

## Auf dem Weg zum digitalen Schuldrecht

### Der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

Dr. Martin Stierle, LL.M. (Berkeley)\*

*Die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen muss bis zum 1. Juli dieses Jahres in das deutsche Schuldrecht umgesetzt werden. Ihr Anwendungsbereich ist denkbar breit und erfasst zahlreiche Leistungsvereinbarungen. Neben der Bereitstellung von Software oder elektronischer Bücher können ebenso Social Media-Plattformen, Cloud Services, Smart Cars oder Smart Homes in den Anwendungsbereich fallen. Auch im Detail birgt die Richtlinie zahlreiche Neuerungen wie den Einbezug von Daten als mögliche Gegenleistung des Verbrauchers, eine dauerschuldartige Pflicht zur Bereitstellung von Updates selbst bei einem nur punktuellen Leistungsversprechen oder die Verlängerung der Verjährung bei sich kurz vor Ablauf der Frist zeigenden Mängeln. Nun liegt ein Gesetzentwurf der Bundesregierung vor, der all diese Aspekte in deutsches Gesetzesrecht gießen will. Er schafft nichts Geringeres als einen neuen Titel 2a im zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der ein eigenes Vertragsrecht für digitale Produkte im B2C-Bereich implementieren soll. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über den wesentlichen Inhalt.*

#### I. Hintergrund und Regelungssystematik des Entwurfs

Aus Perspektive der Europäischen Union verkörpert die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (im Folgenden: DID-RL) einen wesentlichen Bestandteil der Strategie für den digitalen Binnenmarkt (ErwGr. 1 DID-RL). Digitale Leistungen im Rahmen von Vertragsbeziehungen sind aus kaum einem Wirtschaftszweig mehr wegzudenken. Die Richtlinie betrifft dementsprechend weit mehr als den klassischen **Kauf von Software oder von elektronischen Publikationen**. **Audio-Streaming-, Social Media- oder Cloud-Dienste** werden im Grundsatz ebenso erfasst wie **Smart Car- oder Smart Home-Anwendungen**. Die praktische Bedeutung dieses Rechtsakts kann daher nicht überschätzt werden. Er wird auf die Beratungspraxis im Umfeld zukünftiger Verträge mit digitalem Leistungsgegenstand epochale Auswirkungen entfalten.

Die Richtlinie verfolgt den Ansatz einer **Vollharmonisierung** (Art. 4 DID-RL und ErwGr. 6 DID-RL). Sie verlangt nach einer **Umsetzung bereits zum 1. Juli 2021**. Die Vorschriften sind ab dem 1. Januar 2022 anzuwenden (Art. 24 DID-RL). Dementsprechend ist Eile geboten.

Im Herbst 2020 legte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (im Folgenden: BMJV) bereits einen Referentenentwurf vor. Dieser hatte sich bewusst

für eine **BGB-interne Implementierung** entschieden. Nach verschiedenen Stellungnahmen aus Wissenschaft und Praxis (siehe die Website des BMJV) folgte im Januar nun der entsprechende Regierungsentwurf (im Folgenden: RegE). Er modifiziert die bisherigen Vorschläge in Details; das Grundkonzept des Umsetzungsvorhabens blieb jedoch unangetastet.

Im ersten Zugriff mag die Vermutung naheliegen, dass sich die DID-RL primär auf das besondere Schuldrecht auswirken wird; betrifft die DID-RL doch ausweislich ihres Titels bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen – also einen besonderen Leistungsgegenstand und damit wohl Vertragstypus. Tatsächlich kommt es in Relation zum Gesamtvorhaben **nur zu punktuellen Änderungen im Schuldrecht BT**, genauer gesagt im Kauf-, Schenkungs-, Miet-, Dienst- und Werkvertragsrecht. Diese sollen im vorliegenden Beitrag nicht behandelt werden.

Kernstück des Regierungsentwurfs ist neben begleitenden Änderungen an § 312 BGB die **Einführung eines Titels 2a „Verträge über digitale Produkte“ in den §§ 327 bis 327u BGB-RegE**. Die primäre Umsetzung der DID-RL im Schuldrecht Allgemeiner Teil ist bei genauerem Hinsehen überzeugend. Die unionsrechtliche Vorgabe beschränkt sich nicht auf die Einführung eines bestehenden oder die Harmonisierung eines neuen Vertragstypus. Sie gibt den Mitgliedstaaten vielmehr vertragstypenübergreifende Regelungen auf. Es wird nichts Geringeres als die generelle Erweiterung des derzeitigen, auf analoge Leistungsgegenstände ausgerichteten Schuldrechts um eine neue, digitale Dimension verlangt; eine Forderung, der systematisch stimmig primär im Schuldrecht AT nachgekommen werden muss.

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Regelungsstruktur und Besonderheiten der neuen §§ 327 bis 327u BGB-RegE. Aufgrund der nahenden Umsetzungsfrist sind im digitalen Umfeld tätige Juristinnen und Juristen gut beraten, sich zeitnah mit den Neuerungen vertraut zu machen und ihre Vertragspraxis entsprechend auszurichten.

\* Der Autor ist Akad. Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht von Prof. Dr. Ansgar Ohly an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Leiter des Center for Intellectual Property Law, Information and Technology (CIPLITEC).

## II. Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB-RegE

Der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB-RegE wird von § 327 und § 327a BGB-RegE abgesteckt.

### 1. Grundsätzliches

Bei Verträgen über digitale Produkte handelt es sich um **Verbraucherverträge (B2C), welche die Bereitstellung digitaler Produkte gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben** (§ 327 Abs. 1 BGB-RegE). Unter digitale Produkte fasst § 327 Abs. 1 BGB-RegE digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen zusammen. Eine solche Definition ist der Richtlinie fremd. Allenfalls in ErwGr. 11 DID-RL wird die Terminologie angedeutet. Der Gesetzentwurf führt diesen Oberbegriff dennoch zur besseren Lesbarkeit ein (RegE, S. 41).

Die Legaldefinitionen der Termini digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen befinden sich in § 327 Abs. 2 BGB-RegE. Diese sind mit den Begriffsbestimmungen in Art. 2 Nr. 1 und Nr. 2 DID-RL identisch. **Digitale Inhalte** sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (§ 327 Abs. 2 Satz 1 BGB-RegE). Darunter fällt zum Beispiel die bereits genannte **Bereitstellung von Software, elektronischer Publikationen oder Audiodateien**. Die **Definition digitaler Dienstleistungen** fällt naturgemäß komplexer aus. Hierunter verstehen Richtlinie und Gesetzentwurf (§ 327 Abs. 2 Satz 2 BGB-RegE) solche Dienstleistungen, die dem Verbraucher die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, (Nr. 1) oder 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 (Nr. 2). Als Beispiele für digitale Dienstleistungen führt der Gesetzentwurf verschiedene Formen des **Datei-Hostings oder Spiele an, die in einer Cloud-Computing-Umgebung oder in sozialen Medien angeboten werden**, ohne diese konkret den zwei unterschiedlichen Alternativen (Nr. 1 oder Nr. 2) der Definition zuzuordnen (RegE, S. 43 unter Verweis auf ErwGr. 19 der DID-RL). Die Begriffsbestimmungen sind bewusst offengehalten, um zukünftige technologische Entwicklungen in den Anwendungsbereich aufnehmen zu können (vgl. RegE S. 41 unter Verweis auf ErwGr. 19 DID-RL).

### 2. Sonderfälle und Ausnahmen

Die Regelungen finden im Grundsatz ebenso auf solche Verbraucherverträge Anwendung, welche die **Bereitstellung von körperlichen Datenträgern zum Gegenstand haben, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen** (§ 327 Abs. 5 BGB-RegE). Hierunter fallen laut Gesetzentwurf zum Beispiel **DVDs oder Speicherkarten**, freilich mangels digitaler Speichertechnik nicht jedoch die praktisch kaum noch relevanten Schallplatten oder Audiokassetten (RegE, S. 46). § 327 Abs. 6 BGB-RegE klammert verschiedene Vertragstypen aus dem Regelungsbereich dieses Untertitels aus, bspw. **Verträge über Finanzdienstleistungen** (Nr. 5).

§ 327a BGB-RegE widmet sich Verträgen, die eine **Mischform** aufweisen. Er konkretisiert also die Anwendung, wenn sich die Vereinbarung neben digitalen Produkten auch auf andere Sachen oder Dienstleistungen bezieht. So seien die Vorschriften auch auf digitale Produkte eines **sog. Paketvertrags** anzuwenden, also eine Vereinbarung, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte auch andere Sachen oder Dienstleistungen erfasst (§ 327a Abs. 1 BGB-RegE). Die Begründung des Entwurfs nennt die Bereitstellung eines **Videostreamingdienstes in Kombination mit dem Kauf eines Elektronikprodukts zur Wiedergabe** als ein Beispiel (RegE, S. 51).

Die Vorschriften gelten im Grundsatz auch für Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind. Allerdings finden die Regelungen **nur auf diejenigen Bestandteile des Vertrags Anwendung, die sich auf das digitale Produkt beziehen** (§ 327a Abs. 2 BGB-RegE). Der Gesetzentwurf nennt bspw. die **Betriebssoftware eines Smart Cars oder eines gemieteten Smart Homes**. Allerdings gilt dieser Grundsatz nach § 327a Abs. 3 BGB-RegE dann nicht, falls die Sache (beweglich oder unbeweglich, vgl. RegE, S. 52) ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen kann (**sog. funktionales Kriterium**) und sie im Wege eines Kaufvertrags bereitgestellt wird (**vertragliches Kriterium**). Diese **Ausnahme** folgt unmittelbar aus der DID-RL, die hier ihren Anwendungsbereich zur zeitgleich erlassenen Warenkaufrichtlinie (EU 2019/771) abgrenzen muss. In solchen Fällen gelten die in Umsetzung der Warenkaufrichtlinie neu einzuführenden Regelungen des neuen Kaufrechts. Es wird an der Rechtsprechung liegen, diese Abgrenzung zu konkretisieren. Sie wird insbesondere das funktionale Kriterium mit Leben füllen müssen.

### 3. Leistung des Verbrauchers

Der Anwendungsbereich der Regelungen ist nur eröffnet, sofern der Verbraucher sich zur **Zahlung eines Preises** verpflichtet, der auch die digitale Darstellung eines Werts sein kann (§ 327 Abs. 1 Satz 2 BGB-RegE). Nach kontroversen Diskussionen auf Unionsebene im Vorfeld der DID-RL (vgl. *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663 [669]) reicht allerdings auch die Bereitstellung oder Verpflichtung zur Bereitstellung von personenbezogenen Daten durch den Verbraucher (Stichwort: **„Daten als (Gegen-)Leistung“**), um die Eintrittsschwelle zu überwinden (§ 327 Abs. 3 BGB-RegE). Dies ist ein Novum und gilt sogar unabhängig davon, ob die Datenpreisgabe im Gegenseitigkeitsverhältnis steht, gegen die DSGVO verstoßen wurde oder die Daten nicht aktiv übermittelt wurden (Verbraucher lässt vielmehr nur Datenverarbeitung durch Unternehmer zu, RegE, S. 44 f.).

### 4. Anforderungen an den Rechtsbindungswillen

Zwar gelten prinzipiell die allgemeinen Grundsätze des BGB AT, nach denen anhand des Rechtsbindungswillens das Vorliegen eines Vertragsschlusses zu beurteilen ist (Art. 3 Abs. 10 DID-RL, RegE, S. 44). Dennoch rechnet die Literatur mit Vorgaben des EuGH, die sich auch auf die Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrags aus-

wirken werden (Kramme, RDt 2021, 20, Rz. 11). In jedem Fall ist zu erwarten, dass die Anforderungen an den erforderlichen Rechtsbindungswillen nicht zu hoch ausfallen dürften (Kramme, RDt 2021, 20, Rz. 12). Der Anwendungsbereich der neuen Regelungen wird daher sehr schnell eröffnet sein.

### 5. Einfluss von Betroffenenrechten oder Erklärungen nach dem Datenschutzrecht

Die Ausübung datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss lassen die **Wirksamkeit des Vertrags grundsätzlich unberührt** (§ 327q Abs. 1 BGB-RegE). Widerruft der Verbraucher seine Einwilligung oder widerspricht er der weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten, besteht u.U. jedoch ein Kündigungsrecht des Unternehmers (§ 327q Abs. 2 BGB-RegE).

## III. Bereitstellung digitaler Produkte

§ 327b BGB-RegE regelt die Primärleistungspflicht des Unternehmers: die Bereitstellung eines digitalen Produkts.

### 1. Definition

Die Abs. 3 und 4 des § 327b BGB-RegE definieren die erforderliche Leistungshandlung abhängig davon, ob der Vertrag sich auf digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bezieht. Ein **digitaler Inhalt** ist demnach **bereitgestellt**, sobald er oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder dessen Herunterladen dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist. Eine **digitale Dienstleistung** ist **bereitgestellt**, sobald sie dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zugänglich gemacht worden ist.

### 2. Fälligkeit und Erfüllbarkeit

Sofern keine Zeit für die Bereitstellung vereinbart wurde, kann der Verbraucher diese **unverzüglich nach Vertragsschluss verlangen**, der Unternehmer sie **sofort bewirken** (§ 327b Abs. 2 BGB-RegE). Diese Grundsätze gelten entsprechend auch für Verträge, in denen eine Reihe einzelner Bereitstellungen oder eine dauerhafte Bereitstellung geschuldet ist (§ 327b Abs. 5 BGB-RegE).

Laut der Entwurfsbegründung bleibt das **Unmöglichkeitsericht anwendbar** (RegE, S. 56). In den Fällen des § 275 BGB könne eine Fälligkeit insofern entfallen. Infolgedessen könnten dem Verbraucher damit in solchen Konstellationen die sonst üblichen Rechte bei unterbliebener Bereitstellung nicht zustehen. Die Literatur äußerte diesbezüglich Bedenken (Kramme, DRi 2020, 20, Rz. 14). ErwGr. 14 der DID-RL erlaube Abweichungen vom Haftungsregime nur, falls der Unternehmer auf das Hindernis keinen Einfluss habe und er dieses oder dessen Folgen nicht vermeiden oder beseitigen könne, bspw. bei höherer Gewalt. Insbesondere die Fälle der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 3 BGB würden demnach eigentlich keine Ausnahme von der Fälligkeit rechtfertigen.

Die Rechtsprechung wird insofern klären müssen, ob sich der Unternehmer auch in solchen Konstellationen auf die Unmöglichkeit berufen kann, in denen er den Leistungsausfall bzw. dessen Folgen zumindest mit unwirtschaftlichen Anstrengungen hätte beseitigen können.

### 3. Beweislast

Die Beweislast für die erfolgte Bereitstellung obliegt dem Unternehmer (§ 327b Abs. 6 BGB-RegE). Diese **Abweichung von der allgemeinen Regelung des § 363 BGB** und der derzeitigen Rechtslage war durch Art. 12 Abs. 1 DID-RL angezeigt.

## IV. Rechte bei unterbliebener Bereitstellung

Unterbleibt die Bereitstellung trotz Fälligkeit, sieht § 327c BGB-RegE verschiedene Rechte des Verbrauchers vor. An die Stelle der aus dem Schuldrecht üblicherweise bekannten Fristsetzung des Verbrauchers tritt hier eine bloße **Aufforderung**. Falls der Unternehmer dieser nicht unverzüglich nachkommt, kann der Verbraucher den Vertrag nach § 327c Abs. 1 BGB-RegE beenden. In einigen Fällen ist die Aufforderung auch gänzlich entbehrlich, bspw. bei Verweigerung der Bereitstellung durch den Unternehmer (§ 327c Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB-RegE). Ähnlich kennt man dies bereits aus § 323 Abs. 5 BGB für analoge Leistungsgegenstände. Für die Beendigung bei Paketverträgen oder Verbraucherverträgen über Sachen, die digitale Produkte enthalten, finden sich in § 327c Abs. 6 und 7 BGB-RegE Sondervorschriften, die auf das verbleibende Interesse des Verbrauchers am analogen Leistungsgegenstand oder die verbleibende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung abstellen.

Die **Anforderungen an die Beendigungserklärung und Rechtsfolgen der Beendigung** richtet sich nach § 327o und § 327p BGB-RegE (vgl. § 327c Abs. 4 BGB-RegE). Die §§ 346 ff. BGB finden also keine Anwendung mehr.

Liegen die Voraussetzungen für eine Beendigung vor, so kann der Verbraucher nach den bekannten §§ 280 und 281 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. nach § 284 BGB **Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen** verlangen (Rechtsgrundverweisung). Auch hier tritt die Aufforderung an die Stelle der sonst erforderlichen Fristsetzung (§ 327c Abs. 2 BGB-RegE).

## V. Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte

Die §§ 327d bis 327h BGB-RegE regeln die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte, sofern eine Bereitstellung erfolgte.

### 1. Produktmangel: subjektive und objektive Anforderungen, Anforderungen an die Integration

§ 327d BGB-RegE definiert ähnlich wie sein Vorbild Art. 10 der DID-RL zunächst, dass ein Produkt frei von Produkt- und Rechtsmängeln ist, wenn es den nachfolgenden Vorschriften entspricht.

#### a) Subjektive und objektive Anforderungen

Der **Produktmangel** ist das Pendant des kaufrechtlichen **Sachmangels**. Der Begriff führt die in den Art. 7 (subjekti-

ve Anforderungen), Art. 8 (objektive Anforderungen) und Art. 9 (Anforderungen an die Integration) der Richtlinie aufgeführten Voraussetzungen in eine Begrifflichkeit über. Die **subjektiven Merkmale** rekurren bspw. auf die vereinbarte Beschaffenheit oder die Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 327e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB-RegE). Die **objektiven Anforderungen** stellen z.B. auf die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung oder die übliche und zu erwartende Beschaffenheit ab (§ 327e Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 BGB-RegE).

Wie Art. 8 Abs. 1 DID-RL fordert („zusätzlich zur Einhaltung der subjektiven Anforderungen...“) gelten die **objektiven Anforderungen kumulativ neben den subjektiven**. Es besteht kein Subordinationsverhältnis der Kategorien wie es bspw. aus dem Kauf- oder Werkvertragsrecht bekannt ist (vgl. § 434 Abs. 1 oder § 633 Abs. 2 BGB).

Von den objektiven Anforderungen kann sich der Unternehmer in der Praxis daher nur schwer befreien. Vor einer Abweichung muss er den Verbraucher zuvor eigens in Kenntnis setzen und diese mit ihm im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart haben (§ 327h BGB-RegE). Pauschale Angaben genügen hier nicht, die Information und Vereinbarung muss sich auf ein bestimmtes Merkmal beziehen (RegE, S. 71 unter Verweis auf Art. 8 Abs. 5 DID-RL). Die **Hürden für eine solche negative Beschaffenheitsvereinbarung sind dementsprechend hoch** (vgl. Kramme, RDI 2021, 20, Rz. 27).

### b) Anforderungen an die Integration

Ein Produktmangel liegt ebenfalls vor, wenn die Anforderungen an die Integration nicht erfüllt sind (§ 327e Abs. 2 BGB-RegE). Als Integration wird die **Verbindung und Einbindung des digitalen Produkts mit den oder in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers** verstanden (§ 327e Abs. 4 Satz 2 BGB-RegE). Das digitale Produkt entspricht diesen Anforderungen, wenn die Integration sachgemäß durchgeführt worden ist oder zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf eine unsachgemäße Integration des Unternehmers noch auf einen Mangel in seiner Anleitung beruht.

Der Entwurf ist hier in Abweichung der Richtlinie etwas **unglücklich formuliert**. Der Wortlaut kann erstens so verstanden werden, als dass den Unternehmer im Ausgangspunkt eine Integrationspflicht trifft, die eventuell weiter als eine bloße Bereitstellung gehen könnte. Art. 9 DID-RL stellt jedoch keine solche Verpflichtung auf, sondern definiert nur negativ die „unsachgemäße Integration“ als möglichen Mangel. Genauer gesagt, muss laut der Richtlinie die unsachgemäße Integration eine eigene Vertragswidrigkeit herbeiführen, die dann wieder als Vertragswidrigkeit des digitalen Produkts angesehen wird; eine Differenzierung, die sich so nicht im Gesetzentwurf findet, was bereits ähnlich am Referentenentwurf kritisiert wurde (siehe auch Wendehorst, Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 10).

## 2. Produktmangel: Aktualisierungspflicht

Wie die DID-RL sieht auch der Gesetzentwurf eine Pflicht zur Bereitstellung und Information über Aktualisierungen vor, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind bzw. der Sicherheit dienen.

### a) Umfang

Die Aktualisierungspflicht gilt im Fall einer dauerhaft vereinbarten Bereitstellung über den vereinbarten Bereitstellungszeitraum hinweg. Beachtlich ist aber, dass eine solche Pflicht nach § 327f Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB-RegE auch für Produkte vorgesehen ist, die nur punktuell bereitgestellt wurden. **Der Verstoß gegen diese Aktualisierungspflicht im Folgezeitraum kann damit die ursprünglich vertragsgemäße Bereitstellung zu einem späteren Zeitpunkt vertragswidrig machen**. Dies ist absolutes Neuland. Der Folgezeitraum, in dem ein Update zu erfolgen hat, ist anhand eines objektiven Erwartungshorizonts zu bestimmen, nämlich wie lange der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags Aktualisierungen erwarten kann. Auf diesen Zeitraum baut letztlich sogar die Verjährung auf. Erst nach dessen Ablauf beginnt die Verjährungsfrist von Ansprüchen aufgrund der Verletzung von Aktualisierungspflichten zu laufen (§ 327j Abs. 2 Satz 2 BGB-RegE).

§ 327f Abs. 2 BGB-RegE regelt eine **Obliegenheit zulasten des Verbrauchers** im Zusammenhang mit Updates. Unterlässt er eine Aktualisierung, so kann dies unter den dort genannten Umständen die Haftung des Unternehmers ausschließen.

### b) Folgefragen

Die Aktualisierungspflicht in anderen Fällen als der dauerhaften Bereitstellung birgt erhebliche Folgefragen. Zunächst besteht **Unsicherheit über die Länge des maßgeblichen Zeitraums**. Dessen Bestimmung ist stark einzelfall- oder zumindest produkttypenabhängig. Sie wird in den kommenden Jahren zahlreiche Gerichte bis zum EuGH beschäftigen. Selbst der Gewährleistungszeitraum kann nur bedingt als Anhaltspunkt herangezogen werden. Die DID-RL beschreibt in Erwägungsgrund 47 ausdrücklich, dass der maßgebliche Zeitraum für die Updatepflicht nicht mit Gewährleistungsfristen übereinstimmen muss. Insbesondere könne er für notwendige Sicherheitsaktualisierungen über die Gewährleistungsfristen hinausreichen.

Auch konzeptionell erscheint die Aktualisierungspflicht problematisch. Sie **ergänzt die Vereinbarung einer punktuellen Leistung qua Gesetz um eine Dauerschuldkomponente**. Das Rechtsfolgenregime hinkt dieser Konzeption jedoch hinterher. Durch den nachträglich eingetretenen Mangel des Produkts ist der Verbraucher unter den Voraussetzungen des § 327m Abs. 1 BGB-RegE nämlich zur Beendigung des Vertrags berechtigt, die zur vollständigen Rückzahlung des geleisteten Preises führt (§ 327o Abs. 2 BGB-RegE). Aus dem dauerschuldrechtlichen Modell kennt man dies eigentlich anders. Mit *Riehm* und *Abold* muss man insofern fragen: „Soll der Kunde tatsächlich sein Geld zurückerhalten, obwohl er die gekaufte Software

einige Zeit, evtl. sogar mehrere Jahre nutzen konnte, nur weil später eine Sicherheitsaktualisierung ausgeblieben ist?“ (Riehm/Abold, ZUM 2018, 82 [87] zum Entwurf der DID-RL). Einzige Hürde könnte in solchen Fällen § 327m Abs. 2 Satz 1 BGB-RegE sein, der die Beendigungsmöglichkeit bei unerheblichen Mängeln ausschließt. Wann ein Verstoß gegen die Aktualisierungspflicht jedoch als unerheblich eingestuft werden kann, bedarf allerdings der gerichtlichen Klärung. Denkbar ist auch ein Ausweg über die entsprechende Anwendung des § 327i Abs. 2 BGB-RegE bzw. des ihm zugrundeliegenden Art. 16 Abs. 1 UAbs. 2 DID-RL (so Kramme, RDi 2021, 20, Rz. 26). Diese lassen bei Beendigung von Dauerverträgen nur eine anteilige Erstattung der geleisteten Zahlung abhängig vom Zeitpunkt der Mangelhaftigkeit zu. Dass sich der EuGH auf eine solche Konstruktion einlässt, erscheint jedoch nur schwer vorstellbar.

### c) Ausweg in der Kautelarpraxis

Die Kautelarpraxis wird einen Ausweg in § 327h BGB-RegE suchen. Bei der Aktualisierungspflicht handelt es sich aus Sicht des Unionsrechts ebenfalls um eine objektive Anforderung an die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts. Folgerichtig erlaubt auch der RegE dem Unternehmer **vertraglich vereinbarte Abweichungen** von dieser Verpflichtung. Es gelten jedoch auch hier, wie beim Ausschluss der sonstigen objektiven Anforderungen, qualifizierte Voraussetzungen: Der Unternehmer muss den Verbraucher zuvor eigens in Kenntnis gesetzt haben und die konkrete Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert mit ihm vereinbaren (§ 327h BGB-RegE).

### 3. Rechtsmangel

Der Begriff des Rechtsmangels knüpft unmittelbar an die subjektiven und objektiven Anforderungen an. Ein digitales Produkt sei dann frei von Rechtsmängeln, wenn der Verbraucher es im Sinne dieser Anforderungen nutzen kann, ohne Rechte Dritter zu verletzen (§ 327g BGB-RegE).

### 4. Beweislastumkehr

§ 327k BGB-RegE sieht verschiedene Beweislastregelungen zugunsten des Verbrauchers vor. Zeigt sich etwa innerhalb eines Jahres seit der Bereitstellung ein Produktmangel i.S.v. § 327e BGB-RegE oder ein Rechtsmangel i.S.v. § 327g BGB-RegE, **so wird vermutet, dass das digitale Produkt bereits bei Bereitstellung mangelhaft war** (§ 327k Abs. 1 BGB-RegE). Bei dauerhaft bereitgestellten digitalen Produkten wird die Mangelhaftigkeit für die bisherige Dauer vermutet, sollte sich im Bereitstellungszeitraum ein solcher Mangel zeigen (§ 327k Abs. 2 BGB-RegE).

## VI. Rechte des Verbrauchers bei Mängeln

Die Rechte des Verbrauchers bei Mängeln bestimmen sich nach den §§ 327i ff. BGB-RegE. Der Katalogtatbestand des § 327i BGB-RegE gibt ähnlich wie § 437 BGB einen Überblick über das Rechtsfolgenregime.

### 1. Nacherfüllung

Wie das Kaufrecht kennt auch das neue Recht digitaler Produkte den **Vorrang der Nacherfüllung**. Nachdem der Verbraucher den Unternehmer über den Mangel informiert, muss letzterer innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher den vertragsgemäßen Zustand herstellen und die dazu erforderlichen Aufwendungen tragen (§ 327l Abs. 1 BGB-RegE). Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist oder für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 327l Abs. 2 BGB-RegE).

### 2. Vertragsbeendigung

Scheitert die Nacherfüllung, ist diese ausgeschlossen oder liegt ein sonstiger Fall des § 327m Abs. 1 BGB-RegE vor, kann der Verbraucher den Vertrag durch Erklärung (§ 327o Abs. 1 BGB-RegE) beenden. Der **Mangel darf jedoch nicht unerheblich** sein (§ 327m Abs. 2 BGB-RegE).

Die **Rechtsfolgen** der Beendigung finden sich in § 327o und § 327p BGB-RegE. Der Verbraucher darf die digitalen Produkte freilich nicht weiter nutzen (§ 327p Abs. 1 BGB-RegE). Auf Verlangen des Unternehmers ist er zudem verpflichtet, bereitgestellte Datenträger an den Unternehmer auf Kosten des Unternehmers zurückzusenden (§ 327i Abs. 5 BGB-RegE).

§ 327p II BGB-RegE sieht ein grundsätzliches **Nutzungsverbot des Unternehmers für nicht personenbezogene Daten des Verbrauchers** vor. Regelmäßig werden die Daten jedoch einen Personenbezug aufweisen, so dass vielmehr der Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet sein wird (vgl. Art. 16 Abs. 2 DID-RL und RegE, S. 85). Bereits Metadaten können hierfür ausreichen.

### 3. Schadensersatz, Aufwendungsersatz und Minderung

Gem. § 327m Abs. 3 BGB-RegE kann der nach Abs. 1 zur Beendigung des Vertrags berechtigte Verbraucher nach den §§ 280 Abs. 1, 283 Satz 1 und § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. **Die Regelung tritt insofern an die Stelle des § 281 BGB und passt dessen Regelungsinhalt an** (RegE, S. 80). Statt den Vertrag zu beenden, kann der Verbraucher auch den Preis gem. § 327n BGB-RegE mindern. Eine Unerheblichkeit des Mangels steht Schadensersatz, Aufwendungsersatz und auch Minderung im Grundsatz nicht entgegen.

### 4. Verjährung

Die Verjährungsfrist für die Rechte des Verbrauchers beträgt zwei Jahre ab der Bereitstellung bzw. dem Bereitstellungszeitraum (§ 327j Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB-RegE). Wie bereits angedeutet **verschiebt § 327j Abs. 2 Satz 2 BGB-RegE den Beginn der Verjährung bei Aktualisierungspflichten** im Nachgang der Bereitstellung. Verjährungsbeginn ist dann das Ende des maßgeblichen Zeitraums, in dem eine solche Aktualisierung geschuldet war.

Ein Novum enthält § 327j Abs. 3 BGB-RegE: Hat sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist gezeigt, so tritt die Verjährung nicht vor dem Ablauf von zwei Monaten nach diesem Zeitpunkt ein. Dieser Regelungsmechanismus bezieht sich auf den in der Praxis gelegentlich vorkommenden Fall, in dem sich ein Mangel zeigt, die Voraussetzungen des § 203 BGB jedoch noch nicht vorliegen, bevor die Verjährungsfrist abläuft. Er löst diese Konstellation **zugunsten des Verbrauchers** mit einer **Fristverlängerung** auf. Eine ähnliche Vorschrift findet sich auch in Art. 10 Abs. 4 der Warenkaufrichtlinie (2019/771/EU). Eine entsprechende Änderung ist damit ebenso im Rahmen deren Umsetzung für das Kaufrecht zu erwarten.

## VII. Rückgriff unter Unternehmern

Die sehr weitreichenden, verbraucherfreundlichen Regelungen der §§ 327 ff. BGB-RegE müssen in der Konsequenz auch zu **Modifikationen im Haftungssystem beteiligter Unternehmer in der Lieferkette** führen (vgl. § 327t BGB-RegE). Nach § 327u BGB-RegE kann daher ein Unternehmer bei seinem Vertriebspartner unter Umständen Regress verlangen, sofern er sich Ansprüchen des Verbrauchers ausgesetzt sieht, die auf Fehler des Vertriebspartners zurückzuführen sind.

## VIII. Fazit

Die DID-RL veranlasst den deutschen Gesetzgeber zu einer grundlegenden Reform des Schuldrechts. Herzstück

des vorliegenden Regierungsentwurfs ist die Einführung eines eigenen Vertragsrechts für digitale Produkte in den §§ 327 ff. BGB-RegE. Dessen Anwendungsbereich ist äußerst weit und erfasst digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen als Leistungsgegenstand im B2C-Verhältnis. Die Vorschriften folgen zum Teil bekannten Regelungsmustern, bieten jedoch auch einige Neuerungen wie die Berücksichtigung des Konzepts der Daten als (Gegen-) Leistung des Verbrauchers, die Etablierung einer dauer-schuldrechtlichen Komponente auch bei nur punktueller Leistungsvereinbarung (Aktualisierungspflicht) oder die Einführung eines neuartigen Konzepts der Verjährungs-verlängerung. Daneben wirft die Reform zahlreiche Aus-legungsfragen auf, die zukünftige Gerichtsentscheidungen beantworten werden müssen. Der Gesetzgeber überträgt damit die Detailgestaltung des digitalen Vertragsrechts partiell der Rechtsprechung, zum Beispiel bei der Frage wie lange eine Aktualisierungspflicht bestehen sollte oder bei der Abgrenzung des Anwendungsbereichs zum Kaufrecht. Bei dem neuen Recht der digitalen Produkte handelt sich folglich um ein höchst dynamisches Rechtsgebiet. Trotz des Kodifizierungsansatzes werden die §§ 327 ff. BGB-RegE der Beratungspraxis im digitalen Vertragsrecht ein Höchstmaß an kontinuierlicher Weiterbildung und stetiger Rechtsprechungsrecherche abverlangen.