

WARENKAUF IM DIGITALEN ZEIT- ALTER ANGEKOMMEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (vzbv) anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses Recht und Verbraucherschutz am 05.05.2021 zum Gesetzentwurf zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

26. April 2021

Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Team

Recht und Handel

Rudi-Dutschke-Straße 17

10969 Berlin

recht-und-handel@vzbv.de

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
II. GEWÄHRLEISTUNGSDAUER	5
1. Problem: Zweijährige Gewährleistungsdauer ist zu kurz	5
2. Lösung: Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte	6
III. BEWEISLASTUMKEHR	9
1. Problem: Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf ist zu kurz	9
2. Lösung: Dauer der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf auf zwei Jahre verlängern	9
IV. UPDATE-PFLICHT	10
1. Gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einführen	10
2. Dauer der Erwartbarkeit von Updates konkretisieren	11
3. Trennung der verschiedenen Update-Arten.....	12
V. ABDINGBARKEIT UND GARANTIEN	13
1. Abdingbarkeit	13
1.1 Von objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit.....	14
1.2 Von der Update-Pflicht	14
1.3 Beobachtung der künftigen Praxis	14
2. Garantien	15

I. ZUSAMMENFASSUNG

Der Erwerb von Waren - insbesondere mit digitalen Elementen - ist heutzutage ein wichtiger Bestandteil des Verbraucheralltags sowie der deutschen und internationalen Wirtschaft. Entsprechend wichtig sind gute Regelungen für die Rechte von Verbraucherinnen und Verbrauchern¹ für Produkte, einschließlich Produkte mit digitalen Elementen. Die Warenkauf-Richtlinie (WKRL)², im Folgenden WKRL, und die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL)³, im Folgenden DIRL, schaffen erstmals einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen für den Erwerb digitaler Güter. Ihre Umsetzung in deutsches Recht ist daher ein wichtiger Schritt zur Verbesserung des Verbraucherschutzes in Deutschland mit Blick auf das Vertragsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer.

Auf EU-Ebene wurde die WKRL zusammen mit der DIRL verhandelt, da sich beide Richtlinien ergänzen. Die WKRL ist anwendbar beim Kauf von Waren, einschließlich Waren mit digitalen Elementen, die einen digitalen Inhalt oder eine digitale Dienstleistung benötigen, um Ihre Funktionen erfüllen zu können (zum Beispiel: Smartwatch). Die DIRL dagegen ist anwendbar für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, die unabhängig von körperlichen Waren, beispielsweise auf einem eigenen Datenträger, vertrieben werden (zum Beispiel: Antiviren-Software).⁴ Maßgeblich für die Unterscheidung ist der zugrundeliegende Kaufvertrag; im Zweifel soll die WKRL und nicht die DIRL anwendbar sein.⁵ Die WKRL ist ebenso wie die DIRL vollharmonisierend, lässt den Mitgliedstaaten jedoch auch einige wesentliche nationale Spielräume bei deren Umsetzung. Darüber hinaus löst die WKRL die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999⁶ ab. Eine der wichtigsten Neuerungen der beiden Richtlinien ist aus Sicht des Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), die Pflicht, beim Verkauf von Waren mit digitalen Elementen oder rein digitalen Inhalten, über Aktualisierungen zu informieren und diese bereitzustellen (Update-Pflicht).

Der vzbv hat zum Referentenentwurf zur Umsetzung der DIRL⁷ am 30. November 2020 eine Stellungnahme⁸ abgegeben. Aus Sicht des vzbv hat der deutsche Gesetzgeber

¹ Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes

² Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG

³ 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

⁴ Vgl. vertiefend Erwägungsgrund 13 der WKRL (EU) 2019/771

⁵ Vgl. vertiefend Erwägungsgrund 15 der WKRL (EU) 2019/771 und Erwägungsgrund 21 der DIRL (EU) 2019/770

⁶ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter

⁷ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3, 04.01.2021

⁸ Vertragsrecht im digitalen Zeitalter angekommen, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverband zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 30. November 2020, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/12/01/20-11-27_vzbv_stn_umsetzung_digitale_inhalte_rl.pdf, 30.12.2020

die Regelungen gut in die deutsche Gesetzgebungssystematik übertragen. Die Einführung eines neuen Mängelbegriffs, datenschutzrechtlicher Grundsätze wie Datensparsamkeit als Konformitätskriterium sowie der Datenportabilität bei Vertragsbeendigung sind neben der Update-Pflicht wichtige Neuerungen mit Blick auf die vertragsrechtlichen Regelungen von Software. Gleichwohl sieht der vzbv insbesondere in Bezug auf die Update-Pflicht noch Verbesserungspotential und Konkretisierungsbedarf.

Zentrale Elemente sind für den vzbv in der Umsetzung der WKRL vor allem die Verlängerung der Gewährleistungsdauer, die Verlängerung der Dauer der Beweislastumkehr sowie die Update-Pflicht.

Bedauerlicherweise sind die vorliegenden Regelungsvorschläge aus Verbrauchersicht unbefriedigend. Die von der WKRL mittels Öffnungsklauseln eingeräumten Spielräume bezüglich der Verlängerung der Gewährleistungsdauer und der Beweislastumkehr wurden bisher nicht genutzt. Insoweit enthält das Gesetzesvorhaben derzeit nur das von der WKRL vorgegebene Minimum. Die eingeräumten Spielräume sind aus Verbrauchersicht besonders wichtig und müssen deshalb aus Sicht des vzbv im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens genutzt werden. Bei einer 1:1 Umsetzung darf es nicht bleiben.

Die WKRL ermöglicht den Mitgliedstaaten zum einen die Dauer der Gewährleistung, über die derzeit geltenden zwei Jahre hinaus, zu verlängern. Zum anderen kann die Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf auf zwei Jahre ausgeweitet werden. Die derzeit geltende zweijährige Gewährleistungsdauer ist für langlebige Produkte unverhältnismäßig kurz und entspricht nicht der überwiegenden Verbrauchererwartung. Die zu kurze Beweislastumkehr von derzeit einem halben Jahr führt in der Praxis zudem dazu, dass Verbraucher ihre Gewährleistungsrechte im Streitfall oftmals nicht durchsetzen. Die Verlängerung der Gewährleistungsdauer und die Verlängerung der Beweislastumkehr würden neben der Verbrauchererwartung auch dem Gedanken der Nachhaltigkeit Rechnung tragen. Insoweit würden die Verlängerungen wirtschaftliche Anreize für die Entwicklung und den Vertrieb von langlebigen und reparierbaren Produkten schaffen. Längere Gewährleistungsfristen führen zudem keineswegs ausschließlich zu Belastungen der Wirtschaft. Im Gegenteil: Sie stärken den Wettbewerb um die qualitativ besten Produkte, erhöhen das Vertrauen der Verbraucher in das jeweilige Produkt und Unternehmen und stärken die Wahlfreiheit. Von diesen wohlfahrtssteigernden Effekten profitiert letztendlich die Wirtschaft als Ganzes.

Der vzbv fordert für die Gewährleistung und die Beweislastumkehr folgende Anpassungen:

- ❖ die Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte, die sich an der Nutzungs-/Lebensdauer der Produkte orientiert: Die Nutzungs-/Lebensdauer muss gut sichtbar auf dem Produkt oder bei den Produktbeschreibungen angebracht werden.
- ❖ die Verlängerung der Beweislastumkehr von einem Jahr auf zwei Jahre beim Verbrauchsgüterkauf

Im Rahmen der Umsetzung der WKRL wird der Verkäufer nunmehr auch zur Bereitstellung von Software-Updates verpflichtet. Der Verkäufer einer Ware mit digitalen Elementen wird häufig - anders als der Hersteller – jedoch keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden. Waren mit digitalen Elementen sind zumindest die digitalen Elemente betreffend typischerweise stärker mit ihrem Hersteller verbunden als rein physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich, sodass die

Auslieferung von Updates ohne nennenswerte logistische Kosten erfolgen kann. Die Update-Pflicht sollte bei Waren mit digitalen Elementen somit genauso deren Hersteller treffen. Daneben müssen nach der WKRL Updates solange erfolgen, wie der Vertrag geschlossen wurde oder solange der Verbraucher dies erwarten kann. Insoweit ist es grundsätzlich richtig, keine festen Zeiträume vorzugeben. Dennoch sollte der deutsche Gesetzgeber weitere Kriterien zur Auslegung der Erwartungshaltung in die Gesetzesbegründung aufnehmen. Solche Kriterien wären beispielsweise, ob das zu aktualisierende Produkt noch auf dem Markt verkauft wird und folglich noch Umsätze mit dem Produkt erzielt werden. Auch eine weit verbreitete Nutzung und eine Betrachtung des Gesamtrisikos auf Nutzerseite sollten als Kriterien in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden. Im Übrigen sollten die Update-Arten, soweit technisch möglich und sinnvoll, voneinander getrennt und separat ausgeliefert werden.

Der vzbv fordert im Rahmen der Update-Pflicht folgende Anpassungen:

- die Einführung einer gewährleistungsähnlichen Herstellerhaftung bei der Update-Pflicht
- die Aufnahme weiterer Kriterien in die Gesetzesbegründung hinsichtlich der erwartbaren Dauer der Update-Pflicht
- eine Trennung zwischen verschiedenen Update – Arten (funktionserhaltend, funktionsändernd, Sicherheit, Content), soweit technisch möglich und sinnvoll, sowie die Information der Verbraucher über deren Auswirkungen

Abschließend müssen die Möglichkeit gemäß § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E, unter bestimmten Voraussetzungen von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache und bei Waren mit digitalen Elementen hinsichtlich der Update-Pflicht abweichende Vereinbarungen zu treffen, in der Praxis im Blick behalten werden. Soweit durch diese Abdingbarkeit die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und die Update-Pflicht zu sehr ausgehöhlt werden, sollten Änderungen bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene diskutiert und angestoßen werden.

Der vzbv fordert:

- Die Handhabung in der Praxis ist hinsichtlich der Abdingbarkeit zu beobachten. Insbesondere die Update-Pflicht darf für Verbraucher in der Praxis nicht ausgehöhlt werden.

II. GEWÄHRLEISTUNGSDAUER

1. PROBLEM: ZWEIJÄHRIGE GEWÄHRLEISTUNGSDAUER IST ZU KURZ

Die Dauer der Gewährleistungsfrist (zwei Jahre) trägt aktuell nicht dazu bei, dass langlebige Produkte gefördert werden, da diese Frist unabhängig von der erwarteten oder angepriesenen Lebensdauer des gekauften Produkts gilt. Insbesondere für langlebige Güter ist diese Frist unverhältnismäßig kurz und damit nicht nur schlecht für den Geldbeutel der Verbraucher, sondern belastet auch die Umwelt. Eine Studie des Ökoinstituts im Auftrag des vzbv, die die Lebenserwartung von Smartphones, Waschmaschinen, Notebooks und TVs bewertet hat, belegt das eindrücklich. Eine Haltbarkeit, wie

von Verbrauchern gewünscht, würde 3,93 Millionen Tonnen CO₂ und 3,67 Milliarden Euro pro Jahr sparen.⁹

Hinzu kommt, dass eine Anpassung der Gewährleistungsfristen ebenfalls dem Verbraucherwillen entspricht. Nach einer repräsentativen Umfrage der hopp Marktforschung im Auftrag des Projekts „Wirtschaftlicher Verbraucherschutz der Verbraucherzentralen“ halten 58 Prozent der Befragten es für sinnvoll, für unterschiedliche Produkte auch unterschiedliche Gewährleistungsfristen einzuführen. Noch stärker ist dieser Trend bei den 16 bis 29-Jährigen: Hier sprechen sich 73 Prozent für eine Differenzierung der Gewährleistungsfristen aus. Die Länge der unterschiedlichen Gewährleistungsfristen sollte nach Meinung der Befragten, die eine Differenzierung befürworten, in erster Linie von der Produktklasse¹⁰ (68 Prozent) und/oder der zu erwartenden Lebensdauer des Produkts (67 Prozent) abhängig sein.¹¹

Eine zukunftsorientierte Fortentwicklung des Gewährleistungsrechts mit Blick auf Nachhaltigkeit und Langlebigkeit wird mit dem Beibehalten der starren zweijährigen Frist unterbunden.

Die einheitliche zweijährige Gewährleistungsdauer ist für langlebige Produkte unverhältnismäßig kurz und entspricht nicht der überwiegenden Verbrauchererwartung. Ein Großteil der Verbraucher befürwortet längere Gewährleistungsfristen in Abhängigkeit der zu erwartenden Lebensdauer.

2. LÖSUNG: VERLÄNGERUNG DER GEWÄHRLEISTUNGSDAUER FÜR LANGLEBIGE PRODUKTE

Der vzbv fordert eine Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte, die sich an der vom Hersteller bzw. Verkäufer einzuschätzenden Lebensdauer der Produkte orientiert. Die Lebensdauer muss gut sichtbar auf dem Produkt oder bei den Produktbeschreibungen angebracht werden. Die WKRL zielt zwar auf eine Vollharmonisierung ab, gibt den Mitgliedstaaten in Art. 10 Absatz 3 WKRL jedoch die Möglichkeit, die Gewährleistungsdauer über das Mindestmaß von zwei Jahren hinaus zu verlängern. Diesen Spielraum sollte der nationale Gesetzgeber bei der anstehenden Umsetzung nutzen. Dass dieser Spielraum im Referentenentwurf bisher nicht genutzt wurde, wird von Seiten des vzbv sehr kritisch gesehen. Eine Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte wäre ein großer und sehr wichtiger Schritt für einen besseren Verbraucherschutz in Deutschland. Dies wäre auch geboten mit Blick auf die Leistungsparität zwischen dem Käufer, der berechtigter Weise auf eine Langlebigkeit

⁹ Prakash & Rüdener, Ökonomische und ökologische Auswirkungen einer Verlängerung der Nutzungsdauer von elektrischen und elektronischen Geräten, Öko-Institut e.V., November 2020, S. 54, <https://www.oeko.de/fileadmin/oe-kodoc/vzbv-Verlaengerung-Nutzungsdauer.pdf>, 04.01.2021

¹⁰ Eine Produktklasse kennzeichnet Produkte oder Services mit gleichen Merkmalen oder Eigenschaften. Den Befragten wurden hier die Beispiele Technik, Haushaltswaren und Kleidung vorgegeben

¹¹ Onlinebefragung (CAWI, panelbasiert), n: 1.000 Personen, Statistische Fehlertoleranz: max. +/- 3,1 Prozentpunkte in der Gesamtstichprobe, Befragungszeitraum: 18. bis 28. September 2020

vertraut und dafür einen im Vertrag festgelegten Preis zahlt, und dem Verkäufer, der einen Preis für ein entsprechend langlebiges Produkt erhält.¹² Darüber hinaus führen längere Gewährleistungsfristen keineswegs ausschließlich zu Belastungen der Wirtschaft. Im Gegenteil: Sie stärken den Wettbewerb um die qualitativ besten Produkte, erhöhen das Vertrauen der Verbraucher in das jeweilige Produkt und Unternehmen und stärken die Wahlfreiheit. Von diesen wohlfahrtssteigernden Effekten profitiert letztendlich die Wirtschaft als Ganzes.

Im Weiteren ist auch zu berücksichtigen, dass mit der Einführung längerer Gewährleistungsfristen keine Haltbarkeitsgarantie übernommen wird. Bei einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist über zwei Jahre hinaus, kann der Käufer nur dann einen Anspruch auf Mängelgewährleistung geltend machen, wenn die Ware bereits bei Ablieferung einen Mangel hatte und nicht, wenn sie während der zwei Jahre mangelhaft wird.¹³ Anders ist dies bei einer Haltbarkeitsgarantie, wonach eine Haftung auch ohne das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit bei Übergabe der Sache übernommen wird.¹⁴ Mit Verlängerung der Gewährleistungsdauer wird dem Käufer aber beispielsweise bei einem technischen Defekt einer Waschmaschine nach neuneneinhalb Jahren, bei einer zehnjährigen Gewährleistungsdauer, die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche nicht von vornerein abgeschnitten. Ein Automatismus dergestalt, dass wegen des Ausfalls der Waschmaschine bereits nach neuneneinhalb Jahren zum Beispiel ein Reparaturanspruch bestünde, geht damit nicht einher.¹⁵

In Anlehnung an die Rechtslage in den Niederlanden und Finnland sollte sich die Gewährleistungsfrist an der zu erwartenden Lebensdauer des jeweiligen Produkts orientieren, sodass für bestimmte Produkte deutlich längere Fristen als zwei Jahre gelten würden. Da die übliche Haltbarkeitsdauer schwer zu bestimmen ist und zu erheblicher Rechtsunsicherheit bzw. jahrelangen Gerichtsverfahren führen würde, sollte ein Bestimmungsrecht des Verkäufers bzw. Herstellers in Form einer Nutzungs- bzw. Lebensdauer (gut sichtbar auf Produkt oder im Versandhandel in den Produktbeschreibungen) eingeführt werden. Dies würde der Vielfältigkeit der auf dem Markt befindlichen Produkte auch innerhalb einer bestimmten Produktgruppe gerecht werden. So würde beispielsweise eine hochwertig verarbeitete Waschmaschine vom Verkäufer/Hersteller eine längere Nutzungs-/Lebensdauer zugewiesen bekommen, als eine geringwertig verarbeitete Waschmaschine. Die Flexibilität einer solchen Vorgehensweise sorgt für ein faires und angemessenes Schutzniveau für die Verbraucher. Aufgrund der dargestellten Vorteile einer individuellen Bestimmbarkeit der Lebensdauer und damit der Gewährleistungsdauer, wird ein Modell, das die Gewährleistungsdauer anhand einer Produktgruppe bestimmt, vom vzbv kritisch gesehen.

¹² Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 11, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf, 07.01.2021

¹³ Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 8-9, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf, 07.01.2021

¹⁴ Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 33, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf, 07.01.2021

¹⁵ Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 16, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf, 07.01.2021

Darüber hinaus würde mit einer an die Haltbarkeit-/Lebensdauer geknüpften Gewährleistungsdauer keine generelle Verlängerung der Gewährleistungsfrist eingeführt. Vielmehr sollen Produkte, von denen eine lange Lebensdauer erwartet werden kann, eine längere Gewährleistungsfrist erhalten. Für Waren, die von vornherein nicht auf Langlebigkeit ausgelegt sind (beispielsweise Lebensmittel, Kosmetika), besteht kein Bedarf, über die zweijährige Gewährleistungsdauer hinauszugehen, sodass diese Waren der derzeit geltenden kurzen Verjährungsfrist von zwei Jahren unterworfen bleiben können.¹⁶

Eine Gewährleistungsfrist, die der erwartbaren Lebensdauer entspricht, würde auch dem Gedanken der Nachhaltigkeit Rechnung tragen, da sie wirtschaftliche Anreize für die Entwicklung und den Vertrieb von langlebigen und reparierbaren Produkten schafft. Gerade Produkte, von denen eine lange Lebensdauer erwartet wird, benötigen oft große Mengen an Ressourcen für die Herstellung. Diese zu reparieren, anstatt sie durch ein neues Produkt zu ersetzen, schont die Ressourcen und spart dem Verbraucher bares Geld. Daneben wird mit einer Angabe der Lebensdauer auch der Second-hand-Markt gefördert, indem Verbraucher beim Kauf von gebrauchten Produkten einen Hinweis haben, wie lange das jeweilige Produkt noch halten wird, und somit stärker auch gebrauchte Produkte nachfragen werden.

Schließlich würde eine längere Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte auch den kollektiven Rechtsschutz stärken. Zu geringe Streitwerte wirken sich auf das Klageverhalten der Verbraucher dergestalt aus, dass diese von einer Klage in der Regel absehen. Würde es sich um einen massenweise vorkommenden Mangel eines Produkts handeln, würden die Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes relevant. In einem derartigen Fall könnten klagebefugte Verbraucherverbände entscheiden, die Angelegenheit mittels eines ihrer kollektiven Rechtsschutzinstrumente vor Gericht klären zu lassen, damit betroffene Verbraucher in den Genuss ihrer tatsächlich bestehenden Rechte kommen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die klagebefugten Verbände mit ihrem Klageetat meist sehr vorsichtig umgehen und es dementsprechend nicht zu einer Welle unberechtigter Klagen kommt. Mithilfe des kollektiven Rechtsschutzes erhalten verlängerte Gewährleistungsfristen somit eine höhere praktische Wirksamkeit, mit der sie die Durchsetzbarkeit der versprochenen Lebensdauer eines Produktes ermöglichen.¹⁷

DER VZBV FORDERT:

Mit der Umsetzung der WKRL muss eine Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte einhergehen, die sich an der Nutzung-/Lebensdauer der Produkte orientiert. Die Nutzungs-/Lebensdauer muss gut sichtbar auf dem Produkt oder bei den Produktbeschreibungen angebracht werden.

¹⁶ Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv 2019, S. 13-14, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf, 07.01.2021

¹⁷ Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv 2019, S. 16-17, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf, 07.01.2021

III. BEWEISLASTUMKEHR

1. PROBLEM: BEWEISLASTUMKEHR BEIM VERBRAUCHSGÜTERKAUF IST ZU KURZ

Verbrauchern steht nach aktueller Rechtslage eine Gewährleistung von zwei Jahren mit einer Beweislastumkehr von sechs Monaten bei einem Verbrauchsgüterkauf zu. In der Praxis führt die Beweislastumkehr von sechs Monaten jedoch oft dazu, dass Verbraucher ihre Rechte danach faktisch nicht mehr durchsetzen können, da die erforderlichen Beweise in vielen Fällen nicht oder nur unter erheblichem Kostenaufwand geführt werden können. Insbesondere bei technisch komplexen Geräten müssten etwa Sachverständigengutachten eingeholt werden, die teils mit erheblichen Kosten verbunden sind und zunächst vom Verbraucher getragen werden müssen. Dies hat einen nicht zu unterschätzenden Abschreckungseffekt, der dazu führt, dass Verbraucher im Streitfall davon absehen, ihre Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

Diese kurze Beweislastumkehr schafft darüber hinaus keine Anreize zur Herstellung langlebiger Produkte, da Verbraucher nach Ablauf der sechs Monate im Streitfall von einem Prozess eher absehen werden. Die Notwendigkeit bessere bzw. langlebigere Produkte herzustellen steigt mit zunehmender Dauer der Beweislastumkehr.

Die sechsmonatige Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf ist zu kurz. In der Praxis können danach Gewährleistungsrechte oftmals kaum noch oder nur erschwert durchgesetzt werden.

2. LÖSUNG: DAUER DER BEWEISLASTUMKEHR BEIM VERBRAUCHSGÜTERKAUF AUF ZWEI JAHRE VERLÄNGERN

Die WKRL sieht zwar in Art. 11. Absatz 1 WKRL eine Verlängerung der Beweislastumkehr von sechs Monaten auf ein Jahr vor, allerdings eröffnet Art. 11 Absatz 2 WKRL dem nationalen Gesetzgeber auch die Möglichkeit eine Frist von zwei Jahren einzuführen. Im Entwurf zur Umsetzung der WKRL ist in § 477 Absatz 1 BGB-E lediglich das Mindestmaß der Verlängerung auf ein Jahr vorgenommen worden. Aus Sicht des vzbv muss die Frist im Rahmen der nationalen Umsetzung auf zwei Jahre ausgedehnt werden. Diese Ausweitung würde zu einer deutlichen Verbesserung des Verbraucherschutzniveaus führen, da die Bereitschaft der Verbraucher, ihre Rechte/Ansprüche im Streitfall durchzusetzen, gesteigert wird. Darüber hinaus ist eine Verlängerung der Beweislastumkehr auf zwei Jahre auch aus Nachhaltigkeitsgesichtspunkten besonders geboten. Diese Aspekte werden auch deutlich in der Gesetzesbegründung genannt, wonach es heißt:

„...Durch die Verlängerung der Beweislastumkehr bei Mängeln soll zudem ein Anreiz zur Herstellung langlebiger Produkte gesetzt werden. Dies ist im Sinne des Nachhaltigkeitsziels 12 der UN-Agenda 2030, wonach nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster anzustreben sind. Auch das dritte Leitprinzip der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie verlangt die Stärkung nachhaltigen Wirtschaftes.“¹⁸

¹⁸ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Seite 13, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3https, 04.01.2021

Insbesondere unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeitsaspekte erscheint die Entscheidung, lediglich die von der WKRL vorgegebene Mindestdauer der Beweislastumkehr auf nur ein Jahr anzuheben, als unangemessen kurz. Der Spielraum der WKRL muss voll ausgeschöpft werden und auf zwei Jahre verlängert werden.

Eine Ausweitung der Beweislastumkehr würde zudem auch nicht zu unverhältnismäßigen Kosten auf Seiten der Händler führen. Dieser Befund wird durch eine im Auftrag des vzbv durchgeführte Studie zu den ökonomischen Auswirkungen einer Verbesserung des deutschen Gewährleistungsrechts gestützt. Die Autoren kommen zu dem Schluss, dass es in den Mitgliedstaaten, die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – etwa hinsichtlich der Beweislastumkehr – übererfüllt haben, nicht zu systematischen Preissteigerungen als Folge kam und diese daher auch in Deutschland bei einer Ausweitung der Gewährleistungsrechte nicht zu erwarten sind.¹⁹

Aus Sicht des vzbv wäre es für ein besseres Verbraucherschutzniveau von erheblicher Bedeutung, die Beweislastumkehr entsprechend dem von der Richtlinie eingeräumten Spielraum auf zwei Jahre zu verlängern. Darüber hinaus sollte bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene die Einführung von einer über die zwei Jahre hinausgehenden Beweislastumkehr diskutiert und eingeführt werden. Sollte der vom vzbv vorgeschlagene Ansatz längerer Gewährleistungsfristen für langlebige Produkte im Gesetzgebungsverfahren eine Mehrheit finden, wäre es von entscheidender Bedeutung, auch die Beweislastumkehr synchron mit auszuweiten, da die Ausweitung der Gewährleistungsdauer sonst in der Praxis weitgehend ins Leere liefere. Aus Sicht des vzbv sollte für die gesamte Zeit der Gewährleistung auch eine Beweislastumkehr greifen.

DER VZBV FORDERT:

§ 477 Absatz 1 BGB-E sollte im aktuellen Gesetzgebungsprozess geändert und die Verlängerung der Beweislastumkehr von einem Jahr auf zwei Jahre beim Verbrauchsgüterkauf eingeführt werden.

IV. UPDATE-PFLICHT

1. GEWÄHRLEISTUNGSÄHNLICHE HERSTELLERHAFTUNG EINFÜHREN

Ähnlich wie bei der Umsetzung der DURL in § 327 f Absatz 1, Satz 1 BGB-E schuldet auch bei der Umsetzung der WKRL nach den §§ 434, 475 b, 475 c BGB-E der Verkäufer/Unternehmer die Bereitstellung von Software-Updates, was in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen wird. Der Verkäufer einer Ware mit digitalen Elementen wird häufig - anders als der Hersteller - keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden. Waren mit digitalen Elementen sind, zumindest die digitalen Elemente betreffend, typischerweise stärker mit ihrem Hersteller verbunden als rein physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich, sodass die Auslieferung von Updates ohne nennenswerte logistische Kosten erfolgen kann. Die Update-Pflicht sollte bei Waren mit digitalen Elementen genauso deren Hersteller treffen. Sie muss spätestens dann greifen, wenn Sicherheitslücken offenbar werden – wenn also

¹⁹ Die Ökonomischen Auswirkungen einer Verbesserung des Deutschen Gewährleistungsrechts – Studie im Auftrag des vzbv, 2016, S. 39, http://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_studie_verbesserung_des_deutschen_ge-waehrleis-tungsrechts.pdf, 30.12.2020

der Hersteller davon Kenntnis haben muss, etwa weil der Warn- und Informationsdienst des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie (BSI)²⁰ die Sicherheitslücke publiziert.

Nach der WKRL soll die Frage, ob der Verbraucher auch direkt Ansprüche wegen Vertragswidrigkeit (die auf das Unterlassen einer notwendigen Aktualisierung zurückzuführen ist) gegen eine Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette geltend machen kann, von der WKRL nicht geregelt werden.²¹ Insoweit obliegt das „Ob“ den Mitgliedstaaten und hindert den deutschen Gesetzgeber somit nicht daran, diese aus Verbrauchersicht sinnvolle und erforderliche gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einzuführen.

DER VZBV FORDERT:

Nicht nur Verkäufer, sondern vor allem Hersteller von Waren mit digitalen Elementen sind dafür verantwortlich und dazu in der Lage, Software-Aktualisierungen zu entwickeln und bereitzustellen. Deswegen müssen auch Hersteller im Wege einer gewährleistungsähnlichen Haftung zur Bereitstellung von Aktualisierungen verpflichtet werden. Diese Pflicht muss mindestens immer dann greifen, wenn Sicherheitslücken bei Waren mit digitalen Elementen offenbar werden.

2. DAUER DER ERWARTBARKEIT VON UPDATES KONKRETISIEREN

Die neu einzuführende Update-Pflicht ist für viele Verbraucher von großem Interesse. Im Gegensatz zu rein körperlichen Gegenständen können Waren mit digitalen Elementen ohne entsprechende Updates ihre Funktionsfähigkeit jederzeit verlieren. Insbesondere fehlende Sicherheitsaktualisierungen können zur völligen Unbrauchbarkeit eines Produkts mit digitalen Inhalten oder zur weiteren Nutzung eines unsicheren Produkts mit erheblichen Folgeschäden für Verbraucher führen (beispielsweise Online-Banking über das Smartphone, das keine Sicherheits-Updates mehr erhält).

Gemäß § 475 c Absatz 3 BGB-E müssen Updates bei der dauerhaften Bereitstellung von digitalen Elementen für den angegebenen Bereitstellungszeitraum, mindestens aber zwei Jahre ab Ablieferung und bei einer einmaligen Bereitstellung gemäß § 475 b Absatz 4 BGB-E für die Dauer des erwartbaren Zeitraums bereitgestellt werden. Unternehmen müssen dadurch unter Umständen deutlich länger Updates zur Verfügung stellen, als dies bisher der Fall ist. Feste Zeiträume abhängig von Produkten oder Update-Arten werden hiernach nicht vorgegeben.

Aus Sicht des vzbv ist es grundsätzlich richtig, keine festen Zeiträume für die Update-Pflicht vorzugeben, zumal die WKRL diesen Spielraum auch nicht zulässt. Aufgrund des schnellen technologischen und digitalen Fortschritts werden Produkte mit digitalen Elementen stetig fortentwickelt, sodass fest vorgegebene Zeiträume für die Update-Pflicht schwer zu bestimmen sind. Für die Bestimmung der erwartbaren Update-Dauer eines Produkts mit digitalen Elementen werden in der Gesetzesbegründung bereits gute Kriterien genannt. So können für die Ermittlung der erwartbaren Update-Dauer

²⁰ Zuständig dafür ist der Warn- und Informationsdienst des Computer Emergency Response Team des BSI (CERT-Bund), <https://www.cert-bund.de/wid>, 30.12.2020

²¹ Vgl. vertiefend Erwägungsgrund 63 der WKRL (EU) 2019/771

beispielsweise Werbeaussagen, der Preis oder Erkenntnisse über die übliche Nutzungsdauer für Sachen der jeweiligen Art („life-cycle“) herangezogen werden.²² Aus Sicht des vzbv sollte der deutsche Gesetzgeber weitere Kriterien zur Auslegung der Erwartungshaltung in der Gesetzesbegründung aufnehmen.

Zu diesen Kriterien sollte gehören:

- Ob das zu aktualisierende Produkt vom Unternehmer oder von vergleichbaren Unternehmern noch auf dem Markt verkauft wird. Wenn mit einem Produkt mit digitalen Elementen noch durch den Vertrieb an den Verbraucher Geld verdient wird, bedeutet das im Umkehrschluss, dass auch Updates zur Verfügung gestellt werden müssen.
- Wie weit verbreitet die Nutzung des Produkts ist und.
- Wie groß das Gesamtrisiko für Nutzer einzuschätzen ist, welches im Falle eines konkret ausbleibenden Updates droht. Damit ist vor allem zu bewerten, ob Sicherheits-Updates auch nach langen Zeiträumen noch geschuldet werden.

Der vzbv begrüßt, dass die Kriterien eins und drei zwischenzeitlich in die Gesetzesbegründung aufgenommen wurden. Dies sollte so beibehalten und darüber hinaus um das zweite Kriterium erweitert werden.

Im Weiteren sollte bei Überprüfung der WKRL auf europäischer Ebene (spätestens am 12.06.2024) die Bereitstellungsfrist für Updates anhand der Entwicklungen in der Praxis überprüft werden. Aus Sicht des vzbv könnte eine Koppelung der Dauer der Update-Pflicht an die Produktlebensdauer sinnvoll sein. Dies sollte wenigstens die funktionserhaltenden Updates und die Sicherheits-Updates betreffen. Sollte der vom vzbv vorgeschlagene Ansatz längerer Gewährleistungsfristen für langlebige Produkte im Gesetzgebungsverfahren eine Mehrheit finden, würde, neben einer bestenfalls synchron mitlaufenden Beweislastumkehr, eine an die Lebensdauer gekoppelte Dauer der Update-Pflicht die Anforderungen an das jeweilige Produkt stimmig abrunden.

DER VZBV FORDERT:

Die Dauer der in § 475 b Absatz 4 BGB-E genannten Update-Pflicht sollte mit Blick auf die Erwartungshaltung der Verbraucher in der Gesetzesbegründung mithilfe weiterer Kriterien besser konkretisierbar gemacht werden.

3. TRENNUNG DER VERSCHIEDENEN UPDATE-ARTEN

Über Updates haben in der Regel die Hersteller die Möglichkeit, ein digitales Produkt zu verändern, auch nachdem der Verbraucher es erhalten hat. Dadurch unterscheiden sich Waren mit digitalen Elementen von rein körperlichen Waren. Insgesamt lassen sich Updates in vier Kategorien einordnen:

- Funktionserhaltende Updates: Aktualisierungen, die dafür sorgen, dass die Funktion oder Kompatibilität des aktualisierten Produkts erhalten bleibt, es also weiter funktionieren kann.

²² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Seite 32, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3https, 04.01.2021

- Funktionsändernde Updates: Aktualisierungen, durch die das Produkt erweitert oder eingeschränkt wird, zum Beispiel indem neue Funktionen hinzugefügt oder bestehende entfernt werden.
- Sicherheitsupdates: Aktualisierungen, die für die technische Sicherheit des Produkts sorgen, damit es beispielsweise weniger anfällig für Hackerangriffe ist.
- Content-Updates: Neue digitale Inhalte (zum Beispiel: Streams, neues Kartenmaterial), die Inhalt der jeweiligen Verträge sind und keinen direkten Einfluss auf die Funktionsweise und Sicherheit der genutzten Software haben.

Diese Arten von Updates sollten, soweit technisch möglich und sinnvoll, voneinander getrennt werden. Die Trennungsmöglichkeit und Sinnhaftigkeit kann je nach digitalem Element variieren. So ist beispielsweise bei einem anstehenden Betriebssystemupdate für vernetzte Geräte eine Trennung oft nicht möglich, sehr wohl aber für Standalone-Programme, sofern der Hersteller allein über die Versionierung und die funktionale Fortentwicklung entscheidet. Es sollte stets auch für den Verbraucher bei der Bereitstellung jedes Updates deutlich erläutert werden, was sich mit dem betreffenden Update genau ändert und um welche Art des Updates es sich handelt, insbesondere wenn es sich um Sicherheitsupdates handelt. Dies ist für den Verbraucher besonders relevant, da er mangels technischen Sachverstands und Einblick in die Systemarchitektur weder die technische Notwendigkeit der Bereitstellung von Updates in der Regel zuverlässig beurteilen, noch rechtssicher beweisen kann.

Bei Sicherheits-Updates sollten die Verbraucher ausdrücklich darauf hingewiesen werden, welche Sicherheitslücken bestehen und welche Folgen sich aus der Nicht-Installation des Sicherheits-Updates ergeben. Nur mit Hilfe dieser Informationen können Verbraucher entscheiden, ob sie Updates installieren wollen oder nicht. Auch nur dann kann § 475 Absatz 5 BGB-E seine Wirkung entfalten, wonach Verbraucher ihre Haftungsansprüche gegenüber dem Unternehmer verlieren, wenn sie bereitgestellte Aktualisierungen nicht rechtzeitig installieren. Ohne ausreichende Information an den Verbraucher ist diese Rechtsfolge nicht sachgerecht. Die Art der Bereitstellung wird von der WKRL im Übrigen auch nicht geregelt, sodass der deutsche Gesetzgeber hier den nötigen Umsetzungsspielraum hat.

DER VZBV FORDERT:

Die Arten von Updates (funktionserhaltend, funktionsändernd, Sicherheit, Content) müssen, soweit technisch möglich und sinnvoll, voneinander getrennt und separat ausgeliefert werden. Jedem Update müssen die Informationen darüber beiliegen, was genau dadurch am Produkt verändert wird und insbesondere, ob es sich um ein Sicherheits-Update handelt.

V. ABDINGBARKEIT UND GARANTIEN

1. ABDINGBARKEIT

Die Richtlinie sieht in Art. 8 Absatz 5 WKRL die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache und bei Waren mit digitalen Elementen hinsichtlich der Update-Pflicht, abweichende Vereinbarungen zu treffen. Dies wurde in § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E umge-

setzt. Auch wenn der nationale Gesetzgeber aufgrund der Vollharmonisierung hier keinen Umsetzungsspielraum hat, sollten die Entwicklungen in der Praxis im Blick behalten werden und bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene mit in die Beurteilung einfließen. Soweit durch die Abdingbarkeit die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und die Update-Pflicht zu sehr ausgehöhlt werden, sollten Änderungen auf europäischer Ebene diskutiert und angestoßen werden.

1.1 Von objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

§ 476 Absatz 1, Satz 2, Nummer 1 und 2 BGB-E regelt, dass beim Verbrauchsgüterkauf eine vertragliche Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache, eine gesonderte Information durch den Verkäufer sowie eine gesonderte und ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers erfordert. Vereinbaren die Parteien also, dass die Kaufsache auch vertragsgemäß sein soll, wenn sie eine schlechtere als die übliche Beschaffenheit hat (sogenannte negative Beschaffenheitsvereinbarung), so ist die besondere Form des § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E einzuhalten. Die Gesetzesbegründung geht von jährlich rund 5,9 Millionen solcher abweichenden Beschaffenheitsvereinbarungen aus. Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass im stationären Handel seitens der Verkäufer ein vorgedrucktes Formular verwendet wird.²³ Online würde das Ganze beispielsweise mittels einer Checkbox gelöst werden. Da die objektiven Anforderungen an die Kaufsache mit der Umsetzung der WKRL nicht mehr nur hilfsweise (wie nach dem geltenden § 434 BGB) zur Anwendung kommen, sondern neben subjektiven Anforderungen auch objektiv erfüllt sein müssen, werden diese objektiven Anforderungen an die Kaufsache künftig eine größere Bedeutung erlangen.²⁴ Das wiederum könnte eine vermehrte Abdingbarkeit des § 434 Absatz 3 BGB-E in der Praxis zur Folge haben und ist demnach im Blick zu behalten.

1.2 Von der Update-Pflicht

Wie bereits unter Punkt IV. 2 dargestellt sind Updates für Sachen mit digitalen Elementen bei einmaliger oder dauerhafter Bereitstellung ein notwendiges Instrument, das sicherstellt, dass die Sache ihre Funktionsfähigkeit nicht verliert. Die Update-Pflicht ist im Rahmen des § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E ebenfalls abdingbar. Auch hier ist die Beobachtung der Handhabung in der Praxis sehr wichtig, da dies nicht dazu führen darf, dass die Update-Pflicht größtenteils ausgehöhlt wird und durch fehlende Updates die Funktionsfähigkeit von Waren künstlich eingeschränkt wird. Dies gilt es unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten und mit Blick auf den Geldbeutel der Verbraucher in besonderem Maße zu vermeiden.

1.3 Beobachtung der künftigen Praxis

Die Entwicklungen in der Praxis müssen im Blick behalten werden und bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene mit in die Beurteilung

²³ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Seite 13, 15; https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3https, 04.01.2021

²⁴ Prof. Dr. Tonner, Klaus, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, 10/2019, VuR, S. 364

einfließen. Soweit durch die Abdingbarkeit die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und die Update-Pflicht zu sehr ausgehöhlt werden, sollten Änderungen auf europäischer Ebene diskutiert und eingeführt werden.

DER VZBV FORDERT:

Die Handhabung in der Praxis ist hinsichtlich der Abdingbarkeit zu beobachten. Insbesondere die Update-Pflicht darf für Verbraucher in der Praxis nicht ausgehöhlt werden.

2. GARANTIEN

Für Verbraucher gute Neuerungen betreffen die in § 479 BGB-E vorgesehenen Pflichten hinsichtlich einer vom Händler oder Hersteller eingeräumten Garantie. So muss die Garantieerklärung, neben erweiterten inhaltlichen Anforderungen, dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden und nicht wie bisher nur auf Verlangen des Verbrauchers.

VERTRAGSRECHT IM DIGITALEN ZEITALTER ANGEKOMMEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (vzbv) anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses Recht und Verbraucherschutz am 05.05.2021 zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

26. April 2021

Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Team

Recht-und-Handel

Rudi-Dutschke-Straße 17

10969 Berlin

recht-und-handel@vzbv.de

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
II. BESTE WIRKUNG FÜR UPDATE-PFLICHT	4
1. Gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einführen	4
2. Update-Pflicht: Konkretisierung der Dauer	5
3. Trennung von verschiedenen Update-arten	6
III. VERTRAGSRECHT UND DATENSCHUTZRECHT IM GUTEN EINKLANG	7

I. ZUSAMMENFASSUNG

Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen sind ein wichtiger Bestandteil des Verbraucheralltags sowie der deutschen und internationalen Wirtschaft. Sie stellen aber auch das geltende Vertragsrecht vor große Herausforderungen, da sie sich einer klaren Vertragstypisierung entziehen. Nach geltendem Recht ist beispielsweise nicht eindeutig geklärt, welche Rechte Verbraucherinnen und Verbrauchern¹ bei fehlerhafter Software zustehen. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie² schafft hier erstmals einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen für den Erwerb digitaler Güter. Ihre Umsetzung in deutsches Recht ist daher ein wichtiger Schritt zur Verbesserung des Verbraucherschutzes in Deutschland mit Blick auf das Vertragsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie wurde auf der EU-Ebene zusammen mit der Warenkauf-Richtlinie³ verhandelt. Beide Richtlinien regeln Aspekte von Verträgen über Software, wobei der Vertragstyp (Miete, Kauf, Lizenz) nicht entscheidend ist. Die Warenkauf-Richtlinie ist anwendbar auf Software, die in körperlichen Waren enthalten oder mit ihnen verbunden ist, sodass die Waren ihre Funktionen ohne diese Software nicht erfüllen könnten (z.B. ein auf einem Smart-TV vorinstalliertes Betriebssystem). Die Digitale-Inhalte-Richtlinie dagegen ist anwendbar auf Software, die unabhängig von körperlichen Waren, z.B. auf einem eigenen Datenträger, vertrieben wird (z.B. eine Antiviren-Software). Maßgeblich für die Unterscheidung ist der zugrundeliegende Kaufvertrag; im Zweifel soll die Warenkauf-Richtlinie (also nicht die mit dem vorliegenden Entwurf umzusetzenden Digitale-Inhalte-Richtlinie) anwendbar sein.⁴ Bedauerlicherweise liegt für die Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie noch kein Referentenentwurf vor, so dass eine Prüfung auf Konsistenz der Regelungen nicht möglich ist.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) hat den Erlass der Digitale-Inhalte-Richtlinie auf EU-Ebene begrüßt.⁵ Die Regelungen der Richtlinie sind vollharmonisierend, sodass der deutsche Gesetzgeber wenig Spielraum bei der Umsetzung hat. Aus Sicht des vzbv hat der deutsche Gesetzgeber die Regelungen gut in die deutsche Gesetzgebungssystematik übertragen. Die Einführung eines neuen Mängelbegriffs, datenschutzrechtlicher Grundsätze wie Datensparsamkeit als Konformitätskriterien sowie der Datenportabilität bei Vertragsbeendigung sind wichtige Neuerungen mit Blick auf die vertragsrechtlichen Regelungen von Software.

Gleichwohl sieht der vzbv noch Verbesserungspotenzial. Eine der wichtigsten Neuerungen der Richtlinie aus Sicht des vzbv ist die Pflicht, beim Verkauf von Software über Aktualisierungen zu informieren und diese bereitzustellen (§ 327 f BGB-E).

¹ Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

² 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

³ 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

⁴ Vgl. vertiefend Erwägungsgründe 21 und 22 der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770.

⁵ Online-Meldung des vzbv vom 26.03.2020, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/meldung/eu-verbessert-gewaehrleistrungsrecht-fuer-verbraucher> (abgerufen am 17.11.2020).

Im Rahmen der Update-Pflicht fordert der vzbv folgende Anpassungen:

- ❖ Die Update-Pflicht gilt nur für den Verkäufer von Software. Der Verkäufer hat jedoch oft nur geringen Einfluss auf die Entwicklung und Bereitstellung von Updates. Der Hersteller der Software, der Entwickler, muss daher im Wege einer **gewährleistungsähnlichen Herstellerhaftung** ebenfalls zur Bereitstellung von Updates verpflichtet werden.
- ❖ Der deutsche Gesetzgeber sollte in der Gesetzesbegründung Kriterien aufnehmen, um die **Dauer der Update-Pflicht zu konkretisieren**.
- ❖ **Verschiedene Update-Arten** (funktionserhaltend, funktionserweiternd, Sicherheit) sollten, soweit möglich, technisch voneinander getrennt werden müssen.
- ❖ Die durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie vorgesehene Abdingbarkeit der Update-Pflicht muss so ausgestaltet werden, dass in der Praxis die **Update-Pflicht nicht vollständig ausgehöhlt** werden kann.

Für den vzbv ist neben der Update-Pflicht das verbraucherfreundliche Zusammenspiel von Vertragsrecht und Datenschutzrecht von hoher Bedeutung. Den wichtigsten Grundsatz, dass der Unternehmer keine vertragsrechtlichen Ersatzansprüche geltend machen kann, wenn der Verbraucher seine datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft, hat der deutsche Gesetzgeber mit § 327 q BGB-E umgesetzt. Das begrüßt und unterstützt der vzbv sehr. Lediglich hinsichtlich § 327 q Abs. 2 BGB-E bleiben für den vzbv weiterhin Fragen offen.

- ❖ Der vzbv regt eine **Konkretisierung von § 327 q Abs. 2 BGB-E** an, um klarzustellen, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Insbesondere die Gefahr, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht, sollte Berücksichtigung finden.

II. BESTE WIRKUNG FÜR UPDATE-PFLICHT

1. GEWÄHRLEISTUNGSÄHNLICHE HERSTELLERHAFTUNG EINFÜHREN

Gem. § 327f Abs. 1 S. 1 BGB-E ist der Unternehmer, nicht aber der Hersteller zur Bereitstellung von Software-Updates verpflichtet. Dies wird in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen. Der Verkäufer wird häufig - anders als der Hersteller - keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden.

Digitale Inhalte sind typischerweise generell stärker mit ihrem Hersteller verbunden als physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich; die Auslieferung von Updates erfolgt ohne nennenswerte logistische Kosten. Hinzu kommt, dass auch nur der Hersteller die Vertragsdaten des Nutzers hat. Diese Verbundenheit und Profitmöglichkeit muss sich auch in dem Pflichtenkatalog des Herstellers niederschlagen. Die Update-Pflicht sollte genauso den Hersteller treffen wie auch den Verkäufer, nur dann kann sie in der Praxis Wirkung entfalten. Sie muss spätestens dann greifen, wenn Sicherheitslücken offenbar werden – wenn also der Hersteller davon Kenntnis haben muss, etwa

weil der Warn- und Informationsdienst des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie (BSI)⁶ die Sicherheitslücke publiziert.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie hindert den deutschen Gesetzgeber ausdrücklich nicht daran, diese aus Verbrauchersicht sinnvolle und erforderliche gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einzuführen.⁷

Das wäre auch aus Sicht des deutschen Gesetzgebers nur konsequent. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD haben die Parteien vereinbart, „klare Regelungen für die Produkthaftung in der digitalen Welt“ aufzustellen; dabei sollen u.a. „die Hersteller und Anbieter digitaler Produkte und Dienstleistungen [...] Sicherheitslücken bekanntmachen und schnellstmöglich beheben“.⁸ Der vzbv hat diese Ansätze begrüßt.⁹ Der Referentenentwurf sollte nun diesen Worten auch Taten folgen lassen und nicht nur Verkäufer, sondern auch Hersteller in die Update-Pflicht mit einbeziehen.

DER VZBV FORDERT:

Nicht nur Verkäufer, sondern vor allem Hersteller sind dafür verantwortlich und dazu in der Lage, Software-Aktualisierungen zu entwickeln und bereitzustellen. Deswegen müssen Hersteller im Wege einer gewährleistungsähnlichen Haftung zur Bereitstellung von Aktualisierungen entsprechend § 327f BGB-E verpflichtet werden. Diese Pflicht muss mindestens immer dann greifen, wenn Sicherheitslücken in digitalen Produkten offenbar werden.

2. UPDATE-PFLICHT: KONKRETISIERUNG DER DAUER

Insbesondere eine gesetzlich vorgeschriebene Update-Pflicht ist für viele Verbraucher von großem Interesse. Im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen können digitale Produkte ohne entsprechende Updates ihre Funktionsfähigkeit jederzeit verlieren. Insbesondere fehlende Sicherheitsaktualisierungen können zur völligen Unbrauchbarkeit eines digitalen Produktes und darüber hinaus zu Schäden an den Rechtsgütern des Verbrauchers und der Allgemeinheit führen.

Nach einer repräsentativen Umfrage der hopp Marktforschung wünschen sich Verbraucher, dass bei gekaufter Software der Hersteller im Durchschnitt 4,1 Jahre Aktualisierungen bereitstellt. 40 Prozent aller Befragten finden eine Aktualisierung von fünf Jahren oder mehr als angemessen.¹⁰

Gem. § 327f Abs. 1 S. 2 BGB-E müssen Updates bei der dauerhaften Bereitstellung von digitalen Produkten für den Bereitstellungszeitraum und in allen anderen Fällen entsprechend der Erwartungshaltung des Verbrauchers bereitgestellt werden. Unternehmen müssen dadurch unter Umständen deutlich länger Updates zur Verfügung stellen, als dies bisher der Fall ist.

⁶ Zuständig dafür ist der Warn- und Informationsdienst des Computer Emergency Response Team des BSI (CERT-Bund), abrufbar unter <https://www.cert-bund.de/wid>, abgerufen am 19.11.2020

⁷ Erwägungsgrund 13 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

⁸ Koalitionsvertrag 2018, Zeilen 1987ff., abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>, abgerufen am 17.11.2020.

⁹ Onlinemeldung des vzbv vom 08.05.2018, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/meldung/produkthaftung-digitale-herausforderungen-anpassen>, abgerufen am 17.11.2020.

¹⁰ Onlinebefragung (CAWI, panelbasiert), n: 1.000 Personen, Statistische Fehlertoleranz: max. +/- 3,1 Prozentpunkte in der Gesamtstichprobe, Befragungszeitraum: 18. bis 28. September 2020

Aus Sicht des vzbv ist es grundsätzlich richtig, keine festen Zeiträume für die Update-Pflicht vorzugeben, zumal die Digitale-Inhalte-Richtlinie diesen Spielraum auch nicht zulässt. Gleichwohl sollte der deutsche Gesetzgeber weitere Kriterien zur Auslegung der Erwartungshaltung in der Gesetzesbegründung aufnehmen.

Zu diesen Kriterien sollte gehören:

- Ob das zu aktualisierende Produkt vom Unternehmer oder von vergleichbaren Unternehmern noch auf dem Markt verkauft wird. Wenn mit einem digitalen Inhalt noch durch den Vertrieb an den Verbraucher Geld verdient wird, bedeutet das im Umkehrschluss, dass auch Updates zur Verfügung gestellt werden müssen.
- Wie weit verbreitet die Nutzung des Produkts ist und ob ggf. durch diese Nutzung verwertbare Daten beim Unternehmer oder beim Hersteller anfallen, die für diese einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen.
- Wie groß das Gesamtrisiko für Nutzer einzuschätzen ist, welches im Falle eines konkret ausbleibenden Updates droht. Damit ist vor allem zu bewerten, ob Sicherheits-Updates auch nach langen Zeiträumen noch geschuldet werden.

Der vzbv begrüßt, dass die Kriterien eins und drei zwischenzeitlich in die Gesetzesbegründung aufgenommen wurden. Dies sollte so beibehalten und darüber hinaus um das zweite Kriterium erweitert werden.

DER VZBV FORDERT:

Die Dauer der Update-Pflicht in § 327f BGB-E mit Blick auf die Erwartungshaltung der Verbraucher sollte in der Gesetzesbegründung mithilfe eines nicht abschließenden Kriterienkatalogs besser konkretisierbar gemacht werden.

3. TRENNUNG VON VERSCHIEDENEN UPDATE-ARTEN

Über Updates haben Hersteller und Verkäufer die Möglichkeit, ein digitales Produkt zu verändern, auch nachdem der Verbraucher es erhalten hat. Dadurch unterscheiden sich digitale Inhalte von klassischen körperlichen Waren.

Das bedeutet aber auch, dass ein Produkt durch Updates auch nachteilige Eigenschaften erhalten kann. Dazu könnte die Erhebung zusätzlicher persönlicher Daten oder eine Funktionseinschränkung gehören. Insgesamt lassen sich Updates in drei Kategorien einordnen:

- Funktionserhaltende Updates: Aktualisierungen, die dafür sorgen, dass die Funktion oder Kompatibilität des aktualisierten Produkts erhalten bleibt, es also weiter funktionieren kann.
- Funktionsändernde Updates: Aktualisierungen, durch die das Produkt erweitert oder eingeschränkt wird, z.B. indem neue Funktionen hinzugefügt oder bestehende entfernt werden.
- Sicherheitsupdates: Aktualisierungen, die für die technische Sicherheit des Produkts sorgen, damit es beispielsweise weniger anfällig für Hackerangriffe ist.

Diese Arten von Updates sollten, soweit technisch möglich, voneinander getrennt werden. Es sollte stets auch für den Verbraucher bei der Bereitstellung jedes Updates deutlich erläutert werden, was sich mit dem betreffenden Update genau ändert und um

welche Art des Updates es sich handelt, insbesondere wenn es sich um Sicherheitsupdates handelt. Dies ist für den Verbraucher besonders relevant, da er mangels technischen Sachverstands und Einblick in die Systemarchitektur weder die technische Notwendigkeit der Bereitstellung von Updates in der Regel zuverlässig beurteilen, noch rechtssicher beweisen kann.

Bei Sicherheitsupdates sollten die Verbraucher ausdrücklich darauf hingewiesen werden müssen, welche Sicherheitslücken bestehen und welche Folgen aus der Nicht-Installation des Sicherheitsupdates folgen. Nur mit Hilfe dieser Informationen können Verbraucher entscheiden, ob sie Updates installieren wollen oder nicht. Auch nur dann ergibt § 327f Abs. 2 BGB-E Sinn, wonach Verbraucher ihre Haftungsansprüche gegenüber dem Unternehmer verlieren, wenn sie bereitgestellte Aktualisierungen nicht rechtzeitig installieren. Ohne ausreichende Informationen an den Verbraucher ist diese Rechtsfolge ansonsten nicht sachgerecht.

Die Art der Bereitstellung wird von der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Übrigen auch nicht geregelt, sodass er deutsche Gesetzgeber hier den nötigen Umsetzungsspielraum hat.

DER VZBV FORDERT:

Die Arten von Updates (funktionserhaltend, funktionsändernd, Sicherheit) müssen, soweit technisch möglich, voneinander getrennt und separat ausgeliefert werden. Jedem Update müssen die Informationen darüber beiliegen, was genau dadurch am Produkt verändert wird und insbesondere, ob es sich um Sicherheits-Updates handelt.

III. VERTRAGSRECHT UND DATENSCHUTZRECHT IM GUTEN EINKLANG

Für den vzbv war bei den Verhandlungen zum digitalen Vertragsrecht stets von hoher Bedeutung, dass die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss keine Auswirkungen auf den Vertrag haben. Zudem darf der Unternehmer keine vertragsrechtlichen Ersatzansprüche geltend machen, wenn der Verbraucher seine datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft. Beides hat der deutsche Gesetzgeber mit § 327q BGB-E umgesetzt, was der vzbv sehr begrüßt. Der Gesetzgeber macht in seiner Begründung auch noch einmal besonders deutlich, dass der Verbraucher seine datenschutzrechtlichen Befugnisse ungehindert ausüben können muss, ohne hierdurch rechtliche Nachteile fürchten zu müssen.

Hinsichtlich § 327q Abs. 2 BGB-E bleiben für den vzbv allerdings weiterhin Fragen offen. Insbesondere ist unklar, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Denn wäre die Datenverarbeitung für die Erbringung des Vertrags tatsächlich erforderlich, hätte die Datenverarbeitung auf der Rechtsgrundlage des Art. 6 (1) b DSGVO durchgeführt werden können. Fraglich ist daher, ob mit dieser Regelung nicht eine neue Art der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung entsteht und somit die Gefahr besteht, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht. Daraus folgend stellen sich Fragen zum Verhältnis zu den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung,

insbesondere Art. 7 (4) DSGVO. Kann eine Einwilligung in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die nicht zur Erbringung des Dienstes erforderlich sind, als freiwillig erachtet werden, wenn der Dienst jederzeit gekündigt werden kann, sobald der Betroffene seine Einwilligung widerruft? Auch formuliert Art. 21 (2) und (3) DSGVO ein bedingungsloses Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der Direktwerbung. Unterläuft es also nicht den Bestimmungen der DSGVO, dass Unternehmer Verträge kündigen können, wenn Verbraucher ihr Recht auf Widerspruch gegen die Verarbeitung ihrer Daten zu Zwecken der Direktwerbung wahrnehmen?

DER VZBV FORDERT

Der vzbv regt eine Konkretisierung von § 327q Abs. 2 BGB-E an, um klarzustellen, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Insbesondere die Gefahr, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht, sollte Berücksichtigung finden.