anschub für die juristische Auseinandersetzung mit dem internationalen Datenkauf.

Für die Praxis heißt das vor allem, auch bei internationalen Datengeschäften in jedem Einzelfall genau zu prüfen, inwieweit die Anwendung des UN-Kaufrechts vorteilhaft wäre.²⁷⁵ Für Wissenschaft und Gesetzgebung wird eine wesentliche Aufgabe darin bestehen, einen adäquaten Rechtsrahmen für internationale Datentransaktionen bereitzustellen. Welche Vorteile mit einem globalen Einheitsrecht verbunden sind, zeigt sich am Beispiel des UN-Kaufrechts eindrucksvoll. Dessen Achillesferse liegt indes, im Unterschied zum wandlungsfähigeren nationalen Recht, in seiner Statik. Das Korsett des CISG droht an mancher Stelle für die Lebenswirklichkeit zu eng zu werden. Zwar lassen sich nach hier vertretener Ansicht zahlreiche Probleme im Zusammenhang mit Datentransaktionen noch mit dem vorhandenen Instrumentarium bewältigen. Auch kann einer zum UN-Kaufrecht geführten Diskussion durchaus eine Vorbildfunktion in Konventionsstaaten zukommen, in denen die Überlegungen zur privatrechtlichen Behandlung von Daten noch nicht weit gediehen sind. All das darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Konvention nur Behelfscharakter haben kann, wo es um die Bewältigung gänzlich neuartiger Geschäftsmodelle geht. Mittelfristig wird es neuer Impulse bedürfen, möchte das Einheitsrecht mit der Realität Schritt halten.²⁷⁶ Die UNCI-

275 Die Abwahl muss nicht immer die beste Lösung sein, ausführlich *Piltz*, *Praktische Handreichung für die Gestaltung internationaler Kaufverträge*, NJW 2012, 3061 ff.

276 Zum deutschen Recht pessimistisch mit Blick auf die Leistungsfähigkeit der tradierten Vertragsdogmatik *Wendland*, ZVglRWiss 118 (2019), 191, 224 f., 229; s. auch *Metzger*, JZ 2019, 577, 585 f.

TRAL²⁷⁷ ist dafür keineswegs blind, wie etwa die Befassung mit vertraglichen Aspekten des Cloud Computing zeigt.²⁷⁸ Freilich erscheint es verständlich, dass man sich angesichts der komplexen Gemengelage aus klassischem Vertragsrecht, Datenschutzrecht und Aspekten des geistigen Eigentums solchen Themen nur mit Vorsicht nähert.²⁷⁹ Die Überlegungen auf Ebene der EU sind, wie aufgezeigt, zum Teil deutlich weiter gediehen. Auch in diesem Kontext tut man freilich gut daran, die denkbare Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts zu berücksichtigen.²⁸⁰

277 Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht – *United Nations Commission on International Trade Law*.

278 Zum aktuellen Stand der Befassung in der Arbeitsgruppe IV („Electronic Commerce“) s. UN-Dokument A/CN.9/WG.IV/WP.148 vom 30. 1. 2018.

279 Vgl. die bei UN-Dokument A/CN.9/WG.IV/WP.142 vom 6. 2. 2017, S. 2 geschilderten Vorbehalte gegenüber einer Befassung mit dem Cloud Computing.

280 So etwa wenn die Kommission (Fn. 17), SWD(2018) 125 final, S. 6, ankündigt, Mustervertragsbedingungen und Checklisten für Datengeschäfte sammeln zu wollen.