

## Gesetzentwurf der Bundesregierung

### Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

#### A. Problem und Ziel

Die Nutzung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen ist aus dem Verbraucheralltag nicht mehr wegzudenken. Diese digitalen Produkte sind ein zunehmend wichtiger Wirtschaftsfaktor und eignen sich insbesondere für einen grenzüberschreitenden Handel. Das deutsche Vertragsrecht enthält bislang keine speziellen Vorschriften für Verbraucherverträge über digitale Produkte. Nach dem Erlass erster Vorschriften in einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erschien es jedoch angezeigt, eine Harmonisierung der wesentlichen vertragsrechtlichen Vorschriften betreffend Verbraucherverträge über digitale Produkte herbeizuführen, um zur Erreichung eines einheitlich hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen und eine Rechtszersplitterung in der Europäischen Union zu vermeiden.

Zu diesem Zweck wurde die 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 vom 22.5.2019, S. 1; L 305 vom 26.11.2019, S. 62, nachfolgend: Richtlinie) erlassen. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten in ihrem Artikel 24 Absatz 1 Unterabsatz 1, bis zum 1. Juli 2021 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen und zu veröffentlichen, um der Richtlinie nachzukommen. Die mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften sind nach Artikel 24 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie ab dem 1. Januar 2022 anzuwenden.

Ziel der Richtlinie ist die Harmonisierung von Teilbereichen des mitgliedstaatlichen Vertragsrechts betreffend Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. Artikel 4 der Richtlinie sieht dafür eine Vollharmonisierung vor. Die Mitgliedstaaten dürfen demnach weder strengere noch weniger strenge Vorschriften aufrechterhalten oder einführen, sofern dies nicht ausdrücklich durch die betreffenden Richtlinienbestimmungen gestattet wird.

#### B. Lösung

Die Umsetzung der Richtlinie erfordert insbesondere Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Hierzu wird unter anderem ein neuer Titel 2a in Abschnitt 3 des Buches 2 des BGB eingefügt. Andere Teile des BGB sind anzupassen.

### **C. Alternativen**

Zum für die Umsetzung der Richtlinie gewählten Standort im Allgemeinen Schuldrecht des BGB besteht keine vorzugswürdige Alternative. Die Richtlinie gilt vertragsformübergreifend; die in ihr enthaltenen Regelungen über die Bereitstellung digitaler Produkte und das anzuwendende Gewährleistungsrecht gelten unabhängig von der vereinbarten Art der Leistung. Die von der Richtlinie erfassten Verträge, in denen es um die Bereitstellung digitaler Produkte geht, lassen sich nicht reibungslos in das nach Leistungsarten strukturierte Besondere Schuldrecht des BGB einfügen.

Eine Alternative zu der im Entwurf vorgesehenen Umsetzung der Richtlinie durch Änderung des BGB besteht auf Grund der unionsrechtlichen Umsetzungspflicht nicht.

### **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte.

### **E. Erfüllungsaufwand**

#### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Für die Bürgerinnen und Bürger ergibt sich ein zusätzlicher laufender Erfüllungsaufwand von 5 000 Stunden. Sachkosten und einmalige Aufwände entstehen nicht.

#### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Den Anbietern digitaler Produkte entsteht zusätzlicher jährlicher Erfüllungsaufwand von rund 62,5 Millionen Euro. Ursächlich hierfür ist im Wesentlichen die Pflicht zur Aktualisierung digitaler Produkte (rund 36 Millionen Euro) sowie die Bereitstellung älterer Versionen eines digitalen Produkts (knapp 22 Millionen Euro).

Einmaliger Erfüllungsaufwand als Umstellungsaufwand entsteht in Höhe von 5,3 Millionen Euro, vornehmlich wegen anzupassender Allgemeiner Geschäftsbedingungen sowie der Herausgabe von im Rahmen der Nutzung erstellten Inhalten an Verbraucher. Die einmaligen Erfüllungsaufwände sind vollständig der Kategorie „Einmalige Informationspflicht“ zuzuordnen.

Der zusätzliche Erfüllungsaufwand in Höhe von 62,5 Millionen Euro entsteht vollständig aufgrund einer 1:1-Umsetzung von Unionsrecht und ist daher nicht relevant im Sinne der „One in, one out“-Regel.

#### **Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten**

Es fallen rund 13 Millionen Euro Bürokratiekosten aus fünf Informationspflichten an.

### E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Keiner.

### **F. Weitere Kosten**

Unternehmer könnten sich durch die Änderungen im Gewährleistungsrecht, die Verlängerung der Dauer der Beweislastumkehr und die verlängerten Verjährungsfristen einer erhöhten Anzahl an Gewährleistungsfällen gegenübersehen.

Weitere Kosten einschließlich Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.



**BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**  
**DIE BUNDESKANZLERIN**

Berlin, 17. März 2021

An den  
Präsidenten des  
Deutschen Bundestages  
Herrn Dr. Wolfgang Schäuble  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte  
vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und  
digitaler Dienstleistungen

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Absatz 1 NKRG  
ist als Anlage 2 beigefügt.

Der Bundesrat hat in seiner 1001. Sitzung am 5. März 2021 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 4 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel



## Anlage 1

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen\***

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

**Artikel 1****Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. November 2020 (BGBl. I S. 2392) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

a) Nach der Angabe zu Buch 2 Abschnitt 3 Titel 2 wird folgende Angabe eingefügt:

„Titel 2a

Verträge über digitale Produkte

Untertitel 1

Verbraucherverträge über digitale Produkte

Untertitel 2

Besondere Bestimmungen für Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern“.

b) Die Angabe zu Buch 2 Abschnitt 8 Titel 5 Untertitel 3 wird wie folgt gefasst:

„Untertitel 3

Mietverhältnisse über andere Sachen und digitale Produkte“.

---

\* Dieses Gesetz dient der Umsetzung der 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 vom 22.5.2019, S. 1; L 305 vom 26.11.2019, S. 62).

2. § 312 Absatz 1 wird durch die folgenden Absätze 1 und 1a ersetzt:

„(1) Die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels sind auf Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen sich der Verbraucher zu der Zahlung eines Preises verpflichtet.

(1a) Die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet. Dies gilt nicht, wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet.“

3. In § 312f Absatz 3 in dem Satzteil vor Nummer 1 werden die Wörter „die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden (digitale Inhalte)“ durch die Wörter „digitale Inhalte (§ 327 Absatz 2 Satz 1), die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden“ ersetzt.
4. § 327 wird durch den folgenden Titel 2a ersetzt:

„Titel 2a

Verträge über digitale Produkte

Untertitel 1

Verbraucherverträge über digitale Produkte

§ 327

Anwendungsbereich

(1) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auf Verbraucherverträge anzuwenden, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben. Preis im Sinne dieses Untertitels ist auch eine digitale Darstellung eines Werts.

(2) Digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Digitale Dienstleistungen sind Dienstleistungen, die dem Verbraucher

1. die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder
2. die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen.

(3) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte anzuwenden, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet, es sei denn, die Voraussetzungen des § 312 Absatz 1a Satz 2 liegen vor.

(4) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, die digitale Produkte zum Gegenstand haben, welche nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden.

(5) Die Vorschriften dieses Untertitels sind mit Ausnahme der §§ 327b und 327c auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, welche die Bereitstellung von körperlichen Datenträgern, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen, zum Gegenstand haben.



(6) Die Vorschriften dieses Untertitels sind nicht anzuwenden auf:

1. Verträge über andere Dienstleistungen als digitale Dienstleistungen, unabhängig davon, ob der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln,
2. Verträge über elektronische Kommunikationsdienste im Sinne des ... [einsetzen: Umsetzungsvorschrift zu Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie (EU) 2018/1972 (ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36)] mit Ausnahme von nummernunabhängigen interpersonellen Kommunikationsdiensten im Sinne des ... [einsetzen: Umsetzungsvorschrift zu Artikel 2 Nummer 7 der Richtlinie (EU) 2018/1972],
3. Behandlungsverträge nach § 630a,
4. Verträge über Glücksspieldienstleistungen, die einen geldwerten Einsatz erfordern und unter Zuhilfenahme elektronischer oder anderer Kommunikationstechnologien auf individuellen Abruf eines Empfängers erbracht werden,
5. Verträge über Finanzdienstleistungen,
6. Verträge über die Bereitstellung von Software, für die der Verbraucher keinen Preis zahlt und die der Unternehmer im Rahmen einer freien und quelloffenen Lizenz anbietet, sofern die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität der vom Unternehmer angebotenen Software verarbeitet werden,
7. Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn die digitalen Inhalte der Öffentlichkeit auf eine andere Weise als durch Signalübermittlung als Teil einer Darbietung oder Veranstaltung zugänglich gemacht werden,
8. Verträge über die Bereitstellung von Informationen im Sinne des Informationsweiterverwendungsgesetzes vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2913), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Juli 2015 (BGBl. I S. 1162) geändert worden ist.

#### § 327a

##### Anwendung auf Paketverträge und Verträge über Sachen mit digitalen Elementen

(1) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, die in einem Vertrag zwischen denselben Vertragsparteien neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben (Paketvertrag). Soweit nachfolgend nicht anders bestimmt, sind die Vorschriften dieses Untertitels jedoch nur auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen.

(2) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auch auf Verbraucherverträge über Sachen anzuwenden, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind. Soweit nachfolgend nicht anders bestimmt, sind die Vorschriften dieses Untertitels jedoch nur auf diejenigen Bestandteile des Vertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen.

(3) Absatz 2 gilt nicht für Kaufverträge über Sachen, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Sachen ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können (Sachen mit digitalen Elementen). Beim Kauf einer Sache mit digitalen Elementen ist im Zweifel anzunehmen, dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen umfasst.

## § 327b

## Bereitstellung digitaler Produkte

(1) Ist der Unternehmer durch einen Verbrauchervertrag gemäß § 327 oder § 327a dazu verpflichtet, dem Verbraucher ein digitales Produkt bereitzustellen, so gelten für die Bestimmung der Leistungszeit sowie für die Art und Weise der Bereitstellung durch den Unternehmer die nachfolgenden Vorschriften.

(2) Sofern die Vertragsparteien keine Zeit für die Bereitstellung des digitalen Produkts nach Absatz 1 vereinbart haben, kann der Verbraucher die Bereitstellung unverzüglich nach Vertragsschluss verlangen, der Unternehmer sie sofort bewirken.

(3) Ein digitaler Inhalt ist bereitgestellt, sobald der digitale Inhalt oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist.

(4) Eine digitale Dienstleistung ist bereitgestellt, sobald die digitale Dienstleistung dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zugänglich gemacht worden ist.

(5) Wenn der Unternehmer durch den Vertrag zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen verpflichtet ist, gelten die Absätze 2 bis 4 für jede einzelne Bereitstellung innerhalb der Reihe. Wenn der Unternehmer durch den Vertrag zu einer fortlaufenden Bereitstellung über einen Zeitraum (dauerhafte Bereitstellung) verpflichtet ist, gelten die Absätze 2 bis 4 für den gesamten vereinbarten Zeitraum der Bereitstellung (Bereitstellungszeitraum).

(6) Die Beweislast für die nach den Absätzen 1 bis 4 erfolgte Bereitstellung trifft abweichend von § 363 den Unternehmer.

## § 327c

## Rechte bei unterbliebener Bereitstellung

(1) Kommt der Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts auf Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich nach, so kann der Verbraucher den Vertrag beenden. Nach einer Aufforderung gemäß Satz 1 kann eine andere Zeit für die Bereitstellung nur ausdrücklich vereinbart werden.

(2) Liegen die Voraussetzungen für eine Beendigung des Vertrags nach Absatz 1 Satz 1 vor, so kann der Verbraucher nach den §§ 280 und 281 Absatz 1 Satz 1 Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen. § 281 Absatz 1 Satz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Bestimmung einer angemessenen Frist die Aufforderung nach Absatz 1 Satz 1 tritt. Ansprüche des Verbrauchers auf Schadensersatz nach den §§ 283 und 311a Absatz 2 bleiben unberührt.

(3) Die Aufforderung nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 2 ist entbehrlich, wenn

1. der Unternehmer die Bereitstellung verweigert,
2. es nach den Umständen eindeutig zu erkennen ist, dass der Unternehmer das digitale Produkt nicht bereitstellen wird, oder
3. der Unternehmer die Bereitstellung bis zu einem bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl vereinbart war oder es sich für den Unternehmer aus eindeutig erkennbaren, den Vertragsabschluss begleitenden Umständen ergeben konnte, dass die termin- oder fristgerechte Bereitstellung für den Verbraucher wesentlich ist.

In den Fällen des Satzes 1 ist die Mahnung gemäß § 286 stets entbehrlich.

(4) Für die Beendigung des Vertrags nach Absatz 1 Satz 1 und deren Rechtsfolgen sind die §§ 327o und 327p entsprechend anzuwenden. Das Gleiche gilt für den Fall, dass der Verbraucher in den Fällen des Absatzes 2 Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt. § 325 gilt entsprechend.

(5) § 218 ist auf die Vertragsbeendigung nach Absatz 1 Satz 1 entsprechend anzuwenden.

(6) Sofern der Verbraucher den Vertrag nach Absatz 1 Satz 1 beenden kann, kann er sich im Hinblick auf alle Bestandteile des Paketvertrags vom Vertrag lösen, wenn er an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das nicht bereitgestellte digitale Produkt kein Interesse hat. Satz 1 ist nicht auf Paketverträge anzuwenden, bei denen der andere Teil ein elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne des ... [einsetzen: Umsetzungsvorschrift zu Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie (EU) 2018/1972] ist.

(7) Sofern der Verbraucher den Vertrag nach Absatz 1 Satz 1 beenden kann, kann er sich im Hinblick auf alle Bestandteile eines Vertrags nach § 327a Absatz 2 vom Vertrag lösen, wenn aufgrund des nicht bereitgestellten digitalen Produkts sich die Sache nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet.

#### § 327d

##### Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte

Ist der Unternehmer durch einen Verbrauchervertrag gemäß § 327 oder § 327a zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet, so hat er das digitale Produkt frei von Produkt- und Rechtsmängeln im Sinne der §§ 327e bis 327g bereitzustellen.

#### § 327e

##### Produktmangel

(1) Das digitale Produkt ist frei von Produktmängeln, wenn es zur maßgeblichen Zeit nach den Vorschriften dieses Untertitels den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration entspricht. Soweit nachfolgend nicht anders bestimmt, ist die maßgebliche Zeit der Zeitpunkt der Bereitstellung nach § 327b. Bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts ist die maßgebliche Zeit der Bereitstellungszeitraum.

(2) Das digitale Produkt entspricht den subjektiven Anforderungen, wenn

1. das digitale Produkt

a) die vereinbarte Beschaffenheit hat, einschließlich der Anforderungen an seine Menge, seine Funktionalität, seine Kompatibilität und seine Interoperabilität,

b) sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet,

2. es wie im Vertrag vereinbart mit Zubehör, Anleitungen und Kundendienst bereitgestellt wird und

3. die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen bereitgestellt werden.

Funktionalität ist die Fähigkeit eines digitalen Produkts, seine Funktionen seinem Zweck entsprechend zu erfüllen. Kompatibilität ist die Fähigkeit eines digitalen Produkts, mit Hardware oder Software zu funktionieren, mit der digitale Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden, ohne dass sie konvertiert werden müssen. Interoperabilität ist die Fähigkeit eines digitalen Produkts, mit anderer Hardware oder Software als derjenigen, mit der digitale Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden, zu funktionieren.

(3) Das digitale Produkt entspricht den objektiven Anforderungen, wenn

1. es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet,

2. es eine Beschaffenheit, einschließlich der Menge, der Funktionalität, der Kompatibilität, der Zugänglichkeit, der Kontinuität und der Sicherheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art des digitalen Produkts erwarten kann,

3. es der Beschaffenheit einer Testversion oder Voranzeige entspricht, die der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat,
4. es mit dem Zubehör und den Anleitungen bereitgestellt wird, deren Erhalt der Verbraucher erwarten kann,
5. dem Verbraucher gemäß § 327f Aktualisierungen bereitgestellt werden und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird und
6. sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, es in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neuesten verfügbaren Version bereitgestellt wird.

Zu der üblichen Beschaffenheit nach Satz 1 Nummer 2 gehören auch Anforderungen, die der Verbraucher nach vom Unternehmer oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertriebskette selbst oder in deren Auftrag vorgenommenen öffentlichen Äußerungen, die insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett abgegeben wurden, erwarten kann. Das gilt nicht, wenn der Unternehmer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen konnte, wenn die Äußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in derselben oder in gleichwertiger Weise berichtigt war oder wenn die Äußerung die Entscheidung, das digitale Produkt zu erwerben, nicht beeinflussen konnte.

(4) Das digitale Produkt entspricht den Anforderungen an die Integration, wenn die Integration

1. sachgemäß durchgeführt worden ist oder
2. zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Integration durch den Unternehmer noch auf einem Mangel in der vom Unternehmer bereitgestellten Anleitung beruht.

Integration ist die Verbindung und die Einbindung eines digitalen Produkts mit den oder in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers, damit das digitale Produkt gemäß den Anforderungen nach den Vorschriften dieses Untertitels genutzt werden kann. Digitale Umgebung sind Hardware, Software oder Netzverbindungen aller Art, die vom Verbraucher für den Zugang zu einem digitalen Produkt oder die Nutzung eines digitalen Produkts verwendet werden.

## § 327f

### Aktualisierungen

(1) Der Unternehmer hat sicherzustellen, dass dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind, bereitgestellt werden und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird. Zu den erforderlichen Aktualisierungen gehören auch Sicherheitsaktualisierungen. Der maßgebliche Zeitraum nach Satz 1 ist

1. bei einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts der Bereitstellungszeitraum,
2. in allen anderen Fällen der Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann.

(2) Unterlässt es der Verbraucher, eine Aktualisierung, die ihm gemäß Absatz 1 bereitgestellt worden ist, innerhalb einer angemessenen Frist zu installieren, so haftet der Unternehmer nicht für einen Produktmangel, der allein auf das Fehlen dieser Aktualisierung zurückzuführen ist, sofern

1. der Unternehmer den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation informiert hat und
2. die Tatsache, dass der Verbraucher die Aktualisierung nicht oder unsachgemäß installiert hat, nicht auf eine dem Verbraucher bereitgestellte mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist.

## § 327g

## Rechtsmangel

Das digitale Produkt ist frei von Rechtsmängeln, wenn der Verbraucher es gemäß den subjektiven oder objektiven Anforderungen nach § 327e Absatz 2 und 3 nutzen kann, ohne Rechte Dritter zu verletzen.

## § 327h

## Abweichende Vereinbarungen über Produktmerkmale

Von den objektiven Anforderungen nach § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 bis 5 und Satz 2, § 327f Absatz 1 und § 327g kann nur abgewichen werden, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal des digitalen Produkts von diesen objektiven Anforderungen abweicht, und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.

## § 327i

## Rechte des Verbrauchers bei Mängeln

Ist das digitale Produkt mangelhaft, kann der Verbraucher, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen,

1. nach § 327l Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 327m Absatz 1, 2, 4 und 5 den Vertrag beenden oder nach § 327n den Preis mindern und
3. nach § 327m Absatz 3 Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

## § 327j

## Verjährung

(1) Die in § 327i Nummer 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt

1. im Fall einer dauerhaften Bereitstellung mit dem Ende des Bereitstellungszeitraums und
2. im Übrigen mit der Bereitstellung.

Abweichend von Satz 1 Nummer 2 beginnt die Verjährung bei Ansprüchen aufgrund einer Verletzung der Aktualisierungspflicht nach § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 mit dem Ablauf des für diese maßgeblichen Zeitraums.

(3) Hat sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist gezeigt, so tritt die Verjährung nicht vor dem Ablauf von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat.

(4) Für die in § 327i Nummer 2 bezeichneten Rechte gilt § 218 entsprechend.

## § 327k

## Beweislastumkehr

(1) Zeigt sich bei einem digitalen Produkt innerhalb eines Jahres seit seiner Bereitstellung ein von den Anforderungen nach § 327e oder § 327g abweichender Zustand, so wird vermutet, dass das digitale Produkt bereits bei Bereitstellung mangelhaft war.

(2) Zeigt sich bei einem dauerhaft bereitgestellten digitalen Produkt während der Dauer der Bereitstellung ein von den Anforderungen nach § 327e oder § 327g abweichender Zustand, so wird vermutet, dass das digitale Produkt während der bisherigen Dauer der Bereitstellung mangelhaft war.

(3) Die Vermutungen nach den Absätzen 1 und 2 gelten vorbehaltlich des Absatzes 4 nicht, wenn

1. die digitale Umgebung des Verbrauchers mit den technischen Anforderungen des digitalen Produkts zur maßgeblichen Zeit nicht kompatibel war oder
2. der Unternehmer nicht feststellen kann, ob die Voraussetzungen der Nummer 1 vorlagen, weil der Verbraucher eine hierfür notwendige und ihm mögliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt und der Unternehmer zur Feststellung ein technisches Mittel einsetzen wollte, das für den Verbraucher den geringsten Eingriff darstellt.

(4) Absatz 3 ist nur anzuwenden, wenn der Unternehmer den Verbraucher vor Vertragsschluss klar und verständlich informiert hat über

1. die technischen Anforderungen des digitalen Produkts an die digitale Umgebung im Fall des Absatzes 3 Nummer 1 oder
2. die Obliegenheit des Verbrauchers nach Absatz 3 Nummer 2.

## § 327l

## Nacherfüllung

(1) Verlangt der Verbraucher vom Unternehmer Nacherfüllung, so hat dieser den vertragsgemäßen Zustand herzustellen und die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen. Der Unternehmer hat die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel informiert hat, und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchzuführen.

(2) Der Anspruch nach Absatz 1 ist ausgeschlossen, wenn die Nacherfüllung nach § 275 Absatz 1 unmöglich oder für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert des digitalen Produkts in mangelfreiem Zustand sowie die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen.

## § 327m

## Vertragsbeendigung und Schadensersatz

(1) Ist das digitale Produkt mangelhaft, so kann der Verbraucher den Vertrag gemäß § 327o beenden, wenn

1. der Nacherfüllungsanspruch gemäß § 327l Absatz 2 ausgeschlossen ist,
2. der Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers nicht gemäß § 327l Absatz 1 erfüllt wurde,
3. sich trotz der vom Unternehmer versuchten Nacherfüllung ein Mangel zeigt,
4. der Mangel derart schwerwiegend ist, dass die sofortige Vertragsbeendigung gerechtfertigt ist,

5. der Unternehmer die gemäß § 327l Absatz 1 Satz 2 ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert hat, oder
6. es nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer nicht gemäß § 327l Absatz 1 Satz 2 ordnungsgemäß nacherfüllen wird.

(2) Eine Beendigung des Vertrags nach Absatz 1 ist ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. Dies gilt nicht für Verbraucherverträge im Sinne des § 327 Absatz 3.

(3) Soweit der Verbraucher in den Fällen des Absatzes 1 zur Beendigung des Vertrags berechtigt ist, kann er nach den §§ 280 Absatz 1, 283 Satz 1 und § 311a Absatz 2 Satz 1 Schadensersatz statt der Leistung oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen. Verlangt der Verbraucher Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Unternehmer zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 327o und 327p berechtigt. § 325 gilt entsprechend.

(4) Sofern der Verbraucher den Vertrag nach Absatz 1 beenden kann, kann er sich im Hinblick auf alle Bestandteile des Paketvertrags vom Vertrag lösen, wenn er an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das mangelhafte digitale Produkt kein Interesse hat. Satz 1 ist nicht auf Paketverträge anzuwenden, bei denen der andere Teil ein elektronischer Kommunikationsdienst im Sinne des ... [einsetzen: Umsetzungsvorschrift zu Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie 2018/1972] ist.

(5) Sofern der Verbraucher den Vertrag nach Absatz 1 beenden kann, kann er sich im Hinblick auf alle Bestandteile eines Vertrags nach § 327a Absatz 2 vom Vertrag lösen, wenn aufgrund des Mangels des digitalen Produkts sich die Sache nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet.

#### § 327n

##### Minderung

(1) Statt den Vertrag nach § 327m Absatz 1 zu beenden, kann der Verbraucher den Preis durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern. Der Ausschlussgrund des § 327m Absatz 2 Satz 1 findet keine Anwendung. § 327o Absatz 1 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Bei der Minderung ist der Preis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zum Zeitpunkt der Bereitstellung der Wert des digitalen Produkts in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts ist der Preis unter entsprechender Anwendung des Satzes 1 nur anteilig für die Dauer der Mangelhaftigkeit herabzusetzen.

(3) Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

(4) Hat der Verbraucher mehr als den geminderten Preis gezahlt, so hat der Unternehmer den Mehrbetrag zu erstatten. Der Mehrbetrag ist unverzüglich, auf jeden Fall aber innerhalb von 14 Tagen zu erstatten. Die Frist beginnt mit dem Zugang der Minderungserklärung beim Unternehmer. Für die Erstattung muss der Unternehmer dasselbe Zahlungsmittel verwenden, das der Verbraucher bei der Zahlung verwendet hat, es sei denn, es wurde ausdrücklich etwas anderes vereinbart und dem Verbraucher entstehen durch die Verwendung eines anderen Zahlungsmittels keine Kosten. Der Unternehmer kann vom Verbraucher keinen Ersatz für die Kosten verlangen, die ihm für die Erstattung des Mehrbetrags entstehen.

#### § 327o

##### Erklärung und Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung

(1) Die Beendigung des Vertrags erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer, in welcher der Entschluss des Verbrauchers zur Beendigung zum Ausdruck kommt. § 351 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Im Fall der Vertragsbeendigung hat der Unternehmer dem Verbraucher die Zahlungen zu erstatten, die der Verbraucher zur Erfüllung des Vertrags geleistet hat. Für Leistungen, die der Unternehmer aufgrund

der Vertragsbeendigung nicht mehr zu erbringen hat, erlischt sein Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Preises.

(3) Abweichend von Absatz 2 Satz 2 erlischt bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts der Anspruch des Unternehmers auch für bereits erbrachte Leistungen, jedoch nur für denjenigen Teil des Bereitstellungszeitraums, in dem das digitale Produkt mangelhaft war. Der gezahlte Preis für den Zeitraum, für den der Anspruch nach Satz 1 entfallen ist, ist dem Verbraucher zu erstatten.

(4) Für die Erstattungen nach den Absätzen 2 und 3 ist § 327n Absatz 4 Satz 2 bis 5 entsprechend anzuwenden.

(5) Der Verbraucher ist verpflichtet, einen vom Unternehmer bereitgestellten körperlichen Datenträger an diesen unverzüglich zurückzusenden, wenn der Unternehmer dies spätestens 14 Tage nach Vertragsbeendigung verlangt. Der Unternehmer trägt die Kosten der Rücksendung. § 348 ist entsprechend anzuwenden.

### § 327p

#### Weitere Nutzung nach Vertragsbeendigung

(1) Der Verbraucher darf das digitale Produkt nach Vertragsbeendigung weder weiter nutzen noch Dritten zur Verfügung stellen. Der Unternehmer ist berechtigt, die weitere Nutzung durch den Verbraucher zu unterbinden. Absatz 3 bleibt hiervon unberührt.

(2) Der Unternehmer darf die Inhalte, die nicht personenbezogene Daten sind und die der Verbraucher bei der Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts bereitgestellt oder erstellt hat, nach der Vertragsbeendigung nicht weiter nutzen. Dies gilt nicht, wenn die Inhalte

1. außerhalb des Kontextes des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts keinen Nutzen haben,
2. ausschließlich mit der Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts durch den Verbraucher zusammenhängen,
3. vom Unternehmer mit anderen Daten aggregiert wurden und nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand disaggregiert werden können oder
4. vom Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt wurden, sofern andere Verbraucher die Inhalte weiterhin nutzen können.

(3) Der Unternehmer hat dem Verbraucher auf dessen Verlangen die Inhalte gemäß Absatz 2 Satz 1 bereitzustellen. Dies gilt nicht für Inhalte nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 bis 3. Die Inhalte müssen dem Verbraucher unentgeltlich, ohne Behinderung durch den Unternehmer, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem gängigen und maschinenlesbaren Format bereitgestellt werden.

### § 327q

#### Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers

(1) Die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss lassen die Wirksamkeit des Vertrags unberührt.

(2) Widerruft der Verbraucher eine von ihm erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung oder widerspricht er einer weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten, so kann der Unternehmer einen Vertrag, der ihn zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen digitaler Produkte oder zur dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn ihm unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.



(3) Ersatzansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher wegen einer durch die Ausübung von Datenschutzrechten oder die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen bewirkten Einschränkung der zulässigen Datenverarbeitung sind ausgeschlossen.

#### § 327r

##### Änderungen an digitalen Produkten

(1) Bei einer dauerhaften Bereitstellung darf der Unternehmer Änderungen des digitalen Produkts, die über das zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit nach § 327e Absatz 2 und 3 und § 327f erforderliche Maß hinausgehen, nur vornehmen, wenn

1. der Vertrag diese Möglichkeit bei Vorliegen eines triftigen Grundes vorsieht,
2. dem Verbraucher durch die Änderung keine zusätzlichen Kosten entstehen und
3. der Verbraucher klar und verständlich über die Änderung informiert wird.

(2) Eine Änderung des digitalen Produkts, welche die Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers auf das digitale Produkt oder welche die Nutzbarkeit des digitalen Produkts für den Verbraucher beeinträchtigt, darf der Unternehmer nur vornehmen, wenn er den Verbraucher darüber hinaus innerhalb einer angemessenen Frist vor dem Zeitpunkt der Änderung mittels eines dauerhaften Datenträgers informiert. Die Information muss Angaben enthalten über:

1. Merkmale und Zeitpunkt der Änderung sowie
2. die Rechte des Verbrauchers nach den Absätzen 3 und 4.

(3) Beeinträchtigt eine Änderung des digitalen Produkts die Zugriffsmöglichkeit oder die Nutzbarkeit im Sinne des Absatzes 2 Satz 1, so kann der Verbraucher den Vertrag mit einer Frist von 30 Tagen unentgeltlich beenden. Die Frist beginnt mit dem Zugang der Information nach Absatz 2 zu laufen. Erfolgt die Änderung nach dem Zugang der Information, so tritt an die Stelle des Zeitpunkts des Zugangs der Information der Zeitpunkt der Änderung. Satz 1 gilt nicht, wenn die Beeinträchtigung der Zugriffsmöglichkeit oder der Nutzbarkeit nur unerheblich ist.

(4) Die Beendigung des Vertrags nach Absatz 3 Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn dem Verbraucher die Zugriffsmöglichkeit oder die Nutzbarkeit des unveränderten digitalen Produkts ohne zusätzliche Kosten erhalten bleibt. § 327d bleibt unberührt.

(5) Beendet der Verbraucher den Vertrag nach Absatz 3 Satz 1, sind die §§ 327o und 327p entsprechend anzuwenden. Ansprüche des Verbrauchers nach § 327m Absatz 3 bleiben unberührt.

(6) Die Absätze 1 bis 5 sind auf Paketverträge, bei denen der andere Teil die Bereitstellung eines Internetzugangsdienstes oder eines nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienstes im Rahmen eines Pakets im Sinne des ... [einsetzen: Umsetzungsvorschrift zu Artikel 107 Richtlinie 2018/1972] zum Gegenstand hat, nicht anzuwenden.

#### § 327s

##### Abweichende Vereinbarungen

(1) Auf eine Vereinbarung mit dem Verbraucher, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften dieses Untertitels abweicht, kann der Unternehmer sich nicht berufen, es sei denn, die Vereinbarung wurde erst nach der Mitteilung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer über die unterbliebene Bereitstellung oder über den Mangel des digitalen Produkts getroffen.

(2) Auf eine Vereinbarung mit dem Verbraucher über eine Änderung des digitalen Produkts, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften dieses Untertitels abweicht, kann der Unternehmer sich

nicht berufen, es sei denn, sie wurde nach der Information des Verbrauchers über die Änderung des digitalen Produkts gemäß § 327r getroffen.

(3) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auch anzuwenden, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz.

(5) § 327h bleibt unberührt.

## Untertitel 2

### Besondere Bestimmungen für Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern

#### § 327t

##### Anwendungsbereich

Auf Verträge zwischen Unternehmern, die der Bereitstellung digitaler Produkte gemäß der nach den §§ 327 und 327a vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfassten Verbraucherverträge dienen, sind ergänzend die Vorschriften dieses Untertitels anzuwenden.

#### § 327u

##### Rückgriff des Unternehmers

(1) Der Unternehmer kann von dem Unternehmer, der sich ihm gegenüber zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet hat (Vertriebspartner), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zu einem Verbraucher wegen einer durch den Vertriebspartner verursachten unterbliebenen Bereitstellung des vom Vertriebspartner bereitzustellenden digitalen Produkts zur Erfüllung des Anspruchs des Verbrauchers nach § 327c Absatz 1 Satz 1 zu tragen hatte. Das Gleiche gilt für die nach § 327l Absatz 1 vom Unternehmer zu tragenden Aufwendungen, wenn der vom Verbraucher gegenüber dem Unternehmer geltend gemachte Mangel bereits bei der Bereitstellung durch den Vertriebspartner vorhanden war oder in einer durch den Vertriebspartner verursachten Verletzung der Aktualisierungspflicht des Unternehmers nach § 327f Absatz 1 besteht.

(2) Die Aufwendungsersatzansprüche nach Absatz 1 verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers nach § 327c Absatz 1 Satz 1 oder § 327l Absatz 1 erfüllt hat.

(3) § 327k Absatz 1 und 2 ist mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass die Frist mit der Bereitstellung an den Verbraucher beginnt.

(4) Der Vertriebspartner kann sich nicht auf eine Vereinbarung berufen, die er vor Geltendmachung der in Absatz 1 bezeichneten Aufwendungsersatzansprüche mit dem Unternehmer getroffen hat und die zum Nachteil des Unternehmers von den Absätzen 1 bis 3 abweicht. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn die Absätze 1 bis 3 durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(5) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

(6) Die vorstehenden Absätze sind auf die Ansprüche des Vertriebspartners und der übrigen Vertragspartner in der Vertriebskette gegen die jeweiligen zur Bereitstellung verpflichteten Vertragspartner entsprechend anzuwenden, wenn die Schuldner Unternehmer sind.“

5. Nach § 445b wird folgender § 445c eingefügt:

„§ 445c

Rückgriff bei Verträgen über digitale Produkte

Ist der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchervertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte nach den §§ 327 und 327a, so sind die §§ 445a, 445b und 478 nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 2.“

6. § 453 wird wie folgt geändert:

a) Der Überschrift werden ein Semikolon und die Wörter „Verbrauchervertrag über den Kauf digitaler Inhalte“ angefügt.

b) Dem Absatz 1 werden die folgenden Sätze angefügt:

„Auf einen Verbrauchervertrag über den Verkauf digitaler Inhalte durch einen Unternehmer sind die folgenden Vorschriften nicht anzuwenden:

1. § 433 Absatz 1 Satz 1 und § 475 Absatz 1 über die Übergabe der Kaufsache und die Leistungszeit sowie
2. § 433 Absatz 1 Satz 2, die §§ 434 bis 442, 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6 und die §§ 476 und 477 über die Rechte bei Mängeln.

An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 1.“

7. Nach § 475 wird folgender § 475a eingefügt:

„§ 475a

Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte

(1) Auf einen Verbrauchsgüterkaufvertrag, welcher einen körperlichen Datenträger zum Gegenstand hat, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, sind § 433 Absatz 1 Satz 2, die §§ 434 bis 442, 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6, die §§ 475b bis 475e und die §§ 476 und 477 über die Rechte bei Mängeln nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 1.

(2) Auf einen Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine Sache, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Sache ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann, sind im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen, die folgenden Vorschriften nicht anzuwenden:

1. § 433 Absatz 1 Satz 1 und § 475 Absatz 1 über die Übergabe der Kaufsache und die Leistungszeit sowie
2. § 433 Absatz 1 Satz 2, die §§ 434 bis 442, 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6, die §§ 475b bis 475e und die §§ 476 und 477 über die Rechte bei Mängeln.

An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 1.“

8. Nach § 516 wird folgender § 516a eingefügt:

„§ 516a

Verbrauchervertrag über die Schenkung digitaler Produkte

(1) Auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer dem Verbraucher

1. digitale Produkte oder
2. einen körperlichen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient,

schenkt, und der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten nach Maßgabe des § 327 Absatz 3 bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet, sind die §§ 523 und 524 über die Haftung des Schenkers für Rechts- oder Sachmängel nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a.

(2) Für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer dem Verbraucher eine Sache schenkt, die digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, gilt der Anwendungsausschluss nach Absatz 1 entsprechend für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen.“

9. Nach § 548 wird folgender § 548a eingefügt:

„§ 548a

Miete digitaler Produkte

Die Vorschriften über die Miete von Sachen sind auf die Miete digitaler Produkte entsprechend anzuwenden.“

10. Die Überschrift von Buch 2 Abschnitt 8 Titel 5 Untertitel 3 wird wie folgt gefasst:

„Untertitel 3

Mietverhältnisse über andere Sachen und digitale Produkte“.

11. Nach § 578a wird folgender § 578b eingefügt:

„§ 578b

Verträge über die Miete digitaler Produkte

(1) Auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, dem Verbraucher digitale Produkte zu vermieten, sind die folgenden Vorschriften nicht anzuwenden:

1. § 535 Absatz 1 Satz 2 und die §§ 536 bis 536d über die Rechte bei Mängeln und
2. § 543 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und Absatz 4 über die Rechte bei unterbliebener Bereitstellung.

An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a. Der Anwendungsausschluss nach Satz 1 Nummer 2 gilt nicht, wenn der Vertrag die Bereitstellung eines körperlichen Datenträgers zum Gegenstand hat, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient.

(2) Wenn der Verbraucher einen Verbrauchervertrag nach Absatz 1 wegen unterbliebener Bereitstellung (§ 327c), Mangelhaftigkeit (§ 327m) oder Änderung (§ 327r Absatz 3 und 4) des digitalen Produkts beendet, sind die §§ 546 bis 548 nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a.

(3) Für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, dem Verbraucher eine Sache zu vermieten, die ein digitales Produkt enthält oder mit ihm verbunden ist, gelten die Anwendungsausschlüsse nach den Absätzen 1 und 2 entsprechend für diejenigen Bestandteile des Vertrags, die das digitale Produkt betreffen.

(4) Auf einen Vertrag zwischen Unternehmern, der der Bereitstellung digitaler Produkte gemäß eines Verbrauchervertrags nach Absatz 1 oder Absatz 3 dient, ist § 536a Absatz 2 über den Anspruch des Unternehmers gegen den Vertriebspartner auf Ersatz von denjenigen Aufwendungen nicht anzuwenden, die er im Verhältnis zum Verbraucher nach § 327l zu tragen hatte. An die Stelle des nach Satz 1 nicht anzuwendenden § 536a Absatz 2 treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 2.“

12. § 580a Absatz 3 wird wie folgt geändert:

- a) In dem Satzteil vor Nummer 1 werden nach den Wörtern „bewegliche Sachen“ die Wörter „oder digitale Produkte“ eingefügt.
- b) Folgender Satz wird angefügt:  
„Die Vorschriften über die Beendigung von Verbraucherverträgen über digitale Produkte bleiben unberührt.“

13. Dem § 620 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Ein Verbrauchervertrag über eine digitale Dienstleistung kann auch nach Maßgabe der §§ 327c, 327m und 327r Absatz 3 und 4 beendet werden.“

14. § 650 wird wie folgt geändert:

- a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 650

Werklieferungsvertrag; Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte“.

- b) Der Wortlaut wird Absatz 1.
- c) Die folgenden Absätze 2 bis 4 werden angefügt:

„(2) Auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet,

1. digitale Inhalte herzustellen,
2. einen Erfolg durch eine digitale Dienstleistung herbeizuführen oder
3. einen körperlichen Datenträger herzustellen, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient,

sind die §§ 633 bis 639 über die Rechte bei Mängeln sowie § 640 über die Abnahme nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a. Die §§ 641, 644 und 645 sind mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme die Bereitstellung des digitalen Produkts (§ 327b Absatz 3 bis 5) tritt.

(3) Auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, einen herzustellenden körperlichen Datenträger zu liefern, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, sind abweichend von Absatz 1 Satz 1 und 2 § 433 Absatz 1 Satz 2, die §§ 434 bis 442, 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6 und die §§ 476 und 477 über die Rechte bei Mängeln nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a.

(4) Für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, eine Sache herzustellen, die ein digitales Produkt enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, gilt der Anwendungsausschluss nach Absatz 2 entsprechend für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen. Für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, eine

herzustellende Sache zu liefern, die ein digitales Produkt enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, gilt der Anwendungsausschluss nach Absatz 3 entsprechend für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen.“

## Artikel 2

### Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3328) geändert worden ist, wird folgender § ... [einsetzen: nächster bei der Verkündung freier § mit Zählbezeichnung] angefügt:

„§ ... [einsetzen: nächster bei der Verkündung freier § mit Zählbezeichnung]

Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

(1) Auf Verbraucherverträge, welche die Bereitstellung eines digitalen Produkts zum Gegenstand haben und ab dem 1. Januar 2022 abgeschlossen wurden, sind nur die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Unterlassungsklagengesetzes in der ab dem 1. Januar 2022 geltenden Fassung anzuwenden.

(2) Sofern nicht in Absatz 3 etwas anderes bestimmt ist, sind auf vor dem 1. Januar 2022 abgeschlossene Verbraucherverträge, welche die Bereitstellung eines digitalen Produkts zum Gegenstand haben, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Unterlassungsklagengesetzes in der ab dem 1. Januar 2022 geltenden Fassung anzuwenden, wenn die vertragsgegenständliche Bereitstellung ab dem 1. Januar 2022 erfolgt.

(3) § 327r des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auf Verbraucherverträge anzuwenden, welche die Bereitstellung eines digitalen Produkts zum Gegenstand haben und ab dem 1. Januar 2022 abgeschlossen wurden.

(4) Die §§ 327t und 327u des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind auf Verträge anzuwenden, welche ab dem 1. Januar 2022 abgeschlossen wurden.“

## Artikel 3

### Änderung des Unterlassungsklagengesetzes

§ 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Unterlassungsklagengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Nach Buchstabe b wird folgender Buchstabe c eingefügt:  
„c) Verbraucherverträge über digitale Produkte,“.
2. Die bisherigen Buchstaben c bis i werden die Buchstaben d bis j.

## Artikel 4

### Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2022 in Kraft.

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

#### I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Mit dem Entwurf sollen die Vorgaben der 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 vom 22.5.2019, S. 1; L 305 vom 26.11.2019, S. 62, nachfolgend: Richtlinie) umgesetzt werden. Dies muss bis zum 1. Juli 2021 erfolgen.

Die Richtlinie dient der Harmonisierung der von ihr erfassten Aspekte des Vertragsrechts auf einem hohen Verbraucherschutzniveau mit dem Ziel der Verwirklichung eines digitalen Binnenmarkts. Durch die Vereinheitlichung bestimmter Kernbereiche des Vertragsrechts soll insbesondere das Vertrauen der Verbraucher beim Erwerb digitaler Produkte von Anbietern aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gestärkt werden. Ferner bezweckt die Richtlinie, durch Erhöhung der Rechtssicherheit die Kosten für Unternehmer beim grenzüberschreitenden Vertrieb von digitalen Produkten zu senken. Davon sollen insbesondere kleinere und mittelständische Unternehmen profitieren, für welche die Kosten der Anpassung von Verträgen an unterschiedliche Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union prohibitiv sein können.

Vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen erfasst. Die Richtlinie findet gleichermaßen auf digitale Produkte Anwendung, die durch Zahlung eines Preises vergütet werden, als auch auf solche, bei denen eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch den Unternehmer erfolgt. Des Weiteren betrifft die Richtlinie sowohl Verträge mit einem einmaligen Leistungsaustausch als auch Dauerschuldverhältnisse. Sie bedient sich dabei jedoch überwiegend der Terminologie und der Mechanismen der mittels der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171 vom 7.7.1999, S. 12, nachfolgend: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) bereits harmonisierten Aspekte des Kaufrechts und modifiziert diese, wo nötig.

Mit der Richtlinie wird ein Vollharmonisierungsansatz verfolgt. Die einzige Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, von den Bestimmungen der Richtlinie abzuweichen, besteht in einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist über die Mindestfrist von zwei Jahren hinaus. Die Mitgliedstaaten können daneben insbesondere bei Fragen des allgemeinen Vertragsrechts, welche nicht von der Richtlinie betroffen sind, weiterhin eigene Regelungen treffen.

Die Richtlinie beschränkt sich auf die Bereiche des Vertragsrechts, die für die Verwirklichung des angestrebten digitalen Binnenmarktes wesentlich sind, und modernisiert sie hinsichtlich der Besonderheiten digitaler Produkte. Dies betrifft zum einen die Regelungen zur Konkretisierung der Leistungspflicht des Unternehmers zur Bereitstellung der digitalen Produkte sowie die Rechtsbehelfe des Verbrauchers im Fall einer Nichtleistung. Kernstück der Richtlinie sind jedoch die Bestimmungen über die Vertragsmäßigkeit der Leistung des Unternehmers und die sich aus einer Schlechtleistung ergebenden gewährleistungsrechtlichen Abhilfemöglichkeiten des Verbrauchers. Diese orientieren sich an den aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bekannten Abhilfen der Nacherfüllung, der Vertragsbeendigung und der Minderung. Auch die Hierarchie dieser Rechtsbehelfe, welche im Vorrang der Nacherfüllung zum Ausdruck kommt, wurde in der Richtlinie übernommen. Eine bedeutsame Neuerung stellt die als Element des Gewährleistungsrechts ausgestaltete Verpflichtung des Unternehmers zur Aktualisierung digitaler Produkte dar. Daneben enthält die Richtlinie Regelungen betreffend einseitige Änderungen der digitalen Produkte durch den Unternehmer.

Die Richtlinie gibt vor, dass sie bis zum 1. Juli 2021 in nationales Recht umzusetzen ist und dass die mitgliedstaatlichen Umsetzungsbestimmungen auf Verträge, die ab dem 1. Januar 2022 geschlossen werden, anzuwenden sind.

## II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Die Vorgaben der Richtlinie sollen im Wesentlichen in einem neu zu schaffenden Titel des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) umgesetzt werden. Weitere Teile des BGB werden angepasst. Daneben erfolgt eine von Artikel 23 der Richtlinie vorgegebene Aufnahme eines Verweises auf die Umsetzungsbestimmungen im Unterlassungsklagengesetz (UKlaG).

Die von der Richtlinie erfassten Materien werden in der Praxis im Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern derzeit in erster Linie durch eine vertragliche Ausgestaltung (zumeist mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen) geregelt. Die Rechtsprechung wendet die Regelungen des Besonderen Teils des Schuldrechts teils unmittelbar, teils entsprechend an; die Mehrheit der veröffentlichten Entscheidungen betrifft den Vertrieb von Software. Sowohl die vertragstypologische Einordnung der wichtigsten Erscheinungsformen des Softwarevertriebs als auch die Vorfrage, ob Software Sachqualität hat, konnten durch die Rechtsprechung auf der Basis des geltenden Rechts geklärt werden. Diese Rechtsprechung gibt wichtige Anhaltspunkte für die derzeitige Vertragspraxis betreffend die von der Richtlinie erfassten digitalen Inhalte und digitalen Dienstleistungen.

Vor diesem Hintergrund erfolgt die Umsetzung der Richtlinie nicht im Abschnitt 8 des Buches 2, sondern in dessen Abschnitt 3. Eine vertragstypologische Einordnung der von der Richtlinie erfassten Verträge ist für deren Umsetzung weder nötig noch sachgerecht. Insoweit kann auf die zu diesen Fragen ergangene Rechtsprechung weiterhin zurückgegriffen werden.

Kernstück der Umsetzung der Richtlinie ist der neu einzufügende Titel 2a im Abschnitt 3 des Buches 2. Dieser orientiert sich zumeist an der vom Richtliniengeber gewählten Reihenfolge und weicht nur ausnahmsweise hiervon ab, um die bislang gewählte Reihenfolge der Regelungen im Kaufrecht des BGB nachzubilden. Die Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ werden unter dem gemeinsamen, nicht von der Richtlinie vorgegebenen Oberbegriff „digitale Produkte“ zusammengefasst. Ein Teil der Umsetzung erfolgt ferner durch eine Änderung und Ergänzung von § 312 BGB. Dies geschieht im Hinblick auf die ebenfalls noch ausstehende Umsetzung der 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 vom 18.12.2019, S. 7, nachfolgend: Modernisierungsrichtlinie), mit welcher eine Angleichung der Bestimmungen der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64, nachfolgend: Verbraucherrechterichtlinie) über die im Fernabsatz einschlägigen Informationspflichten sowie bezüglich der Folgen eines Widerrufs eines Vertrags über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen erfolgen wird.

Die im neu einzufügenden Titel 2a vorgenommenen Änderungen gliedern sich wie folgt:

1. Anwendungsbereich des Untertitels 1 (§§ 327 und 327a des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Entwurfsfassung – BGB-E)

Am Beginn des Untertitels 1 von Titel 2a steht mit § 327 BGB-E die zentrale Regelung zum Anwendungsbereich, welche auch die Ausnahmen enthält. Neben Verbraucherverträgen über digitale Produkte, deren Bereitstellung durch Zahlung eines Preises vergütet wird, sind auch solche Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte vom Anwendungsbereich erfasst, bei denen der Verbraucher in einem näher umschriebenen Umfang dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt beziehungsweise sich hierzu verpflichtet. Dies wird ergänzt um die Erstreckung des Anwendungsbereichs auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte, die nach Spezifikation des Verbrauchers erstellt wurden, sowie auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte auf körperlichen Datenträgern. § 327a BGB-E sieht ferner zum einen vor, dass der Untertitel 1 in Titel 2a auch auf Paketverträge, welche weitere Produkte enthalten, die keine digitalen Produkte sind, anwendbar ist. Zum anderen wird in § 327a BGB-E klargestellt, dass Verträge über Sachen mit digitalen Elementen, die keine Kaufverträge sind, vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 in Titel 2a erfasst sind, soweit die digitalen Produkte betroffen sind.



## 2. Bereitstellung der digitalen Produkte (§§ 327b und 327c BGB-E)

Während § 327b BGB-E die zeitlichen Vorgaben und die Voraussetzungen für die Erfüllung der Bereitstellungspflicht des Unternehmers normiert, sieht § 327c BGB-E die Rechte des Verbrauchers für den Fall einer nicht erfolgten Bereitstellung vor.

## 3. Umfang der Verpflichtung zur mangelfreien Leistung (§§ 327d bis 327h BGB-E)

§ 327d BGB-E konkretisiert die aus dem Vertrag erwachsende Leistungspflicht des Unternehmers zur vertragsgemäßen Erfüllung, indem er die Pflicht des Unternehmers festhält, die Leistung ohne Produkt- und Rechtsmängel bereitzustellen. § 327e BGB-E regelt die detaillierten Vorgaben zur Frage des Vorliegens eines Produktmangels und differenziert dabei nach subjektiven beziehungsweise objektiven Anforderungen und Anforderungen an die Integration der digitalen Produkte. Wegen der herausgehobenen Bedeutung wurden die Verpflichtung des Unternehmers zur Bereitstellung von Aktualisierungen zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte sowie die Folgen einer unterbliebenen Installation der Aktualisierungen für den Verbraucher gesondert in § 327f BGB-E geregelt. § 327g BGB-E sieht eine Regelung für die Behandlung von Rechtsmängeln vor, welche bei Vorliegen der beschriebenen Voraussetzungen Produktmängeln gleichgestellt sind. Die Voraussetzungen, unter denen durch vertragliche Vereinbarung von den in den vorstehenden Vorschriften enthaltenen objektiven Anforderungen abgewichen werden kann, finden sich in § 327h BGB-E.

## 4. Gewährleistungsrechtliche Rechtsbehelfe des Verbrauchers (§§ 327i bis 327n BGB-E)

§ 327i BGB-E listet die gewährleistungsrechtlichen Ansprüche und Rechte des Verbrauchers bei Vorliegen eines Mangels auf. Dies sind der Anspruch auf Nacherfüllung, das Recht zur Vertragsbeendigung, das Recht zur Minderung und der Anspruch des Verbrauchers auf Schadens- beziehungsweise Aufwendungsersatz. Die Vorgaben für die Verjährung der in § 327i BGB-E aufgeführten Gewährleistungsrechtsbehelfe finden sich in § 327j BGB-E. Die Verjährungsfrist beträgt im Ausgangspunkt zwei Jahre und wird um eine weitere Frist von zwei Monaten für diejenigen Fälle ergänzt, in denen wegen des nahenden Endes der Verjährungsfrist eine rechtzeitige Geltendmachung der Gewährleistungsrechte vereitelt werden könnte. Die Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich zum Zeitpunkt der Bereitstellung zu laufen. Bei dauerhaften Bereitstellungen beginnt die Verjährungsfrist mit dem Ende des Bereitstellungszeitraums. Eine Sonderregelung betrifft die in § 327f BGB-E geregelte Aktualisierungspflicht bei einmaligen Bereitstellungen: Hier wird der Beginn der Verjährung an das Ende des im Einzelfall zu bestimmenden Zeitraums der Aktualisierungspflicht gekoppelt. § 327k BGB-E enthält eine allgemeine Regelung zur Beweislastumkehr, welche auf die Dauer von einem Jahr nach Bereitstellung beschränkt ist; im Fall einer dauerhaften Bereitstellung gilt die Beweislastumkehr für die gesamte Dauer des Bereitstellungszeitraums. Daneben enthält § 327k BGB-E die Voraussetzungen, nach denen die Beweislastumkehr nicht greift, weil entweder die digitale Umgebung des Verbrauchers nicht kompatibel war oder der Verbraucher Mitwirkungshandlungen zur Ermittlung des Zeitpunkts der Mangelentstehung unterlassen hat. Der Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs sowie die Voraussetzungen, welche zu dessen Ausschluss führen, sind in § 327l BGB-E festgehalten. § 327m BGB-E sieht die Voraussetzungen vor, bei deren Vorliegen der Verbraucher den Vertrag beenden kann. Dies wird ergänzt um die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch des Verbrauchers. Das Recht zur Minderung wird in § 327n BGB-E geregelt, welcher insbesondere die unterschiedlichen Anforderungen an die Berechnung der Minderungshöhe enthält.

## 5. Modalitäten der Vertragsbeendigung (§§ 327o und 327p BGB-E)

Die formellen Anforderungen an die Vertragsbeendigung sowie deren Rechtsfolgen finden sich in § 327o BGB-E. § 327p BGB-E sieht die Pflicht des Verbrauchers zur Einstellung der Nutzung nach Vertragsbeendigung vor. Wesentlich ist ferner die Regelung, dass der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten Inhalte, die keine personenbezogenen Daten darstellen, nicht weiter nutzen kann. Damit korrespondiert ein Anspruch des Verbrauchers auf Bereitstellung solcher Inhalte. Für beide Vorgaben bestehen Ausnahmen.

## 6. Weitere Regelungen des Untertitels 1 von Titel 2a (§§ 327q bis 327s BGB-E)

§ 327q BGB-E stellt klar, dass die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen durch den Verbraucher weder Auswirkungen auf den Bestand eines Vertrags nach § 327 Absatz 3 BGB-E hat noch Ersatzansprüche gegen den Verbraucher auslösen kann. Dies wird ergänzt um eine Regelung zu den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen einer Kündigung seitens des Unternehmers für

den Fall, dass der Verbraucher durch die Ausübung bestimmter datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte die zulässige Datenverarbeitung des Unternehmers derart einschränkt, dass dem Unternehmer eine Fortführung des Vertrags wirtschaftlich nicht mehr zugemutet werden kann.

§ 327r BGB-E enthält die Voraussetzungen und Grenzen einer vom Unternehmer vorgenommenen Änderung der digitalen Produkte sowie die Reaktionsmöglichkeiten des Verbrauchers.

Umfang und Ausnahmen von der zwingenden Ausgestaltung der im Untertitel 1 enthaltenen Regelungen sind in § 327s BGB-E geregelt.

#### 7. Inhalt des Untertitels 2 von Titel 2a

Untertitel 2 enthält besondere Bestimmungen für Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern. Diese Regelungen sehen einen Rückgriffsanspruch des Unternehmers im Fall einer Inanspruchnahme durch den Verbraucher, dessen Erstreckung auf vorhergehende Glieder der Vertriebskette sowie die Regelungen zur Verjährung und Beweislast für diese Ansprüche vor.

#### 8. Änderungen im Besonderen Teil des Schuldrechts

Neben den vorstehend beschriebenen Änderungen im Abschnitt 3 des Buches 2 werden bei denjenigen Vertragsarten, die besondere Bestimmungen zum Gewährleistungsrecht vorsehen, Regelungen getroffen, welche den Vorrang der Bestimmungen des neu einzufügenden Titels 2a sicherstellen. Ergänzt wird dies um eine Regelung zur ausdrücklich vorgesehenen Miete digitaler Produkte sowie um Klarstellungen betreffend das Verhältnis der Regelungen zur Vertragsbeendigung zu den Vorschriften über ordentliche Kündigungen beim Miet- und beim Dienstvertrag.

### III. Alternativen

Die Richtlinie verfolgt in verschiedener Hinsicht Ansätze, die quer zur bekannten Systematik des BGB liegen: Sie gilt vertragsformübergreifend; die in ihr enthaltenen Regelungen über die Bereitstellung digitaler Produkte und das anzuwendende Gewährleistungsrecht gelten unabhängig von der vereinbarten Art der Leistung (Eigentumsverschaffung, Nutzungsgewährung, Leistung von Diensten). Die Richtlinie differenziert vielmehr nach der Art des Leistungsgegenstandes. Sie erfasst nur Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. Anders dagegen kennt das BGB überwiegend kein eigenes Vertragsrecht für bestimmte Produktgruppen.

Die Richtlinie trifft auch keine umfassenden Regelungen über den Inhalt der vertraglichen Hauptleistungspflicht des Unternehmers; das – im Wege des Vertragsschlusses vereinbarte – Bestehen einer solchen Leistungspflicht, nämlich der Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen, ist vielmehr die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie. Anwendbar ist die Richtlinie auch unabhängig davon, ob die vereinbarte Leistung einmalig zu erbringen ist (wie etwa bei der Übergabe einer gekauften CD) oder über einen Zeitraum (wie die Bereitstellung einer gemieteten DVD).

Daher hat die Bundesregierung für die Umsetzung verschiedene andere Umsetzungsvarianten und -standorte geprüft, die aber aus den folgenden Gründen jeweils verworfen wurden:

#### 1. Umsetzung der Richtlinienbestimmungen im Besonderen Teil des Schuldrechts bei den bekannten Vertragsarten

Eine Ergänzung der bekannten Vertragsarten um die einschlägigen Richtlinienvorgaben hätte den Umsetzungsaufwand vervielfacht. Denn allein die Gewährleistungsregeln hätten vor allem für den Kauf-, Miet-, Dienst- und Werkvertrag gesondert eingefügt werden müssen. Da die Richtlinie entwicklungs offen formuliert ist, hätten diese Regeln zugleich auch für atypische und typengemischte Verträge aufgenommen werden müssen, um Umsetzungslücken zu verhindern. Das gleiche gilt mit Blick auf derzeit noch nicht absehbare künftige Geschäftsmodelle, welche eventuell von anderen bereits im Besonderen Teil des Schuldrechts normierten Vertragsformen erfasst sein könnten.

Dieses Vorgehen hätte den Umfang des BGB erheblich vergrößert und zugleich auch dem traditionellen Regelungsansatz widersprochen, für alle Vertragsarten gleiche Regelungen im Allgemeinen Teil des Schuldrechts vor die Klammer zu ziehen.

## 2. Umsetzung en bloc als eine neue Vertragsform im Besonderen Teil des Schuldrechts

Da die Richtlinie keine Regelungen über die vertragliche Begründung der Leistungspflicht trifft, sondern diese Pflicht voraussetzt, hätte ein neuer Vertragstyp im Besonderen Teil des Schuldrechts geschaffen werden können.

Die Schaffung eines neuen Vertragstyps über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen hätte sich allerdings nicht in die bestehende Struktur des Besonderen Teils eingefügt. Die Richtlinie beschreibt gerade keinen einheitlichen Vertragstyp, der selbständig zum Beispiel neben Kauf oder Miete treten würde. Die Regelungen der Richtlinie sind vielmehr auf alle Verbraucherverträge, unabhängig von der vereinbarten Leistungsart, anzuwenden, sobald diese die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen betreffen. Die aus dem Besonderen Teil des Schuldrechts bekannte Differenzierung anhand der vereinbarten Leistungsart wäre durchbrochen worden.

Anders als bei den bekannten Vertragsarten fehlt es auch an einem typischen Leitbild, das sich dem Rechtsanwender ohne weiteres erschließen würde. Von einem „Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte“ kann sich der Rechtsanwender schon deshalb kein Bild machen, da der Inhalt der Leistungspflicht ganz unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Dieser müsste, um die Richtlinie umzusetzen, gleichermaßen die einmalige und die fortlaufende Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen umfassen. Die Vorstellung eines Kauf- oder Mietvertrags über einen digitalen Inhalt oder eines Dienstvertrags über eine digitale Dienstleistung wird sich hingegen aus Anwendersicht ganz zwanglos ergeben.

## 3. Umsetzung durch Einführung mehrerer neuer Vertragsformen im Besonderen Teil des Schuldrechts

In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist auch die Einführung mehrerer neuer Vertragsformen im Besonderen Teil des Schuldrechts diskutiert worden. Auch dieser Ansatz kann auf keine etablierten Leitbilder zurückgreifen.

Eine Differenzierung zwischen Verträgen über die dauerhafte oder eben vorübergehende Bereitstellung digitaler Inhalte knüpft nicht an eine in der Vertragspraxis vorhandene Vorstellung über die jeweilige Leistungsart und den jeweiligen Leistungsinhalt an. Sie erscheint auch – anders als es die Richtlinie vorgibt – gerade nicht entwicklungs offen und würde somit das Risiko einer lückenhaften Richtlinienumsetzung mit sich bringen.

## 4. Umsetzung in einem separaten Gesetz

Neben den vorstehenden Lösungsansätzen wurde auch die Schaffung eines eigenständigen Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie erwogen. Diesen Weg der Richtlinienumsetzung wird voraussichtlich eine Reihe anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union wählen. Auch in der Bundesrepublik Deutschland gibt es hierfür Vorbilder bei der Umsetzung verbrauchervertragsrechtlicher Richtlinien insbesondere in den Neunzigerjahren.

Allerdings hat sich der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform zur Erhöhung der Transparenz und der Verständlichkeit der Privatrechtsordnung für eine Integration des unionsrechtlich determinierten Verbrauchervertragsrechts in das BGB entschieden (siehe die Begründung in der Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 97). Die hierfür angeführten Gründe haben nach wie vor Bestand.

Die Bundesregierung hat die vorstehend skizzierten alternativen Umsetzungsmöglichkeiten daher nach gründlicher Prüfung verworfen.

Eine Alternative zu der im Entwurf vorgesehenen Umsetzung der Richtlinie besteht auf Grund der unionsrechtlichen Umsetzungspflicht nicht.

## IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt, soweit Änderungen im BGB und im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) betroffen sind, aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (Bürgerliches Recht). Die Gesetzgebungskompetenz für die Änderungen im UKlaG beruht ebenfalls auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (Gerichtliche Verfahren).

## V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Entwurf steht mit dem Recht der Europäischen Union und mit völkerrechtlichen Verträgen, welche die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, im Einklang. Er dient der Umsetzung der Richtlinie und stellt damit insoweit die Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit dem Recht der Europäischen Union sicher.

## VI. Gesetzesfolgen

### 1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Verwaltungsverfahren werden von diesem Entwurf nicht berührt, da die Durchsetzung der vertraglichen Ansprüche zivilrechtlich ausgestaltet ist.

### 2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Entwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie, die der Umsetzung der UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung dient. Insbesondere trägt der Entwurf zur Harmonisierung der wesentlichen vertragsrechtlichen Vorschriften betreffend digitale Produkte bei und trägt damit durch die Vermeidung einer Rechtszersplitterung innerhalb der Europäischen Union zur Rechtssicherheit bei, die Voraussetzung ist für eine friedliche Gesellschaft im Sinne des Nachhaltigkeitsziels 16 der Agenda 2030 der Vereinten Nationen.

### 3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

### 4. Erfüllungsaufwand

#### a) Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Den Bürgerinnen und Bürgern entsteht ein jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von 5 000 Stunden je 100 000 Fälle für die Kenntnisnahme von Hinweisen zu abweichenden Vereinbarungen über objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte und deren gesonderte Einbeziehung in die vertragliche Vereinbarung mit dem Unternehmer gemäß § 327h BGB-E.

Die angenommene Anzahl der Fälle, in denen Verbraucher durch den Unternehmer auf abweichende objektive Anforderungen hingewiesen werden und diese gesondert zum Vertragsinhalt gemacht werden, basiert auf einer geschätzten Anzahl von jährlich geschlossenen Verträgen über digitale Produkte. Jährlich schließen rund 50 Millionen Personen in der Bundesrepublik Deutschland Online-Kaufverträge ab. Es wird dabei angenommen, dass 30 Prozent dieser Personenzahl jährlich mindestens sechs Online-Käufe tätigt, worunter auch eine unbekannte Anzahl digitale Produkte betrifft. Hinzukommen Downloads von Apps (rund 2 Milliarden jährlich), die zu einem nicht bekannten Anteil für die Nutzung die Angabe persönlicher Daten verlangen; ferner digitale Produkte in nicht näher bestimmbarer Zahl im stationären Handel. Da die Anzahl von digitalen Produkten mit abweichenden Merkmalen ebenfalls nicht bekannt ist, wird eine Behelfsschätzung auf 100 000 Fälle im Jahr vorgenommen. Die Kenntnisnahme des Hinweises auf die abweichenden Merkmale und die gesondert erfolgende Einbeziehung in den Vertrag erfordert das Lesen der erhaltenen Informationen und die entsprechende Bestätigung. Beides sind Tätigkeiten geringer Komplexität, die den Aktivitäten 1 (Informationen zur Kenntnis nehmen, zwei Minuten) und 5 (Bestätigung/Unterschrift, eine Minute) gemäß der Zeitwerttabelle für Informationspflichten der Bürgerinnen und Bürger entsprechen und sich somit auf insgesamt drei Minuten summieren. Die Information erfolgt bei Online-Einkäufen elektronisch und im stationären Handel gegebenenfalls manuell, wodurch den Bürgerinnen und Bürgern keine Sachkosten entstehen.

#### b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Der Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft teilt sich auf die folgenden Vorgaben auf:

## 1. Erstellung der Aktualisierung eines digitalen Produkts

Unternehmer werden nach § 327e Absatz 3 Nummer 5 in Verbindung mit § 327f Absatz 1 BGB-E künftig dazu verpflichtet, digitale Produkte zu aktualisieren. Der jährliche Erfüllungsaufwand für die Erstellung entsprechender Aktualisierungen durch die Hersteller digitaler Produkte beläuft sich – wie nachfolgend erläutert – auf rund 29,126 Millionen Euro, welche ausschließlich auf Personalkosten zurückzuführen sind. Dabei wird davon ausgegangen, dass 5 000 Hersteller für jeweils 3 Produkte 2 Aktualisierungen pro Jahr vornehmen. Gestaffelt nach Komplexität der Aktualisierung ergibt sich hierfür ein Zeitaufwand von 8 Stunden (bei geringer Komplexität in 80 Prozent der Fälle), 40 Stunden (bei mittlerer Komplexität in 15 Prozent der Fälle) beziehungsweise 80 Stunden (bei hoher Komplexität in 5 Prozent der Fälle). Dies führt zu einer Gesamtzahl von 492 000 Stunden ( $[24\,000 \text{ Aktualisierungen} \times 8 \text{ Stunden Zeitaufwand pro Aktualisierung} = 192\,000 \text{ Stunden Zeitaufwand}] + [4\,500 \text{ Aktualisierungen} \times 40 \text{ Stunden Zeitaufwand pro Aktualisierung} = 180\,000 \text{ Stunden Zeitaufwand}] + [1\,500 \text{ Aktualisierungen} \times 80 \text{ Stunden Zeitaufwand pro Aktualisierung} = 120\,000 \text{ Stunden}]$ ). Da für die Vornahme der Aktualisierungen in der Regel Personalkosten in Höhe von 59,20 Euro pro Stunde entstehen, ergeben sich somit die oben angegebenen Personalkosten (492 000 Stunden Zeitaufwand insgesamt  $\times$  59,20 Euro pro Stunde Personalkosten).

Im Einzelnen:

Obgleich bislang hierzu keine entsprechende gesetzliche Verpflichtung besteht, werden bereits jetzt für viele digitale Produkte Aktualisierungen erstellt. Über die Zahl der bereits erfolgenden jährlichen Aktualisierungen liegen keine Informationen vor, da es auch kaum gesicherte Erkenntnisse zur Anzahl digitaler Produkte gibt. Die Bereitstellung digitaler Produkte kann über Dritte oder als sogenannter Direktvertrieb durch den Hersteller erfolgen. Während die Verpflichtung zur Bereitstellung der Aktualisierung unabhängig von der Vertriebsstruktur den Vertragspartner des Verbrauchers trifft, wird die technische Erstellung einer Aktualisierung in der Regel allein durch den Hersteller des digitalen Produkts vorgenommen werden können. Aus diesem Grund wird hier zunächst nur der Erfüllungsaufwand für die Hersteller dargestellt. Der Erfüllungsaufwand für die im Anschluss an die Erstellung erfolgende Bereitstellung einer bereits erstellten Aktualisierung wird unter dem nächsten Spiegelstrich dargestellt.

Von der Aktualisierungspflicht dürften Hersteller je nach Art des digitalen Produkts und der Wirtschaftsklasse unterschiedlich betroffen sein.

- Da über den Anteil der von der Regelung erstmals betroffenen digitalen Produkte keine Informationen vorliegen, wird er auf 50 Prozent geschätzt.
- Ferner wird angenommen, dass bei dauerhaften Bereitstellungen digitaler Produkte bereits jetzt schon laufend Aktualisierungen (unter anderem aus wirtschaftlichem Eigeninteresse) über den gesamten relevanten Zeitraum vorgenommen werden. Daher sind nur jene Aktualisierungen als zusätzlicher Erfüllungsaufwand anzusetzen, die künftig zusätzlich durch die alle Unternehmer treffende gesetzliche Verpflichtung erfolgen (Abzug von „Sowieso-Kosten“). Der Anteil der Hersteller, die keine digitalen Produkte zur dauerhaften Bereitstellung erstellen, ist nicht bekannt und wird ersatzweise auf 50 Prozent geschätzt.

Die Zahl der betroffenen Hersteller beläuft sich nach Anpassungen auf 5 000 (von insgesamt rund 45 000). Dem liegt die Annahme zugrunde, dass nicht jeder Anbieter seine digitalen Produkte an Verbraucher vertreibt. Der Anteil betroffener Hersteller wird wegen fehlender Informationen ersatzweise auf 50 Prozent geschätzt (-22 500). Zudem sind nur Hersteller von ausschließlich einmalig bereitgestellten digitalen Produkten betroffen, wodurch die Zahl nochmals halbiert wird (-12 250). Da die zur Wirtschaftsklasse „62.01 Programmierstätigkeiten“ zählenden Unternehmer (Hersteller) mehrheitlich Einzelunternehmen sind, die im Regelfall nicht über die notwendige Kapazität für die Bereitstellung digitaler Produkte an einen Verbraucher verfügen dürften, wird die Zahl der Hersteller pauschal auf 5 000 reduziert. Es wird ferner angenommen, dass jeder für den Verbrauchermarkt erstellende Unternehmer durchschnittlich 3 unterschiedliche Produkte erstellt.

Daraus folgt eine Gesamtzahl von 15 000 digitalen Produkten, welche bislang nicht im Umfang der vorgeschlagenen gesetzlichen Verpflichtung aktualisiert werden (5 000 betroffene Hersteller und jeweils 3 Produkte). Daraus ergibt sich die Anzahl von 30 000 Aktualisierungen pro Jahr, wenn man wiederum von 2 Aktualisierungen pro Jahr ausgeht.

Die Entwicklung und Erstellung von Aktualisierungen ist eine komplexe Tätigkeit. Die Dauer einer Erstellung kann – je nach Aktualisierungsart und -zweck – sehr unterschiedlich ausfallen. Während kleine „Patches“ zur

Behebung von Funktionsstörungen eine kurze Bearbeitungsdauer und eine geringe Komplexität aufweisen, können große Sicherheitsupdates zur Schließung von Sicherheitslücken eine große Menge an Zeit und Ressourcen in Anspruch nehmen. Anhand von Vergleichswerten kann die Erstellung und Bereitstellung einer Aktualisierung zwischen 8 und 80 Stunden Bearbeitungszeit in Anspruch nehmen. Es wird angenommen, dass 80 Prozent der Aktualisierungen wenig komplex (8 Stunden Arbeitszeit), 15 Prozent mittel komplex (40 Stunden Arbeitszeit) und 5 Prozent hochkomplex sind (80 Stunden Arbeitszeit).

## 2. Bereitstellung der Aktualisierung eines digitalen Produkts

Die vom Hersteller aktualisierte Version muss für den Verbraucher bereitgestellt werden, was zu einem jährlichen Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von 3,86 Millionen Euro führt. Für die Händler entsteht hierdurch ein jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von 3,5 Millionen Euro, welcher ausschließlich auf Personalkosten zurückgeht. Dabei wird von einem Zeitaufwand von 15 Minuten pro Bereitstellung und hierfür anfallenden Lohnkosten in Höhe von 28,00 Euro pro Stunde ausgegangen (500 000 Aktualisierungen pro Jahr x 0,25 Stunden Zeitaufwand pro Aktualisierung x 28,00 Euro pro Stunde Personalkosten). Für die Hersteller digitaler Produkte beträgt der entsprechende jährliche Erfüllungsaufwand rund 360 000 Euro, welcher sich ebenfalls ausschließlich aus Personalkosten ergibt. Der Berechnung werden bei gleichem Zeitaufwand hierfür anfallende Lohnkosten in Höhe von 47,50 Euro pro Stunde zugrunde gelegt. Ferner wird angenommen, dass 5 000 Hersteller für jeweils 3 Produkte 2 Aktualisierungen pro Jahr unmittelbar bereitstellen (30 000 Aktualisierungen pro Jahr x 0,25 Stunden Zeitaufwand pro Aktualisierung x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten).

Im Einzelnen:

Die Bereitstellung von Aktualisierungen erfolgt üblicherweise über digitale Vertriebswege. Die Dauer dieses Vorgangs wird wegen fehlender Vergleichswerte – aber wegen des vermutlich routinemäßigen Arbeitsprozesses – auf 15 Minuten geschätzt. Die Bereitstellung durch die Händler erfolgt voraussichtlich über einen Beschäftigten mit mittleren Qualifikationsniveau, was Personalkosten in Höhe von 28,00 Euro pro Stunde zur Folge hat. Eine Bereitstellung durch den Hersteller selbst wird zu einem Lohnsatz von 47,50 Euro pro Stunde erfolgen. Es wird angenommen, dass Unternehmer bereits über die materielle Ausrüstung zur Bereitstellung von Aktualisierungen verfügen und dass die Bereitstellung vollständig digital/elektronisch abgewickelt wird, sodass davon auszugehen ist, dass keine Sachkosten anfallen.

Die Zahl der betroffenen Händler/Vertriebsunternehmen beläuft sich nach Anpassungen auf 2 500. Die Bereitstellung von Aktualisierungen durch den stationären Einzelhandel dürfte die Ausnahme darstellen. Daher wird geschätzt, dass nur 5 Prozent der Einzelhandelsunternehmen hiervon betroffen sind. Nach einer Schätzung bieten Hersteller die Aktualisierung in der Hälfte der Fälle selbst an (7 500 Produkte beziehungsweise 15 000 Aktualisierungen pro Jahr). Damit müssen die Händler im Jahr ebenfalls rund 15 000 Aktualisierungen von 7 500 Produkten bereitstellen. Wegen Überschneidungen aufgrund von durch unterschiedliche Händler vertriebenen identischen Produkten wird angenommen, dass jeder der 2 500 Händler 100 Produkte anbietet und somit jährlich 200 Aktualisierungen bereitstellt. Dies ergibt eine Gesamtzahl von 500 000 Aktualisierungen pro Jahr durch Händler.

## 3. Information über die erfolgte Bereitstellung einer Aktualisierung (Informationspflicht)

Die Verpflichtung der Unternehmer nach § 327f BGB-E, den Verbraucher über Aktualisierungen zu informieren, verursacht einen Erfüllungsaufwand in Höhe von 3,25 Millionen Euro, welcher ausschließlich auf Personalkosten beruht. Auf die Hersteller digitaler Produkte entfallen dabei bei einem zugrunde gelegten Lohnsatz von 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten in Höhe von 814 000 Euro (64 300 Fälle x 0,2667 Stunden Zeitaufwand pro Information x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten). Händler haben einen Erfüllungsaufwand in Höhe von 2,436 Millionen Euro (870 000 Fälle x 0,1 Stunden Zeitaufwand pro Information x 28,00 Euro pro Stunde Personalkosten).

Im Einzelnen:

Die Verpflichtung zur Information trifft auch Unternehmer, welche dauerhaft digitale Produkte bereitstellen. Wiederum (siehe die Ausführungen betreffend die Erstellung von Aktualisierungen) wird angenommen, dass die Information über eine Aktualisierung bei einem Teil der Unternehmer bereits jetzt vorgenommen wird (Abzug von 50 Prozent) beziehungsweise dass die Unternehmer die von ihnen hergestellten digitalen Produkte nicht an Verbraucher vertreiben (Abzug von weiteren 50 Prozent). Abzüglich einer Pauschale für kleine Programmierunternehmer bleiben rund 14 700 betroffene Unternehmer, die neu zur Information über Aktualisierungen verpflichtet

sind. Händler trifft in 870 000 Fällen jährlich eine Verpflichtung zur Information, während Hersteller in 64 300 Fällen informieren müssen. Bei einem Zeitaufwand von 6 Minuten für den Händler und einem Lohnsatz von 28,00 Euro pro Stunde ergibt dies Personalkosten in Höhe von 2,436 Millionen Euro. Der Zeitaufwand für Hersteller ist mit 16 Minuten höher anzusetzen. Während Händler die vom Hersteller zur Verfügung gestellte Information über die Aktualisierung lediglich zusammenstellen und aufbereiten müssen, trifft Hersteller die Pflicht, die von ihnen vorgenommenen Änderungen zu dokumentieren und diese Dokumentation an die Händler zu übermitteln. Das führt bei einem zugrunde gelegten Lohnsatz von 47,50 Euro pro Stunde bei den Herstellern zu Personalkosten in Höhe von 814 000 Euro.

#### 4. Abweichende Vereinbarungen (Informationspflicht)

Durch die Vorgaben des § 327h BGB-E entsteht in Summe ein laufender Erfüllungsaufwand von rund 7 000 Euro pro Jahr und ein einmaliger Umstellungsaufwand von rund 14 000 Euro, welcher vollständig der Kategorie Einmalige Informationspflicht zuzuordnen ist. Sowohl der einmalige als auch der jährliche Erfüllungsaufwand wird ausschließlich durch Personalkosten verursacht.

Der laufende jährliche Erfüllungsaufwand für die Erstellung entsprechender Informationen durch Hersteller digitaler Produkte beläuft sich auf rund 6 096 Euro (220 Fälle x 0,5833 Stunden Zeitaufwand pro Information x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten). Hinzukommen weitere rund 435 Euro für die Veröffentlichung dieser Informationen durch die Hersteller selbst (110 Fälle x 0,0833 Stunden Zeitaufwand x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten) beziehungsweise von rund 256 Euro bei einer Veröffentlichung durch die Händler (110 Fälle x 0,0833 Stunden Zeitaufwand x 28,00 Euro pro Stunde Personalkosten).

Der einmalige Umstellungsaufwand setzt sich zusammen aus den Kosten für die Erstellung und die Veröffentlichung entsprechender Informationen für bereits auf dem Markt befindliche Produkte. Deren Zahl wird auf 440 geschätzt, sodass sich für die Erstellung entsprechender Informationen durch die Hersteller digitaler Produkte Kosten in Höhe von rund 12 191 Euro ergeben (440 Fälle x 0,5833 Stunden Zeitaufwand pro Information x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten). Hinzukommen weitere rund 870 Euro für die Veröffentlichung dieser Informationen durch die Hersteller selbst (220 Fälle x 0,0833 Stunden Zeitaufwand pro Veröffentlichung x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten) beziehungsweise von rund 513 Euro bei einer Veröffentlichung durch die Händler (220 Fälle x 0,0833 Stunden Zeitaufwand pro Veröffentlichung x 28,00 Euro pro Stunde Personalkosten).

Im Einzelnen:

Aufgrund der mangelhaften Datenlage wird pauschal angenommen, dass 1 Prozent der rund 44 000 Hersteller jeweils ein Produkt mit entsprechenden Abweichungen in seiner Angebotspalette bereithält. Somit wären 440 Produkte von dieser Regelung betroffen. Weil anzunehmen ist, dass jeder zweite Hersteller alle 2 Jahre ein neues Produkt auf den Markt bringt, beträgt die Zahl neu betroffener digitaler Produkte jährlich 220. Dabei wird ein Zeitaufwand für die Erstellung einer Informationsmitteilung über die abweichenden Merkmale durch den Hersteller von insgesamt 35 Minuten pro Fall zugrunde gelegt. Es wird ferner angenommen, dass die Erstellung der Information durch einen Beschäftigten mit mittlerem Qualifikationsniveau erfolgt, was Personalkosten in Höhe von 47,50 Euro pro Stunde für Hersteller zur Folge hat; Sachkosten sind nicht zu erwarten.

Diese vom Hersteller erstellte Information muss ferner entsprechend veröffentlicht werden, was wiederum einen Zeitaufwand von 5 Minuten zur Folge hat. Da wiederum angenommen wird, dass der Vertrieb zur Hälfte durch die Hersteller selbst und zur anderen Hälfte durch Händler erfolgt, ergeben sich jeweils 110 Fälle für Hersteller beziehungsweise Händler. Hinzu kommt ein Zeitaufwand von einer Minute pro Fall für die gesonderte Information des Verbrauchers im Rahmen eines Vertragsabschlusses im stationären Handel. Die Zahl der Verträge über betroffene Produkte im stationären Handel – wo die Vorgaben des § 327h BGB-E einen gesonderten laufenden Erfüllungsaufwand verursachen – wird wegen fehlender Informationen behelfsmäßig auf 10 000 geschätzt. Für den Online-Verkauf entsteht kein gesonderter Aufwand.

Für bereits erstellte, aber zum Anwendungszeitpunkt der vorgeschlagenen Regelung noch nicht bereitgestellte digitale Produkte mit mindestens einem abweichenden Merkmal muss ferner einmalig eine Informationsmitteilung erstellt werden, was den Umstellungsaufwand von einmalig rund 14 000 Euro ausmacht.

#### 5. Information über technische Anforderungen und Mitwirkungshandlungen (Informationspflicht)

Durch die in § 327k Absatz 4 Nummer 1 und 2 BGB-E vorgesehene Verpflichtung entsteht in Summe ein einmaliger Erfüllungsaufwand von rund 3 Millionen Euro, darunter knapp 500 000 Euro Personalkosten. Dieses Ergebnis beruht auf der Annahme, dass circa 10 000 Unternehmer bei einer internen Erstellung der Information mit einem Zeitaufwand von 30 Minuten und Personalkosten in Höhe von 68,30 Euro pro Stunde einen Gesamtaufwand von 341 500 Euro haben. Hinzukommen weitere Personalkosten in Höhe von 118 750 Euro, welche bei weiteren 10 000 Unternehmen für eine externe Vergabe der Informationserstellung bei 15 Minuten Dauer und Personalkosten in Höhe von 47,50 Euro pro Stunde für diese Vergabe entstehen. Die durch die externe Vergabe jeweils entstehenden Sachkosten bei diesen 10 000 Unternehmen belaufen sich auf 250 Euro und führen somit zu einem Gesamtaufwand für diese 10 000 Unternehmer in Höhe von 2,5 Millionen Euro.

Im Einzelnen:

Es ist davon auszugehen, dass schätzungsweise 20 000 Unternehmen (ungefähre Zahl der Händler/Vertriebsunternehmen und sonstigen Anbieter in entsprechenden Wirtschaftsklassen) den Verbraucher bei Vertragsschluss anhand der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 327k Absatz 4 Nummer 1 und 2 BGB-E informieren, um sich in der Frage der Beweislastverteilung abzusichern. Bei der Anpassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt es sich um eine komplexe Tätigkeit, für die ein Zeitaufwand von 30 Minuten pro Unternehmen angesetzt wird. Jedes zweite Unternehmen setzt hierfür annahmegemäß einen internen Beschäftigten ein (10 000 Unternehmen). Die interne Anpassung obliegt einem Mitarbeiter hohen Qualifikationsniveaus, der über eine juristische Ausbildung verfügt und somit 68,30 Euro pro Stunde an Personalkosten verursacht. Die anderen 10 000 Unternehmen bedienen sich einer externen Dienstleistung, was einen Zeitaufwand von 15 Minuten für die Vergabe zur Folge hat. Eine solche externe Vergabe wird durch einen Beschäftigten mit mittlerem Qualifikationsniveau durchgeführt, was 47,50 Euro pro Stunde an Personalkosten verursacht. Durch die Beauftragung eines externen Dienstleisters entstehen ferner Sachkosten in Höhe von 250 Euro pro Fall.

#### 6. Herausgabe von im Rahmen der Nutzung erstellten Inhalten (Informationspflicht)

Durch die Verpflichtung der Unternehmer nach § 327p Absatz 3 in Verbindung mit Absatz 2 Satz 1 und 2 Nummer 4 BGB-E, Verbrauchern nach Vertragsbeendigung solche Inhalte, die nicht-personenbezogene Daten darstellen, zur Verfügung zu stellen, entsteht ein einmaliger Erfüllungsaufwand in Höhe 2,368 Millionen Euro. Dieser ist ausschließlich auf Personalkosten zurückzuführen und der Kategorie „Einmalige Informationspflicht“ zuzuordnen. Der jährliche Erfüllungsaufwand beläuft sich auf rund 4,53 Millionen Euro, welche ebenfalls ausschließlich auf Personalkosten beruhen. Hiervon entfallen auf Händler jährlich 1,68 Millionen Euro (5 000 Händler x 12 Stunden Zeitaufwand je Händler x 28,00 Euro pro Stunde Personalkosten) und auf Hersteller jährlich 2,85 Millionen Euro (5 000 Hersteller x 12 Stunden Zeitaufwand je Hersteller x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten).

Im Einzelnen:

Die Pflicht zur Herausgabe der betreffenden Inhalte ist als Informationspflicht für Unternehmer zu qualifizieren. Mit Blick auf ähnliche Verpflichtungen nach dem Datenschutzrecht wird angenommen, dass betroffene Unternehmen bereits entsprechende Verfahren vorhalten und diese nur technisch anpassen müssen. Die entsprechend angepassten Verfahren dürften in der Regel so gestaltet werden, dass Aufwand für die Unternehmer vermieden wird; Verbraucher werden voraussichtlich in die Lage versetzt, sich die Daten selbst herunterzuladen. Dennoch werden zur Betreuung dieses erweiterten Verfahrens geringfügige Aufwände erforderlich. Basierend auf Erfahrungen mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht ist anzunehmen, dass nur ein sehr kleiner Prozentsatz der Kunden seine Rechte wahrnimmt (<0,1 Prozent). Die Zahl der betroffenen Unternehmer liegt schätzungsweise bei 10 000 (je zur Hälfte Händler und Hersteller).

Der einmalige Erfüllungsaufwand für die Einrichtung beziehungsweise technische Überarbeitung des Verfahrens zur Herausgabe von im Rahmen der Nutzung erstellten Inhalten besteht in einer einmaligen Programmierarbeit. Der hierfür notwendige zeitliche Aufwand bei Einsatz eines Mitarbeiters hohen Qualifikationsniveaus beläuft sich auf 4 Stunden mit Personalkosten in Höhe von 59,20 Euro pro Stunde. Bei 10 000 Unternehmen und 4 Stunden Zeitaufwand je Unternehmen ergibt sich somit ein einmaliger Erfüllungsaufwand in Höhe von 2,368 Millionen Euro.

Der laufende jährliche Erfüllungsaufwand für einen Mitarbeiter mittleren Qualifikationsniveaus (Personalkosten in Höhe von 28,00 Euro pro Stunde für Händler beziehungsweise 47,50 Euro pro Stunde für Hersteller) wird mit



höchstens 12 Stunden Zeitaufwand pro Unternehmen angesetzt. Für Händler entsteht somit ein Erfüllungsaufwand von jährlich 1,68 Millionen Euro (5 000 Händler x 12 Stunden Zeitaufwand je Händler x 28,00 Euro pro Stunde Personalkosten), für Hersteller in Höhe von 2,85 Millionen Euro (5 000 Hersteller x 12 Stunden Zeitaufwand je Hersteller x 47,50 Euro pro Stunde Personalkosten), mithin insgesamt ein jährlicher Erfüllungsaufwand von 4,53 Millionen Euro. Wegen des zu erwartenden Einsatzes vorhandener IT-Infrastruktur entstehen keine Sachkosten.

#### 7. Information über Nutzungsbeeinträchtigungen infolge einer Änderung am digitalen Produkt (Informationspflicht)

Durch die mit § 327r Absatz 2 BGB-E vorgesehene Informationspflicht entsteht für die Unternehmer ein jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von 21 000 Euro. Dabei wird davon ausgegangen, dass eine entsprechende Information pro Produkt einmal jährlich erfolgt (3 000 Fälle x 0,25 Stunden Zeitaufwand pro Information x 28,00 Euro pro Stunde Personalkosten).

Im Einzelnen:

Dies basiert auf der Annahme, dass jedes betroffene digitale Produkt (insgesamt 30 000 Produkte von geschätzt rund 10 000 Anbietern) einmalig im Jahr eine Änderung erhält, die zu einer Nutzungseinschränkung gemäß § 327r Absatz 2 BGB-E führt.

Da entsprechende Mitteilungen über solche Änderungen bereits jetzt vorgenommen werden, wird ferner davon ausgegangen, dass die gesetzliche Verpflichtung nur für maximal 10 Prozent der Produkte und damit für 3 000 Händler, überhaupt neuen Aufwand verursacht. Der zeitliche Aufwand für die Information wird (wie bei der Informationspflicht betreffend Aktualisierungen) auf 15 Minuten pro Fall geschätzt. Hieraus resultieren beim Einsatz eines Mitarbeiters mittleren Qualifikationsniveaus Personalkosten in Höhe von 28,00 Euro pro Stunde. Sachkosten entstehen für die (elektronische) Information voraussichtlich nicht.

#### 8. Bereitstellung älterer Versionen digitaler Produkte

Die durch § 327r Absatz 4 BGB-E vorgesehene Möglichkeit des Unternehmers, dem Verbraucher im Fall von Änderungen weiterhin die Nutzung der bisherigen Version eines digitalen Produkts zu gestatten, führt in Summe zu einem Erfüllungsaufwand von 21,744 Millionen Euro. Davon entfallen 13,68 Millionen Euro auf die Hersteller digitaler Produkte und 8,064 Millionen Euro auf Händler. Dem liegt betreffend die Hersteller die Annahme zugrunde, dass diese ein Aufwand für die Aktualisierung von 3 000 digitalen Produkten pro Jahr trifft. Bei einem hierfür veranschlagten Zeitaufwand von 12 Arbeitstagen pro Jahr (à 8 Stunden pro Tag) und einem Stundensatz in Höhe von 47,50 Euro ergibt dies einen Erfüllungsaufwand in Höhe 13,68 Millionen Euro für die Hersteller digitaler Produkte. Bei identischer Produktzahl und für die Aktualisierung veranschlagtem Zeitaufwand ergibt sich bei dem für Händler anzusetzenden Stundensatz in Höhe von 28,00 Euro pro Stunde ein Erfüllungsaufwand in Höhe von 8,064 Millionen Euro.

Im Einzelnen:

Es wird dabei davon ausgegangen, dass Unternehmer mit Blick auf den zusätzlichen Aufwand für die Bereithaltung älterer Versionen diese Möglichkeit nur selten wahrnehmen und stattdessen eher die Vertragsbeendigung durch den Verbraucher in Kauf nehmen. Ferner wird angenommen, dass größere Hersteller digitaler Produkte und größere Händler ältere Versionen bisher schon bereithalten, so dass diesen Teil der von der Regelung betroffenen Unternehmer kein zusätzlicher Aufwand trifft. Kleinere Unternehmer dürften von dieser Regelung eher betroffen sein. Vor diesem Hintergrund wird nach freier Schätzung angenommen, dass lediglich 10 Prozent der insgesamt 30 000 laufend vorgehaltenen digitalen Produkte eine Änderung erfahren, die das Vorhalten älterer Produktversionen erforderlich macht (circa 3 000 digitale Produkte). Der Umfang des Aufwands, ältere Versionen digitaler Produkte mängelfrei zu halten und bereitzustellen, kann mangels entsprechender Erkenntnisse ebenfalls nur geschätzt werden. Es wird dabei angenommen, dass jedes betroffene Unternehmen pro Monat einen Arbeitstag mit einem Lohnsatz von 47,50 Euro pro Stunde bei Herstellern beziehungsweise 28,00 Euro pro Stunde bei Händlern für die technische Aktualisierung und den Kundenservice investieren muss und hierfür die vorhandene IT-Infrastruktur nutzen kann, sodass keine Sachkosten entstehen.

### c) Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Keiner.

## 5. Weitere Kosten

Auswirkungen des Entwurfs auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

## 6. Weitere Gesetzesfolgen

Aus gleichstellungspolitischer Sicht sind die Regelungen neutral. Demografische Auswirkungen sind nicht zu erwarten.

## VII. Befristung; Evaluierung

Eine Befristung der Regelungen ist nicht vorgesehen. Der Entwurf dient der Umsetzung einer vollharmonisierten Richtlinie.

Eine Evaluierung erscheint nicht notwendig. Nach Artikel 25 der Richtlinie soll die Kommission spätestens am 12. Juni 2024 dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss einen Bericht zur Anwendung der Richtlinie vorlegen. Dieser Bericht sollte abgewartet werden.

## B. Besonderer Teil

### Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

#### Zu Nummer 1

Für den neu einzufügenden Titel 2a und dessen Untertitel ist die Inhaltsübersicht anzupassen.

#### Zu Nummer 2

Durch Nummer 2 wird Absatz 1 des geltenden § 312 BGB neu gefasst. Ferner wird ein neuer Absatz 1a in § 312 BGB eingefügt.

Verträge, bei denen Verbraucher an Stelle oder neben der Zahlung eines Preises dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellen oder sich zu deren Bereitstellung verpflichten, fallen sowohl in den Anwendungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie als auch in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Im Rahmen des neuen Titels 2a im Abschnitt 3 kann daher auf die besonderen Bestimmungen zum sogenannten „Bezahlen mit Daten“ in § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E verwiesen werden; § 327 Absatz 3 BGB-E enthält einen entsprechenden Verweis.

Bei der Neufassung des § 312 Absatz 1 BGB und der Einfügung des neuen Absatzes 1a handelt es sich nicht um eine vorzeitige Umsetzung der Änderungen, welche die Modernisierungsrichtlinie an der Verbraucherrechterichtlinie vornimmt und die nach Artikel 7 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Modernisierungsrichtlinie erst bis zum 28. November 2021 in nationales Recht umzusetzen sind. Denn jedenfalls in Bezug auf das „Bezahlen mit Daten“ nimmt die Modernisierungsrichtlinie lediglich klarstellende Änderungen an der Verbraucherrechterichtlinie vor. Wie sich aus Erwägungsgrund 31 der Modernisierungsrichtlinie ergibt, ist die Verbraucherrechterichtlinie bereits jetzt auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte anzuwenden, „unabhängig davon, ob der Verbraucher eine Geldzahlung leistet oder personenbezogene Daten zur Verfügung stellt“. Daher können die erforderlichen Änderungen in § 312 BGB bereits zum für die Richtlinie maßgeblichen Umsetzungszeitpunkt vorgenommen werden.

Die §§ 312 ff. BGB finden schon jetzt – mit den Einschränkungen in § 312 Absatz 2 bis 7 BGB – auf alle Verträge Anwendung, bei denen der Verbraucher „mit (personenbezogenen) Daten bezahlt“; dies ergibt sich aus dem Tatbestandsmerkmal „entgeltliche (Leistung)“ im derzeit geltenden § 312 Absatz 1 BGB (vergleiche statt vieler: Schulte-Nölke, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, § 312 Rn. 5). Damit ergibt sich nach dem derzeit geltenden § 312 BGB ein größerer Anwendungsbereich als von der Verbraucherrechterichtlinie vorgegeben. Diese erfasst lediglich Verträge über digitale Inhalte, bei denen „mit Daten bezahlt“ wird. Im Gegensatz dazu sind die §§ 312 ff. BGB schon nach geltendem deutschen Recht auf Verträge über digitale Dienstleistungen

anwendbar, für welche aus unionsrechtlicher Sicht die Regelungen der Verbraucherrechterichtlinie erst nach dem Inkrafttreten der Modernisierungsrichtlinie Anwendung finden. Sie gelten auch für Verträge, bei denen der Verbraucher zwar keinen Preis zahlt, aber für eine Leistung in der „analogen“ Welt (zum Beispiel Rabatte aufgrund der Teilnahme an einem Kundenkartensystem; Ermöglichung der Teilnahme an einer Veranstaltung, Erhalt eines Produkts oder Berechtigung zur Nutzung eines Fitness-Studios bei Einwilligung in Tracking der Gesundheitsdaten) dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung stellt.

Dieser gegenüber den Richtlinienvorgaben erweiterte Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB wird durch den vorliegenden Entwurf nicht verändert. Es werden lediglich die Bedingungen, unter denen ein „Bezahlen mit Daten“ die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auslöst, im Einklang mit der Modernisierungsrichtlinie angepasst, die sich insoweit ihrerseits an der Richtlinie orientiert.

### **Zu § 312 Absatz 1 BGB-E**

Die Voraussetzungen, unter denen die Umsetzungsvorschriften der Verbraucherrechterichtlinie im BGB auf Verträge Anwendung finden, bei denen der Verbraucher personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet, sollen künftig in einem eigenen Absatz 1a enthalten sein. Damit wird die Systematik im neuen Artikel 3 der Verbraucherrechterichtlinie nachvollzogen. Absatz 1 ist daher entsprechend zu ändern.

Dabei soll das Tatbestandsmerkmal „entgeltliche (Leistung)“ künftig nicht mehr verwendet werden, um mögliche Abgrenzungsschwierigkeiten zum neuen § 312 Absatz 1a BGB-E zu vermeiden. Auch die Verbraucherrechterichtlinie verwendet den Begriff der Entgeltlichkeit in diesem Zusammenhang nicht.

Anders als die Richtlinie enthält die Verbraucherrechterichtlinie auch in ihrer neuen Fassung keine eigene Definition für den Begriff „Preis“. Für den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ist davon auszugehen, dass unter „Preis“ jedenfalls eine vereinbarte Geldleistung zu verstehen ist. Sofern die Vertragsparteien als Gegenleistung die digitale Darstellung eines Wertes vereinbart haben, dürfte jedoch auch diese in Artikel 2 Nummer 7 der Richtlinie erwähnte Leistung die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auslösen, auch wenn dies nicht ausdrücklich in der Verbraucherrechterichtlinie niedergelegt ist.

Der bisher in § 312 Absatz 1 BGB für den Begriff des Verbrauchervertrags enthaltene Verweis auf § 310 Absatz 3 BGB erscheint nicht mehr erforderlich und ist daher in der Neufassung nicht mehr enthalten. Eine Rechtsänderung ist damit nicht verbunden; die in § 310 Absatz 3 BGB enthaltene Legaldefinition gilt wie alle Legaldefinitionen für das gesamte Gesetz. Das BGB verwendet den Begriff des Verbrauchervertrags auch schon heute außerhalb der §§ 312 ff. BGB, ohne dass ein Verweis auf § 310 Absatz 3 BGB vorgesehen wäre.

### **Zu § 312 Absatz 1a BGB-E**

Die Vorschriften der §§ 312 ff. BGB finden auch auf Verträge Anwendung, bei denen der Verbraucher an Stelle oder neben der Zahlung eines Preises personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet. Der neue Absatz 1a benennt die objektiven Voraussetzungen, unter denen dies gilt.

Es wird an dieser Stelle auf eine rechtsdogmatische Einordnung der Bereitstellung personenbezogener Daten beziehungsweise der entsprechenden Verpflichtung hierzu aus schuldrechtlicher Sicht verzichtet. Für die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB, wie auch der §§ 327 ff. BGB-E, ist es unerheblich, wie die Bereitstellung personenbezogener Daten oder die entsprechende Zusage im Rahmen des Schuldrechts einzuordnen ist, ob es sich hierbei um eine (Gegen-)Leistung handelt und ob diese im Gegenseitigkeitsverhältnis steht oder nicht. Der Europäische Datenschutzbeauftragte hat in einem Gutachten im Rahmen der Verhandlungen über die Richtlinie darauf hingewiesen, dass in diesem Kontext die Einstufung personenbezogener Daten als Gegenleistung aus grundrechtlichen und datenschutzrechtlichen Gründen verfehlt sei (European Data Protection Supervisor, Stellungnahme 4/2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, vom 14. März 2017, abrufbar unter: [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14\\_opinion\\_digital\\_content\\_de.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_de.pdf), zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2020 – nachfolgend: EDPS-Stellungnahme). Die Richtlinie verzichtet daher ebenfalls auf diese Begrifflichkeit.

### **Zu § 312 Absatz 1a Satz 1 BGB-E**

§ 312 Absatz 1a Satz 1 BGB-E enthält die Bedingungen, unter denen die Vorschriften der §§ 312 ff. BGB auf Verträge anwendbar sind, bei denen „mit Daten bezahlt“ wird.

Der Begriff „personenbezogene Daten“ entspricht dem in Artikel 4 Nummer 1 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; L 314 vom 22.11.2016 S. 72; L 127 vom 23.5.2018, S. 2, nachfolgend: Datenschutz-Grundverordnung). Eine eigene Legaldefinition im BGB ist schon unter dem Aspekt der Einheit der Rechtsordnung entbehrlich. Auf die Frage der datenschutzrechtlichen Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung kommt es für die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB nicht an. Es würde dem erklärten Ziel der Regelungen widersprechen, wenn der Verbraucher nicht in den Genuss der verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 ff. BGB kommen würde, wenn sich der Unternehmer rechtswidrig verhält und der Verbraucher hierauf keinen Einfluss nehmen kann. Der Verbraucher wird in der Regel auch gar nicht beurteilen können, ob sich der Unternehmer in datenschutzrechtlicher Sicht rechtskonform verhält, etwa ob die Einwilligung informiert und freiwillig erfolgt ist und kein Verstoß gegen das Kopplungsverbot vorliegt, ob bei einer Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags diese auf das für den Vertragszweck Erforderliche beschränkt ist und ob bei einer Datenverarbeitung auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe f der Datenschutz-Grundverordnung die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des Verbrauchers nicht die berechtigten Interessen des Unternehmers überwiegen. Die vorstehend beispielhaft aufgezählten Verstöße gegen Normen des Datenschutzrechts betreffen keine Regelungen, die sich gegen den Abschluss eines mit der Datenerhebung verbundenen Rechtsgeschäfts wenden. Damit lässt ein Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung die Wirksamkeit des Vertrags mit Blick auf § 134 BGB unberührt.

Der Begriff der Bereitstellung personenbezogener Daten ist im weitest möglichen Sinne zu verstehen und umfasst alle Verarbeitungen von personenbezogenen Daten des Verbrauchers durch den Unternehmer, unabhängig von der Art und Weise der Verarbeitung. Insbesondere kommt es nicht darauf an, dass der Verbraucher dem Unternehmer seine personenbezogenen Daten aktiv übermittelt. Auf diesen Umstand hat auch der Europäische Datenschutzbeauftragte hingewiesen (vergleiche EDPS-Stellungnahme, S. 12). Ausreichend ist vielmehr, dass der Verbraucher die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch den Unternehmer zulässt. Dies kann bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschehen sein oder auch im weiteren Verlauf erfolgen. Eine Bereitstellung liegt auch vor, wenn der Unternehmer Cookies setzt oder Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt, soweit der betreffende Sachverhalt als Vertrag anzusehen ist (vergleiche insoweit Erwägungsgrund 25 der Richtlinie).

### **Zu § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E**

§ 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E stellt klar, in welchen Fällen eine Verarbeitung der vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer eine Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB nicht auslöst. § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E wird durch den Verweis in § 327 Absatz 3 BGB-E für den Anwendungsbereich der Richtlinie relevant. Die Vorschrift dient mithin auch der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie.

Der Unternehmer erhebt im Rahmen des Vertragsverhältnisses mit dem Verbraucher gegebenenfalls personenbezogene Daten, die für die Vertragsabwicklung objektiv erforderlich sind oder zu deren Erhebung er gesetzlich verpflichtet ist. Soweit er diese Daten nicht auch zu anderen Zwecken verwendet, ist ihm eine wirtschaftliche Verwertung dieser Daten nicht möglich. Daher erscheint es auch unbillig, hieran die Anwendbarkeit der verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 ff. BGB oder insbesondere der Gewährleistungsrechte der §§ 327d ff. BGB-E zu knüpfen.

Auch wenn die Modernisierungsrichtlinie und die Richtlinie hierauf nicht gesondert Bezug nehmen, dürften von den Ausnahmebestimmungen des Satzes 2 insbesondere Datenverarbeitungen auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b der Datenschutz-Grundverordnung und von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c und e der Datenschutz-Grundverordnung erfasst sein. Für die Auslegung von § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E dürften daher auch die entsprechenden datenschutzrechtlichen Grundsätze zu berücksichtigen sein.

Die erste in § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E vorgesehene Ausnahme betrifft die Erfüllung einer Leistungspflicht durch den Unternehmer. Dies dürfte etwa einschlägig sein bei der Erhebung personenbezogener Daten des Verbrauchers wie Name, Postanschrift oder E-Mail-Adresse, die der Unternehmer benötigt, um seinem Vertragspartner die vereinbarte Leistung zukommen zu lassen. Die Bestimmung des Umfangs der für die Vertragserfüllung erforderlichen Datenverarbeitung unterliegt allerdings datenschutzrechtlichen Beschränkungen, die auch für

die Auslegung dieser Ausnahme herangezogen werden können. Der Europäische Datenschutzausschuss hat Leitlinien für die Auslegung von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b der Datenschutz-Grundverordnung erarbeitet, anhand derer erläutert wird, wann eine Datenverarbeitung als für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich angesehen werden kann (Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Version 2.0 vom 8. Oktober 2019, abrufbar unter: [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines-art\\_6-1-b-adopted\\_after\\_public\\_consultation\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf), zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2020).

Die zweite in § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E enthaltene Ausnahme betrifft Datenerhebungen, zu denen der Unternehmer aufgrund gesetzlicher Anforderungen, etwa nach Steuer- oder Ordnungsrecht, verpflichtet ist. Entsprechende Verpflichtungen können sich aus Bundes-, Landes- oder Unionsrecht ergeben. Auch in diesen Fällen löst allein der Umstand der Datenverarbeitung nicht die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB oder der §§ 327 ff. BGB-E aus.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Ausnahmebestimmung in § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E nur eingreift, wenn der Unternehmer die erhobenen Daten nach deren Erhebung auch zu keinem anderen Zweck verwendet. Nach dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung (vergleiche Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b der Datenschutz-Grundverordnung) dürfen personenbezogene Daten nur für vorab festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zwecken unvereinbaren Weise weiterverarbeitet werden. Diesen Grundsatz bildet der letzte Halbsatz von § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E für Fälle des „Bezahlens mit Daten“ nach: Erhebt der Unternehmer personenbezogene Daten des Verbrauchers auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b, c oder e der Datenschutz-Grundverordnung und verwendet diese Daten dann zu einem anderen Zweck, etwa zur Werbung, so sind die Vorschriften der §§ 312 BGB ff. und der §§ 327 ff. BGB-E gleichwohl anwendbar.

### **Zu Nummer 3**

Die Legaldefinition des Begriffs „digitale Inhalte“ erfolgt künftig in § 327 Absatz 2 Satz 1 BGB-E im Kontext der Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie. Die bislang in § 312f Absatz 3 BGB enthaltene Legaldefinition kann daher entfallen; der Absatz ist entsprechend zu ändern. Inhaltliche Änderungen in § 312f Absatz 3 BGB sind damit nicht verbunden.

### **Zu Nummer 4**

Nummer 4 fügt einen neuen Titel 2a in den Abschnitt 3 von Buch 2 des BGB an Stelle des aufgehobenen § 327 BGB ein. Dieser neue Titel ist weiter untergliedert in zwei Untertitel.

#### **Zu Untertitel 1**

Untertitel 1 enthält mit den auf Verbraucherverträge anwendbaren Regelungen die zentralen Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie.

#### **Zu § 327 BGB-E**

§ 327 BGB-E legt den Anwendungsbereich des neu einzufügenden Untertitels 1 in Titel 2a fest, welcher sich aus Artikel 3 der Richtlinie ergibt. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist mit den Begriffen „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ zur Umschreibung des Vertragsgegenstands bewusst weit gefasst worden, damit digitale Angebote unabhängig von der konkreten technischen Ausgestaltung hiervon erfasst sind (siehe Erwägungsgründe 10 und 19 der Richtlinie). Dies soll sicherstellen, dass die Richtlinie entwicklungs offen ist.

Die Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“, welche sich aus Artikel 2 Nummer 1 und 2 der Richtlinie ergeben, werden in Absatz 2 definiert. Bislang war der Begriff „digitale Inhalte“ bereits in § 312f Absatz 3 BGB legaldefiniert, allerdings als „Inhalte, die digital hergestellt und verarbeitet“ werden.

Im Rahmen der Umsetzung werden die Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ in § 327 Absatz 1 BGB-E unter dem gemeinsamen Begriff „digitale Produkte“ zusammengefasst. Damit ist keine inhaltliche Änderung oder Erweiterung verbunden. Der Begriff dient nur der besseren Lesbarkeit der Vorschriften.

Die Richtlinie lässt laut Erwägungsgrund 12 „die Rechtsnatur von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen“ unberührt. Die „Klärung der Frage, ob solche Verträge beispielsweise einen Kauf-, Dienstleistungs- oder Mietvertrag oder einen Vertrag sui generis darstellen“, überlässt die Richtlinie

gemäß Erwägungsgrund 12 dem mitgliedstaatlichen Recht. Vor diesem Hintergrund wird der Anwendungsbereich der Umsetzungsvorschriften nur auf diejenigen vertraglichen Rechte und Pflichten von Unternehmer und Verbraucher zugeschnitten, welche von der Richtlinie erfasst sind. Sofern vertragliche Rechte und Pflichten vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfasst sind, sind dessen Regelungen abschließend.

Bei Verträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, die über Online-Plattformen abgeschlossen werden, kann – je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles – der Plattformbetreiber selbst Vertragspartner des Verbrauchers sein. Da auch Fragen des Vertragsschlusses dem mitgliedstaatlichen Recht überlassen bleiben (siehe Artikel 3 Absatz 10 der Richtlinie), richtet sich die Beurteilung dieser Frage weiterhin nach den allgemeinen Regelungen.

#### **Zu § 327 Absatz 1 BGB-E**

§ 327 Absatz 1 BGB-E stellt zunächst klar, dass die Vorschriften des Untertitels 1 nur für Verbraucherverträge gelten. Diese sind in § 310 Absatz 3 BGB legaldefiniert als Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher.

Eine eigenständige Definition der in Artikel 2 Nummer 5 und 6 der Richtlinie enthaltenen Begriffe „Unternehmer“ und „Verbraucher“ ist nicht erforderlich. Die bereits bestehenden Definitionen in den §§ 13 und 14 BGB sind insoweit ausreichend (vergleiche zur gleichen Frage auch die Ausführungen in der Bundestagsdrucksache 17/12637, S. 45 f.).

Die vom Verbraucher für die Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327 Absatz 1 BGB-E geschuldete Leistung ist die Zahlung eines Preises. Der Begriff „Preis“ ist in Artikel 2 Nummer 7 der Richtlinie definiert. Er umfasst zum einen „Geld . . ., das im Austausch für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen geschuldet wird“. Die Formulierung „gegen Zahlung“ soll das in der Definition vorausgesetzte Austauschverhältnis zum Ausdruck bringen. Dass die Zahlung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs bereits erbracht worden sein muss, ist damit nicht verbunden. Die Zahlweise des Preises ist irrelevant, sodass einmalige Zahlungen ebenso erfasst sind wie regelmäßige Zahlungen oder eine Kombination von beidem.

Neben der Zahlung in Geld ist auch die Leistung in Form einer digitalen Darstellung eines Wertes durch den Verbraucher vom Begriff des Preises erfasst (vergleiche Artikel 2 Nummer 7 der Richtlinie). Dieser Teil der Definition wird mit Satz 2 von § 327 Absatz 1 BGB-E umgesetzt. Als Beispiel hierfür werden in Erwägungsgrund 23 der Richtlinie insbesondere elektronische Gutscheine oder „E-Coupons“ aufgeführt.

#### **Zu § 327 Absatz 2 BGB-E**

§ 327 Absatz 2 BGB-E enthält die Definitionen der Begriffe „digitale Inhalte“ (Satz 1) und „digitale Dienstleistungen“ (Satz 2).

#### **Zu § 327 Absatz 2 Satz 1 BGB-E**

Die Legaldefinition in § 327 Absatz 2 Satz 1 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie. Die bislang in § 312f Absatz 3 BGB enthaltene Definition der digitalen Inhalte diente der Umsetzung von Artikel 2 Nummer 11 der bisherigen Fassung der Verbraucherrechterichtlinie. Im Vergleich dazu hat sich in Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie lediglich die ersichtliche Änderung des Verbs ergeben. Der Begriff „erstellt“ bringt die bereits digital erfolgende Entwicklung der Inhalte besser zum Ausdruck; „hergestellt“ erinnert an eine analoge Produktion. Das Verb „erstellen“ ist ferner entwicklungs offen mit Blick auf noch nicht absehbare künftige Technologien, gegebenenfalls auch ohne unmittelbare menschliche Intervention im Rahmen des Produktionsprozesses.

Anders als der Begriff „Inhalte“ vermuten lässt, soll es nach der Definition allein auf das Vorhandensein von Daten in digitaler Form ankommen. Ob die Daten einen Inhalt haben und was dieser Inhalt gegebenenfalls ist, ist nicht ausschlaggebend; maßgeblich ist ausschließlich die Art und Weise, wie die Daten reproduzierbar beziehungsweise wiedergabefähig festgehalten wurden, nämlich in digitaler Form.

Der digitale Inhalt muss nicht nur in digitaler Form erstellt, sondern auch in digitaler Form bereitgestellt werden. Ein zwar mittels elektronischer Hilfsmittel erstelltes Buch, welches jedoch als gedrucktes Exemplar vertrieben wird, ist somit nicht erfasst. Eine Digitalisierung ursprünglich analog zur Verfügung gestellter Inhalte (zum Beispiel bei analogen Fotografien) ist unter den Begriff der „Erstellung“ zu fassen, weil das Ergebnis nach der Digitalisierung (erstmalig) in Form von Daten vorliegt.

Erwägungsgrund 19 der Richtlinie stellt klar, dass die Begriffe auch künftigen technologischen Entwicklungen Rechnung tragen sollen. Des Weiteren führt Erwägungsgrund 19 der Richtlinie eine Reihe von Beispielen an, die zumindest auch digitale Inhalte sein können, namentlich Computerprogramme, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen. Ferner sollen demnach auch „Anwendungen“ digitale Inhalte sein. Hiermit dürften in erster Linie Applikationen für mobile Endgeräte oder ähnliche Anwendungssoftware gemeint sein. Diese dürften auch vom Begriff „Computerprogramme“ mitumfasst sein und werden nur wegen ihrer herausgehobenen Bedeutung gesondert erwähnt. Während Computerprogramme und Anwendungen in der Regel selbst ausführbar sind, trifft dies zum Beispiel auf Video-, Audio- und Musikdateien nicht zu. Dem lässt sich entnehmen, dass es genügt, wenn die Daten in digitaler Form mittels eines Computerprogramms wahrnehmbar gemacht werden können, um von digitalen Inhalten ausgehen zu können.

Der digitale Inhalt ist zu unterscheiden von einem gegebenenfalls zu seiner Speicherung verwendeten Datenträger. Eine digitale Dienstleistung kann dazu verwendet werden, einen digitalen Inhalt zugänglich machen – dies ist jedoch nicht zwingend.

### **Zu § 327 Absatz 2 Satz 2 BGB-E**

Der in § 327 Absatz 2 Satz 2 BGB-E legaldefinierte Begriff „digitale Dienstleistungen“ ist eine Neuschöpfung und greift – anders der Begriff der digitalen Inhalte – nicht auf ein bereits bestehendes Vorbild im Verbrauchervertragsrecht der EU zurück. Er wird neben den Begriff der „digitalen Inhalte“ gestellt, ohne dass beide voneinander abgegrenzt werden. Stattdessen werden beide Begriffe fast ohne Ausnahme in den Artikeln der Richtlinie als Einheit verwendet. Hierdurch soll der Anwendungsbereich der Richtlinie möglichst weit gefasst werden, damit Umgehungen durch eine Produktgestaltung vermieden werden. Wie ihr Erwägungsgrund 19 erläutert, verfolgt die Richtlinie einen technologieneutralen und damit entwicklungs-offenen Ansatz. Auch dies dient unter anderem dem Ziel, Umgehungen durch eine Anpassung der Technologie zu vermeiden.

Als Beispiele für „digitale Dienstleistungen“ führt Erwägungsgrund 19 der Richtlinie Dienste an, welche „die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugriff auf sie ermöglichen, einschließlich Software-as-a-Service, wie die gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden“, ohne diese den beiden aus § 327 Absatz 2 Satz 2 BGB-E ersichtlichen Varianten konkret zuzuordnen. Eine genaue Bestimmung kann in der Rechtsanwendung ohnehin offengelassen werden, da die Differenzierung zwischen den beiden Varianten für die Anwendung der Richtlinienbestimmungen keine Rolle spielt.

Die Formulierung „solchen Daten“ in § 327 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BGB-E bezieht sich lediglich auf die Formulierung „Daten in digitaler Form“. Eine Einschränkung dahingehend, dass die zugänglichen Daten zuvor von Verbrauchern erstellt, verarbeitet oder gespeichert worden sein müssen, ergibt sich daraus nicht.

Während § 327 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BGB-E auf die alleinige Nutzung durch den Verbraucher abstellt, liegt der Schwerpunkt bei § 327 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E auf der gemeinsamen Nutzung durch mehrere Personen. Dies umfasst somit Dienstleistungen und Angebote („Apps“), bei denen Nutzer Inhalte einstellen oder mit anderen Nutzern oder dem Anbieter interagieren können. Als Beispiel hierfür werden in Erwägungsgrund 19 der Richtlinie insbesondere soziale Netzwerke beziehungsweise „soziale Medien“ genannt. Weitere Beispiele hierfür können Verkaufs-, Buchungs-, Vergleichs-, Vermittlungs- oder Bewertungsplattformen sein sowie andere Angebote mit entsprechenden Funktionen. § 327 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E ist hierauf jedoch nicht beschränkt, insbesondere ist auch eine gemeinsam genutzte cloudbasierte Textverarbeitung erfasst. Die von § 327 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E erwähnten anderen Nutzer müssen ferner keine Verbraucher sein.

### **Zu § 327 Absatz 3 BGB-E**

Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB-E finden auch auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Produkte Anwendung, bei denen der Verbraucher an Stelle oder neben der Zahlung eines Preises personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet. § 327 Absatz 3 BGB-E benennt die objektiven Voraussetzungen, unter denen dies gilt.

Die Richtlinie überlässt die Frage, wann ein Vertragsschluss vorliegt, dem Recht der Mitgliedstaaten (Artikel 3 Absatz 10 der Richtlinie). Vor diesem Hintergrund gelten die allgemeinen Grundsätze des BGB, anhand derer das Vorliegen eines Vertragsschlusses zu beurteilen ist, auch für die von § 327 Absatz 3 BGB-E erfassten Fälle des „Bezahlens mit Daten“. Ob ein Vertragsschluss angenommen werden kann, hängt insbesondere davon ab, inwiefern die Parteien den Willen haben, sich rechtlich zu binden. Das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens ist anhand des objektiven Empfängerhorizonts zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Der Bundesgerichtshof berücksichtigt hierbei unter anderem die folgenden Kriterien: die Art der Gefälligkeit, ihren Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung (insbesondere für den Empfänger) sowie die Umstände, unter denen sie erbracht wird; ferner die Gefahr, in die der Begünstigte durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, sowie ein eigenes Interesse des Leistenden an der erbrachten Leistung (vergleiche BGH, Urteil vom 22. Juni 1956 – I ZR 198/54 –, zitiert nach Juris, Rn. 15). Im Hinblick auf die rechtliche Bedeutung dürfte insoweit die grundrechtliche Relevanz eine besondere Rolle spielen (wegen des betroffenen Schutzbereiches des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung). Bei der Nutzung von Diensten und Webseiten sowie der Inanspruchnahme von Leistungen im Internet und auf Smartphones findet regelmäßig kein individueller Kontakt zwischen den Parteien statt. Die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont kann deswegen typisiert erfolgen: Der Verbraucher vertraut typischerweise auf die Richtigkeit der Angaben des Unternehmers und macht sie häufig zur Grundlage eigener Handlungen und Dispositionen. Für die Annahme eines Vertragsschlusses könnte beispielsweise sprechen, dass der Unternehmer den Dienst oder die Leistung erbringt, weil er den Verbraucher motivieren will, auf seiner Seite weitere Webseitenaufrufe zu tätigen oder Dienste oder Leistungen in Anspruch zu nehmen, weil er Einnahmen für auf seiner Seite dargestellte Werbung erzielen will, deren Höhe in aller Regel von den Zugriffszahlen abhängt, oder weil er mit dem Einsatz von Tracking-Technologien und der nachfolgenden Anzeige personalisierter Werbung wirtschaftliche Vorteile anstrebt.

Auch die Verpflichtung des Verbrauchers, personenbezogene Daten zu übermitteln, genügt nach § 327 Absatz 3 BGB-E für die Eröffnung des Anwendungsbereichs, wie sich aus Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie ergibt. Wenn der Verbraucher zum Beispiel seine Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten erteilt hat, liegt eine Übermittlung personenbezogener Daten nach Erwägungsgrund 24 der Richtlinie vor. Dieser führt als praktisches Beispiel für einen solchen Vertrag die Registrierung bei einem sozialen Netzwerk nebst Angabe von Namen und E-Mail-Adresse an, sofern diese Daten nicht ausschließlich zur Bereitstellung des digitalen Produkts oder zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen verwendet werden.

Es wird an dieser Stelle bewusst auf eine rechtsdogmatische Einordnung verzichtet. Für die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB-E ist es unerheblich, wie die Bereitstellung personenbezogener Daten oder die entsprechende Verpflichtung im Rahmen des Schuldrechts einzuordnen ist, ob es sich hierbei um eine (Gegen-)Leistung handelt und ob diese im Gegenseitigkeitsverhältnis steht oder nicht. Der Europäische Datenschutzbeauftragte hat im Rahmen der Verhandlungen über die Richtlinie darauf hingewiesen, dass in diesem Kontext die Verwendung des Begriffs „Gegenleistung“ aus grundrechtlichen und datenschutzrechtlichen Gründen verfehlt sei (EDPS-Stellungnahme, S. 9 ff.). Die Richtlinie verzichtet daher ebenfalls auf diese Begrifflichkeit.

§ 327 Absatz 3 BGB-E enthält die Bedingungen, unter denen die Vorschriften des Untertitels 1 auf Verträge anwendbar sind, bei denen „mit Daten bezahlt“ wird. Der Begriff des personenbezogenen Datums entspricht dem des Artikels 4 Nummer 1 der unmittelbar geltenden Datenschutz-Grundverordnung. Eine eigene Legaldefinition im BGB ist schon unter dem Aspekt der Einheit der Rechtsordnung entbehrlich. Auf die Frage der datenschutzrechtlichen Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung kommt es für die Anwendbarkeit des Untertitels 1 nicht an. Es würde dem erklärten Ziel der Regelungen widersprechen, wenn der Verbraucher nicht in den Genuss der verbraucher-schützenden Vorschriften der §§ 327 ff. BGB-E kommen würde, wenn sich der Unternehmer rechtswidrig verhält und der Verbraucher hierauf keinen Einfluss nehmen kann. Der Verbraucher wird in der Regel auch gar nicht beurteilen können, ob sich der Unternehmer in datenschutzrechtlicher Sicht rechtskonform verhält, etwa ob die Einwilligung informiert und freiwillig erfolgt ist und kein Verstoß gegen das Kopplungsverbot vorliegt, ob bei einer Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags diese auf das für den Vertragszweck erforderliche beschränkt ist und ob bei einer Datenverarbeitung auf der Grundlage von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe f der Datenschutz-Grundverordnung die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des Verbrauchers nicht die berechtigten Interessen des Unternehmers überwiegen. Die vorstehend beispielhaft aufgezählten Verstöße gegen Normen des Datenschutzrechts betreffen keine Regelungen, die sich gegen den Abschluss eines mit der Datenerhebung verbundenen Rechtsgeschäfts wenden. Damit lässt ein Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung die Wirksamkeit des Vertrags mit Blick auf § 134 BGB unberührt.



Der Begriff der Bereitstellung personenbezogener Daten ist im weitest möglichen Sinne zu verstehen und umfasst alle Verarbeitungen von personenbezogenen Daten des Verbrauchers durch den Unternehmer, unabhängig von der Art und Weise der Verarbeitung und deren datenschutzrechtlicher Einordnung. Insbesondere kommt es nicht darauf an, dass der Verbraucher dem Unternehmer seine personenbezogenen Daten aktiv übermittelt. Auf diesen Umstand hat auch der Europäische Datenschutzbeauftragte hingewiesen (vergleiche EDPS-Stellungnahme, S. 12). Ausreichend ist vielmehr, dass der Verbraucher die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch den Unternehmer zulässt. Dies kann bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschehen sein oder auch im weiteren Verlauf erfolgen. Eine Bereitstellung liegt auch vor, wenn der Unternehmer Cookies setzt oder Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt, soweit der betreffende Sachverhalt als Vertrag anzusehen ist (vergleiche insoweit Erwägungsgrund 25 der Richtlinie).

Das Schicksal eines Vertrags nach dem Widerruf einer Einwilligung gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Datenschutz-Grundverordnung überlässt die Richtlinie laut ihrem Erwägungsgrund 40 dem mitgliedstaatlichen Recht. Entsprechendes gilt für Fälle des Widerspruchs gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Artikel 21 der Datenschutz-Grundverordnung. Diesbezüglich sieht § 327q Absatz 1 BGB-E vor, dass die Ausübung von Datenschutzrechten sowie die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss die Wirksamkeit des Vertrags unberührt lassen.

Artikel 3 Absatz 8 Unterabsatz 1 der Richtlinie stellt darüber hinaus klar, dass die unionsrechtlichen Datenschutzregelungen auf die Verarbeitung aller personenbezogenen Daten im Sinne von § 327 Absatz 3 (und Absatz 1) BGB-E Anwendung finden. Ferner wird in Artikel 3 Absatz 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie ein ausdrücklicher Vorrang sämtlichen Unionsrechts zum Schutz personenbezogener Daten angeordnet. Dies umfasst insbesondere die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung und die der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37).

Der letzte Halbsatz von § 327 Absatz 3 BGB-E enthält einen Verweis auf § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E. Die Regelungen in Untertitel 1 sind hiernach nicht auf Verträge anwendbar, bei denen der Verbraucher zwar seine personenbezogenen Daten bereitstellt, diese jedoch durch den Unternehmer lediglich zur Bereitstellung der digitalen Produkte oder zur Erfüllung von durch ihn einzuhaltenden rechtlichen Anforderungen verarbeitet werden. Damit wird die Vorgabe aus Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie umgesetzt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Begründung zu § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB-E verwiesen.

#### **Zu § 327 Absatz 4 BGB-E**

§ 327 Absatz 4 BGB-E stellt klar, dass die Vorschriften des Untertitels 1 auch auf nach den Vorstellungen des Verbrauchers erstellte digitale Produkte Anwendung finden.

Dies beruht auf Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie. Diese Regelung ist inspiriert von den Artikel 1 Absatz 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zugrundeliegenden Erwägungen. Das Verbraucherschutzniveau soll durch entsprechende Produktgestaltungen nicht unterwandert werden. Der in der Richtlinie verwendete Begriff „Spezifikation“, welcher auch in der Informatik verwendet wird, wurde in § 327 Absatz 4 BGB-E übernommen. Da § 327 Absatz 4 BGB-E neben der Erstellung digitaler Inhalte auch die Konzeption digitaler Dienstleistungen umfassen kann, wurde auch der Begriff „entwickeln“ aus der Richtlinienbestimmung übernommen. Erwägungsgrund 26 der Richtlinie führt neben „maßgeschneiderter Software“ auch die Bereitstellung elektronischer Dateien im Rahmen des 3D-Drucks von Waren als Beispiel für nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelte digitale Produkte an. Rechte und Verpflichtungen betreffend die mittels dieser digitalen Produkte sodann hergestellten Sachen sollen nach diesem Erwägungsgrund hingegen nicht von der Richtlinie erfasst sein.

#### **Zu § 327 Absatz 5 BGB-E**

§ 327 Absatz 5 BGB-E erstreckt den Anwendungsbereich des Untertitels 1 auch auf Verträge über körperliche Datenträger, welche ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen.

Damit wird Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie umgesetzt.

Die Regelungen des Untertitels 1 sind uneingeschränkt auf die auf dem Datenträger befindlichen digitalen Inhalte anwendbar; § 327 Absatz 5 BGB-E stellt sicher, dass dies auch für den Datenträger gilt. Dies erscheint auf den ersten Blick als Bruch mit dem erklärten Ziel einer technologieneutralen Ausgestaltung der Richtlinie. Allerdings

ist die Regelung sachgerecht, weil der digitale Inhalt bei den von § 327 Absatz 5 BGB-E erfassten Verträgen in der Regel der zentrale Aspekt für den Verbraucher ist, zum Beispiel beim Kauf einer Musik-CD.

Der Begriff des „körperlichen Datenträgers“ findet sich bereits im geltenden § 312f Absatz 3 BGB und an einigen weiteren im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie geänderten Stellen im BGB. Laut Erwägungsgrund 19 der Verbraucherrechterichtlinie sollen digitale Inhalte auf einem körperlichen Datenträger als Waren im Sinne der Verbraucherrechterichtlinie betrachtet werden.

Die Richtlinie nennt in Erwägungsgrund 20 „DVDs, CDs, USB-Sticks und Speicherkarten“ als Beispiele für einen körperlichen Datenträger. Schallplatten oder Audiokassetten sind mangels digitaler Speicherung hingegen keine körperlichen Datenträger im Sinne dieser Vorschrift.

Die erfassten Datenträger müssen als Träger digitaler Inhalte „dienen“, es genügt nicht, dass sie als Träger dienen können. Leermedien wie etwa CD-Rohlinge sind somit nicht von § 327 Absatz 5 BGB-E erfasst.

Die Einschränkung, dass die körperlichen Datenträger „ausschließlich“ als Träger digitaler Inhalte dienen, soll zum Ausdruck bringen, dass sie nur als Träger der vertragsgegenständlichen digitalen Inhalte dienen. Sofern die Datenträger weitere Funktionen erfüllen, ist dies nicht gegeben.

Der körperliche Datenträger muss selbst der Träger der digitalen Inhalte sein. Körperliche Datenträger, welche lediglich den Zugang zu oder die Bedienung von an anderen Speicherorten befindlichen digitalen Inhalten ermöglichen, sind somit von der Vorschrift nicht erfasst.

Wie sich aus Erwägungsgrund 20 der Richtlinie ergibt, sollen mit Blick auf die Bereitstellung des körperlichen Datenträgers nicht die §§ 327b und 327c BGB-E, sondern die allgemeinen Regelungen in den zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie erlassenen Vorschriften des BGB gelten, also insbesondere § 475 Absatz 1 und 2 BGB.

#### **Zu § 327 Absatz 6 BGB-E**

Die in § 327 Absatz 6 BGB-E aufgezählten Verträge werden von den Regelungen des Untertitels 1 ausgenommen. Dies geht auf die Ausnahmen in Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie zurück. Die Ausnahmen betreffen überwiegend Dienstleistungen. Ein Teil der Ausnahmen entspricht denen des Artikels 3 Absatz 3 der Verbraucherrechterichtlinie. Hintergrund für die Ausnahmen in den Nummern 2, 3, 5 und 8 von § 327 Absatz 6 BGB-E sind unionsrechtlich determinierte Spezialbestimmungen für die jeweilige Rechtsmaterie.

#### **Zu § 327 Absatz 6 Nummer 1 BGB-E**

§ 327 Absatz 6 Nummer 1 BGB-E nimmt Verträge über Dienstleistungen, welche nicht vom Begriff der digitalen Dienstleistung erfasst sind, zu deren Erfüllung der Unternehmer jedoch digitale Hilfsmittel verwendet, vom Anwendungsbereich aus.

Die Regelung ist lediglich klarstellender Natur und dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe a der Richtlinie. Erwägungsgrund 27 Satz 1 der Richtlinie erläutert den Inhalt dahingehend, dass Verträge, deren Hauptgegenstand „die Erbringung von freiberuflichen Dienstleistungen wie Übersetzungsleistungen, Dienstleistungen von Architekten, juristischen Dienstleistungen oder sonstigen Fachberatungsleistungen ist“ und „die häufig vom Unternehmer persönlich erbracht werden“, vom Anwendungsbereich ausgenommen werden sollen, auch wenn der Unternehmer „digitale Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu erzeugen oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln“.

Die Gewährleistungsansprüche dieses Titels kommen daher zum Beispiel bei einer mangelhaften Architektenleistung auch dann nicht in Betracht, wenn die vom Architekten erstellte Planungsleistung dem Verbraucher in digitaler Form übermittelt wurde. Sofern die Regelungen jedoch auf den entsprechenden Dienstleistungen vorgelagerte oder diese ergänzende digitale Produkte Anwendung finden, zum Beispiel bei Legal-Tech-Angeboten wie Dokumentengeneratoren oder Legal-Chatbots, ist mit Blick auf das Gewährleistungsrecht zwischen den Inhalten und den Ergebnissen der Dienstleistung einerseits und der durch den Untertitel 1 geregelten Gewährleistung für die technische Bereitstellung des digitalen Produkts andererseits zu differenzieren.

**Zu § 327 Absatz 6 Nummer 2 BGB-E**

§ 327 Absatz 6 Nummer 2 BGB-E enthält eine Ausnahme für Verträge über elektronische Kommunikationsdienste.

Von erheblicher Bedeutung ist die mit der Formulierung in Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe b der Richtlinie zum Ausdruck kommende Beschränkung der Reichweite dieser Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie. Danach sind nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste im Sinne der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36, nachfolgend: Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation) vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst. Als Beispiele nennt Erwägungsgrund 28 der Richtlinie „webbasierte E-Mail-Dienste“ und „Online-Mitteilungsdienste“ (wie zum Beispiel Instant Messaging Services).

**Zu § 327 Absatz 6 Nummer 3 BGB-E**

Die in § 327 Absatz 6 Nummer 3 BGB-E enthaltene Ausnahme betrifft Behandlungsverträge.

Sie dient der Umsetzung der in Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe c der Richtlinie zu findenden Ausnahme und orientiert sich an der in § 312 Absatz 2 Nummer 7 BGB bei der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie verwendeten Formulierung (vergleiche auch Bundestagsdrucksache 17/12637, S. 47). Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe b der Verbraucherrechterichtlinie ist bis auf den letzten Halbsatz identisch mit der Formulierung in Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe c der Richtlinie.

Laut Erwägungsgrund 29 soll die Richtlinie Anwendung finden, wenn ein Verbraucher ein digitales Produkt erwirbt, das ein Medizinprodukt darstellt und das nicht von einem Angehörigen eines Gesundheitsberufes verschrieben oder bereitgestellt werden muss. Diese Fälle betreffen zum Beispiel mobile Applikationen zur Selbstvermessung oder Patiententagebücher.

Über die Vorgaben der Richtlinie hinaus findet Untertitel 1 durch die in der Verwendung des Begriffs des „Behandlungsvertrags“ zum Ausdruck kommende Beschränkung der Ausnahme auch Anwendung auf die Abgabe von digitalen Medizinprodukten, soweit sie ärztlich oder zahnärztlich verschrieben sind. Eine Ausnahme von den verbraucherschützenden Regelungen der §§ 327a bis 327s BGB-E wäre sachlich nicht begründet.

**Zu § 327 Absatz 6 Nummer 4 BGB-E**

§ 327 Absatz 6 Nummer 4 BGB-E enthält eine Ausnahmeregelung für bestimmte Glücksspiele.

Das Online-Glücksspielrecht unterliegt bislang keiner spezifischen unionsrechtlichen Regulierung, weshalb dieses nach Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe d der Richtlinie – ähnlich der Regelung in Artikel 2 Buchstabe h der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36) – vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen ist. Abgrenzungskriterium nach Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe d der Richtlinie ist die auf individuellen Abruf erbrachte Dienstleistung, welche einen geldwerten Einsatz erfordert. Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe d der Richtlinie enthält eine Reihe von Beispielen für von der Ausnahme erfasste Glücksspiele, welche in § 327 Absatz 6 Nummer 4 BGB-E nicht im Einzelnen wiederholt werden. Gewinnspiele ohne finanziellen Einsatz oder Gratisspiele, welche zum Beispiel die in Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe d der Richtlinie aufgelisteten Glücksspiele ohne die Notwendigkeit eines geldwerten Einsatzes simulieren, sind von der Ausnahme jedoch nicht erfasst und fallen unter die Richtlinie.

**Zu § 327 Absatz 6 Nummer 5 BGB-E**

§ 327 Absatz 6 Nummer 5 BGB-E sieht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 für Verträge über Finanzdienstleistungen vor.

Dies dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe e der Richtlinie. Die Herausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen wird in Erwägungsgrund 30 der Richtlinie mit den in diesem Bereich bestehenden Sonderbestimmungen im Unionsrecht begründet. Der Begriff „Finanzdienstleistungen“ wird schon in § 312 Absatz 6 Satz 1 BGB verwendet, welcher Artikel 2 Nummer 12 der Verbraucherrechterichtlinie umsetzt (vergleiche auch Bundestagsdrucksache 17/12637, S. 48 f.). Die Definition des Begriffs „Finanzdienstleistung“ in Artikel 2

Nummer 12 der Verbraucherrechterichtlinie deckt sich mit derjenigen in Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. L 271 vom 9.10.2002, S. 16), auf welche auch in Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe e der Richtlinie abgestellt wird. Der Begriff „Finanzdienstleistungen“ im Sinne von § 327 Absatz 6 Nummer 5 BGB-E ist weit zu verstehen. Er umfasst laut Erwägungsgrund 30 digitale Produkte, die mit „Finanzdienstleistungen in Verbindung stehen oder mit denen Zugang zu Finanzdienstleistungen gewährt wird“.

#### **Zu § 327 Absatz 6 Nummer 6 BGB-E**

Gemäß § 327 Absatz 6 Nummer 6 BGB-E werden näher bestimmte Verträge über freie und quelloffene Software vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Damit wird Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe f der Richtlinie umgesetzt. Der Beitrag von freier und quelloffener Software (Open Source-Software) für Forschung und Innovation wird in Erwägungsgrund 32 der Richtlinie anerkannt. Diese Art Software unterfällt dem Anwendungsbereich der Richtlinie nicht, wenn der Unternehmer sie ohne eine Bezahlung und ohne eine Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Verbrauchers bereitstellt. Wird hingegen eine Verarbeitung personenbezogener Daten des Verbrauchers vorgenommen, ist ein entsprechender Vertrag vom Anwendungsbereich ausgenommen, wenn die Datenverarbeitung ausschließlich zum Zweck der in § 327 Absatz 6 Nummer 6 BGB-E aufgezählten Verbesserungen der zur Verfügung gestellten Software erfolgt. Dies wird aus der englischen („specific“) und der französischen („spécifiques“) Sprachfassung der Richtlinie deutlicher als aus der Formulierung „spezielle(n) Software“ in der deutschen Sprachversion. Aus diesem Grund wird mit Blick auf die Formulierung „anbietet“ im ersten Halbsatz von Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe f der Richtlinie auf die „vom Unternehmer angebotene(n) Software“ abgestellt. Nutzt der Unternehmer die personenbezogenen Daten des Verbrauchers zu kommerziellen Zwecken, wie zum Beispiel für Werbung, findet die Richtlinie damit uneingeschränkt Anwendung. Die Art der vom Verbraucher zur Verfügung gestellten Daten wird im Gegensatz zu den abschließend aufgeführten Zwecken der Datenverarbeitung nicht beschränkt. Hier kommen als Beispiele Systeminformationen oder Informationen über Hardwarekomponenten in Frage, sofern diese einen Personenbezug aufweisen.

Da die Richtlinie nach ihrem Artikel 3 Absatz 8 das Datenschutzrecht unberührt lässt, lässt sich aus der Formulierung keine Aussage über die allein datenschutzrechtlich zu beurteilende Zulässigkeit der vom Unternehmer vorgenommenen Datenverarbeitung herleiten.

#### **Zu § 327 Absatz 6 Nummer 7 BGB-E**

§ 327 Absatz 6 Nummer 7 BGB-E enthält eine Ausnahme betreffend die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn diese nicht durch Signalübermittlung erfolgt.

Dies dient der Umsetzung von Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe g der Richtlinie. Die Ausnahme betrifft die Bereitstellung digitaler Inhalte, welche nicht durch Signalübermittlung beziehungsweise wie in Erwägungsgrund 31 der Richtlinie ergänzend erläutert durch Signalübertragung erfolgt. Ein Beispiel hierfür kann die in der Projektion von Videoinhalten liegende Wahrnehmbarmachung digitaler Inhalte sein. Die Richtlinienbestimmung selbst enthält das Beispiel einer digitalen Kinovorführung. Wie sich aus den Beispielen „Darbietung oder Veranstaltung“ ergibt, soll die „Öffentlichkeit“ aus Personen bestehen, welche die digitalen Inhalte gleichzeitig und am selben Ort wahrnehmen können. Die Wahrnehmbarmachung digitaler Fernsehdienste ist laut Erwägungsgrund 31 der Richtlinie hingegen nicht von der Ausnahme erfasst.

#### **Zu § 327 Absatz 6 Nummer 8 BGB-E**

§ 327 Absatz 6 Nummer 8 BGB-E betrifft digitale Inhalte, welche dem Gesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (Informationsweiterverwendungsgesetz) unterfallen.

Mit dieser Ausnahme wird Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe h der Richtlinie umgesetzt. Die Richtlinie selbst verweist auf die dem Informationsweiterverwendungsgesetz zugrundeliegende Richtlinie 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. November 2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (ABl. L 345 vom 31.12.2003, S. 90). Diese wurde zwischenzeitlich als Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors neu gefasst (ABl. L 172 vom 26.6.2019, S. 56).

Laut § 2 Nummer 1 Buchstabe b des Informationsweiterverwendungsgesetzes betrifft dieses auch privatrechtlich verfasste juristische Personen, weshalb ein Vertragsschluss im Rahmen der Anwendung des Informationsweiterverwendungsgesetzes zumindest nicht ausgeschlossen ist.

### **Zu § 327a BGB-E**

§ 327a BGB-E enthält weitere Konkretisierungen des Anwendungsbereichs von Untertitel 1.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Untertitels beschränkt sich demgemäß nicht auf Verträge, die ausschließlich die Bereitstellung digitaler Produkte zum Gegenstand haben. Die Vorschriften sind vielmehr auch anwendbar, wenn digitale Produkte als Teil eines Paketvertrags gemeinsam mit anderen Produkten (Absatz 1) oder als Teil einer Sache (Absatz 2 und 3) bereitgestellt werden. Nach Erwägungsgrund 34 bleiben im Übrigen nationale Rechtsvorschriften über verbundene und akzessorische Verträge, die der Verbraucher mit demselben oder einem anderen Unternehmer abgeschlossen hat, unberührt.

### **Zu § 327a Absatz 1 BGB-E**

§ 327a Absatz 1 BGB-E dient der Klarstellung, dass die Regelungen des Untertitels 1 auch dann anzuwenden sind, wenn eine vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung von digitalen Produkten gemeinsam mit Vereinbarungen über andere Leistungsgegenstände in einem einzigen Vertrag enthalten ist. Absatz 1 übernimmt den Begriff des „Paketvertrags“ aus Artikel 3 Absatz 6 der Richtlinie im Wege einer Legaldefinition. Der Begriff des „Paketvertrags“ setzt keine inhaltliche Verbundenheit oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Leistungspflichten voraus, wie dies zum Beispiel bei verbundenen Verträgen im Sinne des § 358 BGB oder zusammenhängenden Verträgen im Sinne des § 360 BGB der Fall ist.

Die Kombination der unterschiedlichen Elemente genügt für das Vorliegen eines Paketvertrags; entscheidend ist die Verbindung in einem einzigen Vertrag. Ein Beispiel für einen Paketvertrag ist die vertragliche Vereinbarung über die Bereitstellung eines Videostreamingdienstes, welche gemeinsam mit dem Kaufvertrag über ein Elektronikprodukt abgeschlossen wird, das zur Wiedergabe dieses digitalen Produkts geeignet ist (siehe auch Erwägungsgrund 33 der Richtlinie).

Im Hinblick auf die Beteiligten setzt § 327a Absatz 1 BGB-E Personenidentität auf beiden Seiten des Vertrags voraus. Sowohl der Unternehmer als auch der Verbraucher müssen Vertragspartei für alle im Paket enthaltenen Vertragsbestandteile sein. Die Einschaltung Dritter im Rahmen der Vertragserfüllung, wenn also die Erfüllung einer Leistungspflicht betreffend ein Element des Paketvertrags durch einen anderen Unternehmer erfolgt oder der Verbraucher noch unmittelbar mit einem anderen Unternehmer eine Vereinbarung abschließen muss (zum Beispiel eine Endnutzer-Lizenzvereinbarung), ist hingegen unschädlich.

§ 327a Absatz 1 Satz 2 BGB-E beschränkt die von § 327a Absatz 1 Satz 1 BGB-E bewirkte Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf diejenigen Vertragsbestandteile, welche die digitalen Produkte betreffen. Die übrigen Vertragsbestandteile bleiben von den Vorschriften des Titels 2a grundsätzlich unberührt. Im Fall einer Beendigung wegen einer unterbliebenen Bereitstellung oder eines Mangels betreffend das digitale Produkt regeln § 327c Absatz 6 BGB-E und § 327m Absatz 4 BGB-E allerdings, unter welchen Bedingungen sich diese Beendigung auf die anderen Elemente des Paketvertrags auswirkt.

### **Zu § 327a Absatz 2 und 3 BGB-E**

Die Richtlinie und die 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 vom 22.5.2019, S. 28; L 305 vom 26.11.2019, S. 66, nachfolgend: Warenkaufrichtlinie) sollen nach dem Willen des EU-Gesetzgebers einander ergänzen (siehe Erwägungsgrund 20 der Richtlinie und Erwägungsgrund 13 der Warenkaufrichtlinie). Jeder Vertrag, der die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen zum Gegenstand hat, gleichviel ob es sich insoweit um selbständige vertragliche Pflichten handelt oder um vertragliche Pflichten in einem Bündel mit anderen vertraglichen Pflichten, fällt in den Anwendungsbereich einer der beiden Richtlinien.

Nach Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 der Warenkaufrichtlinie ist diese anwendbar auf digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, die in einer Ware enthalten oder mit dieser verbunden sind und die zusammen mit dieser Ware gemäß einem Kaufvertrag bereitgestellt oder (in der kaufrechtlichen Terminologie) geliefert werden. Digitale

Inhalte oder digitale Dienstleistungen fallen danach in den Anwendungsbereich der Warenkaufrichtlinie und den zu ihrer Umsetzung zu schaffenden Regelungen im deutschen Kaufrecht, wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Bei Fehlen der digitalen Inhalte oder der digitalen Dienstleistungen könnte die Ware mit digitalen Elementen ihre Funktion nicht erfüllen (funktionales Kriterium).
- Die digitalen Inhalte oder die digitalen Dienstleistungen werden unter dem Kaufvertrag über die Ware mit digitalen Elementen bereitgestellt (vertragliches Kriterium).

Ist eine der genannten Bedingungen nicht erfüllt, sollen die in Umsetzung der Richtlinie zu schaffenden Bestimmungen des Untertitels 1 Anwendung finden.

§ 327a Absatz 2 und 3 BGB-E stellen diese Komplementarität sicher. Auf einen Kaufvertrag über Sachen mit digitalen Elementen ist danach insgesamt das Kaufrecht anwendbar. Für alle anderen Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten, finden nach § 327a Absatz 2 BGB-E hingegen – jedenfalls im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen – die Vorschriften des neuen Untertitels 1 Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn der Verbraucher über einen in der Sache enthaltenen digitalen Inhalt noch einen weiteren Vertrag mit dem Unternehmer oder einem Dritten abschließt. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der Unternehmer den Vertrag über die Sache ausdrücklich ohne das digitale Element abschließen will. Statt des Begriffs „Ware mit digitalen Elementen“ wird in § 327a Absatz 2 und 3 BGB-E der Begriff der „Sache mit digitalen Elementen“ verwendet. Damit soll sichergestellt werden, dass auch unbewegliche Sachen vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfasst sind.

### **Zu § 327a Absatz 2 BGB-E**

§ 327a Absatz 2 BGB-E stellt klar, dass die §§ 327 ff. BGB-E auch auf digitale Produkte Anwendung finden, die in Sachen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, unabhängig davon, ob es sich hinsichtlich Sache und digitalem Produkt um einen oder zwei Verträge handelt und unabhängig davon, ob es sich um einen oder zwei Vertragspartner handelt; allerdings gelten sie nur in Bezug auf den digitalen Anteil. Für eine Sache im vorstehenden Sinne können daher unterschiedliche gesetzliche Anforderungen an die Art und Weise der Bereitstellung, der Mängelfreiheit, der Gewährleistungsansprüche oder der Vertragsbeendigung gelten. Dies stellt eine weitere zentrale Neuerung der Richtlinie und der zu ihrer Umsetzung erforderlichen Regelungen im BGB dar. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, welche durch die Formulierung „soweit nachfolgend nicht anders bestimmt“ ermöglicht wird, findet sich in § 327c Absatz 7 und § 327m Absatz 5 BGB-E.

Sinn und Zweck von § 327a Absatz 2 BGB-E ist es sicherzustellen, dass der Verbraucher in allen denkbaren Konstellationen des Vertriebs von digitalen Produkten in den Genuss seiner Rechte kommt. Dies soll unabhängig davon gewährleistet sein, ob der Verbraucher einen Kauf-, Miet- oder Dienstvertrag über ein digitales Produkt abschließt, ob er das digitale Produkt separat erwirbt oder ob es in einer Sache enthalten oder mit ihr verbunden ist und ob er über diese Sache samt digitalem Produkt einen Kauf-, Miet- oder Dienstleistungsvertrag abschließt. Dem Unternehmer soll damit auch die Möglichkeit genommen werden, die Verbraucherrechte der Richtlinie durch besondere vertragliche Konstruktionen zu umgehen. Insoweit dient die Erstreckung der Regelungen der §§ 327 ff. BGB-E auf digitale Anteile in Sachen auch der Gewährleistung eines einheitlich hohen Verbraucherschutzniveaus.

Der Anspruch des Verbrauchers etwa auf Aktualisierungen nach § 327f BGB-E besteht ungeachtet dessen, ob er zum Beispiel einen Computer mit Betriebssoftware kauft (dies unterfiele § 475b BGB-E) oder mietet oder ob er die Betriebssoftware getrennt vom Computer erwirbt. Er hat nach § 327f BGB-E auch Anspruch auf Aktualisierungen der Betriebssoftware eines geleasten Smart Car oder eines gemieteten Smart Home. Die §§ 327 ff. BGB-E gelten jedoch nur für den digitalen Anteil der Sache; im Übrigen finden auf den Vertragsgegenstand die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Im Hinblick auf den digitalen Anteil der Sache steht dem Verbraucher unter den besonderen Voraussetzungen des § 327c Absatz 7 und des § 327m Absatz 5 BGB-E auch das Recht auf Lösung von anderen Vertragsbestandteilen zu. Denn im Hinblick auf einen einheitlichen Vertragsgegenstand kann dieses Recht nur einheitlich ausgeübt werden.

**Zu § 327a Absatz 3 BGB-E**

Die Vorschriften des Untertitels 1 finden nach § 327a Absatz 3 Satz 1 BGB-E keine Anwendung auf digitale Produkte, die gemäß einem Kaufvertrag über Sachen mit digitalen Elementen zusammen mit diesen Sachen bereitgestellt werden. Für solche Kaufverträge über Sachen mit digitalen Elementen gelten die in Umsetzung der Warenkaufrichtlinie neu einzuführenden Regelungen im Kaufrecht. Mit dieser Ausnahme wird Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie umgesetzt.

Die Legaldefinition der Sache mit digitalen Elementen in § 327a Absatz 3 Satz 1 BGB-E entspricht – bis auf die bereits erläuterte Aufnahme des Begriffs „Sache“ – den Vorgaben in Artikel 2 Nummer 3 der Richtlinie. Danach handelt es sich bei Sachen mit digitalen Elementen um Sachen, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Sachen ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht erfüllen können; digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen werden nach § 327 Absatz 1 BGB-E unter dem Begriff der digitalen Produkte zusammengefasst. Im Rahmen der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie werden mit den §§ 475b und 475c BGB-E eigene Vorschriften für Verbraucherverträge über den Kauf von Sachen mit digitalen Elementen vorgeschlagen.

Eine Sache mit digitalen Elementen muss, wie oben dargestellt, ein funktionales und ein vertragliches Kriterium erfüllen. In funktionaler Hinsicht ist zu fragen, ob die Sache ohne das digitale Element ihre Funktionen erfüllen kann. Das vertragliche Kriterium betrifft die Frage, ob die Bereitstellung des digitalen Elements, also enthaltener oder verbundener digitaler Produkte, gemäß dem Kaufvertrag geschuldet ist (Erwägungsgrund 21 der Richtlinie sowie Erwägungsgrund 15 der Warenkaufrichtlinie). Dies ist abhängig vom Inhalt des Kaufvertrags, welcher durch Auslegung zu ermitteln ist. Unerheblich für das Ergebnis der Auslegung ist, wer das digitale Element tatsächlich bereitstellt. Bei der Vertragsauslegung ist § 327a Absatz 3 Satz 2 BGB-E zu beachten, welcher vorgibt, dass das Vorliegen des vertraglichen Elements im Zweifel zu bejahen ist. Damit werden hohe Anforderungen an die Gestaltung von Vertragsinhalt und Abschlussituation durch den Verkäufer gestellt, falls dieser die vertragliche Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts nicht übernehmen will.

Wenn hingegen die Sache ihre Funktionen auch ohne digitale Elemente erfüllen kann, ist dieser Vertragsbestandteil als eigenständig anzusehen und unterfällt den Bestimmungen des Untertitels 1. Gleiches gilt, wenn ein Verbraucher einen Vertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte abschließt, die nicht Bestandteil des Vertrags über den Kauf der Sache sind (Erwägungsgrund 22 der Richtlinie).

**Zu § 327b BGB-E**

§ 327b BGB-E bestimmt die relevante Zeit sowie die Art und Weise der Erfüllung der Leistungspflicht des Unternehmers zur Bereitstellung des digitalen Produkts. Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 5 der Richtlinie. Erwägungsgrund 41 der Richtlinie spricht diesbezüglich von der „wichtigste(n) Vertragspflicht des Unternehmers“. Im Fall der Nichteinhaltung der in Artikel 5 der Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen stehen dem Verbraucher die in Artikel 13 der Richtlinie vorgesehenen Rechte zu, welche in § 327c BGB-E enthalten sind.

**Zu § 327b Absatz 1 BGB-E**

§ 327b Absatz 1 BGB-E konkretisiert die Leistungspflicht des Unternehmers zur Bereitstellung des digitalen Produkts. Die Regelung begründet – anders als zum Beispiel § 433 BGB – keine vertragliche Leistungspflicht, sondern setzt diese voraus. Dies ergibt sich aus der einleitenden Formulierung „Ist der Unternehmer ... verpflichtet“. Die Leistungspflicht selbst resultiert aus dem individuellen Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher, der entweder einer der Vertragsarten des Abschnitts 8 entspricht oder aufgrund der in § 311 Absatz 1 BGB niedergelegten Vertragsfreiheit ein nicht typisierter Vertrag („sui generis“) ist. § 327b Absatz 1 BGB-E verweist in allen Fällen auf die Vorschriften des Untertitels 1. Dies entspricht dem Ansatz der Richtlinie, insbesondere die Frage der Rechtsnatur von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte dem mitgliedstaatlichen Recht zu überlassen (vergleiche Erwägungsgrund 12 der Richtlinie).

§ 327b Absatz 1 BGB-E stellt nur auf solche vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfassten Verträge ab, die den Unternehmer dazu verpflichten, ein digitales Produkt „bereitzustellen“. Verträge im Sinne des § 327 Absatz 5 BGB-E sind hiervon ausgenommen.

Eine von den Vorgaben des Artikels 5 der Richtlinie abweichende Ausgestaltung einer vertraglichen Leistungspflicht zur Bereitstellung ist nur insoweit möglich, als die Richtlinie selbst dies zulässt. Weitere Pflichten des

Unternehmers oder des Verbrauchers, welche nicht die in der Richtlinie enthaltenen Leistungspflichten betreffen, unterfallen hingegen den allgemeinen Regelungen.

### **Zu § 327b Absatz 2 BGB-E**

§ 327b Absatz 2 BGB-E bestimmt den Zeitpunkt für die Erfüllung der Bereitstellungspflicht des Unternehmers. Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie.

Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie sieht vor, dass die Bereitstellung des digitalen Produkts unverzüglich „nach Vertragsschluss“ erfolgen muss. Die Bestimmung des Zeitpunkts des Vertragsschlusses überlässt die Richtlinie gemäß Artikel 3 Absatz 10 den Mitgliedstaaten. Dieser ist nach den hierfür geltenden allgemeinen Bestimmungen abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Bestellprozesses.

### **Zu § 327b Absatz 3 und 4 BGB-E**

Der Begriff der Bereitstellung wird in den Absätzen 3 und 4 von § 327b BGB-E näher erläutert; diese dienen der Umsetzung von Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie. Artikel 5 Absatz 2 ist eine der wenigen Bestimmungen in der Richtlinie, bei der die Unterscheidung zwischen digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen relevant wird. Die Regelung differenziert danach, ob ein digitaler Inhalt (Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie) oder eine digitale Dienstleistung (Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie) Gegenstand der zu erfüllenden Verpflichtung ist. Diese Unterscheidung wird in § 327b BGB-E durch die Bildung von zwei entsprechenden Absätzen nachvollzogen.

Neben dem Herunterladen in die eigene Umgebung des Verbrauchers kann dieser sich auch der Dienste Dritter bedienen, um Zugriff auf den digitalen Inhalt oder die digitale Dienstleistung zu erhalten. Dieser Umstand wird in Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie mit der Formulierung „körperliche(n) oder virtuelle(n) Einrichtung“ umschrieben, welche in Erwägungsgrund 41 der Richtlinie näher erläutert wird. Dieser verweist als Beispiel auf Cloud-Anbieter. Sofern also ein Verbraucher ein E-Book unmittelbar in einer Cloud speichern möchte, wäre diese eine solche „Einrichtung“. Dass die Einrichtung körperlicher oder virtueller Natur sein kann, soll eine technikneutrale Regelung sicherstellen. In § 327b Absatz 3 und 4 BGB-E wird vor diesem Hintergrund nur die Formulierung „Einrichtung“ übernommen, ohne dass damit eine inhaltliche Abweichung von den Richtlinienbestimmungen verbunden ist.

Die Dritten, welche die Einrichtung bereitstellen, können – je nach Gestaltung – als Hilfsperson des Verbrauchers qualifiziert werden, so dass Erfüllung gemäß § 362 Absatz 1 BGB eintritt. Alternativ kann es sich hierbei um eine befreiende Leistung an einen Dritten gemäß § 362 Absatz 2 BGB handeln.

Laut Erwägungsgrund 41 der Richtlinie ist eine solche Einrichtung nicht vom Verbraucher bestimmt, wenn sie „vom Unternehmer kontrolliert wird oder mit dem Unternehmer vertraglich verbunden ist“. Auch dann, wenn der Verbraucher zwar eine Wahl getroffen hat, die gewählte Einrichtung „aber vom Unternehmer als einzige angeboten wurde“, ist die Einrichtung nach Erwägungsgrund 41 der Richtlinie nicht vom Verbraucher bestimmt.

Ein digitaler Inhalt ist dem Verbraucher „zur Verfügung gestellt“, wenn diesem eine eigenständige Zugriffsmöglichkeit verschafft wurde. Im Gegensatz dazu bedeutet „zugänglich machen“ das Schaffen einer entsprechenden Möglichkeit zur Nutzung eines Dienstes durch den Verbraucher unter fremder Kontrolle. Es ist hierfür nicht nötig, dass der Verbraucher von dieser Möglichkeit tatsächlich auch Gebrauch macht. Der Verbraucher soll dabei über den Beginn der Nutzung selbst entscheiden können. Der Unternehmer erfüllt seine Verpflichtung jedoch bereits dann, wenn dem Verbraucher ohne weitere hierfür nötige Handlungen des Unternehmers der ungehinderte Zugriff ermöglicht wird (siehe Erwägungsgrund 41 der Richtlinie).

Gegenstand der Bereitstellungspflicht nach § 327b Absatz 3 BGB-E können neben dem digitalen Inhalt selbst (ergänzend) auch Mittel sein, die entweder den Zugang zum digitalen Inhalt ermöglichen oder für dessen Herunterladen geeignet sind. Was unter dem Begriff „Mittel“ zu verstehen ist, erläutert die Richtlinie nicht. Der Begriff ist insbesondere nicht wie bei Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe a der Richtlinie auf „digitale Mittel“ begrenzt. Wie sich aus Erwägungsgrund 27 der Richtlinie ergibt, dienen „Mittel“ in diesem Sinne unter anderem der „Übermittlung“ des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung. Dieses Begriffsverständnis dürfte auch für „Mittel“ im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie gelten. Ein „Mittel“ kann auch selbst ein digitaler Inhalt sein, so, wenn eine Anwendung erst den Zugriff auf bestimmte digitale Inhalte ermöglicht. Das Mittel muss



lediglich für die Ermöglichung des Zugangs oder das Herunterladen „geeignet“ sein. Damit hat der Unternehmer einen gewissen Spielraum bei der Wahl des Mittels.

#### **Zu § 327b Absatz 5 BGB-E**

§ 327b Absatz 5 BGB-E regelt die Fälle mehrerer auf der Grundlage eines einheitlichen Vertrags erfolgreicher Bereitstellungen (Satz 1) sowie die Fälle fortlaufender Bereitstellungen (Satz 2). Die Richtlinie sieht in Artikel 5 zwar keine entsprechende Differenzierung vor; sie trifft jedoch in Artikel 11 Absatz 2 Unterabsatz 1 Variante 2 und Absatz 3 Unterabsatz 1 differenzierte Regelungen, welche die Einführung separater Begrifflichkeiten rechtfertigt. Die Regelung hat damit insoweit lediglich klarstellenden Charakter und dient nur der Übersichtlichkeit.

Der Begriff „Reihe einzelner Bereitstellungen“ wird unter anderem in Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b und Artikel 11 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie verwendet. Erwägungsgrund 56 der Richtlinie zieht eine sich wöchentlich wiederholende Möglichkeit zum Herunterladen eines jeweils neuen E-Books als Beispiel heran. Kennzeichnend für diese Kategorie soll sein, dass der Zugang und die Nutzungsrechte zu den entsprechenden digitalen Produkten „unbefristet“ sind. Ausnahmen hiervon sind jedoch denkbar. Mit Blick auf den zeitlichen Anwendungsbereich stellt Erwägungsgrund 83 der Richtlinie klar, dass ihre Bestimmungen nur für solche digitalen Produkte im Rahmen einer Reihe einzelner Bereitstellungen gelten, die nach dem Inkrafttreten des nationalen Umsetzungsgesetzes bereitgestellt werden.

Die Einführung des Begriffs der „dauerhaften Bereitstellung“ im Wege einer Legaldefinition in § 327b Absatz 5 Satz 2 BGB-E dient nur der besseren Lesbarkeit der Vorschriften. Eine dauerhafte Bereitstellung ist demnach die Verpflichtung zur Bereitstellung über einen befristeten oder unbegrenzten Zeitraum, wie Erwägungsgrund 57 der Richtlinie näher erläutert. Beispiele für solche dauerhaften Bereitstellungen sind etwa Zweijahresverträge für einen Cloud-Speicher oder eine unbefristete Mitgliedschaft in einem sozialen Netzwerk. Eine aus einem solchen Vertrag resultierende Bereitstellungspflicht erschöpft sich gerade nicht in einer einmaligen Handlung, sondern erfordert die Aufrechterhaltung der Bereitstellung.

Die Abgrenzung einer einmaligen Bereitstellung von einer dauerhaften Bereitstellung erfolgt nach Erwägungsgrund 57 der Richtlinie in der Weise, dass im Rahmen der dauerhaften Bereitstellung die digitalen Produkte nur für die Dauer des Bereitstellungszeitraums zur Verfügung stehen.

§ 327b Absatz 5 Satz 2 BGB-E enthält ferner die Legaldefinition des Begriffs „Bereitstellungszeitraum“, welche ebenfalls aus Gründen der Übersichtlichkeit eingeführt wird. Der Bereitstellungszeitraum erstreckt sich nach der Legaldefinition – im Gegensatz zu einer gegebenenfalls abweichenden Dauer der tatsächlichen Bereitstellung – auf den vertraglich vereinbarten Zeitraum für die Bereitstellung.

Nach Erwägungsgrund 51 der Richtlinie sollen „kurzfristige Unterbrechungen“ der Bereitstellung als Vertragswidrigkeit behandelt werden, wenn die Unterbrechungen „mehr als vernachlässigbar oder wiederkehrend“ sind. Die Richtlinie umfasst somit auch die zeitliche Dimension einer einmaligen Bereitstellung. Wie mit unterbrochenen Bereitstellungshandlungen umzugehen ist oder wie viele Versuche der Unternehmer schuldet, bleibt somit der Rechtsprechung überlassen.

Für die Abgrenzung einer Reihe einzelner Bereitstellungen von einer dauerhaften Bereitstellung soll es nach Erwägungsgrund 56 der Richtlinie kennzeichnend sein, dass der Verbraucher bei einer Reihe einzelner Bereitstellungen (wie auch bei einer einmaligen Bereitstellung) nach der Bereitstellung unbefristeten Zugang zu und unbefristete Nutzungsrechte an dem digitalen Inhalt oder der digitalen Dienstleistung hat.

#### **Zu § 327b Absatz 6 BGB-E**

§ 327b Absatz 6 BGB-E setzt die in Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie enthaltene Vorgabe zur Beweislast des Unternehmers für die erfolgte Bereitstellung um. Die Beweislastregelung des § 363 BGB kann hierfür nicht herangezogen werden, insbesondere, weil Teilleistungen als Produktmangel nach § 327e Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe a beziehungsweise Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E zu behandeln sind. Hierfür gelten die Beweislastregelungen des § 327k BGB-E.

**Zu § 327c BGB-E**

§ 327c BGB-E enthält die Rechte des Verbrauchers bei unterbliebener Bereitstellung des digitalen Produkts durch den Unternehmer: Er kann danach den Vertrag unter den Voraussetzungen der Absätze 1 und 3 von § 327c BGB-E beenden sowie nach dessen Absätzen 2 und 3 Schadensersatz verlangen.

Laut Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie „haftet“ der Unternehmer für jede nicht in Übereinstimmung mit Artikel 5 der Richtlinie erfolgte Bereitstellung. Artikel 13 der Richtlinie sieht die „Abhilfen“ genannten Sekundäransprüche des Verbrauchers im Fall einer nicht wie in Artikel 5 der Richtlinie vorgesehenen Bereitstellung vor. Da die Richtlinienvorgaben zu den Abhilfen im Detail von den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts abweichen, sollen diese in einem eigenen § 327c BGB-E umgesetzt werden.

**Zu § 327c Absatz 1 BGB-E**

Der Unternehmer ist – sofern keine abweichende Vereinbarung vorliegt – gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie beziehungsweise § 327b Absatz 2 BGB-E dazu verpflichtet, die digitalen Produkte „unverzüglich“ bereitzustellen. § 327c Absatz 1 BGB-E enthält in Umsetzung von Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie die grundsätzliche Verpflichtung des Verbrauchers, den Unternehmer im Fall einer nicht erfolgten Bereitstellung nochmals zur vertragsgemäßen Bereitstellung aufzufordern, bevor er von seinem Recht auf Vertragsbeendigung Gebrauch machen kann.

Die Bereitstellung muss hierfür fällig sein; eine dem Unternehmer nach den allgemeinen Regeln unmögliche Leistung (§ 275 BGB) unterfällt somit nicht § 327c Absatz 1 BGB-E. Die Richtlinie enthält bewusst keine Regelungen zur Unmöglichkeit der Leistung, womit diese Frage den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Der Anspruch des Verbrauchers auf Bereitstellung muss ferner durchsetzbar sein.

Die Aufforderung durch den Verbraucher löst eine weitere, neue Verpflichtung des Unternehmers zur unverzüglichen Bereitstellung des digitalen Produkts aus.

Erbringt der Unternehmer sodann die Bereitstellung nicht unverzüglich, so hat der Verbraucher das Recht, den Vertrag zu beenden. Die Formulierung „beenden“ wird zur Abgrenzung von bislang im Schuldrecht geregelten Rechtsbehelfen gewählt. Da das Recht des Verbrauchers nach Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie gleichermaßen sowohl auf Verträge mit einmaligen Leistungsaustausch als auch auf Dauerschuldverhältnisse Anwendung finden soll, waren weder der Rücktritt noch die Kündigung für sich genommen geeignete Rechtsbehelfe. Des Weiteren ist § 323 BGB nur auf gegenseitige Verträge anwendbar, was Verträge im Sinne des § 327 Absatz 3 BGB-E nicht zwingend umfassen würde. Aus diesem Grund enthält § 327c Absatz 1 BGB-E das im Verhältnis zu diesen anderen Rechtsbehelfen speziellere Recht auf Vertragsbeendigung.

Das Recht zur Vertragsbeendigung nach § 327c BGB-E betrifft ausschließlich Fälle vollständig unterbliebener beziehungsweise verzögerter Bereitstellungen. Sofern der Schuldner lediglich eine Teilleistung bewirkt, stellt dies mit Blick auf die Anforderungen hinsichtlich der Quantität nach Artikel 7 Buchstabe a beziehungsweise Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie eine mangelhafte Leistung dar, deren Rechtsfolgen sich aus den §§ 327d ff. BGB-E ergeben. Das Recht des Verbrauchers, nach § 266 BGB Teilleistungen zurückzuweisen, bleibt unberührt.

Abweichend von der Frist nach § 327c Absatz 1 Satz 1 BGB-E können die Parteien gemäß § 327c Absatz 1 Satz 2 BGB-E eine längere Frist vereinbaren. Aus der Formulierung „vereinbart“ ergibt sich, dass einseitige Fristsetzungen somit nicht genügen. Obgleich keine Formerfordernisse aufgestellt werden, muss die Vereinbarung „ausdrücklich“ erfolgen. Insbesondere im Fall einer mündlichen Vereinbarung können Aufforderung und Vereinbarung zusammentreffen.

**Zu § 327c Absatz 2 BGB-E**

§ 327c Absatz 2 BGB-E enthält die Regelungen zum Schadensersatz des Verbrauchers im Fall einer Verletzung der Bereitstellungspflicht durch den Unternehmer. Die Regelung verweist im Wesentlichen auf die allgemeinen Regelungen in den §§ 280 ff. BGB und modifiziert diese, wo nötig.

Die Richtlinie überlässt es nach Erwägungsgrund 73 den Mitgliedstaaten, Schadensersatzansprüche für den Fall einer unterlassenen Bereitstellung vorzusehen beziehungsweise beizubehalten. Dementsprechend enthält § 327c

Absatz 2 Satz 1 BGB-E eine Rechtsgrundverweisung auf die im Einzelnen aufgeführten allgemeinen Bestimmungen zum Schadensersatz bei Nichtleistung trotz Fälligkeit beziehungsweise verzögerter Leistung durch den Schuldner. Neben dem Verweis auf § 280 BGB – einschließlich § 280 Absatz 2 BGB mit Blick auf den Verzögerungsschaden – wird auch auf § 281 Absatz 1 Satz 1 BGB verwiesen, welcher durch § 327c Absatz 2 Satz 2 BGB-E modifiziert wird. Die Möglichkeit des Verbrauchers, in den von § 327c Absatz 2 BGB-E erfassten Fällen Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen, wird an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Diesbezüglich soll ein Gleichlauf mit dem Vertragsbeendigungsrecht bewirkt werden – freilich mit den zusätzlichen Voraussetzungen der in den Verweis aufgenommen Schadensersatzansprüche einschließlich des Verschuldens Erfordernisses. § 327c Absatz 4 Satz 2 BGB-E enthält einen Verweis auf die §§ 327o und 327p BGB-E, damit ein Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung auch die gleichen Rechtsfolgen wie eine Vertragsbeendigung auslöst.

Schadensersatzansprüche bei vom Unternehmer zu vertretender Unmöglichkeit der Bereitstellung werden durch § 327c Absatz 2 BGB-E nicht modifiziert. Da die Richtlinie die Unmöglichkeit der Bereitstellung nicht regelt, können die §§ 283 und 311a Absatz 2 BGB uneingeschränkt anwendbar bleiben, was mit § 327c Absatz 2 Satz 3 BGB-E klargestellt wird.

### **Zu § 327c Absatz 3 BGB-E**

§ 327c Absatz 3 Satz 1 BGB-E regelt in Umsetzung von Artikel 13 Absatz 2 der Richtlinie zwei Fälle, in denen eine weitere Aufforderung durch den Verbraucher im Sinne von § 327c Absatz 1 BGB-E entbehrlich ist.

Laut § 327c Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BGB-E ist die Aufforderung entbehrlich, wenn der Unternehmer die Bereitstellung verweigert. Nach § 327c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E gilt das Gleiche, wenn sich aus den Umständen eindeutig ergibt, dass der Unternehmer das digitale Produkt nicht bereitstellen wird. Mit diesen beiden Nummern wird Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie umgesetzt.

Gemäß § 327c Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 BGB-E ist die Aufforderung entbehrlich, wenn die Bereitstellung nicht zu einem vereinbarten oder für den Unternehmer erkennbar bedeutsamen Termin bewirkt wird. Damit enthält § 327c Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 BGB-E eine dem § 323 Absatz 2 Nummer 2 BGB ähnliche Formulierung, welche eine Aufforderung nach Verstreichen der Frist beziehungsweise des Termins entbehrlich macht.

Um Widersprüche zwischen den Regelungen von § 327c Absatz 3 Satz 1 BGB-E und den in § 286 Absatz 2 Nummer 1 bis 3 BGB aufgelisteten Voraussetzungen für die Entbehrlichkeit einer verzugsbegründenden Mahnung zu vermeiden, stellt § 327c Absatz 3 Satz 2 BGB-E klar, dass eine Mahnung in den von § 327c Absatz 3 Satz 1 BGB-E geregelten Fällen stets entbehrlich ist.

### **Zu § 327c Absatz 4 BGB-E**

§ 327c Absatz 4 BGB-E erklärt die §§ 327o und 327p BGB-E für eine Vertragsbeendigung wegen unterbliebener Bereitstellung für entsprechend anwendbar. Die §§ 327o und 327p BGB-E enthalten neben Vorschriften für die Form auch die Rechtsfolgen einer Vertragsbeendigung wegen eines Mangels. Auf die entsprechende Begründung zu diesen Vorschriften wird verwiesen.

Folge des Verweises in § 327c Absatz 4 BGB-E ist insbesondere, dass die Vertragsbeendigung in einer (weiteren) Erklärung erfolgen muss, welche nicht mit der Aufforderung nach § 327c Absatz 1 BGB-E verbunden werden kann (§ 327o Absatz 1 BGB-E). Mit dem Verweis auf die §§ 327o und 327p BGB-E wird insbesondere eine Anwendung der §§ 346 ff. BGB ausgeschlossen; dies gilt nach § 327c Absatz 4 Satz 2 BGB-E ebenfalls für den Fall, dass der Verbraucher Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt. Mit § 327c Absatz 4 Satz 3 BGB-E wird durch die entsprechende Anwendung des § 325 BGB klargestellt, dass der Verbraucher neben einer Vertragsbeendigung auch Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

### **Zu § 327c Absatz 5 BGB-E**

§ 327c Absatz 5 BGB-E sieht vor, dass § 218 BGB auf die Vertragsbeendigung nach § 327c Absatz 1 BGB-E entsprechend anzuwenden ist.

Auf den Schadensersatzanspruch nach § 327c Absatz 2 BGB-E sind die allgemeinen Verjährungsregelungen anzuwenden. Damit ein Gleichlauf der Verjährungsfristen insoweit gewährleistet ist, wird mit § 327c Absatz 5 BGB-E der auf den Rücktritt beschränkte § 218 BGB für entsprechend anwendbar erklärt.

**Zu § 327c Absatz 6 BGB-E**

§ 327c Absatz 6 BGB-E enthält ein besonderes Vertragslösungsrecht, von dem der Verbraucher bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 327c Absatz 1 Satz 1 BGB-E Gebrauch machen kann. Hierfür ist nach § 327c Absatz 6 Satz 1 BGB-E erforderlich, dass die unterbliebene Bereitstellung eines in einem Paketvertrag nach § 327a Absatz 1 BGB-E enthaltenen digitalen Produkts die Verwendbarkeit der weiteren Bestandteile des Pakets derart beeinträchtigt, dass der Verbraucher an diesen weiteren Leistungen kein Interesse hat. Für die Auslegung des Begriffs „Interesse“ kann auf die Rechtsprechung zum entsprechenden Tatbestandsmerkmal in § 323 Absatz 5 Satz 1 BGB zurückgegriffen werden.

Artikel 3 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie sieht ausdrücklich vor, dass diese Frage vom mitgliedstaatlichen Recht zu regeln ist. Um der Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen und der hiervon gegebenenfalls betroffenen Vertragsarten des Abschnitts 8 des Buches 2 gerecht zu werden, wird auf den Begriff der Vertragslösung zurückgegriffen, welcher – wie zum Beispiel in § 309 Nummer 8 BGB – insbesondere die Rechtsbehelfe des Rücktritts und der Kündigung mitumfasst. Die Rechtsfolgen ergeben sich aus den jeweils einschlägigen Bestimmungen. Das gleiche gilt für alle weiteren vertragsrechtlichen Folgen, einschließlich Schadensersatzansprüche.

§ 327c Absatz 6 Satz 2 BGB-E nimmt elektronische Kommunikationsdienste nach ... [einsetzen: Umsetzungs-vorschrift zu Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie 2018/1972] von der Regelung in § 327c Absatz 6 Satz 1 BGB aus. Dies geschieht mit Blick darauf, dass Artikel 3 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie vorsieht, dass die Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen unbeschadet des Artikels 107 Absatz 2 der Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation – welcher ähnliche Rechte des Verbrauchers vorsieht – erlassen können.

**Zu § 327c Absatz 7 BGB-E**

§ 327c Absatz 7 BGB-E räumt dem Verbraucher ebenfalls ein besonderes Vertragslösungsrecht ein, welches – nach dem Vorbild von § 327c Absatz 6 BGB-E – das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Vertragsbeendigung nach § 327c Absatz 1 Satz 1 BGB-E erfordert. In diesem Fall kann sich der Verbraucher auch von den anderen Bestandteilen eines Vertrags über eine Sache mit digitalen Elementen, der kein Kaufvertrag ist (§ 327a Absatz 3 BGB-E), lösen, wenn die Sache selbst wegen der unterbliebenen Bereitstellung des digitalen Produkts die Anforderungen an die gewöhnliche Verwendung nicht erfüllt.

Zur Bedeutung der Formulierung „von einem Vertrag ... lösen“ wird auf die Ausführungen zu § 327c Absatz 6 BGB-E verwiesen.

**Zu § 327d BGB-E**

§ 327d BGB-E konkretisiert die Leistungspflicht des Unternehmers, das digitale Produkt mangelfrei bereitzustellen, und setzt damit Artikel 6 der Richtlinie um. Wie § 327b BGB-E konkretisiert § 327d BGB-E somit eine bereits bestehende Leistungspflicht und begründet keine neue. Auf die Ausführungen hierzu bei § 327b BGB-E wird verwiesen.

Die Vorschrift greift die aus dem Kaufrecht bekannte Differenzierung zwischen Sach- und Rechtsmängeln auf und modifiziert diese zum Zweck der Umsetzung der Richtlinie.

Der Begriff „Produktmangel“ ist in der Richtlinie nicht enthalten. Ein Produktmangel im Sinne des § 327d BGB-E umschreibt die in den Artikeln 7, 8 und 9 der Richtlinie vorgesehenen Fälle der Vertragswidrigkeit, welche – bis auf die Regelungen zu den objektiven Anforderungen an die Aktualisierung des digitalen Produkts – in § 327e BGB-E umgesetzt sind.

Die Umsetzung der Regelungen zur Aktualisierungspflicht nach Artikel 8 Absatz 2 und 3 der Richtlinie erfolgt mit § 327f BGB-E. Diese Regelungen sind eine der wesentlichen Neuerungen der Richtlinie. Eine Aktualisierungspflicht des Unternehmers, welche für das Entstehen gewährleistungsrechtlicher Sekundärpflichten nicht mehr allein auf den Zeitpunkt des Bereitstellens abstellt, ist ein Novum im Schuldrecht. Dem trägt die gesonderte Normierung in § 327f BGB-E Rechnung.

Regelungen über den Rechtsmangel enthält § 327g BGB-E, welcher der Umsetzung von Artikel 10 der Richtlinie dient. Erwägungsgrund 54 der Richtlinie verwendet in Bezug auf die Regelungen des Artikels 10 der Richtlinie ebenfalls den Begriff des „Rechtsmangels“.

**Zu § 327e BGB-E**

§ 327e BGB-E fasst die in den Artikeln 7, 8 und 9 der Richtlinie geregelten Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte in einer Vorschrift zusammen. Die Bestimmungen zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit durch Aktualisierungen werden wegen ihrer besonderen Bedeutung gesondert in § 327f BGB-E umgesetzt.

Im Gegensatz zu den bisher geltenden Regelungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie liegt der Richtlinie das Konzept der Gleichrangigkeit von subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu Grunde. Die Richtlinie stellt die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nicht in den Vordergrund; die objektiven Kriterien erhalten im Ausgangspunkt einen gleichrangigen Stellenwert. Ausweislich von Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie hat der Unternehmer sie „zusätzlich zur Einhaltung der subjektiven Anforderungen“ einzuhalten. Der Hintergrund für diese Regelung ist nach Erwägungsgrund 45 der Richtlinie die Befürchtung, dass die objektiven Standards durch eine entsprechende Gestaltung der individuellen Vereinbarungen abgesenkt werden könnten. Damit korrespondiert die Regelung in Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie, wonach eine vertragliche Abweichung nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass der Verbraucher diese ausdrücklich und gesondert akzeptiert.

§ 327e BGB-E vollzieht die Gleichordnung von subjektiven und objektiven Konformitätskriterien nach. Die Frage, wie mit sich widersprechenden subjektiven und objektiven Kriterien umzugehen ist, wird der Rechtsprechung überlassen bleiben. Nach Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie können in der Vertragspraxis unter engen Voraussetzungen Merkmale vereinbart werden, die von der objektiv zu erwartenden Beschaffenheit abweichen.

Im Hinblick auf den Datenschutz stellt Erwägungsgrund 48 der Richtlinie klar, dass die Nichteinhaltung der Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung, einschließlich wesentlicher Grundsätze wie Datenminimierung, Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen, je nach den Umständen des Falls als Verstoß gegen die subjektive oder objektive Vertragsmäßigkeit gemäß Artikel 7 oder 8 der Richtlinie qualifiziert werden kann. Bietet der Unternehmer beispielsweise ein Datenverschlüsselungsprogramm an, das keine technische Gewähr dafür bietet, dass personenbezogene Daten nicht an unbefugte Empfänger weitergegeben werden können, kann in dem Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f und Artikel 25 Absatz 2 der Datenschutz-Grundverordnung zugleich eine Verletzung der objektiven Konformitätskriterien zu sehen sein. Dasselbe gilt für Datenverarbeitungen, die im Regelfall nicht für Eigenschaften des digitalen Produkts des gleichen Typs normal sind oder die der Verbraucher vernünftigerweise nicht erwarten kann, wenn zum Beispiel mit der Nutzung eines Dienstes oder einer Anwendung personenbezogene Daten an einen Drittunternehmer übertragen werden oder damit die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen im Gerät des Nutzers verbunden ist.

Die Anforderungen an die Integration der digitalen Produkte sind gleichrangig zu den subjektiven und objektiven Anforderungen ausgestaltet. Dies entspricht dem Konzept der Richtlinie, welche in Artikel 6 diese drei Arten von Anforderungen gleichsetzt.

**Zu § 327e Absatz 1 BGB-E**

§ 327e Absatz 1 BGB-E konkretisiert die in § 327d BGB-E geregelte Leistungspflicht des Unternehmers im Hinblick auf die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts, soweit es um mögliche Produktmängel geht.

Die Regelung unterscheidet zwischen subjektiven und objektiven Anforderungen sowie Anforderungen an die Integration des digitalen Produkts, welche in den folgenden Absätzen jeweils konkretisiert werden. Dies entspricht der Aufzählung in Artikel 6 der Richtlinie, welcher auf die Artikel 7 bis 9 der Richtlinie verweist.

Die Richtlinie enthält keinen einheitlichen Bezugszeitpunkt für die Frage der Mangelfreiheit. Dieser ist bei einmaligen Bereitstellungen anders als bei dauerhaften Bereitstellungen; ferner ergeben sich Besonderheiten für die Dauer der geschuldeten Aktualisierungspflicht. Aus diesem Grund spricht § 327e Absatz 1 Satz 1 BGB-E nur von der maßgeblichen Zeit, welche in § 327e Absatz 1 Satz 2 und 3 BGB-E konkretisiert wird. Wie sich aus § 327e Absatz 1 Satz 2 BGB-E ergibt, ist der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der geschuldeten Mangelfreiheit nach § 327e Absatz 1 Satz 1 BGB-E der Zeitpunkt der Bereitstellung gemäß § 327b BGB-E. Durch § 327e Absatz 1 Satz 3 BGB-E wird sichergestellt, dass sich die Regelung auch auf dauerhafte Bereitstellungen erstreckt. Wegen der sich aus § 327f Absatz 1 BGB-E ergebenden unterschiedlichen Zeiträume für die Dauer der Aktualisierungspflicht des Unternehmers lässt § 327e Absatz 1 Satz 2 BGB-E Raum für die dort zu findende gesetzliche Abweichung.

**Zu § 327e Absatz 2 BGB-E**

§ 327e Absatz 2 BGB-E konkretisiert die subjektiven Anforderungen an digitale Produkte.

**Zu § 327e Absatz 2 Satz 1 BGB-E**

§ 327e Absatz 2 Satz 1 BGB-E enthält eine Aufzählung subjektiver Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und setzt damit Artikel 7 der Richtlinie um. Die Formulierungen orientieren sich an denen des bisherigen § 434 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 Nummer 1 BGB.

Wie sich aus Erwägungsgrund 42 der Richtlinie ergibt, können sich weitere subjektive Anforderungen aus den nach der Verbraucherrechterichtlinie erteilten vorvertraglichen Informationen ergeben, welche fester Bestandteil des Vertrags sind. Damit wird auf Artikel 6 Absatz 5 der Verbraucherrechterichtlinie Bezug genommen, welcher in § 312d Absatz 1 Satz 2 BGB-E umgesetzt ist.

**Zu § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB-E**

§ 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB-E dient der Umsetzung der in Artikel 7 Buchstabe a und b der Richtlinie enthaltenen Kriterien.

**Zu § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a BGB-E**

Die in § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a BGB-E enthaltenen subjektiven Anforderungen beziehen sich auf eine vereinbarte Beschaffenheit.

Der Begriff der „vereinbarten Beschaffenheit“ ist aus dem geltenden Kaufvertragsrecht übernommen worden. Dies dient der Einbindung der neuen Gewährleistungsvorschriften für digitale Produkte in das System der bestehenden Gewährleistungsvorschriften. Die „Beschaffenheit“ ist dabei ebenso wie im Kaufvertragsrecht weit zu verstehen als jegliche Merkmale eines digitalen Produkts, die dem Produkt selbst anhaften oder sich aus seiner Beziehung zur Umwelt ergeben. Eine Vereinbarung über die Beschaffenheit kann ausdrücklich, aber auch konkludent erfolgen.

§ 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a BGB-E dient der Umsetzung der in Artikel 7 Buchstabe a der Richtlinie vorgesehenen Regelung. Die dort aufgezählten Beispiele sind nicht abschließend, wie sich aus der Formulierung „und sonstiger Merkmale“ am Ende von Artikel 7 Buchstabe a der Richtlinie ergibt. Aus diesem Grund kann auf eine wörtliche Wiederholung verzichtet werden. Die Beispiele sind jedoch zur Auslegung heranzuziehen. Einzig die von der Richtlinie definierten Kriterien der Funktionalität, der Kompatibilität und der Interoperabilität sollen an dieser Stelle wiedergegeben werden.

Außerdem wird das Kriterium der „Menge“ ausdrücklich erwähnt, um klarzustellen, dass diese auch vom Begriff der „Beschaffenheit“ erfasst ist. Der aus § 434 Absatz 3 BGB übernommene Begriff „Menge“ entspricht dem der „Quantität“ in Artikel 7 Buchstabe a der Richtlinie und findet sich auch in Artikel 6 Buchstabe a der Warenkaufrichtlinie. Erwägungsgrund 42 führt hinsichtlich der „Quantität“ als Beispiel die Anzahl der Musikdateien, auf die zugegriffen werden kann, an. Die Quantität wird von der Richtlinie nicht nur als subjektive Anforderung, sondern auch als objektive Anforderung nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie vorgesehen. Die Frage einer teilweisen Bereitstellung ist damit – anders als bei der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – von den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Richtlinie umfasst. Eine ausdrückliche Bestimmung zur Rechtsfolge einer teilweisen Bereitstellung erübrigt sich damit. Sowohl nicht erkannte als auch erkennbare teilweise Bereitstellungen führen zu einer Vertragswidrigkeit nach § 327e BGB-E.

Mit der Formulierung „einschließlich“ wird deutlich gemacht, dass die ausdrücklich genannten Anforderungen nur als nicht abschließend gemeinte Beispiele angeführt werden. Die übrigen in Artikel 7 Buchstabe a der Richtlinie aufgeführten Kriterien werden in Erwägungsgrund 42 der Richtlinie erläutert. Eine „Beschreibung“ ist demnach nur relevant, wenn sie Vertragsbestandteil geworden ist. Betreffend die „Qualität“ wird die Bildauflösung als Beispiel herangezogen. Ergänzend kann die Tonqualität einer Sounddatei ein Beispiel sein. Ferner werden in Erwägungsgrund 42 der Richtlinie „Sprache“ und „Version“ als Kriterien genannt, ohne dass diese einem der genannten Kriterien zugeordnet werden.

**Zu § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b BGB-E**

§ 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b BGB-E betrifft die Eignung digitaler Produkte für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung.

§ 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 7 Buchstabe b der Richtlinie, welcher beinahe wortlautidentisch nach dem Vorbild von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie formuliert wurde. Vor diesem Hintergrund orientiert sich § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b BGB-E am bisherigen § 434 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 BGB. Die im Vergleich zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in der Richtlinie neu hinzugekommene Voraussetzung, dass der Verbraucher die von ihm angestrebte Verwendung dem Unternehmer „spätestens“ bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht haben muss, bedarf keiner gesonderten Umsetzung. Denn Erklärungen, welche die Parteien nach Vertragsschluss abgeben, werden schon nach den allgemeinen Regelungen nicht Inhalt des Vertrags.

**Zu § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 BGB-E**

§ 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 BGB-E betrifft die subjektiven Anforderungen betreffend das Zubehör, die Anleitungen und den Kundendienst.

Der in Artikel 7 Buchstabe c der Richtlinie enthaltene Begriff des Zubehörs für digitale Produkte ist nicht auf physische Güter beschränkt. Unter Zubehör sind insbesondere auch notwendige Treiber und ähnliche Ergänzungen für die Ausführung digitaler Produkte zu verstehen. Anleitungen können auch in digitaler Art und Weise bereitgestellt werden, wie zum Beispiel bei Erläuterungen während eines Integrationsprozesses.

**Zu § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 BGB-E**

§ 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 BGB-E betrifft die vertraglich vereinbarten Aktualisierungen. Die Vertragsparteien sind grundsätzlich frei darin, Art, Dauer und Umfang der Aktualisierungspflicht zu vereinbaren.

Die Regelungen zu Aktualisierungen sind eine der durch die Richtlinie bewirkten wesentlichen Neuerungen. Zentral ist dabei deren Ausgestaltung als objektive Anforderung nach § 327e Absatz 3 Nummer 5 in Verbindung mit § 327f BGB-E. Wenn die Parteien die objektiven Anforderungen an Aktualisierungen unterschreiten wollen, sind die spezifischen Voraussetzungen von § 327h BGB-E zu beachten.

**Zu § 327e Absatz 2 Sätze 2 bis 4 BGB-E**

In § 327e Absatz 2 Satz 2 bis 4 BGB-E finden sich die Legaldefinitionen der Begriffe „Funktionalität“, „Kompatibilität“ und „Interoperabilität“.

Die drei Definitionen wurden aus Artikel 2 Nummer 10 bis 12 der Richtlinie übernommen. Während Funktionalität auf die Funktionsweise der digitalen Produkte selbst abstellt, betreffen Kompatibilität und Interoperabilität das Funktionieren der digitalen Produkte im Verbund mit anderer Hard- und Software. Dabei wird unterschieden zwischen Hard- und Softwareprodukten, welche in der Regel gemeinsam mit den digitalen Produkten genutzt werden (betrifft die Kompatibilität) und solchen Hard- und Softwareprodukten, bei denen dies nicht der Fall ist (betrifft die Interoperabilität). Wie sich aus dem Vergleich von § 327e Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe a BGB-E und § 327e Absatz 3 Nummer 2 BGB-E ergibt, wird – anders als bei der Funktionalität und der Kompatibilität – die Interoperabilität nur im Rahmen der subjektiven Anforderungen relevant. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass der Unternehmer Probleme bezüglich der Interoperabilität digitaler Produkte wegen der unüberschaubaren Vielzahl möglicher digitaler Umgebungen nicht vorhersehen kann.

Ein Beispiel für die von der Funktionalität erfassten Aspekte können nach Erwägungsgrund 43 der Richtlinie digitale Rechteverwaltungen oder Regionalcodierungen sein.

**Zu § 327e Absatz 3 BGB-E**

§ 327e Absatz 3 BGB-E enthält in Satz 1 eine Aufzählung der objektiven Anforderungen, welche in § 327e Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB-E durch die Regelungen zur Bedeutung öffentlicher Äußerungen für die Beurteilung der berechtigten Erwartung des Verbrauchers ergänzt wird.

**Zu § 327e Absatz 3 Satz 1 BGB-E**

§ 327e Absatz 3 Satz 1 BGB-E enthält eine Aufzählung der in Artikel 8 der Richtlinie enthaltenen objektiven Anforderungen.

**Zu § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BGB-E**

Die erste, in § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BGB-E enthaltene objektive Anforderung betrifft die Eignung der digitalen Produkte für die gewöhnliche Verwendung.

§ 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie. Der Wortlaut von § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BGB-E orientiert sich an der bislang in § 434 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 Halbsatz 1 BGB verwendeten Formulierung. Die Auslegung des Begriffs „gewöhnlich“ erfolgt anhand der Verkehrsanschauung. Maßstab hierfür sind die Zwecke, für die digitale Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden, wie sich aus Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie ergibt. Die ebenfalls dort angeführten Bezugspunkte für die Ermittlung des objektiven Maßstabs für die Eignung wurden dabei nicht ausdrücklich übernommen. Sie sind im Rahmen der Auslegung heranzuziehen.

**Zu § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E**

Neben die objektive Anforderung der gewöhnlichen Verwendung tritt die in § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E konkretisierte übliche Beschaffenheit als Maßstab.

§ 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie. Vorbild für dessen Formulierung ist Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, weshalb sich der Wortlaut von § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E an dem von § 434 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 Halbsatz 2 BGB orientiert.

Der ebenso wie im Kaufvertragsrecht weit zu verstehende Begriff der „Beschaffenheit“ steht stellvertretend für die in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie aufgezählten Kriterien wie „Eigenschaften“ und die weiteren, in der Richtlinie teils ausdrücklich genannten Leistungsmerkmale. An dieser Stelle sind wiederum die „Funktionalität“ und die „Kompatibilität“ herausgegriffen und in den Wortlaut von § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E übernommen worden. Als weitere Leistungsmerkmale sind „Zugänglichkeit“, „Kontinuität“ und „Sicherheit“ aufgeführt. Während die „Zugänglichkeit“ die Pflicht des Unternehmers betrifft, die Zugriffsmöglichkeiten auf das digitale Produkt (insbesondere bei digitalen Dienstleistungen) sicherzustellen, bezieht sich die „Kontinuität“ auf die Pflicht des Unternehmers, dafür Sorge zu tragen, dass die Funktionen des digitalen Produkts dauerhaft und ohne Unterbrechungen zur Verfügung stehen. Außerdem wird das Kriterium der „Menge“ aus Klarstellungsgründen an dieser Stelle genannt.

Neben diesen Kriterien enthält § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E zwei unterschiedliche Referenzen für die Frage, welche Beschaffenheit geschuldet ist. Diese sind zum einen die Beschaffenheit von digitalen Produkten derselben Art und zum anderen die näher umschriebenen vernünftigen Erwartungshaltungen des Verbrauchers.

Wie sich aus Erwägungsgrund 46 der Richtlinie ergibt, erfolgt die Bestimmung dessen, was der Verbraucher erwarten kann, nach objektiven Kriterien. Wie bereits bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde die die Erwartungshaltung des Verbrauchers konkretisierende Formulierung „vernünftigerweise“ nicht in § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E übernommen.

**Zu § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 BGB-E**

§ 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 BGB-E bezieht den Inhalt von Testversionen und Voranzeigen in die objektiven Anforderungen mit ein.

Dies dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie. Testversionen können im Funktionsumfang beschränkte Versionen der mit ihnen beworbenen digitalen Produkte sein. Voranzeigen sind unter anderem Abbildungen oder Videoinhalte, welche zum Beispiel die Funktionen der digitalen Produkte wiedergeben. Die durch § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 BGB-E verlangte Entsprechung in der Beschaffenheit kann sich jedoch nur auf solche Elemente des bereitgestellten digitalen Produkts beziehen, welche Gegenstand der Testversion oder Voranzeige waren. Die Anforderungen betreffend andere, in der Testversion nicht enthaltene Merkmale des digitalen Produkts sind hiervon unabhängig zu ermitteln.



Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommen nur solche Testversionen oder Voranzeigen in Betracht, welche dem Verbraucher vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt wurden. Sofern bereits bei der Bereitstellung der Testversion ein Vertrag zustande kommt, der nach den vertraglichen Bestimmungen ab einem bestimmten Zeitpunkt kostenpflichtig fortgeführt oder in anderer Weise erweitert wird, ist dies nicht vom Wortlaut der Richtlinienbestimmung erfasst.

#### **Zu § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 BGB-E**

§ 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 BGB-E betrifft die objektiven Anforderungen an Zubehör und Anleitungen für das digitale Produkt.

Mit § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 BGB-E wird Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie umgesetzt. Während das in § 327e Absatz 2 Nummer 2 BGB-E ebenfalls enthaltene Zubehör und die Anleitungen (auf die Ausführungen dort wird insoweit verwiesen) auch im Rahmen der objektiven Anforderungen ausdrückliche Erwähnung finden, gilt dies nicht für den Kundendienst.

Die Formulierung „soweit zutreffend“ am Beginn von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie enthält keine weitere Voraussetzung, weshalb sie im Rahmen der Umsetzung nicht übernommen wurde.

§ 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 BGB-E stellt wie § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E ausdrücklich darauf ab, was der Verbraucher erwarten kann. Dies bestimmt sich wiederum nach den in Erwägungsgrund 46 der Richtlinie erläuterten objektiven Kriterien. Anders als bei § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E werden die möglichen Bezugspunkte, auf die der Verbraucher seine Erwartung gründen kann, nicht eingeschränkt.

#### **Zu § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 BGB-E**

§ 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 BGB-E verweist an dieser Stelle nur aus Gründen der Übersichtlichkeit auf § 327f BGB-E.

Die Information über und die Bereitstellung von Aktualisierungen gehört auch zu den objektiven Konformitätskriterien. Angesichts der Bedeutung dieser Pflicht und der besonderen Voraussetzungen werden die Einzelheiten mit § 327f BGB-E in einem gesonderten Paragraphen zusammengefasst. An dieser Stelle erfolgt nur der Vollständigkeit halber ein Verweis.

#### **Zu § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 6 BGB-E**

§ 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 6 BGB-E sieht vor, dass das digitale Produkt grundsätzlich in der neuesten Version bereitgestellt werden muss. Eine hiervon abweichende vertragliche Bestimmung der bereitzustellenden Version ist jedoch – anders als bei den anderen Nummern in § 327e Absatz 3 Satz 1 BGB-E – ohne Beachtung der in § 327h BGB-E vorgesehenen Anforderungen möglich. Den Unternehmer trifft hierfür jedoch die Beweislast.

Diese Regelung dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 6 der Richtlinie. Hiernach ist die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aktuellste Version maßgeblich, wie sich aus Erwägungsgrund 51 ergibt. Dass von der Anforderung nach § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 6 BGB-E auch ohne Erfüllung der zusätzlichen Voraussetzungen des § 327h BGB-E abgewichen werden kann, wird mit der Formulierung „sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben“ nochmals deutlich gemacht. Die bloße Bezeichnung einer Version (zum Beispiel mit einer Versionsnummer) genügt den damit aufgestellten Anforderungen jedoch nicht.

#### **Zu § 327e Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB-E**

§ 327e Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB-E enthält die Voraussetzungen, nach denen die öffentlichen Äußerungen des Unternehmers, des Herstellers oder anderer in den Vertrieb der digitalen Produkte einbezogener Personen Einfluss auf die berechtigten Verbrauchererwartungen haben können, sowie die Ausnahmen hiervon.

Die Regelung dient ergänzend zu § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie. Die Formulierungen orientieren sich teilweise an § 434 Absatz 1 Satz 3 BGB. Die in § 327e Absatz 3 Satz 2 BGB-E näher umschriebenen Äußerungen treten als zweiter möglicher Bezugspunkt für die berechtigten Erwartungen des Verbrauchers neben die in § 327e Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 BGB-E selbst bereits umschriebene Art des digitalen Produkts. § 327e Absatz 3 Satz 3 BGB-E enthält Ausnahmen.

**Zu § 327e Absatz 4 BGB-E**

§ 327e Absatz 4 BGB-E enthält die Anforderungen an die Integration des digitalen Produkts, welche gemäß Artikel 6 der Richtlinie auch zur Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts gehören, sowie die Legaldefinitionen für die Begriffe „Integration“ und „digitale Umgebung“.

§ 327e Absatz 4 Satz 1 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 9 der Richtlinie. Das digitale Produkt ist nach § 327e Absatz 4 Satz 1 BGB-E mangelhaft, wenn es unsachgemäß integriert worden ist und a) die Integration vom Unternehmer oder unter seiner Verantwortung vorgenommen wurde oder b) die Integration vom Verbraucher durchgeführt wurde, die unsachgemäße Integration jedoch auf einen Mangel in der vom Unternehmer bereitgestellten Anleitung zurückzuführen ist.

Wie sich aus der Legaldefinition in § 327e Absatz 4 Satz 2 BGB-E ergibt, liegt eine sachgemäße Integration vor, wenn das zu integrierende digitale Produkt nach der Integration die Anforderungen nach § 327d BGB-E erfüllt.

Artikel 9 Buchstabe a der Richtlinie sieht vor, dass der Unternehmer auch für einen Mangel verantwortlich ist, wenn er die Integration nicht selbst vorgenommen hat, sondern diese unter seiner Verantwortung erfolgte. Trotzdem bleibt der Unternehmer nach den allgemeinen Regelungen für die Vertragsmäßigkeit der Integration verantwortlich. Eine gesonderte Umsetzung der in Artikel 9 Buchstabe a der Richtlinie vorgesehenen Tatbestandsvariante „unter seiner Verantwortung“ ist deshalb nicht nötig.

Eine unsachgemäße Integration des digitalen Produkts durch den Verbraucher selbst stellt keinen Mangel dar, es sei denn, dies ist auf eine vom Unternehmer bereitgestellte mangelhafte Anleitung zurückzuführen. Maßstab für die Mangelhaftigkeit der Anleitung sind § 327e Absatz 2 Nummer 2 beziehungsweise Absatz 3 Nummer 4 BGB-E.

Die Legaldefinitionen in § 327e Absatz 4 Satz 2 und 3 BGB-E dienen der Umsetzung von Artikel 2 Nummer 4 und 9 der Richtlinie.

**Zu § 327f BGB-E**

§ 327f BGB-E enthält mit der selbstständigen Verpflichtung des Unternehmers zu Aktualisierungen eine der wesentlichen Neuerungen der Richtlinie. Der Unternehmer ist auch bei Verträgen, die sich in einem einmaligen Leistungsaustausch erschöpfen, auch nach der Bereitstellung verpflichtet, Aktualisierungen zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts bereitzustellen, insbesondere im Fall von Sicherheitsaktualisierungen (siehe Erwägungsgrund 47 der Richtlinie). Diese Leistungsverpflichtung kann auch über den Gewährleistungszeitraum hinaus gelten. Das geltende Recht kennt keine entsprechende Verpflichtung.

Die Information über und die Bereitstellung von Aktualisierungen gehört auch zu den objektiven Konformitätskriterien. Angesichts der besonderen Bedeutung dieser Pflicht und der besonderen Voraussetzungen werden die Einzelheiten in einem eigenen Paragraphen zusammengefasst.

Der Entwurf übernimmt den Begriff „Aktualisierungen“, welcher in der Richtlinie verwendet wird. Eine trennscharfe Unterscheidung zwischen den in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffen „Update“ und „Upgrade“ erscheint für die Zwecke des Gewährleistungsrechts nicht erforderlich, weshalb der Begriff „Aktualisierungen“ als Oberbegriff für beide Arten der Verbesserung beziehungsweise Veränderung verwendet wird. Maßgebliches Merkmal einer Aktualisierung ist, dass sie für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich ist.

**Zu § 327f Absatz 1 BGB-E**

§ 327f Absatz 1 BGB-E sieht in Satz 1 die Verpflichtung des Unternehmers vor, dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind, bereitzustellen und den Verbraucher über diese Aktualisierungen zu informieren. Der maßgebliche Zeitraum wird in Satz 3 konkretisiert.

§ 327f Absatz 1 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie. Den Unternehmer trifft die Pflicht, „sicherzustellen“, dass der Verbraucher nach den Vorgaben der Richtlinie informiert wird und dass ihm die Aktualisierungen bereitgestellt werden. In diesem Zusammenhang kann der Unternehmer auch Dritte wie zum Beispiel Hersteller in die Erfüllung seiner Pflicht einbeziehen. Diese sind, sofern sie auf vertraglicher Grundlage

handeln, als Erfüllungsgehilfen des Unternehmers im Sinne des § 278 BGB anzusehen (vergleiche BGH, Urteil vom 21. April 1954 – VI ZR 55/53 –, zitiert nach Juris, Rn. 21).

Es sind nach § 327f BGB-E nur solche Aktualisierungen geschuldet, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind. Hier wird also auf die subjektiven und objektiven Anforderungen nach § 327d BGB-E abgestellt. Objektive Anforderungen können sich etwa aus technischen Normen im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie ergeben. Ferner können Aktualisierungen auch erforderlich sein, um Merkmale wie Kompatibilität und Sicherheit zu erfüllen. Die „Sicherheitsaktualisierungen“ sind daher in § 327f Absatz 1 Satz 2 BGB-E besonders hervorgehoben. Erwägungsgrund 47 der Richtlinie betont insoweit, dass die digitalen Produkte in vertragsgemäßem Zustand bleiben und sicher bleiben sollen. Dass das digitale Produkt bereits zum Bereitstellungszeitpunkt sicher sein muss, ergibt sich aus dem Leistungsmerkmal „Sicherheit“ in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie. Auch wenn Sicherheitsmängel oder sicherheitsrelevante Softwarefehler auftreten, die keine Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Sache haben, besteht eine Aktualisierungspflicht zur Behebung des Sicherheitsmangels.

Der maßgebliche Zeitraum, in dem der Unternehmer zur Bereitstellung der Aktualisierungen verpflichtet ist, wird in § 327f Absatz 1 Satz 3 BGB-E konkretisiert. Nach § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 BGB-E umfasst er im Fall einer dauerhaften Bereitstellung den gesamten Bereitstellungszeitraum. Nach § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB-E erstreckt sich der maßgebliche Zeitraum in Umsetzung von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie in Fällen einmaliger Bereitstellungen beziehungsweise bei einer Reihe einzelner Bereitstellungen über jenen Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Produkte und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann.

Die Länge des Zeitraums, für den die Bereitstellung von Aktualisierungen geschuldet wird, wird in den von § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB-E erfassten Fällen nicht konkretisiert. Dessen Dauer bestimmt sich nach dem, was der Verbraucher unter Einbeziehung der in § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB-E ausdrücklich erwähnten Aspekte erwarten kann. Die berechnete Erwartungshaltung des Verbrauchers ist anhand eines objektiven Maßstabes (vergleiche dazu Erwägungsgrund 46 der Richtlinie) zu beurteilen. Dieser Zeitraum ist nicht auf die Dauer der Gewährleistungsfrist beschränkt und kann über diese hinausreichen (siehe Erwägungsgrund 47 der Richtlinie). Als Beispiel für den Einfluss der Art und des Zwecks des digitalen Produkts auf den relevanten Zeitraum kann auf den Unterschied zwischen einem Betriebssystem einerseits und einer Anwendungssoftware andererseits verwiesen werden. Ein Betriebssystem für ein mit dem Internet verbundenes Gerät wird wegen seiner zentralen Bedeutung länger mit Aktualisierungen zu versorgen sein als eine Anwendungssoftware, für deren Verwendung keine Verbindung mit dem Internet erforderlich ist. Auch die Umstände und die Art des Vertrags sind für die Bemessung der Frist zu berücksichtigen. Die Tatsache, dass ein Unternehmer in bestimmten Abständen regelmäßig neue Versionen eines digitalen Produkts veröffentlicht, hat als solche keinen Einfluss auf die berechnete Verbrauchererwartung – anders jedoch, wenn dies wie zum Beispiel bei Steuerberatungssoftware wegen bestimmter externer Faktoren nach objektiven Maßstäben notwendig erscheint. Andere denkbare Kriterien, welche bei der Bestimmung der berechtigten Verbrauchererwartung zu berücksichtigen sein können, sind die Frage, inwiefern das digitale Produkt weiterhin vertrieben wird oder der Umfang des ohne die Aktualisierung drohenden Risikos.

Wenn das digitale Produkt in einer Sache enthalten oder mit dieser verbunden ist, hat die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer der Sache einen maßgeblichen Einfluss auf die Dauer des Zeitraums, für den der Verbraucher berechtigterweise Aktualisierungen erwarten kann. So darf der Verbraucher zum Beispiel bei komplexen Steuerungsanlagen für Smart-Home-Anwendungen erwarten, dass Aktualisierungen für vertraglich vereinbarte Zusatzfunktionen (zum Beispiel die Steuerung einer Heizung über eine mobile Anwendung) während der objektiv üblichen Nutzungsdauer der Heizungsanlage bereitgestellt werden. Dasselbe dürfte bei in einem Kraftfahrzeug integrierten Geräten wie Navigationssystemen oder Unterhaltungselektronik gelten.

Nicht in § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB-E übernommen wurde die in Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie zusätzlich verwendete Beschreibung des Aktualisierungszeitraums als einen Zeitraum, den der Verbraucher „vernünftigerweise“ erwarten kann. Dies erscheint nicht erforderlich: Welcher Aktualisierungszeitraum erwartet werden kann, bestimmt sich nach dem Erwartungshorizont eines Durchschnittsverbrauchers. Der dem BGB fremde Begriff „vernünftigerweise“ umschreibt nur, was ohnehin zu prüfen ist, nämlich, in welchem Zeitraum ein durch-

schnittlicher „vernünftiger“ Käufer Aktualisierungen erwarten darf (siehe auch die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zu der parallelen Frage der vom Käufer zu erwartenden Beschaffenheit in der Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 214).

Wann beziehungsweise wie schnell der Verbraucher über eine neu erschienene Aktualisierung zu informieren ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und ist anhand eines objektiven Maßstabs zu bestimmen. Um eine praktische Wirksamkeit der Aktualisierungspflicht zu gewährleisten, muss der Unternehmer in einem angemessenen Zeitrahmen nach Auftreten der Vertragswidrigkeit die Aktualisierung bereitstellen und diese auch für einen Zeitraum, der sich an der Dauer der angemessenen Frist nach § 327f Absatz 2 BGB-E orientiert, bereitgestellt lassen. Das Gleiche gilt für die Verpflichtung zur Information des Verbrauchers über die Bereitstellung der Aktualisierung.

Die zur Erfüllung der Informationspflicht benötigten Datenverarbeitungen müssen im Einklang mit der Datenschutz-Grundverordnung erfolgen.

Die Richtlinie lässt unionsrechtliche und mitgliedstaatliche Verpflichtungen zur Bereitstellung von Sicherheitsaktualisierungen laut Erwägungsgrund 47 (letzter Satz) unberührt.

#### **Zu § 327f Absatz 2 BGB-E**

§ 327f Absatz 2 BGB-E regelt die Auswirkungen einer vom Verbraucher nicht installierten Aktualisierung.

Die Richtlinie sieht vor, dass Aktualisierungen vom Verbraucher selbstbestimmt vorgenommen werden können, was aus Sicht des Verbrauchers vorzugswürdig erscheint. Um den Unternehmer nicht über Gebühr zu belasten, soll dieser für den Fall, dass der Verbraucher in jeder Hinsicht vertragsgemäß zur Verfügung gestellte Aktualisierungen nach entsprechender Information nicht installiert, aus seiner Haftung entlassen werden (siehe Erwägungsgrund 47 der Richtlinie).

Der Begriff „installieren“ beschreibt die vom Verbraucher durchzuführenden Maßnahmen, welche im Wesentlichen aus dem Kopieren der Aktualisierungsinhalte und dem damit verbundenen Ausführen der vom Unternehmer als notwendig umschriebenen Schritte bestehen. Im Vergleich zur „Integration“ betrifft die Installation lediglich die Aktualisierung des digitalen Produkts, nicht jedoch hierdurch hervorgerufene Wechselwirkungen mit Hardware, Software oder Netzverbindungen im Sinne der Legaldefinition des § 327e Absatz 4 Satz 2 in Verbindung mit Satz 3 BGB-E.

Die Installation muss innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen. Die Bestimmung der Angemessenheit bleibt der Rechtsprechung überlassen. Neben den insbesondere bei Sicherheitsaktualisierungen bestehenden drohenden Gefahren für die digitale Umgebung des Verbrauchers können auch Umstände wie die für die Installation der Aktualisierung benötigte Zeit oder die Auswirkungen auf andere Hard- und Software hierbei eine Rolle spielen.

#### **Zu § 327f Absatz 2 Nummer 1 BGB-E**

§ 327f Absatz 2 Nummer 1 BGB-E konkretisiert den Inhalt der Informationspflicht des Unternehmers.

Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie. Der Verbraucher soll nicht lediglich über das Erscheinen einer neuen Aktualisierung informiert werden; vielmehr müssen ihm auch für jede einzelne Aktualisierung gesondert hinreichend deutlich die Konsequenzen einer unterbliebenen Installation vor Augen geführt werden. Die hierfür nötigen Anstrengungen des Unternehmers sind in erster Linie an den möglichen Folgen einer unterbliebenen Installation auszurichten. Je gravierender diese ausfallen können, desto eindringlicher muss der Verbraucher gewarnt werden.

#### **Zu § 327f Absatz 2 Nummer 2 BGB-E**

§ 327f Absatz 2 Nummer 2 BGB-E regelt die Auswirkungen mangelhafter Installationsanleitungen auf die Haftung des Unternehmers im Fall einer unsachgemäßen Installation der Aktualisierung.

Ist das digitale Produkt deshalb mangelhaft, weil der Verbraucher die Installation der Aktualisierung vollständig unterlassen oder unsachgemäß durchgeführt hat, kann sich der Unternehmer dann nicht auf § 327f Absatz 2 BGB-E berufen, wenn die fehlende oder fehlerhafte Aktualisierung auf eine vom ihm bereitgestellte mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist.

Damit wird Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie umgesetzt. Dieser überträgt das in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie zum Ausdruck kommende Prinzip auf den Bereich der Aktualisierungen.

#### **Zu § 327g BGB-E**

§ 327g BGB-E sieht eine Regelung für die Behandlung von Rechtsmängeln vor, welche bei Vorliegen der beschriebenen Voraussetzungen Produktmängeln nach § 327e Absatz 2 und 3 BGB-E gleichgestellt sind. Gemäß § 327d BGB-E ergeben sich in diesen Fällen die gleichen Rechtsfolgen wie bei Vorliegen eines Produktmangels.

§ 327g BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 10 der Richtlinie. Rechtsmängel spielen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von digitalen Produkten eine bedeutende Rolle, da ein Großteil der Produkte durch Immaterialgüterrechte geschützt ist. Bedeutung erlangt die mit der Vorschrift bewirkte Klarstellung ferner deshalb, weil der Anwendungsbereich des Untertitels 1 nicht auf das erstmalige Inverkehrbringen eines bestimmten digitalen Produkts beschränkt ist. Der gewerbliche Zweitmarkt für digitale Produkte wird auch von der Richtlinie erfasst, sofern es sich um Verbraucherverträge handelt.

§ 327g BGB-E stellt klar, dass Nutzungseinschränkungen im Rahmen der von § 327e Absatz 2 und 3 BGB-E aufgelisteten subjektiven und objektiven Anforderungen auch dann zur Vertragswidrigkeit führen, wenn sie sich aus der Verletzung von Rechten Dritter ergeben. In Artikel 10 der Richtlinie werden die „Rechte(n) des geistigen Eigentums“ ausdrücklich als Beispiel für die Rechte Dritter hervorgehoben. Insbesondere Urheberrechte und dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte Dritter können die Nutzung der digitalen Produkte durch den Verbraucher rechtlich beschränken. Eine solche Beschränkung kann sich zum Beispiel in der fehlenden Rechtsmacht des Unternehmers äußern, dem Verbraucher die für die vertragsmäßige Nutzung benötigten Rechte einzuräumen. Dies kann darauf beruhen, dass der Unternehmer sich die benötigten Rechte gar nicht vom Rechteinhaber hat einräumen lassen oder dass der Unternehmer trotz Einräumung der Rechte nicht zu deren Weitergabe an den Verbraucher befugt ist. Ferner sind Konstellationen denkbar, in denen der Verbraucher unmittelbar mit dem Rechteinhaber in Verbindung tritt, etwa durch Endnutzer-Lizenzvereinbarungen („End User License Agreements“ – EULA). Teils müssen Verbraucher einer entsprechenden Vereinbarung zustimmen, um digitale Produkte nutzen zu können. Sofern der Verbraucher in einem solchen Fall Nutzungsbeschränkungen akzeptieren muss, können diese ebenfalls als Rechtsmangel angesehen werden.

Schadensersatz, welchen der Verbraucher aufgrund der Verletzung von Rechten Dritter an diese zu zahlen hat, kann er vom Unternehmer – bei Vorliegen der Voraussetzungen – im Wege des Schadensersatzes ersetzt bekommen. Sofern der Verbraucher eigene Aufwendungen für die Beschaffung einer benötigten Lizenz getragen hat, können auch diese an den Unternehmer weitergereicht werden.

#### **Zu § 327h BGB-E**

§ 327h BGB-E enthält die Möglichkeit für die Vertragsparteien, im Einzelnen von den in der Vorschrift genannten objektiven Anforderungen abzuweichen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Verbraucher zum einen vor Abgabe seiner Vertragserklärung über die Abweichung in Kenntnis gesetzt wird und dass diese zum anderen ausdrücklich und gesondert im Vertrag vereinbart wurde.

Diese Bestimmung beruht auf Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie, welcher die mit der Richtlinie angestrebte Gleichrangigkeit von subjektiven und objektiven Anforderungen durchbricht. § 327h BGB-E verlangt vom Unternehmer, dass dieser den Verbraucher „eigens darüber in Kenntnis“ setzt, dass eine Abweichung vorliegt. Die englische Sprachfassung enthält das Wort „specifically“, die französische die Formulierung „spécifiquement“ an Stelle des „eigens“ in der deutschen Fassung. Erwägungsgrund 49 der Richtlinie stellt klar, dass damit die ausdrückliche Information des Verbrauchers gemeint ist.

Der Unternehmer muss den Verbraucher „in Kenntnis setzen“. Dem Verbraucher ist also hinreichend deutlich zu machen, inwieweit etwa die tatsächlich geschuldete Beschaffenheit des digitalen Produkts von der objektiv zu erwartenden Beschaffenheit abweicht, damit er die Tragweite seiner entsprechenden Vertragserklärung in angemessener Weise verstehen kann.

Die Information des Verbrauchers muss vor Abgabe seiner Vertragserklärung erfolgen. Von einer wörtlichen Übernahme des in Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie für den Hinweis genannten Zeitpunkts („zum Zeitpunkt des

Vertragsschlusses“) wurde abgesehen, weil dies für eine wohlüberlegte Entscheidung des Verbrauchers in Kenntnis der Abweichung zu spät sein kann. Es soll der Eindruck vermieden werden, der Unternehmer könne zunächst das Angebot des Verbrauchers abwarten und erst im Zeitpunkt seiner Annahme auf die Abweichung hinweisen.

Die Information muss sich ferner auf ein „bestimmtes Merkmal“ der digitalen Produkte beziehen. Pauschale Aussagen zu möglichen Einschränkungen der Vertragsmäßigkeit genügen damit nicht den Anforderungen von § 327h BGB-E.

Die Abweichung muss „ausdrücklich und gesondert“ vereinbart werden. Eine ausdrückliche Vereinbarung erfordert nach Erwägungsgrund 49 der Richtlinie ein „aktives und eindeutiges Verhalten“. „Gesondert“ bedeutet nach dem entsprechenden Erwägungsgrund „gesondert von anderen Erklärungen oder Vereinbarungen“. Laut Erwägungsgrund 49 der Richtlinie sollen die beiden Bedingungen „ausdrücklich“ und „gesondert“ beispielsweise durch „Anklicken eines Kästchens, Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer ähnlichen Funktion“ erfüllt werden können. Stillschweigen, eine Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vorangekreuzte Kästchen, Untätigkeit oder eine nachträgliche Zustimmung scheiden daher aus. Die Beweislast für die Erfüllung dieser Anforderungen liegt nach den allgemeinen Grundsätzen beim Unternehmer.

### **Zu § 327i BGB-E**

§ 327i BGB-E enthält eine § 437 BGB nachgebildete Übersicht der Rechtsbehelfe des Verbrauchers im Fall eines Mangels. Die aufgezählten Rechtsbehelfe sind Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie entnommen. Die Richtlinie orientiert sich bei den als „Abhilfen“ bezeichneten vertraglichen Rechtsbehelfen an der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Übernommen wurde auch das Konzept der Hierarchie der Gewährleistungsrechte. Wie in § 437 BGB wurde zusätzlich ein Verweis auf die Regelungen zum Schadens- und Aufwendungsersatz aufgenommen, welche nicht Gegenstand der Richtlinie sind.

### **Zu § 327j BGB-E**

§ 327j BGB-E sieht in den Absätzen 1 bis 3 die Regelungen zur Verjährung der in § 327i BGB-E genannten Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen vor. § 327j Absatz 4 BGB-E enthält einen Verweis auf § 218 BGB, welcher für die Gestaltungsrechte sowohl der Vertragsbeendigung als auch der Minderung entsprechende Anwendung finden soll. Diese Regelungen dienen der Umsetzung von Artikel 11 der Richtlinie.

Die Bestimmungen in Artikel 11 Absatz 2 und 3 der Richtlinie sind vor dem Hintergrund der während der Richtlinienverhandlungen gefällten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache *Ferenschild* zu sehen (Urteil vom 13. Juli 2017, - C-133/16 -, zitiert nach Juris). Danach ist zwischen Gewährleistungs- und Haftungsfristen zu unterscheiden; dies vollzieht die Richtlinie in Artikel 11 Absatz 2 und 3 jeweils nach. Im Rahmen der Umsetzung soll – wie bislang auch im Kaufrecht – hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche eine Verjährungsfrist vorgesehen werden. Diese darf allerdings nach den Bestimmungen der Richtlinie nicht dazu führen, dass die in der Richtlinie festgehaltenen Gewährleistungsfristen verkürzt werden.

### **Zu § 327j Absatz 1 BGB-E**

§ 327j Absatz 1 BGB-E bestimmt die Dauer der Verjährungsfrist betreffend Gewährleistungsansprüche nach § 327i Nummer 1 und 3 BGB-E.

Die in § 327j Absatz 1 BGB-E vorgesehene Verjährungsfrist beträgt zwei Jahre. Die Richtlinie sieht in Artikel 11 Absatz 2 Unterabsatz 2 einen Mindestzeitraum für die Verjährung von zwei Jahren vor. Soweit auf die Bereitstellung digitaler Produkte derzeit Kauf- oder Werkvertragsrecht Anwendung findet, gilt bereits nach gegenwärtiger Rechtslage eine Verjährungsfrist von zwei Jahren (§ 438 Absatz 1 Nummer 3, § 634a Absatz 1 Nummer 1 BGB). Die Besonderheiten von digitalen Produkten lassen eine über diese zwei Jahre hinausreichende Ausdehnung der Verjährungsfrist im Regelfall nicht erforderlich erscheinen. Aufgrund der Beweisschwierigkeiten des Verbrauchers dürfte die Dauer, für die die Beweislastumkehr gilt, für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen von größerer Bedeutung sein.

§ 327j Absatz 1 BGB-E erfasst sowohl Gewährleistungsansprüche aus Verträgen über die einmalige als auch über solche aus Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung digitaler Produkte; eine Differenzierung erfolgt an dieser Stelle nicht.

**Zu § 327j Absatz 2 BGB-E**

§ 327j Absatz 2 BGB-E regelt den Beginn der Verjährungsfristen für die von § 327j Absatz 1 BGB-E erfassten Ansprüche.

§ 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB-E regelt den Beginn der Verjährungsfrist betreffend Gewährleistungsansprüche im Rahmen von dauerhaften Bereitstellungen digitaler Produkte. Das „Ende des Bereitstellungszeitraums“ nach § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB-E kann sowohl durch den Ablauf einer von vornherein bestimmten Vertragszeit erreicht als auch durch Ausübung des Kündigungsrechts seitens einer der Parteien herbeigeführt werden.

§ 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 BGB-E regelt hingegen den Beginn der Verjährungsfrist für alle anderen von § 327j Absatz 1 BGB-E erfassten Ansprüche. Dies betrifft insbesondere Ansprüche aus Verträgen über die einmalige Bereitstellung digitaler Produkte sowie solche aus Verträgen über eine Reihe einzelner Bereitstellungen im Sinne des § 327b Absatz 5 Satz 1 BGB-E. Da diese Fälle der üblichen Konstellation beim Kaufvertrag ähneln, orientiert sich die gewählte Lösung in § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 BGB-E insoweit an § 438 Absatz 2 Halbsatz 2 BGB. Die in Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehene Variante der „Reihe einzelner Bereitstellungen“ zielt auf die sukzessive Vertragserfüllung. Auch sie ist von § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 BGB-E erfasst. Auf die Ausführungen zur Abgrenzung der unterschiedlichen Formen der Bereitstellung in der Begründung zu § 327b Absatz 5 BGB-E wird verwiesen.

§ 327j Absatz 2 Satz 2 BGB-E trifft eine gesonderte Bestimmung für den Beginn der Verjährungsfrist bei Ansprüchen aufgrund der Verletzung einer sich aus § 327f BGB-E ergebenden Aktualisierungspflicht für andere als dauerhafte Bereitstellungen. Da eine solche Aktualisierungspflicht den Unternehmer auch noch nach dem Ablauf der sich aus dem Zusammenspiel von § 327j Absatz 1 BGB-E und § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 BGB-E zu ermittelnden allgemeinen Verjährungsfrist treffen könnte, ist die Regelung in § 327j Absatz 2 Satz 2 BGB-E erforderlich. Der Beginn der Verjährungsfrist wird an den Ablauf des gemäß § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB-E maßgeblichen Zeitraums gekoppelt. Hierdurch wird hinsichtlich unterlassener oder fehlerhafter Aktualisierungen gewährleistet, dass auch noch nach Ablauf des Verpflichtungszeitraums erkannte Mängel geltend gemacht werden können. Der Beginn der Verjährungsfrist betreffend Ansprüche aus der Verletzung einer Aktualisierungspflicht im Rahmen dauerhafter Bereitstellungen ergibt sich hingegen bereits aus § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB-E.

§ 327j Absatz 2 BGB-E regelt allein den Beginn der Verjährungsfrist. Die Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB über sonstige Aspekte der Verjährung, insbesondere über die Hemmung und den Neubeginn der Verjährung sollen auch auf die in § 327j BGB-E bestimmten Verjährungsfristen Anwendung finden.

**Zu § 327j Absatz 3 BGB-E**

Nach § 327j Absatz 3 BGB-E tritt die Verjährung nicht früher als zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, zu dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat. Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 11 Absatz 2 Unterabsatz 3 der Richtlinie. Danach haben die Mitgliedstaaten, welche eine Verjährungsfrist vorsehen, sicherzustellen, dass diese es dem Verbraucher ermöglicht, die Gewährleistungsrechte bei einer Vertragswidrigkeit, die während der Verjährungsfrist offenbar wird, in Anspruch zu nehmen. Daher ergibt sich für den deutschen Gesetzgeber der Bedarf für eine entsprechende Gestaltung. Der Zeitraum von zwei Monaten dürfte es dem Verbraucher erlauben, auch dann seine Rechte ausreichend wahrzunehmen, wenn der Mangel erst kurz vor dem Ablauf der Verjährungsfrist offenbar wird.

**Zu § 327j Absatz 4 BGB-E**

Bei Vertragsbeendigung und Minderung handelt es sich – anders als bei Nacherfüllung und Schadens- oder Aufwendungsersatz – nicht um Ansprüche, sondern um Gestaltungsrechte. Die Regelungen zu den Verjährungsfristen in § 327j Absatz 1 bis 3 BGB-E sind mithin insoweit nicht unmittelbar anwendbar. Daher ist für die Vertragsbeendigung und die Minderung § 218 BGB entsprechend heranzuziehen.

§ 218 BGB dient der Übertragung der gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregelungen auf das Gestaltungsrecht des Rücktritts und kann somit sowohl für die Vertragsbeendigung als auch bei der Minderung nur entsprechend herangezogen werden. Damit gelten die in § 327j Absatz 1 bis 3 BGB-E für einmalige Bereitstellungen

und für dauerhafte Bereitstellungen enthaltenen Verjährungsfristen auch für die Vertragsbeendigung und die Minderung.

Vorbild für die Regelung in § 327j Absatz 4 BGB-E ist § 438 Absatz 4 Satz 1 BGB. Das in § 438 Absatz 4 Satz 2 BGB enthaltene Leistungsverweigerungsrecht sowie das in § 438 Absatz 4 Satz 3 BGB enthaltene Rücktrittsrecht wurden nicht übernommen.

#### **Zu § 327k BGB-E**

§ 327k BGB-E enthält Regelungen zur Beweislast im Fall eines Mangels.

#### **Zu § 327k Absatz 1 und 2 BGB-E**

§ 327k Absatz 1 und 2 BGB-E enthalten die grundsätzlichen Regelungen zur Beweislastverteilung. Sie differenzieren – ähnlich wie § 327j BGB-E – danach, ob es sich bei der vertragsgegenständlichen Bereitstellung um eine dauerhafte Bereitstellung handelt oder nicht. Dies entspricht der in Artikel 12 Absatz 2 und 3 der Richtlinie vorgenommenen Unterscheidung, welche durch Verweise auf Artikel 11 Absatz 2 beziehungsweise 3 der Richtlinie vorgenommen wird.

Während § 327k Absatz 2 BGB-E die Beweislastumkehr im Fall einer dauerhaften Bereitstellung regelt, betrifft § 327k Absatz 1 BGB-E die Regelung für alle anderen Konstellationen. Dies sind namentlich die Fälle einer einmaligen Bereitstellung oder einer Reihe einzelner Bereitstellungen. Der Zeitraum, in dem sich der Verbraucher auf die Beweislastumkehr in den Fällen des § 327k Absatz 1 BGB-E berufen kann, ist durch die Richtlinie auf ein Jahr nach der jeweiligen Bereitstellung festgelegt. In den Fällen des § 327k Absatz 2 BGB-E erstreckt sich die Beweislastumkehr nach der Richtlinie auf den bisherigen Bereitstellungszeitraum.

Beide Regelungen enthalten Vermutungen für das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Bereitstellung. Auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Artikel 5 Absatz 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Urteil vom 4. Juni 2015, - C-497/13 - *Faber*, zitiert nach *Juris*, Rn. 53 f.) kann insoweit zurückgegriffen werden. Der Verbraucher muss lediglich die Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts zum Zeitpunkt der Geltendmachung seiner Rechte beweisen. Eine Änderung in dieser Hinsicht ergibt sich auch nicht durch den von der Parallelvorschrift in Artikel 11 Absatz 1 der Warenkaufrichtlinie abweichenden Wortlaut von Artikel 12 der Richtlinie. Dies zeigt zum einen der Vergleich mit Artikel 11 Absatz 3 der Warenkaufrichtlinie und zum anderen Erwägungsgrund 59 der Richtlinie.

§ 327k Absatz 1 BGB-E stellt darauf ab, dass ein „von den Anforderungen nach § 327e oder § 327g abweichender Zustand“ vorliegt. Anders als im geltenden § 477 BGB wird nicht auf das Vorliegen eines Mangels abgestellt, um dies durch die Formulierung nicht zu präjudizieren.

#### **Zu § 327k Absatz 3 BGB-E**

§ 327k Absatz 3 BGB-E beinhaltet die Ausnahmen von den Regelungen zur Beweislastumkehr nach § 327k Absatz 1 und 2 BGB-E.

#### **Zu § 327k Absatz 3 Nummer 1 BGB-E**

Sofern der Unternehmer wie in § 327k Absatz 3 Nummer 1 BGB-E vorgesehen beweist, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers den entsprechenden technischen Anforderungen nicht genügt, trägt der Verbraucher in Anwendung der allgemeinen Grundsätze die Beweislast dafür, dass die digitalen Produkte zur maßgeblichen Zeit mangelhaft waren. Maßgeblich ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Bereitstellung, bei dauerhaften Bereitstellungen die bisherige Dauer der Bereitstellung gemäß § 327k Absatz 2 BGB-E.

Gegenstand der Beweisführung durch den Unternehmer ist die zur maßgeblichen Zeit vorhandene digitale Umgebung. Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus dem mit der Bestimmung umgesetzten Artikel 12 Absatz 4 der Richtlinie, welcher darauf Bezug nimmt, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers nicht kompatibel „ist“ (und nicht: „war“). Es ergibt sich jedoch aus dem Zusammenhang mit Artikel 12 Absatz 5 Satz 3 der Richtlinie, welcher auf den „in Artikel 11 Absatz 2 beziehungsweise 3 genannten Zeitpunkt“ verweist. Eine Legaldefinition des Begriffs der digitalen Umgebung findet sich in § 327e Absatz 4 Satz 3 BGB-E. Demgemäß umfasst die digitale Umgebung – neben der vorhandenen Hardware und Software – auch Netzverbindungen aller Art.



Der aus der Richtlinie übernommene Begriff „kompatibel“ bezieht sich an dieser Stelle auf die digitale Umgebung des Verbrauchers. Die Legaldefinition des Begriffs „Kompatibilität“ in § 327e Absatz 2 Satz 3 BGB-E, welche ein Kriterium für die Vertragsmäßigkeit der digitalen Produkte betrifft, kann für dessen Interpretation nur unter Berücksichtigung dieses anderen Bezugspunktes verwendet werden.

#### **Zu § 327k Absatz 3 Nummer 2 BGB-E**

Nach § 327k Absatz 3 Nummer 2 BGB-E kann die Beweislastumkehr auch entfallen, wenn der Verbraucher zumutbare Mitwirkungshandlungen bei der Fehlersuche des Unternehmers unterlässt. Die Regelung ist nicht als einklagbare Mitwirkungspflicht des Verbrauchers ausgestaltet, sondern als bloße Obliegenheit. Kommt der Verbraucher dieser Obliegenheit nicht nach, trägt er die Beweislast für die Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts (Artikel 12 Absatz 5 Satz 3 der Richtlinie).

§ 327k Absatz 3 Nummer 2 BGB-E beschränkt sich auf Mitwirkungshandlungen zur Feststellung, ob die Ursache für die Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts zur maßgeblichen Zeit in der digitalen Umgebung des Verbrauchers lag. Die Ermittlung der genauen Ursache der Mangelhaftigkeit ist hiervon nicht umfasst.

Die Mitwirkungshandlungen müssen nach Artikel 12 Absatz 5 Satz 1 der Richtlinie „vernünftigerweise notwendig“ sein. Die Notwendigkeit beurteilt sich nach einem objektiven Maßstab unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Nach Erwägungsgrund 46 der Richtlinie sind hierbei die Art und der Zweck der digitalen Produkte, die Umstände des Einzelfalls und die Gebräuche und Gepflogenheiten der Vertragsparteien zu berücksichtigen.

Ferner muss dem Verbraucher die Mitwirkungshandlung nach Artikel 12 Absatz 5 Satz 1 der Richtlinie „möglich“ sein. Dieses Tatbestandsmerkmal ist autonom unionsrechtlich auszulegen.

Der letzte Halbsatz von § 327k Absatz 3 Nummer 2 BGB-E beschränkt den Einsatz technisch verfügbarer Mittel auf diejenigen, welche den „geringsten Eingriff“ für den Verbraucher darstellen. Dies dient der Umsetzung der Vorgabe in Artikel 12 Absatz 5 Satz 2 der Richtlinie und trägt insbesondere den in den Artikeln 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten auf Achtung der Kommunikation sowie des Schutzes der personenbezogenen Daten des betroffenen Verbrauchers Rechnung (siehe dazu auch Erwägungsgrund 60 der Richtlinie).

Die Regelungen zur Zusammenarbeit zwischen Verbraucher und Unternehmer sind nach Artikel 12 Absatz 5 der Richtlinie auf die technisch verfügbaren Mittel beschränkt, die für den Verbraucher den geringsten Eingriff darstellen. Erwägungsgrund 60 der Richtlinie konkretisiert dies dahingehend, dass diejenigen Mittel gemeint sind, welche die Privatsphäre des Verbrauchers am wenigsten beeinträchtigen. Dies ist zum Schutz des Verbrauchers anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen. Die Verwendung technischer Mittel, welche diesem Maßstab nicht genügen, kann dem Verbraucher nicht zugemutet werden. Sofern der Unternehmer sich auf § 327k Absatz 3 Nummer 2 BGB-E berufen will, muss er technische Mittel verwenden, welche unter anderem mit Blick auf die in Erwägungsgrund 50 der Richtlinie erwähnten Aspekte wie Standards oder bewährte Verfahren die höchsten Anforderungen an den Schutz der Privatsphäre erfüllen.

Als Beispiel für die angesprochenen technischen Mittel nennt Erwägungsgrund 60 der Richtlinie zunächst die Übermittlung von automatisch erzeugten Fehlerberichten. Eine Zustimmung des Verbrauchers zu einer solchen Übermittlung kann nicht stillschweigend angenommen werden, sondern dürfte aktiv zu erteilen sein. Unter einem ebenfalls in Erwägungsgrund 60 der Richtlinie erwähnten virtuellen Zugang zur digitalen Umgebung des Verbrauchers sind zum Beispiel Möglichkeiten für einen Fernzugriff zu verstehen, welche in erster Linie für die Fernwartung verwendet werden. Entscheidend dürfte mit Blick auf die Frage der Zumutbarkeit sein, wie ein solcher Fernzugriff im konkreten Fall ausgeführt werden soll. Sofern zum Beispiel gegen die vom Unternehmer verwendete Software für den Fernzugriff Sicherheitsbedenken bestehen oder im Rahmen der Durchführung des Fernzugriffs Datenschutzverstöße drohen, kann ein Einsatz im konkreten Fall unzumutbar sein und würde somit nicht den geringsten Eingriff darstellen.

#### **Zu § 327k Absatz 4 BGB-E**

§ 327k Absatz 4 BGB-E sieht vor, dass der Unternehmer sich nur dann auf die Ausnahmen nach § 327k Absatz 3 BGB-E berufen kann, wenn er den Verbraucher in klarer und verständlicher Weise über den in Bezug genommenen Regelungsinhalt von § 327k Absatz 3 Nummer 1 und 2 BGB-E informiert hat. Für die Auslegung der

Begriffe „klar“ und „verständlich“ kann auf die Rechtsprechung zu § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB zurückgegriffen werden.

§ 327k Absatz 4 Nummer 1 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 12 Absatz 4 letzter Halbsatz der Richtlinie; § 327k Absatz 4 Nummer 2 BGB-E der Umsetzung von Artikel 12 Absatz 5 Satz 3 der Richtlinie.

### **Zu § 327i BGB-E**

Als Rechtsbehelf der ersten Stufe ist in der Richtlinie das Recht des Verbrauchers auf Nacherfüllung, also auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands festgelegt. § 327i BGB-E setzt damit Artikel 14 Absatz 2 und 3 der Richtlinie um. Der nicht in der Richtlinie verwendete Begriff der Nacherfüllung soll wegen der Vergleichbarkeit mit den Regelungen im Kauf- und Werkvertragsrecht bei der Umsetzung synonym für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verwendet werden.

### **Zu § 327l Absatz 1 BGB-E**

Der Verbraucher hat nach Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie einen Anspruch auf Nacherfüllung, welche er nach § 327l Absatz 1 BGB-E vom Unternehmer verlangen kann. Er muss dabei das Wort „Nacherfüllung“ nicht verwenden. Es genügt vielmehr, wenn er dem Unternehmer die Tatsachen mitteilt, aus denen sich die Vertragswidrigkeit ergibt, sofern der Unternehmer aus den mitgeteilten Tatsachen die entsprechenden Schlüsse ziehen kann.

Anders als die Warenkaufrichtlinie differenziert Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie nicht zwischen verschiedenen Möglichkeiten zur Beseitigung eines Mangels. Wie der Unternehmer die Vertragsmäßigkeit herstellt, wird ihm überlassen. Dem Verbraucher steht kein Wahlrecht zu, entweder eine Nachbesserung des digitalen Produkts oder dessen erneute Bereitstellung zu verlangen. Im Gegensatz zur Verpflichtung nach § 439 BGB hat der Unternehmer gemäß § 327l Absatz 1 BGB-E die freie Wahl der Mittel, um seine Verpflichtung zur Herstellung der Vertragsmäßigkeit zu erfüllen.

In Erwägungsgrund 63 der Richtlinie werden beispielhaft, aber nicht abschließend, Vergleiche zu den im Rahmen des Kaufrechts als Nachbesserung und Nachlieferung bezeichneten Möglichkeiten der Nacherfüllung angestellt. Der Unternehmer kann hieran angelehnt etwa durch Übermittlung einer aktualisierten Version eines digitalen Produkts oder durch dessen erneut bereitgestellte fehlerfreie Kopie nacherfüllen; er ist hierauf aber nicht beschränkt. Der Unternehmer kann dem Verbraucher auch im Rahmen der Nacherfüllung entsprechende Möglichkeiten zur Behebung des Mangels zur Verfügung stellen. Hierin dürfte allerdings bereits ein Nacherfüllungsversuch gemäß § 327m Absatz 1 Nummer 3 BGB-E zu sehen sein.

Die Nacherfüllung muss für den Verbraucher unentgeltlich erfolgen (Artikel 14 Absatz 3 der Richtlinie). Im Verhältnis zum Verbraucher hat der Unternehmer die ihm entstehenden Aufwendungen allein zu tragen. Sofern der Unternehmer zur Erfüllung seiner Nacherfüllungspflicht andere Personen einbindet, muss auch deren Tätigkeit für den Verbraucher unentgeltlich erfolgen. Andere Kosten, insbesondere für die Datenübermittlung, sind hiervon nicht erfasst. Diese können jedoch vom Verbraucher bei Vorliegen der Voraussetzungen gegebenenfalls als Schadensersatz geltend gemacht werden.

Die Vorgabe einer angemessenen Frist stellt die notwendige Flexibilität sicher, um den Anforderungen an die Vielfalt digitaler Produkte im Einzelfall gerecht werden zu können. Die Parteien können im Einzelfall auch eine Frist für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Produkte vereinbaren. Hierauf weist auch Erwägungsgrund 64 der Richtlinie hin. Artikel 14 Absatz 3 der Richtlinie sieht lediglich den Ablauf einer angemessenen Frist vor, nicht aber, dass der Verbraucher diese dem Unternehmer gesetzt haben muss.

Eine mögliche erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher kann sich insbesondere daraus ergeben, dass dieser zur Ermöglichung der Nacherfüllung erhebliche Änderungen an anderer eigener Soft- oder Hardware vornehmen muss, vor allem wenn dies wiederum Auswirkungen auf die Funktionalitäten anderer als der vertragsgegenständlichen digitalen Produkte hat.

### **Zu § 327l Absatz 2 BGB-E**

§ 327l Absatz 2 BGB-E sieht vor, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Nacherfüllung ausgeschlossen ist, wenn die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands unmöglich oder nur unter Aufwendung unverhältnismäßiger Kosten möglich wäre.

Dass der Anspruch auf Nacherfüllung zum einen ausgeschlossen ist, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist, ergibt sich aus Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie. Unmöglichkeit im Sinne der Richtlinie umfasst sowohl die tatsächliche als auch die rechtliche Unmöglichkeit, wie sich aus Erwägungsgrund 65 der Richtlinie ergibt. Deshalb kann hier – wie auch im Rahmen der kaufrechtlichen Nacherfüllung – auf § 275 Absatz 1 BGB verwiesen werden. Anders als bislang im Kaufrecht findet § 275 Absatz 2 und 3 BGB hingegen keine Anwendung neben den in § 327l Absatz 2 BGB-E festgehaltenen Leistungsverweigerungsrechten. Die in § 275 Absatz 2 und 3 BGB vorgesehenen Gründe für den Ausschluss der Leistungspflicht finden keine Entsprechung in der Richtlinie. Daher kann hier nur auf § 275 Absatz 1 BGB verwiesen werden.

Zum anderen ist der Anspruch auf Nacherfüllung ausgeschlossen, wenn die Nacherfüllung für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Da der Verbraucher – anders als im Kaufrecht – nicht zwischen verschiedenen Möglichkeiten zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands wählen kann, ist die Frage nach der Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 327l Absatz 2 BGB-E mit Blick auf alle in Betracht kommenden Möglichkeiten zu beantworten. Eine relative Unmöglichkeit kann es vor diesem Hintergrund – anders als im Kaufrecht – nicht geben.

Anders als die Warenkaufrichtlinie in Artikel 13 Absatz 3 sieht die Richtlinie in Artikel 14 Absatz 2 nicht ausdrücklich das Recht des Unternehmers vor, die Nacherfüllung zu verweigern. Eine Weigerung des Unternehmers ist jedoch gleichwohl möglich; auch Erwägungsgrund 65 der Richtlinie geht hiervon aus. Im Fall der Weigerung hat der Verbraucher die Möglichkeit, den Vertrag nach § 327m Absatz 1 Nummer 5 BGB-E zu beenden.

In die Beurteilung der Frage, wann nach § 327l Absatz 2 Satz 1 BGB-E die Nacherfüllung für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist, sind nach § 327l Absatz 2 Satz 2 BGB-E der Wert des digitalen Produkts in mangelfreiem Zustand sowie die Bedeutung des Mangels miteinzubeziehen. Diese Regelung beruht auf Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe a und b der Richtlinie. Die Formulierungen der Richtlinie sind aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie übernommen (dort in Artikel 3 Absatz 3 Satz 2) und entsprechend modifiziert. Vor diesem Hintergrund kann für deren Auslegung teilweise auf die zu § 439 Absatz 4 Satz 2 BGB ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden. In die Betrachtung ist ferner miteinzubeziehen, inwiefern dem Unternehmer Synergieeffekte zugutekommen. Diese könnten sich daraus ergeben, dass aus Anlass einer Mangelbeseitigung eine Verbesserung vorgenommen wird, die im Wege einer Aktualisierung für eine Vielzahl gleichermaßen betroffener Verbraucher weiterverwendet werden kann.

### **Zu § 327m BGB-E**

§ 327m BGB-E enthält Regelungen zur Vertragsbeendigung und zum Schadensersatz im Fall des Vorliegens eines Mangels. Anders als bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kann bei der Umsetzung dieser Richtlinie nicht auf die allgemeinen Regelungen zum Rücktritt verwiesen werden. Da die in der Richtlinie vorgesehene Möglichkeit zur Vertragsbeendigung sowohl Verträge mit einem einmaligen Leistungsaustausch als auch Dauerschuldverhältnisse betrifft, wäre eine differenzierte Anwendung von Rücktritt einerseits und Kündigung andererseits für die Rechtsanwendung schwer nachvollziehbar und zudem fehleranfällig. Mit der gewählten Art der Umsetzung besteht ein einheitliches Recht für alle von der Richtlinie erfassten Verträge und zudem für die Fälle unterbliebener Bereitstellungen einerseits (§ 327c BGB-E) und mangelhafter Bereitstellungen andererseits (§ 327m BGB-E).

Die Regelung setzt das in der Richtlinie zum Ausdruck kommende Prinzip des Vorrangs der Nacherfüllung um.

### **Zu § 327m Absatz 1 BGB-E**

§ 327m Absatz 1 BGB-E enthält eine Auflistung derjenigen Konstellationen, in denen für den Verbraucher das Recht zur Vertragsbeendigung besteht. Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 14 Absatz 4 der Richtlinie. Bedeutsam ist § 327m Absatz 1 BGB-E ferner für den Schadensersatz- und den Aufwendungsersatzanspruch nach § 327m Absatz 3 BGB-E sowie für die Möglichkeit zur Minderung nach § 327n BGB-E.

### **Zu § 327m Absatz 1 Nummer 1 BGB-E**

Nach § 327m Absatz 1 Nummer 1 BGB-E kann der Verbraucher den Vertrag beenden, wenn die Nacherfüllung gemäß § 327l Absatz 2 BGB-E nach § 275 Absatz 1 BGB unmöglich oder mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe a der Richtlinie. Anders als im Kaufrecht muss der Unternehmer die Nacherfüllung nicht wegen Unmöglichkeit oder unverhältnismäßiger

Kosten verweigert haben. Sofern der Verbraucher aus eigener Anschauung allerdings nicht beurteilen kann, ob die Voraussetzungen von § 327m Absatz 1 Nummer 1 BGB-E vorliegen, wird er die Vertragsbeendigung in der Regel nur nach erfolgter Weigerung der Nacherfüllung durch den Unternehmer erklären können.

#### **Zu § 327m Absatz 1 Nummer 2 BGB-E**

Nach § 327m Absatz 1 Nummer 2 BGB-E ist der Verbraucher zur Vertragsbeendigung berechtigt, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung nicht gemäß § 327l Absatz 1 BGB-E vorgenommen hat. Das betrifft den Fall, dass der Unternehmer seine diesbezüglichen Pflichten bei der Nacherfüllung nicht erfüllt hat. Durch das Recht des Verbrauchers auf Vertragsbeendigung sollen Unternehmer zur Erfüllung der in § 327l Absatz 1 BGB-E vorgesehenen Anforderungen bewegt werden. Wenn der Anspruch nach § 327l Absatz 2 BGB-E ausgeschlossen ist, greift § 327m Absatz 1 Nummer 1 BGB-E ein.

Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie.

#### **Zu § 327m Absatz 1 Nummer 3 BGB-E**

§ 327m Absatz 1 Nummer 3 BGB-E eröffnet das Recht des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung für den Fall, dass sich trotz des Nacherfüllungsversuchs des Unternehmers ein Mangel zeigt.

Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe c der Richtlinie. Im Gegensatz zu Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe d der Richtlinie spricht Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe c der Richtlinie von „eine(r) Vertragswidrigkeit“. Hier soll folglich jedwede, also auch eine andere Vertragswidrigkeit genügen, um die Möglichkeit zur Vertragsbeendigung zu eröffnen. In diesem Fall soll der Verbraucher nicht auf einen weiteren Nacherfüllungsversuch verwiesen werden, weil davon auszugehen ist, dass sein Vertrauen in den Unternehmer erschüttert ist.

Nach der Richtlinie wird ferner vorausgesetzt, dass sich die neuerliche Vertragswidrigkeit „trotz des (Nacherfüllungs-)Versuchs“ des Unternehmers zeigt. Damit sind zum einen erfolglose Nacherfüllungsversuche durch den Unternehmer hinsichtlich des durch den Verbraucher geltend gemachten Mangels erfasst. Zum anderen jedoch auch mit Blick auf den geltend gemachten Mangel erfolgreiche Nacherfüllungsversuche, wenn sich hiernach ein anderer Mangel zeigt.

Ferner ist vorausgesetzt, dass sich der Mangel „zeigt“, was bereits bei Bereitstellung vorliegende, aber noch nicht erkennbare Mängel umfasst. Damit wird an dieser Stelle die gleiche Lösung gewählt wie bei der Umsetzung der Formulierung „offenbar wird“ in Artikel 12 Absatz 2 und 3 der Richtlinie. Dies entspricht den Formulierungen in der englischen Sprachfassung der Richtlinie, welche mit „appears“ einerseits und „becomes apparent“ andererseits zwei Formulierungen verwendet, die auf dem gleichen Wortstamm fußen. Noch deutlicher wird dies in der französischen Sprachfassung, welche an allen drei genannten Stellen der Richtlinie jeweils das Wort „apparaît“ verwendet.

#### **Zu § 327m Absatz 1 Nummer 4 BGB-E**

§ 327m Absatz 1 Nummer 4 BGB-E berechtigt den Verbraucher für den Fall, dass ein schwerwiegender Mangel vorliegt, zur sofortigen Vertragsbeendigung.

Die Beurteilung, ob ein Mangel derart schwerwiegend ist, dass die sofortige Vertragsbeendigung gerechtfertigt ist, wird eine Abwägung der widerstreitenden Interessen von Verbraucher und Unternehmer im Einzelfall nach sich ziehen. Als Beispiel für einen schwerwiegenden Mangel führt Erwägungsgrund 65 der Richtlinie den Fall an, dass dem Verbraucher ein Antivirenprogramm bereitgestellt wird, welches selbst mit Viren infiziert ist. Hier ist das Vertrauen des Verbrauchers in den Unternehmer bereits derart beeinträchtigt, dass er einen Nacherfüllungsversuch nicht abwarten muss.

#### **Zu § 327m Absatz 1 Nummer 5 BGB-E**

§ 327m Absatz 1 Nummer 5 BGB-E stellt darauf ab, dass der Unternehmer eine Nacherfüllung unter den Bedingungen des § 327l Absatz 1 Satz 2 BGB-E verweigert. Die Regelung dient – ebenso wie § 327m Absatz 1 Nummer 6 BGB-E – der Umsetzung von Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe e der Richtlinie.

Eine Verweigerung der Nacherfüllung durch den Unternehmer kann entweder berechtigt sein oder nicht. Ist die Verweigerung berechtigt, geht der Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers unter und der Weg für die Geltendmachung der Rechtsbehelfe der zweiten Stufe wird durch § 327m Absatz 1 Nummer 5 BGB-E eröffnet. Im Fall der unberechtigten Verweigerung der Nacherfüllung durch den Unternehmer hat der Verbraucher die Wahl, entweder seinen materiellen Nacherfüllungsanspruch durchzusetzen oder auf die weiteren Rechtsbehelfe zurückzugreifen. Die Frage, ob die Verweigerung des Unternehmers in diesem Sinne berechtigt ist oder nicht, spielt für die Anwendung von § 327m Absatz 1 Nummer 5 BGB-E jedoch keine Rolle.

#### **Zu § 327m Absatz 1 Nummer 6 BGB-E**

§ 327m Absatz 1 Nummer 6 BGB-E ergänzt § 327m Absatz 1 Nummer 5 BGB-E dahingehend, dass der Verbraucher den Vertrag auch dann beenden kann, wenn zwar keine ausdrückliche Weigerung des Unternehmers vorliegt, es aber doch anhand der Umstände offensichtlich ist, dass dieser nicht gemäß § 327l Absatz 1 Satz 2 BGB-E nacherfüllen wird.

#### **Zu § 327m Absatz 2 BGB-E**

Nach § 327m Absatz 2 Satz 1 BGB-E ist das Recht des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. Dies dient der Umsetzung von Artikel 14 Absatz 6 Satz 1 der Richtlinie.

Nach § 327m Absatz 2 Satz 2 BGB-E greift die Schwelle der Unerheblichkeit allerdings nicht bei solchen Verträgen, bei denen der Verbraucher ausschließlich im Sinne des § 327 Absatz 3 BGB-E mit „seinen Daten bezahlt“. Für den Fall, dass der Verbraucher in einem solchen Fall jedoch ergänzend einen Preis gezahlt hat, findet die Schwelle der Unerheblichkeit weiterhin Anwendung.

Die Regelung zur Beweislast in Artikel 14 Absatz 6 Satz 2 der Richtlinie bedarf keiner gesonderten Umsetzung, da sie den allgemeinen Regelungen der Beweislastverteilung entspricht.

Die Richtlinie sieht zu Teilleistungen keine gesonderten Regelungen vor. Werden Teilleistungen erbracht, stellt sich auch insoweit die Frage, ob der Mangel (weiterhin) erheblich ist.

§ 327m Absatz 1 und 2 BGB-E ist an § 323 BGB angelehnt. Die Regelung des § 323 Absatz 4 BGB findet hingegen keine Entsprechung, da die Richtlinie – anders als die Warenkaufrichtlinie – wegen der Regelungen zur Bereitstellung insoweit abschließende Regelungen trifft.

#### **Zu § 327m Absatz 3 BGB-E**

§ 327m Absatz 3 BGB-E enthält die Voraussetzungen, nach denen der Verbraucher im Fall des Vorliegens eines der in § 327m Absatz 1 BGB-E aufgeführten Tatbestände einen Anspruch auf Schadensersatz hat.

§ 327m Absatz 3 Satz 1 BGB-E tritt an die Stelle des § 281 BGB und passt dessen Regelungsinhalt entsprechend an. Der auf § 283 Satz 1 und § 311a Absatz 2 Satz 1 BGB beschränkte Verweis in § 327m Absatz 3 Satz 2 BGB-E schließt die Anwendbarkeit von § 283 Satz 2 und § 311a Absatz 2 Satz 2 und 3 BGB für den Schadensersatz statt der Leistung für den Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung nach § 275 Absatz 1 BGB aus. § 327m Absatz 3 Satz 3 BGB-E ist das Äquivalent zu § 281 Absatz 5 BGB, auf den wegen der besonderen Bestimmungen der Richtlinie zu den Folgen der Vertragsbeendigung nicht zurückgegriffen werden kann. Die Regelung zur entsprechenden Anwendbarkeit von § 325 BGB in § 327m Absatz 3 Satz 4 BGB-E soll sicherstellen, dass die Vertragsbeendigung neben den von § 327m Absatz 3 BGB-E erfassten Schadensersatzansprüchen möglich bleibt.

#### **Zu § 327m Absatz 4 BGB-E**

§ 327m Absatz 4 Satz 1 BGB-E enthält – entsprechend der Regelung in § 327c Absatz 6 BGB-E – ein besonderes Vertragslösungsrecht, von dem der Verbraucher bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 327m Absatz 1 BGB-E Gebrauch machen kann. Hierfür ist nach § 327m Absatz 4 Satz 1 BGB-E erforderlich, dass ein Mangel eines in einem Paketvertrag nach § 327a Absatz 1 BGB-E enthaltenen digitalen Produkts die Verwendbarkeit der weiteren Bestandteile des Pakets derart beeinträchtigt, dass der Verbraucher an diesen weiteren Leistungen kein Interesse hat. Für die Auslegung des Begriffs „Interesse“ kann auf die Rechtsprechung zum entsprechenden Tatbestandsmerkmal in § 323 Absatz 5 Satz 1 BGB zurückgegriffen werden.

Artikel 3 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie sieht ausdrücklich vor, dass diese Frage vom mitgliedstaatlichen Recht zu regeln ist. Um der Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen und der hiervon gegebenenfalls betroffenen Vertragsarten des Abschnitts 8 des Buches 2 gerecht zu werden, wird auf den Begriff der Vertragslösung zurückgegriffen, welcher – wie zum Beispiel in § 309 Nummer 8 BGB – insbesondere die Rechtsbehelfe des Rücktritts und der Kündigung mitumfasst. Die Rechtsfolgen ergeben sich aus den jeweils einschlägigen Bestimmungen. Das gleiche gilt für alle weiteren vertragsrechtlichen Folgen, einschließlich Schadensersatzansprüche.

§ 327m Absatz 4 Satz 2 BGB-E nimmt elektronische Kommunikationsdienste nach ... [einsetzen: Umsetzungs-vorschrift zu Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie 2018/1972] von der Regelung in § 327m Absatz 4 Satz 1 BGB aus. Dies geschieht mit Blick darauf, dass Artikel 3 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie vorsieht, dass die Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen unbeschadet des Artikels 107 Absatz 2 der Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation – welcher ähnliche Rechte des Verbrauchers vorsieht – erlassen können.

#### **Zu § 327m Absatz 5 BGB-E**

§ 327m Absatz 5 BGB-E räumt dem Verbraucher ebenfalls ein besonderes Vertragslösungsrecht ein, welches – nach dem Vorbild von § 327c Absatz 7 BGB-E – das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Vertragsbeendigung nach § 327m Absatz 1 BGB-E erfordert. In diesem Fall kann sich der Verbraucher auch von den anderen Bestandteilen eines Vertrags über eine Sache mit digitalen Elementen, der kein Kaufvertrag ist (§ 327a Absatz 3 BGB-E), lösen, wenn die Sache selbst wegen der Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts die Anforderungen an die gewöhnliche Verwendung nicht erfüllt.

Für die Bedeutung der Formulierung „von einem Vertrag ... lösen“ wird auf die Ausführungen zu § 327m Absatz 4 BGB-E verwiesen.

#### **Zu § 327n BGB-E**

§ 327n BGB-E enthält die Voraussetzungen und die Modalitäten für eine Minderung des Preises durch den Verbraucher bei Vorliegen eines Mangels.

#### **Zu § 327n Absatz 1 BGB-E**

Die Berechtigung des Verbrauchers zur Minderung kommt nach § 327n Absatz 1 BGB-E nur in Betracht, wenn der Verbraucher einen Preis zu zahlen hat. Demgegenüber ist eine Vertragsbeendigung nach § 327m BGB-E auch bei Verträgen möglich, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt. Dies ergibt sich aus Artikel 14 Absatz 4 der Richtlinie. Sofern der Verbraucher sowohl einen Preis zahlt als auch personenbezogene Daten bereitstellt, ist er auch zur Minderung berechtigt. Erwägungsgrund 67 der Richtlinie stellt dies klar.

Wie sich aus § 327n Absatz 1 Satz 2 BGB-E ergibt, ist das Recht zur Minderung – im Gegensatz zur Vertragsbeendigung – für den Verbraucher auch dann gegeben, wenn der Mangel nur unerheblich ist.

Gemäß § 327n Absatz 1 Satz 3 BGB-E wird sowohl auf die Regelungen zur Erklärung der Vertragsbeendigung als auch auf § 327o Absatz 1 Satz 2 BGB-E verwiesen.

#### **Zu § 327n Absatz 2 BGB-E**

§ 327n Absatz 2 BGB-E enthält die Vorgaben zur Berechnung der Minderungshöhe. Der Preis ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zum Zeitpunkt der Bereitstellung der Wert des digitalen Produkts in mangel-freiem Zustand zum wirklichen Wert gestanden haben würde. Entscheidend ist somit die objektive Wertminderung; das dem Vertrag zugrundeliegende Äquivalenzverhältnis von Preis und Leistung soll insoweit erhalten bleiben.

Bezugspunkt für den heranzuziehenden Wert ist – abweichend von den bisherigen Regelungen im Kauf- und Werkvertragsrecht, bei denen „die Zeit des Vertragsschlusses“ maßgeblich ist – der Zeitpunkt der Bereitstellung. Dies entspricht den Vorgaben von Artikel 14 Absatz 5 der Richtlinie. Da der Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Bereitstellung des digitalen Produkts mit Blick auf § 327b Absatz 1 BGB-E jedoch in der Regel sehr kurz ist, dürfte dies keine Besonderheiten mit sich bringen.

Nach § 327n Absatz 2 Satz 2 BGB-E betrifft die Minderung bei dauerhaften Bereitstellungen nur den Zeitraum der Mangelhaftigkeit, womit eine anteilige Anwendung der Formel aus § 327n Absatz 2 Satz 1 BGB-E stattfindet.

#### **Zu § 327n Absatz 3 BGB-E**

§ 327n Absatz 3 BGB-E sieht – wie § 441 Absatz 3 Satz 2 BGB – die Möglichkeit zur Schätzung der Minderungshöhe vor.

#### **Zu § 327n Absatz 4 BGB-E**

In Umsetzung von Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie sieht § 327n Absatz 4 BGB-E vor, dass der Unternehmer den Mehrbetrag unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 14 Tagen erstatten muss. Eine entsprechende zusätzliche Aufforderung des Verbrauchers hierzu ist nicht erforderlich. Die Regelung zum Fristbeginn in § 327n Absatz 4 Satz 3 BGB-E ist in Anlehnung an § 355 Absatz 3 Satz 2 BGB formuliert; § 327n Absatz 4 Satz 2 BGB-E ist § 651h Absatz 5 BGB nachgebildet.

Ein Nutzungsersatz wird durch die Richtlinie ausgeschlossen. Ein Verweis auf § 346 Absatz 1 und § 347 Absatz 1 BGB ist damit – anders als in § 441 Absatz 4 BGB – nicht möglich.

#### **Zu § 327o BGB-E**

§ 327o BGB-E trifft besondere Regelungen zur Erklärung und den Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung. Anders als die Warenkaufrichtlinie enthält die Richtlinie hierzu eigene zwingende Vorgaben. Ein uneingeschränkter Verweis auf die §§ 346 ff. BGB ist insbesondere wegen des durch Artikel 17 Absatz 3 der Richtlinie bewirkten Ausschlusses eines Wertersatzanspruchs des Unternehmers nicht möglich. Für den Verbraucher besteht demnach keine Zahlungspflicht für die Nutzung des digitalen Produkts für den Zeitraum, in dem das digitale Produkt nicht vertragsgemäß war.

#### **Zu § 327o Absatz 1 BGB-E**

§ 327o Absatz 1 BGB-E enthält die Anforderungen an die Erklärung des Verbrauchers hinsichtlich der Vertragsbeendigung. Der Entschluss des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung muss zum Ausdruck kommen. Damit muss der Verbraucher nicht zwingend das Wort „Vertragsbeendigung“ verwenden. Ferner muss er seinen Entschluss nicht begründen. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 15 der Richtlinie, welcher keine Formerfordernisse enthält. Aus diesem Grund ist grundsätzlich auch eine konkludente Vertragsbeendigung denkbar. Das bloße Deinstallieren eines digitalen Produkts dürfte jedoch nicht genügen, um den Entschluss des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck zu bringen.

§ 327o Absatz 1 Satz 2 BGB-E erklärt § 351 BGB für entsprechend anwendbar, was durch den Verweis in § 327n Absatz 1 Satz 3 BGB-E auch im Fall der Minderung gilt.

#### **Zu § 327o Absatz 2 BGB-E**

§ 327o Absatz 2 Satz 1 BGB-E enthält die grundsätzliche und auf alle vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfassten Verträge anzuwendende Verpflichtung des Unternehmers zur Erstattung der vom Verbraucher erhaltenen Zahlungen im Fall der Vertragsbeendigung. Damit dient die Regelung der Umsetzung von Artikel 16 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie.

Diese Regelung wird gemäß § 327o Absatz 2 Satz 2 BGB-E ergänzt um den Fortfall des Anspruchs des Unternehmers auf weitere vereinbarte Zahlungen. Dies gilt sowohl in dem Fall, dass im Rahmen einer einmaligen Bereitstellung die Zahlung noch nicht erfolgt ist, als auch im Hinblick auf weitere Zahlungen im Fall von dauerhaften Bereitstellungen. Damit wird Artikel 16 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie umgesetzt.

#### **Zu § 327o Absatz 3 BGB-E**

§ 327o Absatz 3 BGB-E sieht besondere Bestimmungen zum Schicksal der geschuldeten beziehungsweise bereits geleisteten Zahlungen für den Fall einer dauerhaften Bereitstellung vor. § 327o Absatz 3 Satz 1 BGB-E lässt den Anspruch des Unternehmers für den Zeitraum der Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts entfallen. Daneben tritt in § 327o Absatz 3 Satz 2 BGB-E die Verpflichtung des Unternehmers nach Artikel 16 Absatz 1 Unterabsatz

2 der Richtlinie, nur den Anteil des gezahlten Preises zurückzuerstatten, der dem Zeitraum entspricht, in dem das digitale Produkt nicht in vertragsgemäßem Zustand war.

Anders als bei der Minderung entfällt der Vergütungsanspruch des Unternehmers für den relevanten Zeitraum nach § 327o Absatz 3 BGB-E vollständig, auch wenn die Nutzung des digitalen Produkts nur teilweise beeinträchtigt ist. Dies ist jedoch vor dem Hintergrund der Erheblichkeitsschwelle des § 327m Absatz 2 Satz 1 BGB-E gerechtfertigt.

#### **Zu § 327o Absatz 4 BGB-E**

Der in § 327o Absatz 4 BGB-E vorgenommene Verweis auf § 327n Absatz 4 Satz 2 bis 5 BGB-E, auf deren Begründung verwiesen wird, dient der Umsetzung von Artikel 18 der Richtlinie, soweit dieser Erstattungen gemäß Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie betrifft.

#### **Zu § 327o Absatz 5 BGB-E**

In den Fällen des § 327o Absatz 5 BGB-E ist der Verbraucher verpflichtet, einen ihm vom Unternehmer bereitgestellten körperlichen Datenträger unverzüglich zurückzusenden. Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie. Dieser ist in Teilen Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 der Verbraucherrechterichtlinie nachgebildet.

Der Verbraucher soll nur auf Aufforderung des Unternehmers zur Rücksendung eines körperlichen Datenträgers verpflichtet sein. Ferner trifft den Unternehmer eine Kostentragungspflicht, falls er den Verbraucher tatsächlich zur Rücksendung auffordert. Beides beruht auf der Annahme, dass der körperliche Datenträger als solcher in der Regel für den Unternehmer keinen Wert hat. Sollte dies im Einzelfall anders sein beziehungsweise der Unternehmer dies anders beurteilen, hat er die Möglichkeit, die Rücksendung zu fordern.

Die Richtlinie trifft – anders als § 357 Absatz 2 Satz 2 BGB – keine Aussage zu der Frage, ob der Unternehmer zu jedweder Art der Kostentragung verpflichtet ist. Der Unternehmer kann jedoch die Rücksendung selber organisieren und dem Verbraucher die notwendigen Mittel zur Verfügung stellen, um die Kosten hierfür gering zu halten.

Da sich nur im Fall von § 327o Absatz 5 BGB-E zwei geeignete Verpflichtungen des Verbrauchers und des Unternehmers gegenüberstehen, ist die nach § 327o Absatz 5 Satz 3 BGB-E vorgesehene entsprechende Anwendung von § 348 BGB auf § 327o Absatz 5 BGB-E begrenzt. Erwägungsgrund 15 überlässt eine solche Regelung den Mitgliedstaaten.

#### **Zu § 327p BGB-E**

§ 327p BGB-E fasst für den Zeitraum nach Vertragsbeendigung die Regelungen zur weiteren Nutzung des digitalen Produkts sowie zum Umfang der Nutzungsmöglichkeiten der Inhalte des Verbrauchers für den Unternehmer zusammen. § 327p BGB-E bezieht sich jedoch nur auf nicht-personenbezogene Daten. Die Rechte und Pflichten des Unternehmers als Verantwortlicher und des Verbrauchers als Betroffener ergeben sich hingegen abschließend aus dem Datenschutzrecht, insbesondere aus der Datenschutz-Grundverordnung.

#### **Zu § 327p Absatz 1 BGB-E**

§ 327p Absatz 1 BGB-E enthält die sich für den Fall der Vertragsbeendigung ergebenden Rechte und Pflichten der Vertragsparteien mit Blick auf die weitere Nutzung des digitalen Produkts. Eine Rückgabe beziehungsweise Rückübermittlung digitaler Produkte ist aus wirtschaftlicher Sicht nur im Fall des § 327o Absatz 5 BGB-E sinnvoll. Daher wird der Verbraucher – gegebenenfalls ergänzend zur Verpflichtung nach § 327o Absatz 5 BGB-E – nach § 327p Absatz 1 Satz 1 BGB-E dazu verpflichtet, die weitere Nutzung des digitalen Produkts und dessen Weitergabe an Dritte zu unterlassen. § 327p Absatz 1 Satz 2 und 3 BGB-E beinhalten die Reaktionsmöglichkeiten des Unternehmers für den Fall einer weiteren Nutzung durch den Verbraucher.

#### **Zu § 327p Absatz 1 Satz 1 BGB-E**

§ 327p Absatz 1 Satz 1 BGB-E enthält die Verpflichtung des Verbrauchers, jede weitere Nutzung des digitalen Produkts nach Vertragsbeendigung zu unterlassen. Ferner hat es der Verbraucher zu unterlassen, Dritten den Zugang zum digitalen Produkt zu ermöglichen. Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 17 Absatz 1 der



Richtlinie. Wie sich aus Erwägungsgrund 72 der Richtlinie ergibt, ist die Verpflichtung des Verbrauchers nicht auf ein Unterlassen beschränkt. Vielmehr muss der Verbraucher auch aktiv dafür Sorge tragen, naheliegende Zugangsmöglichkeiten für Dritte zu unterbinden oder durch Löschen digitaler Inhalte beziehungsweise von Kopien derselben einen Zugriff auf diese zu verhindern.

#### **Zu § 327p Absatz 1 Satz 2 und 3 BGB-E**

§ 327p Absatz 1 Satz 2 BGB-E gewährt dem Unternehmer spiegelbildlich zu § 327p Absatz 1 Satz 1 BGB-E das Recht, die weitere Nutzung des digitalen Produkts durch den Verbraucher zu unterbinden. Dies umfasst insbesondere die Möglichkeit, den Zugang des Verbrauchers zum digitalen Produkt oder dessen Nutzerkonto zu sperren. Hierbei darf jedoch der Anspruch des Verbrauchers nach § 327p Absatz 3 BGB-E nicht beeinträchtigt werden, wie sich aus § 327p Absatz 1 Satz 3 BGB-E ergibt.

#### **Zu § 327p Absatz 2 BGB-E**

§ 327p Absatz 2 BGB-E regelt den Umfang und die Ausnahmen der Verpflichtung des Unternehmers, die weitere Verwendung der im Rahmen der Nutzung des digitalen Produkts bereitgestellten oder erstellten Inhalte des Verbrauchers, welche keine personenbezogenen Daten sind, zu unterlassen.

#### **Zu § 327p Absatz 2 Satz 1 BGB-E**

§ 327p Absatz 2 Satz 1 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie. So wie es dem Verbraucher nach § 327p Absatz 1 Satz 1 BGB-E untersagt ist, das digitale Produkt nach Vertragsbeendigung weiter zu nutzen, ist es dem Unternehmer untersagt, die Inhalte, welche der Verbraucher im Rahmen der Vertragsbeziehung erstellt oder zur Verfügung gestellt hat, weiter zu nutzen. Im Hinblick auf personenbezogene Daten des Verbrauchers, kann sich eine Verpflichtung des Unternehmers zur Löschung der personenbezogenen Daten bereits aus der Datenschutz-Grundverordnung ergeben. Für sonstige Inhalte ergänzt § 327p Absatz 2 Satz 1 BGB-E diese Regelung im vertragsrechtlichen Bereich.

Artikel 16 Absatz 3 und 4 der Richtlinie sprechen nur von „Inhalte(n)“, ohne dass diese von digitalen Inhalten abgegrenzt werden. Der Begriff „Inhalte“ ist weiter zu verstehen als der Begriff „digitale Inhalte“. Allerdings erscheint es nur in besonderen Fällen vorstellbar, dass Inhalte bei der Nutzung von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen auf nicht-digitalem Wege entstehen. Diese Inhalte dürfen, damit § 327p Absatz 2 BGB-E Anwendung finden soll, keine personenbezogenen Daten im Sinne von Artikel 4 Nummer 1 der Datenschutz-Grundverordnung sein oder enthalten.

Als Beispiele für Inhalte im Sinne von § 327p Absatz 2 BGB-E nennt Erwägungsgrund 69 der Richtlinie „digitale Bilder, Video- und Audiodateien oder auf mobilen Geräten erstellte Inhalte“. Dies gilt allerdings nur für den Fall, dass sich auch unter Zuhilfenahme von Metadaten kein Personenbezug herstellen lässt.

In den Regelungen von § 327p Absatz 2 und 3 BGB-E liegt ein für den Verbraucher über das Datenschutzrecht hinausgehender Mehrwert, weil dieser auch mehr Selbstbestimmung mit Blick auf nicht-personenbezogene Daten erlangt (siehe auch EDPS-Stellungnahme, Seite 24).

Die Inhalte müssen bei der Nutzung vom Verbraucher bereitgestellt oder erstellt worden sein. Sie können somit zum einen vom Verbraucher mittels der digitalen Produkte erstellt worden sein. Zum anderen sind auch vom Verbraucher anderweitig oder von Dritten erstellte Inhalte erfasst, welche somit lediglich vom Verbraucher bei der Nutzung des digitalen Produkts bereitgestellt wurden.

#### **Zu § 327p Absatz 2 Satz 2 BGB-E**

§ 327p Absatz 2 Satz 2 BGB-E regelt die Ausnahmen von der Unterlassungspflicht des Unternehmers nach § 327p Absatz 2 Satz 1 BGB-E und betrifft damit diejenigen Sachverhalte, in denen der Unternehmer Inhalte des Verbrauchers, welche keine personenbezogenen Daten sind, weiternutzen darf.

#### **Zu § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BGB-E**

§ 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BGB-E betrifft Fälle, in denen die Inhalte in keiner anderen Art und Weise sinnvoll genutzt werden können als in dem vom Unternehmer bereitgestellten Umfeld. Als Beispiel hierfür kann ein vom Unternehmer vorgegebenes und vom Verbraucher lediglich ausgewähltes Profilbild für den Charakter

eines Computerspiels dienen. § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BGB-E ist hingegen nicht einschlägig, wenn eine Konvertierung der betroffenen Inhalte und damit eine Weiterverwendung in anderen digitalen Produkten technisch möglich ist. Denn sonst könnten Unternehmer den Anspruch des Verbrauchers nach § 327p Absatz 3 Satz 1 BGB-E praktisch leerlaufen lassen, indem sie proprietäre Lösungen wählen. Die Ausnahme in § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BGB-E dient der Umsetzung von Artikel 16 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie.

#### **Zu § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E**

§ 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E betrifft Inhalte, deren Verwendungsmöglichkeiten sich ausschließlich auf das vertragsgegenständliche digitale Produkt beschränken. Dies kann zum Beispiel vom Nutzer vorgenommene Anpassungen einer Benutzeroberfläche betreffen. Erwägungsgrund 69 der Richtlinie spricht mit Blick auf die durch § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E umgesetzte Bestimmung des Artikels 16 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie anstatt von „Nutzung“ von „Aktivität“. Damit sind auch Inhalte betreffend das Nutzungsverhalten von § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E erfasst. Voraussetzung bleibt allerdings, dass es sich dabei nicht um personenbezogene Daten handelt.

#### **Zu § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 BGB-E**

§ 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 BGB-E betrifft Inhalte, die der Unternehmer mit anderen Daten zusammengeführt hat. Das Wort „aggregiert“ meint hier „verbunden“; „disaggregiert“ bedeutet die Umkehr dieser Verbindung. Für die Frage, ob Daten nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu disaggregieren sind, kann auf die Interpretation des Begriffs „untrennbar miteinander verbunden“ in Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 2018/1807 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union (ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 59) zurückgegriffen werden. Ein unverhältnismäßiger Aufwand kann in Anlehnung an das Beispiel unter Gliederungspunkt 2.2 der Leitlinien zur Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union vom 29. Mai 2019 (COM(2019) 250 final) gegeben sein, wenn der Unternehmer Vorkehrungen treffen muss, die seinen finanziellen Aufwand verdoppeln.

#### **Zu § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 BGB-E**

§ 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 BGB-E nimmt darauf Bezug, dass insbesondere digitale Dienstleistungen die gemeinsame Erstellung von Inhalten durch mehrere Nutzer oder deren nachträgliche Veränderung oder Ergänzung durch andere Nutzer ermöglichen. Diese Inhalte soll der Unternehmer – anders als in den von § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 bis 3 BGB-E betroffenen Fällen – insbesondere zugunsten anderer Nutzer weiterverwenden dürfen. Ein Beispiel für einen gemeinsam erzeugten Inhalt kann eine im Rahmen eines Online-Computerspiels durch mehrere Nutzer erstellte Spiellandschaft sein. Umgekehrt kann das bloße Teilen oder Kommentieren eines Inhalts im Rahmen eines sozialen Netzwerks nicht ausreichen, um von einem gemeinsamen Erzeugen im Sinne von § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 BGB-E auszugehen. Entsprechend der Formulierung in Artikel 16 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie ist der Personenkreis, der die Inhalte gemeinsam mit dem Verbraucher erstellt haben kann, nicht eingeschränkt, wohingegen es bei der Möglichkeit zur Weiternutzung auf eine solche (nur) durch Verbraucher ankommen soll.

#### **Zu § 327p Absatz 3 BGB-E**

§ 327p Absatz 3 BGB-E regelt den Umfang und die Modalitäten des Rechts des Verbrauchers auf Übermittlung der von ihm im Rahmen der Nutzung des digitalen Produkts bereitgestellten und erstellten Inhalte, die keine personenbezogenen Daten sind oder enthalten. Die Regelung orientiert sich dabei an der Formulierung von Artikel 20 der Datenschutz-Grundverordnung, welcher das Recht auf Datenübertragbarkeit mit Blick auf personenbezogene Daten enthält.

§ 327p Absatz 3 Satz 1 BGB-E enthält den Anspruch des Verbrauchers, die von ihm im Rahmen der Nutzung des digitalen Produkts bereitgestellten oder erstellten Inhalte, die keine personenbezogenen Daten sind, vom Unternehmer zu erhalten. Die Regelung dient der Umsetzung von Artikel 16 Absatz 4 Unterabsatz 1 der Richtlinie. Sofern der Unternehmer mit Blick auf entgegenstehende rechtliche Vorgaben an einer Erfüllung des Anspruchs nach § 327p Absatz 3 Satz 1 BGB-E gehindert ist, kann er sich auf eine eventuell vorliegende rechtliche Unmöglichkeit nach § 275 Absatz 1 BGB berufen. Dass der Anspruch insofern beschränkt ist, ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 71 der Richtlinie.

§ 327p Absatz 3 Satz 2 BGB-E sieht Ausnahmen vom in § 327p Absatz 3 Satz 1 BGB-E vorgesehenen Anspruch vor. Um die praktische Wirksamkeit der Verbraucherschützenden Zielsetzung dieses Anspruchs nicht leerlaufen zu lassen, ist eine restriktive Interpretation der in Bezug genommenen Ausnahmen nötig. Die in § 327p Absatz 3 Satz 2 BGB-E in Bezug genommenen Ausnahmen haben keine Entsprechung in der Datenschutz-Grundverordnung.

§ 327p Absatz 3 Satz 3 BGB-E sieht eine Reihe von Modalitäten für die Erfüllung des Anspruchs nach § 327p Absatz 3 Satz 1 BGB-E vor: Die Inhalte sind dem Verbraucher unentgeltlich, ohne Behinderung durch den Unternehmer, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem gängigen und maschinenlesbaren Format zu übermitteln.

Die Formulierung „unentgeltlich“ erstreckt sich dabei nicht auf solche Kosten, die allein in der Sphäre des Verbrauchers entstehen und nicht mit der Wiedererlangung der Inhalte zusammenhängen. Erwägungsgrund 71 der Richtlinie nennt als Beispiel hierfür Internetverbindungskosten.

Die Erfüllung des Anspruchs setzt ferner voraus, dass der Verbraucher die Inhalte ohne Behinderung durch den Unternehmer wiedererlangen kann. Für die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals kann teilweise und mit Blick auf sich teils überschneidende Tatbestandsmerkmale modifizierend auf die Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit der Artikel 29-Datenschutzgruppe vom 13. Dezember 2016 in der Fassung vom 5. April 2017 (16/DE WP 242 rev.01, S. 18) betreffend Artikel 20 Absatz 1 der Datenschutz-Grundverordnung zurückgegriffen werden. Demnach lässt sich eine solche Behinderung als jedwede rechtliche oder technische Hürde charakterisieren, durch die ein Verantwortlicher den Datenzugriff, die Datenübertragung oder die Datenwiederverwendung vonseiten der betroffenen Person verlangsamen oder verhindern möchte. Ein Beispiel hierfür kann die absichtliche Verschleierung von Daten sein.

Ferner muss der Unternehmer den Anspruch innerhalb einer angemessenen Frist erfüllen. Anhaltspunkte – zumindest für die Höchstdauer der Frist – können aus Artikel 12 Absatz 3 Satz 1 der Datenschutz-Grundverordnung abgeleitet werden: Dort wird ein Zeitraum von höchstens einem Monat nach Eingang des Antrags angegeben.

Die Daten sind in einem gängigen Format bereitzustellen. Die Richtlinie verwendet in Artikel 16 Absatz 4 Satz 2 insoweit die Formulierung „allgemein-gebräuchlich“; diese ist inhaltlich gleichzusetzen mit dem Begriff „gängig“ in Artikel 20 der Datenschutz-Grundverordnung, welcher hier zur Vermeidung von Unklarheiten ebenfalls verwendet wird. Die Regelung soll die Verwendung offener Formate unterstützen. Proprietäre Formate können hingegen nicht als „allgemein-gebräuchlich“ oder „gängig“ qualifiziert werden. Vor diesem Hintergrund muss der Unternehmer gegebenenfalls eine Konvertierung der betreffenden Inhalte in ein gängiges Format ermöglichen.

Die Richtlinie verhält sich nicht zu der Frage, wie lange der Unternehmer die dem Anspruch nach § 327p Absatz 3 BGB-E unterliegenden Inhalte speichern muss. Sofern der Unternehmer die Inhalte jedoch vor Ablauf der angemessenen Frist löscht, macht er sich gegebenenfalls schadensersatzpflichtig, weil er den Anspruch des Verbrauchers vereitelt hat.

### **Zu § 327q BGB-E**

§ 327q BGB-E betrifft die vertragsrechtlichen Folgen für die vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfassten Verbraucherverträge, welche sich aus der Ausübung von nach dem Datenschutzrecht zustehenden Rechten oder der Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen durch den Verbraucher ergeben. Mit der Regelung soll klargestellt werden, dass der Unternehmer für den Fall der Wahrnehmung im Datenschutzrecht enthaltener Rechte durch den Verbraucher keine vertraglichen Sanktionen vorsehen darf (siehe hierzu auch das Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung vom Oktober 2019, S. 105, abrufbar unter: [www.bmjuv.de/DE/Themen/Fokus-Themen/Datenethikkommission/Datenethikkommission\\_node.html](http://www.bmjuv.de/DE/Themen/Fokus-Themen/Datenethikkommission/Datenethikkommission_node.html), zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2020). Der Verbraucher muss seine datenschutzrechtlichen Befugnisse ungehindert ausüben können, ohne hierdurch rechtliche Nachteile fürchten zu müssen.

### **Zu § 327q Absatz 1 BGB-E**

§ 327q Absatz 1 BGB-E stellt klar, dass die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss die Wirksamkeit des Vertrags grundsätzlich unberührt lassen.

Eine datenschutzrechtliche Erklärung in diesem Sinne ist insbesondere der auf Artikel 7 Absatz 3 der Datenschutz-Grundverordnung gestützte Widerruf einer nach Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a der Datenschutz-Grundverordnung erteilten Einwilligung in die Datenverarbeitung. Weitere Beispiele sind der Widerspruch des Verbrauchers gegen eine aufgrund von Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe e und f stattfindende Datenverarbeitung nach Artikel 21 Absatz 1 der Datenschutz-Grundverordnung oder der Widerspruch des Verbrauchers nach Artikel 21 Absatz 2 der Datenschutz-Grundverordnung gegen die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zum Zweck der Direktwerbung; ferner die Ausübung der datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte wie zum Beispiel nach den Artikeln 16 bis 18 der Datenschutz-Grundverordnung. § 327q Absatz 1 BGB-E soll damit sicherstellen, dass der Verbraucher nicht in der Ausübung seiner durch das Datenschutzrecht gewährten Rechte beschränkt wird, indem er in Unsicherheit über das Schicksal des Vertrags gelassen wird.

#### **Zu § 327q Absatz 2 BGB-E**

§ 327q Absatz 2 BGB-E enthält ein besonderes Kündigungsrecht des Unternehmers bei Verträgen, welche ihn zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen digitaler Produkte oder zur dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichten, und zwar für den Fall, dass die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durch Widerruf der Einwilligung beziehungsweise Widerspruch gegen die Datenverarbeitung eingeschränkt wird oder gänzlich entfällt.

Die durch § 327q Absatz 2 BGB-E vorgesehene Kündigungsmöglichkeit gilt zum einen für die Fälle einer Reihe einzelner Bereitstellungen digitaler Produkte im Sinne des § 327b Absatz 5 Satz 1 BGB-E. Zum anderen findet § 327q Absatz 2 BGB-E Anwendung bei einer dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts nach § 327b Absatz 5 Satz 2 BGB-E. Nur in diesen beiden Fällen besteht ein sachlicher Grund, dem Unternehmer die Möglichkeit zu geben, sich von einem Vertrag loszusagen. In den Fällen einmaliger Bereitstellungen geht der Unternehmer hingegen ein überschaubares Risiko ein. Die Möglichkeit, dass der Verbraucher von seinen datenschutzrechtlichen Befugnissen Gebrauch macht, ist bei diesen Verträgen für den Unternehmer von vornherein absehbar und dürfte in aller Regel einkalkuliert sein. Vor diesem Hintergrund ist der Unternehmer nicht in gleichem Maße schutzbedürftig, wie bei den von § 327q Absatz 2 BGB-E erfassten Fällen, bei denen er zur Erfüllung seiner vertraglichen Bereitstellungspflicht fortlaufend Aufwendungen für die Aufrechterhaltung des Angebotes hat.

Das Kündigungsrecht des Unternehmers ist abhängig vom Ergebnis einer Abwägung, in welche die im letzten Halbsatz von § 327q Absatz 2 BGB-E formulierten Kriterien einfließen sollen. Zentral aus Sicht des Unternehmers ist dabei der weiterhin zulässige Umfang der Datenverarbeitung, was auch die Fälle einer vollständig ausgeschlossenen Datenverarbeitung umfasst. Insbesondere im Fall des Widerrufs einer Einwilligung nach Artikel 7 Absatz 3 der Datenschutz-Grundverordnung kann sich eine im Vergleich dazu lediglich eingeschränkte Möglichkeit zur weiteren Datenverarbeitung aus anderen Rechtsgrundlagen ergeben. In die Abwägung der beiderseitigen Interessen sind zum Beispiel die für die Aufrechterhaltung der konkreten Bereitstellung erforderlichen Aufwendungen des Unternehmers miteinzubeziehen.

#### **Zu § 327q Absatz 3 BGB-E**

§ 327q Absatz 3 BGB-E stellt klar, dass der Unternehmer als Folge der eingeschränkten Datenverarbeitung keine Ersatzansprüche gegen den Verbraucher geltend machen kann. Der Begriff Ersatzansprüche orientiert sich an der Formulierung in § 548 BGB. Er umfasst insbesondere vertraglich vereinbarte Vergütungspflichten, welche im Fall einer Bereitstellung digitaler Produkte gemäß § 327 Absatz 3 BGB-E dann entstehen sollen, wenn der Verbraucher durch die Ausübung datenschutzrechtlicher Befugnisse im Nachhinein den Umfang der zulässigen Datenverarbeitung einschränkt oder vollständig ausschließt. Daneben sind auch gesetzliche Nutzungs- und Schadensersatzansprüche sowie Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag vom Ausschluss umfasst. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Unternehmer auf diesem Umweg eine Vergütung vom Verbraucher fordert, was diesen von der Geltendmachung seiner datenschutzrechtlichen Befugnisse abhalten könnte. Eine Einwilligung gilt nach Erwägungsgrund 42 der Datenschutz-Grundverordnung nur dann als freiwillig erteilt, wenn der Betroffene eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Die Regelung in § 327q Absatz 3 BGB-E sichert die Freiheit des Betroffenen ab, seine datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte auszuüben und insbesondere die Einwilligung zurückzuziehen, ohne sich Ersatzansprüchen ausgesetzt zu sehen. Vertragliche Gestaltungen, welche eine anderweitige Vergütung für die von § 327q Absatz 3 BGB-E erfassten Fälle vorsehen, sind gemäß § 327s BGB-E unwirksam.

**Zu § 327r BGB-E**

§ 327r BGB-E enthält die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von einseitigen, durch den Unternehmer initiierten Änderungen des digitalen Produkts. Die Regelung ist beschränkt auf dauerhafte Bereitstellungen. Bei diesen kann sich im Verlauf der vertraglichen Beziehung das Bedürfnis zur Anpassung des digitalen Produkts ergeben. § 327r BGB-E dient damit dem Interessenausgleich zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Dabei ist die Ausnahme vor dem Hintergrund der prinzipiellen Bindung beider Vertragsparteien an den abgeschlossenen Vertrag grundsätzlich eng auszulegen. Während Unternehmer in der Regel nur eine Version eines digitalen Produkts für alle Nutzer anbieten wollen, kann auf Seiten der Verbraucher der berechtigte Wunsch bestehen, gewohnte Funktionalitäten eines digitalen Produkts beibehalten zu wollen. Die Regelung des § 327r BGB-E beschränkt sich auf die Möglichkeiten des Unternehmers als Vertragspartner des Verbrauchers. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 19 der Richtlinie.

**Zu § 327r Absatz 1 BGB-E**

In § 327r Absatz 1 BGB-E finden sich die Voraussetzungen, nach denen Unternehmer die Möglichkeit haben sollen, die vertraglich vereinbarte Leistung im Rahmen von dauerhaften Bereitstellungen eines digitalen Produkts zu ändern. Die Regelung gilt für alle Arten von Änderungen, also auch für solche, die aus Sicht des Verbrauchers günstig oder zumindest neutraler Natur sind. Bei Änderungen, die für den Verbraucher nachteilig sind, enthalten die weiteren Absätze ergänzende Regelungen.

Sofern die Vertragsparteien etwa anlässlich der Veröffentlichung einer neuen Version des digitalen Produkts einen neuen Vertrag schließen, findet § 327r BGB-E keine Anwendung (siehe Erwägungsgrund 75 der Richtlinie).

§ 327r Absatz 1 BGB-E enthält eine Aufzählung der Voraussetzungen, unter denen Änderungen zulässig sind. Wie sich aus Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie ergibt, sind diese Änderungen von solchen zu unterscheiden, welche im Wege der Aktualisierung gemäß den Artikeln 7 und 8 der Richtlinie geschuldet sind. Überschneidungen erscheinen jedoch denkbar. In einem solchen Fall sind hinsichtlich derjenigen Elemente der Aktualisierung, die nicht der Erfüllung einer Aktualisierungspflicht nach § 327e Absatz 2 Nummer 3 BGB-E oder § 327e Absatz 3 Nummer 5 in Verbindung mit § 327f BGB-E dienen, die Voraussetzungen von § 327r BGB-E anzuwenden.

**Zu § 327r Absatz 1 Nummer 1 BGB-E**

§ 327r Absatz 1 Nummer 1 BGB-E stellt klar, dass die Änderungsmöglichkeit vertraglich vereinbart sein muss. Ein neues gesetzliches Änderungsrecht wird somit nicht geschaffen. Die Vorschrift enthält vielmehr Vorgaben, welche die Möglichkeiten des Unternehmers zur vertraglichen Vereinbarung einseitiger Änderungen beschränken.

Im Vertrag muss nach § 327r Absatz 1 Nummer 1 BGB-E vorgesehen sein, dass der Unternehmer bei Vorliegen eines triftigen Grundes zur Vertragsänderung berechtigt sein soll, und dieser Grund muss auch vorliegen. Beispiele für triftige Gründe sind nach Erwägungsgrund 75 der Richtlinie solche Änderungen, welche nötig sind, um das digitale Produkt an eine neue technische Umgebung oder an erhöhte Nutzerzahlen anzupassen. Daneben können andere betriebstechnische Gründe zulässig sein.

Regelungen über entsprechende Änderungen werden häufig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen. Die Bestimmungen betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen bleiben grundsätzlich unberührt. Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie deckt sich inhaltlich teilweise mit Nummer 1 Buchstabe k des Anhangs zur Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29, nachfolgend: Klauselrichtlinie). Danach sind Klauseln missbräuchlich, sofern sie es dem verwendenden Unternehmer erlauben, „Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund“ zu ändern.

**Zu § 327r Absatz 1 Nummer 2 BGB-E**

Die Formulierung „keine zusätzlichen Kosten“ ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass § 327r Absatz 1 BGB-E nur auf solche Verbraucherverträge über digitale Produkte anwendbar sei, welche gegen einen Preis bereitgestellt werden. Sie soll vielmehr sicherstellen, dass Verbraucher in keinem Fall irgendwelche weiteren Kosten tragen müssen, welche allein durch die Änderungen begründet sind.

**Zu § 327r Absatz 1 Nummer 3 BGB-E**

§ 327r Absatz 1 Nummer 3 BGB-E sieht vor, dass der Verbraucher in klarer und verständlicher Weise informiert wird. Die Formulierung „klar und verständlich“ deckt sich mit den Anforderungen des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB. Die Formulierung in Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie, wonach der Verbraucher „in Kenntnis gesetzt“ werden muss, ist hier wie sonst überwiegend mit „informiert“ umschrieben.

Anders als bei § 327r Absatz 2 BGB-E muss der Verbraucher nicht zwingend im Voraus über die Änderung informiert werden. Eine zeitgleiche Information des Verbrauchers genügt, wie sich aus Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie ergibt.

**Zu § 327r Absatz 2 BGB-E**

§ 327r Absatz 2 BGB-E enthält über die Voraussetzungen von § 327r Absatz 1 BGB-E hinausgehende, zusätzliche Voraussetzungen für Änderungen, welche den Verbraucher benachteiligen. Solche Änderungen sind nur zulässig, wenn der Verbraucher rechtzeitig im Voraus informiert wird und sich die Information auf einem dauerhaften Datenträger befindet. Dass der Unternehmer die Änderungen nach § 327r Absatz 2 BGB-E nur vornehmen darf, wenn auch die Voraussetzungen von § 327r Absatz 1 BGB-E vorliegen, ergibt sich aus der Formulierung „darüber hinaus“.

Ob eine Änderung für den Verbraucher nachteilig ist, ist ähnlich wie bei § 327e Absatz 3 Nummer 2 BGB-E nach einem objektiven Maßstab zu ermitteln. Nach Erwägungsgrund 75 der Richtlinie sind hierfür auch Art und Zweck des digitalen Produkts sowie dessen wesentliche Merkmale einschließlich Qualität, Funktionalität und Kompatibilität mit einzubeziehen.

Die Angemessenheit der Frist ist einzelfallabhängig und unabhängig von der dreißigtägigen Frist nach § 327r Absatz 3 BGB-E zu beurteilen.

Der Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ wird in Artikel 2 Nummer 13 der Richtlinie legaldefiniert. Diese Definition deckt sich inhaltlich mit derjenigen in Artikel 2 Nummer 10 der Verbraucherrechterichtlinie, welche bereits mit § 126b Satz 2 BGB umgesetzt ist.

Nach § 327r Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 BGB-E sind Informationen über die Merkmale sowie über den Zeitpunkt der Änderungen erforderlich. § 327r Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 BGB-E verpflichtet den Unternehmer dazu, den Verbraucher über sein Vertragsbeendigungsrecht und dessen Voraussetzungen und über die gegebenenfalls bestehende Möglichkeit zur Beibehaltung der aktuellen Version des digitalen Produkts zu informieren.

**Zu § 327r Absatz 3 BGB-E**

§ 327r Absatz 3 BGB-E sieht das Recht des Verbrauchers vor, den Vertrag im Fall von solchen Änderungen zu beenden, die seinen Zugang zum digitalen Produkt oder dessen Nutzung durch ihn nicht nur geringfügig beeinträchtigen.

Dieses Vertragsbeendigungsrecht besteht unabhängig von den nach § 327r Absatz 2 BGB-E erteilten Informationen. Selbst wenn der Unternehmer den Verbraucher statt über sein Recht zur Vertragsbeendigung nur über das Recht, die bisherige Version des digitalen Produkts beizubehalten, informiert hat, kann der Verbraucher nach § 327r Absatz 3 BGB-E den Vertrag beenden. Das Gleiche gilt für den Fall, dass der Unternehmer den Verbraucher gar nicht informiert. Das Vertragsbeendigungsrecht als Konsequenz einer nachteiligen Änderung bei Dauerschuldverhältnissen ist angelehnt an Nummer 1 Buchstabe j in Verbindung mit Nummer 2 Buchstabe b des Anhangs zur Klauselrichtlinie.

Durch die Regelungen in § 327r Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB-E wird bewirkt, dass die Frist von 30 Tagen frühestens zu dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, ab dem der Verbraucher das digitale Produkt in seiner geänderten Version nutzen kann. Damit soll dem Verbraucher die Möglichkeit gewährt werden, die Auswirkungen der Änderungen durch einen ausführlichen Test nachzuvollziehen. Mit § 327r Absatz 3 Satz 3 BGB-E soll sichergestellt werden, dass die Frist unabhängig von der Information durch den Unternehmer zu laufen beginnt.

§ 327r Absatz 3 Satz 4 BGB-E enthält einen Ausschlussgrund für das Vertragsbeendigungsrecht, welcher sich aus Artikel 19 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie ergibt. Statt der in der Richtlinie verwendeten Formulierung „geringfügig“ enthält § 327r Absatz 3 Satz 4 BGB-E das Wort „unerheblich“, welches bei gleicher Bedeutung der

üblichen Terminologie des BGB entspricht. Ein Beispiel für eine nur unerhebliche Beeinträchtigung ist die grafische Neugestaltung einer Anwendung, welche keinen Einfluss auf die Funktionalität hat.

#### **Zu § 327r Absatz 4 BGB-E**

§ 327r Absatz 4 BGB-E setzt Artikel 19 Absatz 4 der Richtlinie um. Danach ist das Vertragsbeendigungsrecht ausgeschlossen, wenn der Unternehmer dem Verbraucher ermöglicht, die bislang verwendete Version des digitalen Produkts ohne zusätzliche Kosten unverändert beizubehalten. Dies trägt den Interessen derjenigen Verbraucher Rechnung, welche das digitale Produkt in der bisherigen Form beibehalten wollen. Gerade bei der Nutzung von Online-Plattformen, auf denen Verbraucher ein Netzwerk oder eine Reputation aufgebaut haben, besteht in der Regel ein nachvollziehbares Interesse der Verbraucher an einer Weiternutzung des digitalen Produkts, ohne für sie nachteilige Änderungen der Geschäftsbedingungen akzeptieren zu müssen.

Unternehmer, welche digitale Produkte im Wege dauerhafter Bereitstellungen anbieten, sind in der Regel bestrebt, Nutzern jeweils nur eine aktuelle Version zur Verfügung zu stellen. Dieser Regelfall wird in den Regelungen erfasst.

Das Wahlrecht des Verbrauchers nach § 327r Absatz 4 BGB-E bezieht sich stets auf die aktuell vom Verbraucher genutzte Version des digitalen Produkts. Im Fall wiederholter Änderungen kann der Unternehmer dem Verbraucher das Recht zur Beibehaltung zwar stets aufs Neue einräumen. Bezugspunkt ist dabei jedoch immer nur die vom Verbraucher aktuell genutzte Version. Der Verbraucher hat kein Wahlrecht auf zwischenzeitlich von ihm übersprungene Versionen.

Der Verweis in § 327r Absatz 4 Satz 2 BGB-E stellt sicher, dass die Verpflichtung des Unternehmers, das digitale Produkt mangelfrei bereitzustellen, auch für den Fall aufrechterhalten bleibt, dass der Verbraucher sich für die Beibehaltung einer älteren Version entscheidet.

#### **Zu § 327r Absatz 5 BGB-E**

§ 327r Absatz 5 Satz 1 BGB-E sieht vor, dass im Fall der Vertragsbeendigung durch den Verbraucher die Regelungen über die Vertragsrückabwicklung nach den §§ 327o und 327p BGB-E entsprechende Anwendung finden. Der Verbraucher erhält danach einen Anspruch auf Erstattung des Preises, der dem Zeitraum ab der Änderung entspricht. § 327r Absatz 5 Satz 2 BGB-E stellt klar, dass Ansprüche auf Schadensersatz nach § 327m Absatz 3 BGB-E daneben möglich bleiben.

#### **Zu § 327r Absatz 6 BGB-E**

Die Regelungen des § 327r BGB-E finden nach dessen Absatz 6 auf Paketverträge im Sinne des § 327a Absatz 1 BGB-E, welche Elemente der Bereitstellung eines Internetzugangsdienstes oder eines nummerngebundenen interpersonellen Kommunikationsdienstes enthalten, keine Anwendung. Ein Beispiel hierfür kann die Kombination aus einem Internetzugangsvertrag mit einem Videokonferenzdienst sein.

Damit wird Artikel 3 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie umgesetzt. Artikel 107 der Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, auf den auch Artikel 3 Absatz 6 Unterabsatz 3 der Richtlinie verweist, verpflichtet die Mitgliedstaaten, für die beiden von § 327r Absatz 6 BGB-E erfassten Fälle spezielle Vorschriften zu erlassen. Die Umsetzung ist mit ... [einsetzen: Umsetzungsvorschrift zu Artikel 107 Richtlinie 2018/1972] erfolgt.

#### **Zu § 327s BGB-E**

§ 327s BGB-E enthält Regelungen zur Unabdingbarkeit der Vorschriften des Untertitels 1 sowie ein Umgehungsverbot.

#### **Zu § 327s Absatz 1 BGB-E**

§ 327s Absatz 1 BGB-E betrifft Vereinbarungen, welche vor der Mitteilung über eine unterbliebene Bereitstellung oder einen Mangel durch den Verbraucher geschlossen wurden. Die Regelung sieht vor, dass sich der Unternehmer auf solche Vereinbarungen nicht berufen kann, sofern diese zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften des Untertitels 1 abweichen.

Die Vorschrift ist angelehnt an § 476 Absatz 1 Satz 1 BGB und dient insoweit der Umsetzung von Artikel 22 Absatz 1 der Richtlinie. Eine gesonderte Regelung betreffend die Verkürzung von Verjährungsfristen ist – anders als im Kaufrecht – nicht nötig. Die Unabdingbarkeit ergibt sich auch diesbezüglich aus § 327s Absatz 1 BGB-E.

#### **Zu § 327s Absatz 2 BGB-E**

§ 327s Absatz 2 BGB-E erfasst vor der Information des Verbrauchers über eine Änderung des digitalen Produkts nach § 327r BGB-E durch den Unternehmer geschlossene Vereinbarungen und sieht ebenfalls vor, dass sich der Unternehmer auf solche Vereinbarungen nicht berufen kann, sofern diese zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften des Untertitels 1 abweichen.

#### **Zu § 327s Absatz 3 BGB-E**

§ 327s Absatz 3 BGB-E stellt sicher, dass die mit § 327s Absatz 1 und 2 BGB-E bewirkte Unabdingbarkeit nicht durch andere Gestaltungen umgangen werden kann. Die Vorschrift ist angelehnt an § 476 Absatz 1 Satz 2 BGB und dient insoweit der Umsetzung von Artikel 22 Absatz 1 der Richtlinie.

#### **Zu § 327s Absatz 4 BGB-E**

§ 327s Absatz 4 BGB-E nimmt die in der Richtlinie nicht enthaltenen Schadensersatzansprüche (vergleiche Artikel 3 Absatz 10 und Erwägungsgrund 73 der Richtlinie) von der nach § 327s Absatz 1 und 2 BGB-E vorgesehenen Unabdingbarkeit aus. Dies entspricht der Regelung im geltenden § 476 Absatz 3 BGB.

#### **Zu § 327s Absatz 5 BGB-E**

§ 327s Absatz 5 BGB-E stellt klar, dass § 327h BGB-E von den Vorschriften des § 327s BGB-E unberührt bleibt.

#### **Zu Untertitel 2**

Untertitel 2 enthält besondere Bestimmungen für Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern. Diese Bestimmungen dienen der Umsetzung von Artikel 20 der Richtlinie. Die Aufnahme eines weiteren Untertitels zu diesem Zweck dient der klaren Abgrenzung der unterschiedlichen Anwendungsbereiche der jeweiligen Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie.

#### **Zu § 327t BGB-E**

§ 327t BGB-E regelt den Anwendungsbereich von Untertitel 2. Dieser ist auf Verträge zwischen Unternehmern beschränkt, welche der Bereitstellung der von Untertitel 1 erfassten digitalen Produkte durch den Unternehmer dienen. Hierunter sind sämtliche Verträge zu verstehen, die ein Unternehmer mit Vertriebspartnern schließt, um die eigene Leistungspflicht zur Bereitstellung eines digitalen Produkts aus einem vom Anwendungsbereich des Untertitels 1 erfassten Vertrag erfüllen zu können. Der Anwendungsbereich ist vor dem Hintergrund der Vielzahl an möglichen Verträgen sehr weit gefasst. Eine Eingrenzung erfolgt durch den Inhalt des in § 327u BGB-E vorgesehenen Anspruchs.

#### **Zu § 327u BGB-E**

§ 327u BGB-E sieht Regelungen zu einem möglichen Rückgriff des Unternehmers bei dem Vertragspartner vor, von dem er das digitale Produkt bezogen hat. Da Untertitel 1 auf Verbraucherverträge beschränkt ist, besteht für die von Untertitel 2 erfasste Vertriebskette kein einheitliches Vertragsrecht im BGB. Vor diesem Hintergrund beschränkt sich § 327u BGB-E auf allgemeine Vorgaben, welche denen von Artikel 20 der Richtlinie entsprechen. Damit bleiben insbesondere die Regelungen des Abschnitts 8 von Buch 2 im Übrigen auf die entsprechenden Vertragsverhältnisse anwendbar.

#### **Zu § 327u Absatz 1 BGB-E**

§ 327u Absatz 1 BGB-E sieht den Aufwendungsersatzanspruch des Unternehmers gegen denjenigen Vertragspartner vor, welcher ihm das digitale Produkt bereitzustellen hatte beziehungsweise bereitgestellt hat.

Der Vertragspartner wird zur besseren Unterscheidung als „Vertriebspartner“ bezeichnet und entsprechend legaldefiniert. Der Vertriebspartner muss Unternehmer sein. Wie Artikel 20 der Richtlinie bestimmt, soll der Unternehmer „den oder die innerhalb der gewerblichen Vertragskette Haftenden“ in Anspruch nehmen können, wenn



er seinerseits durch den Verbraucher in Anspruch genommen wird. Erwägungsgrund 78 der Richtlinie unterstreicht, dass sich die Rechte des Unternehmers nach Artikel 20 der Richtlinie auf den „Geschäftsverkehr“ beschränken sollen. Hintergrund hierfür ist vor allem die im Bereich der Erstellung von Software übliche Verwendung von Software-Bestandteilen, welche unter einer Open Source-Lizenz im Sinne des § 327 Absatz 6 Nummer 6 BGB-E stehen. Um diese Art der Lizenzvergabe nicht unattraktiv zu machen, sollen die Ersteller und Lizenzgeber solcher Software vor möglichen Regressansprüchen bewahrt werden.

§ 327u Absatz 1 Satz 1 BGB-E enthält den Aufwendungsersatzanspruch des Unternehmers gegen den Vertriebspartner für den Fall einer vom Vertriebspartner verursachten unterbliebenen Bereitstellung. Die Regelung beschränkt sich auf die Aufwendungen im Fall unterbliebener Bereitstellungen digitaler Produkte nach § 327c Absatz 1 Satz 1 BGB-E. Der Vertriebspartner muss die Aufwendungen des Unternehmers verursacht haben. Dies umfasst nach Artikel 20 der Richtlinie sowohl Handlungen als auch Unterlassungen.

§ 327u Absatz 1 Satz 2 BGB-E enthält einen Ersatzanspruch nach dem Vorbild von § 327u Absatz 1 Satz 1 BGB-E für vom Unternehmer getätigte Aufwendungen im Rahmen der Mängelgewährleistung nach § 327l Absatz 1 BGB-E. Der Mangel muss zum Zeitpunkt der Bereitstellung des digitalen Produkts an den Verbraucher vorgelegen haben. Daneben ist jedwede Verletzung der Aktualisierungspflicht, bei der naturgemäß nicht auf den Zeitpunkt der Bereitstellung des digitalen Produkts abgestellt werden kann, von § 327u Absatz 1 Satz 2 BGB-E erfasst. Dies gilt lediglich im Hinblick auf objektive Anforderungen nach § 327f BGB-E. Eine vertragliche Vereinbarung zwischen Unternehmer und Verbraucher über eine Aktualisierung ist dem Vertriebspartner nicht zuzurechnen.

#### **Zu § 327u Absatz 2 BGB-E**

§ 327u Absatz 2 BGB-E enthält eine Regelung zur Verjährung der Ansprüche nach § 327u Absatz 1 BGB-E. Vorbild ist § 445b Absatz 1 BGB.

§ 327u Absatz 2 Satz 1 BGB-E sieht eine Verjährungsfrist von sechs Monaten vor. Die Verjährungsfrist beginnt erst mit der Erfüllung der Ansprüche des Verbrauchers nach § 327c Absatz 1 Satz 1 BGB-E oder § 327l Absatz 1 BGB-E durch den Unternehmer. Dies ist insbesondere relevant im Fall der Verletzung einer Aktualisierungspflicht, welche für den Unternehmer gemäß § 327f Absatz 1 BGB-E auch über die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren hinaus gegenüber dem Verbraucher bestehen kann.

#### **Zu § 327u Absatz 3 BGB-E**

§ 327u Absatz 3 BGB-E erklärt die Beweislastregelungen des § 327k Absatz 1 und 2 BGB-E auch in Bezug auf den Anspruch des Unternehmers nach § 327u Absatz 1 BGB-E für anwendbar.

Damit soll dem Unternehmer die Geltendmachung seiner Ansprüche entsprechend erleichtert werden. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Unternehmer sowohl im Verhältnis zum Verbraucher als auch gegenüber dem Vertriebspartner beweisbelastet ist, was die Durchsetzung des Rückgriffanspruchs erschweren oder praktisch ausschließen könnte.

#### **Zu § 327u Absatz 4 BGB-E**

§ 327u Absatz 4 BGB-E gestaltet die Regelungen von § 327u BGB-E zugunsten des Unternehmers als zwingend aus.

Eine zwingende Ausgestaltung ist von der Richtlinie allerdings nicht vorgegeben. Artikel 22 der Richtlinie, welcher die grundsätzliche Unabdingbarkeit der Richtlinienbestimmungen vorsieht, betrifft ausschließlich Vertragsklauseln, welche sich zum Nachteil des Verbrauchers auswirken. Dennoch soll zum Schutz des Unternehmers eine zwingende Ausgestaltung vorgenommen werden, da der Unternehmer im Verhältnis zu den Vertriebspartnern in der Regel die strukturell unterlegene Vertragspartei ist.

#### **Zu § 327u Absatz 5 BGB-E**

§ 327u Absatz 5 BGB-E stellt klar, dass im Verhältnis zwischen Unternehmer und Vertriebspartner sowie zwischen den weiteren Vertriebspartnern § 377 des Handelsgesetzbuchs weiterhin anwendbar sein kann. Damit bleiben dessen besondere Prüf- und Anzeigepflichten unberührt.

Dies kann insbesondere für die von § 327 Absatz 5 BGB-E erfassten digitalen Inhalte auf körperlichen Datenträgern relevant sein.

#### **Zu § 327u Absatz 6 BGB-E**

§ 327u Absatz 6 BGB-E sieht vor, dass der Vertriebspartner selbst wiederum einen entsprechenden Anspruch nach § 327u Absatz 1 BGB-E gegen denjenigen Unternehmer hat, welcher ihm das digitale Produkt bereitgestellt hat, und erklärt insoweit die Bestimmungen der weiteren Absätze von § 327u BGB-E für entsprechend anwendbar.

Die Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, zu bestimmen, von welchem Unternehmer in der Vertriebskette der Unternehmer den Aufwendungsersatz erhalten soll. Diese Entscheidung wird für die Umsetzung im Wege eines Kettenregresses entlang der Vertriebskette getroffen. Die Vorschrift hat ihr Vorbild in § 478 Absatz 3 BGB.

#### **Zu Nummer 5**

Mit der Nummer 5 wird das Verhältnis der in Abschnitt 3 Titel 2a Untertitel 2 neu einzufügenden §§ 327t und 327u BGB-E über den Unternehmerrückgriff zu den §§ 445a, 445b und 478 BGB über den Rückgriff des Verkäufers geregelt. Die §§ 327t und 327u BGB-E gelten für Verträge zwischen Unternehmern, die der Bereitstellung digitaler Produkte gemäß der nach den §§ 327 und 327a vom Anwendungsbereich des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 1 erfassten Verbraucherverträge dienen (§ 327t BGB-E). Der neu einzufügende § 445c Satz 1 BGB-E bestimmt daher, dass die §§ 445a, 445b und 478 BGB nicht anzuwenden sind, wenn der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchervertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte nach den §§ 327 und 327a BGB-E ist.

An die Stelle der nach § 445c Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 445c Satz 2 BGB-E die Rückgriffsvorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 2 betreffend besondere Bestimmungen für Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern.

#### **Zu Nummer 6**

Der Vertrag über die Bereitstellung eines digitalen Produkts ist häufig vertragstypisch dem Kaufvertrag zuzuordnen. Mit Nummer 6 wird die Kernregelung für das Verhältnis der Regelungen über die Bereitstellung digitaler Produkte zum Kaufvertragsrecht als neue Sätze 2 und 3 an § 453 Absatz 1 BGB angefügt. Die Wahl des Standorts erfolgt vor dem Hintergrund, dass Software als „sonstiger Gegenstand“ im Sinne des § 453 Absatz 1 BGB anzusehen ist.

Auf einen Verbrauchervertrag über den Verkauf digitaler Inhalte durch einen Unternehmer sind danach zunächst § 433 Absatz 1 Satz 1 BGB und § 475 Absatz 1 BGB über die Übergabe der Kaufsache und die Leistungszeit nicht anzuwenden (§ 453 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 BGB-E). Insoweit enthalten die §§ 327 und 327b BGB-E Spezialregelungen. Da sich die Anwendbarkeit der Regelungen betreffend die Bereitstellung gemäß § 327b Absatz 1 BGB-E danach richtet, ob eine in einem Vertrag enthaltene Leistungspflicht als eine solche zur Bereitstellung digitaler Produkte zu qualifizieren ist, wird auch § 433 Absatz 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen, soweit darin auf die „Übergabe“ abgestellt wird.

Ebenfalls nicht anzuwenden auf einen Verbrauchervertrag über den Verkauf digitaler Inhalte sind § 433 Absatz 1 Satz 2 BGB, die §§ 434 bis 442 BGB, § 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6 BGB und die §§ 476 und 477 BGB über die Rechte bei Mängeln (§ 453 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 BGB-E). Die Verpflichtung zur mangelfreien Leistung ergibt sich insoweit allein aus § 327d BGB-E. Die Regelungen in den §§ 434 und 435 BGB werden im Hinblick auf die §§ 327e bis 327g BGB-E ausgeschlossen, die §§ 437 bis 442 BGB im Hinblick auf die §§ 327i bis 327n BGB-E. § 436 BGB betrifft Grundstücke und ist schon deshalb nicht auf digitale Inhalte anzuwenden.

An die Stelle der nach § 453 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 bis 2 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 453 Absatz 1 Satz 3 BGB-E jeweils die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 1 betreffend Verträge über digitale Produkte.

#### **Zu Nummer 7**

Mit Nummer 7 wird ein neuer § 475a BGB-E in das BGB eingefügt, der das Verhältnis zwischen dem Abschnitt 3 Titel 2a und den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf regelt.

**Zu § 475a Absatz 1 BGB-E**

§ 475a Absatz 1 BGB-E trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vorschriften des Untertitels 1 des neu in Abschnitt 3 einzufügenden Titels 2a mit Ausnahme der §§ 327b und 327c BGB-E (Leistungszeit, Art und Weise der Bereitstellung) auch auf Verbraucherverträge anzuwenden sind, welche die Bereitstellung von körperlichen Datenträgern zum Gegenstand haben, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen (§ 327 Absatz 5 BGB-E). Für Verbrauchsgüterkaufverträge über solche körperlichen Datenträger ist deshalb nach § 475a Absatz 1 Satz 1 BGB-E vorgesehen, dass auf sie § 433 Absatz 1 Satz 2 BGB, die §§ 434 bis 442 BGB, § 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6 BGB, die §§ 475b bis 475e BGB und die §§ 476 und 477 BGB über die Rechte bei Mängeln nicht anzuwenden sind.

An die Stelle der nach § 475a Absatz 1 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 475a Absatz 1 Satz 2 BGB-E die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 1 betreffend Verträge über digitale Produkte.

**Zu § 475a Absatz 2 BGB-E**

In § 475a Absatz 2 BGB-E wird berücksichtigt, dass die ebenfalls zum 1. Juli 2021 umzusetzende Warenkaufrichtlinie Regelungen für Verbraucherverträge über den Verkauf von Sachen mit digitalen Elementen enthält (Artikel 7 Absatz 5, Artikel 10 Absatz 1 der Warenkaufrichtlinie). Sachen mit digitalen Elementen sind Sachen, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Sachen ihre Funktionen ohne diese nicht erfüllen könnten (Artikel 2 Nummer 5 Buchstabe b der Warenkaufrichtlinie). Der Verkauf von Sachen, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Sache ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann, ist nicht vom Anwendungsbereich der Warenkaufrichtlinie erfasst. Nach dem Ergebnis der Richtlinienverhandlungen sollen auf diese Verträge die Vorschriften der mit diesem Entwurf umzusetzenden Richtlinie Anwendung finden. Für die Umsetzung der Richtlinie bedeutet dies, dass auch insoweit die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Kaufrecht auszuschließen ist, um die Anwendbarkeit der Vorschriften von Abschnitt 3 Titel 2a betreffend Verträge über digitale Produkte zu eröffnen.

§ 475a Absatz 2 Satz 1 BGB-E bestimmt daher, dass auf einen Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine Sache, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Sache ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann, im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen, § 433 Absatz 1 Satz 1 BGB und § 475 Absatz 1 BGB über die Übergabe der Kaufsache und die Leistungszeit (§ 475a Absatz 2 Nummer 1 BGB-E) sowie § 433 Absatz 1 Satz 2 BGB, die §§ 434 bis 442 BGB, § 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6 BGB, die §§ 475b bis 475e BGB und die §§ 476 und 477 BGB über die Rechte bei Mängeln (§ 475a Absatz 2 Nummer 2 BGB-E) nicht anzuwenden sind. Hinsichtlich der Begründung zu § 475a Absatz 2 Nummer 1 und 2 BGB-E wird auf die Begründung zu § 453 Absatz 1 Satz 2 BGB-E verwiesen. Der Anwendungsausschluss des Kaufvertragsrechts „im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen“ bildet das Spiegelbild zu § 327a Absatz 2 Satz 2 BGB-E, wonach die Vorschriften des Untertitels 1 im Abschnitt 3 Titel 2a (Verbraucherverträge über digitale Produkte) nur im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags anzuwenden sind, welche die digitalen Produkte betreffen. Es können daher bei einem Verkauf von Sachen, die digitale Produkte enthalten oder die mit digitalen Produkten verbunden sind, unterschiedliche Vorschriften gelten, je nachdem, ob ein Mangel an der Sache (Hardware) oder am digitalen Produkt auftritt.

An die Stelle der nach § 475a Absatz 2 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 475a Absatz 2 Satz 2 BGB-E die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 1 betreffend Verbraucherverträge über digitale Produkte.

**Zu Nummer 8**

Mit der Nummer 8 wird das Verhältnis des neu in Abschnitt 3 einzufügenden Titels 2a zum Schenkungsvertrag (§§ 516 ff. BGB) geregelt.

In Fällen, in denen die Parteien keinen Preis für die Bereitstellung eines digitalen Produkts vereinbaren (§ 327 Absatz 1 BGB-E), sondern allein eine Bereitstellung personenbezogener Daten nach § 327 Absatz 3 BGB-E, kann je nach den Umständen eine Schenkung anzunehmen sein (siehe dazu bereits die Begründung zu § 327 Absatz 3 BGB-E). Um in diesen Fällen die Anwendung der von der Richtlinie vorgegebenen Vorschriften der §§ 327d ff.

BGB-E über die Mängelhaftung sicherzustellen, bedarf es eines Ausschlusses der schenkungsrechtlichen Mängelhaftung.

Nach § 516a Absatz 1 Satz 1 BGB-E sind die §§ 523 und 524 BGB über die Haftung des Schenkers für Rechts- oder Sachmängel nicht anzuwenden auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, dem Verbraucher digitale Produkte (§ 516a Absatz 1 Nummer 1 BGB-E) oder einen körperlichen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient (§ 516a Absatz 1 Nummer 2 BGB-E), zu schenken und der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten nach Maßgabe des § 327 Absatz 3 BGB-E bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet. Die Einbeziehung auch von digitalen Dienstleistungen, indem in § 516a Absatz 1 Nummer 1 BGB-E auf digitale Produkte (§ 327 Absatz 1 BGB-E) abgestellt wird, ist erforderlich; denn die Erbringung einer Dienstleistung kann Schenkung sein, wenn der Zuwendende seine Arbeitskraft anderweitig gegen Ertrag hätte einsetzen können (vergleiche BGH, Urteil vom 1. Juli 1987 – IVb ZR 70/86 –, zitiert nach Juris, Rn. 13).

An die Stelle der nach § 516a Absatz 1 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 516a Absatz 1 Satz 2 BGB-E die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a betreffend Verträge über digitale Produkte.

Absatz 2 des § 516a BGB-E trägt der begrenzten Anwendbarkeit der Vorschriften des Titels 2a, Untertitel 1, auf Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind (§ 327a Absatz 2 BGB-E), Rechnung. Danach gilt der Anwendungsausschluss nach § 516a Absatz 1 BGB-E entsprechend für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, dem Verbraucher eine Sache zu schenken, die digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen. Es können daher bei einer Schenkung einer Sache, die digitale Produkte enthält oder mit ihnen verbunden ist, unterschiedliche Vorschriften anwendbar sein, je nachdem, ob ein Mangel an der Sache (Hardware) oder am digitalen Produkt auftritt.

### **Zu Nummer 9**

Mit Nummer 9 wird ein neuer § 548a BGB-E in den Untertitel 1 des Titels 5 von Abschnitt 8 im Buch 2 eingefügt. Mit der Vorschrift wird die Anwendbarkeit der Regelungen zum Mietrecht ausdrücklich auf digitale Produkte erweitert.

Gemäß § 535 Absatz 1 Satz 1 BGB ist die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften für Mietverhältnisse auf Verträge beschränkt, welche die Überlassung einer Mietsache zum Gegenstand haben, womit eine Beschränkung auf körperliche Gegenstände im Sinne des § 90 BGB verbunden ist. Die Rechtsprechung hat zwar im Zusammenhang mit bestimmten Softwarelösungen die Regelungen des Mietrechts für anwendbar erklärt, wenn die Software auf einem Datenträger verkörpert ist (vergleiche nur BGH, Urteil vom 15. November 2006 – XII ZR 120/04 –, zitiert nach Juris, Rn. 15 m. w. N.). Insoweit ist § 548a BGB-E klarstellender Natur. Mit Blick auf die angestrebte Entwicklungsoffenheit der Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ nach der Richtlinie soll jedoch auch für sämtliche von diesen Begriffen erfasste Fälle eine einheitliche Anwendbarkeit auch des Mietvertragsrechts sichergestellt werden. Die Beschränkung der Anwendbarkeit des Mietvertragsrechts auf Sachen im Sinne des § 90 BGB wäre hierfür eventuell ein Hindernis. Es ist nicht auszuschließen, dass es Fälle der Bereitstellung digitaler Produkte gibt, die keine Verkörperung auf einem Datenträger im Sinne der zitierten Rechtsprechung des BGH mehr erforderlich machen.

Eine besondere Stellung nehmen Verträge ein, welche die Gebrauchsüberlassung von körperlichen Datenträgern zum Gegenstand haben, ohne dass der Mieter Besitz an dem Datenträger erlangt. Dies kann zum Beispiel die Vermietung sogenannter dedizierter Server betreffen, wenn also einem Mieter ein physisches Gerät zum exklusiven Gebrauch vermietet wird, das sich in einem Rechenzentrum befindet und auf das der Mieter nur mittels eines Online-Zugangs zugreifen soll. Ob diese oder ähnliche Verträge als Mietverträge über Sachen (§ 535 Absatz 1 Satz 1 BGB in direkter Anwendung) oder über digitale Produkte (§ 548a BGB-E in Verbindung mit § 535 Absatz 1 Satz 1 BGB) aufzufassen sind, bleibt der Klärung in Wissenschaft und Rechtsprechung vorbehalten. Auf welche Weise die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung zu erfüllen ist, richtet sich in jedem Fall – wie bisher – nach den vertraglichen Vereinbarungen; dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die Verschaffung des Besitzes am körperlichen Datenträger geschuldet ist (siehe nur BGH, a. a. O., Rn. 19 m. w. N.).

Als Gegenleistung eines Mieters für die Gebrauchsüberlassung im Rahmen eines Mietvertrags kommen nach der Rechtsprechung nicht nur Geld-, sondern auch beliebige sonstige Leistungen oder anderweitige Gebrauchsgegenstände in Betracht (vergleiche nur BGH, Urteil vom 17. Juli 2002 – XII ZR 86/01 –, zitiert nach Juris, Rn.

14). Vor diesem Hintergrund wird es möglich sein, auch einen Vertrag als Mietvertrag zu qualifizieren, bei dem ein Nutzer eines digitalen Produkts dem Anbieter personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet.

#### **Zu Nummer 10**

Durch Nummer 10 wird die Überschrift von Buch 2 Abschnitt 8 Titel 5 Untertitel 3 geändert, um der Einfügung des § 578b BGB-E (siehe Nummer 11) sowie den Änderungen in § 580a Absatz 3 BGB (siehe Nummer 12) Rechnung zu tragen.

#### **Zu Nummer 11**

Mit Nummer 11 werden durch Einfügung von § 578b BGB-E nach dem Vorbild des neu einzufügenden § 478a BGB-E diejenigen Regelungen des Mietrechts von der Anwendung ausgeschlossen, welche den Bestimmungen von Abschnitt 3 Titel 2a entsprechen beziehungsweise teilweise widersprechen.

#### **Zu § 578b Absatz 1 BGB-E**

§ 578b Absatz 1 BGB-E bestimmt die Unanwendbarkeit jener Vorschriften des Mietvertragsrechts, die den Vorschriften des neu einzufügenden Titels 2a entgegenstehen.

§ 578b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 BGB-E bestimmt den Vorrang der Vorschriften des Titels 2a hinsichtlich der Rechte bei Mängeln. § 535 Absatz 1 Satz 2 BGB wird mit Blick auf die Regelungen zur Vertragsmäßigkeit des vermieteten digitalen Produkts (§ 327d BGB-E) ausgeschlossen. §§ 536 bis 536d BGB enthalten insbesondere die Rechte des Mieters im Falle von Mängeln der Mietsache und treten mit Blick auf die Rechte des Verbrauchers bei Mängeln des digitalen Produkts zurück.

§ 578b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E betrifft den Fall unterbliebener Bereitstellung. Hierzu sieht § 543 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und Absatz 4 BGB ein Recht zur außerordentlichen Kündigung vor. Dieses wird mit Blick auf die Regelungen in §§ 327b und 327c BGB-E ausgeschlossen.

An die Stelle der nach § 578b Absatz 1 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 578b Absatz 1 Satz 2 BGB-E die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a betreffend Verträge über digitale Produkte.

§ 578b Absatz 1 Satz 3 BGB-E betrifft den Fall, dass der Vertrag die Bereitstellung eines körperlichen Datenträgers zum Gegenstand hat, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient. Der neu einzufügende Titel 2a ist hinsichtlich der Bereitstellung und der Rechte des Mieters bei unterbliebener Bereitstellung nicht anwendbar (§ 327 Absatz 5 BGB-E). Für diese Verträge greift der Ausschluss nach § 578b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E nicht ein. Der Mieter kann also unter den Voraussetzungen des § 543 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und Absatz 4 BGB das Mietverhältnis kündigen, sofern der Vermieter den körperlichen Datenträger nicht bereitstellt.

#### **Zu § 578b Absatz 2 BGB-E**

§ 578b Absatz 2 Satz 1 BGB-E bestimmt, dass die §§ 546 bis 548 BGB in bestimmten Fällen ausgeschlossen sind. Diese Vorschriften enthalten die Rechtsfolgen der Beendigung eines Mietvertrages. §§ 546 bis 547 BGB regeln die Rückgabepflicht des Mieters, Entschädigungspflichten des Mieters und die Erstattung im Voraus entrichteter Miete. Konkurrierende Rechtsfolgen bestehen in den §§ 327o und 327p BGB-E. Gleiches gilt für das Verhältnis von § 548 BGB zu § 327j BGB-E in Bezug auf die Bestimmungen zur Verjährung. Die Regelungen des Titels 2a gehen vor, wenn der Verbraucher Rechte geltend macht bei unterbliebener Bereitstellung (§ 327c BGB-E), Mangelhaftigkeit (§ 327m BGB-E) oder Änderung (§ 327r Absatz 3 und 4 BGB-E) des digitalen Produkts. Im Übrigen bleiben die Regelungen des Mietrechts anwendbar. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn das Mietverhältnis infolge ordentlicher Kündigung endet.

An die Stelle der nach § 578b Absatz 2 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 578b Absatz 2 Satz 2 BGB-E die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a betreffend Verträge über digitale Produkte.

#### **Zu § 578b Absatz 3 BGB-E**

§ 578b Absatz 3 BGB-E betrifft zum einen Mietverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten; dies ist zum Beispiel die Miete eines Fahrzeugs mit einem Multimediasystem. § 578b Absatz 3 BGB-E betrifft zum an-

deren Mietverträge über Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind; dies ist etwa die Miete eines Dokumentenscanners mit gleichzeitiger Bereitstellung eines Cloudspeichers. § 327a Absatz 2 Satz 1 BGB-E bestimmt hierzu, dass im Grundsatz die Vorschriften des Titels 2a anwendbar sind. § 327a Absatz 2 Satz 2 BGB-E legt jedoch fest, dass dies nur im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags gilt, welche die digitalen Produkte betreffen. Diese Unterscheidung bildet § 578b Absatz 3 BGB-E nach. Das Mietrecht bleibt daher anwendbar hinsichtlich der Bestandteile des Vertrags, welche das digitale Produkt nicht betreffen.

#### **Zu § 578b Absatz 4 BGB-E**

§ 578b Absatz 4 BGB-E betrifft den Rückgriffsanspruch des Unternehmers gegenüber dem Vertriebspartner innerhalb einer Vertriebskette; im Mietrecht kann dies einem Untermietverhältnis entsprechen. Ist das digitale Produkt mangelhaft und verlangt der Verbraucher (Untermieter) vom Unternehmer (Hauptmieter) Nacherfüllung, so hat dieser gemäß § 327i BGB-E den Mangel zu beseitigen und die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen. Die zu tragenden Aufwendungen kann er nach Maßgabe der §§ 327t und 327u BGB-E von seinem Vertriebspartner (Vermieter) ersetzt verlangen. Dieser Anspruch geht dem mietvertraglichen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung eines Mangels in § 536a Absatz 2 BGB vor, der insoweit gemäß § 578b Absatz 4 Satz 1 BGB-E ausgeschlossen ist.

An die Stelle der nach § 578b Absatz 4 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 578b Absatz 4 Satz 2 BGB-E die Rückgriffsvorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a Untertitel 2 betreffend besondere Bestimmungen für Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern.

#### **Zu Nummer 12**

Nummer 12 enthält zwei Änderungen in § 580a Absatz 3 BGB.

#### **Zu Buchstabe a**

Mit der durch Buchstabe a vorgenommenen Ergänzung von § 580a Absatz 3 BGB werden die Regelungen zur ordentlichen Kündigung von Mietverträgen über bewegliche Sachen auf Mietverträge über digitale Produkte erstreckt.

#### **Zu Buchstabe b**

Durch den mit Buchstabe b vorgeschlagenen neuen § 580a Absatz 3 Satz 2 BGB-E wird klargestellt, dass die Bestimmungen zur Vertragsbeendigung nach Abschnitt 3 Titel 2a Untertitel 1 durch die Regelungen zur ordentlichen Kündigung von Mietverträgen über bewegliche Sachen oder digitale Produkte nicht verdrängt werden.

#### **Zu Nummer 13**

Durch den mit Nummer 13 vorgeschlagenen neuen Absatz 4 in § 620 BGB wird klargestellt, dass ein Verbrauchervertrag über eine digitale Dienstleistung auch nach Maßgabe der §§ 327c, 327m und § 327r Absatz 3 und 4 BGB-E beendet werden kann. Ansonsten könnte aus § 620 Absatz 1 bis 3 BGB der unzutreffende Schluss gezogen werden, dass ein Dienstvertrag und damit auch ein Verbrauchervertrag über eine digitale Dienstleistung nur in den darin genannten Fällen beendet werden kann.

#### **Zu Nummer 14**

Mit der Nummer 14 wird § 650 BGB um drei Absätze ergänzt, die das Verhältnis des Abschnitts 3 Titel 2a zum Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB) regeln.

#### **Zu Buchstabe a**

Mit Buchstabe a wird die Überschrift von § 650 BGB neu gefasst. Mit der neuen Formulierung „Werklieferungsvertrag“ wird der Geltungsbereich der bisherigen Vorschrift (künftig Absatz 1) zusammengefasst. Die Formulierung „Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte“ stellt die Zusammenfassung des Geltungsbereichs der neu anzufügenden Absätze 2 bis 4 dar. Der Ausgestaltung der §§ 445c, 453, 475a, 516a und 578b BGB-E entsprechend kann somit bereits der Überschrift schlagwortartig entnommen werden, für welche Vertragskonstellationen die in dieser Vorschrift vorgesehene Konkurrenzregelung gilt.

**Zu Buchstabe b**

Buchstabe b sieht vor, dass der Wortlaut des bisherigen § 650 BGB zum Absatz 1 der um die Absätze 2 bis 4 zu ergänzenden Vorschrift wird.

**Zu Buchstabe c**

Der neu in Abschnitt 3 einzufügende Titel 2a kann in verschiedenen Fällen Verträge betreffen, die vertragstypisch als Werkverträge einzuordnen sind. Dies verdeutlicht § 327 Absatz 4 BGB-E, wonach die Vorschriften des Titels 2a Untertitel 1 auch auf Verbraucherverträge anzuwenden sind, die digitale Produkte zum Gegenstand haben, welche nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden. Insgesamt sind folgende werkvertragliche Leistungen, zu denen der Unternehmer sich gegenüber einem Verbraucher verpflichten kann, zu unterscheiden:

- Herstellung digitaler Inhalte (§ 327 Absatz 1 Satz 1 Alternative 1 BGB-E),
- Herbeiführung eines Erfolgs durch eine digitale Dienstleistung (§ 327 Absatz 1 Satz 1 Alternative 2 BGB-E),
- Herstellung eines körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient (§ 327 Absatz 5 BGB-E),
- Lieferung eines herzustellenden körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient (Werklieferungsvertrag, § 327 Absatz 5 BGB-E),
- Herstellung einer Sache, die ein digitales Produkt enthält oder mit ihr verbunden ist (§ 327a Absatz 2 BGB-E), und
- Lieferung einer herzustellenden Sache, die ein digitales Produkt enthält oder mit ihr verbunden ist (Werklieferungsvertrag, § 327a Absatz 2 BGB-E).

**Zu § 650 Absatz 2 BGB-E**

§ 650 Absatz 2 BGB-E regelt das Verhältnis des Werkvertragsrechts zu dem neuen Abschnitt 3 Titel 2a für die ersten drei vorgenannten Konstellationen. Danach sind gemäß § 650 Absatz 2 Satz 1 BGB-E die §§ 633 bis 639 BGB über die Rechte bei Mängeln sowie § 640 BGB über die Abnahme nicht anzuwenden auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, digitale Inhalte herzustellen (§ 650 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB-E), einen Erfolg durch eine digitale Dienstleistung herbeizuführen (§ 650 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 BGB-E) oder einen körperlichen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, herzustellen (§ 650 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 BGB-E). Die §§ 633 bis 639 BGB werden ausgeschlossen, weil Titel 2a, Untertitel 1 mit den §§ 327d bis 327n BGB-E eigenständige Vorschriften über die Mängelhaftung enthält. Ebenfalls auszuschließen ist § 640 BGB über die Abnahme, weil von ihr der Übergang der Beweislast für Mängel vom Unternehmer auf den Besteller abhängt. Dies wäre mit § 327k BGB-E nicht vereinbar, der dem Unternehmer die Beweislast für einen Zeitraum von einem Jahr nach der Bereitstellung des digitalen Produkts auferlegt. Zudem würde § 644 BGB, nach dem der Unternehmer die Gefahrtragung bis zur Abnahme des Werks trägt, der im Rahmen der Bereitstellung digitaler Produkte zugrunde gelegten Annahme widersprechen, dass der Unternehmer lediglich den Zugang beziehungsweise Zugriff des Verbrauchers ermöglichen muss. § 644 BGB und die ebenfalls auf die Abnahme abstellenden §§ 641 und 645 BGB sollen daher nach § 650 Absatz 2 Satz 3 BGB-E mit der Maßgabe anzuwenden sein, dass an die Stelle der Abnahme die Bereitstellung des digitalen Produkts (§ 327b Absatz 3 bis 5 BGB-E) tritt.

An die Stelle der nach § 650 Absatz 2 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 650 Absatz 2 Satz 2 BGB-E die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a betreffend Verträge über digitale Produkte.

**Zu § 650 Absatz 3 BGB-E**

§ 650 Absatz 3 BGB-E regelt das Verhältnis des Werkvertragsrechts zu Abschnitt 3 Titel 2a für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, einen herzustellenden körperlichen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, zu liefern (Werklieferungsvertrag). Da es sich bei einem solchen Datenträger um eine bewegliche Sache handelt, sind auf ihn nach § 650 Absatz 1 BGB grundsätzlich die Vorschriften über den Kauf anzuwenden. Das Konkurrenzverhältnis zum neu einzufügenden Titel 2a entspricht daher dem oben in § 475a Absatz 1 BGB-E für den Verbrauchsgüterkaufvertrag geregelten, der einen ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienenden körperlichen Datenträger zum Gegenstand hat. § 650 Absatz 3 BGB-E sieht

dementsprechend ebenfalls vor, dass § 433 Absatz 1 Satz 2 BGB, die §§ 434 bis 442 BGB, § 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6 BGB und die §§ 476 und 477 BGB über die Rechte bei Mängeln nicht anzuwenden sind.

An die Stelle der nach § 650 Absatz 3 Satz 1 BGB-E ausgeschlossenen Vorschriften treten nach § 650 Absatz 3 Satz 2 BGB-E die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a betreffend Verträge über digitale Produkte.

#### **Zu § 650 Absatz 4 BGB-E**

§ 650 Absatz 4 BGB-E enthält zwei besondere Konkurrenzregelungen, die der begrenzten Anwendbarkeit der Vorschriften des Untertitels 1 im neuen Abschnitt 3 Titel 2a betreffend Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind (§ 327a Absatz 2 BGB-E), Rechnung tragen.

Für den einfachen Werkvertrag eines Verbrauchers, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, eine Sache herzustellen, die digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, gilt der Anwendungsausschluss nach § 650 Absatz 2 BGB-E entsprechend. Dieser erfasst wegen der nach § 327a Absatz 2 Satz 2 BGB-E begrenzten Anwendbarkeit der Vorschriften des neu einzufügenden Titels 2a, Untertitel 1, nur diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche das digitale Produkt betreffen.

Für den Werklieferungsvertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, eine herzustellende Sache zu liefern, die digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, gilt der Anwendungsausschluss nach § 650 Absatz 3 BGB-E entsprechend. Dieser erfasst im Hinblick auf § 327a Absatz 2 Satz 2 BGB-E ebenfalls nur diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche das digitale Produkt betreffen.

#### **Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)**

Dem Artikel 229 EGBGB wird ein neuer § ... angefügt, der die Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen enthält. Damit wird Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie umgesetzt.

#### **Zu § ... Absatz 1 EGBGB-E**

Nach § ... Absatz 1 EGBGB-E finden auf Verbraucherverträge, die ab dem 1. Januar 2022 abgeschlossen werden, das BGB und das UKlaG in der jeweils zum Datum des Inkrafttretens des Gesetzes geltenden Fassung Anwendung.

#### **Zu § ... Absatz 2 EGBGB-E**

§ ... Absatz 2 EGBGB-E stellt klar, dass auf alle vor dem Datum des Inkrafttretens abgeschlossenen Verbraucherverträge über digitale Produkte dann das neue Recht Anwendung findet, wenn die vertragsgegenständliche Bereitstellung der digitalen Produkte nach dem Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt. Diese Regelung stellt eine unechte Rückwirkung dar, welche nur dann unzulässig ist, wenn nach einer Abwägung das Vertrauen der Betroffenen in das Fortbestehen der bisherigen Regelung schwerer wiegt als der mit der Änderung verfolgte Zweck. In der Praxis wird sich die Regelung in erster Linie auf Dauerschuldverhältnisse (nach der Terminologie des Gesetzes Reihen einzelner Bereitstellungen beziehungsweise dauerhafte Bereitstellungen im Sinne des § 327b Absatz 5 BGB-E) auswirken. Bei einmaligen Bereitstellungen dürfte der Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Bereitstellung in der Regel so kurz sein, dass dies nicht ins Gewicht fällt. Den Vertragspartnern wird in allen anderen Fällen mit Blick auf die Umsetzungsfrist sechs Monate Zeit gegeben, um bestehende Verträge nach Verkündung des Gesetzes an die neuen Regelungen anzupassen. Dieser Zeitraum erscheint erforderlich, aber auch ausreichend, um die durch das Gesetz vorgesehenen neuen Pflichten im Vertrag zu vereinbaren.

#### **Zu Absatz 3 und 4**

Besondere Regeln gelten nach § ... Absatz 3 und 4 EGBGB-E mit Blick auf Änderungen gemäß § 327r BGB-E und den Rückgriff nach den §§ 327t und 327u BGB-E. Hier sollen, abweichend vom Grundsatz des § ... Absatz 2 EGBGB-E, die neuen Vorschriften ausschließlich auf Verträge Anwendung finden, welche nach Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes abgeschlossen wurden. Diese Ausnahme beruht auf der entsprechenden Vorgabe in Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie. Da die Regelungen der §§ 327t und 327u BGB-E nicht auf Verbraucherverträge Anwendung finden, war hier eine abweichende Formulierung nötig. Sowohl § ... Absatz 3 als auch Absatz 4 EGBGB-E dienen dem Interessenausgleich zwischen Unternehmern und Verbrauchern (siehe Erwägungsgrund 83 der Richtlinie).



**Zu Artikel 3 (Änderung des Unterlassungsklagengesetzes)****Zu Nummer 1**

Die Regelungen zu den Verbraucherverträgen über digitale Produkte sollen auch in die Liste der in § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 UKlaG aufgeführten Verbraucherschutzvorschriften des Bürgerlichen Rechts aufgenommen werden. Damit wird Artikel 23 Absatz 2 der Richtlinie umgesetzt.

**Zu Nummer 2**

Es handelt sich um Folgeänderungen. Die Reihenfolge der in § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 UKlaG aufgeführten Materien bestimmt sich nach deren Standort im BGB.

**Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)**

Artikel 4 regelt das Inkrafttreten. Das Gesetz tritt am 1. Januar 2022 in Kraft. Dies entspricht den Anforderungen des Artikels 24 Absatz 1 der Richtlinie.

## Anlage 2

**Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Abs. 1 NKRG****Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (NKR-Nr. 5397)**

Der Nationale Normenkontrollrat hat den Entwurf des Regelungsvorhabens geprüft.

**I. Zusammenfassung**

Bürgerinnen und Bürger Jährlicher Zeitaufwand	rund 5.000 Stunden (125.000 Euro)
Wirtschaft Jährlicher Erfüllungsaufwand: <i>davon aus Informationspflichten:</i>	rund 62,6 Mio. Euro rund 7,7 Mio. Euro
Einmaliger Erfüllungsaufwand: <i>davon aus Informationspflichten:</i>	rund 5,3 Mio. Euro <i>rund 5,3 Mio. Euro</i>
Verwaltung	keine Auswirkungen
Umsetzung von EU-Recht	Dem NKR liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass mit dem Vorhaben über eine 1:1 Umsetzung hinausgegangen wird.
Evaluierung  Ziele:  Kriterien/Indikatoren:  Datengrundlage:	Spätestens zum 12. Juni 2024 wird die Richtlinie (EU) 2019/770 auf der EU-Ebene überprüft. Einen Bericht, den die Kommission hierzu anfordert, wird das BMJV nach der Evaluierungskonzeption der Bundesregierung so erstellen, dass in Bezug auf Deutschland valide quantitative und qualitative Erkenntnisse vorliegen.  <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus</li> <li>• Freisetzung von Wachstumspotential im elektronischen Handel</li> <li>• Umfang des (grenzüberschreitenden) elektronischen Handels</li> <li>• Verbraucherzufriedenheit</li> <li>• Statistiken/Erhebungen u.a. bei <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Destatis</li> <li>○ Wirtschafts-/Verbraucherverbänden</li> </ul> </li> </ul>
Der Nationale Normenkontrollrat erhebt keine Einwände gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen in dem Regelungsentwurf.	

## II. Im Einzelnen

Zur weiteren Ausgestaltung des digitalen Binnenmarkts will die Europäische Union (EU) das Recht der Mitgliedstaaten bei Verträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen harmonisieren. Dabei gelten als digitaler Inhalt z.B. eine Video- oder Audiodatei und als digitale Dienstleistung die Eröffnung der Zugriffsmöglichkeit auf diese Datei.

Das Europäische Parlament und der Rat haben eine Richtlinie erlassen\*, die das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) mit dem vorliegenden Regelungsvorhaben fristgemäß zum 1. Juli 2021 in deutsches Recht umsetzen will. Hierzu fasst das Ressort die Regelungsgegenstände digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen unter dem Begriff „digitale Produkte“ zusammen und fügt das Umsetzungsrecht mit Wirkung zum 1. Januar 2022 in u.a. das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und das Einführungsgesetz zum BGB ein.

### II.1 Erfüllungsaufwand

Das Regelungsvorhaben ruft einmaligen sowie laufenden Erfüllungsaufwand hervor, den das BMJV gut nachvollziehbar ermittelt und dargestellt hat.

#### Bürgerinnen und Bürger

Der Vertrag über ein digitales Produkt soll von gesetzlich definierten sog. objektiven Beschaffenheitsanforderungen abweichen können. Voraussetzungen hierfür sind die Information des Verbrauchers über die Abweichung und deren gesonderte Vereinbarung.

Unter der nachvollziehbaren Annahme von 100.000 Anwendungsfällen der Neuregelung/Jahr sowie eines Verbraucheraufwandes für Kenntnisnahme und Zustimmung von drei Minuten/Fall ergibt sich laufender Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger von 5.000 Stunden, der mit 125.000 Euro p.a. zu monetarisieren ist (25 Euro/Std.).

#### Wirtschaft

Das Regelungsvorhaben belastet Hersteller und Händler mit einmaligem Erfüllungsaufwand von rund 5,3 Mio. Euro sowie mit laufendem Erfüllungsaufwand von rund 62,6 Mio. Euro.

- **Aktualisierung digitaler Produkte**

Den Herstellern wird mit der Neuregelung aufgegeben, jeweils aktualisierte Versionen ihrer digitalen Produkte zur Verfügung zu stellen.

Bei der Ermittlung des Erfüllungsaufwands für diese neue Vorgabe geht das BMJV davon aus, dass 5.000 Hersteller für jeweils drei Produkte zwei Aktualisierungen/Jahr vornehmen müssen. Ferner davon, dass unterschiedliche Komplexität unterschiedlichen Zeitaufwand je Produkt hervorruft, der sich auf insgesamt 492.000 Stunden summiert und den Einsatz qualifizierten Personals (Lohnkostensatz 59,20 Euro/Std.) erfordert. Damit ergibt sich jährlicher Erfüllungsaufwand von zusätzlich rund 29 Millionen Euro (492.000 Std. \* 59,20 Euro).

- **Bereitstellung aktualisierter Produkte**

Die aktualisierte Version eines digitalen Produktes muss sodann für die Verbraucher bereitgestellt werden. Digitale Produkte werden in der Regel durch Händler an die Verbraucher abgegeben, in gewissem Umfang allerdings auch durch die Hersteller selbst.

Daher entsteht auch die neue Bereitstellungspflicht auf beiden Vertriebswegen, wobei das BMJV unter der Annahme eines Zeitaufwands von jeweils 0,25 Stunden für die digitale Übermittlung einer aktualisierten Produktversion jährlichen Erfüllungsaufwand der Händler von rund 3,5 Millionen Euro (500.000 Aktualisierungen \* 0,25 Stunden \* 28 Euro/Std.) und der

---

\* Richtlinie (EU) 2019/770 (ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 1; L 305 vom 26.11.2019, S. 62)

Hersteller von rund 360.000 Euro (30.000 Aktualisierungen \* 0,25 Stunden \* 47,50 Euro/Std.), insgesamt also rund von 3,9 Millionen Euro p.a. nachvollziehbar dargestellt hat.

- Weitere Bereitstellung älterer Produktversionen

Änderungen an einem digitalen Produkt, die über den Erhalt der Funktionsfähigkeit hinausgehen, sollen die Verbraucher zur Kündigung des Vertrages berechtigen. Jedoch ist das Kündigungsrecht ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die ältere Produktversion weiterhin bereitstellt und jeweils soweit aktualisiert, dass ihre Funktionsfähigkeit erhalten bleibt.

Das Ressort geht davon aus, dass die Neuregelung Hersteller und Händler veranlassen wird, jährlich 3.000 ältere Versionen in ihrer Funktionsfähigkeit zu erhalten. Den Aufwand hierfür schätzt das Ressort auf jeweils 12 Arbeitstage im Jahr. Bei Lohnkosten von 47,50 Euro/Std. (Hersteller) bzw. 28,00 Euro/Std. (Händler) ergibt sich jährlicher Erfüllungsaufwand von rund 14 Millionen bzw. von rund 8 Millionen Euro, insgesamt also von rund 22 Millionen Euro.

- Informationspflichten

Mit dem Regelungsvorhaben sind Informationspflichten verbunden, die bei Herstellern und Händlern sowohl laufenden, als auch einmaligen Erfüllungsaufwand entstehen lassen.

- **Information über die Bereitstellung von Aktualisierungen**

Neu ist die Verpflichtung zur Information der Verbraucher über die Bereitstellung aktualisierter Produktversionen. Sie verursacht nachvollziehbar dargestellten Erfüllungsaufwand von jährlich rund 3,2 Millionen Euro (814.000 Euro bei den Herstellern und rund 2,4 Millionen Euro bei den Händlern).

- Information zu abweichender Produktbeschaffenheit

Das Regelungsvorhaben eröffnet die Möglichkeit, durch Vertragsvereinbarung von den sog. objektiven Beschaffenheitsanforderungen eines digitalen Produkts abzuweichen. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vereinbarung ist die Information des Verbrauchers über das betroffene Produktmerkmal.

Die neue Informationspflicht ruft, je nachdem, ob ein Produkt sich bereits auf dem Markt befindet oder erst eingeführt wird, für Hersteller und Händler Umstellungsaufwand von rund 13.000 Euro sowie jährlichen Erfüllungsaufwand von rund 7.000 Euro hervor.

- Information zur Beweislastverteilung

Bei einem digitalen Produkt, dass sich im Gebrauch als mangelhaft erweist, soll zu Gunsten des Verbrauchers vermutet werden, dass der Mangel von Beginn an vorlag. Dieser Grundsatz gilt nicht, wenn der Verbraucher bestimmte technische Mitwirkungshandlungen unterlässt. Auf die Säumnis des Verbrauchers kann sich der Händler allerdings nur berufen, wenn er vor Vertragsabschluss klar und verständlich über die Anforderungen an die Verbrauchermithilfe informiert. Dies geschieht in aller Regel über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die der Neuregelung entsprechend angepasst werden.

Unter der Annahme, dass die Hälfte von rund 20.000 Händlern ihre AGB durch eigene Arbeitskräfte anpassen wird (Lohnkostensatz 68,30 Euro/Zeitaufwand 0,5 Std.), während die andere Hälfte hierfür externe Dienstleister in Anspruch nimmt (250 Euro/Fall), die vorher durch Unternehmensangehörige ausgewählt und beauftragt werden müssen (Lohnkostensatz 47,50 Euro/Zeitaufwand 0,25 Std.), hat das BMJV Umstellungsaufwand von rund 3 Millionen Euro nachvollziehbar ermittelt.

- Information zur Bereitstellung digitaler Inhalte nach Vertragsbeendigung

Nach Vertragsbeendigung dürfen die Verbraucher das digitale Produkt nicht weiter nutzen. Umgekehrt sollen die Unternehmer verpflichtet werden, Verbraucherdaten, die bei der Vertragsdurchführung angefallen sind, an die Verbraucher herauszugeben.

Das BMJV ordnet die neue Herausgabepflicht zutreffend als Informationspflicht im Sinne des § 2 NKRG ein. Zur Ermittlung des dafür anfallenden Erfüllungsaufwands geht das Ressort davon aus, dass die Neuregelung insgesamt 10.000 Unternehmen, je zur Hälfte Hersteller und Händler, adressiert. Ferner davon, dass die Normadressaten ihre IT-Infrastruktur der Neuregelung anpassen und hierfür Arbeitskräfte mit einem Lohnkostensatz von 59,20 Euro/Std. für jeweils vier Stunden einsetzen werden. Daraus ergibt sich nachvollziehbar ermittelter Umstellungsaufwand von rund 2,3 Millionen Euro.

Für die anschließende Systempflege setzt das Ressort 12 Stunden pro Unternehmen und Jahr bei Lohnkostensätzen von 28 Euro/Std. (Händler) bzw. von 47,50 Euro/Std. (Hersteller) an. Angenommen 5.000 Händlern werden demnach mit rund 1,7 Millionen Euro, angenommen 5.000 Hersteller mit rund 2,8 Millionen Euro p.a. belastet. Zusammengenommen entsteht für die Unternehmen aus der neuen Informationspflicht laufender Erfüllungsaufwand von rund 4,5 Millionen Euro.

○ Information zu Nutzungsbeeinträchtigungen durch Produktänderungen

Änderungen an einem digitalen Produkt, die über den Erhalt der Funktionsfähigkeit hinausgehen darf der Unternehmer nur bei vertraglicher Vereinbarung sowie unter ausreichender Information des Verbrauchers vornehmen. Die Erfüllung dieser Informationspflicht belastet die Wirtschaft mit jährlichem Erfüllungsaufwand von rund 21.000 Euro.

## II.2 Umsetzung von EU-Recht

Dem NKR liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass mit dem Vorhaben über eine 1:1 Umsetzung hinausgegangen wird.

## II.3 Evaluierung

Spätestens zum 12. Juni 2024 wird die Richtlinie (EU) 2019/770 auf der EU-Ebene evaluiert. Einen Bericht, den die Kommission hierzu anfordert, wird das BMJV nach der Evaluierungskonzeption der Bundesregierung so erstellen, dass in Bezug auf Deutschland valide quantitative und qualitative Erkenntnisse zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus sowie zur Freisetzung von Wachstumspotential im elektronischen Handel (Ziele) vorliegen. Kriterien hierfür werden der Umfang des (grenzüberschreitenden) elektronischen Handels und die Verbraucherezufriedenheit sein. Als Datengrundlage sind Statistiken u.a. des Statistischen Bundesamtes und Erhebungen bei Wirtschafts- und Verbraucherverbänden vorgesehen.

## III. Ergebnis

Der Nationale Normenkontrollrat erhebt keine Einwände gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen in dem Regelungsentwurf.

Dr. Ludewig

Vorsitzender

Dr. Holtschneider

Berichterstatler

### Anlage 3

#### Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 1001. Sitzung am 5. März 2021 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

##### 1. Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung im Rahmen der Umsetzung zu prüfen, ob sowohl vorvertraglich als auch in Bezug auf die Folgen geschlossener Verträge ein stärkerer Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher bei Geschäftsmodellen gewährleistet werden kann, die mit einer Auswertung großer Datenmengen einhergehen (sog. Big-Data-Geschäftsmodelle), insbesondere durch

- eine Pflicht, digitale Angebote immer auch in einer verbraucherfreundlichen, datensparsamen Variante anzubieten und den Vertragsabschluss möglichst verbraucherfreundlich zu gestalten,
- eine Pflicht zur optischen Kennzeichnung algorithmenbasierter Anwendungen, damit bereits vor Vertragsschluss sog. Big-Data-Geschäftsmodelle leichter erkannt werden können,
- eine Informationspflicht über die involvierte Logik der verwendeten algorithmenbasierten Anwendungen und
- die Bestätigung des Vertragsabschlusses bei entsprechenden Geschäftsmodellen mit einem „Bezahlen mit Daten“-Button,
- eine Klarstellung, dass im Falle von Verstößen gegen entsprechende Transparenzpflichten oder Anforderungen an eine wirksame Einwilligung in Bezug auf das Bezahlen mit Daten eine Anfechtbarkeit zivilrechtlicher Verträge analog dem Rechtsgedanken des § 123 BGB möglich sein kann.

##### Begründung:

Im Rahmen sog. Big-Data-Geschäftsmodelle ist es in der Regel Ziel der Unternehmen, möglichst viele Daten der Verbraucherinnen und Verbraucher zu erheben, um die Daten wirtschaftlich, meist im Wege personalisierter Werbung, zu verwerten. Um die datenschutzrechtlich erforderliche Einwilligung zur Nutzung der Verhaltens- oder sonstigen personenbezogenen Daten zu erhalten, werden in der Regel gewisse Annehmlichkeiten, wie eine bessere Bedienbarkeit, Unterhaltung oder Informationssuche angeboten.

Diese Geschäftsmodelle stehen häufig im Wertungswiderspruch zum Gebot der Datenminimierung und dem Schutz der informationellen Souveränität von Verbraucherinnen und Verbrauchern.

Regelmäßig sind Verbraucherinnen und Verbraucher vor Vertragsschluss deutlich weniger über die Folgen des Vertragsschlusses informiert, als die Unternehmen (Informationsasymmetrie). Dabei handelt es sich z.B. bei der Auswertung des Surfverhaltens, von Bewegungsdaten, des Mailverkehrs oder einer Kombination all dessen um ausgesprochen persönliche Informationen und die Verbraucherinnen und Verbraucher können hierbei beispielsweise im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen dauerhaft die Kontrolle über diese persönlichen Informationen verlieren.

Daher sollte geprüft werden, ob der vorvertragliche Verbraucherschutz dadurch gestärkt werden könnte, dass verbraucherfreundliche, datensparsame Angebotsvarianten bereits bei Vertragsschluss begünstigt werden. Auch Button-Lösungen haben sich bereits in anderem Zusammenhängen bewährt und könnten ggf. als Ergänzung zu § 312j Absatz 3 BGB auch in Bezug auf das Bezahlen mit Daten mehr Transparenz erreichen.

Mit der Richtlinie und ihrer Umsetzung wird der Verbraucherschutz bei Datenpreisgaben zwar verbessert, indem diese nicht länger als „unentgeltlich“ gelten und so zumindest grundsätzlich Gewährleistungsrecht anwendbar ist, wenn die Datenerhebung über die jeweilige Leistungspflicht bzw. den Zweck des Vertrages hinausgeht.

Es sollte jedoch geprüft werden, ob das Vertragsrecht auch weitergehende Ansätze ermöglicht, die datenschutzrechtlichen Vorgaben in Bezug auf das Bezahlen mit Daten einzuhalten. Insbesondere ist es der in § 123 BGB geregelten arglistigen Täuschung zumindest vergleichbar, wenn ein Unternehmen die Verbraucherinnen und Verbraucher trotz Aufklärungspflichten systematisch nur unzureichend darüber in Kenntnis setzt, worin ihre Gegenleistung besteht oder ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung ein Angebot an die Erteilung einer Einwilligung in weitreichende Datenpreisgaben koppelt. Insofern sollte geprüft werden, inwieweit eine klarstellende Regelung erfolgen könnte, damit die Verbraucherinnen und Verbraucher sich von einem aufgrund entsprechender Verstöße geschlossenen Vertrag im Wege der Anfechtung wieder lösen können.

2. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 312 Absatz 1a Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung bei der Formulierung der Ausnahmen des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB („ausschließlich [Daten] verarbeitet [werden], um seine Leistungspflicht ...oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen“) um die Evaluierung der Gesetzesänderung, ob die beiden Ausnahmen des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB auch in der Praxis eine Ausnahme zur Regel bleiben.

Begründung:

Das sog. „Bezahlen mit Daten“ ist eine immer häufiger zu beobachtende Praxis. Unternehmen verfolgen mit angeblich kostenlosen oder günstigen Angeboten, bei denen Verbraucherinnen und Verbraucher „nur“ ihre personenbezogenen Daten angeben müssen, erhebliche wirtschaftliche Interessen, die auf der Nutzung von Verbraucherdaten basieren. Da bislang eine Anwendung der Schutzvorschriften der §§ 312 ff. BGB in diesen Fällen nicht möglich war, erweitert § 312 Absatz 1a Satz 1 BGB deren Anwendung auf entsprechende Vertragsgestaltungen. Als Beispiel genannt ist die Registrierung bei einem sozialen Netzwerk nebst Angabe von Namen und E-Mail-Adresse. Satz 2 (ggf. in Verbindung mit § 327 Absatz 3 BGB) beschreibt davon Ausnahmen.

Um zu überprüfen, ob mit der Neuregelung die Erweiterung der verbraucherschützenden Regelungen der §§ 312 ff BGB auf Geschäftsmodelle, in denen mit Daten bezahlt wird, in der Praxis greift und die Ausnahmemöglichkeiten auch in der Umsetzung die Ausnahme darstellen, sollte die Regelung evaluiert werden.

3. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327 Absatz 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 327 Absatz 3 nach dem Wort „Unternehmer“ die Wörter „oder einem vom Unternehmer bestimmten Dritten“ einzufügen.

Begründung:

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und Umgehungsmöglichkeiten ist der Anwendungsbereich der Vorschriften über Verbraucherverträge, die digitale Produkte betreffen, ausdrücklich auch auf Vertragsgestaltungen zu erstrecken, bei denen der Verbraucher sich zur Bereitstellung personenbezogener Daten an einen Dritten verpflichtet. Derartige Konstellationen, bei denen die Kundendaten an einen Kooperationspartner des Unternehmers fließen und dort zu Marketingzwecken verwendet werden, sind zunehmend zu beobachten. Für die Schutzbedürftigkeit der Verbraucher macht es keinen Unterschied, ob die Daten als Gegenleistung für das digitale Produkt an den Unternehmer oder an einen von ihm bestimmten Dritten fließen.

4. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327c Absatz 6 Satz 2,  
§ 327m Absatz 4 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 ist in § 327c Absatz 6 und § 327m Absatz 4 jeweils Satz 2 zu streichen.

Begründung:

Verbraucher sollen auch bei Paketverträgen, bei denen Telekommunikationsdienstleistungen mit digitalen Produkten wie beispielsweise Mediennutzungsangeboten verbunden werden, unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit haben, sich bei Nicht- oder Schlechtleistung in Bezug auf das digitale Produkt vom Gesamtvertrag lösen zu können. Beispielsweise kann die Verfügbarkeit von Unterhaltungsangeboten oder die Übertragung von Sportereignissen ein wesentliches Entscheidungskriterium für den Abschluss eines Paketvertrages bei einem bestimmten Telekommunikationsanbieter sein. Wenn diese digitalen Produkte nicht vertragsgemäß zur Verfügung stehen, kann wie bei anderen Paketverträgen ein erhebliches und schutzwürdiges Interesse an einer Lösung vom Gesamtvertrag bestehen. Vor allem bei einer langfristigen Vertragsbindung von 24 Monaten kann der Wegfall wesentlicher digitaler Leistungen dazu führen, dass das weitere Festhalten am Vertrag für den Kunden schlicht unzumutbar ist.

Da § 66 Absatz 2 TKG nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Telekommunikationsmodernisierungsgesetz keine eigenständige Rechtsgrundlage für die Lösung von Paketverträgen enthält, bedarf es der Streichung des Anwendungsausschlusses in den §§ 327c Absatz 6 und 327m Absatz 4 BGB.

5. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327c Absatz 7, § 327m Absatz 5 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 327c Absatz 7 und § 327m Absatz 5 nach dem Wort „eignet“ jeweils die Wörter „oder er an den anderen Bestandteilen des Vertrages kein Interesse hat“ einzufügen.

Begründung:

Wie bei Paketverträgen sollte auch bei verbundenen Verträgen der Verbraucher das Recht auf Lösung vom Gesamtvertrag erhalten, wenn er aufgrund der Nichtbereitstellung oder der Mängel des digitalen Produkts kein Interesse an der weiteren Nutzung der Kaufsache hat. Andernfalls droht bei verbundenen Verträgen das Recht auf Vertragslösung leerzulaufen, da ein Wegfall der gewöhnlichen Eignung in der Regel nur bei Sachen mit digitalen Elementen anzunehmen sein wird, die jedoch von der Anwendung der §§ 327 ff. BGB ausgeschlossen sind (§ 327 Absatz 3 BGB). Auch ist zu berücksichtigen, dass bei verbundenen Verträgen die vertragsgemäße Bereitstellung des digitalen Produkts zu den vereinbarten Bedingungen ein wesentliches Entscheidungskriterium für das Gesamtangebot sein kann. Ein Festhalten an dem Gesamtvertrag kann für den Verbraucher eine unzumutbare Belastung darstellen, wenn zwar die Kaufsache objektiv weiterhin nutzbar wäre, der Verbraucher aber aufgrund eines besonderen Verwendungszwecks, der aufgrund der Nichtverfügbarkeit des digitalen Elements dauerhaft verfehlt wird, für die Kaufsache keine sinnvolle Verwendung mehr hat.

6. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung um Prüfung, wie die Pflicht, beim Verkauf von Software Aktualisierungen bereitzustellen (§ 327f BGB) (kurz: Update-Pflicht), so erweitert werden kann, dass neben dem Verkäufer von digitalen Produkten (Software) auch die jeweiligen Hersteller umfasst sind.

Begründung:

Gemäß § 327f Absatz 1 Satz 1 BGB ist der Unternehmer, nicht aber der Hersteller zur Bereitstellung von Software-Updates verpflichtet. Dies wird in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen. Der Verkäufer ist häufig – anders als der Hersteller – nicht in der Lage Updates zu entwickeln oder herauszugeben. Digitale Inhalte von digitalen Produkten sind typischerweise generell in Bezug auf ihre Entwicklung und Verbesserungsnotwendigkeiten mit ihrem Hersteller verbunden. Häufig behalten Hersteller einen Fernzugriff; die Auslieferung von Updates erfolgt direkt vom Hersteller ohne nennenswerte logistische Kosten. Hinzu kommt, dass häufig auch nur der Hersteller die für die Nutzung der Software notwendigen Daten hat, während der Verkäufer lediglich die persönlichen Daten des Käufers aus dem Kaufvertrag erhält. Dies sollte sich



auch im Pflichtenkatalog des Herstellers niederschlagen. Nur so kann die Update-Pflicht in der Praxis Wirkung entfalten. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie hindert den deutschen Gesetzgeber ausdrücklich nicht daran, eine solche aus Verbrauchersicht sinnvolle und erforderliche gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einzuführen.

7. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Aufnahme geeigneter Vorschriften zu prüfen, mit denen sich der Zeitraum, innerhalb dessen Verbraucher nach § 327f Absatz 1 Satz 1 in den Fällen des Absatzes 1 Satz 3 Nummer 2 Aktualisierungen des digitalen Produkts erwarten können, leichter und mit größerer Rechtssicherheit bestimmen lässt.

Begründung:

Der Anspruch auf Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit erforderlich sind, soll nach dem Gesetzentwurf bei Verträgen ohne definierten Bereitstellungszeitraum von der Verbrauchererwartung unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrages abhängen. Für die Anbieter wie die Verbraucher ist die Bestimmung der Verbrauchererwartung mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. Es stehen keine klaren Kriterien zur Verfügung, nach denen sich beispielsweise beim Kauf einer Anwender-Software für Laptops oder einer digitalen Karte für ein Navigationsgerät einschätzen ließe, wie lange der Anbieter zur Bereitstellung notwendiger Aktualisierungen verpflichtet sein soll.

Mehr Rechtssicherheit könnte erreicht werden, wenn die Hersteller Angaben zur erwartbaren Nutzungsdauer und Bereitstellung von Aktualisierungen machten. Die Hersteller wären insofern als die geeigneten Marktakteure anzusehen, als die Problematik einmalig bereitgestellte digitale Produkte betrifft.

Daher wäre zu erwägen, die Hersteller zu einer Angabe der üblichen Mindestfunktionsdauer zu verpflichten, um einen Anhaltspunkt dafür zu haben, in welchem Zeitraum der Verbraucher mit Aktualisierungen rechnen und diese einfordern darf. Zwar kann dabei die Gefahr bestehen, dass Hersteller bewusst eine kurze Nutzungsdauer angeben, die hinter der objektiven Erwartung und gegebenenfalls auch hinter dem regelmäßigen Gewährleistungszeitraum von zwei Jahren zurückbleibt. Andererseits besteht die berechtigte Erwartung, dass der Wettbewerb ein wirkungsvolles Korrektiv bildet und ein flächendeckendes Absenken von Qualitätsversprechen der Hersteller verhindert.

Eine derartige Informationspflicht beträfe nicht unmittelbar das zwischen dem Verbraucher und Anbieter begründete Vertragsverhältnis, so dass Kollisionen mit den vollharmonisierenden Regelungen der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher und der Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen nicht zu befürchten sind.

8. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass Verbraucher vor Bereitstellung von Aktualisierungen im Sinne des § 327f BGB genauer darüber informiert werden sollten, um was für eine Art Aktualisierung (funktionserhaltend/funktionsändernd/sicherheitsrelevant) es sich im konkreten Fall handelt und welche Auswirkungen diese haben. Sofern mehrere Aktualisierungen gleichzeitig vorgenommen werden, sollten diese separat und unabhängig voneinander bereitgestellt werden sofern dies technisch möglich ist. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung um Prüfung, ob § 327f Absatz 1 BGB um eine entsprechende Konkretisierung ergänzt werden kann.

Begründung:

Es bedarf einer genaueren Information der Verbraucher, um was für eine Art Update es sich in jedem Fall handelt, um die Rechtsfolge des § 327f Absatz 2 BGB auszulösen. Denn nur wenn die Verbraucher darüber aufgeklärt sind, ob es sich um lediglich funktionserhaltende bzw. sicherheitsrelevante oder um (gegebenen-

falls weitreichende) funktionsändernde Aktualisierungen handelt, besteht eine ausreichende Informationslage, um sich für oder gegen das jeweilige Update zu entscheiden und damit die Rechtsfolge des § 327f Absatz 2 BGB bewusst auf sich zu nehmen. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen funktionsändernde Aktualisierungen zu einer unerwünschten Verarbeitung personenbezogener Daten führen. Die Information sollte in übersichtlicher Weise die geplanten Änderungen und ihre Auswirkungen auf das digitale Produkt umfassen. Sofern technisch möglich, sollten die jeweiligen Aktualisierungen getrennt voneinander bereitgestellt werden.

9. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327j Absatz 1, 2 BGB)

- a) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 327j Absatz 1 und 2 BGB im Interesse der Konsistenz der Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs enger auf die zwingenden Vorgaben der 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 zurückgeführt werden sollte.
- b) Der Bundesrat bittet, eine etwaige Änderung von § 327j BGB auch in der Parallelvorschrift im Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags nachzuvollziehen.

Begründung:

Zu Buchstabe a:

In § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB ist vorgesehen, dass die zweijährige Verjährungsfrist nach § 327j Absatz 1 BGB im Fall einer dauerhaften Bereitstellung mit dem Ende des Bereitstellungszeitraums beginnt. In § 327j Absatz 2 Satz 2 BGB ist weiter vorgesehen, dass die genannte Verjährungsfrist im Übrigen bei Ansprüchen aufgrund einer Verletzung der Aktualisierungspflicht mit dem Ende des Zeitraums beginnt, innerhalb dessen Aktualisierungen bereitzustellen sind.

Das führt zu teilweise außerordentlich langen Verjährungsfristen, die so von Artikel 11 der 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 (im Folgenden: Richtlinie) nicht vorgegeben und auch in der Sache nicht angemessen sind. So ergibt sich beispielsweise bei einem digitalen Produkt, für welches der Verbraucher eine Aktualisierung über einen Zeitraum von fünf Jahren erwarten darf (bei einem Betriebssystem dürfte beispielsweise sogar ein längerer Zeitraum gelten, siehe Seite 64 der BR-Drucksache 60/21), eine Verjährungsfrist von Ansprüchen wegen Verletzungen der Aktualisierungspflicht von sieben Jahren, die auch dann gilt, wenn die in Rede stehende Verletzung der Aktualisierungspflicht bereits zeitnah nach der Bereitstellung erfolgte. Das führt im Hinblick auf die deutlich kürzere Verjährungsfrist etwa für kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei Sachen ohne digitale Elemente zu Wertungswidersprüchen. So dürfte schwer zu erklären sein, dass für den Käufer eines Computerspiels im genannten Beispiel eine längere Verjährungsfrist gilt als für den Käufer einer Immobilie gemäß § 438 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a, Absatz 2 BGB.

Eine denkbare Lösung wäre eine subjektive Bestimmung des Verjährungsbeginns unter gleichzeitiger Normierung einer kenntnisunabhängigen Höchstfrist nach dem Vorbild von § 199 Absatz 1, Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BGB. Durch die Anknüpfung des Verjährungsbeginns an die Kenntnis beziehungsweise grob fahrlässige Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände würden einerseits unangemessen lange Verjährungsfristen vermieden und würde andererseits die Vereinbarkeit mit der Richtlinie sichergestellt. Dabei könnte hinsichtlich der kürzeren kenntnisabhängigen Verjährungsfrist in Anlehnung an § 438 Absatz 1 Nummer 3 BGB die zweijährige Frist gemäß § 327j Absatz 1 BGB beibehalten werden. Es könnte aber auch eine deutlich kürzere Frist (etwa: sechs Monate) gewählt werden, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Abwägung der Interessen von Unternehmern einerseits und Verbrauchern andererseits bereits durch die subjektive Bestimmung des Fristbeginns deutlich zugunsten der Verbraucher verschoben wird. Die dem Verbraucher gemäß Artikel 11 Absatz 2 und 3 der Richtlinie zu eröffnende Möglichkeit, die Abhilfen nach Artikel 14 der Richtlinie in Anspruch zu nehmen, wäre auch damit zweifelsohne gewährleistet.

Denkbar wäre auch, am objektiven Fristbeginn gemäß § 327j Absatz 2 BGB festzuhalten, jedoch in den Fällen des § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, Satz 2 BGB die Verjährungsfrist deutlich (etwa: auf sechs Monate) zu verkürzen. Hierdurch würde eine einfache und rechtssichere Anwendung der Verjährungsvorschriften gewährleistet und zugleich die wertungsmäßig problematische Ungleichbehandlung von Ansprüchen wegen Verletzung der Aktualisierungspflicht einerseits und beispielsweise kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen bei Sachen ohne digitale Elemente andererseits zumindest abgemildert.

Zu Buchstabe b:

Die vorliegend beschriebene Problematik stellt sich gleichermaßen in Bezug auf den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, konkret den dort vorgesehenen § 475e Absatz 1 BGB. Eine etwaige Änderung von § 327j BGB müsste daher auch dort nachvollzogen werden.

10. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327j Absatz 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 ist in § 327j Absatz 3 das Wort „zwei“ durch das Wort „drei“ zu ersetzen.

Begründung:

Die in § 327j Absatz 3 BGB vorgesehene Verlängerung der Verjährung um bis zu zwei Monate ist zu knapp bemessen. Um gemäß Erwägungsgrund 58 der Richtlinie (EU) 2019/770 sicherzustellen, dass Verbraucher ihre Rechte für Vertragswidrigkeiten auch dann wahrnehmen können, wenn sich die Mängel erst am Ende des Gewährleistungszeitraums zeigen, ist eine Verlängerung auf mindestens drei Monate erforderlich. Gerade bei digitalen Produkten ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung, ob eine Störung auf einen Mangel des Produkts oder andere Umstände zurückzuführen ist, nicht immer leicht zu treffen ist. Hinzu kommt, dass eine Kommunikation mit dem Anbieter zur Klärung der Ursachen und Abhilfen bei einer Störung im digitalen Bereich nicht immer ausreichend gewährleistet ist. Auch ist beim Erwerb digitaler Produkte über Vermittlungsplattformen, bei Paketverträgen oder verbundenen Verträgen für den Verbraucher nicht immer eindeutig erkennbar, wer der Vertragspartner ist. Dies kann die Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen erheblich erschweren.

11. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327n Absatz 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 327n Absatz 2 Satz 2 die Wörter „nur anteilig für die Dauer der Mangelhaftigkeit“ durch die Wörter „für den Zeitraum, in dem das digitale Produkt nicht in vertragsgemäßem Zustand war,“ zu ersetzen.

Begründung:

Die Formulierung im Gesetzentwurf suggeriert, dass nach § 327n Absatz 2 Satz 2 der Minderungsanspruch nur zeitanteilig zu bemessen ist. Eine lediglich zeitanteilige Herabsetzung des Preises ist jedoch weder Artikel 14 Absatz 5 Unterabsatz 2 noch Erwägungsgrund 66 der Richtlinie (EU) 2019/770 zu entnehmen. Neben der Gefahr der Unionsrechtswidrigkeit erscheint eine generelle Beschränkung auf eine Preisminderung pro rata temporis auch nicht sachgerecht, wenn beispielsweise das digitale Produkt typischer Weise nur zu bestimmten Zeiten genutzt wird und gerade in diesen ausfällt.

12. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 ist in § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 das Wort „aggregiert“ durch das Wort „verbunden“ und das Wort „disaggregiert“ durch die Wörter „von diesen getrennt“ zu ersetzen.

Begründung:

Es handelt sich um eine sprachliche Klarstellung, um die für Verbraucher eher unüblichen Begriffe „aggregiert“ und „disaggregiert“ zu vermeiden.

Bislang wird lediglich in der Einzelbegründung ausgeführt, dass das Wort „aggregiert“ hier „verbunden“ meint und „disaggregiert“ die Umkehr dieser Verbindung bedeutet.

13. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327u Absatz 1, 4, 6 BGB),  
Nummer 11 (§ 578b Absatz 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Begriff „Vertriebspartner“ durch einen dem herkömmlichen Wortsinn entsprechenden Begriff ersetzt werden kann. Insoweit kommt etwa der Begriff „Lieferant des digitalen Produkts“ in Frage.

Begründung:

In § 327u Absatz 1 Satz 1 BGB wird der Vertragspartner des Unternehmers, der sich diesem gegenüber zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet hat, als „Vertriebspartner“ definiert. Der Begriff des Vertriebspartners erfasst indes nach dem herkömmlichen Wortsinn jemanden, der den Hersteller oder einen Zwischenhändler beim Vertrieb einer Ware unterstützt oder den Vertrieb für diesen übernimmt, mithin regelmäßig ein nachfolgendes, keinesfalls aber ein vorhergehendes Glied der Vertragskette. Dieses Verständnis gilt gerade auch im juristischen Kontext (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2020 – I ZR 147/18, GRUR 2020, 1306, Ls. 2; OLG Hamm, Urteil vom 21. April 2016 – 18 U 33/15, ZVertriebsR 2017, 167 Rn. 2; OLG München, Beschluss vom 20. März 2014 – 7 W 315/14, NJW-RR 2014, 887, 888; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 1 ProdHaftG Rn. 30). Dass der Begriff exakt das Gegenteil dessen ausdrückt, was im Regierungsentwurf gemeint ist, wird das Verständnis der Vorschrift in der Praxis unnötig erschweren.

Es sollte daher ein dem herkömmlichen Wortsinn entsprechender Begriff gewählt werden. Gut geeignet wäre insbesondere der Begriff „Lieferant des digitalen Produkts“. Da der Begriff des Lieferanten bereits in § 445a Absatz 1 BGB legaldefiniert ist, könnte erwogen werden, den bisherigen Begriff des Lieferanten im Sinne der §§ 445a, 445b, 478 BGB durch den Begriff „Warenlieferant“ zu ersetzen.

## Anlage 4

**Gegenäußerung der Bundesregierung**

Die Bundesregierung äußert sich zu der Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

**Zu Nummer 1 (Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)**

Die Bundesregierung lehnt eine Prüfung dieses Vorschlags des Bundesrates im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens ab. Für die vom Bundesrat vorgeschlagenen Maßnahmen zur Stärkung der Verbraucherrechte bei sogenannten Big-Data-Geschäftsmodellen dürfte dieses Gesetzgebungsverfahren nicht der richtige Regulationsstandort sein.

Die Stärkung von Transparenz und Wahlfreiheit bei der Nutzung von Kundendaten im Zusammenhang mit Verträgen, die mit einer Erfassung und Auswertung erheblicher Mengen von Kundendaten einhergehen, ist verbraucherpolitisch ein wichtiges Anliegen. Viele Aspekte in diesem Zusammenhang sind bereits durch die Vorgaben der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; L 314 vom 22.11.2016, S. 72; L 127 vom 23.5.2018, S. 2, nachfolgend: Datenschutz-Grundverordnung) und der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37, nachfolgend: E-Privacy-Richtlinie) geregelt und müssen effektiv durchgesetzt werden. Bei der Umsetzung einiger der Vorschläge wären die mitgliedstaatlichen Spielräume, welche die Bestimmungen zur Ausgestaltung des Vertragsschlusses in den Artikeln 10 und 11 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1) den Mitgliedstaaten belassen ebenso zu berücksichtigen wie die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung und der E-Privacy-Richtlinie.

Im Einzelnen:

- Hinsichtlich der Pflicht, digitale Angebote immer auch in einer datensparsamen Variante anzubieten, wird auf die Regelungen in der Datenschutz-Grundverordnung verwiesen, insbesondere auf die Regelungen zur Einwilligung. Hinsichtlich der Forderungen nach einem verbraucherfreundlichen Vertragsschluss ergibt sich ebenfalls aus der Datenschutz-Grundverordnung, dass die Informationen zur Datenverarbeitung in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form und in einer klaren und einfachen Sprache erfolgen sollen.
- Sowohl der Vorschlag des Bundesrates zur Einführung einer Pflicht zur optischen Kennzeichnung algorithmenbasierter Anwendungen als auch zur Einführung einer Informationspflicht über die involvierte Logik der verwendeten algorithmenbasierten Anwendungen wird von der Bundesregierung geprüft werden; allerdings sollten hier aus Sicht der Bundesregierung zunächst die für das Frühjahr 2021 angekündigten Vorschläge der EU-Kommission zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz abgewartet werden.
- Dem Vorschlag des Bundesrates zur Einführung eines „Bezahlen mit Daten“-Buttons stimmt die Bundesregierung nicht zu. Eine solche Regelung wäre nicht von der Öffnungsklausel in Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64, nachfolgend: Verbraucherrechterichtlinie) umfasst. Artikel 8 Absatz 2 der Verbraucherrechterichtlinie ist auf zahlungspflichtige Verträge beschränkt. Den Mitgliedstaaten steht somit kein Spiel-

raum zur Einführung einer solchen Regelung zu. Nachdem der Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-richtlinie durch entsprechende Klarstellung mit der 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 vom 18.12.2019, S. 7, nachfolgend: Modernisierungsrichtlinie) ausdrücklich auch auf Verträge über das „Bezahlen mit Daten“ erstreckt wurde, hat sich der Unionsgesetzgeber für eine unveränderte Beibehaltung von Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Verbraucherrechte-richtlinie entschieden. Wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten für andere Zwecke als für die Erfüllung seiner Leistungspflicht oder zur Erfüllung an ihn gestellter rechtlicher Anforderungen verarbeitet, so ist häufig ohnehin eine Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich. Da diese für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abzugeben ist, ergibt sich daraus in diesen Fällen bereits eine hinreichende Transparenz und eine Hinweis- und Warnfunktion zugunsten des Verbrauchers.

- Ein Erfordernis, dem Verbraucher ein Anfechtungsrecht nach dem Vorbild des § 123 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) für den Fall einzuräumen, dass der Unternehmer datenschutzrechtliche Informationspflichten oder die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Einholung einer wirksamen Einwilligung verletzt, sieht die Bundesregierung nicht. Zum einen ist bereits nach der Datenschutz-Grundverordnung eine Einwilligung unwirksam, wenn diese einen Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung darstellt, so zum Beispiel, wenn die Einwilligung nicht von anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Wie in der Begründung zum Regierungsentwurf ausgeführt (Bundratsdrucksache 60/21, Seiten 35 und 41), ist die Bundesregierung zum anderen der Ansicht, dass dem Verbraucher durch die Unwirksamkeit (dort im Zusammenhang mit § 134 BGB) eines entsprechenden Vertrags bei Datenschutzverstößen nicht geholfen wäre. Der Verbraucher soll auch in diesen Fällen seine vertraglichen Rechte im Hinblick auf digitale Produkte geltend machen können. Die gleichen Erwägungen sprechen auch gegen den hier zu erörternden Vorschlag des Bundesrates.

### **Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nummer 2 – § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Eine Evaluierung des Gesetzes ist nach dem Vorschlag der Bundesregierung nicht vorgesehen (siehe unter VII. im Allgemeinen Teil der Begründung des Regierungsentwurfs, Bundratsdrucksache 60/21, Seite 33).

Die Kommission wird allerdings gemäß Artikel 25 der 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 vom 22.5.2019, S. 1; L 305 vom 26.11.2019, S. 62, nachfolgend: Richtlinie) deren Anwendung bis spätestens zum 12. Juni 2024 überprüfen. Nach Artikel 6 der Modernisierungsrichtlinie wird die Kommission betreffend deren Bestimmungen bis zum 28. Mai 2024 einen entsprechenden Bericht vorlegen. Bei beiden Evaluierungen wird sicher auch die vom Bundesrat aufgeworfene Fragestellung Gegenstand der Überprüfung durch die Kommission sein. Sofern der Bundesregierung zum Zeitpunkt der Evaluierungen zu diesem Aspekt besondere Erkenntnisse vorliegen sollten, könnten diese im Rahmen von Befragungen der Kommission mitgeteilt werden.

### **Zu Nummer 3 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327 Absatz 3 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Der Anwendungsbereich der Vorschriften erfasst schon jetzt die Gestaltungen, bei denen sich der Verbraucher dem Unternehmer gegenüber (auch) zur Bereitstellung der personenbezogenen Daten an Dritte (lediglich) verpflichtet, wie sich aus der Variante „oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet“ in § 327 Absatz 3 Satz 1 erster Halbsatz BGB in der Entwurfsfassung ergibt. Denn die Formulierung ist hier – im Gegensatz zur ersten Variante – nicht auf die Bereitstellung gegenüber dem Unternehmer beschränkt.

**Zu Nummer 4 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327c Absatz 6 Satz 2,  
§ 327m Absatz 4 Satz 2 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Die in der Begründung dieses Vorschlags vertretene Rechtsansicht, wonach § 66 Absatz 2 des Telekommunikationsgesetzes in der Entwurfsfassung nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (nachfolgend: Telekommunikationsmodernisierungsgesetz – Bundesratsdrucksache 29/21) keine eigenständige Rechtsgrundlage für die Kündigung von Paketverträgen enthält, teilt die Bundesregierung nicht, da § 66 Absatz 2 jenes Entwurfs ein Kündigungsrecht für alle Bestandteile des Pakets enthält, wenn ein Vertragsbestandteil kündbar ist. Dementsprechend ist für Paketverträge, bei denen Telekommunikationsdienstleistungen mit digitalen Produkten wie beispielsweise Mediennutzungsangeboten verbunden werden, § 66 des Telekommunikationsgesetzes in der Entwurfsfassung nach dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz die relevante Norm. Die Anwendungsausschlüsse in den §§ 327c Absatz 6 Satz 2 und 327m Absatz 4 Satz 2 BGB in der Entwurfsfassung sind daher beizubehalten.

**Zu Nummer 5 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327c Absatz 7  
§ 327m Absatz 5 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Eine entsprechende Bestimmung erscheint nicht erforderlich. Die Regelungen in den §§ 327c Absatz 7 und 327m Absatz 5 BGB in der Entwurfsfassung sind zwar auf Sachen mit digitalen Elementen beschränkt. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass § 327c Absatz 7 BGB in der Entwurfsfassung neben § 327c Absatz 6 BGB in der Entwurfsfassung (ebenso wie § 327m Absatz 5 BGB in der Entwurfsfassung neben § 327m Absatz 4 BGB in der Entwurfsfassung) zur Anwendung kommt, wenn ein Vertrag über eine Sache mit digitalen Elementen Bestandteil eines Paketvertrags ist.

**Zu Nummer 6 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327f BGB)**

Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates prüfen.

**Zu Nummer 7 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327f BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Die Bundesregierung sieht mit Blick auf den abschließenden Charakter der Richtlinie keinen Spielraum für die Mitgliedstaaten, die in der Richtlinie enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe durch entsprechende mitgliedstaatliche Vorschriften zu konkretisieren. Die Bundesregierung wird im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens jedoch prüfen, welche weiteren Kriterien zur Konkretisierung in die Gesetzesmaterialien aufgenommen werden können.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Einführung einer verpflichtenden Angabe der Hersteller betreffend die übliche Mindestfunktionsdauer wäre – wegen der auch vom Bundesrat hervorgehobenen Tatsache, dass es sich bei einer solchen Informationspflicht nicht um eine Frage des Vertragsrechts handeln würde – ein Fremdkörper im Zivilrecht. Des Weiteren sollte aus Sicht der Bundesregierung abgewartet werden, inwiefern die EU-Kommission – wie in ihrem „Circular Economy Action Plan“ (abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new\\_circular\\_economy\\_action\\_plan.pdf](https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new_circular_economy_action_plan.pdf), zuletzt abgerufen am 5. März 2021 – dort unter „2.2 Empowering consumers and public buyers“ und „3.1 Electronics and ICT“) angekündigt – entsprechende Informationspflichten der Hersteller unter anderem über die Haltbarkeit ihrer Produkte auf Ebene der EU vorschlägt.

Dessen ungeachtet können Hersteller aufgrund eigener Entscheidung die Dauer des von ihnen geplanten Aktualisierungszeitraums aus Wettbewerbsgesichtspunkten angeben. In diesem Fall können die Angaben als subjektive

Anforderung nach § 327e Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 BGB in der Entwurfsfassung Bestandteil des Vertrags zwischen Unternehmer und Verbraucher werden. Ferner können entsprechende Angaben des Herstellers nach § 327e Absatz 3 Satz 2 und 3 BGB in der Entwurfsfassung bei der Beurteilung der relevanten objektiven Anforderungen herangezogen werden.

#### **Zu Nummer 8 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327f BGB)**

Die Bundesregierung hält eine entsprechende Informationspflicht mit Blick auf die bereits im Regierungsentwurf enthaltenen Informationspflichten für nicht erforderlich, da sich aus dem Zusammenspiel der Regelungen im Regierungsentwurf bereits dem Vorschlag des Bundesrates im Wesentlichen entsprechende Informationspflichten ergeben:

- § 327f Absatz 1 Satz 1 BGB in der Entwurfsfassung sieht vor, dass der Verbraucher über die jeweilige Aktualisierung informiert wird.
- § 327f Absatz 2 Nummer 1 BGB in der Entwurfsfassung sieht zudem vor, dass der Verbraucher über die Konsequenzen einer unterlassenen Installation zu informieren ist. Je gravierender diese Konsequenzen ausfallen können (insbesondere im Falle von Sicherheitsaktualisierungen), desto eindringlicher muss der Verbraucher gewarnt werden (siehe hierzu die Begründung im Regierungsentwurf, Bundesratsdrucksache 60/21, Seite 65).
- Für funktionsändernde Aktualisierungen, welche nicht dem Erhalt der Vertragsmäßigkeit dienen, sieht zum anderen § 327r Absatz 1 Nummer 3 BGB in der Entwurfsfassung eine entsprechende Informationspflicht vor.

Vor dem Hintergrund, dass die Richtlinie eine Informationspflicht des Unternehmers bei Aktualisierungen vorsieht, erscheint es ferner fraglich, inwiefern den Mitgliedstaaten wegen deren vollharmonisierender Wirkung überhaupt noch ein Spielraum an dieser Stelle verbleibt.

Die Möglichkeit der Verbindung von funktionserhaltenden und sicherheitsrelevanten Aktualisierungen in einem Vorgang erscheint nach Ansicht der Bundesregierung aus technischen Gesichtspunkten sinnvoll. Eine Aktualisierung soll kein Selbstzweck sein, sondern soll nach den Bestimmungen der Richtlinie immer dann – aber auch nur dann – erfolgen, wenn das digitale Produkt mit Blick auf ein bestimmtes Merkmal etc. nicht (mehr) vertragsgemäß ist. Eine Verbindung mehrerer Aktualisierungen und deren gemeinsame Bereitstellung durch den Unternehmer hat sich in der Praxis bewährt – sie würde den Unternehmer auch nicht von seinen Informationspflichten nach dem Regierungsentwurf betreffend die jeweils behobene Vertragswidrigkeit im Einzelnen entbinden. Sofern – wie vom Bundesrat befürchtet – ein „Bündel von Aktualisierungen“ nur teilweise die Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich machen sollte, wäre die Tatsache einer solchen Verbindung gegebenenfalls am datenschutzrechtlichen Kopplungsverbot nach Artikel 7 Absatz 4 der Datenschutz-Grundverordnung zu messen.

#### **Zu Nummer 9 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327j Absatz 1, 2 BGB)**

Die Bundesregierung wird die Bitte des Bundesrates prüfen.

Eine im Vergleich zum herkömmlichen Kaufrecht längere Verjährungsfrist erscheint bei digitalen Produkten aus Verbraucherschutzsicht erforderlich, weil die Mängel in der Regel für Verbraucherinnen und Verbraucher schwerer zu erkennen sind und (wie zum Beispiel im Falle von Sicherheitslücken) teilweise erst Jahre später bekannt werden.

Zudem sind die in § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB in der Entwurfsfassung angesprochenen Pflichten zu einer dauerhaften Bereitstellung digitaler Produkte und zu deren Aktualisierung über einen Zeitraum zu erbringen, so dass Ansprüche wegen deren Verletzung jedenfalls nicht vor Ablauf des Bereitstellungs- oder Aktualisierungszeitraums verjähren dürfen. Eine kenntnisabhängige Verjährungsfrist, die gleichwohl nicht vor Ablauf des Aktualisierungszeitraums endet, wäre regelungstechnisch kompliziert und weniger verbraucherfreundlich als die von der Bundesregierung vorgeschlagene Lösung.

Eine dem § 327j BGB in der Entwurfsfassung entsprechende Verjährungsregelung enthält § 475e Absatz 1 BGB in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und



anderer Aspekte des Kaufvertrags (Bundesratsdrucksache 146/21) für die dauerhafte Bereitstellung und die Aktualisierung von Sachen mit digitalen Elementen. Die Bundesregierung teilt die Ansicht des Bundesrates, dass eine etwaige Änderung von § 327j BGB in der Entwurfsfassung auch dort nachvollzogen werden müsste.

#### **Zu Nummer 10 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327j Absatz 3 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Der in § 327j Absatz 3 BGB in der Entwurfsfassung vorgesehene Zeitraum von zwei Monaten ab dem Zeitpunkt, zu welchem sich ein Mangel erstmal gezeigt hat, ist erforderlich, damit Verbraucher ihre gewährleistungsrechtlichen Ansprüche bei Mängeln, die sich innerhalb der Verjährungsfrist zeigen, geltend machen können.

#### **Zu Nummer 11 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327n Absatz 2 Satz 2 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung hat inhaltlich keine andere Bedeutung als die im Regierungsentwurf enthaltene Formulierung, welche auch nicht im Widerspruch zu Artikel 14 Absatz 5 Unterabsatz 2 der Richtlinie steht. Dort heißt es: „Ist in dem Vertrag festgelegt, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen über einen Zeitraum gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt werden, so gilt die Preisminderung für den Zeitraum, in dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßem Zustand waren.“ Damit ist gerade nicht gemeint, dass die Minderung unterschiedlich hoch ausfallen kann, je nachdem wie wichtig der Zeitraum, in dem der Mangel vorlag, für den Verbraucher ist. Eine unterschiedlich starke Gewichtung unterschiedlicher Zeiträume wird nicht angesprochen. Zwar würde die Formulierung in Erwägungsgrund 66 der Richtlinie ein solches Verständnis zulassen, wenn es dort heißt, dass „bei der Berechnung der Preisminderung die Wertminderung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung sowohl aufgrund der Vertragswidrigkeit als auch aufgrund des Zeitraums, in dem der Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßem Zustand nutzen konnte“, zu berücksichtigen ist. Dies ließe sich zwar dahingehend verstehen, dass der mangelbehaftete Zeitraum ein Faktor bei der Ermittlung der Wertminderung ist und dementsprechend nicht nur die Dauer dieses Zeitraums, sondern auch seine Lage eine Rolle spielen kann. Artikel 14 Absatz 5 Unterabsatz 2 der Richtlinie steht einem solchen Verständnis jedoch entgegen. Nach ihrem Wortlaut und im systematischen Zusammenhang mit Artikel 14 Absatz 5 Unterabsatz 1 der Richtlinie ist diese Regelung so zu verstehen, dass die nach Unterabsatz 1 ermittelte Preisminderung nur anteilig für den Zeitraum gilt, in dem der Mangel vorlag.

#### **Zu Nummer 12 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Die Begriffe „verbunden“ und „getrennt“ werden bereits an anderen Stellen im BGB verwendet – insbesondere die „Trennbarkeit“ ist bei einer Reihe von sachenrechtlichen Vorschriften relevant.

#### **Zu Nummer 13 (Artikel 1 Nummer 4 – § 327u Absatz 1, 4, 6 BGB, Nummer 11 – § 578b Absatz 4 BGB)**

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates nicht zu.

Der Begriff „Vertriebspartner“ kann aus Sicht der Bundesregierung alle Beteiligten einer Vertriebspartnerschaft bezeichnen. Jeder Beteiligte „vertreibt“ das Produkt – entweder für sich selbst oder für den Vertragspartner.

Die vorgeschlagene Alternative „Lieferant“ hätte den Nachteil, dass die Wörter „Lieferung“ beziehungsweise „liefern“ im BGB bereits – in Abgrenzung zur neu einzuführenden „Bereitstellung digitaler Produkte“ – im Zusammenhang mit (beweglichen) Sachen verwendet werden (siehe insbesondere § 241a Absatz 1 BGB). Diese – ebenfalls auf dem Unionsrecht fußende – Differenzierung würde damit verwischt.

