

Europäisches Privatrecht

Arroyo Amayuelas | Artz | Kindl [Hrsg.]

Digitalisierung und Schuldrecht

Digitalización y Derecho de Obligaciones



Nomos

Europäisches Privatrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Franco Ferrari, LL.M., NYU School of Law

Prof. Dr. Leander D. Loacker, MPhil., Universität Zürich

Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M. (Cambridge), Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze, Universität Münster

Band 64

Esther Arroyo Amayuelas | Markus Artz
Johann Kindl [Hrsg.]

Digitalisierung und Schuldrecht

Digitalización y Derecho de Obligaciones



Nomos

Proyecto I+D+i PID2021-127197NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE ("La reforma del crédito inmobiliario: hacia un mercado europeo sostenible, inclusivo y digital", IPs: Miriam Anderson y Esther Arroyo Amayuelas).



Proyecto I+D+i PID2021-124191OB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE ("Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales", IP: Sergio Cámara Lapuente).



Proyecto I+D+i PID2024-157907NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE ("Sostenibilidad y tecnología a través del Derecho privado", IPs: Miriam Anderson y Esther Arroyo Amayuelas)



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2026

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3297-6
ISBN (ePDF): 978-3-7489-6073-7

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748960737>



Onlineversion
Inlibra



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

En memoria de Gerald Spindler
Dem Andenken von Gerald Spindler

Prólogo

El presente volumen recoge las aportaciones del Seminario Germano-Español “Digitalización y Derecho de Obligaciones”, celebrado los días 24 y 25 de octubre de 2024 en la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona, en el marco de una colaboración académica habitual entre universidades españolas y alemanas. El encuentro fue un espacio de diálogo para examinar los desafíos que plantea la transformación digital en el Derecho de obligaciones y en la teoría general del contrato. En un contexto en el que la inteligencia artificial, los bienes inteligentes y las plataformas digitales redefinen las relaciones jurídicas, el seminario ofreció una perspectiva comparada y transnacional, a través de cinco paneles temáticos, en los que se analizó cómo la digitalización no solo modifica los instrumentos del tráfico jurídico tradicionales, sino también los principios que sustentan la autonomía privada, la responsabilidad y la equidad en las relaciones contractuales modernas. El primer panel, dedicado a los bienes inteligentes y la inteligencia artificial en la conclusión de contratos (Prof. Dra. Beate Gsell, Ludwig-Maximilians-Universität München; Prof. Dra. Natalia Mato Pacín, Universidad Carlos III de Madrid) exploró las implicaciones jurídicas del uso de sistemas automatizados en la formación de la voluntad contractual y en él se abordaron cuestiones relativas a la intervención de algoritmos en la toma de decisiones, así como a la influencia del diseño digital sobre la autonomía del usuario, y la necesidad de nuevas formas de transparencia y control en la contratación electrónica. El segundo panel examinó los contratos de contenidos y servicios digitales, que es un ámbito en el que confluyen el Derecho de consumo, la protección de datos y la propiedad intelectual (Dra. Julia Ludwigkeit, Juez en el Tribunal Regional de Wuppertal; Sra. Julia Buschmann, Universität Bielefeld; Prof. Dr. Antoni Rubí Puig, Universitat Pompeu Fabra). Se analizaron los deberes de actualización del proveedor, el equilibrio entre el cumplimiento y la corrección del cumplimiento, y la tensión entre la libre disposición contractual y la tutela de los derechos de autor en entornos digitales. El tercer panel se centró en las cláusulas abusivas y la digitalización (Prof. Dr. Reiner Schulze, Universität Münster; Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente, Universidad de La Rioja), y mostró cómo la evolución normativa europea influye en la delimitación del control de abusividad. La expansión de los contratos digitales

ha multiplicado los riesgos de asimetría informativa, de ahí la importancia de reforzar los mecanismos de protección frente a condiciones generales impuestas mediante interfaces digitales o prácticas de diseño engañosas. El cuarto panel profundizó en el tema de la inteligencia artificial y la responsabilidad civil (Dra. Ann-Kristin Mayrhofer, Ludwig-Maximilians-Universität München; Dr. Tomàs García-Micó, Universitat de Barcelona) y se abordó la compleja cuestión de la imputación de daños en entornos automatizados. Las ponencias discutieron la distribución de la carga de la prueba en casos de daños causados por sistemas de inteligencia artificial, así como la posible evolución desde un régimen basado en la culpa hacia modelos de responsabilidad objetiva para los proveedores de software inteligente. Finalmente, el quinto panel analizó la inteligencia artificial en los servicios financieros (Prof. Dr. Markus Artz, Universität Bielefeld; Prof. Dra. Esther Arroyo Amayuelas, Universitat de Barcelona), un ámbito en el que las tecnologías de aprendizaje automático están transformando la evaluación del riesgo crediticio y la relación entre entidades financieras y consumidores. Se examinaron los efectos de la STJUE *Schufa* C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, y los desafíos éticos y jurídicos que plantea la automatización de las decisiones crediticias.

El seminario fue organizado en el marco de los Proyectos del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MICIU) PID2021-127197NB-I00 (Universitat de Barcelona) y PID2021-124191OB-I00 (Universidad de La Rioja), con la colaboración del Grupo Consolidado de Derecho civil Catalán de la Generalitat de Catalunya (347 SGR 2021) y la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona. En línea de continuidad con esos proyectos, la publicación que hoy se presenta al lector se financia con recursos provenientes de las Universidades alemanas de Münster y Bielefeld y, en Barcelona, gracias a la contribución del Proyecto MICIU PID2024-157907NB-I00.

Además de agradecer a la editorial su labor, merecen nuestro más sincero agradecimiento los Dres. Rosa García Teruel (Universitat de Barcelona) y Tomàs García-Micó por su contribución en la organización del seminario. El mismo agradecimiento hay que manifestar a la Sra. Cara Fahrinkrug (Universität Münster), la Prof. Dra. Asunción Esteve Pardo (Universitat de Barcelona), el Prof. Dr. Josep Solé i Feliu (Universitat de Girona) y, de nuevo, a la Dra. Rosa García Teruel, por su implicación en la moderación de las ponencias.

El libro que recoge las ponencias de este encuentro está dedicado a la memoria de nuestro estimado colega Gerald Spindler, quien lamentable-

mente falleció demasiado pronto y de manera completamente inesperada. Le añoramos mucho en Barcelona. Su extensa obra seguirá teniendo efecto durante mucho tiempo y también, en no menor medida, contribuirá a encontrar soluciones a los desafíos legales que implica la digitalización.

Barcelona, Bielefeld y Münster, en diciembre de 2025
Esther Arroyo Amayuelas, Markus Artz, Johann Kindl

Vorwort

Im Rahmen der akademischen Zusammenarbeit, die sich in den vergangenen Jahren zwischen mehreren rechtswissenschaftlichen Fakultäten aus Spanien und Deutschland etabliert hat, hat am 24. und 25. Oktober 2024 an der Universitat de Barcelona ein Seminar zu dem Thema „Digitalisierung und Schuldrecht“ stattgefunden. Der vorliegende Band enthält die schriftliche Fassung der von den teilnehmenden Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern gehaltenen Referate. Das Treffen bot Raum für eine Diskussion über die Herausforderungen, die der digitale Wandel für das Schuldrecht und für den Abschluss von Verträgen mit sich bringt. Zugleich eröffnete das Seminar eine rechtsvergleichende sowie transnationale Perspektive im Hinblick auf Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz, intelligenten Gütern und digitalen Plattformen stellen. In fünf Gesprächsrunden wurde erörtert, wie die Digitalisierung den Rechtsverkehr beeinflusst und sich auf die Ausübung der Privatautonomie in modernen Vertragsbeziehungen auswirkt.

Das erste Panel, in dem Prof. Dr. Beate Gsell (Ludwig-Maximilians-Universität München) und Prof. Dr. Natalia Mato Pacín (Universidad Carlos III, Madrid) referierten, war mit dem Titel „Intelligente Güter, Vertragsschluss und künstliche Intelligenz“ überschrieben. Thematisiert wurden Rechtsfragen, die der Einsatz automatisierter Systeme beim Vertragsschluss in Bezug auf die Willensbildung aufwirft. Ferner ging es um den Einsatz von Algorithmen bei der Entscheidungsfindung, den Einfluss des digitalen Designs auf die Autonomie des Nutzers sowie um die Notwendigkeit neuer Formen der Transparenz und Kontrolle beim elektronischen Vertragsabschluss. Das zweite Panel behandelte Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen. Dr. Julia Ludwigkeit (Richterin am Landgericht Wuppertal) und Julia Buschmann (Wiss. Mitarbeiterin an der Universität Bielefeld) sprachen über die rechtliche Einordnung der Aktualisierungspflicht des Bereitstellers digitaler Produkte. Prof. Dr. Antoni Rubí Puig (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) erörterte anschließend das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Schutz des Urheberrechts im digitalen Umfeld. Das dritte Panel, in dem Prof. Dr. Reiner Schulze (Universität Münster) und Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente (Universidad de La Rioja) referierten, war dem Thema „Missbräuchliche Klauseln und Digitalisierung“

gewidmet. Dabei ging es um die Entwicklung der Kontrolle missbräuchlicher Klauseln unter dem Einfluss der europäischen Gesetzgebung. Ferner wurde deutlich, dass angesichts der Verbreitung von Verträgen mit digitalen Inhalten und der damit verbundenen erhöhten Risiken von Informationsasymmetrien der Schutz vor allgemeinen Geschäftsbedingungen verstärkt werden muss, die die Verwender ihren Kunden über digitale Schnittstellen oder mittels irreführender Gestaltungspraktiken stellen. Gegenstand des vierten Panels war das Thema „Künstliche Intelligenz und zivilrechtliche Haftung“. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer (Ludwig-Maximilians-Universität München) setzte sich mit der Verteilung der Beweislast bei der Haftung für KI-Schäden auseinander. Dr. Tomàs García-Micó (Universitat de Barcelona) ging sodann der Frage nach, ob sich die Haftung des Anbieters von KI-Software von einer verschuldensabhängigen Haftung hin zu einer Gefährdungshaftung entwickelt. Thema des fünften und letzten Panels war künstliche Intelligenz im Finanzdienstleistungsbereich – einem Bereich, in dem die Technologien des maschinellen Lernens die Bewertung von Kreditrisiken und die Beziehung zwischen Finanzinstituten und Verbrauchern verändern. Prof. Dr. Markus Artz (Universität Bielefeld) erläuterte im Rahmen dieses Panels die Auswirkungen des Urteils des EuGH in der Rechtssache Schufa C-634/21 vom 7. Dezember 2023, während Prof. Dr. Esther Arroyo Amayuelas (Universitat de Barcelona) die ethischen und rechtlichen Herausforderungen der Automatisierung von Kreditentscheidungen beleuchtete.

Das Seminar wurde im Rahmen der Projekte des Ministeriums für Wissenschaft, Innovation und Universitäten (MICIU) PID2021-127197NB-I00 (Universitat de Barcelona) und PID2021-124191OB-I00 (Universidad de La Rioja) organisiert und in Zusammenarbeit mit der Konsolidierten Gruppe für katalanisches Zivilrecht der Generalitat de Catalunya (347 SGR 2021) und der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität de Barcelona durchgeführt. In Fortführung dieser Projekte wird diese Veröffentlichung finanziert mit Mitteln der Universitäten Münster und Bielefeld sowie von spanischer Seite mit Mitteln des Projekts MICIU PID2024-157907NB-I00.

Wir danken dem Verlag für die angenehme und reibungslose Zusammenarbeit. Ferner möchten wir Frau Dr. Rosa García Teruel (Universitat de Barcelona) und Herrn Dr. Tomàs García-Micó für ihre wertvolle Mitwirkung bei der Organisation des Seminars unseren aufrichtigen Dank aussprechen. Dank gebührt des Weiteren Frau Cara Fahrinkrug (Wiss. Mitarbeiterin an der Universität Münster), Frau Prof. Dr. Asunción Esteve Pardo (Universitat de Barcelona), Herrn Prof. Dr. Josep Solé i Feliu (Uni-

versitat de Girona) und nochmals Frau Dr. Rosa García Teruel, die die im Anschluss an die Vorträge stattfindenden Diskussionen moderiert haben.

Der vorliegende Tagungsband ist dem Andenken unseres geschätzten Kollegen Gerald Spindler gewidmet, der leider viel zu früh und vollkommen unerwartet verstorben ist. Wir haben Gerald in Barcelona sehr vermisst. Sein umfassendes Werk wird noch lange Zeit fortwirken und nicht zuletzt auch zur Lösung der durch die Digitalisierung aufgeworfenen Rechtsprobleme beitragen.

Barcelona, Bielefeld und Münster, im Dezember 2025
Esther Arroyo Amayuelas, Markus Artz, Johann Kindl

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	11
<i>Beate Gsell / Simon Steinhausen</i>	
Der intelligente Kühlschrank kauft ein – Wirksamer Vertragsschluss beim Einsatz autonomer Agenten?	17
<i>Natalia Mato Pacín</i>	
Online choice architecture: impacto del diseño digital en la autonomía contractual del usuario. Inteligencia artificial y vulnerabilidad del usuario digital	39
<i>Julia Buschmann, / Julia Ludwigkeit</i>	
Die Pflicht zur Aktualisierung. Zwischen Anspruch auf Leistung und Nacherfüllung	71
<i>Antoni Rubí Puig</i>	
Falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales y derechos de autor	85
<i>Reiner Schulze</i>	
Missbräuchliche Klauseln – Entwicklungen unter dem Einfluss der europäischen Gesetzgebung zur Digitalisierung	129
<i>Sergio Cámara Lapuente</i>	
La adaptación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas a la contratación de servicios digitales	149
<i>Ann-Kristin Mayrhofer</i>	
Beweislastverteilung bei der Produkt- und Produzentenhaftung für KI-Systeme	187

Tomàs Gabriel García-Micó

El programador de software: ¿prestador de servicio o productor? 217

Markus Artz

Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung.
Auswirkungen des Schufa-Urteils auf die Kreditvergabe von Banken
an Verbraucher 235

Esther Arroyo Amayuelas

La transparencia del algoritmo en la concesión de créditos.
El derecho del consumidor a solicitar explicaciones adecuadas 245

Der intelligente Kühlschrank kauft ein – Wirksamer Vertragsschluss beim Einsatz autonomer Agenten?*

Beate Gsell / Simon Steinhausen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Zusammenfassung: Der Einsatz von KI-Agenten beim Abschluss von Verträgen ist längst Wirklichkeit geworden. Soweit KI-Agenten lernfähig sind, lassen sich Zeitpunkt und Inhalt der mittels KI abgeschlossenen Verträge oft nur vage vorhersagen. Es stellt sich daher die Frage, ob die bloße freiwillige Aktivierung eines solchen KI-Agenten durch den Betreiber ausreicht, um ihm die Transaktionen als eigene zuzurechnen. Dies wird entgegen der h.M. im deutschen Recht vor allem von *Dornis* abgelehnt. Der vorliegende Beitrag soll zeigen, dass die Vertragsrechtsdogmatik des BGB es nicht verbietet, die „Erklärungen“ des KI-Agenten ihrem Betreiber zuzurechnen, sondern im Gegenteil die Vertragsfreiheit eine solche Zurechnung gerade gebietet. Es wird zu zeigen sein, dass für die vertragsrechtliche Beurteilung solcher durch KI-Agenten vermittelten Geschäfte weder das Stellvertretungsrecht noch die Blankovollmacht Maß geben können. Vielmehr liegt der Einsatz von KI-Agenten insofern grundlegend anders, als keine andere rechtsfähige Person beteiligt ist, der die Willenserklärung alternativ zum Betreiber der KI zugerechnet werden oder die alternativ zu ihm haften könnte, sodass sich die Frage einer Willensdelegation gar nicht stellt.

Schlüsselwörter: Smart things; Vertragsschluss; Künstliche Intelligenz; digitale Autonomie; autonome Agenten; KI-Agenten; Software-Agenten; Rechtsfähigkeit; Agentenerklärung; Computererklärung; automatisierte Willenserklärung; digitale Verträge; Stellvertretung; Blanketterklärung; Rechtsscheinhaftung; Privatautonomie; Geschäftswille.

Resumen: El uso de agentes de IA en la celebración de contratos es cada vez más una realidad. En la medida en que el agente de IA es capaz de aprender, existe el problema de que solo de forma vaga se puede predecir

* Este trabajo es un resultado del proyecto de I+D+i PID2021-141910B-I00, financiado por MICIU / AEI /10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado *Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales*, del que la prof. Gsell forma parte.

el momento y el contenido de los contratos celebrados mediante IA. Se plantea, pues, la cuestión de si la mera activación voluntaria de dicho agente de IA por parte del operador es suficiente para imputarle como propias las transacciones. Esto ha sido negado recientemente en el Derecho alemán, sobre todo por *Dornis*, que difiere de la opinión mayoritaria. Esta contribución pretende demostrar que la dogmática del Derecho contractual contenida en el BGB no se opone a la atribución al operador, como propias, de las transacciones del agente de IA, sino que, por el contrario, la libertad contractual exige precisamente dicha atribución. Se demostrará que ni el derecho de representación ni el documento en blanco son determinantes; la situación es diferente cuando se utilizan agentes de IA, ya que no interviene ninguna otra persona y, por lo tanto, tampoco ningún otro posible sujeto responsable.

Palabras clave: bienes inteligentes; celebración de contratos; inteligencia artificial; autonomía digital; agentes autónomos; agentes de IA; agentes de software; capacidad jurídica; declaración del agente; declaración informática; declaración de voluntad automatizada; contratos digitales; representación; declaración en blanco; responsabilidad aparente; autonomía privada.

A. Das soziale Phänomen: Einsatz von autonomen Agenten beim Abschluss von Verträgen

KI ist spätestens seit der Lancierung von ChatGPT im November 2022¹ ins Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit gerückt und ihr Einsatz macht sich zunehmend auch im Alltag bemerkbar. Selbstlernende KI-Agenten, deren Handeln nicht mehr einem vom Menschen im Einzelnen festgelegten Programm folgt und sich deshalb auch nicht mehr konkret vorhersehen lässt, wenn man nur den Programmcode kennt, sind deshalb keine ferne Zukunftsmusik mehr.

Solche autonomen Agenten können oder könnten dementsprechend auch beim Abschluss von Rechtsgeschäften zum Einsatz kommen. Zur Il-

1 "Introducing ChatGPT". OpenAI Blog, 30 November 2022, abrufbar unter <https://openai.com/blog/chatgpt> (zuletzt abgerufen am 11.12.2025).

lustration sei das Beispiel angeführt, das in der wissenschaftlichen Literatur zu diesem Thema wahrscheinlich am häufigsten diskutiert wird:²

Jemand kauft einen Kühlschrank, der mit künstlicher Intelligenz ausgestattet ist, sodass er selbstständig Lebensmittel für seinen Eigentümer bestellen kann. Der Kühlschrank ist so programmiert, dass er gesunde, ausgewogene, nachhaltige und möglichst günstige Lebensmittel einkauft. Welche Lebensmittel das sind, ist nicht von vornherein festgelegt. Stattdessen ist der Kühlschrank in der Lage, zu lernen und beispielsweise neue Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und neue wissenschaftliche Studien zu berücksichtigen. Aufgrund dieser Fähigkeit zum autonomen Lernen kann niemand im Voraus vorhersagen, welche Lebensmittel der Kühlschrank tatsächlich kaufen wird. Der Eigentümer des Kühlschranks ist aber damit einverstanden, dass dieser seine Einkäufe selbst tätigt und hat die entsprechende Funktion aktiviert. Dazu hat er alle für den Einkauf erforderlichen Daten in das System des Kühlschranks eingegeben, insbesondere seine Kreditkartennummer, seine anderen für die Lieferungen erforderlichen persönlichen Daten, seinen Namen, seine Adresse usw. Er kennt sich in Ernährungsangelegenheiten nicht aus und widmet seine Zeit lieber anderen Dingen.

Aber kann mittels eines solchen KI-Agenten überhaupt wirksam kontrahiert werden, wobei nachfolgend unterstellt sein soll, dass aus den Bestellungen des Kühlschranks nicht hervorgeht, dass kein Mensch die Lebensmittel bestellt hat, sondern ein intelligenter Kühlschrank? Ob und wie Verträge unter Einsatz von KI-Agenten ggf. zustande kommen, ist umstritten, wobei jüngst *Dornis*³ entgegen der h.M.⁴ zu dem Schluss gelangt ist, dass

2 S. nur *T. Dornis*, Künstliche Intelligenz und Vertragsschluss, AcP 223 (2023), 717 (728 f.); s. ferner die weiteren Beispiele bei *M. Hennemann*, Interaktion und Partizipation, Tübingen 2020, S. 256 ff.; *Specht/Herold*, Roboter als Vertragspartner? – Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme, MMR 2018, 40 (41); *D. Paulus/R. Matzke*, Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?, ZfPW 2018, 431 (442).

3 *Dornis*, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 730 ff., 744 und passim.

4 S. nur mit unterschiedlicher Begründung bzw. Nuancierung *G. Teubner*, Digitale Rechtssubjekte? – Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, AcP 182 (2018), 155 (177 ff.); *N. Groß/J. Gressel*, Entpersonalisierte Arbeitsverhältnisse als rechtliche Herausforderung – Wenn Roboter zu Kollegen und Vorgesetzten werden, NZA 2016, 990 (992); *Paulus/Matzke*, Smart Contracts (Fn. 2), S. 442 ff.; *Specht/Herold*, Roboter (Fn. 2), S. 41; *J. Grapentin*, Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz, NJW 2019, 181 (184); *A. Ruster*, Willenserklärungen mittels autonomer Systeme? – Zum Vertragsschluss bei Einsatz

sich keine wirksamen Vertragserklärungen begründen ließen. Nachfolgend soll gezeigt werden, dass die vertragliche Zurechnung entgegen *Dornis* zu bejahen und damit im Sinne der Vertragsfreiheit zu beantworten ist. Dabei wird allein der nicht „pathologische“ Grundfall behandelt, in dem sich der KI-Agent innerhalb des durch den Aktivierungswillen seines Nutzers bestimmten Rahmen hält. Nicht vertieft nachgegangen werden kann hingegen der ebenfalls kontrovers diskutierten Frage, inwieweit sich eine Haftung des Nutzers für Geschäfte des KI-Agenten ergibt, die nicht von dessen Aktivierungswillen gedeckt sind.⁵

B. Rechtsgeschäftliche Zurechnung lediglich aufgrund allgemeiner willentlicher Aktivierung des Agenten?

I. Entscheidende Sachfrage

Vergleicht man das faktische Geschehen eines solchen Einkaufes, also die „Erklärungen“, die der intelligente Kühlschrank und dessen Eigentümer abgeben, mit der klassisch vom Menschen selbst getätigten Warenbestellung, so ist der wesentliche Unterschied augenfällig: Der Mensch hat beim Einkauf durch den Kühlschrank zwar einen aktiven allgemeinen Willen zur Aktivierung des Kühlschranks, der durchaus auf eine rechtsgeschäftliche Bindung gerichtet ist und auch gewisse Leitplanken hinsichtlich des Inhaltes der künftigen Einkäufe aufweist. Jedoch gibt es anders als bei der vom Menschen selbst getätigten Bestellung keinen präzisierten, den konkreten Inhalt der einzelnen, später vom Kühlschrank abgegebenen „Erklärung“ umfassenden menschlichen Willen. Der Zusammenhang zwischen dem allgemeinen, inhaltlich mehr oder weniger abstrakt bleibenden menschlichen Aktivierungswillen („Einkauf gesunder Lebensmittel“) und den späteren

künstlicher Intelligenz (Teil 2), JR 2021, 639 (644 ff.); A. Kaulbach, Vertragsschluss ohne Willenserklärung? – Zum Einsatz autonomer Systeme beim Abschluss von Verträgen, JZ 2022, 1148 (1148 ff.); s. ferner die Nachw. bei Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 236 Fn. 894.

5 S. dazu nur Kaulbach, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1148 ff., 1152; Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 741 ff.; J. Schirmer, Rechtsfähige Roboter?, JZ 2016, 660 (664 f.); Teubner, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 184 ff.; Paulus/Matzke, Smart Contracts (Fn. 2), S. 445; O. Sosnitza, Das Internet der Dinge – Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht?, CR 2016, 764 (768); E. Schilken, in: E. Schilken/T. Repgen/S. Klumpp/F. Jacoby (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164-240, Berlin 2024, § 172, Rn. 8 m.w.Nachw.

einzelnen Bestellungen durch den Kühlschrank („Avocados, Gurken, Ingwer usw.“) ist also in dem Sinne gelockert, dass die einzelnen Bestellungen durch den Kühlschrank zwar in einem allgemein bestimmten Rahmen liegen müssen, jedoch nicht konkret vorhersehbar sind. Womöglich gibt es in naher Zukunft neue wissenschaftliche Erkenntnisse zur Ernährungsgesundheit und bestellt der Kühlschrank dann ganz andere Lebensmittel als sein Eigentümer sich heute vorstellen kann.

Es stellt sich folglich die Frage, ob eine solche lediglich allgemeine menschliche Willensentäußerung zur Aktivierung es zulässt, die einzelnen in diesem Rahmen durch einen autonomen Agenten getätigten „Erklärungen“ dem Menschen zuzurechnen.

Alternativ wird diskutiert, ob nicht dem Agenten selbst eine Rechtspersönlichkeit zugesprochen werden kann und ihm folglich Geschäfte zugerechnet werden können.⁶ Dieser rechtspolitisch bedenkenswerten Idee soll hier nicht weiter nachgegangen werden, sondern allein die Rechtslage *de lege lata* betrachtet werden. Im geltenden Recht fehlt es aber an einer tragfähigen Grundlage für die Anerkennung von autonomen Systemen als rechtsfähige Personen.⁷

Die in Deutschland h.M. lässt den allgemeinen Aktivierungswillen genügen und rechnet dem Menschen dementsprechend auch „Erklärungen“ zu, die von dem willentlich aktivierten autonomen Agenten abgegeben werden.⁸ Allerdings wird vielfach nicht vertieft begründet, warum der ge-

6 S. vor allem Teubner, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 160 ff m.w.Nachw.; für Anerkennung von Teilrechtsfähigkeit auch Specht/Herold, Roboter (Fn. 2), S. 43 f; krit. T. Riehm, Nein zur ePerson!, RD 2020, 42.

7 Eingehend Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 233 ff., m.w.Nachw.; ebenso Kaulbach, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1148, 1152.

8 S. nur statt vieler G. Spindler/M. Wöbbecking, in: G. Spindler/F. Schuster/K. Kaesling, Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 5. Aufl., München 2026, BGB vor § 116 Rn. 10; K. Cornelius, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353 (255); Paulus/Matzke, Smart Contracts (Fn. 2), S. 444; Grapentin, Erosion (Fn. 4), S. 184; J. Busche, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240a, AllgPersönlR, StiftRG, ProstG, AGG, 10. Aufl., München 2025, Vor § 145 Rn. 38; ferner die Nachw. bei Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 236 Fn. 893 f.; vgl. aber etwa Specht/Herold, Roboter (Fn. 2), S. 43: „Die Grundsätze der Computererklärung, die auf eine Arbeitsteilung durch konkrete Voreinstellungen des Inhabers abstellen und hieraus einen generalisierenden Handlungswillen sowie ein generalisierendes Erklärungsbewusstsein ableiten, können hier mangels ausreichendem menschlichen Beitrag nicht herangezogen werden.“; gegen eine Zurechnung Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 730 ff.

lockerte Zusammenhang zwischen der menschlichen Willensentäußerung und dem späteren Inhalt der „Erklärung“ des Agenten für eine zurechenbare Willenserklärung genügen soll.⁹ Die tradierte Rechtsgeschäftslehre, die neben einem wohl auf die jeweilige Erklärung bezogenen Handlungswillen und grundsätzlich einem Erklärungsbewusstsein weiterhin – zur Vermeidung der Anfechtbarkeit – einen konkreten Geschäftswillen verlangt,¹⁰ steht hier gewiss vor Herausforderungen.¹¹

Umgekehrt ist allerdings der bloße Hinweis auf diesen gelockerten Zusammenhang und die Unvorhersehbarkeit des konkreten Inhaltes der vom autonomen Agenten produzierten Erklärungen für sich genommen kein hinreichender Grund, eine rechtsgeschäftliche Zurechnung zu versagen.¹² Ausgangspunkt muss vielmehr der von der Privatautonomie und konkreter der Vertragsfreiheit getragene Gedanke einer autonomen rechtsgeschäftlichen Bindung nach dem eigenen Willen sein. Warum soll die Vertragsfreiheit es nicht umfassen, in einem gewissen vordefinierten Rahmen („Einkauf gesunder Lebensmittel“) „sein Erklärungsschicksal vollends in die Hände der eingesetzten Software“¹³ zu legen, mithin eine gewisse Aleatorik einer autonomen Software in seinen Willen aufzunehmen?

Die entscheidende Sachfrage muss deshalb lauten: Ergibt sich aus dem gesetzlichen Regime für Rechtsgeschäfte, dass eine Zurechnung aufgrund der fehlenden Präzision des Aktivierungswillens ausscheidet?

9 Insoweit besonders kritisch *Teubner*, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 170 ff.: "unhaltbare Fiktion [...], die [...] nicht einmal offengelegt wird"; "alternativer Fakt"; "In der Sache gibt die herrschende Lehre das Willenselement beim Prinzipal bis auf die Inbetriebnahme vollständig zugunsten des digitalen Erklärungswertes auf, aber, wie gesagt, ohne dass auch nur zuzugeben."; ohne wirkliche Vertiefung etwa *Grapentin*, Erosion (Fn. 4), S. 184; ebenfalls recht pauschal auf eine Zurechnung verweisend *Spindler/Wöbbecking* (Fn. 8), BGB vor § 116 Rn. 10.

10 Dazu noch unten, VI.; vgl. insbes. die Nachweise bei Fn. 65, 66.

11 Besonders deutlich *Teubner*, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 155 ff.; auch *Kaulbach*, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1153; *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 238; *Sosnitza*, Internet der Dinge (Fn. 5), S. 767; freilich gilt es insofern aber mit *Jan-Erik Schirmer* zu erkennen, dass diese Willenserklärungsdogmatik gerade nicht gesetzlich verbürgt und damit einem anderweitigen Verständnis durchaus zugänglich ist, s. *Schirmer*, Roboter (Fn. 5), S. 664; dazu ebenfalls noch unten, VI.

12 Vgl. etwa *Kaulbach*, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1152 mit Blick auf den Unterschied zu sog. Computererklärungen, die einem vorher festgelegten Programm mit absehbaren Ergebnissen folgen: „In der mangelnden Vorhersehbarkeit des Systemverhaltens liegt indes ein zentraler Unterschied zum automatischen Programm.“; Dies mag zutreffend sein, liefert aber noch keine Rechtfertigung dafür, warum dieser Unterschied bei der Zurechnung einen Unterschied machen soll.

13 *Grapentin*, Erosion (Fn. 4), S. 184.

II. Das Stellvertretungsrecht ist nicht der Maßstab

Naheliegender scheint es, den Vertragsschluss unter Einsatz eines KI-Agenten als stellvertretungsrechtliche Drei-Personen-Konstellation zu deuten und damit dem Zurechnungsregime der §§ 164 ff. BGB zu unterwerfen.¹⁴ Wie bei der Zuhilfenahme eines menschlichen Vertreters gibt der Betreiber eines KI-Agenten lediglich einen geschäftlichen Rahmen vor (im Kühlschrank-Beispiel "gesunde Lebensmittel"), wohingegen die Bestimmung der konkreten Geschäftsparameter (Vertragspartner, Vertragsgegenstand, Preis) auf Ebene des KI-Agenten erfolgt. Die Konstruktion eines (verdeckten¹⁵) Vertretungsgeschäfts setzt freilich die Annahme einer eigenen Willenserklärung der KI voraus und kommt mit Blick auf § 179 Abs. 1 BGB weiterhin ob der Möglichkeit einer gesetzlichen Eigenhaftung der KI in Erklärungsnot.

Zwar ist den Vertretern einer (analogen) Anwendung des Stellvertretungsrechts zuzugeben, dass der Einsatz eines weitgehend autonomen KI-Agenten funktional in der Tat dem eines menschlichen Vertreters entspricht.¹⁶ Die eigentliche Sachfrage, der sich das Institut der Stellvertretung widmet, stellt sich beim KI-Agenten jedoch gerade nicht (dazu sogleich). Folglich gehen die §§ 164 ff. BGB nicht nur tatbestandlich fehl, sondern enthalten insoweit auch keinen (analogiefähigen) Regelungsgehalt.

1. Die §§ 164 ff. BGB als Regime der (Vertrags-)Haftung im Dreipersonenverhältnis

Die §§ 164 ff. BGB bestimmen zunächst, dass einer offenkundig (!) für einen anderen abgegebenen Willenserklärung Rechtswirkung zukommt – was nicht selbstverständlich ist und lange Zeit auch nicht galt.¹⁷ Soll danach also der Erklärungsempfänger auf einen Vertragsschluss vertrauen dürfen,

14 Teubner, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 168 ff.; dafür auch Specht/Herold, Roboter (Fn. 2), S. 43 f.; M. Becker/P. Pordzik, Digitalisierte Unternehmensführung, ZfPW 2020, 334 (339); für Heranziehung der Grundsätze der Blanketterklärung und analoge Anwendung des Stellvertretungsrechts Kaulbach, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1152.

15 S. zum Mangel der Offenkundigkeit bei der Stellvertretung näher J. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023, § 49 Rn. 44 ff.

16 S. nur Schirmer, Roboter (Fn. 5), S. 664; dies konzедierend auch G. Spindler, Digitale Wirtschaft – analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, JZ 2016, 805 (816) und Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 238 f., 242 ff. m.w.Nachw.

17 Zur Entwicklung siehe S. Huber, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann/J. Hager (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Stand 1.11.2021, § 164 Rn. 7 ff. m.w.Nachw.

stellt sich in Anbetracht der negativen Vertragsfreiheit des Vertretenen die Frage nach der Haftungsabgrenzung zwischen diesem und dem Vertreter, die das BGB für die gewillkürte Stellvertretung folgerichtig nach Maßgabe der zwischen Vertretenem und Vertreter getroffenen Abrede (= Vollmacht) beantwortet. Im Ergebnis postuliert das Institut der Stellvertretung also grundsätzlich eine Vertragshaftung des Vertretenen für Geschäfte, die von seinem abstrakten in der Vollmacht zum Ausdruck gekommenen Willen gedeckt sind, wohingegen im pathologischen Fall des nicht mehr willensgedeckten Geschäfts der Vertreter haften soll (vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 respektive § 179 Abs. 1 BGB).

Die Stellvertretung gründet sich also gerade auf die Existenz zweier dem Geschäftsgegner gegenüberstehender Personen und Haftungssubjekte.¹⁸ Wo dem Geschäftsgegner nur eine einzige Person und Haftungssubjekt gegenübersteht, ist kein Raum für die §§ 164 ff. BGB, die gerade das Ob einer (Vertrags-)Haftung nicht in Frage stellen, sondern diese (grundsätzlich) anordnen und sich anschließend in einer Abgrenzung des maßgeblichen Haftungssubjekts erschöpfen.

2. Repräsentationsprinzip erlaubt keinen Rückschluss auf fehlende Willenserklärung

Fehl geht auch die Erwägung, dass beim KI-Einsatz eine Willenserklärung des Betreibers nicht denkbar sei, weil auch bei der Stellvertretung eine auf den Abschluss des Vertretergeschäfts gerichtete Willenserklärung des Vertretenen nicht vorliege bzw. nicht vorliegen könne, weil diesem der genaue Vertragsinhalt noch unbekannt sei und er ihn deshalb nicht in der erforderlichen Konkretetheit seinem Willen zugrunde legen könne.¹⁹

Vielmehr stellt sich die Konzeption einer eigenen Willenserklärung des Vertreters im Sinne einer "Vertretung im Willen",²⁰ wie sie in § 164 Abs. 1

18 Ähnlich bereits *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 249 f.

19 In diesem Sinne insbesondere *Dornis*, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 134 f. unter Verweis auf *Flume*, der jedoch bei näherer Betrachtung ebenfalls wohl nicht einen mangelnden Konkretisierungsgrad des Willens des Vertretenen als Zurechnungshindernis ansieht, sondern das dazwischentrete Willensmoment des Vertreters, vgl. *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 4. unveränderte Auflage, Berlin Heidelberg 1992, § 43, 3., S. 753.

20 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band. Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899, S. 475 [im Original: Motive I, S. 223].

S.1 BGB Niederschlag gefunden hat (sog. Repräsentationstheorie²¹), als eine stellvertretungsspezifische dogmatische Konstruktion dar, die sich mit Blick auf Willensmängel und Kenntnizzurechnung im Rahmen des Vertretergeschäfts rechtfertigt und übrigens auch nicht ohne Ausnahmen auskommt, wie § 166 Abs. 2 BGB belegt.²² Dass diese Konzeption hingegen vorgelagerten, allgemein Geltung beanspruchenden Anforderungen der Rechtsgeschäftslehre Rechnung trägt, nämlich dergestalt, dass eine subjektive Erfassung der konkreten Vertragsmodalitäten notwendigerweise erforderlich sei für die Annahme einer Willenserklärung, ist nicht ersichtlich.²³ Das Repräsentationsprinzip lässt damit keinen Rückschluss darauf zu, dass eine Willenserklärung generell stets dann zu verneinen wäre, wenn ein Wille sich nur im Sinne eines allgemeinen Rahmens gebildet hat.

Wenngleich es also auf erste Sicht naheliegen mag, die dogmatische Konstruktion des geltenden Stellvertretungsrechts, die dem Geschäftsherrn keine auf das konkrete Rechtsgeschäft gerichtete Willenserklärung, sondern "nur" eine abstrakte Bevollmächtigung zuerkennt, auf die Konstellation des KI-Einsatzes zu übertragen, ist dem nicht zu folgen. Denn einerseits han-

21 Im Gegensatz zu namentlich der Konzeption, dass die Erklärung des Vertreters allein als Ausdruck des Willens des Vertretenen angesehen wird und deshalb genauso wie bei der Botenschaft allein eine Willenserklärung des Vertretenen selbst angenommen werden kann, dafür *F. C. von Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band 2, Berlin 1853, § 57 S. 59, wo es zum Fall eines Vertreters mit einem „sehr freien Spielraum“ heißt: „Schließt er nun für mich den Vertrag ab, so muß er dennoch unbedenklich eben so angesehen und beurtheilt werden, wie der bloße Bote in den vorigen Fällen, welchen Namen wir ihm übrigens beilegen mögen. Denn mein, auf mannichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer *mein* Wille, und der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesem Fällen, der anderen Partei gegenüber, als der bloße *Träger meines Willens*“, näher zum Ganzen und insbesondere dazu, dass die gesetzgeberische Entscheidung für die Repräsentationstheorie weniger von inhaltlichen Wertungen, dann vielmehr von pragmatisch-technischen Erwägungen getragen war, *S. Huber* (Fn. 17), § 164 Rn. 10 m.w.Nachw. aus den Gesetzgebungsmaterialien; vgl. hierzu auch *Schilken* (Fn. 5), Vorbemerkungen zu §§ 164-181, Rn. 32 f.

22 S. auch dazu *S. Huber* (Fn. 17), § 164 Rn. 12; *Schilken* (Fn. 5), Vorbemerkungen zu §§ 164-181, Rn. 32.

23 Im Gegenteil spricht auch *Albert Gebhard*, Redaktor des Vorentwurfs zum BGB für den Bereich des Allgemeinen Theils, dem Vertretenen einen Geschäftswillen lediglich als Konsequenz aus der gesetzgeberischen Entscheidung für das Repräsentationsprinzip ab: "Die Kundgebung des Stellvertreterwillens enthält bei Annahme des Prinzips der direkten Stellvertretung eine Verneinung des als Regel anzunehmenden eigenen Geschäftswillens.", *A. Gebhard*, in: *W. Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Theil, Teil 1., Berlin 1981, S. 179 [im Original: S. 159].

delt es sich um einen methodisch fragwürdigen Rückschluss vom speziellen Stellvertretungsrecht auf den generellen Tatbestand der Willenserklärung. Zum anderen verbietet es sich nicht zuletzt im Lichte der Vertragsfreiheit, einen Erlaubnistatbestand für die wirksame Fremdverpflichtung, wie ihn das Stellvertretungsrecht eröffnet, in ein Verbotsregime für inhaltlich entsprechend allgemein gehaltene (!) Selbstverpflichtungen umzudeuten.

3. Eine KI-Erklärung kommt nicht in Betracht

Tatsächlich ist die Situation des Einsatzes von KI-Agenten grundsätzlich verschieden von der Stellvertretung, da nur eine Zwei-Personen-Konstellation vorliegt. Wo aber kein weiteres Rechtssubjekt dazwischentritt, kann ein äußerlich erkennbares Verhalten, das auf das Vorliegen einer Willenserklärung schließen lässt (= objektiver Tatbestand einer Willenserklärung),²⁴ allein dem Verursacher dieses Verhaltens zugerechnet werden.

Die Alternative der Drittzurechnung mit der Folge einer für den Betreiber fremden Willenserklärung "der KI" scheidet hingegen *de lege lata* von vornherein aus, weil dieser nun einmal nach geltendem Recht keine Rechtssubjektivität zukommt.²⁵ Zwar mag dies *de lege ferenda* anders sein, wenn man einer technischen Einrichtung Rechtssubjektivität verleihen wollte. Dies wäre aber wohl nur sinnvoll, wenn die KI auch mit einer eigenen Haftungsmasse versehen würde.²⁶ Für die Zurechnung von Willenserklärungen *de lege lata* spielen solche Überlegungen aber jedenfalls keine Rolle.

24 Entscheidend ist für den objektiven Tatbestand der Willenserklärung, wie ein Verhalten objektiv aus der Sicht des Erklärungsempfängers zu verstehen ist, s. nur BGH NJW 2021, 464, 466 Rn. 32; H. Wendtland, in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 76. Edition 1.11.2025, § 133 Rn. 8 m.w.Nachw.

25 Ganz h.M., s. nur Spindler, Digitale Wirtschaft (Fn. 16), S. 816; Paulus/Matzke, Smart Contracts (Fn. 2), S. 441; Überblick und weitere Nachweise bei Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 233; für eine (partielle) Rechtsfähigkeit bereits *de lege lata* hingegen vor allem Teubner, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 160 ff m.w.Nachw.; weiterhin Specht/Herold, Roboter (Fn. 2), S. 43 f.

26 D. Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, in: M. Baumgärtel/G. Kiparski (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2021/2022, 1. Auflage, Köln 2023, S. 443 (479f, Rn. 76 ff.); M. Grützmaker/J. Heckmann, Autonome Systeme und KI – vom vollautomatisierten zum autonomen Vertragsschluss?, CR 2019, 553 (559, Rn. 37); insoweit krit. Specht/Herold, Roboter (Fn. 2), S. 43 f.; eine Versicherungspflicht erwägend P. Bräutigam/T. Klindt, Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, 1137 (1138).

III. Der "*numerus clausus* der Aktstypen für die delegierte Rechtsgestaltung"²⁷ verfährt nicht

Vergegenwärtigt man sich die fehlende Willens- und Rechtsfähigkeit automatisierter Systeme, wird klar, warum auch die These einer hinsichtlich der Vertretung im Willen abschließenden Kodifikation im BGB²⁸ der Möglichkeit eines Vertragsschlusses nicht entgegensteht.

Anders als bei der Stellvertretung findet beim Einsatz eines KI-Systems eine Vertretung im Willen gerade nicht statt. Hier tritt kein in einem normativen Sinne autonomer Wille an die Stelle desjenigen des Vertretenen. Richtig ist, dass sich ein rechtsgeschäftlicher Vertreter grundsätzlich an seinen Willensäußerungen festhalten lassen muss²⁹ – nur dort, wo seine Willensklärung dem Willen des Vertretenen entspricht, treffen Rechtsfolgen allein diesen; in allen übrigen Fällen haftet er selbst gemäß § 179 Abs. 1 BGB gegenüber dem Vertragspartner und aus dem der Stellvertretung zugrundeliegenden Kausalverhältnis gegenüber dem Vertretenen. Über einen solchen rechtlich beachtlichen Willen verfügt aber eben der technisch autonome KI-Agent mangels Rechtspersönlichkeit nicht. Die Situation unterscheidet sich dadurch maßgeblich. Es kommt beim Einsatz des KI-Agenten gerade nicht zu einer Willensdelegation in dem Sinne, dass ein fremder Wille an die Stelle des Willens des Geschäftsherrn tritt, sondern das Geschäft vollzieht sich allein nach dem Willen des Geschäftsherrn, der sich zur Konkretisierung desselben einer willenlosen technischen Einrichtung bedient.

IV. Der vertretungsunfähige Geschäftsunfähige ist kein Maßstab

Nun kann man gleichwohl den Einsatz des nach dem Vorstehenden *de lege lata* nicht selbst zu eigenen Willenserklärungen fähigen KI-Agenten mit dem Agieren eines Geschäftsunfähigen beim Vertragsschluss vergleichen wollen.³⁰ Dem Geschäftsunfähigen wird herrschend in einem Um-

27 Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 735; grds. zum Gedanken des *numerus clausus* der Aktstypen rechtsgeschäftlicher Gestaltung Flume, Allgemeiner Teil (Fn. 19), § 1, 2., S. 1 f.

28 Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 734 f.

29 Dies gilt, wenngleich eben eingeschränkt, auch für den beschränkt Geschäftsfähigen, weshalb dessen Qualifikation als Vertreter (vgl. § 165 BGB) folgerichtig ist.

30 S. Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 735.

kehrschluss aus § 165 BGB bzw. bereits aufgrund der Konzeption des Vertretungsgeschäfts als eigenes Rechtsgeschäft des Vertreters in Verbindung mit den §§ 104 f. BGB die Möglichkeit, als Vertreter wirksame Geschäfte zu bewirken, abgesprochen.³¹ Daher mag der Schluss naheliegend erscheinen, dass parallel dazu auch die „Erklärung“ des KI-Agenten, dessen Betreiber – im obigen Beispiel also dem Eigentümer des smarten Kühlschranks – nicht zugerechnet werden könne. Auch diese Schlussfolgerung geht jedoch auf nähere Sicht fehl.

Dass man dem Geschäftsunfähigen die Fähigkeit, als Stellvertreter zu agieren, abspricht, ist vom Ausgangspunkt des Repräsentationsprinzips folgerichtig, da auch dem Geschäftsunfähigen ein rechtsrelevanter Wille nicht zukommt, sodass das Konzept einer Willensdelegation versagt.³²

Daraus folgt jedoch schon keineswegs zwingend, dass eine eigene zurechenbare Erklärung des Willensträgers ausscheidet, der einen Geschäftsunfähigen mit Entscheidungsspielraum eingesetzt hat.³³ Denn auch hier tritt mit dem Geschäftsunfähigen kein rechtsgeschäftlich relevanter Wille da-

31 S. *Schilken* (Fn. 5), § 165 Rn. 3 m.umfangr.Nachw.; kritisch aber C.-W. *Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993 (998): „Auch in § 165 BGB beruht die unterschiedliche Behandlung von beschränkter Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit nicht auf Sachgründen, sondern auf doktrinäer Konsequenzmacherei und der verfassungswidrigen Fiktion, dass der Geschäftsunfähige zur Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr generell außer Stande ist.“

32 S. aber zur Kritik an der Unterscheidung zwischen beschränkt Geschäftsfähigem und Geschäftsunfähigem die vorhergehende Fn.

33 So aber die ganz h.M., s. bereits RGZ 145, 159 f.; ferner die umfangr. Nachw. auch der kritischen Stimmen bei *Schilken* (Fn. 5), § 165 Rn. 3; s. im Kontext des § 11 Abs. 2 GmbHG auch BGHZ 53, 210 (juris Rn. 17 ff., 20 f.): „Ebenso, wie selbst bei ausdrücklicher Bevollmächtigung gemäß §§ 171, 172 BGB der Vollmachtgeber nicht für die Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten einzustehen braucht [...], bindet auch die nach § 105 BGB nichtige Erklärung eines Geschäftsführers die Gesellschaft in keinem Fall“; s. ferner BGHZ 115, 78 (juris Rn. 12), wo im Falle der Eintragung eines Geschäftsunfähigen als Geschäftsführer einer GmbH im Handelsregister eine Rechtsscheinhaftung angenommen wird, jedoch § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG eingreift, wonach nur eine unbeschränkt geschäftsfähige Person Geschäftsführer sein kann, dazu S. *Huber* (Fn. 17), § 165 Rn. 23 ff. m.w.Nachw.; hingegen für Genehmigungsfähigkeit der Erklärung des geschäftsunfähigen Vertreters zum Schutz der Privatautonomie des Vertretenen *Canaris*, Geschäftsfähigkeit (Fn. 31), S 998.

zwischen; dessen Erklärung bleibt mithin Entäußerung allein des Willens des Geschäftsherrn.³⁴

Selbst wenn man aber mit der ganz h.M. jegliche Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Bindung beim Einsatz eines geschäftsunfähigen "Stellvertreters" ablehnt,³⁵ ist mit Blick auf die Vertragsfreiheit nicht gesagt, dass die mehr oder weniger aleatorische Ausfüllung eines hinreichend bestimmten Willensrahmens, den der Willensträger vorgibt, die Zurechnung als gewollte Erklärung auch dann hindert, wenn keine Person als Vertreter dazwischentritt. Vielmehr ist auch hier auf den bereits oben angesprochenen³⁶ maßgeblichen Unterschied hinzuweisen: Beim Einsatz eines KI-Agenten liegt anders als beim Einsatz eines Stellvertreters, mag er auch geschäftsunfähig sein und deshalb nicht wirksam als solcher fungieren können, ein Zwei-Personen- und kein Drei-Personen-Verhältnis vor. Man mag Gründe dafür sehen (bzw. gesehen haben), den Geschäftsverkehr vom Agieren Geschäftsunfähiger als Vertreter freizuhalten, die beim Einsatz einer KI jedoch nicht ohne Weiteres vorliegen. Dies gilt für Aspekte der Verkehrssicherheit,³⁷ aber auch den Schutz des Geschäftsunfähigen vor einer Inanspruchnahme und Haftung infolge seines Auftretens als Stellvertreter. Auch lässt sich die Furcht, der Geschäftsunfähige werde unvernünftig handeln,³⁸ ersichtlich nicht allgemein auf KI-Agenten übertragen. Schließlich mag man es angesichts der Geschäftsfähigkeit der übergroßen Mehrheit der Menschen auch aus Zweckmäßigkeitsgründen für angängig halten, Geschäftsunfähige pauschal von einem Agieren als Stellvertreter auszuschließen. Der Vertretene wird in der Tat kaum jemals in der prekären Lage sein, dass ihm allein ein Geschäftsunfähiger als möglicher Stellvertreter zur Verfügung steht. Ganz anders ist hingegen die Situation beim Einsatz von KI. Es liegt auf

34 In den dichotomen Kategorien von Stellvertretung und Botenschaft stellt sich der Geschäftsunfähige damit auch dann nur als Bote dar, wenn ihm tatsächlich Entscheidungsspielraum eingeräumt wird.

35 S. die Nachw. in Fn. 33.

36 S. unter II.1.

37 S. auch – heute überholt, da viel zu weitreichend – die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 1897, S. 56: „Hinsichtlich der wegen Geisteskrankheit Entmündigten war man im Allgemeinen mit dem Entw. darin einverstanden, daß die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs verbiete, während des Fortbestehens der Entmündigung in lichten Zwischenräumen oder nach dem Eintritt der Genesung den Entmündigten als geschäftsfähig anzuerkennen“.

38 Erwähnt etwa von *Canaris*, Geschäftsfähigkeit (Fn. 31), S. 998.

der Hand, dass es in vielen Bereichen vernünftigen Bedarf für einen den Vertretenen entlastenden Einsatz von KI gibt und geben wird.

Der gesetzliche Ausschluss des Geschäftsunfähigen von der Stellvertretung kann deshalb nicht Maß geben für den Einsatz von KI beim Vertragsschluss. Dass ein Vertrag unmittelbar zwischen dem Willensträger, der sich dieses Willens durch den Einsatz der KI entäußert, und dem Erklärungsempfänger ausscheidet, erhellt an keiner Stelle aus dem Gesetz. Das Gesetz verlangt die Erklärung eines Willens, §§ 145 ff. BGB, jedoch ohne einen *numerus clausus* für die Modalitäten dieser Erklärung vorzuschreiben.³⁹

Unergiebig ist deshalb auch die vergleichsweise angeführte These, dass beim Einsatz eines dressierten Primaten, der im Internet Geschäfte tätigt, ein Vertrag nicht zustande kommen könne.⁴⁰ Weil der Primat keine eigenständige Person ist, erlaubt der Ausschluss des Geschäftsunfähigen von der Stellvertretung keinesfalls den pauschalen Schluss, ein Vertrag könne niemals vom Verhalten eines Tieres abhängig gemacht werden.⁴¹ Man denke etwa an den Fall, dass ein Hund immer wieder einmal „ausbücht“ und in das Haus des Nachbarn eindringt und dort im Keller Lebensmittel frisst. Es gäbe hier keinen Grund, einem Vertrag, mit dem der Eigentümer des Hundes dem Nachbarn verspricht, diejenigen Lebensmittel zu bezahlen, die der Hund in Zukunft frisst, die Wirksamkeit zu versagen, mit Blick auf die „Geschäftsunfähigkeit“ des Hundes. Die Stellvertretungsfrage bzw. die Frage einer Willensdelegation stellt sich nicht, da dem Hund keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Und im Lichte der Privatautonomie spricht auch die Aleatorik, die darin liegt, dass niemand vorherzusagen mag, ob und wann der Hund wieder beim Nachbarn „einbricht“ und dort Lebensmittel frisst, nicht gegen eine vertragliche Bindung. Wenn aber hier die nur begrenzte Bestimmtheit des Inhalts der Erklärung ihrer Wirksamkeit nicht entgegensteht, dann kann folgerichtig die Zurechnung einer zeitversetzten

39 S. auch BGH, Urteil vom 7. November 2001 – VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129-139, Rn. 24: "[...] Willenserklärungen können [...] auch durch elektronische Übermittlung einer Datei im Internet – online – abgegeben und wirksam werden."

40 Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 735.

41 Insoweit auch durchaus zutreffend, Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 735 Fn. 62: "Anders liegt der Fall, wenn ich den Einsatz eines geschäftsunfähigen oder tierischen Vertreters mit der Gegenseite abgesprochen habe. Dann resultiert die rechtsgeschäftliche Bindung aber aus der Vorwegabrede. Dies entspricht einer Vereinbarung zur Geltung eines Schweigens als Willenserklärung. S. hierzu unten IV.3." Dafür, dass die Abstraktheit der Erklärung einen Vertragsschluss im Vorhinein nicht hindern soll, einem Vertragsschluss zu einem späteren Zeitpunkt hingegen entgegenstehen soll, fehlt es jedoch an einem tragfähigen Grund.

Präzisierung und technischen Entäußerung durch einen KI-Agenten (den Kühlschrank) ebenso wenig daran scheitern, dass der Erklärende nur einen ausfüllungsbedürftigen Rahmen vorgegeben hat.

V. Der Vergleich der Zurechnung eines Blanketts ist nur begrenzt ergiebig

Im Diskurs um die Einordnung der KI-Erklärung in die Rechtsgeschäftslehre wird nicht selten vergleichend auf die "Grundsätze zu Blanketterklärungen"⁴² verwiesen. Deren nicht unbeträchtlichen dogmatischen Unschärfen erschweren allerdings tragfähige Schlussfolgerungen zur Zurechnung von KI-Erklärungen.

Während diese Grundsätze von manchen ohne vertiefte Einordnung herangezogen werden, um eine Zurechnung zu begründen,⁴³ wollen andere auf die Parallele zum Blankett konkret eine Zurechnung der KI-Erklärung als Willenserklärung des Betreibers stützen⁴⁴ bzw. eine Zurechnung analog § 164 Abs. 1 BGB begründen⁴⁵ oder aber hieraus lediglich eine Rechts-scheinhaftung beim Einsatz von KI folgern.⁴⁶

Schwierigkeiten bereitet der Vergleich zum Blankett vor allem deshalb, weil die Grundsätze zum Blankett keine einheitliche Konstellation betreffen, sondern das abredewidrig ausgefüllte Blankett, bei dem allein sich die Frage einer Rechtsscheinhaftung entsprechend § 172 Abs. 2 BGB stellt, vom abredegemäß ausgefüllten Blankett zu unterscheiden ist, das sich durchaus im Sinne einer echten Zurechnung als Vertragserklärung einordnen lässt. Hinzu kommt, dass sich in der Rechtsprechung die Frage der Zurechnung einer Blanketterklärung vielfach im Kontext der Formbedürftigkeit stellt.

42 S. nur *Groß/Gressel*, Entpersonalisierte Arbeitsverhältnisse (Fn. 4), S. 992; *Paulus/Matzke*, Smart Contracts (Fn. 2), S. 444 f.; *R. Singer*, in: M. Stieper/S. Klumpp/R. Singer/S. Herrler (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-124; §§ 130-133, Berlin 2021, Vorbemerkung zu §§ 116, Rn. 57; eingehend *Kaulbach*, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1148 ff; vgl. auch *Dornis*, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 736 f.

43 In diesem Sinne etwa *C. Armbrüster*, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240a, AllgPersönlR, StiftRG, ProstG, AGG, 10. Aufl., München 2025, BGB § 119 Rn. 50; *Singer* (Fn. 42), Vorbemerkung zu §§ 116, Rn. 57.

44 S. etwa *Paulus/Matzke*, Smart Contracts (Fn. 2), S. 444 f.

45 So *Kaulbach*, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1148 ff., 1152.

46 So *Dornis*, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 738 ff.

Soweit aber die Erklärung formunwirksam ist und schon deshalb nur eine Rechtsscheinhaftung in Betracht kommt, braucht die Rechtsprechung sich nicht näher mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Blanketturkunde, wenn diese abredegemäß vervollständigt wurde, als Willenserklärung zurechenbar ist.⁴⁷

Eine tiefere dogmatische Entwicklung hat vor allem das abredewidrig ausgefüllte Blankett erfahren.⁴⁸ Hier wird in Anlehnung an *Canaris* ganz herrschend eine Vertrauenshaftung kraft Rechtsscheins angenommen, wobei zur methodischen Begründung eine Analogie zu § 172 Abs. 2 BGB bemüht wird.⁴⁹

Das abredegemäß ausgefüllte Blankett wird hingegen durchaus als vertragsbegründend gedeutet. Dies geschieht nach *Canaris* nicht parallel zur Stellvertretung über die Annahme einer Willenserklärung des Ausfüllenden (so die "Vollmachtstheorie"⁵⁰), sondern indem eine Willenserklärung allein desjenigen angenommen wird, der das Blankett erteilt, wohingegen sich das Handeln des Ausfüllungsberechtigten als bloßes faktisches Handeln darstellen soll.⁵¹ Zur Begründung wird angeführt, dass "vor allem der Wille des

47 S. BGHZ 132, 119 (juris Rn. 17), wonach das abredegemäß vervollständigte Blankett formwidrig ist und nur in entsprechender Anwendung von § 172 Abs. 2 BGB zugerechnet werden kann. Der Frage der Zurechnung eines nicht formbedürftigen, aber abredegemäß vervollständigten Blanketts als eigene Willenserklärung brauchte der BGH hingegen nicht näher nachzugehen; vgl. ferner BGHZ 40, 65, wonach derjenige, der ein Blankett mit seiner Unterschrift aus der Hand gibt, das abredewidrig ausgefüllte Blankett in entsprechende Anwendung von § 172 Abs. 2 BGB gegen sich gelten lassen muss. Auch hier brauchte der BGH nicht zu klären, wie das abredegemäß vervollständigte nicht formbedürftige Blankett zuzurechnen ist, weil die Formfrage im Raum stand bzw. abredewidrig ausgefüllt war; auch in BGHZ 113, 48 ging es um ein abredewidrig ausgefülltes Blankett; hingegen hat das Reichsgericht die Formwirksamkeit des abredegemäß vervollständigten Blanketts noch bejaht und auch hinsichtlich der Zurechnung als Willenserklärung keine Probleme gesehen, s. RGZ 14, 297 (301).

48 s. C.-W. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 54 ff; vgl. auch C. *Schubert*, in: F. Sackler/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240a, AllgPersönlR, StiftRG, ProstG, AGG, 10. Aufl., München 2025, BGB § 172 Rn. 3; *Singer* (Fn. 42), § 119, Rn. 31 und *Schilken* (Fn. 5), § 172, Rn. 8 jeweils m.umfangr.Nachw.

49 *Canaris*, Vertrauenshaftung (Fn. 48), S. 57 f.; s. auch die Nachw. aus der Rspr. in Fn. 47.

50 Vgl. hierzu die Nachweise bei *Canaris*, Vertrauenshaftung (Fn. 48), S. 55 Fn. 6.

51 *Canaris*, Vertrauenshaftung (Fn. 48), S. 56; dem folgend die wohl h.M. s. nur *Schubert* (Fn. 48), BGB § 172 Rn. 2; *Neuner*, Allgemeiner Teil (Fn. 15), § 50 Rn. 101; *Schilken* (Fn. 5), Vorbemerkungen zu §§ 164-181, Rn. 72a.

Blankettausstellers die Rechtsfolgen der Erklärung trägt⁵²; er schaffe eine hinreichende "Erklärungshülse",⁵³ die der Ausfüller lediglich "perfiziert".⁵⁴

Insoweit gilt es also zunächst zu erkennen, dass der Vergleich mit der Blanketterklärung eine Zurechnung des KI-Einsatzes als eigene Willenserklärung des Betreibers zu Gunsten einer bloßen Rechtsscheinhaftung nicht hindert,⁵⁵ weil ja das *abredegemäß* ausgefüllte Blankett ebenfalls als echte Willenserklärung des Ausstellers der Blanketturkunde eingeordnet wird. Oder anders gewendet: Soweit die einzelne KI-„Erklärung“ den allgemeinen Rahmen des vom Betreiber der KI im Wege der Aktivierung erklärten Willens nicht überschreitet, kommt allenfalls eine Parallele zum *abredegemäß* ausgefüllten Blankett in Betracht, sodass eine Übertragung der Behandlung des *abredewidrig* ausgefüllten Blanketts entsprechend § 172 Abs. 2 BGB nicht tragfähig erscheint.

Davon abgesehen ist der Vergleich der KI-„Erklärung“ mit dem Fall eines *abredegemäß* ausgefüllten Blanketts nicht uneingeschränkt sachgerecht. Dies aber nicht deshalb, weil beim KI-Einsatz ein hinreichender unvollständiger Erklärungstatbestand im Sinne der obigen Blankett-Doktrin zu verneinen wäre.⁵⁶ Im Gegenteil greift richtigerweise gerade hier der von der h.M. beim Blankett bemühte Gedanke eines objektiven Erklärungstatbestands, der allein von *einem* normativen Willen, nämlich dem des hinter der KI stehenden Betreibers, bei gleichsam willenloser Konkretisierung durch das technische System, abhängt. Denn bei der Blanketterklärung im Dreipersonenverhältnis Blankettaussteller – Ausfüller – Erklärungsgegner lässt diese von der h.M. vertretene Leugnung einer Willenserklärung (auch) des Ausfüllers jedenfalls insoweit Zweifel offen, als dem Ausfüllenden tatsächlich Entscheidungsspielraum eingeräumt wurde. Denn diesem kommt, beispielsweise im Falle einer allein mit einer Unterschrift versehenen Blankourkunde⁵⁷ und entsprechend pauschaler Ausfüllungsermächtigung keine gegenüber dem parallel bevollmächtigten Stellvertreter verminderte Entscheidungsfreiheit zu. Im Gegensatz dazu fehlt es, wie schon mehrfach

52 Schubert (Fn. 48), § 172 Rn. 2.

53 Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 736 f.

54 Canaris, Vertrauenshaftung (Fn. 48), S. 56.

55 So aber wohl, wenn auch unklar, Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 239 ff.

56 So Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 736 f.; D. Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, Tübingen 2021, S. 122; vgl. ähnlich, wenn auch unklar, Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 239 ff.

57 Diese explizit umfassend aber auch das Begriffsverständnis bei Canaris, Vertrauenshaftung (Fn. 48), S. 54.

betont, beim Einsatz von KI-Agenten am Dazwischentreten einer weiteren Person mit einem möglicherweise eigenen Willen. Hingegen kann hier die These der "Perfizierung" eines zuvor nach abstrakten Kriterien bestimmtem Willens Geltung beanspruchen. Die Frage, ob womöglich die Person, die das Blankett ausgefüllt hat, gebunden ist oder haftet, stellt sich beim Einsatz von KI nicht. Hier kommt mangels eigener Rechtspersönlichkeit der KI nur der Betreiber und einzige Willensträger als Zurechnungssubjekt in Betracht.

VI. Im Lichte der Privatautonomie genügt ein abstrakter Aktivierungswille

Zutreffend ist es allerdings, wenn mit Blick auf den Einsatz autonomer Agenten diagnostiziert wird, der Inhalt der konkreten Geschäfte sei nur lose rückgebunden an den Willen des Betreibers, der mit der Aktivierung der KI nur einen abstrakten Willen äußert, also nur einen allgemein bleibenden Rahmen vorgibt.⁵⁸ Deshalb wird insbesondere der Geschäftswille im Sinne eines auf ein bestimmtes Geschäft bezogenen konkreten Willens⁵⁹ in Frage

58 S. statt vieler *Dornis*, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 732: „Anders als bei einer Computererklärung sind die denkbaren Varianten bei technisch autonom generierten Erklärungen nicht mehr determiniert und vorformuliert“; s. ferner *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 237 ff.; besonders treffend *Grapentin*, Erosion (Fn. 4), S. 184 und bereits oben Fn. 13.

59 S. dazu nur *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 105 m.w.Nachw. und unter Abgrenzung zum Handlungswillen als Willen, sich überhaupt zu verhalten und zum Erklärungswillen als Bewusstsein der rechtsgeschäftlichen Natur des eigenen Handelns; detaillierter zum Geschäftswillen im Sinne der h.M. *M. Rehberg*, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C.Reymann/J. Hager (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, Stand 1.9.2025, § 116 Rn. 52 ff.

60 S. nur *Dornis*, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 724 m.w.Nachw. und 732 f., der allerdings unter Verweis auf § 105 Abs. 2 BGB bereits einen Handlungswillen in Abrede stellt und zudem fehlendes Erklärungsbewusstsein und eine fehlende Begebung der Erklärung moniert; besonders deutlich in diesem Sinne auch *Teubner*, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 179 ff.; ebenfalls bereits am Handlungswillen zweifelnd weiterhin *F. Kainer/L Förster*, Autonome Systeme im Kontext des Vertragsrechts, *ZfPW* 2020, 275 (284 f.); auch *Spindler/Schuster* gehen davon aus, dass Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille nicht vorliegen, wollen diese aber "zurechnen", vgl. *Spindler/Wöbbecking* (Fn. 8), Vorbemerkung zu §§ 116 ff. Rn. 6; einen konkreten Geschäftswillen vermissend weiterhin *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 238, der allerdings einräumt, dass dies die Annahme einer Willenserklärung nicht behindere; schließlich *Sosnitza*, Internet der Dinge (Fn. 5), S. 767, der deshalb für die Zurechnung in Anlehnung an *Andreas Wiebe* auf den Grundgedanken des Risikoprinzips zurückgreifen möchte.

gestellt,⁶⁰ was, wenn nicht dem Vorliegen einer Willenserklärung entgegenstehen,⁶¹ doch deren Anfechtbarkeit begründen soll.⁶²

Mit Blick auf ein teilweise ebenfalls in Abrede gestelltes Erklärungsbewusstsein⁶³ ist zu erkennen, dass demjenigen, der den smarten Kühlschrank für künftige Einkäufe aktiviert, bewusst ist, dass er rechtsgeschäftlich agiert,⁶⁴ sodass der Streit um dessen Qualifikation als notwendiger Bestandteil einer Willenserklärung hier dahinstehen kann.⁶⁵

In Bezug auf den Geschäftswillen, der bei Lichte betrachtet lediglich maßgebend ist hinsichtlich der inhaltlichen Kongruenz von subjektivem Willen und Erklärung und damit erst im Rahmen der Irrtumsanfechtung Bedeutung erlangt,⁶⁶ ist zunächst festzuhalten, dass das Gesetz keine näher definierten Konkretisierungsanforderungen formuliert. Dies ist auch nicht überraschend, denn die Privatautonomie streitet dafür, auch einen rechtsgeschäftlichen Willen, der gleichsam ohne Tiefenschärfe auskommt und nur einen Rahmen vorgibt, anzuerkennen, sofern sich ausmachen lässt, welche Erklärungsinhalte innerhalb des Rahmens liegen und welche außerhalb. Insoweit der Erklärende seinen Willen nicht spezifiziert, begibt er sich allerdings des Einwands der Inkongruenz gegenüber einer entsprechenden Erklärung.⁶⁷ Ein Grund, dem nur allgemeinen Geschäftswillen die Geltung zu versagen, ergibt sich hieraus freilich nicht.⁶⁸

Ein Geschäftswille nach diesem Maßstab ist beim Aktivieren eines KI-Agenten gegeben, sofern es Kriterien gibt, nach denen sich verlässlich bestimmen lässt, welche Akte des KI-Agenten innerhalb des Aktivierungswillens liegen. In dem Kühlschrank-Beispiel gibt es danach sehr wohl einen bestimmten Geschäftswillen, wenn der Aktivierungswille auf den Einkauf von Lebensmitteln gerichtet ist, die nach bestimmten Kriterien als

61 Hierzu *Neuner*, Allgemeiner Teil (Fn. 15), § 32 Rn. 43 m.w.Nachw.

62 Dazu sogleich, s. auch *Kaulbach*, Vertragsschluss (Fn. 4), S. 1153; *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 238.

63 Vgl. Fn. 61; krit. auch *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 238.

64 S. hierzu nur *Ruster*, Willenserklärungen (Fn. 4), S. 642 f.

65 Näher zu diesem Streit *Hennemann*, Interaktion (Fn. 2), S. 105 ff. m.w.Nachw., der selbst, s. S. 107 f., einen Erklärungswillen (vgl. Fn. 59) für erforderlich hält; ausführlicher Überblick bei *Singer* (Fn. 42), Vorbemerkung zu §§ 116, Rn. 33 ff.

66 Vgl. *Rehberg* (Fn. 59), § 116 Rn. 52.2, 57.

67 So trotz Ablehnung eines Geschäftswillens im Ergebnis auch *Ruster*, Willenserklärungen (Fn. 4), S. 643 ff.

68 Womöglich ist eine solche Neukonturierung des Geschäftswillens mit Blick auf die tradierte Rechtsgeschäftslehre die von *Gunther Teubner* mit Blick auf Softwareagenten geforderte, notwendig zu ziehende Konsequenz für die Rechtsgeschäftslehre, vgl. *Teubner*, Rechtssubjekte (Fn. 4), S. 181.

"gesund, nachhaltig etc." anzusehen sind, mögen diese Kriterien auch eine Entwicklung der Einschätzung als gesund oder ungesund erlauben. Dass der Betreiber nicht weiß, welche Lebensmittel dem konkret entsprechen werden, ist unschädlich.

Dementsprechend ist es auch zumindest missverständlich, die einzelnen Geschäfte, die der KI-Agent, etwa der smarte Kühlschrank, tätigt, als vom Aktivierungswillen des Betreibers „weitestgehend entkoppelt“⁶⁹ anzusehen. Der Aktivierungswille des Betreibers "umfasst" vielmehr die Aleatorik der KI, d.h. der Betreiber „will“ im echten Sinne, dass der Kühlschrank im Rahmen des abgesteckten Rahmens einkauft.

Allerdings könnte man gegen den vorstehend bemühten Gedanken der Privatautonomie einwenden wollen, dass ein davon umfasster Tatbestand beim Einsatz eines KI-Agenten in Wahrheit gar nicht vorliege.

Privatautonomie meint die Kapazität, autonom, kraft Willens rechtliche Bindungen herbeizuführen.⁷⁰ Eine solche "Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung"⁷¹ erfordert, dass dort, wo eine vertragliche Rechtsgestaltung gewollt ist, grundsätzlich eine rechtliche Bindung eintritt, die Privatrechtsordnung den überstimmenden privaten Willen also respektiert und anerkennt.

Mit Blick auf diejenigen objektiven Erklärungstatbestände der KI, die von dem abstrakten subjektiven Willen desjenigen, der die KI einsetzt, umfasst sind, besteht eine solche Willenskongruenz, die Geltung beansprucht. Der Käufer des intelligenten Kühlschranks hat unzweifelhaft den abstrakten subjektiven Willen, Lebensmittel zu erwerben, die nach seinem Verständnis "gesund, nachhaltig etc." sind. Dieser Wille umfasst bspw. den Kauf von Brokkoli, den der Kühlschrank entäußert.

Die Verallgemeinerung des Willens dahin, dass jegliche "gesunde, nachhaltige etc." Lebensmittel erfasst sind, ist nicht nur unschädlich, sondern gerade ihrerseits von der Privatautonomie geschützt, weil der Käufer des Kühlschranks eben gerade nicht präzisieren möchte, welche "gesunden, nachhaltigen etc." Lebensmittel er erwerben möchte. Insoweit verhält es

69 Hennemann, Interaktion (Fn. 2), S. 240; so auch Dornis, Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 719, 729, 730.

70 Vgl. Flume, Allgemeiner Teil (Fn. 19), § 1, S. 1 ff; entsprechend formuliert die Erste Kommission zum Entwurf des BGB das Rechtsgeschäft als eine „Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“, Mugdan, Motive I (Fn. 20), S. 421 [im Original: Motive I, S. 126].

71 Flume, Allgemeiner Teil (Fn. 19), § 1, I., S. 1.

sich nicht anders als beim gelangweilten Wein-Connaissanceur, der bei seinem Sommelier "zehn feine Flaschen" bestellt, oder dem, der "eine Hose" kauft, ohne festzulegen, ob es nun eine Jeans oder eine Chino sein soll, oder schließlich auch demjenigen, der einen Apfel erwirbt, ohne die genaue Sorte oder die farbliche Beschaffenheit oder die Herkunft festzulegen oder der eine Wohnung anmietet, ohne diese besichtigt oder das Makler-Exposé sorgfältig studiert zu haben und der deshalb überrascht feststellen muss, dass keine Badewanne, sondern nur eine Dusche vorhanden ist und die Fenster im zweiten Stock eher klein sind.

Die mangelnde Feinkalibrierung des gebildeten Willens steht der Erklärungszurechnung und der Wirksamkeit des Vertragsschlusses in allen diesen Beispielen so wenig entgegen wie beim Einsatz des KI-Agenten.

C. Fazit in Thesen

- I. Der Einsatz autonomer KI-Agenten wirft die Frage auf, ob deren bloße allgemeine willentliche Aktivierung es zulässt, die einzelnen im vorgegebenen Rahmen durch den autonomen Agenten getätigten „Erklärungen“ dem Betreiber als eigene Willenserklärungen zuzurechnen.
- II. Mit der h.M. sind diese Erklärungen als Willenserklärungen des Betreibers des KI-Agenten zu qualifizieren. Es besteht kein *numerus clausus* der Modalitäten der Willenserklärung. Privatautonomie und Vertragsfreiheit gebieten es vielmehr, den allgemeinen Aktivierungswillen des Betreibers als allgemeinen Geschäftswillen genügen zu lassen und somit auch unter Einsatz von KI-Agenten bewirkte Verträge als wirksam anzuerkennen, sofern sich nur bestimmen lässt, ob das jeweilige Geschäft sich innerhalb des vorgegebenen Rahmens bewegt. Soweit die jeweilige Transaktion diesen Rahmen wahrt, scheidet eine Irrtumsanfechtung damit grundsätzlich aus.
- III. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass ein Rückgriff auf die Vorschriften der Stellvertretung ausscheiden muss, weil dem KI-Agenten *de lege lata* keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Ein solcher Rückgriff ist vielmehr umgekehrt gerade deshalb entbehrlich: Mangels eigener Rechtspersönlichkeit der KI kommt es nicht zu einer Willensdelegation auf eine andere Person. Deshalb steht der *numerus clausus* der Delegationsformen des BGB einer Zurechnung der KI-Erklärung

- gen als eigene Willenserklärung des Betreibers der KI gerade nicht entgegen.
- IV. Einer solchen Zurechnung steht auch nicht der gesetzlich angeordnete Ausschluss des Geschäftsunfähigen von der Stellvertretung entgegen. Abgesehen davon, dass dieser Ausschluss es entgegen der ganz h.M. nicht zwingend bedingt, eine eigene Erklärung des Vertretenen zu verneinen, ist der Einsatz von KI schon deshalb nicht vergleichbar, weil die KI keine eigene Rechtspersönlichkeit hat und zudem Stellvertretung durch Geschäftsunfähige einerseits und der Einsatz von KI-Agenten andererseits auch sonst und insbesondere hinsichtlich der Verkehrssicherheit und der Zweckmäßigkeit unterschiedlich liegen.
- V. Nimmt man einen – allerdings mangels eigener Rechtspersönlichkeit des KI-Agenten hinkenden – Vergleich des Vertragsschlusses durch KI-Agenten mit einer vervollständigten Blanketterklärung vor, so entspricht eine innerhalb des Aktivierungsrahmens ihres Betreibers liegende KI-Erklärung am ehesten einem abredegemäß vervollständigten Blankett. Weil sich ein solches abredegemäß vervollständigtes Blankett als Vertragserklärung des Blankettausstellers verstehen lässt, steht der Vergleich zum Blankett der Zurechnung solcher KI-Erklärungen als Willenserklärungen ihres Betreibers jedenfalls nicht entgegen.

Online choice architecture: impacto del diseño digital en la autonomía contractual del usuario. Inteligencia artificial y vulnerabilidad del usuario digital*

M.^a Natalia Mato Pacín, Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: El trabajo aborda el fenómeno del diseño y de los patrones oscuros en las interfaces en línea desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea y español. Estas prácticas, con un gran impacto en la economía digital debido a la IA y el *big data*, se encuentran en el punto de mira del legislador europeo, con presencia en todas las normas relevantes del sector aprobadas en los últimos años. Tras un breve recorrido por las disposiciones que pueden suponer un límite legal a los patrones oscuros, el núcleo del trabajo se centra en examinar la transformación del concepto de usuario/consumidor en el entorno digital impulsada por la inteligencia artificial y las técnicas de personalización. Se argumenta que el enfoque normativo tradicional en torno al usuario medio podría resultar insuficiente ante la capacidad de la inteligencia artificial para explotar vulnerabilidades y adaptar hasta el extremo la experiencia individual.

Palabras clave: *Legal design*, patrones oscuros, interfaces digitales, protección de datos, prácticas comerciales desleales, servicios digitales, inteligencia artificial, usuario digital vulnerable.

Zusammenfassung: Der Beitrag befasst sich mit dem Phänomen der “*dark patterns*” aus der Sicht Rechts der Europäischen Union und des spanischen Rechts. Diese manipulative Gestaltung von Online-Schnittstellen, die dank künstlicher Intelligenz und *big data* große Auswirkungen auf die digitale Wirtschaft hat, steht im Visier des europäischen Gesetzgebers und ist Gegenstand aller einschlägigen sektoralen Verordnungen der letzten Jah-

* Profesora del Departamento de Derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación nacional financiado por la Fundación Ramón Areces (XX Concurso Nacional para la Adjudicación de Ayudas a la Investigación en Ciencias Sociales) y titulado “Optimización de la transparencia en los contratos *online* para una innovación económica en la industria minorista: Investigación interdisciplinar a través del análisis jurídico y experimentos empíricos sobre el comportamiento del consumidor”, del que la autora es Investigadora Principal.

re. Nach einem kurzen Überblick über die Bestimmungen, die den *dark patterns* rechtliche Grenzen setzen können, wird dem Wandel nachgegangen, den der Begriff des Nutzers/Verbrauchers im digitalen Umfeld – forciert durch künstliche Intelligenz und Personalisierungstechniken – derzeit durchlaufen hat. Es wird dargelegt, dass sich der traditionelle normative Fokus auf den Durchschnittsnutzer als unzureichend erweisen könnte angesichts der Fähigkeit der künstlichen Intelligenz zur Ausnutzung von Schwachstellen und zur genauen Anpassung an die individuellen Erfahrungen der Nutzer.

Schlüsselwörter: Legal design, dark patterns, Online-Schnittstellen, Datenschutz, unlautere Geschäftspraktiken, digitale Dienstleistungen, künstliche Intelligenz, im digitalen Umfeld verletzlicher Nutzer.

A. Introducción: legal design y contratación digital

El punto de partida de este trabajo se ubica en el hecho de que, en el entorno digital, el contacto entre el usuario y el empresario se produce a través de la interfaz del dispositivo que se maneje (v. gr. un ordenador, un teléfono móvil, una *Tablet*, un dispositivo conectado). Esta circunstancia convierte a la interfaz en un elemento clave para la comunicación entre ambos y, por lo tanto, también para la comunicación con relevancia legal, especialmente porque en el entorno digital es la única fuente de información.¹

Así las cosas, en los últimos tiempos está cobrando mucha importancia el diseño de las páginas web y aplicaciones informáticas en lo que se refiere a cómo configurar el proceso de contratación, cómo se integran los -crecientes- requisitos legales de información, cómo se pide el consentimiento, cómo se accede a las condiciones generales o al tratamiento de datos personales, que tienen mucha relevancia en el entorno digital. Hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista del comportamiento del usuario, se ha demostrado que el éxito de la comunicación a través de la interfaz no solo depende del contenido de la información -esto es, sobre qué se informa-

1 J. Luzak, Tailor-made consumer protection: personalisation's impact on the granularity of consumer information, en: M. Corrales et al. (eds.), *Legal design – Integrating business, design and legal thinking with technology*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2021, p. 107.

sino también del modo en el que se proporciona dicha información -cómo y cuándo se informa-.²

Esta idea de que el diseño es importante también desde el punto de vista jurídico se inscribe en lo que se denomina de manera genérica como *legal design*, un concepto o una disciplina relativamente reciente y de total actualidad que plantea diseñar los procesos con implicaciones jurídicas de una forma más intuitiva, inclusiva y eficiente para todas las partes implicadas.³ Descendiendo a una definición más concreta del concepto de *legal design*, se podría decir que es la aplicación del diseño al mundo del Derecho, para hacer los sistemas y los servicios jurídicos más centrados en el ser humano y más satisfactorios y fáciles de usar.⁴

Efectivamente, se ha acusado tradicionalmente a los contratos o a la información legal de ser escritos “por abogados para abogados”.⁵ En este sentido, la idea que subyace detrás del *legal design* residiría en que estos contratos se redactaran o confeccionaran también pensando en los usuarios o destinatarios, esto es, en encontrar un equilibrio entre la necesidad de precisión -que es consustancial al Derecho- y, por otro lado, la facilidad de uso.⁶

Las experiencias en las que se ha aplicado el *legal design* a los contratos son variadas y en diferentes contextos. Es el caso, por ejemplo, de líneas

-
- 2 A.Rossi/R. Ducato/H. Haapio/S. Passera, When design met law: design patterns for information transparency, *Droit de la Consommation*, no. 122-123, 2019, pp. 79 y ss.; O. Seizov/A. J. Wulf/J. Luzak, The transparent trap: a multidisciplinary perspective on the design of transparent online disclosures in the EU, *Journal of Consumer Policy*, n. 42, 2019, p. 19.
 - 3 M. Doherty/M. Corrales/H. Haapio/M. Hagan, A new attitude to law’s empire: the potentialities of legal design”, en: M. Corrales et al. (eds.), *Legal design. Integrating business, design and legal thinking with technology*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2021, pp. 2-3; M. Hagan, *Law by design*, 2016. Disponible en: <https://lawbydesign.co/>; E. Vicente Domingo, Legal design en la redacción e interpretación de los contratos, en: APDC, *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Madrid: Aranzadi, 2024, pp. 187 y ss.
 - 4 Hagan, *Design* (n. 3).
 - 5 K. Huovinen, Better commercial contracts with the application of functional contracting and legal design, en: M. Corrales et al. (eds.), *Legal design. Integrating business, design and legal thinking with technology*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2021, p. 180.
 - 6 H. Haapio/T. D. Barton/M. Corrales, Legal design for the common good: proactive legal care by design, en: M. Corrales et al. (eds.), *Legal design. Integrating business, design and legal thinking with technology*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2021, p. 69.

de tiempo explicando gráficamente un proceso de suscripción, apoyadas en resúmenes destacados y con un lenguaje directo y sencillo;⁷ de páginas interactivas para comunicar información sobre protección de datos;⁸ o de la representación de cláusulas de un contrato laboral recurriendo a viñetas de cómic, para superar las barreras del idioma de trabajadores de una empresa agrícola en Sudáfrica.⁹

Son diversos los beneficios que la doctrina ha asociado a esta disciplina que conjuga el Derecho y el diseño en el ámbito de la contratación. Teniendo en cuenta que el *legal design* adopta un enfoque de Derecho preventivo o proactivo -centrándose en evitar que surjan problemas innecesarios, más que limitándose a resolver los conflictos jurídicos que ya han surgido-, se ha demostrado que aumenta el entendimiento y el cumplimiento de los contratos, reduce posibles malentendidos y reclamaciones, mejora la experiencia del usuario y aumenta su compromiso y confianza con la marca.¹⁰

A la vista de todo lo anterior, no es de extrañar que desde todos los sectores empresariales se invierta de manera creciente en el diseño de páginas web, aplicaciones o *software* de tal modo que puedan ofrecer a sus usuarios y clientes una experiencia más sencilla y satisfactoria. Para ello se utilizan patrones de diseño¹¹ que, mediante el análisis de los sesgos cognitivos y afectivos de los sujetos, anticipan su comportamiento y permiten lograr una configuración de la interfaz (una “arquitectura de elección” u *Online Choice Architecture*, en terminología inglesa)¹² adecuada a los objetivos. El problema reside en que estas técnicas de presentar las distintas opciones en una interfaz pueden no ser neutrales sino estar encaminadas a influir, más o menos sutilmente, en el comportamiento del usuario de tal manera que sus decisiones no sean racionales o coherentes con sus preferencias. No

7 En <https://buzzsumo.com/wp-content/themes/brandwatch/src/site--buzzsumo.com/assets/Buzzsumo-Terms-2019-09.pdf>.

8 En <https://www.visualcontracts.eu/legal/privacy-statement/>.

9 En <https://creative-contracts.com/clemengold/>.

10 S. Passera/E. Allbon/H. Haapio, Contract transformation: merging drafting and design to meet the needs of human readers, en: M. Corrales et al. (eds.) Research handbook on contract design, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2022, p. 98.

11 WorldDCC Foundation/S. Passera/H. Haapio, Contract Design Pattern Library; T. D. Barton/H. Haapio/S. Passera/J. Hazard, Reframing contract design: integrating business, legal, design and technology perspectives, en: M. Corrales et al. (eds.) Research handbook on contract design, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2022, pp. 40 y 41.

12 Competition & Markets Authority, Online Choice Architecture. How digital design can harm competition and consumers, Discussion Paper, abril 2022.

hay que olvidar que es en internet donde más expuesto está el usuario y, de hecho, se habla de un nuevo tipo de asimetría de la información, pues a la tradicional situación en la que el empresario tiene más conocimientos que el usuario sobre el producto o servicio comercializado, se añade que el empresario sabe también más sobre el usuario que el propio usuario, como consecuencia de toda la información que genera su actividad en línea.¹³ Surgen, así, los conocidos como patrones oscuros o engañosos o *dark patterns* o *deceptive patterns*, técnicas mediante las que los diseñadores utilizan su conocimiento sobre el comportamiento humano para implementar características o pasos engañosos que no se alinean con lo que es mejor para el usuario.¹⁴

B. Prácticas engañosas o coercitivas que afectan al comportamiento del usuario digital

No hay una única definición aceptada de patrones oscuros, pues se trata de un concepto amplio que engloba una gran diversidad de prácticas y respecto del que se han intentado diferentes aproximaciones teóricas. Recurriendo a la definición legal que de estas prácticas dispone el Reglamento de Servicios Digitales (RSD, en adelante), se trataría de técnicas que “engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o [...] distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas” (art. 25.1).

Del mismo modo, tampoco hay una clasificación oficial o unánime, sino múltiples que ha ido creando la doctrina partiendo de distintos criterios.¹⁵ Sin ánimo de ser exhaustivos, pero sí para ilustrar mínimamente el fenómeno de los patrones engañosos a través de ejemplos prácticos, enumeraremos algunos supuestos de las prácticas más prevalentes en la Unión Europea

13 E. Mik, The erosion of autonomy in online consumer transactions, *Law, Innovation and Technology*, n. 8 (1), 2016, p. 13.

14 Definición tomada de la web de Harry Brignull (<https://www.deceptive.design/>), quien introdujo el concepto de patrones oscuros en 2010 (aunque en la actualidad se refiere a este fenómeno como “*deceptive designs*”).

15 Para más detalle acerca de la definición, tipología y ejemplos con ilustraciones, remitiéndonos a la bibliografía allí citada, véase M.N. Mato Pacín, Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2024, pp. 52, 53 (delimitación); 54-60 (clasificaciones y ejemplos).

según una investigación llevada a cabo en el marco del Programa de Consumidores de la Comisión Europea en 2022:¹⁶

- a) Información escondida o falsa jerarquía: patrón que toma información importante en el proceso y que la esconde visualmente o la ordena de una manera (usando tamaño, color, ubicación, etc.) para promover una opción específica, la preferida por el empresario;
- b) Preselección o selección por defecto (*bad default*): práctica que marca por defecto las opciones preferidas por el empresario;
- c) Persistencia o *nagging*: el empresario insiste en ciertas acciones -que el usuario no puede definitivamente rechazar- con la intención de que el usuario al final acepte la acción, simplemente para evitar la molestia de las interrupciones;
- d) Cancelación difícil o *roach motel*: patrón que se basa en una asimetría entre el momento de contratar y el de dar por terminado un contrato, pues si bien la contratación fue muy sencilla, la cancelación se dificulta sobremedida por la gran cantidad de barreras que existen.

Otros ejemplos de técnicas también usadas en la práctica serían las conocidas como *sneak into the basket* (se añaden a la cesta productos no solicitados y que pueden pasar desapercibidos), *confirmshaming* (técnicas que buscan hacer sentir al usuario culpable o tonto por rechazar una opción), de escasez o urgencia (uso de mensajes alertando de existencias muy limitadas de stock, de que hay muchos usuarios mirando un producto o contadores avisando de que el tiempo que queda para una compra es breve); uso de la influencia social (mensajes informando sobre el comportamiento -compras, visitas- de otros usuarios o sobre afirmaciones realizadas por otros sujetos sobre un producto o servicio, que pueden ser confusas o falsas); *forced actions* (prácticas que obligan al usuario a aceptar ciertas acciones no queridas realmente por él, como, por ejemplo, obligar al usuario a registrarse proporcionando datos como su correo electrónico, fecha de nacimiento o dirección para poder acceder a alguna funcionalidad para la

16 F. Lupiáñez-Villanueva/A. Boluda/G. L. Bogliacino/L. Lechardoy/T. Rodríguez de las Heras, Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment – Dark patterns and manipulative personalisation – Final report, Publications Office of the European Union, 2022.

que realmente no sería técnicamente necesario ese registro, siendo la única finalidad la de proporcionar datos personales).¹⁷

Algunas de estas maniobras, consistentes en persuadir a los usuarios para que contraten, para que se relacionen con el entorno del empresario en condiciones más beneficiosas para él o para que inviertan allí más tiempo, en mayor o menor medida, siempre han existido, incluso en el entorno físico u *offline*. Pero, en la actualidad, gracias al *big data* y la inteligencia artificial, como se señalará en epígrafes posteriores, el problema se agrava por la cantidad de datos y la personalización tan detallada que pueden llegar a alcanzar intentando explotar cualquier vulnerabilidad del usuario y por la posibilidad de predeterminar con bastante exactitud la reacción de cada usuario a las distintas técnicas de persuasión o engaño y, por tanto, de saber cuáles tienen un mejor funcionamiento para los intereses del empresario.¹⁸ De hecho, son prácticas totalmente extendidas en el ámbito digital y en todos los sectores,¹⁹ que pueden llegar a generar daños tanto individuales (pérdidas económicas y de privacidad o daños psicológicos) como colectivos (fallos de mercado, afectación a la confianza de los usuarios y a la libre competencia).²⁰

C. Panorámica de los principales límites jurídicos a los patrones oscuros

A la vista de que estas prácticas tienen potenciales efectos perjudiciales y están presentes en el día a día del entorno digital, cabe plantearse cuál sería el marco normativo para abordar jurídicamente los patrones oscuros en la

17 Sin perjuicio de remitirnos a la bibliografía recogida en la obra citada en la nota pie número 16, donde tratamos más extensamente el fenómeno, de la gran mayoría de las técnicas aquí señaladas se puede encontrar un análisis en C. Gray/Y. Kou/B. Battles/J. Hoggatt/A.J. Toombs, The dark (patterns) side of UX design, CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, 2018; J. Luguri/L. J. Strahilevitz, Shining a light on dark patterns, Journal of Legal Analysis, vol. 13, Working Paper n. 719, 2021; A. Mathur/J. Mayer/M. Kshirsagar, What makes a dark pattern...dark?, CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, 2021.

18 Luguri/Strahilevitz, Shining (n. 17), pp. 49-50.

19 Lupiáñez-Villanueva et al., Behavioural (n. 16), pp. 6 y 120.

20 Sobre el impacto individual y colectivo de los patrones oscuros, ver Mato, Interfaces (n. 15), pp. 62 y ss.

Unión Europea. Veamos una breve panorámica de las normas que podrían suponer un límite desde el punto de vista del Derecho para estas prácticas.²¹

En primer lugar, si el patrón oscuro afecta a *datos personales*, el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (EU) 2016/679, en adelante, RGPD), será un claro límite en la medida en que varios de sus principios se verían afectados. Así, algunos patrones oscuros no serían compatibles con los principios de lealtad y transparencia del art. 12 RGPD -que obligan a dar información sobre la recogida y el tratamiento de una manera accesible y clara de entender-, con la obligación de solicitar el consentimiento de forma libre, específica, informada e inequívoca (arts. 4.11 y 7 RGPD) o con el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto (art. 25 RGPD). De hecho, tal es la incidencia de estas técnicas en el ámbito de los datos personales que el Comité Europeo de Protección de Datos publicó en 2022 unas Directrices sobre patrones oscuros en las redes sociales (Directrices 03/2022). Por otro lado, los órganos nacionales competentes en materia de protección de datos recurren en ocasiones ya al concepto “patrón oscuro” en los expedientes sancionadores.²²

No nos movemos exclusivamente en el campo del Derecho de consumo, pero si el usuario es, además, consumidor, lógicamente las *normas de protección al consumidor* pueden dar respuesta a algunas de las técnicas engañosas. Sería el caso, por un lado, de la Directiva 2011/83/EU, sobre derechos de los consumidores, de la Directiva 93/13/EC, sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo y, en el caso español, de su transposición en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (en adelante, TRLGDCU). Sin ánimo de exhaustividad, esto implicaría que patrones que ocultan información que el empresario está obligado a proporcionar al consumidor (v. gr. precio total) serían ilícitos por contravenir los requisitos de información precontractual y transparencia (arts. 6 y 8 Directiva 2011/83) del mismo modo que también serían contrarios a la normativa de consumo aquellos patrones que impliquen no pedir un consentimiento separado para productos o servicios adicionales o que usen una casilla premarcada para solicitar el consentimiento (art. 22 Directiva 2011/83). También aquellos

21 No se abordan aquí los concretos mecanismos de tutela procesal que se articulan en cada norma ni otras observaciones sobre el marco normativo, como la interacción entre las normas (a excepción del RSD y la normativa de competencia desleal), o el enfoque individual y colectivo de los remedios, para lo que nos remitimos a *Mato, Interfaces* (n. 15), pp. 115 y ss.; 122 y ss.; 125 y ss.

22 Véase *Mato, Interfaces* (n. 15), pp. 76-77.

diseños que escondan renovaciones o suscripciones automáticas oscuras o con plazos breves para evitarlas (anexo 1(h) Directiva 93/13) o que dispongan la información o la petición de consentimiento de tal manera que una cláusula no negociada no pase el control de incorporación o de transparencia material (arts. 4.2 y 5 Directiva 93/13). Según la normativa española, serían expresamente ilícitos, además, patrones que dificultaran la terminación de un contrato exigiendo formalidades que no son simétricas respecto de las requeridas para darse de alta (arts. 62.2, 62.3 y 87.6 TRLGD-CU).

Por otro lado, partiendo de que los patrones oscuros son prácticas que distorsionan o pueden distorsionar el comportamiento del consumidor, parece lógico buscar límites legales en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, sobre *prácticas comerciales desleales* (transpuesta al ordenamiento jurídico español en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal -en adelante, LCD-). Aunque esta norma no hace referencia expresa a los patrones oscuros -lógicamente, por el momento en el que fue adoptada-, una Guía sobre la interpretación y aplicación de esta Directiva, publicada por la Comisión Europea en 2021, incluye una sección *ad hoc* sobre esta figura y clarifica que esta norma puede ser usada para debatir la validez de estas prácticas.

Así, la Guía advierte de que algunos patrones oscuros ya están realmente prohibidos de manera expresa en la Directiva en la lista de prácticas comerciales consideradas desleales en todo caso (Anexo I): como ejemplo y entre otras, las prácticas conocidas como de “señuelo y cambio” (“*bait and switch*”) -es decir, ofrecer productos a un precio determinado que no se pueden suministrar y luego negarse a aceptar pedidos o realizar entregas en un plazo razonable con la intención de promocionar un producto diferente (núm. 5, 6 Anexo I y arts. 22.1 y 22.2 LCD)- o la táctica de crear urgencia afirmando falsamente que un producto sólo estará disponible durante un tiempo muy limitado, utilizando temporizadores falsos y declaraciones de existencias limitadas en los sitios web (núm. 7 Anexo I, art. 23.4 LCD). En el caso español, también podrían ser prácticas engañosas las pruebas gratuitas engañosas o trampas de suscripción compaginadas con obstáculos para una posterior desvinculación del contrato (arts. 22.2 y 23.4 LCD) y, tras la Directiva 2019/2161, las reseñas falsas o distorsionadas de usuarios con el fin de promocionar los bienes o servicios (art. 27.8 LCD). Por otro lado, otros patrones oscuros podrían encajar en la prohibición de acciones u omisiones engañosas (arts. 6 y 7 Directiva) o prácticas agresivas (arts.

8 y 9 Directiva): acciones engañosas, como el uso de preguntas capciosas y lenguaje ambiguo para confundir al consumidor o el uso de un botón con etiquetado confuso; omisiones engañosas, como información oculta; o prácticas agresivas, como hacer que el usuario se sienta culpable o tonto.²³ Finalmente, como una cláusula de cierre, si el patrón oscuro no encaja en ninguno de estos supuestos, la Directiva prohíbe las prácticas que afectan al comportamiento económico de un consumidor y que son contrarias a lo que exigiría la “diligencia profesional”. La Guía de la Comisión expresamente señala que este requisito de la diligencia profesional obligaría al empresario a adoptar medidas adecuadas para garantizar que el diseño de su interfaz no altera las decisiones de los consumidores.²⁴ Teniendo en cuenta que también apunta que la norma no exige que exista una *intención* de aplicar el patrón oscuro para que estemos ante un acto desleal,²⁵ el ilícito existirá desde el momento en el que el diseño de la web incluya estas técnicas, con independencia de que el empresario buscara este efecto distorsionador o incluso fuera consciente de él.

A la vista de todo lo anterior, la normativa sobre prácticas desleales podría ser actualmente una de las normas principales para controlar los patrones oscuros (cuando no están involucrados datos personales). Uno de los obstáculos que se le puede achacar es que, más allá de las contadas prohibiciones específicas de la lista negra, en muchos casos es necesario aplicar cláusulas o conceptos generales que necesitan ser especificados caso por caso.

Dentro de un conjunto de normas más reciente en las que el legislador europeo enfrenta ya expresamente la existencia de los patrones oscuros, debemos comenzar por el ya aludido Reglamento 2022/2065, de Servicios Digitales (en adelante, RSD), primera norma que regula de manera explícita esta figura, prohibiendo las técnicas que “engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o [...] distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas” (art. 25.1).

Se ha optado, por tanto, por positivizar una definición amplia de patrón oscuro, que se completa con tres supuestos de prácticas específicas que -entendemos, por su habitualidad y especial efecto pernicioso- se ponen

23 *Comisión Europea*, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, 2021/C525/01, 2021, p. 101.

24 *Comisión Europea*, Directrices (n. 23), p. 101.

25 *Comisión Europea*, Directrices (n. 23), p. 101.

de relieve. Como una enumeración que debemos entender como *numerus apertus* (“en particular”, señala el art. 25.3 RSD, al referirse a los supuestos concretos y, por lo tanto, no excluyendo otras), el legislador ha seleccionado para destacar aquellas prácticas que buscan manipular al usuario con el formato de la información, las técnicas de persistencia o *nagging* y las de obstrucción para darse de baja o *roach motel*. Aunque redactado de una manera un tanto inusual, parece que habrá que estar a futuras posibles directrices a las que se refiere la norma para tener un perfil más concreto de los tres supuestos subrayados y para, esperemos, un reconocimiento expreso de más tipologías de patrones oscuros, siguiendo las diversas clasificaciones de la doctrina.

Sin embargo, lo que a primera vista parecería la solución a los patrones oscuros, debe matizarse, por dos razones. En primer lugar y, en lo que al ámbito subjetivo de aplicación de la norma respecta, porque, la prohibición del art. 25 RSD no se refiere a todos los prestadores de servicios de intermediación, sino solo a los prestadores de plataformas en línea (Sección 3), y, por otro lado, excluye a los microempresarios y pequeñas empresas (art. 19), aunque los patrones se utilizan por empresarios de todos los tamaños. Parece, por tanto, que el RSD está enfocado a controlar prácticas engañosas que tengan un cierto impacto en la sociedad. En segundo lugar, y más importante, porque, tal y como se recoge en el apartado segundo del art. 25 RSD, la prohibición “no se aplicará a las prácticas contempladas en la Directiva 2005/29/CE”.

No es inequívoca la forma de entender esta relación aparentemente excluyente entre ambas normas. Una opción sería entender que se refiere a que no se aplica a ninguna práctica comercial entre empresarios y consumidores²⁶. Otra, que hace alusión solo a las prácticas comerciales no cubiertas por la Directiva de prácticas desleales porque, aun siendo prácticas comerciales, no tuvieran esta consideración²⁷. Aunque no está claro a qué solución lleva la literalidad del texto, nos parece más razonable la segunda opción. Entender que el art. 25 RSD no se puede aplicar a las prácticas comerciales entre profesionales y consumidores, en general, reduciría considerablemente la utilidad de la prohibición de los patrones oscuros, pues,

26 B. Raue, Art. 25 DSA, en: F. Hofmann/B. Raue (eds.), Digital Services Act. Article-by-Article Commentary, Baden-Baden, 2025, pp. 522.

27 M. J. Sorensen/P. Rott/K. Sein, Response of the European Law Institute to European Commission’s public consultation on digital fairness. Fitness check on EU Consumer Law, European Law Institute, 2023, pp. 9-10.

a sensu contrario, solo podría aplicarse a otro tipo de prácticas comerciales, por ejemplo, entre empresarios, o bien a prácticas que no sean comerciales²⁸. La segunda interpretación permitiría, sin embargo, más juego para el RSD, pues posibilitaría una cierta relación de complementariedad: técnicas de diseño que no pudieran ser declaradas desleales por la normativa de competencia desleal podrían quedar amparadas, sin embargo, por la definición del art. 25.1 RSD. Esto daría un mayor sentido a la existencia de esta norma y a la prohibición de patrones oscuros: al abordar directa y expresamente el fenómeno de los patrones oscuros, el art. 25 RSD tendría un papel de cláusula de cierre, pues vendría a ser un mecanismo para expulsar aquellas prácticas que pudieran quedar sin control a través de la norma de defensa de la competencia, más limitada porque no contempla expresamente este fenómeno. Además, según la delimitación literal del art. 3.1 de la Directiva de prácticas desleales, el ámbito de aplicación de aplicación de la norma es “las prácticas comerciales desleales entre empresarios y consumidores”. Es decir, podría argumentarse que cuando no califican como desleales, no entran dentro del ámbito de la norma.

Conviene reconocer, no obstante, la incertidumbre que deja esta composición con el epígrafe 2 del art. 25 en vigor. El hecho de que en una cierta parte de los casos no esté claro qué patrones oscuros están cubiertos por la normativa de competencia desleal -o qué intensidad tendrían que presentar algunos para ser relevantes para la normativa de competencia desleal- comporta que, correlativamente, tampoco sepamos qué cubre el RSD, lo que supone un detrimento para la aplicación efectiva de ambas normas: el riesgo de no saber cómo canalizar o argumentar jurídicamente en cada caso puede desincentivar las acciones frente a estas prácticas, siendo el resultado contrario al perseguido. A este obstáculo se ha añadido la dificultad que supondría que las autoridades nacionales competentes en materia de competencia desleal (con transposiciones de la Directiva europea que pueden variar) tengan que pronunciarse primero respecto de si una técnica de diseño es o no desleal y, por tanto, puede o no el RSD ser invocado.²⁹ De ahí que estemos de acuerdo con los autores que han

28 Siguiendo a *Raue Art*, 25 DSA (n. 26), p. 524, el campo de aplicación se reduciría a: contratos entre empresarios; actos de consumo en los que el empresario no vende o suministra al consumidor, sino que compra -v. gr. compra al consumidor de oro u objetos de segunda mano-; actos que no pretenden influir en el comportamiento económico del consumidor, v.gr. la decisión de expresar una opinión.

29 *F. Di Porto/A. Egberts*, The collective welfare dimension of dark patterns regulation, *European Law Journal*, n. 29, 2023, p. 134.

propuesto la eliminación del apartado 2 del artículo 25 RSD³⁰. Al menos el objetivo de controlar los patrones oscuros no se vería menoscabado porque los mecanismos no estarían limitados, es decir, podrían invocarse ambas normas, como ocurre en otros casos aquí analizados.

Sea como fuere, esta es una cuestión a aclarar por parte de unas posibles directrices de la Comisión Europea (en el entendido de que llegarán estas antes que la jurisprudencia) pues sí hay un acuerdo en que la interacción entre ambas normas no es clara y que esto genera incertidumbre.³¹ No en vano, esta cuestión concreta fue el problema de coherencia normativa más reportado en el *Fitness Check* del Derecho de digital de consumo de la Unión Europea, cuyos resultados se hicieron públicos en octubre de 2024.³²

Continuando con el repaso al marco normativo, cabe señalar que en el mismo año que el RSD se había publicado el Reglamento 2022/1925, de Mercados digitales (en adelante, RMD). Si bien esta norma no tiene como objetivo tanto la protección de los usuarios del entorno digital como fomentar un entorno competitivo en la esfera digital, son relevantes en su ámbito de aplicación los patrones oscuros, pues desde el punto de vista colectivo pueden generar fallos de mercado, afectar a la confianza de los consumidores en el mercado digital y afectar a la libre competencia.³³ Así, el RMD no se refiere expresamente a ellos con esta denominación, pero sí contempla ciertas obligaciones relacionadas con el diseño de interfaces y que afectan a las grandes plataformas, los llamados “guardianes de acceso” (v. gr. arts. 5.2.d), 5.8, 5.2 *in fine*, 6.3, art. 13.4 y 6 RMD).³⁴ En cualquier caso y en rigor, si bien es cierto que los patrones oscuros se consideran por el RMD como una práctica a erradicar en la medida en que pueden afectar al comportamiento y toma de decisiones racionales de los usuarios y, por tanto, a la competencia, su potencial como norma a controlarlos se ve limitada, por un lado, de nuevo por su ámbito subjetivo -esto es, solo

30 Sørensen/Rott/Sein, Response (n. 27), p. 10; Di Porto/Egberts, Collective (n. 29), p. 139.

31 T. Akhurst/L. Zurdo/R. Rapparini/C. Mautner, How should the European Union regulate dark patterns?, Sciences Po Chair Digital, Governance and Sovereignty, 2023, pp. 18-19 y 26.

32 M. Whittle, Study to support the Fitness Check of EU consumer law on digital fairness and the report on the application of the Modernisation Directive. Final Report, European Commission, 2024, p. 31.

33 Sobre el impacto individual y también colectivo de los patrones oscuros, *vid. Mato*, Interfaces (n. 15), pp. 62 y ss.

34 Mato, Interfaces (n. 15), pp. 97-99.

obligaría a no usar patrones oscuros a los guardianes de acceso- y, por otro lado, por el hecho de que el patrón oscuro tiene que estar relacionado directamente con los supuestos de hecho de los arts. 5, 6 y 7 RMD para entrar en la prohibición.³⁵

Por su parte, en 2023 se aprueban dos normas con ámbitos de aplicación, si bien relacionados con el entorno digital, mucho más acotados que las anteriores, pero que también hacen referencia al fenómeno de las técnicas de diseño engañosas. Nos referimos a la Directiva (UE) 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, relativa a contratos de servicios financieros celebrados a distancia y al Reglamento (EU) 2023/2854, 13 de diciembre, para un acceso justo a los datos y su utilización.

Efectivamente, cada norma, en su ámbito, incluye una prohibición expresa a los patrones oscuros. Lo hace la *Directiva sobre contratos financieros a distancia* en el que sería el nuevo art. 16 *sexies* de la Directiva 2011/83, dirigido a las entidades que prestan dichos servicios financieros a distancia y con una definición idéntica a la recogida en el RSD. Resulta, a nuestro juicio, un acierto mantener una definición más o menos uniforme para evitar distorsiones entre dos normas, que están llamadas a ser complementarias (Cdo. 41): mientras que el RSD se dirige a los prestadores de servicios intermediarios que explotan plataformas en línea, la Directiva 2023/2673 se dirige a los comerciantes que ofrezcan servicios financieros a distancia, sujetos que en la práctica no van a coincidir.

Aunque en las plataformas en línea se incluyan servicios financieros (v. gr. financiación a plazos del precio o línea de crédito), estos son prestados por una entidad diferente: por ejemplo, Amazon ofrece la posibilidad de financiar la adquisición de ciertos productos que pone en el mercado -como vendedor y no solo como intermediario-, pero es Cofidis la entidad que realmente es el proveedor del servicio financiero de pago aplazado.

Por su parte, el *Reglamento de Datos* se ocupa de los patrones oscuros en el art. 6.2.a), dirigido a los terceros que reciban datos de los usuarios generados por dispositivos conectados.

Un ejemplo en el que sería de aplicación esta prohibición recogida en el art. 6 DA sería el de datos que se ceden a una compañía de seguros sobre, por ejemplo, la conducción de un coche o el uso de un reloj inteligente

35 E. Mackinnon/J. King, Do the DSA and DMA have what it takes to take on dark patterns?, Tech Policy Press, June 2023, p. 12.

o de una aplicación de hacer ejercicio, para que la compañía calcule las cuotas del seguro de coche o del seguro de vida o salud (teniendo en cuenta si conduce más o menos rápido, si hace más o menos ejercicio, cuántas horas duerme, etc.). En este supuesto, el usuario sería el sujeto que usa el coche o reloj inteligente, el titular de los datos sería el fabricante/proveedor del producto o servicio y el destinatario de los datos o tercero sería la compañía de seguros.

Y, cerrando esta breve visión panorámica por los diferentes mecanismos legales de protección frente a los patrones oscuros, si se ha señalado al inicio que hoy en día el peligro de estas prácticas es su potencial impacto a través de interfaces dinámicas y personalizadas, controladas por algoritmos de aprendizaje perfeccionados con la recopilación continua de datos,³⁶ tiene todo el sentido que el *Reglamento de Inteligencia Artificial* (Reglamento (UE) 2023/2854, de 13 de diciembre; en adelante, RIA) recoja una mención a los patrones oscuros. Lo hace dentro de las prácticas prohibidas, en el art. 5.1, letras a) y b), texto que ha sufrido diversas modificaciones durante la tramitación parlamentaria y respecto del que se pueden resaltar varias apreciaciones: (i) se aporta una cláusula general (sin ejemplos de supuestos concretos) cuyos elementos clave nos recuerdan a los presentes en otras normas -v. gr. las ideas de “manipulación” y “engaño”-, si bien se añade una referencia a las una referencia a las “técnicas subliminales”, en el sentido de que actúan más allá del umbral de percepción consciente, eludiendo las defensas racionales de una persona contra la manipulación;³⁷ (ii) en la versión final se ha eliminado el requisito de intencionalidad de afectar el comportamiento de la persona de tal modo que pudiera causar daños -sí presente en la Propuesta inicial-³⁸ hecho que valoramos positivamente pues así no se aparta del resto de definiciones legales, porque la intencionalidad es difícil de probar normalmente -más para un consumidor- y, por último, porque el hecho de que los patrones oscuros se incluyan en la

36 Mackinnon/King, DSA (n. 35).

37 Como señala la *European Commission*, Approval of the content of the draft Communication from the Commission – Commission Guidelines on prohibited artificial intelligence practices established by Regulation (EU) 2024/1689, February 2025, p. 20, las técnicas subliminales pueden utilizar estímulos emitidos a través de medios sonoros, visuales o táctiles que, aun siendo demasiados breves o sutiles para ser percibidos por el consciente, sí que afectan al subconsciente y son capaces de influir en los estados emocionales o el comportamiento de los usuarios.

38 En el texto definitivo se habla de que las técnicas se hayan incluido “con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial [...]” (la cursiva es nuestra).

web del empresario -dentro de su ámbito de control- nos parece suficiente para exigir al empresario que responda por los diseños que menoscaben o afecten negativamente al comportamiento del consumidor, aunque fuese con un comportamiento culpable o negligente, sin exigir intención;³⁹ (iii) si bien inicialmente el ámbito de la Propuesta a los daños físicos o psíquicos individuales, en la versión definitiva se eliminaron estos adjetivos -acertadamente, en nuestra opinión-⁴⁰, aunque sí que se exige que los daños sean “considerables”, en la idea, entendemos, de dejar fuera de la prohibición técnicas de diseño que pueden estar más cerca de estrategias de marketing que de conductas ilícitas; el problema sí estará en cómo medir cuándo unos daños -económicos, físicos o psíquicos- tienen esa mínima entidad requerida.

En las directrices recientemente publicadas acerca de la interpretación del art. 5 del Reglamento de Inteligencia Artificial, la Comisión Europea ha identificado varios aspectos que podrían tenerse en cuenta para evaluar el daño. Así, sin perjuicio de que hay que estar al contexto y las circunstancias individuales de cada caso, podría tenerse en cuenta la gravedad del daño (*v. gr.* combinación de varios tipos de daño), los efectos acumulativos, la escala e intensidad (*v. gr.* si afecta a un gran número de personas), el perfil de los -potenciales- afectados (*v. gr.* niños, personas con discapacidad) o la duración y reversibilidad (*v. gr.* no es igual un perjuicio temporal que uno duradero o uno reversible que otro que no lo es).⁴¹

Por último, (iv) es una novedad relativa que expresamente se tenga en cuenta a los patrones oscuros en relación con grupos que podrían ser vulnerables, pues es algo que no ocurre -al menos no tan abiertamente en el propio texto de la norma- en otros casos. Concretamente, se refiere a grupos vulnerables “debido a su edad, discapacidad o una situación social económica específica” (art. 5.1 b) RIA).

39 Este hecho ha sido confirmado por las Directrices sobre las prácticas prohibidas en el Reglamento de Inteligencia Artificial publicadas por la Comisión Europea el pasado febrero de 2025 (*European Commission*, IA (nota 37), pp. 21 y 24).

40 M. Veale/F. Zuiderveen, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, *Computer Law Review International*, n. 4, 2021, p. 99; N. Smuha/E. Ahmed-Rengers/A. Harkens/W. Li/J. Maclaren/R. Piselli/K. Yeung, *How the EU can achieve legally trustworthy: A response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, agosto 2021, pp. 21, 56; Mato, *Interfaces* (n. 15), p. 105.

41 *European Commission*, IA (n. 37) pp. 30-31.

D. El impacto de la Inteligencia Artificial y el usuario vulnerable en el entorno digital

I. La Inteligencia Artificial y la rápida evolución hacia nuevas fórmulas de manipulación

Como se había señalado, las técnicas de diseño que pretenden persuadir a los consumidores para que contraten, para que se relacionen con el entorno del empresario en condiciones más beneficiosas para él o para que inviertan allí más tiempo, no son exclusivas del entorno digital y siempre han existido. Pero el fácil tratamiento de una gran cantidad de datos y la personalización a la que da lugar permiten explotar cualquier vulnerabilidad del usuario, elementos que hacen de estos patrones unas técnicas especialmente interesantes para los empresarios.⁴²

Efectivamente, por un lado, la interacción de los usuarios con aparatos continuamente conectados a internet permite al empresario obtener una gran cantidad de información sobre su comportamiento; por otro, el uso de algoritmos automatizados basados en la inteligencia artificial y el uso de nuevas herramientas de análisis le posibilita procesar los datos a una gran velocidad y escala y personalizar la experiencia del usuario de una manera muy detallada.⁴³ Esto hace que se pueda desarrollar una experiencia de usuario más eficiente desde un punto de vista positivo para este, pero también que puedan diseñar los distintos elementos de la interfaz digital de una manera personalizada al perfil del usuario, explotando sus vulnerabilidades al dirigirse a ellos (por ejemplo, teniendo en cuenta dónde viven, si sufren alguna enfermedad vulnerable, si padecen adicciones, su situación económica o según su situación emocional en ese momento concreto).⁴⁴

42 Luguri/Strahilevitz, Shining (n. 18), pp. 49 y 50; Comisión Europea, Directrices (n. 24), p. 100; S. Cámara Lapuente, Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)?, en: F. Gómez Pomar/I. Fernández Chacón (eds.), Estudios de derecho contractual europeo, Navarra: Aranzadi, 2022, p. 388.

43 Competition & Markets Authority, Online Choice Architecture. How digital design can harm competition and consumers. Discussion Paper. April 2022, p. 45; OECD, Consumer vulnerability in the digital age, OECD Digital Economy Papers, n° 355, June 2023, p. 23.

44 OECD, Dark commercial patterns, OECD Digital Economy Papers, n° 336, October 2022, p. 29.

Así, se ha visto cómo se podría establecer qué tipo de preguntas engañosas funcionan con un usuario según su perfil y utilizarlas, descartando las que no obtienen resultados; qué usuarios pueden caer más fácilmente en suscripciones o compras trampa; quién invertiría más tiempo en buscar la vía para ejercitar sus derechos aunque estuviera oculta y quiénes, por el contrario, desistirían rápidamente; quiénes se quejarían y quiénes no; quiénes se sentirían afectados por técnicas que buscan hacerles sentir culpables y sobre quiénes no tendrían efecto esa estrategia en ese momento concreto.⁴⁵

Además, el empresario puede optimizar de forma continua la interfaz de una manera relativamente fácil, rápida y con bajo coste -sobre todo a diferencia del entorno físico- a través de las conocidas como “pruebas A/B”, esto es, pruebas que consisten en ensayar diferentes variantes de diseño de una interfaz con un número relevante de usuarios y averiguar qué cambio en el comportamiento de los usuarios provoca cada decisión de diseño.⁴⁶

En definitiva, los patrones oscuros no son un fenómeno nuevo, pero, gracias a la configuración del mercado digital actual, tienen un efecto mayor que antes en este propio entorno y, desde luego, una mayor eficacia que en el mundo físico. De hecho, las nuevas fórmulas de manipulación basadas en logaritmos y que se valen de una personalización al detalle para explotar sesgos cognitivos de una manera mucho más encubierta son un claro ejemplo de la vertiginosa evolución del entorno digital, con efectos también en lo que a la regulación de la prohibición de los patrones oscuros se refiere.

Así las cosas, se está pasando de unos “trucos” estáticos de diseño de la interfaz a estrategias dinámicas más sofisticadas. En este sentido, se ha propuesto por algunos autores una clasificación transversal de patrones oscuros basada en la visibilidad del patrón. Así, se podría hablar de “patrones visibles” (aquellos fácilmente detectables en la interfaz, como *pop ups* insistiendo en una opción o casillas premarcadas por defecto), “*darker patterns*” (aquellos que son algo más sutiles, no perceptibles de inmediato, como ocultar el botón para retirar el consentimiento, hacer caminos más largos

45 N. Helberger/O. Lynskey/H. W. Micklitz/P. Rott/M. Sax/J. Strycharz, EU Consumer protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets, March 2021, pp. 110-111.

46 S. Rieger/C. Sindors, Dark patterns: regulating digital design. How digital design practices undermine public policy efforts & how governments and regulators can respond, Stiftung Neue Verantwortung, May 2020, pp. 9 y 15.

con múltiples clics para las opciones menos deseadas por el empresario o apartados difíciles de encontrar) y “*the darkest patterns*” (esto es, fórmulas más insidiosas de manipulación basadas en logaritmos sofisticados y no siempre perceptibles por los destinatarios -como el uso de mensajes subliminales a través de sonidos o imágenes solo detectables por el subconsciente- y fórmulas basadas en la personalización extrema).⁴⁷

Una muestra de estas nuevas fórmulas de manipulación sería la emisión de estímulos a través de medios sonoros, visuales o táctiles que sean demasiado breves o sutiles para ser percibidos. Es el caso de imágenes o textos que parpadean brevemente durante la reproducción de un vídeo o mensajes verbales a bajo volumen o enmascarados por otros sonidos, y que son técnicamente visibles o audibles pero que parpadean lo suficientemente rápido o son tan sutiles que la mente no los registra, aunque sí son capaces de influir en actitudes, estados emocionales o comportamientos.⁴⁸ Pensemos, por ejemplo, en un sistema de IA que detecta el aburrimiento de un usuario en una experiencia digital y que emite entonces un sonido que es imperceptible pero que está diseñado para prolongar el uso.⁴⁹ Y la misma idea, con mayor recorrido posiblemente, podría aplicarse en el uso de un casco o un accesorio en un videojuego.⁵⁰ De la misma manera, se pueden combinar diversas técnicas, personalizando exhaustivamente la experiencia del usuario en un sentido negativo, explotando debilidades o vulnerabilidades como, por ejemplo, presentar a un usuario que se ha detectado que es disléxico partes de la interfaz con una redacción intrincada o enrevesada buscando precipitar determinadas acciones, como contratar o desistir de dar por terminado el contrato.⁵¹ También sería el caso de mensajes de urgencia o escasez que se muestran en momentos estratégicamente elegidos a un usuario que realiza habitualmente apuestas en línea -pues está demostrado que a las personas que apuestan les afectan más este tipo de mensajes- o de cualquier otra técnica que manipule eficazmente al usuario en función del estado de ánimo que esté teniendo en ese momento concreto (deprimido, enfadado, feliz) o de su perfil (un usuario con una adicción).

47 Proponen esta clasificación M. Leiser/C. Santos, *Dark patterns, enforcement and the emerging digital design* *Acquis: manipulation beneath the interface*, *European Journal of Law and Technology*, vol. 15, no. 1, 2024, pp. 5 y ss.

48 Con más detalle en *European Commission*, IA (n. 37), pp. 21.

49 *Leiser/Santos*, *Dark* (n. 47), p. 18.

50 *European Commission*, IA (n. 37), p. 21.

51 *Leiser/Santos*, *Dark* (n. 47), p. 13.

Y esto, de manera continua, pues el sistema de IA se está retroalimentando, aprendiendo y reajustándose de manera permanente en tiempo real.

El RSD y el RMD se han centrado quizás más en los patrones oscuros estáticos o más “tradicionales” alrededor de la interfaz del dispositivo que se maneje -por ser los primeros en ser aplicados y estar extendidos en el entorno digital-, pero, como se puede vislumbrar con los ejemplos apuntados, algunas de las nuevas prácticas manipuladoras que existen o que pueden llegar a aplicarse son dinámicas y exceden de este ámbito. De ahí que algunas voces hayan considerado conveniente que la Comisión Europea aclare el concepto de “interfaz” utilizado por estas normas, dejando claro que tiene una amplitud suficiente como para abarcar también a estas prácticas que no pertenecen tanto -o no solo- a la cara visible de la interfaz del producto o aplicación digital con la que interactúa el usuario, sino que están incrustadas en capas más profundas (en la arquitectura del sistema) o que no requieren una superficie para interaccionar (v. gr. voz, realidad virtual).⁵² El Reglamento de Inteligencia Artificial, por su parte, tiene lógicamente más potencial para abarcar estos patrones más oscuros basados en logaritmos (*the darkest patterns*). De hecho, las directrices que acaban de ser publicadas por la Comisión Europea sobre el art. 5 del Reglamento expresamente contemplan las técnicas subliminales sensoriales y no necesariamente derivadas de la interacción con una interfaz tradicional (por ejemplo, las interfaces emergentes máquina-cerebro a través de un casco que detecta la actividad cerebral y, en general, técnicas de manipulación subliminal sofisticada que influyen eficazmente en el comportamiento humano de forma subconsciente).⁵³

A la vista de este escenario y ante los rápidos avances tecnológicos, es necesario que, sin perjuicio de determinadas prohibiciones más concretas (definidas a través de directrices, por ejemplo), se prevean otras legales articuladas de una manera lo suficientemente amplia como para dar cabida a nuevas realidades, evitando que las normas queden desfasadas al poco tiempo de su publicación.

Por otro lado, no ha pasado desapercibida una dificultad añadida para el control de ciertas técnicas basadas en algoritmos sofisticados, que no es sino su difícil detección y la necesidad de demostrar la relación de causalidad entre la práctica y un potencial daño. De este modo, el hecho

52 Leiser/Santos, Dark (n. 47), pp. 6, 17; Akhurst et al., Regulate (n. 31), p. 19.

53 European Commission, IA (n. 37), p. 21.

de que estos patrones más oscuros no hayan tenido una gran presencia en un estudio que analiza las resoluciones que dictadas en materia de patrones oscuros ha llevado a pensar que no es que no existan, sino que no se detectan.⁵⁴ Así las cosas, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que los organismos reguladores inviertan en tecnología para poder supervisar y rastrear a gran escala este tipo de prácticas⁵⁵. También que se apoyen en otras obligaciones legales recientemente impuestas -de transparencia, de evaluación periódica o de adopción de medidas de mitigación de riesgos por parte de los empresarios, que pueden facilitar su tarea- o que, a modo pedagógico y disuasorio, se etiqueten los patrones sancionados y se publiquen los detalles de procesos, acciones y sanciones.⁵⁶

En este sentido, es de resaltar que los mecanismos de control previstos en las distintas normas legales de aplicación a los patrones oscuros son tanto individuales como colectivos. Normas como el RGPD o las Directivas 2011/83 y 93/13, sin perjuicio de que también tengan una dimensión colectiva, prevén acciones que tienen como objetivo tutelar el interés particular del individuo afectado -bien ante los tribunales, bien ante un órgano administrativo-. Sin embargo, las nuevas normas que se han aprobado recientemente en la Unión Europea -v. gr. RSD, RIA; por supuesto, RMD- parecen pensar más en la dimensión colectiva de la protección: se centran en crear autoridades administrativas competentes que tienen facultades de investigación y de ejecución y cumplimiento de la normativa mediante sanciones económicas, pero no tienen tanto en mente proteger al individuo que ha podido ver afectado su interés en una transacción concreta. Siendo necesarias, pertinentes y relevantes las acciones individuales, consideramos que esta otra dimensión colectiva de la protección, “desde el sistema”, es fundamental para abordar un fenómeno como los patrones oscuros, especialmente si tenemos en cuenta las peculiaridades y complejidades que comporta la inteligencia artificial y el desarrollo de la tecnología. Estamos ante prácticas cuya relevancia individualmente considerada quizás, en algunos casos, pueda ser escasa pues, por ejemplo, puede que no se haya producido daño económico o puede que el usuario no sea si quiera consciente -de hecho, las técnicas menos evidentes son las más dañinas y eficaces-. Pero estas técnicas sí tienen una gran trascendencia si se pone el foco en el daño o coste que generan a nivel colectivo. De ahí que el enfoque preventivo,

54 Leiser/Santos, Dark (n. 47), p. 29.

55 Leiser/Santos, Dark (n. 47), pp. 28, 30.

56 Leiser/Santos, Dark (n. 47), p. 30.

el control “desde el sistema”, sea fundamental. Y de ahí también que el de los patrones oscuros no sea un caso en el que el mercado resuelva los abusos por sí solo, pues, salvando los casos más burdos, la reputación no discrimina eficazmente ni expulsa del mercado a las empresas que incluyen estas técnicas en sus interfaces porque, insistimos, el usuario ni siquiera suele ser consciente.

Por otro lado, la alta personalización de las técnicas de diseño tiene asimismo efectos en la aproximación al concepto del usuario destinatario a fin de aplicar los límites legales, pues intensifica la vulnerabilidad de *todo* usuario, sea o no vulnerable desde el punto de vista más tradicional del concepto.

II. El usuario digital vulnerable. Usuario medio y personalización.

El perfil de sujeto que se tiene en cuenta para la aplicación de normas de protección al consumidor es, de manera general, el del conocido como “consumidor medio”, esto es, en palabras del TJUE, aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (por todas, sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Kásler*). Sin embargo, desde hace tiempo se viene cuestionando la idoneidad de este concepto para abarcar a todos los perfiles de consumidores existentes en la realidad, pues en la práctica algunos de ellos pueden tener problemas para entender o asimilar la información que se les proporciona, para seguir el proceso de contratación o, en general, para tomar decisiones acordes con sus intereses. En definitiva, ciertos grupos de consumidores son más susceptibles a prácticas desleales o abusivas que otros y menos capaces de protegerse por sí mismos frente a ellas.⁵⁷ Surge, así, el concepto de consumidor vulnerable frente al de consumidor medio.

Aunque no hay una única y común definición de vulnerabilidad del consumidor,⁵⁸ podemos partir de la definición de “consumidor vulnerable” de la Comisión Europea, que lo identifica como aquel que, “como consecuencia de sus características sociodemográficas, sus características de comportamiento, su situación personal o su entorno de mercado: corre un mayor riesgo de experimentar resultados negativos en el mercado; tiene

⁵⁷ Helberger et al, *Structural* (n. 45), p. 5.

⁵⁸ *European Commission*, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*. Final report, January 2016, p. 39.

una capacidad limitada para maximizar su bienestar; tiene dificultades para obtener o asimilar información; es menos capaz de comprar, elegir o acceder a productos adecuados; o es más susceptible a determinadas prácticas comerciales”.⁵⁹

En algunas de las normas citadas en epígrafes anteriores hay alusiones directas a este fenómeno. Alguna previa a la reciente preocupación europea, como es el hecho de que el art. 5.3 Directiva 2005/29/EC y el correlativo art. 4.3 LCD tengan en cuenta, por contraste con el consumidor medio, la perspectiva de ciertos grupos de consumidores para valorar la susceptibilidad de que una práctica distorsione su comportamiento económico. La vulnerabilidad vendría dada aquí, según reza el último precepto, por “presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad”.⁶⁰

Por su parte, de manera más reciente y en el TRLGDCU español se ha introducido en el art. 3, párrafo 2º, el concepto de “personas consumidoras vulnerables”, concepto abordado de una manera muy amplia pues se refiere a “aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”.

En tercer y último lugar y, además, ya específicamente circunscrita a los patrones oscuros, la Propuesta de Reglamento de IA pone el foco en la necesidad de protección especial de ciertos grupos de personas, identificados por su “edad o discapacidad física o mental”. Es de notar, sin embargo, que en el texto definitivo del Reglamento se han modificado los criterios y se hace referencia a la “edad, discapacidad o a una situación social o económica específica”, ampliando -desde nuestro punto de vista, correctamente- el concepto a través de otros factores nuevos.

Algún autor, respecto de la versión de la Propuesta inicial, reclamó ampliar la referencia a grupos vulnerables para incluir a todas las características protegidas del art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamen-

59 *European Commission*, Vulnerability (n. 58) (la traducción es nuestra).

60 Se pone el acento en características personales, *European Commission*, Vulnerability (nota 58), p. 44; N. Helberger/M. Sax/J. Strycharz/H. W. Micklitz, Choice architectures in the digital economy: Towards a new understanding of digital vulnerability, *Journal of Consumer Policy*, 2022, vol. 45, p. 178.

tales de la Unión Europea (2000/C 364/01), esto es: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.⁶¹ Consideramos, no obstante, que la redacción del RIA es más adecuada pues incluye un criterio que podría englobar los señalados, de ser relevantes. En este sentido, como respaldo a esta idea, las Directrices de la Comisión Europea recientemente publicadas han aclarado que con la categoría “situación socioeconómica específica” se pretende abarcar, en principio, características relativamente estables y a largo plazo, aunque las circunstancias transitorias -como el desempleo temporal, el sobreendeudamiento o la situación migratoria- también pueden incluirse. Un ejemplo podría ser el uso de algoritmos predictivos de IA para dirigir ofertas de productos financieros depredadores a personas que vivan en códigos postales de bajos ingresos y que se encuentren en una situación financiera desesperada, explotando así su susceptibilidad y causándoles un importante perjuicio financiero.⁶²

Siguiendo esta línea, el análisis del comportamiento de los usuarios mediante experimentos empíricos ha permitido identificar algunas de estas características como relevantes para la eficacia de los patrones oscuros. A tal efecto, la edad es un factor a tener en cuenta, bien porque el sujeto pertenece al colectivo de adultos mayores -se asocia con una disminución de la capacidad de toma de decisiones debido al deterioro cognitivo, potenciada en el entorno digital-⁶³ bien por tratarse de niños o jóvenes -por la falta de experiencia como consumidores y por la menor capacidad para resistir la influencia de elementos persuasivos, aunque los identifiquen, potenciándose estos riesgos en el mundo digital respecto del *offline*-.⁶⁴ En este sentido, resalta la Comisión Europea que los niños son especialmente susceptibles a la manipulación debido a su inmadurez cognitiva y socioemocional y a que son muy impresionables. No tienen el desarrollo suficiente para evaluar de forma crítica los contenidos persuasivos o para resistirse a determinadas prácticas.⁶⁵

61 Smuha et al, AIA (n. 40), pp. 22 y 56.

62 European Commission, IA (n. 37), pp. 37-38.

63 OECD, Vulnerability (n. 43), p. 18; Lupiáñez-Villanueva et al, Behavioural (n. 16), pp. 6 y 121; European Commission, IA (n. 37), pp. 35-36 y 40.

64 OECD, Vulnerability (n. 43), p. 21; OECD, Patterns (n. 44), p. 28.

65 European Commission, IA (n. 37), pp. 34-35 y 39-40.

Por otro lado, si bien la situación social o económica no aparece en rigor explícitamente como tal identificada en muchos de los estudios, sí que podría vincularse a nuestro juicio en algunos casos con otro factor que se señala repetidamente como relevante para generar vulnerabilidad frente a prácticas de diseño engañosas. Nos referimos al nivel formativo del usuario: se ha concluido en diversos experimentos que aquellos sujetos con menos estudios son más susceptibles de ser afectados por los patrones oscuros, tanto los más agresivos como aquellos más suaves.⁶⁶

En el texto principal hemos hecho referencia a la edad e, indirectamente, a la situación socioeconómica del usuario. De los criterios identificados por las distintas normas, nos faltaría aludir a la discapacidad, pero -al menos, hasta donde sabemos- no hay estudios sobre patrones oscuros y discapacidad. Entendemos que el concepto discapacidad engloba un conjunto de situaciones muy dispares y que, por tanto, no es fácil reflejar esto en un estudio con resultados concluyentes. No relacionado con la discapacidad, pero sí con rasgos de la personalidad, *Luguri/Strahilevitz*, *Shining* concluyen que ciertos rasgos como ser extrovertido o no ser muy concienzudo hacen que el sujeto sea más propenso a verse afectado por los patrones oscuros menos agresivos.⁶⁷

Llegados a este punto, cabe plantearse la utilidad de la figura del consumidor o usuario medio en el ámbito digital y, en lo que aquí concierne, respecto de los patrones oscuros. El origen de las dudas reside en que, de acuerdo con las evidencias científicas, todos los usuarios tienen sesgos y corren el riesgo potencial de ser manipulados, independientemente de su edad, ingresos o formación.⁶⁸ Así, estudios realizados concluyen que todos los sujetos -tanto usuarios medios como vulnerables- son susceptibles de verse afectados por prácticas engañosas y solo aquellos individuos formados y con conocimientos en la materia concreta (ya sea por formar parte de la industria, del mundo académico, de asociaciones de consumidores o ser responsables políticos) habrían presentado un mayor nivel de conciencia frente a las técnicas empleadas.⁶⁹ De hecho, de este último estudio citado

66 *Luguri/Strahilevitz*, *Shining* (n. 17), pp. 27-28; *OECD*, *Patterns* (n. 44), p. 28; *Lupiáñez-Villanueva et al*, *Behavioural* (n. 16), p. 121.

67 *Luguri/Strahilevitz*, *Shining* (n. 17), pp. 28-29.

68 C. A. Zac/Y. H. Huang/A. Moltke/C. Decker/A. Ezrachi, *Dark patterns and consumer vulnerability*, August 2023, p. 3.

69 *Lupiáñez-Villanueva et al*, *Behavioural* (n. 16), p. 120.

se deriva que los consumidores parecen aceptar su presencia como parte normal de la experiencia y se acostumbran a ellos.

Puestas así las cosas, se ha dicho que el usuario medio es “un prototipo no realista” de usuario, pues los mercados digitales se caracterizan por desequilibrios estructurales y por diseños que persiguen explotar los distintos sesgos,⁷⁰ y los experimentos demuestran que tener sesgos es la regla general y no la excepción.⁷¹ Aunque en un contexto diferente, el propio TJUE ha aceptado a finales de 2024 y por primera vez el concepto de consumidor “de racionalidad limitada”, afectado por sesgos cognitivos, que podrán ser tenidos en cuenta en algún caso si pueden afectar al consentimiento de una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz (STJUE de 14 de noviembre de 2024, *Compass Banca*, C-646/22).⁷²

Por lo tanto, la vulnerabilidad es arquitectónica en la sociedad digital porque el diseño de las distintas elecciones digitales por las que se navega está pensado para interferir o incluso crear vulnerabilidades,⁷³ efecto potenciado, además, por el hecho de que se esté continuamente recopilando datos, llevando a cabo experimentos y haciendo ajustes en función de los resultados, para optimizar los patrones de comportamiento.⁷⁴ La personalización se ha revelado, así, como una fuente de influencia en el comportamiento y una nueva forma de asimetría de información que afecta a todos los usuarios: el empresario sabe mucho más del consumidor que a la inversa, con el agravante de que el mensaje del empresario, gracias a la personalización, genera una mayor sensación de credibilidad.⁷⁵

El tratamiento jurídico de los patrones oscuros no puede ignorar esta evidencia empírica. Partiendo de esta premisa, se comprenderá que el punto de referencia para valorar la licitud de un patrón oscuro no puede ser el de un usuario informado y perspicaz del mundo fuera de línea -que no debería verse afectado por trucos de diseño porque es capaz de tomar decisiones racionales- porque el comportamiento difiere cuando este usuario se

70 Zac et al, Dark (n. 68), p. 3.

71 V. Stango/J. Zinman, We are all behavioural, more or less: A taxonomy of consumer decision making, NBER Working Paper no. 28138, November 2020, p. 1.

72 Sobre este concepto, vid. S. Cámara Lapuente, Tres personajes en busca de transparencia (objetiva), *Almacén de Derecho*, 13 de diciembre de 2024.

73 Helberger et al, Structural (n. 45), p. 19.

74 Helberger et al, Structural (n. 45), p. 18; Luguri/Strahilevitz, Shining (n.17), pp. 49-50.

75 OECD, Vulnerability (nota 43), p. 23.

mueve en el entorno digital actual.⁷⁶ A la hora de regular a futuro y a la hora de aplicar el marco normativo existente, hay que tener en cuenta cómo realmente se comportan los usuarios y que no hay usuario medio que no pueda volverse vulnerable.⁷⁷ En definitiva, a nuestro juicio, esto tiene dos consecuencias. Por un lado, implica que cuando se valore la licitud de una práctica desde una perspectiva abstracta hay que bajar el listón de exigencia del usuario medio en el ámbito digital (o del usuario medio dentro de un grupo delimitado -v. gr. niños o adolescentes y videojuegos-). En segundo lugar, que cuando se valora la repercusión de una práctica en el contexto de una acción particular en la que ha habido una personalización tal que haya influido en el efecto, habrá que tener en cuenta esas circunstancias concretas (y no las de un usuario medio genérico).

Pues bien, esta composición podría tener cabida en la normativa actual. Los criterios para ser considerado consumidor vulnerable en la Directiva 2005/29/CE y en su transposición a la española LCD son limitados -discapacidad, edad, credulidad- y, como hemos visto, no todas las vulnerabilidades de la sociedad digital encajan en ellos. Si el supuesto no se subsume en esas rígidas categorías, quedaría aplicar la regla general del consumidor medio, aunque estimamos que, en línea con lo expuesto, habría que reconsiderar el hecho de que el punto de referencia para valorar si un patrón oscuro afecta o no al comportamiento del consumidor -y, en su caso, en qué medida lo hace- sea el del consumidor medio, entendido en el sentido tradicional del concepto. Pero, en este punto, las Directrices de la Comisión Europea sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE, publicadas en diciembre de 2021, pueden ayudar a adaptar la aplicación del concepto de consumidor medio y los criterios de vulnerabilidad a la realidad de los patrones oscuros mostrada. Primero, porque en el apartado relativo a “Prácticas basadas en los datos y patrones oscuros” se aclara que el valor de referencia del consumidor medio o vulnerable “puede modularse en función del grupo destinatario” e, inclusive, “si la práctica es muy personalizada, puede incluso formularse desde la perspectiva de una sola persona que haya estado sujeta a la personalización específica”.⁷⁸ Es

76 Esta última diferencia entre lo que los usuarios toleran en el mundo en línea y fuera de él la señala Mik, Erosion (n. 13), p. 36.

77 Mik, Erosion (n. 13), p. 34; Sørensen/Rott/Sein, Response (n. 27), p. 8; OECD, Vulnerability (n. 43), p. 28.

78 European Commission, Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair

decir, se está permitiendo eliminar la perspectiva del consumidor medio hasta el punto de que se acepta la valoración caso por caso de la influencia de una práctica en un supuesto concreto, si fuera necesario. Y, en segundo lugar, porque también rebaja la rigidez de los criterios para ser considerado consumidor vulnerable, señalando que esas características “son indicativas y no exhaustivas” y reconociendo lo que han venido demostrando los experimentos, es decir, que la vulnerabilidad (también de la Directiva sobre prácticas desleales) es un concepto “dinámico y situacional” y que, por tanto, algunos consumidores pueden no ser vulnerables en unos contextos y sí en otros, especialmente en el entorno digital.⁷⁹

En cuanto al RSD, la norma no contrapone “usuario medio” y “usuario vulnerable” sino que prohíbe, en general, los patrones oscuros, entendiendo que todos los usuarios pueden verse afectados por ellos y, por tanto, merecen protección. Si bien se ha señalado en la doctrina que, aunque la norma no explicita el punto de referencia, con carácter general parece que sería el de un destinatario del servicio medio, también se ha advertido acerca del mandato del legislador de tener en cuenta la evidencia científica en materia de comportamiento económico en la protección de los usuarios y acerca del hecho de que si la plataforma adapta una práctica a un usuario -la personaliza- el efecto en cada usuario debe ser considerado individualmente.⁸⁰

Por su parte, las autoridades de vigilancia del mercado competentes en la aplicación del Reglamento de Inteligencia Artificial -otra de las normas claves en la prohibición de determinados patrones oscuros- también deben evaluar las circunstancias de una determinada técnica partiendo del “individuo medio”, tal y como aclara la Comisión Europea en sus directrices publicadas en febrero de 2025, para mantener, precisamente, la coherencia con la Directiva de prácticas desleales, a la que -señala- pretende complementar. Pero, del mismo modo, si la manipulación fuera muy adaptada o personalizada o con efectos perjudiciales sobre grupos vulnerables específicos, podrían examinarse esas técnicas desde la perspectiva de la persona concreta, evaluando en qué medida el sistema de IA era capaz de menoscabar su autonomía individual en casos concretos y en qué medida se ha producido o era probable que se produjera un daño considerable.⁸¹

business-to-consumer commercial practices in the internal market, December 2021 (2021/0 526/01), p. 100.

79 *European Commission*, Guidance (n. 78), p. 100.

80 *Raue*, Art. 25 DSA (n. 26), pp. 511 y 512.

81 *European Commission*, IA (n. 37), p. 26.

Con este enfoque, la línea entre usuario vulnerable y usuario medio puede llegar a desdibujarse,⁸² pero esto no sería sino consecuencia de, por un lado, las características y naturaleza del entorno digital (en el que el usuario medio presenta ciertas vulnerabilidades estructurales) y, por otro y en su caso, de la personalización exhaustiva de las prácticas. Es decir, respecto a esto último, consecuencia de que se pierda, en cierto modo, el sentido del concepto de “usuario medio”, como concepto que surgió -en su versión de “consumidor medio”- para lograr un equilibrio entre la necesidad de proteger a los usuarios, por un lado, y de facilitar a los empresarios comercializar sus productos o servicios atendiendo a un estándar objetivo, por otro: si el empresario se ha podido dirigir al usuario de manera personalizada “gracias” a la tecnología, es este el estándar -el personalizado, con sus vulnerabilidades concretas- el que hay que tener en cuenta para valorar esa interacción y no el de un usuario medio. En cualquier caso, no se trata de no reconocer que determinados colectivos puedan estar especialmente desprotegidos frente a los patrones oscuros por sus características o posición, sino de ser conscientes -a la hora de configurar y aplicar los límites legales- de que, incluso aun no estando dentro de esos colectivos, también puede haber situaciones en las que el diseño de las interfaces, tal y como se está desarrollando en la actualidad, se aprovecha de una vulnerabilidad del usuario, coyuntural o no.

De hecho, aunque no en un supuesto en el ámbito digital, el TJUE ha reconocido recientemente y por primera vez -sentencia de 14 de noviembre de 2024, asunto C-646/22- que en ciertos casos el consumidor medio de la Directiva 2005/29 (el *homo economicus*, perfectamente racional en la toma de sus decisiones) puede verse afectado por sesgos cognitivos que pueden alterar su comportamiento y pasar a ser el consumidor de racionalidad limitada. Es decir, ha puesto la semilla para entender que, efectivamente, no siempre el consumidor medio es racional.

E. Conclusiones

El diseño de las interfaces digitales tiene un demostrado impacto en la autonomía contractual del usuario, lo que ha llevado a que la disciplina conocida como *legal design*, que pretende un equilibrio entre la precisión jurídica y la usabilidad de los contratos y la información legal, haya expe-

82 Así lo señala también *OECD*, Vulnerability (n. 43), p. 32.

rimentado un auge en los últimos años en este ámbito. Sin embargo, los conocimientos acerca del comportamiento humano sobre los que se asienta este campo de estudio pueden enfocarse también en un sentido opuesto, es decir, buscando manipular o engañar al usuario en la toma de sus decisiones. Una de las manifestaciones de este fenómeno la constituyen los patrones oscuros.

A pesar de que, como se ha visto, el marco normativo de la Unión Europea ofrece un amplio abanico de herramientas para abordar legalmente estas prácticas engañosas, persisten desafíos respecto de su aplicación y eficacia para dar cobertura al fenómeno. En buena parte estos desafíos vienen generados por la inteligencia artificial y la personalización extrema que esta facilita, dando lugar a nuevas técnicas de manipulación tan difíciles de detectar como, por tanto, de contrarrestar. Ante esta vertiginosa evolución, se plantea la necesidad de contar con un marco regulatorio susceptible de adaptarse (por ejemplo, vía directrices europeas) a las más modernas y sofisticadas prácticas de patrones oscuros que van ideando e implementando las empresas. En este sentido, nos parece que se trata, este, de un caso en el que hay un riesgo evidente de que el Derecho vaya por detrás de la realidad. La actualización del marco jurídico requiere de una inversión de los organismos reguladores en tecnología para supervisar, rastrear y sancionar estas técnicas, pero, aun así, la rápida evolución tecnológica y los nuevos escenarios que se plantean hacen difícil asegurar un control eficaz y sin fisuras. En todo caso, se subraya la importancia de los mecanismos de control colectivos -sin perjuicio de los individuales- para abordar este problema.

Además, el concepto tradicional del “usuario medio” se muestra insuficiente, por sí mismo, para abordar en exclusiva la realidad de las técnicas de manipulación o coacción digital. Por un lado, porque los trucos de diseño digital influyen de manera general en que no siempre se tomen decisiones racionales. Por otro lado, porque la inteligencia artificial y su enfoque altamente personalizado puede adaptar la arquitectura del sistema para aprovechar las vulnerabilidades de cada usuario individualmente considerado. Así, si bien no se puede renunciar a establecer categorías de usuarios para facilitar la aplicación de la normativa, esta realidad debe tenerse en cuenta. Cuando se valore si un patrón oscuro en el ámbito digital es lícito o no, se deben ajustar a la baja las expectativas de comportamiento del usuario medio. Si no, prácticamente ninguna técnica sería ilícita. Y si la personalización de la práctica ha sido relevante, son esas circunstancias específicas y no las de un usuario promedio genérico las que habrá que

considerar. La viabilidad de estos planteamientos tiene respaldo: por un lado y aunque en otro contexto, el TJUE ha reconocido recientemente la existencia -con consecuencias jurídicas- del consumidor de racionalidad limitada; por otro, las directrices europeas que aclaran la aplicación de algunas de las normas más relevantes en la materia aceptan la posibilidad de adoptar, en su caso, la perspectiva de un usuario concreto.

Die Pflicht zur Aktualisierung. Zwischen Anspruch auf Leistung und Nacherfüllung

*Julia Buschmann / Julia Ludwigkeit**

Zusammenfassung: Mit der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie ((EU) 2019/770) und der Warenkauf-Richtlinie ((EU) 2019/771) wurde den Regelungen des Gewährleistungsrechts für Verträge über digitale Produkte und für Verbrauchsgüterkaufverträge eine Aktualisierungspflicht hinzugefügt. Sie zielt darauf ab, ein digitales Produkt/ eine Ware mit digitalen Elementen während eines bestimmten Zeitraums in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten, indem Aktualisierungen bereitgestellt werden. Der nachfolgende Beitrag soll zeigen, dass diese Pflicht kein rechtliches Novum ist, sondern als Konkretisierung der Vertragsmäßigkeit zu verstehen ist. Damit fügt sich diese Pflicht aus Sicht der Autorinnen in das bestehende System des Gewährleistungsrechts ein.

Schlüsselwörter: Digitale Produkte, Ware mit digitalen Elementen, Aktualisierungspflicht, Vertragsmäßigkeit, Mangelgewährleistungsrecht

Resumen: La transposición de las Directivas sobre contenidos digitales ((UE) 2019/770) y venta de bienes ((UE) 2019/771) añadió el deber de proporcionar actualizaciones en la regulación sobre la garantía legal o responsabilidad del empresario por falta de conformidad al contrato. Se trata de mantener la conformidad al contrato de un producto digital/un bien con elementos digitales durante un determinado período de tiempo, a base de suministrar dichas actualizaciones. Esta contribución muestra que tal deber no es ninguna novedad jurídica, sino una concreción de la obligación del empresario de suministrar un producto digital/entregar un bien conforme al contrato. Según las autoras, este deber encaja en el

* Julia Buschmann ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld. Julia Ludwigkeit ist Richterin am Landgericht Wuppertal.

sistema de la responsabilidad por falta de conformidad o garantía legal de la conformidad.

Palabras claves: Productos digitales, bienes con elementos digitales, deber de actualización, conformidad al contrato, garantía legal por vicios

A. Einführung

Zum 01.01.2022 wurden in Deutschland die Digitale-Inhalte-Richtlinie¹ und die Warenkauf-Richtlinie² in den §§ 327 ff. sowie §§ 475b ff. BGB umgesetzt. Beide Richtlinien statuieren eine Aktualisierungspflicht. Das meint die Pflicht des Unternehmers, eine Sache während eines bestimmten Zeitraums in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten, indem Aktualisierungen bereitgestellt werden und der Verbraucher über die Bereitstellung informiert wird. Ob eine solche Pflicht mit einem gewissen Dauerschuldcharakter mit dem bestehenden Gewährleistungsrecht in Einklang zu bringen ist, wurde vielfach in Frage gestellt. Dass dies der Fall ist und wie sich die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen in das bestehende System einfügt, soll Inhalt dieses Beitrags sein.

B. Europäischer Hintergrund und Umsetzung in das deutsche Recht

Im Mai 2019 wurden mit der Digitale-Inhalte- und der Warenkauf-Richtlinie zwei Richtlinien verabschiedet, die der fortschreitenden Technisierung des Alltags und der in ihm verwendeten Gegenstände Rechnung tragen sollen.³ Während die Digitale-Inhalte-Richtlinie typenunabhängig auf Verbraucherverträge über digitale Produkte, d.h. digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Anwendung findet, bezieht die Warenkauf-Richtlinie Verbrauchsgüterkaufverträge in ihren Anwendungsbereich ein.

-
- 1 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Abl. EU L 136 S. 1.
 - 2 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, Abl. EU L 136 S. 28.
 - 3 Vgl. nur Erwägungsgründe 1 und 5 der Warenkauf-Richtlinie.

I. Regelungen in den Richtlinien

Die Richtlinien stellen unter anderem objektive und subjektive Anforderungen auf, die ein digitales Produkt/ eine Ware erfüllen muss, um vertragsgemäß zu sein.⁴ Zu den bisher bereits bekannten Kriterien vereinbarter oder üblicher Beschaffenheiten oder der Eignung für einen bestimmten Zweck, kommt nun die Aktualisierungspflicht hinzu. Dazu stellt Art. 7 lit. d) der Digitale-Inhalte-Richtlinie klar, dass ein digitales Produkt die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit erfüllt, wenn es, wie im Vertrag bestimmt, aktualisiert wird. Die objektiven Anforderungen werden laut Art. 8 Abs. 2 Digitale-Inhalte-Richtlinie erfüllt, wenn der Unternehmer sicherstellt, dass der Verbraucher über solche Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind, informiert wird und ihm die Aktualisierungen bereitgestellt werden. Im Wortlaut leicht abweichend, sieht Art. 6 lit. d) der Warenkauf-Richtlinie vor, dass eine Ware den subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit entspricht, wenn sie, wie im Kaufvertrag bestimmt, Aktualisierungen erhält. Den objektiven Anforderungen entspricht die Ware mit digitalen Elementen gemäß Art. 7 Abs. 3 Warenkauf-Richtlinie, wenn der Verkäufer dafür sorgt, dass der Verbraucher Aktualisierungen erhält, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit der Ware erforderlich sind und der Verbraucher hierüber informiert wird.

Inhaltlich bezieht sich die Aktualisierung dabei immer nur auf den Erhalt der Vertragsmäßigkeit („update“), nicht aber auf eine (nachträgliche) Verbesserung des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen („upgrade“).⁵

In zeitlicher Hinsicht sehen beide Richtlinien vor, dass objektiv eine Bereitstellung von Aktualisierungen während eines Zeitraums erforderlich ist, den der Verbraucher nach Art und Zweck des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann.⁶ Alternativ kann ein Zeitraum zwischen den Parteien auch vereinbart werden.⁷

4 Zu den Änderungen im Hinblick auf das System objektiver und subjektiver Anforderungen, s. K. Gelbrich/D. Timmermann, Der Mangelbegriff im Kaufrecht nach Umsetzung der WKRL und DIRM, NJOZ 2021, 1249.

5 S. etwa Erwägungsgrund 30 Warenkauf-Richtlinie.

6 Vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. a) Warenkauf-Richtlinie; Art. 8 Abs. 2 lit. b) Digitale-Inhalte-Richtlinie.

7 Vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. b) Warenkauf-Richtlinie; Art. 8 Abs. 2 lit. a) Digitale-Inhalte-Richtlinie.

II. Umsetzung in deutsches Recht

Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinienvorschriften im Wortlaut nahezu identisch umgesetzt, aber in das System des BGB eingegliedert.

Die Regelungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie wurden in den §§ 327 ff. BGB in einem neuen eigenen Titel 2a in das allgemeine Schuldrecht integriert. Die Aktualisierungspflicht hat dabei in § 327e BGB Eingang gefunden. Die Norm ist mit „Produktmangel“ überschrieben. In den Absätzen 2 und 3 sind nach dem Vorbild der Richtlinie die subjektiven und die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts geregelt. Die objektiven Anforderungen sind sodann in einem eigenen § 327f BGB weiter erläutert. Dieser entspricht weitestgehend dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 Digitale-Inhalte-Richtlinie. Die Aktualisierungspflicht der Warenkauf-Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber in § 475b Abs. 3 Nr. 2 (subjektiv) und Abs. 4 Nr. 2 (objektiv) BGB umgesetzt. Diese Regelung ist mit „Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen“ überschrieben. Sämtliche Regelungen sind in ihrer Anwendung auf Verbraucherverträge beschränkt. Im unternehmerischen Verkehr finden sie keine Anwendung.⁸

C. Dogmatische Einordnung

Dem Wortlaut und der Verortung nach verstehen offenbar sowohl die Richtlinien als auch das Umsetzungsrecht die Aktualisierungspflicht als ein Element der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen. Dennoch wird in Deutschland ganz grundlegend darüber diskutiert, wie die Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung von Aktualisierungen dogmatisch einzuordnen ist.⁹ Dies hat folgenden Hintergrund:

Anknüpfungspunkt des Gewährleistungsrechts ist grundsätzlich, dass ein Mangel des digitalen Produkts oder der Ware zu einem bestimmten Zeitpunkt, in der Regel der Gefahrübergang, vorliegt (s. § 327e BGB¹⁰ und § 434 BGB). Ein solcher Mangel ist dann grundsätzlich vom Unternehmer

8 Kritisch dazu bereits etwa J. D. Harke, Warum nur 1:1? – Zum Regierungsentwurf für die Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, GPR 2021, 129; J. Hoffmann/E. Löffler, Die Aktualisierungspflicht in der Lieferkette, ZfPW 2023, 1 (23).

9 Einen Überblick gibt T. Manhardt, Die Aktualisierungspflicht beim Kauf von Waren mit digitalen Elementen, Augsburg 2023, S.107.

10 § 327e BGB geht im Grundsatz nur von der „maßgeblichen Zeit“ aus. Diese ist nach § 327e Abs.1 Satz 2 BGB grds. der Zeitpunkt der ersten Bereitstellung, wenn sich keine Pflicht des Unternehmers zur dauerhaften Bereitstellung aus dem Vertrag

im Rahmen der Nacherfüllung (§ 327l BGB und § 439 BGB) am digitalen Produkt/ an der Ware mit digitalen Elementen zu beheben, wenn der Verbraucher dies unter Setzung einer Frist verlangt. Dabei hat der Verbraucher während der zweijährigen Gewährleistungsfrist grundsätzlich die Wahl, ob eine Nachbesserung oder eine Nachlieferung erfolgen soll. Gelingt es dem Unternehmer nicht, die Vertragsmäßigkeit durch die Nacherfüllung herzustellen, werden weitere Gewährleistungsrechte ausgelöst. Nach Ablauf von zwei Jahren kann der Unternehmer die Erfüllung der Gewährleistungsrechte in der Regel verweigern (§ 438 BGB).

Die nun implementierte Aktualisierungspflicht ist hingegen so formuliert, dass der Unternehmer dem Verbraucher während eines bestimmten Zeitraums Aktualisierungen zur Verfügung stellen muss, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen notwendig sind.¹¹ Der Verbraucher muss über die Bereitstellung einer Aktualisierung nur informiert werden.¹² Ob er die Aktualisierung auf seinem digitalen Produkt/ seiner Ware mit digitalen Elementen installiert, kann er selbst entscheiden. Unterlässt er es, verliert er allerdings Gewährleistungsansprüche im Hinblick auf das Fehlen der Aktualisierung (s. § 327f Abs. 2 BGB und § 475b Abs. 5 BGB). Wie lange der Zeitraum ist, in dem die Aktualisierungen bereitgestellt werden müssen, steht, außer in den Fällen einer konkreten Vereinbarung, nicht sicher fest. Anhand der im Gesetz genannten Kriterien werden Zeiträume je nach digitalem Produkt/ Ware mit digitalen Elementen durch die Rechtsprechung zu konkretisieren sein.¹³

ergibt (§ 327e Abs. 1 Satz 3 BGB). Weiterhin ist die maßgebliche Zeit in Bezug auf den Erhalt der Vertragsmäßigkeit aber gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 iVm § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB auch der objektiv zu erwartende Zeitraum, während dem Aktualisierungen bereitgestellt werden müssen. Zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der ursprünglichen Bereitstellungspflicht und der Aktualisierungspflicht in Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung, s. S. Jung Rolsing/N. Rolsing, Die Erfüllung der Aktualisierungspflicht bei digitalen Produkten, ZfDR 2023, 399.

- 11 Näher zu den Anforderungen an die Bereitstellung: Jung Rolsing/Rolsing, Erfüllung (Fn. 10), 406 f.
- 12 Im Einzelnen: S. Lorenz in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band IV, 9. Aufl., München 2024, § 475b Rn. 23 f.
- 13 Als zeitliche Untergrenze des Aktualisierungszeitraums sieht Erwägungsgrund 31 der Warenkaufrichtlinie die kaufrechtliche Gewährleistungsfrist von zwei Jahren vor; weitergehend: Jung Rolsing/Rolsing, ZfDR 2023, 399 (407 f.); Lorenz (Fn. 12), § 475b Rn. 21 f.; A. Staudinger/M. Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, München 2022, S. 170 Rn. 422 ff.

Gewährleistungsansprüche für fehlende oder fehlerhafte Aktualisierungen bei Waren mit digitalen Elementen knüpfen über die noch immer geltenden §§ 434, 437 BGB also scheinbar an einen Zeitpunkt an, zu welchem die Pflicht zur Aktualisierung noch gar nicht verletzt sein kann. Denn Aktualisierungen werden ihrem Wesen nach erst nach der Bereitstellung des digitalen Produkts/ Lieferung der Ware mit digitalen Elementen relevant. Anders sieht das zwar bei § 327e BGB aus, der auf einen Mangel „zur maßgeblichen Zeit“, die auch der Bereitstellungszeitraum sein kann, als Voraussetzung für die Gewährleistungsrechte nach § 327i BGB verweist. Dennoch ist auch im Bereich der digitalen Produkte fraglich, wie sich die Nacherfüllung bei einer Verletzung der Aktualisierungspflicht gestaltet.

I. Aktualisierung als eigenständige Pflicht

Aufgrund dieser vordergründig bestehenden enormen Unterschiede der Nacherfüllung und der Pflicht zur Aktualisierung wird teilweise vertreten, die Pflicht zur Aktualisierung sei ein rechtlich eigenständiges Institut neben dem bisher bekannten Gewährleistungsrecht.¹⁴ Der Unternehmer ist nach dieser Ansicht nunmehr zum einen zur Bereitstellung, bzw. Lieferung eines digitalen Produkts/ einer Ware mit digitalen Elementen im vertragsgemäßen Zustand verpflichtet. Zum anderen soll ihn daneben die rechtlich selbständige (Primär-) Pflicht treffen, die Vertragsmäßigkeit durch die Bereitstellung von Aktualisierungen zu erhalten.

Als Begründung für diese Einordnung wird vor allem angeführt, dass die zeitraumbezogene Aktualisierungspflicht sich nicht in das zeitpunktbezogene Gewährleistungsrecht integrieren ließe. Vielmehr ähnele die Aktualisierungspflicht der Erhaltungspflicht des Vermieters in § 535 Abs. 1 BGB.¹⁵

Dass schon der europäische Gesetzgeber eine eigenständige Pflicht im Sinn gehabt habe, zeige sich darin, dass die Aktualisierungspflicht im Wortlaut abweichend von den sonstigen Anforderungen an die Vertragsmäßig-

14 So T. Pfeiffer, Die Umsetzung der Warenkauf-RL in Deutschland – Beobachtungen zu Sachmängeln und Aktualisierungspflicht, GPR 2021, 120 (125 f.); ders., Neues Kaufrecht – Die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie in Deutschland, GPR 2022, 223 (228); J. C. Felsch/J. Kremer/J. Wagener, Handhabung der neuen Aktualisierungspflicht bei digitalen Produkten, MMR 2022, 18 (20); Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 6.

15 Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 20.

keit formuliert sei, nämlich ausdrücklich als Pflicht des Unternehmers.¹⁶ Diese sei weitgehend in eigenen Absätzen der Richtlinienartikel geregelt und nicht einfach in die Auflistung der weiteren Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit aufgenommen worden. Damit werde deutlich, dass die Aktualisierung des digitalen Produkts/ des digitalen Elements einer Ware dem Erhalt der Vertragsmäßigkeit im Übrigen diene. Wenn dem so sei, dann könne ihr Fehlen nicht zugleich selbst ein Mangel sein.¹⁷

Auch der deutsche Gesetzgeber habe der Aktualisierungspflicht einen eigenen Stellenwert beimessen wollen, indem er § 327 f BGB als eigene Regelung geschaffen habe.¹⁸ Zumal in der Gesetzesbegründung zu dieser Regelung ausdrücklich von einer selbständigen Verpflichtung des Unternehmers die Rede sei.¹⁹ Auch in anderen Regelungen werde die Aktualisierungspflicht als eigenständige Pflicht in Bezug genommen, so etwa in den Regelungen zum Unternehmerregress in § 327u Abs.1 BGB oder § 445a Abs.1 BGB.²⁰

II. Aktualisierung als Konkretisierung der Vertragsmäßigkeit

Anderer Ansicht nach wird durch die Pflicht zur Aktualisierung lediglich die generell bestehende Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Produkts/ Lieferung einer Ware mit digitalen Elementen in einem vertragsgemäßen Zustand konkretisiert.²¹

Für dieses Verständnis spricht schon die Systematik der oben erläuterten europarechtlichen und nationalen Regelungen. Die Richtlinien betten die Aktualisierungspflicht in das System der subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit ein, indem sie sie in den entsprechenden Artikeln regeln. Dass hierbei zum Teil eigene Absätze und abweichende Formulierungen genutzt werden, ist dabei nicht überzubewerten. Zumal in

16 Art. 7 Abs. 3 Warenkauf-Richtlinie: „sorgt der Verkäufer dafür“; Art. 8 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie: „der Unternehmer stellt sicher“; Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 7.

17 Vgl. Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 20 f.

18 Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 21.

19 BT-Drucks. 19/27653, S. 58: „§ 327f BGB-E enthält mit der selbstständigen Verpflichtung des Unternehmers zu Aktualisierungen eine der wesentlichen Neuerungen der Richtlinie“.

20 Dazu Pfeiffer, Neues Kaufrecht (Fn. 14), 228; Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 114.

21 Ausführlich: Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 115 ff.

den Regelungen der subjektiven Anforderungen die Aktualisierungspflicht wie die weiteren Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit aufgelistet werden.²² Außerdem nimmt Art. 7 Abs. 5 der Warenkauf-Richtlinie im Rahmen der objektiven Anforderungen ausdrücklich Bezug auf eine „Vertragswidrigkeit im Sinne der Absätze 1 oder 3“, unterscheidet also nicht zwischen der Aktualisierungspflicht (Abs. 3) und der Vertragsmäßigkeit im Übrigen (Abs. 1).²³ Hinzu kommt, dass der europäische Gesetzgeber in den Erwägungsgründen beider Richtlinien ausdrücklich klargestellt hat, dass die unterbliebene Bereitstellung von vertraglich vereinbarten Aktualisierungen als Vertragswidrigkeit betrachtet werden solle.²⁴

Auch im deutschen Umsetzungsrecht spricht nichts dafür, dass die Aktualisierungspflicht neben dem Gewährleistungsrecht stehen soll. Dass mit § 327f BGB eine eigene Regelung entstanden ist, hat ausweislich der Gesetzesbegründung rein rechtstechnische Gründe: Man hielt die Ausgliederung aus § 327e BGB für übersichtlicher.²⁵ Die Information über und Bereitstellung von Aktualisierungen gehört aber laut der Gesetzesbegründung auch zu den objektiven Konformitätskriterien.²⁶ Dass es sich bei der Auslagerung der Pflicht in eine eigene Regelung nur um eine gestalterische Frage handelt, wird zudem dadurch deutlich, dass sich der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie in § 475b Abs. 4 und 5 BGB trotz inhaltlichen Gleichlaufs für eine andere Gestaltung entschieden hat. Dort hat man gerade keine eigene Norm geschaffen.

Auch die bereits angesprochenen Regressregelungen gehen letztlich davon aus, dass bei der Verletzung der Aktualisierungspflicht Aufwendungen im Rahmen der Nacherfüllung entstanden sind.²⁷ Eine gesonderte Behandlung erfolgt nicht.

22 Art. 6 lit. d) Warenkauf-Richtlinie; Art. 7 lit. d) Digitale-Inhalte-Richtlinie.

23 S. auch *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 117.

24 Erwägungsgrund 28 Warenkauf-Richtlinie; Erwägungsgrund 44 Digitale Inhalte-Richtlinie.

25 BT-Drucks. 19/27653, S. 57.

26 BT-Drucks. 19/27653, S. 57.

27 Dazu *M. Leithäuser*, Nachträgliche Mängel beim Softwarekauf, RD 2023, 274 (276 f.); *T. Manhardt*, (K)ein „Recht auf Updates“?, JZ 2024, 394 (396); ausführlich auch: *Hoffmann/Löffler*, Lieferkette (Fn. 8), 1 ff.

D. Pflicht vs. Anspruch

Die vorstehend beschriebenen unterschiedlichen dogmatischen Einordnungen der Aktualisierungspflicht haben grundlegende Konsequenzen für ihre rechtliche Behandlung.

I. §§ 327f und 475b Abs. 4 BGB als Anspruchsgrundlagen

Die Stimmen, die die Aktualisierungspflicht als eigenständiges Institut behandeln wollen, stilisieren die §§ 327f und 475b Abs. 4 BGB zu selbständigen Grundlagen für die dementsprechende Pflicht des Unternehmers und damit einhergehend zu einer eigenen Anspruchsgrundlage des Verbrauchers.²⁸

Das bedeutet nach dieser Lesart, dass der Unternehmer die Pflicht hat, das digitale Produkt oder die Ware mit digitalen Elementen zu beobachten und Aktualisierungen bereitzustellen, um eine Funktionsbeeinträchtigung zu vermeiden. Umgekehrt kann der Verbraucher vom Unternehmer die Bereitstellung ganz konkreter Aktualisierungen verlangen. Dabei wird einerseits vertreten, dass der Verbraucher schon dann einen Anspruch auf die Bereitstellung einer Aktualisierung habe, wenn eine Funktionsbeeinträchtigung künftig drohe.²⁹ Andererseits wird argumentiert, der präventiven Beobachtungspflicht des Unternehmers stehe erst dann ein konkreter Anspruch des Verbrauchers gegenüber, wenn das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen bereits eine Funktionsbeeinträchtigung erlitten habe.³⁰

28 Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 6; Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 20 f.; s.A. Pfeiffer, Neues Kaufrecht (Fn. 14), 228, der ergänzend § 242 BGB heranzieht.

29 Vgl. dazu Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 275 f. mit Verweis auf T. J. Heydn, Schuldrechtsreform 2.0: Das neue Gewährleistungsrecht für digitale Produkte in der Praxis, CR 2021, 709 (710) und M. Schmidt-Kessel, Digitale Produktsicherheit im neuen Vertragsrecht, ZfPC 2022, 117 (120).

30 Metzger, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band III, 9. Aufl., München 2022, § 327f Rn. 6; Teilweise wird auch vertreten, es bestehe zwar eine primäre Pflicht des Unternehmers zur Aktualisierung, dieser stünde aber kein korrespondierender Anspruch des Verbrauchers gegenüber. Der Verbraucher könne die Aktualisierung stets nur über den Nacherfüllungsanspruch einfordern, so: Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht (Fn. 13),

Dass § 327f BGB als eigene Anspruchsgrundlage konzipiert sei, solle sich unter anderem aus der Gesetzesbegründung ergeben. Denn dort ist von einem „Anspruch des Verbrauchers etwa auf Aktualisierungen *nach* § 327f BGB-E“ die Rede.³¹ Verkannt wird dabei indes, dass es dort gerade nicht heißt, ein Anspruch *aus* § 327f BGB. In abenteuerlicher Konstruktion wird dann teilweise vertreten, auch im Verbrauchsgüterkauf sei ein Anspruch des Verbrauchers nach § 327f BGB analog anzunehmen, obwohl § 327a Abs. 3 BGB dessen Anwendbarkeit auf das Verbrauchsgüterkaufrecht ausdrücklich ausschließt.³² Dies wird damit begründet, dass § 475b Abs. 4 BGB nicht auslegungsfähig sei, weil er offenkundig als Regelung des Sachmangels konzipiert sei. Es bestehe aber eine zu schließende Regelungslücke, denn der deutsche Gesetzgeber könne bei dem umfassenden Umsetzungsprojekt der Digitale Inhalte- und der Warenkauf- Richtlinie nicht sämtliche Probleme überblickt haben.³³

Aus diesen konstruierten Zusammenhängen wird schnell deutlich, dass dies weder vom europäischen Gesetzgeber noch vom deutschen Gesetzgeber gewollt sein kann und auch nicht lapidar auf eine versehentliche Regelungslücke abgewälzt werden kann. Erlassen sowohl der Richtlinien- als auch der Umsetzungsgesetzgeber ein System aus Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und Abhilfen für den Fall von Verstößen, besteht keinerlei Anlass dafür, eigene Konstruktionen an die Stelle des gesetzgeberischen Willens zu stellen.

II. Pflicht zur Bereitstellung eines mangelfreien digitalen Produkts/ Lieferung einer mangelfreien Ware mit digitalen Elementen

Belässt man es nämlich dabei, dass die einzige Primärpflicht des Unternehmers ist, ein mangelfreies digitales Produkt bereitzustellen/ eine mangelfreie Ware mit digitalen Elementen zu liefern, zeigt sich, dass die Aktualisierungspflicht in die entsprechenden Regelungen eingebettet werden kann, ohne das gesamte bisher bekannte Gepräge des Gewährleistungsrechts auf den Kopf zu stellen.

S. 72 Rn. 154; *Leithäuser*, Softwarekauf (Fn. 27), 275 ff.; *Hoffmann/Löffler*, Lieferkette (Fn. 8), 4.

31 BT-Drucks. 19/27653, S. 46.

32 So *Felsch/Kremer/Wagener*, Handhabung (Fn. 14), 21.

33 Vgl. *Felsch/Kremer/Wagener*, Handhabung (Fn. 14), 21; a.A. ausführlich: *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 124 ff.

Nach dieser Konstruktion konkretisieren die §§ 327e, f, 475b BGB lediglich die primären Pflichten des Unternehmers aus § 327d BGB und §§ 433 Abs. 1, 434 BGB.³⁴ Die Pflicht zur Bereitstellung von erforderlichen Aktualisierungen ist damit von Anfang an Teil der unternehmerischen Erfüllungspflichten. Neu ist dabei, dass der Betrachtungszeitpunkt für die Beurteilung der vertragsgemäßen Erfüllung dieser Pflichten zeitlich über den Gefahrübergang hinaus ausgedehnt wird.³⁵ Das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen kann also auch nach Gefahrübergang mangelhaft werden. Diese Beurteilung hat zur Folge, dass der Verbraucher grundsätzlich einen Anspruch auf Erhalt eines funktionsfähigen Produkts/ einer funktionsfähigen Ware, nicht aber auf die Programmierung eines bestimmten Updates, hat.³⁶ Büßt das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen ihre Funktionsfähigkeit nach Gefahrübergang ein, weil eine Aktualisierung fehlt, besteht ein Anspruch auf Nacherfüllung, also Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit, durch Bereitstellung der notwendigen Aktualisierung.³⁷

Dass dies auch der Idee des Unionsrechts entspricht, lässt sich daran erkennen, dass beide Richtlinien im Grundsatz ebenfalls weiterhin von einem Zeitpunkt der Bereitstellung/ Lieferung ausgehen, zu dem das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen vertragsgemäß sein muss.³⁸ Auch der europäische Gesetzgeber hält die Aktualisierungspflicht mit diesem grundlegenden Konstrukt also für vereinbar. Einen Sonderweg für die Aktualisierungspflicht sehen die Richtlinien wie schon beschrieben gerade nicht vor.

E. Folgen unterbliebener Aktualisierungen

Auch die Konsequenzen, die sich für den Verbraucher auf Rechtsbehelfsebene stellen divergieren je nachdem, welchem Verständnis der Aktualisierungspflicht man sich anschließt.

34 *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 120 f; *ders.*, Recht auf Updates (Fn. 27), 397.

35 Vgl. *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 132 ff.

36 So wohl i.E. auch *Leithäuser*, Softwarekauf (Fn. 27), 279 f.; *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 118 ff; *ders.*, Recht auf Updates (Fn. 27), 398 f.

37 So auch *Lorenz* (Fn. 12), § 475b, Rn. 34; *Faust*, in: W. Hau/ R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 75. Ed., München 01.02.2025, § 475b, Rn. 31.

38 Vgl. insbesondere Art. 11 Digitale-Inhalte-Richtlinie; Art. 10 Warenkauf-Richtlinie.

Folgte man der Sichtweise eines eigenständigen, vom sonstigen Anspruch auf die Bereitstellung eines mangelfreien digitalen Produkts gem. § 327d BGB bzw. auf die Lieferung einer mangelfreien Ware gem. § 433 Abs.1 S.2 BGB losgelösten Anspruchs auf Aktualisierungen, würde das Unterbleiben der Aktualisierung nach Gefahrübergang zunächst bedeuten, dass eine Nichtleistung vorläge. Bei einem auf einer unterbliebenen Aktualisierung beruhenden Mangel hätte der Verbraucher gegen den Unternehmer somit zunächst den primären Leistungsanspruch auf die Aktualisierung. Stellt der Unternehmer die Aktualisierung sodann bereit, behebt sie jedoch nicht die Mangelhaftigkeit, läge eine Schlechtleistung vor. Mangels für diese Fälle vorgesehenen Gewährleistungsrechts wäre dann auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu rekurrieren.³⁹ Denn die §§ 327i ff. BGB greifen nur bei einem Produktmangel und auch die §§ 437 ff. BGB gelten nur für die Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung der Ware. Dies bedeutet, dass dem Verbraucher nur das Recht auf Schadensersatz und Rücktritt zustünde. Teilweise wird deshalb vertreten, es solle eine Analogie zu den entsprechenden Mangelgewährleistungsrechten gebildet werden.⁴⁰ Denn, dass nur das allgemeine Leistungsstörungenrecht anwendbar sei, könne im Ergebnis so vom Unionsgesetzgeber bei Erlass der vollharmonisierenden Richtlinien nicht gewünscht sein.

Praktikablere Ergebnisse erzielt man deshalb, wenn man die Aktualisierungspflicht als Konkretisierung der Pflicht zur Bereitstellung eines mangelfreien digitalen Produkts bzw. zur mangelfreien Lieferung der Kaufsache versteht. Denn dann behält man einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für das Eingreifen der Mangelgewährleistungsrechte: den Mangel des Produkts/ der Ware, nicht aber das Ausbleiben der Aktualisierung als solches.⁴¹ Inhaltlich eingeschränkt wird der Mangel nur insofern, als dass er auf einer ausbleibenden Aktualisierung beruhen muss und dieses Ausbleiben nicht lediglich auf eine unterbliebene Installation durch den Verbraucher gem. §§ 327f Abs. 2, 475b Abs. 5 BGB zurückzuführen ist.⁴² In der Folge kann der Verbraucher jegliche Rechte aus § 327i BGB bzw. § 437 BGB bezogen

39 Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 21; Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 7, halten die Richtlinien und das Umsetzungsrecht insoweit für auslegungsbedürftig.

40 Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 21.

41 Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S.119 m.w.N.

42 Vgl. Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 25 ff.; Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 279.

auf den Mangel des Produkts/ der Ware geltend machen.⁴³ Das heißt also vor allem zunächst nach § 327I BGB Nacherfüllung⁴⁴ oder nach § 439 BGB nach seiner Wahl Nachbesserung oder Nachlieferung verlangen. Ein eigens einklagbarer Anspruch auf (präventive) Bereitstellung einer Aktualisierung besteht hingegen nicht.⁴⁵

Dass die Anknüpfung an den Mangel des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen und nicht an die Verletzung der Aktualisierungspflicht an sich sinnvoll ist, verdeutlicht auch folgende Überlegung: Führt nämlich eine fehlende/ fehlerhafte Aktualisierung dazu, dass an der Ware weitere Schäden entstehen („Weiterfressermangel“), hat der Verbraucher im Rahmen der Nacherfüllung einen Anspruch auf Beseitigung aller Mängel am digitalen Produkt/ an der Ware mit digitalen Elementen und nicht nur auf Nachbesserung der Aktualisierung bzw. Bereitstellung einer fehlerfreien Aktualisierung.⁴⁶ Auch könnte er, wenn die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist, bei welcher in Anbetracht der bereits zuvor bestehenden Aktualisierungspflicht anzudenken wäre, die Erkennbarkeit in die Beurteilung der Angemessenheit einzubeziehen,⁴⁷ misslingt, zum Schadensersatz oder Rücktritt schreiten. Sähe man die Aktualisierungspflicht hingegen als eigenständige Pflicht, reagiert das Gewährleistungsrecht wie gewohnt erst mit Scheitern des zweiten Versuchs zur mangelfreien Bereitstellung eines Updates mit Schadensersatz und Rücktritt.⁴⁸ Diese uncharmanten und den Verbraucher ungleich belastende Lösung, die de facto zu einer zeitlichen Verzögerung der Rechte des Verbrauchers führt, kann so nicht intendiert gewesen sein.

43 Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 34; Faust (Fn. 37), § 475b, Rn. 30a; Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 4.

44 Ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung besteht hier nicht, s. dazu Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht (Fn. 13), 176, Rn. 441. Im Recht der digitalen Produkte wird die Nacherfüllung wohl ohnehin idR durch Updates geschehen, vgl. Manhardt, Recht auf Updates (Fn. 27), 401 – eine weitere Anspruchsebene ist daher nicht zweckmäßig.

45 So i.E. auch Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 277; Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 35.

46 Vgl. Maultzsch, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band IV, 9. Aufl., München 2024, § 439, Rn. 13 ff.; Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 27; Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 139 f.

47 Dazu Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 280.

48 Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 137 f.

F. Fazit

Nur dann, wenn man die Aktualisierungspflicht als Teil der Pflicht zur vertragsgemäßen Leistung gemäß § 327d BGB bzw. § 433 Abs.1 S.2 BGB versteht, ist sie mit dem Wortlaut und dem Zweck des Unionsrechts und seiner Umsetzungsnormen vereinbar und führt zu einer fortgesetzten Kohärenz mit dem Mangelgewährleistungsrecht. Der Verbraucher hat somit einen Anspruch auf die Bereitstellung von Aktualisierungen, der letztlich über den Nacherfüllungsanspruch durchgesetzt wird. Über diesen kann er sodann solche Funktionsbeeinträchtigungen des digitalen Produktes/ der Ware mit digitalen Elementen geltend machen, die auf eine fehlende oder fehlerhafte Aktualisierung zurückzuführen sind. Auf diese Weise wird der eigentliche Zweck der Aktualisierungspflicht – der Erhalt der Funktionsfähigkeit des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen – verwirklicht.⁴⁹

49 Vgl. insbes. Erwägungsgrund 47 Digitale-Inhalte-Richtlinie.

Falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales y derechos de autor

Antoni Rubí Puig, Universitat Pompeu Fabra

Resumen: Este trabajo analiza la regla sobre derechos de terceros en el artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/770, e identifica los elementos clave para delimitar los casos en los que la vulneración de derechos de propiedad intelectual de terceros puede dar lugar a una falta de conformidad jurídica. En primer lugar, se examinan los factores esenciales para comprender la aplicación del precepto. Se describen las diferentes relaciones entre el suministro de contenidos digitales y los derechos de autor y derechos afines, las distintas modalidades de suministro, el uso de licencias de usuario y medidas técnicas de protección, así como la posible aplicación de la regla en diversos escenarios. A continuación, se desglosan los elementos del artículo 10 Directiva (UE) 2019/770. Posteriormente, se discute la aplicación de los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en situaciones en las que las restricciones sobre los contenidos y servicios digitales derivan de la protección de derechos de autor de terceros. En este marco, se propone un criterio para determinar cuándo la omisión de información por parte del suministrador puede ser relevante para declarar una falta de conformidad, ilustrándolo con tres casos prácticos.

Palabras clave: contenidos y servicios digitales, falta de conformidad jurídica, derechos de propiedad intelectual, asimetría informativa.

Zusammenfassung: Der folgende Beitrag erörtert die in Artikel 10 der Richtlinie (EU) 2019/770 getroffene Regelung über die Rechte Dritter und arbeitet die maßgeblichen Kriterien zur Abgrenzung der Fälle heraus, in denen die Verletzung von Urheberrechten eine Haftung des Unternehmers für Rechtsmängel nach sich ziehen kann. Zunächst werden die Faktoren untersucht, die für das Verständnis der Anwendung der Regelung wesentlich sind. Erläutert werden die unterschiedlichen Beziehungen zwischen der Bereitstellung digitaler Inhalte und dem Urheberrecht und verwandten Schutzrechten, die zahlreichen Möglichkeiten der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen, der Einsatz von Endnutzerlizenzverträgen

und technischen Schutzmaßnahmen sowie die mögliche Anwendbarkeit der Regelung in verschiedenen Szenarien. Anschließend werden die in Artikel 10 der Richtlinie (EU) 2019/770 geregelten Voraussetzungen einer eingehenden Analyse unterzogen. Sodann werden die subjektiven und objektiven Anforderungen in Sachverhalten diskutiert, in denen eine Beschränkung der Nutzung von digitalen Inhalten und Dienstleistungen auf dem Schutz von Urheberrechten Dritter beruht. In diesem Zusammenhang wird ein Kriterium zur Bestimmung der Voraussetzungen vorgeschlagen, unter denen das Verschweigen von Informationen durch den Unternehmer für die Feststellung einer Mangelhaftigkeit relevant sein kann. Dieses Kriterium wird anhand von drei praktischen Fällen veranschaulicht.

Schlüsselwörter: digitale Inhalte und Dienstleistungen, Rechtsmangel, Urheberrechte, Informationsasymmetrie.

A. Introducción

En ocasiones, un consumidor celebrará un contrato con un empresario por el cual este se obligará a suministrarle contenidos o servicios digitales que luego, a consecuencia de la protección de derechos de propiedad intelectual de un tercero, aquel no podrá utilizar en la forma pactada o de acuerdo con sus expectativas razonables. En estos supuestos, la utilización pactada o esperable de los contenidos o servicios digitales podría llegar a infringir los derechos de exclusiva del tercero o violar las condiciones establecidas por este último para el uso y disfrute de los derechos de autor o derechos afines de los cuales es titular.

Estas limitaciones en el uso de los contenidos o servicios digitales derivadas de la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual de un tercero menoscaban la posición del consumidor en la relación contractual de suministro y le permiten hacer valer frente al empresario los remedios por falta de conformidad previstos en el derecho de consumo. Se trata de casos de falta de conformidad jurídica o vicios jurídicos (*legal defects*, *Rechtsmängel*, *défauts juridiques*, *vizi giuridici*), pues específicamente derivan del reconocimiento y protección de los derechos de autor o derechos afines titularidad de un tercero ajeno al contrato de suministro.

La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a consumidores cuenta con una regla en el art. 10 para el tratami-

ento de estas faltas de conformidad jurídica.¹ En España, la norma ha sido objeto de una doble transposición: en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios² y en el Libro Sexto del Codi Civil de Catalunya.³

El riesgo de que el consumidor pueda recurrir en estos supuestos a los remedios por falta de conformidad y, en especial, la posibilidad de resolver el contrato de suministro, generan incentivos al empresario para que, por una parte, se asegure de que cuenta con las autorizaciones necesarias de los titulares de derechos de propiedad intelectual para llevar a cabo su actividad económica de suministro y para que, por otra parte y sobre todo, proporcione una mejor información a los consumidores acerca de los contenidos y servicios digitales que suministra. En este último caso, como se verá, basta alinear la información proporcionada al consumidor con las restricciones y limitaciones queridas por el titular de los derechos para hacer que los contenidos y los servicios digitales sean conformes con el contrato. Si, en el momento de contratar, el consumidor contaba con información adecuada sobre las características de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato derivadas del ejercicio de derechos de propiedad intelectual, difícilmente podrá alegar con éxito una falta de conformidad.

Los problemas más difíciles en la aplicación de la regla prevista en el art. 10 DCD se plantean en los casos de insuficiencia de información proporcionada por el empresario al consumidor, pues no todos ellos han de resultar en una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados. En otros términos, no todos los riesgos derivados de una asimetría informativa han de asignarse al empresario suministrador y habrá de ser el consumidor quien arrostre con ellos y, en su caso, quien pueda llegar a actuar frente al tercero que, con base en sus derechos de propiedad, limita o restringe el uso de los contenidos o servicios digitales. Este será el caso principalmente de aquellas faltas de información referidas a restricciones sobre el uso de los contenidos o servicios digitales implementadas

- 1 DO L 136, de 22.5.2019, p. 1-27 (en adelante, DCD). Véase también art. 9 de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (DO L 136, de 22/05/2019, p. 28-50) (en adelante, DCV).
- 2 Art. 10 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30.11.2007) (en adelante, TRLGDCU).
- 3 Art. 621-30 del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya (aprobado por Llei 3/2017, del 15 de febrero) (en adelante, CCCat). En el derecho alemán, véase §327g BGB.

por el titular de los derechos de propiedad intelectual que deriven de un ejercicio de facultades que le atribuye el ordenamiento y que no se aparten de lo que este dispone.⁴ Este trabajo propone un test para examinar la conformidad de los contenidos digitales en los supuestos de insuficiencia informativa del consumidor que persigue cohesionar la regla del art. 10 DCD con el derecho español y europeo vigente en materia de derechos de propiedad intelectual y que pasa por la identificación de las normas de este último como imperativas o como dispositivas. Esta constituye la principal contribución de este trabajo.

Además, este trabajo ofrece un análisis de la regla sobre falta de conformidad jurídica en la DCD e identifica los factores relevantes para delimitar las faltas de conformidad jurídica por vulneración de derechos de propiedad intelectual de terceros. Se organiza de la manera siguiente: después de la presentación de la cuestión discutida en el trabajo, el apartado B describe diferentes factores relevantes para entender la aplicación de la regla prevista en el art. 10 DCD. A continuación, el apartado C identifica y examina los diferentes elementos de la regla del art. 10 DCD. En particular, el trabajo analiza cómo funcionan los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en supuestos en los cuales las restricciones sobre los contenidos y servicios digitales derivan de la protección de derechos de propiedad intelectual de terceros; y propone un criterio para determinar cuando la omisión de información por parte del suministrador al consumidor puede ser relevante para la determinación de una falta de conformidad; y se ensaya este criterio en tres supuestos diferentes. Por último, el trabajo incluye unas breves conclusiones.

B. Contexto de aplicación de la regla

I. Relaciones entre contratos sobre contenidos y servicios digitales y derechos de autor

Son varias las relaciones que pueden identificarse entre contratos sobre contenidos y servicios digitales y derechos de autor. En primer lugar, será habitual que muchos de los contenidos digitales objeto de estos contratos de suministro, tales como libros, películas, videojuegos o programas de or-

4 *Infra* apartado C.V.4.

denador, estén protegidos por derechos de autor y, en su caso, por derechos afines como los atribuidos a artistas e intérpretes o productores⁵. Son contenidos que, de ordinario, superarán los requisitos para ser protegibles mediante derechos de propiedad intelectual.⁶ Aunque no todos los contenidos digitales incluirán obras y otras prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, la DCD asume que será lo más frecuente y cita expresamente en el art. 10 a los derechos de propiedad intelectual entre los derechos de terceros que pueden resultar en una falta de conformidad jurídica de los contenidos y servicios digitales.

En segundo lugar, también será habitual que el uso y acceso a los contenidos digitales contratados impliquen actos de explotación de derechos de propiedad intelectual; o que la prestación de muchos servicios digitales relacionados con el suministro de contenidos digitales conlleve también actos de explotación (Considerando 19 DCD). Por ejemplo, el suministro en línea de contenidos digitales comportará de ordinario actos de comunicación al público de obras y otras prestaciones, en la modalidad de puesta a disposición del público.

En el régimen jurídico actual, los actos de puesta a disposición del público de los contenidos digitales son realizados por los usuarios de las plataformas (destinatarios de los servicios de alojamiento) y, en algunos casos, por las plataformas prestadoras de los servicios.⁷ En la jurisprudencia, así lo han resuelto STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, *Frank Peterson contra Google LLC y otros y Elsevier Inc. contra Cyando AG* (ECLI:EU:C:2021:503); y STJUE (Gran Sala) de 26 de abril de 2022, asunto C-401/19, *República*

5 Considerando 19 DCD; y G. Spindler, "Contract Law and Copyright- Regulatory Challenges and Gaps", en: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (eds), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps: Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*, Hart-Nomos, 2017, pp. 211-227, p. 212.

6 Sobre los requisitos de protección en derecho español y, en particular, acerca de la noción de originalidad, véase A. Rubí Puig, "Originality in Spanish Copyright Law", en: I. Gupta/V.H. Devaiah/M. Singh (eds.), *Handbook on Originality in Copyright: Cases and Materials*, Springer Nature, 2023, pp. 1-15.

7 Véanse arts. 20, 108, 116 y 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE núm. 97, de 22.4.1996) (en adelante, TRLPI); y art. 73 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, (BOE núm. 263, de 3.11.2021) (que transpone al derecho español lo previsto en el art. 17 de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DO L 130, de 17.5.2019, p. 92-125)). En la literatura española, véase, entre otros, J.P. Aparicio Vaquero, *Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales*, InDret 3/2016, pp. 1-58.

de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (ECLI:EU:C:2022:297).

En algunas ocasiones, el suministro en línea de determinados contenidos digitales conllevará la realización de actos de distribución.⁸ También, habitualmente, el uso y acceso de los contenidos digitales comportará la realización de copias temporales o permanentes de estos en los terminales de los usuarios y, por lo tanto, actos de reproducción, no siempre cubiertos por un límite legal (art. 31 TRLPI). Asimismo, el suministro de servicios de computación en la nube o de alojamiento en plataformas puede comportar actos de reproducción y, en su caso, de comunicación al público.⁹

En tercer lugar, determinados servicios digitales pueden utilizarse por sus usuarios para generar nuevas obras y otras prestaciones que podrán quedar protegidas por derechos de autor o derechos afines. Por ejemplo, el suministro de servicios de inteligencia artificial generativa puede facilitar que un usuario acabe creando contenidos protegibles mediante derechos de autor, aunque es muy discutible que este sea el resultado en todo supuesto de utilización de estas herramientas.¹⁰

Finalmente, hay otros aspectos que ponen de manifiesto los vínculos estrechos entre contenidos y servicios digitales y derechos de propiedad intelectual. Durante la vida de los contratos, pueden producirse modificaciones o transformaciones de los contenidos, que pueden tener transcendencia para el derecho de la propiedad intelectual.¹¹ Por otra parte, no sólo la ejecución de estos contratos tiene repercusiones en el derecho de autor,

8 Véase *infra* apartado C.V.6.

9 Es cuestionable que pueda aplicarse la regla de falta de conformidad jurídica si un determinado contenido que el destinatario del servicio quiere alojar y poner a disposición del público es filtrado o retirado en aplicación de lo previsto en el art. 73 del RDL 24/2021. A favor, G. Spindler, *Digital Content Directive And Copyright-related Aspects*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), vol. 12, 2021, pp. 111-130, p. 128. En contra, R. Sánchez Aristi, *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y derechos de propiedad intelectual*, en: F. Gómez Pomar/I. Fernández Chacón (Eds.), *El nuevo derecho digital. I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2024, pp. 465-510, p. 473.

10 La literatura sobre esta cuestión es muy nutrida. Para una discusión reciente en España, véase R. Evangelio Llorca, *Resultados generados con intervención de sistemas de inteligencia artificial y su protección (o no) por la propiedad intelectual*, *Cuadernos de derecho privado*, núm. 10, 2024, pp. 99-152.

11 Véase art. 14.5 TRLPI en relación con los arts. 8.2. y 19 DCD.

sino también su terminación por varias causas y los posibles derechos de portabilidad y uso ex post.¹²

La DCD deja salva la normativa sobre derechos de autor. En este sentido, el art. 3.9 establece que la Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión y nacional en materia de derechos de autor y derechos afines, incluida la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.¹³ El Considerando 36 DCD también remarca este extremo. Pero, como veremos, alinear ambas normativas –que parten de intereses protegibles y finalidades diferentes– no es nada fácil. Cohonestar la protección de las facultades que el derecho de propiedad intelectual atribuye a los titulares para la explotación eficiente de sus obras y demás prestaciones protegidas y la protección de los consumidores frente a las faltas de conformidad experimentadas en el disfrute de los contenidos digitales que incorporan aquellas plantea muchas dificultades. Este trabajo proporciona un test para alinear estas dos normativas en el examen de las faltas de conformidad relacionadas con las expectativas razonables de los consumidores acerca de las características y cualidades de los contenidos y servicios digitales contratados.¹⁴

II. Modalidades de suministro de contenidos digitales

Los contenidos y servicios digitales pueden suministrarse de varias formas (Considerando 19 CDC). Por ejemplo, un contenido digital puede estar grabado en un soporte material, como un DVD o stick, y ser este soporte el que se adquiera por parte del consumidor; puede descargarse por el propio consumidor en uno de sus dispositivos; o puede ser accedido por medio de una web de *streaming*. Por su parte, los servicios pueden suministrarse de diferentes modos, como puede ser mediante el acceso con una clave, mediante descarga de una aplicación en el terminal del usuario o mediante una interfaz de usuario. La DCD parte de un principio de neutralidad

12 Véanse, entre otros, S. Geiregat, Copyright Meets Consumer Data Portability Rights: Inevitable Friction between IP and the Remedies in the Digital Content Directive, GRUR International, vol. 71, n. 6, 2022, pp. 495-515; P. Koukal, Digital Content Portability and Its Relation to Conformity with the Contract, Masaryk University Journal of Law and Technology, vol. 51, n.1, 2021, pp. 53-84.

13 Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 (DO L 167, de 22.6.2001, pp. 10-19).

14 Véase *infra* C.V.4.

tecnológica y se aplicará con independencia de la modalidad de suministro de contenidos o servicios digitales y de sus características técnicas, así como de su calificación jurídica.

Con arreglo al art. 3.4 DCD, esta no se aplica a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos y que se suministren con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero. En estos supuestos, la falta de conformidad jurídica por restricciones derivadas de la protección de derechos de terceros se registrará por lo previsto en la DCV.

La DCD no tipifica el contrato por el medio del cual el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor y, en particular, si este ha de considerarse un contrato de compraventa, arrendamiento, obra o servicios, entre otros.¹⁵ Con todo, la calificación, que se realizará con arreglo al derecho nacional, puede ser crucial, como se verá, a los efectos de aplicación del derecho de propiedad intelectual.¹⁶

III. Licencias de uso sobre contenidos digitales

En las diferentes modalidades de contratos de suministro de contenidos digitales es habitual encontrar un instrumento jurídico peculiar: las licencias de uso, licencias de usuario o EULAs (*End User License Agreement*).¹⁷

15 Considerando 12 DCD. En el mismo sentido, R. Sánchez Leria, Derechos de terceros sobre la cosa vendida o contenido digital suministrado: el tratamiento de la falta de conformidad jurídica en la legislación protectora de consumidores, Anuario de Derecho Civil, 2024, IV, pp. 1569-1628, p. 1599; y J.P. Aparicio Vaquero, La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo, Revista de Educación y Derecho, 2021, pp. 1-33, p. 9. Sobre la calificación de los diferentes tipos contractuales, E. Arroyo Amayuelas, La transformación digital de los contratos de consumo en España, en: I. González Pacanowska/M.C. Plana Arnaldos (Dirs.), Contratación en el entorno digital, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 23-62, especialmente, pp. 27-30.

16 Véase *infra* C.V.6.

17 Para una discusión de las licencias de usuario, véanse J. Ataz López, Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual, en: González Pacanowska/Plana Arnaldos (n. 15), pp. 63-86; y J.P. Aparicio Vaquero, Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador (Shrink-wrap, click-wrap y otras formas de distribución de software), Granada: Comares, 2004.

En general, el uso y disfrute de los contenidos digitales puede conllevar la realización de copias temporales en los equipos de los usuarios o, de algún otro modo, implicar actos de explotación de derechos de propiedad intelectual titularidad de terceros. Por ello, ha sido habitual que los titulares de dichos derechos hayan recurrido a acuerdos de licencia para establecer las autorizaciones a los diferentes usuarios de los contenidos digitales para llevar a cabo dichos actos de explotación.

De hecho, no sería verdaderamente necesario recurrir a una autorización expresa contenida en una licencia de usuario o en otro tipo de contrato. Con arreglo a otros factores, la autorización para llevar a cabo los actos de explotación puede ser implícita o tácita (STJUE de 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15, *Marc Soulier y Sara Doke* (ECLI: EU:C:2016:878), apdo. 35).

En estas licencias, también ha sido habitual que los titulares establecieran condiciones¹⁸ para el uso y acceso a los contenidos, así como restricciones y prohibiciones, no siempre fundadas en el ejercicio de sus propios derechos de exclusiva sobre las obras y las prestaciones protegidas. Dicho de otra manera, algunas de estas restricciones solamente tendrían una eficacia inter partes limitada a los sujetos de la relación licenciante-licenciario y al no fundarse en un derecho de propiedad intelectual carecerían de efectos erga omnes frente a sujetos diferentes del licenciario que puedan acceder a los contenidos digitales.¹⁹

Las licencias de usuario no siempre son aceptadas antes de la perfección del contrato de suministro o su contenido no puede ser razonablemente conocido por un adquirente o consumidor destinatario del suministro de contenidos o servicios digitales en este momento. Piénsese en el caso de un adquirente de un cartucho de videojuego que cuando lo carga por primera vez en su consola ha de aceptar un acuerdo de licencia para poder jugar o que descubre que hay un acuerdo predispuesto dentro del paquete plastificado. Por ello, es posible que el propio suministrador del contenido digital ignore las características de la licencia de usuario y facilite al consumidor

18 Este es el término empleado en el TRLPI, que se refiere a las condiciones de utilización de una obra o prestación protegida en relación con la protección de información para la gestión de los derechos (*Digital Rights Management – DRM*). Véase art. 198.2 TRLPI.

19 Sobre esta cuestión, *O. Ben-Shahar*, *Damages for Unlicensed Use*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, 2011, pp. 7-29; y *C. Mulligan*, *Licenses and the Property/Contract Interface*, *Indiana Law Journal*, vol. 93, n. 4, 2018, pp. 1073-1120.

una información incorrecta, insuficiente o no alineada adecuadamente con lo establecido por el titular de los derechos de propiedad intelectual. Esto es, además de las asimetrías informativas entre consumidor y suministrador y entre consumidor y titular de los derechos de propiedad intelectual, una tercera asimetría informativa puede afectar a la relación entre suministrador y titular.

A diferencia de lo que ha venido ocurriendo tradicionalmente en contenidos no digitales, para los cuales este tipo de restricciones predisuestas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, especialmente, en el ámbito de su uso en relaciones de consumo, era inexistente o residual,²⁰ en el ámbito de los contenidos digitales su uso está muy extendido.²¹ Su aceptación por el consumidor deviene indispensable para que pueda acceder, usar y disfrutar los contenidos y servicios digitales.

IV. Utilización de medidas tecnológicas de protección

También es habitual, en el suministro de contenidos digitales, que los fabricantes o titulares de derechos de autor utilicen medidas tecnológicas de protección, esto es, técnicas, dispositivos o componentes cuya función es impedir o restringir determinados actos de uso o acceso a los contenidos. Los titulares de los derechos, mediante la aplicación a los contenidos digitales o a los dispositivos que los albergan de un control de acceso o de un procedimiento de protección como, por ejemplo, la codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este mismo objetivo, pueden llegar a restringir o limitar el uso pactado o esperable de los contenidos digitales suministrados a un consumidor (art. 196.3 TRLPI).

En general, los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de determinados límites a los derechos de propiedad intelectual, entre ellos,

20 Algunos autores han criticado su uso creciente en el caso de bienes tangibles sin contenidos digitales o no interconectados con servicios digitales. Así, *D. D'Onfro*, Contract-Wrapped Property, *Harvard Law Review*, vol. 137, n. 4, 2024, pp. 1058-1136.

21 En buena parte, ello consiste en un trasplante jurídico a partir de la recepción en los EE.UU. de este instrumento y su consolidación en la jurisprudencia de aquel país como mecanismo para regular el uso y acceso a programas de ordenador, videojuegos y otros contenidos digitales. Uno de los casos seminales es *MAI Systems Corp. V. Peak Computer, Inc*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

el de copia privada, los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate (art. 197.1 TRLPI).²² En la práctica, estas medidas tecnológicas de protección restringirán algunos usos de los contenidos digitales amparados en límites a los derechos de propiedad intelectual, así como otras formas de uso, de un modo que puede contradecir lo pactado en el contrato de suministro o lo esperado razonablemente por el consumidor.

En definitiva, las restricciones o limitaciones derivadas de derechos de propiedad intelectual que pueden resultar en una falta de conformidad pueden tener su origen no solo en los acuerdos de licencia de uso, sino también en la implementación de medidas tecnológicas de protección en los contenidos digitales objeto del suministro. En este sentido, las restricciones por medio de la tecnología pueden complementar o sustituir las restricciones impuestas contractualmente.²³ Con ello, los titulares se han asegurado un mayor control sobre la explotación, uso y acceso a las obras y demás prestaciones protegidas por el derecho de la propiedad intelectual, en detrimento de los intereses de sus usuarios, sean estos consumidores o no.

V. Heterogeneidad en el origen de las potenciales faltas de conformidad

1. Introducción

Las normas sobre falta de conformidad jurídica de los contenidos y servicios digitales en relación con derechos de propiedad intelectual que transponen el art. 10 DCD al derecho interno se pueden aplicar a diferentes tipos de situaciones. Aunque la regla que contienen es, en efecto, la misma, resulta adecuado describir diferentes realidades, pues responden a la protección de intereses diversos y, por ello, las dificultades en la interpretación y aplicación de aquella son también diferentes.

De forma resumida, pueden identificarse dos constelaciones de casos. En primer lugar, habrá situaciones en las cuales unos contenidos digitales se suministrarán por el empresario a los consumidores sin contar con autorización alguna de los titulares de derechos de autor. En segundo lugar,

22 Véase *infra* apartado C.V.5.

23 *Sánchez Aristi*, Contratos de suministro (n. 9), p. 489.

habrá situaciones en las cuales habrá una autorización y, de hecho, es la propia autorización -en definitiva, la licencia de uso- la que comporta una restricción del uso y disfrute de los contenidos digitales. Esto es, en un caso se están llevando a cabo actos de explotación sin el consentimiento del titular y, en el otro, sin respetar las condiciones impuestas por este. Desde el punto de vista del derecho de consumo, la aplicación de la regla de falta de conformidad jurídica a ambos casos responde principalmente a una misma finalidad: se persigue proteger la confianza de los consumidores y la mitigación de asimetrías informativas en los contratos de consumo.²⁴ Desde el punto de vista del derecho de propiedad intelectual, sin embargo, la explicación económica es diferente en cada supuesto: los intereses del tercero titular de derechos de propiedad intelectual son, como se verá, distintos en uno y otro caso. Y, de hecho, la DCD asume esta distinción y dedica dos Considerandos diferentes a cada una de estas situaciones.

2. Suministro de contenidos digitales sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual

Se trata de casos en los cuales el propio suministro de los contenidos o servicios digitales supone actos de explotación de derechos de autor o de derechos afines sin contar con la autorización de sus titulares, por ejemplo, porque la actividad de suministro infringe los derechos exclusivos de distribución o de puesta a disposición del público; o el propio uso por el consumidor u otro adquirente o destinatario de los servicios supone también actos de explotación como, por ejemplo, del derecho de reproducción sin licencia u otra cobertura legal.

En estos supuestos, el tercero podrá ejercer pretensiones por infracción de derechos de propiedad intelectual frente al suministrador o, en su caso, frente al consumidor, que comportarán que este último no pueda usar los contenidos o servicios digitales en el modo pactado en el contrato de suministro o con arreglo a sus expectativas razonables. La tutela del tercero en estos supuestos concierne al núcleo duro del derecho de propiedad intelectual: se persigue preservar la integridad del contenido económico del derecho de exclusiva frente a unos usos usurpatorios. En el ámbito *online*,

24 Sobre las funciones de la protección de los consumidores frente a faltas de conformidad de los contenidos y servicios digitales, véase F. Gómez Pomar, La conformidad en los contratos sobre contenidos y servicios digitales, en: Gómez Pomar/ Fernández Chacón (eds.), *El nuevo derecho digital* (n. 9), pp. 337-464, en particular, pp. 341-347.

puede citarse como ejemplo el de un servicio de *streaming* que deja de ofrecer un determinado contenido digital porque su prestador no contaba con una cesión o una autorización suficientes del titular de los derechos de propiedad intelectual para llevar a cabo la explotación de las obras o demás prestaciones. Por ejemplo, por medio de un contrato de suministro, el consumidor accedió a un libro electrónico en su tablet y, antes de finalizar su lectura, la copia desaparece de su dispositivo o se le bloquea el acceso a resultas de una reclamación de la editorial contra la plataforma.

La falta de autorización por el titular de los derechos de propiedad intelectual, a la que se refiere el Considerando 54 DCD, constituye el supuesto paradigmático de falta de conformidad jurídica en este ámbito. Estos supuestos siguen el sentido tradicional de los vicios jurídicos en materia de propiedad intelectual, trasladados ahora al ámbito de los contenidos digitales.

Pueden encontrarse varios antecedentes de esta norma, particularmente, lo previsto en el art. 42 del Convenio sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena).²⁵ En el ámbito *offline*, las faltas de conformidad jurídica han tenido un papel más relevante en los contratos entre empresarios que en los contratos de consumo. Pueden destacarse supuestos en los cuales un vendedor y un comprador celebran un contrato de compraventa de mercaderías consistentes en copias de una obra, productos marcados, o productos que incorporan una invención patentada, cuya ejecución -y, en particular, la puesta en circulación de los productos en un determinado mercado- vulneraría el derecho de distribución:²⁶ el hecho de que los bienes en cuestión estén afectados por derechos de propiedad intelectual o industrial de un tercero comportará que no puedan importarse o venderse en aquellos territorios en los cuales no se hubiera agotado previamente el derecho de distribución del titular de aquellos. No siempre se tratará de contratos ineficaces, pues, en ocasiones, el contrato será perfectamente válido y no afectado por un error relevante, pero, debido al principio de territorialidad, el bien o bienes en cuestión no podrán distribuirse en el territorio pretendido por las partes con la

25 I. Schwenzer, Article 42, en: P. Schlechtriem/I. Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 692 y ss. También, art. IV.A.-2:306 DCFR; y art. 102.2 CESL.

26 2016 UNCITRAL Digest of case law on Art. 42 CISG. Disponible en: https://cisg-online.org/media/J508L2IP/2016_UNCITRAL_CISG_Digest_Article_42.pdf (consultado el 25.2.2025).

finalidad de proteger al titular de los derechos de propiedad intelectual frente a importaciones paralelas.²⁷

3. Suministro de contenidos digitales con licencia del titular de los derechos de propiedad intelectual que restringe o limita el uso de aquellos por el consumidor

En el segundo supuesto, el suministrador está autorizado a suministrar los contenidos digitales por el tercero titular de los derechos de autor. En estos casos, el titular efectivamente está explotando el contenido económico de sus derechos de exclusiva sobre los contenidos digitales, pero lo sujeta a determinadas condiciones y restricciones, que acaban limitando el uso pactado o esperable de aquellos por el consumidor. El Considerando 53 DCD se refiere a esta situación.

El legislador europeo parte, en el diseño del régimen de las faltas de conformidad jurídica, de la práctica habitual en el mercado consistente en la utilización por los titulares de derechos de propiedad intelectual de licencias de usuario predispuestas para incluir condiciones y restricciones al uso de los contenidos y servicios digitales.²⁸ Es asumible que el titular de los derechos diseñará estas restricciones en beneficio propio y, en particular, con vistas a la maximización de los resultados de sus actividades económicas. Varios trabajos académicos ya han identificado limitaciones y restricciones habituales en los mercados de contenidos digitales y que podrían valorarse como potenciales faltas de conformidad en las relaciones de consumo.²⁹ Entre otras prácticas, se han destacado y cuestionado jurídicamente restricciones a la cesión, transmisión o reventa de los contenidos

27 T. Cottier, *Parallel Trade and Exhaustion of Intellectual Property in WTO Law Revisited*, in: H. Grosse Ruse-Khan/A. Metzger (eds.), *Intellectual Property Ordering beyond Borders*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 189-232.

28 Sánchez Leria, *Derechos de terceros* (n. 15), p. 1596, n. 46, cuestiona que en estos supuestos pueda hablarse técnicamente de una falta de conformidad jurídica, pues las restricciones no derivan de la existencia de derechos de terceros sino del ejercicio por parte de estos de las facultades que entrañan. No obstante, las faltas de conformidad jurídica que regula el art. 10 DCD se refieren a cualesquiera derechos de terceros, incluidos derechos meramente obligaciones establecidos en una licencia de usuario. Sobre ello, *infra* apartado C.I. Con todo, la autora considera que puede partirse de una noción amplia de vulneración para incluir a tales supuestos.

29 G. Spindler, *Digital Content* (n. 9); y L. Oprysk/K. Sein, *Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?*, IIC- International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 51, 2020, pp. 594-623.

digitales, la imposibilidad de realizar copias de seguridad o copias privadas, la prohibición de utilización simultánea de los contenidos digitales en varios dispositivos, limitaciones temporales de uso y acceso a los contenidos y servicios digitales, o restricciones relacionadas con las características de interoperabilidad de los contenidos digitales.

Las condiciones y restricciones predispuestas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, además de redundar en su propio beneficio, pueden ser socialmente valiosas y, por ello, el derecho debería, al menos hasta cierto punto, darles cobertura.³⁰ Por ejemplo, pueden destacarse como consecuencias positivas de estas restricciones la reducción mediante la implementación de estrategias de discriminación eficiente de precios de las ineficiencias estáticas (*deadweight loss*) que genera la atribución inicial de derechos de propiedad intelectual³¹; el establecimiento de restricciones verticales que contribuyen a la provisión de servicios postventa y que mejoran la posición de los consumidores;³² y el diseño de restricciones que redundan en la calidad de la experiencia de usuario, especialmente, en bienes con efectos de red (*network effects*), como pueden ser los videojuegos en línea.³³

Ahora bien, como veremos, no siempre los beneficios sociales y privados de tales restricciones van a compensar los costes sociales que generan y, por ello, tiene sentido no darles siempre cobertura jurídica.³⁴ Se ha señalado que las restricciones y condiciones impuestas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual para la explotación de los contenidos digitales pueden incrementar sobremanera los costes de información en el

30 Para un trabajo reciente destacando las ventajas de las restricciones impuestas por titulares de derechos sobre contenidos digitales y otros bienes y su potencial eficacia erga omnes, D. Klerman/S. Bechtold, *Personal Property Servitudes Revisited*, Tulane Law Review, vol. 99, 2024, pp. 345-395.

31 Para un análisis de este efecto y los factores que pueden favorecerlo o restringirlo, A. Katz, *The economic rationale for exhaustion: distribution and post-sale restraints*, en: I. Calboli/E. Lee (eds), *Research Handbook on IP Exhaustion and Parallel Imports*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2016, pp. 23-43.

32 H.J. Hovenkamp, *Post-Sale Restraints and Competitive Harm: The First Sale Doctrine in Perspective*, NYU Annual Survey of American Law, vol. 66, 2011, pp. 487-547.

33 A. Rubí Puig, *Cambiar las reglas del (video)juego. Mecanismos de control contractual en plataformas de entretenimiento online*, IDP, Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 14, mayo 2012, pp. 75-87.

34 Para una descripción de los diferentes factores que juegan en el *trade-off* entre ventajas y consecuencias negativas de favorecer el diseño de limitaciones y restricciones por parte de los titulares de derechos de autor, véase A. Rubí Puig, *Principio salva rerum substantia* y agotamiento de derechos de distribución, InDret 3/2015, pp. 1-45.

mercado,³⁵ pueden perseguir ampliar el haz de facultades de control que el derecho de la propiedad intelectual les atribuye,³⁶ o pueden menoscabar los niveles de competencia en un determinado sector.³⁷ Una abundante literatura discute la validez y eficacia de estas restricciones.³⁸ Un modo indirecto de no protegerlas jurídicamente es entender que tales restricciones, cuando se aparten de lo establecido por el derecho de autor como solución dispositiva, son contrarias a las expectativas razonables de un consumidor si no son comunicadas por el suministrador y, por tanto, contrarias a los criterios objetivos de conformidad de los contenidos y servicios digitales.³⁹

C. Elementos de la regla sobre falta de conformidad jurídica relacionada con derechos de propiedad intelectual

I. Derechos de terceros

La regla establecida en el art. 10 DCD no está limitada a los derechos de propiedad intelectual, sino que se refiere en general a cualesquiera derechos de terceros, que puedan hacerse valer de algún modo frente al consumidor o usuario o destinatario de los contenidos y servicios digitales.⁴⁰ El art. 10 DCD incluye a los derechos de propiedad intelectual únicamente a título de ejemplo, aunque en la práctica, serán los derechos de terceros que tendrán un protagonismo superior en la limitación al uso y disfrute de contenidos y servicios digitales por los consumidores.

Los diferentes derechos de terceros que pueden llegar a restringir el uso de los contenidos digitales podrán tener su origen en la ley, en un acto o

35 C. Long, *Information Costs in Patent and Copyright*, Virginia Law Review, vol. 90, núm. 2, 2004, pp. 465-549; y M. van Houweling, *The New Servitudes*, Georgetown Law Journal, vol. 96, 2008, pp. 885-950.

36 T. Merrill/H. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, Yale Law Journal, vol. 110, 2000, pp. 1-70.

37 H.J. Hovenkamp, *Post-Sale Restraints* (n. 32).

38 En el ámbito de los derechos de autor, entre otros, K.F. Szkalej, *Copyright in the Age of Access to Legal Digital Content. A study of EU copyright law in the context of consumptive use of protected content*, Uppsala: Uppsala Universitet, 2021, en especial, pp. 193-311.

39 *Infra* apartado C.V.

40 F. Rosenkranz, *Article 10. Third-party rights*, en: R. Schulze/D. Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Beck-Hart, 2020, pp. 183-199; p. 189.

negocio privado o en el ejercicio de poderes públicos. Por ejemplo, puede tratarse de afectaciones en el uso de los contenidos digitales derivadas de la adopción de medidas en un proceso penal o administrativo que comporten el embargo, la confiscación o cualquier otra medida sobre aquellos o los soportes que los albergan. Las faltas de conformidad pueden derivar también de restricciones derivadas de la protección de derechos sobre los datos personales o intimidad, honor y propia imagen.⁴¹ Finalmente, los derechos de terceros pueden estar protegidos por un contrato o un derecho de crédito oponible frente al consumidor. Esto es especialmente relevante en el supuesto de los acuerdos de licencia o EULAs y de las restricciones que contienen que no derivan específicamente de las facultades de explotación de derechos de propiedad intelectual.

Cuando nos referimos a las relaciones de consumo, los derechos de propiedad intelectual relevantes son los protegidos por los derechos de autor y derechos afines, esto es, por los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto. Los derechos de propiedad industrial son menos relevantes en las relaciones de consumo puesto que, por lo general, no podrán infringirse por los consumidores actuando con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.⁴² Así, el art. 34.2 de la Ley de Marcas restringe la protección de las marcas comerciales en relación con “usos en el tráfico económico”.⁴³ En un mismo sentido, el art. 61.1.a) de la Ley de Patentes excluye los actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales⁴⁴. Por su parte, el art. 48 a) de la Ley de Protección del Diseño Industrial prevé la misma limitación.⁴⁵

En el ámbito de suministro de contenidos digitales, los derechos de un tercero no tienen por qué afectar directamente a los contenidos y derivar,

41 Considerando 48 DCD. En la literatura, A. Sattler, *Urheber- und datenschutzrechtliche Konflikte im neuen Vertragsrecht für digitale Produkte*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2020, 3623.

42 Cfr. Art. 621-30 CCCat, que puede aplicarse a relaciones contractuales diferentes de las de consumo.

43 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE núm. 294, de 8.12.2001). En el mismo sentido, véase art. 9.2 Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (DO L 154 de 16.6.2017, p. 1-99).

44 Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (BOE núm. 177, de 25.7.2015).

45 Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE núm. 162, de 8.7.2003). *Vid.* también art. 20.1 a) del Reglamento (UE) 2024/2822, de 23 de octubre de 2024 (DO L 2024/2822, 18.11.2024); y art. 18.1 a) de la Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (DO L 2024/2823, 18.11.2024).

por tanto, de derechos de propiedad intelectual, sino que pueden referirse al soporte tangible que lo contiene,⁴⁶ o a los bienes en los cuales se integran o que están interconectados con servicios digitales.

II. Tercero

La regla del art. 10 DCD requiere que los derechos correspondan a un tercero ajeno al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. En efecto, ni el empresario, ni el consumidor serán terceros en dicha relación contractual. En general, respecto de los derechos de propiedad intelectual, el tercero al que se refiere el art. 10 DCD será un titular originario o derivativo de aquellos, e incluirá a sujetos tales como autores, sus causahabientes, sus empleadores, cesionarios, y representantes o mandatarios dedicados a la gestión de los derechos, tales como una entidad de gestión colectiva. El tercero podrá referirse también a cualesquiera otros sujetos que ostenten algún derecho real o de crédito sobre las copias que incluyan los contenidos digitales.⁴⁷

No es infrecuente que en el ámbito digital sea el propio titular de los derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos digitales quien los suministra directamente al consumidor sin recurrir a intermediarios u otros sujetos en la cadena de suministro. En estos supuestos, no se podría aplicar, de entrada, lo previsto en el art. 10 DCD en relación con la enervación de derechos de propiedad intelectual por parte de un tercero, pues el titular de estos será parte en el contrato de suministro.

Sin embargo, aún en este último caso, es posible que también haya un tercero titular de derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos diferente del titular suministrador. Por ejemplo, este último puede ser un titular derivativo de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras incluidas en los contenidos digitales que explota y suministra directamente a los consumidores y el tercero puede ser el autor, otro titular de derechos derivativo u originario, o una entidad de gestión colectiva. Ello es consecuencia de la posibilidad de desgajar los diferentes derechos exclusivos incluidos en el haz de facultades atribuidas por derechos de autor y asignarlos a diferentes sujetos y del hecho que frecuentemente sobre un mismo contenido digital confluyen diferentes

46 F. Rosenkranz, Article 10 (n. 40), p. 190.

47 F. Rosenkranz, Article 10 (n. 40), p. 190.

grupos de derechos como los derivados de la autoría sobre una obra, los derivados de la interpretación de la obra y los derivados de la fijación de la interpretación en un fonograma para su explotación digital.

III. Vulneración

Con arreglo al art. 10 DCD, la restricción que impida o limite el uso al consumidor de los contenidos o servicios digitales ha de derivar de una vulneración de derechos de terceros. En otros términos, la restricción o limitación al uso pactado o esperable de los contenidos y servicios digitales resulta de una infracción efectiva o potencial de derechos de terceros y no de la mera existencia de derechos de terceros sobre aquellos.

La Propuesta de Directiva de 2015 establecía en su art. 8 que “En el momento en que los contenidos digitales se suministran al consumidor deben estar libres de derechos de terceros, incluidos los basados en propiedad intelectual, de forma que los contenidos digitales puedan utilizarse de acuerdo con el contrato”. Esta redacción fue muy criticada, pues resulta inevitable que muchos de los contenidos digitales que se suministren estarán limitados de alguna manera por derechos de propiedad intelectual.⁴⁸

Pueden plantearse dos problemas diferentes en relación con el requisito de la vulneración. En primer lugar, el precepto no aclara si, para que el consumidor pueda alegar una falta de conformidad, ha de haberse producido efectivamente una vulneración o infracción de los derechos de propiedad intelectual del tercero o basta con que haya un ejercicio de la pretensión por este o, en su caso, basta con un riesgo razonable de que el uso pactado o previsto pueda llegar a infringir los derechos del tercero. El CCCat se refiere a *pretensions raonablement fonamentades de tercers*, siguiendo el modelo previsto en el art. 102.1 CESL (*not obviously unfounded claims*). Por lo tanto, no sería imprescindible que se hubiera acreditado una infracción de los derechos de propiedad intelectual del tercero. En el derecho alemán, la doctrina ha destacado que tampoco es necesaria una infracción efectiva y que es suficiente, para que el consumidor pueda acudir a los remedios por

48 COM/2015/0634 final. S. Cámara Lapuente, El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015, InDret 3/2016, pp. 1-92, en especial, pp. 43-44.

falta de conformidad, con el ejercicio de una pretensión por el titular de los derechos de propiedad intelectual.⁴⁹ No parece adecuado exigir la acreditación de una infracción efectiva de sus derechos de propiedad intelectual, pues el ejercicio de una pretensión mínimamente sería por parte del tercero ya supone una perturbación en el uso y disfrute del objeto contractual, por lo que debería bastar para que el consumidor pudiera reaccionar frente al suministrador y fundamentar que los contenidos digitales no son conformes con el contrato. Más dudas plantea la posibilidad de que un consumidor considere el hecho de que el titular de los derechos ha ejercido sus pretensiones frente a otros consumidores a quienes se han suministrado contenidos en las mismas condiciones que aquel para poder alegar una falta de conformidad y ejercer los remedios frente al suministrador. En estos supuestos, la perturbación en el uso de los contenidos y servicios digitales es meramente hipotética.

En segundo lugar, el precepto tampoco aclara quién ha de cometer la infracción de los derechos de propiedad intelectual y, en particular, si la vulneración ha de tener origen en una conducta del suministrador o del consumidor. El ejercicio de una pretensión frente a cualesquiera de ellos puede resultar en una perturbación o limitación al uso pactado o esperable de los contenidos digitales por parte del consumidor. Lo relevante es que haya una potencial infracción de los derechos de propiedad intelectual de un tercero derivada de la ejecución del programa contractual que suponga una restricción o limitación al acceso o uso de los contenidos digitales. Habrá supuestos en los cuales será la propia actividad del suministrador la que infrinja los derechos del tercero, por ejemplo, en los supuestos de puesta a disposición del público de un contenido digital sin contar con autorización para ello. En el ámbito del suministro de servicios digitales de inteligencia artificial generativa, es posible que, a consecuencia de la potencial infracción de derechos de autor en la fase de entrenamiento del modelo, el consumidor que ha obtenido una determinada generación o *output* no pueda utilizarla conforme a sus expectativas o con arreglo al contrato. Se trata de supuestos en los cuales el *output* como tal no infringe los derechos de propiedad intelectual de un tercero, sino que son infractores los propios servicios ofrecidos por el suministrador para su creación.⁵⁰

49 A. Metzger, § 327g, en: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl., Beck, 2022, Rn. 9.

50 Sobre las posibilidades de infracción de derechos de autor en la cadena de valor de la inteligencia artificial generativa, pueden verse, entre otros, J. P. Quintais, *Generative*

El hecho de que los servicios de inteligencia artificial generativa puedan infringir masivamente derechos de un tercero durante su entrenamiento y ajuste habría de bastar para que el consumidor se vea perturbado en el uso de los servicios y en la generación de *outputs*, fundamentar una falta de conformidad y, en su caso, pudiera resolver el contrato de suministro de servicios digitales.

Además, la infracción que resulte en una limitación o restricción al uso pactado o esperable de los contenidos digitales puede ser directa o indirecta. Esto es, el suministrador, además de poder infringir directamente los derechos del tercero, puede con su conducta contribuir a la comisión de una infracción por parte de sus consumidores o usuarios finales: con arreglo al art. 138.II TRLPI un suministrador podría infringir los derechos de un tercero si indujera a sabiendas la conducta infractora de sus usuarios; si cooperara con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y si, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, contara con una capacidad de control sobre la conducta del infractor directo. Por ejemplo, un empresario suministra a cambio de un precio archivos CAD u otros que un consumidor puede utilizar luego para realizar impresiones 3D, por ejemplo, de figuras de personajes de cómic. Dependiendo del formato del archivo, es posible que el contenido digital suministrado no infrinja de un modo directo los derechos de autor del tercero y que quien pueda llegar a realizar actos infractores sea el consumidor al reproducir la figurita mediante impresión o al llevar a cabo otros actos tales como la venta de la copia de la figurita a otro consumidor. El titular de los derechos de autor -por ejemplo, la editorial o productora cesionaria de los derechos sobre el cómic- puede preferir reclamar únicamente contra el empresario y, por cuestiones reputacionales, no ejercer pretensiones frente al consumidor de los contenidos digitales consistentes en los archivos CAD⁵¹. En estos supuestos, debería bastar esta acción por infracción indirecta frente al empresario para que el consumidor pueda cuestionar la conformidad de los archivos CAD, a pesar de que estos no infringen directamente los derechos de propiedad intelectual del tercero.

AI, copyright and the AI Act, *Computer Law & Security Review*, vol. 56, 2025, article 106107; K. Szkalaj, *Copyright Liability and Generative AI: What's the Way Forward?*, 2025. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=5117603>; E. Rosati, *Infringing AI: Liability for AI-Generated Outputs under International, EU, and UK Copyright Law*, *European Journal of Risk Regulation*, 2024, pp. 1-25.

51 S. Bechtold, *3D printing and the intellectual property system*, WIPO-Economic Research Working Paper No. 28, 2015, pp. 16-17.

IV. Restricción, que impida o limite.

Algunos autores han apuntado a que no es necesario que se dé una restricción efectiva en el uso y acceso a los contenidos y servicios digitales.⁵² En otros términos, no sería preciso que el uso actual del consumidor estuviera ya limitado y que, de hecho, no pudiera utilizar los contenidos digitales con arreglo a su intención en el momento de contratar. Por ejemplo, en el contrato de suministro se especifica que el contenido digital podrá instalarse en cinco terminales diferentes y el acuerdo de licencia o EULA establece que únicamente puede instalarse en dos. Si el consumidor, en estos momentos, únicamente tiene el contenido instalado en dos terminales y no tiene un interés específico en poder utilizarlo en otros, la restricción ya existe y debería bastar para que aquel pueda recurrir a la falta de conformidad por infracción de los criterios subjetivos.

V. Determinación de la falta de conformidad

1. Criterios subjetivos y objetivos de conformidad

La falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales ha de valorarse con arreglo a los criterios subjetivos y objetivos previstos, respectivamente, en los arts. 7 y 8 DCD.

En primer lugar, puede producirse una falta de conformidad si la restricción que deriva de los derechos de propiedad intelectual del tercero impide o limita el uso contratado de los contenidos o servicios digitales. En general, se tratará de supuestos en los cuales se producirá una divergencia entre lo que establecen expresamente el contrato de consumo y el acuerdo de licencia predispuesto por el titular de los derechos de autor. Entre otros supuestos, la restricción impuesta por el titular de los derechos de propiedad intelectual en el EULA contradice la descripción, la cantidad o la calidad de los contenidos establecidas en el contrato o, en su caso, las características de funcionalidad, compatibilidad o interoperabilidad de aquellos, y tal contradicción resulta en una infracción de los criterios subjetivos de conformidad (art. 7 DCD).

Por ejemplo, el contrato señala que el contenido puede descargarse hasta en cinco dispositivos diferentes, cuando el acuerdo de licencia describe

52 Metzger, §327g (n. 49), Rn. 18.

el uso de medidas técnicas de protección para impedir que el contenido digital se descargue en más de un equipo. Se tratará, en la mayor parte de los supuestos, de casos fáciles de dilucidar, pues, en general, su examen requerirá una comparación de los contenidos del contrato de suministro y del contrato de licencia de usuario (o, en su caso, de las medidas técnicas de protección implementadas sobre los contenidos digitales o sobre los soportes que los contienen).

En segundo lugar, puede producirse una falta de conformidad si la restricción que deriva de los derechos de propiedad intelectual del tercero impide o limita el uso de los contenidos o servicios digitales con arreglo a las expectativas razonables del consumidor. Por ejemplo, a consecuencia de la restricción impuesta por el titular de los derechos de propiedad intelectual, los contenidos o servicios digitales dejarán de ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector (art. 8.1 a) DCD). Los casos más problemáticos se plantean en los supuestos en los cuales el consumidor puede tener unas expectativas razonables en relación con las cualidades y características de funcionamiento de los contenidos digitales, en particular respecto de su funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que no han sido desvirtuadas por el empresario suministrador en el momento de contratar (art. 8.1 b) DCD).

Nótese que, con arreglo al precepto, las expectativas legítimas de los consumidores no alcanzan a las características relativas a la interoperabilidad de los contenidos y servicios digitales, esto es, a su capacidad de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo.⁵³

Por lo general, se tratará de situaciones en las cuales el consumidor no habrá sido informado suficientemente por el suministrador al celebrar el contrato de suministro de los contenidos o servicios digitales de las restric-

53 Sobre ello, S. Navas Navarro, El suministro en línea de contenido digital en la encrucijada entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo, *Actas de Derecho Industrial* (2020-2021), pp. 133-154; p. 139; y F. Gómez Pomar, La conformidad (n. 24), p. 410.

ciones y limitaciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual y que acabarán defraudando las expectativas de aquel.

2. Incentivos para mitigar la asimetría informativa del consumidor

La regla del art. 10 DCD persigue alinear la información que recibe el consumidor en la relación de consumo con el contenido de las restricciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual. Para evitar una falta de conformidad, el suministrador corre con la carga de impedir las contradicciones entre las dos relaciones contractuales, lo que se manifiesta en dos cursos de conducta: primero, purgar del contrato de suministro aquella información sobre las características del contenido digital que no se ajuste a lo previsto por el titular de los derechos; y, segundo, informar de aquellas características de los contenidos digitales que difieren de las que un consumidor podría razonablemente esperar.

Estas cargas se imponen sin perjuicio de los deberes precontractuales de información previstos en los arts. 60 y 97 TRLGDCU y de la regla sobre carga de la prueba de la falta de conformidad establecida en el art. 12.4 DCD. En particular, el empresario deberá informar sobre: (i) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios (art. 60.2 a) TRLGDCU); (ii) la funcionalidad de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional (art. 60.2 i) TRLGDCU y art. 97.1 s) TRLGDCU, en relación con contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil); y (iii) toda compatibilidad e interoperabilidad relevante de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos (art. 60.2 j) TRLGDCU y art. 97.1 t) TRLGDCU, en relación con contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil).

Si el acuerdo de licencia de usuario se acepta antes o simultáneamente a la perfección del contrato de consumo, el consumidor puede razonablemente conocer el contenido de las restricciones impuestas por el titular que

puedan afectar al uso o acceso de los contenidos digitales. Por ejemplo, el vendedor o suministrador puede informar al consumidor de la existencia del acuerdo de licencia predispuesto por el titular de los derechos y ofrecer la posibilidad de acceder al mismo y conocer su contenido. También es posible que el vendedor o suministrador incorpore las condiciones de la licencia de usuario en el propio contrato de suministro que celebra con el consumidor, aunque es discutible que con ello se satisfaga una exigencia de conocimiento reforzado del consumidor para desplazar los criterios objetivos de conformidad.⁵⁴ Aunque no es habitual en la práctica, el vendedor o suministrador puede a su vez ser un licenciatario de los derechos de propiedad intelectual y actuar como sublicenciante en la relación con el consumidor, quien pasaría a ostentar la condición de sublicenciario. El consumidor, muy a menudo, va a aceptar el acuerdo de licencia, pues esta es prácticamente la única vía de poder disfrutar de los contenidos o servicios digitales en cuestión. En los supuestos anteriores, el consumidor no puede ignorar en el momento de contratar el contenido de las restricciones impuestas por el tercero sin faltar a la buena fe. Ello no excluye la posibilidad de que las cláusulas en el contrato de suministro pueden ser abusivas o, de algún otro modo, presenten algún problema de eficacia.

Surgen más problemas si el acuerdo de licencia ha de aceptarse con posterioridad a la perfección del contrato de consumo. Hasta el momento de perfección del contrato de suministro, el consumidor puede no haber sido informado de la existencia de un acuerdo de licencia o de su contenido.

El consumidor podría llegar a negarse a aceptar la licencia de usuario. Puede defender que desconocía que hubiera de consentir a la licencia, puesto que el vendedor no le había informado en ningún momento sobre ello. Para algunos autores, esta situación no supone una falta de conformidad jurídica, sino una falta de suministro de los contenidos o servicios digitales (art. 5 DCD) que facultaría al consumidor a acudir a los remedios establecidos en el art. 13 DCD. Si la negativa del consumidor responde, sin embargo, al contenido de acuerdo de licencia de usuario, parece que la calificación ha de ser la de una falta de conformidad jurídica. También puede defenderse que, dada la práctica extendida

54 D. Staudenmayer, Article 8. Objective requirements for conformity, en: R. Schulze/D. Staudenmayer (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Beck-Hart, 2020, pp. 131-168; p. 163.

del uso de licencias de usuario en el mercado, un consumidor razonable ha de esperar que haya de aceptar una licencia de usuario.⁵⁵

Esto es, después de que el contenido digital se ponga a disposición del consumidor o después de que el soporte que alberga el contenido digital se entrega al consumidor, este se ve obligado a aceptar una licencia de usuario antes de poder utilizar aquel. En algunos casos, no se persigue una aceptación expresa del acuerdo (*click-wrap license*), sino otras acciones afirmativas a partir de las cuales puede inferirse un consentimiento tácito o presunto (*browse-wrap license*, *shrink-wrap license*), que, al menos, en el ámbito de las relaciones de consumo, no deberían tener acomodo con arreglo al derecho europeo y español vigente. Son los supuestos en los cuales la licencia de usuario se ha de aceptar con posterioridad aquellos que generan los problemas principales y que surgen del riesgo de contradicción entre los términos de la licencia y del contrato de suministro; o, en su caso, entre los términos de la licencia y las expectativas del consumidor. La regla sobre falta de conformidad jurídica proporciona incentivos al empresario para evitar estas contradicciones potenciales y, en particular, establece una carga de este para mitigar la asimetría informativa del consumidor.

3. Carga informativa del suministrador para evitar una falta de conformidad con los criterios objetivos

Según el art. 8.5 DCD:

“No habrá falta de conformidad [...] cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad [...] y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato”.

El principal problema que se plantea en esta situación es cómo ha de transmitirse la información al consumidor y si se ha de proceder con una interpretación y aplicación estricta del art. 8.5 DCD para desplazar la

55 En efecto, si el contenido de la licencia no incumple los criterios subjetivos u objetivos de conformidad, el consumidor no habría de poder alegar la falta de suministro. Sobre ello, A. Metzger, §327g (n. 49), Rn. II.

aplicación de los criterios objetivos de conformidad, en particular, en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual.⁵⁶

En cualquier caso, si se supera la carga informativa por parte del suministrador no podrá haber lugar a una falta de conformidad de los contenidos digitales. Cuestión distinta será si la restricción o limitación impuesta por el titular de los derechos de propiedad intelectual será eficaz o no y qué mecanismos de reacción puede tener el consumidor frente al titular de los derechos de autor.

4. Supuestos de silencio: el verdadero papel de las expectativas razonables

En ocasiones, el contrato de suministro con el consumidor guardará silencio acerca de las restricciones y limitaciones en el uso y acceso a los contenidos digitales que imponga el titular y que quedarán reflejadas en el EULA. Por ejemplo, pueden darse situaciones en las cuales no haya un contrato por escrito en la relación entre suministrador y consumidor: por ejemplo, el consumidor adquiere un cartucho de un videojuego en una tienda física y al cargarlo en su consola ha de aceptar un acuerdo de licencia de usuario. Luego, a partir de su uso del videojuego, el consumidor descubre determinadas restricciones derivadas del acuerdo de licencia que defraudan sus expectativas o, de otro modo, pueden llegar a infringir criterios objetivos de conformidad establecidos en el art. 8 DCD. O, por ejemplo, el contenido del contrato de consumo se ha proporcionado online por medio de condiciones generales de la contratación, a las que se adherido el consumidor, pero estas no se refieren en ningún momento a restricciones que aparecen en el acuerdo de licencia de usuario. En estos casos, el nivel de información del consumidor en el momento de contratar es insuficiente, como resultado de una doble asimetría de información en la relación con el titular y, acaso, en la relación con el suministrador. Nótese que el suministrador puede a su vez sufrir las consecuencias de una asimetría informativa

56 Sobre los diferentes problemas de interpretación del art. 8.5 DCD, véase *F. Gómez Pomar*, La conformidad (n. 24), en particular, pp. 432-443. Sobre los criterios objetivos de conformidad, véanse, en la literatura española, en especial, *E. Torrelles Torrea*, Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT, Cuadernos de derecho transnacional, vol. 15, n. 1, 2023, pp. 846-878; y *Á. Bueno Biot*, La conformidad objetiva en los contenidos y servicios digitales: Estándares legales y garantías del consumidor, Revista de Derecho Civil, vol. 12, n. 1, 2025, pp. 185-237.

propia, pues puede desconocer las restricciones y limitaciones impuestas por el titular en los contenidos digitales.

Estos son los casos más difíciles, pues su discusión pasa esencialmente por valorar si las expectativas de un consumidor en el momento de contratar eran tales que la restricción derivada de la licencia de usuario o del uso de medidas técnicas de protección hace a los contenidos o los servicios digitales no conformes con el contrato. Varios autores han destacado que es muy difícil poder identificar y delimitar las expectativas razonables de los consumidores en relación con los contenidos y servicios digitales:⁵⁷ en este ámbito, la existencia de diferentes prácticas en el mercado, la falta de estándares consolidados y la evolución dinámica en la prestación de nuevos servicios digitales y los incentivos a la innovación harán difícil concretar qué deben entenderse por expectativas razonables de los consumidores.

La cuestión principal pasa por determinar si la omisión de información suficiente por parte del suministrador al consumidor acerca de las restricciones impuestas por el tercero ha de resultar necesariamente en una falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, al entender que las expectativas del consumidor no fueron desvirtuadas por el suministrador. En el fondo, se trata de establecer si únicamente no habrá una falta de conformidad por infracción de los criterios objetivos cuando el empresario efectivamente cumplió con la carga prevista en el art. 8.5 DCD o, si a pesar de no haber informado específicamente al consumidor y de no haber requerido su aceptación expresa y por separado, este no puede confiar en sus propias expectativas acerca de las características y cualidades de los contenidos digitales y debe asumir el riesgo de la asimetría informativa. Este trabajo defiende que no siempre será necesario para el empresario soportar esta carga informativa y que, a pesar de que el consumidor no conozca correctamente las características y cualidades de los contenidos digitales, estos podrán ser conformes con el contrato.⁵⁸ En otros términos, los riesgos de una potencial falta de conformidad por el silencio en el contrato no han de asignarse necesariamente al empresario suministrador. En estos supuestos, las expectativas del consumidor derivadas de su nivel insuficiente de información habrán de reputarse como no razonables.

57 G. Spindler, *Digital Content* (n. 9), p. 118.

58 Cfr. S. Navas Navarro, *El suministro* (n. 53), p. 143: “El deber de informar debe hacerse respecto de *cualquier* restricción del uso de los contenidos protegidos, ya sea de las restricciones legales como de las contractuales impuestas por las conocidas «licencias de uso»” (énfasis añadido).

El canon de razonabilidad en el art. 8.1 b) DCD parte de un conjunto de factores que han de ser considerados conjuntamente y, en particular, exige tener en cuenta los elementos siguientes:

- a) Patrón de normalidad: las características o cualidades de los contenidos digitales que razonablemente puede esperar un consumidor son aquellas que se presentan normalmente en el mercado. Por lo tanto, para que pueda haber una falta de conformidad, debe haber una determinada práctica habitual o mayoritaria en el sector de que se trate y el titular de los derechos debe alejarse de esta e incorporar una restricción o limitación idiosincrática en el uso o acceso a los contenidos digitales, que contradiga lo que esperaría el consumidor de un operador medio o mayoritario en el mercado.
- b) Tipo de contenido digital: el patrón de normalidad se ha de valorar en relación con contenidos y servicios digitales “del mismo tipo”. Por lo tanto, resultará relevante comparar las características y cualidades que presenten categorías específicas de contenidos, que, dado el derecho de la propiedad intelectual, vendrán definidas al menos por dos factores: el modo de suministro (descarga digital, puesta a disposición interactiva, o suministro de soporte tangible); y el tipo de obra o prestación protegida (libro, videojuego, obra audiovisual, base de datos, entre otras). La referencia al tipo de los contenidos y servicios digitales no debería trasladar al ámbito digital expectativas de los consumidores a partir de sus experiencias en el ámbito analógico.⁵⁹
- c) Naturaleza de los contenidos digitales: con arreglo al precepto, la falta de conformidad se ha de valorar teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado (también Considerando 46 DCD, que añade que el criterio de razonabilidad en relación con que una persona pueda razonablemente esperar debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas).

59 Cfr. *Sánchez Leria*, *Derechos de terceros* (n. 15), p. 1606, que señala que “de acuerdo con el test de razonabilidad, [se ha de tener] en cuenta el tipo contractual usado para su suministro, de forma que la expectativa del consumidor se determine, también, en función de su experiencia como consumidor analógico”.

La naturaleza de los contenidos digitales se refleja, sobre todo, en la protección de las obras y otras prestaciones que albergan por medio de derechos de autor, extremo que el consumidor medio y razonable no puede ignorar. Esta naturaleza es diferente a la de otro tipo de derechos que pueden afectar a los bienes contractuales y que pueden justificar una falta de conformidad jurídica: no será habitual que los bienes estén grabados por derechos de terceros -tales como un derecho real limitado de garantía- y la situación sería difícilmente anticipable por el consumidor; en cambio, en el caso de los contenidos digitales, el consumidor puede fácilmente esperar que estén efectivamente *grabados* por derechos de propiedad intelectual.

En relación con el art. 10 DCD y las faltas de conformidad relacionadas con derechos de propiedad intelectual, hay un dato positivo en la Directiva que no puede obviarse: la normativa sobre esta materia queda a salvo (art. 3.9 DCD) y no es desplazada por el derecho de consumo. El modo de cohesión del régimen de la DCD con la normativa sobre propiedad intelectual, según lo previsto en el art. 3.9, pasa por incluir en las expectativas razonables del consumidor el hecho de que los contenidos digitales estarán habitualmente protegidos por derechos de autor y derechos afines y que las restricciones y limitaciones impuestas por un acuerdo de licencia o por la tecnología derivarán, por lo general, del ejercicio de tales derechos de exclusiva por parte de sus titulares. En otros términos, las expectativas del consumidor no deberían servir para excluir restricciones y limitaciones que el titular pueda legítimamente imponer con arreglo a la normativa sobre propiedad intelectual y no será necesario que el suministrador informe específicamente al consumidor sobre aquellas y recabe su aceptación expresa y por separado.

En definitiva, el consumidor no puede desconocer razonablemente que la determinación de los fines, las características y cualidades de los contenidos digitales protegidos por derechos de propiedad intelectual que hará su titular reflejará un marco legal que, en buena medida, se encarga de disciplinar cómo ha de llevarse a cabo la explotación de obras y otras prestaciones protegidas. Este sector del ordenamiento no se dirige en exclusiva a la protección de los derechos e intereses de los titulares, sino que persigue un equilibrio que salvaguarda intereses de otros sujetos, también de los consumidores. En este sentido, el Considerando 9 de la Directiva

2021/29/CE reconoce que los intereses de los consumidores también subyacen a la normativa sobre propiedad intelectual.⁶⁰

En efecto, si las restricciones a los contenidos digitales impuestas por el titular resultan directamente de lo previsto en el derecho de autor, debería resultar muy difícil identificar una falta de conformidad por infracción de los criterios objetivos de conformidad. Si el titular de los derechos ajusta su comportamiento a lo que de entrada le faculta el ordenamiento jurídico, no debería apreciarse una falta de conformidad a pesar de que el suministrador no hubiera informado al consumidor acerca de las restricciones o limitaciones de uso de los contenidos o servicios digitales, ni hubiera recabado su aceptación expresa y por separado. Así, por ejemplo, un consumidor con acceso a un servicio de suministro en *streaming* de música no debería poder alegar una falta de conformidad jurídica por el hecho de que no pudiera utilizar luego el servicio para amenizar una fiesta que fuera más allá de un ámbito estrictamente privado, esto es, de un ámbito puramente doméstico o familiar. No debería exigirse al suministrador que proporcione una información específica sobre una limitación tal, ni que recabe la aceptación del consumidor de forma expresa y por separado.

Solamente deberían asignarse al suministrador aquellas faltas de conformidad derivadas de restricciones y limitaciones al uso de los contenidos digitales idiosincráticas o que se aparten de lo que prevé el derecho de autor vigente. En estos casos, el suministrador sí deberá cumplir con la carga establecida en el art. 8.5 DCD, informar específicamente al consumidor y recabar su aceptación de forma expresa y por separado.

El derecho de autor reconoce, por una parte, facultades de explotación a los titulares de derechos de propiedad intelectual y, por otra, establece límites a cómo estos pueden explotar sus derechos con el objetivo de proteger intereses de terceros, entre otros, los de otros autores, competidores, desarrolladores de productos y servicios relacionados, o los de usuarios y consumidores. Para regular la explotación de obras y otras prestaciones protegibles y considerar todos los intereses en juego, el legislador puede, de forma simplificada, recurrir a normas imperativas o a normas dispositivas. En consecuencia, las decisiones acerca de la explotación de sus contenidos

60 Cfr. *L. Oprysk*, Digital Consumer Contract Law Without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition, GRUR International, 2021, pp. 1-14, p. 10, n. 107: “It should also be emphasised that copyright law alone ought not to be considered an objective standard of reasonableness, given that *its rationale does not concern consumer interests*” (énfasis añadido).

y servicios digitales adoptadas por los titulares de los derechos podrán afectar a una u otra categoría de normas.

Así, en primer lugar, las restricciones y limitaciones en el uso de los contenidos y servicios digitales impuestas por el titular pueden apartarse de lo establecido en normas imperativas sobre derechos de propiedad intelectual. Si el titular incluye una restricción o limitación que vulnera una norma imperativa sobre derechos de propiedad intelectual, la cláusula en cuestión del acuerdo de licencia no sería eficaz, pero aun así perturbaría el disfrute de los contenidos digitales por el consumidor. El consumidor ha de poder reaccionar por falta de conformidad frente al suministrador en estos casos, aunque, dada su ineficacia, la limitación no le sea efectivamente oponible. Debería poder establecerse una falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, por infracción de criterios objetivos en estos supuestos: un consumidor no puede esperar razonablemente que un titular de derechos de autor imponga limitaciones o restricciones que infrinjan una norma imperativa.⁶¹

En segundo lugar, las restricciones y limitaciones pueden apartarse de lo que podemos denominar el “equilibrio dispositivo” diseñado por el derecho de la propiedad intelectual. De hecho, los problemas más interesantes se producen cuando el derecho de autor fija un equilibrio de posiciones o intereses mediante una norma dispositiva, que, por tanto, puede ser desplazada por las partes en el acuerdo de licencia de usuario, principalmente, por el titular al decidir acerca de la explotación de sus obras y prestaciones. Para cohesionar el derecho de consumo y el derecho de la propiedad intelectual, siguiendo lo establecido en el art. 3.9 DCD, el test de razonabilidad de las expectativas comportará examinar si la restricción al uso de los contenidos o servicios digitales diseñada por el titular refleja el derecho de autor dispositivo o se aparta de este. La restricción o limitación impuesta por el titular puede simplemente reproducir lo previsto en la norma dispositiva. Muy probablemente el *default* normativo responderá a cuál sea la práctica mayoritaria en el mercado de que se trate.

No siempre la elección de normas dispositivas y el diseño de su contenido reflejan la práctica mayoritaria en el mercado (*mimicking approach*), con el ahorro consiguiente de costes de transacción. Una nutrida litera-

61 Las posibilidades de reacción del consumidor frente al titular de los derechos de autor en estos supuestos pueden ser limitadas. *Vid. Sánchez Arísti*, Contratos de suministro (n. 9), p. 499.

tura se ha ocupado de otras funciones que puede tener el diseño de normas dispositivas, como el incentivo a suministrar información entre las partes de un contrato que comporta una derogación o *opt-out*, o la protección de equilibrios que aumentan el bienestar general, haciendo su derogación más dificultosa y por lo tanto el equilibrio más resistente o *sticky* en la terminología habitual en la doctrina estadounidense.⁶²

En estos casos, no debería concluirse que la insuficiencia de información comporta una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato de suministro: de nuevo, un consumidor razonable ha de esperar restricciones o limitaciones que concreten lo que permite el ordenamiento jurídico⁶³. La falta de conformidad jurídica por defraudar las expectativas razonables del consumidor debería reservarse para aquellos supuestos en los cuales el titular se aleja de la solución de defecto prevista normativamente. Es decir, los supuestos de falta de conformidad en este ámbito deberían ceñirse a aquellos supuestos en los cuales el titular de los derechos de autor desplaza el régimen dispositivo añadiendo una restricción o limitación particular a la solución de equilibrio identificada por el legislador. En estos supuestos, si bien la restricción diseñada supone un ejercicio legítimo por el titular de los derechos de facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico, no puede exigirse al consumidor que espere que los contenidos y servicios digitales puedan presentar estas cualidades o características de funcionamiento extrañas, idiosincráticas o particulares. En los apartados siguientes se describen tres supuestos diferentes para ilustrar la aplicación de este test en la intersección entre el derecho de consumo y el derecho de la propiedad intelectual.

5. Restricciones a la realización de copias privadas de los contenidos digitales

Con arreglo al art. 31.2 TRLPI, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art. 25, el titular de los derechos de autor no podrá impedir la realización de copias privadas, esto es, actos de reproducción,

62 O. Bar-Gill/O. Ben-Shahar, Rethinking Nudge: An Information-Costs Theory of Default Rules, *The University of Chicago Law Review*, vol. 88, 2021, pp. 531-604, y literatura allí citada.

63 En el mismo sentido, *Sánchez Aristi*, Contratos de suministro (n. 9), p. 498: “[U]na restricción que el titular tenga derecho a establecer con base en la legislación de propiedad intelectual no determinaría una falta de conformidad jurídica”.

en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las circunstancias siguientes: (i) que las reproducciones se lleven a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales; (ii) que se realicen a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación; y (iii) que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

El límite de copia privada no se predicará de cualquier contenido digital suministrado a un consumidor u otro usuario. Con arreglo, al art. 31.3 TRLPI, el límite de copia privada no se aplicará a: a) las reproducciones de obras que se hayan comunicado al público en la modalidad de puesta a disposición interactiva (art. 20.2.i) TRLPI), entre otras, en los supuestos de suministro de contenidos digitales mediante *streaming*; b) las bases de datos electrónicas; y c) los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del art. 99 TRLPI. En relación con los programas de ordenador, téngase en cuenta el art. 100 TRLPI, que, entre otros, prevé un límite por realización de una copia de seguridad.

La posibilidad de realizar una copia privada de las obras constituye un límite imperativo a los derechos de autor. En este sentido, el art. 197.1 a) TRLPI señala que los titulares que recurran a medidas tecnológicas de protección no podrán impedir el límite de copia privada. En efecto, si el empresario suministra un contenido digital al consumidor que este no puede luego copiar privadamente, porque una restricción impuesta tecnológicamente o contractualmente por el titular de los derechos de propiedad intelectual se lo impide, el consumidor podrá alegar una falta de conformidad: la imposibilidad de realizar una copia privada puede defraudar sus expectativas razonables en relación con el uso de los contenidos digitales en el momento de contratar con el empresario.⁶⁴

Salvada la posibilidad de realizar una copia privada mediante una norma imperativa en el TRLPI, la realización de copias privadas ulteriores se regula de forma dispositiva. El equilibrio dispositivo en el derecho de propiedad intelectual se recoge en el mencionado art. 32.1 TRLPI, que permitiría al consumidor realizar otras copias privadas, pero este puede ser desplazado por el titular de los derechos de autor y limitar el número de copias, por

64 Sin perjuicio de la acción que corresponda contra el titular (art. 197.2 TRLPI).

ejemplo, previendo técnicamente o contractualmente la imposibilidad de realizar más de una copia privada⁶⁵. A ello se refiere, por una parte, el art. 32.1 b) TRLPI cuando señala que las copias no “vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación” y, por otra parte, el art. 197.4 TRLPI al establecer que no se impedirá que “los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada”. Si el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el contenido suministrado al consumidor se aleja de este equilibrio dispositivo y el consumidor no es informado de ello por el suministrador, se abren dos posibilidades. Si la mayoría de los titulares de derechos de propiedad intelectual en el sector de mercado de que se trate no se apartan del equilibrio dispositivo y no restringen la posibilidad de realizar copias privadas múltiples, el titular que limitara esta posibilidad estaría imponiendo una restricción idiosincrática que contradeciría el patrón de normalidad. En tal supuesto, si el consumidor no hubiera sido informado de esta restricción idiosincrática por el suministrador y no se hubiera recabado su aceptación expresa y por separado, se podrían considerar infringidos los criterios objetivos de conformidad de los contenidos digitales. En cambio, si la mayoría de los titulares de derechos de propiedad intelectual en el sector de mercado de que se trate se apartan del equilibrio dispositivo y no permiten la realización de más de una copia privada, entonces este nuevo patrón de normalidad impediría frustrar las expectativas del consumidor y fundar una falta de conformidad jurídica. No hay obligación del suministrador de informar, ni mucho menos de recabar la aceptación expresa y por separado del consumidor, sobre aquello que ha devenido usual, común o estándar en el mercado.

65 Para un análisis de las implicaciones para el derecho de consumo, véase, por todos, S. Cámara Lapuente, La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 11, 2014, pp. 79-167, en especial, pp. 118 y ss.

6. Restricciones a la alienación de contenidos digitales y agotamiento del derecho de distribución

Una restricción habitual en el suministro de contenidos digitales afecta a la posibilidad que tienen los consumidores de transmitirlos a un tercero.⁶⁶ Dependiendo del tipo de contenido digital en cuestión y de su modalidad de suministro, esta restricción reflejará o no el equilibrio dispositivo establecido en el derecho de propiedad intelectual. Este equilibrio dispositivo es diverso y deriva, en buena medida, de la interpretación que ha llevado a cabo el TJUE sobre las reglas de agotamiento del derecho de distribución.

De acuerdo con el art. 19.2 TRLPI, cuando la distribución del original o de las copias de una obra se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera de ellas.⁶⁷ En otros términos, el titular del derecho exclusivo de distribución no puede controlar los actos de reventa en mercados secundarios cuando ya distribuyó por sí mismo o autorizó la distribución del original o de las copias en dicho territorio. La regla, que tiene sus orígenes en los desarrollos del derecho de la competencia a finales del siglo XIX, se acomoda bien a los diferentes negocios transmisivos sobre copias tangibles de una obra.⁶⁸ En cambio, su traslado a un ámbito exclusivamente digital plantea muchos interrogantes. A pesar de que puede resultar socialmente valioso establecer una regla general de agotamiento digital o *digital exhaustion*,⁶⁹ los tribunales tanto en la UE como en EEUU se han mostrado reticentes a su reconocimiento.

66 *Spindler*, Digital Content (n. 9), pp. 120-124; y *Oprysk/ Sein*, Limitations (n. 29), pp. 617-620.

67 Para un tratamiento completo de los fundamentos de las reglas sobre agotamiento del derecho de distribución y de los desarrollos legales y jurisprudenciales en la UE y en EEUU, véase *P. Mezei*, Copyright Exhaustion. Law and Policy in the United States and the European Union, 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

68 Véase *C. Berger*, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, Archiv für die civilistische Praxis, 2001, pp. 418-419.

69 Para una defensa fuerte de reglas de agotamiento digital, véanse *C. Sganga*, A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC), vol. 9, 2018, pp. 211-239; y *C. Sganga*, Digital Exhaustion After Tom Kabinet: A Nonexhausted Debate, en: T.E. Synodinou/P. Jougoux/C. Markou/T. Prastitou-Merdi (eds), EU Internet Law in the Digital Single Market, Springer, 2021, pp. 141-175.

En la actualidad, la regla de agotamiento del derecho de distribución no se aplica a todos los contratos de suministro de contenidos digitales. El régimen jurídico previsto legalmente, tal como ha sido interpretado por el TJUE, especialmente en los asuntos *UsedSoft*⁷⁰ y *Tom Kabinet*⁷¹, puede resumirse del modo siguiente.

En primer lugar, si se ha suministrado un soporte tangible que alberga los contenidos digitales en cuestión, su adquirente podrá, de entrada, revenderlo a un tercero, por cuanto se habría producido un agotamiento del derecho de distribución del titular. En estos supuestos, el agotamiento del derecho de distribución se produciría en las mismas condiciones que en el caso de copias tangibles de una obra. Este sería, por ejemplo, el caso de una compraventa de consumo sobre cartuchos de videojuegos, DVDs con una película o CDs con un álbum musical.

En segundo lugar, si el contenido digital se ha suministrado por medio de un acto de puesta a disposición al público, por ejemplo, la utilización de una aplicación en la nube o un servicio de *streaming* de películas o de obras musicales, no se produciría un agotamiento del derecho de distribución. De acuerdo con el entendimiento del derecho internacional y europeo de autor, esta modalidad de suministro no comportaría un acto incluido en el ámbito objetivo de aplicación del derecho de distribución y, por lo tanto, no podría agotarse. El TJUE ha señalado que el derecho de comunicación al público, en su modalidad de puesta a disposición al público, no se agota con el primer acto de comunicación del contenido digital que alberga una obra u otra prestación protegida por derechos de propiedad intelectual. En estos supuestos, salvo que el titular de los derechos o, en su caso, el suministrador, permitan su transmisión a un tercero o la cesión de un derecho contractual de uso sobre el mismo o de una posición contractual, el consumidor que tiene acceso al contenido no podrá “revenderlo”. Corresponden

70 STJUE (Gran Sala) de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.* (ECLI:EU:C:2012:407). Para un examen crítico de esta sentencia, A. Rubí Puig, Copyright Exhaustion Rationales and Used Software. A Law and Economics Approach to Oracle v. UsedSoft, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, vol. 4, núm. 3, 2013, pp. 159-178. También STJUE (Sala Tercera) de 12 de octubre de 2016, asunto C-166/15, *Aleksandrs Ranks y Jurijs Vasīļevičs contra Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra y Microsoft Corp.* (ECLI:EU:C:2016:762).

71 STJUE (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2019, asunto C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV y otros* (ECLI:EU:C:2019:1111).

al titular las decisiones exclusivas de control sobre la creación y funcionamiento de mercados secundarios.

Finalmente, si el contenido digital se ha suministrado al consumidor o usuario final por medio de una descarga, cabe, según el TJUE, distinguir dos situaciones en función del tipo de contenido digital en cuestión: si se trata de un programa de ordenador, puede transmitirse la copia digital por su adquirente a un tercero cumpliendo determinadas condiciones; en cambio, si se trata, por ejemplo, de un ebook, un archivo musical o una película, no pueden ser revendidos o de otro modo transmitidos por el consumidor a un tercero. En este último caso, se entiende que el suministro mediante una descarga digital supone un acto de puesta a disposición del público y no de un acto de distribución y, en consecuencia, no puede producirse un agotamiento de las facultades de control del titular de los derechos de propiedad intelectual. El TJUE no se ha pronunciado sobre el posible agotamiento digital en la transmisión de copias digitales de videojuegos. Estos constituyen un híbrido entre programas de ordenador y una obra audiovisual.⁷² Parece que la solución más razonable es entender que su suministro comporta actos de puesta a disposición del público que no agotan las facultades de control del titular. En consecuencia, el consumidor que tuviera acceso a una copia digital de un videojuego no podría transmitirla a un tercero, salvo que mediara el consentimiento del titular.

El régimen jurídico descrito brevemente es complejo y, muy probablemente, desconocido para la mayoría de la población. Aun así, se defiende en este trabajo, no debería imputarse al suministrador de contenidos digitales una falta de conformidad jurídica en todos los casos en los que no informa precisamente a los consumidores acerca de las implicaciones prácticas de este régimen en el uso y disfrute de los contenidos.

Dado este régimen jurídico, no es necesario que se informe específicamente al consumidor y recabe una aceptación expresa y por separado de aquellas limitaciones que reflejan el equilibrio dispositivo previsto por el legislador en materia de propiedad intelectual. Así, no han de asignarse al suministrador los riesgos de una falta de información acerca de la imposibilidad de transmitir a un tercero un ebook u otros contenidos digitales descargados. Por ejemplo, no habrá falta de conformidad jurídica si el consumidor, después de leer el ebook descargado, descubre que no puede

72 STJUE (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014, asunto C-355/12, *Nintendo Co. Ltd y otros contra PC Box Srl y 9Net Srl* (ECLI:EU:C:2014:25).

revenderlo como sí podría hacer con un libro impreso o con un soporte tangible que albergara una copia digital.

Debería, en cambio, informarse al consumidor y recabar su consentimiento –a riesgo de producir una falta de conformidad- si la restricción de reventa se impusiera en relación con un programa de ordenador. Aunque hay debates al respecto sobre el carácter dispositivo de los efectos del agotamiento,⁷³ un titular puede limitar o restringir contractualmente o tecnológicamente que el consumidor transmita la copia digital de un programa de ordenador a un tercero, cuando la limitación pueda responder a una finalidad protegida por el ordenamiento. En particular, el titular puede justificar una restricción en la implementación de una estrategia de discriminación de precios y en evitar lo que en términos económicos se conoce como “arbitraje”.⁷⁴ Por ejemplo, el titular de un programa de ordenador utilizado en arquitectura puede tener dos versiones del mismo, una dirigida a arquitectos profesionales y otra a estudiantes de arquitectura que se suministra a un precio equivalente al 20 % del precio de la versión profesional. El titular de los derechos de autor debería poder impedir que el estudiante vendiera su copia a un arquitecto profesional. Si no se permitiera esta opción –y no hubiera medios tecnológicos alternativos para conseguir el mismo resultado- y el programa se pudiera transmitir libremente, el titular no podría evitar el arbitraje de precios y tendría incentivos a suministrar solamente una única versión del programa a un precio unitario que seguramente muchos estudiantes no podrían asumir. En estos casos, en los cuales el titular se aparta del *default* jurídico (esto es, agotamiento del derecho de distribución) e introduce una limitación idiosincrática (restricción a la transmisibilidad de la copia), el consumidor puede razonablemente esperar poder revender el ejemplar del programa informático. Por tanto, si no se han cumplido los requisitos del art. 8.5 DCD, el consumidor ha de poder fundamentar una falta de conformidad jurídica frente al suministrador y,

73 Para los debates en torno al derecho federal de autor en EE.UU., entre otros, A. Katz, *The First Sale Doctrine and the Economics of Post-Sale Restraints*, Brigham Young University Law Review, 2014, pp. 55-142; A. Perzanowski/J. Schultz, *Digital Exhaustion*, UCLA Law Review, vol. 58, núm. 4, 2011, pp. 889-946; R.A. Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, Boston College Law Review, vol. 44, 2003, pp. 577-652; J.A. Rothchild, *The Incredible Shrinking First-Sale Rule: Are Software Resale Limits Lawful?*, Rutgers Law Review, vol. 57, núm. 1, 2004, pp. 1-106; G.A. Rub, *Rebalancing Copyright Exhaustion*, Emory Law Journal, vol. 64, núm. 3, 2015, pp. 741-817; M. Van Houweling, *Exhaustion and the Limits of Remote-Control Property*, Denver Law Review, vol. 93, núm. 4, 2016, pp. 951-974.

74 Sobre ello, Rubí Puig, *Copyright Exhaustion* (n. 70), pp. 159-178.

en su caso, resolver el contrato de suministro (excepto si la mayoría de titulares sobre programas de ordenador en el mercado se han apartado de este equilibrio dispositivo y el patrón de normalidad es el de la restricción a la transmisibilidad de las copias.).

7. Limitaciones a la utilización de otros contenidos y servicios digitales conjuntamente con el suministrado

Un tercer ejemplo también es útil para ilustrar el test que se propone en este trabajo en relación con las expectativas razonables de los consumidores. En ocasiones, los titulares tendrán interés en restringir la utilización de los contenidos o servicios digitales junto con otros contenidos o servicios digitales de otros terceros. Esto es, los titulares perseguirán limitar técnicamente o contractualmente las características de compatibilidad de sus contenidos y servicios digitales, por ejemplo, para garantizar niveles de experiencia y calidad homogéneos entre sus usuarios.

Recientemente, el TJUE resolvió un asunto sobre las implicaciones jurídicas de este tipo de restricciones desde el punto de vista del derecho de propiedad intelectual. Se trata del asunto C-159/23, *Sony c. Datel*, decidido por Sentencia de 17 de octubre de 2024.⁷⁵ De forma resumida, el asunto se refiere a acciones por infracción de derechos de autor interpuestas por Sony contra el desarrollador de un programa y de un accesorio USB que permitían a los usuarios que los instalaban en su ordenador y consola PlayStation conseguir nuevas funcionalidades del videojuego *MotorStorm*. Por ejemplo, los usuarios podían utilizar la función turbo o *booster* que les permitía saltarse los diferentes niveles del videojuego o escoger cualquier tipo de vehículo, cuando esta opción viene limitada por el propio videojuego de Sony. En su sentencia, el TJUE ha resuelto que, puesto que el programa y accesorio no modifican el código fuente u objeto del programa, sino únicamente los datos variables que se almacenan en la copia local en el equipo del usuario, no se produce un acto de transformación controlable por el titular de los derechos. En otras palabras, el uso de estos programas y accesorios compatibles con el videojuego no infringe derechos de autor sobre el programa de ordenador del videojuego, ni sobre otros elementos protegidos por derechos de propiedad intelectual.

75 STJUE (Sala Primera) de 17 de octubre de 2024, asunto C-159/23, *Sony Computer Entertainment Europe Ltd c. Datel Design and Development Ltd, Datel Direct Ltd y JS* (ECLI:EU:C:2024:887).

Aunque no haya infracción, el titular de los derechos sobre un videojuego puede tener interés en evitar que este interactúe con otros programas e incluir una restricción contractual o una medida tecnológica de protección para impedir su compatibilidad. De hecho, la propia Sony ya utiliza software *anti-cheating* en muchos de sus videojuegos para evitar que los usuarios puedan utilizar *boosters* u otros programas para manipular las opciones de juego. Son varios los intereses que puede perseguir el titular del videojuego con esta estrategia. En primer lugar, persigue asegurar una experiencia de juego similar a todos sus usuarios. En segundo lugar, puede tener incentivos económicos a que un usuario no vaya saltándose los diferentes niveles de forma rápida y emplee más tiempo -y más atención- en el uso del videojuego.

Después de esta STJUE, se puede defender que el derecho de autor no atribuye de entrada un derecho de exclusiva sobre las variables en la memoria local del terminal utilizado por un usuario y que, por lo tanto, el consumidor puede razonablemente esperar que el videojuego en cuestión podrá utilizarse de forma compatible con *boosters* y otros programas. En otros términos, el equilibrio dispositivo diseñado por el legislador en materia de derechos de autor establece un principio amplio de compatibilidad de los videojuegos con otros contenidos digitales ofrecidos por terceros. Si se quiere alterar esta situación de defecto e introducir una restricción a la compatibilidad, el suministrador, para evitar una falta de conformidad jurídica, debería en los contratos de suministro de un videojuego en un soporte tangible informar específicamente al consumidor y recabar su aceptación expresa y por separado. Ahora bien, de nuevo, deberíamos examinar cuál es el patrón de normalidad en el mercado: si la mayor parte de los titulares incluyeran software *anti-cheating* en sus productos que restringieran la compatibilidad con programas *boosters*, no podrían llegar a defraudarse las expectativas razonables del consumidor.

8. Consecuencias de la falta de conformidad y remedios

De acuerdo con el art. 10 DCD, en caso de que los contenidos o servicios digitales no estén conformes con el contrato de suministro por infringir los criterios subjetivos u objetivos el consumidor podrá exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 14. El art. 14 DCD armoniza, para los supuestos de falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales suministrados, los remedios de puesta en

conformidad, reducción del precio y resolución del contrato. Por otra parte, en el derecho español, el consumidor podría, con arreglo a las condiciones establecidas legalmente, solicitar la suspensión del pago del precio (art. 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU) y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos que habría de reclamarse con arreglo a las reglas generales de responsabilidad previstas en la legislación civil y mercantil (art. 117.1 TRLGDCU).⁷⁶

El legislador español, al transponer la Directiva al ordenamiento interno, se limitó prácticamente a transcribir sus normas y, así, el art. 117.2 TRLGDCU permite a los consumidores, en casos de falta de conformidad jurídica, acudir a las diferentes medidas correctoras “salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato”. Esta referencia a estas dos modalidades de ineficacia contractual en la DCD fue motivada por la utilización de estas soluciones en el derecho inglés.⁷⁷ Es esperable que su uso sea inexistente o residual en el derecho privado español, a pesar de su reconocimiento expreso en el art. 117.2 TRLGDCU.

D. Conclusiones

Las decisiones que adopta un titular de derechos de propiedad intelectual para la óptima explotación de estos o para su defensa frente a vulneraciones podrán interferir en contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que aquellos no son parte. Así, las licencias que predisponen para gobernar el uso de sus obras y demás prestaciones o el ejercicio de pretensiones frente a un riesgo de que se infrinjan sus derechos podrá llegar a perturbar la posición de un consumidor o usuario en estos contratos, que, a resultas, no podrá utilizar los contenidos o servicios digitales con arreglo a lo que pactó con su suministrador o de acuerdo con sus propias expectativas en el momento de contratar.

Estas perturbaciones permitirán al consumidor, con arreglo a las normas de transposición del art. 10 DCD, alegar una falta de conformidad jurídica

76 Para una discusión de los diferentes remedios por falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, *R. Milà Rafel*, Remedios asociados a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, en: Gómez Pomar/ Fernández Chacón (eds.), *El nuevo derecho digital* (n. 9), pp. 591-712; y *M. Gili Saldaña*, La resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en la misma obra, pp. 713-794.

77 *F. Rosenkranz*, Article 10 (n. 40), p. 197.

frente al suministrador y exigirle medidas correctoras, principalmente, la resolución del contrato. Este régimen protector del consumidor frente a los vicios jurídicos es bienvenido pero su papel, cuando las restricciones tienen su origen en la protección de derechos de propiedad intelectual, es más bien residual o muy circunscrito. La protección de la propiedad intelectual, que queda salva en el régimen de la DCD, y el hecho de que la normativa sobre derechos de autor ya tutele algunos intereses de los consumidores comportan que no todas las restricciones o limitaciones al uso de los contenidos o servicios digitales hayan de resultar en una falta de conformidad. Primero, el suministrador puede informar adecuadamente al consumidor de tales restricciones y recabar su consentimiento expreso. Segundo, habrá restricciones que seguirán un patrón de normalidad en el mercado, esto es, serán habituales y no permitirán al consumidor confiar en sus propias expectativas para desplazar tal practica mayoritaria. Tercero, podrá ser muy difícil concretar las expectativas de un consumidor en mercados tan dinámicos como los de contenidos y servicios digitales. Y cuarto, el consumidor ha de arrostrar con los riesgos derivados de su falta de información en el momento de contratar acerca de restricciones que reflejan el equilibrio dispositivo de intereses fijado por el legislador en materia de derechos de autor. Esta es la mejor forma de cohonestar la protección de los consumidores frente a faltas de conformidad y la protección de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Missbräuchliche Klauseln – Entwicklungen unter dem Einfluss der europäischen Gesetzgebung zur Digitalisierung*

Reiner Schulze

Zusammenfassung: Innerhalb weniger Jahre haben sich Bestimmungen über Inhalt, Zugänglichkeit und Verständlichkeit von Vertragsklauseln, die eine Partei einseitig festgelegt und/oder die zur vielfachen Verwendung vorgesehen sind, auf europäischer Ebene weit über das Verbraucherrecht hinaus ausgedehnt. Insbesondere ist eine derartige Kontrolle von Vertragsklauseln nunmehr für große Bereiche des Wirtschaftsrechts vorgesehen, die für die Entwicklung des Digitalen Binnenmarktes und der Digital- und Datenwirtschaft relevant sind. Dieses neue europäische Recht der Klauselkontrolle ist zudem nicht mehr in umsetzungsbedürftige Richtlinien gefasst, sondern in überwiegend unmittelbar anwendbares europäisches Einheitsrecht. Eine seiner wichtigen übergreifenden Funktionen besteht darin, einen Ausgleich zu schaffen für die Asymmetrie der Transaktionskosten, die bei der Verwendung von standardisierten Vertragsbestimmungen durch eine Partei zulasten der anderen – unabhängig von Rollenzuweisung wie Unternehmer, Kleinunternehmer oder Verbraucher – entstehen kann. In Hinblick auf die kohärente Anwendung und Fortentwicklung des europäischen Klauselrechts stellt sich die Aufgabe, die Voraussetzungen, Maßstäbe und rechtlichen Folgen der Kontrolle von Vertragsklauseln in den einzelnen Rechtsakten zu vergleichen und Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Begrifflichkeit sowie der zugrunde liegenden Prinzipien und Wertungen herauszuarbeiten.

Schlüsselwörter: Klauselkontrolle, Missbräuchliche Klauseln, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Digitaler Binnenmarkt, Online-Vermittlungsdienste, Digitalwirtschaft, Datenzugang

Resumen: En tan solo unos años, las disposiciones sobre el contenido, la accesibilidad y la comprensibilidad de las cláusulas contractuales establecidas

* Der Beitrag gibt den Vortrag auf der Tagung vom 24./26. Oktober 2024, aus der dieser Band hervorgegangen ist, im Wesentlichen unverändert wieder.

unilateralmente por una de las partes y/o previstas para utilizarse de forma generalizada se han ampliado a escala europea mucho más allá del ámbito del Derecho de los consumidores. En particular, ahora se prevé un control de este tipo de cláusulas contractuales en importantes ámbitos del Derecho empresarial que son relevantes para el desarrollo del mercado único digital y de la economía digital y de datos. Además, este nuevo Derecho europeo de control de cláusulas ya no se recoge en directivas que deben transponerse, sino en Derecho uniformemente aplicable en toda Europa. Una de las funciones generales más importantes es compensar la asimetría de los costes de transacción que puede surgir cuando una parte utiliza cláusulas contractuales estandarizadas en detrimento de la otra, independientemente de la distribución de roles, como empresario, pequeño empresario o consumidor. Con vistas a la aplicación coherente y el desarrollo ulterior del Derecho europeo en materia de cláusulas, se plantea la tarea de comparar los requisitos, los criterios y las consecuencias jurídicas del control de las cláusulas contractuales en los distintos actos legislativos y de determinar las similitudes y diferencias en la terminología, así como en los principios y valoraciones subyacentes.

Palabras clave: control de cláusulas, cláusulas abusivas, condiciones generales de la contratación, mercado único digital, servicios de intermediación en línea, economía digital, acceso a los datos

A. Einleitung

Seit 30 Jahren gelten für Verträge zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden die Bestimmungen der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.¹ Im Rahmen des europäischen Rechts wurde damit die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln zu einem zentralen Gegenstand des Verbraucherrechts, und die Klauselkontrolle schien im Wesentlichen ein Thema des Verbraucherschutzes zu sein. Was damals noch kaum absehbar war, hat jedoch inzwischen die Rolle der Klauselkontrolle im europäischen Recht tiefgreifend verändert: Die Digitalisierung hat zu weit-

1 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 S. 29) – Nach Art.10 dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten die Umsetzungsbestimmungen bis zum 31. Dezember 1994 erlassen und sollen diese Vorschriften für alle Verträge gelten, die nach dem 31. Dezember 1994 abgeschlossen werden.

reichenden Veränderungen in der Vertragspraxis und zu entsprechenden neuen Herausforderungen für die Gesetzgebung geführt. In diesem Rahmen ist auch die Bedeutung der Klauselkontrolle gewachsen. Angesichts neuer regulatorischer Herausforderungen, die weit über das Verbraucherrecht hinausgreifen, hat die Klauselkontrolle während der letzten Jahre die einstige Begrenzung auf das Verbraucherrecht weit hinter sich gelassen und sich auf ein breites Spektrum vertraglicher Beziehungen auch zwischen Unternehmen ausgedehnt.

Maßgebliche Schritte auf diesem Weg waren mehrere Rechtsakte, die die Europäische Union in rascher Abfolge erlassen hat und die in jeweils unterschiedlicher Weise Vorschriften über Klauselkontrolle und Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten – von der Verordnung über Online-Vermittlungsdienste² über den Digital Market Act³ (DMA) und den Digital Services Act⁴ (DSA) bis jüngst hin zum Data Act⁵ (DA). Rechtsprechung und Rechtslehre werden sich insofern künftig mit der Klauselkontrolle auf europäischer Ebene nicht mehr allein und nicht einmal primär in Bezug auf das Verbraucherrecht befassen können, sondern sie als ein übergreifend verwandtes Regelungsinstrument des Europäischen Vertragsrechts auch für eine Reihe anderer Gebiete berücksichtigen müssen.

Im Folgenden kann diese weitreichende Fortentwicklung nicht im Einzelnen dargestellt und analysiert werden. Vielmehr ist lediglich auf einige Anhaltspunkte und Anregungen für eine künftige vertiefte Zuwendung zur Klauselkontrolle auf den neuen Feldern, die bislang weniger Beachtung als die verbraucherrechtliche Klausel-Richtlinie erhalten haben, hinzuweisen, indem kurz einige Regelungsgegenstände, Funktionen und Maßstäbe um-

-
- 2 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (ABl. L 186 S. 57).
 - 3 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreithare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) (ABl. L 265 S. 1).
 - 4 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste) (ABl. L 277 S. 1).
 - 5 Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung) (ABl. L 2023/2854 S. 1).

rissen und Konsequenzen der Zuordnung zum Europäischen Einheitsrecht angesprochen werden.

B. Regelungsgegenstände

I. Zahlungsverzug

Im Überblick über die Gebiete, für die die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln nach europäischem Recht vorgesehen ist, ist das Verbraucherrecht – einst *sedes materiae* – nur noch ein Teilbereich unter vielen. Zur ersten markanten Ausweitung, die die Begrenzung auf das Verbraucherrecht sprengte, führte die Zahlungsverzugs-Richtlinie von 2011.⁶ Wie schon ihr Titel erkennen lässt, betrifft sie die Bekämpfung von Zahlungsverzug „im Geschäftsverkehr“. Art. 2 Nr. 1 Zahlungsverzugs-RL konkretisiert, dass „Geschäftsverkehr“ Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen meint. Einen Maßstab für die Kontrolle von Vertragsklauseln enthält Art. 7 Zahlungsverzugs-RL. Klauseln in Hinblick auf Zahlungstermine, Zahlungsfristen, Verzugszinsen und Betreuungskosten dürfen danach nicht „für den Gläubiger grob nachteilig“ sein; andernfalls sind sie (je nach Festlegung durch die Mitgliedstaaten) entweder nicht durchsetzbar oder begründen einen Schadensersatzanspruch.

II. Online-Vermittlungsdienste

Einige Jahre später hat eine erheblich weiterreichende Ausdehnung der Klauselkontrolle auf Materien außerhalb des Verbraucherschutzes eingesetzt. Dieser dynamischen Entwicklung lag in erster Linie das Bemühen der Europäischen Union zugrunde, rechtliche Antworten auf die Veränderungen in Wirtschaft und Kommunikation durch die Digitalisierung zu finden.⁷ Einen der ersten Ausgangspunkte dafür bildete die „Digitale Bin-

6 Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L 48 S. 1).

7 Daneben trugen zur Ausweitung der Klauselkontrolle auch neue Bestimmungen für den unternehmerischen Verkehr in bestimmten Lieferketten in der Richtlinie 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (Abl. L III S. 59) bei.

nenmarktstrategie“ der Europäischen Kommission von 2015.⁸ Ihr folgten vier Jahre später nicht nur drei bedeutende Rechtsakte zur Anpassung des Verbraucherrechts an diese Veränderungen (die Digitale-Inhalte-Richtlinie⁹, die Warenkaufrichtlinie¹⁰ und die „Modernisierungs“-Richtlinie¹¹), sondern auch ein wichtiger Rechtsakt für einen zentralen Bereich des unternehmerischen Verkehrs im digitalen Zeitalter: Die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste wandte sich den rechtlichen Beziehungen zwischen Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen einerseits und gewerblichen Nutzern und Nutzern mit Unternehmens-Website andererseits zu.

Den Gegenstand dieses Rechtsakts bilden hingegen nicht Verbraucherträge – weder die Verträge von Verbrauchern mit Internet-Plattformen noch die über die geschlossenen Verträge von Verbrauchern mit Anbietern von Waren und Dienstleistungen. Er enthält daher auch keine Antwort auf die Frage nach einer Haftung der Plattformbetreiber gegenüber Verbrauchern, wenn die Plattform beim Abschluss und der Durchführung des Vertrags zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern eine beherrschende Rolle eingenommen hat.¹² Vielmehr richten sich seine Bestimmungen spezifisch auf Rechtsbeziehungen, in denen sich auf beiden Seiten Unternehmen gegenüberstehen.

8 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, vom 6. Mai 2015 (COM(2015) 192 final).

9 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. L 136 S. 1).

10 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (ABl. L 136 S. 28).

11 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (ABl. L 328 S. 7).

12 S. dazu European Law Institute (ELI), Model Rules on Internet Platforms, 2019, abrufbar unter: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-model-rules-on-online-platforms/> (zuletzt aufgerufen am 04.06.2025); H. Schulte-Nölke, Plattformverträge und Vertrauensschutz, in: U. Blaurock/F. Maultzsch (Hrsg.), Vertrauensschutz im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2020, S. 167 (203 f.).

Für Allgemeine Geschäftsbedingungen (in der englischen Bezeichnung: „terms and conditions“), die ein Online-Vermittlungsdienst in diesen B-B-Beziehungen verwendet, enthält diese Verordnung Kontrollmaßstäbe in Hinblick auf Transparenz, Zugänglichkeit und Inhalt in großer Breite und Tiefe (unter Einschluss zum Beispiel der Vertragsbestimmungen über das Ranking, die differenzierte Behandlung, den Datenzugang und anderes mehr; Art. 5 ff. VO über Online-Vermittlungsdienste). Was als „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ diesen Maßstäben unterliegt, definiert Art. 2 Nr. 11 VO über Online-Vermittlungsdienste. Maßgebliches Kennzeichen ist danach, dass die betreffenden Vertragsbestimmungen einseitig vom Anbieter der Online-Vermittlungsdienste festgelegt werden. Diese einseitige Festlegung ist auf der Grundlage einer Gesamtbewertung festzustellen, für die bemerkenswerterweise in Form einer negativen Beschreibung festgelegt ist, welche Umstände für sich genommen nicht entscheidend sein sollen (nämlich u.a. die relative Größe der betroffenen Parteien und die Tatsache, dass Verhandlungen stattgefunden haben). Ob in dieser differenzierten Festlegung zum Ausdruck kommt, dass ein strukturelles Ungleichgewicht in der Beziehung zwischen den Unternehmen weniger leicht anzunehmen ist als im Rahmen des Verbraucherrechts,¹³ mag hier dahinstehen. Die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste knüpft somit für die Kontrolle vertraglicher Klauseln jedenfalls daran an, dass diese Klauseln nach Maßgabe einer Gesamtbewertung einseitig von einer Partei festgelegt wurden, und will in dieser Lage entsprechend ihrer generellen Zielsetzung für die gewerblichen Nutzer Transparenz, Fairness und wirksame Abhilfemöglichkeiten gewährleisten (vgl. Art. 1 (1) VO über Online-Vermittlungsdienste).

III. Digitaler Markt und digitale Dienstleistungen

Über die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste hinaus gestalten seit 2022 zwei Rechtsakte mit weitreichenden Bestimmungen den rechtlichen Rahmen des europäischen Binnenmarktes in Hinblick auf die Veränderungen durch die Digitalisierung fort: die „Verordnung über unbestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor“, üblicherweise auch im deutschen Sprachraum Digital Market Act genannt, und die „Verordnung über einen

13 So C. Grüneberg, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZHR 2023, 429 (436); F. Möslin in: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (Hrsg.), EU Digital Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2025, Art. 2 Platform Regulation Rn. 8.

Binnenmarkt für digitale Dienste“, bekannt als Digital Services Act. Der Digital Market Act ergänzt das herkömmliche Wettbewerbsrecht für alle Märkte im digitalen Sektor, auf denen „Torwächter“ tätig sind (also nach der Definition in Art. 2 Nr. 1 DMA Unternehmen, die zentrale Plattformdienste bereitstellen und nach Maßgabe von Art. 3 DMA durch die Europäische Kommission benannt werden). Während der Digital Market Act in erster Linie Regelungen in Hinblick auf die Marktmacht derartiger großer Online-Plattformen enthält, legt der Digital Services Act vor allem Regeln über Fairness und Transparenz für Online-Plattformen verschiedener Größenordnung fest, um die Rechte der Nutzer zu stärken.¹⁴

Was die Regeln über missbräuchliche Klauseln betrifft, verdienen im Rahmen des Digital Market Act die Bestimmungen über die Zugangsbedingungen besondere Beachtung. Nach Art. 6 Nr. 12 S. 1 DMA muss der Torwächter für den Zugang gewerblicher Nutzer zu seinen Geschäften für Software-Anwendungen, Online-Suchmaschinen und Online-Diensten sozialer Netzwerke „faire, zumutbare und diskriminierungsfreie allgemeine Bedingungen“ anwenden. Der Digital Market Act übernimmt damit aus dem Lizenzrecht die sogenannte „FRAND“-Formel: „Fair, Reasonable And Non-Discriminatory“ sollen „allgemeine Bedingungen“ für den Zugang sein. Diese Festlegung hinsichtlich der inhaltlichen Maßstäbe verbindet der DMA mit einem Publikationserfordernis, das über eine Mitteilung an die jeweiligen Vertragspartner hinausgeht, indem im Anschluss an die soeben angeführte Bestimmung Art. 6 Nr. 12 S. 2 DMA vorschreibt: „Zu diesem Zweck veröffentlicht der Torwächter allgemeine Zugangsbedingungen, einschließlich eines alternativen Streitbeilegungsmechanismus.“ Für die Einhaltung der inhaltlichen Maßstäbe begnügt sich der DMA zudem nicht mit der Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle auf Initiative einer Partei im Streitfall. Vielmehr sieht Art. 6 Nr. 12 S. 3 DMA eine ex-officio-Kontrolle der veröffentlichten allgemeinen Zugangsbedingungen durch die Europäische Kommission vor. Der Digital Market Act setzt damit für die Ausgestaltung der Kontrolle von Vertragsklauseln sowohl in inhaltlicher Hinsicht als auch im Hinblick auf Publizität und Kontrollmethoden bemerkenswerte neue Akzente.

Der Digital Services Act stellt auf mehreren Stufen jeweils für einen engeren Adressatenkreis zusätzliche Anforderungen an verschiedene Kate-

14 A. De Franceschi in: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (Hrsg.), EU Digital Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2025, Introduction to the Digital Services Act Rn. 1; näher zu Grundzügen und Zielen des Digital Services Act *ebd.* Rn. 4 ff.

gorien von Online-Plattformen und Suchmaschinen auf („Pyramidenstruktur“). Was die Klauselkontrolle betrifft, finden sich die Grundregeln schon auf der unteren Stufe, die generell die Anbieter von Vermittlungsdiensten erfasst, in Art. 14 (1) DSA. Die Vorschrift bezieht sich auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (in der englischen Sprachfassung wie auch in der VO über Online-Vermittlungsdienste „terms and conditions“). Dieser Begriff erfasst nach der Definition in Art. 3 lit. u DSA alle Klauseln (und zwar ebenfalls wie bereits nach Art. 2 Nr. 10 VO über Online-Vermittlungsdienste „ungeachtet ihrer Bezeichnung oder Form“), die die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Anbieter von Übermittlungsdiensten und Nutzen regeln. Hinsichtlich des Inhalts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verpflichten Art. 14 (1) S. 1 und 2 DSA die Verwender zu bestimmten Angaben zu etwaigen Beschränkungen im Zusammenhang mit der Nutzung ihrer Dienste in Bezug auf die von den Nutzern bereitgestellten Informationen. Hinsichtlich der Verständlichkeit und Transparenz bezieht die Vorschrift das Erfordernis der Benutzerfreundlichkeit ein („... in klarer, einfacher, verständlicher, benutzerfreundlicher und eindeutiger Sprache abzufassen und in leicht zugänglicher und maschinenlesbarer Form öffentlich zur Verfügung zu stellen“; Art. 14 (1) S. 3 DSA). Bemerkenswert – und über die Bestimmungen beispielsweise auch der VO über Online-Vermittlungsdienste hinausgehend – sind zudem die zusätzlichen spezifischen Anforderungen für die Verwendung von Geschäftsbedingungen im Hinblick auf Minderjährige. Der Verwender muss danach diese Bedingungen so erläutern, dass Minderjährige sie verstehen können, wenn sich ein Vermittlungsdienst in erster Linie an Minderjährige richtet oder überwiegend von Minderjährigen genutzt wird (Art. 14 (3) DSA). Zu den weiteren hervorstechenden Bestimmungen gehört nicht nur, dass Art. 14 (4) DSA die Vorschriften über die Gestaltung und Kommunikation von Geschäftsbedingungen durch Anforderungen ergänzt, die die Anwendung und Durchsetzung der in den Geschäftsbedingungen mitgeteilten Beschränkungen betreffen (mit den Maßstäben der Sorgfalt, Objektivität und Verhältnismäßigkeit und mit Bezug auf die Grundrechte der Nutzer). Vielmehr sind auch – allerdings beschränkt auf sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen – zusätzliche Vorgaben in Hinblick auf Zugänglichkeit und Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten: Den Nutzern muss gemäß Art. 14 (5) DSA eine kompakte, leicht zugängliche und maschinenlesbare Zusammenfassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in klarer und eindeutiger Sprache zur Verfügung gestellt werden. Nach Art. 14 (6) DSA

müssen sehr große Plattformen oder Suchmaschinen (im Sinne von Art. 33 DSA) ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Amtssprachen aller Mitgliedstaaten, in denen sie ihre Dienste anbieten, veröffentlichen. Insgesamt verbindet Art. 14 DSA somit die inhaltlichen Vorgaben für die Vertragsgestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen mit weitreichenden Anforderungen, die den Zugang zu diesen Bedingungen und deren Verständlichkeit betreffen und dabei die besondere digitale Verletzlichkeit¹⁵ von Minderjährigen berücksichtigen.

IV. Datenzugang und Datennutzung

Den vorläufigen Höhepunkt, wenn auch voraussichtlich nicht den Schlusspunkt der Reaktionen der europäischen Gesetzgebung auf die Herausforderungen der Digitalisierung, bilden die Bestimmungen des Data Act (DA) von 2023 über einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung. Diese Verordnung führt über die vorangegangene Gesetzgebung unter anderem insofern hinaus, als ein Teil ihrer Bestimmungen grundsätzlich auf Verträge aller Art anwendbar ist, wenn sie den Datenzugang und die Datennutzung betreffen. Dies gilt insbesondere für die ausführlichen Regelungen über missbräuchliche Vertragsklauseln im Verhältnis zwischen Unternehmen in Art. 13 DA. In dieser Hinsicht nimmt Art. 13 DA als „Querschnittsregelung“ eine in gewisser Weise vergleichbare Rolle für das Datenrecht ein wie die Klauselrichtlinie von 1993 für das Verbraucherrecht.

Diese Vorschrift dehnt somit die Klauselkontrolle mit großer Spannweite auf ein bislang wenig geregeltes Feld des Vertragsrechts aus. Sie kombiniert dazu eine Generalklausel (Art. 13 (3) DA) mit einem in zwei Teile gegliederten Katalog einzelner missbräuchlicher Sachverhalte (Art. 13 (4) und (5) (f) DA). Nach der Generalklausel kann eine Vertragsklausel unter zwei Gesichtspunkten missbräuchlich sein: bei einer groben Abweichung von der guten Geschäftspraxis oder bei einem Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben. Nach dem anschließenden Katalog gelten Vertragsklauseln als missbräuchlich im Sinne dieser Generalklausel, wenn sie die jeweils im Einzelnen bestimmten Sachverhalte bezwecken oder bewirken (zum Beispiel hinsichtlich des Ausschlusses der Haftung des Klauselverwenders oder des Ausschlusses von Rechtsbehelfen der Gegenseite; Art. 13 (4) (a)

15 Zu diesem Problemkreis C. Crea/A. De Franceschi, *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden 2024, S. 1 ff.

und (b) DA). Dem Muster der Klausel-Richtlinie von 1993 folgend gliedert sich dieser Katalog in eine "schwarze Liste" mit stets missbräuchlichen Klauseln (Abs. 4) und eine "graue Liste" mit Klauseln, deren Missbräuchlichkeit widerlegbar vermutet wird (Abs. 5).

Diese Maßstäbe sind nach Art. 13 (1) DA für Vertragsklauseln anzuwenden, die ein Unternehmen einem anderen „einseitig auferlegt“ hat. Mit diesem Bezug auf die einseitige Auferlegung durch eine Partei scheint der Data Act auf den ersten Blick einem ähnlichen Ansatz zu folgen wie die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste mit ihrer Ausrichtung auf die einseitige Festlegung durch eine Partei.¹⁶ Die Verwendung einer unterschiedlichen Terminologie („einseitig festgelegt“/„unilaterally determined“ in Art. 2 Nr. 10 VO über Online-Vermittlungsdienste – „einseitig auferlegt“/„unilaterally imposed“ in Art. 13 DA) ist jedoch Ausdruck einer deutlich anderen Akzentsetzung in sachlicher Hinsicht, wie der Vergleich von Art. 13 (6) DA mit Art. 2 Nr. 10 VO über Online-Vermittlungsdienste zeigt: Im Unterschied zu dem recht offen gefassten Erfordernis einer Gesamtbewertung und der ausdrücklichen Erwähnung von Negativkriterien in der letzteren legt der Data Act positiv fest, dass Vertragsklauseln als einseitig auferlegt gelten, wenn sie von einer Vertragspartei eingebracht werden und die andere Vertragspartei ihren Inhalt trotz des Versuchs, hierüber zu verhandeln, nicht beeinflussen kann. Zudem weist Art. 13 (6) DA die Beweislast dafür, dass die Klausel nicht einseitig auferlegt wurde, ausdrücklich der Partei zu, die die Klausel eingebracht hat.

C. Funktionen

I. Förderung des Binnenmarkts und der Digitalwirtschaft

Der Vorstoß der Gesetzgebung der EU auf neue Felder vom Onlinehandel bis zum Datenzugang hat zu einer beträchtlichen Funktionserweiterung der Klauselkontrolle im europäischen Recht gegenüber der Ausrichtung spezifisch auf den Verbraucherschutz beim Erlass der Klausel-Richtlinie von 1993 geführt. Zwar ist eine Konstante in den Regelungszwecken während der beiden Jahrzehnte von 1993 bis 2023 das Anliegen geblieben, den Binnenmarkt zu fördern. Dieses Anliegen findet sich so schon am Anfang der Erwägungsgründe für die Klausel-Richtlinie (damals erst noch bezogen auf

¹⁶ Siehe oben B. II.

die Errichtung des Binnenmarktes): „Es müssen Maßnahmen zur schrittweisen Errichtung des Binnenmarktes bis zum 31. Dezember 1992 getroffen werden.“ Mit Blick darauf weisen die Erwägungsgründe sodann darauf hin, dass infolge der Unterschiede in den Vorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsklauseln und namentlich über missbräuchliche Klauseln die einzelnen Märkte für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen an den Verbraucher uneinheitlich sind. Die Harmonisierung der Bestimmungen über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen soll vor diesem Hintergrund sowohl dem Verbraucherschutz als auch der Errichtung des Binnenmarktes dienen.

Zwei Jahrzehnte später beziehen sich auch die Erwägungsgründe für den Data Act auf das Anliegen, den Binnenmarkt zu fördern, und streben daher an, „die Hindernisse für einen reibungslos funktionierenden Binnenmarkt für Daten zu beseitigen“.¹⁷ Sie verbinden dies aber nunmehr mit dem weiteren Regelungszweck, „den Bedürfnissen der digitalen Wirtschaft gerecht zu werden“.¹⁸ Damit stellen sie für den Data Act einschließlich seiner Bestimmungen über missbräuchliche Klauseln den Bezug her zu den rechtspolitischen Aufgaben der Förderung der digitalen Wirtschaft und der von der Europäischen Kommission 2015 vorgezeichneten allgemeineren Zielsetzung, den Digitalen Binnenmarkt zu entwickeln.¹⁹

Eine entsprechende Funktionserweiterung im Hinblick auf die digitalen Märkte hat zuvor beispielsweise der Digital Market Act schon in seinem Titel ausgedrückt („Verordnung über unbestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor ...“). Schon am Anfang der Erwägungsgründe des Digital Services Act spiegelt sie sich beispielsweise darin, dass der „digitale Wandel“ und die dadurch hervorgebrachten neuen „Risiken und Herausforderungen“ angeführt werden, um das Anliegen der Verordnung zu erläutern.²⁰ Der Data Act führt diese Ausrichtung auf den Digitalen Binnenmarkt und die Digitalwirtschaft in Hinblick auf den Datenmarkt und die Datenwirtschaft fort, mit dem Anliegen, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, „in dem festgelegt wird, wer unter welchen Bedingungen und auf welcher Grundlage berechtigt ist, Produktdaten oder verbundene Dienstdaten zu nutzen“ (Erwägungsgrund 4 DA). Im Ganzen betrachtet stehen die Rege-

17 Erwägungsgrund 4 DA.

18 Erwägungsgrund 4 DA.

19 Siehe oben B. II. zur „Digitalen Binnenmarktstrategie“.

20 Näher zum DSA als Teil der „Europäischen Digitalstrategie“, z.B. A. De Franceschi in: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (Hrsg.), EU Digital Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2025, Introduction to the Digital Services Act Rn. 1 ff.

lungszwecke dieser neuen Rechtsakte, einschließlich ihrer Bestimmungen über die Klauselkontrolle, insofern im Kontext der Entwicklung des Digitalen Binnenmarktes und der Herausbildung eines rechtlichen Rahmens für die Digitalwirtschaft, einschließlich Datenmarkt und Datenwirtschaft.

Entsprechend ihrer funktionalen Ausrichtung auf die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für den digitalen Binnenmarkt und die Digitalwirtschaft lassen sich die betrachteten Rechtsakte rechtssystematisch als Bausteine eines sich formierenden europäischen (Digital-)Wirtschaftsrechts verstehen. Die vertragsrechtlichen Bestimmungen dieser Rechtsakte zur Klauselkontrolle und anderen Materien erweitern aus dieser Perspektive das Vertragsrecht der Europäischen Union in wirtschaftsrechtlicher Hinsicht. Mit Blick auf die Diskussionen um das Europäische Vertragsrecht²¹ könnte dies zu einer Akzentverschiebung beitragen: Die wissenschaftliche Beschäftigung mit diesem Gegenstand – und auch die Rechtsprechung auf diesem Gebiet – kann sich dadurch stärker als bisher auf Quellen (digital-)wirtschaftsrechtlicher Provenienz stützen. Vorstellbar ist insofern, dass künftig das Wirtschaftsvertragsrecht mit Blick auf die infolge der Digitalisierung hinzugetretenen neuen Materien einen ebenso gewichtigen oder sogar noch größeren Beitrag zur Entwicklung des Europäischen Vertragsrechts leisten kann als das bisher auf diesem Gebiet besonders präzise Verbrauchervertragsrecht.

II. Verbraucherschutz

Allerdings lässt sich daraus keineswegs ableiten, dass das Ziel des Verbraucherschutzes und der Begriff des Verbrauchers für diese neuen Materien bedeutungslos seien. Vielmehr haben diese Konzepte auch Eingang in die Festlegung der Regelungsziele auf den neuen Gebieten gefunden. So hat Art. 1 DSA den „Grundsatz des Verbraucherschutzes“ mit Bezug auf dessen Verankerung in der Europäischen Grundrechte-Charta in die Zielbestimmung für diesen Rechtsakt einbezogen. Der Verbraucherschutz gehört danach neben der Förderung von Innovationen und dem Schutz anderer Grundrechte der Charta zu den Kennzeichen eines sicheren, vorhersehbaren und vertrauenswürdigen Online-Umfelds, das durch die Vorschriften

21 Zum Konzept des Europäischen Vertragsrechts im Rahmen der Entwicklung des europäischen Privatrechts R. Schulze/F. Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden 2021, Kapitel 1 Rn. 13 ff.

erstrebt wird. Für den Data Act – um nur ein weiteres Beispiel zu nennen – verwendet schon dessen Erwägungsgrund 1 den Begriff des Verbrauchers (im Zusammenhang mit der Darlegung des Wertes von Daten); und Art. 2 Nr. 11 DSA definiert diesen Begriff sodann für die Zwecke der Verordnung im Einklang mit seiner üblichen Definition im Verbraucherrecht.

Anders als für die Rechtsakte auf den herkömmlichen Gebieten des Verbraucherrechts und anders auch als in den erwähnten Rechtsakten zur Anpassung des Verbraucherrechts an die Veränderung durch die Digitalisierung (Digitale-Inhalte-RL, Warenkauf-RL, „Modernisierungs“-RL²²) spielt der Verbraucherbegriff aber für diese Rechtsakte mit primärer Regulierungsfunktion für die Digitalwirtschaft und die Datennutzung keine zentrale Rolle für die Festlegung des persönlichen Anwendungsbereichs. Vielmehr treten andere Konzepte und darauf beruhende Bezeichnungen für die Parteien der in Betracht stehenden Rechtsverhältnisse in den Vordergrund, wie zum Beispiel „Nutzer“ („user“) und „Endnutzer“ („end user“), die teils gegenüber den Kategorien und Schutzzwecken des Verbraucherrechts unspezifisch sind (wie der Begriff des „Nutzers“²³), teils aber auch gewisse Parallelfunktionen zum Verbraucherbegriff übernehmen (wie beispielsweise der Begriff des „Endnutzers“ hinsichtlich der Abgrenzung zu gewerblich Tätigen²⁴). Die Rolle dieser neuen Begrifflichkeiten im Verhältnis zum Verbraucherschutz näher zu analysieren, wäre Gegenstand einer eigenen Untersuchung. Es mag hier der Hinweis auf die andernorts erläuterte These genügen, dass Konzepte wie die des „Nutzer“/„user“ den Verbraucherbegriff in seinen spezifischen Schutzfunktionen nicht ersetzen, aber im Hinblick auf die Veränderung durch die Digitalisierung sachgerecht ergänzen können.²⁵

22 Siehe oben B. II.

23 Siehe beispielsweise die Definition in Art. 3 DSA des Nutzers als „jede natürliche oder juristische Person, die einen Vermittlungsdienst in Anspruch nimmt ...“.

24 Siehe die Definition in Art. 2 Nr. 20 DMA als „eine natürliche oder juristische Person, die zentrale Plattformdienste nutzt und nicht als gewerblicher Nutzer auftritt“.

25 R. Schulze, *Propos Introductifs*, in: G. Mäsch/J. Valierque (Hrsg.), *Quelles limites aux droits nationaux et européens de la consommation?* 9^e Journées Franco-allemandes, Paris 2025, S. 9 (15 f.); S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer, *The Data Act – a Cornerstone for the European Data Economy*, in: S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and the Data Act*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VIII, Baden-Baden 2024, S. 11 (33 ff.); L. Specht-Riemenschneider/M. El-Rifaai/V. Mehnert/L. Bodemann, *IoT Data Sharing in B2C: How to Better Serve the Consumer*, in: S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and*

III. Vertragsparität bei Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Ausweitung der Klauselkontrolle auf die neuen Felder der Digitalwirtschaft und Datennutzung lässt schließlich auch eine allgemeinere Funktion deutlicher erkennen, die der Kontrolle von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen in allen ihren Anwendungsbereichen zukommen kann: Die gesetzliche Festlegung und gerichtliche Überprüfung von Anforderungen an die Transparenz und den Inhalt von Vertragsklauseln kann einen gewissen Ausgleich schaffen für die Asymmetrie der Transaktionskosten, die bei der vielfachen Verwendung von Klauseln durch eine Partei im Verhältnis zu der anderen Partei entstehen kann. Dies betrifft sowohl Sachlagen, in denen die Verwendung vorformulierter Klauseln für eine Vielzahl von Verträgen (bzw. die Bestimmung der Klauseln zu einer derartigen Verwendung) gesetzliche Voraussetzung der Klauselkontrolle ist,²⁶ als auch Sachlagen, in denen eine derartige Vielfachverwendung des vorformulierten Standardvertrages nicht gesetzliche Voraussetzung der Klauselkontrolle ist,²⁷ aber in der Praxis weit verbreitet oder sogar der Regelfall ist. Gerade bei Transaktionen im Internet dürften eher standardisierte Verträge als Individualvereinbarungen den Regelfall bilden.²⁸

Für den Verwender der Klauseln ist in diesen Fällen der Aufwand für die Ausarbeitung von Vertragsbedingungen zu seinen Gunsten pro Vertragsschluss viel geringer als für die andere Partei, weil sich die Kosten (etwa für die Vertragsgestaltung durch eine erfahrene Anwaltskanzlei) über eine Vielzahl von Transaktionen verteilen. Für die andere Partei wird es dagegen häufig wirtschaftlich nicht sinnvoll sein, entsprechende Kosten oder überhaupt irgendwelchen finanziellen Aufwand in die Vertragsgestaltung zu investieren, weil es sich für sie um eine einmalige Transaktion mit geringem Wert handelt. Diese Asymmetrie besteht insbesondere bei „Massentransak-

the Data Act, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VIII, Baden-Baden 2024, S. 59 (59 ff.).

26 Siehe z.B. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.

27 Siehe z.B. Art. 13 DA, oben B. IV.

28 Zur Standardisierung im Privatrecht R. Schulze/T. Arroyo Vendrell, Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle – eine Einführung, in: J. Kindl/M. Perales Viscasillas/T. Arroyo Vendrell (Hrsg.), Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle, Baden-Baden 2017, S. 11 (12); R. Schulze, The Future of European Private Law – An Introduction, in: R. Schulze/M. Lehmann/A. Janssen (Hrsg.), The Future of European Private Law, Baden-Baden 2023, S. 11 (37 f.).

tionen“, bei denen ein Anbieter standardisierte Verträge verwendet, und ist weitgehend unabhängig von der Wirtschaftskraft, über die die betreffenden Parteien generell verfügen, und von Rollenzuweisungen wie „Unternehmer“, „KMU“, „Kleinstunternehmer“ oder „Verbraucher“ (z.B., wenn ein kleines spezialisiertes Unternehmen als Online-Vermittlungsdienst eine Plattform für den Verkauf von gebrauchten Möbeln unter Verwendung der von ihm festgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen anbietet und ein großer Stahl-Konzern diese Plattform einmalig zum Verkauf eines gebrauchten Chefsessels nutzen will).

In derartigen Sachlagen wäre es für die jeweilige einzelne Gegenpartei zu aufwendig (und zudem wenig erfolgversprechend), ihrerseits angemessene Vertragsbedingungen einzubringen, sodass sie – in den Kategorien der ökonomischen Analyse – ein „rationales Desinteresse“ an der Vertragsgestaltung hat. Auch aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive entstehen geringere Transaktionskosten durch die gesetzliche Festlegung von gerichtlich kontrollierbaren Maßstäben für derartige Sachlagen, in denen eine Partei ungeachtet ihrer sonstigen wirtschaftlichen Stärke in Bezug auf den betreffenden Vertragsabschluss in einer schwächeren Position ist. Die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln ist insofern kein Spezifikum des Verbraucherrechts, sondern kann ebenso für B-B-Verträge angebracht sein und wird letztlich dem Allgemeinen Vertragsrecht zuzuordnen sein.

D. Kontrollmaßstäbe

Auf die Maßstäbe der Klauselkontrolle kann hier nur kurz eingegangen werden. Es würde weit über den Rahmen dieses Beitrags hinausführen, ihre Ausgestaltung in den einzelnen Regelungsbereichen, auf die sich die Kontrolle durch die Gesetzgebung der EU in den letzten Jahren ausgedehnt hat, darzustellen und zu analysieren. Daher bleibt lediglich auf eine Aufgabe hinzuweisen, die sich über die nähere Befassung mit den Einzelbereichen hinaus stellt: Es gilt in der angewachsenen und voraussichtlich weiter anwachsenden Vielfalt von Bestimmungen zur Klauselkontrolle durch vergleichende Untersuchungen nach den übergreifenden Wertungen und Prinzipien und nach den Gründen für unterschiedliche Begrifflichkeiten und Maßstäbe in den einzelnen Rechtsakten zu fragen. Auf diese Weise wird sich erweisen müssen, ob das in rascher Folge von Einzelakten gewachsene Klauselrecht der EU frei von Wertungswidersprüchen und begrifflichen

Unstimmigkeiten ist und inwieweit die Kohärenz der Regelungen deren Anwendung erleichtern und deren Überzeugungskraft stärken kann.

Was den Vergleich der Voraussetzungen betrifft, unter denen Vertragsklauseln der Kontrolle unterliegen sollen, haben sich oben im Überblick über die neue Gesetzgebung bereits Unterschiede gezeigt, die näherer Analyse bedürfen (so zwischen „einseitiger Festlegung“ in der Verordnung über Online-Vermittlungsdienste und „einseitiger Auferlegung“ im Data Act).²⁹ Ebenso wie insofern hinsichtlich der Voraussetzungen der Klauselkontrolle nach der Ausgestaltung und den Gründen dieser unterschiedlichen Regelungen und damit nach deren sachlicher Rechtfertigung – oder eventueller Korrekturbedürftigkeit – zu fragen ist, gilt es, die Maßstäbe der Kontrolle, die in den einzelnen Rechtsakten festgelegt sind, und die damit verbundenen Begrifflichkeiten und Methoden zu vergleichen und im Hinblick auf ihre Stimmigkeit und Kohärenz zu überdenken.

Dies betrifft nicht nur die Kontinuitäten und Modifikationen von Strukturen seit der verbraucherrechtlichen Klausel-Richtlinie von 1993 – etwa hinsichtlich der jeweiligen Art der Kombination von Generalklauseln und Klauselverbots-Katalogen oder des Ausschlusses der Hauptleistungspflichten aus der Kontrolle. Zu fragen wäre in dieser Hinsicht etwa auch – um nur ein Beispiel zu nennen –, wie sich die einzelnen Bestandteile und das Ensemble der Kontrollkriterien in der FRAND-Trilogie, die die EU-Gesetzgebung mit dem DMA übernommen hat („Fair, Reasonable and Non-Discriminatory“),³⁰ zu den jeweils unterschiedlichen Zusammenstellungen der Kriterien in den anderen Rechtsakten verhalten. Ist ein gemeinsames Grundmuster oder sind jeweils Unterschiede erkennbar in der Frage, wie das Verhältnis der Inhaltskontrolle (unter anderem am Maßstab der „Fairness“) zu den Transparenzgeboten zu bestimmen ist? Ist das Kriterium der Diskriminierungsfreiheit, das im FRAND-Katalog gesondert neben der Fairness angeführt ist, ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal oder nur ein explizit genanntes Element der Fairness, das in anderen Rechtsakten ohne ausdrückliche Nennung implizit im Erfordernis der Fairness enthalten ist? Oder anders gefragt: Kann eine diskriminierende Klausel fair sein? Unter diesen und weiteren Gesichtspunkten wird die neue Gesetzgebung weiter zu untersuchen sein in Hinblick auf die Vielfalt und Einheit der Maßstäbe für die Klauselkontrolle in der Digitalwirtschaft und bei der Datennutzung.

29 Siehe oben B. II. und B. IV.

30 Siehe oben C. III.

E. Klauselkontrolle als europäisches Einheitsrecht

Last but not least bleibt neben der Einbeziehung der B-B-Verträge noch ein weiterer wichtiger Unterschied der neuen Gesetzgebung der EU-Klauselkontrolle gegenüber der Klausel-Richtlinie von 1993 zu berücksichtigen: Es handelt sich nicht um umsetzungsbedürftige Richtlinienbestimmungen, sondern um unmittelbar anwendbares Einheitsrecht der EU. Dieser neue Charakter zur Klauselkontrolle entspricht einer allgemeineren Tendenz in der EU-Gesetzgebung, die sich schon bald nach der Mitteilung der Kommission über die „Digitale Binnenmarktstrategie“³¹ mit der Geoblocking-Verordnung³², der Portabilitäts-Verordnung³³ und sodann der Online-Vermittlungsdienste-Verordnung abgezeichnet hat. Mit dem Digital Markets Act, dem Digital Services Act und dem Data Act ist nun in großem Umfang weiteres europäisches Einheitsrecht hinzugetreten, sodass unmittelbar anwendbares Recht der EU nunmehr einen Großteil der privatrechtlichen Beziehungen in der digitalen Wirtschaft und im Datenhandel regelt. In einer Gesamtbetrachtung der privatrechtsrelevanten EU-Gesetzgebung hat gerade durch die neuen Rechtsakte auf diesem Gebiet die Rechtsvereinheitlichung durch Verordnungen während der letzten Jahre deutlich an Gewicht gewonnen gegenüber der Angleichung der nationalen Rechte durch Richtlinien. Zugleich ist damit im Verhältnis zum Privatrecht der Mitgliedstaaten die Bedeutung des europäischen Rechts gerade in Hinblick auf Materien mit großem wirtschaftlichen und juristischen Entwicklungspotenzial gewachsen.³⁴

Aus der Entscheidung, diese Materien durch europäisches Einheitsrecht zu gestalten, erwachsen allerdings der Gesetzgebung der EU und der

31 Siehe oben Fn. 8.

32 Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG (ABl. L 60 I S. 1).

33 Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt (ABl. L 168 S. 1).

34 R. Schulze, European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects, in: R. Schulze/M. Lehmann/A. Janssen (Hrsg.), *The Future of European Private Law*, Baden-Baden 2023, S. 141 (162 ff.); dort auch zu den Auswirkungen auf den herkömmlichen Charakter der nationalen Kodifikationen.

darauf bezogenen Rechtsprechung und Rechtslehre auch neue Aufgaben. Beispielsweise ist in Hinblick auf die Anwendung der einheitsrechtlichen Vorschriften über die Klauselkontrolle zu überdenken, welche Folgen sich für den Rekurs auf die bisherige EuGH-Rechtsprechung zur Klauselkontrolle³⁵ daraus ergeben, dass das Spannungsfeld zwischen europäischem und nationalem Recht zumindest nicht mehr in der gleichen Weise wie bei der Anwendung der nationalen Umsetzungsbestimmungen der Klausel-Richtlinie von 1993 besteht.

Vor allem bleibt zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten – anders als bei dem Erlass von Richtlinien – nicht durch ihre Umsetzungsbestimmungen daran mitwirken, die Begrifflichkeit und die Tatbestände des anzuwendenden Rechts präzise und konsistent zu gestalten, Unstimmigkeiten zwischen verschiedenen Regelungen zu vermeiden und einen entsprechenden systematischen Zusammenhang zwischen ihnen herzustellen. Vielmehr liegt die Verantwortung für die Kohärenz der Normen und insofern auch für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei ihrer Anwendung und für die Akzeptanz durch ihre Adressaten und die Öffentlichkeit – allein bei den Gestaltern des Rechts auf europäischer Ebene.

Die Mitgliedstaaten haben derartige Herausforderungen hinsichtlich der Kohärenz, Rechtsgewissheit und Systematik privatrechtlicher Regelungen herkömmlich zumeist zu bewältigen versucht, indem sie Bestimmungen auf einem Rechtsgebiet im Rahmen einer Kodifikation geordnet und diese Kodifikation zuweilen angesichts neuer Entwicklungen „modernisiert“ haben.³⁶ Diesem Muster ist die Europäische Union nicht gefolgt. Nach dem Scheitern des Versuchs, mit dem „Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht“ eine Teilkodifikation für einen wichtigen Bereich des Vertragsrechts zu schaffen,³⁷ ist sie auch in jüngster Zeit bei der „fragmentarischen“ Regelung durch legislative Einzelakte verblieben. Entsprechend hat sie das neue Einheitsrecht für die digitale Wirtschaft und den Datenhandel ebenfalls durch eine Reihe einzelner Rechtsakte geschaffen. Rechtssicherheit und -klarheit, gleichmäßige Anwendung und Akzeptanz erfordert es aber auch bei dieser Form der Gesetzgebung, soweit möglich zu einheitlicher Begrifflichkeit und übereinstimmenden Wertungen in der Pluralität der Rechtsakte zu

35 Z.B. EuGH, Urteil vom 14. März 2013 - C-415/11 [ECLI:EU:C:2013:164], Freiburger Kommunalbauten.

36 Dazu M. Encarnación Roca Trías (Hrsg.), *Codificaciones del derecho privado en el s. XXI*, Madrid 2015.

37 R. Schulze/F. Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden 2021, Kapitel 1 Rn. 44 ff.; Kapitel 7 Rn. 8 ff.

gelangen. Dies gilt umso mehr, wenn mehrere umfangreiche Regelwerke sachlich verwandte Gegenstände betreffen und in einem engen regulatorischen Zusammenhang in Hinblick auf bestimmte technologische und wirtschaftliche Entwicklungen stehen wie die hier in Betracht stehenden Rechtsakte zur Digitalwirtschaft und Datennutzung. Wie die vorangegangenen Diskussionen um das europäische Privatrecht gezeigt haben, wird es dabei allerdings – nicht zuletzt wegen der häufig erörterten Schwächen der europäischen Gesetzgebungstechniken und -verfahren – in besonderem Maße auf Beiträge der Rechtslehre und der Rechtsprechung zur Entwicklung übergreifender begrifflicher Ansätze und Strukturen ankommen.

Wie für die Rechtsakte insgesamt, die das neue europäische Einheitsrecht für die Datenwirtschaft und Datennutzung geschaffen haben, stellt sich damit auch für ihre Bestimmungen über die Klauselkontrolle in besonderem Maße der Rechtswissenschaft die soeben³⁸ bereits umrissene Aufgabe, nach Gemeinsamkeiten und Spezifika im Gesamtgefüge der neuen europäischen Bestimmungen hinsichtlich der Kontrolle von Vertragsbestimmungen zu fragen. Dies betrifft sowohl die Voraussetzungen, unter denen Vertragsbestimmungen an besonderen Maßstäben gemessen werden sollen (wie die einseitige Festlegung oder Auferlegung und die Frage der Mehrfachverwendung, einschließlich des Begriffs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), als auch die Ausgestaltung dieser Maßstäbe in Hinblick auf Inhalt, Transparenz und Zugänglichkeit (einschließlich des Verhältnisses dieser Komponenten zueinander) und die rechtlichen Folgen des Verstoßes gegen Anforderungen des europäischen Klauselrechts. Eine derartige vergleichende Analyse mag dazu beitragen, dass aus der Vielzahl von Bestimmungen, die die jüngste europäische Gesetzgebung für die Klauselkontrolle geschaffen hat, künftig ein kohärentes Klauselrecht im Rahmen des unmittelbar anwendbaren Vertragsrechts der EU entstehen kann.

38 Siehe oben D.

La adaptación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas a la contratación de servicios digitales

Sergio Cámara Lapuente, Universidad de La Rioja*

*A Gerald Spindler, siempre presente, querido amigo y faro,
imaginando el diálogo intenso que habríamos tenido
sobre este tema y lo mucho que hubiera aprendido de él.
No me acostumbro a la ausencia.*

Resumen: Ante el anuncio de la Comisión Europea de elaborar una propuesta de *Digital Fairness Act* para 2026 resulta oportuno plantear cuáles podrían ser las reformas necesarias en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas (o en un nuevo instrumento) para actualizarla y acomodar su régimen a las especialidades del entorno digital. Para ello se examina el fragmentario tratamiento de las últimas normas europeas sobre contratación digital (Reglamentos DMA, DSA, P2B, Data Act y RIA) y, en particular, sus nuevas reglas sobre transparencia, equilibrio y cláusulas abusivas en contratos entre empresarios, con el fin de responder a la pregunta de si algunas de esas normas podrían replicarse o servir de guía en el nuevo marco legal de las cláusulas abusivas en contratos de consumo digital. Con esos materiales normativos europeos y otros nacionales, así como teniendo presentes diversas propuestas doctrinales e institucionales, este capítulo propone modificaciones al régimen existente, tanto en cuanto a concretas cláusulas abusivas como a nuevos requerimientos para potenciar la transparencia contractual respecto al suministro de contenidos y servicios digitales.

Palabras clave: Cláusula abusiva, servicio digital, transparencia, consumidor, práctica comercial desleal, internet de las cosas, plataformas digitales,

* Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de La Rioja (España). Este trabajo forma parte del proyecto de I+D+i PID2021-141910B-I00, financiado por MICIU / AEI /10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado *Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales*, del que el autor es IP.

equidad, condiciones generales de contratación, mercado digital, contratos de suscripción, patrones oscuros.

Zusammenfassung: Angesichts der Ankündigung der Europäischen Kommission, bis 2026 einen Vorschlag für eine Verordnung zur digitalen Fairness vorzulegen, ist es angezeigt, darüber nachzudenken, wie die Reformen ausgestaltet sein könnten, die erforderlich sind, um die Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klauseln (oder ggf. einen neuen Rechtstakt) zu aktualisieren und an die Besonderheiten des digitalen Umfelds anzupassen. Zu diesem Zweck wird die fragmentarische Regelung der jüngsten europäischen Vorschriften für digitale Verträge (DMA, DSA, P2B, Data Act und RIA), insbesondere die neuen Vorschriften über Transparenz, Fairness und missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden, untersucht, um die Frage zu beantworten, ob einige dieser Vorschriften in eine neue Regelung über missbräuchliche Klauseln in digitalen Verbraucherverträgen übernommen werden oder als Leitfaden dienen können. Auf der Grundlage der genannten europäischen und von nationalen Rechtsvorschriften sowie unter Berücksichtigung verschiedener Vorschläge aus Wissenschaft und Praxis werden in diesem Beitrag verschiedene Änderungen des bestehenden Regelwerks vorgeschlagen, sowohl in Bezug auf konkrete missbräuchliche Klauseln als auch im Hinblick auf neue Anforderungen zur Verbesserung der Vertragstransparenz bei der Lieferung digitaler Inhalte und Dienstleistungen.

Schlüsselwörter: Missbräuchliche Klausel, digitale Dienstleistung, Transparenz, Verbraucher, unlautere Geschäftspraktiken, Internet der Dinge, digitale Plattformen, Fairness, allgemeine Geschäftsbedingungen, online-Marktplatz, Abonnementverträge, dark patterns.

A. Introducción: la futura Digital Fairness Act como ocasión para reformar la Directiva 93/13.

El propósito declarado de la Comisión Europea por presentar en la segunda mitad de 2026 una propuesta legislativa de *Digital Fairness Act* (DFA o “Ley de equidad digital”), con un contenido aún solo parcialmente acotado, es una ocasión idónea para reflexionar acerca de las reformas que ese instrumento podría contener en relación con el régimen de las cláusulas abusivas en la contratación en línea de servicios digitales, bien como parte

de la DFA o bien como cauce para reformar la Directiva (CEE) 93/13, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas¹. Más de 30 años después de que esta directiva fuera aprobada, en un momento histórico en que no existían el comercio electrónico, las plataformas de internet ni los contenidos y servicios digitales hoy de uso diario por los consumidores, ese instrumento legislativo permanece casi inalterado. Su adaptación al nuevo ecosistema digital resulta necesaria.

En mayo de 2022 la Comisión Europea anunció el llamado *Fitness Check of EU Consumer Law on Digital Fairness*,² con el objetivo de comprobar si tres directivas nucleares en el ámbito de la contratación de consumo necesitaban cambios, puntuales o conjuntos, para seguir siendo eficaces en el contexto digital. Esa iniciativa, aún en curso, cubre la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales³, la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores⁴ y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. Tras la amplia consulta pública realizada entre noviembre de 2022 y febrero de 2023, sobre la base de un cuestionario de 19 preguntas, entre las que figuraban cuestiones más relacionadas con la transparencia en la presentación de las condiciones generales que con el posible contenido abusivo de concretas cláusulas⁵, en octubre de 2024 la Comisión Europea publicó un extenso documento de trabajo en el que exponía los resultados de la iniciativa sobre *Digital Fairness*⁶, acompañado de un amplio estudio complementario⁷. En aquel documento de trabajo para actuación futura se

1 DO L 95, de 21 de abril de 1993.

2 Documentación e hitos en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en.

3 DO L 149, de 11 de junio de 2005.

4 DO L 304, de 22 de noviembre de 2011.

5 Se produjeron 350 respuestas en línea y 71 informes de posicionamiento de diversas instituciones, entre los que cabe destacar, por aportar nuevas soluciones, el evacuado por *European Law Institute (ELI)* (M. J. Sørensen, P. Rott, K. Sein, S. Cámara Lapuente, E. Mišćenić), *Response of the ELI to the European Commission's Public Consultation on Digital Fairness – Fitness Check on EU Consumer Law*, Viena, febrero 2023, pp. 1-41. Paralelamente se creó un cuestionario destinado a consumidores, cuyos resultados pueden verse en *European Commission*, *Factual summary – public consultation on the Fitness Check of EU consumer law on digital fairness* (Ref. Ares(2023)2578495, 12.4.2023, p. 1-8, p. 3).

6 *European Commission*, *Commission Staff Working Document: Fitness Check of EU Consumer Law on Digital Fairness*, SWD(2024) 230 final, Bruselas, 3 de octubre de 2024, 212 pp.

7 M. Whittle et al. (*Centre for Strategy & Evaluation Services*), *Study to support the fitness check of EU consumer law on digital fairness and report on the application of the*

identificaban como prácticas problemáticas que merecían ulterior análisis las siguientes siete: los patrones oscuros, el diseño adictivo y los videojuegos, la personalización (publicidad, prelación, recomendaciones y ofertas con precio), el comercio a través de redes sociales e influencers, las cancelaciones contractuales y las suscripciones digitales, la contratación automatizada y las cláusulas abusivas⁸. En ese documento, la Comisión Europea concluía, por voz de quienes respondieron a su consulta, que la Directiva 93/13 ha proporcionado estabilidad y certeza y se ha mostrado útil en el entorno digital, aunque se considera precisa “orientación adicional y ciertas actualizaciones” de la Directiva, con posibilidad de establecer una lista negra de cláusulas abusivas dentro de la misma⁹. También la transparencia en la presentación y comprensión de las cláusulas se marca como objetivo, amén de posibles penalizaciones, vigilancia transfronteriza coordinada y mayor diálogo preventivo con los proveedores de servicios digitales¹⁰.

La nueva Comisión Europea surgida de las elecciones trazó un calendario renovado a partir del encargo que la presidenta Ursula von der Leyen transmitió por escrito al nuevo Comisario de Justicia: la propuesta de una nueva *Digital Fairness Act* (DFA), que complementaría la DSA y la DMA y sería “la pieza que faltaba en el rompecabezas del código normativo digital de la UE”¹¹. Su formato, contenido y ámbito se desconoce por ahora, pudiendo ser (presumiblemente) un nuevo Reglamento Europeo o una Directiva, bien autónoma, bien consagrada a la modificación de otras (como las Directivas 93/13, 2011/83 o 2005/29). De acuerdo con las últimas previsiones¹² se puso en marcha una nueva consulta pública desde el 17 de

Modernisation Directive, Brussels, octubre 2024 (disponible en sus dos partes y anexos en https://commission.europa.eu/publications/study-support-fitness-check-eu-consumer-law-digital-fairness-and-report-application-modernisation_en).

8 *European Commission*, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), Anexo VI.1, p. 146 y ss. Sobre cláusulas abusivas, pp. 182-195.

9 *Ibidem* (n. 6), p. 194.

10 *Ibidem* (n. 6), p. 195.

11 M. McGrath, Respuestas al cuestionario al Comisario Propuesto, Comparecencia ante el Parlamento Europeo, Bruselas, 5 de noviembre de 2024, p. 5 (disponible en español en https://hearings.elections.europa.eu/documents/mcgrath/mcgrath_writtenquestionsandanswers_es.pdf y *verbatim* en inglés en https://hearings.elections.europa.eu/documents/mcgrath/mcgrath_verbatimreporthearing-original.pdf, fecha de consulta 20.4.2025); en esa comparecencia no se hicieron específicas menciones a reformas en el régimen de las cláusulas abusivas.

12 Según la información difundida en abril de 2025 en la web de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14622-Digital-Fairness-Act_en (donde no se hace mención específica a las cláusulas abusivas).

julio al 24 de octubre de 2025, si bien entre las cuestiones planteadas no figura ninguna específica sobre cláusulas abusivas, aunque varios apartados abiertos sobre cuestiones horizontales, medidas de simplificación o propuesta de iniciativas sobre contratos digitales podrían permitir su abordaje¹³. Por el momento, la propuesta legislativa se prevé para el tercer cuatrimestre de 2026.

Esta nueva iniciativa debe ser contextualizada en la aprobación, solo en el último lustro, de 2019 a 2024, de un importante cuerpo de normas europeas dirigidas a la regulación de los aspectos de Derecho privado del mercado digital:

- Bien con una protección directa del consumidor, como ocurre con las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, de 20 de mayo de 2019, respectivamente, sobre el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales y sobre el contrato de compraventa de bienes¹⁴, o con la adaptación parcial de otras normas, como la Directiva (UE) 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, a través de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre, de modernización de las normas de protección de los consumidores¹⁵.
- Bien con una protección indirecta o refleja de los consumidores, a través de la defensa de la competencia y las prácticas desleales (Reglamento [UE]) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, de Servicios Digitales [DSA] y Reglamento [UE]) 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, de Merca-

El importante paquete de propuestas aprobadas por la Comisión Europea el 19 de noviembre de 2025 (la *2030 Consumer Agenda and Action Plan* y el *Omnibus Digital Package*), con su máxima de "simplificación" confirma la ausencia, por el momento, de medidas específicas en materia de cláusulas abusivas. Al respecto, S. Cámara Lapuente, Digital Force, Green Fuse, and... Simplification: Do Not Let Consumer Law Wither Away (Editorial), EuCML, 6, 2025, pp. 281-286.

- 13 Convocatoria y resultados en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14622-Digital-Fairness-Act_en (fecha de consulta: 17.10.2025). El cuestionario se divide en 8 secciones: (1) Patrones oscuros. (2) Diseño adictivo. (3) Características específicas de productos digitales, como los videojuegos. (4) Prácticas de personalización desleal (*unfair*). (5) Prácticas perjudiciales por influentes en redes sociales. (6) Comercialización desleal a través del precio. (7) Asuntos relacionados con los contratos digitales. (8) Medidas de simplificación. (9) Asuntos horizontales. La consulta ha recibido 4235 respuestas, mayoritariamente de ciudadanos europeos (3606 respuestas), lo que revela un creciente interés en la materia.

14 DO L 136, de 22 de mayo de 2019, ambas Directivas.

15 DO L 328, de 18 de diciembre de 2019.

dos Digitales [DMA])¹⁶, la delimitación de cláusulas abusivas entre empresarios en ámbito de la intermediación digital y de la reutilización de datos (Reglamento [UE] 1150/2019, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea [Platform to Business o P2B] y Reglamento (UE) 2023/2854, de 13 de diciembre de 2023, de Datos [DA])¹⁷, o la prohibición o limitación de algunos servicios (Reglamento [UE] 2024/1689, de 13 de junio, sobre Inteligencia Artificial [RIA])¹⁸.

Con este marco normativo a la vista, las propuestas previsibles derivadas de la futura DFA y otras consideraciones de futuro, la presente contribución (B) tomará la Directiva 93/13 como punto de partida, en particular, los problemas que se han denunciado durante su vigencia y las cuestiones que habrían de plantearse para su adaptación al contexto de los servicios digitales; a continuación, (C) se afrontará el contraste entre la Directiva 93/13 y las últimas normas europeas sobre contratación digital y las posibles fertilizaciones cruzadas entre ambos tipos de normas, especialmente qué puede aprender la normativa de protección de consumidores de la reciente regulación de cláusulas abusivas para contratos entre empresarios en los Reglamentos P2B y DA. Con ese bagaje, (D) se revistarán los dos pilares de protección ante las cláusulas abusivas, con algunas propuestas concretas en relación con el control de contenido de las cláusulas predispuestas y con el control de transparencia. El capítulo se cerrará con (E) unas conclusiones.

B. La Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas como punto de partida: problemas y cuestiones sobre su adaptación

Confluyen en este momento, más de treinta años después de la aprobación de la Directiva 93/13, un ánimo de revisión general del texto a la luz de la ingente jurisprudencia europea y nacional recaída sobre su base¹⁹ (apro-

16 DO L 277, de 27 de octubre de 2022 y DO L 265, de 12 de octubre de 2022, respectivamente.

17 DO L 2854, de 22 de diciembre de 2023.

18 DO L 186, de 11 de julio de 2019 y DO L 1689, de 12 de julio de 2024, respectivamente.

19 V. gr., véanse los números monográficos dedicados a esos 30 años de vigencia en European Review of Contract Law, 19-4 2023, pp. 279-454 (editorial y 7 contribuciones) y en European Review of Private Law, 6, 2023, pp. 1141-1194 (editorial y dos contribuciones); también M. Lehmann y D. Busch, Plädoyer für eine Klauselverordnung, Juristenzeitung, 78, 14-2023, pp. 640-648 (idéntico en Lehmann – Busch, Make It

ximación retrospectiva general: consolidación y aclaración de soluciones, resolución de lagunas) y un ejercicio de pensamiento crítico para valorar cómo adaptar sus reglas al entorno digital (aproximación prospectiva digital)²⁰. Con ambas perspectivas a la vista, pueden sintetizarse los principales flancos sobre los que ha de trabajarse para conseguir ese objetivo.

I. Valor del concepto legal (cláusula general) de abusividad

Las nociones abiertas incluidas en el artículo 3 de la Directiva (cláusulas “no negociadas individualmente”, “buena fe”, “desequilibrio importante” de derechos y obligaciones) hasta la fecha se han adaptado a todo tipo de relaciones contractuales y han mostrado una versatilidad digna de encomio²¹, lo cual no ha impedido a la doctrina exigir una interpretación más uniforme y detallada de dichos conceptos²². Más complejo y quizás innecesario sea crear una específica cláusula general de abusividad respecto a servicios digitales, dada la multiplicidad y diversidad de las relaciones jurídicas, sin apenas regulación, que la noción de “servicios digitales” abarca; pese a lo cual, parte de la doctrina abogaría por ese enfoque, siquiera sea en el paralelo contexto de las DSA/DMA con la creación de nuevos conceptos de “práctica comercial digital desleal”, “diligencia profesional digital” o, en definitiva, de “equidad digital” (*digital fairness*) para una futura DFA.²³ El hecho constatado de la dispar apreciación del carácter abusivo o

Stringent: A Plea for an Unfair Terms Regulation, *European Review of Private Law*, 6, 2023, pp. 1175-1196). O S. Pagliantini (ed.), *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*. Trent'anni di Direttiva 93/13, *Il Foro Italiano*, 1, 2024, pp. 1-595 (con 10 contribuciones).

- 20 M. Loos – J. Luzak, Update the Unfair Contract Terms directive for digital services, *European Parliament*, febrero 2021, pp. 1-61; B. Hajek, Online Platform Service Providers on Platform 9¾: A Call for an Update of the Unfair Contract Terms Directive, *European Review of Private Law*, 28-5, 2020, pp. 1143-1174; C. Poncibò, The UCTD 30 Years Later: Identifying and Blacklisting Unfair Terms in Digital Markets, *European Review of Contract Law*, 19-4, 2023, pp. 321-345; F. Möslin, Digitized Terms: The Regulation of Standard Contract Terms in the Digital Age, *European Review of Contract Law*, 19-4, 2023, pp. 300-320.

21 *European Commission*, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), p. 186.

22 V. gr., Poncibò, The UCTD (n. 20), p. 323; Möslin, Digitized Terms (n. 20) p. 310.

23 M. Namysłowska, Future-Proofing the Unfairness Test, en: N. Helberger – B. Kas – H.W. Micklitz – M. Namysłowska – L. Naudts – P. Rott – M. Sax – M. Veale, *Digital Fairness for Consumers*, Brussels: BEUC, marzo 2024, pp. 163-241 y 269-276 (disponible en: <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2>

no de cláusulas similares de proveedores de servicios digitales por distintos tribunales nacionales²⁴ es un argumento esgrimible a favor de ese mayor ajuste de los conceptos generales al contexto digital.

II. Problemas en el ámbito de aplicación de la Directiva

Por una parte, la Directiva 93/13 se aplica a “contratos celebrados entre profesionales y consumidores” (art. 1.1). En el ámbito de las actividades en línea es en ocasiones difícil determinar si en algunas relaciones hay auténticos contratos o no, como es el caso de lo que la doctrina norteamericana denomina “navegación casual” (*casual browsing*, como ocurre al utilizar buscadores en línea, leer periódicos digitales de consulta abierta o visualizar vídeos en plataformas de entretenimiento sin suscripción ni identificación)²⁵. Una clarificación de situaciones comunes y ambiguas podría ser conveniente. Como ejemplo ilustrativo, la STJUE C-349/18 de 7 de noviembre de 2019, *Kanyeba*²⁶, se planteó si existía un contrato entre la empresa ferroviaria y los viajeros que accedían al tren sin obtener billete previo, concluyendo afirmativamente que procedía aplicar la Directiva de cláusulas abusivas a una cláusula penal elevada en esa relación contractual. Por otra parte, en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/13 se alega también que está pensada para relaciones contractuales bilaterales, siendo usual en la contratación electrónica actual el carácter trilateral y la intermediación, de manera que quizás la norma en la actualidad no cubra todas las situaciones posibles²⁷, cuando la redacción de las condiciones generales de los contratos celebrados a través de plataformas no suelen redactarse por el empresario proveedor de los productos o servicios, sino por el propio intermediario, el proveedor del mercado en línea en muchos casos: ninguna de las partes contractuales predispone las condiciones gene-

024-032_Digital_fairness_for_consumers_Report.pdf), en especial, propuesta de definiciones en pp. 270 y 271.

24 *Hajek*, Online Platform Service (n. 20), p. 1143 y ss.

25 Sobre el fenómeno y las posibilidades de su categorización jurídica en el Derecho comparado y europeo, S. Cámara Lapuente, Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿Navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)?, en: F. Gómez Pomar, I. Gómez Chacón (eds.), Estudios de Derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas, Cizur Menor: Thomson-Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 331-405.

26 ECLI:EU:C:2019:936, en especial considerandos 49, 51.

27 *Möslein*, Digitized Terms (n. 20) p. 306.

rales aplicables, sino que ambas se adhieren al contrato predispuesto para ellas por un tercero²⁸.

III. Actualizar o reorientar la lista de cláusulas abusivas

Para este fin existen, cuando menos, cinco orientaciones viables: (i) Agregar al listado de la Directiva 93/13 (anexo) las cláusulas abusivas específicas del entorno digital²⁹, lo cual pasa, sin duda, por identificar primero cuáles pudieran ser estas. (ii) Reformular el listado existente, redactado en términos generales para todo tipo de contratos, introduciendo matices que faciliten su aplicación en el contexto digital. (iii) Crear una nueva lista específica de cláusulas abusivas genuinas de los contratos de servicios digitales en un instrumento nuevo *ad hoc*, que bien podría ser la futura *Digital Fairness Act* (DFA) o incluso una nueva Directiva o Reglamento específico, una suerte de *Digital Unfair Contract Terms Act* (DUCTA), en el que necesariamente también deberían obrar nuevas reglas sobre el control de transparencia digital, de optarse por este cauce. (iv) Adoptar un enfoque sectorial, identificando las cláusulas potencialmente abusivas más específicas de concretos canales de contratación o del suministro de determinadas prestaciones digitales (en el empleo de la Inteligencia Artificial por usuarios, en el uso de plataformas de intermediación, en los contratos celebrados con proveedores de ciertos contenidos, en la cesión de derechos al crear contenidos generados por usuarios, en el sector de las apuestas online o de los videojuegos o del entretenimiento, etc.) para abordar una protección más “granular”, sin que sea incompatible con uno de los enfoques generales

28 Vid. M. Cuenca Casas, La contratación a través de plataformas intermediarias en línea, Cuadernos de Derecho Transnacional, 12-2, 2020, pp. 283-348, pp. 340-341; M. Cuenca Casas, Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea, Reus: Madrid, 2019, p. 262 y ss.

29 V. gr., M. Durovic – J. Poon, Consumer Vulnerability, Digital Fairness, and the European Rules on Unfair Contract Terms: What Can Be Learnt from the Case Law Against TikTok and Meta?, Journal of Consumer Policy, 46, 2023, pp. 419-443, pp. 435-436. C. Busch – A. Fletcher, Shaping the Future of European Consumer Protection: Towards A Digital Fairness Act?, Centre on Regulation in Europe (CERRE), Brussels, diciembre 2024, pp. 1-20, p. 18. También Poncibò, The UCTD (n. 20), p. 345, quien propone actualizar la lista negra más directrices complementarias de la Comisión Europea. European Commission, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), p. 186 afirma que la redacción de la Directiva 93/13 puede absorber esas posibles cláusulas abusivas genuinas de lo digital.

anteriormente expuestos. (v) No introducir modificaciones y dejar operar y autorregularse al mercado³⁰.

De cara a las soluciones proactivas (i-iv), las últimas actuaciones del legislador europeo han primado la inserción de cláusulas abusivas (“digitales”) más bien sectoriales, en contratos *entre empresarios* y dentro del texto de cada Reglamento, más que en forma de anexo: así acontece (*mutatis mutandis*) en los arts. 3 y 8 del Reglamento 1150/2019 (P2B), claramente en los arts. 8.2 y 13 del Reglamento 2023/2854, de datos (DA) y, de forma indirecta, en varios preceptos del Reglamento 2022/1925 (DMA), pues aunque su enfoque principal se basa en “prácticas” abusivas (esto es, desleales), sus artículos 5 y 6 introducen determinadas obligaciones para los guardianes de acceso a internet, que generan derechos para “usuarios profesionales” (empresarios) y para “usuarios finales” (sean “consumidores” en sentido de la Directiva 93/13 o sean otros empresarios) –a veces en beneficio de ambos³¹, a veces para unos³² u otros³³–, de manera que su vulneración podrá dar lugar bien a la nulidad directa de la cláusula por infracción de norma imperativa³⁴, bien a la consideración como cláusula abusiva (y práctica desleal en el enfoque de la DMA), cuando se imponga unilateralmente como condición general (v. gr. arts. 6.6, 6.12 o 6.13) ; téngase en cuenta que el art. 13.4 DMA establece una cláusula general “antielusión” de las obligaciones establecidas en los arts. 5, 6 y 7, fijando que los guardianes de acceso no incurrirán en un comportamiento que menoscabe su cumplimiento eficaz, sea ese comportamiento “contractual, comercial, técnico o de cualquier otra naturaleza”.

30 Esta aproximación ultraliberal, que siempre está encima de la mesa cuando se proponen reformas del acervo comunitario (v. gr., era una de las opciones, en su día, planteadas por la *Comisión Europea*, Comunicación: Derecho contractual europeo, Bruselas, 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final] § 4.1, p. 14), no parece la más adecuada a la luz de los avances tecnológicos y la asimetría cada vez más acusada entre los prestadores de servicios digitales y los usuarios.

31 V. gr., arts. 5.6, 5.8 y 6.12 (el guardián de acceso “no establecerá condiciones generales para poner fin a la prestación de un servicios básico de plataforma que sean desproporcionadas”).

32 V. gr., sólo para usuarios finales ex art. 5.5, 5.7, 6.3 (desinstalación) o 6.6.

33 V. gr., sólo para usuarios profesionales, lo previsto en el art. 5.9 o 5.10, para anunciantes y editores de publicidad en línea, o el art. 6.12.

34 Cuando la obligación sea directa y de interpretación cerrada sin remisión a cláusulas de enjuiciamiento abierto sobre el “desequilibrio”, la “proporcionalidad” o la “razonabilidad”.

Adicionalmente, en relaciones puramente empresariales o B2B (entre el “guardián de acceso” y el “usuario profesional”) la DMA encauza las competencias de la Comisión Europea para la actualización y la especificación de las obligaciones de los guardianes de acceso (arts. 8.8 y 12.5.b DMA) mediante una noción de “falta de equidad” (*unfairness*, considerando 33), en una suerte de definición general de lo que puede considerarse como “práctica desleal” a efectos del Reglamento, cuando “exista un *desequilibrio entre los derechos y las obligaciones* de los usuarios profesionales y el guardián de acceso obtenga una *ventaja que sea desproporcionada* en comparación con el servicio que preste a dichos usuarios profesionales”; como se puede ver, un trasunto de lo que, en contratos de consumo, es la noción general de “cláusula abusiva” del art. 3 Directiva 93/13 –con los matices que pueden obtenerse de la ausencia de mención de la buena fe o del adjetivo “importante” [desequilibrio] o del empleo de la noción de “ventaja” en lugar de “perjuicio”). El lenguaje propio y oriundo de las cláusulas abusivas en contratos de consumo se malea y adapta a este contexto B2B en términos de este jaez (art. 6.12 DMA): “El guardián de acceso aplicará a los usuarios profesionales *condiciones generales equitativas, razonables y no discriminatorias* de acceso a sus tiendas de aplicaciones informáticas, motores de búsqueda en línea y servicios de redes sociales en línea”. De hecho, una de las investigaciones iniciadas por la Comisión Europea en relación con el modelo de negocio de *Apple* en cuanto a impedir la distribución alternativa de aplicaciones fuera de su canal propio apunta a conclusiones preliminares en abril de 2025 acerca de que sus cláusulas contractuales vulneran las obligaciones impuestas por la DMA al respecto.³⁵

35 Tanto al imponer una nueva comisión en sus condiciones generales a las empresas que quieran usar canales alternativos al Apple Store para distribuir apps (“Apple’s Core Technology Fee”) como al hacer gravoso y confuso para los usuarios finales instalar apps a través de esos canales alternativos. La Comisión Europea, por tanto, seguirá con el examen de las cláusulas contractuales de Apple a la luz de la DMA, aunque cierre la investigación abierta el 25 marzo 2024 sobre el incumplimiento de obligaciones relativas a libre elección de usuarios: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1086. Cfr. *Comisión Europea*, Informe anual en relación con el Reglamento (UE) 2022/1925 (...) (Reglamento de Mercados Digitales), Bruselas 25.4.2025, COM(2025) 166 final.

IV. Número de listas y grado de su vinculatoriedad (¿un Reglamento?)

La decisión de la Directiva 93/13 de incluir un listado final meramente indicativo³⁶ de cláusulas presuntamente abusivas es sometido a crítica en la actualidad, abogando buena parte de la doctrina por su conversión en una lista “negra” en la que las cláusulas incluidas (también las específicas del entorno digital) sean automáticamente abusivas en todo caso³⁷, con las ventajas aparejadas a ello en términos de seguridad jurídica también para los proveedores de servicios digitales, simplificación del control por parte de las entidades administrativas, mayor transparencia para la toma de decisiones informadas por los consumidores y reducción de la ambigüedad dejando menor margen a la interpretación jurisprudencial. Esta aproximación suele ir acompañada con proponer que la Directiva 93/13 tenga carácter de armonización máxima o plena y formato de Reglamento³⁸.

Naturalmente, también existen opiniones más cautelosas a la hora de codificar las nuevas cláusulas abusivas digitales, prefiriendo su incorporación inicial en una lista gris que, con decantación jurisprudencial, podrá convertirse con el tiempo en una lista negra, ya que, por su novedad, precisan de evaluación *ad casum* y la formulación en términos amplios parece requerida por neutralidad tecnológica y para resistir cambios futuros en el mercado³⁹.

En medio de ambas opciones, siguiendo la técnica que ya empleara la Propuesta de Reglamento de Normativa Común de Compraventa Europea de 11 de octubre de 2011 (CESL, art. 84 con una lista de 11 cláusulas siempre

36 Según el art. 3.3 de la Directiva 93/13, “El Anexo de la presente Directiva contiene una lista *indicativa* y no exhaustiva de cláusulas que *pueden* ser declaradas abusivas” (énfasis añadido). Unos países transpusieron el anexo como lista gris, otros como lista negra, abusivas en todo caso, como el caso de España (con sus matices derivados de los términos abiertos de algunas prescripciones).

37 Así, Poncibò, The UCTD (n. 20), pp. 341-342; Durovic – Poon, Consumer Vulnerability (n. 29), p. 435; Lehmann – Busch, Plädoyer (n. 19), p. 645. En el mismo sentido, en su respuesta a la consulta sobre la DFA, según *European Commission*, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), p. 193, instituciones académicas y de defensa de consumidores: respectivamente, *ELI*, Response Digital Fairness (n. 5), y *BEUC* (*The European Consumer Organization*), Towards European digital fairness. BEUC framing response paper for the REFIT consultation, Brussels, 2023, pp. 1-27.

38 Lehmann – Busch, Plädoyer (n. 19), *passim*, en especial, p. 643 y ss.; Busch – Fletcher, Shaping the Future (n. 29), pp. 11, 17 y 19; Hajek, Online Platform Service (n. 20), p. 1143 y ss.

39 C. Gardiner, *Unfair contract terms in the digital age*, Cheltenham: Elgar, 2022, p. 69.

abusivas y art. 85, con una lista de 23 cláusulas presuntamente abusivas), el informe encomendado por el Parlamento Europeo para actualizar la Directiva 93/13 en relación con los servicios digitales también propone (2021) una doble lista de cláusulas abusivas impuestas por proveedores de servicios digitales, que comprende 22 cláusulas en su “*black list*” y 5 cláusulas en su “*grey list*”⁴⁰.

V. El control de transparencia y sus consecuencias

Una de las cuestiones más debatidas y sometidas a cambios interpretativos por la jurisprudencia ha sido la definición del control de transparencia derivado de los arts. 4.2 y 5.1 de la Directiva 93/13 y, en particular, las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula. Si bien el TJUE parece haberse decantado en los últimos años por un control de abusividad ponderada de las cláusulas no transparentes y no por una ineficacia directa, resultará imprescindible en la futura reforma de la Directiva 93/13 o en la promulgación de la *Digital Fairness Act* una clarificación de este extremo. Y, a mi modo de ver⁴¹, habida cuenta de los cada vez más crecientes deberes de transparencia de los prestadores de servicios digitales en las últimas normas europeas y de la facilidad de manipulación de los consumidores aprovechando los sesgos cognitivos del consumidor medio, ciertamente vulnerable en el contexto digital, la decisión más adecuada sería sancionar la cláusula no negociada carente de la transparencia debida como directamente nula (bien por tenerla por no incorporada, bien por considerarla directamente abusiva). Esta es la solución por la que optó el legislador español en la reforma del art. 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) por la Ley 5/2019, de 15 de marzo⁴². Es la interpretación de la Directiva que la Comi-

40 Loos – Luzak, Update (n. 20), pp. 49-52.

41 Vid. S. Cámara Lapuente, Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes, Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, vLex, marzo 2021, pp. 26-43 (disponible en: https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/transparencia_cámara_2021.pdf).

42 El art. 83.2 TRLGDCU establece (como el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos, igualmente reformado por la Ley 5/2019): “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. El precepto no ha sido aún interpretado por el Tribunal Supremo en su *ratio decidendi* (cfr. STS 121/2020 de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:504).

sión Europea considera más correcta⁴³. Es también la solución que, en contratos entre empresarios, establece el art. 3.3 del Reglamento 1150/2019 (P2B). El Reglamento 2022/2065 (DSA), que tantas nuevas obligaciones de transparencia impone a los prestadores de servicios digitales, en particular en su art. 14, no establece las consecuencias de su infracción, pero la doctrina interpreta que debe conducir a la nulidad directa de la cláusula, igual que en el Reglamento P2B⁴⁴. Por su parte, el Reglamento 2023/2854 (*Data Act*), curiosamente, prescinde del control de transparencia, pese a establecer de forma expresa cláusulas abusivas por su contenido en contratos entre empresarios.

VI. Consecuencias del carácter abusivo de una cláusula

Otra de las materias más controvertidas a la luz de la abundante y cambiante jurisprudencia del TJUE es la nulidad parcial del contrato (nulidad solo de la cláusula abusiva), con la posibilidad de que arrastre a la nulidad total cuando la cláusula versa sobre elementos esenciales del contrato y la viabilidad de una interpretación integradora o de la sustitución de la cláusula por el Derecho dispositivo nacional⁴⁵. La doctrina propone la creación de un régimen europeo claro, sin remisión de las consecuencias de la ineficacia al Derecho nacional⁴⁶. En las respuestas a la primera consulta

43 Aunque la guía interpretativa de la Comisión es una suerte de síntesis de la jurisprudencia del TJUE, con base en algunos fallos aislados, llega a proponer como conclusión (y en negrita en el original) que “el posible carácter abusivo de una cláusula contractual puede estar estrechamente relacionada con la falta de transparencia, o incluso indicar esta un carácter abusivo”: *Comisión Europea*, Comunicación: Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, DO C 323, de 27 de septiembre de 2019, apartado 3.4.6, p. 35.

44 B. Raue, Commentary to article 14 DSA. Terms and conditions, en: F. Hofmann – B. Raue (eds.), *Digital Services Act. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos – Beck – Hart, 2025, pp. 270-310, p. 293, con cita de otra doctrina y recordatorio de que en el Parlamento europeo se presentó enmienda (nº 539) el 20.1.2022, descartada, proponiendo la sanción.

45 Sobre ello, a la luz de la última jurisprudencia del TJUE, por todos, C. Gómez Ligüerre, Cláusulas abusivas, nulidad parcial del contrato y derecho dispositivo, en: F. Gómez Pomar – I. Gómez Chacón (eds.), *Estudios de Derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, pp. 261-330.

46 *Lehmann – Busch*, Plädoyer (n. 19), p. 645, quienes también patrocinan una mejor definición de las acciones colectivas para este fin.

sobre la iniciativa *Digital Fairness* varios participantes propusieron potenciar el efecto disuasorio de la Directiva 93/13 con el establecimiento de multas o sanciones a los mayores operadores globales siguiendo el patrón marcado por el Reglamento General de Protección de Datos o las normas de competencia, con multas “de millones de euros, bloqueo de páginas web y anulación del contrato que use cláusulas abusivas”⁴⁷.

VII. La escasa jurisprudencia sobre cláusulas abusivas en servicios digitales: causas

Por último, cabe plantearse una pregunta: ¿por qué existe tan poca litigiosidad (según reflejan los repertorios judiciales) y, por tanto, tan escasa orientación jurisprudencial en relación a las cláusulas abusivas existentes en contratos sobre contenidos y servicios digitales? Existiendo tantísima jurisprudencia europea y nacional sobre cláusulas abusivas en contratación bancaria, es llamativo que casi no haya pronunciamientos del TJUE sobre la materia (prácticamente sólo cabe evocar un par de fallos relacionados con el derecho de desistimiento en servicios digitales⁴⁸, el Derecho aplicable⁴⁹ o la consideración como consumidor de un jugador de póker *online*⁵⁰), ni tampoco de nuestro Tribunal Supremo, salvo en algún concreto sector⁵¹. Diversas consideraciones pueden dar razón del fenómeno de la escasa litigiosidad: en primer lugar, la escasa cuantía económica de cada suscripción a un servicio digital; en segundo lugar, los problemas aparejados a la litigación transfronteriza para pretensiones de tan escasa cuantía; en tercer lugar, la consolidación de la resolución interna de los problemas dentro del ecosistema de cada plataforma, que autoejecuta y resuelve los conflictos con

47 *European Commission*, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), p. 194.

48 SSTJUE que, propiamente, no versan sobre la Directiva 93/13, sino sobre la Directiva 2011/83: STJUE C-641/19, de 8 de octubre de 2020, *PE Digital* (ECLI:EU:C:2020:808); STJUE C-565/22, de 5 de octubre de 2023, *Sofatutor* (ECLI:EU:C:2023:735).

49 STUE C-191/15, de 28 de julio de 2016, *Amazon EU Sàrl* (ECLI:EU:C:2016:612).

50 STJUE C-774/19, de 10 de diciembre de 2020, *Personal Exchange International Limited* (ECLI:EU:C:2023:735).

51 Como excepción, sí han sido declaradas cláusulas abusivas en el sector de los servicios de apuestas *on line*, las que reservan al empresario la facultad discrecional de anular apuestas o cerrar cuentas, entre otras: así, STS 154/2020, de 6 de marzo (ECLI:TS:ES:TS:2020:861) y STS 137/2021, de 11 de marzo de (ECLI:TS:ES:TS:2021:1036) y abundantes fallos de Audiencias Provinciales.

sus propias reglas⁵²; en cuarto lugar, por el escaso efecto disuasorio de la Directiva 93/13 para los actores globales por falta de sanciones sustantivas⁵³. En este sentido, son ilustrativos estos ejemplos del contexto judicial francés: la sentencia del TGI París TGI de París de 9 de abril de 2019⁵⁴ condenó a *Facebook* a pagar a la asociación de consumidores *UFC-Que Choisir* 30.000 euros como compensación por daño moral a los intereses colectivos de los consumidores por usar unas 400 cláusulas abusivas o ilícitas en sus términos de servicio; la sentencia del *Tribunal Judiciaire* de París de 9 de junio de 2020 condenó a *Apple* por el mismo concepto a 20.000 euros a la misma asociación⁵⁵; y la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 14 de abril de 2023⁵⁶ condenó a *Twitter* al pago a la misma asociación de 50.000 euros por usar unas 200 cláusulas consideradas abusivas o ilícitas. Es obvio que la demandante hubo de realizar una fuerte inversión en cada uno de esos casos para afrontar los gastos de litigación con el resultado final de esas modestas condenas.

C. Un balance de contraste: la Directiva 93/13 vs. P2B, DMA, DSA y DA

Como regla, todas las últimas normas europeas que abordan desde ángulos dispares el régimen jurídico iusprivatista del mercado digital explicitan que son compatibles y complementarias con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas⁵⁷. La reciente entrada en vigor de muchas de ellas hará preciso

52 *Möslein*, Digitized Terms (n. 20) pp. 308, 309 y 313.

53 Según *European Commission*, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), p. 190, esta alegación se hizo por diversos operadores y Ministerios nacionales en la consulta, pese a las nuevas previsiones de sanciones. Los ejemplos de la jurisprudencia francesa proceden de esa fuente.

54 Sentencia de casi 140 páginas, disponible en <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-9-avril-2019/>.

55 Sentencia de 130 páginas en la que se consideraron abusivas varias condiciones generales de *iTunes* (*Apple Music*) por generar con su ambigüedad o listas no exhaustivas del tratamiento de los datos la potestad de interpretación unilateral del contrato; disponible en <http://www.clauses-abusives.fr/wp-content/uploads/2021/04/TGI-Paris-9-juin-2020-Apple-Music.pdf>.

56 De nuevo, una sentencia de más de 130 páginas, que indica la complejidad de llevar a buen término el procedimiento. Sentencia n° 19/09244, disponible en <https://www.courdecassation.fr/en/decision/643a42acd83dbd04f5fb2a86>.

57 Art. 24.4.f DSA y cdo. 10; cdo. 12 DMA; art. 1.9 DA y cdo. 10. El art. 1.5 Reglamento P2B no se refiere específicamente a la Directiva 93/13, al versar netamente sobre relaciones interempresariales, pero sí declara que el Reglamento entiende sin perjui-

evaluar la medida en que esas normas, más enfocadas a regular relaciones interempresariales –aunque estableciendo en algunos casos medidas de protección directa o indirecta a los consumidores⁵⁸–, inciden en el acervo normativo consumerista⁵⁹, ya que puede estar produciéndose una relegación de la política de protección de los consumidores en favor de la creación de un sistema jurídico de transparencia y equilibrio entre empresarios⁶⁰.

Es obvio que la Directiva 93/13 tiene un enfoque subjetivo, en lo que respecta al empresario predisponente, más amplio que el acervo normativo reciente sobre la contratación digital. En tanto que la Directiva 93/13 cubre cualquier profesional (art. 2.c) que contrata con un consumidor, los Reglamentos ahora referidos adoptan un enfoque más fragmentario: los proveedores de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B), los grandes guardianes de acceso a internet (DMA), los servicios intermediarios (con obligaciones especiales para los de gran tamaño) (DSA) o los titulares de datos extraídos o generados por un producto conectado (DA). La comparativa entre la Directiva 93/13 y estas normas arroja también muchas otras disparidades, por las sanciones contempladas (no vinculación en la Directiva 93/13 y sanciones y multas en DSA y DMA), por el carácter

cio del Derecho de la Unión sobre “la protección de los consumidores”. Cfr. cdo. 42 RGPD.

- 58 *Vid.*, v. gr., el desglose de esta protección directa e indirecta para consumidores en la DMA, *supra*, notas 32-34. Y en cuando al DSA, además de las reglas de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios (arts. 4-6) heredadas de la Directiva de comercio electrónico, *vid.* arts. 14, 17 y 23 como reglas *ad hoc* de protección de los consumidores. Sobre la relación entre la DSA y la específica protección de los consumidores, C. Cauffmann – C. Goanta, A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection, *European Journal of Risk Regulation*, 12-4, 2021, pp. 758 – 774; C. Busch – V. Mak, Putting the Digital Services Act in Context, *Journal of European Consumer and Market Law*, 10-3, 2021, pp. 109-114.
- 59 En aplicación del art. 91 DSA, la Comisión Europea ha publicado su informe sobre la interacción de la DSA con otras normas de protección de los consumidores y diversas otras normas comunitarias, 54 (!) en total (*European Commission*, Report on the application of Article 33 of Regulation [EU]2022/2065 and the interaction of that Regulation with other legal acts, Brussels, 17 de noviembre de 2025, COM(2025) 708 final, pp. 1-12); en él, concluye que se requiere, en particular, un análisis más minucioso del solapamiento de diversas reglas sobre transparencia en contratos de consumo (y, más en concreto, sobre patrones oscuros).
- 60 F. de Elizalde, Fragmenting Consumer Law Through Data Protection and Digital Market Regulations: The DMA, the DSA, the GDPR, and EU Consumer Law, *Journal of Consumer Policy*, 2025, pp. 1-35.

no negociado de los términos en la Directiva 93/13 y la aplicación de la DSA a todo tipo de cláusulas, negociadas o no, etc.

Pero lo que resulta más interesante es destacar las disparidades entre la Directiva 93/13 y estas normas cuando las últimas trasvasan de alguna forma la técnica de la transparencia y abusividad propia de las cláusulas abusivas en contratos de consumo a relaciones contractuales entre empresarios, tratando de acomodar aquellos parámetros a lo digital y a lo mercantil. Pues en ese contraste es donde cabe pensar en un hipotético viaje de vuelta al territorio del Derecho de consumo haciendo acopio de lo que pudiera ser útil para una reforma de la Directiva 93/13 o un nuevo DFA. En ese viaje de ida y vuelta de las cláusulas abusivas desde el adherente consumidor al adherente empresario en el entorno digital puede destacarse lo siguiente:

a) La sanción de nulidad directa para las *cláusulas no transparentes* establecidas sin negociación en condiciones generales que contempla el art. 3 del Reglamento P2B es un remedio digno de trasvase a la normativa de defensa del consumidor⁶¹.

b) Al tratar de fijar el legislador europeo un *canon general de abusividad* o “falta de equilibrio” para los contratos entre empresarios en el entorno digital, cada norma está acudiendo a parámetros distintos de los propios del art. 3 de la Directiva 93/13. El art. 8 del Reglamento P2B prohíbe modificaciones retroactivas de condiciones generales “a fin de garantizar que las relaciones contractuales” entre las plataformas intermediarias y los usuarios profesionales “se desarrollen *de buena fe* y se basen en la *lealtad* de las relaciones comerciales”, sin alusión al resto de requisitos de la Directiva 93/13 ni fijar propiamente una cláusula general de abusividad. El art. 13.3 del Reglamento de Datos (DA) sí consagra este tipo de cláusula para contratos B2B, como acabamos de ver, pero basada, además de en ser contraria a la buena fe y la lealtad, en apartarse “manifiestamente de las *buenas prácticas comerciales*”. Por su parte, los arts. 8.8 y 12.5.b DMA (*supra*), para delimitar otras posibles “prácticas desleales” además de las listadas en el Reglamento, en lugar de recurrir a la cláusula general de la Directiva 2005/29, remite a la Comisión Europea a que “exista un *desequilibrio entre los derechos y las obligaciones* de los usuarios profesionales y el guardián de acceso

61 En línea con lo que, en Derecho español, se consagró en el art. 83.2 TRLGDCU (*supra*, n. 43).

obtenga de los usuarios profesionales una *ventaja* que sea *desproporcionada* en comparación con el servicio que preste a dichos usuarios profesionales”, esto es, una combinación de parámetros de la Directiva 93/13 y la noción de “ventaja desproporcionada” que no se encuentra en ésta (sino su reverso, el mero “detrimento” del consumidor). Como cuestión de política legislativa, en una revisión de la Directiva 93/13 (o de aprobación del DFA) parece preferible proseguir con el canon del “desequilibrio [¿importante?]”⁶² entre los derechos y obligaciones de las partes”, es decir, seguir basando el control sustantivo de las cláusulas abusivas en el desequilibrio jurídico y en el papel que al efecto tiene el contraste con el Derecho dispositivo y no en confiar en el papel pseudolegislativo de cada plataforma y en unas “buenas prácticas comerciales” al socaire de un espontáneo y alegal Derecho de las plataformas autorregulado⁶³.

c) Todas las normas citadas contienen *nuevos deberes de transparencia* para los prestadores de servicios digitales, deberes que deberán tenerse presentes a la hora de aplicar los controles de transparencia y abusividad propios de la Directiva 93/13 cuando se enjuicie la validez de las cláusulas predisuestas de esos contratos⁶⁴. Un ejemplo particularmente elocuente en este sentido son las obligaciones (de fondo y forma) que el art. 14 DMA establece para los prestadores de servicios intermediarios (todos), los cuales deberán incluir en sus condiciones generales información sobre cualquier restricción sobre el uso de sus servicios (por ejemplo, señala el art. 14.1, sobre políticas, medidas y herramientas para moderar contenidos o sobre el procedimiento de su sistema interno de gestión de reclamaciones), así como de cualquier cambio significativo en las condiciones generales; además éstas deberán exponerse en un lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco, amén de publicarse en un formato fácilmente accesible y legible por máquina; cuando el servicio esté dirigido a menores, la explicación de las condiciones generales deberá hacerse de manera que los menores las puedan comprender. E incluso las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben facilitar a los destinatarios de los servicios un resumen sucinto, fácilmente accesible y legible por máquina de las condiciones generales (art. 14.5) y en todas las lenguas oficiales de todos los Estados miembros en que

62 Es requisito en el art. 3.3 Directiva 93/13, pero no lo es, en un ámbito empresarial, en los arts. de la DMA citados.

63 En la misma dirección, *Möslein*, Digitized Terms (n. 20), pp. 312-313.

64 *European Commission*, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), p. 192.

presten sus servicios (art. 14.6), que son medidas –en especial el resumen– que valdría la pena incorporar en la revisión de la Directiva 93/13 o en la DFA.

d) El mecanismo de la *doble lista de cláusulas abusivas*, con unas consideradas abusivas en todo caso y otras solo con una presunción de abusividad (como ya hiciera el CESL), cuenta también con el ejemplo de los arts. 13.4 y 13.5 del Reglamento de Datos, digno de seguimiento a la hora de positivizar las cláusulas de contratos sobre servicios digitales en la Directiva 93/13 o en el DFA.

e) La nueva configuración de algunas obligaciones y prohibiciones para los proveedores de servicios digitales mediante *conceptos jurídicos indeterminados o términos abiertos* que permiten cierto margen y modulación contractual y, a la postre, juicio de posible abusividad para evaluar si la forma en que esas obligaciones quedaron acotadas o limitadas mediante cláusulas no negociadas, abre nuevos campos a la aplicación de la Directiva 93/13 en el entorno digital, pero permite también pensar si esas nuevas reglas podrían pasar a la Directiva o al DFA con el carácter más general de presuntas cláusulas abusivas. Sirvan de ejemplo los arts. 6.6, 6.12 o 6.13 DMA⁶⁵.

f) Cuando las nuevas reglas para la contratación digital establezcan requisitos adecuados a la mayor diligencia profesional que cabe esperar en el empresario adherente, *que supongan por comparación un menor nivel de protección* que el que se dispensa al consumidor como parte contractual débil, no debería promoverse una modificación a la baja del régimen de la Directiva 93/13, habida cuenta de la diferente posición negociadora de empresarios y consumidores en la fase de formación del contrato⁶⁶. Así, no parece de recibo agregar al requisito del art. 3.2 de la Directiva, de “no

65 *Supra*, apartado B.III.

66 Recuérdese que, según el considerando 16 de la Directiva 93/13, “en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor”.

haber podido influir sobre su contenido”, la precisión más exigente del art. 13.6 DA, “pese a haber intentado negociarlo”⁶⁷.

D. La abusividad revisitada (cláusulas específicamente abusivas en la contratación de servicios digitales)

Es momento de reflexionar sobre los dos pilares de la protección del consumidor derivados de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia que los ha interpretado: el control de abusividad y el control de transparencia, vistos ahora desde la óptica prospectiva de la contratación en línea de servicios digitales. En cuanto al primero, como ya se ha expuesto, las propuestas de refaccionar el vigente régimen del listado de cláusulas abusivas son variadas: mantener de la manera más escueta posible un listado gris general y no sectorial⁶⁸, escindir en elenco en un listado negro y otro gris e incorporar en ambos nuevas cláusulas *ad hoc* adaptadas a la praxis digital⁶⁹ o transformar el actual catálogo en una lista negra con adición de esas nuevas cláusulas vetadas⁷⁰. Planea sobre estos enfoques el ya clásico debate acerca de si los cambios sociales, en este caso promovidos por la revolución digital, obligan a modificar los principios básicos del Derecho contractual con nuevas reglas *ad hoc* o si esta rama del Derecho tiene una capacidad adaptativa que hace innecesarios grandes o abundantes cambios⁷¹.

En cualquier caso, tiene todo el interés la labor de imaginación jurídica en la detección de lo que pueden considerarse cláusulas desequilibradas y, a la postre, abusivas, genuinas y frecuentes en este contexto. Tarea que ya

67 Saluda favorablemente el requisito para la contratación entre empresarios S. Omlor, *Unfair Contractual Terms under the EU Data Act*, *European Review of Private Law*, 2, 2024, pp. 173-192, pp. 180-181, si bien apunta que puede conducir a meros intentos formalistas de negociación para garantizarse el control de abusividad por adherentes experimentados o con buen asesoramiento legal, en tanto que el requisito puede pasar desapercibido a empresarios con menos conocimientos jurídicos.

68 Gardiner, *Unfair* (n. 39), pp. 64-72 y 208-209, con crítica a nuevos listados extensos y propuesta de reviviscencia de la base de datos CLAB, con sentencias y resoluciones nacionales sobre cláusulas abusivas.

69 Loos – Luzak, *Update* (n. 20), pp. 1-61.

70 Durovic – Poon, *Consumer Vulnerability* (n. 29), pp. 435-437. *European Commission*, *Fitness Check Digital Fairness* (n. 6), pp. 194-195; cfr. p. 79.

71 *Vid.* C. Twigg-Flesner, *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, en: A. de Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge: Intersentia, pp. 21-48, p. 27 ss.

está siendo desarrollada en el Derecho comparado y en diversos informes y propuestas. Así, en el informe elaborado para el Parlamento Europeo en 2021 sobre la adaptación de la Directiva 93/13, Loos y Luzak proponen una lista negra de cláusulas abusivas con proveedores de servicios digitales de 22 cláusulas y otra lista gris con 5 cláusulas y estructuran ese elenco entre las que tienen que ver con la conclusión del contrato, las relativas a la limitación o exclusión de responsabilidad del suministrador del servicio digital, las que versan sobre el derecho de desistimiento, extinción o resolución del contrato, la herencia digital, el carácter gratuito de los servicios digitales, la personalización de los servicios (precio, decisión automatizada, perfilado persuasivo), los términos reputacionales, las cláusulas contrarias a los derechos y principios del RGPD, así como sobre la resolución de conflictos y sobre la propiedad intelectual⁷².

El documento de trabajo de 2024 de la Comisión Europea no contiene una prohibición de concretas cláusulas abusivas (aunque plantea trabajar en ello); en cambio, el estudio que da soporte a ese *Fitness Check on Digital Fairness* hizo uso de la herramienta *Claudette*⁷³ e identificó 7 tipos de cláusulas contractuales habituales y sospechosas de abusividad al estudiar las condiciones generales de 35 sitios web de uso corriente por los consumidores⁷⁴: (1) resolución unilateral de las cuentas o acceso del usuario (en 23 webs); (2) derecho a modificaciones unilaterales del contrato (en 30 webs); (3) derecho del empresario a editar o eliminar el contenido generado por el usuario (en 13 webs); (4) cláusulas de competencia judicial que, o bien son poco claras o confieren competencia exclusiva a los tribunales de la sede del empresario (en 13 webs); (5) cláusulas de limitación de responsabilidad (en 8 webs); (6) cláusulas de elección de ley aplicable al contrato incluyendo la legislación de un país no perteneciente a la UE (7 webs); cláusulas

72 Loos – Luzak, Update (n. 20), pp. 17-41.

73 Se trata de una herramienta potenciada por medio de inteligencia artificial diseñada por un equipo multidisciplinar del *European University Institute* (EUI, Florencia) con la que es posible monitorizar páginas web y contrastarlas con el régimen legal y jurisprudencial derivado de la Directiva 93/13 y del RGPD. Puede consultarse la herramienta, de libre acceso, y la exposición de sus objetivos y operativa en la web oficial del proyecto *Claudette* (“Machine Learning Powered Analysis of Consumer Contracts and Privacy Policies”, desde 2019) dirigido por H. Micklitz y G. Sartor: <http://claudette.eui.eu/index.html>. Vid. H. W. Micklitz – P. Palka – Y. Panagis, *The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services*, *Journal of Consumer Policy*, 40, 2017, pp. 367–388.

74 M. Whittle et al., *Study to support* (n. 7); *European Commission*, *Fitness Check Digital Fairness* (n. 6), p. 183.

de arbitraje, en algunos casos con imposición de arbitrajes vinculantes o privación de acudir a otros medios de resolución de conflictos (10 webs).

En su respuesta a la consulta al citado *Fitness Check*, BEUC, además de proponer una serie de nuevos derechos, es partidario de incorporar a la Directiva de cláusulas al menos seis específicas más: (1) obligar al consumidor a contratar contenido digital o *hardware* con terceros; (2) impedirle ejercer derechos de propiedad intelectual (como copias privadas o compartir en familia); (3) confundir sobre el servicio (si es compra o no), usar consentimiento tácito (*browsewrap*) o aparentar gratuidad cuando el proveedor se beneficia con datos o atención; (4) obligar a renunciar a la propiedad de lo que comparte (como fotos o vídeos en redes); (5) permitir al empresario eliminar la cuenta del usuario, incluso si afecta a su trabajo; (6) incluir una lista de prohibiciones contra cláusulas abusivas en productos conectados.

Estas propuestas y otras⁷⁵, incluso en proyectos de ley en curso de modificación del Código civil⁷⁶, permiten ir decantando esas cláusulas genuinas, en particular, cuando no encuentren un encaje más general en las ya existentes o convenga nominarlas siquiera por vía ejemplificativa dentro de las generales existentes. También parece defendible que el *mantenimiento de una noción general de cláusula abusiva*, como parámetro de control sustantivo para supuestos no recogidos expresamente en los listados pertinentes (gris/negro), al modo del vigente art. 3.1 de la Directiva 93/13, sigue siendo la opción más acertada para afrontar el futuro tecnológico y contractual (si

75 V. gr., Durovic – Poon, *Consumer Vulnerability* (n. 29), pp. 434-436, proponen incluir un listado de 6 cláusulas (algunas similares a las citadas sobre exenciones de responsabilidad o imposición de foro, otras distintas como las relacionadas con tasas arbitrarias de cambio de contenido pagado en redes sociales o videojuegos o cláusulas que no establezcan un preaviso razonable ante cambios unilaterales del servicio).

76 Es el caso de Brasil (proyecto de Ley nº 4 de 2025) que, además de contener un nuevo libro VI “*Do Direito Civil Digital*” (art. 2027-A y ss.), establece previsiones específicas sobre transparencia digital y abusividad (v. gr., art. 609 o 2027-V y W del Código civil). El enfoque de la *Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024* (DMCCA) del Reino Unido, que entró en vigor el 6 de abril de 2025, está menos centrado en cláusulas abusivas, cuanto en prácticas comerciales desleales y nuevos derechos para combatir las llamadas “trampas en la suscripción” de servicios digitales. Sobre ambas normativas y también sobre la aproximación que adopta el *Restatement on the Law on Consumer Contracts* (2024) de Estados Unidos, vid. S. Cámara Lapuente, *Cláusulas abusivas en los contratos de servicios digitales*, en *id.* (ed.), *Cláusulas abusivas y servicios digitales*, Atelier, Barcelona, 2026 (en prensa).

acaso eliminando, dada la actual asimetría digital, el término “importante” de la noción de “desequilibrio de derechos y obligaciones”)⁷⁷.

E. La transparencia revisitada (mecanismos idóneos para potenciar el control de transparencia en la contratación digital)

Resta por identificar y sintetizar, a la luz de los materiales analizados, cuáles serían los cambios y nuevos instrumentos más idóneos para obtener una alta protección de los consumidores –sin lastrar a los proveedores de servicios digitales con nuevos deberes excesivamente gravosos, en busca de un mercado digital leal y equilibrado–, en punto al control de transparencia de las cláusulas predisuestas y no negociadas con los consumidores. Cabe valorar, en principio, positivamente las siguientes acciones y postulados:

I. Más transparencia contractual, no más información: rasgos tendenciales en los últimos Reglamentos

La transparencia debería centrarse no en ofertar más información (“*qué*” ítems) sino en mejorar la *forma y momento* en que se presentan al consumidor (“*cómo*” se transmite esa información). Y esto puede hacerse tanto de forma general (vía reforma de la Directiva 2011/83, fundamentalmente, pero también de las Directivas 93/13 y 2019/770) como de manera sectorial, con unas directrices normativas *ad hoc* y la posibilidad de actos delegados a cargo de la Comisión Europea, amén de la publicación de guías interpretativas y aplicativas de esas directivas en las que se consigne lo que se considera pertinente teniendo presentes las evidencias provenientes de la sociología y la psicología respecto a los sesgos cognitivos de los consumidores digitales. El TJUE ha abierto la vía para considerar dentro de la noción de consumidor medio a aquel de racionalidad limitada, vulnerable por ende, que acaba siendo el patrón al uso en los consumidores de servicios digitales⁷⁸.

77 En línea con la senda iniciada por los arts. 8.8 y 12.5.b DMA. Vid. *supra* B.III y C.b.

78 Vid. STJUE C-646/22, de 14 de noviembre de 2024, *Compass Banca* (ECLI:EU:C:2024:957). Al respecto, S. Cámara Lapuente, Tres personajes (el consumidor medio, el vulnerable y el medio con sesgos cognitivos) en busca de transparencia objetiva ante cláusulas abusivas, *Pactum* (Rivista di Diritto dei Contratti), 2, 2025, pp. 269-283.

La expansión de los deberes de transparencia en todas las nuevas normas europeas sobre el mercado digital (P2B, DSA, DMA, DA, RIA) puede estar dando pie a la forja de una nueva noción europea de transparencia contractual⁷⁹ y, sin duda, la consagración de nuevos deberes de información precontractual transparente en la contratación de servicios digitales deben ser tenidos en cuenta por los tribunales a la hora de verificar si una cláusula no negociada supera o no el filtro de transparencia de los arts. 5.2 y 5 de la Directiva 93/13. De hecho, una parte de los últimos Reglamentos (UE) ya incide escuetamente en algunos de los rasgos que deberían adornar a una cláusula transparente por la forma de presentar su contenido; este debería ser: *organizado, destacado (en lo procedente), accesible, tempestivo y comparable*⁸⁰.

En esta línea, a modo de ejemplo, el art. 14 DSA no sólo adjetiva de forma más prolífica que sus precedentes, que la información contenida en las condiciones generales del contrato “se expondrá en lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco, y se hará pública en un formato fácilmente accesible y legible por máquina” (art. 14.1 DSA), sino que también descende a otras medidas de transparencia: para un colectivo vulnerable como los menores la explicación deberá hacerse “de manera que los menores lo puedan comprender” (art. 14.3 DSA); las condiciones deben estar publicadas en todas las lenguas oficiales de los Estados en que presten sus servicios (art. 14.6 DSA); y se impone, sólo a los prestadores de gran tamaño, “un resumen sucinto, fácilmente accesible y legible por máquina de las condiciones generales (...) en un lenguaje claro e inequívoco” (art. 16.5 DSA).

El Reglamento de Inteligencia Artificial, aun protegiendo a los responsables del despliegue (no propiamente a los consumidores), indica en su art. 13.2 RIA⁸¹ que “los sistemas de IA de alto riesgo irán acompañados de

79 A. Jablonowska – G. Tagiuri, Rescuing transparency in the digital economy: in search of a common notion in EU consumer and data protection law, *Yearbook of European Law*, 2023, pp. 1-41.

80 Me remito a S. Cámara Lapuente, La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 11, 2014, pp. 79-167, en especial, p. 142 y ss. *Vid. Gardiner*, *Unfair* (n. 39), pp. 117-134: sobre extensión y complejidad de los clausulados, estructura y diseño de las páginas web, visualización de la información, momento de presentación, enmarcado o “framing”, etc.

81 Art 13 RIA, rubricado: “Transparencia y comunicación de información a los responsables del despliegue”.

las instrucciones de uso correspondientes en un formato digital o de otro tipo adecuado, las cuales incluirán información *concisa, completa, correcta y clara* que sea *pertinente, accesible y comprensible*” (cfr. también art. 61.1 RIA)⁸²; y según el art. 50 RIA⁸³, ya destinado a promover la comprensión de los sistemas de IA por las personas físicas que interactúen con ellos, establece un elenco informativo (apartados 1 a 4) que “se facilitará a las personas físicas de que se trate de manera clara y distinguible *a más tardar con ocasión de la primera interacción o exposición*”, esto es, introduce un muy oportuno requisito temporal en la presentación de la información y las condiciones. Una vez más, el legislador explora la potencial eficacia de resúmenes informativos: según el art. 53.1.d RIA⁸⁴, los proveedores “elaborarán y pondrán a disposición del público *un resumen suficientemente detallado* del contenido utilizado para el entrenamiento del modelo de IA de uso general, con arreglo al modelo facilitado por la Oficina de IA”.

Otra decisión parcial pero en el buen sentido obra en el nuevo art. 16 bis de la Directiva 2011/83 introducido por la Directiva 2023/2673 de 22 de noviembre de 2023⁸⁵ sobre contratos de servicios financieros celebrados a distancia: la información se puede organizar “por niveles”, debe ser posible imprimirla como documento único y el uso de colores no debe mermar la comprensión cuando se imprime en blanco y negro (*vid.* ulteriores detalles de transparencia en el considerando 32).

Por todo ello, una mera mención legal a que una cláusula debe ser “transparente” –sin mayor orientación legislativa⁸⁶ acerca de cómo, en el contexto

82 En este precepto se reproducen los mismos adjetivos para el consentimiento de las personas que participen en pruebas en condiciones reales fuera de los espacios controlados de pruebas para la IA y, adicionalmente, puede entenderse que se adopta para ese consentimiento contractual los rasgos propios del consentimiento reforzado del interesado para el tratamiento de sus datos propio del RGPD (cfr. art. 12.1). Sobre la pertinencia de trasvasar los rasgos más protectores del consentimiento reforzado del RGPD al consentimiento contractual de los consumidores digitales, *vid. Cámara Lapuente*, Nuevos perfiles (n. 25), p. 383 y ss.; *vid. también Jabłonowska – Tagiuri*, Rescuing transparency (n. 79), p. 41.

83 Rubricado: “Obligaciones de transparencia de los proveedores y responsables del despliegue de determinados sistemas de IA”.

84 Rubricado: “Obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general”.

85 DO L de 28.II.2023.

86 Se necesita algo más que un *nudge* o una llamada a la autorregulación: una imposición normativa con sanciones claras.

contractual en cuestión, debe ser su presentación o publicación–, es escasamente útil⁸⁷.

II. Ser y tiempo: cuándo emplear la transparencia

Tan importante respecto a condiciones generales relacionadas con servicios digitales es la transparencia *ex ante*, en el proceso de conclusión del contrato, como la transparencia *ex post*, en fase de ejecución del contrato⁸⁸. Obviamente, además del control de fondo de las cláusulas de modificación unilateral del contenido contractual, en el estado actual permitidas con ciertos requisitos –que quizás haya que revisar para servicios digitales cuasi-monopolísticos–, estas cláusulas deben pasar también el filtro de la transparencia, con su oportuna y tempestiva comunicación al usuario. Por su parte, el art 14.2 DSA acuña el siguiente mandato, aun sin precisar el formato: los prestadores de servicios digitales intermediarios informarán a los destinatarios del servicio “de cualquier cambio significativo en las condiciones generales”.

III. *Dazed and confused*: los patrones oscuros y la transparencia de la Directiva 93/13

Los “patrones oscuros” se encuentran sin duda en el punto de mira del legislador europeo, hasta ahora de una forma parcial, sectorial y más bien enfocada a su sanción mediante el régimen de las prácticas comerciales desleales⁸⁹. *Sería conveniente, de forma adicional, que cuando el diseño o arquitectura de la página web y la forma de presentar las condiciones*

87 En esta línea ya N. Helberger, Forms matter: Informing consumers effectively, estudio comisionado por BEUC, septiembre, 2013. Vid. también O. Seizov – A. J. Wulf – J. Luzak, The Transparent Trap: A Multidisciplinary Perspective on the Design of Transparent Online Disclosures in the EU, 42-1, 2019, Journal of Consumer Policy, pp. 159-161; J. Luzak – A. J. Wulf – O. Seizov – M. B. M. Loos – M. Junuzović, ABC of Online Consumer Disclosure Duties: Improving Transparency and Legal Certainty in Europe, Journal of Consumer Policy, 46, 2023, pp. 307-333, p. 310 y ss., con una serie de recomendaciones de política legislativa sobre la forma de redacción de los contratos (pp. 328-329).

88 Vid. al respecto la pionera STJUE C-92/11, de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (ECLI:EU:C:2013:180).

89 Art. 25 DSA; arts. 5.2.d, 5.8, 6.3 y 13.4 DMA; art. 6 DA; art. 16 sexies Directiva 2011/83 (introducido por la Directiva 2023/2673); art. 5.1.a/b RIA. Para el examen del

generales mediante “dark patterns” aboque en la falta de transparencia de éstas, se explicita la viabilidad de su sanción a través de la Directiva 93/13 (en particular, la ausencia de vinculación para el consumidor de la cláusula así incorporada al contrato, muy especialmente en relación al precio o la duración del contrato, con las consecuencias que ello lleva aparejadas según el TJUE, pero también respecto a cualquier aspecto accesorio *ex arts. 4.2 y 5* Directiva 93/13).

IV. El consentimiento implícito por mero acceso o navegación (*browsewrap agreements*)

La aceptación de las condiciones generales (o del contrato) por el mero hecho de navegar o acceder a una web (*browsewrap agreement*) debe ser sometida legislativamente a restricciones o debería considerarse cláusula abusiva o nula (por falta de transparencia) la que propicie ese resultado sin garantizar la advertencia plena del consumidor sobre la trascendencia jurídica de la actuación u omisión.

El TJUE no ha abordado directamente su eficacia, falta en la normativa europea sobre cláusulas abusivas una regla similar a la que obraba en los PECL, el DCFR o el CESL (en el sentido considerar que las cláusulas no negociadas individualmente sólo pueden desplegar su eficacia si la parte que las invoca “adoptó medidas razonables para captar la atención de la otra parte sobre ellas”, art. 2.104 PECL) y tampoco existe una jurisprudencia como la norteamericana que les confiere validez sólo si el adherente tuvo claro con antelación su valor contractual, pues de lo contrario podría invocarse el remedio de la *unconscionability*⁹⁰, como ahora recoge el § 6.d del *ALI Restatement on Consumer Contracts* 2024 y explicitan sus comentarios⁹¹. Para que tal cláusula conduzca al resultado de entender que el

concepto y su tratamiento en estos preceptos, *M. N. Mato Pacín*, Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial, los patrones oscuros, Madrid: BOE, 2024, así como la contribución de la autora en el presente volumen. Sobre la catalogación y régimen de los patrones oscuros antes de esa normativa, *Cámara Lapuente*, Nuevos perfiles (n. 25), pp. 388-395.

90 Sobre los *browsewrap agreements* en Derecho contractual europeo y norteamericano, *Cámara Lapuente*, Nuevos perfiles (n. 25), pp. 367-388. Además de la bibliografía allí citada, *vid. Gardiner*, *Unfair* (n. 39) pp. 106-107 y (en Irlanda, Reino Unido, EEUU y bajo la Directiva 93/13) pp. III-117.

91 *The American Law Institute*, *Restatement of the Law. Consumer contracts*, St. Paul (Minnesota): ALI Publishers, 2024, pp. 24 y ss. y 42 y ss.

consumidor acepta contenido no negociado al meramente navegar por cualquier sitio de internet es preciso que el prestador del servicio demuestre que dispuso un aviso (*notice*) razonable de esta cláusula (*conspicuous* o prominente suele añadir con insistencia la jurisprudencia, recelosa con el método), con su intención de que forma parte de un contrato (§ 2.1 del *Restatement*).

Por lo tanto, en una futura DFA (o revisión de la Directiva 93/13) el régimen del fenómeno puede encararse de una de estas dos formas: o bien imponiendo este tipo de transparencia en formato de avisos prominentes que no dejen margen de duda de que el consumidor fue consciente de ese efecto y tuvo la posibilidad de revisar el contenido del clausulado que le vincularía antes de entenderse celebrado el contrato, o bien prohibir este tipo de cláusulas como un tipo de cláusula abusiva; este último es el planteamiento del Informe del Parlamento Europeo, cuyos autores proponen una doble aproximación: por una parte, incluir como cláusula abusiva en la lista negra aquella que permite al proveedor del servicio considerar que ha sido concluido un contrato por la mera navegación (incluso aunque no se estableciera pago monetario por emplear ese servicio) y, por otra parte, revisar el art. 1(i) del Anexo de la Directiva 93/13⁹² para incluir en lista gris que simplemente colocar un hipervínculo en el sitio web del proveedor del servicio es insuficiente para dar una “oportunidad real” a los consumidores de conocer el clausulado no negociado⁹³, es decir, crear una presunción *iuris tantum* de falta de transparencia con la mera ubicación en cualquier parte del sitio web de un hipervínculo.

92 Según ese inciso del anexo: “hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

93 Loos – Luzak, Update (n. 20), pp. 17-18, 49 y 52; BEUC, Towards European Digital (n. 37), pp. 1 y 11. Para un caso reciente de empleo válido de hipervínculo a unas condiciones generales a través de las que se puede conocer cómo queda determinado el precio, *vid.* STJUE C-518/23, de 23 de enero de 2025, *NEW Niederrehein Energie und Wasser* (ECLI:EU:C:2025:35), §§ 50-51.

V. Nuevas medidas para incrementar la transparencia en la contratación digital

1. Resúmenes de condiciones generales de la contratación.

Establecer la obligación de facilitar un resumen de las condiciones generales del contrato es otra medida que podría ser oportuna. Así lo entendió también el 63% de los participantes en la consulta pública lanzada para el *Fitness Check on Digital Fairness*⁹⁴. De hecho, existen estudios empíricos que demuestran que un mayor número de consumidores lee las condiciones generales cuando estas son cortas y están resumidas⁹⁵. Comienza a experimentarse legislativamente con esta técnica, como ocurre con su exigencia en el art. 14.5 DSA (*supra* C.c). Otro ejemplo de este proceder, en apariencia exitoso, son las fichas (FEIN) introducidas como resumen obligatorio en la contratación de créditos inmobiliarios⁹⁶ o en el formulario de información normalizada europea sobre crédito al consumo introducida por la nueva Directiva 2023/2225 sobre crédito al consumo⁹⁷. Naturalmente, pueden aducirse argumentos tanto a favor como en contra de la introducción imperativa de sumarios/resúmenes de las condiciones generales⁹⁸ (v. gr., el problema de decidir cuáles son los términos esenciales para el resumen o la disparidad entre el resumen y las condiciones) aunque, a mi juicio, los argumentos favorables resultan más convincentes (v. gr., se

94 *European Commission*, Fitness Check Digital Fairness (n. 6), p. 193.

95 Según un completo estudio (realizado en 12 Estados miembros, incluido España, con 1000 participantes por país) el 26,5% de los consumidores leyeron unas condiciones extremadamente cortas y sencillas, frente al 10,5% que leyeron las condiciones en formato extenso y complejo: *M. Elshout – M. Elsen – J. Leenheer – M. Loos – J. Luzak*, Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs). Final report, Estudio encomendado por la Comisión Europea, Bruselas, 2016, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/45ebfd93-3d90-11ea-ba6e-01aa75ed71a1/language-en>, pp. 1-171, p. 12.

96 Anexo II ("Ficha Europea de Información Normalizada [FEIN]") de la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 (DO L 60, de 28 de febrero de 2014); *vid.* arts. 2.2 y 14.

97 Anexo I de la Directiva 2023/2225, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo (DO L, de 30 de octubre de 2023); *vid.* art. 10. Deberá constar la información principal en una sola página con opción a dos para algunas otras informaciones.

98 Así (y por ello el ELI dio una respuesta "neutra", en lugar de "favorable" o "desfavorable" a la cuestión planteada sobre resúmenes de condiciones generales) *European Law Institute*, ELI Response (n. 23), pp. 9-10.

puede fijar una regla favorable a la versión que sea más beneficiosa para el consumidor, para acendrar la diligencia del predisponente). Por lo demás, el formato ya se implantó sectorialmente, desde 2019, con el modelo obligatorio de resumen de contrato para servicios de comunicaciones electrónicas en ejecución del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (Directiva 2018/1972)⁹⁹.

2. Iconos estandarizados

Otra técnica por la que vale apostar es la creación de un sistema de iconos estandarizados que permita al consumidor comprender rápidamente el objeto contractual y las principales condiciones que rigen el contrato, que resultarían así más fácilmente comparables con las de los competidores, al modo en que propusiera la Comisión Europea al promulgarse la Directiva 2011/83¹⁰⁰, aunque la propuesta no llegó a implantarse. El sistema de iconos normalizados, como forma combinada de transmitir la información preceptiva sobre protección de datos personales, también se prevé en el art. 12.7 RGPD¹⁰¹. En 2019, una de las principales asociaciones empresariales europeas promovió un sistema de iconos estandarizados para el comercio electrónico sobre varios aspectos como el precio, la entrega, la duración del contrato, la extinción y el derecho de desistimiento¹⁰². La misma idea, en el fondo, subyace tanto en las tan extendidas (y comprendidas) etiquetas de eficiencia energética de los determinados productos, como en la reciente etiqueta armonizada creada por la Directiva 2024/825, de 28 de febrero

99 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/ 2243 de la Comisión de 17 de diciembre de 2019 por el que se establece un modelo de resumen del contrato que deben utilizar los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público con arreglo a la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo; en concreto, de acuerdo con su art. 102.3.

100 Sobre los beneficios y posibles inconvenientes de este sistema, *Cámara Lapuente*, La nueva protección (n. 80), p. 145 y ss.

101 Según el art. 12.7 RGPD, esa información “podrá transmitirse en combinación con iconos normalizados que permitan proporcionar de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presenten en formato electrónico serán legibles mecánicamente” (énfasis añadido). *Vid.* los considerandos 60 y 166 y el art. 12.8 RGPD.

102 *Business Europe*, Recommendations for a better presentation of information to consumers, 2019, disponible en <https://www.bussinesseurope.eu/publications/recommendations-better-presentation-information-consumers>.

de 2024¹⁰³, que ha de indicar el período mínimo de actualizaciones o la puntuación sobre reparabilidad del producto.

3. Modelos contractuales estandarizados

Desde algunas instancias¹⁰⁴ se sugiere también el establecimiento por la Comisión Europea de unos modelos contractuales (*templates*) estandarizados por sectores económicos, libres de cláusulas abusivas. Recientemente, el art. 41 DA ha adoptado ese enfoque “para ayudar a las partes en la elaboración y negociación de contratos con derechos y obligaciones contractuales justos, razonables y no discriminatorios” y, a tal efecto, la Comisión Europea, “elaborará y recomendará cláusulas contractuales tipo no vinculantes sobre el acceso a los datos y sus utilización (...) así como cláusulas contractuales estándar no vinculantes para contratos de computación en la nube”; así lo ha hecho a través de un borrador de Recomendación de 19 de noviembre de 2025, con anexos en que se contienen ambos tipos de modelos¹⁰⁵.

4. Nuevas obligaciones en suscripciones digitales y contratos de larga duración

El DFA seguramente contendrá otra serie de obligaciones para los proveedores de servicios digitales, vinculadas con la transparencia, a juzgar por los resultados preliminares a las cuestiones que planteaba la Comisión,

103 DO L, de 6 de marzo de 2024, Directiva 2024/825, sobre empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información.

104 V. gr., BEUC, Towards european digital (n. 37), pp. 2 y 23.

105 European Commission, Draft Commission Recommendation on non-binding model contractual terms on data access and use and non-binding standard contractual clauses for cloud computing contracts (with Annexes), Brussels, 19 de noviembre de 2025, C(2025) 7750 final. Este instrumento normativo era de obligada presentación para 12 de septiembre de 2025 ex art. 41 DA; dado el retraso de la Comisión en su confección y la publicación de los modelos solo en inglés, se ha optado por un “borrador de Recomendación” hasta que se produzca la completa traducción a las lenguas oficiales en la UE, momento en que se sancionarán definitivamente. Cfr. los modelos ya propuestos en su día a la Comisión Europea por el *Expert Group on B2B data sharing and cloud computing contracts*, Final Report, 2 abril 2025, disponibles en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/document/116180/download>.

tanto en 2022 como en 2025, como nuevas limitaciones o requisitos informativos en relación con períodos gratuitos de prueba (v. gr., consentimiento expreso al cambiar el servicio a oneroso tras el *free trial*), recordatorios o notificaciones previas al momento de renovación automática del contrato (como ha introducido en el art. 97.1.p TRLGDCU en España la Ley 10/2025, de 26 de diciembre, por la que se regulan los servicios de atención a la clientela) y otras reglas respecto a las suscripciones digitales.

IV. La transparencia y el precio en la contratación digital

El control de transparencia formulado en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, en especial, respecto a las cláusulas que fijan el precio de un servicio o contenido digital, merece una reconsideración y ajuste a la realidad del mercado digital. Como es sabido, ese precepto exime del control de abusividad a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato si están redactadas de forma clara y comprensible. Tanto la exención plena del control de precios transparentes como qué haya de considerarse transparente en la presentación digital de la contraprestación merecen una reconsideración a la luz, al menos, de tres fenómenos: el uso habitual de patrones oscuros en la oferta contractual, deformando *ab initio* el precio real final¹⁰⁶; la fijación algorítmica de precios, también conocida como técnica de precios dinámicos o personalización de precios; y la consideración de los datos personales como precio o contraprestación.

En cuanto a la posible aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13 a las cláusulas sobre personalización algorítmica de precios, debe tenerse en cuenta que, hasta la fecha, el TJUE ha sometido a las cláusulas no transparentes sobre el precio a un ulterior examen de “desequilibrio” (que deber ser jurídico, “derechos y obligaciones”, y no económico según el art. 3.1), el cual ha ido mutando desde una estricta comparación con el Derecho dispositivo¹⁰⁷ –que frecuentemente no existirá en relación a los precios de cada servicio y es otra razón para nuestra propuesta de ineficacia

106 *Vid. supra*, E.III, así como las previsiones sobre *drip pricing* en la DMCCA-2024 del Reino Unido (*supra*, n. 76).

107 Desde la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, *Mohamed Aziz* (ECLI:EU:C:2013:164). En la STJUE C-226/12, de 16 de enero de 2014, *Constructora Principado* (ECLI:EU:C:2014:10), el tribunal declaró que “la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante

directa de las cláusulas no transparentes como la que ya obra en el art. 3.3 del Reglamento P2B-, hacia una consideración de las prácticas del mercado¹⁰⁸ o del precio pagado por otros usuarios del mismo servicio o de competidores que ofrecen servicios similares¹⁰⁹ o incluso cierta evaluación de proporcionalidad (en préstamos) entre la cuantía prestada y el interés exigido¹¹⁰. En esa potencial retroalimentación de la Directiva 93/13 con las soluciones de los últimos Reglamentos sobre contratación en el mercado digital europeo debería tenerse presente cómo el contraste (sustantivo, incluso para estipulaciones transparentes) de una cláusula sobre precio (incluso no personalizado por algoritmos) con los precios del mercado ha llegado ya por vía legislativa a contratos entre dos empresarios; en efecto, el considerando 62 DMA establece cuatro parámetros para evitar que “la fijación de precios u otras obligaciones generales de acceso” impuestas por los guardianes de acceso a los usuarios profesionales de sus tiendas de aplicaciones informáticas sean “injustas o den lugar a una diferenciación injustificada”. De acuerdo con ese considerando 62 DMA:

“Los siguientes puntos de referencia pueden servir como criterio para determinar la equidad de las condiciones generales de acceso: los precios cobrados o las condiciones impuestas por otros proveedores de tiendas de aplicaciones informáticas por servicios idénticos o similares; los precios cobrados o las condiciones impuestas por el proveedor de la tienda de aplicaciones informáticas por servicios similares o relacionados diferentes o a diferentes tipos de usuarios finales; los precios cobrados o las condiciones impuestas por el proveedor de la tienda de aplicaciones informáticas por el mismo servicio en diferentes regiones geográficas; los precios cobrados o las condiciones impuestas por el proveedor de la tien-

para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica”.

108 Vid. STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, *Banco Primus* (ECLI:EU:C:2017:60).

109 La STJUE C-641/19, de 8 de octubre de 2020, *PE Digital* (ECLI:EU:C:2020:808) dictaminó (§ 37) que para apreciar si es excesivo el precio total (para calcular el del uso de un servicio digital antes de desistir válidamente) debe tenerse en cuenta “el precio del servicio ofrecido por el comerciante de que se trata a otros consumidores en las mismas condiciones y el de los servicios equivalentes prestados por otros comerciantes en el momento de la celebración del contrato”.

110 Cfr. STJUE C-621/17, de 3 de octubre de 2019, *Gyula Kiss* (ECLI:EU:C:2019:820) § 55 y STJUE C-84/19, 222/19 y 252/19, de 3 de septiembre de 2020, *Profi Credit Polska* (ECLI:EU:C:2020:631) §§ 92, 95 y, sobre todo, 97. Sobre ello, *M. Tjon Akon*, *The Unfairness of Personalised Price Terms in Consumer Credit Products*, *European Review of Contract Law*, 20-1, 2024, pp. 77-104, pp. 98-99.

da de aplicaciones informáticas por el mismo servicio que el guardián de acceso se presta a sí mismo.”

En definitiva, por una parte puede pensarse *a fortiori* (contratos de consumo, cláusulas no transparentes y precios fijados mediante algoritmos)¹¹¹ que estos parámetros de contraste pueden servir también para las cláusulas de personalización automatizada de precios en contratos de consumo que den lugar a discriminación o diferenciación injustificada; por otra parte, es posible añadir legislativamente deberes *ad hoc* de transparencia que permitan al consumidor medio (vulnerable ante la existente asimetría digital generalizada) entender las consecuencias económicas de cláusula tan principal, en el sentido, cuando menos, de contener una descripción sobre cómo (a) los datos personales del consumidor determinan la categoría de comportamiento financiero que se le aplica y (b) la categoría de comportamiento financiero determina el precio final¹¹². A partir de ahí, el umbral de lo que deba desvelarse con carácter previo al consumidor sobre el funcionamiento del algoritmo (con su usual diseño de *black-box* y compleja explicabilidad) está sometido a gran debate e incertidumbre jurídica y práctica¹¹³. En cualquier caso, el fundamento subyacente en la excepción al control consagrada art. 4.2 de la Directiva 93/13, esto es, que el precio se determina de forma colectiva y anónima por todos los actores del mercado, con lo que su fijación puede considerarse “justa” (salvo que no se presente de forma transparente al concreto consumidor), puede considerarse insuficiente con la emergencia de las prácticas de personalización de precios basadas en el perfil digital de los usuarios¹¹⁴.

La revolución del mercado digital mediante la monitorización de los datos personales de los usuarios de servicios digitales, también ha llegado a las cláusulas que fijan, directa o encubiertamente, el tratamiento de dichos

111 O ir más allá y replicar ese régimen protector en contratos B2B para contratos de consumo B2C también para cláusulas transparentes y no necesariamente personalizadas con algoritmos si se decide –como a continuación se indica, *vid.* en nota ulterior las consideraciones de Durovic – Poon, Consumer Vulnerability (n. 29), p. 431– que la exención de control de cláusulas sobre precio fijado con transparencia podría ser revisada para su ajuste con las prácticas de la era digital.

112 Tjon Akon, The unfairness of Personalised Price (n. 110), pp. 102-103.

113 *Vid.* O. Bar-Gill – C. R. Sunstein – I. Talgam-Cohen, Algorithmic Harm in Consumer Markets, Discussion Paper nº 1091, Harvard Law School, 1, 2023, pp. 1-65 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4321763). *Vid.* también la contribución y, en especial, las conclusiones de E. Arroyo Amayuelas en el presente volumen.

114 Durovic – Poon, Consumer Vulnerability (n. 29), p. 431.

datos personales más allá de lo necesario para la prestación del servicio como forma de contraprestación. En definitiva, un tipo de cláusulas que deberían tener un régimen similar al de las que fijan el precio en dinero (esto es, el art. 4.2 en la versión actual o en la que resulte reformada conforme a las ideas antes expresadas). El Reglamento de Datos, al diseñar un régimen paralelo de cláusulas abusivas en contratos entre empresarios (B2B) en relación con los datos procurados por productos conectados, establece en su art. 13.8 DA: “el presente artículo no se aplicará a las cláusulas comerciales del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio, *con respecto a los datos suministrados a cambio*”; como se puede apreciar, para estos contratos B2B, el legislador europeo excluye de control todas las cláusulas y no sólo las no transparentes dejando libertad total en este punto a la contratación entre empresarios. No es, por lo tanto, la fórmula que debería proponerse en la revisión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 en contratos de consumo, máxime dada la interrelación entre los datos personales del consumidor y la fijación personalizada de la contraprestación (en dinero o en uso de sus datos).

En otro orden de ideas, algunos tribunales han comenzado a considerar como cláusulas abusivas por falta de transparencia las que declaran que un servicio es gratuito, sin desvelar el valor comercial de los datos del usuario y su utilización con fines comerciales¹¹⁵.

Por último, en cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula sobre el objeto principal del contrato de servicios digitales debe recordarse que la idea de que sea directamente nula, conforme se prevé en el art. 3.3 del Reglamento P2B, es una solución idónea para la futura reforma de la Directiva 93/13 o la futura DFA¹¹⁶.

F. Conclusiones

La evolución del mercado digital, la generalización de nuevas formas de contratación y de servicios digitales, así como la proliferación de nuevas

115 Sentencia TGI París de 12 de febrero de 2019 (disponible en <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-donnees-personnelles-l-ufc-que-choisir-obtient-la-condamnation-de-google-n63567/>); C. Leone, French tribunal invalidates many terms in Google+ T&Cs, Recent developments in European Consumer Law, 14 de febrero de 2019, disponible en <https://recent-ecl.blogspot.com/2019/02/french-tribunal-invalidates-many-terms.html>. Vid. también Poncibò, The UCTD (n. 20), pp. 337-338. Y cfr., *supra*, n. 66, sentencia del TGI de París de 9 de abril de 2019.

116 Vid. *supra*, B.IV.

cláusulas no negociadas *ad hoc* hacen necesaria una revisión de la Directiva 93/13, aprobada en un contexto pre-digital. Las propuestas anunciadas por la Comisión Europea en torno a una *Digital Fairness Act* para 2026, sin contornos aún precisos, subrayan la urgencia de proponer actualizaciones del marco normativo.

Junto a debates tradicionales en torno a la Directiva de cláusulas abusivas –nivel de armonización, valor de la lista indicativa, perfiles del control de transparencia, efectos de la abusividad, etc.– surgen retos propios del entorno digital, como son el precisar el ámbito de aplicación de la Directiva respecto a contratos celebrados en plataformas o su operatividad en contratos gratuitos o pseudo-gratuitos o la tipificación de cláusulas abusivas específicas, como la cesión total de derechos sobre contenidos, la eliminación arbitraria de contenidos, cuentas y perfiles, el uso extralimitado de datos personales o de contenidos generados por los consumidores, los cambios unilaterales en las cláusulas predispuestas o en las prestaciones acordadas. La revisión de la exención de control de contenido en cuanto a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato cuando hay precios personalizados o contraprestaciones en datos también es digna de atención prioritaria.

Es posible decantar un elenco de cláusulas, a partir de los estudios doctrinales existentes y la (escasa) jurisprudencia recaída. Su consagración legal sería oportuna, por más que la cláusula general de abusividad del art. 3.1 de la Directiva 93/13 y el elenco existente se hayan mostrado suficientemente flexibles para cubrir la nueva praxis contractual.

La creciente regulación sobre contratación de y mediante servicios digitales —incluidos los Reglamentos P2B, DMA, DSA y DA— introduce normas pensadas antes bien para relaciones entre empresarios (B2B) que, en parte, adaptan principios propios del Derecho de consumo. Esta convergencia justifica examinar qué elementos podrían trasladarse al acervo europeo de protección de los consumidores (como la nulidad directa de cláusulas no transparentes o los nuevos estándares de transparencia) y cuáles deben excluirse (como el requisito del intento de negociación previa o el reemplazo del desequilibrio jurídico de la cláusula por su desajuste con las “buenas prácticas comerciales”, por ejemplo).

Estas nuevas normas, aunque centradas en la competencia leal entre empresas, contienen prohibiciones y mandatos imperativos que hacen directamente ilícitas las cláusulas que las contravengan (en perjuicio de consumidores o de empresarios), pero también hay prescripciones más genéricas o formuladas mediante conceptos jurídicos indeterminados que permiten

defender una reinterpretación del equilibrio contractual (una nueva *digital fairness*), cuya infracción podría desembocar en la declaración de cláusulas abusivas por perjudiciales para el consumidor.

Ahora bien, recientes estudios empíricos acreditan que los prestadores de servicios digitales ubicados fuera de la UE tienden a ignorar el Derecho de consumo europeo¹¹⁷ y a predisponer sus condiciones de acuerdo con sus sistemas nacionales de origen (habitualmente menos proteccionistas hacia el consumidor). La Unión Europea, reforzando las medidas de vigilancia y cumplimiento de su Derecho en relación con servicios dirigidos hacia sus ciudadanos, hará bien en seguir su senda normativa propia que, con la debida puesta al día, puede y debe seguir cumpliendo su papel de dispensar una elevada protección a los consumidores digitales.

117 P. Pałka, A. Porębski, R. Pałosz, K. Wiśniewska, Do Foreign Service Providers Simply Ignore the EU Consumer Law? An Empirical Study of 100 Online Terms of Service, *Journal of Consumer Policy*, 2025, pp. 1-36.

Beweislastverteilung bei der Produkt- und Produzentenhaftung für KI-Systeme

*Ann-Kristin Mayrhofer**

Zusammenfassung: Die Verteilung der Beweislast ist eine zentrale Frage im Zusammenhang mit der EU-Produkthaftung und der nationalen Produzentenhaftung für KI-Systeme. KI-typische Merkmale wie Opazität, Autonomie und Komplexität führen dazu, dass häufig Ungewissheit über den Schadenshergang besteht und Beweislastentscheidungen erforderlich sind. Der Beitrag stellt zunächst Kriterien vor, nach denen die Beweislast generell verteilt werden sollte: Um Fehlentscheidungsrisiken zu vermeiden, sollten die Beweismöglichkeiten, die Wahrscheinlichkeit einer Fehlentscheidung und die Folgen von Fehlentscheidungen bei der Verteilung der Beweislast eine wesentliche Rolle spielen. Ausgehend davon wird analysiert, inwiefern die ProdHaftRL (EU) 2024/2853, die in Art. 10 neue Beweislastregeln enthält, diese Kriterien aufgreift und wie die Kriterien bei der Auslegung der neuen Beweislastregelungen berücksichtigt werden können. Sodann wird gezeigt, dass diese Kriterien eine Weiterentwicklung der Rspr. zur Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB ermöglichen können, um die Schwierigkeiten der Geschädigten auch dort zu verringern. Dabei wird eine Beweislastverteilung anhand der konkreten Fehlentscheidungsrisiken vorgeschlagen, wonach eine schadensursächliche Pflichtverletzung vermutet wird, wenn der Gegner die besseren Beweismöglichkeiten hat, es überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Schaden auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Gegners beruht und die Folgen einer Fehlentscheidung für den Gegner nicht unzumutbar sind. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf eine mögliche europäische Beweislastregel, die ein Baustein eines neuen Konzepts einer KI- oder Softwarehaftung darstellen könnte.

* Die Autorin ist akademische Rätin a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht von Prof. Dr. Beate Gsell an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Schlüsselwörter: Künstliche Intelligenz, Produkthaftung, Produzentenhaftung, Beweislast, Richtlinie (EU) 2024/2853

Resumen: La distribución de la carga de la prueba es una cuestión crucial en la responsabilidad por productos defectuosos en la UE y en la responsabilidad nacional de los fabricantes de sistemas de IA. Las características típicas de la IA, como la opacidad, la autonomía y la complejidad, hacen que a menudo exista incertidumbre sobre la forma en que se ha producido el daño y que sea necesario decidir sobre la carga de la prueba. Esta contribución presenta en primer lugar los criterios según los cuales debería repartirse la carga de la prueba en general. En este reparto, y para evitar el riesgo de tomar decisiones erróneas, deberían jugar un papel esencial las posibilidades de aportar pruebas, las probabilidades de tomar decisiones erróneas y las consecuencias de estas decisiones. A partir de ahí, se analiza en qué medida la Directiva (UE) 2024/2853 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que contiene nuevas normas sobre la carga de la prueba en su artículo 10, recoge estos criterios y cómo pueden tenerse en cuenta los criterios al interpretar las nuevas normas sobre la carga de la prueba. A continuación, se demuestra que estos criterios pueden permitir un desarrollo ulterior de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del productor según el § 823, apartado 1, del Código Civil alemán (BGB), con el fin de reducir igualmente las dificultades de quienes sufren daños. Se propone una distribución de la carga de la prueba basada en los riesgos específicos de las decisiones erróneas. En consecuencia, se presume que existe la infracción de un deber que causa daños si la parte contraria tiene mejores posibilidades de prueba, es más probable que el daño se deba a una conducta contraria a dicho deber, y las consecuencias de una decisión errónea no son inaceptables para esta parte. La contribución concluye con una mirada hacia una posible norma europea sobre la carga de la prueba que podría ser un paso más hacia un nuevo concepto de responsabilidad por el uso de inteligencia artificial o por el funcionamiento de software.

Palabras clave: Inteligencia artificial, responsabilidad por productos defectuosos, responsabilidad del fabricante, carga de la prueba, Directiva (UE) 2024/2853.

A. Einleitung

Bereits bei den fünften Jornadas Hispano-Alemanas im Oktober 2021 wurde die Haftung für Anwendungen der Künstlichen Intelligenz (KI) diskutiert.¹ Aufgrund der technischen Fortschritte in den letzten Jahren hat das Thema seither weiter an Relevanz gewonnen. Eine zentrale Frage war bereits 2021² und ist weiterhin die Beweislast für die Haftungsvoraussetzungen. Mittlerweile hat sich auch der EU-Gesetzgeber dieser Frage angenommen. Im September 2022 präsentierte die Europäische Kommission zwei Vorschläge für Richtlinien, die beide die Haftung für KI-Systeme und insoweit insbesondere die Beweislast betrafen: Eine neue Richtlinie über die Produkthaftung³ (ProdHaftRL) und eine Richtlinie über KI-Haftung (KI-HaftRL)⁴. Während die neue ProdHaftRL im Oktober 2024 verabschiedet wurde,⁵ wurde das Projekt einer KI-HaftRL im Februar 2025 vorerst aufgegeben⁶. Der folgende Beitrag konzentriert sich daher auf die EU-Produkthaftung und die in der neuen ProdHaftRL enthaltenen Beweislastregeln.⁷ Daneben wird ein Blick auf die nationale Produzentenhaftung⁸ nach § 823 Abs. 1 BGB geworfen, die als Haftung für Verschulden grundsätzlich weiterhin neben der EU-Produkthaftung Anwendung findet (Art. 2 Abs. 4

1 G. Spindler, Haftung für autonome Systeme, in: T. Arroyo Vendrell/B. Gsell/J. Kindl (Hrsg.), Die Schadensersatzhaftung, Baden-Baden 2022, S. 139.

2 Spindler, Haftung für autonome Systeme (Fn. 1), S. 154.

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte, 28.9.2022, COM (2022) 495 final.

4 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), 28.9.2022, COM (2022) 496 final.

5 Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, ABl. L 2024/2853.

6 Annexes to the Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission work programme 2025, 11.2.2025, COM (2025) 45 final, Annex IV, 26: „No foreseeable agreement [...]“.

7 Siehe zum KI-HaftRL-E A.-K. Mayrhofer, Die Haftung des Verwenders von KI-Systemen auf der „ersten Stufe“, EuZW 2024, 882. Die folgenden Ausführungen finden sich teilweise bereits in diesem Beitrag sowie in der Dissertation der Verfasserin, A.-K. Mayrhofer, Außervertragliche Haftung für fremde Autonomie, Tübingen 2023.

8 Zum Begriff BGHZ 67, 359 (361 f.); F. Graf von Westphalen, Produkthaftung oder Produzentenhaftung?, ZIP 1986, 139.

lit. b, Erwgr. 9 ProdHaftRL).⁹ Die schwierige Frage, welche Anforderungen an ein solches „Verschulden“ zu stellen sind und ob die Rspr. der deutschen Gerichte diesen derzeit entspricht, wurde an anderer Stelle ausführlich behandelt,¹⁰ und ist daher nicht Gegenstand dieses Beitrags.

Die neue ProdHaftRL tritt an die Stelle der alten ProdHaftRL 1985¹¹ (vgl. Art. 21 ProdHaftRL) und ist bis zum 9.12.2026 in nationales Recht umzusetzen (Art. 22 Abs. 1 ProdHaftRL). Sie enthält zwar keine spezifischen Regeln für KI-Systeme. Ausweislich der Erwägungsgründe spielten die „neuen Technologien, einschließlich künstlicher Intelligenz (KI)“ bei der Reform aber eine wesentliche Rolle (Erwgr. 3 S. 1), gerade auch im Zusammenhang mit den Beweislastregeln (Erwgr. 48 S. 6).¹² Die neue ProdHaftRL beendet zudem den Streit, ob nicht verkörperte KI-Systeme überhaupt ein „Produkt“ darstellen können,¹³ da sie, anders als die ProdHaftRL 1985, „Software“ explizit einbezieht (Art. 4 Nr. 1 ProdHaftRL).

Die EU-Produkthaftung regelt die Haftung des Herstellers, wobei daneben weitere Wirtschaftsakteure aus dem Produktions- und Vertriebsbereich einbezogen werden (Art. 8 ProdHaftRL).¹⁴ Die ProdHaftRL enthält, wie bisher, eine verschuldensunabhängige Haftung (Erwgr. 2), allerdings nicht als „echte“ Gefährdungshaftung für sämtliche Produktrisiken, sondern als Haftung für Schäden, die durch ein „fehlerhaftes“ Produkt verursacht wurden (Art. 5 Abs. 1, Art. 7 ProdHaftRL).¹⁵ Die Wirtschaftsakteure

9 A. Kapoor/F. Sedlmaier, Verschärfung der Produkthaftung in Europa – eine Zäsur für die Automobilindustrie?, RAW 2023, 8 (9); Wagner, EU-Produkthaftung (Fn. 5), 142.

10 B. Gsell/A.-K. Mayrhofer, Konkurrierende nationale Haftungsregeln und Dienstleistungshaftung – verpasste Updates und Upgrades, in: M. Ebers/B. Gsell/C. Danda/A.-K. Mayrhofer (Hrsg.), Neue europäische Produkthaftung, Baden-Baden 2025, S. 33 ff.

11 Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Abl. L 210/29.

12 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte, 28.9.2022, COM (2022) 495 final, Begründung, I.1., 1.3.

13 Siehe nur Spindler, Haftung für autonome Systeme (Fn. 1), S. 156 f. m.w.N.

14 Ausführlich C. Piovano/C. Hess, Das neue europäische Produkthaftungsrecht, Baden-Baden 2024, § 4.

15 P. Hacker, The European AI liability directives – Critique of a half-hearted approach and lessons for the future, CLSR 51 (2023) 105871, 243; A.-K. Mayrhofer, Product liability in the age of AI – Proposal for a "two track" solution, Revista Electrónica de Direito 2024, 106 (109 f.); siehe dagegen die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20.10.2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)),

haften somit nur, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die eine Person erwarten darf (Art. 7 Abs. 1 ProdHaftRL),¹⁶ und dieses Sicherheitsdefizit zu einem Schaden geführt hat. Bei Konstruktions- und Instruktionsfehlern setzt dies voraus, dass es zumutbare Sicherheitsmaßnahmen gab, die den Schaden verhindert hätten.¹⁷ Daneben haftet der Hersteller für Fabrikationsfehler, also Abweichungen des Produkts von seinem Konstruktionsplan.¹⁸ Bereits 2019 hob die *Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation* zutreffend hervor, dass bei der Beteiligung von KI-Systemen erhebliche Schwierigkeiten beim Beweis des Fehlers und der Ursächlichkeit des Fehlers für den Schaden (Fehler-Kausalität) bestehen können.¹⁹ Vergleichbare Herausforderungen existieren bei der verschuldensabhängigen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB.²⁰ Diese verlangt zwar an sich keinen schadensursächlichen Produktfehler, sondern Vorsatz oder Fahrlässigkeit, also eine schadensursächliche Sorgfaltspflichtverletzung (§ 276 Abs. 2 BGB). Auch eine solche Sorgfaltspflichtverletzung des Herstellers setzt allerdings als Mindestanforderung voraus, dass das Produkt nicht die Sicherheit aufweist, die berechtigterweise erwartet werden kann.²¹ Der schadensursächliche Fehler hat nach dem BGH außerdem Auswirkungen auf die Beweislast.²² Letztlich sind daher Fehler und Fehler-Kausalität die zentralen Haftungsvoraussetzungen sowohl für die EU-Produkthaftung als auch für die nationale Produzentenhaftung.

wo eine echte Gefährdungshaftung der Betreiber von KI-Systemen mit hohem Risiko vorgeschlagen wird.

- 16 Die zweite Alternative von Art. 7 Abs. 1 ProdHaftRL, dass das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die gemäß Unionsrecht oder nationalem Recht vorgeschrieben ist, ist letztlich eine Klarstellung, vgl. dazu A.-K. Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung – zwei Seiten einer Medaille mit unterschiedlichen Gravuren, RD i 2024, 492.
- 17 Siehe nur BGHZ 181, 253 Rn. 15, 23 m.w.N.
- 18 Siehe nur BGHZ 129, 353 (358).
- 19 *Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, 2019, 43 f., 50, online veröffentlicht unter https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf (abrufbar am 4.9.2025).
- 20 M. Grützmacher, Die deliktische Haftung für autonome Systeme – Industrie 4.0 als Herausforderung für das bestehende Recht?, CR 2016, 695 (697); Wagner, EU-Produkthaftung (Fn. 5), 729.
- 21 Vgl. BGHZ 181, 253 Rn. 12 m.w.N.
- 22 Siehe dazu unten E. II.

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, inwieweit die typischen Merkmale von KI-Systemen zu Aufklärungsschwierigkeiten führen, die den Beweis der Haftungsvoraussetzungen erschweren (B.). Anschließend wird herausgearbeitet, nach welchen Kriterien die Beweislast generell, also nicht nur bei KI-Systemen, verteilt werden sollte (C.). Ausgehend davon wird in einem weiteren Abschnitt analysiert, inwiefern die ProdHaftRL diese Kriterien in den dort neu eingeführten Beweislastregeln aufgreift, und wie die Kriterien bei der Auslegung dieser neuen Regeln der ProdHaftRL berücksichtigt werden können (D.). Sodann wird gezeigt, dass die herausgearbeiteten Kriterien eine Weiterentwicklung der Rspr. zur Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB ermöglichen können, welche die Schwierigkeiten der Geschädigten auch in diesem Bereich zu verringern würde (E.). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf eine mögliche europäische Beweislastregel, die ein Baustein eines neuen Konzepts einer KI- oder Softwarehaftung darstellen könnte (F.).

B. Aufklärungsschwierigkeiten bei der Haftung für KI-Systeme

Der Nachweis des Fehlers und der Fehler-Kausalität bzw. der Sorgfaltspflichtverletzung und des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ist eine zentrale Schwierigkeit im Zusammenhang mit der Haftung für KI-Systeme (vgl. Erwgr. 48 S. 6 ProdHaftRL, Erwgr. 3 KI-HaftRL-E).²³ Der Begriff „KI-System“ bezeichnet nach Art. 3 Nr. 1 KI-VO²⁴ ein „maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können“. Die Definition ist lang und dennoch unscharf.²⁵ Im vorliegenden

23 Siehe auch vor und mit Fn. 12 und 20.

24 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L 2024/1689.

25 Vgl. P. Hacker/A. Berz, Der AI Act der Europäischen Union – Überblick, Kritik und Ausblick, ZRP 2023, 226 (227); D. Becker/D. Feuerstack, Der neue Entwurf des

Kontext ist allerdings nicht entscheidend, ob ein Produkt die Voraussetzungen von Art. 3 Nr. 1 KI-VO erfüllt, sondern ob es bestimmte KI-typische Merkmale aufweist, welche die Aufklärung des Sachverhalts erschweren. Der Begriff „KI-Produkt“ soll daher im Folgenden Produkte mit solchen typischen Merkmalen Die KI-typischen Merkmale und Aufklärungsschwierigkeiten sind nicht bei allen KI-Produkten in gleicher Weise vorhanden. Die Schwierigkeiten bei der Fehlerfeststellung betreffen außerdem primär Konstruktions- und Instruktionsfehler. Fabrikationsfehler dürften weniger Probleme bereiten,²⁶ allerdings bei KI-Produkten auch eine geringere Rolle spielen²⁷.

Die *Expert Group* nannte als Gründe für Aufklärungsschwierigkeiten vor allem „opacity“, „openness“, „autonomy“, „complexity“ und „limited predictability“.²⁸ In den Erwägungsgründen des KI-HaftRL-E war exemplarisch von den Merkmalen „Undurchsichtigkeit“, „autonomes Verhalten“ und „Komplexität“ die Rede (Erwgr. 3 S. 2 KI-HaftRL-E). Die zunehmende technische und wissenschaftliche Komplexität von Produkten wird auch in der ProdHaftRL hervorgehoben (vgl. Erwgr. 3 S. 2, 42 S. 3, 48), die hierauf insbesondere mit neuen Offenlegungspflichten (Art. 9 ProdHaftRL) und Beweislastregeln (Art. 10 ProdHaftRL) reagieren möchte. Die KI-typischen Merkmale hängen miteinander zusammen und beeinflussen sich gegenseitig.

Die „Undurchsichtigkeit“ („opacity“) führt dazu, dass sich die Verhaltensweisen von KI-Produkten nur schwer erklären lassen („black-box“²⁹).³⁰ Infolgedessen kann bereits ungewiss sein, ob eine Sicherheitsmaßnahme, z.B. die Verwendung anderer Trainingsdaten bei der Entwicklung eines autonomen Fahrzeugs, die Produktsicherheit generell erhöht hätte und deshalb deren Unterlassen einen Fehler begründet hat bzw. pflichtwidrig war.³¹ Selbst wenn ein Fehler bzw. eine Pflichtverletzung feststeht, kann ungewiss

EU-Parlaments für eine KI-Verordnung, MMR 2024, 22 (23); siehe aber auch die Mitteilung der Kommission, Leitlinien der Kommission zur Definition eines Systems der künstlichen Intelligenz gemäß der Verordnung (EU) 2024/1689 (KI-Verordnung), 29.7.2025, C(2025) 5053 final.

26 Siehe dazu noch vor und mit Fn. 83.

27 Vgl. Hacker, European AI liability directives (Fn. 15), 15.

28 *Expert Group on Liability and New Technologies*, Liability for AI (Fn 19), 43, 50, 53, 55.

29 *Expert Group on Liability and New Technologies*, Liability for AI (Fn 19), 33.

30 Grützmaker, Haftung für autonome Systeme (Fn. 20), 436; Hacker, European AI liability directives (Fn. 15), 4.

31 Vgl. Mayrhofer, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 322.

sein, ob im konkreten Fall durch die zusätzliche Maßnahme der Schaden tatsächlich hätte verhindert werden können, oder ob das KI-Produkt nicht dennoch, auch mit der Sicherheitsmaßnahme, den Schaden verursacht hätte.³²

Weitere Schwierigkeiten resultieren aus dem „autonomen Verhalten“ („autonomy“) eines KI-Produkts:³³ Autonome Systeme sind regelmäßig perceptionsfähig, können also selbst Daten aus der Umgebung wahrnehmen und verarbeiten, und überdies lernfähig, die Verhaltensregeln des Systems können sich also in Abhängigkeit von den empfangenen Daten verändern.³⁴ Beides führt insbesondere dann zu Aufklärungsschwierigkeiten, wenn nicht nachvollziehbar ist, welche Daten empfangen werden: Ob z.B. durch die Ausstattung eines KI-Roboters nicht nur mit Kameras, sondern auch mit GPS-Sensoren ein Zusammenstoß vermieden worden wäre, und das Unterlassen dieser Maßnahme deshalb kausal für den Schaden war, kann grundsätzlich nur beurteilt werden, wenn bekannt ist, ob über die GPS-Sensoren überhaupt relevante Daten empfangen worden wären.³⁵ Die (Weiter-)Lernfähigkeit³⁶ von KI-Produkten kann außerdem dazu führen, dass die im Gerichtsverfahren ermittelbaren Verhaltensregeln nicht denen entsprechen, die von dem System im Schadensfall angewandt wurden.³⁷ Das autonome Verhalten ist eng mit der Offenheit („openness“) der Systeme verbunden; diese ermöglicht es, die Produkte auch nach dem Inverkehrbringen zu verändern, durch neue Trainingsdaten oder auch – was allerdings weniger KI- als Software-typisch ist – durch gezielt aufgespielte Updates.³⁸

Die „Komplexität“ („complexity“) betrifft die einzelnen KI-Produkte selbst, die in der Regel auf anspruchsvollen Verfahren des maschinellen

32 Vgl. Mayrhofer, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 322.

33 H. Zech, Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages Hamburg 2020 / Bonn 2022 Bd. I: Gutachten Teil A: Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, 2020, S. A 41 f., 84 f.

34 Vgl. Mayrhofer, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 16 ff. m.w.N.

35 Vgl. im Zusammenhang mit der Haftung des Verwenders Mayrhofer, Haftung des Verwenders (Fn. 7), 883.

36 Zur Möglichkeit, den Lernfortschritt „einzufrieren“, siehe Zech, Gutachten (Fn. 33), S. A 37.

37 J. Reichwald/D. Pfisterer, Autonomie und Intelligenz im Internet der Dinge, CR 2016, 208 (211 f.); Grützmacher, Haftung für autonome Systeme (Fn. 20), 436.

38 Expert Group on Liability and New Technologies, Liability for AI (Fn 19), 33.

Lernens³⁹ basieren (vgl. Erwgr. 48 ProdHaftRL) sowie die Gesamtsysteme, in die KI-Produkte häufig eingebettet sind.⁴⁰ Eine Vernetzung mehrerer Systeme untereinander kann die Aufklärung zusätzlich erschweren:⁴¹ Wirken mehrere Produkte unterschiedlicher Hersteller zusammen, z.B. in einem Wertschöpfungsnetz mehrerer Unternehmer,⁴² kann es ungewiss sein, ob gerade auch das (fehlerhafte) KI-Produkt eines Herstellers an dem schädigenden Verhalten des Gesamtsystems beteiligt war.⁴³ Die Vernetzung setzt ebenfalls voraus, dass das System offen für äußere Einflüsse ist („openness“).⁴⁴

Die im Bericht der *Expert Group* zusätzlich erwähnte eingeschränkte Vorhersehbarkeit („limited predictability“) ist weniger ein eigenständiges Merkmal als eine Folge der bereits genannten Merkmale von KI-Produkten. Sie beeinträchtigt die Feststellung von Fehler und Kausalität insofern, als sie es erschwert, Aussagen über das generelle Sicherheitsniveau des KI-Produkts und über hypothetische Geschehensabläufe zu machen.⁴⁵

Grundsätzlich kann der Nachweis durch Anscheinsbeweise erleichtert werden.⁴⁶ Im Zusammenhang mit neuen Technologien fehlt es allerdings häufig an Erfahrungswissen, auf Grund dessen sich die hierfür notwendigen Erfahrungssätze aufstellen lassen könnten.⁴⁷ Gewissen Schwierigkeiten

39 Nach Hacker, European AI liability directives (Fn. 15), 26 sind allerdings nicht alle Verfahren des maschinellen Lernens komplex.

40 *Expert Group on Liability and New Technologies*, Liability for AI (Fn 19), 32 f.

41 Vgl. Zech, Gutachten (Fn. 33), S. A 52 f., 84 f.; M. Grütmacher, Die zivilrechtliche Haftung für KI nach dem Entwurf der geplanten KI-VO, CR 2021, 433 (437).

42 Vgl. zu solchen „Netzen“ S. Grolik/T. Stockheim/O. Wendt/S. Albayrak/S. Fricke, Dispositive Supply-Web-Koordination durch Multiagentensysteme, Wirtschaftsinformatik 2001, 143.

43 G. Wagner, Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken, VersR 2020, 717 (733 ff.); A. Beckers/G. Teubner, Three Liability Regimes for Artificial Intelligence, Berlin 2022, S. 46 zum „risk of identification of the ‘responsible’ algorithm“.

44 *Expert Group on Liability and New Technologies*, Liability for AI (Fn 19), 33.

45 Vgl. zum Zusammenhang zwischen Vorhersehbarkeit und Erklärbarkeit Mayrhofer, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 60 f.

46 Zu den Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises und der Möglichkeit, diesen zu erschüttern, siehe nur BGH NJW 2019, 661 Rn. 50 m.w.N.; siehe zum Anscheinsbeweis auch noch unten vor und mit Fn. 88.

47 Siehe etwa zum Straßenverkehr M. E. Kütük-Markendorf/D. Essers, Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren, MMR 2016, 22 (25) wonach sich der Anscheinsbeweis „derzeit nur auf das Verschulden eines Fahrers und nicht auf konkrete Fehler am Fahrzeug“ beziehe; vgl. auch M. Thöne, Autonome Systeme und deliktische Haftung, Tübingen 2020, S. 257, wonach der Nachweis der Möglichkeit

kann durch neue Technologien begegnet werden.⁴⁸ Der „Black-box“-Effekt kann beispielsweise durch „Explainable AI“-Methoden verringert werden, die darauf zielen, das Verhalten von KI-Systemen für Menschen erklärbar zu machen.⁴⁹ Außerdem können mithilfe von „Logging“-Methoden Prozesse im System protokolliert werden.⁵⁰ Denkbar sind auch Computersimulationen, mittels derer die Verläufe simuliert werden könnten.⁵¹ Die Methoden haben jedoch rechtliche und technische Grenzen.⁵² Insbesondere kann es bei der Konstruktion der Systeme zu „Trade-Offs“ zwischen Erklärbarkeit einerseits und Leistungsfähigkeit, einschließlich Sicherheit, andererseits kommen.⁵³ In vielen Fällen dürften Ungewissheiten verbleiben und das notwendige Beweismaß verfehlt werden. Dann muss eine Beweislastentscheidung anhand der objektiven Beweislast⁵⁴ getroffen werden.

C. Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken als Maßstab für gesetzliche und richterrechtliche Beweislastregeln

Bei der Verteilung der objektiven Beweislast sollten die *Fehlentscheidungsrisiken*, die bei einer Entscheidung unter Ungewissheit bestehen, ins Auge gefasst werden.⁵⁵ Ausgangspunkt einer solchen Beweislastverteilung nach

eines atypischen Verlaufs „aufgrund der komplexen Wechselwirkungen und Interaktionen autonomer Systeme wohl ohne Weiteres zu erbringen wäre“.

- 48 Spindler, Haftung für autonome Systeme (Fn. 1), S. 156; M. Sommer, Haftung für autonome Systeme, Baden-Baden 2020, S. 475 im Zusammenhang mit einer Proportionalhaftung *de lege ferenda*.
- 49 Vgl. L. Käde/S. von Maltzan, Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI), CR 2020, 66 (71).
- 50 Vgl. Expert Group on Liability and New Technologies, Liability for AI (Fn 19), 47 f.; Thöne, Autonome Systeme (Fn. 47), S. 251 ff.
- 51 T. Yuan, Lernende Roboter und Fahrlässigkeitsdelikt, RW 2018, 477 (499).
- 52 Zu „Logging“-Methoden Expert Group on Liability and New Technologies, Liability for AI (Fn 19), 47 f.; Sommer, Autonome Systeme (Fn. 48), S. 444 ff.; zu „Explainable AI“ Käde/von Maltzan, Erklärbarkeit von KI (Fn. 49), 70.
- 53 R. Kreutzer/M. Sirrenberg, Künstliche Intelligenz verstehen, Heidelberg 2019, S. 24.
- 54 Zum Begriff H. Prütting, in: T. Rauscher/W. Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 7. Aufl., München 2025, § 286 Rn. 106.
- 55 Die darüber hinaus genannten Ziele von Beweislastregeln lassen sich weitgehend in dieses Ziel integrieren, vgl. T. Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, München 2006, S. 135, der die oft genannten Ziele der Verteilung nach dem „Angreiferprinzip“ und der „Beweisnähe“ in ein „heuristisches Prinzip“ integrieren möchte – in der hier vorgeschlagenen Lösung (vgl. D.) werden sie in den Kriterien der Beweismöglichkeiten, der Wahrscheinlichkeit und der Folgen widerge-

Fehlentscheidungsrisiken ist folgende Überlegung: Ist aufgrund von Aufklärungsschwierigkeiten ungewiss, ob die Haftungsvoraussetzungen vorliegen, muss eine Beweislastentscheidung getroffen werden. Mit einer Beweislastentscheidung ist allerdings stets das Risiko einer Fehlentscheidung verbunden. Denn wegen der Ungewissheit über den Sachverhalt ist es möglich, dass die Entscheidung im Widerspruch zur „wahren“ Lage getroffen wird⁵⁶ und infolgedessen die Ziele der Haftungsregeln nicht erreicht werden⁵⁷. Beweislastregeln haben die Aufgabe, diese Fehlentscheidungsrisiken zu verringern.⁵⁸

Dieses Ziel können Beweislastregeln erreichen, indem sie drei Kriterien beachten: Die *Beweismöglichkeiten*, die *Wahrscheinlichkeit* einer Fehlentscheidung und die *Folgen* von Fehlentscheidungen. Fehlentscheidungen können zunächst vermieden werden, indem *non liquet* Fälle von vornherein verhindert werden. Besteht die Beweisnot *nur auf einer Seite*, kann dies geschehen, indem der Partei, welche die Beweismöglichkeiten hat, die Beweislast auferlegt wird und sie dadurch veranlasst wird, die Ungewissheit zu beseitigen (*Kriterium der Beweismöglichkeiten*).⁵⁹ Bestehen dagegen *auf beiden Seiten* Beweisschwierigkeiten, kann die Fehlentscheidungsgefahr zwar nicht verhindert, durch Berücksichtigung zweier weiterer Kriterien aber zumindest verringert werden:⁶⁰ Das Fehlentscheidungsrisiko kann, wie alle Risiken, definiert werden als das Produkt aus Schadenswahrschein-

spiegelt; auch die von *Riehm* auf S. 136 genannten materiell-rechtlichen Wertungen (z.B. Verbraucher- und Arbeitnehmerschutz) lassen sich in das Ziel integrieren, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit von Fehlentscheidungen (siehe auch Fn. 66).

56 Vgl. *G. Reinecke*, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1976, S. 19, 53; *D. Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen: insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, Berlin 1966, S. 49.

57 Vgl. *M. Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, Berlin 2002, S. 79.

58 Zu diesem Ziel *Leipold*, Beweislastregeln (Fn. 56), S. 49; *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 53; *M. Friedl*, Beweislastverteilung unter Berücksichtigung des Effizienzkriteriums, Frankfurt am Main 2003, S. 185; *C. Thole*, in: R. Bork/H. Roth (Hrsg.), Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4, 23. Aufl., Tübingen 2018, § 286 Rn. 117.

59 Vgl. *J. Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966, S. 95; *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 44 f., 58 ff.; *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 80 ff.

60 Dazu, dass Fehlurteile sich nicht vollkommen vermeiden lassen, *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 19 f.

lichkeit und Schadenshöhe,⁶¹ wobei der „Schaden“ hier die negativen Folgen einer Fehlentscheidung für den Anspruchsgegner – „falsche“ Verurteilung – oder den Geschädigten – „falsche“ Klageabweisung – bezeichnet. Entsprechend kann das Risiko reduziert werden, indem zu Lasten der Partei entschieden wird, die mit höherer Wahrscheinlichkeit als die andere Partei, also mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, im Unrecht ist (*Kriterium der Wahrscheinlichkeit*)⁶² und für die sich eine Fehlentscheidung weniger gravierend auswirkt (*Kriterium der Folgen*)^{63, 64}. Zwar ist eine exakte Berechnung der Fehlentscheidungsrisiken meist nicht möglich, für eine interessengerechte Verteilung der Beweislast genügt aber eine heuristische Bestimmung anhand von „Daumenregeln“.⁶⁵ Bei der Bewertung der Folgen spielen, wie noch gezeigt wird, auch normative Erwägungen eine Rolle. Die vorgeschlagene Beweislastverteilung berücksichtigt damit auch materiell-rechtliche Wertungen, z.B. eine besondere Schutzwürdigkeit bestimmter Gruppen.⁶⁶

Die drei genannten Kriterien und das dahinterstehende Ziel, Fehlentscheidungsrisiken gering zu halten, können bei der Schaffung und Auslegung gesetzlicher Beweislastregeln (dazu D.) sowie bei der Begründung richterrechtlicher Beweislastregeln (dazu E.) herangezogen werden.

61 Vgl. etwa Art. 3 Nr. 2 KI-VO.

62 Vgl. *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 40 ff., 55 ff.; *G. Stahlmann*, Sozialwissenschaftliche Überlegung zur zivilprozessualen Beweislehre, JA 1978, 157 (164): Wahrscheinlichkeit als „Wahrheitersatz“, als „sozial akzeptierte Verteilungsregel für die Folgen von Ungewißheit“; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen (Fn. 55), S. 131, wonach Beweislastregeln die Aufgabe hätten, ein „besseres“ Ergebnis zu erzielen als eine Zufallsentscheidung und ein Ergebnis dann „besser“ sei, wenn es mit höherer Wahrscheinlichkeit das „richtige Ergebnis“ trifft.

63 Vgl. *Leipold*, Beweislastregeln (Fn. 56), S. 49; *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 66 f.; zu den „sozialen Kosten“ eines fehlerhaften Urteils siehe auch *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 185 ff.

64 Für eine Beweislastverteilung insbesondere nach dem „Wahrscheinlichkeitsprinzip“ und dem „Schutzprinzip“ V. *Wahrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, München 1976, S. 131.

65 Dazu, dass sich Beweislastregeln als „heuristische Entscheidungsregeln begreifen lassen“ und „Faustregeln“ enthalten, *Riehm*, Abwägungsentscheidungen (Fn. 55), S. 132.

66 Vgl. zu solchen Erwägungen *Riehm*, Abwägungsentscheidungen (Fn. 55), S. 136, der diese allerdings *neben* seine „heuristische Lösung“ stellt, wohingegen die hier vorgeschlagene Beweislastverteilung sie mitberücksichtigt.

D. Gesetzliche Beweislastverteilung in der EU-Produkthaftungsrichtlinie

Bei der EU-Produkthaftung trägt grundsätzlich der Geschädigte die Beweislast für den Fehler und die Kausalität des Fehlers für einen Schaden (Art. 10 Abs. 1 ProdHaftRL, vgl. auch Art. 4 ProdHaftRL 1985, § 1 Abs. 4 S. 1 ProdHaftG). Grundsätzlich ist diese Beweislastverteilung gerechtfertigt, da hierdurch *Fehlentscheidungsrisiken* gering gehalten werden können.⁶⁷ Es ist zwar nicht immer, aber doch meistens einfacher zu beweisen, dass es zumutbare Sicherheitsmaßnahmen gab, die den Schaden verhindert hätten, als zu beweisen, dass es solche nicht gab (*Kriterium der Beweismöglichkeiten*).⁶⁸ Unterstellt man, dass über den Schadenshergang nichts Genaueres bekannt ist, erscheint es jedenfalls nicht überwiegend wahrscheinlich, dass ein Fehler des Produkts den Schaden des Anspruchstellers verursacht hat; es ist mindestens genauso wahrscheinlich, dass dies nicht der Fall ist (*Kriterium der Wahrscheinlichkeit*).⁶⁹ Entscheidend dürfte indes das *Kriterium der Folgen* sein: Der Anspruchsteller, der einen Anspruch nicht durchsetzt, wird bei einer generalisierenden, an normative und psychologische Aspekte anknüpfenden, Betrachtung weniger stark belastet als der Gegner, der zu Unrecht verurteilt wird: In der juristischen Literatur ist unter anderem die Rede vom Schutz des „rechtlichen Besitzstandes“; die bestehende Lage wird als schutzwürdiger angesehen.⁷⁰ Aus psychologischer Sicht spricht hierfür,

67 Vgl. zum Folgenden auch *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 112 ff.; *Mayrhofer*, Haftung des Verwenders (Fn. 7), 884; jeweils im Zusammenhang mit der Verschuldenshaftung.

68 Vgl. zur Verschuldenshaftung *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 48; siehe auch *H.-B. Schäfer/K. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2020, S. 246 f.: „ungleich schwierigere Aufgabe“; zurückhaltend *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 131 ff., wonach die Kosten für den Kläger „nicht wesentlich höher“ sein dürften.

69 Vgl. zur Verschuldenshaftung *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 43; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen (Fn. 55), S. 133; siehe auch *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 132; kritisch *H. Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, S. 202 ff., wonach die abstrakte Wahrscheinlichkeit für rechtsbegründende Tatsachen keine Aussagekraft habe.

70 *Leipold*, Beweislastregeln (Fn. 56), S. 49 zum „Schutz der bestehenden Lage, des rechtlichen Besitzstandes“; *Prütting*, Gegenwartsprobleme (Fn. 69), S. 277 f. zum „Gedanken des Angreiferprinzips, des Schutzes von Rechtsfrieden, Besitzstand und bestehender Lage“; *Thole* (Fn. 58), § 286 Rn. 110: „Bevorzugung der rechtlichen Freiheit gegenüber der rechtlichen Gebundenheit“; differenzierend *L. Rosenberg*, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965, S. 97; kritisch zur eigenständigen Bedeutung des „Angreiferprinzips“ *Riehm*, Abwägungsentscheidungen (Fn. 55), S. 135.

dass ein Mensch einen nicht erhaltenen Gewinn (hier: Erhalt des Schadensersatzes durch den Anspruchsteller) in der Regel als weniger schlimm empfindet als einen Verlust (hier: Zahlung der Schadensersatzes durch den Anspruchsgegner).⁷¹

Diese Erwägungen treffen in vielen, aber nicht in allen Fällen zu. Es können Umstände vorliegen, die dazu führen, dass die Beweislast des Geschädigten – weiterhin bei generalisierender Betrachtung – ein größeres Fehlentscheidungsrisiko mit sich bringt als eine Beweislast des Gegners. Der Gesetzgeber kann hierauf mit einer gesetzlichen Beweislastumkehr reagieren. So können z.B. bei der Verschuldenshaftung durch die Beweislastumkehr in § 836 Abs. 1 S. 2 BGB Fehlentscheidungsrisiken verringert werden.⁷² Eine gesetzliche Beweislastumkehr muss nicht unbedingt daran anknüpfen, dass alle drei Kriterien kumulativ gegen die Beweislast des Anspruchstellers sprechen, vielmehr ist auch eine Abwägung möglich. Beispielsweise können sehr gute Beweismöglichkeiten des Anspruchsgegners eine gesetzliche Beweislastumkehr auch dann rechtfertigen, wenn dieser nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit im Unrecht ist.⁷³ Denkbar ist es auch, dass allein das Folgenkriterium eine Beweislastumkehr rechtfertigt, z.B. weil auf der einen Seite eine Partei steht, die aus der schädlichen Tätigkeit sehr große Vorteile zieht und die Schadenskosten umwälzen oder versichern kann und diese deshalb weniger spürt. Hier ähneln die Gründe der Beweislastumkehr denen einer Gefährdungshaftung; zu Recht wird die Haftung für vermutetes Verschulden als Haftung im „Zwischenbereich“ eingeordnet.⁷⁴

Die neue ProdHaftRL kehrt die Beweislast für Fehler und Fehler-Kausalität zwar nicht generell um, sieht aber, anders als die ProdHaftRL 1985, in Art. 10 Abs. 2–4 ProdHaftRL Ausnahmen von der Beweislast des Geschädigten in Form von widerlegbaren „Vermutungen“ oder „Annahmen“ vor, wobei beide Begriffe dasselbe bezeichnen dürften und beides als Vermutung eingeordnet werden kann. Unter bestimmten Umständen (Vermutungsgrundlage) wird von dem Fehler und/oder der Fehler-Kausalität ausgegangen (Vermutungswirkung), sofern der Anspruchsgegner die Ver-

71 Zur „Verlustaversion“ siehe D. Kahnemann/J. Knetsch/R. Thaler, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, *Journal of Economic Perspectives* 1991, 193 (199 ff.); Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse* (Fn. 68), S. 120.

72 Ausführlicher dazu Mayrhofer, *Außervertragliche Haftung* (Fn. 7), S. 117 f.

73 Vgl. Mayrhofer, *Außervertragliche Haftung* (Fn. 7), S. 117.

74 H. Koziol, Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“, *ZEuP* 2004, 324 (238).

mutung nicht widerlegt (Art. 10 Abs. 5 ProdHaftRL).⁷⁵ Der Rückgriff auf die Fehlentscheidungsrisiken kann dazu beitragen, die neuen Vermutungen zu erklären und ihre – teilweise recht unklaren⁷⁶ – Voraussetzungen auszulegen. Sofern die Vermutungen eine bestimmte Wahrscheinlichkeit voraussetzen, ließen sie sich auch als Regeln nicht zur Beweislast, sondern zum Beweismaß einordnen.⁷⁷ Allerdings spricht Erwgr. 42 S. 1 davon, dass das Beweismaß für Fehler und Fehler-Kausalität „gemäß nationalem Recht“ bestimmt wird und aus Erwgr. 48 S. 2 ProdHaftRL folgt zwar, dass die Vermutung in Art. 10 Abs. 4 ProdHaftRL dem „üblichen Beweismaß“ der Mitgliedstaaten Rechnung tragen soll, nicht aber, dass dieses dadurch verändert werden soll. Nach der hier vertretenen, nicht unumstrittenen⁷⁸ Ansicht kann die konkrete Wahrscheinlichkeit nicht nur herangezogen werden für die Frage was im Prozess als „wahr“ gilt (Beweismaß), sondern auch für die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn die „Wahrheit“ nicht feststellbar ist (Beweislast).⁷⁹

Gem. Art. 10 Abs. 2 ProdHaftRL wird der *Fehler* vermutet, wenn der Beklagte es unterlässt, relevante Beweismittel nach Art. 9 Abs. 1 ProdHaftRL offenzulegen (lit. a) oder wenn das Produkt rechtlichen Anforderungen nicht entspricht, die vor dem eingetretenen Schaden schützen sollen (lit. b) oder wenn der Schaden durch eine offensichtliche Funktionsstörung des Produkts bei vernünftigerweise vorhersehbarem Gebrauch oder unter gewöhnlichen Umständen verursacht wurde (lit. c).

Lit. a greift die Kriterien der Beweismöglichkeiten und der Folgen auf: Hat der Gegner relevante Beweismittel, die sich in seiner Verfügungsgewalt befinden (Art. 9 Abs. 1 ProdHaftRL) nicht offengelegt, hat er regelmäßig

75 Dazu, dass die Ziele und Mittel von „Vermutungen“ und „Beweislastnormen“ gleich sind, siehe nur H.-J. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1975, S. 71 ff., dort auch zu den Unterschieden.

76 B. Handorn, Die geplante Revision des europäischen Produkthaftungsrechts (auch) für Medizinprodukte, MPR 2023, 16 (23).

77 So G. Wagner, Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel, JZ 2023, 1 (10); siehe auch P. J. Suißmann, Unblackening the box? – Beweiserleichterungen im europäischen Haftungsrahmen für künstliche Intelligenz, in: M. Dregelies/H. Henke/L. K. Kumkar (Hrsg.), Artificial Intelligence: Rechtsfragen und Regulierung künstlicher Intelligenz im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 2025, S. 203 (217).

78 Vgl. M. Schwab, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in: W. Frisch/W. Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, München 1978, S. 505 (511 ff.); Prütting, Gegenwartsprobleme (Fn. 69), S. 194 ff., 212 f.

79 Näher dazu Mayrhofer, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 132 f. m.w.N.

die besseren Beweismöglichkeiten. Da er gegen die Offenlegungspflicht nach Art. 9 Abs. 1 ProdHaftRL verstoßen hat, ist es ihm bei normativer Betrachtung außerdem sehr gut zumutbar, Fehlentscheidungen hinzunehmen. Bedauernswert ist, dass die ProdHaftRL den Fall, in dem der Gegner Beweismittel zwar nicht *hat*, aber aufgrund von Dokumentationspflichten haben *sollte*, offenbar nicht erfasst.⁸⁰

Lit. b scheint keine eigenständige Bedeutung zu haben, da ein Produkt, das die gesetzlich vorgeschriebene Sicherheit nicht einhält, gem. Art. 7 Abs. 1 Alt. 2 ProdHaftRL bereits nachweislich fehlerhaft ist.⁸¹

Auch in den Fällen von lit. c dürfte häufig ein Fehler nachweisbar sein.⁸² Denn sofern die Funktionsstörung darauf beruht, dass das Produkt von seinem Konstruktionsplan abweicht, ist ein Fabrikationsfehler gegeben.⁸³ Im Übrigen lässt sich hier das Kriterium der Wahrscheinlichkeit ins Feld führen: Bei einer offensichtlichen Funktionsstörung unter normalen Gegebenheiten ist es regelmäßig deutlich wahrscheinlicher, dass ein Fehler vorliegt, als dass das Produkt fehlerfrei ist.⁸⁴ Bremsen z.B. ein autonomes Fahrzeug nicht vor roten Ampeln, spricht viel dafür, dass es nicht die Sicherheit aufweist, die eine Person erwarten darf (Art. 7 Abs. 1 Alt. 1 ProdHaftRL).⁸⁵ Fraglich ist, ob es für eine offensichtliche Störung der „Funktion“ eines Produkts ausreicht, dass ein KI-Produkt eine *einzelne* Fehlentscheidung trifft.⁸⁶ Das Verhalten eines KI-Produkts beruht meist auf Berechnungen

80 Suilmann, Unblackening the box? (Fn. 77), S. 208: keine Einführung von Aufzeichnungs- und Protokollierungspflichten; für eine Vermutung auch in diesem Fall Hacker, European AI liability directives (Fn. 15), 26 („failure to comply with an order to preserve, not only to disclose, evidence“).

81 Mayrhofer, Produktsicherheit und Produkthaftung (Fn. 16), 494; nach Wagner, EU-Produkthaftung (Fn. 5), 144 „ist bei der Schlussredaktion der Richtlinie offenbar durchgerutscht, dass das Europäische Parlament den Fehlerbegriff entsprechend erweitert hatte“.

82 Vgl. Erwgr. 46 S. 7 ProdHaftRL, wo ausgeführt wird, es sei „unverhältnismäßig [...], vom Kläger den Beweis der Fehlerhaftigkeit zu verlangen, wenn die Umstände derart sind, dass ihr Vorliegen unstreitig ist“ und als Beispiel eine „Glasflasche, die bei vernünftigerweise vorhersehbarem Gebrauch platzt“ genannt wird.

83 Vgl. auch Wagner, Produkthaftung für das digitale Zeitalter (Fn. 77), 9, wonach die Regelung auf „digitale Fabrikationsfehler“ ziele.

84 Vgl. Mayrhofer, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 334.

85 Vgl. G. Borges, Der Entwurf einer neuen Produkthaftungsrichtlinie, DB 2022, 2650 (2654).

86 So wohl Borges, Produkthaftungsrichtlinie (Fn. 85), 2654, wonach bereits bei einem „fehlerhaften Verhalten des Systems, etwa dem Fahrfehler eines automatisierten Fahrzeugs“, die Vermutung eingreife (in diese Richtung auch Hacker, European AI liability directives (Fn. 15), 25).

von Wahrscheinlichkeiten, die naturgemäß nicht immer zu den richtigen Ergebnissen führen, sodass Fehlentscheidungen kaum vollständig vermeidbar sind;⁸⁷ dies gehört in gewisser Weise zu dessen Funktion. Man wird hier anhand der Gefährlichkeit des konkreten Fehlverhaltens differenzieren müssen. Bei einem autonomen Fahrzeug dürfte z.B. ein etwas zu spätes Stoppen beim langsamen Einparken nicht für eine Funktionsstörung genügen, wohl aber das Überfahren auch nur einer roten Ampel. Dies schließt es nicht aus, den Fehler im ersten Fall *nachzuweisen*; lediglich die Vermutung in Art. 10 Abs. 2 lit. c ProdHaftRL greift dann nicht.

Nach Art. 10 Abs. 3 ProdHaftRL wird die *Fehler-Kausalität* vermutet, wenn das Produkt fehlerhaft ist und der entstandene Schaden seiner Art nach typischerweise auf den betreffenden Fehler zurückzuführen ist. Dabei dürfte es sich um eine gesetzliche Regelung eines Anscheinsbeweises handeln.⁸⁸ Im deutschen Recht spielt der Anscheinsbeweis herkömmlicherweise bei der *Beweiswürdigung* eine Rolle, nicht bei der Beweislast.⁸⁹ Deshalb wurde er bereits unter der ProdHaftRL 1985, welche die Beweislast abschließend⁹⁰ dem Geschädigten auferlegte, für anwendbar gehalten.⁹¹ Der Anscheinsbeweis ähnelt als „tatsächliche Vermutung“⁹² der gesetzlichen Vermutung (vgl. § 291 ZPO) und damit der Beweislastumkehr insofern, als er es erlaubt, von einer feststehenden Situation auf das zu beweisende Merkmal zu schließen.⁹³ Ein Unterschied besteht nach dem BGH aber darin, dass eine gesetzliche Vermutung die begünstigte Partei auch von der *Darlegungslast* für das vermutete Merkmal befreit, wohingegen dieses

87 K. A. Chagal-Feferkorn, Am I an Algorithm or a Product? When Products Liability Should Apply to Algorithmic Decision-Makers, Stanford Law Review 2019, 61 (84); Beckers/Teubner, Three Liability Regimes (Fn. 43), S. 74.

88 Wagner, Produkthaftung für das digitale Zeitalter (Fn. 77), 10: „eigenwillige Paraphrasierung der Voraussetzungen des Anscheinsbeweises“; vgl. auch M. Becker/A. Bell/H. Meyer, Die neue EU-Produkthaftungs-RL und ihre Folgen für das deutsche Produkthaftungsrecht, NJW 2024, 3745 (3749); siehe zum Anscheinsbeweis auch bereits oben vor und mit Fn. 46.

Vgl. BGH NJW 2019, 661 Rn. 49 f.

89 Vgl. BGH NJW 2019, 661 Rn. 49 f.

90 Siehe dazu noch vor und mit Fn. 107.

91 M. Seibl, in: B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beck-online.GROSS-KOMMENTAR, 1.7.2025, ProdHaftG § 1 Rn. 142; BGH NJW 2023, 3159 Rn. 26; jeweils unter Hinweis auf EuGH NJW 2017, 2739.

92 Vgl. BGH NJW 2010, 363 Rn. 15.

93 Siehe nur BGH NJW 2019, 661 Rn. 49 f. m.w.N.

bei tatsächlichen Vermutungen vorgetragen werden muss.⁹⁴ Daher wird die zu erwartende Normierung des Anscheinsbeweises im deutschen Umsetzungsgesetz nicht völlig ohne praktische Wirkung bleiben. Für die von Art. 10 Abs. 3 ProdHaftRL vorausgesetzte Typizität dürfte es, wie beim herkömmlichen deutschen Anscheinsbeweis,⁹⁵ erforderlich sein, dass ein Erfahrungssatz vorliegt, der es erlaubt, auf die Kausalität zu schließen.⁹⁶ Wie stark der Erfahrungssatz sein muss, also wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Kausalität angesichts des Fehlers und der Art des Schadens sein muss, dürfte nach dem nationalen Beweismaß zu beurteilen sein (vgl. Erwgr. 42 S.1 ProdHaftRL). Im deutschen Recht genügt für einen Anscheinsbeweis die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht, sondern es muss das allgemeine Beweismaß erreicht werden.⁹⁷ Es ließe sich zwar überlegen, Art. 10 Abs. 3 ProdHaftRL im Wege einer autonomen Auslegung des Begriffs „typischerweise“ die zusätzliche Bedeutung beizumessen, dass bei der Fehler-Kausalität eine unionsrechtlich vereinheitlichte, möglicherweise geringere Wahrscheinlichkeit gelten soll. Hiergegen spricht allerdings, dass Art. 10 Abs. 4 ProdHaftRL explizit eine an die Wahrscheinlichkeit – und weitere Voraussetzungen – anknüpfende Vermutung der Fehler-Kausalität vorsieht.

Schließlich geht das Gericht nach Art. 10 Abs. 4 ProdHaftRL von dem *Fehler*, von der *Fehler-Kausalität* oder von *beidem* aus, wenn es trotz Offenlegung gem. Art. 9 ProdHaftRL und unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Falles für den Anspruchsteller insbesondere aufgrund der technischen oder wissenschaftlichen Komplexität übermäßig schwierig ist, die Haftungsvoraussetzung nachzuweisen (lit. a) und es wahrscheinlich ist, dass diese gegeben ist (lit. b). Diese Regelung knüpft an Beweismöglich-

94 BGH NJW 2010, 363 Rn. 13, 15; a.A. Musielak, JA 2010, 561 (564 f.), wonach auch bei der gesetzlichen Vermutung eine Vortragslast bestehen solle.

95 Siehe nur BGH NJW 2019, 661 Rn. 50 m.w.N.

96 Vgl. Hacker, European AI liability directives (Fn. 15), 26, der sich bei der Auslegung der Vorschrift an den Voraussetzungen der tatsächlichen Vermutung orientieren möchte.

97 BGH NJW 1951, 360, wonach es sich bei dem Anscheinsbeweis nicht um einen „Wahrscheinlichkeitsbeweis“ handle, vielmehr müsse „der festgestellte Sachverhalt derart sein, daß er unter Verwertung allgemeiner Erfahrungssätze, insbesondere der allgemeinen Lebenserfahrung, die Überzeugung des Richters in vollem Umfang begründet“; BGH NJW-RR 1988, 789 (790), wonach es für den Anschein nicht genüge, dass „die eine Möglichkeit wahrscheinlicher ist als die andere“; a.A. F. v. Zezschwitz, Das Gewissen als Gegenstand des Beweises, JZ 1970, 233 (239): Anscheinsbeweis als „Anwendungsfall des Grundsatzes der überwiegenden Wahrscheinlichkeit“.

keiten (lit. a) und Wahrscheinlichkeiten (lit. b) an. Art. 10 Abs. 4 ProdHaftRL verlangt allerdings keine besseren Beweismöglichkeiten des Gegners, sondern nur Beweisschwierigkeiten des Klägers. Bei KI-Produkten sind solche Schwierigkeiten aufgrund der Komplexität der verwendeten Technologien meist gegeben (vgl. Erwgr. 48 S. 6 ProdHaftRL). Wann diese „übermäßig“ sind, ist nicht ganz klar;⁹⁸ die Anforderungen dürften aber nicht zu hoch sein. Nach Erwgr. 48 S. 7 sollte der Kläger zwar „Argumente vorbringen“ müssen, „der Beweis solcher Schwierigkeiten“ sollte jedoch nicht verlangt werden. Die besseren Beweismöglichkeiten des Gegners scheint die ProdHaftRL zu unterstellen; Erwgr. 48 S. 4 führt aus, dass „die Hersteller über Fachwissen verfügen und besser informiert sind als die geschädigte Person“. Dies ist bei KI-Produkten allerdings nicht immer zutreffend. Handelt es sich bei diesen um „black-boxes“, kann es für *alle* Personen ausgeschlossen sein, die Fehlerhaftigkeit aufzuklären.⁹⁹ Nicht immer war der Hersteller verpflichtet, für die Aufklärbarkeit zu sorgen, z.B. durch „Explainable AI“. Den unterschiedlichen Beweismöglichkeiten des Herstellers kann indes durch eine differenzierende Auslegung der – in der ProdHaftRL nicht näher spezifizierten¹⁰⁰ – Wahrscheinlichkeit (lit. b) Rechnung getragen werden: Ist nur die *Fehler-Kausalität* ungewiss, wird ein Defizit an Beweismöglichkeiten bereits durch das Kriterium der Folgen ausgeglichen: Dem Wirtschaftsakteur, der i.S.v. Art. 8 ProdHaftRL für ein *fehlerhaftes* Produkt¹⁰¹ verantwortlich ist, sind bei normativer Betrachtung Fehlentscheidungen eher zumutbar. Insofern müssen an die Wahrscheinlichkeit keine besonders hohen Anforderungen gestellt werden. Für die Kausalitätsvermutung sollte somit eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen.¹⁰² Ist dagegen bereits das Vorliegen eines *Fehlers* unklar, greift

98 Handorn, Revision des EU-Produkthaftungsrechts (Fn. 76), 23.

99 Y. Bathaee, The artificial intelligence black box and the failure of intend and causation, Harvard Journal of Law & Technology 2018, 889, 891 f., 907; Sommer, Autonome Systeme (Fn. 48), S. 46.

100 Vgl. Handorn, Revision des EU-Produkthaftungsrechts (Fn. 76), 23.

101 Nicht ganz klar ist, ob die Kausalitätsvermutungen gem. Art. 10 Abs. 3, Abs. 4 ProdHaftRL auch dann eingreifen können, wenn der Fehler nicht im eigentlichen Sinne nachgewiesen ist, sondern nach Art. 10 Abs. 2, Abs. 4 ProdHaftRL vermutet wird; dagegen G. Spindler, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, CR 2022, 689 (698); dafür Hacker, European AI liability directives (Fn. 15), 26; Suilmann, Unblackening the box? (Fn. 77), S. 215.

102 So auch Wagner, Produkthaftung für das digitale Zeitalter (Fn. 77), 10; siehe auch A.-K. Mayrhofer, Bewältigung von Beweisproblemen im digitalen Zeitalter: Offen-

diese Erwägung nicht.¹⁰³ Fehlt es hier an besseren Beweismöglichkeiten und war der Hersteller auch nicht verpflichtet, für die Aufklärbarkeit zu sorgen, sollten daher höhere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit gestellt werden. Diese sollte in diesem Fall zumindest deutlich überwiegen. Eine solche differenzierende, die jeweiligen Fehlentscheidungsrisiken berücksichtigende Auslegung der Wahrscheinlichkeit ist auch mit dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 4 ProdHaftRL vereinbar: Indem dieser die „Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Falles“ verlangt, erlaubt er es, unterschiedliche Anforderungen hieran zu stellen.

Wie bisher, trägt der Beklagte außerdem die Beweislast für die Haftungsausschlüsse (Art. 11 Abs. 1 ProdHaftRL; vgl. auch Art. 7 ProdHaftRL 1985, § 1 Abs. 4 S. 2 ProdHaftG). Diesbezüglich hat der Wirtschaftsakteur in der Regel bessere Beweismöglichkeiten. Beispielsweise wird er meist eher in der Lage sein, nachzuweisen, dass er das Produkt nicht in den Verkehr gebracht hat (Art. 11 Abs. 1 lit. a ProdHaftRL) oder dass der Fehler nicht erkannt werden konnte (lit. e). Zudem dürfte das Vorliegen der haftungsbefreienden Umstände weniger wahrscheinlich sein als deren Nichtvorliegen. Schließlich ist es einem Wirtschaftsakteur, der i.S.v. Art. 8 ProdHaftRL an der Produktion oder dem Vertrieb eines *fehlerhaften* Produkts mitgewirkt hat, zumutbar, trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes haften zu müssen. Zweifel an dieser Bewertung könnte man hinsichtlich des Ausschlussgrunds der Fehlerfreiheit beim Inverkehrbringen bzw. der gleichgestellten Zeitpunkte, in denen der Hersteller die Kontrolle über das Produkt verloren hat, haben (Art. 11 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL).¹⁰⁴ Hat der Hersteller die Kontrolle über das Produkt verloren, kann der Zeitpunkt der Entstehung des Fehlers für ihn schwer nachweisbar sein und ist auch fraglich, ob die Entstehung während des Kontrollzeitraums wahrscheinlicher ist und für den Wirtschaftsakteur Fehlentscheidungen weniger gravierend sind. Allerdings hilft Art. 11 Abs. 1 lit. c ProdHaftRL dem Hersteller insoweit, als er nur nachweisen muss, dass der Fehler im maßgeblichen Zeitpunkt „wahrscheinlich“ noch nicht vorlag, was in Deutschland herkömmlicherweise als Beweismaßre-

legungs- und Beweislastregeln im Entwurf einer neuen Produkthaftungsrichtlinie, EuZW 2024, 241 (242).

103 Vgl. Mayrhofer, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 430.

104 Vgl. zur ProdHaftRL 1985 H. C. Taschner, Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, NJW 1986, 611 (614), wonach der Gesetzgeber „hier vor der schweren Aufgabe, wem er die Beweislast [...] auferlegen sollte“, stand; nach Taschner hat der Hersteller aufgrund der Möglichkeit von dokumentierten Ausgangskontrollen die besseren Beweismöglichkeiten.

duktion eingeordnet wird.¹⁰⁵ Trotz des geänderten Wortlauts (vgl. Art. 7 lit. b ProdHaftRL 1985, § 1 Abs. 2 Nr. 2 ProdHaftG: „davon auszugehen ist“) dürfte hierfür weiterhin eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend und erforderlich sein.¹⁰⁶

E. Richterrechtliche Beweislastverteilung bei der nationalen Produzentenhaftung

Art. 10 ProdHaftRL regelt die Beweislast abschließend. Eine richterrechtliche Beweislastumkehr ist bei der EU-Produkthaftung aufgrund der Vollharmonisierung in diesem Bereich (Art. 3 ProdHaftRL) – wie schon unter der ProdHaftRL 1985 angenommen¹⁰⁷ – nicht möglich. Anders verhält es sich bei der nationalen Haftung für Verschulden nach §§ 823 ff. BGB, die nach Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL grundsätzlich von der EU-Produkthaftung unberührt bleibt (vgl. Erwgr. 9).¹⁰⁸ Unter Berücksichtigung der Aufgabe von Beweislastregeln, Fehlentscheidungsrisiken gering zu halten, kann bei der Verschuldenshaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB generell eine richterrechtliche Beweislastumkehr vorgenommen werden, sofern die drei genannten Kriterien dafür sprechen (I.). Speziell im Bereich der Produzentenhaftung ermöglicht es eine Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken, die Linien des BGH klarer zu begründen und für KI-Produkte weiterzuentwickeln (II.).

105 Vgl. zum ProdHaftG bzw. zur ProdHaftRL 1985 BT-Drs. 11/5520, 13; H. C. Taschner, in: H. C. Taschner/H. Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar, 2. Aufl., München 1990, RL 85/374/EWG Art. 7 Rn. 12; G. Wagner, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/ B. Limperg/ C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 9. Aufl., München 2024, ProdHaftG § 1 Rn. 38.

106 Vgl. zum ProdHaftG Wagner (Fn. 105), ProdHaftG § 1 Rn. 38; OLG München BeckRS 2011, 10312 Rn. 9.

107 Vgl. EuGH NJW 2015, 927 Rn. 26 ff.; EuGH NJW 2017, 2739 Rn. 24 ff.; Seibl (Fn. 91), ProdHaftG § 1 Rn. 143, auch zu möglichen Ausnahmen.

108 Siehe bereits Fn. 9.

I. Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken bei der Verschuldenshaftung

Eine richterliche Abweichung von den gesetzlichen Beweislastregeln ist rechtfertigungsbedürftig.¹⁰⁹ Mit *Leipold* kann vorausgesetzt werden, dass eine „dringende Notwendigkeit“ für eine Modifizierung besteht und der Grund der Beweislastumkehr „klar herausgearbeitet und in plausible Anwendungsvoraussetzungen umgemünzt wird“.¹¹⁰ Eine richterrechtliche *Beweislastumkehr nach Fehlentscheidungsrisiken* erfüllt diese Voraussetzungen:¹¹¹ Die Grundregel einer Beweislast des Geschädigten für die schadensursächliche Pflichtverletzung beruht auf einer schlüssigen abstrakten Bewertung der Fehlentscheidungsrisiken. Diese Bewertung ist in vielen, aber nicht in allen Fällen zutreffend. Die Grundregel muss zwar nicht in jedem dieser Fälle durchbrochen werden, etwa wegen ausnahmsweise besserer Beweismöglichkeiten des Gegners im konkreten Fall. Eine richterrechtliche Beweislastumkehr ist aber angezeigt, wenn ein *erhebliches Gefälle* zwischen der Fehlentscheidungsgefahr ohne und der Fehlentscheidungsgefahr mit Beweislastumkehr besteht. Dann besteht eine „dringende Notwendigkeit“ für eine Modifizierung. Der Begründungsaufwand ist also höher als bei einer gesetzlichen Beweislastumkehr, für die, wie gesehen, z.B. allein die Beweismöglichkeit ausschlaggebend sein kann (dazu D.). Ein erhebliches Gefälle liegt vor, wenn der Gegner erstens, bessere Beweismöglichkeiten hat (Kriterium der Beweismöglichkeit) und zweitens, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit im Unrecht ist (Kriterium der Wahrscheinlichkeit). Dann kann die Wertung, dass der Geschädigte durch eine Fehlentscheidung weniger stark belastet wird zumindest dann zurücktreten, wenn drittens, die Folgen einer Fehlentscheidung für den Gegner nicht unzumutbar sind (Kriterium der Folgen).¹¹² Demnach lässt sich folgende Regel aufstellen, die den Grund der Beweislastumkehr in „plausible Anwendungsvor-

109 Vgl. BGH NJW 1985, 1774 (1775).

110 D. *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1985, S. 22; siehe auch H.-J. *Musielak*, Grundfragen des Beweisrechts, München 1984, S. 133, wonach Sonderregeln der Beweislast „des besonderen Nachweises ihrer Geltung“ erfordern würden.

111 Vgl. dazu bereits *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 125 ff.; *Mayrhofer*, Haftung des Verwenders (Fn. 7), 886 f.

112 Für die Zumutbarkeit wird man, ähnlich wie bei der Fahrlässigkeit, nicht auf das Individuum, sondern auf einen Angehörigen des Verkehrskreises des Schädigers abstellen müssen, vgl. *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 118.

aussetzungen“ ummünzt: *Eine schadensursächliche Pflichtverletzung wird vermutet, wenn der Anspruchsgegner erstens, die besseren Beweismöglichkeiten hat als der Geschädigte, es zweitens, wahrscheinlicher ist, dass der Schaden auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Anspruchsgegners beruht, als dass er unabhängig von einer Pflichtverletzung desselben entstanden ist und drittens, die Folgen einer Fehlentscheidung für den Anspruchsgegner nicht unzumutbar sind.*¹¹³ Es kann entweder die Sorgfaltspflichtverletzung oder der Pflichtwidrigkeitszusammenhang oder beides vermutet werden.

Die Regel entfernt sich in manchen Punkten von den herrschenden Prinzipien.¹¹⁴ Sie arbeitet offen mit Heuristiken und weist der Wahrscheinlichkeit eine bedeutende Rolle zu.¹¹⁵ Hierdurch ermöglicht sie aber zweck- und verhältnismäßige Lösungen im Einzelfall. Die Einzelfallprüfung führt zwar dazu, dass die Beweislast schwerer vorhersehbar ist.¹¹⁶ Allerdings dürften die Parteien meist in der Lage sein, die Beweismöglichkeiten, die Folgen von Fehlentscheidungen und die Wahrscheinlichkeiten so abzuschätzen, dass sie die Beweislast dennoch hinreichend beurteilen können. Insbesondere müssen die Kriterien kumulativ vorliegen, sodass keine – in der Tat schwer vorhersehbare – Abwägung erforderlich ist.¹¹⁷ Um das Prozessrisiko zu kalkulieren, müssen die Parteien ohnehin prüfen, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Anspruch besteht.¹¹⁸ Eine Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken im Einzelfall führt also nicht zu einer erheblich erhöhten Ungewissheit oder zu überzogenen Lasten für die Parteien.¹¹⁹

113 Siehe bereits *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 129; ähnlich die Formel von *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 83 ff.

114 Vgl. dazu bereits *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 129 ff.; *Mayrhofer*, Haftung des Verwenders (Fn. 7), 886 f.

115 Gegen eine Beweislastverteilung nach konkreten Wahrscheinlichkeiten etwa *Schwab*, Abkehr von der Normentheorie (Fn. 78), S. 511 ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme (Fn. 69), S. 194 f., 212 f.; *I. Saenger*, in: *I. Saenger* (Hrsg.), Handkommentar Zivilprozessordnung, 10. Aufl., Baden-Baden 2023, § 286 Rn. 58.

116 Nach *Thole* (Fn. 57), § 286 Rn. 117 muss die Abwägung möglicher Fehlurteile abstrakt-normativ vorgenommen werden, nicht im konkreten Fall; kritisch zur Berücksichtigung der konkreten Wahrscheinlichkeit auch *H. Peters*, Die Beweislast, MDR 1949, 66 (68); *Prütting*, Gegenwartsprobleme (Fn. 69), S. 194 f., 212 f.

117 Anders die Formel von *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 83 ff.; siehe auch *Expert Group on Liability and New Technologies*, Liability for AI (Fn 19), 49 ff.

118 Ähnlich *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 105 ff. zu der dort entwickelten Formel.

119 Zu weiteren Einwänden, u.a. hinsichtlich der Einordnung als Beweislastregel an Stelle einer Verortung der Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beim *Beweismaß* (siehe bereits C.), *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 132 ff.

In der von der Rspr. bereits praktizierten sog. *Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*¹²⁰ sind die Kriterien dieser Regel ansatzweise, aber nicht vollständig erkennbar: Nach dem BGH muss sich der Anspruchsgegner vom Vorwurf der Pflichtverletzung entlasten, wenn die „Schadensursache [...] aus dem Gefahren- und Verantwortungsbereich des Anspruchsgegners hervorgegangen“ ist und „die Sachlage den Schluss, dass dieser die ihm obliegende Sorgfalt verletzt hat“, rechtfertigt.¹²¹ Der „Gefahren- und Verantwortungsbereich“ deutet auf die besseren Beweismöglichkeiten,¹²² der „Schluss“ von der Sachlage auf die fragliche Haftungsvoraussetzung auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen hin.¹²³ Ganz klar ist die Formulierung jedoch nicht.¹²⁴ Jedenfalls ist ihr kein bestimmter Wahrscheinlichkeitsgrad zu entnehmen und das Folgenkriterium kommt nicht zum Ausdruck. Die Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken lässt sich daher wohl nicht schon auf diese Rechtsprechung stützen.

II. Erweiterung der Beweislastumkehr bei der Produzentenhaftung

Im Bereich der Produzentenhaftung ermöglicht es die Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken zunächst, die Ergebnisse, zu denen der BGH bei der Auslegung von § 823 Abs. 1 BGB gelangt, klarer zu begründen. Nach dem BGH muss der Geschädigte bei *Fabrikations-* und *Konstruk-*

120 Vgl. nur BGHZ 67, 383 (387) m.w.N. Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen hat ihren Ursprung im vertraglichen Bereich. In der Literatur wird dafür plädiert, die Grundsätze allgemein auch außerhalb von Sonderverbindungen anzuwenden, vgl. *Prölss*, Beweiserleichterungen (Fn. 59), S. 74 ff.; *C. von Bar*, Verkehrspflichten, München 1980, S. 298 ff.; *G. Brüggemeier*, Produzentenhaftung für Inhaber von Restaurants, VersR 1983, 116 (117); *Wagner* (Fn. 105), BGB § 823 Rn. 105; a.A. *H.-J. Musielak*, Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, AcP 176 (1976), 465 (484). Der BGH folgt dem jedenfalls bei der Produzentenhaftung, vgl. BGHZ 51, 91 (105 f.).

121 Siehe nur BGH NJW-RR 2017, 622 Rn. 13; BGH NJW-RR 1990, 1422 (1423); jeweils zum Vertragsrecht und m.w.N.

122 Vgl. *Reinecke*, Beweislastverteilung (Fn. 56), S. 49.

123 Vgl. *Wahrendorf*, Prinzipien der Beweislast (Fn. 64), S. 105 f., der diese Formulierung mit einem „hohen Maß an Wahrscheinlichkeit für ein schuldhaftes Verhalten“ verknüpft.

124 Vgl. auch *Prütting*, Gegenwartsprobleme (Fn. 69), S. 218, wonach sich der „hinter der Gefahrenbereichslehre stehende Gedanke einer Beweisnot des Geschädigten und einer Beweisnähe des Schädigers [...] durch räumlich abgegrenzte Sphären oft nicht realisieren“ lasse.

tionsfehlern nicht die schadensursächliche Sorgfaltspflichtverletzung des Gegners nachweisen, sondern nur, dass „sein Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist“.¹²⁵ Bei *Instruktionsfehlern* muss nur feststehen, dass „die von einem Produkt ausgehende Gefahr objektiv eine Information der Verwender erfordert hätte und daß der Hersteller die Sache ohne eine solche Instruktion in den Verkehr gegeben hat“.¹²⁶ Der Geschädigte muss also zwar – wie bei der EU-Produkthaftung – Fehler, Schaden und Fehler-Kausalität nachweisen sowie – anders als bei der EU-Produkthaftung – auch das Vorliegen des Fehlers beim Inverkehrbringen („Gefahren- und Organisationsbereich“).¹²⁷ Der Hersteller trägt jedoch die Beweislast dafür, dass er – ggf. durch seine Organwalter (§ 31 BGB) – nicht schuldhaft gehandelt hat, weil die Verletzung unvermeidbar oder unvorhersehbar und somit nicht fahrlässig war (§ 276 Abs. 2 BGB)¹²⁸. Hintergrund der Rspr. sind vor allem die besseren Beweismöglichkeiten des Herstellers, der – anders als der Geschädigte – die „Produktionssphäre“, überblickt.¹²⁹

Diese Erwägungen gelten auch für *fehlerhafte* KI-Produkte,¹³⁰ obwohl bei „black-boxes“ auch für den Hersteller Aufklärungsschwierigkeiten bestehen können¹³¹. Anders als bei Art. 10 Abs. 4 ProdHaftRL wird nach der Rspr. des BGH nicht der Fehler selbst vermutet; dieser ist vielmehr Teil der Vermutungsgrundlage. Hinsichtlich der Vorgänge, die den Fehler in der Organisation des Herstellers verursacht haben, hat der Hersteller aber auch bei KI-Produkten die besseren *Beweismöglichkeiten*. Eine schadensursächliche

125 BGHZ 80, 186 (196); siehe auch schon BGHZ 51, 91 (102); BGH NJW 1975, 1827 (1828).

126 BGH NJW 1999, 2815 (2816); siehe auch BGHZ 116, 60 (70); BGH NJW 1995, 1286 (1288).

127 Vgl. auch BGHZ 114, 284 (296).

128 Zu Vermeidbarkeit und Vorhersehbarkeit als Voraussetzungen der Fahrlässigkeit siehe nur B. Schaub, in B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, I.9.2024, BGB § 276 Rn. 60 ff.

129 BGHZ 51, 91 (102); BGHZ 116, 104 (109 f.).

130 Vgl. Spindler, Haftung für autonome Systeme (Fn. 1), S. 154 zu Robotern; G. Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme, AcP 217 (2017), 707 (713); R. A. Weingart, Vertragliche und außervertragliche Haftung für den Einsatz von Softwareagenten, Baden-Baden 2022, S. 190 ff. zu Software; kritisch M.-R. McGuire, in: U. Foerste/F. Graf v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, 4. Aufl., München 2024, § 58 Rn. 65.

131 Siehe dazu oben vor und mit Fn. 99.

Pflichtverletzung ist im Fall eines schadensursächlichen Fehlers bei Inverkehrbringen auch *überwiegend wahrscheinlich*. Entspricht das Produkt in diesem Zeitpunkt nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen, spricht einiges dafür, dass der Hersteller die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten hat,¹³² denn der Hersteller „bestimmt und organisiert den Herstellungsprozeß und die Auslieferungskontrolle der fertigen Produkte“¹³³. Schließlich sind dem Hersteller einzelne Fehlentscheidungen auch *nicht unzumutbar*:¹³⁴ Er beeinflusst das Produktrisiko und zieht Vorteile aus der Produktion, welche die Nachteile in gewisser Weise kompensieren. Insbesondere kann der Hersteller sich versichern und durch die Preisgestaltung Kosten auf die Kunden abwälzen.¹³⁵

Darüber hinaus kann bei KI-Produkten die Rspr. zur Produzentenhaftung erweitert werden.¹³⁶ Möglich ist insbesondere eine Erweiterung in zeitlicher Hinsicht:¹³⁷ Bei Risiken, die erst *nach* dem Inverkehrbringen für das Herstellerunternehmen vermeidbar oder erkennbar werden, auf die also im Rahmen der *Produktbeobachtungspflichten* reagiert werden muss,¹³⁸ soll nach dem BGH die Beweislastumkehr nicht gelten. Hier soll der Geschädigte „den Nachweis führen, daß [der Hersteller] objektiv seine Instruktionspflicht verletzt hat“ und damit „dem Hersteller nachweisen, daß nach dem für dessen Handeln maßgebenden Stand der Wissenschaft, der Technik usw. die Gefahr erkennbar war und zumutbare Möglichkeiten der Gefahrenabwehr vorhanden waren“.¹³⁹ Der Geschädigte hat danach nicht nur den Fehler, sondern, entsprechend den allgemeinen Beweislastregeln des § 823 Abs. 1 BGB, auch die Vermeidbarkeit und grundsätzlich auch die

132 Ausführlicher dazu *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 139 ff.; a.A. wohl *Friedl*, Effizienzkriterium (Fn. 58), S. 138.

133 BGHZ 51, 91 (102).

134 Siehe dazu bereits dazu *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 140 f.

135 Siehe zum Gedanken, die Beweislastumkehr mit dem „Gesichtspunkt des Unternehmensrisikos“ und der „Gewinnchance des Unternehmers bei moderner Massenproduktion“ zu legitimieren, *Prütting*, Gegenwartsprobleme (Fn. 69), S. 225; siehe auch *A. Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001, S. 132.

136 Siehe zum Folgenden und zu weiteren Erweiterungen bereits *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 334 ff.

137 Siehe auch *Wagner*, Verantwortlichkeit (Fn. 43), 729, wonach der Begriff des Inverkehrbringens zu „dynamisieren“ sei.

138 Vgl. zu den Produktbeobachtungspflichten bei autonomen Systemen bereits *Spindler*, Haftung für autonome Systeme (Fn. 1), S. 149.

139 BGHZ 80, 186 (199); siehe auch BGHZ 116, 60 (70).

Erkennbarkeit¹⁴⁰ durch den Unternehmensträger nachzuweisen. Nach dem BGH lässt sich nach dem Inverkehrbringen „in aller Regel nicht sagen, der Geschädigte hätte Vorgänge aufzuklären, die sich in einem Bereich zugetragen haben, der allein dem Produzenten, nicht aber dem Benutzer zugänglich war“.¹⁴¹ Bei herkömmlichen Produkten ist eine Beweislastumkehr unter dem Gesichtspunkt der Fehlentscheidungsrisiken in der Tat meist nicht gerechtfertigt: Hier überblickt und kontrolliert nach dem Inverkehrbringen der Verwender, nicht der Hersteller maßgeblich das Verhalten des Produkts.¹⁴² Bei KI-Produkten und anderen Softwareprodukten ist dies anders: Hier bleibt der Hersteller typischerweise mit dem Produkt verbunden, sammelt Daten, auf die der Geschädigte keinen Zugriff hat, und kann es besser überwachen¹⁴³ und mittels Updates die Sicherheitseigenschaften auch nachträglich modifizieren¹⁴⁴. Deshalb hat er auch nach Inverkehrbringen regelmäßig bessere Beweismöglichkeiten. Bei den Herstellern von KI-Produkten sind die Erkenntnismöglichkeiten nach dem Inverkehrbringen, anders als im Fall der vom BGH bisher behandelten Produkte, nicht auf „allgemein zugängliche Veröffentlichungen und [...] Erfahrungen, die dessen Benutzer mit dem Produkt inzwischen gemacht haben“,¹⁴⁵ beschränkt, sondern reichen deutlich weiter. Aufgrund der fortbestehenden Möglichkeiten, auf das Produkt Einfluss zu nehmen, ist auch die Wahrscheinlichkeit einer Schadensursächlichen Sorgfaltspflichtverletzung höher als bei herkömmlichen Produkten. Es spricht somit viel dafür, bei KI-Produkten eine Beweislastumkehr so lange anzunehmen, wie der Hersteller mit dem Produkt in einer Art und Weise verbunden bleibt, die ihm eine mit der ursprünglichen

140 Vom Nachweis der „inneren Sorgfalt“ soll der Hersteller allerdings entlastet werden, vgl. BGHZ 80, 186 (199); ausführlicher dazu *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 351 f.

141 BGHZ 80, 186 (198).

142 Vgl. *Wagner*, Verantwortlichkeit (Fn. 43), 738.

143 Vgl. *J.-P. Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung, München 2016, S. 159 f.; *Wagner*, Autonome Systeme (Fn. 130), 751; *P. Schrader*, Herstellerhaftung nach dem StVG-ÄndG 2017, DAR 2018, 314 (317); *B. von Bodungen*, Zivilrechtliche Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz im autonomen Straßenverkehr von morgen. Geltendes Recht und Reformbestrebungen auf EU-Ebene, SVR 2022, 1 (4); *G. Wiebe*, IT-sicherheitsbezogene Pflichten von Herstellern smarter Produkte, InTeR 2021, 65 (69), wo auch auf die datenschutzrechtlichen Grenzen hingewiesen wird.

144 *Wagner*, Verantwortlichkeit (Fn. 43), 728; *P. Schrader*, Neujustierung der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung bei der Fahrzeugautomatisierung, DAR 2022, 9 (10).

145 BGHZ 80, 186 (198).

Kontrolle vergleichbare Kontrolle ermöglicht.¹⁴⁶ Hierdurch nähert sich die Deliktshaftung der EU-Produkthaftung: Dort haftet der Wirtschaftsakteur, anders als bisher, regelmäßig auch für Fehler, die zwar erst nach Inverkehrbringen, aber vor dem Verlust der „Kontrolle des Herstellers“ entstanden sind (Art. 7 Abs. 2 lit. e, 11 Abs. 2¹⁴⁷ ProdHaftRL) oder erkennbar wurden (Art. 11 Abs. 1 lit. e ProdHaftRL).¹⁴⁸ „Kontrolle des Herstellers“ liegt nach Art. 4 Nr. 5 ProdHaftRL vor, wenn der Hersteller dem Hinzufügen einer Komponente (einschließlich Updates) oder der Änderung eines Produkts zustimmt (lit. a) oder wenn er in der Lage ist, Updates bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen (lit. b). Anders als bei der EU-Produkthaftung kann der Hersteller sich jedoch im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB durch den Nachweis fehlenden Verschuldens exkulpieren. Dieser Nachweis dürfte zwar nicht einfach sein; damit die Produzentenhaftung effektiv auf anderen Gründen als der Fehlerhaftigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 4 lit. b ProdHaftRL beruht, darf er aber auch praktisch unmöglich gemacht werden.¹⁴⁹

Diese Erweiterung in zeitlicher Hinsicht befreit den Geschädigten nicht davon, den Fehler und die Fehler-Kausalität nachzuweisen. Grundsätzlich ist es allerdings auch denkbar, eine Beweislastumkehr nach Fehlentscheidungsrisiken unabhängig vom Nachweis eines schadensursächlichen Fehlers vorzunehmen.¹⁵⁰ Jedoch müssen dann neben den – nicht immer gegebenen¹⁵¹ – besseren Beweismöglichkeiten des Herstellers andere Umstände vorliegen, die eine schadensursächliche Pflichtverletzung überwiegend

146 Zum maßgeblichen Zeitraum vgl. *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 297 ff.

147 Art. 11 Abs. 2 ProdHaftRL umfasst allerdings nicht alle Fälle der „Kontrolle des Herstellers“.

148 Ausführlich dazu A.-K. *Mayrhofer*, Farewell to the ‘Factory Gate Principle’? – Liability for Post-Market Defects Within the Manufacturer’s Control, in: D. Messner-Kreuzbauer (Hrsg.), *The Revised Product Liability Directive – Open Questions at the Time of Implementation*/Mayrhofer (in Vorbereitung für Beginn 2026, De Gruyter).

149 Ausführlich dazu B. *Gsell*/A.-K. *Mayrhofer*, Konkurrierende nationale Haftungsregeln und Dienstleistungshaftung (Fn 10), S. 33 ff.

150 So wohl *Thöne*, Autonome Systeme (Fn. 47), S. 258 ff. sowie *Kütük-Markendorf/Es-sers*, Haftungsfragen (Fn. 47), 25 unter Hinweis auf die „Sphärentheorie“; siehe auch M. *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1024) für eine Beweislastumkehr zu Lasten des „Anbieters“ angesichts einer „strukturellen Asymmetrie“ hinsichtlich der Erkenntnismöglichkeiten; siehe zum Folgenden bereits *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 334 ff.

151 Siehe dazu oben vor und mit Fn. 99.

wahrscheinlich machen.¹⁵² Hierfür könnte auf die Größe der Gefahr, also vor allem auf die bedrohten Rechtsgüter sowie auf den Autonomie- und Automatisierungsgrad abgestellt werden. Je größer der drohende Schaden und je geringer die Kontrollierbarkeit durch den Verwender, desto intensiver sind die Sorgfaltspflichten des Herstellers und desto wahrscheinlicher deren Verletzung.¹⁵³ Grundsätzlich kann auch ein fehlerhaftes Verhalten des KI-Produkts für dessen Fehlerhaftigkeit sprechen.¹⁵⁴ Unzumutbar wären dem Hersteller einzelne Fehlentscheidungen aus den genannten Gründen nicht.

F. Ausblick: Europäische Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken?

KI-Systeme stellen das Haftungsrecht vor Herausforderungen. Diesen Herausforderungen sollte allerdings nicht nur durch KI-spezifische Lösungen begegnet werden, vielmehr sollten sie auch Anlass dafür sein, Fragen wie die Beweislast allgemein neu zu denken und möglicherweise neu zu regeln.¹⁵⁵ Dass die ProdHaftRL nach diesem Ansatz verfährt, ist zu begrüßen, zumal die Abgrenzung zwischen KI-Systemen und anderen Produkten nicht immer auf der Hand liegt.¹⁵⁶ Die neuen gesetzlichen Beweislastregeln können bei KI-Produkten Abhilfe leisten, sind aber auch bei anderen Produkten, bei denen ebenfalls Aufklärungsschwierigkeiten bestehen können, anwendbar.¹⁵⁷ Entsprechendes gilt für eine mögliche richterrechtliche Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken im Rahmen der allgemeinen Verschuldenshaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB, die noch nicht einmal

152 Vgl. *Martini*, Algorithmen als Herausforderung (Fn. 150), 1024, wonach der Geschädigte Tatsachen vortragen müsse, „die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass unzulässige Parameter Eingang in die Entscheidung gefunden haben“; nach *Thöne*, Autonome Systeme (Fn. 47), S. 260 soll für eine Beweislastumkehr eine „gewisse (Anfangs-)wahrscheinlichkeit“ erforderlich sein.

153 Vgl. dazu *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 117 f., 334.

154 Für eine Vermutung des Produktfehlers im Fall eines Fehlverhaltens etwa *G. Borges*, Haftung für KI-Systeme, CR 2022, 553 (559); siehe bereits oben vor und mit Fn. 86 im Zusammenhang mit Art. 10 Abs. 2 lit. c ProdHaftRL.

155 Siehe bereits *Mayrhofer*, Außervertragliche Haftung (Fn. 7), S. 297 ff.; *Mayrhofer*, Haftung des Verwenders (Fn. 7), 886; *A.-K. Mayrhofer*, Die Haftung des Verwenders von KI-Systemen auf der „zweiten Stufe“, ZGE 2024, 490 (515).

156 Siehe oben vor und mit Fn. 25.

157 Vgl. auch *Hacker*, European AI liability directives (Fn. 15), 14.

auf Produkte i.S.v. Art. 4 Nr.1 ProdHaftRL und Wirtschaftsakteure i.S.v. Art. 8 ProdHaftRL beschränkt ist, sondern z.B. auch Verwender von KI-Produkten erfassen kann.¹⁵⁸ Diese Beweislastumkehr, die an die konkreten Fehlentscheidungsrisiken anknüpft, könnte auch ein Modell für eine allgemeinere gesetzliche Regelung sein. Die Europäische Kommission möchte nach der Rücknahme des KI-HaftRL-E prüfen, ob für die KI-Haftung ein anderer Ansatz gewählt werden sollte.¹⁵⁹ In einem *complementary impact assessment* zum KI-HaftRL-E hat P. Hacker bereits vorgeschlagen, keine spezielle KI-Haftung, sondern, wie in der ProdHaftRL, eine Haftung für Software zu regeln.¹⁶⁰ Ein nicht auf KI-Systeme beschränkter Ansatz ist in der Tat vorzugswürdig. Sofern nicht gleich eine Gefährdungshaftung eingeführt werden soll,¹⁶¹ sondern, wie im KI-HaftRL-E, zunächst nur die Verschuldenshaftung durch Offenlegungs- und Beweislastregeln modifiziert werden soll, könnte eine Beweislastverteilung nach Fehlentscheidungsrisiken ein Baustein der Lösung sein.

158 Dazu Mayrhofer, Haftung des Verwenders (Fn. 7).

159 Annexes to the Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission work programme 2025, 11.2.2025, COM(2025) 45 final, Annex IV, 26: „[...] the Commission will assess whether another proposal should be tabled or another type of approach should be chosen“.

160 P. Hacker, Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, Complementary impact assessment, 2024, II., 11 f., [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762861/EPRS_STU\(2024\)762861_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762861/EPRS_STU(2024)762861_EN.pdf) (abrufbar am 4.9.2025).

161 Zu den Vor- und Nachteilen P. Hacker, Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (Fn. 160), 29 ff. m.w.N.

El programador de software: ¿prestador de servicio o productor?

Tomàs Gabriel García-Micó, Universitat de Barcelona*

Abstract: Los programas informáticos (software) son conjuntos de código en lenguaje de programación que establecen las reglas de funcionamiento del dispositivo en el que se integran o con el que se interconectan. Como tales, no son más que información: son intangibles, son servicios. Bajo la vigencia de la Directiva 85/374, la STJUE *Krone* aclaró que, aunque la información no constituye un producto en sí misma, sí puede ser considerada un componente, siempre que se refiera a uno de los elementos inherentes al producto en el que se integra. Este cambio se consolida con la aprobación de la Directiva 2024/2853, que incluye expresamente a los programas informáticos en la definición de producto y, además, consagra y matiza el principio establecido por la STJUE *Krone* mediante la introducción de los denominados “servicios conexos”.

Palabras clave: Programa informático, información, servicio digital, responsabilidad por producto defectuoso, servicio conexo.

Zusammenfassung: Softwareprogramme sind Ansammlungen von Codes, die in einer Programmiersprache abgefasst sind und die festlegen, nach welchen Regeln das Gerät funktioniert, in das sie integriert oder mit dem sie verbunden sind. Als solche stellen sie lediglich Informationen dar: sie sind immateriell, sie sind digitale Dienste. In Bezug auf die Richtlinie 85/374 stellte der EuGH im Urteil *Krone* klar, dass Informationen zwar kein Produkt im eigentlichen Sinne sind, jedoch als Faktor zu Bestimmung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts angesehen werden können, sofern sie sich auf das Produkt beziehen, dem sie innewohnen. Diese Auslegung wird durch die Verabschiedung der Richtlinie 2024/2853 untermauert, die Softwareprogramme ausdrücklich in die Produktdefinition einbezieht und

* Profesor lector de Derecho civil y miembro del Instituto de investigación TransJus. Esta contribución forma parte del Proyecto I+D+i PID2024-157907NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER UE; y se integra en las actividades del Grup de Dret civil català UB de investigación consolidado por la Generalitat de Catalunya 2021 SGR 347.

darüber hinaus den im Urteil *Krone* aufgestellten Grundsatz durch die Einführung sogenannter „verbundener Dienste“ bestätigt und präzisiert.

Schlüsselwörter: Softwareprogramm, Information, digitaler Dienst, Produkthaftung, verbundener Dienst.

A. Introducción

Los programas informáticos son información y, por tanto, intangibles e incorpóreos. Por ello, los daños que causen se pueden reclamar por el régimen de responsabilidad por servicio defectuoso propio del Derecho español. Esto ha cambiado con la aprobación de la Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo (en adelante, DPD),¹ que ha incluido a los programas informáticos entre el elenco de productos cubiertos por su ámbito de aplicación, lo cual confirma una tendencia que empezó con las Directivas 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes² (Considerandos 5 y 14 y art. 2.5 b) y 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales;³ la progresiva superación del clásico binomio producto (o bien) y servicio.

El trabajo analiza el difícil y forzado encaje que en la actualidad tienen los programas informáticos en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (en lo sucesivo, Directiva 85/374),⁴ que seguirá aplicándose a los productos introducidos en el mercado antes del 9 de diciembre de 2026. A continuación, se expondrán los cambios más relevantes que introduce la DPD y las consecuencias que tendrá para el Derecho español su entrada en vigor y transposición.

1 DO L, de 18.11.2024.

2 DO L 136, de 22.5.2019.

3 DO L 136, de 22.5.2019.

4 DO L 210, de 7.8.1985.

B. Los programas informáticos

Un programa informático es intangible, pues no es más que información, un conjunto de instrucciones o de comandos sobre cómo operará o funcionará un concreto sistema.⁵ En el ciclo de vida del programa informático previo a su comercialización debemos distinguir entre distintas fases: la primera fase, en que se diseña el algoritmo, es decir, la redacción del objetivo perseguido por el programador (e.g., encontrar la ruta más rápida entre dos puntos). La segunda fase, en la que el algoritmo se convierte en el código fuente, un archivo digital que contiene instrucciones concretas, escritas en lenguaje de programación. Y la última fase, en la que se traduce el código fuente mediante compiladores, intérpretes, ensambladores u otros sistemas de traducción, y que resulta en los archivos ejecutables que se integran (por medios tangibles) o interconectan (por medio de su descarga e instalación) con el equipo informático.

Una vez instalados en el equipo informático pueden tener, a su vez, una función esencial para el funcionamiento del sistema (e.g., la actualización del sistema operativo de un teléfono móvil); o una función secundaria o complementaria, cuya inexistencia no impide que el sistema funcione (e.g., aplicaciones bancarias, redes sociales).

C. Situación vigente

I. Los programas informáticos como componentes de productos

El art. 136 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TR-LGDCU)⁶ define el producto como un bien mueble,⁷ incluso cuando

5 *J. Stapleton*, Software, Information and the Concept of Product, Tel Aviv University Studies of Law, 9, 1989, pp. 147 ss, p. 150; *J. Stapleton*, Product Liability, Londres: Butterworths, 1994, p. 333; *M. Gili Saldaña*, El producto sanitario defectuoso en Derecho español, Barcelona: Atelier, 2008, p. 190; *PA. de Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, 6ª ed., Navarra: Thomson, 2022, p. 205.

6 BOE núm. 287, de 30.II.2007.

7 Sobre el concepto de bien mueble, *LH. Clavería Gosálbez*, Art. 335 en: C. Paz-Ares Rodríguez *et al.* (dirs.), Comentario del Código Civil, I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 931.

se encuentra incorporado a otro mueble o inmueble. El precepto incluye expresamente el gas y la electricidad.

En lo relativo al programa informático, algunas legislaciones lo han incluido expresamente (Estonia⁸), mientras que otras lo han excluido, precisamente por la exigencia de corporeidad de todo bien mueble.⁹ La doctrina tampoco sostiene una posición unánime. Un primer sector¹⁰ afirma que todos los programas informáticos deben ser considerados componentes de producto porque la Directiva 85/374 perseguía la reparación de los daños causados por productos fabricados en masa. Los programas informáticos lo son, salvo cuando se desarrollan de conformidad con las específicas exigencias de su destinatario.¹¹ Un segundo sector interpreta literalmente la Directiva 85/374, de modo que entiende que solamente el software integrado puede ser considerado un componente de producto.¹²

8 § 1063(1) *fine Võlaõigusseadus*: “[...] los programas informáticos también son considerados bienes muebles”.

9 Art. 6.42 de la *loi portant le livre 6 “La responsabilité extracontractuelle” du Code civil*, de 7 de febrero de 2024 (Bélgica), que prevé que son productos “los bienes muebles corporales” (*tout bien meuble corporel*); así como el § 4 de la *Produkthaftungsgesetz* austriaca (*Produkt ist jede bewegliche körperliche Sache*).

10 Véase G. Wagner, *Produkthaftung für autonome Systeme*, Archiv für civilistische Praxis, 217(6), 2017, pp. 707 ss, p. 719; T. Liivak, *Liability of a manufacturer of fully autonomous and connected vehicles under the Product Liability Directive*, International Comparative Justice, 4(2), 2018, pp. 178 ss, p. 181 y H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, T. III, 3ª ed., Viena: Jan Sramek, 2020, p. 453.

11 D. Fairgrieve et al., *Product Liability Directive en: P. Machnikowski (ed.), European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 17 ss, p. 17; JS. Borghetti, *How can Artificial Intelligence be Defective?* en: S. Lohsse et al. (dirs.), *Haftung für Künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 63 ss, p. 64; G. Wagner en: FJ. Säcker (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, 8ª ed., Munich: C.H. Beck, 2020, § 2 Rn. 21. Este argumento también ha sido acogido por la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos en *Halstead v. United States*, 535 F. Supp. 782, 791 (D. Conn. 1982) y *Salomey v. Jeppesen & Co.*, 707 F.2d 671, 676 (2d Cir. 1983).

12 MA. Hogg, *Liability for Unknown Risks: A Common Law Perspective*, Journal of European Tort Law, 7(2), 2016, pp. 1 ss, p. 11; S. Rockstroh y H. Kunkel, *IT Sicherheit in Produktionsumgebungen*, MMR Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 2, 2017, pp. 77 ss, p. 82; G. Spindler, *User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots* en: S. Lohsse et al. (dirs.), *Haftung für Künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 125 ss, p. 128. También en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, donde en algunos casos el *software* no integrado se ha excluido de la definición de producto, ya fuera por la falta de tangibilidad [*America Winter v. G.P. Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033, 1036 (9th Cir. 1991); *Am. Online, Inc. v. St. Paul Mercury Ins.*, 207 F. Supp. 2d 459, 467 (E.D.

Finalmente, hay otro sector doctrinal que califica de arbitraria la distinción en función del soporte.¹³ Sus argumentos se basan en la STJUE C-128/11, de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*,¹⁴ en la que se discutía si y en qué circunstancias la descarga de Internet de una copia de un programa de ordenador, autorizada por el titular de los derechos de autor, podía dar lugar al agotamiento del derecho de distribución en la UE de dicha copia conforme al art. 4.2 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.¹⁵ El TJUE declaró la irrelevancia del soporte:

§ 47. “[...] es indiferente [...] que la copia del programa [...] haya sido puesta a disposición del cliente [...] mediante la descarga de la página web de este o mediante un soporte material [...]. [L]a operación consistente en descargar desde este soporte una copia del programa de ordenador y la operación consistente en celebrar un contrato de licencia siguen siendo indisociables para el adquirente [...]. [I]gualmente, en el caso de la puesta a disposición de una copia del programa de ordenador controvertido mediante un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD, la transferencia del derecho de propiedad de tal copia”.

Además, en cuanto a la naturaleza del proceso económico implicado en la venta del programa informático, añadió:

§ 61. “[...] la venta de un programa de ordenador en CD-ROM o DVD y la venta de un programa de ordenador mediante descarga de Internet son similares. En efecto, la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material. [...]”.

La doctrina que defiende esta última tesis también se apoya en la STJUE C-219/11, de 22 de noviembre de 2012, *BioSemi*¹⁶ y en los arts. 2.4 II (que

Va. 2002) y *Torres v. City of Madera*, No. 09–16573, 2005 WL 1683736, 46–49 (E.D. Cal. 2005)], por su equiparación con los servicios profesionales [*MD. Scott*, *Tort Liability for Vendors of Insecure Software: Has the Time Finally Come?*, Maryland Law Review, 67(2), 2004, pp. 434 ss, p. 436], o porque, en general, los servicios no son productos [*La Rossa v. Sci. Design Co.*, 402 F.2d 937, 942 (3d Cir. 1968); *Lemley v. J & B Tire Co.*, 426 F. Supp. 1378, 1379 (W.D. Pa. 1977); *Snyder v. ISC Alloys*, 772 F. Supp. 244, 250 (W.D. Pa. 1991); y *Torres*].

13 *Wagner* (n. 11) Rn. 22.

14 ECLI:EU:C:2012:407.

15 DO L III, de 5.5.2009.

16 ECLI:EU:C:2012:742.

especifica que un programa informático también se considerará un producto sanitario) y 10.16 (que prevé la posibilidad de reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios causados por un producto defectuoso con arreglo al Derecho de la Unión o nacional aplicable) del Reglamento 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios.¹⁷ Según mi punto de vista estas normas no pueden utilizarse como un argumento *a fortiori* para la interpretación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, porque incluyen expresamente los programas informáticos en su ámbito de aplicación objetivo, a diferencia de la Directiva 85/374 y el TR-LGDCU, que guardan silencio sobre el particular. No son normas parecidas que permitan una aplicación analógica, por no existir identidad de razón.

Como se puede observar, el único punto en que los tres sectores doctrinales coinciden es que los programas informáticos integrados son siempre componentes de producto. Así pues, hay que ver cuándo y en qué condiciones la información (el programa informático interconectado) puede convertir en defectuoso al producto que le sirve de soporte. En definitiva, en qué casos podrá la información recibir el tratamiento de componente de producto. Ello sucederá cuando sea esencial para el funcionamiento del bien mueble que le sirve de soporte.

1. El principio de los elementos intrínsecos

Esta cuestión se planteó en la STJUE C-65/20, de 10 de junio de 2021, *VI c. Krone – Verlag Gesellschaft mbH & Co KG*,¹⁸ en que se discutía si la empresa editorial de un diario (*Krone – Verlag Gesellschaft*) podía ser responsable por un consejo de salud inexacto que había publicado un monje de una orden religiosa experto en remedios medicinales naturales y que había causado graves daños a una lectora que lo había seguido.

El TJUE sostiene que la información, por su intangibilidad e incorporeidad, no es un producto conforme a la definición de la Directiva 85/374 y, por lo tanto, es un servicio excluido de su ámbito de aplicación (§§ 27 y 32). Ahora bien, considera que debe examinarse si un consejo de salud (información) inexacto puede conferir el carácter defectuoso al periódico (bien mueble corporal que le sirve de soporte). Si la respuesta fuera afirma-

17 DO L 117, de 5.5.2017.

18 ECLI:EU:C:2021:471.

tiva, el defecto en la información convertiría en defectuoso el producto que constituye su soporte (como si fuera un componente intangible). Por otro lado, si fuera negativa, la víctima únicamente podría reclamar contra el prestador del servicio defectuoso (§ 41). Según el TJUE, como el consejo de salud litigioso no se refería a uno de los “elementos intrínsecos” del periódico, no era posible considerarlo defectuoso por la incorrección de la información que contenía.¹⁹

En síntesis, solamente si la información errónea forma parte de uno de los elementos clave (intrínsecos) del producto que constituye su soporte, entonces se puede considerar dicho producto es defectuoso.

2. El caso de los programas informáticos interconectados

El razonamiento de *Krone* es aplicable a este tipo de supuestos.²⁰ Por ejemplo, un teléfono móvil está compuesto por dos tipos de programas informáticos: el sistema operativo (Android, iOS, macOS) y las aplicaciones. El sistema operativo es esencial para que el teléfono móvil funcione; las aplicaciones, no.

El daño que una aplicación cause al usuario no convertirá al teléfono en defectuoso. En virtud del principio de los elementos intrínsecos, dichas aplicaciones no se refieren ni al uso ni a la presentación del producto en el que se instalan y, por ende, no le proporcionan funcionalidad alguna. Otro escenario bien distinto será si el sistema operativo (o, más bien, una de sus actualizaciones) es la causa del daño. Entonces, el sistema operativo sí convertirá al teléfono en defectuoso.²¹

II. Los programas informáticos como servicios

Por lo tanto, los programas informáticos que no son esenciales para el funcionamiento del dispositivo en el que se interconectan serán un servicio

19 Esta cuestión, antes de *Krone*, ya había sido objeto de análisis por la doctrina comparada que, sin decirlo expresamente, aplicaban este criterio. Véase *P. Varul et al., Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne*, Tallin: Juura, 2009, p. 706.

20 *L. Morlet-Haïdara, L'utilisation de l'intelligence artificielle en santé: contexte et focus sur l'engagement des responsabilités*, *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 21, 2018, pp. 99 ss, p. 105.

21 *C. Twigg-Flesner, The Tale of the Grating Horseradish. Case Note on VI v KRONE-Verlag (C-65/20 VI)*, *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2021, pp. 262 ss, p. 265.

y los daños que causen podrán ser reclamados bajo el régimen de responsabilidad por servicios defectuosos, propio del Derecho español.

1. Los orígenes de la responsabilidad por servicios defectuosos en España

La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios está reconocida en el art. 51.1 de la Constitución Española:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

En cumplimiento de este mandato, el legislador español aprobó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), cuyo capítulo VIII regulaba un régimen de responsabilidad dual: el general, basado en la culpa presunta (art. 26 LGDCU) y el especial, para determinados servicios, basado en la responsabilidad objetiva (art. 28 LGDCU). Una confusa técnica legislativa trataba conjuntamente productos defectuosos y servicios y complicó la aplicación práctica de esas normas.²² Luego, se aprobó la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilitaba al Gobierno a refundir en un único texto la LGDCU y otras leyes. El resultado fue el vigente TR-LGDCU.

2. La responsabilidad por servicios defectuosos del TR-LGDCU

En el TR-LGDCU, el régimen de la responsabilidad por servicio se ha mantenido dividido en aquellos regímenes, en los arts. 147 y 148 TR-LGDCU, respectivamente. Este régimen podría resultar de aplicación a los programas informáticos. El sujeto responsable siempre es el prestador de servicios y quien está legitimado activamente para ejercitar la pretensión indemnizatoria debe ser “consumidor y usuario”.

Este régimen de responsabilidad no tiene por objeto resarcir al usuario por el incumplimiento parcial o total de la obligación contractual del pre-

22 A. Azparren Lucas, Art. 147 TR-LGDCU en: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid: Colex, 2011, pp. 1260 ss, p. 1261 y MA. Parra Lucán, Art. 147 TR-LGDCU en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 2067 ss, p. 2068.

stador del servicio (e.g., sustituir el líquido de frenos), si no es que dicho incumplimiento ha causado un daño a la salud o a la integridad física del usuario (e.g., que el vehículo no frene adecuadamente y se produzca un accidente). Esto es, el fundamento de la responsabilidad no es el incumplimiento del contrato, sino el daño personal que la inadecuada prestación del servicio (de reparación de vehículos) cause al consumidor.

a) El sujeto activo de la pretensión indemnizatoria: el “consumidor o usuario”

El “usuario” es un término sinónimo al de “consumidor”, solo que aquel es el término adecuado para referirse a los servicios, pues la ley los usa indistintamente. En todo caso, para ser más rigorista con el lenguaje, voy a emplear en lo sucesivo el concepto de usuario.

Ahora bien, el Libro Tercero (en el que se encuentran los arts. 147 y 148 TR-LGDCU) no nos define el concreto sujeto (el “consumidor o usuario”), de manera que tenemos que integrar esta laguna con las previsiones del art. 3.1 (según el cual es la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión) y el Considerando III 3 de la exposición de motivos del TR-LGDCU (según el cual también debe haber contratado los bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos a otro proceso de producción, comercialización o prestación de servicios). Es decir, solamente aquella persona que haya contratado directamente el servicio defectuoso podrá reclamar responsabilidad al proveedor de conformidad con el régimen de los arts. 147 y 148 TR-LGDCU.²³

b) Supuestos de hecho

El art. 148 I TR-LGDCU establece el régimen especial de responsabilidad aplicable a un conjunto de servicios que, por sus características o por disposición normativa, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad,

23 MA. Parra Lucán, Art. 147 en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 2067 ss, p. 2083. También la STS, 1ª, 29.3.2006 (ECLI:ES:TS:2006:2172).

hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Este artículo está plagado de conceptos jurídicos indeterminados: no se especifican los criterios de determinación de dichos niveles de eficacia o seguridad, ni tampoco qué grado de calidad es exigible.

El art. 148 II TR-LGDCU prevé un conjunto de supuestos que, en todo caso, estarán sometidos a este régimen: servicios sanitarios (e.g., alojamiento, traslados en ambulancia, condiciones de salubridad de las instalaciones, prevención de infecciones nosocomiales),²⁴ de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Si el servicio es subsumible en el art. 148 TR-LGDCU, la responsabilidad del prestador del servicio es por “el correcto uso de los servicios”. Es decir, puramente objetiva, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad por productos, en que la necesidad de acreditar el defecto del producto ha llevado a cuestionar que la responsabilidad sea, verdaderamente, una responsabilidad objetiva.²⁵

Ahora bien, cuando no lo sea, se aplicará el régimen general de responsabilidad establecido en el art. 147 TR-LGDCU que hace responsable al prestador del servicio, salvo que pruebe que ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Es decir, impone una responsabilidad por culpa presumida *iuris tantum*. Así pues, el usuario solo deberá probar el resto de los elementos de la pretensión: la acción u omisión (i.e., la prestación del servicio), el daño y la relación de causalidad. Por su parte, el prestador del servicio podrá exonerarse de responsabilidad si prueba su diligencia en un doble nivel: la exigible por el servicio concreto y la reglamentaria.

En síntesis, la responsabilidad por servicios, en España, no requiere que se acredite que su prestación fue defectuosa, incorrecta o inadecuada, pues ello se presumirá, ya sea *iuris tantum* (art. 147 TR-LGDCU), ya sea *iuris et de iure* (art. 148 TR-LGDCU).

24 Para la delimitación, TG. García-Micó, Robótica quirúrgica y derecho de daños, Madrid: Marcial Pons, 2024, pp. 189-190.

25 A. Azparren Lucas, Art. 148 TR-LGDCU en: S. Cámara Lapuente (dir.), Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Madrid: Colex, 2011, pp. 1269 ss, p. 1270.

D. La situación bajo la DPD

La DPD cambia drásticamente la concepción de la responsabilidad por producto, porque desdibuja la diferencia tradicional entre producto y servicio.

I. La información no es un producto

El código fuente nunca será producto porque carece de funcionalidad si no es traducido a otro lenguaje o a código binario (Considerando 13 DPD). La lectura conjunta del art. 4.1 y del Considerando 13 DPD permite concluir que se mantiene la exclusión de la información por su intangibilidad. Por tanto, es un servicio y, ello hace necesario incluir *expressis verbis* a los programas informáticos en el ámbito de aplicación de la DPD.

II. Los nuevos productos y componentes

1. Los programas informáticos

El art. 4.1 DPD incluye, sin matices, a todo programa informático en la definición de producto. En consecuencia, el programador será un productor de un producto acabado. De este modo, todo equipo informático estará compuesto por dos productos independientes: el dispositivo y los programas informáticos. El defecto de los programas informáticos no convertirá en defectuoso al dispositivo, ni permitirá al perjudicado dirigirse contra el productor de este último.

2. Los servicios conexos

a) Concepto y requisitos

La exclusión de los servicios hace imprescindible que determinadas realidades que serían más cercanas a estos que a los productos deban ser incluidos en el ámbito de aplicación de la DPD. Este es el caso de los denominados servicios conexos. El trasfondo de su incorporación como componentes en la DPD (art. 4.4) es su importancia en la configuración de las expectativas de seguridad del producto en que se integran. Así, según el Considerando 17 DPD:

“Aunque la presente Directiva no debe aplicarse a los servicios como tales, es necesario ampliar la responsabilidad objetiva a tales servicios digitales, ya que determinan la seguridad del producto tanto como los componentes físicos o digitales. Estos servicios conexos deben considerarse componentes del producto en el que estén integrados o al que están interconectados cuando están bajo el control del fabricante de dicho producto”.

La definición de los servicios conexos la hallamos en el art. 4.3 DPD:

“Un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones”.

Es una definición parecida (con la salvedad del inciso “integrado en un producto”) a la de los arts. 2.5 b) de la Directiva 2019/771 y 2.3 de la Directiva 2019/770. La clave es dotar de contenido el concepto de funcionalidad (“funciones”). Como la inclusión de este concreto tipo de servicios es una excepción a la regla general de la exclusión de los servicios del ámbito de aplicación del Derecho de la responsabilidad por productos defectuosos, la interpretación de qué servicios son conexos debe ser restrictiva.²⁶

Si acogiéramos una interpretación literal del art. 4.3 DPD, el concepto de “funciones” presenta una laguna que afectaría, seguramente, a su aplicación práctica: determinar cuáles son las funciones de un dispositivo. Por ejemplo, en el caso de los teléfonos, antaño esta respuesta era sencilla: llamar por teléfono o mandar un mensaje de texto. Las funciones de un teléfono inteligente son las mismas que las de los teléfonos del pasado, pero más dudoso es si también lo son el acceso a redes sociales, o poder jugar a un juego, o tener las aplicaciones del banco. Si el fallo afecta a una de estas segundas aplicaciones, entonces la dificultad que se encontrarían los juzgados y tribunales sería determinar si son o no servicios conexos. Si no lo son la responsabilidad recaerá, exclusivamente, en el programador.

Por ello mi posición se basa en atender al espíritu de la DPD: la norma tiene por objeto los productos, por lo que cualquier inclusión de un servicio debe ser hecha con moderación e interpretada restrictivamente.

26 Como también lo ha sido en las Directivas 2019/771 y 2019/770, en que se destaca también la esencialidad del servicio digital, que supedita la funcionalidad del bien en que se integra o interconecta. *L. Arnau Raventós*, Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?, *Revista de Educación y Derecho*, 24, 2021, pp. 1 ss, p. 9.

Además, es preciso leer el art. 4.3 con el Considerando 17 DPD, que proporciona varios ejemplos de servicios conexos:

“[...] suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación, el servicio de vigilancia de la salud que se basa en sensores de un producto físico para rastrear la actividad física o los parámetros de salud del usuario, el servicio de control de temperatura que supervisa y regula la temperatura de un frigorífico inteligente, o un servicio de asistente de voz que permite controlar uno o más productos utilizando comandos de voz”.

Así, la información errónea sobre cómo llegar al destino que provoque que el conductor circule por una carretera en contradirección y, en consecuencia, sufra un accidente será un servicio conexo porque afecta a la función principal del GPS y a su seguridad. Por tanto, el componente (el servicio conexo defectuoso) convertirá al producto (el GPS) en defectuoso y ello permitirá al perjudicado a dirigirse contra el fabricante del GPS (art. 8.1 II DPD), siempre y cuando, dicho servicio conexo defectuoso esté bajo el control del fabricante.

En este sentido, los únicos programas informáticos que deben ser tratados como servicios conexos y, por ende, como componentes, son aquellos que tengan una función principal para la seguridad del dispositivo. La inclusión de los servicios conexos demuestra que el legislador europeo también ha incluido el principio de los elementos intrínsecos de la STJUE *Krone*²⁷ aunque convenientemente matizado para evitar la difícil tarea de determinar qué es esencial. Así, la esencialidad de la función para la utilidad del dispositivo (criterio *Krone*) se sustituye por la esencialidad de la función para la seguridad del dispositivo (criterio DPD).

Así, si el concreto programa informático no afecta en nada a la seguridad del dispositivo, el fabricante de este último no será responsable por el defecto en la aplicación, que no será un componente; sino un producto como tal cuyo único responsable será el programador.

27 G. Spindler, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, *Computer Recht*, 11, 2022, pp. 689 ss, pp. 690-691; G. Wagner, Liability Rules for the Digital Age, *Journal of European Tort Law*, 13(3), 2022, pp. 191 ss, p. 203.

b) El control del fabricante

Como hemos visto, la DPD exige dos requisitos para que un programa informático pueda ser considerado un servicio conexo y, por ende, un componente intangible del dispositivo con el que se interconecta: la esencialidad para la seguridad y el control del fabricante.

El control del fabricante está definido en el art. 4.5) DPD:

- “a) acción del fabricante de un producto mediante la que realiza o, con respecto a las acciones de un tercero, autoriza o consiente en:
 - i) la integración, interconexión o suministro de un componente, incluidas las actualizaciones o mejoras de los programas informáticos; o
 - ii) la modificación del producto, incluidas las modificaciones sustanciales;
- b) capacidad del fabricante de un producto de suministrar actualizaciones o mejoras de programas informáticos por sí mismo o a través de un tercero”.

Cuando el programa informático está en la versión de fábrica, el productor del dispositivo asume el riesgo de que el defecto en el servicio conexo le haga responsable, y esto es evidente de la lectura del art. 4.5) i) y del Considerando 18 DPD. También lo será si obliga a los usuarios a descargar una aplicación determinada (Considerando 50 DPD).

Más dudoso es si se puede responsabilizar al productor del dispositivo por una aplicación que se puede descargar de la tienda de aplicaciones oficial del dispositivo (Google Play, por ejemplo). Es decir, si se puede considerar que ese servicio conexo está bajo el control del fabricante por el hecho de que este último no haya impedido la descarga e instalación y, en conclusión, la haya tolerado. La respuesta negativa nos la da el Considerando 18 de la DPD.

“[...] No debe considerarse que un fabricante haya dado su consentimiento a la integración o interconexión simplemente por prever la posibilidad técnica de la integración o interconexión, por recomendar determinadas marcas o por no prohibir tales servicios conexos o componentes”.

Es decir, tener la posibilidad de descargar la aplicación no es suficiente como para considerar que ese servicio digital está bajo el control del fabricante. Es necesario algo más que la mera tolerancia o aquiescencia:

es imprescindible que, *a priori*, el productor del dispositivo no admita la interconexión de dicho servicio digital y que la autorice de manera expresa.

3. El nuevo régimen no beneficia a los usuarios españoles

Se podría decir que la inclusión de los programas informáticos en la DPD es beneficioso para los consumidores, pero, en realidad, no es así, al menos en España: la responsabilidad por servicio defectuoso no requerirá nunca de la prueba del defecto del servicio, porque la responsabilidad se impondrá aun cuando haya funcionado correctamente (art. 148 TR-LGDCU) o se presumirá *iuris tantum* (art. 147 TR-LGDCU). Por otro lado, el régimen de la DPD exige en todo caso la prueba del defecto del producto que es, precisamente, el mayor obstáculo para que los consumidores sean indemnizados. Efectivamente, según datos de la Comisión Europea, el 53% de todas las demandas que se desestiman lo son por falta de acreditación del defecto o de la relación de causalidad entre el defecto y el daño.²⁸

E. La compatibilidad de la responsabilidad por servicio defectuoso con la DPD

Una última cuestión a la que se debe dar respuesta es si el régimen actual de responsabilidad por servicio defectuoso que resultaría de aplicación al programador de software será compatible con el nuevo régimen resultante de la DPD.

El art. 2.4 b) y c) DPD establece que la DPD no afecta a los derechos que la persona perjudicada tenga en virtud de las normas nacionales en materia de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual por motivos distintos del carácter defectuoso de un producto ni a los derechos que la persona perjudicada tenga con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existente el 30 de julio de 1985.

28 *Comisión Europea*, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective product, SWD(2018) 157 final, p. 25.

I. La responsabilidad por servicio defectuoso no es un régimen especial de responsabilidad existente el 30 de julio de 1985

Como hemos visto, el régimen español de responsabilidad por servicios defectuosos tiene su origen en la LGDCU de 1984. Es, por tanto, un régimen previo a la entrada en vigor de la Directiva 85/374. Ahora bien, ello no es suficiente para mantener dicho régimen de responsabilidad por culpa presunta.

En tres sentencias, el TJUE ha interpretado este inciso del art. 13 de la Directiva 85/374 (correlativo del actual art. 2.4 c) DPD). En todas ellas, se dice que no basta solo el elemento temporal, sino también uno objetivo: que se trate de un régimen aplicable a un concreto sector de producción.²⁹ En concreto, y como dice el tercer inciso del Considerando 13 de la Directiva 85/374:

“[...] que, en tanto que en un Estado miembro se haya logrado también la protección eficaz del consumidor en el sector de los productos farmacéuticos a través de un régimen especial de responsabilidad, deberían seguir siendo igualmente posibles las reclamaciones basadas en dicho régimen”.

Un régimen de responsabilidad que establezca, por el contrario, la responsabilidad en los términos que establezca la Directiva 85/374, pero sin limitarlo a un concreto sector de producción sí que será contrario al Derecho de la Unión.³⁰

II. La responsabilidad por servicio defectuoso no es un régimen de responsabilidad contractual o extracontractual por motivos distintos del carácter defectuoso de un producto

En los casos en que el TJUE ha aplicado este supuesto contemplado también por el art. 13 de la Directiva 85/374, lo ha hecho porque el régimen jurídico de que se trataba no estaba incluido en el ámbito armonizador de

29 SsTJCE C-52/00, de 25 de abril de 2002, *Comisión c. Francia* (ECLI:EU:C:2002:252, § 23); C-154/00, de 25 de abril de 2002, *Comisión c. Grecia* (ECLI:EU:C:2002:254, § 19) y C-183/00, de 25 de abril de 2002, *Medicina Asturiana* (ECLI:EU:C:2002:255, § 32).

30 STJCE *Medicina Asturiana* (§ 33).

la Directiva 85/374: responsabilidad por daños causados a cosas destinadas y usadas con un fin profesional,³¹ o la asunción sin restricciones por parte del proveedor de la responsabilidad culpable del productor.³²

Conviene detenernos en el estudio de una reforma posterior al 30 de julio de 1985 del régimen de responsabilidad por medicamentos defectuosos contenido en la *Arzneimittelgesetz* de 1976 y que concedía a los consumidores el derecho a obtener información sobre los efectos secundarios de un producto. La STJUE C-310/13, de 20 de noviembre de 2014, *Novo Nordisk*³³ consideró que este derecho, considerado en abstracto, no estaba afectado por el ámbito de armonización máxima de la Directiva 85/374 y podría subsumirse en el art. 13 de la Directiva 85/374, porque solamente “puede ayudar a éste a aportar las pruebas necesarias para poder exigir la responsabilidad del productor” (§§ 25 y 27).

III. La incompatibilidad de la aplicación del régimen de responsabilidad por servicio defectuoso al programador

La STJUE C-621/15, de 21 de junio de 2017, *Sanofi*³⁴ explicitó que estaban prohibidas las presunciones que dieran por probada “directa y automáticamente la existencia de un defecto del producto” (§ 36). Por este motivo, la STJUE *Novo Nordisk* consideró que la reforma de la *Arzneimittelgesetz* alemana era conforme a la Directiva 85/374 porque “no supone una reversión [*rectius*, inversión] de la carga de la prueba que incumbe al perjudicado” (§ 28).

Ahora bien, el régimen español de responsabilidad por servicios defectuosos presume la culpa como presupuesto general e invierte la carga de la prueba de este presupuesto, de manera que el programador deberá acreditar su diligencia. Esta presunción atenta frontalmente contra el art. 10 DPD. Por lo tanto, con la entrada en vigor de la DPD, dicho régimen no será aplicable a los programadores de programas informáticos, ya que estos estarán ya incluidos en el ámbito armonizado de la responsabilidad por productos defectuosos.

31 STJCE C-285/08, de 4 de junio de 2009, *Leroy* (ECLI:EU:C:2009:351, §§ 27 y 28).

32 STJCE C-402/03, de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka* (ECLI:EU:C:2006:6, § 48).

33 ECLI:EU:C:2014:2385.

34 ECLI:EU:C:2017:484.

F. Reflexiones finales

España cuenta con un régimen de responsabilidad por servicio defectuoso que coexiste con la responsabilidad por producto defectuoso y que cubre los supuestos de daños que van más allá de la esfera de una inconforme prestación de un servicio en términos contractuales. Las reglas de responsabilidad por servicio defectuoso son verdaderamente favorables para el usuario, pues la regla general es la de la culpa presunta.

En el régimen de la Directiva 85/374 no todo programa informático es componente de producto. Lo será siempre el que esté integrado a un dispositivo mediante mecanismos tangibles, como un chip; pero no lo será el software no integrado, si bien podrá recibir dicho tratamiento si es esencial para su funcionamiento.

En el régimen de la DPD los servicios (y la información) siguen excluidos de su ámbito de aplicación. Ahora bien, el legislador de la Unión ha incluido expresamente a los programas informáticos en la definición de productos. Por ello, los programadores de los archivos ejecutables serán productores en los términos de la DPD. A su vez, un programa informático también podrá ser componente (y, por tanto, convertir al producto final en que se integre en defectuoso) si es un servicio conexo bajo el control del fabricante, es decir, si es esencial para la configuración de las expectativas de seguridad del producto en que se integra o con el que se interconecta.

Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung. Auswirkungen des Schufa-Urteils auf die Kreditvergabe von Banken an Verbraucher*

Markus Artz, Universität Bielefeld

Zusammenfassung: Der Europäische Gerichtshof hat die Rechte der Verbraucher bei der automatisierten Kreditwürdigkeitsprüfung in zwei grundlegenden Entscheidungen gestärkt. Die Urteile betreffen das Datenschutzrecht. Im Mittelpunkt der ersten Entscheidung steht die weite Auslegung des Begriffs der Entscheidung. Hier hat der EuGH entschieden, dass auch die Auskunftserteilung gegenüber der Bank als Entscheidung gegenüber dem Verbraucher eingeordnet werden kann. Die rechtliche Relevanz der Entscheidung wird damit enorm nach vorne verlagert. In dem zweiten Verfahren, das einen Mobilfunkvertrag betraf, räumte der EuGH den Verbrauchern weitreichende Informationsrechte ein. Parallel zum Datenschutzrecht widmet sich auch die neuen Verbraucherkreditrichtlinie der Thematik der automatisierten Datenverarbeitung und Kreditwürdigkeitsprüfung auf dieser Grundlage. Die beiden Regelungen existieren nebeneinander und ergänzen sich. Der Beitrag stellt vor, auf welchem Wege die neue Verbraucherkreditrichtlinie in das deutsche Recht umgesetzt wird und in welchem Verhältnis die neuen Vorschriften zum europäischen Datenschutzrecht stehen.

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reforzado los derechos de los consumidores en materia de evaluación automatizada de la solvencia crediticia en dos sentencias fundamentales. Las sentencias se refieren a la legislación sobre protección de datos. La primera sentencia se centra en la interpretación amplia del concepto de «decisión». En este caso, el TJUE dictaminó que la provisión de información al banco, también puede clasificarse como una decisión frente al consumidor. De este modo, la relevancia jurídica de la decisión adquiere una enorme importancia. En

* Este trabajo es un resultado del proyecto de I+D+i PID2021-141910B-I00, financiado por MICIU / AEI /10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado *Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales*, del que el prof. Artz forma parte.

el segundo proceso, relativo a un contrato de telefonía móvil, el TJUE concedió a los consumidores amplios derechos de información. Paralelamente a la legislación sobre protección de datos, la nueva Directiva sobre crédito al consumo también aborda el tema del tratamiento automatizado de datos y la evaluación de la solvencia crediticia sobre esta base. Ambas normativas coexisten y se complementan. La contribución presenta la forma en que la nueva Directiva sobre crédito al consumo se transpone al Derecho alemán y la relación entre las nuevas disposiciones y la normativa europea en materia de protección de datos.

Schlüsselwörter: Kreditwürdigkeitsprüfung; Entscheidung im Sinne des Datenschutzrechts

Auskunftsanspruch des Verbrauchers; Automatisierte Entscheidung; Eingreifen einer Person Umsetzung der Verbraucher kreditrichtlinie in Deutschland; Verhältnis von Verbraucher kreditrecht und Datenschutzrecht

Palabras clave: evaluación de la solvencia crediticia; decisión en el sentido de la ley de protección de datos; derecho de información del consumidor; decisión automatizada; intervención de una persona; aplicación de la Directiva sobre crédito al consumo en Alemania; relación entre la ley de crédito al consumo y la ley de protección de datos.

A. Einleitung

Im Dezember 2023 hat der Europäische Gerichtshof eine viel beachtete Entscheidung zu datenschutzrechtlichen Aspekten der von der Schufa ihren Vertragspartnern angebotenen Dienstleistungen getroffen. Deren Auswirkungen auf die Kreditvergabepaxis der Kreditinstitute gegenüber Verbrauchern gilt es unter Berücksichtigung der Rahmenbedingungen der neuen Verbraucher kreditrichtlinie und deren Umsetzung in das deutsche Recht zu untersuchen.

B. Das Geschäftsmodell der Schufa

Die Schufa Holding AG (Eigenschreibweise SCHUFA, vormals *SCHUFA e. V. Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung*) ist eine privatwirtschaftliche deutsche Wirtschaftsauskunftei mit Sitz in Wiesbaden. Sie ver-

sorgt ihre Vertragspartner mit Informationen zur Kreditwürdigkeit Dritter, insbesondere von Verbrauchern. Dazu prognostiziert sie aus bestimmten Merkmalen einer Person auf der Grundlage mathematisch-statistischer Verfahren für diese die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Verhaltens („Score-Wert“), wie beispielsweise die Rückzahlung eines Darlehens. Die Erstellung von Score-Werten („Scoring“) basiert auf der Annahme, dass durch die Zuordnung einer Person zu einer Gruppe anderer Personen mit vergleichbaren Merkmalen, die sich in einer bestimmten Weise verhalten haben, ein ähnliches Verhalten vorausgesagt werden kann.

Zu den Schufa-Vertragspartnern gehören neben Banken und Sparkassen beispielsweise auch Versandhändler oder Mobilfunkanbieter. Die Zusammenarbeit der Schufa mit ihren Vertragspartnern beruht auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit. Die Vertragspartner stellen der Schufa Informationen über das Zahlungsverhalten ihre Kunden zur Verfügung und erhalten ihrerseits bei „berechtigtem Interesse“ eine Schufa-Auskunft über die Bonität eines Verbrauchers. Darin besteht die Gegenseitigkeit der Dienstleistung. Ein berechtigtes Interesse liegt zum Beispiel vor, wenn ein Unternehmen mit einer Dienstleistung oder Warenlieferung in Vorleistung geht und damit ein wirtschaftliches Risiko in Gestalt eines Kredits trägt. Dies liegt im Falle der Darlehensvergabe in der Natur der Sache des Vertrags, betrifft aber auch andere Formen des Kredits, die nach deutscher Diktion als sonstige Finanzierungshilfen bezeichnet werden.

C. Die „SCHUFA-Entscheidung“ des EuGH vom 7. Dezember 2023 C-634/21 (OQ/Land Hessen)

I. Lebenssachverhalt

Im Dezember 2023 hat der EuGH ein Urteil¹ zur datenschutzrechtlichen Einordnung der Dienstleistungen der Schufa getroffen, der große Aufmerksamkeit zuteil kam und folgender Lebenssachverhalt zugrunde lag:

Dem betroffenen Verbraucher ist, nachdem durch die Schufa eine negative Auskunft erteilt worden war, die Gewährung eines Kredits durch

1 EuGH v. 7.12.2023 – C-634/21 (OQ/Land Hessen), NJW 2024, 413 mit Bspr. Marsch/Kratz NJW 2024, 392, Taeger BKR 2024, 41, Nink, WM 2024, 2222, Wiedemann, VuR 2024, 174; Blasek, ZD 2024, 258, Buck-Heeb, EuZW 2024, 49, Dubovitskaya/Bosold, ZIP 2024, 1805, Klein BB 2024, 266, Schumacher/Shapiro WuB 2024, 45, vorgelegt vom VG Wiesbaden, CR 2022, 162.

eine Bank verweigert worden. Der Verbraucher forderte die Schufa auf, Auskunft über die gespeicherten personenbezogenen Daten zu erteilen und die nach seiner Auffassung unrichtigen Daten zu löschen. Als Antwort auf diese Anfrage informierte die Schufa den Verbraucher über die Höhe seines Score-Werts und legte in groben Zügen dar, wie die Score-Werte berechnet werden. Sie weigerte sich jedoch unter Berufung auf ihr Betriebs- und Geschäftsgeheimnis, die bei dieser Berechnung berücksichtigten Einzelinformationen sowie deren Gewichtung offenzulegen. Schließlich wies die Schufa darauf hin, dass sie sich darauf beschränke, ihren Vertragspartnern Informationen zukommen zu lassen, und dass diese die den Verbraucher berührenden Vertragsentscheidungen trafen, also insoweit frei über die Kreditvergabe entschieden.

II. Die Entscheidung im Sinne des Art. 22 DS-GVO

Im Zentrum der EuGH-Entscheidung steht die Regelung des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO, die folgenden Wortlaut hat:

Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

Dem EuGH kam nun die Aufgabe zu, die Anwendung der Vorschrift auf die von der Schufa erbrachten Dienstleistungen zu klären, wozu er drei wesentliche Kriterien in den Fokus seiner Entscheidung gestellt hat. Notwendig ist zur Anwendung des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO auf die negative Auskunft durch die Schufa das kumulative Vorliegen folgender Voraussetzungen. Es bedarf einer

- Entscheidung,
- ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhend,
- mit Entfaltung rechtlicher Wirkung für die betroffene Person².

Mit überzeugender Begründung hat der EuGH hergeleitet, dass sämtliche Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO beim Scoring durch die Schufa vorliegen. Der Begriff der Entscheidung, so der EuGH, sei weit

2 Ausführlich und eingehend zu der Bedeutung der Begrifflichkeiten Hirsch/Matantu, BKR 2025, 683.

zu verstehen und beziehe sich nicht nur auf Handlungen, die rechtliche Wirkungen gegenüber betroffenen Personen entfalten. Die Bezeichnung eines Wahrscheinlichkeitswerts als Ergebnis der Berechnung der Fähigkeit einer Person zur Erfüllung künftiger Zahlungsverpflichtungen könne daher als „Entscheidung“ qualifiziert werden. Diese Entscheidung beruht auch ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung. Die Schufa betreibt „Profiling“, was als klassischer Fall der als automatisierte Erstellung personenbezogener Daten einzuordnen ist. Das Profiling wird in Art. 22 DS-GVO ausdrücklich erwähnt. Schließlich entfaltet die automatisierte Entscheidung auch „rechtliche Wirkung“ oder beeinträchtigt den Verbraucher „in ähnlicher Weise“. Denn die Übermittlung eines unzureichenden Wahrscheinlichkeitswerts durch die Schufa führt in nahezu allen Fällen dazu, dass die Bank den Kreditantrag ablehnt.

Damit wird der Begriff der Entscheidung erfreulich weit ausgelegt und erheblich vorverlagert. Es mag sogar aus dem Umstand, dass Kunden kostenpflichtige Dienste einer Wirtschaftsauskunftei in Anspruch nehmen, die widerlegliche Vermutung aufgestellt werden, dass sie diese Dienste ihrer Entscheidung über eine Kreditvergabe maßgeblich zugrunde legen³.

Das zentrale datenschutzrechtliche Problem der Dienstleistung der Schufa liegt darin, dass der Schutz des Verbrauchers dadurch gefährdet oder umgangen werden könnte, dass das Scoring zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers in einem Drei-Akteure-Verhältnis erfolgt. Eine enge Auslegung der Bestimmung des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO führte zu einer Rechtsschutzlücke und zur Umgehungsgefahr. Die Ermittlung des Wahrscheinlichkeitswerts durch die Schufa könnte lediglich als „vorbereitende Handlung“ und nicht als „Entscheidung“ im Sinne der Vorschrift eingeordnet werden. Sie unterläge dann nicht den besonderen Anforderungen der DS-GVO und Ansprüche des Verbrauchers auf ein „Eingreifen einer Person“ gem. Art. 22 Abs. 3 DS-GVO bestünden somit nicht. Auf der anderen Seite wäre die Bank, deren ablehnende Entscheidung zweifellos unter Art. 22 Abs. 1 DS-GVO fiele, nicht in der Lage, dem Verbraucher spezifische Informationen zu erteilen, weil sie darüber nicht verfügt.

Der EuGH benennt die darin liegende Gefahr der Rechtsschutzlücke für den Verbraucher zwischen den beiden Akteuren, Kreditinstitut und Wirtschaftsauskunftei, die Gefahr der Umgehung von Art. 22 DS-GVO in seinem Urteil messerscharf. Dem Verbraucher darf kein Nachteil dadurch geschehen, dass Maßnahmen im Vorfeld der Kreditvergabe auf den Ver-

3 LG Bayreuth BKR 2025, 862 mit Anm. Wettlaufer, ZIP 2025, 1972 mit Anm. Fischer.

antwortungsbereich verschiedener Unternehmen aufgeteilt werden und dadurch eine Schutzlücke entsteht. Die Lösung sieht der EuGH zutreffend in der Vorverlagerung der „Entscheidung“ über die Kreditvergabe in die Sphäre der Auskunft, vorliegend der Schufa.

III. Rechte der Verbraucher

Die Normadressaten müssen sicherstellen, dass das Risiko von Fehlern bei automatisierten Verfahren minimiert wird. Entsprechende Schutzmaßnahmen umfassen mindestens das Recht der betroffenen Person:

- auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen,
- auf Darlegung des eigenen Standpunkts,
- auf Anfechtung der gegen sie erlassenen Entscheidung.

Nach dem begrüßenswerten Urteil des EuGH ist Art. 22 Abs. 1 DS-GVO daher dahin auszulegen, dass eine „automatisierte Entscheidung im Einzelfall“ im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, wenn ein auf personenbezogene Daten zu einer Person gestützter Wahrscheinlichkeitswert in Bezug auf deren Fähigkeit zur Erfüllung künftiger Zahlungsverpflichtungen durch eine Wirtschaftsauskunftei automatisiert erstellt wird, sofern von diesem Wahrscheinlichkeitswert maßgeblich abhängt, ob ein Dritter, dem dieser Wahrscheinlichkeitswert übermittelt wird, ein Vertragsverhältnis mit dieser Person begründet, durchführt oder beendet.⁴

In einem weiteren, am 27.2.2025 ergangenen Urteil zur automatisierten Bonitätsbeurteilung, es ging um einen abgelehnten Abschluss eines Mobilfunkvertrags, hat der EuGH festgestellt, dass aus Art. 15 DS-GVO darüber hinaus ein weitgehender Auskunftsanspruch für die betroffene Person folgt.⁵

Somit kommt dem Verbraucher im Lichte der beiden EuGH-Entscheidungen bereits jenseits des Verbraucherkreditrechts ein weitreichender Schutz bei der automatisierten Kreditwürdigkeitsprüfung durch das Datenschutzrecht zu.

4 Dazu auch Freitag, WM 2025, 1581 (1588).

5 EuGH v. 27.2.2025 – C-203/22 – Dun & Bradstreet Austria, ZD 2025, 261 mit Bspr. Dubovitskaya, ZIP 2025, 2031; zu diesen Auskunftsansprüchen Weichert, NJW 2025, 1912.

Die im Nachgang zur Schufa-Entscheidung geplante Reform des BDSG durch Einführung des § 37a ist offenbar der Diskontinuität zum Opfer gefallen⁶. Allerdings kommt es im Zuge der Umsetzung der neuen Verbraucher kreditrichtlinie zu einer Novellierung des § 30 BDSG (dazu am Ende des Beitrags). Auf die Schaffung einer solchen Erlaubnisnorm im Sinne des § 37a wurde allerdings verzichtet.⁷

D. Einordnung automatisierter Entscheidungen über die Kreditvergabe in der neuen Verbraucher kreditrichtlinie

Seit dem 18. Oktober 2023 gibt es eine neue Verbraucher kreditrichtlinie, die sich im Rahmen der Regelungen zur Kreditwürdigkeitsprüfung auch der Problematik der automatisierten Entscheidung annimmt. Die transformierten Vorschriften sind ab dem 20. November 2026 anzuwenden. Die neue Richtlinie weist einige Parallelen zu der dargestellten datenschutzrechtlichen Problematik in Art. 22 DS-GVO auf. Sitz der Materie sind Art. 18 und 19 der Richtlinie. Insbesondere einschlägig sind die Regelungen in Art. 18 Abs. 8 und Art. 19 Abs. 6.

Nach Maßgabe von Art. 18 Abs. 8 der Verbraucher kreditrichtlinie haben die Mitgliedstaaten für den Fall, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten beinhaltet, sicherzustellen, dass der Verbraucher das Recht hat, das Eingreifen einer Person aufseiten des Kreditgebers zu verlangen und zu erwirken. Dazu gehören konkrete Maßnahmen:

- Vom Kreditgeber können klare und verständliche Erläuterungen zu der Kreditwürdigkeitsprüfung verlangt werden, einschließlich der Logik und der Risiken der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten sowie ihrer Bedeutung für die Entscheidung und ihrer Auswirkungen auf sie.
- Dem Verbraucher muss die Möglichkeit eingeräumt werden, gegenüber dem Kreditgeber den eigenen Standpunkt darzulegen.
- Der Verbraucher kann eine Überprüfung der Kreditwürdigkeitsprüfung und der Entscheidung über die Kreditgewährung durch den Kreditgeber zu verlangen.

6 Zum Entwurf Busch, VuR 2024, 241; Dubovitskaya/Bosold, ZIP 2024, 1805 (1815 f.).

7 Kritisch Freitag, WM 2025, 1581 (1589).

Weiterhin müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 6 der Richtlinie für den Fall, dass ein Kreditantrag aufgrund der Abfrage einer Datenbank abgelehnt wird, vorschreiben, dass der Kreditgeber den Verbraucher unverzüglich und unentgeltlich über das Ergebnis dieser Abfrage und über die Einzelheiten der konsultierten Datenbank sowie über die berücksichtigten Datenkategorien unterrichten muss.

Es fällt auf, dass sich eine parallel zum Datenschutzrecht liegende Regelung im Rahmen der Kreditwürdigkeitsprüfung nach der neuen Richtlinie zu Verbraucherkrediten entwickelt hat. Die Schutzinstrumente ähneln sich sehr. Auch Art. 18 Abs. 8 der Richtlinie gewährt dem Verbraucher den Anspruch auf Eingreifen einer Person aufseiten der Bank und weitere Ansprüche auf eine klare, verständliche Erläuterung der Entscheidung, die Erklärung der hinter der automatisierten Entscheidung liegenden Logik und die Überprüfung der Entscheidung durch den Kreditgeber. Die Gefahr des Entstehens einer Schutzlücke bei der Einbeziehung eines Dritten besteht grundsätzlich auch im Rahmen des Verbraucherkreditrechts. Der Kreditgeber hat daher bei der Einbindung Dritter sicherzustellen, die automatisierte Entscheidung selbst umfassend erläutern zu können. Eine Verweisung auf die Kompetenzen oder Geschäftsgeheimnisse des Dritten kommt nicht in Betracht, wenn der Verbraucher entsprechende Informationsbedürfnisse äußert.

Die Regelungen zur Kreditwürdigkeitsprüfung betreffen allerdings allein den Kreditgeber. Ansprüche gegen einen Dritten dürften sich aus Art. 18 der Richtlinie nicht ergeben. Ansprüche des Verbrauchers im Zusammenhang mit einer automatisierten Entscheidung gegen die Bank werden allerdings in Art. 18 Abs. 8 eindeutig benannt und sind dem Verbraucher nach nationalem Recht weitgehend, geradezu umfassend, einzuräumen.

Die Schufa-Entscheidung des EuGH lässt keinen Zweifel an der Annahme, dass es dem Kreditgeber verwehrt ist, im Zuge der Erläuterung einer automatisierten Entscheidung auf die schützenswerten Interessen eines in Anspruch genommenen Dritten als Dienstleister zu verweisen. Dies ergibt sich im Grunde schon aus Art. 18 der Verbraucherkreditrichtlinie, wird aber durch die im Schufa-Urteil des EuGH zu Art. 22 DS-GVO herausgearbeiteten Grundsätze noch einmal verstärkt und untermauert.

E. Umsetzung in das deutsche Recht

Die Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie hat in Deutschland Fahrt aufgenommen. Nach der ersten Lesung des Gesetzentwurfs im Bundestag fand am 3.11.2025 eine Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Parlaments statt. Umgesetzt werden sollen die einschlägigen Vorgaben der Richtlinie in § 505b Abs. 2 BGB und § 30 Abs. 6 und 7 BDSG.

Nach Maßgabe des Entwurfs zu § 505b Abs. 2 BGB erfolgt die Kreditwürdigkeitsprüfung auf der Grundlage einschlägiger und genauer Informationen zu Einkommen, Ausgaben sowie anderen finanziellen und wirtschaftlichen Umständen des Darlehensnehmers, die erforderlich sind und deren Einholung in einem angemessenen Verhältnis zu der Art, der Laufzeit, der Höhe und den Risiken des Darlehens für den Darlehensnehmer steht. Die Informationen dürfen bei Allgemein-Verbraucherdarlehen keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten gemäß Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 umfassen. Der Darlehensgeber hat im Übrigen die Faktoren angemessen zu berücksichtigen, die für die Einschätzung relevant sind, ob der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag voraussichtlich nachkommen kann.

Konkreter geht es in der geplanten Ergänzung des § 30 BDSG durch die Absätze 6 und 7 um Regelungen zur automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten des Verbrauchers.

Dort heißt es:

Beinhaltet im Fall von Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen die Kreditwürdigkeitsprüfung eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, kann der Darlehensnehmer vom Darlehensgeber das Eingreifen einer Person verlangen. Dies umfasst das Recht auf

- klare und verständliche Erläuterungen zu der Kreditwürdigkeitsprüfung, einschließlich der Logik und der Risiken der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten sowie ihrer Bedeutung für die Entscheidung des Darlehensgebers über die Darlehensgewährung und ihrer Auswirkungen auf die Entscheidung,
- die Darlegung des eigenen Standpunkts des Darlehensnehmers und
- die Überprüfung der Kreditwürdigkeitsprüfung und der Entscheidung über die Darlehensgewährung durch den Darlehensgeber.

Der Darlehensgeber muss den Darlehensnehmer nach Abschluss der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten über seine Rechte nach den Sätzen 1 und 2 unterrichten.

Wer den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags infolge der Auskunft einer Stelle im Sinne des Absatzes 1 ablehnt, hat den Verbraucher unverzüglich hierüber sowie über die erhaltene Auskunft, die Einzelheiten der konsultierten Datenbank und über die berücksichtigten Datenkategorien zu unterrichten. Stützt sich die Kreditwürdigkeitsprüfung unabhängig von Satz 1 auf eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, so hat der Darlehensgeber den Darlehensnehmer im Falle einer Ablehnung des Abschlusses eines Verbraucherdarlehensvertrags über diese Tatsache zu unterrichten sowie bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen über das Recht des Darlehensnehmers auf eine Prüfung durch eine Person und über das Verfahren zur Anfechtung der Entscheidung des Darlehensgebers, die Darlehensgewährung abzulehnen.

Ungeklärt ist die interessante Frage, ob die auf relevant fehlerhaften Annahmen erfolgte Ablehnung eines Kreditantrags eines Verbrauchers zu einem Kontrahierungszwang des Kreditinstituts führt, so eine zweite Prüfung nach Intervention des Verbrauchers eine positive Prognose zutage führt⁸.

F. Verhältnis des Verbraucherkreditrechts zum Datenschutzrecht

In Anbetracht der gleichgelagerten Regelungen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der einzelnen Normen zueinander. Zunächst ist festzustellen, dass die Verbraucherkreditrichtlinie die Wirkung der DS-GVO unberührt lässt und die Richtlinie Kreditgeber strengen Regeln unterwirft, als dies nach dem Datenschutzrecht geschieht.⁹ Die Richtlinie ergänzt die DS-GVO somit im spezifischen Bereich des Verbraucherkreditrechts, insbesondere der obligatorischen Kreditwürdigkeitsprüfung. Unter Geltung der strengeren Vorgaben des zukünftigen Verbraucherkreditrechts ist zu erwarten, dass vollautomatisierte Entscheidungen über die Kreditvergabe in den Hintergrund treten werden, da sie diesen Vorgaben nicht gerecht werden.¹⁰

8 Gegenstand der intensiv auf der Tagung in Barcelona geführten Diskussion.

9 So auch Freitag, WM 2025, 1581 (1589).

10 So auch die Prognose von Freitag, WM 2025, 1581 (1589).

La transparencia del algoritmo en la concesión de créditos. El derecho del consumidor a solicitar explicaciones adecuadas

*Esther Arroyo Amayuelas, Universitat de Barcelona**

Resumen: El consumidor que se ve afectado por una decisión en todo o en parte automatizada tiene derecho a obtener explicaciones adecuadas que le permitan entender cómo funciona el sistema y, en su caso, cuestionar la decisión que le perjudica. El desarrollo de métodos de inteligencia artificial explicables es un deber para todos los que se sirven de la inteligencia artificial a la hora de determinar el perfil de solvencia de sus clientes y para las modernas empresas de *FinTech* que utilizan procedimientos completamente automatizados a la hora de conceder crédito. Las empresas no pueden escudarse en la protección de la propiedad intelectual y el secreto comercial para negar al consumidor el derecho a saber por qué su solicitud de crédito ha sido denegada o se ha concedido solo en condiciones que no son las de mercado, sin que antes se haya hecho una ponderación de los intereses en juego.

Palabras clave: evaluación de la solvencia, *credit scoring*, transparencia, explicaciones adecuadas, crédito al consumo, *FinTech*, consumidor, protección de datos, inteligencia artificial, decisiones automatizadas, decisiones semiautomatizadas.

Zusammenfassung: Verbraucher, die von einer vollständig oder teilweise automatisierten Entscheidung betroffen sind, haben das Recht auf angemessene Erläuterungen, die es ihnen ermöglichen, die Funktionsweise des Systems zu verstehen und gegebenenfalls die Entscheidung anzufechten, die ihnen zum Nachteil gereicht. Die Entwicklung erklärbarer Methoden der künstlichen Intelligenz ist eine Pflicht für alle, die künstliche Intelligenz zur

* Catedrática de Derecho civil en la Universitat de Barcelona y miembro del Instituto de investigación Transjus de su Facultad de Derecho. Esta contribución forma parte del Proyecto I+D+i PID2024-157907NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER UE; y se integra en las actividades del Grup de Dret civil català UB de investigación consolidado por la Generalitat de Catalunya 2021 SGR 347.

Bestimmung des Bonitätsprofils ihrer Kunden einsetzen, sowie für moderne *FinTech*-Unternehmen, die bei der Kreditvergabe vollautomatisierte Verfahren anwenden. Die Unternehmen können sich nicht auf den Schutz des geistigen Eigentums und von Geschäftsgeheimnissen berufen, um dem Verbraucher das Recht zu verweigern, zu erfahren, warum sein Kreditantrag abgelehnt oder ihm nur zu nicht marktüblichen Bedingungen stattgegeben wurde, ohne dass zuvor eine Abwägung der betroffenen Interessen erfolgt ist.

Schlüsselwörter: Kreditwürdigkeitsprüfung, Kredit-Scoring, Transparenz, ausreichende Erläuterungen, Verbraucherkredit, *FinTech*, Verbraucher, Datenschutz, künstliche Intelligenz, automatisierte Entscheidungen, halbautomatisierte Entscheidungen.

A. Introducción

La irrupción en el mercado de operadores que ofrecen nuevos tipos de crédito al consumo y créditos rápidos y de escasa cuantía totalmente *online* y completamente automatizados muestra lo imparable del proceso de digitalización de este sector.¹ La legislación de la Unión europea regula en normas distintas y para distintos fines el uso de sistemas automatizados y de inteligencia artificial. En particular, la Directiva 2025/2023, de 19 de diciembre de 2024, sobre crédito al consumo (DCC 2023)² lo hace en el contexto de la concesión de crédito. La norma debe ponerse en relación con el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD)³, no solo porque tanto los prestamistas tradicionales que se sirven del clásico *credit scoring*, como las modernas empresas de *FinTech*, deben respetar la privacidad del consumidor, sino sobre todo porque las condiciones de aplicación del art. 22 RGPD a la calificación crediticia se han revelado problemáticas, tal y como recientemente ha demostrado la

1 M. Olano, Crédito al consumo: un segmento en crecimiento en medio de un descenso generalizado del crédito, en: VI Foro Banca Consumer Axactor, Madrid, 11 de abril de 2024, p. 2. Algunas propuestas para la reforma del crédito inmobiliario con la mirada puesta en esa digitalización, E. Arroyo Amayuelas, Artificial Intelligence and Consumer Protection In Credit Agreements, en: M. Anderson – E. Arroyo Amayuelas (eds.), The Mortgage Credit Directive under Review, Groningen: ELP, 2025, pp. 33-48.

2 DO L 2225, de 30 de octubre de 2023.

3 DO L 119, de 4 de mayo de 2016.

STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa Holding*.⁴ Finalmente, en la concesión automatizada de crédito desempeña un papel relevante el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio, sobre Inteligencia Artificial (RIA), que regula la calidad de los sistemas de evaluación automatizados y exige que los modelos de inteligencia artificial sean transparentes y seguros.⁵ Sin perjuicio de las condiciones de aplicación de unas u otras normas, no necesariamente coincidentes (art. 86.3 RIA), interesa destacar que todas tienen en común el reconocimiento del derecho del perjudicado a obtener explicaciones adecuadas sobre el procedimiento aplicado en la obtención de su perfil de solvencia, con el fin de combatir la asimetría que existe entre el responsable del despliegue del sistema de inteligencia artificial y/o el responsable del tratamiento de datos y aquel a quien puede afectar la decisión o el tratamiento automatizado.

Tras una breve explicación del marco jurídico al que se acaba de aludir, las páginas que siguen tratan de dotar de contenido al derecho a obtener explicaciones adecuadas, a cuya delimitación ha contribuido decisivamente la reciente STJUE C-203/22, de 27 de febrero de 2025, *Dun & Bradstreet Austria GmbH*.⁶ Ciertamente, las medidas de control que se imponen a las empresas que se sirven de la inteligencia artificial ayudan a que los consumidores confíen en su fiabilidad; sin embargo, el consumidor que se ve afectado personalmente por un mal desempeño del sistema necesita entender algo más; en concreto, necesita conocer cómo funciona este para poder cuestionar la decisión que le afecta. Es preciso, pues, desarrollar métodos de inteligencia artificial explicable, lo cual es un incentivo para que los bancos automatizados y las modernas empresas de *FinTech* sean más transparentes.

4 ECLI:EU:C:2023:957. *M. Ebers*, Externes Scoring als automatisierte Einzelfallentscheidung i.S.d. Art. 22 Abs.1 DS-GVO - EuGH, Urt. v. 7.12.2023 - Rs. C 634/21, *Legal Tech - Zeitschrift für die digitale Anwendung* - LTZ, núm. 2, 2024, pp. 1-8; *E. Arroyo Amayuelas*, El Scoring de Schufa, *InDret*, núm. 3, 2024, pp. 134-160. *Vid.* Markus Artz en este mismo volumen.

5 DO L 1689, de 12 de julio de 2024, Cuestión distinta es cómo las diferentes autoridades de protección de datos y de vigilancia del mercado responsable de hacer cumplir el Reglamento sobre IA coordinarán sus actividades entre sí. *Ebers* (n. 4), p. 8. Para un comentario de la norma, *L. Cotino Hueso - P. Simón Castellano* (eds.), *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea*, Cizur Menor: Aranzadi, 2025; *M. Martini - Ch.Wendehorst* (Hrsg.), *KI-VO Verordnung über künstliche Intelligenz. Kommentar*, München, 2024 (se acaba de publicar la 2ª edición, en diciembre 2025, mientras corrijo estas pruebas)

6 ECLI:EU:C:2025:117.

B. Normas que inciden en la valoración de la solvencia con inteligencia artificial

I. La Directiva 2025/2023, sobre crédito al consumo

La evaluación de la solvencia crediticia suele expresarse con una puntuación elaborada por el prestamista o suministrada por agencias externas de *credit scoring* (Schufa, Experian, Equifax).⁷ La puntuación que otorgan estas últimas permite luego al prestamista decidir si el crédito o préstamo en cuestión debe ser concedido. La aparición del *machine learning* ha permitido incrementar el número de variables y sus relaciones y, además, es posible servirse de datos no estructurados para determinar la elegibilidad del crédito; esto último puede suponer una ayuda para los consumidores con un bajo perfil crediticio pero, a la vez, entraña riesgos y muchas dudas sobre el respeto de la legislación aplicable, en particular el RGPD. Así, en cuestiones de transparencia, equidad, minimización de datos, o limitación de la finalidad del tratamiento.⁸ Son razones que han llevado al legislador a prohibir servirse de los datos personales especialmente protegidos como, por ejemplo, la edad o la salud, además de impedir a los prestamistas utilizar los obtenidos a través de la huella digital (art. 9.1 RGPD; Considerandos 55, 57, arts. 18.3, 19.5 DCC 2023).⁹ Asimismo, de acuerdo con el art. 18.8 DCC 2023, en los procedimientos automáticos de evaluación de la solvencia, los consumidores tienen derecho a solicitar, y a obtener

7 Ampliamente, N. Vardi, *Creditworthiness and 'Responsible Credit'*, Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2022; N. Collado-Rodríguez, La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 46, 2023, pp. 41-67, <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3335>. Además, G. Spindler, Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive, *Law and Financial Markets Review*, núms. 3-4, 2021, pp. 239-261, pp. 239-242.

8 N. Aggarwal, *The Norms of Algorithmic Credit Scoring*, *Cambridge Law Journal*, vol. 80, 2021, pp. 42-73, p. 46-47; Collado-Rodríguez, La evaluación (n. 7) pp. 8 ss.; F. Ostmann – C. Dorobantu, AI in financial services. The Alan Turing Institute, 2021, Chapter 2, pp. 10 ss. Disponible en: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4916041>.

9 Sobre el tema, E. Arroyo Amayuelas, La digitalización de los contratos de crédito, en: E. Arroyo Amayuelas (ed.), *Digitalización del crédito y otros servicios financieros*, Barcelona: AFerré, 2025, pp. 83-108, p. 92. Para la interpretación amplia de la expresión “red social” de la que se sirve la DCC 2023, G. Izquierdo Grau, Los derechos del consumidor en los procesos de evaluación de solvencia mediante el tratamiento automatizado de datos contenidos en la Directiva (UE) 2023/2225, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 49, 2024, pp. 80-106, pp. 91-92. Disponible en https://doi.org/10.18239/RCDC_2024.49.3447.

del acreedor, una explicación del proceso de evaluación de la solvencia; a expresar su punto de vista; y a solicitar una revisión, tanto de la valoración de la solvencia, como de la decisión final sobre la concesión del crédito. La explicación sobre cómo se ha llevado a cabo la decisión debe ser clara y comprensible e incluye el derecho a conocer la lógica y los efectos del procesamiento automático de datos personales, así como la forma en que ello ha impactado en el resultado final.

Adicionalmente, el art. 18.9 DCC 2023 establece la obligación del prestamista de informar al consumidor de que la evaluación de la solvencia se basa en el tratamiento automatizado de datos, así como sobre el derecho del consumidor a una evaluación humana y sobre el procedimiento de impugnación de la decisión. Dada la redacción y ubicación del precepto, parece que esto último se vincula al hecho de que previamente se haya denegado la solicitud de crédito,¹⁰ pero esa interpretación restrictiva debe descartarse, puesto que el derecho a obtener una revisión de la decisión en que ha intervenido un tratamiento automatizado se afirma antes con carácter general en el art. 18.8 c) DCC 2023 y ninguna diferencia parece existir entre solicitar la revisión de la decisión y oponerse a ella.¹¹ Además, cuando el segundo inciso del art. 18.8 DCC 2023 añade que “los Estados miembros velarán por que se informe al consumidor del derecho a que se refiere el párrafo primero”, incluye una remisión a la letra c) que se refiere a la revisión de la decisión en sentido amplio. Por consiguiente, independientemente de que el crédito se deniegue o se conceda en condiciones distintas a las del mercado, esto es, a tipos de interés más elevados, todos los consumidores deben poder impugnar la decisión y los prestamistas deben prever un procedimiento específico para tal fin.

10 Así, M. J. Marín López, Tratamiento automatizado de datos en el *credit scoring*: la STJUE de 7 de diciembre de 2023 y sus efectos en la Directiva de contratos de crédito al consumo, Publicaciones Jurídicas CESCO, 2024, pp. 1–8, p. 4. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Tratamiento_automatizado_de_datos_en_el_credit_scoring.pdf.

11 Arroyo Amayuelas, La digitalización (n. 9), p. 99.

II. El Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos

Al tratar los datos personales de los consumidores, los proveedores de crédito deben procurar un uso limitado a su finalidad y únicamente en la medida en que sean necesarios (art. 5.1 b) y c) RGPD); ajustarse a las causas que legitiman el tratamiento (art. 6 RGPD); y aplicar la protección de datos desde el diseño y por defecto (art. 25 RGPD). El titular de los datos también tiene derecho a saber que estos serán utilizados para entrenar la inteligencia artificial o realizar predicciones, para poder hacer valer el derecho a rectificar, suprimir o limitar esos datos (arts. 16-18 RGPD). Es preciso, además, llevar a cabo una evaluación de impacto cuando el tratamiento de datos pueda dar lugar a un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (art. 35 RGPD), que es lo que inevitablemente sucede cuando la evaluación de la solvencia se sirve de tratamientos automatizados (Considerando 96, art. 27 RIA).¹²

De acuerdo con el art. 15.1 h) RGPD, el interesado tiene derecho a recibir información sobre la existencia de la toma de decisiones automatizada, incluida la elaboración de perfiles a que se refiere el art. 22.1 y 4 RGPD y, al menos en esos casos, tiene derecho a obtener información significativa sobre la lógica aplicada (cómo funciona el sistema), así como sobre la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Tras la STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, queda claro que el art. 22 RGPD no prevé simplemente un derecho a no ser objeto de un tratamiento automatizado de datos, sino que establece una auténtica prohibición, de manera que el interesado no necesita invocar el art. 22.1 RGPD en el tratamiento de sus datos personales.¹³ Por consiguiente, no es posible una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos que tenga efectos jurídicos o similares sobre la persona, salvo en los casos en que concurra alguna de las excepciones que contempla el art. 22 RGPD: (a) la decisión resulte necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; (b) esté autorizada por el Derecho de la Unión o del Estado Miembro aplicable; o que (c) se base en el consentimiento explícito del interesado (art. 22.2 RGPD).

12 Críticamente, en particular, en lo que concierne a la evaluación de impacto, *Aggarwal*, *The Norms* (n. 8), pp. 65 ss.

13 STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa* (§ 52).

Se ha defendido la no aplicación de la excepción prevista en la letra a) en nuestro caso,¹⁴ pero es problemático concluir que el control de solvencia no resulta necesario para la celebración del contrato de crédito entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento, a la vista de los arts. 18.6 DCC 2023 y 18.5 a) MCD, que impiden conceder crédito al prestamista sin un previo resultado positivo de esta evaluación. Es más que probable, además, que cuando el responsable del tratamiento sea una *FinTech* que actúa de forma completamente automatizada, el sistema esté programado para realizar dicha comprobación en todo caso.¹⁵ Sea como fuere, siempre se aplicaría la excepción prevista en la letra b), porque la DCC 2023 no pone en duda la posibilidad de adoptar una decisión exclusivamente automatizada.¹⁶ En realidad, la DCC 2023 tampoco excluye que la decisión del prestamista pueda adoptarse sobre la base de un tratamiento semiautomatizado y no por eso protege menos al consumidor/titular de los datos que el RGPD. Efectivamente, además de obligar al prestamista a proporcionar información (art. 18.8 a) DCC 2023), también concede al primero el derecho a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión (art. 18 b) y c) DCC 2023).¹⁷

III. El Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio, sobre Inteligencia Artificial

El catálogo de derechos reconocidos a los titulares de datos personales y a los consumidores de la UE no basta si, además, no se regula el uso de la inteligencia artificial por parte de los prestamistas y las agencias de crédito. Efectivamente, es más que evidente el riesgo de discriminar a grupos específicos mediante la denegación del crédito, o la fijación de tipos de interés más elevados, y a invadir la privacidad de las personas, mediante un uso inadecuado de los datos (Considerando 58 RIA). Con esa finalidad, el RIA regula la puesta en funcionamiento y utilización de sistemas de IA. La norma no está exclusivamente pensada para el sector de los servicios

14 G. Campos Rivera – J. A. Castillo Parrilla, *Credit scoring* en la nueva Directiva de contratos de crédito al consumo: RGPD, AI Act, privacidad de grupo y derecho al olvido oncológico, en: R. Pérez Díaz *et al.* (dirs.), *Perspectivas transversales del Derecho a la protección de datos*, Madrid: Colex, 2024, pp. 79-106, p. 84, p. 93 n. 57.

15 Así, Spindler, *Algorithms* (n. 7), p. 249 y nota 56.

16 Marín López, *Tratamiento* (n. 10), p. 4, p. 5.

17 Para ulterior detalle, *vid. infra* epígrafe C. II.

financieros, pero a estos también les resulta de aplicación. Aunque en la doctrina se ha suscitado la duda de si los recursos financieros deben ser reputados ellos mismos un servicio esencial, o si solo se consideran en relación con el acceso a los servicios esenciales, parece que debe primar la primera interpretación.¹⁸

El RIA califica a los sistemas de inteligencia artificial en diferentes categorías según el riesgo que presenten: (a) sistemas prohibidos, (b) sistemas de alto riesgo, (c) sistemas de riesgo mínimo, y (d) sistemas sin regulación. Los sistemas utilizados para evaluar la solvencia de los clientes son sistemas de IA de alto riesgo. Según el Considerando 58 RIA:

“[...] deben clasificarse como de alto riesgo los sistemas de IA usados para evaluar la calificación crediticia o solvencia de las personas físicas, ya que deciden si dichas personas pueden acceder a recursos financieros o servicios esenciales como la vivienda, la electricidad y los servicios de telecomunicaciones”

El artículo 6.2 RIA define como de alto riesgo los enumerados en el Anexo III, entre los que se encuentran los sistemas de *credit scoring*, con excepción de los sistemas de IA utilizados para detectar fraudes financieros (Anexo III 5 b) RIA). Para beneficiarse de la exención de la categorización como de “alto riesgo”, debe demostrarse que el sistema de IA no plantea un riesgo significativo de daño para los derechos fundamentales de las personas físicas, incluido el hecho de no influir materialmente en el resultado de la toma de decisiones. Se entiende que eso es lo que ocurre cuando se cumple alguna de las siguientes condiciones:

- a) El sistema de IA está destinado a realizar una tarea de procedimiento limitada;
- b) El sistema de IA está destinado a mejorar el resultado de una actividad humana previamente realizada;
- c) El sistema de IA está destinado a detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones con respecto a patrones de toma de decisiones anteriores y no está destinado a sustituir la valoración humana previamente realizada sin una revisión humana adecuada, ni a influir en ella; o

18 E. Arroyo Amayuelas, Tratamiento automatizado en la concesión de crédito, en: Cámara Aguila, Pilar – Agüero Ortiz, Alicia (dirs.), Derecho privado y tecnología, Cizur Menor: Aranzadi, 2025, pp. 71-100, pp. 77-48.

- d) El sistema de IA está destinado a realizar una tarea preparatoria para una evaluación que sea pertinente a efectos de los casos de uso enumerados en el anexo III.

De acuerdo con este último punto, solo si el sistema de IA realiza una tarea preparatoria de una evaluación relativa a la calificación crediticia podría considerarse que el sistema no plantea un alto riesgo. Si se aplicara el RGPD esto exigiría discutir cuándo existe una tarea automatizada preparatoria de una decisión humana ulterior, o cuándo existe una decisión exclusivamente automatizada, para determinar la aplicación del art. 22 RGPD. Esta fue la cuestión de la que se ocupó la STJUE C-234/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, cuyas conclusiones son conocidas.¹⁹ No se ponía en cuestión en ese caso que la evaluación crediticia automatizada realizada por la empresa de *scoring* comportaba la elaboración de perfiles (art. 4.4 RGPD)²⁰ y en la sentencia es clara la importancia de la puntuación derivada de ese perfilado en la ulterior toma de decisión por parte de la entidad prestamista.

Tener que decidir en cada caso cuándo la puntuación basada en el perfil del cliente es o no decisiva es algo de lo que prescinde el RIA porque, como excepción de la excepción, los sistemas de IA destinados a ser utilizados para evaluar la solvencia de las personas físicas son siempre considerados de alto riesgo cuando comporten la realización de perfiles (art. 6.3 RIA). Tal y como se desprende del Considerando 71 RGPD, dicha evaluación implica el análisis de aspectos personales para examinar o predecir elementos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud,

19 STJUE C-234/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa* (ECLI:EU:C:2023:957). Ebers, Externes Scoring (n. 4), p. 8 plantea la posible extensión de los efectos de esta sentencia a los muchos otros ámbitos en los que se utilizan sistemas de IA, en el ámbito de las relaciones laborales o la persecución penal, por citar solo algunos ejemplos.

20 STJUE C-234/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa* (ECLI:EU:C:2023:957) (§ 47). Antes, Abogado General Priit Pikamäe, Conclusiones en el Asunto C-634/21, *Schufa*, de 16 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:220) (§ 33): “este procedimiento emplea datos personales para evaluar determinados aspectos relativos a las personas físicas para analizar o predecir elementos relativos a su situación económica, su fiabilidad y su comportamiento probable. En efecto, de los autos del asunto se desprende que el método utilizado por *Schufa* genera un *score* sobre la base de ciertos criterios, es decir, un resultado que permite extraer conclusiones sobre la solvencia del interesado. Por último, quisiera destacar que ninguna de las partes interesadas cuestiona la calificación del procedimiento en cuestión de «elaboración de perfiles», de manera que puede considerarse que esta condición se cumple en el presente asunto”.

las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado. Es decir que el punto de partida para la categorización del sistema como de alto riesgo es, precisamente, la calificación misma llevada a cabo por el sistema de *scoring* a través del perfilado, en todos los casos contemplados en el Anexo III.²¹ Además, en el RIA ni siquiera es preciso que el perfilado tenga por objeto el procesamiento de datos personales.²² Claro está, no queda exento del examen, caso por caso, la determinación de si el sistema de IA está destinado a realizar una tarea preparatoria cuando la evaluación de la solvencia no requiera la elaboración de perfiles, esto es, cuando el tratamiento automatizado solo atienda a un control individual de las condiciones y características concretas del sujeto que solicita el crédito. Sin duda, eso abre las puertas a cierta inseguridad jurídica.

Puesto que las técnicas que implican el entrenamiento de modelos pueden dar lugar a discriminaciones prohibidas, el RIA insta prácticas de gestión y gobernanza de datos que regulan el entrenamiento de los conjuntos de datos y su validación (art. 10 RIA). En general, las empresas de *scoring* y las entidades financieras que utilicen o desplieguen sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo bajo su propia autoridad se ven sometidas a normas estrictas relativas a la gestión de riesgos, la calidad y la pertinencia de los conjuntos de datos utilizados, la documentación técnica y la conservación de registros, la transparencia y la comunicación de información a los responsables del despliegue (Considerandos 66, 72, Sección 2 Cap. III RIA) y deben realizar una previa verificación del impacto del sistema sobre los derechos fundamentales que, en su caso, complementará la que debe llevarse a cabo en cumplimiento del art. 35 RGPD (Considerandos 66, 72, 96, Sección 2 y 3 Cap. III). Además, las entidades financieras no están exentas de establecer un sistema de vigilancia poscomercialización, de forma proporcionada a la naturaleza de las tecnologías de inteligencia artificial utilizadas y a los riesgos que estas comportan (art. 72.1 y 4 II RIA)

-
- 21 T. Radtke, Das Verhältnis von KI-VO und Art. 22 DSGVO unter besonderer Berücksichtigung der Schutzzwecke, RD - Recht Digital, 2024, pp. 353-360, pp. 359-360; A. Agustinoy Guilayn, Art. 86 RIA, en M. Barrio Andrés (dir.), Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, Madrid: LaLey, 2024, pp. 774-779, p. 776. Sin embargo, no deja de ser paradójico que otros sectores queden excluidos, a pesar del impacto que el sistema también puede tener en los derechos fundamentales, vgr. en el ámbito laboral.
- 22 L. Metikoš – J. Ausloos, The Right to an Explanation in Practice: Insights from Case Law for the GDPR and the AI Act, Law, Innovation, and Technology, núm. 2, 2025, pp. 1-30, pp. 11-12. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4996173>.

y deben notificar cualquier incidente grave a las autoridades de vigilancia del mercado de los Estados miembros en los que se haya producido dicho incidente (art. 73 RIA).

C. De la decisión exclusivamente automatizada al uso de un tratamiento automatizado de datos

I. Decisiones individuales *exclusivamente* automatizadas

Tradicionalmente se había considerado que el art. 22 RGPD solo se podía aplicar al *scoring* o puntuación interna del prestamista si el cálculo conducía directamente a una decisión.²³ Por otra parte, según la opinión dominante, los valores de puntuación externos de las agencias de crédito regularmente solo preparan la decisión y, por lo tanto, no son una decisión en el sentido del art. 22 RGPD. Sin embargo, la STJUE C-234/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, identifica la predicción que realiza la empresa de *scoring* con la decisión sobre la concesión de crédito, siempre que -y solo cuando- la intervención humana posterior sea meramente simbólica, esto es, cuando el prestamista confía de forma preponderante y no meramente simbólica en los resultados del *scoring* para adoptar su decisión. En tal caso se entiende que esta se ha adoptado de forma exclusivamente automatizada, como si no hubiera mediado intervención humana alguna (Considerando 71 RGPD). La sentencia considera que, si la generación del valor de probabilidad debiera considerarse un mero acto preparatorio y únicamente pudiera calificarse de decisión el acto adoptado por el tercero (el prestamista), existiría una decisión humana. En tal caso, el interesado no tendría el derecho de acceso a la información específica a que se refiere el art. 15.1 h) RGPD,²⁴ ni sería aplicable la prohibición establecida en el art. 22 RGPD ni, por consiguiente, las salvaguardias vinculadas a las excepciones previstas en dicho precepto. Entre ellas se incluyen en particular, el derecho a obtener

23 Sobre el tema, K. Blasek, *Auskunfteiwesen und Kredit-Scoring in unruhigem Fahrwasser. Ein Spagat zwischen Individualschutz und Rechtssicherheit*, *Zeitschrift für Datenschutz*, 2024, pp. 433-438, p. 436; Spindler, *Algorithms* (n. 7), p. 248.

24 Pero *vid.* K. Langenbacher, *Die Schufa vor dem EuGH, BKR-Bank und Kapitalmarktrecht*, 2024, [pp. 66-67], p. 67, que precisa que el art. 15.1 h) RGPD hubiera sido aplicable en relación con el derecho a conocer la lógica del algoritmo, porque el precepto se refiere a la puntuación en sí misma considerada cuando habla de la elaboración de perfiles. Sin embargo, no es eso siempre lo que han decidido los tribunales. *Vid.* Metikoš - Ausloos, *The Right to an Explanation* (n. 22), p. 15.

una intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión (art. 22.3 RGPD), así como la prohibición de utilizar las categorías especiales de datos personales contempladas en el art. 9.1 RGPD (art. 22.4 RGPD).

Tal y como desde hace tiempo señala la doctrina, las condiciones de aplicación del art. 22 RGPD son limitadas. Como se ha visto, tal aplicación se excluye cuando el tratamiento de los datos no esté exclusivamente automatizado.²⁵ La STJUE C-234/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, se ve obligada a considerar que la puntuación o perfilado realizado por una empresa externa al prestamista es ya la decisión que perjudica al sujeto cuando el prestamista le deniega el crédito que solicita y, sin embargo, como se acaba de ver, todavía exige que la participación humana posterior sea simbólica. Por el contrario, de acuerdo con el art. 86.1 RIA, toda persona que se vea afectada por una decisión adoptada por el responsable del despliegue basándose en los resultados de salida de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, tendrá derecho a obtener de dicho responsable explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema haya desempeñado en el proceso de toma de decisiones y sobre los principales elementos de la decisión adoptada. El hecho de que la puntuación sea utilizada posteriormente de forma significativa por un tercero es irrelevante, porque, como se ha dicho antes, ya la propia elaboración de perfiles se considera una actividad de alto riesgo que puede afectar a los derechos fundamentales (art. 6.3 final RIA).²⁶ Por consiguiente, si lo relevante es la influencia del perfil llevado a cabo mediante inteligencia artificial y no su consideración de predicción, contenido, recomendación, o decisión (art. 3.1 RIA),²⁷ entonces debería ser intrascendente que el responsable del

25 A. Rubí Puig, “Elaboración de perfiles y personalización de ofertas y precios en la contratación con consumidores”, *Revista Educación y Derecho*, núm. 24, 2021, [pp. 1-24], p. 13. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RED>; *Spindler, Algorithms* (n. 7), p. 248; *Metikoš - Ausloos*, *The Right to an Explanation* (n. 22), p. 13.

26 *Langenbucher*, *Die Schufa* (n. 24), p. 67; *Metikoš - Ausloos*, *The Right to an Explanation* (n. 22), p. 16. A propósito de la reforma prevista en el § 37a BDSG, en respuesta a la STJUE *Schufa*, *vid.* también *U. Krüger*, *SCHUFA-Scoring ist eine von der DSGVO grundsätzlich verbotene “automatisierte Entscheidung im Einzelfall,VuR-Verbraucher und Recht*, 2024, pp. 150-156, pp. 155-156.

27 El Considerando 10 RIA cualifica la elaboración de perfiles como *decisiones* individuales totalmente automatizadas, pero lo hace con el fin de permitir que los interesados sigan disfrutando de todos los derechos y garantías que les confiere el Derecho de la Unión, de manera que cabe vincular ese Considerando con el Considerando 71 y el

despliegue fuera la empresa de *scoring* y quien adoptara la decisión sobre la denegación de crédito, a partir de los resultados del sistema, en todo o en parte, fuera una persona distinta, es decir, el prestamista (Considerando 13, art. 3.4 RIA). Frente a ambos deberían poderse exigir las explicaciones a las que se refiere el art. 86.1 RIA;²⁸ y, en particular, frente al prestamista, cuando este no sea responsable del despliegue del sistema, la razón de tal exigencia radica en el impacto del sistema sobre la decisión que finalmente adopta. A fin de cuentas, también el prestamista, como usuario del sistema, debe poder obtener explicaciones del responsable del despliegue; por otra parte, es lógico que el contrato entre el prestamista y la empresa de *scoring* contemple esa necesidad. De hecho, una interpretación parecida debería haber prevalecido al amparo del art. 22 RGPD en el caso del que se ocupa la STJUE C-234/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, por las razones que ya he expuesto en otro lugar.²⁹

II. El simple uso de un tratamiento automatizado de datos

En un intento de adecuar la economía de consumo a la creciente digitalización de nuestros días, el art. 86.1 RIA no exige que la decisión se adopte exclusivamente mediante medios automatizados. En la misma línea, pero a propósito de la concesión de crédito al consumo, el art. 18.8 DCC 2023 tiene en cuenta que las puntuaciones que ofrecen las agencias externas de *scoring* solo son parte de un proceso de toma de decisiones en el que se contemplan otros factores, y que lo lógico es que las decisiones de los prestamistas que se sirven del *scoring* deban considerarse semiautomatizadas. La fórmula «uso» de un tratamiento automatizado abarca las puntuaciones de crédito internas y externas que se utilizan para la evaluación de la solvencia. Por tanto, aunque no fuera aplicable el art. 22 RGPD frente al prestamista, el art. 18.8 DCC 2023 protege al consumidor del mismo modo cuando un tratamiento automatizado forme parte de la evaluación de la solvencia,

art. 22 RGPD, en la línea de lo decidido en la STJUE C-234/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa* (ECLI:EU:C:2023:957).

28 Admite que no solo las decisiones exclusivamente automatizadas están incluidas dentro del ámbito de aplicación del precepto y resalta que el destinatario del art. 86.1 RIA es el responsable del despliegue, en tanto que usuario, y no el operador (Considerando 93 RIA), S. Hartmann, Art.86 KI-VO, en: Martini –Wendehorst (Hrsg.), KI-VO Verordnung (n. 5), pp.1005-1009, p. 1005, p. 1006, p. 1007.

29 Arroyo Amayuelas, El *scoring* (n. 4), pp. 143 ss. Vid. todavía *infra* letra E.

sin ni siquiera tener que presumir la relevancia del valor de puntuación. Es una decisión correcta. ¿Por qué el consumidor no debería poder pedir explicaciones sobre la forma en que se generó algorítmicamente un dato importante?³⁰ Nótese, además, que el art. 18.8 DCC 2023 no exige al consumidor la prueba de un perjuicio o afectación considerable para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, y, por consiguiente, frente al prestamista, el precepto sería aplicable con preferencia al art. 86.1 RIA (art. 86.3 RIA), tanto en la hipótesis de que aquél fuera responsable del despliegue del sistema de inteligencia artificial (*scoring* interno), como en el caso de que lo fuera un tercero (*scoring* externo). Cualquier contrato de crédito al consumo, incluidos aquellos cuya finalidad no sea cubrir necesidades básicas, cae dentro del ámbito de aplicación del art. 18 DCC 2023.³¹

D. En particular, el derecho a solicitar explicaciones adecuadas

El resultado que arroja el algoritmo puede contener errores. Igual que cuando se utiliza un sistema de valoración de la solvencia tradicional, el consumidor tiene derecho a saber qué datos personales se han utilizado (art. 15 RGPD), si los empleados son inexactos o desactualizados, o si son incorrectos porque su tratamiento está prohibido (art. 9.1 RGPD; arts. 18.3, 19.5 DCC 2023). El consumidor no tiene tampoco la posibilidad de detectar los errores derivados de un sesgo en el tratamiento de los datos. Efectivamente, aunque su calidad sea correcta y el algoritmo no utilice factores como el sexo, la religión, la enfermedad o la clase social, sin embargo, el sistema puede discriminar indirectamente a los consumidores, según el tipo de asociaciones que lleve a cabo.³² Por eso, el solicitante del crédito para cuyo otorgamiento se haya recurrido al uso de un tratamiento automatizado de datos tiene derecho a solicitar y obtener del prestamista una explicación clara y comprensible de la evaluación de solvencia, incluida la

30 Esa observación, en la crítica al art. 22 RGPD, *Metikoš - Ausloos*, The Right to an Explanation (n. 22), p. 13.

31 Sin embargo, considera que no se aplica el art. 22 RGPD a la denegación de un “simple contrato de crédito al consumo” no reconducible a necesidades básicas, *Spindler*, Algorithms (n. 7), p. 249. En esa línea, *Hartmann*, Art. 86 KI-VO, en: Martini –Wendehorst (Hrsg.), KI-VO Verordnung (n. 5), p. 1008: “Rein finanzielle Nachteile [...] werden hierfür nicht genügen”.

32 *F. Ferretti*, Consumer Access to Capital in the Age of FinTech and Big Data: the Limits of EU Law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, num. 25, 2018, pp. 476 – 499, p. 492; *Spindler*, Algorithms (n. 7), p. 242.

lógica del procesamiento y los riesgos que implica, así como su significado y sus efectos en la decisión sobre la concesión de crédito [art. 18.8 a) DCC 2023].

Esas explicaciones claras y significativas, acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada, son la base para que las personas puedan luego ejercer sus derechos (Considerando 171 RIA). Por consiguiente, las empresas deben estar preparadas para explicar la complejidad de sus algoritmos. Eso incluye tanto a las empresas de *scoring* cuya finalidad profesional es valorar la solvencia de personas o entidades, o en relación con determinadas garantías o instrumentos, como a las entidades financieras (y de seguros) que actúan con fines profesionales, en la medida en que ellas mismas utilicen o desplieguen sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo bajo su propia autoridad (Considerando 96 y arts. 3.4, 3.8 RIA). Ya se ha dicho también que las entidades financieras deben establecer un sistema de vigilancia poscomercialización (art. 72.1 y 4 II RIA).

Si no se garantiza un funcionamiento con un nivel de transparencia suficiente que permita a los responsables del despliegue interpretar y usar correctamente sus resultados de salida (arts. 13, 15 RIA), este no debería poder utilizarse.³³

E. ¿Qué explicaciones, en particular?

En el art. 18.9 DCC 2023 las explicaciones se refieren a una decisión concreta ya adoptada por el prestamista: este debe informar de que la evaluación de su solvencia se basa en el tratamiento automatizado de los datos, una vez al consumidor le ha sido denegado el crédito. Ahora el art. 86 RIA también deja muy claro que el derecho a obtener explicaciones se refiere a las decisiones individuales adoptadas por el responsable del despliegue del sistema de inteligencia artificial, que podrá o no coincidir con la persona responsable del tratamiento de datos personales, y ser o no una agencia externa al prestamista. Se trata, pues, de explicaciones *ex post*, por mucho

33 M. Guerrero Ovejas, Score automatizado en la concesión del crédito, Working Paper de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo, 5, 2024, pp-1-65, p. 38. Ya antes de la aprobación del Reglamento, P. Rott, A Consumer Perspective on Algorithms, en L. de Almeida, et al. (eds.), The Transformation of Economic Law. Essays in Honour of Hans-W. Micklitz, Oxford: Hart, 2019, pp. 81-96, p. 92.

que el consumidor deba estar informado *ex ante* de que tiene ese derecho a obtenerlas y de que ya entonces pueda pedir también información general sobre la lógica del sistema.³⁴

Por el contrario, al amparo del RGPD, un sector de la doctrina ha tendido a limitar el derecho del interesado a obtener explicaciones funcionales del sistema y no lo ha extendido a las explicaciones sobre la toma de decisiones concretas.³⁵ Para este sector se trataría de informaciones necesariamente limitadas que solo deberían tener en cuenta información general de tipo funcional, esto es, sobre la lógica del sistema (tipos de datos, categorías en el árbol de decisiones), su finalidad o significado (*vgr.* realizar una calificación crediticia) o sus consecuencias (evaluar la solvencia para determinar si se es merecedor del crédito que se solicita y en qué condiciones). Tras la decisión, el art. 22.3 RGPD no proporciona un derecho a recibir una explicación sobre cómo esta ha afectado, en particular, al titular de los datos, sin perjuicio de que el responsable del tratamiento quiera voluntariamente proporcionársela, de acuerdo con lo que sugiere el Considerando 71 RGPD.³⁶ Esta argumentación presupone que el nivel de detalle de la información es distinto, según se solicite antes o después de la decisión. Se diría, con todo, que la distinción pierde sentido a la luz de la STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, si resulta que la

34 Izquierdo Grau, Los derechos (n. 9), p. 95. Sin embargo, *Metikoš - Ausloos*, The Right to an Explanation (n. 22), p. 21: “[...] it is more likely that art. 86(1) does require an explanation of the specific decision in question, as it requires that the ‘main parameters’ of the decision in question, must be disclosed”.

35 S. Wachter – B. Mittelstadt – L. Floridi, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, núm. 2, 2017, pp. 76-98. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix022>. Contra, A.D. Selbst – J. Powles, Meaningful information and the right to Explanation, *International Data Privacy Law*, núm. 4, 2017, pp. 233-242. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix022>. Explica el estado de la cuestión, entre nosotros, A. Roig, Las garantías frente a las decisiones automatizadas, Barcelona: J. M. Bosch, 2020, pp. 70, 75-81; G. Lazcoz Moratinos, Gobernanza y supervisión humana en la toma de decisiones basada en la elaboración de perfiles, tesis doctoral, 2023, pp. 216-221 (la consulto por amabilidad del autor). Más recientemente, *Metikoš - Ausloos*, The Right to an Explanation (n. 22), pp. 17-19, aporta jurisprudencia que contradice las opiniones de los autores citados en primer lugar.

36 Wachter et al, Why a Right (n. 34), pp. 78, 82-84; L. A. Bygrave, Article 22 RGPD, en Ch. Kuner et al (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 522-542, p. 538; Spindler, Algorithms (n. 7), pp. 249-250; Ebers, Auskunftsrecht nach Art.15 Abs.1 lit.h DS-GVO bei automatisierter Einzelfallentscheidung, *Legal Tech – Zeitschrift für die digitale Anwendung – LTZ*, núm.1, 2025, 1, p. 64.

puntuación crediticia constituye ella misma la decisión automatizada. Por otro lado, la STJUE C-203/22, de 27 de febrero de 2025, *Dun & Bradstreet Austria GmbH* da por sentado que el RGPD merece una interpretación más amplia.³⁷

Como quiera que sea, el Abogado General Pritt Pikamäe consideraba que debe tratarse de explicaciones suficientemente detalladas, que el responsable del tratamiento debería informar sobre los factores tenidos en cuenta, y que debía explicar su importancia relativa desde el punto de vista agregado.³⁸ Eso da pie a pensar que la importancia de unos datos frente a otros, o cómo se han asociado los datos, es información que debería formar parte de las explicaciones sobre la lógica del procesamiento y los riesgos del algoritmo, ya que si el perjudicado no entiende cómo se ha llegado a una determinada decisión, difícilmente podrá luego cuestionarla. El Abogado General De la Tour insistiría luego en estas consideraciones al poner en relación la expresión “información significativa sobre la lógica aplicada” con el derecho del interesado a ejercer sus derechos con arreglo al artículo 22 del RGPD, esto es, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. El Abogado General realizaba una interpretación funcional y entendía que es “significativa” la información, no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo, es decir, que debe tratarse de una información “con sentido” y, además de procurarle al interesado una copia íntegra y auténtica de sus datos, debe permitirle conocer los elementos esenciales del método y de los criterios utilizados, de forma fácil, clara y sencilla y que garantice la correcta comprensión.³⁹

Esa necesaria transparencia no equivale al deber de proporcionar al interesado información detallada sobre el proceso de aprendizaje del algoritmo o su funcionamiento. Esa información, por definición compleja, no resulta de ninguna utilidad al consumidor, que apenas podrá comprenderla.⁴⁰ Los

37 § 57 (*vid. infra* en el texto). Además, antes, Conclusiones del Abogado General De la Tour, Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§ 67): “[...] ha de observarse que, de conformidad con el Considerando 71 del RGPD, el interesado debe poder «recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación».

38 Conclusiones en el Asunto C-634/21, *Schufa*, de 16 de marzo de 2023 (§ 58).

39 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§§ 65, 66, 67).

40 Grupo de Trabajo sobre protección de datos del Artículo 29, Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, (17/ES WP251rev01), p. 28 (<https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>).

técnicos ya advierten que proporcionar el conjunto completo de pasos seguidos es de tal complejidad que incluso los expertos pueden ser incapaces de entender por qué el algoritmo ha obtenido un resultado concreto.⁴¹ El Abogado General Pikamäe señalaba que el objetivo mismo del art. 15.1 h) RGPD es garantizar que el interesado reciba la información de forma inteligible y accesible, de acuerdo con sus necesidades,⁴² y ello servía a la vez para delimitar la cantidad y el tipo de información a suministrar. El Abogado General De la Tour tampoco veía beneficio alguno en comunicar una fórmula particularmente compleja, de acuerdo con el principio de transparencia establecido en el Considerando 58 y art. 12.1 RGPD⁴³ y, sin embargo, abogaba por el suministro de una información que incluyera una explicación del funcionamiento del mecanismo aplicado en la decisión automatizada,⁴⁴ como si el hecho de que la información a suministrar de forma concisa, accesible y fácil de entender, con un lenguaje claro y sencillo, no fuera incompatible con proporcionar una información exhaustiva al interesado.⁴⁵ En su opinión, la información debe ser suficientemente completa y además debe estar contextualizada para que el interesado pueda comprobar si es exacta y si existe una correspondencia y una relación de causalidad objetivamente verificables entre el método utilizado y los criterios aplicados, por una parte, y el resultado de la decisión automatizada, por otra.⁴⁶ Dejando de lado la dificultad que puede entrañar verificar la exactitud de las decisiones algorítmicas complejas, y teniendo en cuenta que esta última afirmación se explica bien en el caso en examen, en el que existe información claramente contradictoria, pero resulta mucho más problemática en otros contextos, cabe preguntarse asimismo si la exigencia de comprensibilidad no debería conducir, más bien, a prescindir del requisito de la exhaustividad.⁴⁷ Quizás la discusión es ociosa porque, a pesar de todo, luego todas esas exigencias se traducen en el derecho del interesado

41 A. Koene et al. A governance framework for algorithmic Accountability and transparency, EPRS | European Parliamentary Research Service, PE 624.262 – April 2019 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS_STU\(2019\)624262_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS_STU(2019)624262_EN.pdf)).

42 Conclusiones en el Asunto C-634/21, *Schufa*, de 16 de marzo de 2023 (§ 57).

43 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§§ 72-73, 76).

44 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§ 67).

45 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria*: “[...] la información facilitada debe ser suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión” (§ 74).

46 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§§ 68, 71).

47 *Ebers*, *Auskunftsrecht* (n. 32), pp. 64-65.

a obtener información general sobre los factores que se han tenido en cuenta para el proceso de la toma de decisiones y sobre su peso respectivo a nivel global, es decir, su ponderación,⁴⁸ que no es cosa distinta a lo que ya afirmaba el Abogado General Pikamäe, que, ciertamente, no aludía a la necesidad de verificar los datos. En cualquier caso, el Abogado General De la Tour deja a la consideración del juez nacional la determinación de la información que debe ponerse a disposición del interesado⁴⁹ y, por consiguiente, no es nada fácil saber, al fin, cómo debería concretarse ese derecho a obtener explicaciones adecuadas.

Finalmente, la STJUE C-203/22, de 27 de febrero de 2025, *Dun & Bradstreet Austria GmbH*, ha establecido que:

§ 57: [...] Del Considerando 71 del RGPD resulta que, cuando el interesado es objeto de una decisión que se basa únicamente en el tratamiento automatizado y que lo afecta significativamente, el interesado debe tener derecho a recibir una explicación en relación con esta decisión. Por ello, como ha señalado el Abogado General en el punto 67 de sus conclusiones, procede considerar que el artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD ofrece al interesado un genuino derecho a una explicación sobre el funcionamiento del mecanismo aplicado en la adopción de una decisión automatizada de la que ha sido objeto y sobre el resultado al que ha llevado dicha decisión.

§ 58 Del examen de las finalidades del RGPD y, en particular, de las de su artículo 15, apartado 1, letra h), se deriva que el derecho a obtener «información significativa sobre la lógica aplicada» a decisiones automatizadas, en el sentido de esta disposición, debe entenderse como un derecho a la explicación del procedimiento y de los principios concretamente aplicados para explotar, de forma automatizada, los datos personales del interesado con el fin de obtener un resultado determinado, como un perfil de solvencia. Para permitir al interesado ejercer de manera eficaz los derechos que le reconoce el RGPD y, en particular, su artículo 22, apartado 3, esta explicación debe facilitarse por medio de información pertinente y en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso.”

Otra cuestión distinta es la mayor o menor posibilidad de comprender técnicas tan complejas. A este respecto, la STJUE C-203/22, de 27 de febrero de 2025, *Dun & Bradstreet Austria GmbH*, considera que:

48 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§§ 74, 76).

49 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§ 79).

§ 59. “Ni la mera comunicación de una fórmula matemática compleja, como un algoritmo, ni la descripción detallada de todas las etapas de la adopción de una decisión automatizada cumple tales requisitos, en la medida en que ninguna de estas modalidades puede considerarse una explicación suficientemente concisa e inteligible.

§ 60. “En efecto [...] por una parte, el responsable del tratamiento debe hallar formas sencillas de informar al interesado acerca de la lógica subyacente o los criterios utilizados para llegar a la decisión automatizada. Por otra parte, el RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada a esta decisión, «no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo»”.

§ 61. “Así pues, la «información significativa sobre la lógica aplicada» a decisiones automatizadas, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, debe describir el procedimiento y los principios concretamente aplicados de tal manera que el interesado pueda comprender cuáles de sus datos personales se han utilizado y cómo se han utilizado en la adopción de la decisión automatizada en cuestión, sin que la complejidad de las operaciones que deban realizarse para la adopción de una decisión automatizada pueda exonerar al responsable del tratamiento de su deber de explicación.”

Y, a propósito de la transparencia, se añade también la importancia de explicar los parámetros de clasificación utilizados y también su peso específico:

§ 62. “Por lo que respecta específicamente a una elaboración de perfiles como la controvertida en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente podría estimar, en particular, suficientemente transparente y comprensible el hecho de informar al interesado de la medida en que una variación a nivel de los datos personales tenidos en cuenta habría conducido a un resultado diferente”.

El interesado tiene “derecho de acceso al perfil”, con el fin de constatar si existe una falta de conformidad entre los datos que él proporciona y el resultado que arroja el cálculo de la empresa de scoring, en su caso tras la agregación de otros datos. Así:

§ 64. Por último, en relación con la afirmación del órgano jurisdiccional remitente según la cual la información facilitada por D & B a CK, con arreglo al artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, es contraria a los hechos, dado que la elaboración del perfil «real» llevó a considerar que

CK no era solvente a pesar de que la referida información sugería lo contrario, procede señalar que, si, como sostiene dicho órgano jurisdiccional, la falta de conformidad así constatada se deriva de la ausencia de comunicación por parte de D & B a CK de la elaboración de su perfil por cuenta de la empresa de telefonía móvil que, sobre esta base, rechazó celebrar o renovar un contrato con CK, esta falta de conformidad debe subsanarse mediante el derecho de acceso al perfil de solvencia que se haya establecido de ese modo.

Ahora bien, no se entendería satisfecho el “derecho de acceso al perfil” si solo se proporcionara la puntuación crediticia; es preciso que, además, el titular de los datos afectado pueda conocer el proceso que ha llevado a su obtención. La sentencia concluye que la empresa debe explicar cómo ha llegado a tal resultado, porque eso es también cumplimiento del deber de explicar la lógica aplicada por el algoritmo:

§ 65 [...] una explicación de las diferencias existentes entre el resultado de tal elaboración de un perfil «real», suponiéndolo acreditado, y el resultado comunicado por D & B a CK, obtenido, según dicha sociedad, mediante una «agregación equivalente» de los datos relativos a CK, estaría efectivamente comprendida en la «información significativa sobre la lógica aplicada» a la elaboración de perfiles así realizada. Por lo tanto, de conformidad con lo que se ha señalado en el apartado 58 de la presente sentencia, D & B estaría obligada a explicar en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso el procedimiento y los principios en virtud de los cuales se obtuvo el resultado de la elaboración del perfil «real».

Por supuesto, el banco no podría escudarse en que no puede proporcionar datos sobre la lógica aplicada al algoritmo, porque el *scoring* lo hace una empresa externa. De ese tema se ocupó (mal) la STJUE C- C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, que acabó concluyendo que eso no podía ser así, pero solo con la condición de que el banco se hubiera basado en ese *scoring* de manera preponderante y de que la decisión se entendiera entonces tomada por la empresa de *scoring*. Es obvio que el interesado debe poder exigir el valor de puntuación directamente a la empresa de *scoring* (ex art. 15.2 h) RGPD) igual que también debe poder dirigirse al banco (prestamista) (ex art. 14.2 g) RGPD) porque, en definitiva, este es el responsable de los datos que la empresa de *scoring* le proporciona a él,

del mismo modo que lo es de los que el consumidor le confía u obtiene legalmente por otras vías.

Al margen del RGPD, al mismo resultado se llega si se considera la relación entre el prestamista y el consumidor exclusivamente en el contexto de la DCC 2023, porque frente a este último el único responsable de la decisión sobre el otorgamiento o la denegación de crédito basada en el uso de un tratamiento automatizado es el primero. Eso ya indica que, naturalmente, la entidad bancaria debe poder obtener de la entidad de *scoring* las mismas informaciones que ella misma tiene a su vez el deber de proporcionar a los consumidores, titulares de los datos afectados por la decisión, según dispone el art 18.1 a) DCC 2023. Lógicamente, eso deberá tener su reflejo en el clausulado de los contratos que concluyan las empresas de *scoring* con las entidades de crédito, en los que se deberán establecer las condiciones bajo las que se produce la cesión de datos, entre otras cosas porque el responsable del tratamiento receptor (la entidad bancaria prestamista) debe poder demostrar que los ha obtenido lícitamente.

F. La tensión entre la protección de los datos personales y la protección de los secretos comerciales

Una información detallada que permita interpretar el sistema automatizado en la toma de decisiones o la lógica aplicada al procesamiento de datos pone en riesgo el derecho de las empresas a mantener el algoritmo en secreto y, por tanto, constituye un freno al suministro de información significativa. El derecho del interesado a conocer qué datos se han utilizado y cómo se han combinado, exige que las empresas no puedan negarse a prestar la información al interesado, pero el Considerando 63 RGPD expresa muy bien que:

“[...] el derecho a acceder a los datos personales [...] no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de terceros, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos.”

Todavía, a propósito de la interpretación del art. 15.1 h) RGPD, el Abogado General De la Tour terciaba en la forma de resolver la tensión entre, por un lado, los derechos del interesado a la protección de sus datos personales y, por el otro, los intereses del responsable del tratamiento relativos a la pro-

tección de los secretos comerciales. En su opinión la revelación no técnica de información ya equivale a no revelar el algoritmo,⁵⁰ pero admite que invocar esa protección por parte del empresario puede limitar el derecho del interesado y que no es ajena al RGPD la ponderación de derechos.⁵¹ La STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, *Schufa*, afirmó que quien toma la decisión debe arbitrar los mecanismos necesarios para proteger al titular de los datos, lo cual significa que, de entrada, no es posible escudarse en la propiedad industrial o intelectual sobre el algoritmo o en el secreto comercial para limitar los derechos del consumidor. Con todo, si bien no es correcta la negativa a proporcionar toda información al interesado, según el Abogado General De la Tour hay que arbitrar mecanismos que permitan comunicarla de forma que no se vulneren los derechos de terceros.⁵² Por consiguiente, son las autoridades competentes las que deben ponderar los intereses en conflicto y determinar el alcance de ese derecho, con pleno respeto a la confidencialidad de la información.⁵³

La DCC 2023 no hace referencia alguna a la protección de secretos y quizás eso pudiera interpretarse como voluntad de ir más allá en el suministro de información.⁵⁴ Sin embargo, el RIA insiste en que es preciso preservar los derechos de propiedad intelectual e industrial y los secretos comerciales de todas las partes implicadas (Considerandos 48, 88, 107, 167, art. 25.5, 52.6, 53.1 b), 78.1 a), 100.5, Anexo VII 4.5). Es evidente, pues, que el prestamista no podrá proporcionar al consumidor información sensible que las propias entidades de *scoring* nunca le suministrarían antes a él.

A pesar de todo, la cuestión en realidad no es esa, sino cuál o qué tipo de información sí que están obligadas a proporcionarle, para que él a su vez pueda cumplir con las obligaciones a las que le somete la DCC 2023. Eso es algo que, de momento, ninguna norma explica y a la que el TJUE ha dado una respuesta comedida, en la línea de lo que el Abogado General De la Tour proponía. Así, tras afirmar que no es dable ampararse en los derechos y libertades de terceros y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos, para excluir el derecho de acceso del interesado, a la hora de delimitar el derecho de

50 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§ 80).

51 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§§ 82-90).

52 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§ 91).

53 Conclusiones en el Asunto C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* (§ 94). Sobre si solo deberían ser las autoridades competentes quienes tuvieran acceso, *Guerrero Ovejas*, Score (n. 32), pp. 41-42.

54 *Spindler*, Algorithms (n. 7), p. 258.

acceso consagrado en el art. 15.1 h) RGPD, el TJUE acaba concluyendo que es el juez quien debe establecer en cada caso una ponderación de los derechos e intereses en conflicto. Así:

§ 76 [...] en el supuesto de que el responsable del tratamiento considere que la información que ha de facilitarse al interesado con arreglo a esa disposición incluye datos de terceros protegidos por dicho Reglamento o secretos comerciales, en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943, ese responsable debe comunicar tal información supuestamente protegida a la autoridad de control o al órgano jurisdiccional competente, a los que corresponde ponderar los derechos e intereses en cuestión a efectos de determinar el alcance del derecho de acceso del interesado previsto en el artículo 15 del RGPD”.

Contenía parecidas consideraciones e insistía en la necesidad de adoptar medidas eficaces para proteger la información sensible, la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, sobre acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener a su disposición una serie de medidas para evitar que los datos confidenciales sean divulgados durante el procedimiento (art. 5.4). En particular, el Considerando 18 señala que, entre esas medidas, está la disociación de los pasajes sensibles en los documentos, las audiencias a puerta cerrada, o la restricción del círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, así como encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma no confidencial.⁵⁵ En la misma línea, insiste en la idea de proporcionalidad, la Directiva 2024/2853 sobre responsabilidad por productos defectuosos (Considerandos 42 y 44-45, art. 9.4-6).⁵⁶

G. Reflexiones finales

Hasta la fecha, el nivel de transparencia que se ha aplicado a los algoritmos ha sido dispar, pero, en adelante, todos los responsables de un sistema de alto riesgo deben arbitrar medidas que les permitan explicar la lógica

55 DO L 349, de 5 de diciembre de 2014.

56 DO L 2853, de 18 de noviembre de 2024. Además, Considerando 20, art. 3.3 y 4 de la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 496 final) (hoy ya retirada).

implicada en la toma de decisiones automatizadas y, en lo que ahora interesa, eso también incluye la puntuación crediticia algorítmica. Ese control permite que los consumidores confíen en la fiabilidad del sistema, aunque, en realidad, no entiendan muy bien cómo funciona. Eso significa que las empresas deben estar preparadas para explicar la complejidad del algoritmo y, si eso es imposible, en el doble sentido de que no cuentan con suficientes recursos para ello (*vgr.* pequeños proveedores de crédito rápido) y/o debido al “problema de la caja negra”, esto es, debido a la dificultad de descifrar el razonamiento que subyace a las predicciones o decisiones de un sistema de inteligencia artificial, entonces cabe preguntarse si se podrán continuar utilizando. La respuesta debe ser negativa, a la vista de los estrictos requisitos de transparencia que impone el Reglamento de Inteligencia Artificial y de la jurisprudencia europea, cada vez más proclive a la transparencia.

Sin embargo, para poder confiar en el sistema también es necesario que puedan ser dadas explicaciones al consumidor que las solicita para saber cómo se ha tomado una determinada decisión y, en su caso, poder cuestionarla. Esas explicaciones estarán en función de los intereses en conflicto y el contexto,⁵⁷ y no se deben solo cuando la decisión ha sido tomada únicamente sobre la base de un «tratamiento automatizado», esto es, no solo cuando se produce la denegación automática de una solicitud de crédito en línea, sino que se extienden a situaciones en las que el procesamiento automatizado de datos ayuda a la ulterior toma humana de decisiones. La efectividad de ese derecho implica poder conocer cómo se ha llegado a un determinado resultado (explicaciones *ex post*) y no solo saber cómo funciona el sistema automatizado de toma de decisiones en general (explicaciones *ex ante*). La dificultad aparece a la hora de procurar concreción porque es evidente que una simple descripción general que sólo capte el proceso general utilizado para tomar una decisión no proporciona al usuario ninguna información relevante; y, en el otro extremo, está claro también que, dada la complejidad del sistema, ninguna utilidad reporta proporcionar el conjunto completo de pasos seguidos por el algoritmo para obtener un resultado concreto.

En cualquier caso, no se debe perder de vista que lo crucial es entender cómo se está calificando a las personas para que estas puedan identificar

57 *Vid.* Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Directrices éticas para una IA fiable, p. 16. Disponible en: file:///C:/Users/earroyo/Downloads/ethics_guidelines_for_trustworthy_ai-es_87FCE0E1-BB31-C0EB-A9F549AE2D3AC1F9_60423.pdf.

inexactitudes o errores y cuestionar las decisiones. Con este fin, las explicaciones deben ser claras, comprensibles y suficientemente completas porque solo así se conjura el riesgo de que un ser humano no sea capaz de seguir las complejas consideraciones y funciones de un sistema de inteligencia artificial. Todavía es incierto donde habrá que poner el límite para no vulnerar derechos de terceros y si el nivel de transparencia debería ser distinto en función de quien sea en cada caso el destinatario de esas explicaciones, pero es seguro que un consumidor medianamente informado puede entender el valor de la ponderación de las categorías de criterios y cuáles son los que más influyen en el valor de probabilidad (*vid.* ahora § 37a (4) del Proyecto de ley de reforma de la *Bundesdatenschutzgesetzes*), del mismo modo que demostraciones contrafácticas ayudan a que las personas entiendan qué factores deben cambiar para obtener una decisión diferente.⁵⁸ Explicar el significado de determinados conceptos genéricos, como “historial de pagos”, contribuiría igualmente a evitar la opacidad de las decisiones y facilitaría su comprensibilidad, porque los consumidores no están al tanto de lo que se considera un comportamiento “bueno” o “malo”, representado por puntos de datos en sus registros de transacciones.⁵⁹ Por supuesto, ayudaría mucho que los consumidores no recibieran puntuaciones crediticias diferentes de proveedores distintos, pero introducir ese aspecto aquí se aparta claramente de lo que ha sido la finalidad de este trabajo.⁶⁰

58 Guerrero Ovejas, Score (n. 32), pp. 38-39.

59 A propósito de FICO, Z. Bednarz – L. Przhedetsky, AI Opacity in the Financial Industry and How to Break It, en: Z. Bednarz – M. Zalnieriute (eds.), Money, Power and AI. Automated Banks and Automated States, Cambridge; Cambridge University Press, 2023, pp. 70-92, p. 73.

60 Bednarz - Przhedetsky, en: Bednarz/ Zalnieriute, p. 73, p. 89.